

# 論文の要旨

氏名 金 鉉善

論文題目 根抵当制度の比較研究

論文の要旨

## I 研究目的

- ・ 研究対象：日本における根抵当制度、韓国における根抵当制度、ドイツにおける（保全）土地債務
- ・ 研究目的
  - ① 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。
  - ② 日本における根抵当制度の独自性を見出す。
  - ③ 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。
  - ④ 「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。

## II 研究内容

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。
抵 当 権 と	・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」に位置し、その定め	・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」の中に位置し、その定めは 1 ヶ条ある。	・（保全）土地債務は、BGB において、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 ヶ条ある。

の 関 係	<p>は 21 カ条ある。</p> <p>・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。</p>	<p>・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。</p>	<p>・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<sup>1</sup>。</p> <p>・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、抵当権により接近し、保全に適する制度になったといえる。</p> <p>・土地債務と保全土地債務の関係：保全土地債務は、土地債務の一種である。</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)</p> <p>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><b>BGB 第 1191 条 (Gesetzlicher Inhalt der Grundschild)</b> (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><b>BGB 第 1192 条 (Anwendbare Vorschriften)</b> (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>・当事者の合意 (意思表示) のみによって成立する。</p>	<p>・物権的合意と登記によって成立する。</p>	<p>・土地債務は、物権的合意と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	<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</p>	<p>・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>・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。</p> <p>・「目的表示」は、担保約定で合意される。</p>

<sup>1</sup> Protokolle der Kommission fuer die 2. Lesung des Entwurfs des Buergerlichen Gesetzbuchs, Bd. 4, Berlin, 1983, S. 498.

債権	よって生ずるもの ②一定の種類取引によって生ずるもの ③特定の原因に基づいて債務者との間に継続して生ずる債権 ④手形上若しくは小切手上の請求権	①特定した継続的な取引契約から発生する債権 ②一定の種類取引から発生する債権 ③特定した原因によって継続的に発生する債権 ・2013年の韓国民法改正試案：該当条文削除	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の現存する、及び将来のすべての請求権」、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。
登記	・対抗要件（日本民法第177条） ・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） ①被担保債権の範囲 ②債務者 ③極度額 ④確定期日（任意的登記事項）	・効力要件（韓国民法第186条） ・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） 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」 ②債務者 ③最高額 ④存続期間（任意的登記事項）	・効力要件（BGB第873条） ・登記事項 <sup>2</sup> （1）登記許諾： 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 （2）登記： 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は、その旨、⑦強制執行認諾条項の定めがあるときは、各時の土地所有者の即時強制執行に服する旨の事項

<sup>2</sup> 石川清＝小西飛鳥『ドイツ土地登記法』（三省堂、2011年）352頁以下。

<p>包 括 根 抵 当 権 及 び 包 括 担 保 条 項</p>	<p>・被担保債権の範囲を日本民法第 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>・法文上において、「包括根抵当権を認める」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：金融監督院による包括根抵当権の利用禁止の旨の行政指導がなされた（2012 年）。</p>	<p>・ 広 範 囲 の 目 的 表 示 （ weite Zweckerklärungen）は、許容される。しかし、土地債務設定時に締結された包括的担保条項について、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<sup>3</sup>。</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>
----------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

### III 研究成果

#### ・ 日本への示唆

##### ① 日本の根抵当制度の独自性

→金融取引実務で最も利用されている根抵当権は、日本民法典において、具体的かつ明確に定めている：法的紛争が比較的少ない。

→韓国の根抵当権及びドイツの（保全）土地債務は、それぞれの民法典において、その定めが少ない：法的紛争が比較的が多い。実務において、根抵当権者（土地債務権者）と債務者・根抵当権設定者（土地所有者）の不均衡現象が生ずる（たとえば、特定債権の担保のために、金融機関の有利な包括的担保条項が利用されることなど）。法が予定していない制度や方向へ発展する現象がみられる。

##### ② 実務における根抵当権の利用問題

→「銀行取引」を被担保債権として認めることによって、包括根抵当権が実際上行われていることが問題とされる。

→批判する見解が多くみられるが（法文と実務の乖離現象）、実務のニーズに応じて柔軟に対応して利用されているともいえる。

<sup>3</sup> 中山知己「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）229 頁以下。

→包括的担保条項の規制につき、韓国は、約款規制法で処理する（「個別約定優先原則」など）。ドイツは、AGBの内容コントロールに関する規定で処理する（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）：日本では、不当条項規制による解決が考えられる（債権法改正との関連）。

- ③ 韓国における根抵当権の改正状況、ドイツにおける保全土地債務の改正内容を日本へ情報発信することができる。

→韓国民法改正作業状況

→BGB第1192条第1a項の新設：

i. **改正前**：土地所有者は、譲受人について土地債務に対する抗弁権を主張することができる（BGB第1157条）。ただし、抗弁が不動産登記簿上明らかでない、又は譲受人がこれを知らなかったときは、所有者は、抗弁権を主張することができない（BGB第892条）。

ii. **改正後**：土地所有者は、譲受人について土地債務に対する抗弁権を主張することができる（BGB第1157条）。抗弁が不動産登記簿上明らかでない、又は譲受人がこれを知らなかったときであっても、所有者は、抗弁権を主張することができる。なぜならば、BGB第1192条第1a項第1文後段は、「第1157条第2文（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）は、適用されない」と定めており、BGB第892条による制限は受けなくなった；改正によって保全土地債務が明文化されたことは評価されるものの、「登記の公信力に関する一般原則」と「土地債務の流通性」が阻害されていることには否定できない。ドイツの不動産担保権、すなわち「抵当権、土地債務、保全土地債務の新たな関係形成」が問題となろう。

・ 韓国への示唆

- ① 現在進行中の根抵当権改正のあるべき姿
- ② 比較研究対象：日本と同様に、最高額抵当権から（保全）土地債務へ変更
- ③ 解釈論で解決できないところの立法必要性：根抵当権の定義、被担保債権の範囲