

韓国における包括根抵当権 (1)

—包括根抵当権における判例を中心に—

金 鉉 善

- 一 はじめに
- 二 包括根抵当権の定義及び利用実態
 - 1. 定義
 - 2. 利用実態
 - 3. 小活
- 三 包括根抵当権の学説及び判例
 - 1. 学説
 - 2. 判例
 - 2-1. 被担保債務の範囲を限定した判例 (以上、本号)
 - 2-2. 被担保債務の範囲を限定しなかった判例
 - 3. 小活
- 四 韓国民法改正案第 357 条の 2 との関係
 - 1. 韓国民法改正案第 357 条の 2 の内容
 - 2. 小活
- 五 むすび

一 はじめに

根抵当権は、その利便性により金融実務で最も利用されている。実際に韓国では、金融実務において抵当権はほとんど利用されておらず、多数が根抵当権である⁽¹⁾とされる。しかし、韓国民法においては、根抵当権に関する条文が 1 カ条しかないため、根抵当権をめぐる法的紛争が絶えず生じている。特に、根抵当権の被担保債務⁽²⁾の範囲と関連して銀行側（主として債権者にあたる）と一般人・企業側（主として債務者にあたる）の意見が食い違うことが多く、根抵当権の被担保債務の範囲に関する規定がない現行の韓国民法下においては、法的紛争を適切に判断することができない状況にあるともい

える。

本稿では、根抵当権の中でも最も問題とされる包括根抵当権を取り上げる。金融実務における根抵当権の設定は、銀行が一方的にあらかじめ作成した不動文字の根抵当権設定における契約書及び約款を利用する場合はほとんどである。その根抵当権設定契約書には、特定根担保、限定根担保、包括根担保の3類型が印刷されており、その中から根抵当権設定者が選択するようになっている。しかし、根抵当権者（すなわち、銀行側）に比べて情報量の少ない根抵当権設定者が、その根抵当権設定における契約書及び約款を見て上記の3つの類型を判断することは容易ではなく、銀行側の勧めるままに、包括根抵当権を選択する場合は少なくないであろう。特に、債務者兼根抵当権設

- (1) 金融監督院 HP (<http://www.fss.or.kr>) からの報道資料「金融消費者保護のための銀行の根抵当制度の改善」(2012年4月13日) 1頁によると、根抵当権は、金融取引関係で最も多く利用される担保手段である。実際に、2011年末の銀行の家計貸出額(468兆ウォン)の72%(337兆ウォン)が根抵当設定によって行われたとする。

<家計貸出の根抵当設定の現況(2011年末)>

(単位：千件、兆ウォン)

担保提供者	特定根抵当			限定根抵当			包括根抵当			合計		
	取扱 件数	根抵当 設定額	貸出 残額	取扱 件数	根抵当 設定額	貸出 残額	取扱 件数	根抵当 設定額	貸出 残額	取扱 件数	根抵当 設定額	貸出 残額
本人	477	22.7	8.9	2,667	581.3	219.7	1,264	134.4	87.7	4,409	738.4	316.3
第三者	35	1.1	0.7	183	30.8	17.3	28	4.6	2.3	246	36.6	20.3
合計	512	23.8	9.6	2,850	612.1	237.0	1,292	139.0	90.0	4,655	774.9	336.6
%	11.0	3.1	2.8	61.2	79.0	70.4	27.8	17.9	26.8	100.0	100.0	100.0

- (2) 本稿においては、根抵当権設定者の視点から被担保債務とする。しかし、文献の引用にあたっては、被担保債権とする場合がある。

定者の場合はその被担保債務の範囲についてある程度予測ができるが、物上保証人が根抵当権設定者の場合は自分が担保する債務の範囲について把握していないことが多い。そのため、包括根抵当権における被担保債務の範囲の解釈が問題となる。

そこで、本稿では、包括根抵当権について以下の 3 つの点を中心に述べる。

第一に、韓国の現行法上における包括根抵当権の定義について述べる。

第二に、韓国の実務における包括根抵当権について述べる。特に、包括根抵当権に関する今日までの判例を取り上げて、どのような基準をもって判断するのかについて述べる。

第三に、韓国の現行法上及び実務における包括根抵当権を今後行われる韓国民法改正にどのように反映すべきかについて述べる。

この 3 つの点を取り上げることによって、現在利用されている包括根抵当権の意義を明らかにし、今後行われる韓国民法改正にどのように反映すべきかについて示唆することができよう。

二 包括根抵当権の定義及び利用実態

1. 定義

韓国民法における根抵当権の条文は、第 357 条の 1 ヶ条しか存在しない。なお、包括根抵当権は、法律上において定める制度ではないため、根抵当権に関する条文及び学説から、その定義を求めるしかない。

法律における根抵当権、すなわち、韓国民法、韓国不動産登記法、大法院登記例規においては、根抵当権を下記のように定める。

韓国民法第 357 条⁽³⁾ (根抵当) 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。

②前項の場合には、債務の利子は、最高額の中に算入したものとみる(본다)⁽⁴⁾。

韓国不動産登記法第 75 条 (抵当権の登記事項) ①登記官が抵当権設定の登記をするときは、第 48 条⁽⁵⁾で定める事項のほか、次の各号の事項を記録しなければならない。ただし、第 3 号から第 8 号までは、登記原因にその約定がある場合にのみ記録する。

1. 債権額
2. 債務者の氏名又は名称及び住所又は事務所の所在地
3. 弁済期
4. 利子及びその発生期・支払時期
5. 元本又は利子の支払場所
6. 債務不履行による損害賠償に関する約定
7. 「民法」第 358 条のただし書の約定
8. 債権の条件

(3) 韓国民法典は、1958 年 2 月 22 日に公布、1960 年 1 月 1 日から施行された。根抵当権に関する第 357 条は、韓国民法制定時から存在する。

(4) 韓国法条文の翻訳にあたっては、できるだけ韓国語に忠実に訳している。なお、本稿における「利子」は、日本の「利息」にあたる。

(5) 韓国不動産登記法第 48 条 (登記事項) ①登記官が甲区又は乙区に権利に関する登記をするときは、次の各号の事項を記録しなければならない。

1. 順位番号
2. 登記目的
3. 受付年月日及び受付番号
4. 登記原因及びその年月日
5. 権利者

②第 1 項第 5 号の権利者に関する事項を記録するときには、権利者の氏名又は名称のほか、住民登録番号又は不動産登記用登録番号及び住所又は事務所の所在地を一緒に記録しなければならない。

③第 26 条によって法人でない社団又は財団の名義の登記をするときには、その代表者又は管理者の氏名、住所及び住民登録番号を一緒に記録しなければならない。

④第 1 項第 5 号の権利者が 2 名以上である場合には、権利者別の持分を記録しなければならないし、登記する権利が合有であるときには、その旨を記録しなければならない。

②登記官は第 1 項の抵当権の内容が根抵当権である場合には、第 48 条で定める事項のほか、次の各号の事項を記録しなければならない。ただし、第 3 号及び第 4 号は、登記原因にその約定がある場合にのみ記録する。

1. 債権の最高額
2. 債務者の氏名又は名称及び住所又は事務所の所在地
3. 「民法」第 358 条のただし書の約定
4. 存続期間

根抵当権に関する登記事務処理指針 [大法院登記例規第 1471 号] 第 2 条

(根抵当権設定登記) ①根抵当設定登記をする際に、その根抵当権の債権者又は債務者が数人であっても単一の債権最高額のみを記録しなければならないし、各債権者又は債務者別の債権最高額を区分して (例：債権最高額において債務者甲に対して 1 億ウォン、債務者乙に対して 2 億ウォン、又は債権最高額 3 億ウォンの最高額の内訳において債務者甲に対して 1 億ウォン、債務者乙に対して 2 億ウォン等) 記録することはできない。

②債権最高額を外国通貨で表示して申請情報として提供した場合は、外貨表示金額を債権最高額として記録する (例：米貨金〇〇ドル)。

③債務者が数人である場合は、その数人の債務者が連帯債務者であるとしても、登記記録には、単純に「債務者」と記録する。

④「手形割引、貸付、保証その他の原因によって負担される一切の債務」を被担保債務とする内容の根抵当権設定契約を原因とした根抵当権設定登記も申請することができる。

そして、学説においては、根抵当権を概ね「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⁽⁶⁾」であると説明する⁽⁷⁾。

このように、法律における根抵当権の定義からみると、包括根抵当権を禁

(6) 郭潤直『第七版物権法 [民法講義Ⅱ]』(博英社、2006 年) 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『物権法 [全訂版増補]』(法文社、2006 年) 748 頁、李英俊『物権法』(博英社、1994 年) 842 頁。

(7) 韓国民法第 357 条においては「不特定債権」という文言がないが、学説における根抵当権の定義には「不特定債権」という文言を使用している。

止することを定める趣旨ではない。特に、根抵当権の登記事項は、登記原因、債権最高額、債務者及び債権者（韓国不動産登記法第 75 条第 2 項）であり、被担保債務の範囲は登記事項ではない。そして実務において、登記原因は、「○年○月○日付根抵当権設定契約」と表示するのが一般的であるとする⁽⁸⁾。なお、根抵当権に関する登記事務処理指針第 2 条第 4 項は、「手形割引、貸付、保証その他の原因によって負担される一切の債務」を被担保債務とする内容の根抵当権設定契約を原因とした根抵当権設定登記も申請することができるとし、包括根抵当権を認めている。

そして、学説における包括根抵当権の定義をみると、基本契約の種類を限定せずに、**最高額の範囲内**で抵当権者と債務者間のすべての債務に対して担保すること⁽⁹⁾であるとする。さらに、包括根抵当権は、「債権者 A の債務者 B に対する現在及び将来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）に分類される⁽¹⁰⁾。このような包括根抵当権は、「当事者間で反復・継続される複雑かつ多様な各取引ごとに根抵当権の設定の手間を省くために、各種の取引全部に通用する一般的・抽象的信用取引契約を結んで、この一般的与信契約を前提にその取引から生じるすべての債権・債務を一定の限度まで担保すること⁽¹¹⁾」であるとする。

2. 利用実態

包括根抵当権は、1960 年代から銀行を中心に利用されるようになったと言われている⁽¹²⁾。

(8) 金相容・前掲『物権法〔全訂版増補〕』752 頁以下、李英俊・前掲『物権法』846 頁、宋徳洙『第 3 版新民法講義』（博英社、2010 年）795 頁。

(9) 李銀榮『改訂版物権法』（博英社、2000 年）805 頁。

(10) 用語に関しては、前者を単純包括根抵当権、後者を付加的包括根抵当権ともいう。

(11) 郭潤直・前掲『第七版物権法〔民法講義Ⅱ〕』371 頁。

現在の金融取引実務においては、根抵当権の種類を特定根担保、限定根担保、包括根担保⁽¹³⁾の 3 つに分けて⁽¹⁴⁾、その中から根抵当権設定者が選択するようにしている。しかし、このような金融取引実務における類型は、金融消費者（根抵当権設定者）にとって理解しがたく、被害事例が多く生じている⁽¹⁵⁾とする。

このような根抵当権をめぐる被害を解決するために、行政指導、法整備等が行われた。

行政指導と関連しては、金融監督院は、2012 年 6 月 25 日に「銀行の包括

(12) 高翔龍・金柄斗「包括根抵当」(成均館法学 13 卷 1 号、2001 年 4 月) 196 頁。

(13) 南潤鎬「包括根抵当権」(司法行政 192、1976 年 12 月) 44 頁以下、金相容「根抵当権に関する考察」(司法行政 340、1989 年 4 月) 53 頁によると、金融取引実務で利用されている包括根抵当権は、上記の取引包括根抵当権にあたるとする。

(14) 公正取引委員会「根抵当権設定契約書（標準約款第 10045 号）」(公正取引委員会、2008 年) 2 頁。

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負担するすべての債務

○年○月○日付 ○○○約定書

○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負担する以下の債務

ア. 手形貸出、証書貸出、当座貸出、手形割引、支払保証、売掛債権取引、相互賦金取引、社債引受、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は除く）

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の債務

根抵当の一括解消及び被担保債務の範囲の縮小施行」を公表し、同年7月2日から施行するとした⁽¹⁶⁾。その主な内容は、第一に既存の包括根抵当権を限定根抵当権に一括して転換すること⁽¹⁷⁾、第二に既存の限定根抵当権の被担保債務の範囲を一括縮小すること⁽¹⁸⁾、第三に与信分類表による被担保債務の指定方式を導入すること⁽¹⁹⁾である。

(15) 金融監督院・前掲「金融消費者保護のための銀行の根抵当制度の改善」によると、毎年、根抵当権関連の被害事例の受付は、1,000件以上であるとする。これは、法律改正、行政指導等によって減少されつつあるが、依然として被害事例が提議されているとする。

- * 金融監督院に受け付けられた被害事例の件数：2009年1,836件、2010年1,363件、2011年1,196件
- * 主要被害事例：根抵当権の設定・抹消、被担保債務の範囲、債務承継、第三者担保提供者の被害等

(16) 金融監督院 HP (<http://www.fss.or.kr>) からの報道資料「銀行の包括根抵当の一括解消及び被担保債務の範囲の縮小施行」(2012年6月25日)

(17) 金融監督院・前掲「銀行の包括根抵当の一括解消及び被担保債務の範囲の縮小施行」2頁。

＜限定根抵当の一括転換による被担保債務の調整内容＞

	既存の包括根抵当の被担保債務の範囲	限定根抵当の転換後の被担保債務の範囲	被担保債務から除外される債務
家計貸出	貸出、保証、クレジットカード債務等の銀行との取引から発生するすべての債務	担保貸出に限定	信用貸出、保証、クレジットカード債務
企業貸出	同上	貸出、別途の保証契約を締結した保証債務、手形上の債務等に限定	別途の保証契約を締結しない保証債務、クレジットカード債務

(18) 金融監督院・前掲「銀行の包括根抵当の一括解消及び被担保債務の範囲の縮小施行」2頁。内容としては、被担保債務が「証書貸出」等のように多数の種類との与信を包括する概念で記載された場合は、被担保債務を「借主が受けた貸出債務」に縮小する。なお、被担保債務の範囲に保証・クレジットカード債務等が含まれた場合は、担保提供者と別途の約定がない限り、被担保債務の範囲から除外する。

そして、法整備と関連しては、1986 年に制定された約款の規定に関する法律（以下、約款規制法という）による包括根抵当権の規制が注目される。また、近年においては、2010 年の銀行法の改正による包括根抵当権の原則的な禁止である。銀行法第 52 条の 2（本条新設：2010 年 5 月 17 日）によると、不公正営業行為の禁止について定め、「与信取引と関連して借主等に不当に担保を要求又は保証を要求する行為」は、してはならないとする（本条第 1 項

(19) 金融監督院・前掲「銀行の包括根抵当の一括解消及び被担保債務の範囲の縮小施行」3 頁及び 6 頁。家計貸出は、与信分類表の小分類の項目から 1 つのみを指定することが原則である。企業貸出は、幾つかの与信が同時に発生する場合に限り、与信分類表の中分類以下の項目から指定することができるとする。

<与信分類表例示（家計貸出）>

大分類	中分類		小分類
貸出債権	金融資金貸出	当座貸出	<input type="checkbox"/> 住宅担保貸出
			<input type="checkbox"/> その他の不動産担保貸出
			<input type="checkbox"/> その他の担保貸出
			<input type="checkbox"/> その他の貸出
		一般資金貸出	<input type="checkbox"/> 住宅担保貸出
			<input type="checkbox"/> その他の不動産担保貸出
			<input type="checkbox"/> その他の担保貸出
			<input type="checkbox"/> その他の貸出
		家計給付金	<input type="checkbox"/> 住宅担保貸出
			<input type="checkbox"/> その他の不動産担保貸出
			<input type="checkbox"/> その他の担保貸出
			<input type="checkbox"/> その他の貸出
		住宅関連貸出	<input type="checkbox"/> 住宅担保貸出
			<input type="checkbox"/> その他の不動産担保貸出
			<input type="checkbox"/> その他の担保貸出
			<input type="checkbox"/> その他の貸出
	その他の家計資金貸出	<input type="checkbox"/> 住宅担保貸出	
		<input type="checkbox"/> その他の不動産担保貸出	
		<input type="checkbox"/> その他の担保貸出	
		<input type="checkbox"/> その他の貸出	
財政資金貸出	財政資金貸出	<input type="checkbox"/> 住宅担保貸出	
		<input type="checkbox"/> その他の不動産担保貸出	
		<input type="checkbox"/> その他の担保貸出	
		<input type="checkbox"/> その他の貸出	

第2号)。なお、銀行法施行令第24条の4(本条新設:2010年11月15日)は、銀行法第52条の2による不公正営業行為の具体的な内容を定め、「与信取引と関連して借主又は第三者から担保又は保証を取得するときは、正当な事由なく包括根担保(包括根担保:現在発生し、又は将来発生する多数の債務又は不確定債務を一定の限度において担保するために物件又は権利を提供することをいう)又は包括根保証(包括根保証:現在発生し、又は将来発生する多数の債務又は不確定債務を一定の限度において保証することをいう)を要求する行為」は、不公正営業行為にあたる(本条第1項第3号)。

3. 小活

根抵当権は、金融実務において最も多く利用されている担保手段である。このような根抵当権設定契約においては、銀行側によって一方的に作成される不動文字の根抵当権設定契約書を利用することがほとんどである。そして、この根抵当権設定契約書に印刷されている特定根担保、限定根担保、包括根担保の3つの類型から根抵当権設定者が選択するようにはなっているが、根抵当権設定者は根抵当権者(銀行側)に比べて情報はもちろん、知識においても素人である場合が多いため、根抵当権設定契約は、根抵当権者、すなわち銀行側の有利な方向に契約が進んでいくことが多いであろう。実際に、前掲注1の「家計貸出の根抵当設定の現況(2011年末)」からわかるように、2011年末において根抵当権は、特定根抵当権11.0%、限定根抵当権61.2%、包括根抵当権27.8%の割合で設定された。限定根抵当権及び包括根抵当権が根抵当権の89%を占める。特に、限定根抵当権は、「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負担するすべての債務:〇〇取引、〇〇取引」とその被担保債務の範囲が広く、銀行取引が限定根抵当権として認められている現在においては、包括根抵当権と違いがないとする批判も多い。

なお、韓国民法第357条、韓国不動産登記法及び大法院登記例規で定める

根抵当権に関する条文からは、包括根抵当権を禁止することを読み取ることができない。しかし、包括根抵当権の利用が急増することによってそれによる被害が拡大されたことから、行政指導及び法整備、すなわち、約款規制法による包括根抵当権の規制及び銀行法の改正による包括根抵当権の原則的禁止の動きがなされている。このように、包括根抵当権に関する法律上の内容は、その統一性を欠いている。これは、前提となる根抵当権に関する法規制が不十分であることに原因があると思われる。

日本の場合は、日本民法において根抵当権に関する条文が 21 カ条存在しており、根抵当権の被担保債権の範囲、登記事項を民法及び不動産登記法又は通達で定めることによって、包括根抵当権を禁止している。後述の判例からわかるように、包括根抵当権と関連する問題のほとんどは、債務者、あるいは物上保証人が自分の負う被担保債務の範囲を把握していないことから生じる。したがって、日本のような民法及びその関連法規において根抵当権に関する規定を詳細に設けることが、根抵当権の紛争を防ぐ一つの方法として挙げることができよう。さらに、立法によって法律間の内容の統一性を図り、根抵当権の利用者、特に根抵当権設定者及び後順位担保権者にとって理解しやすい制度確立が必要であると考えられる。

三 包括根抵当権の学説及び判例

1. 学説

包括根抵当権について、学説では、単純有効説、限定的有効説、拡大限定的有効説、二元説、無効説の 5 つの説に分かれる。

(1) 単純有効説⁽²⁰⁾ (無制限有効説、全部有効説ともいう) は、取引包括根

(20) 金容漢「根抵当の特殊問題：包括根抵当と関連して」金基善博士古稀記念『現代財産法の諸問題』(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『根抵当権研究』(博英社、2000 年) 114 - 120 頁。

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。その根拠を以下のように説明する。第一に、根抵当権を定める韓国民法第 357 条は、付従性の原則に対して成立又は存続の付従性を緩和ないし放棄の例外を認めている。第二に、契約自由の原則により当事者間の意思がある場合は、無制限包括根抵当権であっても認めるべきである。第三に、取引実務界からの要請がある。第四に、反社会秩序行為又は不公正行為は、韓国民法第 103 条⁽²¹⁾及び第 104 条⁽²²⁾により救済することができる。第五に、被担保債権の限定性・特定性がなくても最高額が定められているとする。

(2) 限定的有効説⁽²³⁾ (制限的有效説ともいう) は、現在銀行取引で利用されている取引包括根抵当権は有効であるが、無制限包括根抵当権は無効とする説である。その理由は、包括根抵当権を無効にすると、取引界に混乱をもたらすので、その問題を解決するために限定的有効説を採用すると説明する。

(3) 拡大限定的有効説⁽²⁴⁾ (債務制限説ともいう) は、包括根抵当権の約定である「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、限定的有効説よりは、被担保債権の範囲を広くみている。その根拠を以下のように説明する。包括根抵当権の有効・無効の問題は、被担保債権の範囲の問題に帰着する。単純有効説は、被担保債権の範囲が広すぎるので、後順位抵当権者や一般債権者を

(21) 韓国民法 103 条 (反社会秩序の法律行為) は、善良の風俗その他の社会秩序に違反する事項を内容とする法律行為を無効とする。

(22) 韓国民法 104 条 (不公正な法律行為) は、当事者の窮迫、軽率又は不経験により著しく公正を失う法律行為を無効とする。

(23) 郭潤直・前掲『第七版物権法〔民法講義Ⅱ〕』372 頁以下、金相容・前掲『物権法〔全訂版増補〕』765 頁以下。

(24) 李英俊・前掲『物権法』860 頁、尹喆洪『物権法』(法元社、2009 年) 496 頁。

害し、債務者ではない根抵当権設定者に対しても酷である。そして、限定的有効説は、包括根抵当制度ないし根抵当制度の沿革的發展には合うが、その範囲があまりにも限定されるので、当事者の意思に合わないという問題があるとする。

(4) 二元説⁽²⁵⁾は、包括根抵当権を約款による場合と個別約定による場合に分けて、その有効性を考察する説である。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、その根拠は異なるとする。その根拠を以下のように説明する。第一に、約款による包括根抵当約定は、不公正条項であり、無効である。契約の重要部分である根抵当権の基礎契約の範囲は、個別約定によるのが望ましいのであって、約款による包括的合意は不当である。第二に、個別約定による包括根抵当約定は、法律行為の解釈原則によって当事者の真正な意思を明らかにしてから、その真意が包括性を含むものであるなら有効とすべきである。第三に、根抵当権は成立の付従性を排除したのではない。韓国民法第 357 条第 1 項は、債務の確定を将来に保留して、根抵当権を設定することであって、被担保債務と分離した独立の抵当債務を認めるものではない。第四に、包括根抵当権の有効性論争は、基本契約が全くないことではなく、基本契約が当事者の特定した種類のほかに、無制限に拡張されること及び基本契約と関連のない不法行為責任まで拡張されることから始まる。第五に、金融機関で行う包括根抵当約定は、それが個別約定によるものであろうか約款によるものであろうか債務者や物上保証人の立場を不当に不利とする。なぜならば、銀行に対する債務者又は物上保証人の債務にすべて根抵当権の効力が及ぶからであるとする。

(5) 無効説⁽²⁶⁾は、包括根抵当権について、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ことか

(25) 李銀榮・前掲『改訂版物権法』807 頁。

(26) 李珣徹「物上保証人の責任－銀行の根抵当権設定契約書の第 1 条に関する考察－」金基善博士古稀記念『現代財産法の諸問題』（法文社、1987 年）187 頁。

ら、無効であるとする。その根拠を以下のように説明する。第一に、韓国民法第 357 条は、取引上の要請により付従性を緩和したものであって、民法上の原則である付従性が全くない包括根抵当権を許容したものではない。第二に、包括根抵当権が無効であるとしても、必ずしも取引上の混乱が生じるとは考えにくい。一部無効の法理等により解決できる。第三に、付従性の緩和は、特定の国、すなわちドイツ法やスイス法に該当する思考であって、世界の傾向であるとはいえないとする。

2. 判例

判例は、包括根抵当権の有効性について、直接に判断せずに、包括根抵当権における被担保債務の範囲と関連して間接的に判断する。そして、ほとんどの場合は、銀行があらかじめ作成した不動文字の根抵当権設定契約書を利用して契約が行われるので、判例は、その根抵当権設定における契約書又は約款の包括的な被担保債務の範囲の解釈に関するものである。

判例の判断方法としては、過去には例文解釈による方法が利用されていたが、1986 年に約款規制法が制定されてからは、個別約定優先原則も併せて用いるようになったとする^{(27) (28)}。ここでの「例文解釈」とは、不動文字で印刷された約款にいずれか一方の当事者に一方的に有利な条項が記載されている場合は、これを例文にすぎないと解釈して拘束力を排除することをいう⁽²⁹⁾。これに対しては、約款規制法施行以降は、約款規制法第 5 条⁽³⁰⁾、第 6 条⁽³¹⁾を

(27) 高翔龍＝金柄斗・前掲「包括根抵当」203 頁以下。

(28) しかし、【判例 1】は、約款規制法制定以前の判例であるが、個別約款優先原則によって判断する。

(29) 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) 760 頁。

(30) 約款規制法第 5 条 (約款の解釈) ①約款は、信義誠実の原則によって公正に解釈しなければならないし、顧客によって異なる解釈をしてはならない。

②約款の趣旨が明確でない場合には、顧客に有利に解釈しなければならない。

適用して解決することができるという理由等から、例文解釈を用いるのは不要である⁽³²⁾とする見解が多い。そして、「個別約定優先原則」とは、「約款で定める事項に関して事業者と顧客が約款の内容と異なる合意をしたときは、その合意事項は約款より優先する（約款規制法第 4 条）」ことをいう。

以下では、包括的条項の根抵当権設定契約書及び約款において、2-1. 被担保債務の範囲を限定した判例と 2-2. 被担保債務の範囲を限定しなかった判例に分けて紹介する⁽³³⁾。

2-1. 被担保債務の範囲を限定した判例

(1) 裁判例

【判例 1】大法院 1970 年 7 月 21 日 70 ダ 760 [公報不掲載]

・事案：物上保証人 X らは、最高額を 5,300 万ウォン、被担保債務を債務者 A の手形貸付、商業手形割引、裏書、保証、その他の Y 銀行との取引から発生する現在又は将来の一切の債務とする根抵当権を設定した。

・判旨：大法院は、①根抵当権設定契約書及び担保提供承諾書が Y の一方による一律的に不動文字として印刷された用紙であること、②銀行貸出慣行上、債務額の 160% に相当する金額を最高額とすること、③最高額 5,300 万ウォンが外貨 \$ 122,000 の 160% に相当する金額であること、④ Y の A に対する数回の貸出時において別途の担保が存在することなどから、処分文書と異なる特別約定（本件不動産に対する根抵当権は、外貨 \$ 122,000 に代替される債務の元本のみを担保する旨）があると認められる場合は、その記載内容と

(31) 約款規制法第 6 条（一般原則）①信義誠実の原則に違反して公正性を失う条項は、無効である。

②約款の内容に次の各号のいずれか一つに該当する内容を定めている条項は、公正性を失うものと推定される。

1. 顧客に不当に不利な条項
2. 顧客が契約の取引形態等の関連するすべての事情に照らして予想し難い条項
3. 契約の目的を達成できない程度に契約による本質的権利を制限する条項

(32) 金相容「普通取引約款と例文解釈」（考試研究 201、1990 年 12 月）25 頁以下。

(33) 判例については、以下のようにいくつかの方法で類型化している。しかし、包括根抵当権に関する類型ではないものもあるので、判例の記載を省略する場合がある。

金載亨・前掲『根抵当権研究』132頁以下（包括根抵当権の有効性に関する判例の類型ではなくて、被担保債権の範囲に関する決定基準における判例の類型分析である）。

1. 債務者と根抵当権者間の取引行為によって発生した債権

①貸出債権等のように債務者が担保権者から直接に金融の利益を得る場合：さらに根抵当権設定以後に発生した取引債権と根抵当権設定以前に発生した取引債権に区分

②保証債権のように直接的な金融を得ない場合

③求償債権

④無権代理行為の追認及び表見代理による債務

2. 根抵当権者が第三者から取得した債権

①手形債権：さらに根抵当権者が債務者から手形を取得した場合と根抵当権者が第三者から手形を譲り受けた場合に区分

②譲受債権

3. 不当利得返還債権と不法行為による損害賠償債権

金柄斗「根抵当権の被担保債権の範囲」（法曹第52巻第11号、2003年11月）202頁以下。

1. 将来債務

①保証債務【判例23】【判例35】

②手形貸出及び証書貸出【判例12】【判例14】【判例15】【判例28】【判例31】

③その他の特定債務【判例19】【判例26】

2. 既存の債務

①保証債務【判例3】【判例6】【判例13】【判例33】

②手形貸出及び証書貸出【判例7】

③その他【判例5】【判例27】

沈載斗「包括根抵当権の被担保債務の範囲」（判例研究5、1992年1月）182頁以下。

1. 個別約定を認めることによって被担保債務の範囲を制限した場合【判例2】【判例3】【判例4】【判例5】

2. 個別約定を認めないことによって被担保債務の範囲を制限しなかった場合【判例21】【判例22】【判例23】【判例24】【判例26】

金相容・前掲「普通取引約款と例文解釈」26頁以下。

1. 例文で認めた判例

2. 例文で認めてない判例

異なる事実を認めないわけではないとした。

【判例 2】大法院 1984 年 6 月 12 日 83 ダカ 2159 [集 32 (3) 民,77 ; 公 1984. 8.15. (734) 1271]

・事案：物上保証人兼連帯保証人 X は、債務者 A の B 銀行からの 3,000 万ウォン（実際の借入金：1,500 万ウォン）の借用のために、最高額を 4,500 万ウォン、被担保債務を A の B に対する手形貸出、手形割引、当座貸越、証書貸出、有価証券貸与、支払保証等の原因による現在負担し、又は将来負担するすべての債務とする第 1 順位根抵当権を設定した。一方、A は、すでに Y 信用保証基金の保証書により B から 3,800 万ウォンを借用した。Y が B に借入金 3,800 万ウォン及び利子を弁済し、弁済者の法定代位の効果として、Y が X から受ける求償権の範囲内で、B から本件根抵当権の一部移転を受けた。

・判旨：大法院は、①当初 A は、B から 3,000 万ウォンの借用のために、本件根抵当権を設定したこと、②既存の債務 3,800 万ウォン及び新借用債務 3,000 万ウォン（実際の借入金：1,500 万ウォン）のために、最高額 4,500 万ウォンの根抵当権を設定することは、銀行の貸借慣行において異例であること、③X は 1,500 万ウォンの限度で連帯保証したことなどから、「現在負担す

孫智烈「包括根抵当条項と個別約定」李會昌先生華甲記念論文集『法と正義』（博英社、1995 年）556 頁。

1. 個別約定の存在を認めない判例【判例 21】【判例 22】【判例 23】【判例 24】【判例 25】【判例 26】【判例 27】【判例 28】
2. 個別約定の存在を認める判例【判例 1】【判例 2】【判例 3】【判例 4】【判例 5】【判例 6】【判例 7】【判例 9】

高翔龍＝金柄斗・前掲「包括根抵当」204 頁以下。

1. 被担保債務の範囲を制限した判例
 - ①例文解釈による判例【判例 2】【判例 3】【判例 6】【判例 7】【判例 9】【判例 10】
 - ②個別約定優先原則による判例【判例 4】【判例 5】【判例 9】
2. 被担保債務の範囲を制限しなかった判例【判例 28】【判例 30】【判例 31】【大法院 1996 年 10 月 29 日 95 ダ 2494】

る債務」とする記載は例文にすぎず、本件根抵当権の被担保債務には、既存の債務の3,800万ウォンは含まれないとした。

【判例3】 大法院 1986年11月11日 86ダカ1152 [公1987.1.1.(791),18]

・事案：債務者兼根抵当権設定者Aは、Y相互信用金庫から350万ウォンの貸出を受けるために、自己所有の不動産に、最高額を550万ウォン、被担保債務をAのYに対する手形貸出、手形割引、賦金給付金、証書貸出、支払保証等の原因によりAがYに対して現在負担し、又は将来負担するすべての債務とする根抵当権を設定した。その後、上記の貸出金はすべて弁済され、本件不動産はXへ売却された。一方、Aには、すでにBのYに対する300万ウォンの連帯保証債務がある。

・判旨：大法院は、①本件根抵当権が既存の300万ウォンの連帯保証債務まで担保するものであったならば、元本合計額(650万ウォン)は最高額(550万ウォン)を超えることになり、金融機関の慣行において異例であることなどから、「現在負担するすべての債務」とする記載は例文にすぎず、本件根抵当権の被担保債務は、貸出債務のみであって、既存の連帯保証債務まで含むものではないとした。

【判例4】 大法院 1987年5月26日 85ダカ1046 [公1987.7.15.(804),1046]

・事案：債務者兼根抵当権設定者XとAは、Y銀行により支払保証書(外貨\$227,200)を受けて、B銀行から外貨貸出を受けた。Yに対する求償債務を担保するために、X所有の不動産に、最高額を外貨\$400,000、被担保債務を手形債務及びそれによる利得償還債務、各種保証代払債務、その他の直接・間接に債務者が債権者に対して現在又は将来負担する一切の債務元本及び費用又は債務不履行による損害賠償債務とする根抵当権を設定した。その後、Xは、Yにその求償債務及びそれによる諸費用を弁済して(1974.7.11)、根抵当権の抹消を請求した。しかし、Yは、C(1972.7.12にCはAを吸収合併)が受けた貸出金(約100億ウォン)が存在すると主張し、抹消に応じな

かった。

・判旨：大法院は、①最高額が支払保証金の約 150 % であること、②銀行の貸出慣行上、最高額を貸出金又は支払保証金の 150 % にすること、③C の貸出金は最高額を超えること、④最高額が外貨で記載されていたことなどから、本件根抵当権の被担保債務を求償債務のみとする明示的、黙示的約定があったとした。

【判例 5】大法院 1990 年 6 月 26 日 89 ダカ 26915 [公 1990. 8 .15. (878) ,1568]

・事案：物上保証人 X は、最高額を 7,900 万ウォン（貸出金：外貨 1,350 万円）、被担保債務を債務者 A の Y 銀行に対する現在又は将来の一切の債務とする根抵当権を設定した。一方、A には、すでに Y 銀行に対する合計金 69,987,838 ウォンの債務がある。

・判旨：大法院は、①根抵当権設定契約当時にすでに A の Y に対する債務（合計金 69,987,838 ウォン）があったにもかかわらず、最高額を貸出金（外貨 1,350 万円）の約 2 倍で算定したこと、②X は、A の債務に対する物上保証をただけで、A の Y に対するすべての債務に対して別途の連帯保証はしていないこと、③A の追加貸出時に、X に追加担保や連帯保証を要求せずに、他の連帯保証人に対してのみ別途の手形取引約定書上の保証を立てさせたこと、④X は A を教会の牧師の紹介により知り合っただけで、X と A が親密な間柄ではなかったことなどから、本件根抵当権は、A の Y に対する特定債務である外貨債務のみを担保するためであるとした。

【判例 6】大法院 1990 年 7 月 10 日 89 ダカ 12152 [公 1990. 9 . 1 . (879) ,1684]

・事案：A（債務者兼根抵当権設定者）、B、C の共有である船舶 a に対して、債務者を A、最高額を 2 億ウォン（貸出金：97,776,000 ウォン）、被担保債務を A の Y 水産業協同組合に対する契約当日に負担し、又は将来負担する手形貸出、貸与等の各種の取引による債務及び保証債務その他の各種の原因に

よるすべての債務とする根抵当権を設定した (1985.7.19)。その後、本件船舶 a は X らへと所有権が移転された (1986.4.1)。一方、A は、すでに (1985.6.1) (i) D の Y に対する貸出債務及びその利子債務を引き受け、(ii) 同じ日に自分の妻である E が引き受けた F の Y に対する船舶 b の貸出債務及びその利子債務を連帯保証した。1987.11.20 に、X は、A の Y に対する本件船舶 a の根抵当債務元本残高が 57,036,000 ウォンであること、A の連帯保証 (船舶 b の貸出債務) の元本残高が 63,751,094 ウォンであることを確認したあと、本件船舶 a の被担保債務の貸出残高 57,036,000 ウォン及びその利子の合計 57,192,263 ウォンを弁済供託し、Y に対して本件根抵当権の抹消を請求した。

・判旨：大法院は、①本件船舶 a と船舶 b の貸出債務額が各々 97,776,000 ウォンであり、各船舶には最高額 2 億ウォンの根抵当権が別々に締結されていたこと、②本件根抵当権設定後、A は Y から 3,000 万ウォンの追加貸出を受けたが、そのすべてが本件根抵当権の債務であるならば、その被担保債務額の合計は 225,552,000 ウォンとなり、本件根抵当権の最高額 2 億ウォンを超過すること (貸出慣行上、異例である)、③E は本件貸出債務を連帯保証していないことから、A と E は各自の船舶を相手の船舶貸出債務に対する共同担保として提供する意思があったとはいえないことなどから、「既存の債務もその被担保債務にすべて含まれる」とする記載は例文にすぎず、本件根抵当権の被担保債務は、貸出債務のみ、すなわち既存の貸出債務 (i) までは含むが、既存の保証債務 (ii) は含まないとした。

【判例 7】 大法院 1992 年 11 月 27 日 92 다후 40785 [公 1993.1.15. (936) ,265]

・事案：物上保証人 X は、債務者 A の Y 銀行に対する手形貸出、手形割引、証書貸出、当座貸越、支払保証その他の取引による債務、有価証券貸与、保証債務、小切手債務、手形債務その他の各種の原因によって A が Y 銀行の本店・支店に対して現在負担し、又は将来負担するすべての債務を共同担保するために、自己の不動産に、最高額を 650 万ウォン (貸出金：500 万ウォン)

とする第 2 順位根抵当権を設定した。一方、A には、すでに Y に対する外貨債務（\$ 88,902.23、当時為替 7,500 万ウォン相当）及び一般給付貸出債務（24,984,000 ウォン）が存在する。

・判旨：大法院は、①既存の外貨債務に対して別途の担保が存在すること、②本件不動産の実際評価担保価額が約 1,665 万ウォンであったにもかかわらず、最高額を 650 万ウォンとしたこと、③既存の債務額が約 1 億ウォンであったにもかかわらず、最高額を 650 万ウォンとしたことは、銀行の貸出慣行において異例であること、④Y は、自分の主張する本件債務について、X に別途説明を行っていないことなどから、本件契約書の包括的な被担保債務に関する記載は例文にすぎず、本件根抵当権の被担保債務は、特定債務に限定するものであるとした。

【判例 8】 春川地方法院 1993 年 1 月 15 日 92 カハプ 660 : 確定 [下集 1993 (1) ,48]

・事案：債務者 A の Y 相互信用金庫に対する 4 億 6,000 万ウォンの貸出金を担保するために、物上保証人 B は、自己の不動産に、最高額を 7 億 3,600 万ウォン、被担保債務を A の Y に対する手形貸出、手形割引、保証債務その他の各種の原因によって A が Y に対して現在負担し、又は将来負担するすべての債務とする根抵当権を設定した（1991.6.24）。その後、本件不動産の競売進行中に、Y は、A の C に対する手形割引貸出金 4 億 6,000 万ウォンの既存の保証債務（1991.3.8）も上記の根抵当権の被担保債務に含まれるとした（1992.4.22）。一方、X 相互信用金庫と物上保証人 B は、根抵当権者を X、債務者を D、最高額を 15 億ウォンとする根抵当権を設定した（1991.9.13）。

・判旨：地方法院は、①Y の貸出慣行上、最高額を貸出金の 160 % とすることから、1991.6.24 の根抵当権の最高額 7 億 3,600 万ウォンには、A の C に対する既存の保証債務（1991.3.8）は考慮されていないこと、②X は、1991.6.24 の根抵当権の被担保債務の内容を把握するために、B を通して Y から負債証明書を要求したところ、そこには「A に対する 1991.6.24 の貸出金 4

億 6,000 万ウォン」のみが記載されていたことなどから、「現在負担し、又は将来負担するすべての債務」とする記載は例文にすぎず、本件根抵当権の被担保債務は、1991.6.24 の貸出債務に限定するものであって、1991.3.8 の既存の保証債務まで含むものではないとした。

【判例 9】 大法院 1994 年 11 月 25 日 94 ダ 8969 [公 1995.1.1. (983) ,83]

・事案：A と B は同業者であり、Y 会社から銅線を購入するにあたって、銅線の代金支払債務を担保するために、物上保証人 X (A の父) は、債務者を B、最高額を 5,000 万ウォン、被担保債務を B の Y に対する既存現在負担し、又は将来負担する債務とする根抵当権を設定した。一方、B には、すでに契約以前から Y に対する約 5,363 万ウォンの債務が存在する。

・判旨：大法院は、①根抵当権の被担保債務が不動文字で印刷されていたとしても契約締結経緯等から、本件根抵当権がその契約成立以後に供給される銅線の買掛代金債務のみを担保するためであったとした原審⁽³⁴⁾の判断は、正当であること、②A と B の同業関係において Y から供給を受けたことがないことなどから、本件根抵当権の被担保債務は、将来発生する債務のみを担保する趣旨であったことを認めるとした。

【判例 10】 大法院 1996 年 4 月 26 日 96 ダ 2286 [公 1996.6.15. (12) ,1710]

・事案：債務者 A が Y 農業協同組合から豚の供給を受けようとしたところ (1992.10.5 から 1 年間、1 日に 100 頭ないし 200 頭)、物上保証人 X は、上記の豚の供給に対する買掛代金債務を担保するために、自己の不動産に、最高額を 4 億 5,000 万ウォン、被担保債務を A の Y に対する現在及び将来負担する手形割引・証書貸出・当座貸出・売掛債権取引・その他の与信取引による債務並びに保証債務手形又は小切手上の債務及びその他の付帯債務とする根

(34) そのほかに、原審 (ソウル民事地方法院 1993 年 12 月 15 日 93 ナ 27412) の理由を見ると、①契約以前まで X・A と B は、知り合いではなかったこと、②X・A は、本件契約時に B の債務について知らなかったこと等が挙げられている。

抵当権を設定した。

・判旨：大法院は、①Yは、Aに追加担保を要求しながら豚の供給を契約時から4年が過ぎた現在まで行わなかったこと、②これ以上の取引はないとし、XはYに契約解除の意思表示を書面で送達したことなどから、Yは根抵当権の抹消登記手続を履行する義務があるとした。なお、本件根抵当権の被担保債務については、「AとY間の与信取引による一切の債務」とする記載は例文にすぎず、AとYの畜産物出荷契約によって、将来Yに対して負担する買掛代金債務に限定すると解釈するのが相当であるとした。

【判例 11】 大法院 1996 年 10 月 29 日 95 ダ 2494 [公 1996.12.15. (24) ,3509]

・事案：債務者Aは、Y鉄鋼会社の販売代理店を経営する。物上保証人Bは、AのYに対する物品代金債務等を担保するために、2回にわたって、被担保債務をAのYに対する一切の債務とする根抵当権を設定した。その後、AとY間の代理店契約は終了し、Aの代表理事とするC会社とY間の代理店契約が締結された。

・判旨：大法院は、①AとY間の代理店契約終了時にAのYに対する債務がすべて弁済されたこと、②C会社がAの一人会社であるから、CとY間の取引がAとY間の取引と同様であるとする証言だけでは、Aの一人会社であると断定できないこと、③Bの相続人であるXらは、B死亡後に内容証明郵便で各々の根抵当権設定契約の解除の意思表示をしたことなどから、被担保債務の範囲をAがYの販売代理店を経営する期間に発生するAのYに対する物品代金債務及びそれに付随する債務に限定することが妥当であって、上記代理店契約終了後の債務まで含むものではないとした。

【判例 12】 大法院 1997 年 5 月 28 日 96 ダ 9508 [公 1997.7.15. (38) ,1973]

・事案：判旨から事案の内容を読み取ることができない。

・判旨：大法院は、①各根抵当権設定契約が2～3年又は相当な期間が経過した後に行われたこと、②各追加貸出金に対しては別途の各根抵当権が設定されていたこと、③根抵当権の最高額が各貸出金に一致することなどから、

本件根抵当権は、特定債務を担保するために設定されたものであるとした。

【判例 13】 大法院 2000 年 3 月 28 日 99 ダ 32332 [公 2000.5.15.(106),1051]

・事案：物上保証人 X と債務者 A は、彼らの共有不動産を担保に、最高額を 9 億 5,000 万ウォン（貸出金：7 億 3,000 万ウォン）、被担保債務を A の Y 相互信用金庫に対する現在及び将来負担する手形貸出債務、手形割引債務、与信取引債務、保証債務等のすべての債務とする根抵当権を設定した（1996.5.22）。一方、A は、すでに B と Y 間の手形取引約定において連帯保証、C の Y に対する貸出金について連帯保証、D の Y に対する貸出金について連帯保証、E の Y に対する貸出金について連帯保証をした。

・判旨：大法院は、① Y は、30 億 5,000 万ウォンに達する A の既存の連帯保証債務を本件根抵当権で担保する意思があったにもかかわらず、X と A の 35 億の共有不動産に、最高額をわずか 9 億 5,000 万ウォンとする第 1 順位根抵当権を設定したこと、②最高額が貸出金の約 130 % であること、③ X は Y と金融取引がなかったが、X と A は、Y の取締役の勧誘により、S 相互信用金庫から貸し出していた 16 億ウォンを弁済してから、新たに Y から各々 7 億 3,000 万ウォンを貸し出したこと、④ Y の要求によって、X と A は、相互連帯保証して各々 7 億 3,000 万ウォンを貸し出したこと、⑤ Y は、X に対して A の既存の連帯保証債務について言及していなかったことなどから、本件根抵当権の被担保債務には、A の 7 億 3,000 万ウォンの貸出債務のみを担保する意思があると見るのが妥当であり、A の既存の連帯保証債務は含まれないとした。

【判例 14】 大法院 2001 年 9 月 18 日 2001 ダ 36962 [公 2001.11.1.(141),2246]

・事案：債務者兼根抵当権設定者 A らは、Y 銀行から国民住宅基金貸出の承認を受けて、本件アパート事業敷地を共同担保に、最高額を 34 億 6,320 万ウォン（国民住宅基金貸出の承認額 26 億 6,400 万ウォンの 130 %、実際貸出

金：10 億ウォン) とする根抵当権を設定した (1996.7.26)⁽³⁵⁾。しかし、担保物 (アパート事業敷地) の鑑定額が 12 億 4,670 万ウォンであったため、14 億 1,730 万ウォンについては、B 住宅金融信用保証基金による保証書を Y に担保として提出した。一方、A らは、以後、Y から国民住宅基金貸出とは別途に、B による 43 億ウォンの信用保証書で 36 億ウォンの建設業者住宅資金の貸出を受けた (1998.8.18)。その後、A らは破産し、B は A の Y に対する建設業者住宅資金の元本及び延滞利子中の 328,122,739 ウォンを代位弁済し、Y は 1996.7.26 の根抵当権の最高額から国民住宅基金の実際貸出金 10 億の 130 % である 13 億ウォンを引いた 21 億 6,320 万ウォンの根抵当権を B に一部譲渡した。その後、A らの建設アパートに対して住宅分譲を保証した C 住宅事業共済組合の債務を承継した X は、B に 21 億 6,320 万ウォンを代位弁済し、Y には 13 億ウォンを代位弁済した。しかし、Y は、本件根抵当権の被担保債務に建設業者住宅資金貸出金に対する延滞利子も含まれると主張した。

・判旨：大法院は、①国民住宅基金の特殊性、②最高額が国民住宅基金貸出金の 130 % で算定されていたこと、③担保物 (アパート事業敷地) の鑑定評価額を超過する部分に対して B による信用保証書があること、④建設業者住宅資金貸出金 36 億ウォンに対して別途の B による 43 億ウォンの信用保証書があることなどから、本件根抵当権の被担保債務には、国民住宅基金貸出債務のみが含まれるのであって、その後の追加で貸し出した建設業者住宅資金債務は含まれないとした。

【判例 15】大法院 2003 年 3 月 14 日 2003 ダ 2109 [公 2003.5.1.(177),994]

(35) 判旨において、詳細な被担保債務の範囲は、読み取れないが、被告の主張の中で「本件根抵当権は、その他の与信取引に関するすべての債務を担保するための包括根抵当である」という記載から包括的な被担保債務であることがわかる。

・事案：債務者兼根抵当権設定者Aは、Y銀行から国民住宅基金貸出の承認を受けて、本件アパートの敷地に、最高額を14億3,520万ウォン（国民住宅基金貸出の承認額11億400万ウォンの130%）とする第1順位根抵当権を設定した（1998.3.13）。その根抵当権設定契約書には、特定根担保、限定根担保、包括根担保が印刷されていたが、Aの取締役の直筆とされる「包括根保証」の記載があった。なお、上記の包括根担保の被担保債務として、「債務者が債権者（本・支店）に対して現在及び将来負担する手形貸出、証書貸出、当座貸出、手形割引、支払保証（社債保証を含む）、売掛債権取引、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、クレジットカード取引による債務、上記の取引に対する保証債務、上記の取引によって取得した手形又は小切手上の債務」とする内容が印刷されていた。一方、Xの前身である住宅事業共済組合は、Aの債務不履行による損害金その他の各種の原因によってAがXに対して現在又は将来負担する債務を共同担保するために、本件アパートの敷地に、債務者をA、最高額を42億9,000万ウォンとする第2順位根抵当権を設定し、Aの住宅分譲等を保証した（1998.5.19）。Aは、1998.5.20に、上記の国民住宅基金とは別途に、Yから45億ウォンの貸出を受けて、約41億ウォンは弁済したが、1998.7頃に倒産した。

・判旨：大法院は、①国民住宅基金の特殊性、②第1順位根抵当権の最高額が国民住宅基金貸出金の130%で算定されていたこと、③45億ウォンの運転資金に対して住宅金融保証基金による46億8,000万ウォンの信用保証書をYに提出したこと、④「包括根保証」は根抵当権設定契約書の3類型に該当しないことなどから、第1順位根抵当権の被担保債務には、国民住宅基金貸出債務のみが含まれるのであって、その後の45億ウォンの運転資金債務は含まれないとした。

【判例16】大法院2004年2月13日2002ダ43882[未刊行]

・事案：債務者兼根抵当権設定者Aは、X銀行から公共賃貸住宅建設資金

147 億 7,000 万ウォンの貸出を受けるために、最高額を 192 億 100 万ウォンとする根抵当権を設定した⁽³⁶⁾。一方、Y 信用保証基金は、上記の貸出に対して保証金額 109 億 1,770 万ウォンの信用保証書を発行した。その後、A は X から公共賃貸住宅内金支援金 33 億 8,100 万ウォンの貸出を受けて、Y はこの内金貸出の個別保証のために信用保証書を発行した。

・判旨：大法院は、①公共賃貸住宅建設資金（いわゆる、国民住宅基金）の特殊性、②公共賃貸住宅建設資金と公共賃貸住宅内金支援金は、同一の事業者 A に対して、同一の国民住宅基金の財源が使われたとしても、その性格が異なること、③本件根抵当権の最高額は、公共賃貸住宅建設資金の 130 % で算定されていたこと、④公共賃貸住宅内金支援金に対して Y の別途の信用保証書が発行されていたことなどから、本件根抵当権の被担保債務には、その後の公共賃貸住宅内金支援金債務は含まれないとした。

【判例 17】光州地方法院 2005 年 7 月 6 日 2004 ナ 12475 [各公 2005.9.10.(25) ,1443]

・事案：A が H 酒類を委託運営していたところ（2002.1）、Y らから酒類の供給を受けるために、A の義理の兄 X は、債務者を H 酒類、最高額を 1 億 8,000 万ウォン、被担保債務を H 酒類が最高額の範囲内で現在負担し、又は将来負担するすべての債務とする根抵当権を設定した（2002.5.30）。その後、A の H 酒類の委託経営は終了し、X と A は、H 酒類の Y らに対する酒類代金債務 118,886,230 ウォンを 2002.7.22 から 2003.7.31 まですべて弁済した。

・判旨：地方法院は、①A は、1 億 2,000 万ウォンの限度で Y らから酒類の供給を受けるために、X に担保提供を依頼したこと、②X は、Y らに最高額が当初の約定に比べて多すぎることを抗議したこと、③主債務者が A ではな

(36) 判旨において、詳細な被担保債務の範囲は、読み取れないが、「被担保債務を現在及び将来負担する原審判旨のようなすべての債務」という記載から包括的な被担保債務であることがわかる。

くH酒類になっていたのは、Aが酒類取扱免許がなかったので、H酒類の名義だけを借りてYらと取引したことなどから、本件根抵当権の被担保債務の記載は例文にすぎず、その範囲は、主債務者であるH酒類が委託経営中に負担する酒類代金債務のみに限定するものであって、委託経営が終了した以後の酒類代金債務は含まれないとした。

【判例 18】 大法院 2005 年 7 月 28 日 2005 ダ 22565 [未刊行]

・ 事案：物上保証人 X は、自己の不動産に、債務者を A、最高額を 1 億 4,400 万ウォン（貸出金：1 億ウォン）、被担保債務を A と Y1 水産業協同組合との特定な種類の与信取引に限定する根抵当権を設定した。A は、弁済期を延長するために、毎年償還貸出を受けていたところ、既存の貸出金より金利が安い水産経営改善資金に変更した。しかし、本件不動産の時価下落により 6700 万ウォンしか担保できなかつたので、3300 万ウォンについては、Y2 農業協同組合の信用保証書を担保として貸出を受けた。

・ 判旨：大法院は、① Y2 の農漁家負債対策に関する信用保証特例規定によって「既存の不動産担保貸出金を償還するための資金である場合には、担保が不足する元本及びこれに該当する利子に限って」信用保証ができることから、上記の 3300 万ウォンの部分に限って信用保証書が発行されたこと、② X が Y に確認した貸出金償還内訳書にも、6700 万ウォンの担保は本件不動産が、3300 万ウォンの担保は Y2 の信用保証書が担保すると記載されていたこと、③ Y2 の信用保証書は、追加担保を必要としない優良担保であることなどから、本件根抵当権の被担保債務には、Y2 信用保証書を担保とする貸出債務 3300 万ウォンは含まれなく、X と Y1 の間には 6700 万ウォンのみを被担保債務とする個別約定があったとみるのが相当であるとした。

(2) 裁判例の整理

上記の裁判例の判断方法について、以下の 2 つに分けることができる。

第一は、「包括的記載は…例文にすぎない」として被担保債務の範囲を制限した判例である。すなわち、第一の判断方法は、いわば「例文解釈」であ

る。その判旨をみると、根抵当権設定契約書は、処分文書であるため、特別な事情がない限り、その契約の文言通りに解釈するのが原則である。しかし、その根抵当権設定契約書が金融機関等により一律的に一般取引約款の形態として印刷されて使用する契約書である場合は、その契約条項で被担保債務の範囲を根抵当権設定による貸出債務以外に既存の債務又は将来負担する他の原因によるすべての債務も包括的に含むと記載されたとしても、当該貸出債務と他の債務の各成立経緯等の根抵当権設定契約締結の経緯、貸出慣行、各債務額とその根抵当権の最高額との関係、他の債務額に対する別途の担保確保の有無等の様々な事情に照らして、印刷された契約の文言通りに被担保債務の範囲を解釈すると、かえって金融機関の一般貸出慣行にそぐわない、又は当事者の意思は当該貸出債務のみをその根抵当権の被担保債務として約定した趣旨であると解釈するのが合理的であるときは、上記契約書の被担保債務に関する包括的記載を不動文字で印刷された一般取引約款の例文にすぎないとみて、その拘束力を排除することが妥当であるとする【判例 6】⁽³⁷⁾【判例 12】【判例 14】【判例 15】【判例 16】【判例 18】。そして、上記の条件とは若干異なる「その契約締結の経緯と目的、被担保債務額、根抵当権設定者又は債務者及び債権者との総合関係等の諸般の事情等」とする判例もある【判例 9】【判例 13】【判例 17】。あるいは、条件を提示せずに、判旨の中で個別に判断する判例もある【判例 2】【判例 3】【判例 7】【判例 8】【判例 10】【判例 11】。

第二は、「包括的記載内容と異なる特別な明示的、黙示的約定がある場合」に被担保債務の範囲を制限した判例である。すなわち、第二の判断方法は、いわば「個別約定優先原則」である。その判旨によると、処分文書の真正成立が認められる以上、法院は反証がない限り、その文書記載内容に基づく意

(37) 上記の条件の中でも、当該貸出債務と他の債務の各成立経緯及び各債務額とその根抵当権の債権最高額との関係等その他の事情とする。

思表示の存在及び内容を認めなければならないが、処分文書であるとしても、その記載内容と異なる特別な明示的、黙示的約定がある事実が認められる場合には、その記載内容と異なる事実を認めることができるとする【判例 4】【判例 5】⁽³⁸⁾。そして、明示的、黙示的約定の文言なしで、特別な事情のみを認める【判例 1】、あるいは個別約定優先原則のみならず同時に例文解釈も認める【判例 18】もある。

さらに、上記の判例に対する判断理由をより詳細にすると、以下のようである。

第一に、当該貸出債務と他の債務の各成立経緯等の根抵当権設定契約締結の経緯である。これを判断理由としたのが、【判例 2】【判例 4】【判例 5】【判例 6】【判例 8】【判例 9】【判例 10】【判例 11】【判例 12】【判例 13】【判例 14】【判例 15】【判例 16】【判例 17】【判例 18】である。

第二に、貸出慣行、すなわち根抵当権の最高額を債務額の 130 % から 160 % と算定すること⁽³⁹⁾が担保貸出に関する銀行の慣行である。この判断理由は、第三の判断理由と密接な関係である。【判例 1】【判例 2】【判例 3】【判例 4】【判例 5】【判例 6】【判例 7】【判例 8】【判例 13】【判例 14】【判例 15】【判例 16】がある。

第三に、各債務額とその根抵当権の最高額との関係である。【判例 1】【判例 2】【判例 3】【判例 4】【判例 5】【判例 6】【判例 7】【判例 8】【判例 12】【判例 13】【判例 14】【判例 15】【判例 16】がある。特に【判例 4】は、最高額を外貨で表記した判例である。

(38) 「例文」という文言はないが、例文解釈の判例で挙げる条件、すなわち根抵当権設定契約の締結経緯、その後の債権者の態度、被担保債権額、原告と訴外人（債務者）との関係を挙げている。そこで、【判例 5】を例文解釈による判例とする見解と個別約定優先原則による判例とする見解に分かれる。

(39) 【判例 5】【判例 6】では、最高額が債務額の約 200 % である。しかし【判例 5】は、本件根抵当権の債務が外貨であったため、為替が影響されていると思われる。

第四に、他の債務額に対する別途の担保確保の有無である。【判例 1】【判例 5】【判例 6】【判例 7】【判例 12】【判例 14】【判例 15】【判例 16】【判例 18】がある。

第五に、根抵当権設定者又は債務者及び債権者との総合関係である。【判例 5】【判例 13】がある。

第六に、根抵当権設定者が債務者である場合【判例 3】【判例 4】【判例 6】【判例 14】【判例 15】【判例 16】と物上保証人である場合【判例 1】【判例 2】【判例 5】【判例 7】【判例 8】【判例 9】【判例 10】【判例 11】【判例 13】【判例 17】【判例 18】である。

第七に、争点となった被担保債務の内容、すなわち、根抵当権設定以前の既存債務の場合は被担保債務に含まれないとする【判例 2】【判例 3】【判例 6】⁽⁴⁰⁾【判例 8】【判例 13】がある。そして、【判例 14】【判例 15】【判例 16】は、国民住宅基金による貸出債務という特殊な事例である。この 3 つの判例では、根抵当権設定以後の追加将来債務は被担保債務に含まれないとする。なお、【判例 1】【判例 4】【判例 5】【判例 7】【判例 12】【判例 18】のように、既存債務又は将来債務について言及せずに、特定債務のみを被担保債務とする判例も存在する⁽⁴¹⁾。

第八に、根抵当権設定者に対する根抵当権者の説明の有無である。主として、根抵当権設定者に対する銀行側による説明が問題とされる。【判例 7】【判例 8】【判例 13】がある。

大法院及び地方法院は、上記のように、判断理由を明確に示している。し

(40) 既存の債務の中でも、本件根抵当権における貸出債務と同種類の既存の貸出債務は被担保債務に含まれるとする。

(41) このほかにも、いわば当事者間の基本契約において、【判例 9】【判例 10】は、契約によって将来発生する債務のみを被担保債務とし、契約以前の債務は被担保債務に含まれないとする。そして、【判例 11】【判例 17】は、契約期間中の債務のみを被担保債務とし、契約終了後の債務は被担保債務に含まれないとする。

95— 韓国における包括根抵当権（1）—包括根抵当権における判例を中心に—（金）

かし、それは決まり文句のように判旨に書かれており、実際にどのような判断理由をクリアすれば、包括的な被担保債務の範囲が制限されるのかについては、各判例ごとに異なる。