

韓国における包括根抵当権 (2・完)

—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. 小括
- 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、37 卷 2 号)
 - 2-2. 被担保債務の範囲を限定しなかった判例
 - 3. 小括
- 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. 小括
- 五 むすび (以上、本号)

2-2. 被担保債務の範囲を限定しなかった判例

(1) 裁判例

【判例 19】大法院 1965 年 4 月 20 日 64 다후 1698 [公報不掲載]

・事案：物上保証人 X は、債務者 A の手形割引貸付債務のみならず、借用証書、各種保証債務、代払債務、その他によって直接又は間接に A が Y 銀行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その債務不履行による損害賠償を担保するために、根抵当権を設定した⁽¹⁾。

・判旨：大法院は、根抵当権について、債務が一旦弁済されても、根抵当権

(1) 判旨において、最高額を読み取ることはできない。

設定契約が解止（日本法の告知にあたる。以下、同様である）されない限り、根抵当権は消滅せず、その後に発生する債権を有効に担保するものであるにもかかわらず、原審はYに対するAの手形割引貸付金115,000ウォンが弁済されたことから本件根抵当権設定契約が終了したと認めたことは、根抵当権の消滅に関する法理を誤解した違法があったとした。

【判例 20】 大法院 1970 年 4 月 28 日 70 다후 103 [集 18 (1) 民, 362]

・ 事案：債務者兼根抵当権設定者 X と Y 農業協同組合は、最高額を 20 万ウォン（借入金：168,500 ウォン）とする根抵当権を設定した。一方、X には、すでに Y に対する貸出債務が存在する。

・ 判旨：大法院は、根抵当権設定契約は将来発生する債務の担保を目的とすることが原則であるとしても、当事者間の特別な事情がない限り、根抵当権設定契約前後に発生した債務が本件借用貸出と同様な方法によるときは、根抵当権設定契約以後に発生する債務のみならず、根抵当権設定契約以前に発生した債務まで担保するという合意があったと解釈するのが相当であるとした。

【判例 21】 大法院 1970 年 9 月 22 日 70 다후 1611 [集 18 (3) 民, 079]

・ 事案：物上保証人 X は、最高額を 300 万ウォン、被担保債務⁽²⁾を債務者 A と Y 銀行間の保証債務、…各種取引によって A が Y 銀行の本・支店に対して現在負担し、又は将来負担する債務とする第 3 順位根抵当権を設定した。その後、A は、自分の妻 B の Y 銀行 D 支店に対する貸越債務等を連帯保証した。

・ 判旨：大法院は、①根抵当権設定契約書の用紙があらかじめ不動文字で印刷されたもので、X がその契約書の条項の記載内容を詳細に調査していなかったことだけでは、処分文書である根抵当権設定契約書の記載条項の効力を否定することはできないこと⁽³⁾、②被担保債務に「保証債務」と明記されて

(2) 判旨において、詳細な被担保債務の範囲を読み取ることはできないが、「保証債務」を含む包括的な被担保債務であることはわかる。

いたこと、③BとXの間にはなんら関係がないこと及びXにはBの債務を担保する意思がなかったという理由で原判決⁽⁴⁾に違法性があると述べることに、理由がないことなどから、Aの連帯保証債務も本件根抵当権の被担保債務に含まれるとした。

【判例 22】大法院 1982 年 7 月 27 日 81 ダカ 1117 [公 1982.10.1. (689) ,813]

・事案：物上保証人Xは、債務者AがY銀行から商業手形割引貸出を受けるにあたって、最高額を2,000万ウォン、被担保債務をAの手形割引貸出債務のみならず、当座貸越、証書貸出、有価証券貸与、支払保証その他の取引による債務、保証債務、小切手債務その他の手形上の債務、債権者が仮払いした債務者又は設定者の負担すべき諸費用の保険料、債務者の債権者に対して支払うべき利子及び債務不履行による損害その他の各種原因により債務者が債権者の本・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とする根抵当権を設定した(1979.7.9)。その後、①AがYから1,300万ウォンの手形割引貸出を受けるときに(1979.8.17)、Xが連帯保証したが、Aはこの債務を全額弁済した。②AがYから995万ウォンの手形割引貸出を受けるときに(1979.10.22)、Xが連帯保証したが、Aはこの債務を全額弁済した。Xは、上記のような連帯保証をするたびに、Yに印鑑証明書を交付して、そのつど、手形取引約定書に連帯保証人として記名捺印した。一方、③Aには、1980.1.11頃から4回にわたって、Yに対する合計25,025,800ウォンの約束手形債務が存在する。

(3) さらに、判例は、Y銀行が根抵当権を取得するにあたって、上記のような根抵当権設定契約書の用紙を使用することが通例であったならば、Xは、AのY銀行に対する貸越債務のみを担保するために根抵当権を設定するときは、通例で使用する用紙の記載内容を厳密に検討し、その中の担保目的の範囲以外の条項を削除する措置を取らなければならないとした。

(4) 原判決は、BのY銀行D支店に対する貸越債務等の連帯保証債務が本件根抵当権によって担保されるとした。

・判旨：大法院は、Yから商業手形割引貸出を受けるAのために、手形取引約定書上、連帯保証人となったXが提供した根抵当権設定契約書の内容が、Aの現在又は将来負担するすべての債務を担保するものである場合は、手形割引貸出債務が一旦弁済されたとしても（①と②）、本件根抵当権設定契約が有効に解止されない限り、根抵当権は消滅せず、その後に発生するすべての債務を有効に担保するとし、本件根抵当権の被担保債務にその後の約束手形債務（③）も含まれるとした。

【判例 23】大法院 1982 年 12 月 14 日 82 ダカ 413 [公 1983.2.15. (698) ,276]

・事案：債務者兼根抵当権設定者Xは、Y銀行から450万ウォンを借用するにあたって、最高額を800万ウォン、被担保債務を借用債務のみならず、XがYに対して現在又は将来負担する保証債務を含むすべての債務とする根抵当権を設定した。その後、Yの申請によって、本件根抵当権による任意競売が開始されたが、Xは、上記の借用債務を弁済及び弁済供託して消滅させた。一方、Yは、Xが連帯保証したAのYに対する242,296,166ウォンの当座貸越債務及び積立貸出債務も本件最高額の限度内で担保されると主張した。

・判旨：大法院は、包括的な債務負担を約定した根抵当権設定契約書の約款の解釈について、その被担保債務に根抵当権設定当時の借用債務のみならず、その他の各種原因によって将来負担するすべての債務と記載された以上、上記の借用債務のみならず、XがYに対して現在又は将来負担する保証債務を含むすべての債務を担保するために本件根抵当権が設定されたと解釈しなければならないし、他の特別な事由なく約款の解釈を異にして、当時の借用債務に限定されれるとすることはできないとした。

【判例 24】大法院 1987 年 4 月 28 日 86 ダカ 1760 [公 1987.6.15. (802) ,879]

・事案：物上保証人兼連帯保証人Xは、債務者Aが手形貸出、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ってY銀行の本・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担保するために、最高額を3,000万ウォン（貸出金：2,000万ウォン）とする第1順位根抵当

権を設定した。その後、Aは、Bの連帯保証によりY銀行D支店から貸出しを受けてきたが、合計額約2,979万ウォンがまだ弁済されていない。

・判旨：大法院は、①AがY銀行から2,000万ウォンの貸出しを受ける際に、まだY銀行D支店に対する債務は存在していなかったことから貸出金と最高額との関係において異例であるとはいえないこと、②XとAは母子関係であって、たとえXが79歳の老人であったとしても、Aのすべての債務を負担する意思によって署名捺印を行ったことが明確であることなどから、これらの事情が処分文書の内容を異にして解釈すべき特殊な事情であるとは認められないとし、その後のBの連帯保証による約2,979万ウォンの貸出債務も本件根抵当権の被担保債務に含まれるとした。

【判例 25】大邱地方法院 1987 年 7 月 29 日 86 ナ 694 : 確定 [下集 1987 (3) ,131]

・事案：債務者兼根抵当権設定者Aは、1982.8.20に、Y信用金庫から300万ウォンの貸出しを受けるにあたって、最高額を450万ウォン、被担保債務をAのYに対する手形貸出、契給付金、手形割引、支払保証その他の取引による債務、保証債務等の各種原因によって発生する現在又は将来の一切の債務とする根抵当権を自己所有の土地に設定した（同時に、地上権者をYとする地上権設定登記も経由した）。その後、Aは、1982.8.20から1985.9.6まで上記の貸出債務を弁済及び弁済供託して消滅させた。さらに、Aは、1982.9.18に、BのYに対する借入金565万ウォンを連帯保証した。一方、Xは、1982.10.25に、Aから本件土地を買収し、所有権移転登記を經由した。

・判旨：地方法院は、①約款による約定であっても、契約内容の一部とした以上、それが一般人水準の顧客の取引観念に反し、又はその内容が不合理でそのまま強要することが衡平の原則に反するなどの特別な場合でない限り、その効力を否認することができないこと、②Yが根抵当権を取得するにあたって、包括的な被担保債務が記載された本件根抵当権設定契約書のような用紙を使用することが通例であること、③AがYから300万ウォンの貸出しを

受ける（1982.8.20）前には、債務がなかったこと、④AがBのYに対する借入金565万ウォンを連帯保証したときには、すでに将来の債務に対しても、最高額とは別に、全額弁済責任を負担する債務者兼根抵当権設定者Aの担保提供があったために、別途の担保を設定する必要がなかったことなどから、Xは、Yに対してすでに確定された残存債務565万ウォン及びその利子を本件根抵当権最高額450万ウォンの限度内で弁済する責任があるとした。

【判例26】大法院1990年11月27日90ダカ10077[公1991.1.15.(888),203]

・事案：物上保証人Xは、債務者Aと債権者B銀行が一般資金貸出取引約定を締結するにあたって、当時自己所有のA会社工場用地及びその地上建物であった本件不動産に、最高額を7億5,000万ウォン（貸出金：計2億5,000万ウォン）とする第1根抵当権を設定した（1987.8.13）。そして、同月20日に、本件不動産の所有権は、Aに移転された。その後、BがAに3億ウォンを貸し出すにあたって、第1根抵当権の最高額7億5,000万ウォンが一般資金貸出合計額5億5,000万ウォンの140%を下回ったために、最高額を8,000万ウォンとする第2根抵当権を追加で締結した（1987.8.25）。一方、上記の一般資金貸出取引とは別途に、AとBは、AのCに対する5,000万ウォンの借用債務を支払保証する約定を締結し、それによるAのBに対する求償債務を担保するために、本件不動産に、最高額を7,000万ウォンとする本件第3根抵当権を設定した（1987.9.22）。その後、AとBは一般資金貸出取引約定を締結し、保証限度額3,000万ウォンのY信用保証の担保によって、Bは、Aに3,000万ウォンを貸し出した（1987.12.11）。なお、本件不動産は、同月31日の所有権移転請求権保全の仮登記によって、Xに所有権移転の本登記が経由された（1988.1.25）。

・判旨：大法院は、①AとBの3回にわたる各根抵当権は、その被担保債務の種類ないし取引の態様が異なることが予想される、いわば包括根抵当権を設定する文言であったことが明確であること、②各々の根抵当権設定契約書

は、一般取引約款の形態であるが、真正成立が認められる処分文書であるので、特別な事情がない限り、その契約文言通りに意思表示の存在と内容を認めなければならないこと、③B銀行の担保取得慣行上、一般中小企業に対しては、貸出債務額の140%を最高額とすること、④原審は、本件第3根抵当権が1987.12.11付の3,000万ウォンの債務まで担保すると、債務額が最高額を上回るので、金融機関の担保取得慣行において異例であるとしたが、全体的にみると、3回にわたる各根抵当権の最高額の合計額9億ウォンがAの債務合計額6億3,000万ウォンの140%以上であること、⑤3回にわたる根抵当権設定と貸出しは、約4ヶ月という短期間で継続的に行われたAの金融取引であって、特に第2根抵当権と本件第3根抵当権は、債務者であるAが本件不動産を所有していた際に行われたことなどから、貸出債務発生取引の様相が異なる事情だけで、本件第3根抵当権設定契約書の「現在又は将来発生するすべての債務」とする文言の拘束力を排除して、本件第3根抵当権の被担保債務を1987.9.22付の支払保証約定による債務と限定する個別約定があったと断言することはできないとした。

【判例 27】 大法院 1991 年 4 月 23 日 90 다후 19657 [公 1991.6.15. (898) ,1461]

・事案：債務者兼根抵当権設定者Aは、Y信用金庫と信用賦金納入契約を締結するにあたって、自己所有の不動産に、最高額を3億ウォン（与信額：2億ウォン）、被担保債務を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。しかし、貸出しにおける相互信用金庫法の同一人に対する貸出金制限規定によって、すでに貸出しを受けているAは、貸出しを受けることはできず、Bらの名義のみを借りて、2億ウォンを貸し出した。Aは、実際の主債務者でありながら、契約上はXとともに連帯保証人となり、債務不履行時の即時強制執行に関する執行証書を作成した。一方、Aには、Yに対する既存債務98,500,000ウォンが存在する。

・判旨：大法院は、①Xが上記のような事情を知りながら、連帯保証をして執行証書を作成した場合は、実際の主債務者の債務に対する自己の連帯保証

債務に関して、強制執行を承諾する意思表示をしたものとして、執行証書が有効であること、②全国相互信用金庫の貸出し及び手形割引規定により根抵当権の最高額が純与信額の5割増以上でなければならないことから、本件根抵当権の最高額が純与信額2億ウォンの5割増である3億ウォンと定められたこと、又はAのYに対する既存債務98,500,000ウォンが上記の信用賦金納入契約締結時においてすでに弁済期が到来したにもかかわらず、金融機関の一般的貸出事務処理方法とは異なって、新規貸出金から既存債務を控除しなかったなどの事情のみでは、本件根抵当権設定契約書の「…現在負担している債務」の記載部分が例文に過ぎないとみることはできないとした。

【判例28】大法院1994年9月30日94ダ20242 [公1994.11.1. (979) ,2852]

・事案：物上保証人Aは、自己所有の本件不動産に、最高額を1億5,000万ウォン、債務者をB会社、根抵当権者をY銀行、被担保債務を最高額の限度内でBが既存、現在又は将来負担するすべての債務とする本件根抵当権を設定した(1988.3.14)。同月18日に、Bは、Yから9,000万ウォンの貸出しを受けた。一方、Yは、B所有の不動産に、最高額を1億7,000万ウォン、債務者をB、根抵当権者をYとする根抵当権を設定し(1988.8.29)、3回にわたり1億8,000万ウォンをBに貸し出した。その後、本件不動産は、AからXに移転された。

・判旨：大法院は、①本件根抵当権設定後に、Bが他の不動産に対して根抵当権を設定し、3回にわたり1億8,000万ウォンの追加貸出しを受けたことによって、BのYに対する債務総額が本件根抵当権の最高額を超過したとしても（債務総額が担保全体の最高額を超過したわけではない）、これが銀行の担保取得慣行にそぐわない、又は異例であるとみることはできず、このような事情のみでは、根抵当権設定契約書の被担保債務の範囲に関する文言の拘束力を排除することはできないこと、②AがXに本件不動産を売り渡す際に、本件根抵当権の被担保債務は1988.3.18付の貸出債務のみであるので、これを弁済して本件根抵当権設定登記を抹消すると確約したとしても、このよう

な事情のみでは、本件根抵当権の被担保債務が 1988.3.18 付の貸出債務に限定するとみることはできないとした。

【判例 29】大田地方法院 1996 年 1 月 17 日 95 ガハプ 1259 : 確定 [下集 1996-1, 4]

・事案：債務者兼根抵当権設定者 A と Y 保証保険会社は、被保険者を B（保険加入金：532,400,000 ウォン）及び C（保険加入金：378,400,000 ウォン）とする担保危険貸借保証金返還支払保証の履行保証保険契約を締結するにあたって、A 所有の本件不動産に、最高額を 1,184,040,000 ウォン、被担保債務を A の Y に対する保証及びその他の取引による債務その他の各種原因によって現在負担し、又は将来負担するすべての債務とする第 1 根抵当権を設定した（1990.3.19）。その後、A と Y は、被保険者を D（保険加入金：546,000,000 ウォン）とするリース保証保険契約を締結するにあたって、本件不動産に、最高額を 709,800,000 ウォンとする第 2 根抵当権を設定した（1990.6.20）。しかし、A が D にリース代金弁済を遅滞したので、Y が D に保証保険金 546,000,000 ウォンを支払った（1991.8.28）。その求償債権の満足のために、Y は、第 2 根抵当権による任意競売を申請したが、A との合意によって（1993.1.5）、一部については、弁済を受けて、残りの 359,861,370 ウォンについては、物上保証人 F 所有の不動産に、最高額を 444,000,000 ウォンとする第 4 根抵当権を設定し、第 2 根抵当権は抹消した。一方、X ら及び E 金庫は、本件不動産の各一部ずつの分譲を受けた。しかし、A の負債増加により、X らは、競落時に取得する分譲代金返還債権を担保するために、本件不動産に、最高額を 4 億ウォンとする第 3 根抵当権を設定した（1993.1.6）。その後、本件不動産が強制競売され、Y は、第 1 根抵当権による債権とともに、第 4 根抵当権の求償債権についても配当を受けた。これに対して X らは、第 1 根抵当権は各履行保証保険契約と関連する求償債権のみを担保するものであって、リース保証保険契約と関連する求償債権を担保するためのものではないと主張した。

・判旨：地方法院は、第1根抵当権の最高額が各々の履行保証保険合計額の130%、第2根抵当権の最高額がリース保証保険額の130%であって、それぞれの保証保険額を合計すると、第1根抵当権の最高額を超えるが、第1根抵当権はいわば包括根抵当権を設定する文言であり、上記の事情のみでは、処分文書としての根抵当権設定契約書に記載された文言を例文に過ぎないといえないことなどから、第1根抵当権を履行保証保険契約と関連する求償債権のみを担保するためのものであると認めることは不十分であるとした。

【判例30】大法院1996年9月20日96ダ27612 [公1996.11.1. (21) ,3160]

・事案：債務者Aは、Y鉄鋼会社から鉄鋼供給を受けるにあたって、自己所有の不動産に、最高額を6億5,000万ウォンとする根抵当権を設定した。しかし、Yが上記のA所有の不動産を調査したところ、担保価値がほとんどなかったため、鉄鋼供給を中断した。その後、Aは、物上保証人X所有の本件不動産を担保に、最高額を5億ウォン、被担保債務を最高額の限度内で既存、現在及び将来においてAがYに対して負担する手形上の債務、各種借用債務、取引上の債務、保証上の債務、その他の一切の債務とする本件根抵当権を設定した。一方、Xは、Y鉄鋼会社員BがAの既存債務回収のために鉄鋼供給の意思がなかったにもかかわらず、本件不動産に根抵当権設定登記さえしてくれれば、鉄鋼を供給すると騙したので、本件根抵当権を設定したといい、この契約の取消又は解除を主張した⁽⁵⁾。

・判旨：大法院⁽⁶⁾は、①XがAの既存債務の存在及びその金額についてYに問い合わせをしない限り、YにAの既存債務の存在及びその金額について説

(5) Xが自己所有の本件不動産を売ろうとしていたところ、Aから本件不動産を3億5,000万ウォンで買収するので、その本件不動産をYに担保として直接提供してくれたら、鉄鋼の供給を受けたあとに販売した代金で支払うという申し出を受けて、根抵当権を設定したという特殊な経緯がある。

(6) 【判例30】、【判例32】及び【判例33】は、2-1・被担保債務の範囲を限定した判例の判断方法を引用し、さらに【判例33】では、「例文解釈」を採用した。

明又は告知をする義務があるといえないこと、②Xは、本件根抵当権設定当時、すでにYとAの鉄鋼取引関係を知っていたこと、③Xは、本件根抵当権設定前に、この契約の意味に関して弁護士及び法務士（日本の司法書士にあたる）に確認したこと、④Xは本件不動産の売渡代金の支払いを受けるために本件根抵当権を設定したこと及びXとAは担保を提供するほどの親密な関係でない等の事情のみでは、契約書の文言と異なる解釈をすることはできないとし、本件根抵当権の被担保債務にAのYに対する既存債務が含まれないとみることはできないとした。

【判例 31】 大法院 1997 年 6 月 24 日 95 ダ 43327 [公 1997.8.15. (40) ,2260]

・事案：債務者兼根抵当権設定者Aは、自己所有の本件不動産に、最高額を7億ウォン（企業施設資金貸出金：5億ウォン）、被担保債務をAがY銀行の本・支店に対して現在及び将来負担する手形貸出、手形割引、証書貸出、当座貸出、支払保証（社債保証を含む）、売上債権取引、相互賦金取引、有価証券貸与、外国為替取引その他の与信取引による債務、保証債務、手形又は小切手上の債務、利子債務、遅延賠償債務、債務者又は設定者が負担すべき諸費用、保険料の付帯債務、その他の与信取引に関するすべての債務とする第1順位根抵当権を設定し（1991.7.25）、1992.1.10には工場抵当法により本件不動産の機械及び機具に対して追加根抵当権を設定した。その後、X農協組合中央会とAは、本件不動産及び機械、機具に対して、最高額を4億9,000万ウォン（貸出金：3億5,000万ウォン）とする第2順位根抵当権を設定した（1992.1.27）。そして、1992.3.31に、AとYは、本件不動産及び機械、機具に対して、最高額を2億8,000万ウォン（企業運転資金貸出金：2億ウォン）とする第3順位根抵当権を設定した。

・判旨：大法院は、企業を経営する債務者兼根抵当権設定者Aが取引先のY銀行に対する企業施設資金等の貸出債務を担保するために、第1順位根抵当権を設定したという事情等を考慮すると、Yが与信規定により第1順位根抵当権の最高額を企業施設資金貸出金の140%にしたこと又は第1順位根抵当

権設定後に発生した企業運転資金貸出金まで担保する場合に最高額を超過して結果的にYの担保比率が維持できなくなるという事由のみでは、直ちに銀行の貸借関係において異例である、又は第1順位根抵当権の被担保債務を企業施設資金貸出債務に限定する個別約定があったとみることはできないとした。

【判例 32】 大法院 1997 年 9 月 26 日 97 다후 22768 [公 1997.11.1. (45) ,3240]

・ 事案：Y銀行が根抵当権設定者A所有の本件不動産を支店として賃借するにあたって、その賃貸借保証金（1,391,250,000 ウォン）返還債権及びAの違約による損害賠償債権を担保するために、最高額を 1,809,000,000 ウォン、被担保債権を各種原因によりAがY銀行及びその本・支店に対して現在負担し、又は将来負担するすべての債権とする根抵当権を設定した。その後、AとYは、3回にわたって本件賃貸借契約を更新し、そのつど、既存の根抵当権を有効にして追加で根抵当権を設定する旨を記載した。一方、Xは、後順位抵当権者である。

・ 判旨：大法院は、①上記の各根抵当権は、同種の賃貸借関係を継続的に更新するにあたって設定されたものであるが、場合によっては、根抵当権設定登記が先に行われてから賃貸借契約書が作成されたり、又は賃貸借契約存続中に賃貸借保証金が一時的に減少したことがある。そしてYは、本件不動産を営業目的で継続的に使用しながらも、その最高額を賃貸借保証金に比べて一定比率高く設定したこと等の諸事情、②根抵当権の特質は、将来債権又は不確定債権を担保することではなく、将来に増減・変動する不特定債権を担保することであるとすると、本件根抵当権設定契約を締結した当事者の意思は、単純にその設定当時に特定された賃貸借保証金返還債権及び違約による損害賠償債権のみを担保することにとどまらず、根抵当権設定契約と関連して締結された賃貸借契約において指定された種類の賃貸借取引から通常発生する賃貸借保証金返還債権及び違約による損害賠償債権を各々の最高額の限度内で担保するためであったとみるのが相当であることなどから、本件根抵当権

設定後に増額された貸借保証金であっても、当該最高額の限度内において当然に被担保債権に含まれるとした。

【判例 33】大法院 2001 年 1 月 19 日 2000 ダ 44911 [公 2001.3.15. (126) ,516]

・事案：債務者兼根抵当権設定者 X と Y 銀行は、最高額を 3,900 万ウォン（貸出金：3,000 万ウォン）とする第 1 根抵当権を設定した。その後、X は、A の Y に対する家計一般資金貸出金 2,500 万ウォンを連帯保証した。さらに X は、Y から 2,000 万ウォンの追加貸出を受けるために、最高額を 2,600 万ウォンとする第 2 根抵当権を設定した。第 1 ・第 2 根抵当権の被担保債務の範囲は、X が Y に対して現在及び将来負担する手形貸出、手形割引、証書貸出、当座貸出、支払保証、売上債権取引、相互賦金取引、クレジットカード取引、有価証券貸与、外国為替取引その他の与信取引による債務、保証債務、手形又は小切手上の債務、利子債務、遅延賠償債務、債務者又は設定者が負担すべき諸費用、保険料等の付帯債務、その他の与信取引に関するすべての債務である。一方、X は、Y に対して第 1 根抵当権による貸出金及び第 2 根抵当権による追加貸出金をすべて弁済した。

・判旨：大法院は、①第 1 根抵当権は、いわば包括根抵当権であることが明確であること、②当初の貸出債務 3,000 万ウォンとその後の連帯保証債務 2,500 万ウォンの合計が第 1 根抵当権の最高額を超過する事情だけで、銀行の担保取得行為が異例であるとしたり、又は第 1 根抵当権の被担保債務を当初の貸出債務 3,000 万ウォンに限定する個別約定があったとすることはできないこと、③第 2 根抵当権の最高額を追加貸出金 2,000 万ウォンの 130 % にしたこと、④A が Y に対して利子を延滞したにもかかわらず、連帯保証債務を第 2 根抵当権の最高額に入れなかったことは、金融機関の貸出慣行において異例であるので、第 2 根抵当権の被担保債務の範囲に関する文言は例文に過ぎないことなどから、第 1 根抵当権の被担保債務には A の Y に対する家計一般資金貸出金 2,500 万ウォンの連帯保証債務も含まれるが、第 2 根抵当権は追加貸出債務 2,000 万ウォンのみを担保するとした。

【判例 34】 大法院 2001 年 11 月 9 日 2001 다후 47528 [公 2002.1.1. (145) ,13]

・事案：債務者兼根抵当権設定者 A は、自己所有の本件不動産に、最高額を 1,800 万ウォン（貸出金：1,500 万ウォン）、被担保債務を A が Y 銀行に対して現在及び将来負担する手形貸出、手形割引、証書貸出、当座貸出、支払保証、売上債権取引、有価証券貸与、外国為替取引、クレジットカード取引その他の与信取引による債務、保証債務、手形又は小切手上的債務、利子債務、遅延賠償債務、債務者又は設定者が負担すべき諸費用、保険料等の付帯債務その他の与信取引に関するすべての債務とする根抵当権を設定した。その後、A は、B の Y に対する 2 件の借用債務を連帯保証した。

・判旨：大法院は、①最高額を貸出金の 120 % と算定したが、A が貸出債務弁済後も根抵当権設定契約を解止しなかったのは、将来の追加貸出を受けるためであったこと、②X は、本件不動産買収のときに、根抵当権設定契約後に発生した A の貸出金 800 万ウォンが被担保債務に含まれることを確認したことなどから、本件根抵当権の被担保債務は、貸出債務のみならず、その後の追加貸出債務及び連帯保証債務も含まれるとした。

【判例 35】 大法院 2003 年 4 月 11 日 2001 다후 12430 [公 2003.6.1. (179) ,1144]

・事案：債務者兼根抵当権設定者 A と Y 銀行は、A 所有の本件アパートに、最高額を 1,950 万ウォン（貸出金：1,500 万ウォン）とする第 1 根抵当権を設定した（1992.10.30）。さらに A は、Y から 3,000 万ウォンを貸し出し（この貸出金から第 1 根抵当権の貸出金 1,500 万ウォンを弁済）、本件アパートに、最高額 1,950 万ウォンとする第 2 根抵当権を設定した（1995.7.19）。その後、A は、B、C、D、E の Y に対する貸出債務を連帯保証した（1995.8.14 ~ 1997.5.6）。一方、X は、1997.8.16 に、本件アパートの 2 部屋について賃貸借契約を締結した（賃借保証金：4,800 万ウォン）。

・判旨：大法院は、①第 1・第 2 根抵当権設定契約書に包括根担保と記載されていたこと、②第 1・第 2 根抵当権の被担保債務が A の Y 銀行に対する現在及び将来負担する手形貸出・手形割引・証書貸出・当座貸出・支払保証

(社債保証を含む)・売上債権取引・相互賦金取引・有価証券貸与・外国為替取引その他の与信取引による債務、保証債務、手形又は小切手上の債務、利子債務、遅延賠償債務、債務者又は設定者が負担すべき諸費用・保険料等の付帯債務、その他の与信取引に関するすべての債務であること及びそれをよく読んだという A の自筆の記載があったこと、③債務額の合計が結果的に当初の最高額を超えるとしても、これが直ちに金融機関の担保取得慣行において異例であるといえないこと、④ A が連帯保証した契約の書類に、本件アパートを担保とするという記載がないことが、第 2 根抵当権の被担保債務の範囲を制限する特別な事情であるといえないことなどから、第 2 根抵当権の被担保債務に、根抵当権設定当時の借用債務のみならず、連帯保証債務及びクレジットカード債務も含まれるとした。

(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 3 つに分けることができる。

第一は、根抵当権設定契約書の包括的な条項又はその約款を処分文書として有効であるとする判断方法である【判例 19】【判例 21】【判例 22】【判例 23】【判例 24】【判例 25】【判例 26】【判例 27】【判例 28】【判例 29】【判例 30】【判例 31】【判例 33】【判例 34】【判例 35】。すなわち、判例は、処分文書(本稿では、根抵当権設定契約書及びその約款)の証明力に関する一般論を述べた後に、事件ごとに判断する。その一般論については、判例ごとに若干異なるが、概ね「処分文書において、その文書の真正成立が認められる以上、その文書に表示された意思表示とその内容に関して**特別な事由**がない限り、実質的証拠能力がある」とした。そして、比較的最近の判例では、根抵当権設定契約書に「主債務者が銀行に対して、既存・現在又は将来負担するすべての債務を担保するために、根抵当権を設定する」趣旨の記載がある場合に、その記載は主債務の種類又は成立時期にかかわらず、すべての債務を担保する、いわば包括根抵当権の設定であり、その契約書が不動文字で印刷された一般取引約款の形態であるとしても、処分文書とすべきであり、その真正成

立が認められる場合には、銀行の担保取得行為が銀行貸借関係において異例又は慣行にそぐわないなどの特別な事情がない限り、その文言通りの意思表示の存在と内容を認めるべきであるとした【判例 28】【判例 31】【判例 33】【判例 35】。そして、契約書の用紙があらかじめ不動文字で印刷されたもので、その契約書の条項の記載内容を詳細に調査していなかったことだけでは、処分文書である根抵当権設定契約書の記載条項の効力を否定することはできないとした【判例 21】もある。

第二は、先行された根抵当権がその後に発生した債務も担保する場合に、追加債務の発生又は追加債務により債務総額が根抵当権の最高額を超過したとしても、直ちに銀行の担保取得慣行において異例であるとはいえないとする判断方法である【判例 24】【判例 26】【判例 28】【判例 31】【判例 33】【判例 34】【判例 35】。

第三は、根抵当権の性質に関する判断方法である。【判例 20】では、根抵当権設定契約は、将来に発生する債務の担保を目的とすることが原則であるとしても、当事者間の特別な事情がない限り、根抵当権設定契約前後に発生した債務が根抵当権設定契約時の債務と同様な方法によるときは、根抵当権設定契約以前に発生した債務まで担保するという合意があったと解釈するのが相当であるとした。これに対して【判例 32】では、根抵当権は、将来債権又は不確定債権を担保することではなく、将来に増減・変動する不特定債権を担保することであるとした。

さらに、上記の判例に対する判断理由をより詳細にするために、2-1. 被担保債務の範囲を限定した判例で提示された8つの判断理由のうち、2-2. 被担保債務の範囲を限定しなかった判例にも当てはまる4つを取り上げて、分類する。

第一に、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 21】【判例 24】【判例 26】【判例 27】【判例 30】【判例 31】。特に、【判例 26】の「債務者であるAが本件不動産を所有していた際に行われたこと」、【判例

31】の「企業を経営する債務者兼根抵当権設定者Aが取引先のY銀行に対する企業施設資金等の貸出債務を担保するために、第1順位根抵当権を設定した事情等を考慮する」という表現からわかるように、根抵当権設定者が債務者本人であることが、重要な要因として作用した。なお、【判例21】の場合は、債務者Aの妻であるBと物上保証人Xの間にはなんら関係がないこと及び物上保証人Xには債務者Aが連帯保証したBの根抵当権者Y銀行に対する債務まで担保する意思がなかったことは考慮されず、包括的な被担保債務が認められた。

第二に、根抵当権設定者が債務者である場合【判例20】【判例23】【判例25】【判例26】【判例27】【判例29】【判例31】【判例33】【判例34】【判例35】と物上保証人である場合【判例19】【判例21】【判例22】【判例24】【判例28】【判例30】である。

第三に、争点となった被担保債務の内容、すなわち、既存債務が争点となった場合【判例20】【判例27】【判例30】と将来債務が争点となった場合【判例19】【判例21】【判例22】【判例24】【判例25】【判例26】【判例28】【判例29】【判例31】【判例32】【判例33】【判例34】【判例35】である⁽⁷⁾。

第四に、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【判例30】。【判例30】の背景には、物上保証人Xが、自己所有の不動産を売ろうとしていたところ、債務者Aから本件不動産を3億5000万ウォンで買収するので、その不動産を根抵当権者Yに担保として直接提供してくれたら、鉄鋼の供給を受けたあとに販売した代金で支払うという申し出を受けて、根抵当権を設定したという特殊な経緯がある。このような特殊な経緯があったものの、2-1. 被担保債務の範囲を限定した判例において重要な判断理由とされた

(7) 【判例23】の判旨において、争点となった被担保債務が連帯保証債務であることはわかるが、それが既存債務であるか、又は将来債務であるかについては読み取ることができない。

「根抵当権設定者に対する根抵当権者の説明の有無」が、【判例 30】では積極的に考慮されていないこと、むしろ根抵当権設定者が根抵当権者に対して債務者の既存債務の存在及びその金額について問い合わせをしない限り、根抵当権者は説明する義務がないとしたことは、根抵当権設定者の保護の面において問題があると思われる。

大法院及び地方法院は、上記のように、3つの判断方法を提示して、根抵当権設定契約書の包括的な被担保債務を制限しなかった。しかし、「根抵当権設定者又は債務者及び債権者との総合関係」及び「根抵当権設定者に対する根抵当権者の説明の有無」のように、2-1. 被担保債務の範囲を限定した判例では積極的に考慮されたものが、2-2. 被担保債務の範囲を限定しなかった判例においては消極的に判断されていることに注目したい。

3. 小括

判例の流れをみると、根抵当権設定契約書の包括的な条項又はその約款を処分文書として有効であるとしたうえで、その包括的な条項若しくはその約款が例文にすぎないと認められる場合が存在するか、又はその包括的な条項若しくはその約款と異なる個別約定が存在するかを判断して、そのような例文解釈又は個別約定優先原則が存在するときは、被担保債務の範囲を制限する。

上記のような判例の流れの特徴を踏まえて、以下では3つのことを検討する。

第一に、2-1. 被担保債務の範囲を限定した判例における「例文解釈」と「個別約定優先原則」の判断理由である。すなわち、どのような判断理由をクリアすれば、根抵当権設定契約書の包括的な条項又はその約款が例文にすぎないと判断されるか、そして個別約定優先原則が認められるための基準はなにかである。これについて、判例は、①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、②貸出慣行、③各債務額とその根

抵当権の最高額との関係、④他の債務額に対する別途の担保確保の有無とするいくつかの判断理由をあげているが、各判例ごとに用いる判断理由が異なることに問題がある。

第二に、2-2. 被担保債務の範囲を限定しなかった判例における「特別な事情」⁽⁸⁾に関する判断である。被担保債務の範囲を限定しなかったほとんどの判例は、処分文書の証明力に関する判断方法を採用している。すなわち、根抵当権設定契約書が不動文字で印刷された一般取引約款の形態であるとしても、処分文書とすべきであり、その真正成立が認められる場合には、銀行の担保取得行為が銀行貸借関係において異例又は慣行にそぐわないなどの**特別な事情**がない限り、その文言通りに意思表示の存在と内容を認めるべきであるとした。したがって、ここでは、「特別な事情」の内容が問題となる。判例は、①債務成立前に根抵当権設定契約が有効に解止されたこと【判例 22】、②一般人水準の顧客の取引観念に反し、又はその内容が不合理でそのまま強要することが衡平の原則に反すること【判例 25】、③銀行の担保取得行為が銀行貸借関係において異例又は慣行にそぐう場合【判例 28】【判例 31】【判例 33】【判例 35】とする「特別な事情」の具体的な例をあげている。さらに、③については、先行された根抵当権がその後に発生した債務も担保する場合に、追加債務の発生又は追加債務により債務総額が根抵当権の最高額を超過したとしても、直ちに銀行の担保取得慣行において異例であるとはいえないとした。しかし、上記のような③の内容は、2-1. 被担保債務の範囲を限定した判例の「各債務額とその根抵当権の最高額との関係」と、相反する内容であるため、その適用に関して問題が生じうる。したがって、判例は、「銀行の担保取得行為が銀行貸借関係において異例又は慣行にそぐう場合」と「各債務額とその根抵当権の最高額との関係」の関連性を明確に示す必要

(8) 判例によっては、「特別な事由」と表現する場合もあるが、以下では「特別な事情」と統一して使用する。

があると考えられる。

第三に、物上保証人の保護の問題である。とりわけ、根抵当権設定者が債務者である場合と物上保証人である場合、さらに、根抵当権設定者が物上保証人である場合でも、物上保証人が訴訟当事者であるかどうかを考慮すべきである。韓国の金融取引実務において、根抵当権の類型を特定根担保、限定根担保、包括根担保の3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。しかし、包括根抵当権をめぐる訴訟が増加することにより、金融監督院は、2012年6月25日に「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」を発表し、銀行に対して行政指導を行った。その影響により、一般銀行7社中3社が、包括根抵当権を削除し、根抵当権の類型を特定根担保、限定根担保の2つから根抵当権設定者が選択するように変更して、運用している。しかし、残りの4社は、根抵当権の類型を変更していない⁽⁹⁾。そして、地方銀行は6社あるが、ホームページで根抵当権設定契約書を確認することができたのは、4社である。その4社中1社が包括根抵当権を削除し、根抵当権の類型を特定根担保、限定根担保の2つから根抵当権設定者が選択するように変更して、運用している。しかし、残りの3社は、根抵当権の類型を変更していない⁽¹⁰⁾。このように、①行政指導があったものの、包括根抵当権に対する運用状況が銀行によって異なること（すなわち、銀行ごとに利用する根抵当権設定契約書の被担保債務の範囲が異なること）、②金融取引において、根抵当権設定者は、根抵当権者（特に銀行）より素人

(9) 第1金融の中の一般銀行7社（KB国民銀行、ウリィ銀行、新韓銀行、ハナ銀行、スタンダードチャータード銀行、韓国シティ銀行、外換銀行）のホームページから根抵当権設定契約書をダウンロードすることができる。2013年11月28日現在の一般銀行7社のホームページに記載されている根抵当権設定契約書に基づいて作成した。

(10) 第1金融の中の地方銀行は、大邱銀行、釜山銀行、光州銀行、慶南銀行、全北銀行、済州銀行の6社がある。その6社中4社は、ホームページから根抵当権設定契約書をダウンロードすることができる。2013年11月28日現在の地方銀行4社のホームページに記載されている根抵当権設定契約書に基づいて作成した。

であること又は情報量の面において不利であること、③物上保証人は、債務者に比べて自分が負う債務の責任範囲について把握することが容易でないことなどから、根抵当権設定者、特に物上保証人の保護を考慮に入れて判断すべきであると考えらる。

四 韓国民法改正案第 357 条の 2 との関係

韓国民法典において、根抵当権に関する規定は、韓国民法第 357 条の 1 カ条しかない。上記の判例でわかるように、現在において、この 1 つの条文では、根抵当権をめぐる法紛争に適切な解決案を提示することは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、2004 年には韓国民法改正案⁽¹¹⁾（正式名は、韓国民法財産編改正法律案である）を作成した。しかし、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。物権法に関連しては、改正議論が中断されている状態である。しかし、2004 年に作成された韓国民法改正案は、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、今後行われる根抵当権に関する改正は、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。したがって、本稿では 2004 年に作成された韓国民法改正案を取り上げて、検討を行う。

1. 韓国民法改正案第 357 条の 2 の内容

(11) 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）。

韓国民法改正案<新設>第 357 条の 2（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。

本条では、被担保債権の範囲について、①「特定した継続的な取引契約から発生する債権」⁽¹²⁾、②「一定の種類取引から発生する債権」⁽¹³⁾、③「特定した原因によって継続的に発生する債権」⁽¹⁴⁾の 3 つに限定して、包括根抵当権の設定を禁止することを示した。そして、現在の金融取引で利用されている特定根抵当権及び限定根抵当権が、それぞれ「特定した継続的な取引契約から発生する債権」及び「一定の種類取引から発生する債権」によって明文化されたとする⁽¹⁵⁾。

なお、韓国民法改正案第 357 条の 2 においては、第 1 次から第 5 次までの

(12) 法務部・前掲「民法（財産編）改正資料集」399 頁以下。たとえば、当座貸越契約、継続的な手形割引契約等があるとする。

(13) 法務部・前掲「民法（財産編）改正資料集」400 頁以下。たとえば、売買取引、手形貸付取引、信用金庫取引等があるとする。しかし、商取引は、これを特定することができないという理由で被担保債権の範囲から除外された。なお、取引界で頻繁に利用されている「銀行取引」が「一定の種類取引」に該当するかどうかの問題とされた。これについては肯定説が多数であり、否定説は現在のところまだ存在しないとした。さらに、この問題について、日本においても学説が分かれていたが、判例が肯定説を採択して以来、実務上の混乱がなくなったと説明し、判例として最高裁判例平成 5 年 1 月 19 日（民集 47.1.41）をあげている。しかし、上記のような説明及び判例は、「銀行取引」が「一定の種類取引」に該当するかどうかに関する問題ではなく、被担保債権の範囲を「銀行取引」とした場合に「保証債権」との関係についての問題である。一方、日本においては、「銀行取引」が「一定の種類取引」であることを法務省の通達によって認めている。

(14) 法務部・前掲「民法（財産編）改正資料集」401 頁。たとえば、債務者所有の工場の継続的な廃水放出による損害賠償債権又は債務者所有の工場から酒の搬出による酒税債権があるとする。

仮案が作成されたが、その中でも第 1 次仮案の内容が注目される。

韓国民法改正案第 357 条の 2 の第 1 次仮案（根抵当権の被担保債権）①

前条の抵当権（以下、根抵当権という）により担保される債権の範囲は、債務者との 1 つ又は複数の特定の継続的な取引契約から発生する債権その他に債務者との一定の種類取引から発生する債権に限定して、これを定めることを要する。

② 1 つ又は複数の特定の原因によって債務者との間で継続して発生す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、根抵当権によって担保される債権とすることができる。

すなわち、第 1 次仮案は、日本民法第 398 条の 2 第 2 項・第 3 項と内容において全く同様である。しかし、韓国民法改正の議論の中で、「手形上若しくは小切手上の請求権」を被担保債権の範囲とすると、債権者が債務者の支払義務のある手形・小切手を買集めて最高額の残りの部分を利用することによって不当な利益を得るおそれがある等の理由から削除された⁽¹⁶⁾。

以下では、韓国民法改正案第 357 条の 2 に関する改正会議で、最も議論された問題及び意見を 4 つ取り上げる。

第一に、特定債権のために設定された根抵当権に関する問題である⁽¹⁷⁾。すなわち、特定債権の目的で根抵当権が設定された場合は、普通抵当権に更正登記するか、あるいは根抵当権設定登記自体が無効となり抹消されるかの問題である。これについて、特定債権のための根抵当権設定を排除する実益はないとする意見（尹喆洪教授）と特定債権を担保するために根抵当権が設定

(15) 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、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）217 頁。

(16) 法務部・前掲「民法（財産編）改正資料集」402 頁以下。

(17) 法務部・前掲「民法（財産編）改正資料集」405 頁以下。

された場合は普通抵当権に転換され有効であるとする意見（金相容委員）⁽¹⁸⁾が提示された。

第二に、包括根抵当権の有効性に関する問題である。これについて、最小限の取引包括根抵当権を認めるとする意見（金載亨教授）⁽¹⁹⁾と無制限包括根抵当権の有効性も認めるとする意見（尹喆洪教授）⁽²⁰⁾が提示された。しかし、包括根抵当権を認めると、韓国民法第357条第1項の前段が無意味になるので、多少不便であっても、基本契約を登記することで改正案のように根抵当権の被担保債権を限定することが妥当であるとする反対意見が提示された（金相容委員）⁽²¹⁾。

第三に、全国銀行連合会からは、特定債権のための根抵当権、取引包括根抵当権、手形上・小切手上の債権を担保するための根抵当権を認めるとする意見が提示された⁽²²⁾。この意見に対して、韓国民法改正案は根抵当権設定者・後順位権利者・第三者の保護の趣旨から作成されたものであり、上記のような意見は根抵当権者中心の見解である（金相容委員）。そして、改正案の出発点は、無制限包括根抵当権を制限することによって根抵当権が悪用されることを防ぐことなので、依然として包括根抵当権を認めると、改正案は

(18) しかし、根抵当権が確定したら普通抵当権に転換されるということについては、学説上、見解が分かれている。

(19) 法務部・前掲「民法（財産編）改正資料集」405頁。なお、譲渡担保、仮登記担保を設定するときに、被担保債権の範囲を包括的に記載することを制限する規定はないとした（金載亨教授）。

(20) 法務部・前掲「民法（財産編）改正資料集」406頁。

(21) 法務部・前掲「民法（財産編）改正資料集」406頁以下で金相容委員は、①登記の電算化により基本契約を登記することが以前より複雑でないこと、②金載亨教授は取引包括根抵当を認めるべきであると主張するが、基本契約を列挙したら、実際においては、取引包括根抵当の結果とほとんど同様である。その意味で韓国民法改正案第357条の2は、銀行実務で利用する取引包括根抵当を否定することではない。ただし、基本契約を列挙して登記することに差があるとした。

(22) 法務部・前掲「民法（財産編）改正資料集」412頁

不要になるとする意見（南孝淳委員）等が提示された。

第四に、登記に関する問題及び意見である。韓国民法改正案第 357 条の 2 は、現在銀行実務で行われている特定根抵当権及び限定根抵当権のみを認めて、包括根抵当権は禁止する趣旨である。そこから、韓国民法改正会議において、根抵当権の改正とともに登記事項の改正も行うべきであるという意見が提示されたが、討議結果は、「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まった⁽²³⁾。

2. 小括

上記で述べた韓国民法改正案第 357 条の 2 に関する内容、問題及び意見を踏まえて、ここでは、この改正案と包括根抵当権の関係について、以下の 2 つを取り上げる。

第一に、韓国民法改正案第 357 条の 2 と包括根抵当権における判例との関係である。

韓国民法改正案第 357 条の 2 の趣旨は、上記で述べたように、被担保債権を 3 つに限定することで、包括根抵当権を禁止することにある。これに対して、包括根抵当権の有効性をめぐる判例のほとんどは、根抵当権設定契約書に記載されている包括的な被担保債務の範囲の解釈である。そして、包括的な被担保債務の範囲の解釈について、判例は、事件ごとに判断しているため、包括根抵当権の有効性に関して、否定するとも、肯定するとも、一律にはいえない状況であろう。しかし、包括根抵当権という理由だけで、その有効性を否定した判例はない。したがって、両者は、相反関係にあるといえよう。

さらに、この問題は、「実務で行われる特定債権のための根抵当権をどのように扱うべきであるか」、「包括根抵当権が韓国民法改正案第 357 条の 2 によって禁止されるとしても、限定根抵当権の範囲をどのように制限するか」

(23) 法務部・前掲「民法（財産編）改正資料集」402 頁～412 頁。

という議論につながる。特に、前者に関連していうと、そもそも、特定債権を担保するためには、抵当権を設定すべきである。しかし、現在の韓国における判例⁽²⁴⁾はもちろん、登記実務においても、特定債権のための根抵当権を許容する立場であるといえよう。そして、その特定債権のために設定された根抵当権のほとんどは、包括根抵当権であることに注目すべきである。したがって、上記の問題解決のためにも、韓国民法改正案第 357 条の 2 と包括根抵当権における判例との関係を明確にすべきであろう。

第二に、韓国民法改正案第 357 条の 2 と登記との関係である。根抵当権は、登記と関連する条文が多いため、根抵当権における不動産登記法の内容が重要である。しかし、現在の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、被担保債権の範囲は登記事項ではない。そして、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り、根抵当権に関する登記実務指針第 2 条第 4 項によって包括根抵当権の設定登記は認められている。したがって、韓国民法改正案第 357 条の 2 において被担保債権の範囲を 3 つに限定しても、それに合わせて登記を改正しない限り、法律間の矛盾が生じ、包括根抵当権は、依然として金融実務で行われると予想される。そして、根抵当権に関する登記は、第三者に対しては被担保債務の範囲を公示することになるので、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、その規定を設けている。たとえば、当事者間で被担保債権の範囲を「当座貸越契約、継

(24) 判例は、根抵当権設定契約書の包括的な被担保債務を制限するために「例文解釈」又は「個別約定優先原則」を認めた結果、根抵当権が特定債権のみを担保するという判断になったのではないかと思われる（すなわち、包括根抵当権の規制が特定債権のための根抵当権設定を認める結果をもたらしたのではないかと思う）。

続的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、登記簿に記載することができない。このように、登記によって後順位や差押債権者への対抗が決まる。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。

韓国の場合、現在の登記実務及び登記規定（韓国不動産登記法第 75 条及び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）と韓国民法改正案第 357 条の 2 は、その内容において相反するので、韓国民法改正案第 357 条の 2 の改正と同時に不動産登記法の改正も行うことが望ましいであろう。

五 むすび

韓国における包括根抵当権の利用は、1960 年代から行われたとされる。それは、1960 年の韓国民法制定時、すなわち、民法に根抵当権制度が設けられたそのときから包括根抵当権が利用されたことになる。法律で定める根抵当権があるにもかかわらず、包括根抵当権が行われたということは、根抵当権の条文が国民の実生活において十分な働きを行っていなかったということであろう。それから現在に至るまで約 50 年が経過しているが、財産編について、何回かの改正の動き⁽²⁵⁾及び部分改正があったものの、全面改正まで実現したことはない。

(25) 金載亨「根抵当権に関する改正方案」(ジャスティス第 34 卷第 1 号、2001 年) 108 頁によると、1984 年に根抵当権に関する改正案が設けられたとする。これは、現行の韓国民法第 357 条を削除して、新たに第 10 章根抵当に 20 カ条の条文を新設したことで、日本の根抵当制度をほとんどそのまま翻訳したものであったが、改正にはいたらなかったとする。

本稿、とりわけ「韓国における包括根抵当権（1）」⁽²⁶⁾に続き、「韓国における包括根抵当権（2・完）」においては、以下の3つを中心に検討を行った。

第一に、韓国の現行法上における包括根抵当権の定義である。韓国民法第357条（根抵当）、韓国不動産登記法第75条（抵当権の登記事項）及び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）においては、包括根抵当権を認める。しかし、約款規制法、銀行法第52条の2（2010年新設）及び銀行法執行令第24条の4（2010年新設）においては、包括根抵当権を制限し、又は禁止している。したがって、包括根抵当権における韓国の現行法は、その内容において相反する。

第二に、韓国の実務における包括根抵当権、とりわけ被担保債務の範囲と関連する包括根抵当権の有効性に関する判例の立場である。判例は、2-1. 被担保債務の範囲を限定した判例及び2-2. 被担保債務の範囲を限定しなかった判例において、その判断方法及び判断理由を提示している。しかし、どのような判断理由をクリアすれば、被担保債務の範囲が限定されるのかについては、事件ごとに異なる。特に、「例文解釈」又は「個別約定優先原則」及び「特別な事情」の関連性が明確でないことは、被担保債務の範囲と関連する包括根抵当権の有効性を判断するうえで、最大な問題であろう。このように、判例における統一性ある判断基準を見出すことができないようであるならば、学説や比較法に基づいて、韓国民法に適用される法理論を構築し、これを基礎とする根抵当権の法整備又は法改正を行うことが望ましいであると思う。

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どのように改正案に反映すべきかに関する考察である。改正において、根抵当権の被担保債務の範囲を定める韓国民法改正案第357条の2の新設のみでは、包括根抵当

(26) 金鉉善「韓国における包括根抵当権（1）」（広島法学第37巻第2号、2013年10月）225頁以下。

権における相反する現行条文、実務及び判例をまとめることはできない。したがって、根抵当権における韓国民法改正案第 357 条の 2 の新設と同時に、韓国不動産登記法の改正も行うことが望ましいであろう。

そのためにも、現在中断されている韓国民法改正について再度議論すべきであると思われる。特に、時間及び努力をかけて作成した 2004 年の韓国民法改正案の議論・検討を再開すること、そして修正・補完を加える必要がある部分については議論を重ねていくことで、国民の生活に活躍できる法整備を設けることが要求されると思う。

そして、韓国における包括根抵当権について、判例を中心に整理・分析するなかで、韓国の根抵当権制度が日本の根抵当権制度とドイツの保全土地債務制度の中間的な位置にあることがわかった。すなわち、包括根抵当権の有効性について、包括根抵当権を禁止する日本、実務において利用されている包括根抵当権を改正によって禁止しようとする韓国、債権を前提としない土地債務を認めるドイツ（しかし、実務においては、このような孤立的土地債務はほとんど利用されておらず、主として保全土地債務が利用されているとする）の順序で説明することができよう。したがって、今後の課題としては、包括根抵当権の有効性と関連する上記の 3 カ国の制度及び判例を比較することによって、日本においてはドイツにおける保全土地債務の現状に関する情報を発信し、韓国においては今後行われる根抵当権の改正のあるべき姿、とりわけ根抵当権と担保法の基礎理論の関係をより明確にすることができると考えられる。

・訂正とおわび

「韓国における包括根抵当権（1）」（広島法学第 37 卷第 2 号、2013 年 10 月）において、225 頁目次の 3 カ所（二の 3、三の 3、四の 2）及び 234 頁上から 9 行目の小括を小括に訂正させていただきます。