

博士論文

根抵当制度の比較研究

平成 27 年 3 月

広島大学大学院社会科学研究科

金 鉉 善

博士論文

根抵当制度の比較研究

指導教員 鳥谷部茂教授
松原正至教授
堀田親臣教授

平成 27 年 3 月

広島大学大学院社会科学研究所

法政システム専攻

金 鉉 善

目 次

第1章 序論	1
第1節 研究の目的	1
第2節 研究の方法及び構成	6
第2章 日本における根抵当制度	8
第1節 序説	8
第2節 根抵当権の定義及び設定	11
第3節 根抵当権の変更	27
第4節 根抵当権の処分	48
第5節 確定	57
第6節 小括	70
第3章 韓国における根抵当制度	75
第1節 序説	75
第2節 根抵当権の定義及び設定	76
第3節 根抵当権の変更	102
第4節 根抵当権の譲渡	129
第5節 確定	136
第6節 包括根抵当権	159
第7節 小括	191
第4章 ドイツにおける（保全）土地債務	200
第1節 序説	200
第2節 最高額抵当権	201
第3節 土地債務	208
第4節 保全土地債務	218
第5節 小括	236
第5章 比較検討と課題	241
第1節 序説	241
第2節 日本及び韓国における根抵当権とドイツにおける（保全）土地債務との比較検討	241

第3節	根抵当権における日本及び韓国の比較検討	251
第4節	ドイツにおける最高額抵当権、土地債務及び保全土地債務の検討と日本及び韓国への示唆	270
第5節	今後の課題	279
資料		280
参考文献目録		289

第1章 序論

第1節 研究の目的

法は、時代の流れ及び社会の変化によって変わりつつある。特に、民法は、私人間の生活において密接に関連しており、その時代に合う、さらに言えばその時代に住んでいる人々が社会生活をするうえで必要とされる法規範を示すべきである。そこで、世界各国は、時代に合う法規範を提示するために、民法をはじめとする法改正を行っている。たとえば、EUの立法指令、ヨーロッパ契約法委員会（Commission on European Contract Law）による1999年の「ヨーロッパ契約法原則（Principles of European Contract Law: PECL）」、UNCITRAL（国連商取引法委員会）の「国際的動産売買に関する国連条約（United Nations Convention on Contract for the International Sales of Goods : CISG）」、UNIDROIT（私法統一国際協会）が1994年に公表した国際商事契約原則（Principles of International Commercial Contracts : PICC）など、さらにはEUの立法指令の国内法化によって2001年「債務法現代化法」（Schuldrechtsmodernisierungsgesetz）として成立し改正されたドイツ民法典が、2002年1月1日から施行された¹。このようなヨーロッパを中心とした国際社会のみならず、アジア諸国においても、法改正は、積極的に行われている。特に注目されるのが、日本及び中国における法改正である。たとえば、日本における2003年の「担保物権及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律」及び現在進行中の「債権法改正」、中国における2007年の「中華人民共和国物権法」及び2009年の「中華人民共和国不法行為法」などがその例である。このような世界各国の法改正の波は、韓国民法改正にも影響を与えた。

韓国民法改正、とりわけ財産編について、韓国法務部（以下「法務部」という）は、1999年に民法改正特別委員会²を設置し、2004年10月に「民法財産編改正法律案（以下「2004

¹ 鄭鍾休「韓国民法の現代化（一）」民商法雑誌126巻2号（2002年）155頁以下によると、「世界の法秩序はいま現代化の波に囲まれている」と表現する。

² 法務部「民法（財産法）改正公聴会（日時：2001年12月12日～13日）」www.moj.go.kr（2002年）5頁によると、「法務部は、1999年2月5日に、大法院・大韓弁護士協会・市民団体等の21関連団体から改正提示意見を集め、…法曹界と学界の専門家13名とする「民法改正特別分科委員会」を構成した。さらに、改正委員会は、李時潤弁護士を全体委員長にして、2つの小委員会を設けた。第1小委員会は、李英俊小委員長（前ソウル地方法院・議政府支院長）をはじめ、李相京委員（仁川地方法院長）、金相容委員（延世大学教授）、

年の韓国民法改正案」という)」³を国会に提出したが、第17代の国会議員の満了によって自動廃棄された。その後、法務部は、2009年2月に新たに学界・実務界等の専門家37名で構成された「民法改正委員会」⁴を設置し、2009年から2012年⁵まで4年間にかけて韓国民法を順次的に改正・全面整備することを発表した。この改正作業にあたり、分科別における「改正内容及び期待効果」⁶と、「2013年法務部民法改正試案（以下「2013年の韓

李銀榮委員（韓国外国語大学法科大学長）、白泰昇委員（延世大学教授）、尹眞秀委員（ソウル大学教授）で構成され、民法総則・物権法を担当した。第2小委員会、徐敏小委員会（忠南大学校教授）をはじめ、金ヨンダム委員（法院行政庁の次長）、河京孝委員（高麗大学校教授）、梁彰洙委員（ソウル大学教授）、蘇在先委員（慶熙大学教授）南孝淳委員（ソウル大学教授）で構成され、債権法を担当した（2001年規準）」とする。

³ 法務部『2004年法務部民法改正案総則・物権編』（民俗院、2012年）

⁴ 法務部「報道資料『民法改正委員会』出帆」www.moj.go.kr（2009年）4頁のII. 改正委員会の構成（2009年基準）を参照する。

－委員長：徐敏（69歳、忠南大学校の名誉教授）

－副委員長：李相泰（58歳、建国大学校教授、韓国民事法学会長）

－6個の分科別の構成

順番	分科名	委員数	委員長（在職大学校）
1	契約及び法律行為（I）	8名	池元林（高麗大学校）
2	行為能力	4名	河京孝（高麗大学校）
3	法人制度	4名	金大貞（中央大学校）
4	時効及び除斥期間	4名	宋徳洙（荊花女子大学校）
5	担保制度（I）	5名	尹眞秀（ソウル大学校）
6	体系及び長期課題	2名	鄭鍾休（全南大学校）

⁵ 法務部・前掲注（4）10頁。

<年度別の改正計画>

年度	改正段階	改正法律の内容
2009	民法全面改正I	民法総則及びそれと関連する物権・債権（契約法）の一部の法制の整備
2010	民法全面改正II	民法の債権総論及び不法行為法と関連する法制の整備
2011	民法全面改正III	民法の物権編及びそれと関連する法制の整備
2012	民法全面改正IV	補完改正作業

⁶ 法務部・前掲注（4）19頁。

<分科別の改正内容及び期待効果>

順番	分科名	現行法の問題点	改正内容	期待効果
1	契約及び法律行為（I）	電子取引に関する規定が特別法にしかない。	電子取引に関する規定を民法に新設する。	電子取引紛争に関する国民のアクセスを容易にする。
		消費者取引に関する規定が特別法にしかない。	消費者取引に関して民法が統一的に規定する。	消費者としての権利を実現しやすくする。

2	行為能力	準禁治産、禁治産等の現行行為無能力制度の硬直性・画一性、手続の複雑	障害者及び高齢者のための多様な類型の後見制度を設けて、用語を改善し手続を簡素化する。	障害者及び高齢者に対する社会的な不正感情を除去し、誰でも手軽に後見人制度を利用することができる。
		高卒就職者、大学新生、軍入隊年齢、青少年保護年齢、他の国の成年年齢等を考慮、成年期（20歳）の適正性に疑問	19歳程度に引き下げる方向で積極的に検討する。	青少年保護関連法律や取引安全の利益との調和を高めることができる。
3	法人	非営利法人設立の許可主義（第32条）	非営利法人設立は認可主義ないし準則主義に転換する。	非営利法人をより容易に設立することができるようにする。
		法人の権利能力を定款で定めた目的範囲内に制限することによって（第34条）、法人の活動を制約	廃止	理事の代表権制限に関する規定と調和を図る。
		「法人でない社団」に関する規定の欠缺	洞里、宗中、教会等の「法人でない社団」の成立要件等に関する規定を新設する。	「法人でない社団」に関する法律関係を明確にする。
		公益法人の設立、運営に関する一般条項の欠缺	公益法人の設立、運営に関する一般条項を新設する。	特別法を一般法に転換
4	時効及び除斥期間	消滅時効の要件と効果において不合理な部分があり、かつ消滅時効期間が不適切な場合がある。	消滅時効の要件と効果等において不合理な部分を正しくして、民法に規定された消滅時効期間の中の不適切なところは、その期間を合理的に調整する。	権利者が簡単に権利を失わないようにし、合理的な期間内には権利を行使するようにして消滅時効制度の趣旨を活かす。
		我が国の取得時効制度は、特に不動産占有の取得時効制度の場合に取得時効の要件があまりにも単純で権利者が簡単に権利を失う可能性が大きい。	不動産占有の取得時効制度を中心に取得時効の要件をより厳格にして、その効果等を合理的に規定する。	取得時効を合理的に、かつ制限された範囲内でのみ認めることによって真正な権利者を厚く保護する。
		民法に規定されている権利行使期間（除斥期間）の中には、不適切なところがある。	民法全体に規定されている権利行使期間（除斥期間）をすべて調査して、不適切なところは、その期間を合理的に調整する。	権利者の権利行使期間が合理的に定まることになり、権利者の不合理な犠牲を防止することができる。

国民法改正試案」という)」⁷が公表された。とりわけ、この 2004 年の韓国民法改正案及び 2013 年の韓国民法改正試案において、核心的なテーマとされたのが、根抵当権の条文新設である。

韓国における根抵当権は、韓国民法典において、第 2 編「物権」第 9 章「抵当権」の中に位置する。そして、金融取引実務において、抵当権よりも多く利用されているにもかかわらず、その規定は、韓国民法典に第 357 条の 1 条しか存在しない。そこで、2004 年の韓国民法改正案では、既存の 1 条に新たに 11 条が追加され、計 12 条の条文になった。そして、2013 年の韓国民法改正試案では、2004 年の韓国民法改正案の内容が修正されて、既存の 1 条に新たに 10 条が追加され、計 11 条の条文になった。なお、両者は、根抵当権の被担保債権の範囲及びそれに関連する包括根抵当権の方針について、大きな差異がみられる。したがって、本稿においては、両者の比較はもちろん、それに加えて日本における根抵当制度及びドイツにおける（保全）土地債務との比較研究を行う。これによって、現在進行中の韓国民法改正のあるべき姿及び改正方向を提示することができる。

5	担保制度 (I)	根抵当権に関しては一つの条文しかない。	規定を詳細に整備する。	根抵当権制度を効率的に変えて、当事者の予測可能性を高める。
		抵当権の執行妨害に備える規定がない。	一括競売制度の改善、抵当権による妨害排除の明文化	抵当権の効力を強化することによって信用供給が円滑になる。
		保証人の保護が不十分である。	保証人保護の強化、特別法における保証人の保護規定を民法に入れる。	保証人の被害防止
		動産担保の公示方法が不十分である。	動産担保に対する登録制度を推進する。	第三者による担保事実を容易に把握することができるようになる。
		動産譲渡担保制度の改善	動産譲渡担保を制限物権（担保権）として規定する。	複数の譲渡担保が可能となり、担保物の剰余価値を活用することができる。

*** 主要国の成年**

18 歳	ドイツ、フランス、アメリカの大部分の州、ベトナム
19 歳	オーストリア
20 歳	スイス、日本、台湾

⁷ 法務部『2013 年法務部民法改正試案物権編』（民俗院、2013 年）。

日本における根抵当権は、日本民法典において、第2編「物権」第10章「抵当権」第4節「根抵当」に位置する。なお、韓国と同様に、(とりわけ、企業)金融取引実務において、抵当権よりも多く利用されている。そして、日本民法典においては、根抵当権に関する規定が第398条の2から第398条の22までの21カ条が存在しており、具体的かつ明確に内容を提示している。そこで、日本民法は、韓国民法改正作業において、主要な比較研究対象とされた。本稿においては、日本民法が2004年の韓国民法改正案及び2013年の韓国民法改正試案にどのような影響を与えたかを中心に述べる。これによって、日本における根抵当制度の独自性をより明確にすることができる。さらに、ドイツにおける(保全)土地債務との比較を通して、現在日本においてはまだ見当たらない、2008年のBGB改正によって新たに明文化されたBGB第1192条第1a項の研究成果を日本へ情報発信することができる。

ドイツにおける最高額抵当権は、抵当権のうち、保全抵当権と分類される。そして、従来の日本は、これを根抵当権に類似する制度として研究していた。韓国は、現在においても、これを根抵当権に類似する制度として研究している。しかし、最高額抵当権は、ドイツの金融取引実務において、ほとんど利用されておらず、その代案として、土地債務とりわけ保全土地債務が利用されている。なお、ドイツにおける(保全)土地債務は、ドイツ民法典において、第3編「物権(Sachenrecht)」第7章「抵当権、土地債務、定期土地債務(Hypothek、Grundschuld、Rentenschuld)」第2節「土地債務、定期土地債務(Grundschuld、Rentenschuld)」に位置する。この土地債務は、BGB編纂当時の意図とは異なり、抵当権よりも重要な不動産担保権として発展してきた。さらにいえば、非付従性を特徴とする土地債務は、実務において、BGB編纂時代に意図していなかった形態、すなわち債権を担保するために設定される「保全土地債務」として専ら利用されている。①しかし、保全土地債務は、債権の担保のために設定されたとしても、土地債務の一種であることには変わらない。②そして、土地債務は、債権を前提としない限り、抵当権の規定を準用する(BGB第1192条第1項)。③抵当権は土地債務へ、土地債務は抵当権へ変更することができる(BGB第1198条)。①から③までを総合すると、抵当権と(保全)土地債務は、異なる性質のものでありながら、同じ目的のために使用する不動産担保権であることがわかる。そこで、本稿においては、日本及び韓国における根抵当制度の比較研究対象を、ドイツにおける不動産担保権のうち、最も利用されている、そして最高額抵当権の役割を担っている(保全)土地債務とする。

日本における根抵当権、韓国における根抵当権及びドイツにおける（保全）土地債務は、①同じ担保物権であること、②金融取引実務において抵当権よりも利用されていることにおいて共通する。この3カ国の制度を比較研究することによって、以下の4点を明確にする。

第一に、現在進行中の韓国民法改正のあるべき姿及び改正方向を提示する。

第二に、日本における根抵当制度の独自性を見出す。

第三に、ドイツにおける2008年のBGB改正の内容を日本及び韓国へ情報発信する。

第四に、「BGB編纂当時の意図と異なる発展を辿ったドイツにおける不動産担保権」と、「2008年のBGB改正によって新たに明文化された保全土地債務」との関係を検討することによって、日本及び韓国の根抵当制度を新たな視点から考察する。

第2節 研究の方法及び構成

本稿における研究対象は、日本における根抵当制度、韓国における根抵当制度及びドイツにおける（保全）土地債務の3カ国の制度である。

第1章の「序論」に続き、第2章においては、「日本における根抵当制度」について述べる。前述したように、日本民法典には、根抵当権に関する条文が21カ条存在しており、根抵当関係を具体的かつ明確に提示している。本章においては、日本における根抵当制度を日本民法典における条文の内容だけではなく、判例・学説の動向についても検討を行う。

第3章においては、「韓国における根抵当制度」について述べる。韓国においては、1999年から民法改正作業が行われており、その成果として、2004年の韓国民法改正案と2013年の韓国民法改正試案が公表された。しかし、両者は、根抵当権の被担保債権の範囲及び包括根抵当権の方針において、大きな差異がみられる。したがって、韓国における根抵当制度を研究するにあたり、両者の比較研究は、必要不可欠である。本章においては、2004年の韓国民法改正案と2013年の韓国民法改正試案の比較だけではなく、判例・実務で運用されてきた根抵当制度が改正作業にどのように反映されているのかについて検討を行う。

第4章においては、「ドイツにおける（保全）土地債務」について述べる。ドイツにおける土地債務は、非付従性の性質から日本及び韓国には存在しない制度であるとされてきた。しかし、前述したように土地債務がBGB編纂当時の意図と異なる方向に発展したゆえに、抵当権、土地債務及び保全土地債務の関係が新たに形成されつつあるといえる。そ

ここで、本章においては、ドイツにおける（保全）土地債務を検討することによって、日本及び韓国における根抵当制度への示唆を考察する。

第 5 章においては、「比較検討と課題」について述べる。本章においては、第 2 章から第 4 章まで述べた各国の制度につき、比較・検討を行う。なお、制度の相違によって全事項を比較することはできないが、本研究のメインともいえる「根抵当権の定義（ドイツにおいては（保全）土地債務の定義）」、「根抵当権の被担保債権の範囲（ドイツにおいては（保全）土地債務の目的表示（Zweckerklärung）」及び「包括根抵当権（ドイツにおいては、（保全）土地債務の目的表示の包括的条項）」とする 3 つを中心に比較を行う。

第2章 日本における根抵当制度

第1節 序説

日本における根抵当権は、(とりわけ、企業)金融取引実務で頻繁に利用されている。「実際、金融実務においては、根抵当権が原則として用いられ、普通抵当権が用いられるのは、住宅ローンなどの限られた場面ではないともいわれる」⁸。日本法務省の統計表(「2013年の不動産登記件数及び個数」)⁹によると、抵当権の設定件数は1,186,767件(その中で、土地の抵当権数は806,687件、建物の抵当権数は380,080件であった)、根抵当権の設定件数は205,600件(その中で、土地の根抵当権数は161,762件、建物の根抵当権数は43,838件であった)となっている。

明治時代から慣習的に行われてきた日本の根抵当権は¹⁰、明治民法典に明文の規定はなかったものの、その法律関係の解明は、判例¹¹・学説などで承認されていた(【日本判例1】、大判明治35年1月27日民録8輯1号72頁など)¹²。

【日本判例1】大判明治34年10月25日民録7輯9巻137頁(抵当登記取消請求の件)
銀行並びに商人間において信用を開く為め、従来汎く行う所の根抵当と称するもの、即ち
抵当が負担す可き最高の金額を定め、債権債務の確定を後日に留保し、交互取引の金円に
利息を付け、その勘定尻金額を以て実際抵当の負担額と為す可きことを結約したるもの

⁸ 道垣内弘人『担保物権法(現代民法Ⅲ)』(有斐閣、第3版、2008年)233頁。

⁹ 法務省のe-stat政府統計の総合窓口

(<http://www.e-stat.go.jp/SG1/estat/List.do?lid=000001118891>)。

¹⁰ 柚木馨・高木多喜男『新版注釈民法(9)物権(4)』(有斐閣、1998年)663頁、加藤一郎＝林良平(編)『担保法大系<第2巻>』[中馬義直](金融財政事情研究会、1985年)2頁、高木多喜男『担保物権法』(有斐閣、第3版、2002年)260頁。

¹¹ 判例は、古くより取引慣行を尊重して根抵当権の効力を承認してきた(川井健『民法概論2(物権)』(有斐閣、1997年)499頁)。しかし、【日本判例1】の前に、すなわち民法施行後、根抵当を無効とする下級審判決(東京控判明34年6月28日新聞46・6)が現われて当時の金融界に衝撃を与えたが、その後、根抵当権の有効性が【日本判例1】に承認されることによって、昭和20年代頃までは、さしたる問題も生ぜず、あまり関心と呼ばない静かな領域であった(高木多喜男「根抵当と民事立法学(民事立法学)--(回顧と展望)」法律時報53巻14号(1981年)70頁)。

¹² 近江幸治「根抵当権制度の意義と機能」法学研究11巻4号(2001年)38頁によると、「民法典制定後においても、特に継続的取引契約においてその有効性が認められるとともに、「被担保債権」を担保するものである以上、抵当権の「付従性」に反しないという理由で、判例・学説上承認されてきた」とする。

如きは、之れ即ち、将来効力を生ず可き債権債務の爲め、予め抵当を設定せるものにして、上文掲げる所の抵当とその理由同一に帰着するに付き、その有効たる勿論なり（下線筆者）。

第二次世界大戦以前における根抵当は、「将来の債権を担保するための抵当権」の一亜種として、ないしは「債権額不確定の債権を担保するための抵当権」として把握され、一定の継続的取引契約（いわゆる基本契約）から生ずる債権群を一括して担保するために利用されてきた¹³。ところが、第二次世界大戦後から、銀行の与信の広範・多様化にともなうて、1つの基本契約から発生する債務に限らず、一連の与信取引から生ずる債務をすべて包括して担保するために、いわば「被担保債権における包括化現象」が現われ、「銀行取引に基づいて生ずる一切の債権」ないし「〇〇契約に基づいて生ずる債権その他一切の債権」を担保するための根抵当（包括根抵当）が利用されるようになった¹⁴。そこで、このような包括根抵当の利用拡大によって、今次大戦後のいわゆる「包括根抵当論争」が、「根抵当権を有効ならしめるためには、被担保債権を特定せしめるに足りる当座貸越等の契約（いわゆる基本契約）が存在することを要するという見解（昭和30年の法務省民事局長通達）」と、「被担保債権を特定する基準など必要でなく、いっさいの債権を担保する根抵当（包括根抵当）も許されるという見解など」との対立という形でなされた¹⁵。特に、前者の根拠となった「昭和30年の法務省民事局長通達」は、「被担保債権を特定するに足りる当座貸越契約等の基本契約が存在しないで、単に現在および将来の一切の債務を担保する旨の根抵当権（包括根抵当権）は無効であるから、その登記申請は受理すべきでない（昭和30年6月4日付民事甲第1127号法務省民事局長回答並びに各法務局長及び地方法務局長宛通達）」¹⁶という内容で、これは当時の実務界における運用や学説理論と大きく乖離していたため、実務界（金融界）はもとより、学界・下級審判例から批判が続出して大きな議論を呼んだ。そこで、包括根抵当権をめぐる、「限定論」ないし「無効説」（その利益代表

¹³ 伊藤進「第5章抵当権4」椿寿夫ほか『現代民法講義3』（法律文化社、1993年）118頁。

¹⁴ 伊藤・前掲注（13）118頁。

¹⁵ 加藤＝林（編）・前掲注（10）3頁〔中馬〕。

¹⁶ 近江・前掲注（12）39頁、高木・前掲注（11）70頁。なお、その後も「昭和30年12月23日（民事甲第2747号）民事局長通達：一、抵当権（根抵当権を含む。）その他担保権の設定登記の申請書には、被担保債権の発生原因たる債権契約及びその日付をも登記原因の一部として記載せしめ、登記簿に記載すること。二、現に効力を有する既従の登記で右の被担保債権の発生原因及びその日付の記載がないものについては、遺漏による更正の登記の申請をすることができる。」とする通達が発せられ、金融界にさらに大きな衝撃を与えたとする（加藤一郎「包括根抵当契約は有効か」ジュリストNo.107（1956年）13頁）。

は日本弁護士連合会)と、「拡大論」ないし「有効説」(その利益代表は全国銀行協会)が激しく対立した結果、両者の「折衷案」が成立された¹⁷。それが、「民法の一部を改正する法律」によって、昭和46(1971)年法律99号として公布され、翌年4月1日から施行された「根抵当権」(以下「昭和46年の制定根抵当権」という)である。その後、「平成15(2003)年の担保物権及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律一条による改正」により確定請求と確定事由(以下「平成15年の改正根抵当権」という)が、「平成12(2000)年の商法等の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備に関する法律一条による改正」及び「平成17(2005)年の会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律一一六条による改正」により会社分割が改正・新設された。

なお、「昭和46年の制定根抵当権」の立法に関する要点¹⁸として、①根抵当権の定義の明確化(日本民法第398条の2第1項)、②根抵当権の被担保債権の資格(日本民法第398条の2・3)、③優先弁済の限度の明確化(日本民法第398条の3第1項)、④極度額変更に伴う法律関係の明確化(日本民法第398条の5)、⑤被担保債権の範囲又は債務者の変更(日本民法第398条の4)、⑥確定期日(日本民法第398条の6)、⑦確定前における随伴性の否定(日本民法第398条の7)、⑧相続、合併の場合の法律関係の明確化(日本民法第398条の8・9)、⑨確定前における根抵当権又はその順位の譲渡、放棄の禁止及び転抵当をめぐる法律関係の明確化(日本民法第398条の11)、⑩根抵当権の譲渡、一部譲渡の制度の創設(日本民法第398条の12・13・14)、⑪共同根抵当(日本民法第398条の16・17・18)、⑫確定事由及び確定時期の明確化(日本民法第398条の6・20)、⑬根抵当権設定者等の保護のための制度の新設(日本民法第398条の19・21・22)、⑭抵当権の順位の変更の制度の新設(日本民法第373条の改正: 抵当権の順位を実質的に変更する方法として、日本民法第375条による方法はきわめて複雑であるので、新たに根抵当権者(根抵

¹⁷ 近江幸治『民法講義Ⅲ担保物権』(成文堂、第2版補訂、2007年)236頁によれば、「限定論」(その利益代表は日本弁護士連合会)は、「包括根抵当権は、担保物(価値)を独占し、設定者(債務者)の経済活動を制約しかねないから無効であり、1955年に示された法務省通達を基本とすべきである」とする見解であり、「拡大論」(その利益代表は全国銀行協会)は、「基本契約(一定の取引契約)から生じる債権にとらわれずに「一切の債権」を担保する包括根抵当権も有効だとする」見解であるとする。そして、鈴木禄弥「新根抵当権の基本的性格」ジュリストNo.487(1971年)95頁によれば、「包括根抵当論争」において、「拡大論」は実をとり、「限定論」は名をとったとする。

¹⁸ 貞家克己ほか『新根抵当法の解説』(商事法務研究会、1971年)5頁以下、我妻栄=有泉亨『〔新版〕コンメンタール担保物権法』(日本評論社、第2版、1997年)180頁以下、清水湛「特集 新根抵当法の逐条解説(上)」金融法務事情618号(1971年)6頁以下、清水湛「新根抵当法の解説I」旬刊商事法務研究564号(1971年)3頁以下。

当権者を含む) 全員の合意による順位の絶対的変更ができることとしている) の 14 つが挙げられていた。

その後の「平成 15 年の改正根抵当権」により、上記の⑫と⑬の内容が変更された。すなわち、⑫においては、日本民法第 398 条の 20 第 1 項第 1 号「担保すべき債権ノ範囲ノ変更、取引ノ終了其他ノ事由ニ因リ担保すべき元本ノ生ゼザルコトヲ為リタルトキ」が削除された。そして、⑬の根抵当権設定者等の保護のための 3 つの制度の中、確定請求が根抵当権者にも認められるようになった (日本民法第 398 条の 19 第 2 項)。

このような「昭和 46 年の制定根抵当権」及びその後の「平成 15 年の改正根抵当権」を前提に、以下では、「根抵当権の定義及び設定」、「根抵当権の変更」、「根抵当権の処分」及び「確定」に分類して述べる。

第 2 節 根抵当権の定義及び設定

I 根抵当権の定義

日本民法第 398 条の 2 (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。

日本民法第 398 条の 2 (以下、本節の I においては「本条」という) 第 1 項は、根抵当権の定義について定める。すなわち、根抵当権は、「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ものであり、その面において特定債権を被担保債権とする抵当権に対比される。「昭和 46 年の制定根抵当権」以前における概念、すなわち、単なる「将来債権の担保」ないし「債権額が不確定の債権の担保」ではなく、「将来において発生・消滅を繰り返す不特定債権を担保」する抵当権であることを本条によって明確化した¹⁹。そして、「一定の範囲に属する」ことによって「質的チェック」が行われ、「極度額」によっては「量的チェック (これを「枠支配」と呼ぶ)」が行われる²⁰。

¹⁹ 近江・前掲注 (12) 40 頁。

²⁰ 加賀山茂『現代民法担保法<現代民法シリーズ 4>』(信山社、2009 年) 587 頁以下。そして、高木・前掲注 (10) 263 頁によると、被担保債権の「特定」性の二義性につき、「根抵当は、不特定の債権を担保するものであるが、この場合に用いられる「特定」の意味と、根抵当権の「特定」性 (被担保債権の) のそれとは異なる。根抵当権の特定性とは、設定当事者に根抵当が発揮する優先弁済的効力の範囲を、予め設定時に量的 (極度額)、質的 (被担保債権の範囲) 両面から特定 (限定) せしめ、それが根抵当の内在的性質となっ

ここにいう「不特定の債権」とは、「一定の範囲」に属する債権である限り、そのすべてが被担保債権（極度額を限度として）になり、そのうちのどの債権を担保するといった、特定の債権との関係は存しないということを意味する²¹。

II 根抵当権の設定

根抵当権は、根抵当権者と根抵当権設定者間の根抵当権設定契約によって行われる。この根抵当権設定契約において、定めるべき事項としては、①被担保債権の範囲、②債務者、③極度額がある。この3つの必要的約定事項に対して、④確定期日は、設定契約において定めることができる任意的約定事項である（日本民法第398条の6）。①②の定めにより「被担保債権の範囲に属する債権」が、③の定めにより「優先弁済的効力の金額的範囲」が、④の事由の発生により「被担保債権の時間的範囲」が決まる²²。

以下においては、被担保債権の範囲、債務者、極度額、確定期日とする4つの「根抵当権設定契約時の決定事項」と「根抵当権設定登記」について述べる。

II-1. 被担保債権の範囲

日本民法第398条の2（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。

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。

日本民法第398条の2（以下、本節のII-1においては「本条」という）第2項・第3項は、根抵当権の被担保債権の範囲について定める。すなわち、根抵当権の被担保債権の範囲は、本条第2項による「取引によって生ずるもの」と本条第3項による「取引によらないで生ずるもの」に分類される。さらに、前者には「債務者との特定の継続的取引契約によって生ずるもの」と「債務者との一定の種類取引によって生ずるもの」があり、後者には「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」と「手形上若しくは

ていることを指し、これに対して、根抵当が「不特定」債権を担保するとは、普通抵当とは異なり、設定時に特定した債権を担保するものではない、すなわち入れ替わり可能であるということを意味する」と述べる。

²¹ 柚木＝高木・前掲注（10）666頁。

²² 高木・前掲注（10）264頁。

小切手上の請求権」がある。そして、この「被担保債権の一定の範囲」を上記の4種類に限定することによって、包括根抵当権を禁止している。なお、この4種類の中の1つ又は2つ以上を組み合わせることも、以上の債権に該当する不特定多数の債権のほかに、これに加えて特定の債権を被担保債権として定めることも可能である²³。

以下においては、本条第2項及び第3項における4種類の被担保債権について述べる。

第一は、「特定の継続的取引契約によって生ずるもの」である。

「立法事務担当者によれば、契約の名称は当事者が任意に付したものでよく、その名称によって継続的取引契約であることが判然とするのが望ましいが、名称だけではそのことが必ずしも明確でないようなものであっても、その実体を備えている限りさしつかえないとされている」²⁴。たとえば、当座貸越契約、継続的手形割引契約等がその典型であり、「昭和46年の制定根抵当権」以前におけるいわゆる基本契約に該当するものは、ここにいう「継続的取引契約」といってさしつかえない²⁵。

根抵当登記に関する基本通達（昭和46年10月4日民事甲3230号民事局長通達）第2は、当該契約の成立年月日及びその名称を記載すべきものとし、その例として、○年○月○日当座貸越契約、○年○月○日手形割引（貸付）契約、○年○月○日電気製品供給契約、○年○月○日石油販売特約店契約を挙げて、さらに○年○月○日特約販売契約による債権（昭和47年4月21日民三390号民事局第三課長回答）、○年○月○日ファクタリング取引契約による債権（昭和55年9月17日民三5421号民事局第三課長回答）、○年○月○日総合口座二型取引契約（昭和56年1月13日民三333号民事局第三課長回答）、○年○月○日フランチャイズ契約（昭和62年1月23日民三280号民事局第三課長回答）、○年○月○日リース取引等契約（平成4年4月26日民三1654号民事局第三課長回答）、○年○月○日総合商社取引契約（登記研究306・49）、○年○月○日販売店取引契約（登記研究457・

²³ 清水湛「59 根抵当権における被担保債権の範囲の限定方法」加藤一郎＝米倉明（編）『民法の争点 1 総則・物権・親族・相続（ジュリスト増刊 法律学の争点シリーズ 3-1）』（有斐閣、1985年）176頁。

²⁴ 加藤＝林（編）・前掲注（10）13頁以下〔中馬〕。

²⁵ 清水湛・前掲注（18）「新根抵当法の解説Ⅰ」12頁。このほかに、加藤＝林（編）・前掲注（10）13頁〔中馬〕によれば、「この「継続的取引契約」は従前のいわゆる「基本契約」のような厳格なものである必要はないが（そのような要求をしたこと自体がもともと間違いだったのだが）、「基本契約」に該当するようなものは、ここにいう「継続的取引契約」に含まれることは、いうまでもない」とする。堀内仁（監）・鈴木正和＝石井真司（編）『新根抵当法と銀行実務』（金融財政事情研究会、1971年）14頁によれば、「いわゆる基本契約など特定の契約によって被担保債権の範囲を定めるもの」とする。

120)、○年○月○日商品供給取引契約（登記研究 457・120）も適法であるとした²⁶。

なお、「特定の継続的取引契約によって生ずるもの」の具体的な範囲と関連しては、下記の昭和 50 年の判例（【日本判例 2】）が重要である²⁷。

【日本判例 2】最判昭和 50 年 8 月 6 日民集 29 卷 7 号 1187 頁

「根抵当権の登記に登記原因として当事者の氏名の外特定の継続的取引契約及び根抵当権設定契約の各日付及び名称の記載があるときは、これらの登記簿上の記載から特定される契約において当該根抵当権により担保せられるべきものとして当事者間に合意された債権は、原則としてすべて当該根抵当権の被担保債権の範囲に属することを根抵当権者において第三者に対し主張することができるものと解すべきであり、右登記簿記載の名称がたまたま「手形取引契約」又は「手形割引契約」であるからといって、第三者に対し主張することができる被担保債権の範囲を手形上の債権のみに限定すべきではない。」

第二は、「一定の種類取引によって生ずるもの」である。

ここにいう「一定の種類取引」²⁸とは、なにか。

²⁶ 青山修『根抵当権の法律と登記』（新日本法規、改訂版、2009 年）30 頁、柚木＝高木・前掲注（10）673 頁。

²⁷ 篠塚昭次＝前田達明（編）『新・判例コンメンタール民法 4 担保物権：295 条-398 条ノ 22・仮登記担保法・第二編物件索引』（清水湛）（三省堂、1991 年）202 頁以下、清水元『プログレッシブ民法[担保物権法]』（成文堂、2008 年）120 頁以下、柚木＝高木・前掲注（10）673 頁。

²⁸ 青山・前掲注（26）38 頁以下、鈴木禄弥『根抵当法概説』（新日本法規、1973 年）51 頁以下、柚木＝高木・前掲注（10）674 頁以下の「法務省の先例の紹介」によると、次のとおりである。

適法とするもの	不適法とされるもの
---------	-----------

学説によると、「一定の種類取引」とは、取引界において、他から区別する特色のある取引と認められるものであればよいとする²⁹。なお、具体的な範囲を決する客観的規準として第三者に対しても明確でなければならないので、当事者が勝手に取引の名称を付すことはできないとする³⁰。しかし、これに対して、一定の種類取引の場合に恣意的な名称が許されないとするならば、特定の継続的取引契約の場合も同様としなければ、被担保債権の客観的識別という趣旨は達せられないとする見解がある³¹。そして、商取引、根抵当取引、商社取引、農業協同組合取引等は、限定がないので、認められないとする（昭和46年12月27日民事三発960号民事局第三課長依命通知）。したがって、その結果、商社の行う根抵当権設定登記の申請にあたっては、実に数多くの取引が掲げられることになった

<p>㊤売買取引、電気製品売買取引、手形貸付取引、当座貸越取引、石油供給取引、銀行取引、保証委託取引（昭和46年10月4日民事甲3230号民事局長通達）</p> <p>㊦信用金庫取引、信用組合取引（昭和46年12月27日民事三発960号民事局第三課長依命通知）</p> <p>㊧「売買取引、売買委託取引、輸出入業務委託取引、請負取引、運送取引、消費貸借取引、使用貸借取引、賃貸借取引、寄託取引、物品加工委託取引、立替払委託取引、保証取引、保証委託取引にもとづく一切の債権」（昭和47年4月4日民事甲1388号民事局長回答）</p> <p>㊨石油類販売取引（昭和47年7月27日民事三発664号民事局第三課長通知）</p> <p>㊩「売買取引、交換取引、消費貸借取引、使用貸借取引、賃貸借取引、請負取引、加工委託取引、売買委託取引、委任取引、寄託取引、保証取引、保証委託取引、立替払委託取引、運送取引にもとづく一切の債権」（昭和47年8月4日民事三発608号民事局第三課長通知）</p> <p>㊪信託取引（昭和48年11月14日民三8573号民事局第三課長電信回答）</p> <p>㊫前受業務保証金供託委任取引（昭和48年11月22日民三8632号民事局第三課長回答）</p> <p>㊬商品売買委託取引、商品保管委託取引（昭和51年9月8日民三4982号民事局第三課長回答）</p> <p>㊭労働金庫取引（昭和63年1月22日民三379号民事局第三課長回答）</p> <p>㊮売買取引、保証委託取引、教室運営管理委託取引、立替払委託取引、著作権使用許諾取引、金銭消費貸借取引（平成2年12月7日民三5648号民事局第三課長回答）</p>	<p>㊰商取引、根抵当取引、商社取引、農業協同組合取引（昭和46年12月27日民事三発960号民事局第三課長依命通知）</p> <p>㊱「石油施設類、不動産の運営委託および賃貸借取引」、「石油施設類建設資金および運営資金融資取引」（昭和47年7月27日民事三発664号民事局第三課長通知）</p> <p>㊲委託加工取引、仲立取引、取次取引、準消費貸借取引（昭和47年8月2日民事甲3299号民事局長電信回答）</p> <p>㊳手形小切手取引、問屋取引、債務引受取引（昭和47年8月4日民事三発608号民事局第三課長通知）</p> <p>㊴委託販売取引、準消費貸借取引、委託加工取引、リース取引、問屋取引、仲立取引、取次取引、仲介取引、手形取引（昭和48年1月11日民三273号民事局第三課長通知）</p> <p>㊵保証債務取引、小切手貸付取引（昭和48年11月14日民三8573号民事局第三課長電信回答）</p> <p>㊶商品委託取引（昭和51年9月8日民三4982号民事局長通知）</p> <p>㊷「営業資金及び営業用設備資金貸付取引（昭和48年3月5日民三1938号民事局第三課長通知）</p> <p>㊸新聞広告取引、商業デザイン企画制作取引（昭和49年8月17日民三4780号民事局長電報回答）</p> <p>㊹サービス役務請負取引、前払式特定取引、ノウハウ使用許諾取引、〇〇取引に関連して生ずる不法行為の損害賠償債権（平成2年12月7日民三5648号民事局第三課長回答）</p>
---	---

²⁹ 我妻栄『新訂担保物権法』（岩波書店、1999年）480頁。

³⁰ 清水湛・前掲注（18）「新根抵当法の逐条解説（上）」23頁以下。

³¹ 加藤＝林（編）・前掲注（10）14頁〔中馬〕。

32。

なお、「一定の種類取引によって生ずるもの」と関連する重要な判例が存在する【日本判例 3】。「根抵当権の被担保債権と保証債権」に関する【日本判例 3】は、後述する韓国民法改正作業においても重要な判例とされているので、判例・学説を中心に詳細に述べる。

【日本判例 3】最判平成 5 年 1 月 9 日民集 47 卷 1 号 41 頁

一. 事実関係³³

1. 昭和 54 年 3 月に、X は、Y 信用金庫に対して、訴外 A 社と Y 間の信用金庫取引による一切の債権につき連帯保証をした。

2. これとは別に、昭和 55 年 3 月に、X は、自己所有の不動産に、根抵当権者を Y、極度額を 1000 万円、被担保債権の範囲を「信用金庫取引による債権、手形債権・小切手債権」とする本件根抵当権を設定した。

3. 昭和 61 年 8 月に、Y が競売を申し立てて競売開始決定を得たが、X は、Y の X に対する A 社のための連帯保証債権は本件根抵当権の被担保債権ではないことの確認の訴えを提起し、不動産競売手続の取消しを求めた。

4. なお、X がどのような理由で A 社の債務を保証することになったか、その事情は判決のなかからは明確ではないが、A 社の商号が「株式会社ナニワ理権」ということをみると建設関係で互いに密接な取引関係があつて、保証したものと推察される。

二. 原審—東京高裁（平成元. 7. 10）の判決要旨³⁴

信用金庫と取引先との間の保証契約は、信用金庫取引契約が継続する過程で直接締結される契約であるうへ、取引先に対する与信に準ずる行為であるから、信用金庫取引における「取引」に含まれると解され、右保証契約は、「その他一切の取引」に含まれるとする取扱いが取引界における商慣習として定着しているから、信用金庫取引による債権を担保するために設定された根抵当権の被担保債権のうちに保証債権が含まれると解するのが相当である。

三. 最高裁（平成 5. 1. 19）の判決主文

³² 川井・前掲注（11）503 頁以下。

³³ 石井真司「66 被担保債権の範囲を「信用金庫取引による債権」として設定された根抵当権と保証債権」椿寿夫（編）『担保法の判例 I』ジュリスト増刊（1994 年）213 頁、鈴木正和「根抵当権の被担保債権と保証債権に関する判例の概観」金融法務事情 1265 号（1990 年）6 頁以下、「特集＝根抵当権の被担保債権と保証債権」金融法務事情 1347 号（1993 年）7 頁。

³⁴ 「判例特報—根抵当権の被担保債権と保証債権」金融法務事情 1234 号（1989 年）12 頁。

上告棄却

同第二点について

「被担保債権の範囲を「信用金庫取引による債権」として設定された根抵当権の被担保債権には、信用金庫の根抵当債務者に対する保証債権も含まれるものと解するのが相当である。けだし、信用金庫取引とは、一般に、法定された信用金庫の業務に関する取引を意味するもので、根抵当権設定契約において合意された「信用金庫取引」の意味をこれと異なる趣旨に解すべき理由はなく、信用金庫と根抵当債務者との間の取引により生じた債権は、当該取引が信用金庫の業務に関連してされたものと認められる限り、すべて当該根抵当権によって担保されるというべきところ、信用金庫が債権者として根抵当債務者と保証契約を締結することは、信用金庫法五三条三項に規定する「当該業務に付随する…その他の業務」に当たるものと解され、他に信用金庫の保証債権を根抵当権の被担保債権から除外しなければならない格別の理由も認められないからである。原審は、根抵当権設定契約において合意された「信用金庫取引」の範囲は、信用金庫の行う与信取引又は信用金庫と取引先（根抵当債務者）との間で交わされた信用金庫取引約定書の適用範囲に限定されるとの前提に立った上、信用金庫を債権者とし取引先を保証人とする保証契約は、信用金庫の取引先に対する与信行為に準ずるものとして信用金庫取引約定書の適用範囲に含まれると一般に解釈され、当該取引先における商慣習として定着していると判示し、このことを理由に、本件根抵当権の被担保債権には原判示の保証債権も含まれると判断しているところ、根抵当権の被担保債権の範囲を画する「信用金庫取引」の意味は前述のとおりであって、これを信用金庫の行う与信取引に限定すべき根拠は見出し難く、また、被担保債権の範囲を画するのは、根抵当権設定契約であって、信用金庫取引約定書ではない（民法三九八条ノ二第二項所定の「一定ノ種類ノ取引」は、被担保債権の具体的範囲を画すべき基準として第三者に対する関係においても明確であることを要するから、根抵当権設定契約において具体的に特定された「取引」の範囲が、当事者の自由に定め得る別個の契約の適用範囲によって左右されるべきいわれはない）から、この点に関する原判決の理由説示は適切を欠くが、その結論は正当として是認することができる。論旨は、独自の見解に立って原判決を論難するか、又は原判決の結論に影響のない事項についての違法をいうに帰し、採用することができない。よって、民訴法四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。」

このように、【日本判例3】は、被担保債権の範囲を「信用金庫取引による債権」として設定された根抵当権の被担保債権の範囲には、信用金庫の根抵当債務者に対する保証債権も含まれるとした。そして、根抵当権の被担保債権と保証債権について、最高裁が積極説の立場であることを明らかにしたはじめての判例であるとする。今までの下級審では、

積極説³⁵と消極説³⁶に分かれていたが、【日本判例3】が積極説をとったので、事実上の争いはなくなったといわれている。しかし、【日本判例3】に対する学説が多数存在するので、争いが完全になくなったとは、いい難いであろう。

下記では、【日本判例3】に対する学説を紹介する。

中馬先生³⁷は、取引先（甲）が銀行との間に受信取引を継続する過程において他の取引先（たとえば乙）のため銀行に対し保証をすることは往々にしてありうるから、たまたま現実に行われたその保証が一回限りにとどまったとしても、それによる銀行の保証履行請求権は、銀行・甲間の銀行取引に属する各種の取引により発生・消滅する債権の中に含まれるものとして理解することはできるとする。しかし、一般的に、取引先が銀行に対して第三者のため保証することがあるかどうか、あるとしてもその合計額がいくらになるかは、銀行にとってもその取引先にとってもわからないことである。したがって、このような予測不可能な保証債権がたまたま生じたからとして、これを「銀行取引」による根抵当権とするのは、後順位担保権者等との関係で公平とはいいがたく、取引包括根抵当を否定する立法趣旨にも反するであろう。現行法の解釈論としては、保証債権を「銀行取引」による根抵当権で担保しうるのは、銀行・甲間に根保証契約が存在するか、甲が乙の親会社であるとか等の特別の事情により、甲が銀行に対し他の取引先乙のため反復して保証債務を負担するであろうことがかなり明確に予測され、「銀行取引」には特に「保証取引」を含むことが認識されえた場合に限られると解すべきであろうとする。

清水元先生³⁸は、「銀行取引は銀行取引約定書に基づいて開始されるのが通常であるが、銀行側が一方的に定めた約定書の効力の点からいっても、また、根抵当権の被担保債権の範囲が広がりすぎる点でも問題である。おそらくは、債務者と根抵当権設定者とが親子会社等経済的に一体ないし密接な関係のある場合に限定されるべきであろう」とする。

³⁵ 【日本判例】東京高判平成元7月10日金融法務事情1234号12頁（【日本判例3】の原審である）、仙台高決平成元12月1日金融商事判例841号11頁など。

³⁶ 【日本判例】東京地判平成2年7月10日判例タイムズ729号255頁など。

³⁷ 加藤＝林（編）・前掲注（10）21頁以下〔中馬〕。さらに、「反復保証を予期する場合においてこれによる債権を根抵当権で担保しようと望む場合は、その保証残高を推計して、「保証取引」のみを担保する根抵当権を独立に設定させるか（ただし、この方式は実用性に乏しいであろう）、「保証取引」を他の取引とともに列挙して（あるいは、「銀行取引（保証取引を含む）」として）根抵当権を設定させることが本来望ましく、また、たまたま発生した保証債権を一般の取引債権のための根抵当権で担保するためには、これを特定の債権として被担保債権に加える手続（日本民法第398条の4）をすべきだ」とする。

³⁸ 清水元・前掲注（27）122頁。

なお、香川先生³⁹⁾は、日本銀行法第 10 条⁴⁰⁾における「債務の保証」とは銀行が保証人に

³⁹⁾ 鈴木祿弥ほか「＜座談会＞ 根抵当実務の諸問題とその法的検証」〔香川保一発言〕金融法務事情 1342 号（1993 年）18 頁。

⁴⁰⁾ 日本銀行法第 10 条（業務の範囲）①銀行は、次に掲げる業務を営むことができる。

- 一 預金又は定期積金等の受入れ
- 二 資金の貸付け又は手形の割引
- 三 為替取引

②銀行は、前項各号に掲げる業務のほか、次に掲げる業務その他の銀行業に付随する業務を営むことができる。

- 一 債務の保証又は手形の引受け
- 二 有価証券（第五号に規定する証書をもって表示される金銭債権に該当するもの及び短期社債等を除く。第五号の二及び第六号において同じ。）の売買（有価証券関連デリバティブ取引に該当するものを除く。）又は有価証券関連デリバティブ取引（投資の目的をもってするもの又は書面取次ぎ行為に限る。）
- 三 有価証券の貸付け
- 四 国債、地方債若しくは政府保証債（以下この条において「国債等」という。）の引受け（売出しの目的をもってするものを除く。）又は当該引受けに係る国債等の募集の取扱い
- 五 金銭債権（譲渡性預金証書その他の内閣府令で定める証書をもって表示されるものを含む。）の取得又は譲渡

五の二 特定目的会社が発行する特定社債（特定短期社債を除き、資産流動化計画において当該特定社債の発行により得られる金銭をもって指名金銭債権又は指名金銭債権を信託する信託の受益権のみを取得するものに限る。）その他これに準ずる有価証券として内閣府令で定めるもの（以下この号において「特定社債等」という。）の引受け（売出しの目的をもってするものを除く。）又は当該引受けに係る特定社債等の募集の取扱い

五の三 短期社債等の取得又は譲渡

六 有価証券の私募の取扱い

七 地方債又は社債その他の債券の募集又は管理の受託

八 銀行その他金融業を行う者（外国の法令に準拠して外国において銀行業を営む者（第四条第五項に規定する銀行等を除く。以下「外国銀行」という。）を除く。）の業務（次号に掲げる業務に該当するものを除く。）の代理又は媒介（内閣府令で定めるものに限る。）

八の二 外国銀行の業務の代理又は媒介（銀行の子会社である外国銀行の業務の代理又は媒介を当該銀行が行う場合における当該代理又は媒介その他の内閣府令で定めるものに限る。）

九 国、地方公共団体、会社等の金銭の収納その他金銭に係る事務の取扱い

十 有価証券、貴金属その他の物品の保護預り

十の二 振替業

十一 両替

十二 デリバティブ取引（有価証券関連デリバティブ取引に該当するものを除く。次号において同じ。）であつて内閣府令で定めるもの（第五号に掲げる業務に該当するものを除く。）

十三 デリバティブ取引（内閣府令で定めるものに限る。）の媒介、取次ぎ又は代理

十四 金利、通貨の価格、商品の価格、算定割当量（地球温暖化対策の推進に関する法律（平成十年法律第百十七号）第二条第六項（定義）に規定する算定割当量その他これに類似するものをいう。次条第四号において同じ。）の価格その他の指標の数値としてあらかじめ当事者間で約定された数値と将来の一定の時期における現実の当該指標の数値の差に基づいて算出される金銭の授受を約する取引又はこれに類似する取引であつて内閣府令で定めるもの（次号において「金融等デリバティブ取引」という。）のうち銀行の経営の健全性を損なうおそれがないと認められる取引として内閣府令で定めるもの（第五号及び第十二号に掲げる業務に該当するものを除く。）

十五 金融等デリバティブ取引の媒介、取次ぎ又は代理（第十三号に掲げる業務に該当するもの及び内閣府令で定めるものを除く。）

十六 有価証券関連店頭デリバティブ取引（当該有価証券関連店頭デリバティブ取引に係る有価証券が第五号に規定する証書をもって表示される金銭債権に該当するもの及び短期社債等以外のものである場合には、差金の授受によつて決済されるものに限る。次号において同じ。）（第二号に掲げる業務に該当するものを除く。）

十七 有価証券関連店頭デリバティブ取引の媒介、取次ぎ又は代理

十八 機械類その他の物件を使用させる契約であつて次に掲げる要件の全てを満たすものに基づき、

なることであり、「銀行取引」とは同法第10条における業務の取引であるという。したがって、銀行が保証人として保証したときの求償債権は「銀行取引」によって生ずる債権で

当該物件を使用させる業務

イ 契約の対象とする物件（以下この号において「リース物件」という。）を使用させる期間（以下この号において「使用期間」という。）の中途において契約の解除をすることができないものであること又はこれに準ずるものとして内閣府令で定めるものであること。

ロ 使用期間において、リース物件の取得価額から当該リース物件の使用期間の満了の時に譲渡するとした場合に見込まれるその譲渡対価の額に相当する金額を控除した額及び固定資産税に相当する額、保険料その他当該リース物件を使用させるために必要となる付随費用として内閣府令で定める費用の合計額を対価として受領することを内容とするものであること。

ハ 使用期間が満了した後、リース物件の所有権又はリース物件の使用及び収益を目的とする権利が相手方に移転する旨の定めがないこと。

十九 前号に掲げる業務の代理又は媒介

③前項第二号、第五号の三及び第十六号並びに第六項の「短期社債等」とは、次に掲げるものをいう。

一 社債、株式等の振替に関する法律第六十六条第一号（権利の帰属）に規定する短期社債

二 削除

三 投資信託及び投資法人に関する法律（昭和二十六年法律第九十八号）第三十九条の十二第一項（短期投資法人債に係る特例）に規定する短期投資法人債

四 信用金庫法（昭和二十六年法律第二百三十八号）第五十四条の四第一項（短期債の発行）に規定する短期債

五 保険業法（平成七年法律第五号）第六十一条の十第一項（短期社債に係る特例）に規定する短期社債

六 資産の流動化に関する法律（平成十年法律第五号）第二条第八項（定義）に規定する特定短期社債

七 農林中央金庫法（平成十三年法律第九十三号）第六十二条の二第一項（短期農林債の発行）に規定する短期農林債

八 その権利の帰属が社債、株式等の振替に関する法律の規定により振替口座簿の記載又は記録により定まるものとされる外国法人の発行する債券（新株予約権付社債券の性質を有するものを除く。）に表示されるべき権利のうち、次に掲げる要件のすべてに該当するもの

イ 各権利の金額が一億円を下回らないこと。

ロ 元本の償還について、権利の総額の払込みのあつた日から一年未満の日とする確定期限の定めがあり、かつ、分割払の定めがないこと。

ハ 利息の支払期限を、ロの元本の償還期限と同じ日とする旨の定めがあること。

④第二項第二号又は第十二号の「有価証券関連デリバティブ取引」又は「書面取次ぎ行為」とは、それぞれ金融商品取引法（昭和二十三年法律第二十五号）第二十八条第八項第六号（定義）に規定する有価証券関連デリバティブ取引又は同法第三十三条第二項（金融機関の有価証券関連業の禁止等）に規定する書面取次ぎ行為をいう。

⑤第二項第四号の「政府保証債」とは、政府が元本の償還及び利息の支払について保証している社債その他の債券をいう。

⑥第二項第五号に掲げる業務には同号に規定する証書をもって表示される金銭債権のうち有価証券に該当するものについて、同項第五号の三に掲げる業務には短期社債等について、金融商品取引法第二条第八項第一号から第六号まで及び第八号から第十号まで（定義）に掲げる行為を行う業務を含むものとする。

⑦第二項第五号の二の「特定目的会社」、「資産流動化計画」、「特定社債」又は「特定短期社債」とは、それぞれ資産の流動化に関する法律第二条第三項、第四項、第七項又は第八項（定義）に規定する特定目的会社、資産流動化計画、特定社債又は特定短期社債をいう。

⑧第二項第六号の「有価証券の私募の取扱い」とは、有価証券の私募（金融商品取引法第二条第三項（定義）に規定する有価証券の私募をいう。）の取扱いをいう。

⑨第二項第十号の二の「振替業」とは、社債、株式等の振替に関する法律第二条第四項（定義）の口座管理機関として行う振替業をいう。

⑩第二項第十二号若しくは第十三号の「デリバティブ取引」又は同項第十六号若しくは第十七号の「有価証券関連店頭デリバティブ取引」とは、それぞれ金融商品取引法第二条第二十項（定義）に規定するデリバティブ取引又は同法第二十八条第八項第四号（定義）に掲げる行為をいう。

あるが、債務者が他の債務者のために銀行に対して保証した場合の保証債務はここでいう「銀行取引」によって生ずる債務ではないとする。

第三は、「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」である。

たとえば、「S 工場の操業によって継続的に生ずる可能性のある甲の損害賠償請求権を担保する目的で根抵当権を設定する場合」と「酒造業者が酒類を製造場から移出する場合には、移出する量に応じて、そのつど酒税債権が発生するが、これを担保するために根抵当権を設定する場合」が挙げられる⁴¹。しかし、前者における甲の損害賠償請求権を担保する、すなわち、継続的不法行為による被害者救済を實際上期待することはできないという指摘がある⁴²。なぜならば、企業（S 工場）が自己の惹き起すであろう公害の賠償義務を担保するためにあらかじめ根抵当権を設定するということは、自分が公害企業であることを宣言するようなものだからである⁴³。

第四は、「手形上若しくは小切手上的請求権」である。

「昭和 46 年の制定根抵当権」立法時において、これを被担保債権の範囲とすべきかどうか、大いに問題とされた。なぜならば、当事者間で取引の決済手段として利用することは問題ないが⁴⁴、債務者が振出・裏書・保証した手形・小切手が第三者の間を転々とした後、債権者が取得した回り手形・小切手上的請求権がすべて被担保債権となると、被担保債権の範囲が広がり、債権者が制度を悪用する危険性がありうるからであった⁴⁵。たとえば、債務者の資産状態が悪化し、しかも極度額の枠が残っている場合に、根抵当権者は、債務者の振り出した、ないし裏書等をした手形・小切手を第三者（手形・小切所持人）から廉価で譲り受け、これらの手形・小切手上的債権を利用し回収して不当の利益を得る（すなわち、後順位担保権者や一般債権者を害する）おそれがある⁴⁶。しかし、手形上・小切手上的請求権が金融取引で重要な役割を果たしていることを考慮して、優先弁済の範囲につき限定を置くことにより、「手形上・小切手上的請求権」をすべて被担保債権の範囲

⁴¹ 我妻・前掲注（29）480 頁以下。

⁴² 川井・前掲注（11）504 頁、鈴木禄弥・前掲注（28）33 頁以下。

⁴³ 鈴木禄弥・前掲注（28）33 頁。

⁴⁴ 一定の種類取引によって生ずる債権、すなわち取引の決済の手段として当事者間で直接授受される手形・小切手債権は、被担保債権に含まれる。

⁴⁵ 川井・前掲注（11）504 頁。

⁴⁶ 加藤＝林（編）・前掲注（10）28 頁〔中馬〕。なお、後述の 2004 年の韓国民法改正案でも、「手形上若しくは小切手上的請求権」を被担保債権の範囲とすべきかどうかについて議論がなされたが、まさにこの理由から「手形上若しくは小切手上的請求権」が除外された。

に含ませたとする⁴⁷。この優先弁済の範囲における限定措置とは、「①債務者が支払いを停止したとき、②債務者について破産手続開始、再生手続開始、更正手続開始又は特別清算開始の申立てがあったとき、③抵当不動産に対する競売の申立て又は滞納処分による差押えがあったときは、その前に取得した債権のみが行使できる」と定める日本民法第 398 条の 3 第 2 項である。しかし、実務においては、日付白紙の裏書が多く、根抵当権者が争った後に虚偽の日付を記入する場合もありうるので、前述した弊害が防止できるかはかなり疑わしいという見解がある⁴⁸。なお、実務においては、手形上若しくは小切手上の請求権のみを担保するために根抵当権を設定することはほとんどなく、銀行取引による債権とあわせて債権を担保する形式が圧倒的に多い⁴⁹。

II-2. 債務者

債権を特定するためには、いかなる債務者に対する債権を担保するかを特定しなければならない。そこで、被担保債権の範囲とともに債務者も、根抵当権設定契約における必要的約定事項となり、かつ、登記しなければならない⁵⁰。なお、債務者は、複数であってもよく、また各個の債務者についてそれぞれ異なる担保すべき債権の範囲を定めてもさしつかえないとする⁵¹。

II-3. 極度額

日本民法第 398 条の 3 (根抵当権の被担保債権の範囲) ①根抵当権者は、確定した元本並びに利息その他の定期金及び債務の不履行によって生じた損害の賠償の全部について、極度額を限度として、その根抵当権を行使することができる。

日本民法第 398 条の 3 (以下、本節の II-3 においては「本条」という) 第 1 項は、優先弁済の限度について定める。すなわち、根抵当権は、抵当目的物につき、極度額 (被担保債権の極度額) を限度として優先弁済的効力を有する「債権極度額説」を採用する⁵²。

しかし、「昭和 46 年の制定根抵当権」以前における学説では、利息・損害金につき最後の 2 年分に限り、極度額を超えても根抵当権によって優先弁済権を行使できるとする「元

⁴⁷ 川井・前掲注 (11) 504 頁。

⁴⁸ 鈴木禄弥・前掲注 (28) 39 頁。

⁴⁹ 加藤=林 (編)・前掲注 (10) 26 頁 [中馬]。

⁵⁰ 柚木=高木・前掲注 (10) 677 頁、田井義信ほか『新物権・担保物権法(NJ 叢書)』[岡本詔治] (法律文化社、第 2 版、2005 年) 302 頁、高橋眞『担保物権法 (法学叢書 6)』(成文堂、2007 年) 244 頁。

⁵¹ 清水湛・前掲注 (18) 「新根抵当法の解説 I」 14 頁以下。

⁵² 近江・前掲注 (17) 239 頁。

本極度額説」と、極度額を超えた場合には利息等は一切根抵当権によって優先弁済を受けられないとする「債権極度額説」が対立していた⁵³。このような対立から、日本民法第 375 条の根抵当への適用の有無が問題とされた。これについて、「昭和 46 年の制定根抵当権」以前における判例⁵⁴では、「元本極度額」と「債権極度額」の区別を認めて、原則としては根抵当権の被担保債権を後者と解して日本民法第 375 条の適用を認めないが、ただ元本極度額の登記があるときは、日本民法第 375 条を適用して最後の 2 年分の利息・損害金について、元本との合計額が極度額を超える場合でも、根抵当権者は、優先弁済を受けうるとした⁵⁵。しかし、本条は、「債権極度額」のみを採用し、日本民法第 375 条の制限を受けないことを明確にした。

なお、担保される債権の額が極度額を超える場合に、どの債権に配当すべきかについては、弁済充当の規定（日本民法第 488 条以下）による⁵⁶。そこで、後順位担保権者などの第三者がいなくて余剰金が生じた場合に、根抵当権者は、極度額を超えて弁済を受けうるか。これについては、受けうるとする肯定説と受けないとする否定説に分かれる。

判例は、後順位抵当権者などの第三者がいなくて余剰金が生じて、根抵当権者は、極度額を超える部分につき優先弁済を受けることはできないとし、否定説を採用した（【日本判例 4】）。

【日本判例 4】 最判昭和 48 年 10 月 4 日判例時報 723 号 42 頁

「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権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」。

学説は、【日本判例 4】について、以下のように対立する。

川井先生⁵⁷は、債務名義を伴わない根抵当権の実行には限界があり、また極度額という粹支配権としての根抵当権の性質からみて、【日本判例 4】は正当と考えられるとする。

高木先生⁵⁸は、【日本判例 4】は、「昭和 46 年の制定根抵当権」以前の判例であるが、その理論は現行法上の根抵当にも適用されるとする。さらに、「根抵当権者へ配当される時点

⁵³ 清水元・前掲注（27）124 頁。

⁵⁴ 【日本判例】大判昭和 13 年 2 月 23 日民集 17 卷 307 頁、大判昭和 13 年 11 月 1 日民集 17 卷 2165 頁、最判昭和 43 年 11 月 15 日判例時報 543 号 55 頁。

⁵⁵ 川井・前掲注（11）505 頁。

⁵⁶ 柚木＝高木・前掲注（10）681 頁、我妻・前掲注（29）491 頁。

⁵⁷ 川井・前掲注（11）506 頁。

⁵⁸ 柚木＝高木・前掲注（10）681 頁。

では、根抵当権は確定している（日本民法第 398 条の 20 第 1 項参照）。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。これと権衡を保つ解釈としては、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⁵⁹。

これらの見解に対して、近江先生⁶⁰は、確定によって普通抵当権に転化したと解すると、日本民法第 375 条の解釈と異別に扱うべき理由はないとする。すなわち、肯定説をとる。

II-4. 確定期日

日本民法第 398 条の 6（根抵当権の元本確定期日の定め） ①根抵当権の担保すべき元本については、その確定すべき期日を定め又は変更することができる。

②第 398 条の 4 第 2 項の規定は、前項の場合について準用する。

③第 1 項の期日は、これを定め又は変更した日から 5 年以内でなければならない。

④第 1 項の期日の変更についてその変更前の期日より前に登記をしなかったときは、担保すべき元本は、その変更前の期日に確定する。

日本民法第 398 条の 6（以下、本節の II-4 においては「本条」という）は、根抵当権の元本確定期日について定める。ここにいう「元本確定期日」とは、「根抵当権によって担保される元本債権が確定される期日」である⁶¹。これは、必要的約定事項ではなく、根抵当権設定当事者の自由によって任意的に定めることができる（本条第 1 項）。そして、その定めは、確定前であれば、いつでもできる⁶²。ただし、元本確定期日を定めるときは、これを定めた日又は変更した日から 5 年以内でなければならない（本条第 3 項）。そして、日本民法第 398 条の 4 第 2 項の準用により、後順位抵当権者その他の第三者の承諾を要しない（本条第 2 項）。

「昭和 46 年の制定根抵当権」以前においては、根抵当権者と債務者間の取引契約が終了したときに根抵当権は確定し、根抵当権の存続期間は取引契約の存続期間と一致すると

⁵⁹ 高木・前掲注（10）268 頁。なお、この考え方は、結果において、後述の韓国判例と同様な立場である（【韓国判例 5】、【韓国判例 6】及び【韓国判例 7】を参照）。

⁶⁰ 近江・前掲注（17）239 頁。

⁶¹ 松井宏興『担保物権法 [民法講義 3]』（成文堂、補訂版、2009 年）118 頁。

⁶² 近江・前掲注（17）251 頁、貞家ほか・前掲注（18）136 頁〔清水湛発言〕。

考えられていたが、本条により根抵当権独自の存続期間を、取引契約の存続とは無関係に当事者があらかじめ定めることができるものとした⁶³。

なお、本条は、もともと根抵当権設定者の保護規定とされていたが、根抵当権者にとっても有利な点がある⁶⁴。すなわち、根抵当権設定者側にとっては目的不動産上の根抵当権による長期拘束を免れるという利点があり、根抵当権者側にとっては確定請求（日本民法第 398 条の 19）をあらかじめ排除することによって一定期間の安定した根抵当取引を継続することができるという利点がある⁶⁵。しかし、銀行取引実務においては、①顧客側は原則として取引の継続を希望すること、②銀行はいったん獲得した根抵当権の優先順位を保持したいと望むこと、③顧客側にとって根抵当権のつけなおしは手続に面倒なうえに登録免許税などの負担を増すことなどの事情により、あらかじめ確定期日の定めをしないのが通例のようである⁶⁶。

II - 5. 根抵当権設定登記

日本不動産登記法第 88 条（抵当権の登記の登記事項） ②根抵当権の登記の登記事項は、第 59 条各号及び第 83 条第 1 項各号（第 1 号を除く。）に掲げるもののほか、次のとおりとする。

- 一 担保すべき債権の範囲及び極度額
- 二 民法第 370 条ただし書の別段の定めがあるときは、その定め
- 三 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
- 四 民法第 398 条の 14 第 1 項ただし書の定めがあるときは、その定め

*参照条文

日本不動産登記法第 59 条（権利に関する登記の登記事項） 権利に関する登記の登記事項は、次のとおりとする。

- 一 登記の目的

⁶³ 我妻＝有泉・前掲注（18）194 頁以下。

⁶⁴ 加藤＝林（編）・前掲注（10）7 頁〔中馬〕。

⁶⁵ 加藤＝林（編）・前掲注（10）7 頁〔中馬〕、清水湛「新根抵当法の解説Ⅱ」旬刊商事法務研究 565 号（1971 年）11 頁以下、柚木＝高木・前掲注（10）688 頁以下。

⁶⁶ 加藤＝林（編）・前掲注（10）8 頁〔中馬〕。そして、根抵当実務に関するあるアンケート調査結果においても、「一般の手続として確定期日を定めていますか」の質問に対し「確定期日は定めない」とする回答がほとんどであり、その理由として「期日管理に問題がある」とする回答が圧倒的であった（石井眞司＝秦光昭「根抵当実務に関するアンケート調査の集計結果とその分析」金融法務事情 1361 号（1993 年）49 頁以下）。

- 二 申請の受付の年月日及び受付番号
 - 三 登記原因及びその日付
 - 四 登記に係る権利の権利者の氏名又は名称及び住所並びに登記名義人が2人以上であるときは当該権利の登記名義人ごとの持分
 - 五 登記の目的である権利の消滅に関する定めがあるときは、その定め
 - 六 共有物分割禁止の定め（共有物若しくは所有権以外の財産権について民法（明治29年法律第89号）第256条第1項ただし書（同法第264条において準用する場合を含む。）の規定により分割をしない旨の契約をした場合若しくは同法第908条の規定により被相続人が遺言で共有物若しくは所有権以外の財産権について分割を禁止した場合における共有物若しくは所有権以外の財産権の分割を禁止する定め又は同法第907条第3項の規定により家庭裁判所が遺産である共有物若しくは所有権以外の財産権についてした分割を禁止する審判をいう。第65条において同じ。）があるときは、その定め
 - 七 民法第423条その他の法令の規定により他人に代わって登記を申請した者（以下「代位者」という。）があるときは、当該代位者の氏名又は名称及び住所並びに代位原因
 - 八 第2号に掲げるもののほか、権利の順位を明らかにするために必要な事項として法務省令で定めるもの
- 日本不動産登記法第83条（担保権の登記の登記事項）** ①先取特権、質権若しくは転質又は抵当権の登記の登記事項は、第59条各号に掲げるもののほか、次のとおりとする。
- 一 債権額（一定の金額を目的としない債権については、その価額）
 - 二 債務者の氏名又は名称及び住所
 - 三 所有権以外の権利を目的とするときは、その目的となる権利
 - 四 2以上の不動産に関する権利を目的とするときは、当該2以上の不動産及び当該権利
 - 五 外国通貨で第1号の債権額を指定した債権を担保する質権若しくは転質又は抵当権の登記にあつては、本邦通貨で表示した担保限度額

根抵当権の登記事項は、権利に関する登記事項（日本不動産登記法第59条）及び担保権の登記事項（日本不動産登記法第83条第1項、ただし、第1号は除く。）の記載のほか、①担保すべき債権の範囲及び極度額、②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、③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、④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）。

「昭和46年の制定根抵当権」以前においては、根抵当権設定登記申請書に登記原因及

びその日付を記載する場合に、たとえば「昭和〇年〇月〇日の銀行取引契約についての昭和〇年〇月〇日根抵当権設定」というように基本契約の成立の日付及び名称を記載しなければならないとされていたが、現行日本民法においては、単純に「昭和〇年〇月〇日根抵当権設定」というように記載すればよく、ただ、登記原因の記載とは別に、担保すべき債権の範囲の定めを記載しなければならないことになった⁶⁷。

なお、普通抵当権と同様に、根抵当権の設定登記は、対抗要件である（日本民法第 177 条）。しかし、根抵当権と関連する幾つかの条文⁶⁸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」⁶⁹とする説と「効力発生要件」⁷⁰ないし「効力要件」⁷¹とする説に分かれている。

第 3 節 根抵当権の変更

I 被担保債権の範囲及び債務者の変更

本節における変更は、確定前の根抵当関係の変動である。根抵当権は、その特徴である「付従性・随伴性からの切断」によって、「変更の自由（根抵当関係の変動）」及び後述す

⁶⁷ 加藤＝林（編）・前掲注（10）6 頁〔中馬〕。

⁶⁸ 被担保債権の範囲及び債務者の変更を定める日本民法第 398 条の 4 第 3 項「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」、確定期日の変更を定める日本民法第 398 条の 6 第 4 項「登記をしなかったときは、担保すべき元本は、その変更前の期日に確定する」など、詳細は、各部分で述べる。

⁶⁹ 伊藤・前掲注（13）126 頁。

⁷⁰ 我妻・前掲注（29）484 頁によると、「根抵当権の内容の変更などについて、登記を効力発生要件とするものが多いことである。(a) 被担保債権の範囲決定基準の変更（第 398 条の 4 第 3 項）、(b) 元本確定期日の変更（第 398 条の 6 第 4 項）、(c) 根抵当関係の相続による承継（第 398 条の 9 第 4 項）、(d) 純粹共同根抵当権の成立及びその内容の変更（第 398 条の 16・第 398 条の 17 第 1 項）などがその例であるが、極度額の変更も同様である。これらの場合に登記をもって対抗要件とするときは、根抵当権の効力が相手によって区々となり（変更の当事者と第三者、登記なしに効力の発生を承認する者と承認しない者との間に差を生ずる）、收拾すべからざる紛糾を生ずるからとくに効力発生要件とされたのである（下線筆者）」とする。

⁷¹ 鈴木禄弥『根抵当法の問題点』（有斐閣、1973 年）84 頁によると、「登記が、一般原則とはちがって、いずれも一種の効力要件とされている（下線筆者）」とする。そして、吉田真澄「XI 特殊の抵当権 B 根抵当」高木多喜男ほか『民法講義 3 担保物権』（有斐閣、1978 年）211 頁によると、「根抵当権では、民法の一般原則（177）とは異なり、法律関係を単純化させるなどのため、被担保債権の範囲の変更（398ノ4Ⅲ）、…は明文規定により、極度額の変更は学説によって、登記は効力要件とされている（下線筆者）」とする。

る「処分の自由」が与えられる⁷²。すなわち、根抵当権（物権関係）とそれによって担保される融資関係（債権関係）は、継続的關係であるため、それが終了（根抵当権の確定）するまでの間に、根抵当關係の変動が生ずる⁷³。

日本民法第 398 条の 4（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。

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。

③第 1 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。

根抵当権は、被担保債権から独立した極度額の枠の利用につき、いかなる債務者との間の、いかなる範囲の債権を担保にするかを、根抵当権者と設定者の自由意思に委ねている⁷⁴。日本民法第 398 条の 4（以下、本節の I においては「本条」という）は、確定前において、根抵当権設定時に当事者間で決めた事項、とりわけ「被担保債権の範囲の変更」及び「債務者の変更」を取引の必要に応じて変更できると定める。

なお、被担保債権決定基準⁷⁵が変更されても根抵当権の担保枠には影響が生じないから、被担保債権決定基準の変更は、根抵当権者と根抵当権設定者の合意のみで行うことができる（本条第 2 項）⁷⁶。そして、被担保債権の範囲又は債務者の変更があると、変更前の被担保債権の範囲に属していた債権又は変更前の債務者に対する債権は根抵当権の被担保債権でなくなり、新たに変更後の被担保債権の範囲に属するもの又は債務者に対するものが変更前のものをも含めて被担保債権となる⁷⁷。

「昭和 46 年の制定根抵当権」以前の基本契約を必要とする立場においては、被担保債権の範囲の変更を認めていなかった。すなわち、基本契約の追加、入れ替え等を認めなかったのは、根抵当権も普通抵当権と同様に債権に対する付従性があり、基本契約が根抵当

⁷² 近江・前掲注（12）43 頁以下。

⁷³ 高木・前掲注（10）269 頁。

⁷⁴ 柚木＝高木・前掲注（10）684 頁。

⁷⁵ 鈴木禄弥・前掲注（28）260 頁、道垣内・前掲注（8）239 頁。これらの文献によれば、「被担保債権決定基準」は、「債権者基準」、「債務者基準」及び「債権範囲基準」の 3 つの基準で特定されるとする。したがって、その変更も同じく 3 つに分類することができるが、その中の「債権者基準の変更」は、根抵当権の譲渡という形で観念されるのが普通であるとする。

⁷⁶ 伊藤・前掲注（13）128 頁。

⁷⁷ 篠塚＝前田（編）・前掲注（27）216 頁〔清水湛〕、柚木＝高木・前掲注（10）685 頁。

権の付従性を充足させるために必要であるとされていたので、根抵当権は、その基本契約から生ずる債権のみを担保するものとして機能し、それ以外は担保するものとはなりえないと考えられていたからである⁷⁸。しかし、現行日本民法は、基本契約を必要とする立場をとらない。したがって、根抵当権を設定するにあたっては、日本民法第 398 条の 2 に定める基準によって被担保債権の範囲を定めれば足りることであったが、さらに経済界の要請などを考慮して、本条により担保すべき債権の範囲の自由な変更を認めたのである⁷⁹。さらには、被担保債権と切り離して根抵当権自体を絶対的に譲渡することを認めており、譲受人が当該根抵当権を利用するためには、根抵当権の担保すべき債権の範囲の変更を必要とする場合が予想されるという理由もあった⁸⁰。

「昭和 46 年の制定根抵当権」以前の基本契約を必要とする立場においても、債務者の変更は、たとえば、相続の場合のように基本契約上の債務者の地位の承継に伴うものということで認められていた⁸¹。しかし、基本契約の存在を要件としない現行日本民法においては、基本契約上の債務者の地位の承継による債務者の変更になじまないため、一般的に根抵当権自体の変更行為として、担保すべき債権の定めの変更とは別に債務者の変更を認める必要が生じたのである⁸²。元本確定前の債務者の変更には債務引受による債務者変更（日本民法第 398 条の 7 第 2 項）又は相続による債務者変更（日本民法第 398 条の 8 第 2 項）などがあるが、本条における債務者の変更は、債務者について法人成り、第二会社の設立、営業の譲渡などが起こった場合に行われることであって、すでに発生した債権の債務者を変更することや、相続・合併などの一般承継による債務者の変更は含まれない⁸³。

本条第 3 項は、日本民法第 177 条の対抗要件とは異なる趣旨、すなわち、根抵当権の被担保債権の範囲及び債務者の変更について「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」と定める。そこで、学説は、これにつき、「効力発生要件ないし効力要件」とする説と「対抗要件」とする説に分かれる。前者⁸⁴は、以下のような理由を挙げる。第一に、登記を普通の登記のように対抗要件とするときは、変更の効果が当事者間と第三

⁷⁸ 清水湛・前掲注（65）8 頁。

⁷⁹ 堀内（監）・前掲注（25）18 頁以下。

⁸⁰ 清水湛・前掲注（65）8 頁。

⁸¹ 清水湛・前掲注（65）8 頁、堀内（監）・前掲注（25）19 頁。

⁸² 清水湛・前掲注（65）8 頁以下。

⁸³ 堀内（監）・前掲注（25）19 頁。

⁸⁴ 清水湛・前掲注（65）10 頁、平野裕之『担保物権法＜民法総合 3＞』（信山社、第 2 版、2009 年）184 頁以下、我妻・前掲注（29）496 頁及び 498 頁。とりわけ、第一の理由については我妻先生及び清水湛先生、第二の理由については清水湛先生による。

者に対する関係とで被担保債権が異なるので、変更に伴う法律関係を簡明にするためである。第二に、変更が確定前に限って後順位者等の承諾なしに自由にすることができるものとされている関係上、確定後に変更の登記ができるとすると、後順位者等の利益を害することとなる場合が考えられるので、これを防止するためである。これに対して、後者は、「登記の効力の原則を破ることになるし、当事者間、対第三者間を問わず登記のない限り効力は生じないとまで考えてよいかどうか問題であることから、当事者間では登記がなくても効力は生じているが、対第三者との関係では画一的に処理するために絶対的効力を認めることを規定したものと解し、絶対的対抗要件」⁸⁵とする。

表 1. 被担保債権の範囲の交替的変更及び追加的変更の場合の登記事項証明表示例⁸⁶

【権利部（乙区）】 (所有権以外の権利に関する事項)				
【順位番号】	【登記の目的】	【受付年月日・受付番号】	【原因】	【権利者その他の事項】
1	根抵当権設定	(事項省略)	(事項省略)	(事項一部省略) 債権の範囲 <u>平成〇年〇月〇日</u> <u>日手形貸付契約</u> (事項一部省略)
付記 1 号	1 番根抵当権 変更	平成〇年〇月〇日第〇号	平成〇年 〇月〇日 変更	債権の範囲 売買取引
2	根抵当権設定	(事項省略)	(事項省略)	(事項一部省略) 債権の範囲 <u>銀行取引</u> (事項一部省略)
付記 1 号	2 番根抵当権 変更	平成〇年〇月〇日第〇号	平成〇年 〇月〇日 変更	債権の範囲 銀行取引 手形 債権 小切手債権

表 2. 債務者の交替的変更及び追加的変更の場合の登記事項証明表示例⁸⁷

【権利部（乙区）】 (所有権以外の権利に関する事項)				
----------------------------	--	--	--	--

⁸⁵ 伊藤・前掲注（13）126 頁。

⁸⁶ 石井眞司＝佐久間弘道『〔新金融実務手引シリーズ〕根抵当実務』（きんざい、2008 年）93 頁以下。

⁸⁷ 石井＝佐久間・前掲注（86）96 頁。

【順位番号】	【登記の目的】	【受付年月日・受付番号】	【原因】	【権利者その他の事項】
1	根抵当権設定	(事項省略)	(事項省略)	(事項一部省略) 債務者 ○市○町○番地 甲株式会社 (事項一部省略)
付記1号	1番根抵当権 変更	平成○年○月○日第○号	平成○年 ○月○日 変更	債務者 ○市○町○番地 丙株式会社
2	根抵当権設定	(事項省略)	(事項省略)	(事項一部省略) 債務者 ○市○町○番地 乙株式会社 (事項一部省略)
付記1号	2番根抵当権 変更	平成○年○月○日第○号	平成○年 ○月○日 変更	債務者 ○市○町○番地 乙株式会社 ○市○町○番地 丁株式会社

II 極度額の変更

日本民法第 398 条の 5 (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。

日本民法第 398 条の 5 (以下、本節の II においては「本条」という) は、根抵当権の極度額の変更について定める。なお、日本民法第 398 条の 4 における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、本条における極度額の変更は、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ものとした⁸⁸。

「昭和 46 年の制定根抵当権」以前における極度額の変更は、根抵当権者と根抵当権設定者の合意によっていつでも自由にでき、登記上の利害関係を有する者がいる場合に、その承諾を得たときは付記登記で、承諾が得られなかったときは主登記で行われていた⁸⁹。

⁸⁸ 柚木＝高木・前掲注 (10) 686 頁以下。

⁸⁹ 清水湛・前掲注 (18) 「新根抵当法の逐条解説 (上)」40 頁、堀内 (監)・前掲注 (25)

しかし、一定の基本契約の存在を要件としない現行日本民法においては、後順位の抵当権者その他の利害関係人がある場合には、その承諾がない限り、極度額の変更を許さないことにした⁹⁰。すなわち、基本契約を必要とする立場では、同一基本契約から生ずる債権を担保する根抵当権は、同一不動産上には1個のみ存在することができ、その優先弁済の拡張は、つねに極度額の変更の方法によるべきであるとする考えが強く、必然的に主登記による増額という現象を招来させたということができが、現行日本民法においては、主登記による増額登記を認める実益がなく、法律関係を複雑化するにすぎない⁹¹。したがって、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こととなる⁹²。

なお、本条にいう「利害関係を有する者」とは、変更によって不利益を受ける者であるから、極度額の増額の場合は後順位の抵当権者その他の担保権者・不動産の差押債権者などが、減額の場合は根抵当権の転抵当権者のほか、被担保債権の差押債権者、被担保債権についての質権の設定を受けている者などが挙げられる⁹³。

極度額の変更については、被担保債権の範囲及び債務者の変更の場合と異なり、法文に登記のことが明記されていないが、極度額の変更も登記しなければならないとする⁹⁴。そして、この極度額の変更登記も、効力発生要件と解されるとする⁹⁵。なぜならば、対抗要件と解したら、もしある時点の利害関係人全員の承諾を得ると、これらの者に対する関係では、極度額の変更が有効となるが、登記をするまでに新たに利害関係人が生ずると、この者に対する関係では、上記の変更を対抗できないこととなり、複雑な関係が生ずるからである⁹⁶。これに対して、効力要件という明文がないので、一般原則の対抗要件説が妥当

20 頁以下。なお、清水湛先生は、「昭和 46 年の制定根抵当権」以前においては、「もともと登記しない根抵当権というものも存在しうるわけであり、このような根抵当権の存在を考えると、極度額の変更自体は本来自由であって、第三者に対する関係は、単なる対抗要件の問題、すなわち登記の問題として処理すれば足り、利害関係人の承諾を変更の効力要件とすることは適当でないということも、純理論的には考えられるところである」とする。

⁹⁰ 堀内（監）・前掲注（25）20 頁以下、。

⁹¹ 清水湛・前掲注（18）「新根抵当法の逐条解説（上）」40 頁以下、堀内（監）・前掲注（25）21 頁。

⁹² 近江・前掲注（17）241 頁、堀内（監）・前掲注（25）21 頁、柚木＝高木・前掲注（10）687 頁。

⁹³ 近江・前掲注（17）241 頁、清水湛・前掲注（18）「新根抵当法の逐条解説（上）」41 頁、堀内（監）・前掲注（25）21 頁、我妻・前掲注（29）498 頁。

⁹⁴ 我妻・前掲注（29）498 頁。

⁹⁵ 近江・前掲注（17）241 頁、鈴木禄弥・前掲注（28）230 頁以下、貞家ほか・前掲注（18）126 頁以下〔清水湛発言〕、平野・前掲注（84）185 頁、我妻・前掲注（29）499 頁。

⁹⁶ 柚木＝高木・前掲注（10）688 頁。

であるという見解がある⁹⁷。

表 3. 極度額の変更の登記事項証明示例⁹⁸

【権利部（乙区）】 (所有権以外の権利に関する事項)				
【順位番号】	【登記の目的】	【受付年月日・受付番号】	【原因】	【権利者その他の事項】
1	根抵当権設定	(事項省略)	(事項省略)	(事項一部省略) 極度額 金 1,000 万円 (事項一部省略) 根抵当権者 株式会社甲銀行
付記 1 号	1 番根抵当権 変更	平成〇年〇月〇日第〇号	平成〇年〇月 〇日変更	極度額 金 2,000 万円

Ⅲ 確定期日の変更

日本民法第 398 条の 6（本章第 2 節Ⅱ-4 を参照する）は、確定期日の変更について定める。確定期日も設定する時に登記するのであるから、変更時も登記すべきであるが⁹⁹、登記した確定期日につき、変更する合意をただけで登記をしないうちに登記した確定期日が到来した場合には、その期日に確定される（日本民法第 398 条の 6 第 4 項）¹⁰⁰。

「昭和 46 年の制定根抵当権」以前においては、存続期間を定め、その期間が満了するまでに元本債権が発生したものを担保することにして、被担保債権となるものを限定することが認められていたが、このような定めをしている場合には、存続期間又は取引期間満了の日が、現行日本民法における確定期日に該当するという¹⁰¹。

なお、「確定期日の定め」は、第三者に対する対抗要件とされるもので、登記なくして対抗することができない第三者となるのは、確定期日の定めをした後に抵当不動産の

⁹⁷ 川井・前掲注（11）506 頁、伊藤・前掲注（13）128 頁。

⁹⁸ 石井=佐久間・前掲注（86）83 頁以下。

⁹⁹ 日本民法第 398 条の 6 第 4 項は、「確定期日の変更と登記」に関する規定であり、「確定期日の定めと登記」については、日本民法にその規定が存在しない。そして、確定期日を定めたときは、その旨の登記をするのが原則である（日本不動産登記法第 88 条第 2 項第 3 号）。

¹⁰⁰ 我妻・前掲注（29）499 頁。

¹⁰¹ 堀内（監）・前掲注（25）22 頁。

所有権を取得した者、あるいはその後の当該根抵当権の譲渡又は一部譲渡を受けた者等に
限られる¹⁰²。しかし、「確定期日の変更の登記」は、担保すべき債権の範囲等の変更の登
記と同様に、変更前の期日の到来前においては対抗要件としての機能を営みながら、その
期日前に変更登記がなされないときには、究極的には期日の変更の効力が生じないという
意味において、変更の効力要件としての機能を営むことになるとする¹⁰³。

表 4. 当初確定期日の定めなかった根抵当権につき、新たに確定期日を定めた場合の登
記事項証明表示例¹⁰⁴

【権利部（乙区）】 (所有権以外の権利に関する事項)				
【順位番号】	【登記の目的】	【受付年月日・受付番号】	【原因】	【権利者その他の事項】
1	根抵当権設定	平成〇年〇月〇日第〇号	平成〇年〇月 〇日設定	(事項一部省略) 極度額 金〇円 債権の範囲 銀行取引 債務者 〇市〇町〇番地 甲株式会社 根抵当権者 〇市〇町〇 番地 株式会社 A 銀行
付記 1 号	1 番根抵当権 変更	平成〇年〇月〇日第〇号	平成〇年〇月 〇日新規	確定期日 平成〇年〇月 〇日

表 5. 確定期日の変更の登記事項証明表示例¹⁰⁵

【権利部（乙区）】 (所有権以外の権利に関する事項)				
【順位番号】	【登記の目的】	【受付年月日・受付番号】	【原因】	【権利者その他の事項】

¹⁰² 清水湛・前掲注（65）12 頁、柚木＝高木・前掲注（10）691 頁。

¹⁰³ 清水湛・前掲注（65）12 頁。

¹⁰⁴ 石井＝佐久間・前掲注（86）98 頁。

¹⁰⁵ 石井＝佐久間・前掲注（86）98 頁。

1	根抵当権設定	(事項省略)	(事項省略)	(事項一部省略) 確定期日 平成 18 年 4 月 1 日 (事項一部省略)
付記 1 号	1 番根抵当権 変更	平成 18 年 3 月 31 日 第〇号	平成 18 年 3 月 31 日変更	確定期日 平成 23 年 3 月 31 日

IV 債権譲渡・代位弁済・債務引受・更改

日本民法第 398 条の 7 (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。

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。

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 518 条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。

日本民法第 398 条の 7 (以下、本節のIVにおいては「本条」という) は、確定前における根抵当権の随伴性の否定 (本条第 1 項・第 2 項) と、確定前における債権者又は債務者の交替による更改 (本条第 3 項) について定める。元本確定後は、普通抵当権の場合と同様に、債権譲渡・債務引受により根抵当権の随伴性が認められる。以下においては、被担保債権の特定承継 (本条第 1 項)、債務引受 (本条第 2 項)、更改 (本条第 3 項) について述べる。

第一は、被担保債権の特定承継である。

本条第 1 項が適用されるのは、個別的な債権の移転であり、相続・合併による包括承継の場合は日本民法第 398 条の 8 及び第 398 条の 9 による。債権とともに根抵当権を譲渡又は一部譲渡をした場合 (日本民法第 398 条の 12 及び第 398 条の 13) であっても、債権の譲渡と根抵当権の譲渡又は一部譲渡とは、別個の法律行為であり、それがたまたま同一の機会に行われたというにすぎないから、当該譲受債権は、当該譲受根抵当権によっては担

保されなくなるものと解すべきである¹⁰⁶。かかる債権を引き続き当該根抵当権によって担保させるためには、日本民法第 398 条の 4 によって担保すべき債権の範囲の変更の手続により追加する必要がある¹⁰⁷。この場合は、根抵当権設定者の承諾を要する¹⁰⁸。

そして、代位弁済によるものも認められない（本条第 1 項の後段）。保証人については、議論があるが、保証人が債務者と継続的な関係にあるときは、変動する不特定の求償権のために根抵当権を設定することができるし、特定の求償権のために根抵当権の一部譲渡を受けることも可能であるから、例外的扱いをしないと理解すべきであるとする¹⁰⁹。元本確定後は、もとより弁済による根抵当権の代位が認められる。判例¹¹⁰は、被担保債権の確定後、弁済につき正当な利益を有する者が債務の全額を弁済すると、債権及び根抵当権に代位できるとした¹¹¹。

なお、確定前に根抵当権の被担保債権を質入れたり、あるいは、被担保債権者の債権者が差し押さえた場合、質権者及び差押債権者は、根抵当権を行使することができるのか。たとえば、A が B に対し、B 所有の不動産上に極度額 2000 万円の根抵当権の設定を受け、その後 A は B に対する 100 万円の売掛代金債権を C に質入れたとき、質権者である C は、根抵当権を行使することができるかの問題である¹¹²。これについては、肯定説¹¹³、差押については肯定するが質入れについては否定する説¹¹⁴、否定説¹¹⁵に分かれる。登記実務

¹⁰⁶ 清水湛「新根抵当法の解説Ⅲ」旬刊商事法務研究 566 号（1971 年）9 頁、同・前掲注（18）「新根抵当法の逐条解説（上）」45 頁。

¹⁰⁷ 清水元・前掲注（27）128 頁、清水湛・前掲注（106）「新根抵当法の解説Ⅲ」9 頁、同・前掲注（18）「新根抵当法の逐条解説（上）」45 頁以下、柚木＝高木・前掲注（10）692 頁。

¹⁰⁸ 我妻・前掲注（29）501 頁。

¹⁰⁹ 我妻・前掲注（29）501 頁。

¹¹⁰ 【日本判例】最判昭和 37 年 9 月 18 日民集 16 卷 9 号 1970 頁。

¹¹¹ 川井・前掲注（11）508 頁。

¹¹² 川井・前掲注（11）508 頁。

¹¹³ 清水元・前掲注（27）127 頁以下及び我妻・前掲注（29）502 頁によると、差押債権者が転付命令を取得したときは、債権の譲渡に類似するので（「根抵当権者から債権を取得した者」というべきだから）、本条が適用される。そして、質権者及び差押えて取立てる債権者は、譲受人と同視することはできないが、これらに債権行使の際に根抵当権に基づいて競売することまでを認めるのは、本条の趣旨に反するであろう。したがって、根抵当不動産の競売対価が配当される際に優先的に弁済を受けうるだけで、それ以上根抵当権の主体たる力を持たないと解するのが正当であるとする。なお、清水湛・前掲注（18）「新根抵当法の逐条解説（上）」46 頁によると、本条第 1 項が根抵当権の随伴性を否定しているのは、債権の移転に伴う場合だけであるから、差押えまたは質入れ自体の効力は根抵当権に及ぶものと解すべきであろうとする。

¹¹⁴ 鈴木禄弥・前掲注（28）296 頁以下。

は、担保すべき元本の確定前の根抵当権について、その担保すべき債権を目的とする債権質入れの登記申請は、受理しないのが相当である¹¹⁶とした。しかし、その後、変更され、根抵当権の担保すべき債権が元本の確定前に、差し押さえられた場合の登記及び質入れされた場合の質入れの登記の申請は、受理してさしつかえない¹¹⁷とされた¹¹⁸。

第二は、債務引受である。

本条第2項は、すでに根抵当権によって担保されている債務について個別的な債務引受がなされた場合に、根抵当権者は、引受人の債務につき、根抵当権を行使することができない旨を定める。すなわち、本条第1項と相まって、根抵当権で優先弁済を受けることができる債権を、元本の確定前に根抵当権者が根抵当権設定契約で定めた本来の債務者に対して有する債権に限定するたてまえをとっている¹¹⁹。そして、本条第2項でいう「債務の引受け」は、免責的債務引受のみならず、重疊的（併存的）債務引受の場合も含むし、後者の場合、引受前の債務者の債務が被担保債権であることは言うまでもないとする¹²⁰。なお、債務引受人に対する債権を根抵当権で担保するためには、根抵当権の債務者として引受人を追加し、さらに被担保債権の範囲を変更して、引受債務をその範囲内に加えることを要する（日本民法第398条の4）¹²¹。

第三は、更改である。

日本民法第518条¹²²は、債権者又は債務者の交替による更改について定める。本条は、

¹¹⁵ 近江・前掲注（17）242頁以下、川井・前掲注（11）508頁、高木・前掲注（10）276頁以下、道垣内・前掲注（8）238頁以下。川井先生によると、「根抵当権の場合にも、398条の7の反対解釈により、根抵当権は差押え・質入れの効力を受けるとする学説があるが、差押債権者等が、根抵当権に基づいて競売をすることは、398条の7の趣旨に反する。また根抵当権者の権利行使につき、差押債権者らの同意を要するとするのも、枠支配権としての根抵当権の性質と調和しない」とし、否定説をとる。そして、高木先生によると、「被担保債権からの独立性を本間にも貫くのが随伴性を否定した民法の政策的態度と一致し妥当である」とする。

¹¹⁶ 昭和47年12月19日民三発942号民事局第三課長回答。

¹¹⁷ 昭和55年12月24日民三7176号民事局長通達、

¹¹⁸ 柚木＝高木・前掲注（10）693頁。

¹¹⁹ 堀内（監）・前掲注（25）24頁。

¹²⁰ 清水湛・前掲注（18）「新根抵当法の逐条解説（上）」47頁、柚木＝高木・前掲注（10）693頁、我妻・前掲注（29）502頁。

¹²¹ 堀内（監）・前掲注（25）25頁。

¹²² **日本民法第518条（更改後の債務への担保の移転）**は、「更改の当事者は、更改前の債務の目的の限度において、その債務の担保として設定された質権又は抵当権を更改後の債務に移すことができる。ただし、第三者がこれを設定した場合には、その承諾を得なければならぬ」と定める。

日本民法第 518 条の例外として根抵当権の確定前において、債権者又は債務者の交替による更改があるときは、根抵当権を新債務に移すことができない旨を定める。しかし、「昭和 46 年の制定根抵当権」以前は、根抵当取引の継続中に個々の債権について更改が行われた場合でも新債権を根抵当権で担保することも可能であったが、現行日本民法においてこれを認めると、債権譲渡や債務引受には根抵当権を随伴させないと定めた規定を空洞化するおそれがあったため、本条を設けたのである¹²³。なお、債権者の交替は債権譲渡と、債務者の交替は債務引受と同じだから、本条第 1 項・第 2 項の趣旨と歩調を合わせたものである¹²⁴。

V 相続

日本民法第 398 条の 8 (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。

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。

③第 398 条の 4 第 2 項の規定は、前 2 項の合意をする場合について準用する。

④第 1 項及び第 2 項の合意について相続の開始後 6 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。

*参考条文：合意の登記

日本不動産登記法第 92 条 (根抵当権当事者の相続に関する合意の登記の制限) 民法第 398 条の 8 第 1 項又は第 2 項の合意の登記は、当該相続による根抵当権の移転又は債務者の変更の登記をした後でなければ、することができない。

日本民法第 398 条の 8 (以下、本節の V においては「本条」という) は、根抵当権者又は債務者に相続が開始された場合の法律関係について定める。しかし、「昭和 46 年の制定根抵当権」以前は、確定前に、根抵当権者または債務者が死亡し相続が開始した場合、根抵当取引が継続するのか (すなわち、根抵当権者死亡の場合にはその相続人が未確定の根抵当権を相続し、債務者死亡の場合にはその相続人を債務者とする未確定の根抵当権が存

¹²³ 堀内 (監)・前掲注 (25) 26 頁。

¹²⁴ 近江・前掲注 (17) 243 頁、柚木＝高木・前掲注 (10) 694 頁。

続する)、あるいは、終了してしまうのか(すなわち、根抵当権は相続開始時に確定する)が、明白ではなかったが、本条によって、根抵当権者死亡の場合には、相続人と根抵当権設定者の合意およびその合意の相続開始後6ヵ月内の登記、債務者死亡の場合には、根抵当権者と設定者の合意およびその合意の相続開始後6ヵ月内の登記を要件として、根抵当取引は継続する旨を明確にした¹²⁵。

本条第1項は、根抵当権者に相続が開始された場合について定める。

本条第2項は、債務者に相続が開始された場合について定める。

本条第3項は、根抵当権者又は債務者について相続が開始された場合に、根抵当取引を継続するために必要な相続人の指定について、後順位抵当権者等の承諾は要しないことを定める。そして、本条にいう「合意」とは、被担保債権の範囲の変更であるから、日本民法第398条の4第2項が本条第3項に準用され、後順位抵当権者その他の第三者の承諾を得る必要はない¹²⁶。しかし、相続人のうち誰が指定されるかは後順位抵当権者などにとって無関係なことではないが、その合意を必要とすると、相続開始後に根抵当取引を継続することが困難となるおそれがあるし、後順位抵当権者などは先順位の根抵当権者によって極度額までは先取られることを覚悟しているとの前提に立てば必ずしも不当ではない¹²⁷。

本条第4項は、この「合意」を相続開始後6ヵ月以内に登記しないと、担保すべき元本は、相続開始時に確定したものとみなすと定める。そして、日本不動産登記法第92条には、合意の登記をする前に相続による根抵当権の移転登記又は債務者の変更登記(すなわち、相続登記)をしなければならないと定める。

なお、合意の当事者となる相続人は、だれか。これにつき、根抵当権者に相続が開始された場合と、債務者に相続が開始された場合に分けることができる。

前者の場合、合意の当事者となる根抵当権者の相続人は、相続によって根抵当権者たる地位を承継した者であり、包括受遺者を含むとする¹²⁸。相続放棄した者は、その相続に関しては、はじめから相続人とならなかったものとみなすので(日本民法第939条)、この中には含まれないが、共同相続の場合において遺産分割がなされていない段階では、根抵当権者の地位を共同相続している状態にあるので、共同相続人の全員がその当事者となり、

¹²⁵ 柚木＝高木・前掲注(10) 695頁。

¹²⁶ 近江・前掲注(17) 243頁以下。

¹²⁷ 堀内(監)・前掲注(25) 28頁。

¹²⁸ 篠塚＝前田(編)・前掲注(27) 223頁〔清水湛〕。

合意によって定められるべき相続人も、その中から選ばれることになる¹²⁹。そして、遺産分割があったとき、たとえば、甲・乙・丙という3人の相続人がいて、乙が既発生の債権のみを全部相続する、甲は既発生の債権は相続しないが合意で定めた根抵当権者たる地位の相続人にする、丙は根抵当権とはいっさい関係ないとするを甲・乙・丙三者の協議で決めた場合には、甲は将来の設定者との合意があればその根抵当権を利用し得るという地位を承継し、乙は既発生の債権を承継するというので、甲・乙が本条でいう根抵当権の相続人となるという¹³⁰。

後者につき、債務者が同時に根抵当権設定者である場合には、目的不動産を相続によって承継した債務者の相続人が根抵当権設定者として合意の当事者となる¹³¹。すなわち、「遺産の分割がまだされていないときは共同相続人全員と根抵当権者との合意が必要であり、遺産の分割がされているときには担保物件を相続した者と根抵当権者との合意が必要となる。この場合の合意は、根抵当権者と根抵当権設定者との合意であるから、債務者としての地位を相続した者は、この合意に参加する必要はない。たとえば、共同相続人が甲・乙・丙三名存在し、担保物件は甲が相続し、根抵当権者と甲との間で債務者の地位を乙が承継するものと合意した場合においても、乙や丙の合意は必要でない」¹³²。

さらに、根抵当権設定者の相続の場合である。たとえば、物上保証人などの設定者につき相続が開始したときは、相続人は被相続人が生前に当該不動産について根抵当権者と結んだ契約を全部そのまま承継するのであり、債務の範囲の変更や取引の終了については、当然には言えるわけではなく、確定期日の定めがあれば残存期間は従前と同一の条件で続けなければならないとする¹³³。

表 6. 根抵当権者についての相続と合意の登記事項証明表示例¹³⁴

【権利部（乙区）】	（所有権以外の権利に関する事項）
-----------	------------------

¹²⁹ 清水湛・前掲注（106）「新根抵当法の解説Ⅲ」12頁、柚木＝高木・前掲注（10）698頁。

¹³⁰ したがって、甲・乙の名義に相続による根抵当権の移転登記がされることになり（日本不動産登記法第92条）、合意の当事者となるのも甲と乙である（貞家ほか・前掲注（18）157頁以下〔清水湛発言〕）。

¹³¹ 篠塚＝前田（編）・前掲注（27）223頁〔清水湛〕。

¹³² 堀内（監）・前掲注（25）136頁以下。

¹³³ 貞家ほか・前掲注（18）178頁以下〔清水湛発言＝岩城発言〕。

¹³⁴ 石井＝佐久間・前掲注（86）162頁。なお、物上保証人の死亡の場合は、「その相続人は単に根抵当権の負担のついた目的物件を相続するにすぎないから、…根抵当債務者または根抵当権者の相続人の合意の登記ということは問題にならない」。

【順位番号】	【登記の目的】	【受付年月日・受付番号】	【原因】	【権利者その他の事項】
1	根抵当権設定	(事項省略)	(事項省略)	(事項一部省略) 根抵当権者 ○市○町○番地 甲 某
付記1号	1 番根抵当権 移転	平成○年○月○日第○号	平成○年 ○月○日 相続	根抵当権者 ○市○町○番地 乙 某 ○市○町○番地 丙 某 ○市○町○番地 丁 某
付記2号	1 番根抵当権 変更	平成○年○月○日第○号	平成○年 ○月○日 合意	指定根抵当権者 ○市○町○ 番地 乙 某

表 7. 債務者の相続と合意の登記事項証明表示例¹³⁵

【権利部（乙区）】 (所有権以外の権利に関する事項)				
【順位番号】	【登記の目的】	【受付年月日・受付番号】	【原因】	【権利者その他の事項】
1	根抵当権設定	(事項省略)	(事項省略)	(事項一部省略) 債務者 ○市○町○番地 甲 某 (事項一部省略)
付記1号	1 番根抵当権 変更	平成○年○月○日第○号	平成○年 ○月○日 相続	債務者 ○市○町○番地 乙 某 ○市○町○番地 丙 某 ○市○町○番地 丁 某

¹³⁵ 石井＝佐久間・前掲注(86) 166頁。

付記 2 号	1 番根抵当権 変更	平成〇年〇月〇日第〇号	平成〇年 〇月〇日 合意	指定債務者 〇市〇町〇番地 乙 某
--------	---------------	-------------	--------------------	----------------------

VI 合併・会社分割

VI-1. 合併

日本民法第 398 条の 9 (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。

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。

③前 2 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。

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のみならず。

⑤第 3 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 2 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 1 箇月を経過したときも、同様とする。

日本民法第 398 条の 9 (以下、本節の VI-1 においては「本条」という) は、根抵当権者又は債務者に合併があった場合の法律関係を定める。合併後の法人に従前の取引がそのまま承継されるのが通常であるという取引界の実情にてらし、合併によって、根抵当権は確定することなく、根抵当権上の地位が承継されるとするが、物上保証人・第三取得者の利益を守るために一定期間内の確定請求を認める¹³⁶。

根抵当権者の合併の場合は、根抵当権者たる法人を吸収合併した法人又は新設合併により設立された法人に、根抵当権は移転する¹³⁷。合併の時ににおける既存債権のほかに、合併

¹³⁶ 柚木＝高木・前掲注 (10) 699 頁以下。

¹³⁷ 柚木＝高木・前掲注 (10) 700 頁。しかし、根抵当権者である法人が債務者に対する他の債権者である法人を吸収合併した場合には、本条第 1 項の適用はないとする (清水湛・

後に存続する法人（吸収合併）又は合併によって設立された法人（新設合併）が、合併後に取得する債権を担保する（本条第1項）。たとえば、同一の債務者Cに対して、別々の根抵当権を有するA会社とB会社が合併した場合は、合併後の会社は同一の債務者に対する2個の根抵当権を持つことになり、新設合併の場合は、合併後の債権はいずれの根抵当権によっても担保されるが、合併前の債権は互いに他の根抵当権の被担保債権にはならない¹³⁸。

債務者の合併の場合、債務者は、合併後の法人に変更する¹³⁹。すなわち、根抵当権の債務者の変更が生ずる。根抵当権は、合併時の既存債務のほかに、合併後に存続する法人（吸収合併）又は合併によって設立された法人（新設合併）が、合併後に負担する債務を担保する（本条第2項）。

なお、本条第3項では、根抵当権設定者による確定請求を認めている。「根抵当権設定者」には、第三取得者を含む¹⁴⁰。ただし、債務者の合併の場合、債務者兼根抵当権設定者は、確定請求権を行使することはできない（本条第3項但書）。なぜならば、債務者が自らの意思で合併したあと、根抵当権を確定させることは、不当だからである¹⁴¹。確定請求の相手方は、請求時の根抵当権者である¹⁴²。

確定請求は、根抵当権者が合併のあったことを知った日から2週間を経過したとき、又は合併の日から1ヵ月を経過したときは、行使することができない（本条第5項）。このように確定請求ができる期間に制限を設けたのは、根抵当権当事者の予期を裏切ること¹⁴³、及び法律関係が長期にわたって不確定となることを防ぐためである¹⁴⁴。

確定請求権の放棄については、学説上見解が分かれている。鈴木禄弥先生は、これを事前の放棄（すなわち、合併がなされる前）と事後の放棄に分けて述べている。事前の放棄の場合は、日本民法第398条の19における確定請求権の放棄と同じく、強行法規違反で

前掲注（106）「新根抵当法の解説Ⅲ」14頁以下）。

¹³⁸ 貞家ほか・前掲注（18）183頁以下〔清水湛発言〕。

¹³⁹ 柚木＝高木・前掲注（10）700頁。しかし、根抵当権の債務者たる法人が当該根抵当権者に対する他の債務者を吸収合併した場合には、本条第2項の適用はないとする（清水湛・前掲注（106）「新根抵当法の解説Ⅲ」15頁）。

¹⁴⁰ 清水湛・前掲注（106）「新根抵当法の解説Ⅲ」15頁、柚木＝高木・前掲注（10）701頁。

¹⁴¹ 近江・前掲注（17）244頁、松井・前掲注（61）120頁、我妻・前掲注（29）510頁。

¹⁴² 鈴木禄弥・前掲注（28）355頁。

¹⁴³ 我妻・前掲注（29）510頁。

¹⁴⁴ 清水湛「新根抵当法の解説Ⅳ」旬刊商事法務研究567号（1971年）7頁、柚木＝高木・前掲注（10）701頁。

あり、当事者間での債権的効果さえ生じないが、事後の放棄の場合（つまり、確定請求権が現実には発生したのちの放棄）は、完全に有効であるとする¹⁴⁵。これに対して、清水湛先生は、確定請求権の放棄、あるいは、行使しない旨の特約は、物権的な拘束力を生じないし、特約に反する確定請求の意思表示は有効であり、これによって確定の効果が生ずるとする¹⁴⁶。

表 8. 根抵当権者の合併と登記；会社合併により根抵当権の移転の場合の登記事項証明書¹⁴⁷

【権利部（乙区）】 (所有権以外の権利に関する事項)				
【順位番号】	【登記の目的】	【受付年月日・受付番号】	【原因】	【権利者その他の事項】
1	根抵当権設定	(事項省略)	(事項省略)	(事項一部省略) 根抵当権者 ○市○町○番地 株式会社甲銀行
付記 1 号	1 番根抵当権 移転	平成○年○月○日第○号	平成○年 ○月○日 合併	根抵当権者 ○市○町○番地 株式会社乙銀行

表 9. 債務者の合併と登記；会社合併により根抵当権の債務者が変更になる場合の登記事項証明書¹⁴⁸

【権利部（乙区）】 (所有権以外の権利に関する事項)				
【順位番号】	【登記の目的】	【受付年月日・受付番号】	【原因】	【権利者その他の事項】
1	根抵当権設定	(事項省略)	(事項省略)	(事項一部省略) 債務者 ○市○町○番地 甲株式会社 根抵当権者 ○市○町○番地 株式会社乙銀行

¹⁴⁵ 鈴木禄弥・前掲注（28）355 頁。

¹⁴⁶ 清水湛・前掲注（144）7 頁。なお、特約違反により、当事者間に債務不履行の問題が生じるかについては、別個の問題であるとする

¹⁴⁷ 石井＝佐久間・前掲注（86）178 頁。

¹⁴⁸ 石井＝佐久間・前掲注（86）175 頁以下。

付記1号	1番根抵当権 変更	平成〇年〇月〇日第〇号	平成〇年 〇月〇日 合併	債務者 〇市〇町〇番地 丙株式会社
------	--------------	-------------	--------------------	---------------------------------

VI-2. 会社分割

日本民法第398条の10（根抵当権者又は債務者の会社分割） ①元本の確定前に根抵当権者を分割をする会社とする分割があったときは、根抵当権は、分割の時に存する債権のほか、分割をした会社及び分割により設立された会社又は当該分割をした会社がその事業に関して有する権利義務の全部又は一部を当該会社から承継した会社が分割後に取得する債権を担保する。

②元本の確定前にその債務者を分割をする会社とする分割があったときは、根抵当権は、分割の時に存する債務のほか、分割をした会社及び分割により設立された会社又は当該分割をした会社がその事業に関して有する権利義務の全部又は一部を当該会社から承継した会社が分割後に負担する債務を担保する。

③前条第3項から第5項までの規定は、前2項の場合について準用する。

*参照条文

商法等の一部を改正する法律の施行に伴う 関係法律の整備に関する法律（平成12年5 月31日法律第91号）による 第398条の10 の2新設	会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律 一一六条による改正（平成17年7月26日号外法律第 87号）による 第398条の10改正
--	---

第398条の10の2 ①元本ノ確定前ニ根抵当権者ヲ分割ヲ為ス会社トスル分割アリタルトキハ根抵当権ハ分割ノ時ニ存スル債権ノ外分割ヲ為シタル会社及ビ分割ニ因リテ設立シタル会社又ハ営業ヲ承継シタル会社が分割後ニ取得スル債権ヲ担保ス ②元本ノ確定前ニ債務者ヲ分割ヲ為ス会社トスル分割アリタルトキハ根抵当権ハ分割ノ時ニ存スル債務ノ外分割ヲ為シタル会社及ビ分割ニ因リテ設立シタル会社又ハ営業	第398条の10 ①元本の確定前に根抵当権者を分割をする会社とする分割があったときは、根抵当権は、分割の時に存する債権のほか、分割をした会社及び分割により設立された会社又は当該分割をした会社がその事業に関して有する権利義務の全部又は一部を当該会社から承継した会社が分割後に取得する債権を担保する。 ②元本の確定前にその債務者を分割をする会社とする分割があったときは、根抵当権は、分割の時に存する債務のほか、分割をした会社及び分割により設立され
---	---

<p>ヲ承継シタル会社ガ分割後ニ負担スル債務ヲ担保ス</p> <p>③前条第三項乃至第五項ノ規定ハ前二項ノ場合ニ之ヲ準用ス</p>	<p>た会社又は当該分割をした会社¹⁴⁹がその事業に関して有する権利義務の全部又は一部を当該会社から承継した会社が分割後に負担する債務を担保する。</p> <p>③前条第 3 項から第五項までの規定は、前 2 項の場合について準用する。</p>
---	---

日本民法第 398 条の 10（以下、本節の VI-2 においては「本条」という）は、平成 12 年の商法改正による新設、平成 17 年の会社法の施行による改正を経て、現在にいたっている。平成 12 年の商法改正の主要点について、①株主総会制度の創設、②ストック・オプション制度の改善、③子会社の計算による利益供与の禁止、④簡易の営業全部譲渡受制度の新設の 4 つを挙げることができる¹⁴⁹。その後の平成 17 年の改正によつては、本条第 1 項・第 2 項における「営業」が「当該分割をした会社¹⁵⁰がその事業に関して有する権利義務の全部又は一部を当該会社」へと修正された。

会社分割には、新設分割¹⁵⁰と吸収分割¹⁵¹があり、会社分割により営業の承継があった場合には、分割計画書の記載に従い、分割会社（会社分割を行う会社を分割会社という）の権利義務が、設立会社・承継会社に包括承継される（特定承継である営業譲渡とは異なる）¹⁵²。

元本の確定前に、根抵当権者を分割会社とする会社分割があったときは、根抵当権は、分割の時における既存債権のほか、分割会社及び設立会社（新設分割の場合）又は承継会社（吸収分割の場合）が分割後に取得する債権を担保する（本条第 1 項）。当該根抵当権は、法律上当然に分割会社と設立会社若しくは承継会社の準共有になる（平成 13 年 3 月

¹⁴⁹ 原田晃治『一問一答 平成 12 年改正商法—会社分割法制』（商事法務研究会、2000 年）3 頁以下。特に④番は、本条と関連して重要な内容である。「営業全部の譲受けについては、これまでは常に株主総会の特別決議が要求されていたが、譲受会社にとってそれが規模の小さいものである場合には、この決議を要求する合理的な理由は認められない。そこで、簡易の手続による合併や株式交換と同様に、会社分割制度においても株主総会の特別決議を要しない簡易の手続を認めるに当たり、営業全部の譲受けについても、一定の要件のもとに簡易の手続を許容することとされた」。

¹⁵⁰ 新設分割とは、「一又は二以上の株式会社又は合同会社がその事業に関して有する権利義務の全部又は一部を分割により設立する会社に承継されることをいう」（日本会社法第 2 条第 30 号）。

¹⁵¹ 吸収分割とは、「株式会社又は合同会社がその事業に関して有する権利義務の全部又は一部を分割後他の会社に承継させることをいう」（日本会社法第 2 条第 29 号）。

¹⁵² 高木・前掲注（10）274 頁。

30 日民二第 867 号民事局長通達)。¹⁵³

元本の確定前に、債務者を分割会社とする会社分割があったときは、根抵当権は、分割時の既存債務のほか、分割会社及び設立会社（新設分割の場合）又は承継会社（吸収分割の場合）が分割後に負担する債務を担保する（本条第 2 項）。分割会社と設立会社若しくは承継会社の共用根抵当となる¹⁵⁴。

会社分割において、合併の規定が準用され、根抵当権設定者による確定請求が認められる。債務者を分割会社とする会社分割の場合、債務者兼根抵当権設定者は、確定請求権を行使することができない（日本民法第 398 条の 9 第 3 項の但書を準用）。根抵当権設定者による確定請求があったときは、担保すべき元本は、分割の時に確定したものとみなす（日本民法第 398 条の 9 第 4 項を準用）。なお、確定請求は、根抵当権設定者が分割のあったことを知った日から 2 週間を経過したとき、又は分割の日から 1 ヶ月を経過したときは、行使することができない（日本民法第 398 条の 9 第 5 項を準用）。

表 10. 根抵当権者の会社分割と登記；会社分割により根抵当権の一部移転の場合の登記事項証明表示例¹⁵⁵

【権利部（乙区）】 (所有権以外の権利に関する事項)				
【順位番号】	【登記の目的】	【受付年月日・受付番号】	【原因】	【権利者その他の事項】
1	根抵当権設定	(事項省略)	(事項省略)	(事項一部省略) 根抵当権者 ○市○町○番地 株式会社甲銀行
付記 1 号	1 番根抵当権 一部移転	平成○年○月○日第○号	平成○年 ○月○日 会社分割	根抵当権者 ○市○町○番地 株式会社乙銀行

表 11. 債務者の会社分割と登記；会社分割により根抵当権の債務者が変更になる場合の登記事項証明表示例¹⁵⁶

【権利部（乙区）】 (所有権以外の権利に関する事項)				
【順位番号】	【登記の目的】	【受付年月日・受付番号】	【原因】	【権利者その他の事項】

¹⁵³ 青山・前掲注 (26) 279 頁。

¹⁵⁴ 高木・前掲注 (10) 269 頁。

¹⁵⁵ 石井＝佐久間・前掲注 (86) 184 頁。

¹⁵⁶ 石井＝佐久間・前掲注 (86) 182 頁。

1	根抵当権設定	(事項省略)	(事項省略)	(事項一部省略) 債務者 ○市○町○番地 甲株式会社 根抵当権者 ○市○町○番地 株式会社甲銀行
付記1号	1番根抵当権 変更	平成○年○月○日第○号	平成○年 ○月○日 会社分割	債務者 ○市○町○番地 甲株式会社 ○市○町○番地 丙株式会社

第4節 根抵当権の処分

I 根抵当権の処分

根抵当権の「付従性・随伴性からの切断」による効果として、根抵当権の処分の自由、すなわち、債権と切り離して根抵当権だけを処分することができる¹⁵⁷。

「昭和46年の制定根抵当権」以前においては、根抵当権の処分も、普通抵当権の処分に関する日本民法第376条によって行われた。しかし、根抵当権が取引契約関係や被担保債権から切り離された、いわば独立の「枠」支配権となったことに伴い、処分形態においても、普通抵当権の処分によって運用することは難しくなった¹⁵⁸。そこで、転抵当と順位の変更（日本民法第374条・第398条の11第1項では除外）だけを残して、根抵当権の譲渡・放棄及びその順位の譲渡・放棄の処分を禁止し（日本民法第398条の11第1項）、これに代わる新たな処分形態として根抵当権の全部譲渡（日本民法第398条の12第1項）、根抵当権の分割譲渡（日本民法第398条の12第2項）、根抵当権の一部譲渡（日本民法第398条の13）を新設した¹⁵⁹。これによって、根抵当権の処分形態は、転抵当、全部譲渡、

¹⁵⁷ 近江・前掲注（12）43頁。

¹⁵⁸ 近江・前掲注（17）245頁、柚木＝高木・前掲注（10）702頁。

¹⁵⁹ 近江・前掲注（17）245頁、柚木＝高木・前掲注（10）702頁、我妻・前掲注（29）510頁。

分割譲渡、一部譲渡、順位の変更の5つになった¹⁶⁰。

以下においては、「転抵当」、「根抵当権の譲渡」及び「根抵当権の順位の変更」に分類して述べる。

II 転抵当

日本民法第398条の11（根抵当権の処分） ①元本の確定前においては、根抵当権者は、第376条第1項の規定による根抵当権の処分をすることができない。ただし、その根抵当権を他の債権の担保とすることを妨げない。

②第377条第2項の規定は、前項ただし書の場合において元本の確定前にした弁済については、適用しない。

*参照条文

日本民法第376条（抵当権の処分） ①抵当権者は、その抵当権を他の債権の担保とし、又は同一の債務者に対する他の債権者の利益のためにその抵当権若しくはその順位を譲渡し、若しくは放棄することができる。

②前項の場合において、抵当権者が数人のためにその抵当権の処分をしたときは、その処分の利益を受ける者の権利の順位は、抵当権の登記にした付記の前後による。

日本民法第377条（抵当権の処分の対抗要件） ①前条の場合には、第467条の規定に従い、主たる債務者に抵当権の処分を通知し、又は主たる債務者がこれを承諾しなければ、これをもって主たる債務者、保証人、抵当権設定者及びこれらの者の承継人に対抗することができない。

②主たる債務者が前項の規定により通知を受け、又は承諾をしたときは、抵当権の処分の利益を受ける者の承諾を得ないでした弁済は、その受益者に対抗することができない。

日本民法第398条の11（以下、本節のIIにおいては「本条」という）は、根抵当権の処分形態のうち、転抵当について定める。本条第1項は、元本確定前の根抵当権について、日本民法第376条による根抵当権の譲渡・放棄、順位譲渡・放棄は認めず、他の債権の担保すること（転抵当）のみを許容することを定める。本条第2項は、元本確定前の転抵当権に日本民法第377条第2項の規定を適用しないことを定める。転抵当のみを認めたのは、転抵当を除く日本民法第376条の処分については、根抵当権の譲渡、一部譲渡等を適切に利用することにより、ほぼ同様の効果がより簡明化された形で実現できるのに対し、

¹⁶⁰ 吉田・前掲注（71）228頁。

転抵当の利便をこれらの方法によっておさめることは困難であること及び転抵当を認めても従来の順位の譲渡等のような複雑な法律問題が生じないからであるとする¹⁶¹。たとえば、甲は、債務者 S の不動産の上に有する 1000 万円の根抵当権をその確定前に自分の丙に対する 800 万円の債務の担保とすること（転抵当）ができ、丙の取得する転抵当権は、普通抵当権でも、根抵当権でもよく、設定者 S の同意は必要でない（設定者が物上保証人であっても同様である）¹⁶²。

なお、転抵当の場合、日本民法第 377 条第 2 項が適用されないから、原抵当権者の債務者は弁済を拘束されないし、転抵当権者の承諾がなくても、弁済により債務は消滅する¹⁶³。したがって、確定前に根抵当権の被担保債権が弁済されると根抵当権は消滅し、転抵当権の設定が意味をもたなくなることがある¹⁶⁴。しかし、実際は、系列金融機関の上下関係で利用されるので、上記でいう不合理な結果は生じないとする¹⁶⁵。

III 根抵当権の譲渡

日本民法第 398 条の 12（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。

②根抵当権者は、その根抵当権を 2 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。

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。

日本民法第 398 条の 13（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。以下この節において同じ。）をすることができる。

日本民法第 398 条の 14（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

¹⁶¹ 清水湛・前掲注（144）7 頁。

¹⁶² 我妻・前掲注（29）511 頁。

¹⁶³ 柚木＝高木・前掲注（10）703 頁。

¹⁶⁴ 川井・前掲注（11）511 頁、柚木＝高木・前掲注（10）703 頁。

¹⁶⁵ 近江・前掲注（17）245 頁以下、貞家ほか・前掲注（18）191 頁以下〔清水湛発言〕、柚木＝高木・前掲注（10）703 頁、我妻・前掲注（29）513 頁。

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。

②根抵当権の共有者は、他の共有者の同意を得て、第 398 条の 12 第 1 項の規定によりその権利を譲り渡すことができる。

*根抵当権の分割譲渡による移転登記

日本不動産登記法第 90 条（抵当権の処分の登記） 第 83 条及び第 88 条の規定は、民法第 376 条第 1 項の規定により抵当権を他の債権のための担保とし、又は抵当権を譲渡し、若しくは放棄する場合の登記について準用する。

日本不動産登記規則第 165 条（根抵当権等の分割譲渡の登記） ①第 3 条第 5 号の規定にかかわらず、民法第 398 条の 12 第 2 項（同法第 361 条において準用する場合を含む。）の規定により根質権又は根抵当権（所有権以外の権利を目的とするものを除く。）を分割して譲り渡す場合の登記は、主登記によってするものとする。

②登記官は、民法第 398 条の 12 第 2 項（同法第 361 条において準用する場合を含む。）の規定により根質権又は根抵当権を分割して譲り渡す場合の登記の順位番号を記録するときは、分割前の根質権又は根抵当権の登記の順位番号を用いなければならない。

③登記官は、前項の規定により順位番号を記録したときは、当該順位番号及び分割前の根質権又は根抵当権の登記の順位番号にそれぞれ第 147 条第 2 項の符号を付さなければならない。

④登記官は、第 2 項の登記をしたときは、職権で、分割前の根質権又は根抵当権について極度額の減額による根抵当権の変更の登記をし、これに根質権又は根抵当権を分割して譲り渡すことにより登記する旨及び登記の年月日を記録しなければならない。

日本民法第 398 条の 12 は根抵当権の全部譲渡及び分割譲渡を、日本民法第 398 条の 13 は根抵当権の一部譲渡を定める。これらの根抵当権の処分は、その被担保債権と切り離して根抵当権自体を絶対的に他に移転する処分形態、すなわち、根抵当権の債権に対する付従性を法律的には否定し基本契約の存在も必要としないので、根抵当権を第三者に移転させる手段として根抵当権そのものの絶対的譲渡という方法が可能である¹⁶⁶。

以下においては、全部譲渡、分割譲渡、一部譲渡について述べる。

Ⅲ－１．全部譲渡

日本民法第 398 条の 12（以下、本節のⅢ－１及びⅢ－２においては「本条」という）

¹⁶⁶ 清水湛・前掲注（144）8 頁以下。

第1項は、元本の確定前に、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「根抵当権の全部譲渡」について定める。「これによって、譲受人は、いわゆる枠支配権を全部的に取得することができる」¹⁶⁷。たとえば、債務者Aとの甲取引（被担保債権の範囲）を担保していた根抵当権がBと乙取引をしている譲受人に譲渡された場合、譲受人は、債務者及び被担保債権の範囲を変更することにより、上記取引から発生する債権を担保させることができ、自由に枠支配権を利用することができる¹⁶⁸。このような全部譲渡は、根抵当権の処分形態のうち、最も多く活用されているとする¹⁶⁹。

根抵当権の譲渡も物権変動であるので、登記をもって対抗要件とする（日本民法第177条）。しかし、これに対して、登記を譲渡の効力要件とする説もある。なぜならば、登記を対抗要件と解すると、「根抵当権譲渡を対抗されうる第三者とそうでない第三者とが生ずるのみならず、根抵当権確定前にその譲渡契約がなされたが、その登記がされないままに根抵当権が確定してしまったのちも、根抵当権譲渡の登記がなされ、譲受人が登記に協力しないときは、登記請求をすることさえできることになり、きわめて複雑な関係を生ずる」¹⁷⁰からである。

譲渡人の債権は譲渡時に存在したものであっても担保されなくなり、譲受人の債権は根抵当権の被担保債権の範囲・債務者の規準に適合するものであれば、譲受前に存在したものであっても担保される¹⁷¹。これ以外の債権を担保するためには、被担保債権の範囲、債務者の変更をしなければならない（日本民法第398条の4）。

なお、営業譲渡に伴う根抵当権・債権の譲渡の特則につき、金融再生法（1999年）は、A金融機関（被管理金融機関）がB金融機関（承継金融機関）に対して営業譲渡により根抵当権をその担保すべき債権の全部と共に譲渡しようとする場合は、①当該根抵当権が譲渡される旨、②譲渡後も当該根抵当権が当該債権を担保すべきものとする旨を「公告」し、一定期間内に異議がないときは、①については「根抵当権の全部譲渡」に関する根抵当権設定者の「承諾」（本条第1項の「承諾」擬制）が、②については「債権の範囲の変更」に関する根抵当権設定者と承継金融機関との「合意」（日本民法第398条の4の「合意」

¹⁶⁷ 柚木＝高木・前掲注（10）704頁。

¹⁶⁸ 高木・前掲注（10）280頁。

¹⁶⁹ 川井・前掲注（11）511頁。

¹⁷⁰ 鈴木祿弥・前掲注（28）276頁。

¹⁷¹ 柚木＝高木・前掲注（10）705頁、我妻・前掲注（29）515頁。

擬制)が、それぞれあったものとみなした(金融再生法第73条)¹⁷²。

表 12. 根抵当権の全部譲渡の登記事項証明表示例¹⁷³

【権利部(乙区)】 (所有権以外の権利に関する事項)				
【順位番号】	【登記の目的】	【受付年月日・受付番号】	【原因】	【権利者その他の事項】
1	根抵当権設定	(事項省略)	(事項省略)	(事項一部省略) 根抵当権者 ○市○町○番地 株式会社甲銀行
付記1号	1番根抵当権 移転	平成○年○月○日第○号	平成○年 ○月○日 譲渡	根抵当権者 ○市○町○番地 株式会社乙銀行

Ⅲ-2. 分割譲渡

本条第2項は、元本の確定前に、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2つに分割して、その1つを他に譲渡することができる「根抵当権の分割譲渡」について定める。ただ、根抵当権を目的とする権利(転抵当権)は譲渡した根抵当権について消滅するので(本条第2項後段)、分割譲渡をするには、根抵当権を目的とする権利を有する者(転抵当権者)の承諾が必要である(本条第3項)¹⁷⁴。たとえば、甲は、債務者Sの不動産上に極度額1000万円の根抵当権を有する場合に、設定者(根抵当負担者)Sの承諾を得て、600万円と400万円のHとIの2つの根抵当権に分割して、一方Iを乙に譲渡することができるが(本条第2項)、その根抵当権を目的とする権利、すなわち転抵当権は、譲渡される方のI根抵当権については消滅するため(本条第2項後段)、分割譲渡には、その根抵当権を目的とする権利を有する者(転抵当権者等)の承諾を得なければならない(本条第3項)¹⁷⁵。

登記が対抗要件であることは、全部譲渡と同じである¹⁷⁶。

分割譲渡された根抵当権Iの順位は、原根抵当権Hと同順位であり、極度額の合計が分割前の極度額と同じであるので後順位根抵当権者に影響はない¹⁷⁷。

¹⁷² 近江・前掲注(17) 246頁。

¹⁷³ 石井=佐久間・前掲注(86) 106頁。

¹⁷⁴ 近江・前掲注(17) 246頁以下。

¹⁷⁵ 我妻・前掲注(29) 515頁以下。

¹⁷⁶ 柚木=高木・前掲注(10) 706頁。

¹⁷⁷ 我妻・前掲注(29) 516頁、清水湛・前掲注(144) 10頁。

表 13. 根抵当権の分割譲渡の登記事項証明表示例¹⁷⁸

【権利部（乙区）】 (所有権以外の権利に関する事項)				
【順位番号】	【登記の目的】	【受付年月日・受付番号】	【原因】	【権利者その他の事項】
1 (あ)	根抵当権設定	平成 18 年 5 月 1 日 第 9687 号	平成 18 年 4 月 28 日 設定	極度額 金 1,000 万円 債権の範囲 銀行取引 手形 債権 小切手債権 債務者 ○市○町○番地 ○株式会社 根抵当権者 ○市○町○番地 株式会社甲銀行
付記 1 号	1 番 (あ) 根抵当権変更	余白	余白	極度額 金 300 万円 分割譲渡により平成○年○月 ○日付記
1 (い)	1 番根抵当権 分割譲渡	平成○年○月○日第○号	平成○年 ○月○日 分割譲渡	(根抵当権の表示) 平成 18 年 5 月 1 日受付 第 9687 号 原因 平成 18 年 4 月 28 日 設定 極度額 金 700 万円 債権の範囲 銀行取引 手形 債権 小切手債権 債務者 ○市○町○番地 ○株式会社 根抵当権者 ○市○町○番地 株式会社乙銀行

Ⅲ－ 3. 一部譲渡

日本民法第 398 条の 13 (以下、本節のⅢ－ 3 においては「本条」という) は、根抵当権の一部譲渡について定める。日本民法第 398 条の 12 の全部譲渡・分割譲渡がいわゆる

¹⁷⁸ 石井＝佐久間・前掲注 (86) 117 頁。

枠の全部ないし独立の一部を譲渡するのに対し、本条の一部譲渡は、根抵当権の（準）共有（正確には準共有である）状態を成立し譲渡人と譲受人が枠を共同利用する方法である¹⁷⁹。そして、この両者間の配分については、日本民法第 398 条の 14 による。たとえば、根抵当権者甲は、債務者 S の不動産上に有する 1000 万円の根抵当権を、根抵当権設定者（根抵当負担者）S の承諾を得て、乙に一部譲渡することができるが、その結果、1000 万円の根抵当権は、甲・乙の共有となる¹⁸⁰。全部譲渡・分割譲渡と同様に、根抵当権設定者の承諾を要する。

登記が対抗要件であることは、全部譲渡・分割譲渡と同じである¹⁸¹。

譲渡人と譲受人は、根抵当権を（準）共有する関係となる。譲渡人の債権と譲受人の債権は、共同して極度額まで優先弁済を受けうるが（極度額の共同利用）¹⁸²、その割合については、原則として配当時の両者の有する債権額に比例する（日本民法第 398 条の 14 第 1 項）。しかし、別段の定めをすることもできる（日本民法第 398 条の 14 第 1 項の但書）。なお、元本確定後の根抵当権が準共有されている場合において、根抵当権の準共有者一人は、単独で実行の申立てができる¹⁸³。

表 14. 根抵当権の一部譲渡の登記事項証明表示例¹⁸⁴

【権利部（乙区）】（所有権以外の権利に関する事項）				
【順位番号】	【登記の目的】	【受付年月日・受付番号】	【原因】	【権利者その他の事項】
1	根抵当権設定	（事項省略）	（事項省略）	（事項一部省略） 根抵当権者 ○市○町○番地 株式会社甲銀行
付記 1 号	1 番根抵当権 一部移転	平成○年○月○日第○号	平成○年 ○月○日 一部譲渡	根抵当権者 ○市○町○番地 株式会社乙銀行

¹⁷⁹ 柚木＝高木・前掲注（10）707 頁。なお、この一部譲渡は、配分についての別段の定めにより（日本民法第 398 条の 14）、従来行われてきた日本民法第 376 条による根抵当権の処分と、ほとんど同じ効果を実現することができるとする。

¹⁸⁰ 我妻・前掲注（29）516 頁。

¹⁸¹ 柚木＝高木・前掲注（10）708 頁。

¹⁸² 近江・前掲注（17）247 頁、高木・前掲注（10）282 頁。なお、分割譲渡では、2 つに分割された根抵当権について空き枠が生じても、他方の根抵当権者がこれから優先弁済を受けることができない。

¹⁸³ 【日本判例】東京高決昭和 54 年 5 月 1 日金融法務事情 905 号 42 頁。

¹⁸⁴ 石井＝佐久間・前掲注（86）126 頁。

表 15. 根抵当権の一部譲渡及び優先の定めに関する登記事項証明表示例¹⁸⁵

【権利部（乙区）】 (所有権以外の権利に関する事項)				
【順位番号】	【登記の目的】	【受付年月日・受付番号】	【原因】	【権利者その他の事項】
1	根抵当権設定	(事項省略)	(事項省略)	(事項一部省略) 根抵当権者 ○市○町○番地 株式会社甲銀行
付記 1 号	1 番根抵当権 一部移転	平成○年○月○日第○号	平成○年 ○月○日 一部譲渡	根抵当権者 ○市○町○番地 株式会社乙銀行
付記 2 号	1 番根抵当権 優先の定	平成○年○月○日第○号	平成○年 ○月○日 合意	<u>優先の定 株式会社甲銀行</u> <u>7・株式会社乙銀行 3 の割合</u>
付記 3 号	1 番根抵当権 優先の定変更	平成○年○月○日第○号	平成○年 ○月○日 合意	優先の定 株式会社甲銀行 3・株式会社乙銀行 7 の割合

IV 根抵当権の順位の変更

日本民法第 398 条の 15 (抵当権の順位の変更又は放棄と根抵当権の譲渡又は一部譲渡)
 抵当権の順位の変更又は放棄を受けた根抵当権者が、その根抵当権の譲渡又は一部譲渡をしたときは、譲受人は、その順位の変更又は放棄の利益を受ける。

根抵当権者は、確定前において、転抵当を除く日本民法第 376 条第 1 項の処分（根抵当権の順位の変更・放棄）をすることはできないが（日本民法第 398 条の 11 第 1 項）、先順位の普通抵当権者からこれらの処分を受けることはできる¹⁸⁶。そこで、日本民法第 398 条の 15 は、根抵当権者が、抵当権の順位の変更又は放棄を受けた後に、その根抵当権の譲渡、分割譲渡又は一部譲渡をしたときは、その譲受人は、その順位の変更又は放棄の利益を引き続いて受けると定める¹⁸⁷。

¹⁸⁵ 石井＝佐久間・前掲注（86）127 頁。

¹⁸⁶ 近江・前掲注（17）247 頁、清水湛・前掲注（144）11 頁、柚木＝高木・前掲注（10）714 頁。

¹⁸⁷ 清水湛・前掲注（144）11 頁、柚木＝高木・前掲注（10）714 頁。

第5節 確定

I 確定の意義

根抵当権は、確定前の個別の被担保債権と直接の関係にないため、そのままでは実行することができない。根抵当権がもつ優先弁済効力を発揮するためには、どの債権をもって被担保債権とするのかが確定されなければならない¹⁸⁸。なお、融資取引などでは、確定されていることを知らずに継続して貸付をし、債権回収に支障をきたしてしまう場合が多いため、実務上特に注意を要すべきところであるとする¹⁸⁹。

確定とは、担保されるべき元本債権が特定されることで（すなわち、根抵当権の流動性が一応終止し、元本債権としては、その時点に存在するもののみが担保される状態となる時点）、これにより確定時に存在する元本債権と根抵当権の結びつきが生じ、これ以後に生じる元本債権は、根抵当権によって担保されないことになる状態をいう¹⁹⁰。日本民法第398条の4においては、「元本の確定」¹⁹¹と表現するが、学説においては、「根抵当権の確定」¹⁹²と表現する場合もある。

なお、確定の前後によって法律関係を区別することができる。すなわち、確定前には、「担保すべき債権の範囲または債務者の変更、定期日の定めまたはその変更が可能とされ、また、債権の移転に対する随伴性が否定され、さらに、相続・合併に関する特則が適用され、根抵当権の譲渡・分割譲渡・一部譲渡等が可能とされる。しかし確定後において

¹⁸⁸ 道垣内・前掲注(8) 246頁。

¹⁸⁹ 田井ほか・前掲注(50) 309頁〔岡本〕。

¹⁹⁰ 中川善之助＝兼子一(監)『担保(不動産法大系第2巻)』(青林書院新社、改訂版、1977年) 406頁〔貞家〕、松井・前掲注(61) 123頁。なお、貞家先生は、もちろん、利息、遅延損害金等をも含めて優先弁済を受けるべき債権全体の内容が判明するのは、現実根抵当権者が競売代金の交付を受ける時又は売却代金の配当期日であろうが、根抵当権において重要なのは、むしろ元本債権の特定の時点であるとする。

¹⁹¹ 近江・前掲注(12) 45頁、清水元・前掲注(27) 129頁、道垣内・前掲注(8) 246頁、平野・前掲注(84) 188頁など。とりわけ、平野先生は、「被担保債権が確定されるだけであり、その債権についての利息や遅延利息などについては、その後の債権であっても担保されることは普通抵当権と同じである。従って、確定とはいっても「元本」の確定である」とする。そして、道垣内先生は「被担保債権(元本)の確定」、近江先生は「元本(被担保債権)の確定」と表現する。

¹⁹² 近江・前掲注(17) 250頁、鈴木禄弥・前掲注(28) 107頁、田井ほか・前掲注(50) 309頁〔岡本〕、松井・前掲注(61) 123頁など。鈴木禄弥先生は、根抵当権の確定の効果は、第一次的には、その被担保債権元本が新たに登場しなくなる点にあるから、法文はこの点を重視して根抵当権の確定のことを「元本の確定」と呼ぶが、確定の効果は、それだけではなく、それから派生して、確定の前と後とで根抵当権の性質及び効果について隔絶的ともいふべき差異を生ぜしめるから、「根抵当権の確定」という語を用いることにするという。そして、松井先生は、「学説は一般に「根抵当権の確定」と呼んでいる」とする。

は、原則として、普通抵当権と同じように、付従性が認められ、また、根抵当権の順位の譲渡、放棄等の処分が認められること」¹⁹³となる。

確定されると、その効果として、「被担保債権の確定」と「根抵当関係の終了」が生ずる¹⁹⁴。そして、確定後における根抵当権の普通抵当権への転換については、学説上対立する。

「転換肯定説」においては、「根抵当の基本的性格が不特定債権の担保、すなわち枠支配にあるとするならば、「確定」後の根抵当権については、それまでの根抵当法理が一切適用されないわけであるから、普通抵当権に属するものと考えらるべきであろう」とする¹⁹⁵。しかし、これに対して、「転換否定説」においては、確定によって根抵当権は、確定時に存する元本と利息、損害金等を担保する根抵当権に変わるので、特定の債権を担保する普通抵当権と実質的に類似するといえるが、確定によって根抵当権がその時点で存する債権額を被担保債権額とする普通抵当権に転化するわけではなく、利息、損害金等は、確定後に生ずるものでも極度額の限度内であれば当該根抵当権によって担保され、日本民法第 375 条が適用されないという意味において、普通抵当権とは依然として異なるのであるとする¹⁹⁶。

表 16. 日本における確定の登記；元本の確定の登記事項証明表示例¹⁹⁷

【権利部（乙区）】 (所有権以外の権利に関する事項)				
【順位番号】	【登記の目的】	【受付年月日・受付番号】	【原因】	【権利者その他の事項】
1	根抵当権設定	(事項省略)	(事項省略)	(事項省略)
付記 1 号	1 番根抵当権 元本確定	平成〇年〇月〇日第〇号	平成〇年 〇月〇日 確定	余白

II 確定事由

確定事由につき、日本民法第 398 条の 20 における「確定事由」のほか、確定期日の到

¹⁹³ 中川＝兼子（監）・前掲注（190）457 頁〔清水湛〕。

¹⁹⁴ 近江・前掲注（17）250 頁。

¹⁹⁵ 近江・前掲注（17）251 頁。このほかに、鈴木禄弥・前掲注（28）153 頁によると、「根抵当権設定の基本的効力は、根抵当権がその流動性の大半を失い、一種の普通抵当権、一層正確に言えば、普通抵当権の一亜種である一部抵当の一種になる」とする。

¹⁹⁶ 伊藤・前掲注（13）145 頁、加藤＝林（編）・前掲注（10）59 頁〔松尾〕、中川＝兼子（監）・前掲注（190）412 頁以下〔貞家〕。

¹⁹⁷ 石井＝佐久間・前掲注（86）76 頁。

来、相続の場合の合意・登記の不達成、合併・会社分割における確定請求、日本民法第 398 条の 19 における確定請求がある。以下においては、上記の 5 つの事由について述べる。

II-1. 確定期日の到来

はじめから当事者の合意により確定期日を定めていれば、その確定期日の到来した時に確定する（日本民法第 398 条の 6）。

II-2. 相続の場合の合意・登記の不達成

根抵当権者又は債務者について相続が開始された場合に、相続開始後 6 ヶ月以内に合意の登記をしなければ、相続開始時に確定したものとみなされる（日本民法第 398 条の 8 第 4 項）。

II-3. 合併・会社分割における確定請求

根抵当権者又は債務者について合併があった場合、根抵当権設定者（債務者を除く）は、根抵当権関係の存続を望まないときは、担保すべき元本の確定を請求することができる（日本民法第 398 条の 9 第 3 項）。確定を請求すると、合併の時に確定したものとみなされる（日本民法第 398 条の 9 第 4 項）。

会社分割についても、根抵当権設定者が根抵当権関係の存続を望まない場合には、合併の規定が準用され、確定請求が認められる（日本民法第 398 条の 10 第 3 項）。

II-4. 日本民法第 398 条の 19 における確定請求

日本民法第 398 条の 19（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 3 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 2 週間を経過することによって確定する。

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。（下線筆者）

③前 2 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。

* 「平成 15 年の改正根抵当権」以前の条文

日本民法第三九八条の一九（確定請求権）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すべき元本ノ確定ヲ請求スルコトヲ得但担保すべき元本ノ確定すべき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すべき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

日本民法第 398 条の 19（以下、本節の II-4 においては「本条」という）は、根抵当

権の元本の確定請求について定める。本条第 1 項は、「根抵当権設定者による確定請求」すなわち、確定期日の定めがない場合において、根抵当権設定者が設定の時から 3 年を経過したときに、確定請求権を行使することができることを定める。とりわけ、確定期日の定めがない場合は、設定者に長期間にわたって根抵当権による拘束を受ける不利益が生じうるため、その救済措置として本制度が置かれたとする¹⁹⁸。そして、本条第 2 項は、「根抵当権者による確定請求」すなわち、確定期日の定めがない場合において、根抵当権者がいつでも、確定請求権を行使することができることを定める。なお、本条第 2 項は、「平成 15 年の改正根抵当権」により新たに追加されたものである。そして、共有不動産につき、たとえば、担保不動産を A・B・C の 3 人が共有している場合には、A・B・C の共有者全員の意思表示により確定請求を行い、反対に根抵当権を A・B で共有する場合は、A・B の共有者全員に対して確定請求を行わなければならない¹⁹⁹。

本条と関連して問題とされるのが、根抵当権設定者と根抵当権者の「確定請求の時期」及び「確定請求の効果」の差異である。前者につき、根抵当権設定者は根抵当権の設定時から 3 年を経過したときにはじめて確定を請求することができるのに対し（本条第 1 項前段）、根抵当権者はいつでも確定を請求することができる（本条第 2 項前段）。そして、後者につき、根抵当権設定者の場合は、確定請求権が行使されて 2 週間が経過することによって確定される（本条第 1 項後段）。しかし、根抵当権者の場合は、確定請求権が行使された時に確定される（本条第 2 項後段）。

ここで、「平成 15 年の改正根抵当権」によって新設された本条第 2 項の意義を述べるにあたって、「昭和 46 年の制定根抵当権」によって根抵当権設定者のみに確定請求権が与えられた理由及び学説の意見などをみることにする。上述のように「昭和 46 年の制定根抵当権」において、根抵当権設定者のみに確定請求権を付与したのは、根抵当権設定者の長期間にわたる根抵当権の拘束から救済するためであった。そして、学説は、「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」という²⁰⁰。なお、根抵当権設定者による確定請求権行使の効果について、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った

¹⁹⁸ 柚木＝高木・前掲注（10）724 頁。

¹⁹⁹ 貞家ほか・前掲注（18）241 頁以下〔清水湛発言＝貞家発言〕、柚木＝高木・前掲注（10）724 頁、我妻・前掲注（29）536 頁。

²⁰⁰ 近江・前掲注（17）252 頁、我妻・前掲注（29）535 頁。

とする²⁰¹。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、少なくとも連絡に必要な期間中は根抵当権が確定することにすべきではない、という全国銀行協会等の主張によるものであった²⁰²。しかし、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、さらに、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とする²⁰³。そして、「平成 15 年の改正根抵当権」につき、根抵当権者の確定請求の時期が根抵当権設定者の場合と異なることから、根抵当権設定者に不公平な結果をもたらすという見解もある²⁰⁴。

確定は、第三者に重大な影響を及ぼす内容の変更であるので、自由に撤回することはできない²⁰⁵。しかし、確定の効果が生ずる前であれば、相手方の同意を得て撤回することができる²⁰⁶。なお、確定の効果が生じた後でも、当事者がその効果を主張しない限り第三者において確定の事実を証明するのは困難であろうから、事実上撤回を認めたと同じ結果となることもありうるという²⁰⁶。そして、この制度は、根抵当権設定者保護のための強行規定であるから、あらかじめ放棄するという特約又は合意は、無効であるとする²⁰⁷。

II-5. 日本民法第 398 条の 20 における「確定事由」

日本民法第 398 条の 20 (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執行又は第 372 条において準用する第 304 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たときに限る。
- 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。

²⁰¹ 我妻・前掲注 (29) 535 頁。

²⁰² 鈴木禄弥・前掲注 (28) 116 頁。

²⁰³ 鈴木禄弥・前掲注 (28) 116 頁。

²⁰⁴ 鳥谷部茂「根抵当権制度 - 確定事由を中心に」広島法学 27 卷 1 号 (2003 年) 116 頁以下。

²⁰⁵ 貞家ほか・前掲注 (18) 239 頁 [清水湛発言=清水誠発言]。

²⁰⁶ 中川=兼子 (監)・前掲注 (190) 474 頁 [清水湛]。

²⁰⁷ 貞家ほか・前掲注 (18) 239 頁 [清水誠発言=貞家発言]。

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2週間を経過したとき。

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。

②前項第3号の競売手続の開始若しくは差押え又は同項第4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、元本が確定したのもの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。

***「平成15年の改正根抵当権」以前の条文**

日本民法第398条の20（元本確定事由及び確定時期）①左ノ場合ニ於テハ根抵当権ノ担保すべき元本ハ確定ス

一 担保すべき債権ノ範囲ノ変更、取引ノ終了其他ノ事由ニ因リ担保すべき元本ノ生ゼザルコトヲ為リタルトキ（下線筆者）

二 根抵当権者ガ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続ノ開始又ハ差押アリタルトキニ限ル

三 根抵当権者ガ抵当不動産ニ対シ滞納処分ニ因ル差押ヲ為シタルトキ

四 根抵当権者ガ抵当不動産ニ対スル競売手続ノ開始又ハ滞納処分ニ因ル差押アリタルコトヲ知リタル時ヨリ二週間ヲ経過シタルトキ

五 債務者又ハ根抵当権設定者ガ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキ

②前項第四号ノ競売手続ノ開始若クハ差押又ハ同項第五号ノ破産ノ宣告ノ効力ガ消滅シタルトキハ担保すべき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権利ヲ取得シタル者アルトキハ此限ニ在ラズ

日本民法第398条の20（以下、本節のⅡ－5においては「本条」という）は、根抵当権の元本の確定事由について定める。すなわち、本条第1項第1号又は第2号は根抵当権者による確定事由を、本条第1項第3号又は第4号は根抵当権者以外の者による確定事由を定める。なお、いわゆる基本契約を必要とした「昭和46年の制定根抵当権」以前においては、基本契約の終了によって根抵当取引が終了するものとされていたが、基本契約を必要としない現行日本民法においては、流動する債権を担保する根抵当権から、確定債権を担保する根抵当権への転換事由・転換時期として、確定原因・確定時期が本条において

明らかになった²⁰⁸。

以下においては、本条第1項における4つの確定事由について述べる。

第一は、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物上代位による差押え（日本民法第372条において準用する第304条の規定による差押え）を申し立てたときである（本条第1項第1号）。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たときに限る（本条第1項第1号但書）。ここにいう「競売の申立て」とは、当該根抵当権の実行としての競売の申立てはもちろん、当該根抵当権とは関係なしに、根抵当権者が有する他の一般債権、あるいは、同一不動産上の他の担保権に基づいて競売の申立てをした場合も含む²⁰⁹。そして、申立てがあっても、取下げ等の理由で、競売手続が開始されなかったとき、又は差押えがなされなかったときは、確定の効果を生じない²¹⁰。しかし、競売手続が開始し差押えがなされれば、その後に取り消され効力が消滅しても、一旦生じた確定の効力は、消滅しない²¹¹。

第二は、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である（本条第1項第2号）。租税など国税徴収法の滞納処分により債権を徴収する場合に限られるから、根抵当権者が国又は公共団体等の場合に適用される²¹²。そして、差押えの効力が消滅しても、確定の効力は、維持される²¹³。

第三は、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2週間を経過したときである（本条第1項第3号）。この場合において、競売手続の開始又は差押え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である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いるときは、この限りでない（本条第2項）。なお、本条第1項第3号による確定事由は、根抵当権者以外の第三者による競売又は滞納処分の場合であり、これによって確定することは、粹支配権たる根抵当の効用を薄めるという見解がある

²⁰⁸ 柚木＝高木・前掲注（10）726頁。

²⁰⁹ 清水湛「新根抵当法の解説VI」旬刊商事法務研究569号（1971年）23頁、柚木＝高木・前掲注（10）737頁、。

²¹⁰ 堀内（監）・前掲注（25）49頁、我妻・前掲注（29）539頁。

²¹¹ 柚木＝高木・前掲注（10）737頁、我妻・前掲注（29）539頁。

²¹² 近江・前掲注（17）253頁、堀内（監）・前掲注（25）49頁、柚木＝高木・前掲注（10）737頁

²¹³ 我妻・前掲注（29）539頁。

214。

そして、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る手段としては、たとえば、競売を申し立てた債権者、あるいは、滞納処分による差押えをした者が、その旨を根抵当権者に通知するという方法によることが考えられる（日本国税徴収法第 55 条）²¹⁵。

なお、根抵当権者に対する債権者が根抵当権者に代位して競売の申立てをした場合に、根抵当権者自体のなす競売申立として本条第 1 項第 1 号を適用するか、それとも本条第 1 項第 3 号を適用するかが問題とされる。高木先生²¹⁶は、次のように説明する。まず、本条第 1 項第 1 号と第 3 号の相違は、①前者は競売の申立てのときに確定するのに対し、後者は競売手続の開始あることを知った時から 2 週間を経過したときに確定すること、②競売手続開始の効力が消滅したときに、前者は確定の効力に影響しないのに対して、後者は第 2 項が適用され確定の効力が消滅することにある。そして、債権者代位権による代位の場合は、形式上根抵当権の代位であるため第 1 号に該当するとも考えられるが、第 1 号に第 2 項の適用がないということは、根抵当権者自らの意思で、根抵当取引を終了させようとした場合に適用され、根抵当権者以外の者が競売申立てをしたときは、たとえ、行使の対象が当該根抵当権であっても、第 1 号を適用せずに第 3 号を適用すべきであるという。

第四は、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である（本条第 1 項第 4 号）。この場合において、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であるときは、この限りでない（本条第 2 項）。そして、本条第 1 項第 4 号を確定事由としたのは、債務者又は債務者ではない設定者が破産宣告を受けた場合に、根抵当権の流動性を失わせてその時に存在する元本によって清算するのが妥当だからである²¹⁷。

なお、本条と関連する重要な検討事項として挙げられるのが、「平成 15 年の改正根抵当

²¹⁴ 柚木＝高木・前掲注（10）737 頁。

²¹⁵ 清水湛・前掲注（209）24 頁。

²¹⁶ 柚木＝高木・前掲注（10）739 頁。

²¹⁷ 我妻・前掲注（29）541 頁。なお、破産宣告の効力が消滅したときは、元本が確定したものである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いない限り、確定しなかったものとみなされることは、第三者の申立てによる競売手続開始の場合と同じである（本条第 2 項但書）。しかし、競売手続と異なり、破産宣告が根抵当権者の申立てによってなされた場合を除かないのは、破産は申立債権者の利益だけでなく、総債権者の利益のためになされるものだからであるとする。

権」の内容である。すなわち、「昭和 46 年の制定根抵当権」に確定事由とされていた「担保すべき債権ノ範囲ノ変更、取引ノ終了其他ノ事由ニ因リ担保すべき元本ノ生ゼザルコトト為リタルトキ」が、「平成 15 年の改正根抵当権」には削除されたことである。この削除事由を以下のように説明する。とりわけ「取引ノ終了」のあいまいにより、当事者の地位が不安定になりがちであったこと、たとえば、根抵当権者である金融機関 A が信用不安に陥り、融資先 C との取引を継続できなくなったので、別の金融機関 B が C への融資を継続するため、A から確定前の根抵当権の譲渡を受けようとするとき、すでに A・C 間の取引はいったん終了し、被担保債権元本が確定したのではないか（したがって、B は確定前の根抵当権を取得できない）、といった問題点から削除したとする²¹⁸。しかし、これに対して、鳥谷部先生は、「取引の終了は客観的確定事由である。同号を削除すると、確定請求によってのみ確定することになり、取引は終了しても根抵当権は確定せずに不確定のまま存続することになる。また、取引の終了は客観的な確定事由ではなくなるので、確定請求権者に都合の良い場合にのみ確定請求をすることができ、他方の当事者や後順位抵当権者、物上保証人、第三取得者などが不利益とならないか検討する必要がある」²¹⁹とする。さらに、取引の終了に関する多数の裁判例²²⁰が存在することから、このような客観的消滅事由を削除することは妥当でないし、また、削除することによって不明確な場合が解消されるのではないとする²²¹。

III 確定効果

根抵当権は、確定によって、その特徴である被担保債権の流動性を失い、これ以後に生じる債権は担保されなくなる。言いかえると、被担保債権は確定し、根抵当関係は終了することになる²²²。以下においては、確定後の極度額減額請求権及び確定後の根抵当権消滅

²¹⁸ 道垣内・前掲注（8）248 頁。

²¹⁹ 鳥谷部・前掲注（204）116 頁以下。

²²⁰ 「平成 15 年の改正根抵当権」以前の確定事由の「取引の終了」については、関連判例が多い。【日本判例】福岡高判昭和 48 年 9 月 26 日判時 732 号 56 頁、大阪高判昭和 50 年 3 月 18 日判時 786 号 49 頁、東京地判昭和 51 年 6 月 15 日下民集 27・5～8・361、福岡地判昭和 52 年 12 月 8 日下民集 28・9～12・1261、名古屋地判昭和 56 年 12 月 11 日金商 640 号 37 頁、大阪地判昭和 61 年 12 月 26 日金法 1188 号 32 頁、東京地判平成 8 月 23 日金商 849 号 30 頁、東京地判平 4 年 12 月 7 日金法 1366 号 45 頁などを参照する。

²²¹ 鳥谷部・前掲注（204）117 頁。

²²² 近江・前掲注（17）250 頁。なお、「被担保債権の確定」においては、これまで極度額によって把握されていた被担保債権が確定債権となり優先弁済額が決定されるが、利子・

請求権について述べる。

Ⅲ－１．確定後の極度額減額請求権

日本民法第 398 条の 21（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 2 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。

②第 398 条の 16 の登記が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 1 個の不動産についてすれば足りる。

日本民法第 398 条の 21（以下、本節のⅢ－１においては「本条」という）は、確定後の極度額減額請求権について定める。根抵当権者が優先弁済を受けることができる元本債権は、確定時に存在するものに限られるが、利息・損害金などについては、確定後も極度額にいたるまで優先弁済を受けることができる²²³。そこで、根抵当権者は、確定時に被担保債権の合計額が極度額を下廻り空き枠を生じている場合に、利息かせぎのためにこのまま放置しておくということも起こりうるため、根抵当権設定者が後順位抵当権を設定したり不動産を処分したりする場合の障害となる²²⁴。しかし、本条の根抵当権設定者による極度額減額請求権によって、①「過大な極度額の設定の抑止」、②「後順位担保権の設定による新たな融資の容易化」、③「極度額減額の合意の容易化」とする間接的な効果が得られるという²²⁵。

なお、この制度については、以下のような批判的見解がある。①事実上これを請求するためには、債務者側が 2 年以内に完済するという裏付けがなければならないこと、②減額請求がなされると、2 年分以降の利子等は担保されなくなるので、たとえば会社更生の場合に、5 年間の分割弁済とする更生計画が出されても、2 年以上の弁済猶予はできなくなり、根抵当権の実行を誘発することになるとする²²⁶。これに対して、2 年分の余裕を見込んでいたので、直ちに実行を誘発することにはならないし、実行手続の問題もあるため簡

損害金などはその後も生じ極度額の範囲で根抵当権によって担保される。そして、「根抵当関係の終了」においては、根抵当権は、不特定債権の担保（極度額による枠支配）という基本的性格を失うという。

²²³ 堀内（監）・前掲注（25）51 頁。

²²⁴ 柚木＝高木・前掲注（10）744 頁。

²²⁵ 堀内（監）・前掲注（25）360 頁。

²²⁶ 貞家ほか・前掲注（18）268 頁〔岩城発言〕。

単に実行はできないとする見解もある²²⁷。

減額請求を行使するためには、①根抵当権が確定していること（本条第1項）と、②減額請求時に存在する被担保債権に（元本だけでなく、利息・遅延利息を含む）その時より2年間に生ずる利息・遅延利息を加えた額が極度額にみえないことが要件とされる²²⁸。減額請求権は、根抵当権設定者²²⁹から根抵当権者に対する意思表示によってなされる形成権である。この意思表示の内容は、「単に減額を請求する旨を表示すれば足り、具体的に減額後の額が幾らになるかを示す必要はないものと解される」²³⁰。そして、共同抵当（日本民法第398条の16）に対する減額請求の場合は、そのうちの1個の不動産に対してすれば足り（本条第2項）、それによって全部について減額の効力が生ずる。

「減額すべき金額の計算方法」は、たとえば、極度額が2000万円、確定した元本が1000万円、減額請求時の利息・損害金合計額が100万円、請求後2年間に生ずべき損害金の利率が年14%である場合、減額すべき金額は、表17の計算式により620万円となり、したがって減額請求後は、極度額が1380万円しか担保されないことになる²³¹。

表 17. 減額すべき金額の計算方法²³²

²²⁷ 貞家ほか・前掲注（18）268頁以下〔清水湛発言＝清水誠発言〕。

²²⁸ 柚木＝高木・前掲注（10）744頁。

²²⁹ 減額請求権者について、清水湛先生は、根抵当権設定後当該不動産を取得した第三者も、減額請求することができるが、当該抵当不動産上の後順位者または当該根抵当権者に対する債権者が、根抵当権設定者に代位して減額請求権を行使することはできないものと解すべきであるという（清水湛「新根抵当法の解説Ⅶ」旬刊商事法務研究570号（1971年）8頁）。そして、鈴木禄弥先生は、減額請求権を行使するのは、抵当不動産所有者であるとし、かれが同時に根抵当債務者である場合も行使できるとする。しかし、後順位権利者等は、元来、根抵当権極度額まで先取られることは覚悟しているはずであり、かつ、根抵当権の被担保債権の利息の累積を嫌うなら、自ら申立てて抵当不動産を換価すればよい。したがって、抵当不動産所有者の債権者が減額請求権を代位行使することは許されないと解すべきであるという（鈴木禄弥・前掲注（28）165頁）。そして、道垣内先生は、「根抵当権設定者に過度の負担を課すべきでなく、あき枠を利用して他の債務の担保などに用いることを認めるべきであるし、他方、確定後は普通抵当権に近い性質を有するにもかかわらず、根抵当権者に、多額の利息・遅延損害金について優先弁済を与える必要もないからである。以上の趣旨に鑑みると、設定者とは、抵当不動産所有者の意味であり、第三取得者も含まれると解してよい」という（道垣内・前掲注（8）250頁）。

²³⁰ 清水湛・前掲注（229）8頁。

²³¹ 堀内（監）・前掲注（25）361頁以下。なお、このような減額すべき金額は理論値であり、実際上の減額請求後の元本が内入等により変動して請求後2年間に生ずべき利息・損害金額が上記の理論値と相違してきても、減額すべき金額は、上記計算により確定するので、請求後の内入等により元本債権が減少したような場合、請求後の利息・損害金は、實際上2年を超えてカバーされることになるという。

²³² 堀内（監）・前掲注（25）361頁。

極度額－（現に担保する元利合計の債務額＋以後 2 年間に生ずべき利息、損害金に相当する額）＝ **減額すべき金額**

極度額 2000 万円－{（確定した元本 1000 万円＋請求時の利息損害金 100 万円）＋（確定した元本 1000 万円×損害金利率 14%×年数 2）}＝**620 万円**

減額の登記については、「登記なくしてすべての者に対抗できるとする説」と「第三者に対抗しうるためには登記が必要であるとする説」に分かれる。

前者の理由につき、我妻先生は「減額の効果はすべての者に対して画一的に生ずることが必要である（とりわけ純粹共同根抵当権について）のみならず、もともと被担保債権の発生を打ち切る制度だから、その点にも、登記なしに効力を生ずる根拠を求めうるであろう」²³³とする。清水湛先生も「減額請求制度の趣旨からいって、登記をしなくても、すべての第三者に減額をもって対抗できると言ってもよい（省略）対抗要件としてその登記が必要だと言っても、これが問題になるのは、減額された額をこえることとなるような利息・損害金が発生した場合だけですから、實際上問題になることは少ない」²³⁴とする。このほかに、「減額の効果を第三者に対抗するためには登記を要するものとする、登記の時期いかんにより減額の効果を対抗しうる第三者と対抗しえない第三者が生ずる。特に共同根抵当の場合には、登記の時点がばらばらになり、登記を効力要件とすると、各根抵当権設定者の法律関係が複雑化することになる」とする²³⁵。

これに対して、後者の理由につき、鈴木禄弥先生は、次のような例を挙げて説明する。「確定後の根抵当権の被担保債権等の総額が 8000 万円である状態で、抵当不動産所有者 C が本条により A に対して減額請求をしたが、C が減額の登記を怠っている間に、善意の A' が、上述の既特定の被担保債権を譲受け（その結果、随伴性により、確定根抵当権も A' に譲渡されたことになる）、その後利息等が溜って、債権額が 9000 万円になった場合について考えよう。この場合に、この 9000 万円全額が抵当権の極度額の範囲内にあるものとして、A' がその全額につき根抵当権を実行しようとするのに対し、C は、減額の結果根抵当権の極度額は 8000 万円になっていることを A' に対し主張することはできない、というべきである。つまり、根抵当権の極度額の変更は、物権変動の 1 種であり、こ

²³³ 我妻・前掲注 (29) 547 頁。

²³⁴ 貞家ほか・前掲注 (18) 271 頁以下〔清水湛発言〕。

²³⁵ 堀内（監）・前掲注 (25) 366 頁。

れを以て第三者に対抗しうるためには、登記が必要であると解すべきである」とする²³⁶。

表 18. 減額請求による極度額減額の登記事項証明表示例²³⁷

【権利部（乙区）】（所有権以外の権利に関する事項）				
【順位番号】	【登記の目的】	【受付年月日・受付番号】	【原因】	【権利者その他の事項】
1	根抵当権設定	（事項省略）	（事項省略）	極度額 金 1,000 万円 （事項一部省略）
付記 1 号	1 番根抵当権 変更	平成〇年〇月〇日第〇号	平成〇年 〇月〇日 減額請求	極度額 金 520 万円

Ⅲ－２．確定後の根抵当権消滅請求権

日本民法第 398 条の 22（根抵当権の消滅請求）①元本の確定後において現に存する債務の額が根抵当権の極度額を超えるときは、他人の債務を担保するためその根抵当権を設定した者又は抵当不動産について所有権、地上権、永小作権若しくは第三者に対抗することができる賃借権を取得した第三者は、その極度額に相当する金額を払い渡し又は供託して、その根抵当権の消滅請求をすることができる。この場合において、その払渡し又は供託は、弁済の効力を有する。

②第 398 条の 16 の登記がされている根抵当権は、1 個の不動産について前項の消滅請求があったときは、消滅する。

③第 380 条及び第 381 条の規定は、第 1 項の消滅請求について準用する。

日本民法第 398 条の 22（以下、本節のⅢ－２においては「本条」という）における根抵当権消滅請求権は、日本民法第 379 条以下に定める抵当権消滅請求に類似する役割を果たすものである²³⁸。「昭和 46 年の制定根抵当権」以前においては、物上保証人・第三取得者が根抵当権を消滅するために「極度額相当額」と「現存債務額」のいずれかを弁済すれば根抵当権が消滅するかについて学説上争いがあり、判例は「現存債務額」を弁済すべきものとした（最高裁昭和 42 年 12 月 8 日判決民集 21 卷 10 号 2561 頁）²³⁹。しかし、本条は、

²³⁶ 鈴木禄弥・前掲注（28）172 頁。なお、減額の登記の当事者は、抵当不動産所有者と根抵当権者とであり、登記原因は、減額請求の旨及び登記原因の日付として減額請求の発効の日を記載し、かつ減額後の極度額を記載すべきであるとする。

²³⁷ 石井＝佐久間・前掲注（86）187 頁。

²³⁸ 松井・前掲注（61）125 頁。

²³⁹ 柚木＝高木・前掲注（10）746 頁以下。

確定後において現存する債務額が極度額を超えるときに、物上保証人・第三取得者は「極度額相当額」を払い渡し又は供託して、根抵当権の消滅を請求することができることを明確にした。

ここでいう根抵当権の消滅請求をすることができる者には、「他人の債務を担保するためにその根抵当権を設定した者（すなわち、物上保証人）」と「抵当不動産について所有権、地上権者、永小作権者、第三者に対抗することができる賃借権を取得した第三者」がある（本条第1項）。とりわけ、後者における「第三者に対抗することができる賃借権を取得した者とは、賃借権について法定の対抗要件を備えた者をいう。抵当不動産について賃借権を取得した者であるから、通常は、当該根抵当権者に対抗することができないのは当然のことであるが、一定の限度において根抵当権者に対抗することができるいわゆる短期賃貸者にかかる賃借権者も、この消滅請求をすることができるものというべきである」²⁴⁰。ただし、平成15年の改正により、短期賃貸借の対抗力は、削除された（日本民法第395条）。

消滅請求の要件は、①根抵当権が確定していること、②根抵当権の担保する債務の額が極度額を超えていること、③極度額に相当する金額を払い渡し又は供託すること、④消滅請求の意思表示（形成権）である²⁴¹。そして、共同根抵当において、1個の不動産について消滅請求があれば、根抵当権は消滅する（本条第2項）。

なお、この制度は、弁済制度ではないから、物上保証人が極度額相当額を払い渡して根抵当権を消滅させても、弁済者代位（日本民法第500条以下）などは認められないが、実質的には弁済と同じなので、「払い渡し又は供託」は、弁済の効力を有するものとされる（本条第1項後段）²⁴²。したがって、払い渡し又は供託した者は、債務者に対して求償権を取得する²⁴³。

第6節 小括

²⁴⁰ 清水湛・前掲注（229）9頁以下。

²⁴¹ 清水湛・前掲注（229）10頁、柚木＝高木・前掲注（10）747頁以下。

²⁴² 近江・前掲注（17）254頁以下。

²⁴³ 我妻・前掲注（29）551頁。なお、共同根抵当権において、各不動産の所有者が異なる場合に、一人の払い渡し又は供託による消滅請求のときは、利益を受ける抵当不動産の所有者間の求償関係も代位者相互間の関係を定める日本民法第501条第3号ないし第5号による。

I 根抵当権の定義及び設定

日本の根抵当権は、明治民法典に明文の規定はなかったものの、その法律関係は、すでに判例・学説によって確立されたものであった（【日本判例 1】）。そして、その後の「根抵当権を有効ならしめるためには、被担保債権を特定せしめるに足りる当座貸越等の契約（いわゆる基本契約）が存在することを要するという見解（昭和 30 年の法務省民事局長通達）」と、「被担保債権を特定する基準など必要でなく、いっさいの債権を担保する根抵当（包括根抵当）も許されるという見解など」との対立、いわゆる「包括根抵当論争」を経て、昭和 46（1971）年に日本民法第 398 条の 2 から第 398 条の 22 までの 21 カ条が明文化され、現在にいたっている。

根抵当権は、「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ものである（日本民法第 398 条の 2 第 1 項）。そして、根抵当権は、根抵当権者と根抵当権設定者間の根抵当権設定契約によって成立する。この根抵当権設定契約において、定めるべき事項としては、①被担保債権の範囲、②債務者、③極度額がある。この 3 つの必要的約定事項に対して、④確定期日は、設定契約において定めることができる任意的事項である（日本民法第 398 条の 6）。

なお、「被担保債権」を「債務者との特定の継続的取引契約によって生ずるもの」、「債務者との一定の種類取引によって生ずるもの」、「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」、「手形上若しくは小切手上の請求権」の 4 種類に限定することによって、包括根抵当権を禁止する（日本民法第 398 条の 2 第 2 項・第 3 項）。そして、被担保債権の範囲は、登記必須事項であり（日本不動産登記法第 88 条第 2 項）、たとえば「○○契約に基づいて生ずる債務その他一切の債権」のように、「その他一切の債権」の文言を含む範囲は、登記することができない。しかし、被担保債権の「一定の種類取引」として、「売買取引、電気製品売買取引、手形貸付取引、当座貸越取引、石油供給取引、**銀行取引**、保証委託取引（昭和 46 年 10 月 4 日民事甲 3230 号民事局長通達）」が認められる。とりわけ、広範囲の「銀行取引」が認められていることから、金融取引実務では、根抵当権が柔軟に利用されている。

II 根抵当権の変更

根抵当権は、その特徴である「付従性・随伴性からの切断」によって、「変更の自由（根

根抵当関係の変動)」及び「処分の自由」が与えられる²⁴⁴。とりわけ、前者につき、根抵当権（物権関係）とそれによって担保される融資関係（債権関係）は、継続的關係であるため、それが終了するまでの間に、その変動が生ずる²⁴⁵。このような「確定前の根抵当関係の変動」について、被担保債権の範囲及び債務者の変更（日本民法第 398 条の 4）、極度額の変更（日本民法第 398 条の 5）、確定期日の変更（日本民法第 398 条の 6）、債権譲渡・代位弁済・債務引受・更改（日本民法第 398 条の 7）、相続（日本民法第 398 条の 8）、合併・会社分割（日本民法第 398 条の 9・10）に分類して述べた。

とりわけ、相続及び合併の場合に、根抵当権取引関係が継続されるのか、元本が確定されて根抵当権取引関係が終了されるのかが問題となる。合併の場合は、相続の場合と異なると、根抵当権取引関係が継続されるものを原則とする（日本民法第 398 条の 9）。なぜならば、相続の場合よりも、合併の場合が当然に取引関係を引き継ぐ例が多いからである²⁴⁶。そして、相続は、共同相続の場合に遺産分割等の協議を経ないとはいけませんが、合併の場合にはそのような必要性がない²⁴⁷。

Ⅲ 根抵当権の処分

根抵当権の「付従性・随伴性からの切断」による効果として、根抵当権の処分がある。すなわち、日本では、債権と切り離して、根抵当権だけを処分することができる²⁴⁸。「昭和 46 年の制定根抵当権」以前においては、根抵当権の処分も、普通抵当権の処分に関する日本民法第 376 条によって行われた。しかし、被担保債権が発生と消滅を繰り返し流動する根抵当権に、普通抵当権の処分を前提とすることは不合理であるため、転抵当を除く、抵当権の譲渡・放棄、抵当権の順位の譲渡・放棄の 4 つの処分形態を認めないとし、これに代わる新たな処分形態として根抵当権の全部譲渡（日本民法第 398 条の 12 第 1 項）、根抵当権の分割譲渡（日本民法第 398 条の 12 第 2 項）、根抵当権の一部譲渡（日本民法第 398 条の 13）を新設した²⁴⁹。

根抵当権の全部譲渡は、確定前の根抵当権を根抵当権設定者の承諾を得て譲り渡すこと

²⁴⁴ 近江・前掲注（12）43 頁以下。

²⁴⁵ 高木・前掲注（10）269 頁。

²⁴⁶ 道垣内・前掲注（8）241 頁、清水湛・前掲注（106）「新根抵当法の解説Ⅲ」14 頁。

²⁴⁷ 清水湛・前掲注（106）「新根抵当法の解説Ⅲ」14 頁。

²⁴⁸ 近江・前掲注（12）43 頁。

²⁴⁹ 柚木＝高木・前掲注（10）702 頁、吉田・前掲注（71）227 頁以下、我妻・前掲注（29）510 頁。

である。これによって、譲受人は、いわゆる粋支配権を全部的に取得することができる²⁵⁰。そして、根抵当権の分割譲渡は、確定前に根抵当権者が根抵当権設定者の承諾を得て根抵当権を2つに分割して、その1つを他に譲渡することである。このように、日本民法第398条の12の全部譲渡・分割譲渡がいわゆる粋の全部ないし独立の一部を譲渡するのに対し、一部譲渡は、根抵当権の（準）共有状態を成立し譲渡人と譲受人が粋を共同利用する（両者間の配分は、日本民法第398条の14による）²⁵¹。

IV 確定

根抵当権は、確定前の個別の被担保債権と直接の関係にないため、そのままでは実行することができない。根抵当権がもつ優先弁済効力を発揮するためには、どの債権をもって被担保債権とするのかが確定されなければならない²⁵²。

なお、「昭和46年の制定根抵当権」の特徴といえば、確定の概念を取り入れ、その確定の前後によって法律関係を区別することである。すなわち、「確定前」には、担保すべき債権の範囲又は債務者の変更、確定期日の定め又はその変更が可能とされ、また、債権の移転に対する随伴性が否定され、さらに、相続・合併に関する特則が適用され、根抵当権の譲渡・分割譲渡・一部譲渡等が可能とされるが、「確定後」においては、原則として普通抵当権と同じように、付従性が認められ、また、根抵当権の順位譲渡、放棄等の処分が認められることとなる²⁵³。

そして、確定事由としては、日本民法第398条の20における①「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372条において準用する第304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たときに限る」、②「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」、③「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2週間を経過したとき」、④「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」の4つのほか、確定期日の到来（日本

²⁵⁰ 柚木＝高木・前掲注（10）704頁。

²⁵¹ 柚木＝高木・前掲注（10）707頁。なお、この一部譲渡は、配分についての別段の定めにより、従来行われてきた日本民法第376条による根抵当権の処分と、ほとんど同じ効果を実現することができるとする。

²⁵² 道垣内・前掲注（8）246頁。

²⁵³ 中川＝兼子（監）・前掲注（190）457頁〔清水湛〕。

民法第 398 条の 6)、相続の場合の合意・登記の不達成 (日本民法第 398 条の 8)、合併・会社分割における確定請求 (日本民法第 398 条の 9・10)、確定請求 (日本民法第 398 条の 19) がある。

確定と関連する「平成 15 年の改正根抵当権」の内容は、日本だけではなく、韓国の民法改正作業においても重要なテーマとして取り上げられた。すなわち、①根抵当権の確定請求権を根抵当権設定者のみならず根抵当権者にも付与したこと(日本民法第 398 条の 19 第 2 項の新設)、②確定事由であった「担保スベキ債権ノ範圍ノ変更、取引ノ終了其他ノ事由ニ因リ担保スベキ元本ノ生ゼザルコトト為リタルトキ」が「平成 15 年の改正根抵当権」によって削除されたことである。

第3章 韓国における根抵当制度

第1節 序説

韓国における根抵当権は、その利便性により金融取引実務において、最も利用されている。実際に、韓国では、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とする²⁵⁴。しかし、周知のとおり、韓国民法典²⁵⁵には、根抵当権に関する条文が1カ条しかなく、実務で最も利用されている根抵当権を適切に規律することができない状況にある。したがって、その運用にあたり、判例・学説が重要な役割を果たしている。

本章では、韓国における根抵当制度について、判例・学説による運用実態を把握してから、このような実務における根抵当権が2004年の韓国民法改正案及び2013年の韓国民法改正試案にどのように反映されたかを中心に検討する。以下では、「根抵当権の定義及び設定」、「根抵当権の変更」、「根抵当権の処分」、「確定」及び「包括根抵当権」に分類して述べる。

²⁵⁴ 尹富讚「韓国抵当権の仕組みと最近の動向」土地法学22号（2006年）320頁によると、韓国の住宅抵当貸出債権は、ほとんど根抵当権によって担保されるとする。なお、韓国金融監督院「金融消費者保護のための銀行の根抵当制度の改善」<http://www.fss.or.kr>（2012年）1頁によると、根抵当権は、金融取引関係で最も利用される担保手段であり、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（以下「金融監督院」という）。

＜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

²⁵⁵ 韓国民法典は、第1編総則、第2編物権、第3編債権、第4編親族、第5編相続になっている。このような民法典の体系、特に総則編を規定している点については、19世紀のドイツ民法学（パンデクテン Pandekten）の影響がある。しかし、その内容を検討してみると、根本的には、依用民法（又は旧民法）と呼ばれる日本民法を基礎に置いていることがわかれるとする（高翔龍『韓国法』（信山社、第2版、2010年）163頁以下）。

第2節 根抵当権の定義及び設定

I 根抵当権の定義

I-1. 韓国民法・判例・学説における根抵当権の定義

①韓国民法第357条における根抵当権の定義

韓国民法第357条（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。

*韓国民法第357条（根抵当）の草案及び草案修正案²⁵⁶

草案第346条（根抵当） 抵当権は、その担保する債務の最高額を定めて、将来に確定される債務を担保するためにもこれを設定することができる。この場合において、債務の利子は、最高額の中に算入したものとみる。

草案修正案 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。

*韓国民法第357条（根抵当）制定時に参照した外国立法例

BGB第1190条 ①抵当権は、土地の担保すべき最高額のみを定め、その他においては債権の確定を留保する方法によって設定することができる。最高額は、登記簿に登録しなければならない。

②債権が利息付きであるときは、利息は、最高額に算入される。

③抵当権は、たとえ登記簿に保全抵当権と表示されていなくても、保全抵当権とみなす。

④債権は、債権譲渡に関して適用される一般規定に従って譲渡することができる。債権がこのような規定によって譲渡されるときは、抵当権の移転は、排除される。

満州民法第356条 ①抵当権は、その担保する最高額のみを定めて、債権の確定を将来に保留し、これを設定することができる。この場合において、その確定されるときまでの債権の消滅又は移転は、抵当権に影響を及ぼさない。

②債権が利息付であるときには、その利息は、前項の最高金額の中にこれを算入する。

韓国民法第357条（以下、本節のI-1においては「本条」という）は、根抵当権に関

²⁵⁶ 民議院法制司法委員会民法案審議小委員会『民法案審議録（上）』（民議院、1957年）213頁以下。

する唯一の条文であり、韓国民法典制定当時から存在している。学説においては、本条につき、「ドイツ民法第 1190 条の最高額抵当権 (Höchstbetragshypothek) をその沿革とする見解²⁵⁷」と「満州民法第 356 条をその沿革とする見解²⁵⁸」に分かれている。なお、「民法案審議録」によると、根抵当に関する審議において参照した外国立法例は、「ドイツ民法第 1190 条」と「満州民法第 356 条」であるとする。とりわけ、この審議過程で議論されたのは、満州民法第 356 条第 1 項後段に関する問題につき、「現行根抵当制度も同後段のように運営されていて、立法上明確に規定すべきである」ということであった²⁵⁹。その結果、草案の規定を満州民法第 356 条のように修正することで合意・確定されたのが本条である²⁶⁰。そして、郭潤直先生は、本条の沿革について、以下のように説明する。「BGB の最高額抵当権は韓国の従来判例法上の根抵当権に相当するものであるが、本来の BGB の抵当制度は、旧民法（依用民法ともいう）の抵当制度、すなわち、これをもとにした草案の抵当制度とは多くのところで差があったので、これを模範とすることはできなかった。これに対して、1937 年の満州国民法は、当時の代表的な日本民法学者らによって作られたものであったため、韓国の従来判例・学説にも合ったことから、これを模範としたのであろう」²⁶¹とする。なお、本条は、法制史的に 1937 年に制定された満州民法第 356 条を模範として制定されたもので、この満州民法はドイツ民法第 1190 条の最高額抵当権を模範として制定されたとする見解がある²⁶²。

²⁵⁷ 金載亨「根抵当権に関する改正方案」民事法学 20 号（2001 年）96 頁、李英俊『物権法』（博英社、第 7 版、1994 年）844 頁「いわば、最高額抵当権 (höchst Betragshypothek、ドイツ民法第 1190 条第 1 項；スイス民法第 794 条第 2 項) と概ね類似する根抵当制度を持つことになった」、李銀榮『物権法』（博英社、改訂版、2000 年）800 頁「民法規定はドイツ民法第 1190 条を受容したものである」などがある。

²⁵⁸ 郭潤直「根抵当権に関する研究」法学 29 号（1973 年）41 頁、金相容『物権法』（法文社、全訂版増補、2006 年）748 頁。なお、金相容先生は、他の文献において、以下のように述べる。「実際には、ドイツ民法の最高額抵当権に関する規定を継受して立法した。このように、わが民法典の根抵当権に関する規定は、立法史的にはドイツ民法と旧満州国民法を模範として制定された。したがって、ドイツ民法典の最高額抵当権に関する規定を旧満州国民法が継受し、わが民法典の根抵当権に関する規定は旧満州国民法の根低押権に関する規定を継受したことがうかがえる」とする（金相容『根抵当権比較研究』（ファサンメディア、2013 年）5 頁）。

²⁵⁹ 民議院・前掲注（256）213 頁。

²⁶⁰ 民議院・前掲注（256）213 頁。

²⁶¹ 郭潤直・前掲注（258）40 頁。そして、韓国の抵当制度が日本の抵当制度と類似すること、そのため、根抵当権について日本の判例・学説の動向が韓国の根抵当制度を論ずる際に欠かせないとする。

²⁶² 金相容・前掲注（258）『根抵当権比較研究』3 頁。

本条は、根抵当権について「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」と定める。このことから、「被担保債務の最高額」を決めなければならないことは明確に読み取れるが、「債務の確定を将来に保留する」という解釈をめぐっては学説上対立がみられる。すなわち、「債務の確定を将来に保留する」という解釈につき、通説は、後述するように「債務不特定説」を採用する。これに対して、金相容先生²⁶³は、根抵当権の本質について、債権不特定説と債権額不確定説に見解が分かれるが、両者に関する根本的な論議なしで、今日にいたるまで「債権額不確定説」が判例と実務の主流を形成してきたとする。したがって、本条第1項における債務の確定も担保すべき不特定債権の特定ではなく、特定債権・不特定債権の債権額の確定として解釈され、このような**債権額の確定を将来に留保**して設定される抵当権が根抵当権であるとする。金載亨先生²⁶⁴も、通説は、これを「不特定債務の担保」というが、「確定」と「特定」が区別されるとしながら、通説のような解釈をすることができるのかが疑問であるという。むしろ、本条の文言によると、特定債務の場合にもその金額などが確定されていなければ、その確定を将来に保留して根抵当権を設定することができるため、将来増減・変動する不特定債権を担保するためにも根抵当権が設定されるが、確定されていない特定債務のためにも根抵当権が設定されるとする。

法文上の文言だけをみると、韓国における根抵当権は、「抵当権は、土地の担保すべき最高額のみを定め、その他においては債権の確定を留保する方法によって設定することができる。最高額は、登記簿に登録しなければならない」とするドイツ民法第1190条の最高額抵当権と類似する。しかし、後述の判例・学説の動向からわかるように、実務における根抵当の運用は、日本の判例・学説の影響を大いに受けている。ここで、「法文上の文言」と「判例・学説の解釈」において乖離現象が生じている。

②判例における根抵当権の定義

韓国の根抵当権に関する最初の判例は、「朝鮮高等法院 1931 年 12 月 1 日判決、朝鮮高等法院判決録第 18 卷 183 面」であるとする²⁶⁵。すなわち、韓国の根抵当権に関する最初

²⁶³ 金相容・前掲注(258)『根抵当権比較研究』5頁以下。しかし、同「根抵当権に関する民法第357条の改正方向」法学研究9・10巻(2000年)239頁及び同「韓国における根抵当権の運用現況と改正方案」法学研究11巻4号(2001年)8頁においては、「債務の特定」と解釈するという。

²⁶⁴ 金載亨『根抵当権研究』(博英社、2000年)91頁。

²⁶⁵ 郭潤直・前掲注(258)40頁によると、同判決について以下のように述べる。「まず、根抵当権の有効性を前提としていることに注目される。同判決及びその他の根抵当理論は、

の判例は、日本判例である。なぜならば、当時（1912年～1959年）、「旧民法ないし依用民法（朝鮮民事令第1条によって、1912年から1959年まで韓国で使用されていた日本の民法典のことをいう）」が韓国で使われていたからである。

<朝鮮高等法院 1931年12月1日、朝鮮高等法院判決録第18巻183面>²⁶⁶

「根抵当権によって担保されるのは将来発生する債権に限るものではない。その設定にあたりすでに存在する債権があるときには、特にこれを除外する理由がない限り根抵当権によって担保されるもの内に加えることが通常とする。根抵当権の登記は与信契約に終期があるとき及び与信の範囲に制限があるときには、これを掲げることを要するとしても、その他はただ債権者及び債務者を表示して根抵当権の担保する最高額を明らかにすることで足り、設定当時現に存する債権をも含むことを登記に記載する必要がない。」

その後、1958年2月22日に韓国民法が制定され、1960年1月1日から施行された。この韓国民法典における根抵当権の定義は、のちの判例に影響を与えるようになる（【韓国判例1】、【韓国判例2】及び【韓国判例3】など）。

【韓国判例1】大法院 1966年3月22日 66ダ68判決[集14(1)民,148]²⁶⁷

根抵当権は、「その担保する債務の最高額のみを定めて、その債務の確定を当事者間が約定する将来のある期間まで保留する内容の抵当権」である。

【韓国判例2】大法院 1997年12月9日 97ダ25521判決[公1998.1.15.(50),220]

根抵当権は、「継続的取引関係から発生・消滅する不特定多数の将来債権を決算期に計算して、残存する債務を一定の限度額内で担保する抵当権であるため、取引が終了するまでの債権は、継続的に増減・変動し、一時的に被担保債権が存在しないとしても、それだけで根抵当権が消滅するわけではない」。

【韓国判例3】大法院 2004年5月28日 2003ダ70041判決[公2004.7.1.(205),1069]

根抵当権は、「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て設定する抵当権として、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ための目的で設定される担保権であるため、根抵当権設定行為とは別途根抵当権の被担保債権を成立させる法律行為がなければならない」。

日本の判例理論と同様であることがわかる。要するに、日政時代において、日本の判例や理論がそのまま使われたといえよう。

²⁶⁶ 司法協会（編）『朝鮮高等法院判例要旨類集』（司法協会、1943年）126頁以下。

²⁶⁷ 本稿における韓国の判例は、大法院総合法律情報サイト（glaw.scourt.go.kr）からよるものである。

ここで注目すべきことは、根抵当権の定義について、【韓国判例 3】は、本条における根抵当権の定義を引用しただけではなく、後述の学説における根抵当権の定義をも同時に引用したことである。さらに、【韓国判例 2】は、学説における根抵当権の定義のみを引用している。

③学説における根抵当権の定義

通説は、若干の表現の差はあるものの、根抵当権について、おおむね「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である」と定義する²⁶⁸。そして、根抵当権が「将来増減・変動する不特定債権」を担保する点において、普通の抵当権と区別されるとする²⁶⁹。しかし、学説における根抵当権の定義には、法文上にない「不特定債権」という文言が使用されており、これをめぐって学説上対立がある。すなわち、通説と違って、「根抵当権は、約定された最高額の範囲内で特定の継続的取引から生ずる被担保債務の履行を担保する抵当権である」²⁷⁰という見解がある。そして、両者の差異は、基本契約の「不特定性」と「特定性」にあるとする²⁷¹。

学説は、根抵当権の被担保債務（被担保債務適格）について、「債務額不確定説」と「債務不特定説」に対立する。これは、前述した「債務の確定を将来に保留する」という解釈に関する学説の対立ともいえる。すなわち、「不特定債務の概念」を、前者は被担保債務額の不確定とみるのに対し、後者は被担保債務の不特定とみる。両説の本質的な差異について、「債務額不確定説」は継続的取引契約を要しない見解であり、「債務不特定説」は根抵当権の被担保債権の範囲を一定の継続的取引契約（基本契約）から発生する不特定の債務に制限する見解であるという²⁷²。

²⁶⁸ 郭潤直『物権法〔民法講義Ⅱ〕』（博英社、第7版、2006年）364頁、金相容・前掲注（258）『物権法』748頁、宋徳洙『新民法講義』（博英社、第3版、2010年）794頁、李英俊・前掲注（257）842頁以下、池元林『民法講義』（弘文社、第8版、2010年）815頁。

²⁶⁹ 郭潤直・前掲注（268）365頁。

²⁷⁰ 李銀榮・前掲注（257）800頁。

²⁷¹ 柳昌昊「根抵当権の被担保債権適格に関する研究」外法論集11集（2001年）296頁。なお、前者は、基本契約の特定性を基準としないので、多数の不特定の基本契約によって発生する被担保債権を担保する場合も根抵当権といえる。後者は、根抵当権によって担保される被担保債権を特定の基本契約から発生する被担保債権に限定するので、特定の基本契約から発生する被担保債権を担保するための抵当権を根抵当権と把握するという。そして、両者は、包括根抵当権の成立範囲において、実質的な意義を有するという。

²⁷² 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37号（2007年）216頁、法務部・前掲注（3）430頁以下。

I - 2. 2004年の韓国民法改正案及び2013年の韓国民法改正試案における根抵当権の定義

現行韓国民法	2004年の韓国民法改正案	2013年の韓国民法改正試案
<p>第 357 条 (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。</p> <p>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。</p>	<p>第 357 条 (根抵当権) ① 現行韓国民法と同様である。</p> <p>② 第 1 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。</p>	<p>第 357 条 (根抵当権) ① 現行韓国民法と同様である。</p> <p>② 現行韓国民法と同様である。</p>

現行韓国民法第 357 条における根抵当権の定義は、2004 年の韓国民法改正案及び 2013 年の韓国民法改正試案にそのまま受け継がれた。しかし、表現において、若干の変更がみられる。第一に、表題の変更である（「根抵当」から「根抵当権」へ）。第二に、第 2 項における変更である（「前項」から「第 1 項」へ）。

II 根抵当権の設定

根抵当権も普通抵当権と同様に、当事者間の根抵当権設定契約（物権的合意）と登記によって効力が生ずる（韓国民法第 186 条²⁷³）。

根抵当権設定契約の当事者は、根抵当権者（債権者）と根抵当権設定者（担保提供者）である。根抵当権設定者は、債務者のみならず、第三者（たとえば、物上保証人）でもよい。そして、根抵当権の準共有については、【韓国判例 4】による。なお、根抵当権の基礎である「継続的取引関係」、すなわち「基本契約」の当事者は、根抵当権者と債務者であり、たとえ物上保証人がいても、かれは基本契約の当事者ではない。

【韓国判例 4】 大法院 2008 年 3 月 13 日 2006 ダ 31887 判決[公 2008 上,508]

「多数の債権者がある不動産について 1 個の根抵当権を準共有する場合に、その根抵当権は、準共有者らの被担保債権額を合算して債権最高額まで担保し、被担保債権が確定される前には根抵当権に関する準共有の比率を定めることはできないが、被担保債権額が確定

²⁷³ 韓国民法第 186 条（不動産物権変動の効力）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、効力を生じない」と定める。

されると各自その確定された債権額の比率によって根抵当権を準共有することになるので、準共有者は各自その債権額の比率によって弁済を受けるのが原則である。しかし、準共有者全員の合意により被担保債権の確定前に上記と異なる比率を定めたり、準共有者のうち、一部が先だって弁済を受ける約定をすることを禁止する理由はないため、このような約定があればこの約定によることとし、これを登記すれば第三者に対しても効力がある。」

学説においては、根抵当権設定契約をその機能面からドイツにおける担保契約（Sicherungsvertrag）の一種と把握して、被担保債権の法律行為と担保制度を結ぶ契約であるとする見解がある²⁷⁴。しかし、通説は、根抵当権設定契約を「物権的合意」であるとする²⁷⁵。

根抵当権設定契約時には、最高額と被担保債権の範囲を決する基準を定めなければならない。そして、根抵当権の存続期間ないし決算期は約定することができるが、必要的約定事項ではない。とりわけ、最高額は、根抵当権における最も本質的な要素であり、抵当権の「特定の原則」においても必要である²⁷⁶。そして、「被担保債権の範囲を決する基準」とは、被担保債権の発生の基礎となる継続的取引関係（ないし基本契約）であり、たとえば、当座貸越契約・手形割引契約・商品供給契約等のように約定すれば足りる²⁷⁷。

判例は、「根抵当権設定行為とは別途根抵当権の被担保債権を成立させる法律行為がなければならない（【韓国判例 3】を参照）」とし、基本契約を要求する。したがって、韓国における根抵当権設定には、根抵当権設定契約のみならず、継続的基本契約が要求される。これに対して、根抵当権における付従性は、「ある債権を担保すること」、「根抵当権の実行時に債権が存在しなければならないということ」と解釈することができ、根抵当権設定時に基本契約の存在は必要でないとする見解がある²⁷⁸。そして、根抵当権の成立に関する付従性の緩和からすると、根抵当権設定契約が締結されそれに符合する登記がなされれば、有効な根抵当権が成立したとみるべきであるという見解もある²⁷⁹

なお、金融取引実務における根抵当権設定契約書は、銀行によって一方的に作成される

²⁷⁴ 金東勳「根抵当権設定契約の性質 - 大判（全員合議体）1994.1.25、93ダ 16338」司法行政 408 卷（1994年）61頁以下。

²⁷⁵ 郭潤直・前掲注（268）367頁。

²⁷⁶ 郭潤直・前掲注（268）367頁。

²⁷⁷ 金相容・前掲注（258）『物権法』752頁。

²⁷⁸ 金載亨・前掲注（264）116頁。

²⁷⁹ 池元林・前掲注（268）817頁。

一般約款形式の契約書を利用することがほとんどである。とりわけ、顧客は、金融機関から融資を受ける場合、あらかじめ用意された、長い不動文字で印刷された根抵当権設定契約書を読む暇もなく記名捺印することが多い。そこで、「根抵当権設定契約書」と「約款の規制に関する法律」との関係が注目される。実際に、判例は、約款による根抵当権設定契約につき、「約款規制の原則」が適用されるとした²⁸⁰。これに関する判例は、包括根抵当権で詳細にとりあげる。

以下においては、根抵当権設定契約における決定事項の「被担保債権の範囲」・「債務者」・「最高額」・「存続期間」と、根抵当権設定登記について述べる。

II-1. 被担保債権の範囲

被担保債権の範囲は、根抵当権設定契約における必要的約定事項である。しかし、韓国民法典においては、日本民法典と異なって、根抵当権の被担保債権の範囲に関する条文が存在しない。そのため、金融取引実務では、取引包括根抵当権が頻繁に行われており、それをめぐる法的紛争が絶えず生じている。

II-1-1. 判例・学説における被担保債権の範囲

被担保債権の範囲に関する条文が存在しない韓国において、「被担保債権の範囲の基準」を見出すためには、判例・学説の動向が重要な判断基準となる。そして、最高額は、根抵当権設定登記の必須記載事項である反面、被担保債権の範囲ないし基本契約は、登記記載事項ではない。そこで、根抵当権が単純に「ドイツにおける最高額抵当権」と把握されるおそれがあるという指摘がある²⁸¹。つまり、根抵当権が「最高額抵当権」と把握されると、最高額の範囲内における債権・債務は、どの基本契約によって発生されたかを問わず、すべて担保範囲に含まれるため、被担保債権が特定債権であるか、不特定の債権であるか、又は基本契約が確定的消費貸借契約によるものか、継続的消費貸借契約によるものかが不明確になってしまうとする²⁸²。

なお、被担保債権の範囲は、包括根抵当権の有効性にかかわる問題でもある。そして、実務及び判例は、特定債権のための根抵当権を許容している（本章第6節「包括根抵当権」

²⁸⁰ 李英俊・前掲注(257)845頁以下、李銀榮・前掲注(257)804頁以下。このほかに、判例は、【韓国判例】大法院1970年9月22日70ダ1611判決[集18(3)民,079]、大法院1984年6月12日83ダカ2159判決[集32(3)民,77;公1984.8.15.(734)1271]、大法院1986年11月11日86ダカ1152判決[公1987.1.1.(791),18]などがある。

²⁸¹ 李銀榮「根抵当権に関する研究」Justice30巻1号(1997年)42頁。

²⁸² 李銀榮・前掲注(281)42頁。

の【韓国判例 22】を参照)。

II-1-2. 2004年の韓国民法改正案及び2013年の韓国民法改正試案における被担保債権の範囲

2004年の韓国民法改正案	2013年の韓国民法改正試案
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。	該当条文なし

韓国民法改正作業における被担保債権の範囲の特徴といえ、2004年の韓国民法改正案には存在した被担保債権の範囲に関する条文が、2013年の韓国民法改正試案では削除されたことであろう。いいかえれば、2004年の韓国民法改正案第357条の2によって禁止されていた包括根抵当権が、2013年の韓国民法改正試案では、当該条文の削除により、現在の判例と同様に取引包括根抵当権を認める方向に改正が進んでいることである。以下においては、被担保債権の範囲について、2004年の韓国民法改正案と2013年の韓国民法改正試案に分けて述べる。

①2004年の韓国民法改正案

2004年の韓国民法改正案第357条の2(以下、本節のII-1-2の①においては「本条」という)は、被担保債権の範囲を「特定した継続的な取引契約から発生する債権」、「一定の種類取引から発生する債権」、「特定した原因によって継続的に発生する債権」の3つに限定することによって、包括根抵当権を禁止することを明確にした。すなわち、本条は、基本契約ないし基本取引の存在を前提としない包括根抵当権の設定を禁止しただけではなく、同時に、基本契約の存在のみが根抵当権の成立要件ではなく、これは一定の種類取引の例示にすぎず、根抵当権の付従性は基本取引の存在のみで足り、基本契約の存在のみが要件ではないことを明確にしたのである²⁸³。

本条の改正作業においては、第1次仮案から第5次仮案までが存在した。それぞれの仮案の内容とその仮案作成時に議論された事項について、以下のように整理する。

[第1次仮案]²⁸⁴

第357条の2(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

²⁸³ 法務部・前掲注(3)432頁以下。

²⁸⁴ 法務部・前掲注(3)432頁以下。

り担保される債権の範囲は、債務者との一つ又は多数の特定の継続的な取引契約から発生する債権その他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。

②一つ又は多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並びに手形上及び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。

* 議論事項

第1次仮案においては、根抵当権の被担保債権に関する一般的な内容と条文の構成について議論が行われた。

第一に、「特定の継続的な取引契約から発生する債権」とは、なにか。原則として、債務者との基本契約である継続的な取引契約をいう。たとえば、当座貸越契約、継続的な手形割引契約がそれに該当する。第1項は、基本契約ないし基本取引の存在を前提としない包括根抵当権の設定を禁止すると同時に、基本契約の存在は被担保債権の範囲の一種であること、基本契約の存在のみが根抵当権設定契約の成立要件ではないことを示している。

第二に、「一定の種類取引から発生する債権」とは、なにか。たとえば、売買取引、手形貸付取引、信用金庫取引等がある。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問題とされたが、ほとんどが、肯定説である。そして、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、判例が肯定説を採用した以来、実務上混乱がなくなったという（【日本判例3】²⁸⁵）。

第三に、「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」とは、なにか。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。

第四に、「手形上及び小切手上の請求権」は、第1次仮案では規定されていたが、第2次仮案からは削除された。なぜならば、これ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で、不当

²⁸⁵ ここで挙げられている【日本判例3】は、「銀行取引」が「一定の種類取引」に該当するかどうかを争った判例ではなく、「信用金庫取引による債権」として設定された根抵当権の被担保債権の範囲には、信用金庫の根抵当権債務者に対する保証債務も含まれるとした判例である。なお、日本では、通達により「銀行取引」は、「一定の種類取引」とされている。

な利益を得るおそれがある等の理由からであった。

[第2次仮案]²⁸⁶

・ **第1案：第357条の2（根抵当権の被担保債権）** 根抵当権によって担保される債権の範囲は、債務者との特定の継続的な取引契約から発生する債権その他債務者との一定の種類取引から発生する債権に限定しなければならない。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も被担保債権になりうる。

・ **第2案：第357条の2（根抵当権の被担保債権）** 根抵当権によって担保される債権の範囲は、次の各号のいずれか1つの債権でなければならない。

- 一 債務者との特定の継続的な取引契約から発生する債権
- 二 債務者との一定の種類取引から発生する債権
- 三 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

***議論事項**

第2次仮案においては、さらに第1案と第2案が作成され、根抵当権の設定契約と設定登記について議論が行われた。なお、両案は、その表現及び構成は異なるものの、内容においては同様である。

根抵当権設定契約の当事者は、根抵当権を取得しようとする者と根抵当権を設定しようとする者である。根抵当権もその実行において付従性が要求されるため、根抵当権者は債権者である。しかし、根抵当権設定者は、債務者のみならず、第三者の場合もある。そして、数人が共同して根抵当権を取得する場合は、根抵当権の共有関係が成立する。債務者・物上保証人は、数人でもよい。

根抵当権は、設定登記をしなければ、その効力は生じない（韓国民法第186条）。ここでは、被担保債権の範囲が登記事項であるか否かが問題となる。日本は必須登記事項であるのに対して（日本不動産登記法第88条第2項）、韓国は明文規定がなく、実務においては登記しない。そこで、不動産登記法を改正すべきか、あるいは、登記例規で示すべきかが論議されたが、民法独自で処理すべきものではなく不動産登記法の専門家との協議により行う事項であるとされた。

[第3次仮案]²⁸⁷

第357条の2（根抵当権の被担保債権） 根抵当権によって担保される債権の範囲は、次の

²⁸⁶ 法務部・前掲注(3) 435頁以下。

²⁸⁷ 法務部・前掲注(3) 438頁。

各号のいずれか1つでこれを定めなければならない。

- 一 特定の継続的な取引契約から発生する債権
- 二 一定の種類取引から発生する債権
- 三 特定の原因によって継続的に発生する債権

*** 議論事項**

第3次仮案においては、表現について議論・修正が行われた。

[第4次仮案（実務委仮案）]²⁸⁸

第357条の2（根抵当権の被担保債権） 根抵当権によって担保される債権の範囲は、特定の継続的な取引契約その他一定の種類取引から発生する債権又は特定の原因によって継続的に発生する債権でこれを定めなければならない。

*** 議論事項**

第4次仮案においては、その表現につき、韓国民法第448条の根保証との均衡を考慮して修正が行われた。

[第5次仮案]²⁸⁹

第357条の2（根抵当権の被担保債権） 根抵当権によって担保される債権の範囲は、特定の継続的な取引契約その他一定の種類取引から発生する債権又は特定の原因によって継続的に発生する債権に限定する。

*** 議論事項及びその後の公聴会提示意見など**

第5次仮案においては、表現について議論・修正が行われた。

なお、その後の公聴会などでは、主に包括根抵当権の有効性について議論が行われた。

第一に、特定債権のために根抵当権が設定された場合、普通抵当権へ更正登記するか、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が議論された。これについて、特定債権のために根抵当権が設定されることを排除する実益はないとする意見が提示された（尹喆洪教授）。そして、特定債権のために根抵当権が設定された場合は、普通抵当権に転換され有効であること及び不特定債権と特定債権をあわせて設定する可能性についての意見が提示された（金相容委員）。

第二に、譲渡担保、仮登記担保を設定するときに、被担保債権の範囲につき包括的に記載することを制限する規定はないという指摘とともに、最低限取引包括根抵当権は認める

²⁸⁸ 法務部・前掲注（3）438頁。

²⁸⁹ 法務部・前掲注（3）438頁以下。

べきであるという意見が提示された（金載亨教授）。さらに、無制限包括根抵当権の有効性についても認めるのが妥当であるとする意見が提示された（尹喆洪教授）。これらの意見に対して、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ため（「債務の確定」を将来に留保することであって、「債務額の確定」を将来に留保するわけではない）、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）。そして、登記の電算化により基本契約を登記することがそれほど複雑なものではなくなったとする（金相容委員）。

第三に、基本契約を列挙して最後に「その他銀行取引」とした場合に、「その他銀行取引」部分は、無効となるのかという問題が提起された（梁彰洙委員）²⁹⁰。これに対して、改正の趣旨は、基本契約をすべて列挙することである（金相容委員）。そして、これは、一定の種類取引に該当するかの解釈問題であり（李時潤委員）、判例に委ねるべき事項である（李英俊委員）とする意見が提示された。

第四に、全国銀行連合会から以下のような意見が提示された。①特定債権を担保するための根抵当権及び取引包括根抵当権を認めるべきであること、②債権者の債務者に対する手形・小切手上的の債権も根抵当権によって担保されるように認めるなど、現在の銀行担保実務を維持すべきであるとした。これに対して、これらの主張は根抵当権者中心の意見であり、改正の趣旨は根抵当権設定者・後順位権利者・第三者の保護にあることが強調された（金相容委員）。そして、改正の出発は、無制限包括根抵当を制限して、根抵当権が悪用されることを防ぐためである。したがって、依然として包括根抵当権を認めると、改正は不要となるという反対意見が提示された（南孝淳委員）。

②2013 年の韓国民法改正試案

2013 年の韓国民法改正試案においては、根抵当権の被担保債権の範囲に関する条文が存在しない。すなわち、根抵当権の被担保債権の範囲における 2004 年の韓国民法改正案第

²⁹⁰ 梁彰洙委員は、このほかにも、以下のような意見・問題を提起した。①銀行取引契約は、「特定した原因によって継続的に発生する債権」に該当するという主張がありうる。改正案がこのような基本契約を許容しないという旨を十分に表現しているか。②基本契約を当座貸越契約と記載する場合においても、これ自体が明確であるとはいえない。なぜならば、登記公務員が一々記載内容を確認できないからである。なお、①に対して、銀行取引契約が「特定した原因によって継続的に発生する債権」に該当するという主張はありうるが、ここにいう「特定した原因」とは、不法行為等を想定したものであり、取引契約を想定したものではないとした（南孝淳委員）。

357 条の 2 が削除された。その理由につき、「2004 年の韓国民法改正案では包括根抵当権を否定する趣旨の条文が設けられていたが、現在において取引包括根抵当権は大法院判例で許容されているので、包括根抵当権を許容する現在の態度を維持することにした。なお、日本以外は、包括根抵当権を不許する立法例はない」²⁹¹とする。

II-2. 債務者

「根抵当契約では、債務者（個人又は法人）が指定されていて、その債務者の債務のみが担保される。基本契約が特定の債権者と特定の債務者の信用取引に関するものであるから、これによる債務も特定人の間で発生したものに限る。債務者以外の者（同業者など）が債権者に負担する債務まで根抵当権が担保することはできない」²⁹²。

II-3. 最高額

普通抵当権は、一定の債権額を担保するが、根抵当権は、最高額のみを定め、将来に確定される債権額を担保する²⁹³。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²⁹⁴。日本における「極度額」に該当する概念である。そして、利子は、最高額の中に算入したものとみる（韓国民法第 357 条第 2 項）。

韓国民法及び 2004 年の韓国民法改正案・2013 年の韓国民法改正試案には、「根抵当権者は、確定した元本並びに利息その他の定期金及び債務の不履行によって生じた損害の賠償の全部について、極度額を限度として、その根抵当権を行使することができる」と定める日本民法第 398 条の 3 第 1 項のような規定がない。しかし、「元本の確定後において現に存する債務の額が根抵当権の極度額を超えるときは、他人の債務を担保するためその根抵当権を設定した者又は抵当不動産について所有権、地上権、永小作権若しくは第三者に對抗することができる賃借権を取得した第三者は、その極度額に相当する金額を払い渡し又は供託して、その根抵当権の消滅請求をすることができる。この場合において、その払渡し又は供託は、弁済の効力を有する」と定める日本民法第 398 条の 22 第 1 項のような規定は、2013 年の韓国民法改正試案第 357 条の 12（物上保証人の根抵当権消滅請求権）において新設された。

²⁹¹ 法務部・前掲注（7）362 頁。

²⁹² 李銀榮・前掲注（257）803 頁。

²⁹³ 金載亨・前掲注（264）59 頁。

²⁹⁴ 郭潤直・前掲注（268）369 頁、李英俊・前掲注（257）847 頁、池元林・前掲注（268）818 頁。

なお、「最高額」の意味をめぐって、第一に確定された被担保債権が最高額を超過する場合の処理、第二に最高額と韓国民法第 360 条との関係、第三に最高額と根抵当権の実行費用との関係における判例・学説上の対立がみられる。したがって、以下においては、この 3 点につき、判例・学説の動向を検討する。

第一に、確定された被担保債権額が最高額を超過する場合（たとえば最高額が 1,000 万円であるが確定された被担保債権が 1,200 万円の場合）において、債務者は、最高額のみを弁済して根抵当権登記抹消を請求することができるのか。

判例は、根抵当権設定者が債務者である場合と、債務者ではない物上保証人や根抵当不動産の第三取得者である場合に分けて判断する。前者の場合において、債務者は、最高額のみを弁済して根抵当権登記抹消を請求することはできないとした（【韓国判例 5】）²⁹⁵。これに対して、後者の場合は、物上保証人や根抵当不動産の第三取得者は、最高額のみを弁済して根抵当権登記抹消を請求することができるとした（【韓国判例 6】、【韓国判例 7】）²⁹⁶。

【韓国判例 5】 大法院 1981 年 11 月 10 日 80 다후 2712 判決[公 1982.1.1.(671),42]

(原審：ソウル高等法院 1980 年 10 月 13 日 78 나 3144)

判決理由

第一点について、省略。

「第二点について、債務担保のための仮登記済の債務者は、その債務を完済していないときは、その仮登記の抹消を請求することができない。本来、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ものであり、これが抵当権における債権最高額を超過する場合は、根抵当権者は、その債務者兼根抵当権設定者との関係において、その債務の一部である債権最高額と遅延損害金及び執行費用のみを受けて、根抵当権を抹消する理由はない。また、債務金の全額にみたない金額の弁済がある場合、これをもって先に債権最高額の範囲の債権に弁済充当したとみるべき理由もないので、債権全額の弁済があるときまで根抵当の効力は、残存債務に依然として及ぶとする。根抵当によって担保される債権額の範囲は、後順位担保権者、担保物の第三取得者及び単純物上保証人としての根抵当権設定

²⁹⁵ このほかに、【韓国判例】大法院 1992 年 5 月 26 日 92 다후 1896 判決[公 1992.7.15(924),2009]、大法院 2001 年 10 月 12 日 2000 다후 59081 判決[公 2001.12.1.(143),2454]、大法院 2010 年 5 月 13 日 2010 다후 3681 判決[未刊行]などを参照する。

²⁹⁶ このほかに、【韓国判例】大法院 1974 年 12 月 10 日 74 다후 998 判決[集 22(3)民,140;公 1975.2.15.(506),8249]などを参照する。

者に対する関係において論ずるのであり、原審は、具体的な証拠により原告と被告が、訴外 S、K 等と 1975 年 9 月 25 日に同業契約を提携し、同時に上記の同業による組合が解散するときは、上記の同業によって被告が損害を被る場合、原告と訴外 S は被告が被るすべての損害を賠償することを約定し、その損害の担保のために原告所有の本件不動産に関して 1975 年 10 月 21 日に被告を根抵当権者とする債権最高額金 4,000,000 ウォンの根抵当権設定登記と被告を権利者とする所有権移転登記請求権の保全のための仮登記を完了した事実、上記の同業契約によって事業を行ったが、欠損のみが増えこれ以上事業を続けることができなくなり 1976 年 1 月末に上記の組合が解散され、当時被告は同業によって合計 12,449,222 ウォンの損害を受けた事実、被告は上記の担保権実行のために上記の仮登記によって所有権が転登記された事実及び原告が被告に賠償しなければならない損害範囲は、根抵当権の最高額である金 4,000,000 ウォンとしてその損害を弁済する方法で上記の債権最高額 4,000,000 ウォンとその遅延損害 764,810 ウォンを合わせた金 4,764,810 ウォンのみを弁済供託した事実を認めた後、債務者兼根抵当権設定者である原告としては、被担保債権にみえない上記の金額の弁済供託することではこの事件の根抵当権設定登記や仮登記の被担保債権が消滅されたとはいえないので、被担保債権の消滅を前提にした原告の請求を退けるとした判断は正当であり、このような債権消滅及び弁済供託の効力に関する法理を誤解した違法があるとは言えないので、論旨は理由なし。」

【韓国判例 5】は、債務額が最高額を超過する場合において、債務者兼根抵当権設定者は、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た判例である。

【韓国判例 6】大法院 1971 年 4 月 6 日 71 다후 26 判決[集 19(1)民,320]

(第一審：ソウル民事地方、第二審：ソウル高等 1970 年 12 月 3 日 70 나 478)

判決理由

原判決理由によると、原審は、訴外 A が本件不動産の所有者として被告に対する債務者である訴外 H 会社の物上保証人になり、被告との間に上記訴外会社が被告にすでに負担している又は将来負担する債務の中の金 1,350,000 ウォンに対して本件不動産を担保として提供する旨の根抵当権設定契約を締結し、登記済した事実については、当事者間に争いが無い。被告が上記訴外会社の債務不履行を理由に上記根抵当権による本件不動産の競売申請をし、競売開始決定後である 1969 年 5 月 7 日に、原告が上記訴外 A から本件不動産を買収して、同年 5 月 8 日に所有権移転登記をした後、同月 16 日に競売目的不動産の第三取得者から債務者である上記訴外会社を代位して同会社の被告に対する債務の中の本件不動産によって担保されている債権最高額 1,350,000 ウォンと競売費用 22,000 ウォンを弁済供託した事実を認めながらも、債務

者である訴外会社が債権者である被告に対して弁済供託日の現在のところ、上記の担保最高額を超過する金 5,618,240 ウォンの代金債務を負担していることが認められる本件においては、原告が本件根抵当権の目的不動産の第三取得者としてその担保最高額を弁済供託したとしてもこれを超過する残金債務が残っている以上は、その残存債務も本件根抵当の担保最高額の範囲内の一部抵当になっているので、特段の事情がない限り、上記の担保最高額の弁済供託をしたことで直ちに本件根抵当権が消滅されるとはいえないので、異議の抹消を求める原告の本訴請求は、理由がないので棄却した。

しかし、根抵当により担保される債権額の範囲は、決算期に確定される債権の中の根抵当権設定契約で定める債権最高額を限度とするものであり、この最高額を超過する部分の債権額まで担保するものではない。根抵当を規定する民法第 357 条による最高額の意味も上記の内容と同様に解釈すべきであるため、本件について原判決が認めた事実のように原告が本件競売目的不動産を買収した第三取得者として債務者である上記の訴外会社を代位して同会社の被告に対する債務の中の本件不動産によって担保されている債権最高額 1,350,000 ウォンとその競売費用全部を弁済供託したものであるならば、原告は民法第 364 条によって本件根抵当権の消滅を請求することができるし、これは固有の権利であるにもかかわらず、原審が被告の訴外会社に対する代金債権の中の担保最高額を超過する部分の金額までも、本件不動産によって担保される債権とみて、これが残存している以上、被告は債権中の一部のみの弁済をうけたにすぎないので、本件根抵当権が消滅されたとはいえないとし、原告の請求を退けたことは、法律の解釈を誤って判断した違法である。

【韓国判例 6】及び【韓国判例 7】は、根抵当権設定者が債務者ではない物上保証人・抵当物第三取得者である場合に、最高額と競売費用の全部を弁済・供託したときは、韓国民法第 364 条²⁹⁷によって根抵当権の消滅を請求することができる固有の権利を持つとした。

このような判例の立場を前述の例にあてはめると、根抵当権設定者が債務者であるときは（【韓国判例 5】）、債務者は、1,200 万円を弁済しない限り根抵当権の抹消を請求することはできない。しかし、根抵当権設定者が債務者ではない物上保証人や抵当物第三取得者であるときは（【韓国判例 6】及び【韓国判例 7】）、物上保証人や抵当物第三取得者は、1,000 万円を弁済して根抵当権の抹消を請求することができる。すなわち、前者の場合、債権最高額は、意味がなく、確定された債権全額が被担保債権額である。これに対して、後者は、

²⁹⁷ 韓国民法第 364 条（第三取得者の弁済）は、「**抵当不動産について、所有権、地上権又は傳賃権を取得した第三者は、抵当権者にその不動産が担保する債権を弁済して、抵当権の消滅を請求することができる**」と定める。

債権最高額は、根抵当権によって担保される被担保債権額である。

学説は、このような判例の立場に対して以下のように述べる。

李英俊先生²⁹⁸は、被担保債権額が最高額を超過すると、その超過部分は担保されないが（【韓国判例 6】）、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）とする（【韓国判例 5】）。

李銀榮先生²⁹⁹は、確定された債権額が最高額を超過する場合において、最高額範囲内の債権は、抵当物から優先弁済を受けるが、超過部分は、一般債権者と同じ地位で弁済を受けるとする。そして、「債務者兼根抵当権設定者がその最高額のみを弁済して根抵当権の抹消登記を請求することができるか」について、何が根抵当権の被担保債務であり、何が一般債務であるかを区別することができない場合には、債務者の一部弁済をその被担保債務の弁済とし、債務者に有利な解釈をすることはできない（結果的には、【韓国判例 5】と同様である）。しかし、根抵当権設定者が物上保証人又は抵当物の第三取得者のときは、最高額の範囲のみで抵当責任を負うので、最高額を弁済して根抵当権の抹消を請求することができる（【韓国判例 6】）。ただし、弁済者代位における物上保証人や第三取得者は、一部弁済者として扱われる（韓国民法第 483 条³⁰⁰）。

しかし、金相容先生³⁰¹は、判例の解釈は根抵当権者を強く保護する法理であるという。つまり、判例の立場においては、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。

宋徳洙先生³⁰²も、【韓国判例 5】は、債務者兼根抵当権設定者に対する特別扱いであり、その妥当性は疑わしいと批判する。

第二は、最高額と韓国民法第 360 条との関係である。韓国民法第 360 条（被担保債権の範囲）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

²⁹⁸ 李英俊・前掲注（257）847 頁以下。

²⁹⁹ 李銀榮・前掲注（257）810 頁以下。

³⁰⁰ 韓国民法第 483 条（一部の代位）第 1 項は、「債権の一部について代位弁済があるときは、代位者は、その弁済した仮額に比例して債権者とともにその権利を行使する」と定める。第 2 項は、「前項の場合に、債務不履行を原因とする契約の解止又は解除は、債権者のみができるし、債権者は代位者にその弁済した仮額と利子を償還しなければならない」と定める。

³⁰¹ 金相容・前掲注（258）『物権法』757 頁。

³⁰² 宋徳洙・前掲注（268）796 頁。

費用を担保する。ただし、遅延賠償に対しては、元本の履行期日を経過した後の1年分に限って抵当権を行使することができる」と定める。すなわち、同条のただし書が根抵当権に適用されるかに関する問題である。これについて、学説は、肯定説と否定説に分かれる。まず、同条のただし書は、根抵当権の場合においても適用されるとする「肯定説」についてみる。

金相容先生³⁰³によると、個別被担保債権の遅延利子（遅延賠償）は1年分に限らずすべてが含まれるが、根抵当権確定後の遅延利子（遅延賠償）は1年分に限るとする。なぜならば、根抵当権が確定されると、その時から普通抵当権に転換されるからである。

李銀榮先生³⁰⁴も、肯定説をとり、その理由を以下のように述べる。①遅延賠償は、韓国民法第357条第2項にいう利子ではない。②遅延賠償の場合、韓国民法第360条のただし書により1年以後は、抵当権の効力範囲から除外されるので、最高額に算入してはならない。③韓国民法第360条のただし書は、「抵当権者が実行を遅らせることから、被担保債権額の増加を防ぐために」定められたものである。したがって、このような制限は、物上保証人、後順位抵当権者その他の利害関係人の利益を配慮する目的であるので、根抵当にも適用されるとする。

これに対して、韓国民法第360条のただし書は、根抵当権の場合に適用されないという「否定説」である。

郭潤直先生³⁰⁵は、違約金や損害賠償は最高額に含まれるとする。金銭債権に対する損害賠償は、結局のところ、利子として支払われるので、利子と同様なものは、すべて最高額に含まれるとするのが妥当である。したがって、韓国民法第360条のただし書における遅延利子ないし遅延損害も、最高額に含まれるとする。そして、これらが最高額に含まれる以上は、遅延利子を1年分に限定する必要はなく、韓国民法第360条のただし書は、根抵当権に適用されないとする。

李英俊先生³⁰⁶も、根抵当権に関しては、韓国民法第357条第2項があるので、韓国民法第360条のただし書は、適用されないとする。

宋徳洙先生³⁰⁷は、肯定説は決算期を一種の弁済期とみて1年分に限定するとするが、こ

³⁰³ 金相容・前掲注（258）『物権法』755頁。

³⁰⁴ 李銀榮・前掲注（257）812頁。

³⁰⁵ 郭潤直・前掲注（268）369頁。

³⁰⁶ 李英俊・前掲注（257）848頁。

³⁰⁷ 宋徳洙・前掲注（268）797頁。

のような解釈には根拠がないという。したがって、遅延賠償が最高額に含まれる以上、遅延賠償を1年分に限定しなくても、利害関係人に害を与えるおそれはないとする。

金載亨先生³⁰⁸も、根抵当権は、優先弁済権の限度になる最高額を定めているので、1年以上の遅延賠償を被担保債権の範囲から排除する必要はないとする。

第三に、最高額と根抵当権の実行費用との関係、すなわち、根抵当権の実行費用が最高額に含まれるかに関する問題である。

判例は、「実行費用は、最高額に含まれない」とした（【韓国判例7】）。

【韓国判例7】大法院 1971年5月15日 71マ251決定[集19(2)民,018]

(第一審：ソウル民事地方、第二審：ソウル民事地方 1971年2月26日 69ラ671)

判決理由

原審は、次のような趣旨の事実を認めた。すなわち、債権者である株式会社「甲」と債務者である「乙」は、1963年12月31日に当時の債務者所有であった本決定の添付目録記載の不動産に、債権担保極度額390万ウォンとする根抵当権設定契約をしてこれを登記した。1965年6月23日にその貸付債権の元金は金350万ウォンになり、債務者が上記の元金と約定利子を支払わなかったため、債権者は、上記の取引契約を解約して1965年8月9日に上記不動産に対する任意競売を申請し、競落許可を得た。抗告、再抗告があったが、再抗告が棄却されたので、上記の不動産は、債権者である株式会社「甲」への競落許可決定が確定された。抗告人は、上記の競売開始決定の登記後である1968年9月24日に本件不動産を取得してその所有権移転登記をし、1969年4月7日に競売法院にその権利を申告すると同時に本件根抵当権の極度額である390万ウォンと競売費用65,000ウォンの合計3,965,000ウォンを弁済供託した（競落代金支払期日は1969年4月10日に指定された）。登記簿上の根抵当によって担保された極度額は上記のように金390万ウォンであるが、1969年3月27日の当時実際の債権は貸付元金350万ウォン、利子（遅延利子含む）3,014,010ウォン、保険料19,468ウォン、競売費用55,610ウォンの合計金6,589,088ウォンであり、上記の根抵当権は、債務者兼所有者である「乙」が発行、裏書、引受け等の現在及び将来の継続的取引から生ずる一切の債務を上記の極度額の範囲内で担保するのみならず、極度額を超過する部分についても上記の根抵当契約による担保の効力が及ぶとする当事者間の特約がある。

根抵当権によって担保される債権額の範囲は、清算期に確定される債権の中の根抵当権設定契約で定められた担保最高額を限度とするものであって、その最高額を超過する部分の債権額まで担保するものではない。根抵当権を規定する民法第357条の「担保する債務の最高額」は、上記のように解釈しなければならない。

³⁰⁸ 金載亨・前掲注（264）69頁。

その競売不動産を買収した第三取得者が債務者を代位してその不動産で担保する債権最高額と競売費用を弁済供託したら、その第三取得者は、民法第 364 条によりその根抵当権の消滅を請求することができ、これはその第三取得者の固有の権利としなければならないというのは従来判例（韓国判例 6）であるにもかかわらず、原審が本件においてその登記された担保最高額が金 390 万ウォンである事実と、上記の最高額とその競売費用を合計した金額全部を第三取得者である原告人が弁済供託したという事実を認めながら、競売開始決定の登記後に本件不動産を取得した者は、上記の担保最高額だけではなくその超過額まで弁済しなければ、その根抵当権の消滅を請求することができないと判示したことは、現行の我が民法が認めている根抵当の効力に関する法理を誤解した違法である。

なお、学説は、根抵当権の実行費用について、以下のように述べる。

郭潤直先生³⁰⁹は、根抵当権の実行費用は、最高額に含まれないとする。なぜならば、本来、根抵当権の最高額は、当事者間の継続的な取引関係から生ずる債権中の担保すべき限度額であるので、根抵当権の実行費用はその中に算入されないとする。

金相容先生³¹⁰も、元本、利子、違約金は最高額に含まれるが、実行費用はあらかじめ競落代金から控除されてその残額によって被担保債権が弁済されるので、最高額に含まれないとする。

李銀榮先生³¹¹は、実行費用は、特定抵当権者が個人的に負担する費用ではなく、すべての抵当権者とその他配当を受ける債権者が共同で支出する費用であるので、最高額に算入されないとする。

これに対して、李英俊先生³¹²は、抵当権の場合と比べて被担保債権の範囲を縮小して解釈する根拠はなく、実行費用は、最高額に含まれるとする。

宋徳洙先生³¹³も、根抵当権の実行費用は、最高額に含まれるとする。

II-4. 存続期間

「存続期間」は、「被担保債権の確定期」又は「基本契約による取引の決算期」を意味する³¹⁴。日本における「確定期日」に該当する概念である。しかし、日本民法第 398 条の 6（根抵当権の元本確定期日の定め）に該当する条文は、韓国民法及び 2004 年の韓国民法

³⁰⁹ 郭潤直・前掲注（268）369 頁。

³¹⁰ 金相容・前掲注（258）『物権法』755 頁。

³¹¹ 李銀榮・前掲注（257）813 頁。

³¹² 李英俊・前掲注（257）848 頁以下。

³¹³ 宋徳洙・前掲注（268）797 頁。

³¹⁴ 池元林・前掲注（268）817 頁。

改正案・2013年の韓国民法改正試案において存在しないため、存続期間における判例・学説の解釈が重要である。

判例は、根抵当権の存続期間ないし決算期を必ずしも定める必要はないとする（【韓国判例 8】）。そして、「存続期間」について「確定時期は当事者間の約定によって延長することができる」とし、「存続期間」を「確定時期」と表現する（【韓国判例 8】）。

【韓国判例 8】 大法院 1961 年 12 月 14 日 4293 民上 893 判決[集 9 民,106]

「根抵当権において、その被担保債権は、根抵当権設定契約で約定した確定時期における債権を担保するものであり、また、その確定時期は当事者間の約定によって延長することができる」。

学説における存続期間の解釈は、以下のとおりである。

根抵当権の存続期間は、自由に定めることができるが、もし基本契約に決算期が定められていたら、存続期間はそれによる³¹⁵。すなわち、根抵当権設定契約に別途約定がない限り、根抵当権は、その基礎になる基本契約（信用契約）と存続期間を同じくすると解される³¹⁶。そして、根抵当権は、制限物権であるため無制限に継続されてはならないし、韓国民法に根抵当権の存続期間を限定する規定がないとしても、制限物権の性格上、相当な期間内に制限されるものとしなければならないとする見解がある³¹⁷。

なお、金融取引実務においては、根抵当権の決算期の類型を「指定型」、「自動確定型」、「将来指定型」の 3 つにわけて、その中から根抵当権設定者が選択するようにしている（表 19）。

表 19. 韓国における根抵当権設定契約書の中の「根抵当権の決算期」³¹⁸

「根抵当権の決算期」	
債権者は、根抵当権の決算期を定める次の 3 つの類型から 1 つを設定者が選択することができることを説明し、設定者は <input type="text"/> で定めた日を決算期とする。	
指 定 型	○ 年 ○ 月 ○ 日
自 動 確 定 型	

³¹⁵ 郭潤直・前掲注（268）367 頁、尹喆洪『物権法』（法元社、2009 年）489 頁。

³¹⁶ 李銀榮・前掲注（257）803 頁。

³¹⁷ 李銀榮・前掲注（257）803 頁。

³¹⁸ 公正取引委員会「根抵当権設定契約書（標準約款第 10045 号）」www.ftc.go.kr（2008 年）。

定めない。

この場合において、契約日から3年が経過すると、設定者は、書面の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。これにいたらないときは、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。

この場合において、契約日から3年が経過すると、設定者は、書面の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。これにいたらないときは、通知の到達日から14日になる日を決算期とする。

II-5. 根抵当権設定登記

韓国不動産登記法第75条（抵当権の登記事項）①省略

②登記官は、第1項の抵当権の内容が根抵当権の場合には、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。

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

*参照条文

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。

- 一 順位番号
- 二 登記目的
- 三 受付年月日及び受付番号
- 四 登記原因及びその年月日
- 五 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 条によって法人では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、権利者別の持ち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。

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にあたり、その根抵当権の債権者又は債務者が数人であるとしても、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（たとえば、「債権最高額の債務者甲に対して 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（たとえば、「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。

根抵当権設定行為は、法律行為であるため、当事者間の合意のみならず登記をしなければ、その効力は生じない（韓国民法第 186 条）。

そして、根抵当権の設定登記には、次の事項を記載しなければならない。

第一に、「根抵当権であること」を記載しなければならない。そして、根抵当権設定登記の登記原因が「根抵当権設定契約」であるため³¹⁹、「根抵当権設定契約書」を提出しなければならない³²⁰。なお、根抵当権設定登記の登記原因として記載されるのは、根抵当権の基礎たる継続的取引関係、すなわち基本契約などの債権原因ではなく、単に「〇年〇月〇日付根抵当権設定契約」のみが記載される（表 20）。これに対して、学説においては、登記原因として基本契約を記載することが望ましいという意見がある³²¹。そして、「根抵当

³¹⁹ 池元林・前掲注（268）817 頁。

³²⁰ 李銀榮・前掲注（257）810 頁。

³²¹ 郭潤直・前掲注（268）368 頁。金相容・前掲注（258）『物権法』752 頁、宋徳洙・前掲注（268）795 頁、李英俊・前掲注（257）846 頁。特に、李英俊先生は、包括根抵当権と関連して、登記原因は、重要な意味を持つため、根抵当権設定契約の基礎である継続的

権であること」が記載されていない場合は、根抵当権としての効力はなく、普通抵当権としての効力を有するだけである³²²。

第二に、債権の最高額を記載しなければならない。債権の最高額を登記することによって、第三者が保護される。なお、利子は、最高額の中に算入されるので（韓国民法第 357 条第 2 項）、別途利子の登記をすることはできない。

第三に、存続期間又は基本契約の決算期に関する約定がある場合は、これを登記することができる（任意的登記事項）。そして、これを登記したときは、この期間の経過後に発生した債権は、被担保債権に含まれない³²³。

表 20. 韓国における根抵当権の設定登記申請書³²⁴

						即時手続	当日手続
						提出者	
						総	件
根抵当権設定登記申請							
受 付	年 月 日	処 理 人	受 付	記 入	校 合	各種通知	
	第 号						
不動産の表示							

契約関係の内容を詳細に登記するのが最も理想的であるとする。

³²² 郭潤直・前掲注（268）367 頁以下、金相容・前掲注（258）『物権法』752 頁、宋徳洙・前掲注（268）795 頁、李英俊・前掲注（257）846 頁。特に、郭潤直先生による「根抵当権であることを登記しないと、第三者に対抗することはできないし、普通の抵当権としての効力のみを有する（下線筆者）」という文言に対しては、学説上指摘がある。

³²³ 金相容・前掲注（258）『物権法』753 頁。

³²⁴ 韓国法院インターネット登記所 HP（<http://www.iros.go.kr>）の「登記申請様式」からのものである。

登記原因とその年月日		年 月 日 根抵当権設定契約	
登記の目的		根抵当権設定	
債権最高額		金 ウォン	
債務者			
設定すべき持分			
区分	氏 名 (商号・名称)	住民登録番号 (登記用登録番号)	住 所 (所在地)
登記 義務者			
登記 権利者			
登 録 免 許 税		金	ウォン
地 方 教 育 税		金	ウォン
農 漁 村 特 別 税		金	ウォン
税 額 合 計		金	ウォン
登 記 申 請 手 続 料		金	ウォン
		納付番号：	
		一括納付：	件 ウォン
国民住宅債券買入金額		金	ウォン
国民住宅債券発行番号			
登記義務者の登記済情報			
不動産固有番号			
氏名(名称)	一連番号	パスワード	
添 付 書 面			

.根抵当権設定契約書	通	〈その他〉
.登録免許税領収済確認書	通	
.登記申請手数料 領収済確認書	通	
.印鑑証明書又は本人署名事実確認書	通	
.登記済証	通	
.住民登録簿（抄）本	通	
.委任状	通	
年 月 日		
上記の申請人	印	（電話： ）
	印	（電話： ）
（又は）上記の代理人		（電話： ）
地方法院		御中
- 申請書の作成要領 -		
* 1. 不動産表示欄に 2 個以上の不動産を記載する場合は、その不動産の一連番号を記載しなければならない。		
2. 申請人欄などの該当欄に記載する余白がない場合は、別紙を利用する。		

第 3 節 根抵当権の変更

I 被担保債権の範囲及び債務者の変更

I-1. 判例・学説における被担保債権の範囲及び債務者の変更

根抵当権において、被担保債務が確定される前に、債務の範囲はもちろん、債務者も変更することができる³²⁵。そして、基本契約の変更や追加は、債権の種類において被担保債

³²⁵ 宋徳洙・前掲注（268）799 頁。

権の範囲を拡大したり変更するのみにすぎず、根抵当権の同一性を変更することではないため、変更の付記登記で足りるとする³²⁶。なお、変更後の範囲に属する債権や債務者に対する債権のみが根抵当権に担保され、変更前のものは除外される（【韓国判例 9】）。

判例においても、被担保債権の範囲及び債務者の変更は、認められる（【韓国判例 9】）³²⁷。

【韓国判例 9】 大法院 1993 年 3 月 12 日 92 ダ 48567 判決[公 1993.5.1.(943),1167]

「根抵当権は、当事者間の継続的取引関係から発生する不特定債権をある時期に計算して残存する債務を一定の限度額の範囲内で担保する抵当権として、普通の抵当権と異なって発生及び消滅において被担保債務に対する付従性が緩和される関係であるため、**被担保債務の確定前は、債務の範囲又は債務者を変更することができ**、債務の範囲や債務者が変更された場合には、当然に変更後の範囲に属する債権又は債務者に対する債権のみが当該根抵当権によって担保されるし、変更前の範囲に属する債権又は債務者に対する債権は、この根抵当権によって担保される債務の範囲から除外されることになる。」

I - 2. 2004 年の韓国民法改正案及び 2013 年の韓国民法改正試案における被担保債権の範囲及び債務者の変更

2004 年の韓国民法改正案	2013 年の韓国民法改正試案
<p>第 357 条の 3 (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 1 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>	<p>第 357 条の 2 (債権最高額等の変更) ②元本が確定される前には、被担保債権の範囲又は債務者を変更することができる。この場合には、利害関係人の承諾を要しない。</p>

①2004 年の韓国民法改正案

2004 年の韓国民法改正案第 357 条の 3 (以下、本節の I - 2 の①においては「本条」という) は、被担保債権の範囲等の変更について定める。根抵当権は、普通抵当権に比べてその付従性が緩和されており、債権最高額を範囲とする目的物の価値支配権とみることができる³²⁸。したがって、私的自治の原則によって、いかなる債務者との間の、いかなる範

³²⁶ 李英俊・前掲注 (257) 850 頁。なお、最高額の範囲内であるため、変更・追加の付記登記に後順位抵当権者の承諾書を添付する必要はないとする。

³²⁷ このほかに、【韓国判例】大法院 1999 年 5 月 14 日 97 ダ 15777,15784 判決[公 1999.6.15.(84),1147]がある。

³²⁸ 法務部・前掲注 (3) 450 頁。

困の債権を担保するかは、根抵当権者と設定者の自由意思に委ねられている³²⁹。そこで、取引の必要に応じて被担保債権の範囲及び債務者の変更を明文で規定したのである³³⁰。

本条の改正作業においては、第1次仮案から第3次仮案までが存在した。それぞれの仮案の内容とその仮案作成時に議論された事項について、以下のように整理する。

[第1次仮案]³³¹

第357条の3（被担保債権の範囲等の変更） ①元本の確定前には、根抵当権が担保すべき債権の範囲を変更することができる。債務者の変更に関しては、やはり同様である。

②前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。

*議論事項

第1次仮案においては、被担保債権の範囲及び債務者の変更に関する一般的な内容と表現について議論が行われた。

第一に、変更契約の当事者は、根抵当権者と根抵当権設定者である。ここにいう根抵当権設定者とは、当該目的物の処分権等を有する者として、設定時には目的物の所有者が、設定後に目的物が譲渡された場合は第三取得者がそれに該当する。

第二に、後順位根抵当権者等の承諾は、要しない。このような変更が後順位根抵当権者等に影響がないわけではないが、これらの者は、公示された債権最高額の範囲までの負担を承知して取引関係を結んだからである。

第三に、登記につき、韓国は成立要件主義をとるので、このような変更は登記をしなければその効力が生じない（韓国民法第186条）。したがって、別途定めは不要であり、この点において日本と異なる。

第四に、被担保債務の交換的変更、追加的変更、一部範囲の除外又は特定債権の追加・除外などの変更の態様には、制限がない。債務者の変更も同様である。

第五に、新たに追加された被担保債務の範囲から生じる債権は、変更後はもちろん、変更時にすでに発生したものも担保される。しかし、除外された被担保債務の範囲によって生じた債権は、変更後に発生するものだけではなく、変更時に発生したものも担保されない。債務者の変更も同様である。

[第2次仮案（実務委仮案）]³³²

³²⁹ 法務部・前掲注（3）450頁。

³³⁰ 法務部・前掲注（3）450頁。

³³¹ 法務部・前掲注（3）450頁以下。

第 357 条の 3 (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。

②第 1 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。

*** 議論事項**

第 2 次仮案においては、表現について議論・修正が行われた。

[第 3 次仮案]³³³

第 357 条の 3 (被担保債権の範囲等の変更) ①第 2 次仮案と同様である。

②第 2 次仮案と同様である。

*** 議論事項及びその後の公聴会提示意見など**

第 3 次仮案においては、債務者の変更に関する内容も本文にしてただし書を削除するという意見が提示されたが(徐敏委員)、債務者の変更と被担保債権の範囲の変更は同様なものではないので、第 2 次仮案を維持するのが妥当であるとの反対意見が提示された(李英俊委員)。

なお、その後の公聴会などでは、以下の 2 つの意見が提示された。

第一に、立法必要性に関する意見である。

第二に、立法するなら第 357 条の 4 と統合して規定するのが望ましいという意見である。

②2013 年の韓国民法改正試案

2013 年の韓国民法改正試案第 357 条の 2 (以下、本節の I - 2 の②においては「本条」という)第 2 項は、2004 年の韓国民法改正案第 357 条の 3 をそのまま受け継いだ。なお、2004 年の韓国民法改正案における公聴会意見、すなわち「被担保債権の範囲等の変更」と「債権最高額の変更」の統合が本条に反映された。

本条の改正作業においては、2004 年の韓国民法改正案と金載亨委員による条文案が存在する。両案の内容と議論事項について、以下のように整理する。

[2004 年の韓国民法改正案]³³⁴

第 357 条の 3 (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。

②第 1 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。

³³² 法務部・前掲注 (3) 452 頁。

³³³ 法務部・前掲注 (3) 452 頁以下。

³³⁴ 法務部・前掲注 (7) 317 頁以下。

*** 議論事項**

2004年の韓国民法改正案をめぐっては、主に「被担保債権の範囲に関する条文との関係」と「第2項の必要性」について議論が行われた。前者においては、被担保債権の範囲に関する改正案が存在しないのに、被担保債権の変更に関する改正案のみを定めることは妥当でないとする見解があった。後者においては、被担保債権の範囲及び債務者の変更について、利害関係人が介入する余地がないので第2項は不要であること、現行実務においても承諾は不要であるという見解が提示された。

[金載亨委員による条文案]³³⁵

第357条の2（債権最高額等の変更） ②根抵当権の被担保債権が確定される前には、その債権の範囲又は債務者を変更することができる。この場合には、利害関係人[後順位権利者その他の第三者]の承諾を要しない。

*** 議論事項**

金載亨委員による条文案においては、「被担保債権の範囲等の変更」と「債権最高額の変更」が統合されたので、表題が「債権最高額等の変更」となった。

II 最高額の変更

II-1. 判例・学説における最高額の変更

当事者は、根抵当権設定契約で定めた最高額を別途契約によって変更することができる³³⁶。普通抵当権における債権の増加は、新たな抵当権の設定とみるべきであるため抵当権設定登記を要するが、根抵当権は、本来被担保債権が不特定であるため、最高額が増額されても被担保債権自体に変更があるわけではないから、最高額の増額は変更登記で足りる³³⁷。ただし、変更登記以前の（登記簿上の）利害関係人に対しては、その増額を主張することができない³³⁸。

II-2. 2004年の韓国民法改正案及び2013年の韓国民法改正試案における最高額の変更

2004年の韓国民法改正案	2013年の韓国民法改正試案
第357条の4（債権最高額の変更） 根抵当権の債権	第357条の2（債権最高額等の変更） ①根抵当権の

³³⁵ 法務部・前掲注（7）320頁以下。

³³⁶ 李英俊・前掲注（257）850頁、池元林・前掲注（268）821頁。

³³⁷ 李英俊・前掲注（257）850頁。

³³⁸ 池元林・前掲注（268）821頁以下。

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。	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。
-----------------------------	-------------------------------

①2004年の韓国民法改正案

2004年の韓国民法改正案第357条の4（以下、本節のⅡ－2の①においては「本条」という）は、債権最高額の変更について定める。「被担保債権の範囲等の変更と同様に、債権最高額の変更も私的自治の領域に委ねて、当事者が自由に変更できるようにすることが現実の経済関係においても妥当である。ただし、債権最高額の変更は、利害関係人に大きな影響を及ぼすので、その変更にはこれらの承諾を要することを明文化したのである。すなわち、当事者と利害関係人等の第三者の利益均衡を考慮した条文である」³³⁹。

本条の改正作業においては、第1次仮案と第2次仮案が存在した。それぞれの仮案の内容とその仮案作成時に議論された事項について、以下のように整理する。

[第1次仮案]³⁴⁰

第357条の4（債権最高額の変更） 根抵当権の債権最高額の変更は、利害関係人の承諾を得なければ、これをすることができない。

*議論事項

第1次仮案においては、債権最高額の変更に関する一般的内容と表現について議論が行われた。

第一に、債権最高額の変更の当事者は、根抵当権者と根抵当権設定者である。

第二に、利害関係人とは、変更によって法律上の不利益を被る者であるので、最高額の増額の場合と減額の場合に分けて考えなければならない。前者の場合は同順位又は後順位抵当権者及び抵当不動産の差押債権者等が、後者の場合は根抵当権の被担保債権の差押債権者及び被担保債権者の質権者等が、利害関係人となる。

第三に、承諾は、全員の利害関係人の承諾を要し、一部の利害関係人の承諾のみではその者に対しても優先弁済の効力を主張することができない。なぜならば、根抵当権は物権であるので、その効力は人によって差が生じない対世的権利だからである。

第四に、韓国民法第186条によって、登記をしなければその効力は生じない。

[第2次仮案]³⁴¹

³³⁹ 法務部・前掲注（3）453頁。

³⁴⁰ 法務部・前掲注（3）453頁以下。

³⁴¹ 法務部・前掲注（3）454頁以下。

第 357 条の 4 (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。

*** 議論事項及びその後の公聴会提示意見など**

第 2 次仮案においては、表現について議論・修正が行われた。

なお、その後の公聴会などでは、主に登記について議論が行われた。

第一に、登記実務上、利害関係人の全員の同意がない場合でも独立登記によって最高額を変更することができる。この場合に、独立登記後の利害関係人にのみ対抗することができるが、このような独立登記による最高額の変更も不可能であるのか(李ドンミョン判事)。これについて、独立登記による変更を排除する趣旨であるなら、現行実務より後退することになるという意見(尹喆洪教授)と、付記登記及び独立登記の両方を認めるべきであるという意見(金相容委員)が提示された。なお、付記登記及び独立登記の方法について、以下のように説明する。登記実務においては、登記簿上の全利害関係人の同意がある場合には付記登記を、一部の利害関係人のみが同意した場合には増額分についてのみ最後の順位の独立登記を行うとする(金相容委員)。

第二に、登記費用の問題、すなわち、主登記と付記登記は費用の面において差が大きいが、独立登記の場合はどうなるのか(李英俊委員)。これについて、最高額の変更が登記原因で、新規の根抵当権を設定するのではないから、登録税を付加しないという意見が提示された(金相容委員)。

②2013 年の韓国民法改正試案

2013 年の韓国民法改正試案第 357 条の 2 (以下、本節の II - 2 の②においては「本条」という) 第 1 項は、債権最高額の変更について定める。そして、本条第 1 項は、2004 年の韓国民法改正案第 357 条の 4 をそのまま受け継いだ。

本条の改正作業においては、2004 年の韓国民法改正案、金載亨委員による条文案及び条文案表現修正案が存在する。それぞれの内容と議論事項について、以下のように整理する。

[2004 年の韓国民法改正案]³⁴²

第 357 条の 4 (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。

*** 議論事項**

³⁴² 法務部・前掲注(7) 318 頁以下。

2004年の韓国民法改正案をめぐっては、主に「利害関係人の範囲」と「立法必要性」が議論された。特に後者について、登記簿にあらわれない賃借人などの利害関係人の場合は、債権最高額が変更されれば、予測できない損害を被るので、改正は不要であるとする意見が提示された。

[金載亨委員による条文案]³⁴³

第 357 条の 2 (債権最高額等の変更) ①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。

*** 議論事項**

金載亨委員による条文案においては、「利害関係人」から「登記上の利害関係人」への修正について議論が行われた。

[条文案表現修正]³⁴⁴

・ **第 1 案：第 357 条の 2 (債権最高額等の変更)** ①根抵当権の債権最高額は、登記上の利害関係人の承諾を得て変更することができる。

・ **第 2 案：第 357 条の 2 (債権最高額等の変更)** ①[金載亨委員による条文案]と同様である。

*** 議論事項及びその後の改正試案の説明・討論など**

条文案表現修正においては、さらに第 1 案と第 2 案が作成された。第 1 案は、登記手続の明確化のために「登記上の利害関係人」とする。第 2 案は、登記簿にあらわれていなくても「利害関係人」であるなら、承諾を得なければならないとする。そして、第 2 案は、「日本民法の立場」であるとする。なお、登記にあらわれていない利害関係人の同意なしで最高額が変更されたときは、このような利害関係人に最高額の変更を主張できないという意見が提示された。

III 存続期日の変更

2004年の韓国民法改正案及び2013年の韓国民法改正試案には、存続期日の定め及びその変更に関する規定が存在しない。

判例・学説において、当事者間に根抵当権の存続期間又は基本取引関係の決算期の約定がある場合は、これを登記することができるとする（任意的登記事項）³⁴⁵。そして、その

³⁴³ 法務部・前掲注（7）320頁以下。

³⁴⁴ 法務部・前掲注（7）322頁以下及び356頁以下。

³⁴⁵ 郭潤直・前掲注（268）368頁、金相容・前掲注（258）『物権法』753頁、宋徳洙・前

存続期間を変更することができる³⁴⁶。確定時期が登記されたときは、その以降に生ずる債権を被担保債権とすることはできないし、当事者の合意によって決算期を登記したときからその期日を延長しても、後順位抵当権者に対抗することはできない³⁴⁷。根抵当権者が同じ順位をもって契約期間を延長又は更新するためには、後順位抵当権者の承諾書を申請書に添付して存続期間変更の付記登記をしなければならない³⁴⁸。なお、存続期間等を登記しない場合には、根抵当権設定契約の解止（日本の「告知」に該当する。以下同じ。）によって確定される³⁴⁹。

金融取引実務（すなわち、根抵当権設定契約書）においては、確定期日の定めがない場合に、設定者は、「自動確定型」又は「将来指定型」から選択することができる³⁵⁰。

IV 債権譲渡・債務引受

IV-1. 判例・学説における債権譲渡・債務引受

根抵当権において、被担保債権の流動・交替は問題とされないので、根抵当権によって担保される個別債権が譲渡されたら、その債権は、根抵当権の被担保債権から除外される³⁵¹。これは、韓国民法第 357 条第 1 項の後段「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」によって明確にされている。確定前の債権譲渡は、この規定の「移転」に含まれる³⁵²。したがって、確定前に、個別的被担保債権の譲渡又は代位弁済があっても、根抵当権は、それに随伴しない³⁵³。しかし、これに対する学説も存在する。すなわち、個別債権が譲渡されたり代位弁済されたら、根抵当権の一部が移転され、譲渡人と譲受人は、根抵当権を準共有することになるという³⁵⁴。

掲注 (268) 795 頁以下、尹喆洪・前掲注 (315) 489 頁、李英俊・前掲注 (257) 846 頁、李銀榮・前掲注 (257) 810 頁、池元林・前掲注 (268) 817 頁。

³⁴⁶ 金相容・前掲注 (258) 『物権法』753 頁、李英俊・前掲注 (257) 850 頁、池元林・前掲注 (268) 821 頁。

³⁴⁷ 【韓国判例 8】を参照する。

³⁴⁸ 李英俊・前掲注 (257) 847 頁、李銀榮・前掲注 (257) 804 頁。

³⁴⁹ 郭潤直・前掲注 (268) 368 頁、金相容・前掲注 (258) 『物権法』735 頁、李英俊・前掲注 (257) 847 頁。

³⁵⁰ 表 19 を参照する。

³⁵¹ 郭潤直・前掲注 (268) 370 頁以下、金相容・前掲注 (258) 『物権法』757 頁、金載亨・前掲注 (264) 233 頁、宋徳洙・前掲注 (268) 800 頁、池元林・前掲注 (268) 823 頁。

³⁵² 金載亨・前掲注 (264) 233 頁、池元林・前掲注 (268) 823 頁。

³⁵³ 郭潤直・前掲注 (268) 370 頁以下、金相容・前掲注 (258) 『物権法』757 頁、金載亨・前掲注 (264) 233 頁、池元林・前掲注 (268) 823 頁。

³⁵⁴ 李英俊・前掲注 (257) 851 頁以下。

判例は、前者の立場、すなわち、根抵当権の被担保債権が確定される前にその債権の一部を譲渡・代位弁済した場合は、根抵当権は、随伴しないとした（【韓国判例 10】³⁵⁵。

【韓国判例 10】 大法院 1996 年 6 月 14 日 95 다행 53812 判決[公 1996.8.1.(15),2162]

「根抵当権とは、継続的取引関係から発生・消滅する不特定多数の将来債権を決算期に計算して残存する債務を一定の限度額の範囲内で担保する抵当権であり、取引が終了するまでの債権は継続的増減変動するものであるため、根抵当取引関係が継続中の場合、すなわち、根抵当権の被担保債権が確定される前にその債権の一部を譲渡したり代位弁済した場合は、根抵当権は、譲受人や代位弁済者に移転しない。」

IV－2. 2004 年の韓国民法改正案及び 2013 年の韓国民法改正試案における債権譲渡・債務引受

2004 年の韓国民法改正案	2013 年の韓国民法改正試案
<p>第 357 条の 7 (債権譲渡、債務引受等と根抵当権)</p> <p>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、引受人の債務について、根抵当権を行使することができない。</p>	<p>第 357 条の 5 (債権譲渡、債務引受等と根抵当権)</p> <p>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、引受人の債務について、根抵当権を行使することができない。</p>

①2004 年の韓国民法改正案

2004 年の韓国民法改正案第 357 条の 7 (以下、本節の IV－2 の①においては「本条」という) は、債権譲渡、債務引受等と根抵当権について定める。すなわち、元本の確定前に個々の被担保債権が第三者に譲渡されたり、又は債務引受がある場合に、根抵当権もそれに伴って移転するかについて、普通抵当権の場合とは異なって、随伴性を否認する旨を明確にした³⁵⁶。

本条の改正作業においては、第 1 次仮案から第 3 次仮案までが存在した。それぞれの仮案の内容とその仮案作成時に議論された事項について、以下のように整理する。

³⁵⁵ 【韓国判例 10】 のほかに、大法院 2000 年 12 月 26 日 2000 다행 54451 判決[公 2001.2.15.(124),363]、大法院 2002 年 7 月 26 日 2001 다행 53929[公 2002.9.15.(162),2040] などがある。

³⁵⁶ 法務部・前掲注 (3) 486 頁。

[第1次仮案]³⁵⁷

第357条の7（債権譲渡、債務引受と根抵当権） 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を代位して弁済をした者も、同様である。

②元本の確定前に債務の引受けがあるときには、根抵当権者は、引受人の債務について、根抵当権を行使することができない。

*** 論議事項**

第1次仮案においては、債権譲渡、債務引受等と根抵当権に関する一般的內容について議論が行われた。

第1項は、被担保債権の特定承継の場合は根抵当権の随伴性が否定されるが、相続・合併のような包括承継には適用しないことを定める。この場合、譲受人に債権とともにその根抵当権の全部又は一部が譲渡されたとしても、その根抵当権を行使することはできない。なぜならば、根抵当権は一定の継続的取引等から発生する不特定多数の債権を確定時期に決算して一つの債権として担保するものであって、個々の債権を担保するものではないからである。そして、特定債権の弁済者や代位弁済者についても、同様の理由から根抵当権の随伴性が否定される。

第2項は、根抵当権によって担保される債務について個別的債務引受があった場合にも、根抵当権者は、引受人の債務について、根抵当権を行使することができないことを定める。債務引受が免責的であるか重畳的であるかは問わない。

[第2次仮案（実務委仮案）]³⁵⁸

第357条の7（債権譲渡、債務引受等と根抵当権） 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を弁済して債権者を代位した者も、同様である。

②元本の確定前に債務の引受けがあるときには、根抵当権者は、引受人の債務について、根抵当権を行使することができない。

*** 論議事項**

第2次仮案においては、表題及び本文の表現について議論・修正が行われた。

[第3次仮案]³⁵⁹

³⁵⁷ 法務部・前掲注(3)486頁以下。

³⁵⁸ 法務部・前掲注(3)487頁以下。

第 357 条の 7 (債権譲渡、債務引受等と根抵当権) 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を弁済して債権者を代位する者も、同様である。

②元本の確定前に債務の引受けがあるときには、根抵当権者は、引受人の債務について、根抵当権を行使することができない。

*** 論議事項及びその後の公聴会提示意見など**

第 3 次仮案においては、表現について議論・修正が行われた。

なお、その後の公聴会などでは、主に以下の 2 つについて議論が行われた。

第一に、韓国民法第 357 条第 1 項の後段「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」との関係である。これについて、韓国民法第 357 条第 1 項の後段が本仮案の内容を含むので、立法は不要であるという意見が提示された(金載亨教授³⁶⁰、李銀榮委員、李時潤委員)。これに対して、立法必要性を主張する立場では、以下のような理由を挙げている。韓国民法第 357 条第 1 項の後段は従前の債権が消滅したり移転された場合に根抵当権者に影響を及ぼさないことを定める規定であり、本仮案は債権を取得した者が抵当権を行使することができないことを定める規定であるため、両者は異なる内容である(尹眞秀委員、徐敏委員)。

第二に、本仮案は、一定の継続的取引等から発生する「個々の債権」の取得又は「個々の債務」の引受けについて定める。しかし、条文の文言からすると、基本契約上の債権者・債務者の地位を取得又は引き受けた場合にも根抵当権が行使できないように読み取れるので、法律解釈の混乱が生じうる。たとえば、根抵当権の譲渡に関する韓国民法改正案第 357 条の 5 第 1 項では、「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」とし、基本契約上の債権者の地位を「債権」と表現している。したがって、本仮案を削除するか、あるいは、「債権」、「債務」を「個別債権」、「個別債務」と修正すべきであるという意見が提示された(法院行政庁)。「個別」を追加するという見解には、おおむね賛成である(金相容委員、李銀榮委員、徐敏委員)。その理由は、本仮案は基本契約から発生する個別的債権のみを「債権」とし、韓国民法改正案第 357 条の 5 でいう「債権」は基本契約を意味するからである(金相容委員)。

³⁵⁹ 法務部・前掲注(3) 488 頁以下。

³⁶⁰ なお、金載亨教授は、もし本仮案を存置するなら、韓国民法第 357 条第 1 項後段との関係を明確にしなければならないとした。

②2013年の韓国民法改正試案

2013年の韓国民法改正試案第357条の5（以下、本節のIV-2の②においては「本条」という）は、債権譲渡・債務引受等と根抵当権について定める。そして、本条は、「個別」という表現を削除したものの、おおむね2004年の韓国民法改正案第357条の7を受け継いだ。

本条の改正作業において、金載亨委員による条文案と分科委員会案が存在するが、後者は前者と同様であるため、以下では、前者のみをとりあげる。

[金載亨委員による条文案]³⁶¹

第357条の5（債権譲渡、債務引受等と根抵当権） ①被担保債権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。被担保債権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。

②被担保債権の確定前に債務の引受けがあるときには、根抵当権者は、引受人の債務について、根抵当権を行使することができない。

*議論事項

金載亨委員による条文案においては、以下の2つについて議論が行われた。

第一に、「個別」という表現である。2004年の韓国民法改正案第357条の7における「個別債権」・「個別債務」から「債権」・「債務」へと修正したのは、①「個別」という用語を使用しなくても把握できる、②韓国民法典には「個別債権」・「個別債務」という用語が使われていない。

第二に、「元本の確定」から「被担保債権の確定」への表現の修正である。「元本の確定」にいう「元本」は、利息を連想させる元本として理解されるおそれがあるため、「被担保債権」に統一する。

V 相続

V-1. 判例・学説における相続

相続によって包括承継事由が生じたら、根抵当権は、法律上、当然に基本契約上の地位とともに相続人に移転する³⁶²。根抵当権の確定の前後を問わない³⁶³。さらに、根抵当権の

³⁶¹ 法務部・前掲注（7）329頁以下。

³⁶² 池元林・前掲注（268）822頁。

³⁶³ 尹喆洪・前掲注（315）491頁、池元林・前掲注（268）822頁。

確定の前後を問わず、基本契約の特定承継も認めるとする見解がある³⁶⁴。

V-2. 2004年の韓国民法改正案及び2013年の韓国民法改正試案における相続

2004年の韓国民法改正案	2013年の韓国民法改正試案
<p>第357条の8（相続と根抵当権） ①元本の確定前に根抵当権者につい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つい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357条の3第2項の規定は、第1項及び第2項の約定に準用する。</p> <p>④第1項及び第2項の約定について相続開始後6箇月内にこれを登記しないときには、担保すべき元本は、相続開始時に確定されたものとみる。</p>	<p>第357条の6（相続と根抵当権） ①元本の確定前に根抵当権者につい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つい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1項及び第2項の約定には、利害関係人の承諾を要しない。</p> <p>④第1項及び第2項の約定について相続開始後6ヵ月以内にこれを登記しないときには、担保すべき元本は、相続が開始されたときに確定されたものとみる。</p>

①2004年の韓国民法改正案

2004年の韓国民法改正案第357条の8（以下、本節のV-2の①においては「本条」という）は、相続と根抵当権について定める。実務においては、根抵当権者又は債務者の死亡により相続が開始された場合、根抵当の取引が継続されるのか、あるいは、死亡とともに終了して根抵当権の被担保債権が確定されるのかにつき、見解が分かれている³⁶⁵。

本条の改正作業においては、第1次仮案から第6次仮案までが存在した。それぞれの仮案の内容とその仮案作成時に議論された内容について、以下のように整理する。

³⁶⁴ 郭潤直・前掲注（268）371頁。なお、この場合は、三面契約（基本契約の当事者と承継人）によるとする。

³⁶⁵ 法務部・前掲注（3）492頁。

[第1次仮案]³⁶⁶

第357条の8（相続と根抵当権） ①元本の確定前に根抵当権者について相続が開始されたときには、根抵当権は、相続開始時に存在する債権のほか、相続人と根抵当権設定者間の合意によって定めた相続人が相続開始後に取得した債権を担保する。

②元本の確定前に債務者について相続が開始されたときには、根抵当権は、相続開始時に存在する債務のほか、根抵当権者と根抵当権設定者間の合意によって定めた相続人が相続開始後に負担する債務を担保する。

③前2項の合意の場合に、法第357条の3第2項の規定を準用する。

④第1項及び第2項の合意において相続開始後6箇月以内に登記しないときには、担保すべき元本は、相続開始時に確定されたものとみなす。

***議論事項**

第1次仮案においては、相続と根抵当権に関する一般的内容とその立法必要性について議論が行われた。

第一に、第1項は根抵当権者の相続について、第2項は債務者の相続について定める。根抵当権が確定せず存続するためには、根抵当権者の相続の場合はその相続人と根抵当権設定者との合意及び相続開始後6箇月以内の登記が、債務者の相続の場合には根抵当権者と根抵当権設定者との合意及び相続開始後6箇月以内の登記がその要件となる。いずれの場合でも、後順位抵当権者その他の第三者の承諾は要しない。

第二に、担保される範囲は、相続開始時にすでに発生した債権又は債務のほか、合意により根抵当の取引を継続することを定めた相続人が相続開始後に取得する債権（根抵当権者の相続の場合）又は相続人が相続開始後に負担する債務（債務者の相続の場合）を担保する。なお、相続人が相続開始前に取得した債権又は負担していた債務は、担保されない。これを担保するためには、被担保債権の範囲を変更しなければならない。

第三に、6箇月以内に登記をしなければ、元本は、相続開始時に確定される。根抵当権者の相続の場合は根抵当権移転の付記登記を、債務者の相続の場合には債務者変更の登記をしなければならない。

第四に、立法必要性に関する議論である。当事者の合意によって根抵当権を継続させることができるので必要でないという見解（李英俊委員、李銀榮委員）と、当事者の特約が

³⁶⁶ 法務部・前掲注(3)492頁以下。

なければ死亡によって基本契約が終了し根抵当権が普通抵当権に転換されるので必要であるという見解（李相京委員、尹眞秀委員、白泰昇委員）に分かれた。

[第2次仮案]³⁶⁷

第357条の8（相続と根抵当権） ①元本の確定前に根抵当権者に相続が開始されたときには、根抵当権は、相続開始時に存在する債権のほか、相続人と根抵当権設定者間の合意によって定めた相続人が相続開始後に取得した債権を担保する。

②元本の確定前に債務者に相続が開始されたときには、根抵当権は、相続開始時に存在する債務のほか、根抵当権者と根抵当権設定者との合意によって定めた相続人が相続開始後に負担する債務を担保する。

③第1項及び第2項の場合に、法第357条の3第2項の規定を準用する。

④第1項及び第2項の合意において相続開始後6箇月以内に登記しないときには、担保すべき元本は、相続開始時に確定されたものとみなす。

***議論事項**

第2次仮案においては、表現について議論・修正が行われた。

[第3次仮案]³⁶⁸

第357条の8（相続と根抵当権） ①元本の確定前に根抵当権者に相続が開始されたときには、根抵当権は、相続開始時に存在する債権のほか、相続人と根抵当権設定者との合意によって定めた相続人が相続開始後に取得する債権を担保する。

②元本の確定前に債務者に相続が開始されたときには、根抵当権は、相続開始時に存在する債務のほか、根抵当権者と根抵当権設定者との合意によって定めた相続人が相続開始後に負担する債務を担保する。

③第1項及び第2項の合意をするには、第357条の3第2項の規定を準用する。

④第1項及び第2項の合意は、相続開始後6箇月以内に登記しないときには、担保すべき元本は、相続開始時に確定されたものとみる。

***議論事項**

第3次仮案においては、表現について議論・修正が行われた。とりわけ、「合意」から「約定」への修正意見が提示された。

[第4次仮案（実務委仮案）]³⁶⁹

³⁶⁷ 法務部・前掲注(3)494頁。

³⁶⁸ 法務部・前掲注(3)495頁。

第 357 条の 8 (相続と根抵当権) ①元本の確定前に根抵当権者につい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のほか、相続人と根抵当権設定者の約定によって定めた相続人が相続開始後に取得する債権を担保する。

②元本の確定前に債務者につい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のほか、根抵当権者と根抵当権設定者の約定によって定めた相続人が相続開始後に負担する債務を担保する。

③第 357 条の 3 第 2 項の規定は、第 1 項及び第 2 項の約定に準用する。

④第 1 項及び第 2 項の約定について相続開始後 6 箇月内に登記しないときには、担保すべき元本は、相続開始時に確定されたものとみる。

*** 議論事項**

第 4 次仮案においては、表現について議論・修正が行われた。

[第 5 次仮案]³⁷⁰

第 357 条の 8 (相続と根抵当権) ①元本の確定前に根抵当権者につい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。

②元本の確定前に債務者につい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。

③第 357 条の 3 第 2 項の規定は、第 1 項及び第 2 項の約定に準用する。

④第 1 項及び第 2 項の約定について相続開始後 6 箇月内に登記しないときには、担保すべき元本は、相続開始時に確定されたものとみる。

*** 議論事項及びその後の公聴会提示意見など**

第 5 次仮案においては、表現について議論・修正が行われた。

なお、その後の公聴会などでは、第 1 項の後段と関連して、㊦相続人の全員の合意によるべきか、あるいは、㊧一部との合意のみによってその持分のみの根抵当権が維持されるのかが議論された。㊧における根抵当権移転の付記登記の方法について意見が提示された(ハンサンホ弁護士)。なお、この登記につき、全相続人の合意によるべきであるとする説と、一部の相続人の合意でもよいとする説に分かれた。とりわけ、後者は、一部の相続人

³⁶⁹ 法務部・前掲注 (3) 495 頁以下。

³⁷⁰ 法務部・前掲注 (3) 496 頁以下。

が基本契約を維持することを望むなら許容すべきであるとする（金相容委員）。これに対して、前者は、一部の相続人が基本契約を引き受けて根抵当権を有する場合は別段の問題がないが、一部の相続人が有する債権のみが確定され、他の相続人が有する債権は確定されないことになる、法律関係が複雑になるとする（尹眞秀委員、梁彰洙委員、南孝淳委員）。

[第 6 次仮案]³⁷¹

第 357 条の 8（相続と根抵当権） ①第 5 次仮案と同様である。

②第 5 次仮案と同様である。

③第 5 次仮案と同様である。

④第 1 項及び第 2 項の約定について相続開始後 6 箇月内にこれを登記しないときには、担保すべき元本は、相続開始時に確定されたものとみる。

*** 議論事項**

第 6 次仮案においては、表現について議論・修正が行われた。

②2013 年の韓国民法改正試案

2013 年の韓国民法改正試案第 357 条の 6（以下、本節の V-2 の②においては「本条」という）は、相続と根抵当権について定める。そして、本条は、表現の差異はあるものの、おおむね 2004 年の韓国民法改正案第 357 条の 8 を受け継いだ。

本条の改正作業においては、金載亨委員による条文案と分科委員会案が存在する。それぞれの内容と議論事項について、以下のように整理する。

[金載亨委員による条文案]³⁷²

第 357 条の 6（相続と根抵当権） ①被担保債権の確定前に根抵当権者につい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。

②被担保債権の確定前に債務者につい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。

③第 1 項及び第 2 項の約定には、利害関係人の承諾を要しない。

④第 1 項及び第 2 項の約定について相続開始後 6 ヶ月以内にこれを登記しないときには、被担保債権は、**相続開始時**に確定されたものとみる。

³⁷¹ 法務部・前掲注 (3) 498 頁。

³⁷² 法務部・前掲注 (7) 330 頁以下。

* 議論事項

金載亨委員による条文案においては、以下の4つについて議論が行われた。

第一に、第1項・第2項・第3項は、日本民法における規定内容である。なお、第4項では約定を登記することによって、相続の法律関係を速やかに確定するようにする。

第二に、第3項は、根抵当権の被担保債権の変更における利害関係人の承諾の不要に歩調を合わせた規定である。

第三に、「元本」という用語は、貸出金で使われる用語である。根抵当権の被担保債権は、貸出金のほか、多様な形態の債権があるので、「被担保債権」の用語を使用する。

第四に、「相続開始後」から「相続が開始されたとき」へと表現を修正する（第4項）。

[分科委員会案]³⁷³

第357条の6（相続と根抵当権） ①金載亨委員による条文案と同様である。

②金載亨委員による条文案と同様である。

③金載亨委員による条文案と同様である。

④第1項及び第2項の約定について相続開始後6ヵ月以内にこれを登記しないときには、被担保債権は、**相続が開始されたときに**確定されたものとみる。

VI 合併・会社分割

VI-1. 判例・学説における合併・会社分割

合併の場合においても、相続の場合と同様に、根抵当取引を継続させるのか、あるいは元本を確定させて根抵当取引を終了させるのかが問題となる。学説は、相続の場合と同様に、合併によって包括承継事由が生じたら、根抵当権は、法律上、当然に基本契約上の地位とともに合併後の法人に移転するという³⁷⁴。これは、根抵当権の確定の前後を問わない³⁷⁵。

VI-2. 2004年の韓国民法改正案及び2013年の韓国民法改正試案における合併・会社分割

2004年の韓国民法改正案	2013年の韓国民法改正試案
第357条の9（合併と根抵当権）①元本の確定前に	第357条の7（合併と根抵当権）①元本の確定前に

³⁷³ 法務部・前掲注（7）330頁以下。

³⁷⁴ 池元林・前掲注（268）822頁。

³⁷⁵ 尹喆洪・前掲注（315）491頁、池元林・前掲注（268）822頁。

<p>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のほか、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1項の場合に、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。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、この限りでない。</p> <p>③第2項の請求があるときには、担保すべき元本は、合併時に確定されたものとみる。</p> <p>④第2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2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1箇月が経過したときにも、同様である。</p>	<p>根抵当権者である法人に合併があるときは、根抵当権は、すでに存在する債権のほか、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を担保する。</p> <p>②元本の確定前に債務者である法人に合併があるときには、根抵当権は、すでに存在する債務のほか、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負担する債務を担保する。</p> <p>③第1項、第2項の場合において、根抵当権設定者は、負担すべき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、この限りでない。</p> <p>④第3項の請求があるときには、負担すべき元本は、合併時に確定されたものとみる。</p> <p>⑤第3項の請求は、根抵当権設定者が合併のあることを知った日から2週間が経過したときには、これを行うことができない。合併がある日から1ヵ月が経過したときにも、同様である。</p>
<p>該当条文なし</p>	<p>第357条の8（法人の分割と根抵当権） ①元本の確定前に根抵当権者である法人を分割するときには、根抵当権は、分割時に存在する債権のほか、分割される法人、設立される法人又は権利義務を承継する法人が分割後に取得する債権を担保する。</p> <p>②元本の確定前に債務者である法人を分割するときには、根抵当権は、分割時に存在する債務のほか、分割される法人、設立される法人又は権利義務を承継する法人が分割後に負担する債務を担保する。</p> <p>③第357条の7第3項ないし第5項の規定は、第1項、第2項の場合において、これを準用する。</p>

①2004年の韓国民法改正案

①-1. 合併

2004年の韓国民法改正案第357条の9(以下、本節のVI-2の①-1においては「本条」という)は、合併と根抵当権について定める。本条は、相続の場合とは異なって、根抵当取引の継続を原則とする。

本条の改正作業においては、第1次仮案から第5次仮案までが存在した。それぞれの仮案の内容とその仮案作成時に議論された内容について、以下のように整理する。

[第1次仮案]³⁷⁶

第357条の9(合併と根抵当権) ①元本の確定前に根抵当権者については合併があるときには、根抵当権は、合併時に存在する債権のほか、合併後に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。

②元本の確定前に債務者については合併があるときには、根抵当権は、合併時に存在する債務のほか、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合併後に負担する債務を担保する。

③前2項の場合において、根抵当権設定者は、負担すべき元本の確定を請求することができる。しかし、前項の場合に、債務者が根抵当権設定者であるときには、この限りでない。

④前項の請求があるときには、担保すべき元本は、合併時に確定されたものとみなす。

⑤第3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2週間が経過したときには、これを行使することができない。合併の日から1箇月が経過したときにも、同様である。

*議論事項

第1次仮案においては、合併と根抵当権に関する一般的内容について議論が行われた。

第一に、法人の場合、自然人の場合とは異なって、基本契約又は根抵当権の設定等の行為に一身専属的性質がほとんどないので、財産的取引における包括承継のときは、原則として根抵当権を存続させるとする(第1項、第2項)。

第二に、根抵当権設定者の事情によらない合併は、根抵当権設定者に不測の損害を与えるおそれがありうるので、確定請求権を付与する(第3項)。

第三に、第3項における確定請求は、合併時に根抵当権取引を終了させるものであるもので、その請求があれば合併時に元本が確定される(第4項)。しかし、このような形成権で

³⁷⁶ 法務部・前掲注(3)499頁以下。

ある確定請求権に期間制限がなければ、根抵当権者や債務者の取引安全を図ることができないため、行使期間に除斥期間を置いたのである（第5項）。なお、債務者が根抵当権設定者の場合、自らが合併してその後取引関係を終了させることは不当であるので、債務者である根抵当権設定者には、確定請求権を排除する（第3項但書）。

[第2次仮案]³⁷⁷

第357条の9（合併と根抵当権） ①元本の確定前に根抵当権者に合併があるときには、根抵当権は、合併時に存在する債権のほか、合併後に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権を担保する。

②元本の確定前に債務者に合併があるときには、根抵当権は、合併時に存在する債務のほか、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合併後に負担する債務を担保する。

③前2項の場合において、根抵当権設定者は、負担すべき元本の確定を請求することができる。しかし、第2項の場合に、債務者が根抵当権設定者であるときには、この限りでない。

④前項の請求があるときには、担保すべき元本は、合併時に確定されたものとみなす。

⑤第3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2週間が経過したときには、これを行使することができない。合併の日から1箇月が経過したときにも、同様である。

***議論事項**

第2次仮案においては、条文の構成及び表現について議論・修正が行われた。とりわけ、条文の構成につき、第1項と第2項を統合して規定するという意見が提示された。

[第3次仮案]³⁷⁸

第357条の9（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、合併時に存在する債権、債務のほか、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。

②第1項の場合に、根抵当権設定者は、負担すべき元本の確定を請求することができる。しかし、債務者に合併がある場合に、債務者が根抵当権設定者であるときには、この限りでない。

³⁷⁷ 法務部・前掲注(3) 500頁以下。

³⁷⁸ 法務部・前掲注(3) 501頁以下。

- ③第2項の請求があるときには、担保すべき元本は、合併時に確定されたものとみる。
- ④第2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2週間が経過したときには、これを行使することができない。合併の日から1箇月が経過したときにも、同様である。

***議論事項**

第3次仮案においては、民法上に法人の合併に関する規定がないにもかかわらず、根抵当権で法人の合併を前提とする規定を定めることは、整合性において問題とされうるといふ意見が提示された。

[第4次仮案（実務委仮案）]³⁷⁹

第357条の9（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が合併されたときには、根抵当権は、すでに存在する債権又は債務のほか、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。

②第1項の場合に、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。しかし、債務者である根抵当権設定者が合併された場合には、この限りでない。

③第2項の請求があるときには、担保すべき元本は、合併時に確定されたものとみる。

④第2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2週間が経過したときには、これを行うことができない。合併がある日から1箇月が経過したときにも、同様である。

***議論事項**

第4次仮案においては、第3次仮案の議論事項及び表現について議論・修正が行われた。

第一に、民法総則に合併に関する規定がなくても、根抵当権で合併の表現を使用するには問題がないという意見が提示された。

第二に、合併には、吸収合併と新設合併があるので、第1項及び第2項における「合併された」という表現は妥当でない（李英俊委員）。

[第5次仮案]³⁸⁰

第357条の9（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の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のほか、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。

³⁷⁹ 法務部・前掲注(3) 502頁。

³⁸⁰ 法務部・前掲注(3) 502頁以下。

- ②第 1 項の場合に、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。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、この限りでない。
- ③第 2 項の請求があるときには、担保すべき元本は、合併時に確定されたものとみる。
- ④第 2 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 2 週間が経過したときには、これを行うことができない。合併がある日から 1 箇月が経過したときにも、同様である。

***議論事項及びその後の公聴会提示意見など**

第 5 次仮案においては、表現について議論・修正が行われた。

なお、その後の公聴会などでは、以下のような意見・問題が提起された。

第一に、第 3 項の「合併時」を明確にする必要がある（ハンサンホ弁護士）。これに対して、「合併時」は、合併の「効力発生時」とみるのが妥当であり、合併の効力は、合併登記時に発生する（金相容委員）。

第二に、第 4 項の除斥期間は、短すぎる（ハンサンホ弁護士）。これに対して、除斥期間の合理性については、日本民法第 398 条の 9 第 5 項も同様であるという（金相容委員）。

第三に、韓国商法改正による新規定の会社分割、分割合併の場合にも、本条が適用されるのか（金載亨教授）。なお、会社分割及び分割合併につき、日本商法等を参考して議論が行われたが、新設にはいたらなかった。会社分割の内容については、①-2 で詳論する。

①-2. 会社分割³⁸¹

上記の「合併と根抵当権の改正作業」において、会社分割に関する議論が行われた。

第一に、分割合併の場合は韓国民法改正案第 357 条の 9 を適用し、会社分割の場合はその実績が蓄積されてから規定するという案が提示された（金相容委員）。

第二に、日本では、日本商法における会社分割の新設によって、根抵当権においても会社分割が新設された。そこで、韓国においても、韓国商法を考慮して、会社分割に関する規定を新設する案が提示された（李時潤委員）。

なお、分割と根抵当権の処理に関する立法案について、以下のように整理する。

第 1 案：韓国商法第 530 条の 11 における分割計画書又は分割合併契約書によって処理し、韓国民法には規定しない。

第 2 案：日本民法第 398 条の 10 と同様に規定する。

³⁸¹ ①-2. 会社分割の以下の内容は、法務部・前掲注 (3) 503 頁以下による。

韓国民法改正案第 357 条の 10 (会社分割と根抵当権) ①元本の確定前に根抵当権者である会社の分割があるときは、根抵当権は、分割するときに存在する債権のほか、存続する会社及び分割によって設立される会社又は営業を承継する会社が分割後に取得する債権を担保する。

②元本の確定前に債務者である会社の分割があるときは、根抵当権は、分割するときに存在する債務のほか、存続する会社及び分割によって設立される会社又は営業を承継する会社が分割後に負担する債務を担保する。

③第 357 条の 9 第 2 項ないし第 3 項の規定は、第 1 項及び第 2 項の場合に、これを準用する。

第 3 案：分割計画書又は分割合併契約書による根抵当権の帰属とともに、分割計画書又は分割合併契約書で根抵当権の帰属を定めない場合も包括して立法する。

韓国民法改正案第 357 条の 10 (会社分割と根抵当権) ①根抵当権の確定前に、根抵当権者又は債務者である会社の分割による根抵当権又は根抵当権によって担保される債務の帰属は、分割計画書又は分割合併契約書の定めによる。

②元本の確定前に根抵当権者である会社の分割があるときに、分割計画書又は分割合併契約書でその帰属の定めがない根抵当権は、分割するときに存在する債権のほか、存続する会社及び分割によって設立される会社又は営業を承継する会社が分割後に取得する債権を担保する。

③元本の確定前に債務者である会社の分割があるときに、分割計画書又は分割合併契約書でその帰属の定めがない債務を担保する根抵当権は、分割するときに存在する債務のほか、存続する会社及び分割によって設立される会社又は営業を承継する会社が分割後に負担する債務を担保する。

④第 357 条の 9 第 2 項ないし第 4 項の規定は、第 1 項ないし第 3 項の場合に、これを準用する。

第 4 案：分割による根抵当権又は債務の帰属は、韓国商法第 530 条の 9 及び第 530 条の 10 の規定による。韓国民法では、分割の場合に物上保証人の根抵当権の確定請求権のみを規定する。

韓国民法改正案第 357 条の 9 (合併と根抵当権) ⑤第 2 項ないし第 4 項の規定は、根抵当権者又は債務者である会社が分割したときに、これを準用する。

②2013 年の韓国民法改正試案

②-1. 合併

2013年の韓国民法改正試案第357条の7(以下、本節のVI-2の②-1においては「本条」という)は、合併と根抵当権について定める。そして、本条は、条文の構成及び表現について差異があるものの、おおむね2004年の韓国民法改正案第357条の9を受け継いだ。とりわけ、条文の構成については、根抵当権者の合併(本条第1項)と債務者の合併(本条第2項)に分離して定める。

本条の改正作業においては、金載亨委員による条文案と分科委員会案が存在するが、後者は前者と同様であるため、以下では、前者のみをとりあげる。

[金載亨委員による条文案(2004年の韓国民法改正案を維持する)]³⁸²

第357条の9(合併と根抵当権) ①被担保債権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。

②第1項の場合に、根抵当権設定者は、被担保債権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、この限りでない。

③第2項の請求があるときには、被担保債権は、合併時に確定されたものとみる。

④第2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2週間が経過したときには、これをすることができない。合併がある日から1箇月が経過したときにも、同様である。

*議論事項

金載亨委員による条文案においては、以下の3つについて議論が行われた。

第一に、法人合併は、相続と異なって、基本契約や根抵当権設定契約に一身専属的性質がないため、合併後に発生する債権も根抵当権によって担保されるように定める。なお、第3項は、債務者ではない根抵当権設定者に確定請求権を付与することによって、予期せぬ損害を防止する。

第二に、「元本」から「被担保債権」へと表現が修正された。

第三に、日本のように、韓国においても、分割と根抵当権を導入すべきである。

②-2. 会社分割

³⁸² 法務部・前掲注(7) 332頁。

2013年の韓国民法改正試案第357条の8（以下、本節のVI-2の②-2においては「本条」という）は、法人の分割と根抵当権について定める。なお、本条は、2004年の韓国民法改正案においては、存在しない条文である。

本条の改正作業においては、金載亨委員による条文案と分科委員会案が存在するが、後者は未定であったため、以下では、前者のみをとりあげる。

[金載亨委員による条文案]³⁸³

第357条の8（会社分割と根抵当権） ①被担保債権の確定前に根抵当権者である会社を分割するときには、根抵当権は、分割時に存在する債権のほか、分割後に存続する会社及び分割によって設立される会社又は営業を承継する会社が分割後に取得する債権を担保する。

②被担保債権の確定前に債務者である会社を分割するときには、根抵当権は、分割時に存在する債務のほか、分割後に存続する会社及び分割によって設立される会社又は営業を承継する会社が分割後に負担する債務を担保する。

③第357条の7第2項ないし第4項の規定は、前2項の場合に、これを準用する。

***議論事項**

金載亨委員による条文案においては、以下の2つについて議論が行われた。

第一に、2004年の韓国民法改正案の金相容委員による条文案第1項は、「根抵当権の確定前に根抵当権者又は債務者である会社の分割によって根抵当権又は根抵当権によって担保される債務の帰属は、分割計画書又は分割合併契約書の定めによる」と定める。しかし、当事者間の協議によることは、当然であり、合併の場合と比較して不要であると判断されたので、除外した。

第二に、「法人」又は「会社」のうち、どちらを使用すべきか。これについて、「法人」の場合、民法上の法人も分割されるという誤解を招くので、「会社」の表現が妥当であるとする（金載亨委員）。これに対して、合併と関連して「法人」という用語を使用することが妥当であり（尹眞秀委員長）、そして民法は司法の基本法であるため、「会社」よりは「法人」という一般的表現が妥当であるとする（朴ヨンボク委員）。

³⁸³ 法務部・前掲注（7）338頁以下。

第4節 根抵当権の譲渡

I 判例・学説における根抵当権の譲渡

抵当権における韓国民法第361条「抵当権は、その担保した債権と分離して他人に譲渡したり、他の債権の担保にすることができない」とする処分制限は、根抵当権にも適用され、被担保債権と分離して処分することができない。しかし、この規定は、被担保債権の処分があれば、根抵当権の処分も常にこれに伴うということを意味するわけではない³⁸⁴。

【韓国判例11】大法院 1968年2月20日 67ダ2543判決

韓国民法第361条は、一般抵当権のみならず、根抵当権の場合にも適用し、被担保債権がない根抵当権のみの譲渡は、法律上の効力がない。

【韓国判例12】光州高等法院 1974年11月8日 74ナ164第2民事部判決：上告 [高集 1974民(2),267]

「抵当権や根抵当権は、その担保する債権と分離して他人に譲渡したり、他の債権の担保にすることができないという法理であるので、本件根抵当権が本来の被担保債権と分離して他の債権を担保するために移転登記されたのであれば、その根抵当権の移転登記は、無効である。」

【韓国判例13】光州地方 1988年6月8日 87ガハップ6第2民事部判決：確定 [下集 1988(2),272]

被担保債権消滅後の根抵当権の譲渡の効力につき、「被担保債務が完済によって消滅した場合は、根抵当権のみの譲渡は、法律上の効力がない」。

なお、根抵当権の基礎となる当事者間の継続的取引関係上の債権者の地位が移転すればこれに随伴して根抵当権も移転し、債務者の地位が移転すれば根抵当権の債務者の変更が生じたとみるべきであり、いずれの場合であっても、このような移転は、根抵当権者と譲受人のほか、債務者も含む三者契約でなければならない³⁸⁵。

II 2004年の韓国民法改正案及び2013年の韓国民法改正試案における根抵当権の譲渡

2004年の韓国民法改正案	2013年の韓国民法改正試案
第357条の5（根抵当権の譲渡）①根抵当権者は、	第357条の3（根抵当権の譲渡）

³⁸⁴ 池元林・前掲注（268）822頁。

³⁸⁵ 郭潤直・前掲注（268）371頁、金相容・前掲注（258）『物権法』757頁。

<p>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2個以上の根抵当権に分割して、第1項の規定によって譲渡することができる。</p>	<p>→規定しないことにした。</p>
--	---------------------

①2004年の韓国民法改正案

2004年の韓国民法改正案第357条の5(以下、本節のⅡの①においては「本条」という)は、根抵当権の譲渡について定める。根抵当権も物権であるので、法の一般原則によって投下資本の回収等のために譲渡できることには異論がないが、根抵当権は、継続的な取引関係によって生ずる不特定多数の債権を担保するため、その基本関係における人的要素が強いことから譲渡することを否認する見解もありうる³⁸⁶。しかし、本質においては、人的要素よりも財産権としての物的要素がより強いので、本条を新設したのである³⁸⁷。

本条の改正作業においては、第1次仮案から第4次仮案までが存在した。それぞれの仮案の内容とその仮案作成時に議論された内容について、以下のように整理する。

[第1次仮案]³⁸⁸

- 第357条の5(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設定者の承諾を得て、その根抵当権を譲渡することができる。
- ②根抵当権者は、その根抵当権を2個以上の根抵当権に分割して、その1つ又は数個を前項の規定によって譲渡することができる。この場合において、その根抵当権を目的とする権利は、譲渡した抵当権について消滅する。本項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要する。
- ③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設定者の承諾を得て、その根抵当権の一部譲渡をして、これを譲受人と共有することができる。
- ④根抵当権の共有者は、各自の債権比率によって弁済を受ける。しかし、元本の確定前に、これと異なる比率を約定したり、又はある者が先に弁済を受けることを約定したときには、その約定による。
- ⑤根抵当権の共有者は、他の共有者の同意を得て、第1項の規定によってその権利を譲渡

³⁸⁶ 法務部・前掲注(3)457頁。

³⁸⁷ 法務部・前掲注(3)457頁。

³⁸⁸ 法務部・前掲注(3)457頁以下。

することができる。

* 議論事項

第 1 次仮案においては、根抵当権の譲渡に関する一般的内容について議論が行われた。すなわち、第 1 項は全部譲渡、第 2 項は分割譲渡、第 3 項は一部譲渡、第 4 項は根抵当権の共有、第 5 項は共有持分の処分について定める。

第一は、「全部譲渡」である（第 1 項）。根抵当権は、その基本契約ないし基本取引とともに第三者に譲渡することができる。この場合に、基本契約ないし基本取引の契約引受が行わなければならないので、根抵当権者である債権者、債務者、譲受人の三者契約が必要である。なお、根抵当権移転の効力が生ずるためには、根抵当権設定者の承諾を要する。なぜならば、根抵当権設定者は、債権者である根抵当権者が誰なのかについて利害関係を有するからである。なお、韓国民法は、日本民法と異なって、根抵当権を完全な流通抵当権の独立価値支配権として認めない。そのため、根抵当権のみの譲渡は効力がなく、その根抵当権の被担保債権とともに譲渡しなければならない。したがって、被担保債権の譲渡に関する要件と根抵当権の譲渡に関する要件（移転の付記登記）をすべて備えなければならない。譲渡人の債権は、譲渡当時の被担保債権であっても、これ以上は担保されない。譲受人の債権は、当該根抵当権の被担保債務の範囲（韓国民法改正案第 357 条の 2）・債務者の基準に適合するものであれば、譲受時にすでに発生したものであっても担保される。しかし、他の債権を担保するためには、被担保債権の範囲と債務者を変更しなければならない。

第二は、「分割譲渡」である（第 2 項）。分割譲渡とは、1 つの根抵当権を 2 つ以上の根抵当権に分割して、その 1 つを根抵当権者に留保して処分する形態である。一部譲渡が 1 つの根抵当権を共同利用するのに対し、分割譲渡はその一部を分離・処分して独立した 2 つ以上の根抵当権となる。譲渡の方法は、基本的に、全部譲渡に類似する。しかし、分割譲渡の場合は、分割譲渡される根抵当権の債権最高額を定めなければならない。なお、分割された根抵当権を目的とする権利がある場合に、その権利は、分割譲渡された根抵当権に対して消滅するので（第 2 項第 2 文）、このような権利者の承諾を要する（第 2 項第 3 文）。譲渡された根抵当権によって担保される譲受人の債権は、譲渡された被担保債権の範囲と債務者の基準に適合した範囲内でのみ担保されるのであって、その他は被担保債権の範囲の変更及び債務者の変更をしなければならない。譲渡の結果によって生じた複数の根抵当

権は同順位であり、分割譲渡された根抵当権を目的とする権利は消滅する。分割譲渡の結果によって生じた複数の根抵当権は、完全に別個独立の存在であるため、譲渡人の債権は譲受人の根抵当権によって担保されない。したがって、譲受人の根抵当権が確定され全部の弁済を受けても最高額が残った場合は、譲渡人は、その残りの最高額を利用することができない。

第三は、「一部譲渡」である（第 3 項）。一部譲渡とは、譲渡人と譲受人の間に根抵当権の共有関係を発生させる処分形態である。譲渡の方法は、全部譲渡と同様である。そして、譲渡の結果、両当事者は、根抵当権を共有し最高額まで優先弁済を受けることができる。両当事者間の比率は、第 4 項による。

第四は、「根抵当権の共有関係」である（第 4 項）。前段は共有者間における優先弁済の配分額を、後段は確定前における共有持分権の処分を定める。根抵当権の共有関係は、根抵当権の一部譲渡のほか、数人が共同で根抵当権を取得した場合、根抵当権を共同相続した場合及び一部譲渡によらないで根抵当権の単独所有者と共有者になろうとする者と設定者との三者契約によって共有関係を生じさせることができる。しかし、一部譲渡による共有が最も多いため、明文化したのである。共有者間の優先弁済は、原則として各自の債権額の比率による。ここにいう債権額とは、配当時に確定された債権をいう。ただし、例外的に当事者が比率を定めた場合は、その比率による。そして、この比率約定によって配当を受けた債権者の優先弁済額と他の債権者の配当総額が最高額にいたらないときは、その債権の全額弁済を受けることができなかつた者の債権に優先弁済されるのであって、後順位根抵当権者に配当されることではない。この点において、分割譲渡と異なる。なお、ある者が先立って債権全額に対して優先弁済を受けたり、配当額の一定率若しくは一定額まで優先弁済を受けることもできる。このような別段の約定又はその変更は、共有者の全員の合意によって確定前においてのみすることができる。この約定又は変更は、物権の変更であるので、登記をしなければ第三者に対して効力が生じない。登記がなければ、当事者間の債権的効力しかない。

第五は、「共有持分の処分」である（第 5 項）。この規定は、一般の共有持分処分に対する特別規定である。共有持分者は、持分の自由処分が禁止され、他の共有者の全員の同意を得なければ処分することができない。処分の範囲は、第 1 項による持分の全部譲渡のみができ、分割・一部譲渡による処分は禁止される。

なお、共有根抵当権の変更・処分は、共有者全員が当事者でなければならない。共有根抵当権の処分も、全共有者が当事者でなければならない。処分の方法は、共有持分の処分とは異なって、全部譲渡のほか、分割譲渡及び一部譲渡もできる。共有根抵当権の確定は、根抵当権の自体に対して生じるものであって、各共有者別に確定されるものではない。すなわち、根抵当権自体の確定事由が生じた時に確定される。

第六は、第 1 項の全部譲渡について、根抵当権設定者の同意を要しないとする意見が提示された。根抵当権は、物権であるため、他人の同意なしに処分することができる。

第七は、第 2 項の但書の必要性について議論が行われた。

第八は、第 3 項における「一部譲渡」を「持分の譲渡」に修正し、第 1 項で統合して規定することが提起された。

第九は、根抵当権の共有に関する第 4 項・第 5 項の位置について議論が行われた。

[第 2 次仮案] ³⁸⁹

第 357 条の 5 (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。

②根抵当権者は、その根抵当権を 2 個以上の根抵当権に分割して、第 1 項の規定によって譲渡することができる。

***議論事項**

第 2 次仮案においては、条文の構成及び内容について議論・修正が行われた。

第一に、「一部譲渡」は、「持分の譲渡」へと表現を修正し、全部譲渡と一緒に規定した(第 1 項)。なお、根抵当権の共有に関する第 4 項と第 5 項は、韓国民法改正案第 357 条の 6 で独立に規定する。したがって、第 1 項は全部譲渡と持分の譲渡、第 2 項は分割譲渡について定める。

第二に、第 2 項の但書は、削除された。韓国の場合は、転抵当を認めないので、根抵当権を目的とする権利はありえないという意見が提示された(李相京委員)。

[第 3 次仮案 (実務委仮案)] ³⁹⁰

第 357 条の 5 (根抵当権の譲渡) ①根抵当権者は、元本の確定前に、根抵当権設定者[又は債務者]の承諾を得て、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。

³⁸⁹ 法務部・前掲注 (3) 464 頁以下。

³⁹⁰ 法務部・前掲注 (3) 465 頁以下。

②根抵当権者は、その根抵当権を 2 個以上の根抵当権に分割して、第 1 項の規定によって譲渡することができる。

*** 議論事項**

第 3 次仮案においては、条文の内容について修正・議論が行われた。

第 1 項における全部譲渡及び持分の譲渡につき、根抵当権設定者の承諾を得ることが妥当であるという意見が提示された（梁彰洙委員）。これに対しては、反対意見が多い（尹眞秀委員・李英俊委員・金相容委員）。

[第 4 次仮案]³⁹¹

第 357 条の 5（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。

②根抵当権者は、その根抵当権を 2 個以上の根抵当権に分割して、第 1 項の規定によって譲渡することができる。

*** 議論事項及びその後の公聴会提示意見など**

第 4 次仮案においては、表現について議論・修正が行われた。

なお、その後の公聴会などでは、以下のような意見が提示された。

第一に、根抵当権を被担保債権と分離して譲渡する必要があるという意見が提示された（金載亨教授³⁹²、尹喆洪教授）。これに対して、否定説と肯定説に分かれた。

否定説（梁彰洙委員、金相容委員）は、以下のような理由を述べる。①改正案は、その被担保債権とともに譲渡することを原則とする。すなわち、第 357 条の 2 との関係において、基本契約と分離して根抵当権のみを譲渡することは、理論的に不可能である。②被担保債権の範囲を変更することができる。したがって、被担保債権の変更に関する合意・変更登記を新たにすることによって、実質的には根抵当権のみを分離して譲渡する効果を与えることができる。

肯定説³⁹³は、次のように、理由を述べる。①立法の傾向及び現実的な必要性（たとえば、

³⁹¹ 法務部・前掲注（3）466 頁以下。

³⁹² 金載亨教授によれば、基本契約とともに根抵当権を譲渡することになると、資産流動化のために、確定前に根抵当権付債権を譲渡しようとする取引の要求に充足させることができないとする。したがって、根抵当権を被担保債権と分離して譲渡することを主張するという。

³⁹³ 李英俊委員の理由：①現実的に必要性がある。ドイツを例にすると、たとえば、銀行が住宅建設資金を貸出して抵当権を設定したとき、その貸出債権が A、B、C、D へ転々と譲渡された場合、抵当権を移転させるためには付記登記をしなければならないが、その費

会社の分割譲渡と分割合併)を考慮する。②譲受人が譲渡人の債務者に対して債権を持っている場合は、認めるべきである。

第二に、「その担保する債権」から「基本契約」への修正意見が提示された(全国銀行連合会)。

第三に、第357条の5第1項の「持分」の意味及び第357条の6第1項の比率約定との関係について意見が提示された(法院行政庁)。前者につき、「持分」とするか、あるいは「一部譲渡」とするかについて議論が行われたが、「持分」とする意見が多数であった。

第四に、根抵当権の一部譲渡、分割譲渡、共同帰属について比較表が作成された(金相容委員)。

<p>根抵当権の持分(一部)譲渡、改正案第357条の5第1項の後段</p>	<p>根抵当権の分割譲渡、改正案第357条の5第2項</p>	<p>根抵当権の共同帰属、契約介入、改正案第357条の6</p>
<p>A,Bは、独自に基本契約とともに根抵当権の準共有持分を処分することができる。</p>	<p>A,Bは、いつでも、独自に根抵当権を処分することができる。A,Bの根抵当権は同順位である。</p>	<p>持分処分もA,Bが合意しなければ、することができない。</p>
<p>根抵当権の実行:両者の合意がなければ、することができない(共有規定を準用)。</p>	<p>各自が独自に実行することができる。</p>	<p>両者は、必ず共同で実行しなければならない(共有規定を準用)。</p>
<p>準共有持分の実行は、持分売却の</p>	<p>各自が根抵当権の目的物のすべて</p>	<p>他の準共有者の同意を得ない</p>

用が相当である。そこで、抵当権のみを銀行からDへ直接移転することができるようにしている。しかし、これに対して、金相容委員は、ドイツの場合は、証券が作成されると証券の交付によって譲渡できる。証券化されていない場合は、…中間省略登記を認める結果になるとした。

李時潤委員の理由:①

尹眞秀委員の理由:①・②

南孝淳委員の理由:①

法院行政庁の理由:金融取引実務では、根抵当権の流通性確保が要求されている。

<p>方法によってすることができる。 準共有持分者が、自己の根抵当権 確定時に、根抵当権目的物のすべ てに対して実行できるとしたら、 一部譲渡と分割譲渡は、結果にお いて同一になる。</p>	<p>を実行することができる。</p>	<p>れば、持分の売却はできない。</p>
---	---------------------	-----------------------

②2013年の韓国民法改正試案

2013年の韓国民法改正試案においては、大きく3つについて議論が行われた。

第一に、根抵当権の譲渡に関する規定の必要性とその方式である³⁹⁴。根抵当権の場合は、抵当権と異なって、被担保債権が消滅しても根抵当権は有効に存続する。金融実務において、根抵当権の流通性を確保することは、重大な関心事であるため、被担保債権と分離して根抵当権のみの譲渡を許容する必要がある（金載亨委員）。これに対して、現在において契約上の地位を譲渡すれば根抵当権の譲渡が可能となるため、被担保債権と分離した根抵当権のみの譲渡を許容すべきであるという実務の要求は、検討すべきである（尹眞秀委員長）。

第二に、被担保債権と分離した根抵当権のみの譲渡に関する規定の必要性である³⁹⁵。

第三に、根抵当権の共同帰属に関する論議である³⁹⁶。2004年の韓国民法改正案第357条の6と同趣旨である、2013年の韓国民法改正試案第357条の4を定める。

第5節 確定

I. 確定事由

韓国における根抵当権は、「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」とする。しかし、ここにいう「確定」、すなわち、確定事由及び確定効果に関する法文上の規定は存在せず、判例・学説によって運用されている。

根抵当権を実行するためには、まず根抵当権が確定されなければならない。したがって、

³⁹⁴ 法務部・前掲注(7) 323頁以下。

³⁹⁵ 法務部・前掲注(7) 325頁以下。

³⁹⁶ 法務部・前掲注(7) 327頁以下。

「確定」の定義は、韓国民法第 357 条における「確定を将来に留保」の解釈と関連して、重要な意味をもつ。

確定³⁹⁷とは、根抵当権の被担保債権の流動・交替する状態が終了することである³⁹⁸。つまり、確定期日の到来又はその他一定の事由によって「不特定債権」が具体的に確定され、その後の発生する元本債権は、当該根抵当権によって担保されないことをいう³⁹⁹。

なお、韓国民法第 357 条における確定の意味について、i) 単純に「確定」のみとする学説と、ii) 被担保債権の対象の「特定」と被担保債権額の「確定」の両方を含むとする学説に分かれるとする⁴⁰⁰。不特定と不確定の概念上の区別は、被担保債権自体が指定されていない場合を「不特定」とし、被担保債権自体は特定されているがその金額が確定されていない場合を「不確定」とする⁴⁰¹。

I - 1. 判例・学説における確定事由

判例・学説における確定事由は、以下のとおりである。

第一に、基本契約における存続期間の満了によって確定される⁴⁰²。

第二に、根抵当権に存続期間の定めがある場合は、その存続期間の満了によって確定される⁴⁰³。根抵当権に存続期間が定められている場合に、その存続期間が満了するときは、基本契約が終了しなくても確定される⁴⁰⁴。なお、根抵当権設定契約で決算期を定めた場合には、その決算期を根抵当権の存続期間と解釈する⁴⁰⁵。

³⁹⁷ 学説では、「根抵当権の確定」又は「被担保債権の確定」とするが、前者の方が多（金相容・前掲注（258）『物権法』755 頁、金載亨・前掲注（264）236 頁など）。

³⁹⁸ 金載亨・前掲注（264）236 頁。

³⁹⁹ 金デギュ「根抵当権の確定に関する研究」法学研究 2 集（1999 年）142 頁。

⁴⁰⁰ 柳昌昊「根抵当権の確定に関する研究」民事法学 25 号（2004 年）48 頁。

⁴⁰¹ 柳昌昊・前掲注（400）48 頁。そして、「債権の確定を将来に保留する」における「確定」とは、単純に根抵当権が不確定債権を担保する抵当権であると解するのではなく、「被担保債権の対象の特定」と「被担保債権額の確定」という 2 つの意味を含んであるという。しかし、同・前掲注（272）216 頁においては、現行韓国民法は、「債務額不確定説」によるものであるとする。

⁴⁰² 金相容・前掲注（263）「韓国における根抵当権の運用現況及び改正方案」17 頁、李銀榮・前掲注（257）813 頁、尹喆洪・前掲注（315）490 頁、池元林・前掲注（268）819 頁。

⁴⁰³ 金相容・前掲注（263）「韓国における根抵当権の運用現況及び改正方案」17 頁、李銀榮・前掲注（257）813 頁、尹喆洪・前掲注（315）490 頁、池元林・前掲注（268）819 頁。

⁴⁰⁴ 李銀榮・前掲注（257）814 頁。

⁴⁰⁵ 李銀榮・前掲注（257）814 頁。

第三に、基本契約又は根抵当権設定契約が解止又は解除されたときは、確定される⁴⁰⁶。すなわち、基本契約又は根抵当権設定契約で存続期間ないし決算期を定めなかった場合は、基本契約の解止又は解除によって確定される⁴⁰⁷。なお、基本契約に期間の定めがあるとしても、債務者が取引を継続する意思がない場合には、その期間到来前に基本契約を解止することができる⁴⁰⁸。そして、判例は、「内容証明郵便で根抵当権設定契約の解止の意思表示をした事実から、根抵当権の被担保債務の確定を請求することができ、その被担保債務がなければ根抵当権の抹消を請求することができる」とした（【韓国判例 14】）。

【韓国判例 14】 大法院 1996 年 10 月 29 日 95 다투 2494 判決[公 1996.12.15.(24),3509]

「継続的取引契約による債務を担保するため存続期間の約定がない根抵当権を設定した場合に、その取引関係が終了することによって被担保債務として予定された元本債務がこれ以上発生する可能性がなくなったときには、残存する債務が根抵当権によって担保される債務として確定され、なお、根抵当権を設定した債務者や物上保証人は、根抵当権者に対する意思表示によって被担保債務の確定を請求することができ、その確定時に被担保債務が存在しないのであれば、根抵当権の抹消を請求することができる。」

【韓国判例 14】は、「取引関係の終了」があるときは、確定請求をすることができるし、確定時に被担保債務が存在しなければ根抵当権の抹消を請求することができるとした。その取引関係の終了の原因として、「内容証明郵便による根抵当権設定契約の解止の意思表示」を挙げている。

第四に、根抵当権者の競売申請によって確定される（【韓国判例 15】）⁴⁰⁹。

【韓国判例 15】 大法院 1993 年 3 月 12 日 92 다투 48567 判決[公 1993.5.1.(943),1167]

「根抵当権者が被担保債務の不履行によって競売申請をした場合は、競売申請時に根抵当権が確定され、根抵当権が確定されればその後の発生する元本債権は当該根抵当権によって担保されないが、根抵当権者が競売申請を実際にしたのではなく、ただ競売申請をしようとする態度でとどまったなら、根抵当権が確定されたとすることはできない。」

⁴⁰⁶ 金相容・前掲注（263）「韓国における根抵当権の運用現況及び改正方案」17頁、尹喆洪・前掲注（315）490頁。

⁴⁰⁷ 金相容・前掲注（263）「韓国における根抵当権の運用現況及び改正方案」17頁。

⁴⁰⁸ 李銀榮・前掲注（257）814頁。そして、基本契約が債務不履行又は信用不良などの事由によって中途解止された場合に、その解止によって契約が終了され、被担保債権は、確定されるとする。

⁴⁰⁹ 金相容・前掲注（263）「韓国における根抵当権の運用現況及び改正方案」17頁、尹喆洪・前掲注（315）490頁、池元林・前掲注（268）819頁。

【韓国判例 15】は、根抵当権者の競売申請が確定事由であること、その確定時期は競売申請時であることを明確にするうえで、実際に競売が行われていなかった場合は確定されたとすることはできないとした。

第五に、根抵当権者ではない第三者による競売申請である⁴¹⁰。しかし、確定時期につき、「競売開始時」とする説と「競落代金納入期日」とする説に分かれており、前者が通説である⁴¹¹。なお、判例は、後者の立場をとり、以下のように判断する（【韓国判例 16】）。

【韓国判例 16】大法院 1999 年 9 月 21 日 99 ダ 26085 判決[集 47(2)民,39;公 1999.11.1.(93),2200]

「根抵当権者は抵当不動産について競売申請をしなかったが、他の債権者が抵当不動産について競売申請をした場合、民事訴訟法第 608 条第 2 項、第 728 条の規定によって競売申請をしない根抵当権者の根抵当権も競落によって消滅する。したがって、他の債権者が競売を申請し、競売手続が開始された時から競落によって当該根抵当権が消滅するまでのある時点をもって根抵当権の被担保債権も確定したとみななければならない。すなわち、いつ根抵当権の被担保債権が確定されるかについて、わが民法は、何ら規定を置いていない。…省略…不動産競売手続において競売申請記入登記以前に登記されている根抵当権は、競落によって消滅される代わりに根抵当権者は民事訴訟法第 605 条が定める配当要求をしなくても当然にその順位によって配当を受ける。したがって、先順位根抵当権が設定されている不動産について根抵当権を取得する取引をしようとする者は、先順位根抵当権の債権最高額相当の担保価値はすでに先順位根抵当権者によって把握されていることとして取引を行うので、担保権実行のための競売手続が開始されたことを先順位根抵当権者が知った時以後のある時点で先順位根抵当権の被担保債務額が増加したとしても、増加した被担保債務額が先順位根抵当権の債権最高額の限度内であれば競売を申請した後順位根抵当権者が予測できない損害を被ったとはいえない。反面、先順位根抵当権者は、自身が競売申請をしなかったけれども競落によって根抵当権を喪失する立場に置かれるため、取引の安全を害しない限度内で先順位根抵当権者が把握した担保価値を最大限活用できるようにすることが妥当であり、後順位根抵当権者が競売を申請した場合に、先順位根抵当権の被担保

⁴¹⁰ 金相容・前掲注（263）「韓国における根抵当権の運用現況及び改正方案」18 頁、尹喆洪・前掲注（315）490 頁、池元林・前掲注（268）820 頁。

⁴¹¹ 金相容・前掲注（263）「韓国における根抵当権の運用現況及び改正方案」18 頁、池元林・前掲注（268）820 頁。

債権は、その根抵当権が消滅する時期すなわち競落人が競落代金を完納した時に確定されたとみななければならない（下線筆者）。」

第六に、債務者又は物上保証人についての破産宣告である⁴¹²。なお、回生手続（会社整理手続）の開始については、学説上対立があるが、判例は確定事由とする（【韓国判例 17】）。

【韓国判例 17】 大法院 2001 年 6 月 1 日 99 ダ 66649 判決[未刊行]

「根抵当権が設定された後、債務者又は根抵当権設定者について会社整理手続開始決定がなされた場合、その根抵当権の被担保債務は、会社整理手続開始決定の時点を基準として確定されたものとみななければならないし、その後、根抵当権者が整理会社又は整理会社の管理人にその事業の経営のために追加で金員を融資することによって別途債権を取得したとしても、この債権が上記根抵当権によって担保される余地はない。」

第七に、資産流動化に関する法律第 7 条の 2 の被担保債権の確定事由である⁴¹³。これによると、「資産流動化計画によって譲渡又は信託しようとする流動化資産が根抵当権によって担保された債権である場合には、資産保有者が債務者に根抵当権によって担保された債権の金額を定めて追加の債権を発生させないでその債権の全部を譲渡又は信託する意思を記載した通知書を内容証明郵便で発送したときには、通知書を発送した翌日に当該債権は、確定されたものとみる。ただし、債務者が 10 日以内に異議を提議したときには、この限りでない」とする。

I - 2. 2004 年の韓国民法改正案及び 2013 年の韓国民法改正試案における確定事由

2004 年の韓国民法改正案	2013 年の韓国民法改正試案
<p>第 357 条の 10（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 3 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、この限りでない。</p> <p>②第 1 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 2 週間が経過することによって確定される。</p>	<p>第 357 条の 9（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 3 年が経過したときには、元本の確定を請求することができる。この場合において、元本は、その請求時から 2 週間が経過したときに確定される。</p> <p>②根抵当権者は、いつでも、元本の確定を請求することができる。この場合において、元本は、その請求時に確定される。</p>

⁴¹² 金相容・前掲注（263）「韓国における根抵当権の運用現況及び改正方案」18 頁、池元林・前掲注（268）821 頁。

⁴¹³ 尹富讚・前掲注（254）321 頁、池元林・前掲注（268）821 頁。

<p>③第1項の本文の確定請求権は、あらかじめ放棄することができない。</p>	<p>③第1項の確定請求権は、あらかじめ放棄することができない。</p> <p>④第1項、第2項は、元本の確定時期を約定した場合は、適用されない。</p>
<p>第357条の11（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370条によって準用される第342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2週間が経過したとき</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1項第4号の競売手続の開始又は差押えや第5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、この限りでない。</p>	<p>第357条の10（元本の確定事由） ①根抵当権が担保すべき元本は、次の各号の場合に確定される。</p> <p>一 根抵当権者が抵当不動産に対して競売又は第370条によって準用される第342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日から2週間が経過したとき</p> <p>四 債務者又は根抵当権設定者が破産宣告又は回生手続の開始決定を受けたとき</p> <p>②第1項第3号の競売手続の開始又は差押えや第4号の破産宣告又は回生手続の開始決定がその効力失ったときには、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、この限りでない。</p>

①2004年の韓国民法改正案の確定事由

①-1. 確定請求権

2004年の韓国民法改正案第357条の10（以下、本節のI-2の①-1においては「本条」という）は、元本の確定請求権について定める。元本の確定期日の定めがない場合は、根抵当権設定者に長期間にわたる根抵当権の拘束という不利益が生じるので、救済措置が

必要である⁴¹⁴。債務者が根抵当権設定者である場合は、基本取引関係を終了することによって元本を確定させることができるが、根抵当権設定者が物上保証人や第三取得者の場合には、確定請求権を認める必要があり、本条が新設されたのである⁴¹⁵。

本条の改正作業においては、第1次仮案から第2次仮案までが存在した。それぞれの仮案の内容とその仮案作成時に議論された内容について、以下のように整理する。

[第1次仮案]⁴¹⁶

第357条の10（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3年が経過したときには、担保すべき元本の確定を請求することができる。しかし、担保すべき元本の確定期間を約定したときには、この限りでない。

②前項の請求があるときには、担保すべき元本は、その請求時から2週間が経過することによって確定される。

***議論事項**

第1次仮案においては、確定請求に関する一般的内容及び累積根抵当権との関係について議論が行われた。

第一に、確定請求権は、根抵当権設定者（第三取得者を含む）の一方の意思表示によって元本を確定させる形成権である。確定請求権の発生要件は、①確定期日の定めがないこと、すなわち、確定期日の定めがある場合は、当事者間には登記なくても効力が生ずるので、確定請求をすることはできない。しかし、登記なしでは物権的効力が生じないので、当事者以外、たとえば第三取得者のような第三者は、確定請求をすることができる。②根抵当権が共有の場合は根抵当権者の全員に対して請求し、根抵当権設定者が数人の場合（担保目的物の共有）は全員が共同で請求しなければならない。確定請求は、保存行為ではなく、処分行為だからである。③確定請求権をあらかじめ放棄する特約は、無効である。根抵当権設定者の保護のための強行規定だからである。④確定時期は、確定請求の意思表示が根抵当権者に到達してから2週間が経過したときに、効力が生ずる。⑤共同根抵当権者の全員に対して又は根抵当権設定者の全員が確定請求をなすときは、最後の到達日から2

⁴¹⁴ 法務部・前掲注（3）515頁。

⁴¹⁵ 法務部・前掲注（3）515頁。

⁴¹⁶ 法務部・前掲注（3）515頁以下。

週間が経過したときに効力が生ずる。なお、事情変更に基づく確定請求については、日本の判例⁴¹⁷を引用して、根抵当権設定契約を解約してその元本の確定を請求することができるとした。

第二に、累積根抵当権と関連する確定請求権の立法必要性が提起された（李銀榮委員）。

【第 2 次仮案（実務委仮案）】⁴¹⁸

第 357 条の 10（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 3 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期間を約定した場合には、この限りでない。

②第 1 項の請求があるときには、担保すべき元本は、その請求時から 2 週間が経過することによって確定される。

*** 議論事項及びその後の公聴会提示意見など**

第 2 次仮案においては、表現について議論・修正が行われた。

なお、その後の公聴会などでは、以下のような意見・問題が提起された。

第一に、確定請求権を放棄する特約はできるのか。もし、確定請求権に関する規定が強行規定であるなら、その旨を明確にすべきである（ハンサンホ弁護士）。これについて、第 1 項は、強行規定と解釈されるので、確定放棄の特約は無効であり、立法をしてもよい（金相容委員）。これに対して、第 1 項を強行規定と解釈することは、妥当でないとする反対意見（尹眞秀委員）が提示された。

第二に、第 2 項において、確定請求の意思表示が根抵当権者に到達した日から起算されることを明確にすべきである（ハンサンホ弁護士）。

第三に、判例上の信義則による元本確定請求権も明文文化すべきである（ハンサンホ弁護士）。

第四に、日本における「平成 15 年の改正根抵当権」に関する内容である。すなわち、根抵当権設定者だけでなく、根抵当権者にも確定請求権を付与する内容（日本民法第 398 条の 19 第 2 項）を韓国民法改正案に導入すべきかについての議論である。これにつき、①「確定期日の定めがない場合に、根抵当権者は、いつでも確定を請求することができる」と定めると、根抵当権者と根抵当権設定者を不平等に扱うことになる。なお、根抵当権の存続を望む債務者にとって不利益である。②日本の場合、取引が継続しているときでも、

⁴¹⁷ 【日本判例】最高裁昭和 42 年 1 月 31 日民集 21 卷 1 号 43 頁。

⁴¹⁸ 法務部・前掲注（3）516 頁以下。

いつでも確定請求ができる。そこで、契約は存続しているのに根抵当権が確定してしまう結果となり、不当である（李銀榮委員）。③基本契約は存在するのに、根抵当権が確定されてこれ以上金銭借用ができなくなると、債務者にとって不利益になる（金相容委員）。これに対して、基本契約存続中に根抵当権者から確定請求権の行使があったときは、信義則によとする（李英俊委員）。④根抵当権者が、基本契約はそのまま置いて根抵当権を確定させ自分に不利な権利を行使することも、権利として認める（南孝淳委員）。⑤日本の場合は、バブル経済崩壊による不良債権の処理問題から改正が行われた（金相容委員）。韓国においても不良債権の問題は、深刻である（李英俊委員）。⑥韓国では存続期間の約定の有無を問わず、抵当権を流動化しようとするときは、特別法である韓国資産流動化に関する法律第7条の2（根抵当権によって担保された債権の確定）によって根抵当権者が確定請求できるようになっている（金相容委員）。①から⑥までの意見などを前提に議論した結果、日本の「平成15年の改正根抵当権」は、反映しないことにした。

①-2. 確定事由

2004年の韓国民法改正案第357条の11（以下、本節のI-2の①-2においては「本条」という）は、元本の確定事由について定める。「根抵当権は、決算期に確定される被担保債権についての優先弁済を本質的要素とするので、確定事由及びその時期は、重要な事項である。しかし、韓国民法典には、確定事由とその時期に関する規定がない。このような立法の不備から学説・実務上混乱が生じていたので、この点を明確にするために本条を新設したのである」⁴¹⁹。

本条の改正作業においては、第1次仮案から第5次仮案までが存在した。それぞれの仮案の内容とその仮案作成時に議論された内容について、以下のように整理する。

[第1次仮案]⁴²⁰

第357条の11（元本の確定事由と確定時期） ①次の場合には、根抵当権が担保すべき元本が確定される。

一 担保すべき債権の範囲の変更、取引の終了、その他の事由によって担保すべき元本がこれ以上発生しないことになったとき

二 根抵当権者が抵当不動産に関して競売の申請又は第370条によって準用される第342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に限

⁴¹⁹ 法務部・前掲注(3) 523頁。

⁴²⁰ 法務部・前掲注(3) 524頁以下。

る。

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

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ときから2週間が経過したとき

五 債務者又は根抵当権設定者が破産宣告を受けたとき

②第4号の競売手続の開始又は差押え及び第5号の破産宣告の効力が消滅したときには、担保すべき元本は、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又はそれを目的とする権利を取得した者があるときには、この限りでない。

*議論事項

第1次仮案においては、確定事由に関する一般的内容と表現の修正について議論が行われた。

第一に、本条で掲げる確定事由のほかに、①当事者間に確定期日の定めがある場合は、その確定期日の到来、②根抵当権者又は債務者に相続又は合併がある場合、③確定期日の定めがない場合において、確定請求があったとき、④事情変更による確定請求が挙げられる。

第二に、第1項第1号は、「担保すべき債権の範囲の変更、取引の終了、その他の事由によって担保すべき元本がこれ以上発生しないことになったとき」と定める。

①「担保すべき債権の範囲の変更による場合」とは、たとえば、特定債権のみを被担保債権の範囲とした場合である。

②「取引の終了」とは、被担保債権の範囲である特定の継続的な取引又は一定の種類取引が終了した場合を意味する。このような取引が終了すると、継続的発生する不特定の債権を担保するという根抵当権の性質はなくなるので、確定事由としたのである。

③「その他の事由」とは、当事者間の合意で確定させる場合、あるいは、特定原因を被担保債権の原因としたときにその特定原因が消滅した場合などである。なお、債務者又は根抵当権者である法人に和解、会社整理手続、解散等の事由がある場合に、それが確定事由になるのかについては、学説上激しい対立があるので、学説・判例が集積するまでは学説・判例に委ねて、今回の改正には、確定事由としないことにした。

第二に、第1項第2号は、「根抵当権者が抵当不動産に関して競売又は物上代位による差押えの申請があるとき。ただし、競売手続の開始又は差押えがある場合に限る」と定める。

「根抵当権者が競売を申請する場合」とは、当該の根抵当権に限らず、一般債権によって強制競売を申請した場合はもちろん、同一不動産上の他の担保権による場合であっても差し支えない。なぜならば、このような場合には、債務者との取引をこれ以上しないという根抵当権者の意思が推断されるからである。このような申請があった場合においても、その申請の取り下げ等の理由で競売手続が開始されなかつたり・差押えにならなかつたときは、確定されない。しかし、競売手続が開始されたり・差押えになると、その後に競売開始決定や差押決定が取り消されても、一旦発生した確定の効力は、消滅しない。この点において、第三者による競売などと異なる。なぜならば、根抵当権者自らが取引切断の意思を示したからである。

第三に、第1項第3号は、「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」と定める。滞納処分による債権徴収に限定するので、国家又は公共団体が根抵当権者である。上述したように、根抵当権による差押えだけではなく、他の債権による差押えにおいても同様であり、差押えの効力が消滅しても確定の効果に変わりはない。

第四に、第1項第4号は、「第三者による抵当不動産に対する競売手続開始又は滞納処分による差押えがある場合に、根抵当権者がその事実を知った日から2週間が経過したとき」と定める。第三者による競売手続開始又は差押えが確定事由になることについて異論はないが、元本がいつ確定されるのかについては、対立する。通説は、競売開始決定時とし、少数説は、競落代金納付時とする。なお、判例（【韓国判例】大法院1999年9月21日99ダ26085）は、少数説と同様に競落代金時とした。第1項第4号は、根抵当権者の意思によらないで根抵当権が確定される。そこで、根抵当権者がその事実を知った日から2週間という猶予期間を付与して確定時期とする。

第五に、第2項は、第三者による競売手続開始又は差押えがあった後にも、その効力が消滅したら、確定されないと定める。しかし、すでに元本債権が確定されたものとしてその根抵当権又はそれを目的とする権利を取得した者（根抵当権の譲受人等）がいる場合には、その根抵当権の確定を基礎として新しい取引関係を結んだ者を保護する必要がある。したがって、取引の動的安定のために、根抵当権者の意思に反しても、根抵当権は、確定される（第2項の但書）。

第六に、根抵当権者の債権者が根抵当権を代位行使して競売申請をした場合に、これを根抵当権者の競売申請（第1項第2号）とみるべきか、あるいは第三者の競売申請（第1

項第 4 号) とみるべきかが問題となる。この問題については、日本の学説の解決論を引用して、第 4 号とした。

第七に、第 1 項第 5 号は、「債務者又は根抵当権設定者が破産宣告を受けた場合」と定める。第 5 号も根抵当権者の意思によらない場合であるので、破産宣告の効力が消滅したら、確定の効力は生じない。ただし、根抵当権又はこれを目的とする権利を取得した者がいる場合には、確定される。その理由は、上記と同様である。

第八に、第 1 項第 1 号の「担保すべき債権の範囲の変更、取引の終了、その他の事由によって担保すべき元本がこれ以上発生しないことになったとき」を「担保すべき元本がこれ以上発生しないことになったとき」へと修正するという意見が提示された。なぜならば、担保すべき債権の範囲の変更、取引の終了、その他の事由は、例示にすぎないからである。

第九に、第 2 項の「それを目的とする権利」を修正するか、あるいは削除するという意見が提示された。韓国において、根抵当権を目的とする権利は存在しないので、根抵当権の譲渡に関する韓国民法改正案第 357 条の 5 においても削除された。

[第 2 次仮案]⁴²¹

第 357 条の 11 (元本の確定事由と確定時期) ①次の各号の場合には、根抵当権が担保すべき元本が確定される。

- 一 担保すべき元本がこれ以上発生しないことになったとき
- 二 根抵当権者が抵当不動産に関して競売の申請又は物上代位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に限る。
- 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
- 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ときから 2 週間が経過したとき
- 五 債務者又は根抵当権設定者が破産宣告を受けたとき

②第 1 項第 4 号の競売手続の開始又は差押え及び第 5 号の破産宣告の効力が消滅したときには、担保すべき元本は、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又はこれを目的とする権利を取得した者があるときには、この限りでない。

* 議論事項

第 2 次仮案においては、表現の修正及び会社整理手続について議論が行われた。

⁴²¹ 法務部・前掲注 (3) 531 頁以下。

第一に、会社整理手続が開始された場合において、元本が確定されるという意見が提示された（尹眞秀委員）。

第二に、第 1 項第 5 号を「債務者又は根抵当権設定者が破産宣告又は会社整理開始決定を受けたとき」へと修正するという意見が提示された。第 2 項においても「第 5 号の破産宣告の効力が消滅したとき」から「第 5 号の破産宣告又は会社整理開始決定の効力が消滅したとき」へと修正が行われた。

[第 3 次仮案]⁴²²

第 357 条の 11（元本の確定事由と確定時期） ①次の各号の場合には、根抵当権が担保すべき元本が確定される。

第 1 号から第 4 号（第 2 次仮案と同一）

五 債務者又は根抵当権設定者が破産宣告又は会社整理開始決定を受けたとき

②第 1 項第 4 号の競売手続の開始又は差押え及び第 5 号の破産宣告又は会社整理開始決定の効力が消滅したときには、担保すべき元本は、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、この限りでない。

*** 議論事項**

第 3 次仮案においては、第 1 項第 5 号及び第 2 項の「会社整理開始決定」を「会社整理手続の開始決定」へと修正するという意見が提示された（李相京委員）。

[第 4 次仮案]⁴²³

第 357 条の 11（元本の確定事由と確定時期） ①次の各号の場合には、根抵当権が担保すべき元本が確定される。

一 担保すべき元本がこれ以上発生しないことになったとき

二 根抵当権者が抵当不動産に関して競売の申請又は第 370 条によって準用される第 342 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に限る。

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

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ときから 2 週間が経過したとき

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

⁴²² 法務部・前掲注（3）532 頁。

⁴²³ 法務部・前掲注（3）532 頁以下。

②第1項第4号の競売手続の開始又は差押え及び第5号の破産宣告又は会社整理手続の開始決定の効力が消滅したときには、担保すべき元本は、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、この限りでない。

***議論事項**

第4次仮案においては、第3次仮案の表現の修正意見が反映された。

[第5次仮案（実務委仮案）]⁴²⁴

第357条の11（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。

- 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
- 二 根抵当権者が抵当不動産に対して競売又は第370条によって準用される第342条による差押えを申請したとき。ただし、競売手続が開始されたり、差押えが行われた場合に限る。
- 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
- 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2週間が経過したとき
- 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

②第1項第4号の競売手続の開始又は差押えや第5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、この限りでない。

***議論事項及びその後の公聴会提示意見など**

第5次仮案においては、表現について議論・修正が行われた。

なお、その後の公聴会などでは、以下のような意見が提示された。

第一に、第1項第4号の「2週間」の期間について議論が行われた。2週間の猶予期間が短すぎるので、根抵当権者に不利益を与えるおそれがあるという意見（ハンサンホ弁護士）と、反対に2週間の猶予期間を根抵当権者が悪用する余地があるので、競売手続開始を知った日の翌日に確定することが合理的であるという意見（イジョンデ農協支店長：なぜならば、先順位抵当権者が2週間の間に被担保債権額を増やすと、後順位権者などが不利益を被ることになるからである）が提示された。

⁴²⁴ 法務部・前掲注（3）533頁以下。

第二に、根抵当権者の債権者が根抵当権を代位して競売を申請する場合、根抵当権者の保護のために、第1項第2号ではなく、第4号に該当することを明確にする必要があるという意見が提示された（ハンサンホ弁護士）。これについては、賛成する見解（金相容委員：第1項第2号は根抵当権者が直接に競売を申請する場合、第4号は根抵当権者ではない者が競売を申請する場合の規定であるので、根抵当権者の債権者が代位して競売申請をする場合は当然に第4号に該当する）と、第2号に該当するという見解（尹眞秀委員、梁彰洙委員）に分かれた。

第三に、法院行政庁から以下のような意見が提示された。第1項第4号は、大法院の判例に反する規定である。もし、第4号を存置すると、根抵当権者が数人いる抵当不動産を競売するときに、競売法院は、各抵当権者が抵当不動産の競売手続開始があったことを知った日（概ね「債権申告催告書」の到達日であろう）を一々確認しなければならない。さらに、競売手続の開始の事実を売却代金の完納時まで知らなかった根抵当権者がいる場合の処理方法などが困難である。したがって、第4号の元本の確定時期を売却代金完納時と統一することを提示するとした。

②2013年の韓国民法改正試案

2013年の韓国民法改正試案第357条の10（以下、本節のI-2の②においては「本条」という）は、確定事由について定める。

本条の改正作業においては、金載亨委員による条文案と分科委員会案が存在するが、後者は前者と同様であるため、以下では、前者のみをとりあげる。

【金載亨委員による条文案】⁴²⁵

第357条の9（被担保債権の確定事由） ①根抵当権の被担保債権は、次の各号の場合に、確定される。

- 一 根抵当権者が抵当不動産に対して競売又は第370条によって準用される第342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に限る。
- 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
- 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日から2週間が経過したとき
- 四 債務者又は根抵当権設定者が破産宣告又は更生手続の開始決定を受けたとき

⁴²⁵ 法務部・前掲注（7）335頁以下。

②第1項第3号の競売手続の開始又は差押えや第4号の破産宣告又は回生手続の開始決定がその効力を失ったときには、被担保債権は、確定されないものとみる。しかし、被担保債権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、この限りでない。

*議論事項

金載亨委員による条文案においては、以下の2つについて議論が行われた。

第一に、2004年の韓国民法改正案における確定事由には「担保すべき元本がこれ以上発生しなくなったとき」が含まれていたが、根抵当権者による確定請求権を認めたので、削除した（金載亨委員）。

第二に、第1項第3号に関連して、判例は、競落代金完納時を確定時期とする。しかし、競売開始時は早すぎて、競落代金完納時は遅すぎるので、折衷案として第3号のように定めたのである（金載亨委員）。

II. 確定の効果

II-1. 確定後の根抵当権の性格

根抵当権の確定後は、その特定された被担保債権のみを担保する。すなわち、確定以後、取引関係から債権が発生しても、その債権は、被担保債権に含まれない⁴²⁶。しかし、確定後に発生する利子や遅延損害金の債権は、債権最高額の範囲内で担保される⁴²⁷。

なお、確定後の普通抵当権への転換について、判例⁴²⁸・通説⁴²⁹は、肯定説をとる。これに対して、金載亨先生は、根抵当権が確定されても普通抵当権に転換されないとし、その理由を以下のように述べる。根抵当権の確定後に発生する元本債権は担保されないが、確定後においても利子等は根抵当権が実行されるまで最高額の範囲内で担保される。根抵当権が確定されるということは、その確定時に債権元本が特定され、その後発生する債権元本は根抵当権によって担保されないことである。しかし、被担保債権を最高額の限度にして担保するという性質は依然として有するので、普通抵当権に転換されるという表現は適切で

⁴²⁶ 【韓国判例】大法院 1988年10月11日 87ダカ 545、大法院 1989年11月28日 89ダカ 15601、大法院 1991年9月10日 91ダ 17979。

⁴²⁷ 宋徳洙・前掲注(268) 798頁。なお、【韓国判例】大法院 2007年4月26日 2005ダ 38300がある。

⁴²⁸ 【韓国判例】大法院 1963年2月7日 62ダ 796、大法院 2002年11月26日 2001ダ 73022。

⁴²⁹ 郭潤直・前掲注(268) 370頁、金相容・前掲注(258)『物権法』755頁、李銀榮・前掲注(257) 814頁、宋徳洙・前掲注(268) 798頁。

ない。そして、ドイツでは、債権が確定されたとしても最高額抵当権の法的性質は変わらないとする⁴³⁰。

II-2. 2004年の韓国民法改正案及び2013年の韓国民法改正試案における債権最高額の減額請求権

2004年の韓国民法改正案	2013年の韓国民法改正試案
<p>第 357 条の 12 (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 1 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>第 357 条の 11 (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並びに以後 2 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において、減額することを請求することができる。</p>

①2004年の韓国民法改正案

2004年の韓国民法改正案第 357 条の 12 (以下、本節の II-2 の①においては「本条」という) は、債権最高額の減額請求について定める。根抵当権は、確定後も利子、遅延利子について債権最高額まで優先弁済を受けることができるので、根抵当権者は、確定された被担保債権額が債権最高額にいたらない場合は、利子や遅延利子の稼ぎのためにそのまま放置するおそれがある⁴³¹。そうすると、根抵当権設定者が後順位抵当権を設定したり・当該不動産を処分するのに支障が生じうるので、これを防止するために本条が新設されたのである⁴³²。

本条の改正作業においては、第 1 次仮案から第 5 次仮案までが存在した。それぞれの仮案の内容とその仮案作成時に議論された内容について、以下のように整理する。

[第 1 次仮案]⁴³³

第 357 条の 12 (債権最高額の減額請求) ①元本の確定後に、根抵当権設定者は、その根抵当権の債権最高額を現存する債務額と以後 1 年間発生する利子その他の定期金及び債務不履行による損害賠償で減額することを請求することができる。

②元本の確定前においても、根抵当権設定者は、債権最高額が被担保債権から発生が予想される債権額を著しく超過するときには、その予想額の範囲で減額を請求することができる

⁴³⁰ 金載亨・前掲注 (264) 276 頁。

⁴³¹ 法務部・前掲注 (3) 537 頁。

⁴³² 法務部・前掲注 (3) 537 頁。

⁴³³ 法務部・前掲注 (3) 537 頁以下。

る。

*** 議論事項**

第 1 次仮案においては、減額請求権に関する一般的内容について議論が行われた。

第一に、減額請求権は、形成権である。根抵当権設定者の根抵当権者に対する一方的意思表示によって効力が生ずる。

第二に、第 1 項は、減額請求の範囲について定める。第 2 項は、経済的弱者である設定者を保護するために設けられた規定である。ただし、いかなる事由をもって著しいと言えるのかについては、今後の判例・学説に委ねる。

[第 2 次仮案]⁴³⁴

第 357 条の 12（債権最高額の減額請求） ①元本の確定前に、根抵当権設定者は、債権最高額が被担保債権から発生が予想される債権額を不当に過大に超過したときには、その予想額の範囲で減額を請求することができる。

②元本の確定後においても、根抵当権設定者は、その根抵当権の債権最高額を現存する債務額と以後 1 年間発生する利子その他の定期金及び債務不履行による損害賠償で減額することを請求することができる。

*** 議論事項**

第 2 次仮案においては、第 2 項における 1 年という期間が短すぎるという意見が提示された。

[第 3 次仮案（実務委仮案）]⁴³⁵

第 357 条の 12（債権最高額の減額請求） ①元本の確定前に、根抵当権設定者は、債権最高額の発生が予想される被担保債権の額を不当に過大に超過したときには、債権最高額を適切な額の範囲で減額することを請求することができる。

②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 1 年間発生する利子その他の定期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。

*** 議論事項**

第 3 次仮案においては、表現の修正及び利害関係人との関係について議論が行われた。

第一に、債権最高額を減額する場合に、利害関係者、すなわち、差押債権者・質権者等

⁴³⁴ 法務部・前掲注 (3) 538 頁以下。

⁴³⁵ 法務部・前掲注 (3) 539 頁。

の同意が必要とする意見が提示された（金相容委員）。これに対して、不当に過大な部分を減額することであるから、同意は、不要であるという反対意見が提示された。

第二に、確定後における普通抵当権への転換と関連して、減額請求権の必要性についての意見が提示された（金相容委員）。

[第 4 次仮案] ⁴³⁶

第 357 条の 12（債権最高額の減額請求） ①元本の確定前に、根抵当権設定者は、債権最高額が被担保債権から発生が予想される債権額を不当に過大に超過したときには、その予想額の範囲で減額を請求することができる。

②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 1 年間発生する利子その他の定期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。

*** 議論事項及びその後の公聴会提示意見など**

第 4 次仮案においては、表現について議論・修正が行われた。

なお、その後の公聴会などでは、以下のような意見が提示された。

第一に、競売実務上、短期間で根抵当権が実行されるかは疑問であり、第 2 項の 1 年間は短すぎる。したがって、根抵当権者にとって酷である（金載亨教授、ハンサンホ弁護士、尹喆洪教授）。

第二に、確定前における減額請求権を削除する（金載亨教授、尹喆洪教授）。

第三に、減額請求の場合は、登記が必要である。登記なくして効力が生ずると、登記された債権最高額を信頼して取引することができなくなるという問題が発生する（金載亨教授）。

第四に、定期金は、何を意味するか。違約金へと修正する。

[第 5 次仮案] ⁴³⁷

第 357 条の 12（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 1 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。

*** 議論事項及びその後の公聴会提示意見など**

第 5 次仮案においては、表現について議論・修正が行われた。

⁴³⁶ 法務部・前掲注 (3) 539 頁以下。

⁴³⁷ 法務部・前掲注 (3) 541 頁以下。

なお、その後の公聴会などでは、以下のような意見が提示された。

第一に、法院行政庁は、以下の 5 つの理由をもって減額請求権の立法に反対した。①減額請求権の立法必要性及び実益である。②実務においては、韓国民法第 360 条の但書の制限を回避するために、普通抵当権を根抵当権として登記するが多い。なお、後順位者は、先順位根抵当権の最高額の担保価値を把握して取引を行う。③韓国民法第 360 条が適用される場合に、その利子計算における実務上の困難が予想される。④減額請求訴訟がなされると、裁判の終結まで、競売法院による配当手続は、事実上中断されることになり、配当手続が著しく遅延される場合が生じうる。⑤もし規定を存置するなら、その表現を明確にしなければならない。すなわち、1 年間の期間で制限されるのが遅延利子だけであるか、あるいは、本来の約定利子も含まれるかを明確にしなければならない。

第二に、上記の法院行政庁の意見については、学説上見解が分かれた。①根抵当権は、確定されれば抵当権に転換し韓国民法第 360 条が適用されるので、減額請求権に関する定めは、なくてもよい。しかし、判例の趣旨は異なるので、もし規定を存置するのであれば、韓国民法第 360 条で定める範囲内で請求するように、修正すべきである（金相容委員）。②抵当実行の段階で減額請求をするということは、競売手続の遅延の目的にほかならないので、このような請求は、認めないのが妥当である（梁彰洙委員）。③担保価値の活用の側面（徐敏委員）・弱者保護の観点（李時潤委員）・正しくない金融慣行を変える点（白泰昇委員）において、減額請求は、意義があるという意見が提示された。

第三に、減額請求の範囲、すなわち、計算方式が提示された（金相容委員）。

<韓国>

・韓国民法改正案第 357 条の 12：現存する債務額+1 年間発生する利子+違約金+債務不履行による損害額

・韓国民法第 360 条：元本+利子+違約金+実行費用+1 年分の債務不履行による損害額

<日本>

・日本民法第 398 条の 21：現存する債務額+2 年間発生する利子+2 年間の定期金+2 年間の債務不履行による損害額

・日本民法第 357 条：元本+2 年分の利子+2 年分の定期金+2 年分の債務不履行による損害額

なお、韓国の場合、利子を除いて、違約金及び債務不履行による損害額に関する期間制限が提示されていないので、減額する金額の提示ができないという指摘があった。

②2013年の韓国民法改正試案

2013年の韓国民法改正試案第357条の11(以下、本節のⅡ-2の②においては「本条」という)は、債権最高額の減額請求について定める。

本条の改正作業においては、金載亨委員による条文案と分科委員会案が存在するが、後者は前者と同様であるため、以下では、前者のみをとりあげる。

[金載亨委員による条文案]⁴³⁸

第357条の10(債権最高額の減額請求) 被担保債権の確定後に、根抵当権設定者は、債権最高額を現存する債務額と以後2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。

*議論事項

金載亨委員による条文案においては、以下の2つについて議論が行われた。

第一に、減額請求権は、根抵当権設定者の保護の面からして意義ある制度であり、根抵当権者に被担保債権の確定請求権を付与したと公平の側面をもつ(金載亨委員)。これに対して、①根抵当権設定者は被担保債務を弁済して根抵当権を消滅させるべきである(尹眞秀委員長)、②債権者が把握した担保価値を不当に侵害するおそれがある(李サンヨン委員)という理由などから、立法不要説が主張された。

第二に、競売手続時間を考慮して、1年間から2年間へと期間を修正した(金載亨委員)。

Ⅱ-3. 2004年の韓国民法改正案及び2013年の韓国民法改正試案における物上保証人の根抵当権消滅請求権

2004年の韓国民法改正案	2013年の韓国民法改正試案
該当条文なし	第357条の12(物上保証人の根抵当権消滅請求権) ①他人の債務を担保するための根抵当権設定者は、その債務が確定された後に、根抵当権者に最高額の限度においてその債務を弁済して根抵当権の消滅を請求することができる。 ②第1項は、根抵当不動産について所有権、地上権

⁴³⁸ 法務部・前掲注(7)336頁以下。

	又は伝賃権を取得した第三者がある場合において、これを準用する。
--	---------------------------------

①2004年の韓国民法改正案

物上保証人の根抵当権消滅請求権に関する規定は、存在しない。

②2013年の韓国民法改正試案

2013年の韓国民法改正試案第357条の12(以下、本節のⅡ-3の②においては「本条」という)は、物上保証人の根抵当権消滅請求権について定める。

本条の改正作業においては、金載亨委員による条文案と分科委員会による条文案が存在する。それぞれの試案の内容とその試案作成時に議論された内容について、以下のように整理する。

[金載亨委員による条文案]⁴³⁹

(物上保証人に関する規定) ①物上保証人は(又は根抵当権設定者が債務者以外の第三者である場合に)、被担保債権が確定された後に、根抵当権者に最高額を弁済して根抵当権の抹消を請求することができる。

②第1項は、担保目的物の第三取得者がある場合に、これを準用する。

*議論事項

金載亨委員による条文案においては、以下の3つについて議論が行われた。

第一に、判例の立場(物上保証人・第三取得者が根抵当権設定者である場合は、被担保債務が債権最高額を超過しても、債権最高額のみを弁済すれば、根抵当権の抹消を請求することができる)を立法化したのである(金載亨委員)。

第二に、物上保証人は、日本の表現である。そして、確定された被担保債権が債権最高額より少ない場合においても、債権最高額を弁済しなければ根抵当権の抹消を請求することができないと理解されるおそれがある。そこで、「①債務者ではない根抵当権設定者は、債権最高額の範囲内で、その不動産として担保された債権を弁済して、根抵当権を消滅することができる、②第1項は、根抵当物の第三取得者がある場合に、これを準用する」という修正案が提示された(尹眞秀委員長)。

第三に、被担保債権に実行費用が含まれるのか(韓国民法第360条は、抵当権の実行費用までを被担保債務に含むと定める)。

⁴³⁹ 法務部・前掲注(7)339頁以下。

[分科委員会による条文案]⁴⁴⁰

第 357 条の 9 (物上保証人の根抵当権消滅請求権) ①他人の債務を担保するための根抵当権設定者は、その債務が確定された後に、根抵当権者に最高額の限度においてその債務を弁済して根抵当権の消滅を請求することができる。

②第 1 項は、根抵当不動産について所有権、地上権又は伝賃権を取得した第三者がある場合において、これを準用する。

[金載亨委員による条文案]

(第 1 案)

第 357 条の 9 (物上保証人の根抵当権消滅請求権) ①他人の債務を担保するための根抵当権設定者は、その債務が確定された後に、根抵当権者に[その債務額の限度において]最高額(最高額が被担保債務額を超過する場合には、その債務額)を弁済して根抵当権の消滅を請求することができる。

②第 1 項は、担保目的物の第三取得者(又は根抵当不動産について所有権、地上権又は伝賃権を取得した第三者)がある場合において、これを準用する。

(第 2 案)

第 357 条の 9 (物上保証人の根抵当権消滅請求権) ①他人の債務を担保するための根抵当権設定者は、その債務が確定された後に、根抵当権者に最高額の限度においてその債務を弁済して根抵当権の消滅を請求することができる。

②第 1 項は、担保目的物の第三取得者(又は根抵当不動産について所有権、地上権又は伝賃権を取得した第三者)がある場合において、これを準用する。

***議論事項その後の公聴会提示意見など**

第一に、第 1 案は、根抵当権によって担保される債務の範囲で最高額を弁済して根抵当権の消滅を請求することができるという立場から、第 2 案は、最高額の限度で根抵当権によって担保される債務を弁済して根抵当権の消滅を請求することができるという立場から定める(金載亨委員)。

第二に、表題及び第 1 項の「他人の債務を担保するための根抵当権設定者」という表現は、韓国民法第 341 条を、第 2 項の「担保目的物の第三取得者」という表現は、韓国民法第 367 条を、括弧の中の「根抵当不動産について所有権、地上権又は伝賃権を取得した第

⁴⁴⁰ 法務部・前掲注(7) 347 頁以下。

三者」という表現は、韓国民法第 364 条を参照したものである（金載亨委員）。

第三に、物上保証人も債務全額を弁済するのが原則であるが、最高額によって責任範囲が制限される。したがって、最高額の限度で債務を弁済するように定める第 2 案が妥当である（尹眞秀委員長）。

第 6 節 包括根抵当権

I 包括根抵当権の定義及び利用実態

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⁴⁴¹。しかし、このような包括根抵当権は、法律における制度ではないため、その定義は根抵当権に関する条文の解釈及び判例・学説から求めるしかない。

韓国民法第 357 条は、根抵当権の定義を定めており、包括根抵当権について言及していない。しかし、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。

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ついて担保するものであるとする⁴⁴²。すなわち、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取引ごとに根抵当権の設定の手間を省くため、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ずるすべての債権・債務を一定の限度まで担保するもの」⁴⁴³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（いわゆる、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「…等の契約から生ずる債権その他一切の債権」を担保するもの（いわゆる、取引包括根抵当権）に分類される⁴⁴⁴。

⁴⁴¹ 高翔龍＝金柄斗「包括根抵当」成均館法学 13 卷 1 号（2001 年）196 頁。

⁴⁴² 李銀榮・前掲注（257）805 頁。

⁴⁴³ 郭潤直・前掲注（268）371 頁。

⁴⁴⁴ 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。

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⁴⁴⁵の3つに分けて⁴⁴⁶、その中から根抵当権設定者が選択するようにしていた。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た⁴⁴⁷。そこで、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」⁴⁴⁸の行政指導を発表し、包括根抵当権の利用を制限した。その主な内容は、①既存の包括根抵当権を限定根抵当権に一括にし

⁴⁴⁵ 南潤鎬「包括根抵当権」司法行政 192 卷 12 号（1976 年）44 頁以下及び金相容「根抵当権に関する考察」司法行政 340 卷 4 号（1989 年）53 頁によると、ここでいう「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。

⁴⁴⁶ 公正取引委員会・前掲注（318）2 頁。

<p>特定根担保</p> <p>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</p> <p>○年○月○日付 ○○○約定書</p> <p>○年○月○日付 ○○○約定書</p>
<p>限定根担保</p> <p>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</p> <p>○○取引、○○取引</p>
<p>包括根担保</p> <p>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</p> <p>ア. 手形貸出、証書貸出、当座貸出、手形割引、支払保証、売上債権取引、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</p> <p>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）</p> <p>ウ. 債権者と第三者との‘ア’の取引に対する保証債務</p> <p>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の債務</p>

⁴⁴⁷ 金融監督院・前掲注（254）1 頁によると、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出ているとする。

* 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

⁴⁴⁸ 金融監督院「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」
<http://www.fss.or.kr>（2012 年）

て転換すること⁴⁴⁹、②既存の限定根抵当権の被担保債務の範囲を一括にして縮小すること⁴⁵⁰、③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⁴⁵¹である。その結果、韓国

449 金融監督院・前掲注（448）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	別途保証契約を締結しない保証債務、クレジットカード債務

450 金融監督院・前掲注（448）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、担保提供者と別途約定がない限り、被担保債務の範囲から除外する。

451 金融監督院・前掲注（448）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、幾つも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"/> その他の担保貸出

の一般銀行7社のうち3社が、包括根抵当権を削除し、根抵当権の種類を特定根担保、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。なお、残りの4社は、依然として包括根担保を含む根抵当権の種類を利用している⁴⁵²。そして、韓国の地方銀行は、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社のうち1社が、包括根抵当権を削除し、根抵当権の種類を特定根担保、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、依然として包括根担保を含む根抵当権の種類を利用している⁴⁵³。

なお、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、本節において「韓国約款規制法」という）による包括根抵当権の規制が注目される。また、近

		住宅関連貸出	<input type="checkbox"/> その他の貸出
			<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			

⁴⁵² 韓国の一般銀行7社（KB国民銀行、ウリ銀行、シンハン銀行、ハナ銀行、スタンダードチャタード銀行、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。この内容は、2013年11月28日付の一般銀行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をもとに作成した。

⁴⁵³ 韓国の地方銀行は、6社あるが（大邱銀行、釜山銀行、光州銀行、慶南銀行、全北銀行、済州銀行）、そのうち4社が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。この内容は、2013年11月28日付の地方銀行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をもとに作成した。

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が注目される。すなわち、同法第52条の2第1項第2号は、不公正営業行為の禁止につき、「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」と定める（2010年5月17日新設）。なお、銀行法施行令第24条の4第1項第3号は、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について、「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、不公正営業行為に当たるとする（2010年11月15日新設）。

II 学説における包括根抵当権の有効性

学説においては、包括根抵当権につき、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。

第一は、単純有効説⁴⁵⁴（無制限有効説、全部有効説ともいう）である。これは、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。その根拠を以下のように説明する。①根抵当権を定める韓国民法第357条は、付従性の原則につい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。②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。③取引実務界からの要請がある。④反社会秩序行為又は不公正行為は、韓国民法第103条⁴⁵⁵及び第104条⁴⁵⁶により救済することができる。⑤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。

第二は、限定的有効説⁴⁵⁷（制限的有效説ともいう）である。これは、現在の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

⁴⁵⁴ 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、金載亨・前掲注（264）114～120頁、張庚鶴『物権法』（法文社、1985年）852頁。

⁴⁵⁵ 韓国民法103条（反社会秩序の法律行為）は、「善良の風俗その他社会秩序に違反する事項を内容とする法律行為は、無効とする」と定める。

⁴⁵⁶ 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」と定める。

⁴⁵⁷ 郭潤直・前掲注（268）372頁以下、金相容・前掲注（258）『物権法』765頁以下。

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、こ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。

第三は、拡大限定的有効説⁴⁵⁸（債務制限説ともいう）である。これは、包括根抵当権の約定である「その他一切の債権」に、a. 銀行と取引先の間で生ずる取引上の債権、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、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。

第四は、二元説⁴⁵⁹である。これは、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。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するが、その根拠が異なるとする。その根拠を以下のように説明する。①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。②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。③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のであって、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。④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。⑤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と約款によるものであろうと債務者や物上保証人の立場を不当に不利にする。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。

⁴⁵⁸ 李英俊・前掲注（257）860 頁、尹喆洪・前掲注（315）496 頁。

⁴⁵⁹ 李銀榮・前掲注（257）807 頁。

第五は、無効説⁴⁶⁰である。これは、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ら、無効であるとする。その根拠を以下のように説明する。①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わけではない。②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って解決できる。③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。

Ⅲ 判例における包括根抵当権の有効性

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、根抵当権設定における契約書又はその約款の包括的な被担保債務の範囲の解釈に関する判断である。

判断方法として、過去には例文解釈による方法が利用されていたが、1986年に韓国約款規制法が制定⁴⁶¹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⁴⁶²。ここでいう「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⁴⁶³。これに対して、韓国約款規制法施行以降は、同法第 5 条⁴⁶⁴・第 6 条⁴⁶⁵によ

⁴⁶⁰ 李珣徹「物上保証人の責任」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。

⁴⁶¹ しかし、【韓国判例 18】は、韓国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。

⁴⁶² 高翔龍＝金柄斗・前掲注（441）203頁以下。

⁴⁶³ 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 XVI（2004年）760頁。

⁴⁶⁴ 韓国約款規制法第 5 条（約款の解釈）第 1 項は、「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」と定める。そして、第 2 項は、「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」と定める。

⁴⁶⁵ 韓国約款規制法第 6 条（一般原則）第 1 項は、「信義誠実の原則に反して公正性を失う条項は、無効である」と定める。第 2 項は、「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。

一 顧客に不当に不利な条項

二 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

て解決することができるので、例文解釈を用いるのは不要であるとする見解が多い⁴⁶⁶。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（韓国約款規制法第4条）」ことをいう。

以下においては、包括的条項の根抵当権設定契約書及び約款について、「Ⅲ－1. 被担保債務の範囲を限定した判例」と「Ⅲ－2. 被担保債務の範囲を限定しなかった判例」に分類する⁴⁶⁷。

三 契約の目的を達成できない程度の契約による本質的権利を制限する条項」と定める。
⁴⁶⁶ 金相容「普通取引約款と例文解釈」考試研究 201 卷（1990 年）25 頁以下。

⁴⁶⁷ 判例は、以下のように、いくつかの方法で類型化されている。しかし、包括根抵当権に関する類型ではないものもあるため、判例の記載を省略する場合がある。

金載亨・前掲注（264）132 頁以下においては、被担保債権の範囲に関する決定基準の判例について、類型化している。

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する。

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する。

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 52 卷 11 号（2003 年）202 頁以下。

1. 将来債務

①保証債務【韓国判例 40】【韓国判例 52】

②手形貸出及び証書貸出【韓国判例 29】【韓国判例 31】【韓国判例 32】【韓国判例 45】

【韓国判例 48】

③特定債務【韓国判例 36】【韓国判例 43】

2. 既存債務

①保証債務【韓国判例 20】【韓国判例 23】【韓国判例 30】【韓国判例 50】

②手形貸出及び証書貸出【韓国判例 24】

③その他【韓国判例 22】【韓国判例 44】

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）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【韓国判例 19】【韓国判例 20】【韓国判例 21】【韓国判例 22】

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【韓国判例 38】【韓国判例 39】【韓国判例 40】【韓国判例 41】【韓国判例 43】

金相容・前掲注（466）26 頁以下。

1. 例文として認めた判例

2. 例文として認めなかった判例

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、

Ⅲ－１．被担保債務の範囲を限定した判例

【韓国判例 18】大法院 1970 年 7 月 21 日 70 다투 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 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%に相当すること、④Y の A に対する数回の貸出時において別途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、その記載内容と異なる事実を認めないわけではないとした。

【韓国判例 19】大法院 1984 年 6 月 12 日 83 다투 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

1995 年) 556 頁。

1. 個別約定の存在を認めない判例【韓国判例 38】【韓国判例 39】【韓国判例 40】【韓国判例 41】【韓国判例 42】【韓国判例 43】【韓国判例 44】【韓国判例 45】

2. 個別約定の存在を認める判例【韓国判例 18】【韓国判例 19】【韓国判例 20】【韓国判例 21】【韓国判例 22】【韓国判例 23】【韓国判例 24】【韓国判例 26】

高翔龍・金柄斗・前掲注 (441) 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【韓国判例 19】【韓国判例 20】【韓国判例 23】【韓国判例 24】【韓国判例 26】【韓国判例 27】

②個別約定優先原則による判例【韓国判例 21】【韓国判例 22】【韓国判例 26】

2. 被担保債務の範囲を制限しなかった判例【韓国判例 45】【韓国判例 47】【韓国判例 48】
【大法院 1996 年 10 月 29 日 95 다투 2494 判決[公 1996.12.15.(24),3509]

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、「現在負担する債務」という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 3,800 万ウォンは含まれないとした。

【韓国判例 20】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 万ウォンの貸出しを受けるために、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存在する。

・判旨：大法院は、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」という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。

【韓国判例 21】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これによる利得償還債務、各種保証代払債務、その他直接・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これによる諸費用を弁済し（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額の約 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 の貸出金が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、黙示的の約定があったとした。

【韓国判例 22】 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 ウォンの債務が存在する。

・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のみをただけで、A の Y に対するすべての債務に対して別途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手形取引約定書上の保証をさせたこと、④X は、A を教会の牧師の紹介により知り合っただけで、親密な関係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、すなわち外貨債務のみを担保するためであるとした。

【韓国判例 23】 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

保証していないので、A と E には、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」という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。

【韓国判例 24】 大法院 1992 年 11 月 27 日 92 다투 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、自己所有の不動産に、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 に対して外貨債務(\$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既存の外貨債務について別途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。

【韓国判例 25】 春川地方法院 1993 年 1 月 15 日 92 카하プ 660 : 確定 [下集 1993(1),48]

・事案：物上保証人 B は、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、自己所有の不動産に、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、保証債務その他各種の原因によって A が Y に対して現在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)も本件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、「現在又は将来負担するすべての債務」という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。

【韓国判例 26】大法院 1994 年 11 月 25 日 94 다투 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⁴⁶⁸の判断は、正当であること、②A と B の同業関係においては 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。

【韓国判例 27】大法院 1996 年 4 月 26 日 96 다투 2286 [公 1996.6.15.(12),1710]

・事案：物上保証人 X は、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)、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、自己所有の不動産に、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・その他与信取引による債務並びに保証債務手形又は小切手上的債務及びその他の付帯債務とする根抵当権を設定した。

・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これ以上取引はないとし、X が 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 には、根抵当権の抹消登記手続を履行する義務があ

⁴⁶⁸ 原審 (ソウル民事地方法院 1993 年 12 月 15 日 93 나 27412) の理由によれば、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などが挙げられている。

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」という記載は例文にすぎず、A と Y の畜産物出荷契約によって、Y に対して将来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。

【韓国判例 28】 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 の一人会社であるため、C・Y 間の取引は A・Y 間の取引と同様であるという証言だけでは、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、代理店契約終了後の債務まで含むものではないとした。

【韓国判例 29】 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各追加貸出金については、別途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。

【韓国判例 30】 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ついて連帯保証、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、①Y 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つたにもかかわらず、X と A の 35 億相当の共同不動産に、

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、③XとYは、金融取引関係がなかったこと、④XとAは、Yの取締役の勧誘により、S相互信用金庫からの貸出金16億ウォンを弁済し、新たにYから各々7億3,000万ウォンの貸出しを受けたこと、⑤XとAは、Yの要求によって、各々の7億3,000万ウォンの貸出しにつき、相互連帯保証をしたこと、⑥Yが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ったとみるのが妥当であり、Aの既存の連帯保証債務は含まれないとした。

【韓国判例31】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）⁴⁶⁹。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しを受けた（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のうち、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ついては、Bによる信用保証書があったこと、④建設業者住宅資金貸出金36億ウォンについては、別途Bによる43億ウォンの信用保証書があったことなどから、本件根抵当権の被

⁴⁶⁹ 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。

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、その後の追加の建設業者住宅資金債務は含まれないとした。

【韓国判例 32】 大法院 2003 年 3 月 14 日 2003 다투 2109 [公 2003.5.1.(177),994]

・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、この包括根担保の被担保債務には、「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的の債務」とする内容が記載されていた。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 億ウォンの貸出しを受けて、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ついては、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。

【韓国判例 33】 大法院 2004 年 2 月 13 日 2002 다투 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 万ウォンの貸出しを受けるために、最高額を 192 億 100 万ウォンとする根抵当権を設定した⁴⁷⁰。一方、Y 信用保証基金は、上記の貸出しについて保証金額 109 億 1,770 万ウォンの信

⁴⁷⁰ 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

用保証書を発行した。その後、A が X から公共賃貸住宅内金支援金 33 億 8,100 万ウォンの貸出しを受けるにあたり、Y は、その個別保証として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 に対する、同一の国民住宅基金の財源からのものであるとしても、その性格が異なること、③本件根抵当権の最高額が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ついては Y による別途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。

【韓国判例 34】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 の義理の兄 X は、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、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ていたこと、③主債務者が A ではなく H 酒類になっていたのは、A に酒類取扱免許がなかったため、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。

【韓国判例 35】大法院 2005 年 7 月 28 日 2005 ダ 22565 [未刊行]

・事案：物上保証人 X は、自己所有の不動産に、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 6,700 万ウォンしか担保できなかつたので、3,300 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しを受けた。

ことがわかる。

・判旨：大法院は、①Y2の農漁家負債対策に関する信用保証特例規定には、「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、担保不足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」と定められていたため、上記の3,300万ウォンの部分に限って信用保証書が発行されたこと、②XがYに確認した貸出金償還内訳書にも、6,700万ウォンは本件不動産が、3,300万ウォンはY2の信用保証書が担保すると記載されていたこと、③Y2の信用保証書は、追加担保を必要としない優良担保であったことなどから、本件根抵当権の被担保債務には、Y2信用保証書による貸出債務3,300万ウォンは含まれないとした。そして、XとY1の間には、6,700万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。

III-2. 被担保債務の範囲を限定しなかった判例

【韓国判例 36】大法院 1965年4月20日 64ダ 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⁴⁷¹。

・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、根抵当権設定契約が解止されない限り、根抵当権は消滅せず、その後に発生する債権を有効に担保するものであるにもかかわらず、原審が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るとした。

【韓国判例 37】大法院 1970年4月28日 70ダ 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。

⁴⁷¹ 判旨において、最高額を読み取ることはできない。

【韓国判例 38】 大法院 1970 年 9 月 22 日 70 다투 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⁴⁷²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⁴⁷³、②被担保債務に「保証債務」と明記されていたこと、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⁴⁷⁴に違法性があると述べることには、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。

【韓国判例 39】 大法院 1982 年 7 月 27 日 81 다투 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・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各種原因により債務者が債権者の本・支店に対して現在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、

⁴⁷² 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。

⁴⁷³ 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。

⁴⁷⁴ 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。

1980.1.11 頃から 4 回にわたる 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。

・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、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は、その後の約束手形債務(③)も含まれるとした。

【韓国判例 40】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せることはできないとした。

【韓国判例 41】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、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った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。

【韓国判例 42】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は、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はない限り、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、最高額とは別途に、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、別途担保を設定する必要がなかったことなどから、Xには、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。

【韓国判例 43】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

オ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、その契約文言どお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 億ウォンは、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 の金融取引であり、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態様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」という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。

【韓国判例 44】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ができず、B らの名義のみを借りて、2 億ウォン

の貸出しを受けた。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って、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ついて、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の2億ウォンの5割増である3億ウォンで定められていたこと、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由のみでは、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すぎないとみることができないとした。

【韓国判例 45】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ができず、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ができないとした。

【韓国判例 46】 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）とする担保危険賃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各種原因によって現在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。しかし、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 根抵当権を設定して第 2 根抵当権を抹消した。一方、X ら及び E 金庫は、本件不動産の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す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。

【韓国判例 47】 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 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の既存債権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をしてくれたら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し、この契約の取消又は解除を主張した⁴⁷⁵。

・判旨：大法院⁴⁷⁶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明又は告知する義務があるといえないこと、②Xは、本件根抵当権設定時に、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が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は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。

【韓国判例 48】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、保険料の付帯債務、その他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つい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、機具について、最高額を4億9,000万ウォン（貸出金：3億5,000万ウォン）と

⁴⁷⁵ 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。

⁴⁷⁶ 【韓国判例 47】【韓国判例 49】及び【韓国判例 50】は、Ⅲ－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【韓国判例 50】では、「例文解釈」を採用した。

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、機具について、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。

【韓国判例49】大法院1997年9月26日97ダ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、後順位根抵当権者である。

・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の担保である。すると、本件根抵当権設定契約の当事者の意思は、単純にその設定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の担保にとどまらず、根抵当権設定契約と関連する賃貸借契約で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とみるのが相当である。したがって、本件根抵当権設定後に増額された賃貸借保証金も、当該最高額の限度内で当然に被担保債権に含まれるとした。

【韓国判例 50】 大法院 2001 年 1 月 19 日 2000 다투 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、手形又は小切手上的の債務、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、その他与信取引に関するすべての債務である。一方、X は、Y に第 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という事情だけで、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のは、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す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。

【韓国判例 51】 大法院 2001 年 11 月 9 日 2001 다투 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

当権設定契約を解除しなかったのは、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には、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。

【韓国判例52】大法院2003年4月11日2001ダ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、④Aが連帯保証した契約書類に、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は、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。

Ⅲ－3. 裁判例の整理（以下、本節のⅢ－3においては【韓国判例】を【判例】と記す）

①被担保債務の範囲を限定した判例

「被担保債務の範囲を限定した判例」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、「例文解釈」である。その判旨をみると、根抵当設定契約書は、処分文書で

あるため、特別な事情がない限り、その契約の文言どお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のほか、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担保の確保の有無等**の様々な事情に照らして印刷された契約の文言どおり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は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した【判例 23⁴⁷⁷】【判例 29】【判例 31】【判例 32】【判例 33】【判例 35】。なお、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 26】【判例 30】【判例 34】。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 19】【判例 20】【判例 24】【判例 25】【判例 27】【判例 28】。

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、「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した【判例 21】【判例 22】⁴⁷⁸。なお、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 18】、あるいは個別約定優先原則のみならず例文解釈も認める【判例 35】がある。

このような「被担保債務の範囲を限定した判例」の判断方法から、さらに判断理由を以

⁴⁷⁷ 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。

⁴⁷⁸ 「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、学説においては、【判例 22】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。

下のように細分化することができる。

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設定契約締結の経緯である。これを判断理由としたのは、【判例 19】【判例 21】【判例 22】【判例 23】【判例 25】【判例 26】【判例 27】【判例 28】【判例 29】【判例 30】【判例 31】【判例 32】【判例 33】【判例 34】【判例 35】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⁴⁷⁹が担保貸出に関する銀行の慣行である。そして、この判断理由は、第三の判断理由と密接な関係がある。【判例 18】【判例 19】【判例 20】【判例 21】【判例 22】【判例 23】【判例 24】【判例 25】【判例 30】【判例 31】【判例 32】【判例 33】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。これを判断理由としたのは、【判例 18】【判例 19】【判例 20】【判例 21】【判例 22】【判例 23】【判例 24】【判例 25】【判例 29】【判例 30】【判例 31】【判例 32】【判例 33】である。特に【判例 21】は、最高額を外貨で表記した判例である。

第四に、他の債務額に対する別途担保確保の有無である。これを判断理由としたのは、【判例 18】【判例 22】【判例 23】【判例 24】【判例 29】【判例 31】【判例 32】【判例 33】【判例 35】である。

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。これを判断理由としたのは、【判例 22】【判例 30】である。

第六に、根抵当権設定者が債務者である場合【判例 20】【判例 21】【判例 23】【判例 31】【判例 32】【判例 33】と、物上保証人である場合【判例 18】【判例 19】【判例 22】【判例 24】【判例 25】【判例 26】【判例 27】【判例 28】【判例 30】【判例 34】【判例 35】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には被担保債務に含まれないとした【判例 19】【判例 20】【判例 23⁴⁸⁰】【判例 25】【判例 30】がある。そして、【判例 31】【判例 32】【判例 33】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した。なお、【判例 18】【判例 21】【判例 22】【判例 24】【判例 29】【判例 35】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

⁴⁷⁹ 【判例 22】【判例 23】では、最高額が債務額の約 200%である。とりわけ【判例 22】は、本件根抵当権の債務が外貨であったため、為替変動が考慮されていたと考えられる。
⁴⁸⁰ 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した。

務とした判例も存在する⁴⁸¹。

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。これを判断理由としたのは、【判例 24】【判例 25】【判例 30】である。とりわけ、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。

②被担保債務の範囲を限定しなかった判例

「被担保債務の範囲を限定しなかった判例」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した判断方法である【判例 36】【判例 38】【判例 39】【判例 40】【判例 41】【判例 42】【判例 43】【判例 44】【判例 46】【判例 47】【判例 48】【判例 49】【判例 50】【判例 51】【判例 52】。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、その文言どお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 45】【判例 48】【判例 50】【判例 52】。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 38】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

⁴⁸¹ このほかに、当事者間の基本契約において、【判例 26】【判例 27】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した。そして、【判例 28】【判例 34】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した。

保取得慣行において異例であるとはいえないとした判断方法である【判例 41】【判例 43】
【判例 45】【判例 48】【判例 50】【判例 51】【判例 52】。

第三は、根抵当権の性質に関する判断方法である。【判例 37】では、根抵当権設定契約が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する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 49】では、根抵当権は、将来債権又は不確定債権を担保するものではなく、将来増減・変動する不特定債権を担保するものであるとした。

このような「被担保債務の範囲を限定しなかった判例」の判断方法から、さらに判断理由を以下のように細分化することができる。「被担保債務の範囲を限定した判例」で提示した 8 つの判断理由のうち、「被担保債務の範囲を限定しなかった判例」にもあてはまる 4 つの判断理由をとりあげて分類する。

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 38】【判例 41】
【判例 43】【判例 44】【判例 47】【判例 48】。特に、【判例 43】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 48】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 38】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 37】【判例 40】【判例 42】【判例 43】
【判例 44】【判例 46】【判例 48】【判例 50】【判例 51】【判例 52】と、物上保証人である場合【判例 36】【判例 38】【判例 39】【判例 41】【判例 45】【判例 47】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 37】
【判例 44】【判例 47】と、将来債務が争点となった場合【判例 36】【判例 38】【判例 39】
【判例 41】【判例 42】【判例 43】【判例 45】【判例 46】【判例 48】【判例 49】【判例

50】【判例 51】【判例 52】である⁴⁸²。

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 47】。とりわけ、【判例 47】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約束を受けて、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、「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「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 47】では積極的に考慮されていなかったこと、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如何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。

第 7 節 小括

I 根抵当権の定義及び設定

①根抵当権の定義

根抵当権の定義につき、韓国民法第 357 条第 1 項は、「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」と定める。そして、韓国民法第 357 条における根抵当権の沿革につき、「ドイツ民法第 1190 条の最高額抵当権 (Höchstbetragshypothek) をその沿革とする見解」と「満州民法第 356 条をその沿革とする見解」に分かれる。

学説は、若干の表現の差異はあるものの、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である」と定義する。なお、学説は、法文上にはない「不特定債権」という文言を使用している。そして、この「不特定債権」について、「債務額不確定説」と「債務不特定説」に対立する。すなわち、不特定債務の概念を、前者は被担保債務額の不確定とみるのに対して、後者は被担保債務の不特定とみる。

⁴⁸² 【判例 40】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。

判例は、根抵当権の定義について、韓国民法第 357 条第 1 項における根抵当権の定義のみならず、学説における根抵当権の定義を同時に引用する【韓国判例 3】。さらに、【韓国判例 2】は、学説における根抵当権の定義のみを引用している。

2004 年の韓国民法改正案第 357 条及び 2013 年の韓国民法改正試案第 357 条は、現行韓国民法第 357 条の内容をそのまま受け継いだ。

②根抵当権の設定

根抵当権も普通抵当権と同様に、当事者間の根抵当権設定契約（物権的合意）と登記によって効力が生ずる（韓国民法第 186 条）。そして、根抵当権設定契約時に、担保する債権最高額と被担保債権の範囲を決定する基準を定めなければならない。特に、債権最高額は、根抵当権における最も本質的な要素である。ここにいう「被担保債権の範囲を定める基準」とは、被担保債権の発生基礎となる継続的取引関係であり、「基本契約」ともいう。たとえば、当座貸越契約・手形割引契約・商品供給契約等のように約定すれば足りる。そして、判例は、「根抵当権設定行為とは別途根抵当権の被担保債権を成立させる法律行為がなければならない（【韓国判例 3】）」とし、設定時において基本契約の存在を要求する。なお、根抵当権の存続期間ないし決算期については、約定することもできるが、必須事項ではない。

このように、根抵当権設定契約時には、「被担保債権の範囲」、「債務者」、「最高額」を定めなければならない（必要的約定事項）。しかし、「存続期間」は、任意的約定事項である。なお、被担保債権の範囲は、根抵当権設定契約時における必要的約定事項であるにもかかわらず、韓国民法典にはその定めがない。したがって、実務においては、包括根抵当権設定及び特定債権のための根抵当権設定が頻繁に行われている。この問題を解決するために、2004 年の韓国民法改正案第 357 条の 2 は、被担保債権の範囲を「特定した継続的な取引契約から発生する債権」、「一定の種類取引から発生する債権」、「特定した原因によって継続的に発生する債権」の 3 つに限定し、包括根抵当権を禁止する旨を明らかにした⁴⁸³。しかし、2013 年の韓国民法改正試案においては、被担保債権の範囲に関する該当条文が削除され、包括根抵当権、とりわけ、現在の判例で認められている取引包括根抵当権を許容する方向に改正が進んだ。

根抵当権の設定登記には、「根抵当権であること」が記載されなければならない。そして、

⁴⁸³ 法務部・前掲注 (3) 430 頁以下。

その登記原因が「根抵当権設定契約」であるので⁴⁸⁴、根抵当権であることを不動産登記簿に記載するためには、「根抵当権設定契約書」を提出しなければならない⁴⁸⁵。しかし、根抵当権設定登記の登記原因として記載されるのは、基本契約などの債権原因ではなく、単に「〇年〇月〇日付根抵当権設定契約」のみである（表 20 を参照）。

II 根抵当権の変更

根抵当権の変更については、被担保債権の範囲及び債務者の変更、最高額の変更、存続期日の変更、債権の譲渡・債務引受、相続、合併・会社分割の 6 つに分類して述べた。

①「被担保債権及び債務者の変更」につき、学説・判例（【韓国判例 9】）は、両者の変更を認めている。そして、基本契約の変更又は追加は、債権の種類面で被担保債権の範囲を拡大したり・変更するにすぎず、根抵当権の同一性を変更するものではないため、変更の付記登記で足りるとする⁴⁸⁶。なお、変更後の範囲に属する債権や債務者に対する債権のみが根抵当権に担保され、変更前のものは除外される。このような学説・判例における「被担保債権及び債務者の変更」は、2004 年の韓国民法改正案第 357 条の 3 及び 2013 年の韓国民法改正試案第 357 条の 2 第 2 項によって明文化された。条文の構成及び表現において、差異はあるものの、おおむね「確定前に被担保債権の範囲及び債務者の変更をすることができること、この場合に利害関係人の承諾は必要でないこと」を定める。

②「最高額の変更」につき、学説・判例は、「当事者は、根抵当権設定契約で定めた最高額を別途契約によって変更することができる」⁴⁸⁷とする。なお、最高額の増額は、根抵当権自体の変更であるので、その効力が発生するためには変更登記をしなければならないし、変更登記以前の（登記簿上の）利害関係人についてはその増額を主張することができない⁴⁸⁸。このような学説・判例における「最高額の変更」は、2004 年の韓国民法改正案第 357 条の 4 及び 2013 年の韓国民法改正試案第 357 条の 2 第 1 項によって明文化された。条文の構成及び表現において、差異があるものの、おおむね「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」と定める。

⁴⁸⁴ 池元林・前掲注（268）871 頁。

⁴⁸⁵ 李銀榮・前掲注（257）810 頁。

⁴⁸⁶ 李英俊・前掲注（257）850 頁。なお、最高額の範囲内であるため、変更・追加の付記登記に後順位抵当権者の承諾書を添付する必要はないとする。

⁴⁸⁷ 李英俊・前掲注（257）850 頁、池元林・前掲注（268）821 頁。

⁴⁸⁸ 池元林・前掲注（268）821 頁以下。

③「存続期間の変更」につき、学説・判例は、当事者間に根抵当権の存続期間又は基本取引関係の決算期の約定がある場合は、これを登記することができ（任意的登記事項）⁴⁸⁹、その存続期間を変更することもできるとする⁴⁹⁰。しかし、2004年の韓国民法改正案及び2013年の韓国民法改正試案には、存続期日の定め及びその変更に関する規定が存在しない。

④「債権の譲渡・債務引受」につき、学説・判例（【韓国判例10】）は、被担保債務の確定前に、個別的被担保債権の譲渡又は代位弁済があっても、根抵当権は、これに随伴しないとする⁴⁹¹。しかし、これに対する学説も存在する。すなわち、個別債権を譲渡したり・代位弁済したら、根抵当権の一部が移転され譲渡人と譲受人は、根抵当権を準共有することになるという⁴⁹²。このように、学説において対立がみられる「債権の譲渡・債務引受」につき、2004年の韓国民法改正案第357条の7及び2013年の韓国民法改正試案第357条の5は、元本の確定前に個々の被担保債権が第三者に譲渡された、又は債務引受がある場合に、普通抵当権の場合とは異なって、根抵当権の随伴性を否認する旨を明確にした。

⑤「相続」につき、学説は、「根抵当権は、法律上、当然に基本契約上の地位とともに相続人に移転する」⁴⁹³というが、実務においては、根抵当権者又は債務者の死亡により相続が開始された場合、根抵当の取引が継続されるのか、あるいは、死亡とともに終了して根抵当権の被担保債権が確定されるのかにつき、見解が分かれている。このような対立は、2004年の韓国民法改正案第357条の8及び2013年の韓国民法改正試案第357条の6によって解決された。すなわち、根抵当権者及び債務者の相続について、根抵当権が確定せず存続するためには、根抵当権者の相続の場合はその相続人と根抵当権設定者との合意及び相続開始後6箇月内の登記が、債務者の相続の場合には根抵当権者と根抵当権設定者との合意及び相続開始後6箇月内の登記が要件とされる。

⑥「合併・会社分割」につき、学説・判例においては、相続の場合と同様に、根抵当取引を継続させるのか、あるいは元本を確定させて根抵当取引を終了させるのかが問題となっている。まず、合併と根抵当権の関係につき、2004年の韓国民法改正案第357条の9

⁴⁸⁹ 郭潤直・前掲注（268）368頁、金相容・前掲注（258）『物権法』753頁、尹喆洪・前掲注（315）489頁、李英俊・前掲注（257）846頁、李銀榮・前掲注（257）810頁、宋徳洙・前掲注（268）795頁以下、池元林・前掲注（268）817頁。

⁴⁹⁰ 李英俊・前掲注（257）850頁、池元林・前掲注（268）821頁。

⁴⁹¹ 郭潤直・前掲注（268）370頁以下、金載亨・前掲注（264）233頁、池元林・前掲注（268）823頁。

⁴⁹² 李英俊・前掲注（257）847頁。

⁴⁹³ 池元林・前掲注（268）822頁。

及び 2013 年の韓国民法改正試案第 357 条の 7 は、相続の場合とは異なって、根抵当取引の継続を原則とした。すなわち、法人の場合、自然人の場合とは異なって、基本契約又は根抵当権の設定等の行為に一身専属的性質がほとんどないので、財産的取引における包括承継のときは、原則として根抵当権が存続すると定めた。そして、根抵当権設定者によらない合併は、根抵当権設定者に不測の損害を与えるおそれがありうるので、かれらには確定請求権を付与した。なお、会社分割は、経済発展に伴い立法が要求される部分であるが、2004 年の韓国民法改正案では、議論がまとまらなかったため、条文新設まではいたらなかった。しかし、2013 年の韓国民法改正試案第 357 条の 8 は、法人の分割と根抵当権について定める。すなわち、第 1 項は「元本の確定前に根抵当権者である法人を分割するときには、根抵当権は、分割時に存在する債権のほか、分割される法人、設立される法人又は権利義務を承継する法人が分割後に取得する債権を担保する」と定める。第 2 項は、「元本の確定前に債務者である法人を分割するときには、根抵当権は、分割時に存在する債務のほか、分割される法人、設立される法人又は権利義務を承継する法人が分割後に負担する債務を担保する」と定める。そのほかは、合併の規定による。

Ⅲ 根抵当権の譲渡

根抵当権の譲渡の場合においても、抵当権における韓国民法第 361 条「抵当権は、その担保した債権と分離して他人に譲渡したり、他の債権の担保にすることができない」とする抵当権の処分制限が適用され、被担保債権と分離して処分することができない。判例も、「被担保債権がない根抵当権のみの譲渡は、法律上効力がない」とした（【韓国判例 11】、【韓国判例 12】及び【韓国判例 13】）。このような学説・判例の立場につき、2004 年の韓国民法改正案第 357 条の 5 第 1 項は「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」こと（全部譲渡及び持分の譲渡）を、第 2 項は「根抵当権者は、その根抵当権を 2 個以上の根抵当権に分割して、第 1 項の規定によって譲渡することができる」こと（分割譲渡）を定めた。しかし、2013 年の韓国民法改正試案においては、根抵当権の譲渡に関する規定の導入の有無及びその方式につき⁴⁹⁴、被担保債権と分離して根抵当権のみの譲渡を許容することが議論され、2004 年の韓国民法改正案第 357 条の 5 における根抵当権の譲渡は、規定しないことにした。

⁴⁹⁴ 法務部・前掲注（7）323 頁以下。

IV 確定

韓国における根抵当権は、「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」と定める。しかし、ここにいう「確定」、すなわち、確定事由及び確定効果に関する法文上の規定は存在せず、判例・学説によって運用されている。

①確定の概念

確定とは、根抵当権の被担保債権の流動・交替する状態が終了することである⁴⁹⁵。したがって、確定期日の到来又はその他一定の事由によって「不特定債権」が具体的に確定され、その後の発生する元本債権は、当該根抵当権によって担保されない⁴⁹⁶。なお、韓国民法第 357 条における「確定を将来に留保」の意味については、「不確定債権」と「不特定債権」が対立する。すなわち、韓国民法第 357 条における「確定」につき、単純に「確定」のみとする説（前者）と、被担保債権の対象の「特定」と被担保債権額の「確定」の両方を含むとする説（後者）に分かれるという⁴⁹⁷。

②確定事由

確定事由につき、判例・学説は、①基本契約における存続期間の満了、②根抵当権における存続期間の定め満了、③基本契約又は根抵当権設定契約が解止又は解除されたとき（【韓国判例 14】）、④根抵当権者の競売申請（【韓国判例 15】）、⑤根抵当権者ではない第三者による競売申請（【韓国判例 16】）、⑥債務者又は物上保証人についての破産宣告及び回生手続（会社整理手続）の開始（【韓国判例 17】）、⑦資産流動化に関する法律第 7 条の 2 の被担保債権の確定事由をあげている。このような判例・学説の確定事由は、2004 年の韓国民法改正案第 357 条の 10・11 及び 2013 年の韓国民法改正試案第 357 条の 9・10 によって明文化された。

確定請求権につき、2004 年の韓国民法改正案第 357 条の 10 は、根抵当権設定者のみについて認めたが、2013 年の韓国民法改正試案第 357 条の 9 は、根抵当権設定者のみならず根抵当権者についても認めた。

確定事由につき、2004 年の韓国民法改正案第 357 条の 11 は、①「担保する元本がこれ以上発生しないことになったとき」、②「根抵当権者が抵当不動産に対して競売又は第 370

⁴⁹⁵ 金載亨・前掲注（264）236 頁。

⁴⁹⁶ 金デギュ・前掲注（399）142 頁。

⁴⁹⁷ 柳昌昊・前掲注（400）48 頁。

条によって準用される第 342 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に限る」、③「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」、④「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 2 週間が経過したとき」、⑤「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」の 5 つを挙げていた。しかし、2013 年の韓国民法改正試案第 357 条の 10 は、上記の①を除外し、②から⑤までの 4 つを確定事由として定めた。

③確定効果

根抵当権の確定後は、その確定された被担保債権のみが担保されることになる。すなわち、確定以後、取引関係から債権が発生しても、その債権は、被担保債権に含まれない⁴⁹⁸。しかし、確定後に発生する利子や遅延損害金の債権は、債権最高額の範囲内で担保される⁴⁹⁹。なお、確定後の効果として、「債権最高額の減額請求権」と「物上保証人の根抵当権消滅請求権」が認められる。前者については、2004 年の韓国民法改正案第 357 条の 12 及び 2013 年の韓国民法改正試案第 357 条の 11 で定めるが、その減額請求の範囲における利子の期間が異なる。すなわち、競売手続の時間を考慮して、2013 年の韓国民法改正試案第 357 条の 11 は、1 年から 2 年へと期間の修正を行った。なお、後者につき、2013 年の韓国民法改正試案は、第 357 条の 12 をもって明文化したが、2004 年の韓国民法改正案には存在しない。

V 包括根抵当権

根抵当権は、金融実務において最も利用されている担保手段である。この根抵当権設定契約において、銀行側が一方的に作成した不動文字の根抵当権設定契約書を利用する場合はほとんどである。そして、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た。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

⁴⁹⁸ 【韓国判例】大法院 1988 年 10 月 11 日 87 ダカ 545、大法院 1989 年 11 月 28 日 89 ダカ 15601、大法院 1991 年 9 月 10 日 91 ダ 17979。

⁴⁹⁹ 【韓国判例】大法院 2007 年 4 月 26 日 2005 ダ 38300。

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種類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。そして、地方銀行は、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種類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。

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による根抵当権に関する条文は、包括根抵当権を禁止する趣旨ではないといえよう。しかし、包括根抵当権の利用が急増することによって、行政指導及び法整備が行われた。とりわけ、韓国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が注目される。このような包括根抵当権に関する法律上の内容は、その有効性について、統一していない。

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、その包括的な条項又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・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。

このような判例の流れから、以下の2つを提示することができる。

第一に、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。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との経緯、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、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、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」ないし「特別な事由」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、その文言どおりに意思表示の存在と内容を認めるべきであるとする。そして、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【韓国判例 39】、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公平の原則に反すること【韓国判例 42】、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わないこと【韓国判例 45】【韓国判例 48】
【韓国判例 50】【韓国判例 52】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するとしても、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、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。

第4章 ドイツにおける（保全）土地債務

第1節 序説

ドイツ民法典「第3編物権（Buch 3 - Sachenrecht）」の「第7章（Abschnitt 7）」は、不動産上の担保物権について規定している⁵⁰⁰。不動産担保権（Grundpfandrecht）は、第1節抵当権（Hypothek）⁵⁰¹、第2節土地債務（Grundschuld）⁵⁰²と定期土地債務（Rentenschuld）⁵⁰³より成っている。この「ドイツ抵当権法の特質としての抵当権の流通性を保証する法技術（流通抵当権と土地債務の二元的構成）は、1872年のプロイセン所有権取得法にて完成し、ドイツ民法典の不動産担保法は、この成果を受け入れている」⁵⁰⁴。

これらの不動産担保権は、債務不履行の場合に、権利者が強制執行の方法により不動産担保権を設定した土地から金銭債権を取り立てることができる点において共通する⁵⁰⁵。抵当権の概念を定める BGB 第 1113 条、土地債務の概念を定める BGB 第 1191 条、定期土地債務の概念を定める BGB 第 1199 条のいずれの条文には、「eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist 土地から一定の金額が支払われるべきである」と表現されている⁵⁰⁶。

ドイツ民法における抵当権は、流通に適して投下資本を容易に回収することができる抵当権すなわち「流通抵当権」と、一定の債権の担保を目的とするもので抵当権者の権利が債権によって決まる「保全抵当権」に分かれる。前者が一般的であり、「普通抵当権」とも呼ばれる。そして、両者の差異は、登記の推定力（BGB 第 891 条 Gesetzliche Vermutung）

⁵⁰⁰ 「不動産担保権（Grundpfandrecht）」という概念は、BGB に存在しない。BGB においては、「Buch 3 - Sachenrecht」の「Abschnitt 7 - Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld」と書かれているだけである。

⁵⁰¹ BGB 第 1113 条から第 1190 条までの 80 カ条。

⁵⁰² BGB 第 1191 条から第 1198 条までの 8 カ条。

⁵⁰³ BGB 第 1199 条から第 1203 条までの 5 カ条。

⁵⁰⁴ 田中克志「ドイツ民法典における不動産担保法の形成過程（1）」富大経済論集 24 巻 2 号（1978 年）206 頁以下。

⁵⁰⁵ 石川清＝小西飛鳥『ドイツ土地登記法』（三省堂、2011 年）327 頁、越山和広「各国における競売制度（第 1 回）ドイツにおける不動産担保権の実行手続」金融法務事情 1803 号（2007 年）30 頁。

⁵⁰⁶ すなわち、担保権者は、必要な場合において強制的な方法（強制競売（Zwangsversteigerung）又は強制管理（Zwangsverwaltung））により土地を換価して、そこから金銭債権を取り立てることができることを意味する（石川＝小西・前掲注（505）327 頁以下）。

と公信力（BGB 第 892 条 *Öffentlicher Glaube des Grundbuchs*）、すなわち、被担保債権の登記の効力が被担保債権に及ぶか否かにある⁵⁰⁷。流通抵当権は被担保債権についても登記の推定力及び公信力が及ぶが（BGB 第 1138 条、第 891 条及び第 892 条）、保全抵当権は BGB 第 1138 条⁵⁰⁸が適用されないため（BGB 第 1184 条及び 1185 条）被担保債権について登記の推定力及び公信力が及ばない。したがって、保全抵当権の場合、登記簿を信頼して抵当権を譲り受けた者は、流通抵当権と異なって、常に保護されるわけではない。不動産所有者の立場からすると、保全抵当権を設定することが流通抵当権を設定することよりも安全であるという⁵⁰⁹。

ドイツ民法においては、上記の抵当権以外にも、債権に従属しない土地債務が認められている。さらに、土地債務の特殊なものとして定期土地債務が認められている。土地債務が土地から元本（一定金額）の支払いをうける権利であるのに対して、定期土地債務は土地債務の利息に相当する定期金の支払いをうける権利である。なお、定期土地債務は、元本を担保しないことから有意義な制度とは考えられておらず、実務上利用されていないので、實際上意味がある権利は、抵当権と土地債務であるとする⁵¹⁰。

以下においては、「最高額抵当権」、「土地債務」及び「保全土地債務」の 3 つに分類して述べる。

第 2 節 最高額抵当権（*Höchstbetragshypothek*）

I 最高額抵当権の概要

ドイツ民法における最高額抵当権⁵¹¹は、従来は、日本及び韓国の根抵当制度に類似するといわれていた⁵¹²。しかし、後述するように、最高額抵当権の役割は、実務において土地

⁵⁰⁷ 於保不二雄（著）・高木多喜男（補訂）『現代外国法典叢書（3）独逸民法（Ⅲ）物権法』（有斐閣、復刊版、1955 年）280 頁。

⁵⁰⁸ **BGB 第 1138 条（*Öffentlicher Glaube des Grundbuchs* 登記簿の公信力）**は、「Die Vorschriften der §§ 891 bis 899 gelten für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden：第 891 条ないし第 899 条の規定は、抵当権について、債権及び第 1137 条によって所有者が有する抗弁権に関してもこれを適用する」と定める。

⁵⁰⁹ 金載亨・前掲注（264）20 頁。

⁵¹⁰ 越山・前掲注（505）30 頁。

⁵¹¹ ドイツにおける最高額抵当権に関する論文には、鈴木禄弥「ドイツにおける最高額抵当と普通抵当」法学雑誌 13 卷 2・3・4 号（1967 年）などがある。

⁵¹² 加藤・前掲注（16）15 頁、鈴木禄弥・前掲注（511）29 頁、山田晟『ドイツ法概論Ⅱ』

債務ないし保全土地債務が担っており、現在においてはほとんど使われていない。このような理由から、日本は、近時において、根抵当権の比較研究対象を最高額抵当権から（保全）土地債務へと移している。これに対して、韓国は、現在においても根抵当権と最高額抵当権の比較研究が主である。

BGB 第 1190 条「最高額抵当権」の主たる前身をなすのは、「請求権の大きさが登記の時期になお未定 *unbestimmt* である場合には（*Kautions-Hypothek* 担保抵当）、土地がその限度まで責任を負うべき最高額が登記されなければならない」と定めたプロイセン所有権取得法第 24 条である⁵¹³。このプロイセン所有権取得法第 24 条における「担保抵当」が、「抵当権の設定にあたり、被担保債権の額の確定が留保されている場合には、保全抵当権のみが成立する（下線筆者）」と定めた BGB 第 1 草案第 1129 条第 1 項⁵¹⁴、そして「抵当権は、土地の担保すべき最高額のみを定め、その他においては債権の確定を留保する方法によって設定することができる。最高額は、登記簿に登録しなければならない（下線筆者）」と定めた BGB 第 2 草案第 1096 条第 1 項を経て、現在の BGB 第 1190 条（以下、この節において「本条」という）になったのである⁵¹⁵。なお、「被担保債権の額の確定」から「債権の確定」への変化理由については、明らかでないとする⁵¹⁶。さらに、最高額抵当権のメルクマールは、古くは「被担保債権の額が不確定であること（いわば、「金額不確定説」）」に求められていたが、今日では「被担保債権自体が不特定であること（いわば、「債権不特定説」）」に求められているようであるとする⁵¹⁷。これに対して、最高額抵当権は、継続的債権から生ずべき将来の又は条件付きの不特定の債権額（下線筆者）を担保することが目的であるとする見解がある⁵¹⁸。ドイツの文献によると、最高額抵当権の目的は、未

（有斐閣、第 3 版、1988 年）245 頁。これに対して、川井先生は、土地債務は、日本法上の根抵当権に近いものであるとする（川井健「西ドイツ民法見聞記-4 完-担保法上の問題」ジュリスト No.804（1983 年）92 頁以下）

⁵¹³ 金載亨・前掲注（264）22 頁。なお、日本語訳においては、鈴木禄弥・前掲注（511）33 頁以下を参照した。

⁵¹⁴ 金載亨・前掲注（264）28 頁以下。なお、日本語訳においては、鈴木禄弥・前掲注（511）34 頁以下を参照した。

⁵¹⁵ *Protokolle der Kommission fuer die 2. Lesung des Entwurfs des Buergerlichen Gesetzbuchs, Bd. 7, Berlin, 1983, S. 30*（以下「*Protokolle VII*」と記す）によると、BGB 第 1 草案(E.I)第 1129 条、第 2 草案(E.II)第 1096 条、Bundesrathe(B.R.)第 1175 条、Reichstagsvorlage(R.E.)第 1173 条を経て BGB 第 1190 条になったとする。

⁵¹⁶ 鈴木禄弥・前掲注（511）36 頁。

⁵¹⁷ 鈴木禄弥・前掲注（511）39 頁。

⁵¹⁸ 於保・前掲注（507）357 頁。このほかに、金相容・前掲注（258）『根抵当権比較研究』10 頁によると、BGB 第 1190 条第 1 項は、「債権の確定」と定められているが、その内容

確定の金額の担保 (Sicherung einer der Höhe nach noch nicht feststehenden) ではなく、交互計算関係 (Kontokorrentverhältnisse) 又は継続的取引関係 (ständigen Geschäftsverbindung) のすべての範囲について発生する債権の担保であるとする⁵¹⁹。

最高額抵当権は、継続する取引関係又は相互計算関係の範囲において債権を担保することができるにもかかわらず、信用実務界において、広範囲にわたり保全土地債務によって排除される。その理由として、最高額に利息が算入されること (本条第 2 項) 及び強制執行の実行困難 (確定された債権額に関する債権者の立証責任及び物的強制執行認諾 (unterwerfung) の制限可能性) などが挙げられている⁵²⁰。

なお、最高額抵当権と同一の経済上の目的は、流通抵当権、すなわち、内部関係においては最高額抵当権であるものを外部的には流通抵当権として設定する、いわば「隠れた最高額抵当権」によっても達せられるが、流通抵当権と最高額抵当権には、法律的な差異がある⁵²¹。すなわち、流通抵当権である「将来の債権のための抵当権 (BGB 第 1113 条)」と法律上当然の保全抵当権である「最高額抵当権 (本条第 3 項)」の比較が問題となる。両者の区別について、鈴木禄弥先生⁵²²は、以下のように説明する。①甲は、乙に対し将来負担すべき 1 万マルクの債務につき、自己の所有地上に「**将来の債権のための抵当権**」(流通抵当権として扱う) を設定したが、その後の債務は 7 千マルクしか成立していない場合である。これは、流通抵当権であるから、債権自体について登記簿の推定力が働き、1 万マルク全額の債権の成立が推定され、7 千マルクしか債権が存在しないことを、甲が立証しなければならない。これに対して、②甲は、乙との継続的取引で負担すべき債務を担保するため、自己の所有地上に「最高額 1 万マルクの**最高額抵当権**」を設定したが、現在の債務残高は 7 千マルクの場合である。これは、保全抵当権であるから、債権自体についての登記簿の推定力は働かず、7 千マルクの債権が現存することを乙が立証しなければならない。さらに、第三者丙が、被担保債権 1 万マルクが現存すると信じて、乙からこの債権とともに抵当権を譲り受けた場合に、①においては、債権についても抵当権に関する限り

は「債権額の確定」として解釈されているとする。したがって、最高額抵当権は、債権額が不確定的な抵当権であるという (下線筆者)。

⁵¹⁹ Erman, Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, Bd. 2, 12., neubearbeitete Aufl, Otto Schmidt Köln, 2008, S. 4046.

⁵²⁰ Fritz Baur, Sachenrecht, 18., neu bearbeitete Aufl, C.H. Beck, 2009, S. 553 ; Th. Krause, Nomos Kommentar BGB Sachenrecht, Bd. 3, 2. Aufl, Nomos, 2008, S. 1305.

⁵²¹ Baur, a. a. O., S. 553f ; 於保・前掲注 (507) 357 頁。

⁵²² 鈴木禄弥・前掲注 (511) 31 頁以下。

登記簿の公信力が及ぶから、丙は3千マルクの土地債務を取得する。しかし、②においては、債権について公信力は問題とならず3千マルクについては、丙は何ら権利を取得しないことになるとする。

II 最高額抵当権の法文上の内容

II-1. 最高額抵当権の要件 (Voraussetzungen) 及び登記簿における最高額の登記

BGB 第 1190 条 (Höchstbetragshypothek) (1) Eine Hypothek kann in der Weise bestellt werden, dass nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt, im Übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird. Der Höchstbetrag muss in das Grundbuch eingetragen werden: 抵当権は、土地の担保すべき最高額のみを定め、その他においては債権の確定を留保する方法によって、設定することができる。最高額は、登記簿に登記しなければならない。

本条第1項第1文においては、最高額抵当権の要件 (Voraussetzungen)、すなわち、「金銭債権 (Geldforderung) であること」、「最高額 (Höchstbetrag) を定めること」、「債権の確定を留保すること (Vorbehalt der Feststellung der Forderung)」について定める⁵²³。

第一の要件は、「金銭債権」である。最高額抵当権は、流通抵当権又は通常の保全抵当権と同様に、金銭債権のみを担保することができる⁵²⁴。金銭以外の別の給付のためには、たとえば、違約金約束 (Vertragsstrafeversprechen) 又は将来の損害賠償請求 (künftige Schadensersatzansprüche) による債権、これらの求償請求権 (Ersatzansprüche) のみを担保することができる⁵²⁵。

第二の要件は、「最高額を定めること」である。最高額抵当権における登記必須事項は、土地から担保すべき最高額を登記承諾書 (Eintragungsbewilligung) に表示することである⁵²⁶。しかし、債権額の確定は、将来に留保されていることを要する⁵²⁷。なお、登記承諾書に最高額の定め (Bestimmung) が欠けている場合は、不動産登記所により登記申請が棄却されるが (zurückzuweisen)、それにもかかわらず、登記された抵当権は、職権によ

⁵²³ Th. Krause, a. a. O., S. 1305f.

⁵²⁴ Otto Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 7, 71., neubearbeitete Aufl, C.H. Beck, 2012, S. 1630.

⁵²⁵ Th. Krause, a. a. O., S. 1305 ; Vgl. RGZ 55, 270.

⁵²⁶ Erman, a. a. O., S. 4047 ; Th. Krause, a. a. O., S. 1305.

⁵²⁷ Baur, a. a. O., S. 553 ; Erman, a. a. O., S. 4047 ; Th. Krause, a. a. O., S. 1305 ; 於保・前掲注 (507) 357 頁。

り抹消されなければならない⁵²⁸。ただし、債権が不特定 (unbestimmt) ではなく最初から確定されているような場合は、例外的に通常の保全抵当権への転換が問題となる⁵²⁹。

第三の要件は、「債権の確定を留保すること」である。最高額抵当権の本質的な性質は、「責任 (Haftung) の最高額のみは定めるが、そのときどきの具体的な責任 (konkrete Haftung) は変動される」ことである⁵³⁰。すなわち、最高額は定めなければならないが、債権の債務原因 (Schuldgrund) は確定可能で足り、確定してはならない⁵³¹。その典型的な例は、以下のものである。「シュトゥットガルトで、債権者 G のために、50000 ユーロの最高額の保全抵当権が設定され、2008 年 10 月 1 日の登記許諾の引用により、2008 年 10 月 20 日に登記が行われた。この登記許諾 (Eintragungsbewilligung) において、所有者 E は、債権者 G と信用取引の関係であること、このような信用関係からすでに生じた、又は将来生じうる債権者 G のいずれの債権の担保のために、自己の土地に 50000 ユーロの金額で最高額抵当権の登記を許可し、申請する旨を書くことができる (下線筆者)」⁵³²。このように将来確定すべき債権の債務原因は、登記簿又は登記承諾書の中に記載されるが、原因の如何を問わず抵当権者が債務者に対して将来取得するすべての債権のために設定することもできるし、この場合にはその旨を登記することによって足りる⁵³³。

債権が確定するまでは、所有者は、所有者土地債務に基づいて登記の訂正を請求することができない⁵³⁴。そして、債権額が最高額において確定したときは、抵当権者は、その全額において保全抵当権を有し、債権額がゼロであるか又は消滅に確定したときは全額につき所有者土地債務に確定する⁵³⁵。債権額が最高額の一部になるときは、その割合において債権者は抵当権を、所有者は所有者土地債務を確定的に有する⁵³⁶。

なお、本条第 1 項第 2 文においては、登記簿における最高額の登記について定める。しかし、最高額抵当権の明示的な表示は、必須ではない。そして、債務者が土地の所有者で

⁵²⁸ Th. Krause, a. a. O., S. 1305.

⁵²⁹ Erman, a. a. O., S. 4047 ; Th. Krause, a. a. O., S. 1305 ; RG DR 1942, 1796.

⁵³⁰ Baur, a. a. O., S. 554.

⁵³¹ Baur, a. a. O., S. 553 ; Erman, a. a. O., S. 4047 ; Th. Krause, a. a. O., S. 1305.

⁵³² Baur, a. a. O., S. 553 によれば、最高額抵当権の実施能力 (Praktikabilität) は、多数の債務者に対する債権者の債権も担保することができることによって、更に拡大されるとする。

⁵³³ Th. Krause, a. a. O., S. 1305 ; RGZ 75, 245 ; BGH WM 1960, 919 ; 於保・前掲注 (507) 357 頁。

⁵³⁴ Erman, a. a. O., S. 4047.

⁵³⁵ 於保・前掲注 (507) 358 頁。

⁵³⁶ 於保・前掲注 (507) 358 頁。

ある場合は、債務者は表示しなくてよく、すべての債権が保全されるべきであるときは、債権範囲の表示を免除することができる⁵³⁷。

II - 2. 利息 (Zinsen)

BGB 第 1190 条 (Höchstbetragshypothek) (2) Ist die Forderung verzinslich, so werden die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet : 債権が利息付きであるときは、利息は、最高額に算入される。

本条第 2 項は、最高額抵当権の利息について定める。すなわち、利息は、最高額に算入されるので、別途の登記は、不適切である⁵³⁸。そして、法定利息 (BGB 第 1119 条) 及び法律行為上の利息 (rechtsgeschäftlich Zinsen) について適用し、その他の付随給付 (sonstige Nebenleistungen) については準用する⁵³⁹。これに対して、BGB 第 1118 条 (Haftung für Nebenforderungen 付随債権についての責任) による告知費用及び土地からの弁済を目的とする権利追行費用は、本条第 2 項に適用されず、法律に基づき土地が追加で担保する⁵⁴⁰。

II - 3. 登記簿における表示 (Bezeichnung im Grundbuch)

BGB 第 1190 条 (Höchstbetragshypothek) (3) Die Hypothek gilt als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuch nicht als solche bezeichnet ist : この抵当権は、たとえ登記簿に保全抵当権と表示されていなくても、保全抵当権とみなす。

本条第 3 項は、登記簿に保全抵当権として表示されていなくても、最高額抵当権は、保全抵当権として取り扱うことを明確に定めている (BGB 第 1184 条第 2 項⁵⁴¹の例外)。なお、最高額抵当権は、保全抵当権の特殊な種類 (eine besondere Art der Sicherungshypothek) であるとする⁵⁴²。すなわち、担保された最高額のみを登記しなければならないこと、債権が利息付でないこと (unverzinslich) 及び分離して譲渡すること

⁵³⁷ Th. Krause, a. a. O., S. 1306.

⁵³⁸ Erman, a. a. O., S. 4047.

⁵³⁹ Erman, a. a. O., S. 4047 ; Th. Krause, a. a. O., S. 1306.

⁵⁴⁰ Erman, a. a. O., S. 4047 ; J. von Staudinger/Hans Wolfsteiner, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen : Buch 3 Sachenrecht §§1113-1203 (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld), Berlin, 2009, S. 720 ; Th. Krause, a. a. O., S. 1306 ; RGZ 90, 171.

⁵⁴¹ **BGB 第 1184 条 (Sicherungshypothek 保全抵当)** 第 2 項は、「Die Hypothek muss im Grundbuch als Sicherungshypothek bezeichnet werden : その抵当権は、登記簿に保全抵当権として表示されなければならない」と定める。

⁵⁴² Erman, a. a. O., S. 4046.

ができることに差異がある⁵⁴³。

II - 4 . 最高額抵当権なしの債権譲渡 (Abtretung der Forderung ohne die Höchstbetragshypothek)

§ 1190 (Höchstbetragshypothek) (4)Die Forderung kann nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften übertragen werden. Wird sie nach diesen Vorschriften übertragen, so ist der Übergang der Hypothek ausgeschlossen : 債権は、債権譲渡について適用される一般規定に従って譲渡することができる。債権がこのような規定によって譲渡されるときは、抵当権の移転は、排除される。

最高額抵当権の譲渡は、物権的合意 (Einigung) 及び登記 (BGB 第 1154 条第 3 項⁵⁴⁴、第 873 条) とともに債権の移転によって行われる (BGB 第 1153 条第 1 項⁵⁴⁵)⁵⁴⁶。債権がすでに発生されても未発生でも最高額までの画一的な額は譲渡できるので、債権の事前確定は、必要でない⁵⁴⁷。債権確定前において譲渡された債権額が最高額にみえないときは、その不足額は、債権者に残存する債権額を担保する⁵⁴⁸。

なお、本条第 4 項第 1 文によって、債権のみの譲渡、すなわち、債権譲渡の一般規定によって最高額抵当権なしで債権を譲渡することができる。このことから、BGB 第 1153 条第 1 項における「債権と抵当権の不可分の原則 (das Prinzip der Untrennbarkeit von Forderung und Hypothek)」が緩和される⁵⁴⁹。債権の譲渡は、合意と登記のほか (BGB 第 1154 条第 3 項)、債権譲渡に関する一般規定によって行われる (BGB 第 398 条⁵⁵⁰以下)

⁵⁴³ Erman, a. a. O., S. 4046f.

⁵⁴⁴ **BGB 第 1154 条 (Abtretung der Forderung 債権の譲渡)** 第 3 項は、「Ist die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen, so finden auf die Abtretung der Forderung die Vorschriften der §§ 873, 878 entsprechende Anwendung : 抵当証券の交付が排除されたときは、第 873 条及び第 878 条は、債権の譲渡について準用する」と定める。

⁵⁴⁵ **BGB 第 1153 条 (Übertragung von Hypothek und Forderung 抵当権と債権の移転)** 第 1 項は、「Mit der Übertragung der Forderung geht die Hypothek auf den neuen Gläubiger über : 抵当権は、債権の移転とともに新債権者に移転する」と定める。

⁵⁴⁶ Erman, a. a. O., S. 4048.

⁵⁴⁷ Erman, a. a. O., S. 4048.

⁵⁴⁸ Erman, a. a. O., S. 4048 ; 於保・前掲注 (507) 358 頁。

⁵⁴⁹ Th. Krause, a. a. O., S. 1307.

⁵⁵⁰ **BGB 第 398 条 (Abtretung 債権譲渡)** は、「Eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung). Mit dem Abschluss des Vertrags tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers : 債権は、債権者とある人との契約によりこれをその者に移転することができる (債権譲渡)。契約の締結とともに新債権者は、従来債権者に代る」と定める。

551。

本条第4項第2文は、BGB第398条による債権譲渡において、新債権者への抵当権の移転が排除されることを明確に定める。すなわち、債権のみが移転する。したがって、譲渡の時点からその債権は、抵当権範囲(Hypothekenverband)から区別され無担保となり、譲渡された債権の部分は所有者土地債務になる⁵⁵²。すべての被担保債権が譲渡される場合は、抵当権は、終局的に(endgültigen)所有者土地債務(Eigentümergrundschild)になる(BGB第1163条第1項第2文、第1177条第1項)⁵⁵³。被担保債権の一部のみが譲渡される場合は、抵当権は、従来の債権者に存続する、又は将来の未発生⁵⁵⁴の債権(zukünftig noch entstehenden Forderungen)を引き続き最高額まで担保する⁵⁵⁴。

第3節 土地債務(Grundschild)

I 土地債務の立法過程

土地債務⁵⁵⁵は、債権を前提とすることなく土地の担保価値を据え、その土地から優先的

⁵⁵¹ Baur, a. a. O., S. 555 ; Erman, a. a. O., S. 4048 ; Th. Krause, a. a. O., S. 1307.

⁵⁵² Baur, a. a. O., S. 555 ; Th. Krause, a. a. O., S. 1307.

⁵⁵³ Erman, a. a. O., S. 4048 ; Th. Krause, a. a. O., S. 1307 ; RG LZ 1912, 229.

⁵⁵⁴ Th. Krause, a. a. O., S. 1307.

⁵⁵⁵ ドイツにおける土地債務ないし保全土地債務に関する論文には、新井英夫「土地債務の一考察」法学協会49巻3号62頁(1931年)、山田晟「土地債務の抽象性について(一～三・完)」法学協会53巻1号42頁、53巻2号89頁、53巻3号16頁(1935年)、同「立法論として所有者土地債務をみとめるべきか」法学協会97巻9号1213頁(1980年)、中山知己「ドイツ土地債務の担保的機能(一～三・完) - 抵当権の流通性に関連して - 」立命館法学185号40頁、186号52頁、192号32頁(1986年～1987年)、同「ドイツ信託法理の一断面 - 保全土地債務法における信託的構成の展開 - 」山口経済学雑誌38巻3・4号473頁(1989年)、同「ドイツ土地債務の担保的機能について - 近代的抵当権論の一考察 - 」私法53号247頁(1991年)、同「ドイツ土地債務の被担保債権範囲論序説 - 根抵当権との比較を考慮して - 」山口経済学雑誌45巻5号981頁(1997年)、同「補論・ドイツ土地債務の被担保債権範囲論 - 各種の担保 - 」山口経済学雑誌46巻3号315頁(1998年)、椿久美子「ドイツ法における土地債務と抵当権の関係 - 担保約定および抗弁権の視点からみた土地債務の変容 - 」麗澤大学紀要56巻27頁(1993年)、倉重八千代「ドイツにおける土地債務の利用急増の原因についての一考察 - 抵当権制度と土地債務制度の比較から - 」ソシオサイエンス7号(2001年)、同「ドイツの債権・債務の譲渡と流動化における法的諸問題についての一考察」ソシオサイエンス8号(2002年)、大場浩之「ドイツにおける登記と土地債務(Grundschild)の関係(1～3・完) - 公示制度と非占有担保制度の理論的関係の解明を目的として - 」早稲田法学80巻4号143頁、81巻1号47頁、81巻2号135頁(2005年～2006年)などがある。なお、韓国の論文には、金相容「比較法研究：根抵当権に関する比較法制史的考察 - 根抵当権に関する法規定と金融実務間の不適合の原

に支払いを受ける不動産担保権である（BGB 第 1191 条）。すなわち、土地債務の成立及びその存続は、債権に依存しない、無因的性格を有する担保権である。そして、土地債務は、債権の存在を前提にするところを除いて、抵当権に関する規定を準用する（BGB 第 1192 条第 1 項）。BGB における不動産担保権の構成をみると、抵当権に関する規定が 80 カ条あるのに対し、土地債務に関する規定は 8 カ条のみにとどまる。このことから、BGB 編纂当時には、土地債務よりも抵当権が重要な制度であったことが、条文の構成からうかがえる。しかし、今日におけるドイツの金融取引実務では、抵当権よりも土地債務、とりわけ 2008 年の BGB 改正によって新たに第 1192 条第 1a 項として明文化された保全土地債務が専ら利用されている。なお、「保全土地債務」は、債権の担保のために設定されたとしても、「土地債務」の一種であることには変わらない。

以下においては、土地債務の立法過程について述べる。

19 世紀に入り経済的・政治的の統一、とりわけビスマルクによる政治的統一は、ドイツの法的統一をもたらした⁵⁵⁶。連邦参議院は、1874 年 7 月 3 日にドイツ民法典第 1 草案作成を任務とする第 1 委員会の委員 11 名を任命した⁵⁵⁷。第 1 委員会は、民法の各部ごとに

因究明及び改善を中心に -」法曹 61 卷 6 号（2012 年）などがある。

⁵⁵⁶ 石部雅亮「外国法の学び方 - ドイツ⑩」法学セミナー 240 号（1975 年）121 頁、田中・前掲注（504）214 頁以下。

⁵⁵⁷ 石部雅亮「外国法の学び方 - ドイツ⑩」法学セミナー 242 号（1975 年）159 頁、田中・前掲注（504）218 頁。なお、第 1 委員会の委員選任にあたっては、代表的なドイツ諸国と法域が考慮されたとする。以下の表は、石部先生の文献による。

第 1 次委員会のメンバー

委員	地位	出身地	法領域
デルシャイト	控訴院判事、ライヒ裁判所判事	コルマール	フランス法
ゲーブハルト	司法省局長、法学教授	カールスルーエ	フランス法
ヨーハウ	プロイセン最高裁判所判事、ベルリン王室裁判所判事	ベルリン	プロイセン一般ラント法
フォン・キューベル	ヴェルッテンベルク最高裁判所所長	シュトゥットガルト	普通法
クルルバウム	プロイセン司法省参議官	ベルリン	プロイセン一般ラント法
パーペ	ライヒ上級商事裁判所所長官	ライプツィヒ	プロイセン一般ラント法
ブランク	上級控訴裁判所判事	ツェル	普通法

(総則、物権法、債務法、親族法、相続法の 5 部)、部分草案を作成するという方針のもとで、とりわけ、ヨーハウに物権法の部分草案を担保させた⁵⁵⁸。このヨーハウの部分草案を基礎とする物権法第 1 草案は⁵⁵⁹、1888 年 1 月 31 日の連邦参議院の承認に基づき、5 巻の理由書 (Motive) とともに、公表された⁵⁶⁰。これによると、「第 3 編物権 (Buch 3 – Sachenrecht)」の「第 9 章 (Abschnitt 9)」は、「担保権及び土地債務 (Pfandrecht und Grundschuld)」について定める⁵⁶¹。さらに、第 1 節 (第 1062 条ないし第 1134 条) は「不動産上の担保権 (抵当権)」を、第 2 節 (第 1135 条ないし第 1144 条) は「土地債務」を定める⁵⁶²。土地債務における BGB 第 1 草案 (Der erste Entwurf) 第 1135 条⁵⁶³第 1 項は、
「Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass eine bestimmte Person (Grundschuldgläubiger) berechtigt ist, zu verlangen, dass für sie eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück im Wege der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung beigetrieben werde (Grundschuld) : 土地債務は、特定の者 (土地

フォン・ロート	法学教授	ミュンヘン	ゲルマニスト
フォン・シュミット	バイエルン司法省局長、上級ラント裁判所長官	ミュンヘン	普通法
フォン・ヴェーバー	ザクセン控訴裁判所長官	ドレーズデン	ザクセン法
ヴィントシャイト	法学教授	ハイデルベルク	ロマニスト
マンドリ	法学教授	チュービンゲン	ロマニスト
ヴィントシャイトは、1883 年 10 月に辞職し、フォン・キューベルは、1884 年 1 月に病死し、代わって同年 3 月マンドリが委員となった。			

⁵⁵⁸ 石部・前掲注 (557) 158 頁以下、田中・前掲注 (504) 218 頁。

⁵⁵⁹ 田中克志「ドイツ民法典における不動産担保法の形成過程 (2)」富大経済論集 24 巻 3 号 (1979 年) 38 頁以下。ただし、BGB 第 1 草案は、「ヨーハウの物権法草案と異なり、流通抵当として独立的抵当権たる土地債務と付従的性質を有する抵当権を並存させている」という。

⁵⁶⁰ 石部・前掲注 (557) 157 頁。

⁵⁶¹ Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, erste Lesung / ausgearbeitet durch die von dem Bundesrathe berufene Kommission, Berlin, 1888, S. XIII (以下「Entwurf eines BGB/erste Lesung」と記す)。

⁵⁶² Entwurf eines BGB/erste Lesung, a. a. O., S. XIII.

⁵⁶³ Entwurf eines BGB/erste Lesung, a. a. O., S. 259 ; Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches fuer das deutsche Reich, Bd. 3, Berlin, 1883, S. 779 (以下「Motive III」と記す)。

債務権者) が自己のために一定の金額を土地から強制執行と強制売買により取り立てることを請求する権利を与える方法によって、設定することができる(土地債務)」と定める。第2項は、「Die Geldsumme kann als eine verzinsliche bestimmt werden : その金額は、利息付で設定することができる」と定める。BGB第1草案は、条文の数及びその構成からわかるように、抵当権を重視する立場であった。すなわち、まず、抵当権に関する詳細な規定を置き、土地債務については、それが債権を前提としないことから別段の結果を生じない限り、証券抵当に関する規定を準用することとした(BGB第1草案第1136条)⁵⁶⁴。なお、BGB第1草案における不動産担保権には、登記抵当権(抵当証券の交付されない抵当権)、証券抵当権(抵当証券の交付される抵当権)、保全抵当権、土地債務の4種が認められ、不動産担保形式の多様性がその特色とされていたが、これは同時に批判点の1つであったとする⁵⁶⁵。

その後、1890年12月9日に連邦参議院によって、法律家と経済界の代表者22名からなる第2委員会が設けられ、BGB第1草案の修正作業が開始された⁵⁶⁶。第2委員会は、「第1草案をどのような原則により、また、いかなる範囲において変更するのかといった原理的問題を扱うことなく、当初から改訂作業としてその任務を考えていた。そこで、第1草案のドグマ的基礎に触れることなく、多くの、しかし些細な変更で済ました」⁵⁶⁷。とりわけ、土地債務と関連しては、「Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, die Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus dem Grundstück zu verlangen(Grundschuld)」と「Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass der Berechtigt die Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus dem Grundstück verlangen kann(Grundschuld)」が提示された⁵⁶⁸。両者は、表現の差異はあるものの、おおむね「土地債務は、一定の金額の支払いを土地から要求する権利がある者に対し負担するという方法によって、設定することができる」と訳すことができる。すなわち、両者は、前述のBGB第1草案に比べて、現在の

⁵⁶⁴ Motive III, a. a. O., S. 780f ; 山田・前掲注(555)「土地債務の抽象性について(一)」45頁以下。

⁵⁶⁵ 田中・前掲注(559)39頁。

⁵⁶⁶ 石部・前掲注(557)153頁、田中克志「ドイツ民法典における不動産担保法の形成過程(3)」富大経済論集25巻1号(1979年)39頁以下。

⁵⁶⁷ 田中・前掲注(566)41頁。

⁵⁶⁸ Protokolle der Kommission fuer die 2. Lesung des Entwurfs des Buergerlichen Gesetzbuchs, Bd. 3, Berlin, 1893, S. 708f (以下「Protokolle III」と記す)。

BGB 第 1191 条⁵⁶⁹とその内容において類似するといえる。

II 土地債務の概念 (Begriffsbestimmung)

ドイツにおける不動産担保権の特徴としては、多様性を挙げることができる。すなわち、厳格に付従性を有する保全抵当権、付従性が緩和された流通抵当権、非付従性の土地債務、土地債務の一種である定期土地債務の存在である。そして、このような不動産担保権の中でも土地債務が最も利用されていることは、前述したとおりである。

土地債務は、抵当権と同一権利の性質 (das Wesen nach gleiches Recht) として⁵⁷⁰、土地から一定の金額の支払いを優先的に受けうる不動産担保権である (BGB 第 1191 条)。しかし、債権から独立していること、すなわち債権を前提としないことにおいては、抵当権と異なる⁵⁷¹。このような抵当権と土地債務を条文から比較すると、以下のとおりである。

BGB 第 1113 条 (Gesetzlicher Inhalt der Hypothek)	BGB 第 1191 条 (Gesetzlicher Inhalt der Grundschuld)
(1) Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme <u>zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung</u> aus dem Grundstück zu zahlen ist (Hypothek).	(1) Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist (Grundschuld).
抵当権は、 <u>債権の弁済のために</u> 、(下線筆者) 土地から一定の金額を支払うために負担す	土地債務は、土地から一定の金額を支払うために負担するという方法で、設定することができる (土地債務)。

⁵⁶⁹ Protokolle VII, a. a. O., S. 30 によると、BGB 第 1 草案(E.I)第 1135 条、第 2 草案(E.II)第 1100 条、Bundesrathe(B.R.)第 1176 条、Reichstagsvorlage(R.E.)第 1174 条を経て BGB 第 1191 条になったとする。

⁵⁷⁰ Protokolle der Kommission fuer die 2. Lesung des Entwurfs des Buergerlichen Gesetzbuchs, Bd. 4, Berlin, 1983, S. 498 (以下「ProtokolleIV」と記す) ; Reiner Schulze/Ansgar Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 8. Aufl, Nomos, 2014, S. 1565 ; Staudinger/Wolfsteiner, a. a. O., S. 744.

⁵⁷¹ Baur, a. a. O., S. 565 によれば、抵当権は付従性があり、土地債務は付従性がないとする。なお、中山・前掲注 (555) 「ドイツ土地債務の担保的機能 (二)」 220 頁以下においては、土地債務の非付従性 (Nichtakzessorietät)、ないし抽象性または無因性 (Abstraktheit) と表現する。

るという方法で、設定することができる（ 抵当権 ）。	
-----------------------------------	--

両者は、「zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung 債権の弁済のために」が記載されているか否かということ以外には、全く同様である。そこで、土地債務は、債権を前提としないかぎり、**抵当権**に関する規定を準用する（BGB 第 1192 条第 1 項）。

BGB 第 1191 条第 1 項の定義によれば、土地債務は、**抵当権**に対比し担保権（**Sicherungsrecht**）ではなく、土地への純粋な換価権（**reines Verwertungsrecht**）として構想される（**konzipiert**）⁵⁷²。したがって、土地債務の設定は、法律行為（たとえば、ある人に土地債務を贈与の方法で寄贈する（**schenkungsweise zugewendet**）場合）によって行うことができ、直接的に義務を負う⁵⁷³。そして、土地債務が法律上債権の存在を前提としないことから、土地債務と債権との間には、法的関連が存在しない⁵⁷⁴。しかし、土地債務が債権を担保することができないということは、書かれていない⁵⁷⁵。

そして、両者の差異は、その設定時における BGB 第 873 条（**Erwerb durch Einigung und Eintragung** 物権的合意及び登記による取得）第 1 項の物権的合意（**Einigung**）で明らかになる。すなわち、**抵当権**の場合は、どの債権を担保すべきかについて合意（**Einigung**）しなければならないし、この合意は担保目的（**Sicherungszweck**）に記載されるため、因果関係の要素（**kausales Element**）を含む⁵⁷⁶。しかし、土地債務は、被担保債権が要件ではなく、かりに債権担保のために設定されたとしても、この約定（**Abrede**）は、物的権利（**dinglichen Rechts**）の内容ではない⁵⁷⁷。したがって、権利の成立についての合意（**Einigung**）は、その原因となる行為（**veranlassenden Geschäfts**）の有効性から原則上独立であるので⁵⁷⁸、たとえば消費貸借契約が良俗違反により無効であっても（BGB 第 138 条第 1 項⁵⁷⁹）、土地債務設定は有効であり、消費貸借価値の返還（**Rückgewähr der**

⁵⁷² Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1565.

⁵⁷³ Hanns Prütting/Gerhard Wegen/Gerd Weinreich, BGB Kommentar, 4., neu bearb. u. erw. Aufl, Hermann Luchterhand Verlag, 2009, S. 1989.

⁵⁷⁴ 石川＝小西・前掲注（505）347 頁。

⁵⁷⁵ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1565.

⁵⁷⁶ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1565.

⁵⁷⁷ Baur, a. a. O., S. 565 ; Prütting/Wegen/Weinreich, a. a. O., S. 1989 ;

Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1565 ; BGH NJW 86, 53 ; BGH NJW 00, 2021.

⁵⁷⁸ BGH NJW 81, 1505.

⁵⁷⁹ **BGB 第 138 条（Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher 良俗違反の法律行為; 暴利）** 第 1 項は、「Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig : 善良の風俗に反する法律行為は、無効とする」と定める。

Darlehensvaluta) について不当利得請求権 (bereicherungsrechtlichen Anspruch) を担保する⁵⁸⁰。このように、土地債務と債権の間は、保全土地債務であっても、抵当権のような法的結びつき (rechtliche Verbindung) が存在するものではなく、もっぱら経済的結びつき (ausschließlich eine wirtschaftliche Verbindung) が存在する⁵⁸¹。BGB 第 311 条による債務法上の担保約定は、BGB 第 929 条以下の譲渡担保及び BGB 第 398 条以下の担保譲渡の場合と同様に、土地債務保持者の権限を債務法上規制するが、保全土地債務であっても物的無因性であることに変わりはない⁵⁸²。

このような土地債務は、以下の 3 種類に区別することができる。

第一は、孤立的土地債務 (isolierte Grundschuld) である。その特徴は「債権者が物的換価権のみを有し、被担保債権を有しないこと、人的債務者が存在しないこと、所有者が物権的消却権 (dingliches Ablösungsrecht) しか有しないこと」⁵⁸³にある。債権の担保に利用されるのではなく、債権者に純粋な換価権を与える。債権者は、BGB 第 1147 条 (Befriedigung durch Zwangsvollstreckung 強制執行による弁済) によって、その土地から元本利益の実行のために、執行すべき権限を取得する。孤立的土地債務は、実務においてめったにないが、たとえば、経済的価値の出損 (Zuwendung) のために役立つとされる⁵⁸⁴。

第二は、保全土地債務 (Sicherungsgrundschuld) である。これは、土地債務の 3 種類の中でも最も利用されている形態として、債権の担保のために設定される。すなわち、保全土地債務は、債権について依然として無因であるが、債務法上の担保約定によって債権と結びつく。このような土地債務の債権独立性 (Forderungsunabhängigkeit) は、債権者にとって、被担保債権 (gesicherten Forderungs) の物的分離によりその流通性を高くし、かつ、担保すべき債権 (die zu sichernde Forderungs) を無方式に取り替えることができるという利益がある⁵⁸⁵。その代わり土地所有者に対しては、不利であるとする。債務

⁵⁸⁰ Prütting/Wegen/Weinreich, a. a. O., S.1989 ; BGH NJW-RR 00, 1431.

⁵⁸¹ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1565.

⁵⁸² Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1565.

⁵⁸³ 椿・前掲注 (555) 35 頁。

⁵⁸⁴ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1565 によれば、孤立的土地債務の目的は、因果関係の約定から (aus der kausalen Abrede) 明らかになるとする。たとえば、贈与又は履行行為の代わりの給付が問題となる。

⁵⁸⁵ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1565 ; このほかに、土地債務が人的債権に従属しない結果として債権者に特別に強力な権利を与えるとする (ヌスbaum (著) = 宮崎一雄 (訳) 『独逸抵当制度論』 (清水書店、1932 年) 287 頁)。

法上の担保約定における債権者の換価権の制限は物的効力がなく、担保約定からの義務違反、すなわち、所有者の債権的請求権 (*obligatorische Ansprüche*) のみをもたらす⁵⁸⁶。しかし、これらの見解に対して、山田先生は、債権を伴わない土地債務は債権者にとって不利益であると説明する。すなわち、債権者が土地債務とともに債権を有するときは、土地債務の目的である土地から優先弁済を受けるだけでなく、債権に基づき債務者の全財産からも弁済を受けうることに對して、単に土地債務のみを有するにすぎない者は、土地債務の目的である土地のみにつき弁済を求めることにすぎないからであるとする⁵⁸⁷。

第三は、所有者土地債務 (*Eigentümergrundschuld*) である。これは、保持者としての土地所有者に帰する土地債務である。所有者土地債務は、BGB 第 1163 条 (*Eigentümerhypothek* 所有者抵当権)、BGB 第 1168 条 (*Verzicht auf die Hypothek* 抵当権の放棄) 及び BGB 第 1177 条 (*Eigentümergrundschuld, Eigentümerhypothek* 所有者土地債務、所有者抵当権) によって発生するが、BGB 第 1196 条第 1 項の所有者土地債務⁵⁸⁸としても設定される。土地所有者に対して常に流動可能な信用担保 (*mobilisierbare Kreditsicherheit*) を与える点において、実務では、担保のための短期信用及び中期信用に利用される⁵⁸⁹。

III 土地債務の成立 (*Entstehung*)

土地債務は、抵当権と同様に物権的合意と登記によって成立する (BGB 第 873 条)。これに對して、債権の成立は、たとえ土地債務が債権の担保を目的として設定されたとしても (保全土地債務)、要件ではない⁵⁹⁰。

証券土地債務 (*Briefgrundschuld*) は、土地債務証券が発行される土地債務であり、証券引渡しによつてはじめて発生する (BGB 第 1117 条第 1 項)。これに對して、登記土地債務 (*Buchgrundschuld*) は、当事者間で土地債務証券を発行しない旨の合意と登記がなされた土地債務である。前者が原則であつて、後者は例外であるとする⁵⁹¹。

⁵⁸⁶ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1565f.

⁵⁸⁷ 山田・前掲注 (555) 「土地債務の抽象性について (一)」46 頁以下。

⁵⁸⁸ BGB 第 1196 条 (*Eigentümergrundschuld* 所有者土地債務) 第 1 項は、「Eine Grundschuld kann auch für den Eigentümer bestellt werden: 土地債務は、所有者についても設定されることができる」と定める。

⁵⁸⁹ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1566.

⁵⁹⁰ BGH NJW 1981,1505.

⁵⁹¹ 大場・前掲注 (555) 「ドイツにおける登記と土地債務の関係 (1)」150 頁以下。なぜな

土地債務の必須登記事項 (Mindestinhalt des Grundbucheintrags) として、債権者、土地債務額及びその利率を表示しなければならない (BGB 第 1115 条)⁵⁹²。しかし、被担保債権は、抵当権と異なって、登記事項ではない。かりにこれが登記されたとしても、何ら効力を有しない⁵⁹³。

このほかにも、土地債務は、以下の方法⁵⁹⁴によって成立する。

第一に、発生した (bestehenden) 抵当権を土地債務へ変更することによって成立する (BGB 第 1198 条 Zulässige Umwandlungen 変更可能)。これも、債権者と所有者の合意及び登記を必要とする (BGB 第 873 条第 1 項)。

第二に、所有者土地債務は、登記所に対する所有者一方のみの意思表示及び登記によって成立する (BGB 第 1196 条第 2 項)。

第三に、BGB 第 1163 条、BGB 第 1168 条及び BGB 第 1177 条の規定によって成立する。

IV 土地債務の譲渡 (Übertragung)

土地債務の譲渡は、抵当権の譲渡に関する BGB 第 1154 条 (Abtretung der Forderung 債権の譲渡) 及び BGB 第 1155 条 (Öffentlicher Glaube beglaubigter Abtretungserklärungen 公信力ある譲渡の意思表示) によって行われるが、債権独立性により BGB 第 1153 条 (Untrennbarkeit von Forderung und Hypothek 債権及び抵当権の分離不可能性) は排除される。抵当権の場合は、債権は必ず抵当権とともに移転するのであって、抵当権なくして債権のみの移転又は債権なくして抵当権のみの移転はできない (BGB 第 1153 条)。これに対して土地債務は、債権を前提としないことから債権の譲渡は土地債務の移転を伴わず、両者は分離してその一方のみを譲渡することができる。これによって生じうる土地所有者に対する危険は、土地所有者が債権の譲受人に対して抹消登記に必要な書類の引渡しと引替えに支払うという主張によって回避することができ、他方、新土地債務権者に対しては、その者が担保約定を知っていたとき又はこれらが登記から明

らば、「BGB は抵当権に関する規定において、証券抵当を原則とし、抵当証券の交付を当事者が物権的合意および登記に基づいて禁止した場合にはじめて、登記抵当が成立するとしているからである (BGB 第 1116 条)」とする。

⁵⁹² Baur, a. a. O., S. 568.

⁵⁹³ 石川＝小西・前掲注 (505) 350 頁。

⁵⁹⁴ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1566.

らかであったときに限り、主張することができる⁵⁹⁵。そして、土地債務の使用についての合意 (Vereinbarungen) が的確であり、(その結果、権利承継者に対して有効である ; BGB 第 1157 条) 登記簿に登記することを排除しない⁵⁹⁶。たとえば、譲渡を排除したり、所有者の承諾を必要とすることを抵当権のように登記することができるが、しかしながら土地債務の譲渡を債権の譲渡なしでは認めないということではない⁵⁹⁷。

なお、登記土地債務は、合意及び登記によって (BGB 第 1192 条第 1 項、第 1154 条第 2 項、第 873 条第 1 項)、証券土地債務は、合意、書面による譲渡意思表示 (der Abtretungserklärung in schriftlicher Form) 及び土地債務証券の引渡し (BGB 第 1192 条第 1 項、BGB 第 1154 条第 1 項) によって譲渡が行われる。

土地債務は、無権利者 (Nichtberechtigten) から善意取得されることができ、BGB 第 1137 条から BGB 第 1139 条までは適用しない⁵⁹⁸。登記された無権利者からの善意取得は BGB 第 892 条 (Öffentlicher Glaube des Grundbuchs 登記の公信力) によって、証券土地債務のような登記されていない無権利者からの善意取得は BGB 第 1155 (Öffentlicher Glaube beglaubigter Abtretungserklärungen 公信力の認証ある譲渡の意思表示) による⁵⁹⁹。

所有者は、土地債務に対する抗弁権を所有者と債権者間の法律関係から明らかになる (たとえば、土地債務の猶予)、又は物的権利の存続による (たとえば、物権的合意の無効) 範囲において主張することができる⁶⁰⁰。土地債務の譲渡の場合、所有者は、これらの抗弁権を譲受人に対しても主張することができる (BGB 第 1192 条第 1 項、第 1157 条第 1 文)。しかし、抗弁権が登記簿あるいは土地債務証券から明らかでないとき及びこれらが知られていなかったときにおいて、譲受人は、負担の付いていない善意取得をすることができたが (BGB 第 1192 条第 1 項、第 1157 条第 2 文)、2008 年 8 月 19 日から土地債務譲渡についてこのような可能性は、これ以上適用されなくなった (BGB 第 1192 条第 1a 項により第 1157 条第 2 文を不適用) ⁶⁰¹。

⁵⁹⁵ 石川=小西・前掲注 (505) 351 頁。

⁵⁹⁶ Prütting/Wegen/Weinreich, a. a. O., S. 1989.

⁵⁹⁷ Prütting/Wegen/Weinreich, a. a. O., S. 1989.

⁵⁹⁸ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1566.

⁵⁹⁹ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1566.

⁶⁰⁰ Baur, a. a. O., S. 571 ; Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1566.

⁶⁰¹ Baur, a. a. O., S. 571 ; Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1566.

V 土地債務の消滅 (Tilgung)

被担保債権の債務者ではない所有者が負担した土地を土地債務保持者に支払う場合、所有者は、土地債務について給付する⁶⁰²。土地債務の償却 (Ablösung) とともに法律によって所有者土地債務として所有者に移転するが、一般的に承認されている結果の理由付については、争いがある⁶⁰³。

VI 土地債務の消滅 (Erlöschen)

土地債務は、廃止 (BGB 第 875 条、第 1192 条第 1 項、第 1183 条)、土地からの強制的な弁済 (BGB 第 1192 条第 1 項、第 1181 条)、先順位担保権の強制競売 (ZVG 第 52 条第 1 項第 2 文) 又は担保された土地に所有権の負担免除の善意取得 (BGB 第 892 条第 1 項第 1 文) によって消滅する。

第 4 節 保全土地債務 (Sicherungsgrundschuld)

I 保全土地債務の立法背景

土地債務には、孤立的土地債務、保全土地債務及び所有者土地債務の 3 つの形態があるが、その中でも「保全土地債務」は、金融取引実務において最も利用されている。

1900 年代の立法者は、保全土地債務の概念を持っていなかったのではなく、流通における付従的な不動産担保権としての抵当権が広く受け入れられていたことから出発したのであるとする⁶⁰⁴。そして、土地債務は債権独立性 (Forderungsunabhängigkeit) が特徴であったため、このような根拠 (gutem Grunde) をもって、BGB 編纂当時は、保全土地債務の概念を有しなかったともいわれている⁶⁰⁵。しかし、BGB 編纂当時の意図とは異なつて、銀行は、次第に非付従的な不動産担保権としての「土地債務」を優遇し⁶⁰⁶、その中で

⁶⁰² Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1566.

⁶⁰³ Baur, a. a. O., S. 571 ; Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1566 ; これらの文献によると、BGB 第 1163 条第 1 項第 2 文の類推適用のほか、BGB 第 1168 条、BGB 第 1170 条、BGB 第 1171 条への類推適用があり、そして支配的見解は、BGB 第 1142 条、BGB 第 1143 条への類推適用であるとする。

⁶⁰⁴ Peter Derleder, Die neue Sicherungsgrundschuld, ZIP, 2009/11/20, S. 2221.

⁶⁰⁵ Baur, a. a. O., S.574f.

⁶⁰⁶ 村上淳一＝守矢健一＝ハンス・ペーター・マルチュケ『ドイツ法入門(外国法入門双書)』(有斐閣、改訂第 8 版、2012 年) 161 頁。

も実務では「保全土地債務」を利用するようになった⁶⁰⁷。しかし、実務上の利用実態に比べて、土地債務ないし保全土地債務の法律上の規定は、十分といえない状況である。すなわち、保全土地債務は、2008年8月19日から施行された「リスク制限法 (Risikobegrenzungsgesetz)⁶⁰⁸」によって、はじめてBGB第1192条(以下、この節において「本条」という)第1a項として明文化されるようになった。本条は、ドイツ民法施行法 (Einführungsgesetz BGB) Art. 229第18条第2項により、施行以降に設定される保全土地債務のみに適用される。

本条第1a項の立法理由とえば、「土地所有者の保護」があげられる。すなわち、BT-Drucks 16/9821によると、「請求権の担保 (Anspruchs Sicherung) のために手に入れた (保全) 土地債務の譲渡という特殊なリスクから土地所有者を保護するために、土地所有者は、担保契約から生じる土地債務に対する抗弁権をいずれの取得者にも対抗することができるという配慮を行わなければならない。本条第1項、BGB第1157条第2文によ

⁶⁰⁷ André Meyer, Einwendungen und Einreden des Grundstückseigentümers gegen den Grundschuldgläubiger nach neuem Recht, JURA Volume 31, Heft 8/2009, S. 562 ; Erman, a. a. O., S. 4049 ; Kerstin Uhlir, Die Sicherungsgrundschuld nach dem Risikobegrenzungsgesetz, 1. Aufl, Grin Verlag, 2010, S. 5 ; このほかに、日本文献としては、大場・前掲注 (555) 「ドイツにおける登記と土地債務の関係 (2)」49頁、倉重・前掲注 (555) 「ドイツにおける土地債務の利用急増の原因」217頁、椿・前掲注 (555) 46頁以下、中山・前掲注 (555) 「ドイツ土地債務の担保的機能 (二)」246頁以下などがある。

⁶⁰⁸ 「リスク制限法 (Risikobegrenzungsgesetz)」の立法については、Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2008 Teil I Nr. 36, ausgegeben zu Bonn am 18. August 2008 (<http://www.bgbl.de>) S. 1666 ; Deutscher Bundestag Drucksache 16/7438 (<https://www.registrar-services.com>) ; <http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de> ; Kerstin Uhlir, a. a. O., S. 2 を参照する。そして、金相容・前掲注 (555) 244頁においては、「Risikobegrenzungsgesetz」を「危険限界設定法」と訳す。

なお、Deutscher Bundestag Drucksache 16/7438 (<https://www.registrar-services.com>) 及び <http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de> (連邦政府図書館) によると、「リスク制限法」の制定背景を以下のように説明する。すなわち、「新ベンチャー参加法

(Wagniskapitalbeteiligungsgesetz) 及び企業の子会社及び関連会社 (Unternehmensbeteiligungsgesellschaften) に関する法改正は、資本投資についての一般的な条件の改善に役立った。しかし、このような金融投資の増加は、同時に金融マーケット及びその関係者に新しい課題をもたらした。金融システムの安定に対するリスク及び買収候補企業 (Zielunternehmen ターゲット企業) に対するリスクである (Das neue Wagniskapitalbeteiligungsgesetz sowie die Reform des Gesetzes über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften dienen einer Verbesserung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen. Ein Anstieg von Finanzinvestitionen stellt die Kapitalmärkte und ihre Akteure gleichzeitig aber auch vor neue Herausforderungen. Es geht um Risiken für die Stabilität des Finanzsystems ebenso wie um Risiken für die Zielunternehmen selbst)」という。

る土地債務の抗弁の付いていない善意取得 (gutgläubigen einredefreien Erwerbs) の可能性は、土地所有者について抗弁権の喪失の結果をもたらすため、保全土地債務においては、抗弁の付いていない善意取得を排除する必要がある (下線筆者)⁶⁰⁹と述べる。

II 保全土地債務の概念

保全土地債務は、無因的土地債務 (abstrakte Grundschuld) でありながら、所有者又は第三者に対する債権者の債権を担保するために利用される⁶¹⁰。そして、このような保全土地債務の従来の一般的な概念は、立法者によって本条第 1a 項前段として明文化された⁶¹¹。保全土地債務が成立するためには、①土地債務の設定ないし土地債務設定の物権的法律行為 (das dingliche Rechtsgeschäft über die Bestellung der Grundschuld) のみならず、②被担保債権の確定ないし特定、③担保契約 (Sicherungsvertrag) ないし担保約定 (Sicherungsabrede) の 3 つの要素が必要である⁶¹²。

なお、前述したように、金融取引実務で運用されてきた「保全土地債務」は、2008 年の BGB 改正により明文化された。そして、従来から「保全土地債務における物権的権利と債権の関係をどのように構成すべきか」について、「保全土地債務を一種の非典型担保、すなわち担保信託 (Sicherungstreuhand) の一種」とする Medicus などによる見解と、「土地債務はやはり物的換価権 (dingliches Verwertungstecht) であることは疑いなく、その意味で他の非典型担保と一線を画し、むしろ抵当権と同様の地位を与えるべきである」とする Huber 及び Baur などによる見解が存在する⁶¹³。

このような保全土地債務の立法背景及び実務における利用状況を前提に、以下においては、その概念における改正前・後の条文比較を行う。

改正前の条文	改正後の条文
BGB 第 1192 条 (Anwendbare	BGB 第 1192 条 (Anwendbare Vorschriften 適用可

⁶⁰⁹ Deutscher Bundestag Drucksache 16/9821 v. 26. Juni 2008 (dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/098/1609821.pdf) S. 16 (以下「BT-Drucks 16/9821」と記す)。

⁶¹⁰ Baur, a. a. O., S. 574 ; Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1567.

⁶¹¹ Prütting/Wegen/Weinreich, a. a. O., S. 1989.

⁶¹² Baur, a. a. O., S. 576f ; Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1568 ; 中山・前掲注 (555) 「ドイツ土地債務の担保的機能 (二)」 222 頁。

⁶¹³ 中山・前掲注 (555) 「ドイツ信託法理の一断面」 478 頁以下。なお、前者の立場が比較的多いとする。

<p>Vorschriften 適用可能な規定)</p> <p>(1) Auf die Grundschild finden die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, dass die Grundschild nicht eine Forderung voraussetzt : 土地債務については、それが債権を前提としないことから別段の結果を生じない限り、抵当権に関する規定を準用する。</p> <p>(2) Für Zinsen der Grundschild gelten die Vorschriften über die Zinsen einer Hypothekenforderung : 土地債務の利息については、抵当債権の利息に関する規定を適用する。</p>	<p>能な規定) (1) 改正前と同様である。</p> <p>(1a) Ist die Grundschild zur Sicherung eines Anspruchs verschafft worden (Sicherungsgrundschild), können Einreden, die dem Eigentümer auf Grund des Sicherungsvertrags mit dem bisherigen Gläubiger gegen die Grundschild zustehen oder sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben, auch jedem Erwerber der Grundschild entgegengesetzt werden; § 1157 Satz 2 findet insoweit keine Anwendung. Im Übrigen bleibt § 1157 unberührt : 請求権の保全のために土地債務が設定された場合は (保全土地債務)、土地所有者が旧債権者との担保契約によって土地債務について有する、又は担保契約によって生ずる抗弁権は、土地債務のいずれの取得者にも対抗することができる ; 第 1157 条第 2 文は、適用されない。その他においては、第 1157 条による。</p> <p>(2) 改正前と同様である。</p>
--	--

***参照条文**

BGB 第 1157 条 (Fortbestehen der Einreden gegen die Hypothek 抵当権についての抗弁権の持続)

Eine Einrede, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zusteht, kann auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden. Die Vorschriften der §§ 892, 894 bis 899, 1140 gelten auch für diese Einrede : 所有者が自己と旧債権者間の法律関係によって抵当権について有する抗弁権は、新しい債権者にも対抗することができる。第 892 条、第 894 条ないし第 899 条、第 1140 条は、この抗弁権についても、適用される。

BGB 改正による本条第 1a 項の特徴としては、第一に「保全土地債務」という概念をはじめて BGB に取り入れたこと、第二に土地所有者の保護をより強化したことをあげることができる。前者については、周知のとおり、実務における「保全土地債務」の一般的な

概念を BGB に取り入れたことであるため、学説上異論がないところであり、評価すべきところでもある。しかし、後者の「土地所有者の保護」については、学説上批判があるところである。その内容をみるにあたり、①「改正前における保全土地債務と BGB 第 1157 条の関係」と、②「改正後における保全土地債務と BGB 第 1157 条の関係」に分けて述べる⁶¹⁴。なお、この分類においては、土地債務の譲渡の形態を考慮して、i 土地債務及び債権がともに譲渡される形態、ii 土地債務のみが譲渡される形態、iii 債権のみが譲渡される形態の 3 つに分ける必要がある。そして、土地債務譲渡の主体として、㉞土地所有者と債務者が同一人である場合と、㉟土地所有者と債務者が異なる場合に分けて検討する必要があるが、これに関しては「VI保全土地債務の譲渡 (Übertragung)」において詳論し、ここでは、本条第 1a 項の立法背景及びその概念と直接に関連する形態、すなわち、上記の ii の㉞のみをとりあげる。

①「改正前における保全土地債務と BGB 第 1157 条の関係」である。たとえば、債務者兼土地所有者 A は、旧債権者である B との間に成立した法律関係に基づいて、土地債務に対して有していた抗弁権を譲受人 C にも対抗することができる (BGB 第 1157 条第 1 文)。しかし、抗弁権が登記簿又は証券から明らかでなかった場合又は譲受人 C が抗弁権の存在を知らなかった場合は、A は、土地債務を取得した者 (すなわち、C) に対抗することができなかった (BGB 第 1157 条第 2 文、第 892 条)⁶¹⁵。すなわち、改正前は、土地債務取得者である C の善意取得が認められていた。

これに対して、②「改正後における保全土地債務と BGB 第 1157 条の関係」は、本条第 1a 項の後段における「BGB 第 1157 条第 2 文は、適用されない」という文言によって、改正前の内容と大きく変わることになる。債務者兼土地所有者 A は、旧債権者である B に対して担保約定から生じた抗弁権を、すべての譲受人 C (条文は、「土地債務のいずれの取

⁶¹⁴ この分類は、Baur, a. a. O., S. 590 以下を参照したものである。すなわち、Baur の文献によると、「土地債務の譲渡」の説明につき、「Die Stellung des Eigentümer-Schuldners gegenüber dem Zessionar unter altem Recht 旧規定における譲受人に対する債務者兼所有者の地位」と「Der erweiterte Schutz des Eigentümer-Schuldners gegenüber dem Zessionar unter neuem Recht 新規定における譲受人に対する債務者兼所有者の広範囲の保護」に分類して述べる。

⁶¹⁵ Alexander Neumann, §1192 Abs. 1a BGB – ein dringend überarbeitungsbedürftiger Schnellschuss des Gesetzgebers, Zeitschrift für das Juristische Studium (http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2010_6_391.pdf), 2010/06, S. 683 ; Baur, a. a. O., S. 592 ; Peter Derleder, a. a. O., S. 2222 ; 中山・前掲注 (555)「ドイツ土地債務の担保的機能 (三・完)」191 頁以下。

得者 (jedem Erwerber der Grundsuld)」と表現する⁶¹⁶) に対抗することができる (BGB 第 1192 条第 1a 項、第 1157 条)。そして、抗弁権が登記簿又は証券から明らかでなかった場合又は譲受人 C が抗弁権の存在を知らなかった場合であっても、A は、すべての譲受人 C に対抗することができる (BGB 第 1192 条第 1a 項により、BGB 第 1157 条第 2 文は、適用されない)。その結果、改正後は、C の善意取得への途が排除されることになり、登記の公信力及び公証された譲渡の意思表示を封じ込む結果をもたらした⁶¹⁷。

BGB 編纂当時は、手形のように流通に適した制度として設けられていた土地債務が⁶¹⁸、実務のニーズに応じて専ら債権の担保のために設定される保全土地債務として利用されるようになった。さらに、近時における 2008 年の BGB 改正によって、保全土地債務の場合には、譲受人の抗弁の付いていない善意取得への途を遮断したのである。したがって、学説は、本条第 1a 項によって、保全土地債務が流通抵当権よりも取得者に対する所有者をより厚く保護し⁶¹⁹、より付従性の方向に進んでしまったと批判する⁶²⁰。さらに、本条第 1a 項の抗弁権において、土地債務は、結果的に保全抵当権と同様になったとする⁶²¹。

III 保全土地債務の被担保債権 (Gesicherte Forderung)

所有者又は第三者に対する債権者のいずれの任意 (beliebige) の金銭債権は、保全土地債務によって担保することができる⁶²²。土地債務の担保目的 (Sicherungszweck der Grundsuld) は、BGB 第 311 条 (Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse 法律行為的及びそれに準ずる債務関係) による債務法上の担保約定で記載される⁶²³。しかし、BGB には、担保約定に関する体系的な規定 (systematische

⁶¹⁶ André Meyer, a. a. O., S. 565 によれば、「新規定は、譲受人が取得時点でまだ土地債務の担保目的を知らなかった場合でも、これらの抗弁権は、土地債務の譲受人に対抗することができることを定める。このことから、保全土地債務の実行について、被担保債権の厳格な付従性が生じ、この点において、保全土地債務は、保全抵当権と同じ地位になった (BGB 第 1184 条)」とする。

⁶¹⁷ Krzysztof Piotr Sokolowski, Die Abtretbarkeit der Sicherungsgrundsuld nach der Neuregelung durch das Risikobegrenzungsgesetz, Juristische Rundschau, Heft 8/2009, S. 310 によると、「旧債権者 (bisherigen Gläubiger)」は主に銀行であり、「土地債務のいずれの取得者 (jedem Erwerber der Grundsuld)」は主に投資家であるとする。

⁶¹⁸ 中山・前掲注 (555) 「ドイツ信託法理の一断面」478 頁、椿・前掲注 (555) 57 頁。

⁶¹⁹ Baur, a. a. O., S. 575.

⁶²⁰ Peter Derleder, a. a. O., S. 2222.

⁶²¹ André Meyer, a. a. O., S. 565 ; Staudinger/Wolfsteiner, a. a. O., S. 876.

⁶²² Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1568.

⁶²³ Prütting/Wegen/Weinreich, a. a. O., S. 1991 ; Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1567.

Regelung) はなく、その結果、被担保債権の根拠 (Begründung) 及び担保の設定における要式規定の遵守を必要とする場合にも、無方式に (formfrei) 締結・変更することができる⁶²⁴。そして、担保約定は物的効力を有しないので、被担保債権の規定は、物権法上の特定性の原則 (sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz) に服しない⁶²⁵。したがって、担保約定は、信用提供者である銀行の特殊的・柔軟な手段 (besonders flexiblen Instrument) となり、以下のような広範囲の目的表示 (weite Zweckerklärungen) が利用されるようになった⁶²⁶。たとえば、① BGB 第 488 条 (Vertragstypische Pflichten beim Darlehensvertrag 消費貸借契約における典型的な義務) による消費貸借のすべての弁済のような「特定された個別債権 (bestimmte Einzelforderung)」、②債権者及び債務者間の交互計算関係からのすべての請求権のような「債権についての確定的な範囲 (bestimmter Kreis von Forderungen)」、③継続的取引関係からの現存する、及び将来のすべての請求権のような「任意の組み合わせにおける特定債務者に対するすべての債権 (alle Forderungen gegen einen bestimmten Schuldner in beliebigen Kombinationen)」が担保可能である⁶²⁷。なお、抵当権の場合、被担保債権の消滅はその変更に関する規定によって所有者土地債務になるから (BGB 第 1163 条第 1 項第 2 文、第 1177 条第 1 項)、上記のような債権者の広い担保利益は、抵当権によって満足されない⁶²⁸。そして、債権者及び債務者は、この所有者土地債務にいずれの被担保債権が発生したら (Neuvaluierung)、再び他主抵当権に変更しなければならない (BGB 第 1198 条、第 877 条)⁶²⁹。

そして、上記の広範囲の目的表示に関する③形態は、日本及び韓国における包括根抵当権の被担保債権の範囲と類似する。とりわけ、中山先生は、上記の③形態を「包括的根担保条項」と表現し、関連判例として「連邦通常裁判所第 5 民事部判決 (V. Zivilsenat. Urt. v.29. Januar 1982)⁶³⁰」をとりあげる⁶³¹。この判例は、包括的根担保条項をはじめて無効とした BGH 判決である⁶³²。その後の判例も、債務者ではない第三者 (利己的でない) が

⁶²⁴ Erman, a. a. O., S. 4050f ; Peter Derleder, a. a. O., S. 2222.

⁶²⁵ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1568.

⁶²⁶ Peter Derleder, a. a. O., S. 2222.

⁶²⁷ Erman, a. a. O., S. 4051 ; Peter Derleder, a. a. O., S. 2222 ;

Prütting/Wegen/Weinreich, a. a. O., S. 1991 ; Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1568.

⁶²⁸ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1568.

⁶²⁹ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1568.

⁶³⁰ BGHZ 83, 56f ; NJW 1982, 1035 ; WM 1982, 290.

⁶³¹ 中山・前掲注 (555) 「ドイツ土地債務の被担保債権範囲論序説」 229 頁以下。

⁶³² 中山・前掲注 (555) 「ドイツ土地債務の被担保債権範囲論序説」 229 頁以下。

担保を供した場合は、「書式による広範囲の担保目的表示」すなわち「包括的根担保条項」は、条項コントロール (Klauselkontrolle) に基づいて無効であるとした⁶³³。

被担保債権が最初から存在しないが担保約定及び土地債務設定が有効である場合は、非付従的土地債務の有効性に影響を及ぼさない⁶³⁴。抵当権と異なって、土地債務は、BGB 第 1163 条第 1 項が適用されないので、所有者土地債務は発生せず、土地債務は保持者 (Inhaber) に属すべきである⁶³⁵。この点において、所有者は、不利である⁶³⁶。そして、土地債務及び債権は行為同一 (Geschäftseinheit) として結ばれることができないので、債権の不存在 (Fehlen) は、BGB 第 139 条⁶³⁷による土地債務の無効をもたらすことはない⁶³⁸。そして、支配的見解によれば、これらの場合において、担保約定は、保全土地債務の法的根拠にすぎないので (weil Rechtsgrund der Sicherungsgrundschuld allein die Sicherungsabrede ist)、所有者は、保全土地債務の返還 (Rückgewähr) について不当利益法による請求権 (Anspruch aus Bereicherungsrecht) を有しないとする (BGB 第 812 条第 1 項第 1 文又は第 812 条第 1 項第 2 文) ⁶³⁹。やむを得ない場合、すなわち、被担保債権の弁済又は信用関係の終了には、担保約定の解決方法として (BGB 第 133 条、第 157 条)、**契約上の返還請求権 (vertraglicher Rückgewähranspruch)** を所有者に帰属すべきであるとする⁶⁴⁰。そして、所有者は、これらの返還請求権 (Rückgewähranspruch) を BGB 第 1147 条⁶⁴¹による主張 (Inanspruchnahme) に対して抗弁方法として (einredeweise) 対抗することができる⁶⁴²。これに対して、初期の学説は、被担保債権の不存在の場合、土

⁶³³ Peter Derleder, a. a. O., S. 2222 ; BGHZ 114, 9, 12.

⁶³⁴ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1568.

⁶³⁵ Baur, a. a. O., S. 582 ; Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1568.

⁶³⁶ 椿・前掲注 (555) 53 頁。

⁶³⁷ **BGB 第 139 条 (Teilnichtigkeit 一部無効)** は、「Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde : 法律行為の一部が無効である場合に、無効の部分がなくてもその行為が行われたと認められないときは、法律行為の全部が無効となる」と定める。

⁶³⁸ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1568.

⁶³⁹ Baur, a. a. O., S. 582 ; Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1568 ; BGH NJW 89, 1733 ; NJW-RR 96, 235.

⁶⁴⁰ Baur, a. a. O., S. 582 ; Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1568.

⁶⁴¹ **BGB 第 1147 条 (Befriedigung durch Zwangsvollstreckung 強制執行による弁済)** は、「Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung : 債権者が土地及び抵当権の及ぶ目的物より弁済を求めるには、強制執行の手続きによる」と定める。

⁶⁴² Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1568.

地債務は原因を欠くので、所有者に不当利得にもとづく土地債務の返還請求権（BGB 第 812 条第 1 項第 2 文）、あるいは土地債務の実行に対しては不当利得の抗弁権（BGB 第 821 条）を認めるべきであるとした⁶⁴³。

IV 保全土地債務の担保約定（Sicherungsabrede）

保全土地債務の担保約定（Sicherungsabrede）は、所有者と土地債務権者間の債務法上の義務について規定し、とりわけ、どの債権を担保すべきかを定める（Zweckerklärung 目的表示）⁶⁴⁴。保全土地債務は、「土地債務証書」の中で合意され、①支払い及び返済の様相が決める消費貸借契約、②目的表示（Zweckerklärung）の形式で土地債務により担保される債権が表示される担保約定、③土地債務金額に対する所有者の人的責任の引受け（所有者が債務者と同一のときはいない）、④債権及び土地債務に関する即時強制執行（sofortige Zwangsvollstreckung）の認諾、⑤BGB 第 873 条による物権的合意、⑥所有者の登記承諾などの法律行為を含む⁶⁴⁵。なお、実務において、担保約定は、その内容を包括的に、かつ、完全に文書として残していないとする⁶⁴⁶。

土地債務は、抵当権と異なって、物的形態（dinglichen Gestalt）において、債権の発生及び存続に付従しないにもかかわらず、「目的（Zweck）」を設定し、ほとんどの場合に「担保目的（Sicherungszweck）」として使われる⁶⁴⁷。そして、用語については、明確な区別はなく、おおむね「担保契約（Sicherungsvertrag）」、「担保約定（Sicherungsabrede）」、「目的表示（Zweckerklärung）」が同じ意味として使用されている⁶⁴⁸。

⁶⁴³ 椿・前掲注（555）53 頁以下。

⁶⁴⁴ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1569.

⁶⁴⁵ 椿・前掲注（555）44 頁。

⁶⁴⁶ 中山・前掲注（555）「ドイツ信託法理の一断面」482 頁。

⁶⁴⁷ Baur, a. a. O., S. 576.

⁶⁴⁸ Palandt, a. a. O., S. 1633 ; Baur は、「担保目的設定（Zweckbestimmung）」は、担保契約（Sicherungsvertrag）において「担保約定（Sicherungsabrede）」、「担保条項（Sicherungsklausel）」、「目的表示（Zweckerklärung）」の形態で通常記載されるところ（Baur, a. a. O., S. 576）；中山先生は、土地債務を設定する債権者・債務者の間でいわゆる目的表示（Zweckerklärung）なる「担保契約（Sicherungsvertrag）ないし担保約定（Sicherungsvereinbarung）」が締結されるところ。そして、金融実務においては「目的表示」という名称をもつ契約書が定型的に印刷された書式として一般に普及しており、そこには債権の種類、債権額、利息、目的たる土地その他が規定される。これを学説では法的に表現して、「担保約定」、「担保設定契約（Sicherungsbestellungsvertrag）」もしくは「担保約定」と定義するようであるが、「担保の約束（Sicherungsabrede）」という表現もあり、用語法としては統一されていないとする（中山・前掲注（555）「ドイツ信託法理の一断面」

たとえば、「銀行 B は、債務者 S に対して、4 年で 100000 ユーロ（年 7%金利）を貸し付けた。年 15%金利の 100000 ユーロの土地債務を S の土地に設定した。担保契約（Sicherungsvertrag）によれば、B は、S が利息を支払わない、又は 4 年の期限到来後に弁済しない場合にのみ土地債務を使用する；その後の債権は、土地債務によって担保されない。このような担保約定（Sicherungsabrede）は、B が土地債務を留保し（erhält）、そして保持する（behält）法的根拠になろう。S が貸付けを全く受けていない、又はその貸付けを弁済したときは、B は、土地債務を S に返還しなければならない。S が期限どおりに弁済したにもかかわらず、B が土地債務から優先されたときは、S は、担保約定（Sicherungsabrede）により主張することができる。S が B に支払うときは、通例の合意にしたがって、消費貸借債権について支払うのであって、土地債務は、返還されるまで影響を受けない（下線筆者）」⁶⁴⁹。

担保約定によって、所有者は、土地債務を設定すべき義務を負う。そして、土地債務権者は、①土地債務を債権担保のためにのみ換価する義務⁶⁵⁰、②債権の満足（Befriedigung）によって所有者に土地債務を戻すべき義務を負う⁶⁵¹。その結果、担保約定は、信託的に所有者に関する内部関係において、土地債務保持者の物的換価権を制限することになり、土地債務保持者は、土地債務を担保利益の実行のためにのみ主張し、又は換価することを債務法上義務づけられる⁶⁵²。そして、担保約定は、履行（Erfüllung）の方式及びその効力に関する規定を含む⁶⁵³。

担保約定は、土地債務設定に関する法的根拠（Rechtgrund）を形成する⁶⁵⁴。いいかえれば、担保約定が土地債務設定のための原因（causa）ないし原因関係であるに対し⁶⁵⁵、被担保債権はそのような法的根拠ではない⁶⁵⁶。

476 頁以下)。

⁶⁴⁹ Baur, a. a. O., S. 577.

⁶⁵⁰ 例からでもわかるように、土地債務権者は、被担保債権が弁済期到来後に弁済されない場合にのみ、換価することができる。なお、椿・前掲注（555）50 頁によれば、「このような合意が担保約定に明示されていない場合においては、補充的解釈により、担保約定の目的からその合意が明らかにされる」とする。

⁶⁵¹ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1568f；担保約定（Sicherungsabrede）の担保目的（Sicherungszwecks）の範囲については、BGH NJW-RR 05, 985 を参照する。

⁶⁵² Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1569.

⁶⁵³ Baur, a. a. O., S. 577.

⁶⁵⁴ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1569；椿・前掲注（555）45 頁。

⁶⁵⁵ 椿・前掲注（555）45 頁。

⁶⁵⁶ 中山・前掲注（555）「ドイツ信託法理の一断面」483 頁。

担保約定が不存在（Fehlen）又は無効であっても、土地債務設定は、有効である⁶⁵⁷。これにつき、不当に利得した土地債務権者に対して、所有者は、BGB 第 812 条⁶⁵⁸第 1 項第 1 文により、土地債務の戻し譲渡請求権（Rückübertragung der Grundsuld）を有する⁶⁵⁹。そして、担保約定がのちに消滅した（Wegfall）場合も、BGB 第 812 条第 1 項第 2 文によってこのような請求権を有する⁶⁶⁰。

これに対して、担保約定が土地債務の付従性の根拠になることはできない⁶⁶¹。土地債務は、債権の存続について独立に成立し、かつ存在するため、担保約定も⁶⁶²、被担保債権も、登記簿に登録することができない⁶⁶³。付従性は、ただ債務法上の法律行為によるものであって、物的効力とともに生ずることはできない。

なお、担保約定と関連して注目すべきことは、「AGB」との関係である。すなわち、「大量の合意（Massenvereinbarungen）とそのコントロール（ihre Kontrolle）」⁶⁶⁴が問題とされる。なぜならば、このような合意は、信用提供者（主に銀行である）があらかじめ一方的に作成した基礎約款を利用するか、あるいは無方式な方法⁶⁶⁵によることもできるからである⁶⁶⁶。実務においては、登記法上の意思表示（grundbuchrechtlichen Erklärungen）、債務承認（Schuldanerkenntnis）及び執行認諾（Vollstreckungsunterwerfung）とともに

⁶⁵⁷ Prütting/Wegen/Weinreich, a. a. O., S. 1990.

⁶⁵⁸ **BGB 第 812 条（Herausgabeanspruch 不当利得返還請求権）** 第 1 項は、「Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt : 他人の給付又はその他の方法により他人の費用をもって法律上の理由なくして利息を受けた者は、これをその他人に返還する義務を負う。法律上の理由が後に至り消滅し、又は法律行為の内容によれば給付の目的とする結果が発生しないときといえども、この義務を生ずる」と定める。第 2 項は、「Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses : 契約によってなす債務関係の存在又は不存在の承認は、これを給付とみなす」と定める。

⁶⁵⁹ Prütting/Wegen/Weinreich, a. a. O., S. 1990 ; Schulze/Staudinger , a. a. O., S. 1569.

⁶⁶⁰ Schulze/Staudinger , a. a. O., S. 1569.

⁶⁶¹ Schulze/Staudinger , a. a. O., S. 1569.

⁶⁶² Erman, a. a. O., S. 4051 ; Prütting/Wegen/Weinreich, a. a. O., S. 1990 ; BGH NJW 1986, 53, 54.

⁶⁶³ Schulze/Staudinger , a. a. O., S. 1569 によれば、支配的見解は、土地債務が債権の担保のために設定された場合でも「保全土地債務」として登記することはできないとする。

⁶⁶⁴ Baur, a. a. O., S. 577.

⁶⁶⁵ Baur, a. a. O., S. 577 ; Erman, a. a. O., S. 4050 ; 無方式（Formfreiheit）に関する判例は、BGH NJW 1997, 2320 ; NJW-RR 2008, 780, 782 などがある。

⁶⁶⁶ Baur, a. a. O., S. 577 によれば、通例は、書式によるとする。そして、無方式な方法については、BGB 第 305 条第 1 項第 3 文が考慮されなければならないとする。

に土地債務設定証書 (Grundschuldbestellungsurkunde) が通常作成され (これが公正証書である; ZPO 第 794 条第 1 項第 5 号・GBO 第 29 条)、そのほかに文書による (schriftliche) 担保合意が約款 (Klauselwerk) とともに記載される⁶⁶⁷。この 2 つの証書内容の範囲の設定は、強制的でないため⁶⁶⁸、担保約定の中の「担保目的」が非常に広範囲で合意される場合が多い。しかし、すべての条項は、AGB によって法律上の要求に合致しなければならないので、とりわけ、BGB 第 305 条第 2 項、第 305c 条第 1 項・第 2 項、第 307 条、第 309 条第 12 号との関係が重要である⁶⁶⁹。

V 保全土地債務の抗弁権 (Einreden)

保全土地債務の抗弁権⁶⁷⁰は、本条第 1a 項と関連して、内容が最も変わったところである。すなわち、新しい BGB 第 1192 条第 1a 項第 1 文は、土地所有者が担保契約に基づき保全土地債務による主張に対して提起することができる抗弁権の持続 (Fortbestehens) について、BGB 第 1157 条を補足した特別規定を含む⁶⁷¹。そして、抗弁権は、「担保提供者ならびに担保取得者」と、「土地債務の第三取得者」との、いわば「対外的関係」であり、「担保権の独立の原則」及び「流通に関する問題」と関連する⁶⁷²。

一般的に、土地所有者は、土地債務の主張に対して、抗弁 (Einwendungen) 及び抗弁権 (Einreden) をもって防御することができる⁶⁷³。抗弁 (Einwendungen) は、土地債務の物的存続 (dinglichen Bestand der Grundschuld) 及び請求権者の債権者地位 (Gläubigerstellung des Anspruchstellers) に対して行うことができ、抗弁権 (Einreden) は、保持者による土地債務の実行 (Durchsetzung) を持続的に (dauerhaft) 又は一時的に (zeitweise) 阻止する; この抗弁権 (Einreden) は、債務法上の法律関係から生ずる⁶⁷⁴。

⁶⁶⁷ Baur, a. a. O., S. 577.

⁶⁶⁸ Baur, a. a. O., S. 577.

⁶⁶⁹ Baur, a. a. O., S. 577f ; Erman, a. a. O., S. 4051f.

⁶⁷⁰ 土地債務ないし保全土地債務の抗弁権に関する論文には、中山・前掲注 (555) 「ドイツ土地債務の担保的機能 (三・完)」及び椿・前掲注 (555) などがある。中山先生は、「BGB 第 1157 条の解釈論」に関する判例・学説の観点から、椿先生は、「BGB 第 1137 条の観点」から論じている。しかし、両方とも 2008 年の BGB 改正前の論文であるため、BGB 第 1192 条第 1a 項における抗弁権については触れていない。

⁶⁷¹ André Meyer, a. a. O., S. 564 ; BT-Drucks 16/9821, a. a. O., S. 16.

⁶⁷² 中山・前掲注 (555) 「ドイツ土地債務の担保的機能 (三・完)」189 頁以下。

⁶⁷³ André Meyer, a. a. O., S. 561.

⁶⁷⁴ André Meyer, a. a. O., S. 561 ; なお、抗弁 (Einwendung) 及び抗弁権 (Einred) の用語について、以下のように説明されている。抗弁 (Einwendung) は、「相手方の主張に

たとえば、旧債権者との担保契約に基づいて、土地債務に対して土地所有者に「属する」(移転の時点において、すでに実現された)抗弁権(Einreden)には、被担保債権の不存在の抗弁権(die Einreden der Nichtvalutierung)がある⁶⁷⁵。すなわち、土地債務の移転の前に被担保債務の完全若しくは一部消滅、又は被担保債務の弁済到来期の欠如に関する抗弁権である⁶⁷⁶。それに対して、「担保契約から生ずる」抗弁権(Einrede)の最も多い例は、被担保債権が保全土地債務の移転後に全額又は一部弁済された抗弁(Einwand)である⁶⁷⁷。そして、保全土地債務における担保約定から生じた(BGB 第 1157 条)抗弁権は、登記することができ、又は異議申立て(Widerspruch)を通じて対抗することができる⁶⁷⁸。

なお、債権に対する抗弁権について、BGB 第 1137 条⁶⁷⁹は、土地債務の非付従性により適用されない(本条第 1 項)⁶⁸⁰。たとえば、消費貸借の被担保債権の不存在(Nichtvalutierung)のために被担保債権が発生しなかったときは、BGB 第 1137 条は適用されない⁶⁸¹。しかし、

対する反駁であることは、Einrede と同様であるが、相手方に権利がないことを理由とする反駁が Einwendung である。たとえば、取消権のない者が取消をなし、債権を有しない者が履行を請求したときは、取消しされた者、履行を請求された者は、Einwendung を提出することができる。権利を主張する者に権利のないことが当事者の提出した資料から明白であるときは、裁判所は職権で権利のないことを認めなければならない、Einrede と異なり当事者の援用をまつ必要はない」とする。そして、抗弁権(Einred)は、「相手方の主張を阻止しうる主張を意味し、…相手方に権利がある場合にその権利の実行を妨げうる主張をいう。たとえば、請求権が消滅時効にかかってもドイツ法では請求権は消滅しないが、義務者は消滅時効の抗弁を提出することによって履行を拒絶することができる」とする(山田晟『ドイツ法律用語辞典』(大学書林、改訂増補版、1993 年) 185 頁及び 189 頁)。

⁶⁷⁵ BT-Drucks 16/9821, a. a. O., S. 16f.

⁶⁷⁶ BT-Drucks 16/9821, a. a. O., S. 17.

⁶⁷⁷ BT-Drucks 16/9821, a. a. O., S. 17.

⁶⁷⁸ Erman, a. a. O., S. 4051 ; Palandt, a. a. O., S. 1634.

⁶⁷⁹ BGB 第 1137 条 (Einreden des Eigentümers 所有者の抗弁権) 第 1 項は、「Der Eigentümer kann gegen die Hypothek die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung sowie die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden geltend machen. Stirbt der persönliche Schuldner, so kann sich der Eigentümer nicht darauf berufen, dass der Erbe für die Schuld nur beschränkt haftet : 所有者は、人的債務者が債権に対して有する抗弁権及び第 770 条により保証人が有する抗弁権を抵当権に対して主張することができる。人的債務者が死亡した場合において、所有者は、相続人が債務について限定的にのみ責任を負うべきことを援用することはできない」と定める。第 2 項は、「Ist der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, so verliert er eine Einrede nicht dadurch, dass dieser auf sie verzichtet : 所有者が人的債務者ではないときは、人的債務者が抗弁権を放棄しても、これによって所有者は、抗弁権を失いことはない」と定める。

⁶⁸⁰ これに対して、近年においては、BGB 第 1137 条における抗弁権を担保約定に基づいて所有者に認める学説が有力となっているとする論文がある。詳細については、椿・前掲注 (555) を参照する。

⁶⁸¹ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1569.

所有者は、担保約定による債権と土地債務の債務法上の結びつき（*schuldrechtlichen Verbindung*）のゆえに、瑕疵ある担保原因の抗弁権（*die Einrede des mangelnden Sicherungsfalles*）を提起することができる⁶⁸²。

保全土地債務は、抵当権の場合と異なり、債権関係と物権関係が分離しているため、BGB 第 1157 条の与える抗弁権のみによって、「被担保債権の債権者ならびに債務者の関係」と、「担保提供者ならびに担保取得者の関係」とが結びつけられるにすぎない⁶⁸³。担保約定による抗弁権は、BGB 第 1157 条（*Fortbestehen der Einreden gegen die Hypothek* 抵当権に対する抗弁権の持続）第 1 文に該当する。なぜならば、この抗弁権は、債務法上の由来（*schuldrechtlichen Herkunft*）にかかわらず、土地債務に向けられている（*richten*）からである⁶⁸⁴。すなわち、BGB 第 1157 条にいう「法律関係」は、保全土地債務の当事者間における「担保約定」にあたるものとされているので、「被担保債権の債権者と債務者の関係」と「担保提供者と担保取得者の関係」は、担保約定を介して関連することになる⁶⁸⁵。したがって、土地債務の主張が担保約定で決められた担保目的に異議を述べる場合において、所有者は、BGB 第 1157 条第 1 文により土地債務保持者に対抗することができる⁶⁸⁶。たとえば、被担保債権の履行によって担保利益がなくなった場合、所有者は、選択によって本条第 1 項・BGB 第 1154 条による土地債務の戻し譲渡（*Rückübertragung der Grundschuld*）、BGB 第 1168 条による放棄（*Verzicht*）又は BGB 第 875 条による解消（*Aufhebung*）という債務法上の戻し譲渡請求権（*schuldrechtlichen Rückübertragunganspruch*）を有する⁶⁸⁷。

このような債務法上の戻し譲渡請求権は、BGB 第 1157 条第 1 文による抗弁権として、BGB 第 1147 条の請求権に対抗することができる⁶⁸⁸。そして、従来の見解に対する今日の支配的見解は、BGB 第 812 条第 1 項第 1 文又は第 812 条第 1 項第 2 文による不当利得的返還権（*bereicherungsrechtlichen Rückgewähranspruch*）を債権の無効又は不存在（*unwirksamer oder fehlender Forderung*）ではなくて、担保約定の無効又は不存在

⁶⁸² Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1569.

⁶⁸³ 中山・前掲注（555）「ドイツ信託法理の一断面」483 頁以下。

⁶⁸⁴ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1569.

⁶⁸⁵ 中山・前掲注（555）「ドイツ信託法理の一断面」484 頁。

⁶⁸⁶ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1569.

⁶⁸⁷ Baur, a. a. O., S. 583 ; Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1569 ; BGH NJW 1985, 800, 801.

⁶⁸⁸ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1569 ; BGH NJW-RR 87, 1291.

(unwirksamer oder fehlender Sicherungsabrede) とみる⁶⁸⁹。

なお、本条第 1a 項第 1 文後段の「§1157 Satz 2 findet insoweit keine Anwendung (第 1157 条第 2 文は、適用されない)」という文言、すなわち、BGB 第 1157 条第 2 文の「Die Vorschriften der §§892, 894 bis 899, 1140 gelten auch für diese Einrede (第 892 条、第 894 条ないし第 899 条、第 1140 条の規定は、この抗弁権に対しても適用する)」と定めるところが適用されないことによって、譲受人は、保全土地債務の抗弁の付いていない善意取得が不可能となった。しかし、本条第 1a 項第 2 文の「Im Übrigen bleibt § 1157 unberührt (その他においては、第 1157 条による)」という文言によって、本条第 1a 項第 1 文の補足された第 1157 条の内容は、従来と同様に、土地債務について適用しないことを明らかにした。

VI 保全土地債務の譲渡 (Übertragung)

土地債務は、非付従性の性質により、その譲渡につき、BGB 第 1153 条が適用されない。したがって、土地債務及び債権は、独立に譲渡される。土地債務の譲渡は、本条第 1 項・BGB 第 1154 条によって行われる。登記土地債務の場合は合意及び登記が (本条第 1 項、第 1154 条第 3 項、第 873 条第 1 項)、証券土地債務の場合は書面による譲渡意思表示及び証券引渡が必要となる (本条第 1 項、第 1154 条第 1 項)。

債権の譲渡は、BGB 第 398 条以下によって行われる。しかし、債権の譲渡は、担保約定において排除することができ (BGB 第 399 条 HS 2)、排除したにもかかわらず、行われた債権譲渡は、無効となる⁶⁹⁰。そして、当事者は、担保約定において土地債務の譲渡禁止を取り決めることができる (BGB 第 399 条 HS2、第 413 条)⁶⁹¹。すなわち、譲渡を排除したり、所有者の承諾を必要とすることを抵当権のように登記することができることは、前述したとおりである⁶⁹²。

なお、譲受人に対する所有者の抗弁権 (Einreden) は、保全土地債務が単独又は被担保債務とともに譲渡されたかどうかによって、様々な事情が明らかになる⁶⁹³。したがって、以下においては、「債権者が土地債務及び債権を同一人に譲渡した場合」と、「債権者が土

⁶⁸⁹ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1569.

⁶⁹⁰ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1570.

⁶⁹¹ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1570.

⁶⁹² Prütting/Wegen/Weinreich, a. a. O., S. 1989.

⁶⁹³ BT-Drucks 16/9821, a. a. O., S. 17.

地債務又は債権を分離して譲渡した場合」に分けて論ずる。

第一は、「債権者が土地債務及び債権を同一人に譲渡した場合」である。「この場合において、債務者兼土地所有者の法的地位は、譲渡によって侵害されない。債権についての権利主張に対しては、BGB 第 404 条によって保護される。すなわち、債務者兼土地所有者は、担保約定によって生じた債権に対するすべての抗弁権 (Einreden)、つまり 債務者兼土地所有者が譲渡人に対して有していた抗弁権を譲受人に対抗することができる。なお、土地債務についての権利主張に対しては、BGB 第 1157 条第 1 文によって保護される。すなわち、債務者兼土地所有者は、担保約定によって生じた土地債務に対するすべての抗弁権 (Einreden)、つまり譲渡人に対して有していた抗弁権を譲受人に対しても対抗することができる」⁶⁹⁴。土地債務及び被担保債権が取得者へ譲渡された後に、土地所有者が旧債権者に被担保債権の支払いを履行した場合は、様々な法的結果 (Rechtsfolgen) が生ずる。言いかえると、「債権譲渡についての認識が土地所有者にあったかどうかによる。債権譲渡が土地所有者に知られていなかった場合において、取得者は、旧債権者への給付を認めなければならない (BGB 第 407 条 *Rechtshandlungen gegenüber dem bisherigen Gläubiger*)。抗弁権が土地所有者に属する限り、土地債務による違反に関しても、土地所有者は、取得者に対して抗弁権を対抗することができる。しかし、土地所有者に債務譲渡についての認識があったときは、旧債権者への支払いにかかわらず、被担保債権は、存続する。したがって、土地所有者が土地債務による違反について取得者に対抗することができる抗弁権は、発生しない」⁶⁹⁵。

第二は、「債権者が土地債務又は債権を分離して譲渡した場合」である。たとえば、前の担保取得者 (債権者) が土地債務を譲渡したが、被担保債権は債権者自身のところに残した場合が考えられる。これによって、土地債務と債権は、分離 (Trennung) されるにいたる。土地債務と債権をいっしょに譲渡すべき義務がある債権者は、担保約定に対して違反することになるが、分離譲渡禁止 (*Verbot einer isolierten Zession*) に対するこれらの違反は、ただ債権に対する債務法上の効力を有するのみであって (BGB 第 399 条 HS2)、土地債務に対する物的効力は有しない⁶⁹⁶。この場合に、土地所有者は、支払いによって被担保債権を債権者に履行した後で、保全土地債務の取得者に対して債権消滅についての抗

⁶⁹⁴ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1570.

⁶⁹⁵ BT-Drucks 16/9821, a. a. O., S. 17.

⁶⁹⁶ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1570 によれば、ただ、債権者は、土地債務又は債権の分離譲渡によって、損害賠償義務 (*shadensersatzpflichtig*) を負うとする。

弁権（BGB 第 362 条第 1 項⁶⁹⁷）を対抗することができる⁶⁹⁸。しかし、所有者は、二重の権利主張の危険の前に（vor der Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme）保護されなければならない。所有者は、新しい債権の債権者（neuen Forderungsgläubiger）に対して、BGB 第 404 条により、土地債務の戻し譲渡について次々にのみ支払うべきことを対抗することができる⁶⁹⁹。そして、所有者は、新しい土地債務権者に対して、本条第 1 項・BGB 第 1157 条第 1 文により、担保約定によって土地債務についての債権免責（Befreiung von Forderung）に対してのみ給付すべきことを対抗することができる⁷⁰⁰。

VII 保全土地債務の消滅（Tilgung）

保全土地債務の保持者への弁済（Zahlung）がどのような効力を持つかについて、「被担保債権に対してなされたか」、「土地債務に対してなされたか」、あるいは「両方に対してなされたか」を区別しなければならない。そこで、誰が支払ったか、すなわち「所有者 - 債務者か（Eigentümer-Schuldner）」、「所有者のみか（Nur-Eigentümer）」、又は「債務者のみか（Nur-Schuldner）」の区別は、重要な意味を持つ⁷⁰¹。

担保提供者は、土地債務又は被担保債権のどちらか一方を給付することができるが、担保約定は、土地債務についての支払いを除外する場合がしばしばある⁷⁰²。したがって、「何に基づいて支払ったか」、つまり「給付の意思表示（Will des Leistenden）」によって判断される。これらの意思は、債権者との合意（Abrede）から把握すべきであり、支払いの目的規定は、契約によって追加的に変更することができる⁷⁰³。なお、具体的な根拠（Anhaltspunkte）がないので、「①所有者のみが支払った場合において、所有者は、土地債務について給付」、「②所有者 - 債務者が支払った場合において、所有者 - 債務者は、継続的割賦払（laufenden Teilzahlungen）のときには、通常、債権について給付」のように

⁶⁹⁷ BGB 第 362 条（Erlöschen durch Leistung 給付による消滅）第 1 項は、「Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird : 債務の目的である給付が債権者に対して実行されれば、債務関係は、消滅する」と定める。

⁶⁹⁸ BT-Drucks 16/9821, a. a. O., S. 17.

⁶⁹⁹ BGH NJW 91, 1821.

⁷⁰⁰ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1570.

⁷⁰¹ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1571.

⁷⁰² Prütting/Wegen/Weinreich, a. a. O., S. 1993.

⁷⁰³ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1571 によれば、所有者 - 債務者は、債権について支払ってから、その支払いが土地債務弁済（Grundschuldablösung）であることを追加的に債権者と取り決めることができるとする（BGH NJW 69, 2237）。

利益状況による弁済の主体を区分する⁷⁰⁴。全額が支払われたときは、土地債務及び債権について給付される⁷⁰⁵。そして、担保約定において土地債務に対する支払いを除外したにもかかわらず、担保提供者が土地債務について給付することを明確にした場合は、債権ではなく、土地債務を弁済する⁷⁰⁶。

さらに、以下においては、「弁済目的による弁済主体の区分」について述べる。

第一は、「土地債務についての弁済 (Zahlung auf die Grundsuld)」である。①所有者 - 債務者が土地債務について支払うときは、法律により所有者土地債務になる⁷⁰⁷。②所有者のみが土地債務について支払うときは、BGB 第 1163 条第 1 項第 2 文の類推によって、所有者は、所有者の権利として土地債務を取得する⁷⁰⁸。なお、所有者による土地債務の償却 (Ablösung) のとき、債権が消滅するかどうかについては、争いがある。③債務者のみは、所有者を排除して、又は償却権利の第三者 (ablösungsberechtigter Dritter) として、土地債務について支払うことができる⁷⁰⁹。なお、償却権利の第三者 (ablösungsberechtigter Dritter) が土地債務について支払うときは、第三者は土地債務を取得する⁷¹⁰。

第二は、「債権についての弁済 (Zahlung auf die Forderung)」である。①所有者 - 債務者が債権について支払うときは、債権は消滅し (BGB 第 362 条第 1 項)、土地債務は債権者のところにとどまる (BGB 第 1163 条第 1 項第 2 文は、適用されない)⁷¹¹。②所有者のみが債権について支払うときは、①と同様のことが適用される⁷¹²。③債務者のみが債権について支払うときは、BGB 第 362 条第 1 項により債権は消滅する⁷¹³。土地債務は、債権者のところに他主土地債務としてとどまる (BGB 第 1163 条第 1 項第 2 文は、適用されない)⁷¹⁴。債務者が履行によって所有者に対して求償請求権 (Regressanspruch) を有する場合は、BGB 第 1164 条は適用されないが、債務者は、債務者自身が担保約定の当事者で

⁷⁰⁴ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1571.

⁷⁰⁵ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1571.

⁷⁰⁶ Prütting/Wegen/Weinreich, a. a. O., S. 1993 ; BGH NJW 76, 2132.

⁷⁰⁷ Erman, a. a. O., S. 4065 ; Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1571.

⁷⁰⁸ Prütting/Wegen/Weinreich, a. a. O., S. 1993 ; Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1571.

⁷⁰⁹ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1572.

⁷¹⁰ Prütting/Wegen/Weinreich, a. a. O., S. 1993.

⁷¹¹ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1572 によれば、担保利益の消滅の理由から債務法上の返還請求権が発生するという。

⁷¹² Prütting/Wegen/Weinreich, a. a. O., S. 1993 ; Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1572.

⁷¹³ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1572.

⁷¹⁴ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1572 ; BGH NJW-RR 03, 11.

ある場合は、土地債務の譲渡（Übertragung）を要求することができる⁷¹⁵。債務者が担保約定の当事者ではない場合は、債務者は、所有者に戻し譲渡請求権についての譲渡（Abtretung）を要求することができる⁷¹⁶。

第5節 小括

I 最高額抵当権

最高額抵当権は、従前の二三の土地法の制度に倣ったもので、継続的債権から生ずべき将来の⁷¹⁷又は条件付きの不確定の債権額を担保することを目的としたものであるとする⁷¹⁸。これに対して、BGB 編纂当時の最高額抵当権のメルクマールは、「被担保債権の額が不確定であること」に求められていたが、今日では「被担保債権自体が不特定であること」に求められているようであるとする見解がある⁷¹⁹。なお、ドイツの文献は、最高額抵当権の目的は、未確定の金額の担保ではなく（Sicherung einer der Höhe nach noch nicht feststehenden）、交互計算関係（Kontokorrentverhältnisse）又は継続的取引関係（ständigen Geschäftsverbindung）のすべての範囲について発生する債権の担保であるとする⁷²⁰。後者の見解と同様であるといえる。

最高額抵当権は、土地の担保すべき最高額が確定していることを要するが、債権額の確定は将来に留保することを要する（BGB 第 1190 条第 1 項）。その利息は、最高額に算入されるので（BGB 第 1190 条第 2 項）、別段の登記は不適切である⁷²¹。そして、債権のみの譲渡は認められるが（BGB 第 1190 条第 4 項第 1 文）、新債権者への最高額抵当権の移転は、排除される（BGB 第 1190 条第 4 項第 2 文）。なお、債権の債務原因は、登記簿又は登記承諾書の中に記載されるが、原因の如何を問わず抵当権者が債務者に対して将来取

⁷¹⁵ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1572.

⁷¹⁶ Baur, a. a. O., S. 601 ; Erman, a. a. O., S. 4065.

⁷¹⁷ 将来債権については、最高額抵当権のみならず抵当権（BGB 第 1113 条第 2 項は、「Die Hypothek kann auch für eine **künftige** oder eine **bedingte** Forderung bestellt werden : 抵当権は、**将来債権**又は条件付債権のためにも設定することができる」と定める）によっても設定されるため、保全抵当権と流通適当権の区分が問題となる。なお、BGB 第 1113 条における将来債権とは、消費貸借においてまだ金銭の交付がなされていない時点での抵当権設定の場合が考えられる。

⁷¹⁸ 於保・前掲注（507）357 頁。

⁷¹⁹ 鈴木禄弥・前掲注（511）39 頁。

⁷²⁰ Erman, a. a. O., S. 4046.

⁷²¹ Erman, a. a. O., S. 4047.

得するすべての債権のために設定することもできるし、この場合にはその旨を登記することによって足りる⁷²²。このような包括的な条項設定が可能であるにもかかわらず、①最高額に利息が算入されること（BGB 第 1190 条第 2 項）、②確定された債権額に関する債権者の立証責任（BGB 第 1190 条第 3 項）、③物的強制執行認諾（*unterwerfung*）の制限⁷²³によって、実務においては、最高額抵当権の機能を保全土地債務が代用している。

II 土地債務

土地債務は、債権を前提とすることなく土地の担保価値を据え、その土地から優先的に支払いを受ける不動産担保権である（BGB 第 1191 条）。すなわち、土地債務は、抵当権と同一権利の性質として土地から一定の金額の支払いを受けうる物権であるが、債権から独立していることにおいて抵当権と異なる⁷²⁴。抵当権と土地債務を条文から比較すると、「抵当権は、債権の弁済のために、土地から一定の金額を支払うために負担するという方法で、設定することができる（BGB 第 1113 条）」と定めるのに対し、「土地債務は、土地から一定の金額を支払うために負担するという方法で、設定することができる（BGB 第 1191 条）」と定める。すなわち、両者は、「債権の弁済のために」が記載されているか否かということ以外には、全く同様である。そこで、土地債務は、債権を前提としないかぎり、抵当権に関する規定を準用する（BGB 第 1192 条第 1 項）。

なお、土地債務は、①孤立的土地債務（*isolierte Grundschuld*）、②保全土地債務（*Sicherungsgrundschuld*）、③所有者土地債務（*Eigentümergrundschuld*）の 3 種類に区別することができるが、その中でも「保全土地債務」が最も多く利用されている。

土地債務は、抵当権と同様に、物権的合意と登記によって成立する（BGB 第 873 条）。これに対して、債権の成立は、たとえ土地債務が債権の担保を目的として設定されたとしても（保全土地債務）、要件ではない。

土地債務の必須的登記事項（*Mindestinhalt des Grundbucheintrags*）は、債権者、土地債務額及びその利率である（BGB 第 1115 条）⁷²⁵。しかし、被担保債権は、抵当権と異なって、登記事項ではない。そして、土地債務が債権の担保を目的とするときであっても（保全土地債務）、担保すべき債権は、登記せず、単に「土地債務」と記載するのみである。

⁷²² Baur, a. a. O., S. 553 ; Th. Krause, a. a. O., S. 1305.

⁷²³ Th. Krause, a. a. O., S. 1305.

⁷²⁴ Baur, a. a. O., S. 565.

⁷²⁵ Baur, a. a. O., S. 577.

土地債務は、債権を前提としないため、債権の譲渡は土地債務の移転を伴わず、両者を分離してその一方のみを譲渡することができる。所有者は、債権者との法律関係から明らかになる（たとえば、土地債務の猶予）、又は物的権利の存続による（たとえば、物権的合意の無効）範囲において土地債務に対する抗弁権を主張することができる⁷²⁶。すなわち、土地債務の譲渡の場合、所有者は、これらの抗弁権を譲受人に対しても主張することができる（BGB 第 1192 条第 1 項、第 1157 条第 1 文）。しかし、抗弁権が登記簿（あるいは、土地債務証券）から明らかでないとき又はこれらが知られていなかったときにおいて、譲受人は、負担の付いていない善意取得をすることができたが（BGB 第 1192 条第 1 項、第 1157 条第 2 文）、2008 年の BGB 改正によって、このような可能性は、これ以上適用されなくなった（BGB 第 1192 条第 1a 項により第 1157 条第 2 文を不適用）。

III 保全土地債務

保全土地債務は、土地債務の一例（Unterfall）である⁷²⁷。すなわち、保全土地債務は、無因的土地債務（abstrakte Grundschuld）でありながら、所有者又は第三者に対する債権者の債権を担保するために利用される⁷²⁸。保全土地債務が成立するためには、①土地債務の設定、②被担保債権の確定ないし特定、③担保契約（Sicherungsvertrag）ないし担保約定（Sicherungsabrede）の 3 つの要素が必要である⁷²⁹。

BGB 編纂当時は、土地債務の債権独立性（Forderungsunabhängigkeit）により、保全土地債務の概念を有しなかったとする⁷³⁰。しかし、当時の意図とは異なって、銀行は、非付従的な不動産担保権の「土地債務」を優遇し、その中でも「保全土地債務」をもっぱら利用している。しかし、保全土地債務の用語は、2008 年に BGB 第 1192 条第 1a 項が新しく明文化されるまで、BGB に存在しなかった。

BGB 第 1192 条第 1a 項は、「請求権の保全（Sicherheit eines Anspruchs）のために土地債務が設定された場合は（保全土地債務）、土地債務に対して従来の債権者とともに保全契約によって土地所有者に帰属する、又は保全契約によって生じる抗弁権は、いずれの土地債務の取得者にも対抗することができる；第 1157 条第 2 文は、適用されない。その

⁷²⁶ Baur, a. a. O., S. 571 ; Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1566.

⁷²⁷ Kerstin Uhler, a. a. O., S. 5.

⁷²⁸ Baur, a. a. O., S. 574 ; Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1567.

⁷²⁹ Baur, a. a. O., S. 576f ; Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1568 ; 中山・前掲注（555）「ドイツ土地債務の担保的機能（二）」222 頁。

⁷³⁰ Baur, a. a. O., S.574f.

他においては、第 1157 条による」と定める。このように、保全土地債務を明文化したことは、評価されるべきである。しかし、その抗弁権について、「Die Vorschriften der §§892, 894 bis 899, 1140 gelten auch für diese Einrede (第 892 条、第 894 条ないし第 899 条、第 1140 条の規定は、この抗弁権に対しても適用する)」と定める BGB 第 1157 条第 2 文がこれ以上適用されなくなったことから、保全土地債務の抗弁の付いていない善意取得が不可能になったため、学説上批判がなされている。

保全土地債務における被担保債権は、BGB 第 311 条による債務法上の担保約定で記載される⁷³¹。この担保約定は、物的効力を有しないので、被担保債権の規定は、物権法上の特定性の原則 (sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz) に服しない⁷³²。したがって、「継続的取引関係からの現存する、及び将来のすべての請求権のような任意の組み合わせにおける特定債務者に対するすべての債権 (alle Forderungen gegen einen bestimmten Schuldner in beliebigen Kombinationen)」のような包括的担保条項も可能である⁷³³。このような「担保目的 (Sicherungszweck)」は、日本及び韓国における包括根抵当権の被担保債権の範囲に類似する。

所有者と土地債務権者間の債務法上の義務について規定する担保約定 (Sicherungsabrede) は、土地債務設定に関する法的根拠 (Rechtgrund) を形成する⁷³⁴。担保約定が不存在 (Fehlen)、又は無効であっても、土地債務設定は、有効である⁷³⁵。これにつき、不当に利得した土地債務権者に対して、所有者は、BGB 第 812 条第 1 項第 1 文により、土地債務の戻し譲渡請求権 (Rückübertragung der Grundschuld) を有する⁷³⁶。そして、担保約定がのちに消滅した (Wegfall) 場合においても、BGB 第 812 条第 1 項第 2 文によって、このような請求権を有する⁷³⁷。なお、担保約定と「AGB」との関係、すなわち、「大量の合意 (Massenvereinbarungen) とそのコントロール (ihre Kontrolle)」⁷³⁸ が問題とされる。なぜならば、このような合意は、信用提供者 (主に銀行である) があら

⁷³¹ Prütting/Wegen/Weinreich, a. a. O., S. 1991 ; Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1567.

⁷³² Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1568.

⁷³³ Erman, a. a. O., S. 4051 ; Peter Derleder, a. a. O., S. 2222 ;

Prütting/Wegen/Weinreich, a. a. O., S. 1991 ; Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1568.

⁷³⁴ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1569 ; 椿・前掲注 (555) 45 頁。

⁷³⁵ Prütting/Wegen/Weinreich, a. a. O., S. 1990.

⁷³⁶ Prütting/Wegen/Weinreich, a. a. O., S. 1990 ; Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1569.

⁷³⁷ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1569.

⁷³⁸ Baur, a. a. O., S. 577.

かじめ一方的に作成した基礎約款を利用するか、あるいは無方式な方法⁷³⁹によることもできるからである。

保全土地債務の抗弁権は、本条第 1a 項と関連して、その内容が最も変わったところである。すなわち、新しい BGB 第 1192 条第 1a 項第 1 文は、土地所有者が担保契約に基づき保全土地債務の主張に対して提起することができる抗弁権の持続 (Fortbestehens) に関して、BGB 第 1157 条を補足した特別規定を含む⁷⁴⁰。一般的に、土地所有者は、土地債務の主張に対して、抗弁 (Einwendungen) 及び抗弁権 (Einreden) をもって防御することができる⁷⁴¹。なお、保全土地債務は、抵当権の場合と異なり、債権関係と物権関係が分離しているため、BGB 第 1157 条の与える抗弁権のみによって、「被担保債権の債権者ならびに債務者の関係」と、「担保提供者ならびに担保取得者の関係」とが結びつけられるにすぎない⁷⁴²。担保約定による抗弁権は、BGB 第 1157 条 (Fortbestehen der Einreden gegen die Hypothek 抵当権に対する抗弁権の持続) 第 1 文に該当する。なぜならば、この抗弁権は、債務法上の由来 (schuldrechtlichen Herkunft) にかかわらず、土地債務に向けられている (richten) からである⁷⁴³。

⁷³⁹ Baur, a. a. O., S. 577 ; Erman, a. a. O., S. 4050 ; 無方式 (Formfreiheit) に関する判例は、BGH NJW 1997, 2320 ; NJW-RR 2008, 780, 782 などがある。

⁷⁴⁰ André Meyer, a. a. O., S. 564 ; BT-Drucks 16/9821, a. a. O., S. 16.

⁷⁴¹ André Meyer, a. a. O., S. 561.

⁷⁴² 中山・前掲注 (555) 「ドイツ信託法理の一断面」483 頁以下。

⁷⁴³ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1569.

第5章 比較検討と課題

第1節 序説

本章においては、第2章の日本における根抵当制度、第3章の韓国における根抵当制度及び第4章のドイツにおける（保全）土地債務で述べたそれぞれの制度について比較検討を行う。なお、比較検討における構成は、以下のとおりである。

第2節は、日本及び韓国における根抵当権とドイツにおける（保全）土地債務との比較検討である。なお、各国の制度の性質上、比較検討事項は、各制度の「抵当権との関係」、「定義及び成立」、「被担保債権又は包括的担保条項」の3つに限定する。

第3節は、根抵当権における日本及び韓国の比較検討である。日本民法は、2004年の韓国民法改正案及び2013年の韓国民法改正試案において、最も主要な比較研究対象となっていたため、韓国民法改正作業にあたり、日本及び韓国における根抵当権の比較は、欠かせない研究分野である。本節においては、根抵当権の全体的な比較検討、すなわち、「根抵当権の定義及び設定」、「根抵当権の変更」、「根抵当権の譲渡」及び「確定」の4つにつき、日本民法と韓国民法・改正（試）案を比較検討する。このような4つを比較検討することによって、「現在進行中の韓国民法改正のあるべき姿及び改正方向の提示」と、「日本における根抵当制度の独自性を見出す」ことができると考えられる。

第4節は、ドイツにおける最高額抵当権、土地債務及び保全土地債務の検討と日本及び韓国への示唆である。ドイツにおける最高額抵当権、土地債務及び保全土地債務の3つについて検討を行うことによって、①「ドイツにおける2008年のBGB改正の内容を日本及び韓国へ情報発信する」ことができると考えられる。そして、②「BGB編纂当時の意図と異なる発展を辿ったドイツにおける不動産担保権」と、「2008年のBGB改正によって新たに明文化された保全土地債務」との関係を検討することによって、「日本及び韓国の根抵当制度を新たな視点から考察する」ことができると考えられる。

第5節は、今後の課題である。

第2節 日本及び韓国における根抵当権とドイツにおける（保全）土地債務との比較検討

I 抵当権との関係

日本における根抵当権は、日本民法典において、第2編「物権」第10章「抵当権」第4節「根抵当」に位置する。「抵当権」に関する定めは、日本民法第369条から第398条までの30カ条ある。そして、「根抵当権」に関する定めは、日本民法第398条の2から第398条の22までの21カ条ある。根抵当権は、条文の位置及び根抵当権の定義を定める日本民法第398条の2第1項の主語「抵当権は、…」から、抵当権の一種であることが読み取れる。すなわち、「根抵当も、その幾多の著しい特色によって全く異質のものを新設したというのではなく、民法の抵当権の範疇に属するという基本的性格には変更がない」⁷⁴⁴。しかし、21カ条に及ぶ規定が日本民法典に具体的に定まっていること及びその付従性が緩和されていることからすると、ある程度、抵当権から区別されているといえよう。

韓国における根抵当権は、韓国民法典において、第2編「物権」第9章「抵当権」の中に位置する。「抵当権」に関する定めが韓国民法第356条から第372条までの16カ条あるのに対して（ただし、第357条は除く）、「根抵当権」に関する定めは、韓国民法第357条の1カ条しか存在しない。そして、根抵当権は、抵当権の一種である。①根抵当権に関する条文は、別の節として設けられているのではなく、抵当権の定義を定める韓国民法第356条の次に位置する。②根抵当権の定義を定める韓国民法第357条第1項の主語が、「抵当権は」からはじまる。③条文の数が1カ条しか存在しないため、抵当権の規定を準用するところが多い。このようなことからすると、根抵当権は、抵当権の一部として把握されているといえよう。

ドイツにおける（保全）土地債務は、BGBにおいて、第3編「物権（Sachenrecht）」第7章「抵当権、土地債務、定期土地債務（Hypothek、Grundschuld、Rentenschuld）」第2節「土地債務、定期土地債務（Grundschuld、Rentenschuld）」に位置する。「抵当権」に関する定めがBGB第1113条から第1190条までの80カ条あるのに対して、「土地債務」に関する定めは、BGB第1191条から第1198条までの8カ条にとどまる。そして、「抵当権と土地債務の関係」をみると、両者は、同一権利の性質（das Wesen nach gleiches Recht）を有するとされる（ProtokolleIV S. 498）。土地債務は、債権を前提としないかぎり、抵当権に関する規定を準用する（BGB第1192条第1項）。保全土地債務は、土地債務の一種であるため、上記の関係は、抵当権と保全土地債務においても当てはまるといえる。なお、実務において最も利用されている保全土地債務は、最高額抵当権の役割のみならず、

⁷⁴⁴ 浅沼武「担保制度と新根抵当法」金融法務事情636号（1972年）7頁。

広範囲に及ぶ抵当権の役割まで担っている。さらに、BGB 第 1192 条第 1a 項によって、保全土地債務における譲受人の善意取得の途が遮断された。そこで、保全土地債務は、抵当権により接近し、「流通性において流通抵当権よりも保全に適する制度となった」⁷⁴⁵と批判されている。

日本及び韓国における根抵当権、そしてドイツにおける（保全）土地債務は、抵当権の一種あるいは同一権利の性質であるとされるが、実務においては、抵当権よりも最も利用されている制度として発展している。これは、各国の民法制定当時の意図とは異なる発展であるといえよう。

II 定義及び成立

日本における根抵当権は、「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」と定める（日本民法第 398 条の 2 第 1 項）。そして、根抵当権の設定契約は、当事者の合意（意思表示）のみによって成立し（日本民法第 176 条）、登記は対抗要件である（日本民法第 177 条）。

韓国における根抵当権は、「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、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」と定める（韓国民法第 357 条第 1 項）。なお、韓国の学説においては、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である」とする。そして、根抵当権も普通抵当権と同様に、当事者間の根抵当権設定契約（物権的合意）と登記によって効力が生ずる。登記は、効力要件である（韓国民法第 186 条）。

ドイツにおける土地債務は、「土地から一定の金額を支払うために負担するという方法で、設定することができる」と定める（BGB 第 1191 条第 1 項）。そして、保全土地債務は、「請求権の保全のために土地債務が設定された場合（保全土地債務）」、すなわち、無因的土地債務でありながら、債権の担保のために利用されるものと定める（BGB 第 1192 条第 1a 項）。土地債務は、物権的合意及び登記によって成立する。保全土地債務は、①物権的合意としての土地債務の設定と、②担保約定の締結を要する。登記は、効力要件である（BGB

⁷⁴⁵ Baur, a. a. O., S. 575 ; なお、学説においては、BGB 第 1192 条第 1a 項によって、より付従性の方角に進み、さらには保全抵当権のレベルまで押し付けられたとする見解がある（Peter Derleder, a. a. O., S. 2222 ; André Meyer, a. a. O., S. 565 ; Staudinger/Wolfsteiner, a. a. O., S. 876）。

第 873 条)。

日本民法典における根抵当権、韓国民法典における根抵当権及び BGB における (保全) 土地債務の定義は、それぞれ異なるといえよう。しかし、実務においては、同様の役割を担っている。さらにいうと、ドイツにおける (保全) 土地債務は、特定債権及び包括的な担保条項のためにも担保されるので、日本及び韓国における根抵当権のみならず、抵当権及び包括根抵当権を含む広範囲の制度として利用されている。これは、BGB に (保全) 土地債務の規定が少ないことから生じた結果であるといえよう。そして、韓国においては、法律による定義が存在するにもかかわらず、学説の定義は、日本の根抵当権の影響を受けて「不特定債権」の文言を使用していることに注目したい。

Ⅲ 被担保債権又は包括的担保条項

日本の場合、根抵当権の被担保債権の範囲につき、①「債務者との特定の継続的取引契約によって生ずるもの」、②「債務者との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「手形上若しくは小切手上的請求権」の 4 種類に限定することによって、原則上包括根抵当権を禁止する (日本民法第 398 条の 2 第 2 項・第 3 項)。ただし、実務においては、被担保債権の範囲として「銀行取引」を認めるなど、柔軟に対応している。なお、登記事項は、①被担保債権の範囲、②債務者、③極度額、④確定期日である。①から③は、必要的登記事項である反面、④は、任意的登記事項である (日本不動産登記法第 88 条第 2 項)。そして、被担保債権の範囲につき、日本民法第 398 条の 2 第 2 項・第 3 項における 4 種類の中の 1 つ又は 2 つ以上を組み合わせて定めることも、以上の債権に該当する不特定多数の債権のほか、これに加えて特定の債権を被担保債権として定めることも可能である⁷⁴⁶。

韓国の場合、韓国民法典には、根抵当権の被担保債権の範囲に関する条文がない。しかし、2004 年の韓国民法改正案第 357 条の 2 は、根抵当権の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」、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 3 種類に限定し、包括根抵当権を禁止したが、2013 年の韓国民法改正試案においては、当該条文が削除され、包括根抵当権を認める方向に改正が進んでいる。なお、包括根抵当権につき、現在の法文上は、「包括根抵当権を認めるところ (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 条第 4 項)」

⁷⁴⁶ 清水湛・前掲注 (23) 176 頁。

と、「規制するところ（銀行法第 52 条の 2 第 1 項第 2 号及び銀行法施行令第 24 条の 4 第 1 項第 3 号）」に分かれているため、包括根抵当権の有効性に関する法文上の不統一性が問題となる。そして、判例は、取引包括根抵当権を認める。さらに、特定債権の担保のために包括根抵当権が設定される事例もある。学説は、包括根抵当権の有効性について、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。登記事項は、①根抵当権であることの記載、②債務者、③最高額、④存続期間である。日本と同様に、①から③は、必要的登記事項である反面、④は、任意的登記事項である（韓国不動産登記法第 75 条第 2 項）。そして、根抵当権設定登記の登記原因は、「根抵当権設定契約」であるから⁷⁴⁷、「根抵当権設定契約書」を提出しなければならない⁷⁴⁸。しかし、実務において、根抵当権設定の登記原因として記載されるのは、根抵当権の基礎である基本契約などの債権原因ではなく、単に「〇年〇月〇日付根抵当権設定契約」のみが記載される（表 20 を参照）。

ドイツの場合、BGB において、保全土地債務の目的表示（日本及び韓国における根抵当権の被担保債権の範囲にあたる）に関する条文はなく、債権的合意である担保約定に記載されるのみである。そして、前述したように、日本及び韓国における包括根抵当権及び特定債権のための担保としても利用される。しかし、土地債務設定時に締結された包括的根担保条項について、はじめて無効とした近時の BGH 判決（連邦通常裁判所第 5 民事部判決（V. Zivilsenat. Urt. v.29. Januar 1982））がある⁷⁴⁹。その後の「書式による広範囲の担保目的表示」、すなわち「包括的根担保条項」が争点となった判例（BGH ZIP 1987, 695f）においても、上記の判例の立場が維持された。なお、担保約定は、銀行があらかじめ一方的に作成した基礎約款を利用するが多いため、AGB との関係が注目される。登記において、土地債務は、保全土地債務であっても、担保約定及び目的表示を登記することができない。したがって、①債権者の表示、②土地から支払われるべき一定の金額（ユーロで）、③利息、④利息以外の従たる給付の定めがあるときには、その従たる給付、⑤土地債務、利息又は従たる給付について条件又は期限付きの場合には、その条件又は期限、⑥土地債務証券が発行されないときには、その旨、⑦強制執行認諾条項の定めがあるときには、各時の土地所有者の即時強制執行に服する旨の事項を、登記自体に記載しなければならない

⁷⁴⁷ 池元林・前掲注（268）871 頁。

⁷⁴⁸ 李銀榮・前掲注（257）810 頁。

⁷⁴⁹ 中山・前掲注（555）「ドイツ土地債務の被担保債権範囲論序説」229 頁以下。

が、これら以外は、登記許諾証書を援用することができる（BGB 第 874 条、第 1115 条第 1 項、第 1192 条第 1 項）⁷⁵⁰。

日本の場合、法律によって包括根抵当権を原則上禁止するが、実務において柔軟に運用されている。韓国の場合、法律における包括根抵当権の制限規定が存在しないため、現在の判例においては、取引包括根抵当権を許容している。そして、本来は抵当権の役割である特定債権の担保のために、包括根抵当権が設定される場合が多く、とりわけ、物上保証人の責任範囲が問題となっている。そして、ドイツの場合、担保約定に記載される目的表示は、約款を利用する場合が多く、包括的な担保約定と AGB との関係が注目される。このような現象は、韓国においても発生しており、判例は、韓国約款規制法によって包括根抵当権の規制を図っている。このようなドイツ及び韓国の包括的な担保条項の許容は、BGB 及び韓国民法典に、土地債務及び根抵当権の規定が少ないことから、実務に適した、さらにいえば、金融機関の有利な方向へ進んだ結果であるといえよう。

表 21. 日本及び韓国における根抵当権とドイツにおける（保全）土地債務との比較表

	日本における根抵当権	韓国における根抵当権	ドイツにおける（保全）土地債務
対象	・（とりわけ、企業）金融取引実務において、「抵当権」よりも「根抵当権」が多く利用される。	・金融取引実務において、「抵当権」よりも「根抵当権」が多く利用される。	・金融取引実務において、「抵当権」よりも「土地債務」、とりわけ、「保全土地債務」が多く利用される。
根抵当権との関係	・日本民法典において、「根抵当権」は、第 2 編「物権」第 10 章「抵当権」第 4 節「根抵当」に位置し、その定めは、21 カ条ある。 ・抵当権と根抵当権の関係：根抵当権は、抵当権の一種であるが、ある程度、抵当権から区分されているといえる。	・韓国民法典において、「根抵当権」は、第 2 編「物権」第 9 章「抵当権」の中に位置し、その定めは、1 カ条ある。 ・抵当権と根抵当権の関係：根抵当権は、抵当権の一種である。そして、その規定が少ないことから、抵当権の規定を準用するところが多い。	・BGB において、「土地債務」は、第 3 編「物権」第 7 章「抵当権、土地債務、定期土地債務」第 2 節「土地債務、定期土地債務」に位置し、その定めは、8 カ条ある。 ・抵当権と土地債務の関係：同一権利の性質（das Wesen nach gleiches Recht）を有するとされる（Protokolle IV S. 498）。 ・抵当権と保全土地債務の関係：BGB 第 1192 条第 1a 項の保全土地債務は、譲受人の善意取得を認めない。保全土地債務は、

⁷⁵⁰ 石川＝小西・前掲注（505）352 頁以下。

			<p>抵当権により接近し、保全に適する制度となったといえる。</p> <p>・土地債務と保全土地債務の関係：保全土地債務は、土地債務の一例（Unterfall）である⁷⁵¹。</p>
定義	<p>日本民法第 398 条の 2（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 357 条（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。</p>	<p>BGB 第 1191 条（Gesetzlicher Inhalt der Grundschuld）(1) 土地債務は、土地から一定の金額を支払うために負担するという方法で、設定することができる（土地債務）。</p> <p>BGB 第 1192 条（Anwendbare Vorschriften）(1a) 請求権の保全のために土地債務が設定された場合は（保全土地債務）、土地所有者が旧債権者との担保契約によって土地債務について有する、又は担保契約によって生ずる抗弁権は、土地債務のいずれの取得者にも対抗することができる；第 1157 条第 2 文は、適用されない。その他においては、第 1157 条による。</p>
成立	<p>・根抵当権は、当事者の合意（意思表示）のみによって成立する。</p>	<p>・根抵当権は、物権的合意と登記によって成立する。</p>	<p>・土地債務は、物権的合意及び登記によって成立する。なお、保全土地債務は、①物権的合意としての土地債務の設定と、②担保約定の締結を要する。</p>
被担保債権	<p>・日本民法第 398 条の 2 第 2 項・第 3 項</p> <p>①特定の継続的取引契約によって生ずるもの</p> <p>②一定の種類取引によって生ずるもの</p>	<p>・現行韓国民法典：条文なし</p> <p>・2004 年の韓国民法改正案第 357 条の 2</p> <p>①特定した継続的な取引契約</p> <p>②一定の種類取引から発</p>	<p>・担保約定は、土地債務設定に関する法的根拠（Rechtgrund）を形成する⁷⁵²。</p> <p>・「目的表示」は、担保約定において合意される。広範囲の目的表示（weite Zweckerklärungen）、たとえば、①「確定された個別債権」、②「継続的取引関係から</p>

⁷⁵¹ Kerstin Uhler, a. a. O., S. 5.

⁷⁵² Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1569 ; 椿・前掲注（555）45 頁。

	<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</p> <p>④手形上若しくは小切手上の請求権</p>	<p>生ずる債権</p> <p>③特定した原因によって継続的に発生する債権</p> <p>・2013年の韓国民法改正試案：該当条文削除</p>	<p>の現存する、及び将来のすべての請求権」、</p> <p>③「債権者及び債務者間の交互計算関係からのすべての請求権」が担保可能である⁷⁵³。</p>
登記	<p>・対抗要件（日本民法第177条）</p> <p>・登記事項：日本不動産登記法第88条第2項（抵当権の登記の登記事項）</p> <p>①被担保債権の範囲</p> <p>②債務者</p> <p>③極度額</p> <p>④確定期日（任意的登記事項）</p>	<p>・効力要件（韓国民法第186条）</p> <p>・登記事項：韓国不動産登記法第75条第2項（抵当権の登記事項）</p> <p>①「根抵当権であること」の記載→例：「〇年〇月〇日付根抵当権設定契約」</p> <p>②債務者</p> <p>③最高額</p> <p>④存続期間（任意的登記事項）</p>	<p>・効力要件（BGB第873条）</p> <p>・登記事項⁷⁵⁴</p> <p>（1）登記許諾：</p> <p>①設定されるべき土地（GBO第28条第1文）、②債権者、③土地債務が利息付きの場合、利率及び利息の支払開始時期、④利息以外の従たる給付をなすべきときは、その従たる給付、⑤その他土地債務について法律の規定と異なることを合意している場合は、その合意、⑥ZPO第800条第1項に基づき即時強制執行に服する旨の合意がある場合は、その強制執行認諾条項</p> <p>（2）登記：</p> <p>①債権者、②土地から支払われるべき一定の金額（ユーロで）、③利息、④利息以外の従たる給付の定めがあるときには、その従たる給付、⑤土地債務、利息又は従たる給付について条件又は期限付きの場合には、その条件又は期限、⑥土地債務証券が発行されないときには、その旨、⑦強制執行認諾条項の定めがあるときには、各時の土地所有者の即時強制執行に服する旨の事項</p>
包	<p>・被担保債権の範囲を日本</p>	<p>・法文上において、「包括根</p>	<p>・「目的表示」は、制限がなく、広範囲の目</p>

⁷⁵³ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1568.

⁷⁵⁴ 石川＝小西・前掲注（505）352頁以下。

<p>括 根 抵 当 権 及 び 包 括 担 保 条 項</p>	<p>民法第 398 条の 2 第 2 項・第 3 項に限定することによって、包括根抵当権を禁止する。ただし、被担保債権の範囲として、「銀行取引」を認める。</p> <p>・日本不動産登記法第 88 条第 2 項第 1 号により、「担保すべき債権の範囲」を登記しなければならない（必要的登記事項）。</p>	<p>抵当権を認める」と、「規制するところ」に分かれている。</p> <p>・判例：取引包括根抵当権を認める。なお、特定債権の担保のために包括根抵当権が設定される事例がある。</p> <p>・学説：包括根抵当権の有効性について対立する。</p> <p>・金融取引実務：2012 年の金融監督院による行政指導によって包括根抵当権の利用が禁止された。</p>	<p>的表示（weite Zweckerklärungen）も許容される。しかし、土地債務設定時に締結された包括的根担保条項について、はじめて無効とした BGH 判決（V. Zivilsenat. Urt. v. 29. Januar 1982 V ZR 82/81）がある。</p> <p>・担保約定は、銀行があらかじめ一方的に作成した基礎約款を利用する機会が多いため、AGB との関係が問題になる判例が多い。</p>
<p>実 行</p>	<p>・債務が弁済期に弁済されないときは、日本民事執行法（第 3 章「担保権の実行としての競売等」）に基づき、当該不動産を競売し換価することができる。抵当権の実行には、通常、登記事項証明書が必要なため（日本民事執行法 181 条第 1 項第 3 号）、ほとんどの場合は、登記される。</p>	<p>・根抵当権者は、被担保債権が確定され、又は確定された被担保債権の弁済期が到来したら、根抵当権を実行して、優先弁済を受けることができる。</p> <p>・根抵当権の実行は、抵当権の実行手続による。</p> <p>・典型的な実行方法には、競売（「韓国民事執行法上の競売」と「韓国民事執行法によらない流抵当」）がある⁷⁵⁵→前者の場合、「執行権原⁷⁵⁶」は、要求されず、抵当権を証</p>	<p>・抵当権と同様に、土地債務も強制執行（強制競売又は強制管理）が原則である（BGB 第 1147 条、第 1192 条第 1 項）。</p> <p>・強制執行は、債務名義に基づく執行手続である。強制執行と担保権実行を区別しない。担保権の実行は、担保権に基づく執行に服する旨の文言を含む執行証書（強制執行認諾条項が記載されている公正証書）によることが通例である⁷⁵⁷。</p> <p>・保全土地債務の場合、担保権利者と担保設定者との間で締結される信託的な要素を有する債権的合意である「担保約定」により、弁済期到来後は、土地債務を譲渡するという方式による換価が強制執行（任意売</p>

⁷⁵⁵ 郭潤直・前掲注（268）341 頁以下、尹喆洪・前掲注（315）452 頁以下。

⁷⁵⁶ 韓国民事執行法制定前には、「債務名義」と表現された。

⁷⁵⁷ 越山・前掲注（505）31 頁以下、石川＝小西・前掲注（505）340 頁以下。

	明する書類で足りる（韓国民 事執行法第 264 条第 1 項：抵 当権の存在を証明する確定 判決・公正証書・登記簿の謄 本など）。	却 <i>freihändiger Verkauf</i> ）と並んで可能で ある（ただし、学説上の争いあり） ⁷⁵⁸ 。
--	---	---

表 22. 日本及び韓国における根抵当権とドイツにおける（保全）土地債務の登記例

①日本における根抵当権設定登記事例⁷⁵⁹

【権利部（乙区）】（所有権以外の権利に関する事項）				
【順位番号】	【登記の目的】	【受付年月日・受付番号】	【原因】	【権利者その他の事項】
1	根抵当権設定	平成〇年〇月〇日第〇号	平成〇年〇月 〇日設定	（事項一部省略） 極度額 金〇円 債権の範囲 銀行取引 債務者 〇市〇町〇番地 甲株式会社 根抵当権者 〇市〇町〇 番地 株式会社 A 銀行

②韓国における根抵当権設定登記事例⁷⁶⁰

【乙区】（所有権以外の権利に関する事項）				
順位番号	登記目的	受付	登記原因	権利者その他の事項
1	根抵当権設定	1988年3月15日第3691 号	1989年3月14 日設定契約	債権最高額 金〇ウォン 債務者 氏名 住所 根抵当権者 氏名 住所

③ドイツにおける土地債務登記事例⁷⁶¹

⁷⁵⁸ 越山・前掲注（505）35頁。

⁷⁵⁹ 石井＝佐久間・前掲注（86）98頁。

⁷⁶⁰ 金載亨・前掲注（264）303頁。

登記 の通 し番 号	設定された 土地の表題 部での通し 番号	金額	抵当権、土地債務、定期土地債務
1	2	3	4
1	1	134 000DM	LAUSITZER HYPOTHEKEN UND WECHSEL 銀行に対する 134000DM の証券なし土地債務；利息年 17%；ZPO 第 800 条 により強制執行することができる；1993 年 10 月 27 日の許諾証 書（公証人 Stephan, Bautzen、証書番号 1576/93）；1993 年 9 月 24 日登記
2	1	500 000DM	VOLKSBANK BÜHLAU eG 銀行に対する 500000DM の土地債 務；利息年 18%；従たる給付 3%の 1 回限り；ZPO 第 800 条に より強制執行することができる；1994 年 10 月 14 日許諾証書（公 証人 Markus, Esslingen、証書番号 2589/94）；1994 年 10 月 28 日登記

第 3 節 根抵当権における日本及び韓国の比較検討

I 根抵当権の定義及び設定

①根抵当権の定義

根抵当権の定義につき、韓国民法第 357 条第 1 項、2004 年の韓国民法改正案第 357 条第 1 項、2013 年の韓国民法改正試案第 357 条第 1 項及び日本民法第 398 条の 2 第 1 項を比較検討する。

韓国民法	2004年の韓国	2013年の韓国	日本民法
------	----------	----------	------

⁷⁶¹ Baur, a. a. O., S. 989 における Anh. 2 を訳す；このほかに、石川＝小西・前掲注（505）477 頁、川井・前掲注（512）89 頁以下を参照する。

	民法改正案	民法改正試案	
第 357 条 (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。	第 357 条 (根抵当権) ① 韓国民法と同様である。	第 357 条 (根抵当権) ① 韓国民法と同様である。	第 398 条の 2 (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。

根抵当権の定義につき、韓国民法第 357 条第 1 項は、「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」と定める。そして、韓国の学説は、若干の表現の差異はあるものの、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である」と定義する⁷⁶²。2004 年の韓国民法改正案及び 2013 年の韓国民法改正試案は、韓国民法第 357 条第 1 項をそのまま受け継いだ。なお、日本民法第 398 条の 2 第 1 項は、「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」と定める。

上記の内容を前提に、根抵当権の定義について、以下の 3 つのことは見出すことができる。

第一に、根抵当権の定義につき、韓国民法第 357 条第 1 項と韓国の学説は、異なるといえる。前者においては、「多数の不特定債権」という文言はなく、「担保する債務の最高額のみを定めること」及び「債務の確定を将来に保留すること」のみが示されている。なお、韓国においては、根抵当権の定義につき、根抵当権の被担保債権の範囲を一定の継続的取引契約（基本契約）から発生する不特定債権に限定する「債務不特定説」と、継続的取引契約を要しない「債務額不確定説」に対立している。そこで、韓国民法第 357 条第 1 項は後者の立場であり、韓国の学説は前者の立場であるといえる。

第二に、根抵当権の定義につき、韓国の学説と日本民法第 398 条の 2 第 1 項は、類似するといえる。とりわけ、日本においても「根抵当権の意義については従来より二つの見解

⁷⁶² 郭潤直・前掲注 (268) 364 頁、金相容・前掲注 (258) 『物権法』748 頁、尹喆洪・前掲注 (315) 488 頁、李英俊・前掲注 (257) 843 頁、池元林・前掲注 (268) 815 頁、宋徳洙・前掲注 (268) 794 頁。

の対立があった。第一の見解は、根抵当権は不特定多数の債権を担保するものとするものであり、第二の見解は、根抵当権は債権額の不確定な債権を担保するものである。(省略)法律においては第一の見解をとることを明確にし、根抵当権は設定行為において定める一定の範囲に属する不特定の債権を担保するものであることを明らかにしている」⁷⁶³とする。したがって、両者とも、前述の「債務不特定説」の立場であるといえる。

第三に、2004年の韓国民法改正案第357条第1項及び2013年の韓国民法改正試案第357条第1項は、韓国民法第357条第1項における根抵当権の定義をそのまま受け継いだ。

上記の3つの比較検討から、韓国の根抵当権における「沿革の問題」及びその定義における「法文と学説との乖離現象」は、今後も続くことが予想される。したがって、根抵当権の定義について、より明確に表現することが望ましいと考えられる。そのためには、まず、根抵当権の方向性を提示することが求められる。たとえば、被担保債権の範囲及び包括根抵当権につき、どの範囲まで許容するかを決めるにあたって、まず、その出発点となる「根抵当権の定義」が明確にされていなければならない。これに対して、日本の場合は、第二で述べたように、従来は韓国と同様に「債務不特定説」と「債務額不確定説」に分かれていたが、日本民法第398条の2第1項が前者の立場であることを明確にしたことから、上記のような対立はなくなった。

②根抵当権の設定

根抵当権の設定につき、2004年の韓国民法改正案第357条の2、2013年の韓国民法改正試案の方向性及び日本民法第398条の2第2項を中心に比較検討する。

2004年の韓国民法改正案	2013年の韓国民法改正試案	日本民法
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。	該当条文なし	第398条の2(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

⁷⁶³ 清水湛・前掲注(18)「新根抵当法の逐条解説(上)」6頁。

		<p>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>
--	--	---

第一に、日本及び韓国は、根抵当権設定契約において、「被担保債権の範囲」、「債務者」及び「極度額／最高額」を定めなければならない（必要的約定事項）。しかし、「確定期日／存続期間」は、任意的約定事項である。

第二に、被担保債権の範囲につき、2004年の韓国民法改正案第357条の2は、①特定した継続的な取引契約、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3種に限定し、包括根抵当権の設定を禁止した。そして、2004年の韓国民法改正案では、根抵当権設定者の保護を全面的にかかげて、日本民法第398条の2の「手形上若しくは小切手上の請求権」も被担保債権の範囲から除外した。しかし、2013年の韓国民法改正案では、被担保債権の範囲に関する当該条文が削除され、現在韓国の判例で認められている取引包括根抵当権を許容する方向へ転換された。このような方向転換について、詳細な説明がなされていないといえる。

第三に、被担保債権の範囲につき、日本民法第398条の2は、①債務者との特定の継続的な取引契約によって生ずるもの、②債務者との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手形上若しくは小切手上の請求権の4種に限定し、包括根抵当権の設定を禁止している。しかし、②「一定の種類取引」に「銀行取引」を認めるなど、実務に応じて柔軟に運営していることがうかがえる。なお、②「一定の種類取引」に関する詳細な通達が出されていることにも、高く評価すべきである。

第四に、韓国においては、被担保債権の範囲と関連する包括根抵当権につき、判例・学説はもちろん、実務の運用実態においても乖離現象が生じている。学説は、包括根抵当権の有効性について5つの説に分かれている。そして、判例において、被担保債権の範囲に関する法的紛争は、ほとんど包括的な担保条項の解釈に関するものである。なお、実務においては、2012年の金融監督院による包括根抵当権の利用規制などによって、金融機関は、

根抵当権の種類を特定根担保、限定根担保、包括根担保の3種から包括根担保を排除しつつある。このように、被担保債権の範囲と関連する包括根抵当権の有効性は、統一されておらず、それぞれの解釈によって運用されている。とりわけ、2012年に出示された金融監督院による包括根抵当権の利用規制と、2013年の韓国民法改正試案による包括根抵当権の許容を、どのように受け取るべきか、今後の改正の方向性が注目される。このような乖離現象は、根抵当権設定者（主として顧客）だけではなく、根抵当権者（主として銀行側）にとっても、取引不安をもたらす原因となろう。

上記の4つの比較検討から、以下のような改正方向を提案する。

①2004年の韓国民法改正案第357条の2のように、被担保債権の範囲を限定し包括根抵当権を禁止することによって、根抵当権設定者の保護を徹底する方向に改正を進める。

②2013年の韓国民法改正試案のように、根抵当権を柔軟に運用する方向に進むとしても、現在の学説・判例・実務において不一致がみられる「被担保債権の範囲と関連する包括根抵当権の有効性」ないし「特定債権の担保のための包括根抵当権の設定」について、明確な判断基準を示すべきであると考えられる。

なお、①については、日本が先例であるように、日本民法が根抵当権につき、厳しい基準を定めても、実務では、金融機関を中心に柔軟に運用されるようになる。すなわち、被担保債権の範囲として、銀行取引が認められている。そして、「被担保債権の範囲を登記すること」を提案する。なぜならば、第三者に被担保債権の範囲を公示することによって根抵当権の利用を透明化することができる。そして、登記の電算化によって被担保債権の範囲の登記が以前より複雑でないこと、被担保債権の範囲につき基本契約を列挙することによって実務で行われている取引包括根抵当権とほぼ同様な効果があげられるからである⁷⁶⁴。

②のように、根抵当権を柔軟に定めるのであれば、特別法（たとえば、韓国約款規制法）などを利用して、包括根抵当権の濫用を規制すべきであろう。しかし、この方法は、すでに判例において利用されているが、明確な基準が提示されていないというのが学説の一般的な見解である。

II 根抵当権の変更

⁷⁶⁴ これは、2004年の韓国民法改正案の議論事項において、金相容委員が提示した意見でもある（法務部・前掲注（3）439頁以下）。

根抵当権の変更については、被担保債権の範囲及び債務者の変更、極度額／最高額の変更、確定期日／存続期間の変更、債権の譲渡・債務引受、相続、合併・会社分割の6つに分類して述べた。以下においては、この6つの事項につき、日本民法と韓国民法改正（試）案（以下では、「上記三者」と記す）を比較検討する。

①被担保債権の範囲及び債務者の変更

被担保債権の範囲及び債務者の変更につき、2004年の韓国民法改正案第357条の3、2013年の韓国民法改正試案第357条の2第2項及び日本民法第398条の4を比較検討する。

2004年の韓国民法改正案	2013年の韓国民法改正試案	日本民法
<p>第357条の3（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1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>	<p>第357条の2（債権最高額等の変更） ②元本が確定される前には、被担保債権の範囲又は債務者を変更することができる。この場合には、利害関係人の承諾を要しない。</p>	<p>第398条の4（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1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>

上記三者は、条文における表現及び構成は異なるものの、内容においては同様である。すなわち、確定前において、被担保債権の範囲及び債務者の変更をすることができる。この場合に、後順位権利者その他の第三者の承諾を要しない。

なお、2013年の韓国民法改正試案には、被担保債権の範囲に関する規定が存在しないが、その変更に関する規定を設けている。

②極度額／最高額の変更

極度額／最高額の変更につき、2004年の韓国民法改正案第357条の4、2013年の韓国民法改正試案第357条の2第1項及び日本民法第398条の5を比較検討する。

2004年の韓国民法改正案	2013年の韓国民法改正試案	日本民法
第357条の4(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。	第357条の2(債権最高額等の変更) ①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。	第398条の5(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。

第一に、韓国における最高額は、日本における極度額にあたる。韓国民法第357条は、その法文上の文言だけをみると、ドイツにおける最高額抵当権に類似する。「最高額」の用語も、ドイツにおける「最高額抵当権」からの由来であることがうかがえる。

第二に、上記三者は、条文における表現及び構成は異なるものの、内容においては同様である。すなわち、根抵当権の極度額／最高額の変更は、利害関係人の承諾を得て、変更することができる。

第三に、韓国における判例・学説は、日本の判例・学説の影響を受けている。たとえば、利害関係人の範囲がその例である。

③確定期日／存続期間の変更

第一に、韓国における存続期間は、日本における確定期日にあたる。この存続期間は、基本契約に決算期が定められていたら、それによる⁷⁶⁵。すなわち、根抵当権設定契約に別途約定がない限り、根抵当権は、その基礎になる基本契約（信用契約）と存続期間を同じくすると解釈しなければならない⁷⁶⁶。なお、韓国における存続期間の解釈は基本契約を前提とするが、日本民法は基本契約の存在を要件としない。

第二に、2004年の韓国民法改正案と2013年の韓国民法改正試案には、存続期間の定め及びその変更に関する規定が存在しない。しかし、判例及び学説においては、存続期間の合意及びその変更を認めている。なお、韓国判例では、「確定期日」の用語を使用する。

第三に、日本の場合、根抵当権の元本確定期日の定め及びその変更は、日本民法第398条の6による。第1項は、「根抵当権の担保すべき元本については、その確定すべき期日を定め又は変更することができる」ことを、第2項は、「第398条の4第2項の規定は、前項の場合について準用する」ことを、第3項は、「第1項の期日は、これを定め又は変更した日から5年以内でなければならない」ことを、第4項は、「第1項の期日の変更は

⁷⁶⁵ 郭潤直・前掲注(268)367頁、尹喆洪・前掲注(315)489頁。

⁷⁶⁶ 李銀榮・前掲注(257)803頁。

ついてその変更前の期日より前に登記をしなかったときは、担保すべき元本は、その変更前の期日に確定する」ことを定める。

第四に、韓国の金融取引実務においては、根抵当権の決算期の類型を「指定型」、「自動確定型」、「将来指定型」の3つに分けて、その中から根抵当権設定者が選択できるようにしている（表19を参照）。そして、①「自動確定型」及び「将来指定型」につき、契約日から3年が経過したら、根抵当権設定者は、存続期間を指定することができるとする。②「自動確定型」につき、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は、契約日から5年になる日を決算期とする。このような実務の運用は、日本の条文・学説の影響によるものであると考えられる。すなわち、①は日本における確定請求権の時期から、②は日本における確定期日の定め及び変更の期間制限から、影響を受けていることがうかがえる。

④債権譲渡・債務引受

債権譲渡・債務引受につき、2004年の韓国民法改正案第357条の7、2013年の韓国民法改正試案第357条の5及び日本民法第398条の7を比較検討する。

2004年の韓国民法改正案	2013年の韓国民法改正試案	日本民法
<p>第357条の7（債権譲渡、債務引受等と根抵当権） 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、引受人の債務について、根抵当権を行使することができない。</p>	<p>第357条の5（債権譲渡、債務引受等と根抵当権） 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、引受人の債務について、根抵当権を行使することができない。</p>	<p>第398条の7（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</p>

		ときは、その当事者は、第 518 条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。
--	--	--

上記三者は、条文における表現及び構成は異なるものの、内容においては同様である。すなわち、第 1 項は確定前における債権譲渡・代位弁済を、第 2 項は確定前における債務引受について定める。ただし、日本民法第 398 条の 7 第 3 項における更改は、2004 年の韓国民法改正案第 357 条の 7 及び 2013 年の韓国民法改正試案第 357 条の 5 に存在しない。

⑤相続

相続につき、2004 年の韓国民法改正案第 357 条の 8、2013 年の韓国民法改正試案第 357 条の 6 及び日本民法第 398 条の 8 を比較検討する。

2004 年の韓国民法改正案	2013 年の韓国民法改正試案	日本民法
<p>第 357 条の 8 (相続と根抵当権)</p> <p>①元本の確定前に根抵当権者につい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つい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 357 条の 3 第 2 項の規定は、第 1 項及び第 2 項の約定に準用す</p>	<p>第 357 条の 6 (相続と根抵当権)</p> <p>①元本の確定前に根抵当権者につい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つい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 1 項及び第 2 項の約定には、利害関係人の承諾を要しない。</p>	<p>第 398 条の 8 (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 398 条の 4 第 2 項の規定は、前 2 項の合意をする場合について</p>

る。 ④第1項及び第2項の約定について相続開始後6箇月内にこれを登記しないときには、担保すべき元本は、相続開始時に確定されたものとみる。	④第1項及び第2項の約定について相続開始後6ヶ月以内にこれを登記しないときには、担保すべき元本は、相続が開始されたときに確定されたものとみる。	準用する。 ④第1項及び第2項の合意について相続の開始後6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。
---	---	--

上記三者は、条文における表現及び構成は異なるものの、内容においては同様である。すなわち、第1項は根抵当権者における相続を、第2項は債務者における相続を、第3項は利害関係人の承諾不要を、第4項は「合意／約定」につき相続開始後6ヶ月以内に登記をしなければ担保すべき元本は、相続開始時に確定したものとみなすことを定める。

⑥合併・会社分割

合併につき、2004年の韓国民法改正案第357条の9、2013年の韓国民法改正試案第357条の7及び日本民法第398条の9を比較検討する。そして、会社分割につき、2013年の韓国民法改正試案第357条の8及び日本民法第398条の10を比較検討する。

2004年の韓国民法改正案	2013年の韓国民法改正試案	日本民法
第357条の9（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のほか、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。 ②第1項の場合に、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。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、この限りでな	第357条の7（合併と根抵当権） ①元本の確定前に根抵当権者である法人に合併があるときは、根抵当権は、すでに存在する債権のほか、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を担保する。 ②元本の確定前に債務者である法人に合併があるときには、根抵当権は、すでに存在する債務のほか、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負担する債務を担保する。 ③第1項、第2項の場合において、	第398条の9（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。 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>い。</p> <p>③第2項の請求があるときには、担保すべき元本は、合併時に確定されたものとみる。</p> <p>④第2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2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1箇月が経過したときにも、同様である。</p>	<p>根抵当権設定者は、負担すべき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、この限りでない。</p> <p>④第3項の請求があるときには、負担すべき元本は、合併時に確定されたものとみる。</p> <p>⑤第3項の請求は、根抵当権設定者が合併のあることを知った日から2週間が経過したときには、これを行うことができない。合併がある日から1ヶ月が経過したときにも、同様である。</p>	<p>③前2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3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2週間を経過したときは、行うことができない。合併の日から1箇月を経過したときも、同様とする。</p>
<p>該当条文なし</p>	<p>第357条の8（法人の分割と根抵当権） ①元本の確定前に根抵当権者である法人を分割するときには、根抵当権は、分割時に存在する債権のほか、分割される法人、設立される法人又は権利義務を承継する法人が分割後に取得する債権を担保する。</p> <p>②元本の確定前に債務者である法人を分割するときには、根抵当権は、分割時に存在する債務のほか、分割される法人、設立される法人又は権利義務を承継する法人が分割後に負担する債務を担</p>	<p>第398条の10（根抵当権者又は債務者の会社分割） ①元本の確定前に根抵当権者を分割をする会社とする分割があったときは、根抵当権は、分割の時に存する債権のほか、分割をした会社及び分割により設立された会社又は当該分割をした会社とその事業に関して有する権利義務の全部又は一部を当該会社から承継した会社が分割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を分割をする会社とする分割があ</p>

	保する。 ③第 357 条の 7 第 3 項ないし第 5 項の規定は、第 1 項、第 2 項の場合において、これを準用する。	ったときは、根抵当権は、分割の時に存する債務のほか、分割をした会社及び分割により設立された会社又は当該分割をした会社とその事業に関して有する権利義務の全部又は一部を当該会社から承継した会社が分割後に負担する債務を担保する。 ③前条第 3 項から第 5 項までの規定は、前 2 項の場合について準用する。
--	---	--

合併につき、2004 年の韓国民法改正案第 357 条の 9、2013 年の韓国民法改正試案第 357 条の 7 及び日本民法第 398 条の 9 は、条文における表現及び構成は異なるものの、内容においては同様である。すなわち、根抵当権者又は債務者の合併について定めて、債務者ではない根抵当権設定者に限り、確定請求権を付与する。

会社分割につき、2004 年の韓国民法改正案において、条文新設の有無が議論されたが、条文新設まではいたらなかった。これに対して、2013 年の韓国民法改正試案第 357 条の 8 は、法人の分割と根抵当権の関係を明文化した。そして、これは、日本民法第 398 条の 10 と、条文における表現及び構成は異なるものの、内容においては同様である。すなわち、会社分割につき、根抵当権者又は債務者の会社分割を定めて、その他においては合併の規定を準用する。

Ⅲ 根抵当権の譲渡

根抵当権の譲渡につき、2004 年の韓国民法改正案第 357 条の 5、2013 年の韓国民法改正試案の方向性及び日本民法第 398 条の 12・13 を比較検討する。そして、根抵当権の共有／共同帰属については、2004 年の韓国民法改正案第 357 条の 6、2013 年の韓国民法改正試案第 357 条の 4 及び日本民法第 398 条の 14 を参照する。

2004 年の韓国民法改正案	2013 年の韓国民法改正試案	日本民法
第 357 条の 5 (根抵当権の譲渡)	第 357 条の 3 (根抵当権の譲渡)	第 398 条の 12 (根抵当権の譲渡)

<p>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2個以上の根抵当権に分割して、第1項の規定によって譲渡することができる。</p>	<p>→規定しないことにした。</p>	<p>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2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>第 398 条の 13 (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。以下この節において同じ。）をすることができる。</p>
<p>第 357 条の 6 (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</p>	<p>第 357 条の 4 (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。ただし、元本の確定前に弁済を受け</p>	<p>第 398 条の 14 (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</p>

率を約定したり根抵当権のうち、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。	うる比率・順位その他根抵当権の行使について異なる約定をしたときには、その約定による。	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。
②各根抵当権者は、他の根抵当権者の同意を得て、第 357 条の 5 第 1 項の規定によってその権利を譲渡することができる。	②根抵当権が数人に属する場合には、各根抵当権者は、他の根抵当権者の同意を得て、第 357 条の 3 第 1 項によってその権利を譲渡することができる。	②根抵当権の共有者は、他の共有者の同意を得て、第 398 条の 12 第 1 項の規定によりその権利を譲渡することができる。

第一に、日本と韓国は、根抵当権の譲渡につき、根本的な差異を有する。それは、日本は根抵当権と被担保債権が分離譲渡できるのに対して、韓国は根抵当権と被担保債権が分離譲渡できないことである。さらにいえば、日本は根抵当権設定時に基本契約の存在を前提としない反面、韓国は根抵当権設定時に基本契約の存在を必要とすることに関連がある。

第二に、根抵当権の譲渡につき、2004 年の韓国民法改正案には第 357 条の 5 が存在したのに対して、2013 年の韓国民法改正試案では当該条文を定めないことにした。なお、2013 年の韓国民法改正試案においては、被担保債権と分離して根抵当権のみを譲渡することにつき、ドイツの土地債務の導入の意見が提示された。

IV 確定

確定においては、確定事由及び確定効果について述べた。以下においては、確定請求権、確定事由、極度額／最高額減額請求権及び根抵当権の消滅請求の 4 つの事項につき、日本民法と韓国民法改正（試）案を比較検討する。

①確定請求権

確定請求権につき、2004 年の韓国民法改正案第 357 条の 10、2013 年の韓国民法改正試案第 357 条の 9 及び日本民法第 398 条の 19 を比較検討する。

2004 年の韓国民法改正案	2013 年の韓国民法改正試案	日本民法
第 357 条の 10 (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 3 年が経過したときには、担保する元本の確定を請求す	第 357 条の 9 (被担保債権の確定請求) ①根抵当権設定者は、根抵当権設定時から 3 年が経過したときには、元本の確定を請求すこ	第 398 条の 19 (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 3 年を経過したときは、担保すべき元

<p>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、この限りでない。</p> <p>②第1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2週間が経過することによって確定される。</p> <p>③第1項の本文の確定請求権は、あらかじめ放棄することができない。</p>	<p>とができる。この場合において、元本は、その請求時から2週間が経過したときに確定される。</p> <p>②根抵当権者は、いつでも、元本の確定を請求することができる。この場合において、元本は、その請求時に確定される。</p> <p>③第1項の確定請求権は、あらかじめ放棄することができない。</p> <p>④第1項、第2項は、元本の確定時期を約定した場合は、適用されない。</p>	<p>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2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2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>
--	---	---

第一に、2004年の韓国民法改正案第357条の10は、根抵当権設定者のみに、確定請求を認める。これは、「平成15年の改正根抵当権」以前の日本民法第398条の19と同様な趣旨である。これに対して、2013年の韓国民法改正試案第357条の9及び日本民法第398条の19は、根抵当権設定者のみならず根抵当権者についても確定請求を認める。

第二に、2004年の韓国民法改正案第357条の10が根抵当権設定者のみに確定請求を認めたのは、①韓国では、存続期間の約定の有無を問わず、抵当権を流動化させようとするときには、特別法（資産流動化に関する法律第7条の2、住宅抵当債権流動化会社法第6条の2、韓国住宅金融公社法第27条第1項）によって、根抵当権者が確定を請求することができる⁷⁶⁷、②2004年の韓国民法改正案第357条の11第1項第1号の「担保する元本がこれ以上発生しないことになったとき」が確定事由であったからである⁷⁶⁸。なお、2004年の韓国民法改正案第357条の10第3項は、根抵当権設定者保護のための強行規定として、根抵当権設定者が確定請求権をあらかじめ放棄できないとする日本の解釈を明文化したものである⁷⁶⁹。

上記の2つの比較検討から、以下のような改正方向を提案する。

⁷⁶⁷ 法務部・前掲注(3) 521頁。

⁷⁶⁸ 法務部・前掲注(7) 334頁。

⁷⁶⁹ 法務部・前掲注(3) 518頁。

①2004年の韓国民法改正案第357条の10のように、根抵当権設定者の保護を徹底する方向に改正を進める。なぜならば、上述したように、根抵当権者は、2004年の韓国民法改正案第357条の11第1項第1号のほか、特別法によって確定請求ができるからである。

②2013年の韓国民法改正試案第357条の9及び日本民法第398条の19の方向に改正を進めるとしても、根抵当権設定者と根抵当権者における確定請求の時期及びその効果を平等に定めることを提案する。とりわけ、②の改正方向は、鳥谷部先生⁷⁷⁰をはじめとする日本学者によって、「平成15年の改正根抵当権」の改正意見として出されたものである。

②確定事由

確定事由につき、2004年の韓国民法改正案第357条の11、2013年の韓国民法改正試案第357条の10及び日本民法第398条の20を比較検討する。

2004年の韓国民法改正案	2013年の韓国民法改正試案	日本民法
<p>第357条の11（元本の確定事由）</p> <p>①根抵当権が担保すべき元本は、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370条によって準用される第342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ったときに限る。</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</p>	<p>第357条の10（元本の確定事由）</p> <p>①根抵当権が担保すべき元本は、次の各号の場合に確定される。</p> <p>一 根抵当権者が抵当不動産に対して競売又は第370条によって準用される第342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2週間が経過したとき。</p>	<p>第398条の20（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372条において準用する第304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</p>

⁷⁷⁰ 鳥谷部・前掲注（204）116頁以下。

<p>とを知った日から2週間が経過したとき。</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1項第4号の競売手続の開始又は差押えや第5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、この限りでない。</p>	<p>四 債務者又は根抵当権設定者が破産宣告又は回生手続の開始決定を受けたとき。</p> <p>②第1項第3号の競売手続の開始又は差押えや第4号の破産宣告又は回生手続の開始決定がその効力を失ったときには、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いるときには、この限りでない。</p>	<p>納処分による差押えがあったことを知った時から2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3号の競売手続の開始若しくは差押え又は同項第4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、元本が確定したのもの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>
--	---	--

第一に、確定事由につき、2004年の韓国民法改正案第357条の11は、①担保する元本がこれ以上発生しないことになったとき、②根抵当権者が抵当不動産に対して競売又は第370条によって準用される第342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に限る。③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、④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2週間が経過したとき、⑤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の5つを定める。これは、「平成15年の改正根抵当権」以前の日本民法第398条の20と同様な趣旨である。これに対して、2013年の韓国民法改正試案第357条の10及び日本民法第398条の20は、2004年の韓国民法改正案第357条の11で掲げた5つのうち、①担保する元本がこれ以上発生しないことになったときを除外し、4つのみを定める。

第二に、2004年の韓国民法改正案第357条の11第1項第1号の「担保する元本がこれ以上発生しないことになったとき」につき、債権者と債務者間において取引の終了と認められる一定の事件の発生がある場合は、確定を認めることができるとする。その具体例として、基本契約又は一定の取引における取引満了若しくは根抵当権の存続期間の満了があ

げられている⁷⁷¹。なお、2004年の韓国民法改正案第357条の11第1項第1号を設けることによって、日本民法より、柔軟に運用されることが期待されるという見解がある⁷⁷²。

上記の2つの比較検討から、確定事由につき、日本における「平成15年の改正根抵当権」の意見及びその後の評価を分析して、韓国民法改正作業への反映如何を検討する。なお、2004年の韓国民法改正案第357条の11第1項第1号の「担保する元本がこれ以上発生しないことになったとき」につき、判例が多数存在しているので、削除よりも、判例分析による条文の具体化が望ましいと考えられる。

③極度額／最高額減額請求権

極度額／最高額減額請求権につき、2004年の韓国民法改正案第357条の12、2013年の韓国民法改正案第357条の11及び日本民法第398条の21を比較検討する。

2004年の韓国民法改正案	2013年の韓国民法改正案	日本民法
<p>第357条の12（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1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>第357条の11（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並びに以後2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において、減額することを請求することができる。</p>	<p>第398条の21（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2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398条の16の登記が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1個の不動産についてすれば足りる。</p>

第一に、2004年の韓国民法改正案第357条の12は、確定後の根抵当権設定者は、「債権最高額を現存する債務額と以後1年間発生する利子、違約金及び債務不履行による損害

⁷⁷¹ 柳昌昊・前掲注（272）220頁。

⁷⁷² 柳昌昊・前掲注（272）221頁によれば、2004年の韓国民法改正案第357条の11第1項第1号によって、韓国の方が日本より、柔軟に規定したことになるとする。

賠償額の範囲で減額することを請求することができる」と定める。ここにいう「1年」という期間は、抵当権の被担保債権の範囲を定める韓国民法第360条の但書によるものである⁷⁷³。そして、2013年の韓国民法改正試案第357条の11は、2004年の韓国民法改正案第357条の12の趣旨を受け継いだ。ただし、1年という期間が2年に修正された。その理由を「1年という期間は、競売手続開始から終了までにかかる通常の期間より短いため、根抵当権設定者に不利となり、2年へ変更した」⁷⁷⁴という。

第二に、日本民法第398条の21における極度額減額請求権は、韓国民法改正作業における最高額減額請求権と同趣旨である。ただし、抵当権の被担保債権の範囲を定める日本民法第375条により、2年とする。

上記の2つの比較検討から、実務の要請を取り入れた2013年の韓国民法改正試案第357条の11の方向に改正を進むことが望ましいと考えられる。

④根抵当権の消滅請求

根抵当権の消滅請求につき、2004年の韓国民法改正案の方向性、2013年の韓国民法改正試案第357条の12及び日本民法第398条の22を比較検討する。

2004年の韓国民法改正案	2013年の韓国民法改正試案	日本民法
該当条文なし	<p>第357条の12（物上保証人の根抵当権消滅請求権） ①他人の債務を担保するための根抵当権設定者は、その債務が確定された後に、根抵当権者に最高額の限度においてその債務を弁済して根抵当権の消滅を請求することができる。</p> <p>②第1項は、根抵当不動産について所有権、地上権又は伝賃権を取得した第三者がある場合において、これを準用する。</p>	<p>第398条の22（根抵当権の消滅請求） ①元本の確定後において現に存する債務の額が根抵当権の極度額を超えるときは、他人の債務を担保するためその根抵当権を設定した者又は抵当不動産について所有権、地上権、永小作権若しくは第三者に対抗することができる賃借権を取得した第三者は、その極度額に相当する金額を払い渡し又は供託して、その根抵当権の消滅請求をすることができる。この場合において、その</p>

⁷⁷³ 柳昌昊・前掲注（272）224頁。

⁷⁷⁴ 法務部・前掲注（7）336頁以下。

		<p>払渡し又は供託は、弁済の効力を有する。</p> <p>②第 398 条の 16 の登記がされている根抵当権は、1 個の不動産について前項の消滅請求があったときは、消滅する。</p> <p>③第 380 条及び第 381 条の規定は、第 1 項の消滅請求について準用する。</p>
--	--	--

第一に、2013 年の韓国民法改正試案第 357 条の 12 における物上保証人の根抵当権消滅請求権は、2004 年の韓国民法改正案に存在しない。これは、「物上保証人や根抵当不動産の第三取得者は、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（【韓国判例 6】及び【韓国判例 7】）」とした判例の立場を明文化したものである。

第二に、日本民法第 398 条の 22 は、根抵当権の消滅請求について定める。なお、2013 年の韓国民法改正試案第 357 条の 12 とは、表題及び減額請求権者の範囲において異なる。とりわけ、日本民法第 398 条の 22 における減額請求権者には、物上保証人・第三取得者のみならず、地上権者・永小作権者・賃借人が認められる。なぜならば、後順位抵当権が実行された場合に、本来対抗できるはずのこれら用益権が消滅してしまうことを防ぐためである⁷⁷⁵。

上記の 2 つの比較検討から、判例の立場を明文化した 2013 年の韓国民法改正試案第 357 条の 12 の方向に改正を進めることが望ましいと考えられる。ただし、その際に、減額請求権者の範囲（たとえば、伝貫権者）を検討すべきである。

第 4 節 ドイツにおける最高額抵当権、土地債務及び保全土地債務の検討と日本及び韓国への示唆

I 最高額抵当権

BGB 第 1190 条における「最高額抵当権」は、従来は、日本及び韓国における根抵当権

⁷⁷⁵ 近江・前掲注（17）254 頁。

に類似する制度であるといわれていた。とりわけ、韓国においては、韓国民法第 357 条につき、その沿革を最高額抵当権とする説が存在することから、最高額抵当権との比較は欠かせない研究分野であるとされる⁷⁷⁶。しかし、「ドイツにおける最高額抵当権」と「日本及び韓国における根抵当権」が類似する制度であるとされていたにもかかわらず、その利用実態は、かなり異なる。すなわち、日本及び韓国の根抵当権は、金融取引実務において、抵当権よりも、利用されている。それに対して、ドイツの最高額抵当権は、金融取引実務において、ほとんど利用されていない。したがって、以下においては、「ドイツにおける最高額抵当権の利用低下原因」と「ドイツにおける最高額抵当権の日本及び韓国への示唆」を中心に検討を行う。

第一は、「ドイツにおける最高額抵当権の利用低下原因」につき、以下の 3 つに整理することができる。

①最高額抵当権は、保全抵当権であるため（BGB 第 1190 条第 3 項）、債権者ないし抵当権付債権の譲受人は、債権の存在について、登記簿の推定力（BGB 第 891 条）ないし公信力（BGB 第 892 条）を援用することができない。そのために、債権ごとに債権証書によるなど登記以外の証明手段で証明しなければならない（BGB 第 1184 条第 1 項）⁷⁷⁷。すなわち、流通に適していない。

②普通抵当権の場合は、その設定において、公の認証ある書面による即時強制執行の旨が定められ、かつ、これが登記されていれば、抵当権者は（判決を得ることを要せず）、現に所有者がだれであっても、直ちに強制執行をして債権の弁済を受けることができる（ZPO 第 800 条第 1 項）⁷⁷⁸。しかし、最高額抵当権の場合は、担保する債権が確定額ではないため（ZPO 第 800 条第 1 項により同法第 794 条第 1 項第 5 号）、このような方法での即時強制執行が許容されない⁷⁷⁹。

⁷⁷⁶ 近江・前掲注（12）40 頁によると、「韓国民法 357 条は、ドイツ民法 1190 条とまったく同一の文言ですから、ドイツ民法を継受したといってもいいでしょう。しかし、日本の根抵当権の立法に際しては、「最高額抵当権」の影響はほとんどなく、むしろ、産業界と学説の理論の深化から成立したものであるということが出来ます。そもそも、日本において、ドイツ「最高額抵当権」の研究はきわめて少ないのです」という。

⁷⁷⁷ 石川＝小西・前掲注（505）348 頁、金載亨・前掲注（264）35 頁、倉重・前掲注（555）「ドイツにおける土地債務の利用急増の原因」223 頁、鈴木禄弥・前掲注（511）53 頁以下。

⁷⁷⁸ 石川＝小西・前掲注（505）337 頁、鈴木禄弥・前掲注（511）53 頁。

⁷⁷⁹ 金載亨・前掲注（264）35 頁、倉重・前掲注（555）「ドイツにおける土地債務の利用急増の原因」223 頁、鈴木禄弥・前掲注（511）53 頁以下。

③BGB 第 1190 条第 2 項によって、利息が最高額に算入される。すなわち、最高額抵当権において、利息は、最高額の中に含まれるので、最高額抵当権の債権者自身が強制管理の申立てをしなかった場合には、強制管理による収入から利息の支払いを受け取ることができない⁷⁸⁰。

このような最高額抵当権の弱点を補うために、最高額抵当権の代案 (Alternativen) として、土地債務、隠れた最高額抵当権、抽象的な抵当権 (Abstrakte Hypothek) の 3 つが考案されているが⁷⁸¹、その中でも土地債務、とりわけ保全土地債務が最も重要な制度である。

第二は、「ドイツにおける最高額抵当権の日本及び韓国への示唆」である。上記のような理由によりドイツにおける最高額抵当権は、実務においてほとんど利用されておらず、その代わりに (保全) 土地債務が利用されている。そこで、上記の「ドイツにおける最高額抵当権の利用低下原因」を日本及び韓国における根抵当権に当てはめることによって、利用実態の差異を検討する。

上記の①の理由であるが、そもそも日本及び韓国においては、登記の公信力を認めない。

上記の②の理由であるが、ドイツにおいて、普通抵当権に比べて最高額抵当権は、その担保する債権が確定額ではないため、即時強制執行が許されない。これに対して、日本及び韓国の抵当権の実行は、強制競売のみならず任意競売も認められている。すなわち、担保権の実行手続は、債権者が債務者の財産について抵当権などの担保権を有する場合に、これを実行して当該財産から満足を得る手続であり、判決などの債務名義は不要で、担保権が登記されている登記簿謄本などが提出されれば、裁判所は手続を開始することとなる。

上記の③の理由であるが、利息が最高額に算入されることは、日本及び韓国においても同様である。

したがって、上記の①の理由及び③の理由は、ドイツの最高額抵当権と日本及び韓国の根抵当権がほとんど同様である。しかし、上記の②の理由については、ドイツの最高額抵当権と日本及び韓国の根抵当権において差異がみられる。したがって、利用実態の差異の要因は、上記の②の理由にあると考えられる。

なお、このような 2 つの検討から、以下のことを見出すことができる。

⁷⁸⁰ 石川＝小西・前掲注 (505) 348 頁、金載亨・前掲注 (264) 35 頁、倉重・前掲注 (555) 「ドイツにおける土地債務の利用急増の原因」223 頁、鈴木禄弥・前掲注 (511) 53 頁以下。

⁷⁸¹ Baur, a. a. O., S. 553f.

日本における根抵当権の規定は、日本民法典に第 398 条の 2 から第 398 条の 22 までの 21 カ条が存在しており、日本独自の制度であると評価されている。そして、近時の比較法研究においては、ドイツの最高額抵当権よりも（保全）土地債務との比較研究が多く行われている。しかし、これは、近代的抵当権論と関連して、債権から独立したドイツの土地債務制度が注目されたためであり、日本の根抵当権の沿革に関する比較研究として行われたわけではない。これに対して、韓国における根抵当権の規定は、韓国民法典に第 357 条の 1 カ条しか存在しない。そして、その沿革をめぐり、満州民法（依用民法）を沿革とする見解と、ドイツの最高額抵当権を沿革とする見解が対立している。さらに、現在進行中の韓国民法改正作業においては、被担保債権の範囲及び包括根抵当権の有効性などにつき、ドイツの最高額抵当権の方向に進むか、あるいは日本の根抵当権の方向に進むかに分かれている。韓国民法第 357 条の文言は、たしかに BGB 第 1190 条の最高額抵当権の文言と同様であるが、その運用、とりわけ、実務の運用実態及び判例・学説の動向は、日本の根抵当制度の影響を多大に受けている。したがって、法条文と実務の運用実態に乖離が生じている。もちろん、現在進行中の韓国民法改正作業において、その沿革に関する研究は、重要である。しかし、同時に、実際に生じている乖離問題を解決するためには、今の制度をどのように発展させるかに焦点を当て、未来志向の研究を進めることが最も求められる。

II 土地債務

BGB は、不動産担保権（Grundpfandrecht）として、抵当権（Hypothek）、土地債務（Grundschild）及び定期土地債務（Rentenschuld）を認めている。

土地債務は、債権を前提としないので、その成立及び存続は債権に依存しない、無因的性格を有する（BGB 第 1191 条）。BGB における不動産担保権の構成をみると、抵当権に関する規定が 80 カ条あるのに対し、土地債務に関する規定は 8 カ条のみにとどまる。しかし、今日におけるその利用実態をみると、抵当権よりも、（保全）土地債務が専ら利用されている。

以下においては、土地債務の性質を把握するために、「土地債務と抵当権の関係」、「土地債務と保全土地債務の関係」について述べる。

第一は、「土地債務と抵当権の関係」である。立法者の見解によれば、抵当権と土地債務

は、「同一権利の性質 (das Wesen nach gleiches Recht)」を有するという⁷⁸²。なお、BGB における両者は、「債権の弁済のために」が記載されているか否かということ以外には、全く同様である。そこで、土地債務は、債権を前提としないかぎり、抵当権に関する規定を準用する (BGB 第 1192 条第 1 項)。そして、抵当権との差異は、抵当権と土地債務の設定時における物権的合意 (Einigung) によって明らかになる。すなわち、抵当権の場合は、被担保債権の範囲に関する合意をしなければならないが、土地債務は、その原因となる行為の有効性から原則上独立している。このように、土地債務と抵当権は、同一権利の性質を有するが、債権の付従性という根本的な差異がある。しかし、抵当権においては、付従性が緩和された制度が考案されている。たとえば、流通抵当権及び実務では利用されていないが最高額抵当権が、その例である。反対に、土地債務においては、付従性が全くない孤立的土地債務よりも、専ら債権の担保のために設定される保全土地債務が利用される。このような現象を椿久美子先生は、抵当権から土地債務への接近及び土地債務から抵当権への接近と表現する⁷⁸³。なお、Baur も、「流通抵当権と保全土地債務の接近 (Annäherung)」という表現を使う⁷⁸⁴。さらに、このような両者による接近によって、BGB 編纂当時には意図していなかった制度、すなわち、現在の実務に適する制度が新たに生まれつつあるといえよう。その典型的な例が保全土地債務であろう。

第二は、「土地債務と保全土地債務の関係」である。保全土地債務は、土地債務の一例 (Unterfall) である⁷⁸⁵。すなわち、保全土地債務も、土地債務と同様に、債権から独立する、無因性の性質を有する。しかし、2008 年の BGB 改正によって明文化された第 1192 条第 1a 項は、保全土地債務の概念を「Ist die Grundsuld zur Sicherung eines Anspruchs verschafft worden (請求権の担保のために土地債務が設定された場合)」と定める。そして、抗弁権につき、「§ 1157 Satz 2 findet insoweit keine Anwendung (第 1157 条第 2 文は、適用されない)」と定めることによって、譲受人の善意取得の途を切断した。すなわち、BGB 編纂当時の流通に最も適する制度として設けられた土地債務が保全土地債務として設定される場合は、その流通性が大きく制限されてしまう結果になる。なお、保全土地債務と抵当権との関係が注目されるが、これについては、後述する。

⁷⁸² ProtokolleIV, a. a. O., S. 498 ; Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1565 ; Staudinger/Wolfsteiner, a. a. O., S. 744.

⁷⁸³ 椿・前掲注 (555) 42 頁以下。

⁷⁸⁴ Baur, a. a. O., S. 575.

⁷⁸⁵ Kerstin Uhler, a. a. O., S. 5.

III 保全土地債務

金融取引実務で利用されていた保全土地債務は、2008年のBGB改正によりBGB第1192条第1a項として明文化された。

以下においては、保全土地債務の性質を把握するために、「保全土地債務と抵当権の関係」、「保全土地債務の目的（Zweck）とAGBの関係」について述べる。

第一は、「保全土地債務と抵当権の関係」である。前述したように、立法者の見解によれば、抵当権と土地債務は、「同一権利の性質（das Wesen nach gleiches Recht）」を有するという⁷⁸⁶。そして、保全土地債務は、土地債務の一例（Unterfall）⁷⁸⁷、すなわち無因的土地債務（abstrakte Grundschuld）でありながら、債権の担保のために利用される⁷⁸⁸。そこで、抵当権と保全土地債務は、有因・無因という異なる性質のものでありながら、同じ目的のために（すなわち、債権の担保のために）使用する不動産担保権であるといえよう。なお、土地債務の特徴である流通性につき、保全土地債務は、BGB第1157条第2文を適用しないことによって、譲受人の善意取得の途を封じた。したがって、両者は、BGB第1192条第1a項によってより接近するようになり、とりわけ流通抵当権よりも「保全抵当権と保全土地債務との関係」が注目されるようになったといえよう。

第二は、「保全土地債務の目的（Zweck）とAGBの関係」である。保全土地債務は、土地債務の一種でありながら、その目的を「債権の担保」とする。したがって、保全土地債務の設定における「担保約定」の内容、とりわけ、その中で合意される担保目的（Sicherungszweck）は、重要な意味を持つ。保全土地債務が抵当権よりも金融取引実務において最も利用されるようになった理由の一つとして、BGBにおける（保全）土地債務の規定が少ないことを挙げることができる。すなわち、保全土地債務は、物権的合意としての土地債務の設定と、担保約定を締結しなければならない。そして、この担保約定には、日本及び韓国における根抵当権の被担保債権の範囲にあたる担保目的（Sicherungszweck）が合意される。しかし、担保約定は、保全土地債務の設定目的を表示する債権的合意であり、BGBにその規定は存在しない。したがって、担保目的（Sicherungszweck）につき、

⁷⁸⁶ ProtokolleIV, a. a. O., S. 498 ; Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1565 ; Staudinger/Wolfsteiner, a. a. O., S. 744.

⁷⁸⁷ Kerstin Uhler, a. a. O., S. 5.

⁷⁸⁸ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1568.

その制限はなく、特定債権の担保から包括的担保まで設定することができる⁷⁸⁹。すなわち、日本及び韓国における包括根抵当権の設定はもちろん、日本及び韓国においては抵当権が担う特定債権も担保可能である。なお、担保約定は、信用提供者があらかじめ一方的に作成した基礎約款及び無方式なものによることもできる⁷⁹⁰。したがって、「担保約定と約款の関係」、ないし「担保約定に合意される保全土地債務の目的 (Zweck) と AGB の関係」が注目される。

表 23. BGB における抵当権、土地債務及び保全土地債務の概念

<p>BGB 第 1113 条 (Gesetzlicher Inhalt der Hypothek) (1) Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist (Hypothek).</p> <p>抵当権は、債権の弁済のために、土地から一定の金額を支払うために負担するという方法で、設定することができる (抵当権)。</p>	<p>BGB 第 1191 条 (Gesetzlicher Inhalt der Grundschuld) (1) Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist (Grundschuld).</p> <p>土地債務は、土地から一定の金額を支払うために負担するという方法で、設定することができる (土地債務)。</p>	<p>BGB 第 1192 条 (Anwendbare Vorschriften) (1a) Ist die Grundschuld zur Sicherung eines Anspruchs verschafft worden (Sicherungsgrundschuld), können Einreden, die dem Eigentümer auf Grund des Sicherungsvertrags mit dem bisherigen Gläubiger gegen die Grundschuld zustehen oder sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben, auch jedem Erwerber der Grundschuld entgegengesetzt werden; § 1157 Satz 2 findet insoweit keine Anwendung. Im Übrigen bleibt § 1157 unberührt.</p> <p>請求権の保全のために土地債務が設定された場合は (保全土地債務)、土地所有者が旧債権者との担保契約によって土地債務について有する、又は担保契約によって生ずる抗弁権は、土地債務のいずれの取得者にも対抗することができる; 第 1157 条第 2 文は、適用されない。</p>
--	--	---

⁷⁸⁹ Schulze/Staudinger, a. a. O., S. 1568.

⁷⁹⁰ Baur, a. a. O., S. 577f によると、書式による条項が通例であるとする。

		その他においては、第 1157 条による。
--	--	-----------------------

表 24. 抵当権と保全土地債務⁷⁹¹

事実状況 (Tatbestand)	抵当権	土地債務
I 成立上の瑕疵 (Entstehungsmängel)	<p>1. 第 1113 条、第 873 条による物権的合意に対する抗弁権 (Einwendungen) (たとえば、第 123 条) : 抵当権なしの人的債権 ; 場合によっては、所有者土地債務</p> <p>2. 債権に対する抗弁権 (Einwendungen) ; 所有者土地債務、第 1163 条第 1 項、第 1177 条第 1 項</p>	<p>1. 第 1191 条、第 873 条による物権的合意に対する抗弁権 (Einwendungen) : 土地債務なしの人的債権 ; 場合によっては所有者土地債務</p> <p>2. 原因関係 (Grundverhältnis) に対する抗弁権 (Einwendungen)</p> <p>a) 債権の不存在 (Fehlen) : 契約上の返還請求権</p> <p>b) 担保合意の不存在 (Fehlen) : 第 812 条第 1 項</p>
II 消滅 (Tilgung)	<p>1. 債務者=所有者による弁済 : 第 1163 条第 1 項第 2 文、第 362 条第 1 項、第 1177 条第 1 項</p> <p>2. 債務者による弁済 : 第 1163 条第 1 項第 2 文、第 362 条第 1 項、第 1177 条第 1 項 ; 例外第 1164 条</p> <p>3. 所有者による弁済 : 第 1143 条、第 1177 条第 2 項</p>	<p>1. 債務者=所有者による弁済 :</p> <p>a) 債権 ; 債権の消滅、第 362 条第 1 項 ; 契約上の返還請求権</p> <p>b) 土地債務 : 所有者土地債務 (第 1143 条) ; 債権もまた消滅</p> <p>2. 債務者及び所有者ではない者による弁済 : 債権についての支払い ; 担保契約の当事者としての債務者又は所有者の契約上の返還請求権</p> <p>3. 所有者による弁済 : 土地債務 ; 所有者土地債務及び債権譲渡の請求 (争いあり)</p>
III 譲渡 (Abtretung)	<p>1. 形式義務 (Formpflicht) による債権の譲渡 (第 1154 条)</p> <p>2. 付従性あり、第 1153 条、第 401 条</p>	<p>1. 債権及び土地債務の譲渡 :</p> <p>a) 債権、第 398 条以下の形式によらず</p> <p>b) 土地債務、第 1192 条・第 1154 条の形式義務</p> <p>Merke : 付従性なし</p> <p>2. 債権のみの譲渡 : 場合によっては、譲渡人に対する土地債務の譲渡請求</p>

⁷⁹¹ Baur, a. a. O., S. 604f を訳す ; このほかに、倉重・前掲注 (555) 「ドイツにおける土地債務の利用急増の原因」 219 頁を参照する。

		3. 土地債務のみの譲渡：弁済期間から保全契約に適用（換価）
IV 善意取得 (Gutgläubiger Erwerb)	1. 債権不存在の善意取得なし（第 398 条以下；例外：第 405 条） 2. 物権的成立上の瑕疵が存在するにもかかわらず、債権存在の場合の抵当権の善意取得：第 892 条第 1 項第 2 文 3. 債権不存在の抵当権（債権なし）の善意取得（第 1138 条、第 892 条） 債権：異議申立て（Widerspruch）、第 899 条、第 894 条	1. 債権の善意取得なし 2. 第 892 条による土地債務の善意取得
V 抗弁及び抗弁（権）の持続 (Fortbestand von Einwendungen und Einreden)	1. IV 2 による抵当権に対する抗弁権（Einwendungen）、IV 3 による債権に対する抗弁権（Einwendungen） 2. 債権に対する抗弁（Einreden）（例：支払猶予）：第 1138 条、第 1137 条、第 892 条 3. 抵当権に対する抗弁（Einreden）：第 1157 条・第 892 条（例：支払猶予）	1. 債権に対する抗弁権（Einwendungen）及び抗弁（Einreden）：第 404 条 2. 土地債務に対する抗弁権（Einwendungen）（例：物権的成立上の瑕疵）：第 892 条 3. 土地債務に対する担保抗弁（Sicherheitseinrede）：担保合意の違反に対して譲受人に対抗することができる、第 1157 条、第 1192 条第 1a 項第 1 文 4. 土地債務に対する即時抗弁（Sonstige Einreden）：第 1157 条、第 892 条、第 1192 条第 1 項第 2 文
VI Sicherung der Rechtsposition des Eigentümers	異議申立て（Widerspruch）	将来返還請求権の仮登記；異議申立て（Widerspruch）及び善意取得可能（V. 2 及び V. 4）

第5節 今後の課題

今後の課題として、以下の2点をあげる。

第一は、判例研究である。

①日本における根抵当権は、明治民法典に明文の規定はなかったものの、抵当権の一種として位置づけられ、判例法理が形成されていた。その後、今次大戦後のいわゆる「包括根抵当論争」を経て、昭和46（1971）年に、日本民法第398条の2から第398条の22までの21カ条が明文化され、現在にいたっている。そこで、明治時代から慣習的に行われてきた根抵当権について、明文化される前の判例を分析する。

②韓国における根抵当権は、韓国民法典にその規定が1カ条しか存在しない。そのため、判例と学説の動向は、重要な判断基準となる。そこで、根抵当権に関する判例を分析・類型化する。

③ドイツにおける（保全）土地債務は、金融取引実務の利用実態に比べて、BGBにその規定が少ない。そのため、韓国と同様に、判例・学説の動向は、重要な判断基準となる。とりわけ、保全土地債務における「担保約定」は、債権的合意である。そして、BGBにその内容及び方式に関する規定はなく、判例・学説の解釈によって運用されている。なお、担保約定で合意される「目的表示」をめぐり、韓国と同様に、包括的な担保条項が問題となっている。そこで、実務における「担保約定」及び「包括的な担保条項」に関する判例を分析・類型化する。

第二に、近代的抵当権論と関連して、各国の制度の付従性に関する研究を行う。これによって、根抵当制度のみならず、抵当制度全般についてのあるべき姿を提示することができると考えられる。とりわけ、ドイツにおいては、2008年のBGB改正によって、抵当権、土地債務及び保全土地債務とする不動産担保物権が新たな局面を迎えているといえよう。そこで、BGB編纂当時における不動産担保制度と、近時新たに形成されつつある不動産担保制度との関係につき、付従性を中心に研究を行う。

資料

1. 日本における根抵当権設定契約書の例示⁷⁹²

根抵当権設定契約証書	
(単独担保・累積)	
平成 年 月 日	
株式会社	銀行 御中
	住 所
	抵当権設定者
	債 務 者 印
	住 所
	抵当権設定者 印
第1条 (根抵当権の設定)	
根抵当権設定者は、債務者が別に差し入れた銀行取引約定書の各条項のほか、下記条項を承認のうえ、その所有する後記物件のうえに、共同担保としないで、次の要項により根抵当権を設定しました。	
1. 極 度 額 金 円	
2. 被担保債権の範囲	
3. 債 務 者 住 所	
氏 名	
4. 確 定 期 日 定めない	
第2条 (登記義務)	
根抵当権設定者は、前条による根抵当権設定の登記手続を遅滞なく行ない、その登記簿の謄本を貴行に提出します。今後、この根抵当権について各種の変更等の合意がなされたときも同様とします。	
第3条 (被担保債権の範囲の変更等)	
この契約による根抵当権について、貴行より被担保債権の範囲の変更、極度額の増額、根抵当権の譲渡・一部譲渡、確定期日の延長等の申出のあった場合には、ただちにこれに同意します。なお、債権保全上必要と認められるときは、貴行はいつでも貸出取引を中止することができます。	
第4条 (根抵当物件)	

⁷⁹² 神田秀樹 (編) 『金融取引小六法 (2010年版)』(経済法令研究会、2009) 58頁以下。

①根抵当権設定者は、あらかじめ貴行の承諾がなければ、根抵当物件（根抵当建物の借地権を含む。以下同じ。）の現状を変更し、または第三者のために権利を設定しもしくは譲渡しません。

②根抵当物件が原因のいかんを問わず滅失・毀損しもしくはその価格が低落したとき、またはそのおそれがあるときは、債務者または根抵当権設定者（物上保証人）はただちにその旨を貴行に通知します。

③根抵当物件について譲渡、土地明渡し、収用その他の原因により譲渡代金・立退料・補償金・清算金などの債権が生じたときは、根抵当権設定者はその債権に質権を設定しますから、貴行がこれらの金銭を受領したときは、債務の弁済期前でも、法定の順序にかかわらず、貴行はその弁済に充当することができます。

第5条（損害保険）

①根抵当権設定者は、この根抵当権が存続する間根抵当物件に対し、貴行の同意する保険会社と貴行の指定する金額以上の損害保険契約を締結または継続し、その保険契約にもとづく権利のうえに貴行のため質権を設定し、またはその保険契約に抵当権者特約条項をつけます。

②根抵当権設定者は、前項の保険契約以外に根抵当物件に対し保険契約を締結したときは、ただちに貴行に通知し、前項と同様の手続をとります。

③前2項の保険契約の継続、更改、変更および保険目的物件罹災後の保険金等の処理については、すべて貴行の指示に従います。

④貴行が債権保全のため、必要な保険契約を締結しもしくは根抵当権設定者に代わって保険契約を締結または継続し、その保険料を支払ったときは、債務者および根抵当権設定者（物上保証人）は貴行の支払った保険料その他の費用に、その支払日から年 %の割合の損害金をつけて支払います。

⑤前4項による保険契約にもとづく保険金を貴行で受領したときは、債務の弁済期前でも、法定の順序にかかわらず、貴行は、その弁済に充当することができます。

第6条（借地権）

①根抵当権設定者は、根抵当建物の敷地につき、その借地期間が満了したときは借地借家法第22条・第23条・第24条の定期借地権を除きただちに借地契約継続の手続をとります。また、土地の所有者に変更があったときはただちに貴行に通知し、または借地権の種類・内容に変更を生ずるときはあらかじめ貴行に通知します。

②解約、賃料不払、借地権の種類・内容の変更その他借地権の消滅または変更をきたすようなおそれのある行為をせず、またこのようなおそれのあるときは借地権保全に必要な手続をとることはもちろん、建物が滅失した場合にも貴行の同意がなければ借地権の転貸その他任意の処分をしません。

③ 抵当建物が火災その他により滅失し、建物を建築する場合には、ただちに借地借家法第 10 条第 2 項の所定の掲示を行ったうえ、速やかに地主の承諾を得て建物を建築してこの抵当権と同一内容・順位の抵当権を設定します。また、ただちに建物の建築をしない場合には、保険金等によって弁済をしてもなお残債務があるときは、借地権の処分について貴行の指示に従うものとし、貴行はその処分代金をもって債務の弁済に充当することができます。

第 7 条（任意処分）

根抵当物件は、必ずしも競売手続によらず一般に適当と認められる方法、時期、価格等により貴行において処分のうえ、その取得金から諸費用を差し引いた残額を、法定の順序にかかわらず、貴行は債務の弁済に充当することができ、なお残債務がある場合には債務者はただちに弁済します。

第 8 条（根抵当物件の調査）

根抵当物件について貴行から請求があったときは、ただちに報告し、また調査に必要な便益を提供します。

第 9 条（費用の負担）

この根抵当権に関する設定、解除または変更の登記ならびに根抵当物件の調査または処分に関する費用は、債務者および根抵当権設定者（物上保証人）が連帯して負担し、貴行が支払った金額についてはただちに支払います。

第 10 条（担保保存義務の免除等）

① 根抵当権設定者（物上保証人）は、貴行がその都合によって他の担保もしくは保証を変更、解除しても免責を主張しません。

② 根抵当権設定者（物上保証人）が弁済等により貴行から代位によって取得した権利は、債務者と貴行との取引継続中は、貴行の同意がなければこれを行使しません。もし貴行の請求があれば、その権利または順位を貴行に無償で譲渡します。

③ 根抵当権設定者（物上保証人）は、債務者の貴行に対する預金その他の債権をもって相殺はしません。

以上

2. 韓国における根抵当権設定契約書の例示⁷⁹³

⁷⁹³ 韓国的一般銀行（S 銀行）で使われている契約書を訳す。

根抵当権設定契約書

*設定者は、次の事項を読んで本人の意義に基づいて自筆で記載してください。

(記載例示：1. 受領した、2. 聴いた)

1. 銀行与信取引基本約款及びこの契約書の副本を受領しましたか。	
2. 上記の約款と契約書の重要な内容について説明を聴きましたか。	

債権者兼 根抵当権者	(印)
住所	
債務者	(印)
住所	
根抵当権設定者	(印)
住所	

*設定者が他人のために住宅を担保として提供する場合は、設定者は、この契約書の作成日を含めて3日以内に担保提供を撤回することができる。また、撤回権をあらかじめ放棄して、この設定契約を直ちに確定することもできる。必要によっては、設定者は、上記の期間内に本人の意義を次の欄に自筆で記載してください。(期日例示：撤回する。○年○月○日、放棄する。○年○月○日)

担保提供意思を撤回しますか(撤回したときは、この契約は、取り消されて設定者は担保責任を負担しない。この場合に、担保の設定、解約にかかる費用は、設定者が全部負担する)。	○年○月○日
撤回権を放棄しますか(撤回権を放棄したときは、この設定契約は、直ちに確定される)。	○年○月○日

この契約書によって登記されたことを確認し登記権利証を受領する。	
○年 ○月 ○日	設定者 □ □ (印)

●担保の提供は、財産上の損失をもたらす重要な法律行為であるので、あらかじめ下記に書かれている「担保提供者が必ず周知すべき事項」と契約書の内容を読んだ後に慎重な判断する。 の中(当事者欄、第1条及び契約書の最後の部分)は、必ず担保提供者が自筆で記載してください。

上記の当事者間で下記のように根抵当権設定契約を締結する。

第1条 根抵当権の設定

根抵当権設定者（以下「設定者」という）は、銀行与信取引基本約款を承認して、この契約書の最後の部分「根抵当権物件の目録」欄に記載する物件（以下「根抵当物件」という）に次の内容で根抵当権を設定する。

1. 被担保債権の範囲

債権者は、被担保債務の範囲が異なる下記の3種類から1つを設定者が選択することができることを説明する。その中の から定めた債務（利子、遅延賠償金その他の付帯債務を含む）を担保する。

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負担するすべての債務

年 \circ 月 \circ 日付 約定書

年 \circ 月 \circ 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 \square 、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次の債務

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の債務

2. 債権最高額

ア. 金 ウォン

イ. 設定費用の節減等のために債権最高額を最初の債権額を規準として定めたとしてもその理由を以てこの契約を特定債務担保根抵当権設定契約として解釈しない。

3. 根抵当権の決算期

債権者は、根抵当権の決算期を定める次の3種類から1つを設定者が選択することができることを説明する。設定者は で定めた日を決算期とする。

指定型	○年 □○月 ○日
自動確定型	<p>定めない。この場合において、契約日から3年が経過すると、設定者は、書面の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。これにいたらないときは、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は、契約日から5年になる日を決算期とする。</p>
将来指定型	<p>定めない。この場合において、契約日から3年が経過すると、設定者は、書面の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。これにいたらないときは、通知の到達日から14日になる日を決算期とする。</p>

第2条 諸手続履行と費用負担

①設定者は、この根抵当権の設定・変更・更正・移転・移管・抹消等に関する登記・登録をしなければならないときは、債権者の請求通りに直ちに必要の手続を行う。

②債権者は、第1項の手続にかかる費用の種類と算出根拠を債務者と設定者に説明して、その負担の主体を定めるために“”の中に“”の表示をし、それに従う。

区分	負担の主体			区分	負担の主体		
	債務者	設定者	債権者		債務者	設定者	債権者
登録税	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	法務士手数料	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
教育税	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	抹消(抵当権の解止)	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
国民住宅債券 購入	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	鑑定評価手数料	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

③第2項によって債権者が費用を負担する場合であっても、債務者又は設定者の期日渡来前の償還等について別の定めがあるときには、約定で定めた基準による金額を債務者と設定者は、連帯して支払わなければならない。

④第2項で債務者・設定者が負担する費用と根抵当物件の調査・占有・管理・処分等に関する費用を債権者が代わりに支払ったときは、銀行与信取引基本約款第4条に準じて直ちに弁済する。

第3条 公簿と実際の不一致等

①根抵当物件の実際がこの契約書の最後の目録欄の記載や公簿上の記載と合わない部分があるとしても、この根抵当権は、実際の物件上の効力を及ぼす。債権者が債権保全上必要によって請求するときには、設

定者は、直ちに変更登記や更正登記その他の必要な手続を行う。

②根抵当の土地上に未登記建物がある場合又は将来建物を新築する場合に、債権者が債権保全上必要によって請求するときは、設定者は、遅滞なくその保存登記をすると同時にその建物に第1条による根抵当権を追加設定する。

第4条 担保価値の維持等

①設定者が根抵当物件について滅失・毀損等の債権者の債権保全に支障を与える現象変更行為をするときは、あらかじめ債権者の承諾を得なければならない。

②設定者は、根抵当物件の滅失・毀損・共用徴収その他の事故又は著しい価格下落があったりそのおそれがある場合は、直ちにこれを債権者に通知する。

③第2項の場合、設定者が第三者から受領する賠償金、補償金等の債権が発生したときは、設定者は、その債権を債権者に譲渡してこれに必要な手続を行う。債権者は、その受領金で他の担保物の提供等の相当な事由がない限り銀行与信取引基本約款第13条に準じて債務の弁済に充当することができる。

第5条 保険契約

①設定者は、根抵当物件について債権保全に必要な範囲内で債権者が指定する種類と金額で保険契約を締結し、その保険契約による権利の上に債権者のための質権を設定し、その保険証券を債権者に交付して、この根抵当権の被担保債務が存在する間、これを継続する。

②設定者は、第1項による保険契約のほか、根抵当物件について別途保険契約を締結したときは、これを直ちに債権者に通知し、債権者が債権の保全上必要によって請求する場合には、その保険契約による権利についても債権者のために質権を設定する。

③設定者が第1項、第2項の定めに従わないことによって債権者が債権保全上必要な保険契約を設定者の代わりに締結または継続し、その保険料を支払ったときは、債務者と設定者は、連帯して債権者が支払った保険料その他の諸費用を銀行与信取引基本約款第4条に準じて直ちに支払う。

④第1項ないし第3項による保険契約によって債権者が保険金を受領したときは、他の担保物の提供等の相当な事由がない限り、被担保債務の期限渡来前であっても、債権者は、その受領金で銀行与信取引基本約款第13条に準じて債務の弁済に充当することができる。

第6条 地上権・傳賃権・賃借権

①根抵当物件が建物のみである場合に、その土地に地上権又は傳賃権が設定されているときは、その期間が満了したら、設定者は、直ちにその設定契約の継続手続を行う。

②第1項の場合に、その土地に関する権利が賃借権であるときも、設定者は、賃借期間の満了時直ちに賃貸借契約の継続手続を行い、また土地所有者の変更があるときは直ちに、賃借権の内容変更が生じる場合

はあらかじめ、債権者に通知する。

③設定者は、第1項の地上権・傳賃権や第2項の賃借権について解止その他の権利の消滅又は変更をもたらすおそれがある行為はしない。また、このようなおそれがある場合は、権利の保全に必要な手続を行い、建物が滅失した場合でも、債権者の同意なしにその権利の任意処分をしない。

④根抵当建物が火災その他の原因で滅失して、保険金等で充当しても債務が残る場合に、設定者が直ちに建物を新築しないときは、地上権・傳賃権又は賃借権の処分は、債権者の同意を得て行う。債権者は、その処分代金で第3条第3項に準じて残りの債務の弁済に充当することができる。

第7条 根抵当物件の処分・管理等

①根抵当物件の処分は、法定手続によることを原則とする。ただし、設定者が同意をしたときは、銀行は、適当と認められる方法・時期・価格等によって処分し、その取得金から諸費用を控除した残額を銀行与信取引基本約款第13条に準じて充当することができる。

②第1項の処分方法のほかに、債権者は、設定者のために根抵当物件を管理し、その収益金から第1項に準じて債務の弁済に充当することができる。

③設定者の行方不明その他の事由によって根抵当物件が正常に管理・維持されず滅失・毀損・紛失等のおそれがあるときは、債権者は、根抵当物件を占有して管理することができる。

④第1項ないし第3項の場合に、設定者は、遅滞なく債権者の処分又は管理に必要な協力をする。

第8条 回報と調査

設定者は、根抵当物件の状況について債権者からの請求があるときは、それによって直ちに回報したり調査に必要な協力を行う。

第9条 他の担保・保証約定との関係

①設定者が債務者の債権者に対する同様の被担保債務について別途担保を提供したり保証をしている場合は、別途約定がない限り、その担保や保証は、この契約によって変更されないし、この契約による担保責任とは別途累積的に適用される。

②担保価値の下落等に備えた債権者の請求によって設定者が同様の被担保債務について担保提供と同時に同じ金額で連帯保証をした場合、その中のどれか一部又は全部を履行したときには、第1項を問わずその履行した範囲内で他の責任も免責する。

第10条 担保等の変更・解止・解除

設定者が同意をしたときや同等の価値以上の担保の代替、同等の資力以上の保証人の交替又は一部の弁済額に比例した担保や保証の解止・解除等、設定者が代位返済する場合の求償実現に不利な影響がないときには、取引上の必要によって、債権者は、他の担保や保証を変更又は解止・解除することができる。

担保提供者（抵当権設定者）が必ず周知すべき事項

抵当権とは

－債務者が期日に債務を償還しないときに、債権者は、設定者が提供した担保物を処分して優先的に弁済を受ける権利である。

－したがって、自己の所有の不動産に、他人のために抵当権を設定することは、他人の債務不履行によって自己の財産が失われる危険を負担する行為である。

担保の種類による責任範囲

－「特定債務担保」とは、債務者が債権者に対して負担する特定された債務のみを担保するもので、その債務が延期・再取扱又は他の与信にかわるときには、担保しない。

－「根担保」とは、債務者と債権者間にすでに締結されている、あるいは、将来締結される取引契約から現在又は将来発生する債務を債権最高額の範囲内で担保するものである。3種類あって、各種による責任範囲は、次のようである。

「特定根担保」

特定された取引契約（例：○年○月○日付与信取引約定書）から継続的に発生する債務を担保し、その債務が期限延期されたときにも担保する。ただし、再取扱又は他の与信にかわるときは、担保しない。

「限定根担保」

特定の種類の取引（例：当座貸出取引）についてすでに締結されている、あるいは、将来締結される取引契約から現在又は将来発生する債務をすべて担保し、その債務の延期や再取扱はもちろん、同種にかわるときにも担保する。ただし、他種の与信にかわるときは、担保しない。

「包括根担保」

債務者が債権者に負担する現在及び将来のすべての債務（与信取引による債務だけではなく、その他の形態の債務を含む）を担保し、その責任範囲が非常に広範囲であるので、包括根担保を選択する場合は、再度慎重に考えたうえ決定する。

担保提供者が連帯保証までする場合

－担保提供者が別途で連帯保証をする場合、銀行は、担保提供不動産のほか、担保提供者の他の一般財産に対しても執行することができる。

参考文献目録

日本

単行本

- 青山修『根抵当権の法律と登記』（新日本法規、改訂版、2009年）
- 石井眞司＝佐久間弘道『〔新金融実務手引シリーズ〕根抵当実務』（きんざい、2008年）
- 石川清＝小西飛鳥『ドイツ土地登記法』（三省堂、2011年）
- 近江幸治『民法講義Ⅲ担保物権』（成文堂、第2版補訂、2007年）
- 於保不二雄（著）・高木多喜男（補訂）『現代外国法典叢書（3）独逸民法（Ⅲ）物権法』（有斐閣、復刊版、1955年）
- 加賀山茂『現代民法担保法＜現代民法シリーズ4＞』（信山社、2009年）
- 加藤一郎＝林良平（編）『担保法大系＜第2巻＞』（金融財政事情研究会、1985年）
- 加藤一郎＝米倉明（編）『民法の争点 1 総則・物権・親族・相続（ジュリスト増刊 法律学の争点シリーズ 3-1）』（有斐閣、1985年）
- 神田秀樹（編）『金融取引小六法（2010年版）』（経済法令研究会、2009年）
- 篠塚昭次＝前田達明（編）『新・判例コンメンタール民法4担保物権：295条-398条ノ22・仮登記担保法・第二編物件索引』（三省堂、1991年）
- 清水元『プログレッシブ民法[担保物権法]』（成文堂、2008年）
- 清水誠ほか（編）『新版担保・保証の法律相談』（有斐閣、1988年）
- 鈴木禄弥『根抵当法概説』（新日本法規、1973年）
- 同『根抵当法の問題点』（有斐閣、1973年）
- 同『物的担保制度の分化 民法論文集 5』（創文社、1992年）
- 田井義信ほか『新物権・担保物権法(NJ叢書)』（法律文化社、第2版、2005年）
- 高木多喜男『担保物権法』（有斐閣、第3版、2002年）
- 高木多喜男ほか『民法講義 3 担保物権』（有斐閣、1978年）
- 高橋眞『担保物権法（法学叢書 6）』（成文堂、2007年）
- 椿寿夫（編）『担保法の判例 I』（ジュリスト増刊、1994年）
- 椿寿夫ほか『現代民法講義 3』（法律文化社、1993年）
- 貞家克己ほか『新根抵当法の解説』（商事法務研究会、1971年）
- 道垣内弘人『担保物権法（現代民法Ⅲ）』（有斐閣、第2版、2005年）

中川善之助＝兼子一（監）『担保（不動産法大系第 2 巻）』（青林書院新社、改訂版、1977 年）

ススパウム（著）・宮崎一雄（訳）『独逸抵当制度論』（清水書店、1932 年）

松井宏興『担保物権法 [民法講義 3]』（成文堂、補訂版、2009 年）

村上淳一＝守矢健一＝ハンス・ペーター・マルチュケ『ドイツ法入門(外国法入門双書)』（有斐閣、改訂第 8 版、2012 年）

原田晃治『一問一答 平成 12 年改正商法－会社分割法制』（商事法務研究会、2000 年）

平野裕之『担保物権法<民法総合 3>』（信山社、第 2 版、2009 年）

堀内仁（監）・鈴木正和＝石井真司（編）『新根抵当法と銀行実務』（金融財政事情研究会、1971 年）

山田晟『ドイツ法概論Ⅱ』（有斐閣、第 3 版、1988 年）

同『ドイツ法律用語辞典』（大学書林、改訂増補版、1993 年）

柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法（9）物権（4）』（有斐閣、1998 年）

我妻栄『新訂担保物権法』（岩波書店、1999 年）

我妻栄＝有泉亨『〔新版〕コンメンタール担保物権法』（日本評論社、第 2 版、1997 年）

論文

浅沼武「担保制度と新根抵当法」金融法務事情 636 号（1972 年）

新井英夫「土地債務の一考察」法学協会 49 巻 3 号（1931 年）

石井真司＝秦光昭「根抵当実務に関するアンケート調査の集計結果とその分析」金融法務事情 1361 号（1993 年）

石部雅亮「外国法の学び方 - ドイツ⑪」法学セミナー 240 号（1975 年）

同「外国法の学び方 - ドイツ⑫」法学セミナー 242 号（1975 年）

岩城謙二「改正民法と旧根抵当権対策 - 新根抵当法施行までに現行根抵当を如何に手当てしておくべきか」旬刊商事法務研究 560 号（1971 年）

同「新根抵当実務の問題点 - 上 -」旬刊商事法務研究 565 号（1971 年）

同「新根抵当実務の問題点 - 中 -」旬刊商事法務研究 566 号（1971 年）

同「新根抵当実務の問題点 - 下 -」旬刊商事法務研究 567 号（1971 年）

大場浩之「ドイツにおける登記と土地債務（Grundschuld）の関係（1） - 公示制度と非占有担保制度の理論的關係の解明を目的として -」早稲田法学 80 巻 4 号（2005 年）

- 同「ドイツにおける登記と土地債務（Grundschuld）の関係（2）- 公示制度と非占有担保制度の理論的關係の解明を目的として -」早稲田法学 81 卷 1 号（2005 年）
- 同「ドイツにおける登記と土地債務（Grundschuld）の関係（3・完）- 公示制度と非占有担保制度の理論的關係の解明を目的として -」早稲田法学 81 卷 2 号（2006 年）
- 加藤一郎「包括根抵当契約は有効か」ジュリスト No.107（1956 年）
- 川井健「西ドイツ民法見聞記-4 完-担保法上の問題」ジュリスト No.804（1983 年）
- 越山和広「各国における競売制度(第 1 回)ドイツにおける不動産担保権の実行手続」金融法務事情 1803 号（2007 年）
- 倉重八千代「ドイツにおける土地債務の利用急増の原因についての一考察--抵当権制度と土地債務制度の比較から」ソシオサイエンス 7 号（2001 年）
- 同「ドイツの債権・債務の譲渡と流動化における法的諸問題についての一考察」ソシオサイエンス 8 号（2002 年）
- 清水湛「根抵当立法について（商事法務'71 年の立法動向）」旬刊商事法務研究 546 号（1971 年）
- 同「特集新根抵当法の逐条解説（上）」金融法務事情 618 号（1971 年）
- 同「新根抵当法の解説Ⅰ」旬刊商事法務研究 564 号（1971 年）
- 同「新根抵当法の解説Ⅱ」旬刊商事法務研究 565 号（1971 年）
- 同「新根抵当法の解説Ⅲ」旬刊商事法務研究 566 号（1971 年）
- 同「新根抵当法の解説Ⅳ」旬刊商事法務研究 567 号（1971 年）
- 同「新根抵当法の解説Ⅴ」旬刊商事法務研究 568 号（1971 年）
- 同「新根抵当法の解説Ⅵ」旬刊商事法務研究 569 号（1971 年）
- 同「新根抵当法の解説Ⅶ」旬刊商事法務研究 570 号（1971 年）
- 鈴木正和「根抵当権の被担保債権と保証債権に関する判例の概観」金融法務事情 1265 号（1990 年）
- 鈴木祿弥「ドイツにおける最高額抵当と普通抵当」法学雑誌 13 卷 2・3・4 号（1967 年）
- 同「新根抵当権の基本的性格」ジュリスト No.487（1971 年）
- 鈴木祿弥ほか「＜座談会＞根抵当実務の諸問題とその法的検証」金融法務事情 1342 号（1993 年）
- 高木多喜男「根抵当と民事立法学」法律時報 53 卷 14 号（1981 年）
- 田中克志「ドイツ民法典における不動産担保法の形成過程（1）」富大経済論集 24 卷 2 号

(1978年)

同「ドイツ民法典における不動産担保法の形成過程(2)」富大経済論集 24 卷 3 号 (1979年)

同「ドイツ民法典における不動産担保法の形成過程(3)」富大経済論集 25 卷 1 号 (1979年)

同「ドイツ民法典における不動産担保法の形成過程(4・完)」富大経済論集 25 卷 3 号 (1980年)

椿久美子「ドイツ法における土地債務と抵当権の関係 - 担保約定および抗弁権の視点からみた土地債務の変容 -」麗澤大学紀要 56 卷 (1993年)

鄭鍾休「韓国民法の現代化(一)」民商法雑誌 126 卷 2 号 (2002年)

同「韓国民法の現代化(二・完)」民商法雑誌 126 卷 3 号 (2002年)

鳥谷部茂「根抵当権制度 - 確定事由を中心に」広島法学 27 卷 1 号 (2003年)

中山知己「ドイツ土地債務の担保的機能(一) - 抵当権の流通性に関連して -」立命館法学 185 号 (1986年)

同「ドイツ土地債務の担保的機能(二) - 抵当権の流通性に関連して -」立命館法学 186 号 (1986年)

同「ドイツ土地債務の担保的機能(三・完) - 抵当権の流通性に関連して -」立命館法学 192 号 (1987年)

同「ドイツ信託法理の一断面 - 保全土地債務法における信託的構成の展開 -」山口経済学雑誌 38 卷 3・4 号 (1989年)

同「ドイツ土地債務の担保的機能について - 近代的抵当権論の一考察 -」私法 53 号 (1991年)

同「ドイツ土地債務の被担保債権範囲論序説 - 根抵当権との比較を考慮して -」山口経済学雑誌 45 卷 5 号 (1997年)

同「補論・ドイツ土地債務の被担保債権範囲論 - 各種の担保 -」山口経済学雑誌 46 卷 3 号 (1998年)

山田晟「土地債務の抽象性について(一)」法学協会 53 卷 1 号 (1935年)

同「土地債務の抽象性について(二)」法学協会 53 卷 2 号 (1935年)

同「土地債務の抽象性について(三・完)」法学協会 53 卷 3 号 (1935年)

同「立法論として所有者土地債務をみとめるべきか」法学協会 97 卷 9 号 (1980年)

我妻栄「いわゆる包括根抵当契約の有効性をめぐって - 上 - 」金融法務事情 117号 (1956年)

同「いわゆる包括根抵当契約の有効性をめぐって - 下 - 」金融法務事情 118号 (1956年)

韓国

単行本

高翔龍『韓国法』(信山社、第2版、2010年)

郭潤直『物権法〔民法講義Ⅱ〕』(博英社、第7版、2006年)

金基善博士古稀記念『現代財産法の諸問題』(法文社、1987年)

金相容『物権法』(法文社、全訂版増補、2006年)

同『根抵当権比較研究』(ファサンメディア、2013年)

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)

金載亨『根抵当権研究』(博英社、2000年)

民議院法制司法委員会民法案審議小委員会『民法案審議録(上)』(民議院、1957年)

法務部『2004年法務部民法改正案総則・物権編』(民俗院、2012年)

同『2013年法務部民法改正試案物権編』(民俗院、2013年)

司法協会(編)『朝鮮高等法院判例要旨類集』(司法協会、1943年)

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)

宋徳洙『新民法講義』(博英社、第3版、2010年)

尹喆洪『物権法』(法元社、2009年)

李英俊『物権法』(博英社、第7版、1994年)

李銀榮『物権法』(博英社、改訂版、2000年)

張庚鶴『物権法』(法文社、1985年)

池元林『民法講義』(弘文社、第8版、2010年)

論文

高翔龍＝金柄斗「包括根抵当」成均館法学 13巻1号 (2001年)

郭潤直「根抵当権に関する研究」法学 29号 (1973年)

金東勳「根抵当権設定契約の性質 - 大判（全員合議体）1994.1.25、93 ダ 16338」司法行政 408 卷（1994 年）

金デギュ「根抵当権の確定に関する研究」法学研究 2 集（1999 年）

金柄斗「根抵当権の被担保債権の範囲」法曹 52 卷 11 号（2003 年）

金相容「根抵当権に関する考察」司法行政 340 卷 4 号（1989 年）

同「普通取引約款と例文解釈」考試研究 201 卷（1990 年）

同「根抵当権に関する民法第 357 条の改正方向」法学研究 9・10 卷（2000 年）

同「韓国における根抵当権の運用現況と改正方案」法学研究 11 卷 4 号（2001 年）

同「比較法研究：根抵当権に関する比較法制史的考察 - 根抵当権に関する法規定と金融実務間の不適合の原因究明及び改善を中心に - 」法曹 61 卷 6 号（2012 年）

金載亨「根抵当権に関する改正方案」民事法学 20 号（2001 年）

南潤鎬「包括根抵当権」司法行政 192 卷 12 号（1976 年）

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）

柳昌昊「根抵当権の被担保債権適格に関する研究」外法論集 11 集（2001 年）

同「根抵当権の確定に関する研究」民事法学 25 号（2004 年）

同「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 37 号（2007 年）

近江幸治「根抵当権制度の意義と機能」法学研究 11 卷 4 号（2001 年）

尹富讚「韓国抵当権の仕組みと最近の動向」土地法学 22 号（2006 年）

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 XXVI（2004 年）

李銀榮「根抵当権に関する研究」Justice30 卷 1 号（1997 年）

鄭喆燮「根抵当権の確定時期：金融取引を中心に」釜山地方弁護士会誌 8（1989 年）

黄洸淵「根抵当権の確定に関する研究」人文論叢（2000 年）

HP の資料

金融監督院「金融消費者保護のための銀行の根抵当制度の改善」<http://www.fss.or.kr>（2012 年）

同「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」<http://www.fss.or.kr>（2012 年）

公正取引委員会「根抵当権設定契約書（標準約款第 10045 号）」www.ftc.go.kr（2008 年）

法務部「民法（財産法）改正公聴会（日時：2001年12月12日～13日）」www.moj.go.kr
(2002年)

同「報道資料『民法改正委員会』出帆」www.moj.go.kr (2009年)

韓国法院「登記申請様式」<http://www.iros.go.kr>

ドイツ

単行本

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, erste Lesung /
ausgearbeitet durch die von dem Bundesrathe berufene Kommission, Berlin, 1888

Erman, Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug),
Erbbaurecht, HausrentVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, Bd. 2, 12.,
neubearbeitete Aufl, Otto Schmidt Köln, 2008

Fritz Baur, Sachenrecht, 18., neu bearbeitete Aufl, C.H. Beck, 2009

J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz
und Nebengesetzen : Buch 3 Sachenrecht §§1113-1203 (Hypothek, Grundschuld,
Rentenschuld), Berlin, 2009

Kerstin Uhlir, Die Sicherungsgrundschuld nach dem Risikobegrenzungsgesetz, 1. Aufl,
Grin Verlag, 2010

Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches fuer das deutsche Reich,
Bd. 3, Berlin, 1983

Otto Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 7, 71., Neubearbeitete Aufl, C.H. Beck,
2012

Protokolle der Kommission fuer die 2. Lesung des Entwurfs des Buergerlichen
Gesetzbuchs, Bd. 3/ Bd. 4/ Bd. 7, Berlin, 1983

Reiner Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 8. Aufl, Nomos, 2014

Th. Krause, Nomos Kommentar BGB Sachenrecht, Bd. 3, 2. Aufl, Nomos, 2008

論文

Alexander Neumann, §1192 Abs. 1a BGB – ein dringend überarbeitungsbedürftiger

Schnellschuss des Gesetzgebers, Zeitschrift für das Juristische Studium(http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2010_6_391.pdf), 2010

André Meyer, Einwendungen und Einreden des Grundstückseigentümers gegen den Grundschuldgläubiger nach neuem Recht, JURA Volume 31, Heft 8/2009

Krzysztof Piotr Sokolowski, Die Abtretbarkeit der Sicherungsgrundschuld nach der Neuregelung durch das Risikobegrenzungsgesetz, Juristische Rundschau, Heft 8/2009

Peter Derleder, Die neue Sicherungsgrundschuld, ZIP, 2009

HP の資料

Deutscher Bundestag Drucksache 16/7438 (<https://www.registrar-services.com>)

Deutscher Bundestag Drucksache 16/9821 v. 26. Juni 2008
(dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/098/1609821.pdf)

Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken,
Bundesgesetzblatt Jahrgang 2008 Teil I Nr. 36, ausgegeben zu Bonn am 18. August
2008 (<http://www.bgbl.de>)