

韓国民法における伝賃権上に 設定された抵当権の効力

朴 清 日

一 はじめに

韓国の伝統的な物権である伝賃権とは、伝賃権者が伝賃金を預託して他人の不動産を占有し、その不動産の用途に従って使用・収益して、その不動産の全部に対して後順位権利者、その他の債権者より優先して伝賃金の弁済を受けることができる権利である。韓国民法は地上権または伝賃権にも抵当権を設定することができるように規定しており、このような抵当権を伝賃権抵当権⁽¹⁾という。伝賃権抵当権は、実務において頻繁に利用されている⁽²⁾。

伝賃権抵当権と関連して、従来判例は、基本的に、伝賃権の法的性質として、「用益物権と担保物権の性質を併有するもの⁽³⁾」として把握しており、「伝賃権が期間満了によって終了した場合、伝賃権は伝賃権設定登記の抹消登記がなくても当然に消滅して、抵当権の目的である伝賃権が消滅すると、抵当権も当然に消滅するので、伝賃権を目的とした抵当権者は、伝賃権の目的物である不動産の所有者に対してもはや権利を主張することはできない⁽⁴⁾」としている。さらに、伝賃権抵当権の実行方法として、伝賃権抵当権者が優先弁済権を確保する方法は、「伝賃金返還債権を担保物である伝賃権の代替物として、民法第 370 条及び第 342 条、民事執行法第 273 条によって差押及び取立命令また転付命令を受けたり、第三者が伝賃権返還債権に対して実行した強制執行手続に配当要求をすることで自分の権利を行使することができる⁽⁵⁾」と判示して、物上代位の方法を採択している。

しかし、このような判例の立場については、いくつかの争点がある。第 1、

出発点として、伝賃権の法的性質とは一体何なのか、用益物権であるか、それとも担保物権であるのか、第2、伝賃権上に設定された抵当権の法的性質はどのようなものであるのか、第3、伝賃権抵当権が、債権担保の目的として設定された場合、その伝賃権の期間が満了した場合、伝賃権とその上に設

-
- (1) 先行研究論文として、キムチャンソプ「判例評釈：伝賃権に対する抵当権の優先弁済的効力の認定與否」法曹 50 卷 4 号 (法曹協会, 2001 年), イサンテ「伝賃権上に設定された抵当権の効力」一鑑法学 7 卷 (建國大学法学研究所, 2002 年), イサンテ「伝賃権者の法的地位」民事法学 38 卷 (民事法学会, 2007 年), ガンデソン「伝賃権抵当権の優先弁済的効力」土地法学 24 卷 1 号 (土地法学会, 2010 年), ユン Cholホン「韓国物権法の改正作業の現状と課題」土地法学 26 卷 2 号 (土地法学会, 2010 年), オシヨン「伝賃権存続期間経過後の伝賃権抵当権の物上代位性に関する考察」漢陽法学 35 卷 (漢陽法学会, 2011 年), チュシンヨン「伝賃権抵当権の実行方案:大法院 2006. 2. 9. 宣告 2005 ダ 59864 判決」財産法研究 28 卷 2 号 (財産法学会, 2011 年), キムヒョンソン「競売手続上の伝賃権者と伝賃権抵当権者の保護方案」法学論業 32 卷 1 号 (全南大学校法学研究所, 2012 年), ベミョンイ「伝賃権抵当権者の保護に関する研究」靈山法律論業 9 卷 2 号 (靈山大学校法律教育研究院, 2012 年), ビョンミンギョン『伝賃権存続期間満了後の伝賃抵当権の物上代位性認定可否』(慶北大学校大学院, 2013 年), ベビョンイル「伝賃権抵当権」ジャスティス 139 号 (韓国法学院, 2013 年), ファンギョンウン「伝賃権抵当権の登記の効力とその実行方法—大法院 2008. 3. 13. 宣告 2006 ダ 29372, 29389 判決の評釈」中央法学 15 卷 3 号 (中央法学会, 2013 年), イホンミン「伝賃権の法的仕組みと伝賃権抵当権に関する法律関係」法学論業 20 卷 3 号 (朝鮮大学校法学研究院, 2013 年), オシジョン「伝賃権抵当権に関する諸問題と解決方案」銀行法研究 6 卷 2 号 (銀行法学会, 2013 年), キムデギョン「伝賃期間終了後の伝賃権抵当権の法律関係—伝賃権抵当権者の法的地位と債権実行方法」法と政策 20 卷 2 号 (濟州大学校法と政策研究所, 2014 年), イスウヨン『伝賃権抵当権の実行上の問題点と改善方案に関する研究』(東義大学校大学院, 2014 年), ハンサンジュン「現行伝賃権抵当権の問題と改善方案に対する考察」法学研究 25 卷 2 号 (忠北大学校法學研究所, 2014 年), キムゼワン「伝賃権を目的とした抵当権者の優先弁済権と相殺適状—対象判決:大法院 2014.10.27. 宣告 2013 ダ 91672 判決」高麗法学 76 卷 (高麗大学校, 2015 年) 等がある。
- (2) ガンデソ・前掲論文 (注 1) 31 頁。
- (3) 大法院 1989. 9. 26. 宣告 87 ダ 2515 判決。
- (4) 大法院 1999. 9. 17. 宣告 98 ダ 31301 判決。
- (5) 大法院 2008. 3. 13. 宣告 2006 ダ 29372・29389 判決。

定された抵当権はどうなるのか、最後に第 4、伝貰権抵当権の実行方法として、伝貰金返還請求権に対する物上代位が正しいのか、それとも、伝貰権抵当権に対する債権質権規定を類推適用することが正しいのか等が争点になっている。

このような問題意識に基づき、本研究では、伝貰権制度の検討を始め、上記で指摘した争点について、伝貰権上に設定された抵当権の効力とその実行方法を中心に検討したい。

二 韓国民法の伝貰権制度

1 概観⁽⁶⁾

伝貰権とは、伝貰権者が伝貰金を預託して他人の不動産を占有し、その不動産の用途に従って使用・収益することを内容とする用益物権であり、伝貰権が消滅するとその順位に従って目的不動産から伝貰金の優先弁済を受けることができる担保物権的性質を兼有した制限物権である。すなわち、伝貰権は使用・収益権と伝貰金に対する優先弁済権を核心内容としている。1984 年の改正⁽⁷⁾により、伝貰権の優先弁済権が認められ、伝貰権設定者が伝貰金の返還を遅滞したときは、伝貰権者は民事訴訟法上の担保権実行のために競売を通じて伝貰権の目的物への競売を請求することができ、後順位権利者その他の債権者よりも優先して弁済を受けることができるようになった。伝貰権は、伝貰権設定の意思の合致、すなわち物権的合意と伝貰金の支払い、そして伝貰権設定登記を成立要件とする。伝貰権は存続期間の制限がある。最

(6) 伝貰権に関する日本の文献として、伊大成「伝貰権の歴史と解釈」加藤雅信 ほか編『21 世紀の日韓民事法学：高翔龍先生日韓法学交流記念』373～434 頁（信山社，2005 年），高翔龍『韓国法』（信山社，2007 年），大村敦志＝権徹「住居一預託金返還請求金の保護」同『日韓比較民法序説』（2010 年）などがある。

(7) 改正前の条文は、伝貰権者は伝貰金を預託して他人の不動産を占有し、その不動産の用途に従って使用・収益する権利があるだけ規定して、優先弁済権の内容が追加された。

長存続期間は10年であり、最短存続期間は1年である。伝賃権は、物上代位について留置権、質権、抵当権のように、これを認めている規定がないが、伝賃権が担保物権としての性質を有する以上、物上代位の性質を有すると判断するのが判例と通説の立場である⁽⁸⁾。

伝賃金の性質と関連して、伝賃金は伝賃権の要素として必ず預託されることによって伝賃権が成立し、伝賃金額は登記しなければならない。さらに登記された金額に限り、第三者に対抗力を有する。伝賃金は不動産に関する使用対価である賃料の特殊な支払方法として預託されるため、不動産の使用対価と伝賃金の利息は相殺され、各々別々に請求することができない。

伝賃権設定行為として処分を禁止する場合を除き、伝賃権者は自由に伝賃権を処分することができる⁽⁹⁾。つまり、伝賃権を他人に譲渡または担保に提供したり、その存続期間内で目的物を他人に転賃または賃貸することができる。

伝賃権は、存続期間の満了、目的不動産の滅失、混同、消滅時効の完成、伝賃権による競売または他の抵当権による競売と配当要求による伝賃金の受領、公共収用等により消滅する。韓国民法では伝賃権者の債務不履行を原因とする伝賃権設定者の消滅請求による消滅、伝賃権の存続期間を定めていない場合における伝賃権の消滅通告による消滅、不可抗力による目的不動産の滅失による消滅等について規定している。伝賃権が消滅すると、伝賃権者は目的不動産を引渡し、伝賃権登記の抹消登記義務者として登記手続に協力する義務を負担し、伝賃権設定者には伝賃金返還義務があるが、これらの義務は同時履行の関係にある。

しかし、今日の韓国での他人の住宅を使用・収益することを目的とする制度としては、住宅賃貸借保護法による対抗力を有する賃貸借制度を利用する

(8) 李英俊『物権法』723頁(博榮社, 1996年)。

(9) この場合には登記しないと第三者に対抗することができない。不動産登記法第139条第1項。

のが一般的であり、中小規模の商人のための商家建物の賃貸借⁽¹⁰⁾も商家建物賃貸借保護法による対抗力を有する賃貸借制度を利用するのが一般的である⁽¹¹⁾。したがって伝賃権の地位は、建物では、住宅の利用のためには、ほとんど存立根拠がなく、商家建物と土地に関して高額の伝賃金を預託して利用する場合に限り、その必要性があるだけで、その範囲は極めて狭くなったと評価されている⁽¹²⁾。

2 伝賃権の法的性質

(1) 学説

1) 純粋な用益物権説 伝賃権が消滅すると、伝賃権設定者は伝賃金を返還すべき義務を負担する。伝賃金返還請求権は伝賃権の消滅によって初めて発生するのに、その債権の満足のために伝賃権者に競売請求権と優先弁済権が認められるとしても、すでに消滅した伝賃権が担保物権として存続することはできない。1984 年民法改正によって伝賃権に優先弁済権が付与されたとしても伝賃権が担保物権になったとは言えず、依然として用益物権として認めるべきであるという見解である⁽¹³⁾。

2) 純粋な担保物権説 伝賃権を用益物権ではなく、純粋な担保物権として把握する見解である。伝賃権者は高額の伝賃金返還債権を有し、その請求権を担保するために伝賃権の客体に対して競売請求権と優先弁済権が認められるという見解である⁽¹⁴⁾。

3) 用益物権及び担保物権兼有説

(10) 地役によって伝賃金 2 億 4 千万ウォンないし 1 億 4 千万ウォン以内で保護される。

(11) 住宅賃貸借保護法及び商家建物賃貸借保護法による対抗力が認める場合には、対抗力、優先弁済権、少額保証金に対する優先特権等によって、むしろ物権である伝賃より強い効力が認められる。

(12) ベジヨングン『物権法』322～323 頁（東亜大学出版社，2008 年）。

(13) ヤンチャンスウ「伝賃権」考試界 421 号 95～96 頁（考試界社，1992 年）。

(14) キムギソン『物権法』306～307 頁（法文社，1990 年）。

① 特殊用益物権説 伝賃権は他人の不動産のその用途に従って、使用・収益することを本体としている。社会通念上も伝賃権は不動産の賃貸借とそれに従う代価の収受が主な目的であり、金銭貸借とそれに対する債権の確保を主な目的とするものではない。従って、伝賃権は用益物権性が主たる性質で、担保物権性が従たる性質になる特殊な用益物権として理解する。この見解は伝賃権の担保物権性は伝賃権の存続期間中には内在しているが、伝賃権が消滅すると伝賃権返還債権の確保のために必要な範囲内で制限的に担保物権性を有すると把握する⁽¹⁵⁾。

② 同格説 民法が伝賃権者に優先弁済権を認めた以上、伝賃権は用益物権であると同時に担保物権であり、その二つの性質は同等な地位から伝賃権の内容を成しているという見解である⁽¹⁶⁾。

(2) 判例

判例は、「伝賃権は、用益物権と担保物権的性質を兼備するものである⁽¹⁷⁾」、「当事者が主に債権担保の目的として伝賃権を設定し、その設定と同時に目的物を引き渡していない場合であっても、将来伝賃権が目的物を使用・収益することを完全に排除するのでなければ、その伝賃権の効力を否定することはできない⁽¹⁸⁾」、「伝賃権が伝賃金債権を担保する担保物権的性質を持っている

(15) クァクユンジク『物権法』350頁(博榮社, 1999年), ガンテソン『物権法』795～796頁(大明出版社, 2009年), キムサンヨン『物権法』504頁(ファサンメディア, 2009年), キムズンハン・キムハクドン『物権法』413頁(博榮社, 1997年), ユンチョルホン『物権法』344頁(法院社, 2009年)。

(16) ゴサンリョン『物権法』471頁(法文社, 2001年), イウンヨン『物権法』650頁(博榮社, 2006年), キムドンオク「抵当権の目的物になった伝賃権が期間満了として終了した場合の法律関係」判例研究12集683頁(ブサン判例研究会, 1999年), ナムヤンウ「伝賃権を目的とした抵当権の効力について - 大法院1999. 9.17. 宣告98ダ31301判決を中心として」実務研究資料第7巻93頁(大田地方法院, 2006年), パクスウンソン「伝賃権に対する判例の動向及び展望 - 伝賃権の担保物権性を中心として - 21世紀韓国民事法学の課題及び展望85頁(博榮社, 2002年)。

(17) 大法院1989. 9.26. 宣告87ダ2515判決。

としても、伝貰権は伝貰金が存在しなければ独立して存在することができない用益物権⁽¹⁹⁾」、「伝貰権の存続期間が満了すると、伝貰権の用益物権的権能は伝貰権設定登記の抹消がなくても当然に消滅し、ただし、伝貰金返還債権を担保する担保物権的権能の範囲内から伝貰金の返還時までその伝貰権設定登記の効力が存続していることになるが、このような存続期間の経過として本来の用益物権的権能が消滅して担保物権的権能だけが残った伝貰権⁽²⁰⁾」として用益物権及び担保物権兼有説を採択している。

3 他の制度との比較

伝貰権は、伝貰金の授受を要件とするという点で、債権的伝貰と同じであるが、伝貰権は、物権であることに反して、債権的伝貰は債権であるという点で異なる。

さらに、不動産賃貸借とは、他人の住宅または商業用住宅などの使用・収益を内容とする点では同じ目的を達成するための制度であるが、賃貸借もやはり債権であるというのでは異なり、伝貰権は伝貰金を預託して終了時にこれの返還を内容とする点に対して、賃貸借は賃料の支払い（賃料と並行して賃貸借保証金が授受されることもある）を内容とする点で異なる。

4 債権担保伝貰権の有効性

韓国民法は、第 303 条第 1 項で「伝貰金を預託して他人の不動産を占有して」伝貰権を設定することができる」と規定している。ところが、伝貰権設定当時に、不動産の占有を前提とせずに債権担保の目的のために伝貰権を設定することができるかという問題が物権法定主義と関連して議論された。この問題に関しては、債権担保目的の伝貰権と関連して伝貰権の法的性質を用益物権

(18) 大法院 1995. 2.10. 宣告 94 ダカ 18508 判決。

(19) 大法院 2000. 6. 9. 宣告 99 ダ 15122 判決。

(20) 大法院 2005. 3.25. 宣告 2003 ダ 35659 判決。

性と担保物権性を兼備している物権として把握している以上、物権法定主義への違反問題は生じないとするのが通説及び判例の立場である。

学説では、取引実務上はむしろ純粋な不動産利用権の一環として伝賃権を設定することより、債権担保の目的として伝賃権を利用することが多くなっており、このような現象を通じて伝賃権の活発な利用が期待される実務上の必要に照らしてみても、債権担保の目的の伝賃権が物権法定主義に違反すると言えないという説もある。一方、債権担保の目的の伝賃権の有効性に関連して、このような担保権をまるで仮登記担保または譲渡担保のような変則担保の一種として認めることができるという説もある。しかし、これについては法的性質をどちらにとらえても、法的効果の面では大きな違いが生じないため、債権担保伝賃権が変則担保であるか、典型的な担保の種類であるかは大きな問題にならないという批判がある。ただし、債権担保の目的の伝賃権を有効であるとしても、不動産の占有を完全に度外視する債権担保伝賃権は認め難い。少なくとも伝賃権設定時には、伝賃権者が不動産を使用・収益していなくても、将来的には伝賃権が不動産を使用・収益することができる程度にならなければならない⁽²¹⁾。もし、将来における不動産の使用・収益が排除される伝賃権なら、そのような伝賃権は、物権法定主義に正面から背馳することになり有効性を認めることができないであろう。

三 存続期間満了の意味

1 問題提起

伝賃権の存続期間が満了すると伝賃権は消滅するのか、それとも伝賃金の返還と伝賃権消滅登記を完了することによって消滅するのか、あるいは存続期間の満了で伝賃権は変形された形として存在するのかと関連して学説の争いがある。

(21) 大法院 1995. 2.10. 宣告 94 다키 18508 判決。

そして伝賃権が消滅すれば、抵当権の法的運命はどうかと関連しても学説の対立がある。伝賃権の存続期間が満了すると伝賃権が消滅するかの問題と、伝賃権抵当権が消滅するかの問題は、お互い別の問題である。すなわち、存続期間が満了すると伝賃権は用益物権性を捨てた姿として、あるいは元々の伝賃権の姿をそのまま維持したまま存続すると解釈しても、そのような見解の中にはむしろ伝賃権は消滅するという説⁽²²⁾もある。つまり、伝賃権存続期間の満了による伝賃権の存続可否と伝賃権抵当権の存続可否が常に同じ結論になるとは限らない。

さらに、これらの議論は、伝賃権抵当権の優先弁済権及びその実行方法とも論理的な関連性を有する。

2 存続期間満了と伝賃権

(1) 学説

1) 伝賃権消滅説 伝賃権は存続期間が満了すると、伝賃権抹消登記がなくても民法第 187 条の規定によって消滅する。伝賃金返還債権は伝賃権が消滅することによって初めて発生するのに、その債権の満足のために優先弁済権等を認めるとしてもすでに消滅した伝賃権が担保物権として存続することはできないという説である⁽²³⁾。

2) 用益物権的権能消滅説 伝賃権の存続期間の満了によって伝賃権の一つの権能である用益物権的権能は消滅するが、担保物権的権能は続けて存続するという見解である⁽²⁴⁾。担保物権的権能としての伝賃権は消滅せずに存続して伝賃権者が伝賃金の返還を受けるときに初めて担保物権としての伝賃権も消滅すると理解する説である。

3) 伝賃権存続説 伝賃期間が満了するとすぐ伝賃権が消滅することでは

(22) キムドンオク・前掲論文 (注 16) 685 頁。

(23) ゴサンリョン・前掲書 (注 16) 492 頁, キムズンハン・キムハクドン・前掲書 (注 15) 428 頁, ヤンチャンス・前掲論文 (注 13) 95 頁。

なく、伝賃金が伝賃権者に返還されることによって初めて伝賃権が消滅するという説である⁽²⁵⁾。その消滅後にも目的物を返還して、伝賃権設定登記の抹消などの清算過程が残っているので、清算過程がすべて完了した後に伝賃権設定者と伝賃権者の法律関係はすべて終わることになる。

(2) 判例

判例は、「伝賃権の存続期間が満了すると伝賃権は消滅するので、もはや伝賃権自体に対して抵当権を実行することができなくなる⁽²⁶⁾」、「伝賃権の存続期間が満了すると、伝賃権と一緒に伝賃権抵当権も消滅するという前提で⁽²⁷⁾」という伝賃権消滅説と「伝賃権上に設定された抵当権は民事訴訟法第724条所定の不動産競売手続により実行することができるが、伝賃権の存続期間が満了すると伝賃権の用益物権的権能が消滅する⁽²⁸⁾」、「伝賃権設定登記を完了した民法の伝賃権は、その性質上用益物権的性質と担保物権的性質を兼備したものであって、伝賃権の存続期間が満了すると伝賃権の用益物権的権能は伝賃権設定登記の抹消がなくても当然に消滅する⁽²⁹⁾」という用益物権的権能

(24) キムドンオク・前掲論文(注16)685頁, イサンテ・前掲論文(注1)13頁, イウォンイル「伝賃権に対して抵当権が設定されたが、抵当権が期間満了によって終了した場合、伝賃金返還債権に対する第三者の差押えがない限り伝賃権設定者は伝賃権者に対して伝賃金返還義務を負担するのか及びその抵当権の実行方法」95頁(大法院判例解説, 法院図書館, 2000年), ナムヤンウ・前掲論文(注16)95頁。伝賃金の返還があると、担保物権の附従性によって抵当権における被担保債権が弁済されたことと同じように伝賃権設定登記に対する抹消登記がなくても伝賃権は消滅する。

(25) イウンヨン・前掲書(注16)670頁, キムチャンソプ・前掲論文(注1)227頁, パクスウンソン・前掲論文(注16)91~92頁, オシヨン・前掲論文(注1)50頁。

(26) 大法院1999.9.17宣告98ダ31301判決。従来の判決は、「伝賃権の存続期間が満了すると、伝賃権の用益物権的権能が消滅するので」と判示したが、この判決は、従来の判決を援用しながらも、「伝賃権が期間満了によって終了した場合、伝賃権は伝賃権設定登記の抹消登記がなくても当然消滅する」と判示した。この判決についてはさまざまな批判がある。

(27) 大法院2004.6.25.宣告2003ダ46260・53879判決。

(28) 大法院1995.9.18.宣告95マ684決定。

消滅説に分れる。

3 存続期間満了と伝貰権抵当権

(1) 学説

1) 抵当権消滅説 伝貰権の存続期間が満了すると、伝貰権は伝貰権抹消登記がなくとも当然に消滅し、抵当権の目的である伝貰権が消滅すると抵当権も当然に消滅すると理解する説である⁽³⁰⁾。

2) 抵当権存続説 伝貰権の存続期間が満了しても伝貰権抵当権は存続する⁽³¹⁾。但し、存続する伝貰権抵当権の具体的な内容と関連して説はさらに分かれる。

(2) 判例

判例は、「伝貰権が期間満了によって終了した場合、伝貰権は伝貰権設定登記の抹消登記がなくとも当然に消滅し、抵当権の目的である伝貰権が消滅すると、抵当権も当然に消滅するので、伝貰権を目的とした抵当権者は、伝貰権の目的物である不動産の所有者にこれ以上、抵当権を主張することができない⁽³²⁾」、「伝貰権の存続期間が満了すると伝貰権の用益物権的権能は伝貰権設定登記の抹消がなくとも当然に消滅し、ただし、伝貰金返還債権を担保する担保物権的権能の範囲内から伝貰金の返還時までその伝貰権設定登記の効力が存続していること⁽³³⁾」、「伝貰権の存続期間が満了すると伝貰権の用益物権的権能が消滅するので、その伝貰権に対する抵当権者は、もはや伝貰権自体に対して抵当権を実行することができなくなる⁽³⁴⁾」として、消滅説の立場

(29) 大法院 2005. 3.25. 宣告 2003 ダ 35659 判決。

(30) イヨンジュン・前掲書(注8)758頁, キムドンオク・前掲論文(注16)687頁, イウォンイル・前掲論文(注24)99頁。

(31) イサンテ・前掲論文(注1)33頁, キムチャンソプ・前掲論文(注1)222頁, パクスンソン・前掲論文(注16)109頁。

(32) 大法院 1999. 9.17. 宣告 98 ダ 31301 判決。

(33) 大法院 2005. 3.25. 宣告 2003 ダ 35659 判決。

である。

IV 伝賃権抵当権の実行方法

1 伝賃権への競売請求権の可否

(1) 伝賃権存続期間の満了前の場合 伝賃権存続期間が満了する前に、伝賃権抵当権を実行するためには、抵当権の目的である伝賃権自体を競売することができる。具体的には、民事訴訟法第 264 条及び第 268 条の規定に基づく不動産競売の申請の方法による。この点に関しては、消滅説と存続説との差はない。したがって、伝賃権抵当権者は伝賃権に対する競売請求権を行使することができる⁽³⁵⁾。しかし、伝賃権自体は価値が概ね大きくないだけでなく、伝賃権の価額を決定するのが難しいという実用的な理由で伝賃権自体に対する競売は、実務上はその例が多くない⁽³⁶⁾。

(2) 伝賃権存続期間の満了後の場合 伝賃権の存続期間が満了する前に、伝賃権抵当権の実行は、伝賃権自体を競売することができるので大きな問題はない。問題は、伝賃権の存続期間が満了された後の伝賃権抵当権の実行方法である。存続期間が満了した後には伝賃権抵当権者は、伝賃権自体に対する競売を請求することができない。存続期間が満了すると伝賃権抵当権は競売請求権を有しないからである。この点が、伝賃権の存続期間の満了前の場

(34) 大法院 2008. 3.13. 宣告 2006 다후 29372 · 29389 判決。

(35) ところが、このような競売請求権は、伝賃権が譲渡することができることを前提とする。つまり、存続期間が満了する前の伝賃権は、用益物権的権能がある伝賃権として譲渡することができ、したがって、伝賃権競売請求が可能である。もちろん、この場合、譲渡可能の可否は、当事者の合意を基準にするものではない。すなわち、当事者が譲渡することができない伝賃権の設定に合意したとしても、そのような伝賃権の存続期間が満了する前であれば、伝賃権抵当権者としては、その伝賃権を対象に競売請求をすることができるという意味である。なぜなら、競売という強行手続は、当事者の合意に拘束されないのが原則であるからである。

(36) ガンデソン・前掲論文（注 1）40 頁。

合と異なる点である。

実行方法については学説の争いがある。判例及び伝貫期間の満了後に伝貫権抵当権が消滅するとの見解は、抵当目的物の滅失に準じて伝貫権抵当権も消滅したので、物上代位権の行使の次元から伝貫金返還請求権という債権に対する執行方法を認めている。これに対して、債権質権類推適用説は、期間満了の後にも伝貫権抵当権が存続しており、これはまるで伝貫金返還請求権に対して質権が設定されている姿と似ているという。以下では、二つの実行方法を検討する。

2 伝貫権抵当権の実行方法に対する学説

(1) 伝貫金返還請求権への物上代位（抵当権消滅説の実行方法） 伝貫権の存続期間が満了すると伝貫権の用益物権的権能が消滅し、その結果、伝貫権の用益物権的権能を目的とする伝貫権抵当権も抵当目的物の滅失に準じて消滅する。しかし、抵当権の物上代位性に基づきその代替物と見られる伝貫金返還債権上に伝貫権抵当権は存続する。それゆえ、伝貫権抵当権者は、伝貫権に対して直接競売を請求することができず、伝貫権設定者は伝貫権返還債権に対する第三者の差押え等がない限り、伝貫権者にのみ伝貫金返還義務を負担するという説である⁽³⁷⁾。したがって、伝貫権抵当権者が優先弁済権を確保する方法は、伝貫金返還債権を担保物である伝貫権の代替物として、民法第 370 条及び第 342 条、民事執行法第 273 条によって差押及び取立命令また転付命令を受けたり、第三者が伝貫金返還債権に対して実行した強制執行手続に配当要求をすることによって自分の権利を行使することができる。

(2) 伝貫金返還請求権への債権質権の類推適用（抵当権存続説の実行方法）

伝貫権抵当権は伝貫期間が満了しても消滅せずに存続することで、伝貫権

(37) 金ドンオク・前掲論文（注 16）、690～691 頁、イウォンイル・前掲論文 100 項、オギョンミ・前掲論文 171 頁。

抵当権は債権質権のような性質を有する。すなわち、民法が伝貰金返還債権に対する担保物権を抵当権として編成していたとしても、伝貰権抵当権の実体が伝貰金返還債権に対する担保物権であるため、伝貰権抵当権は 伝貰権付債権に準じて処理することができるという説である⁽³⁸⁾。したがって、債権質権に関する民法第 349 条を類推適用して抵当権を設定した伝貰権者が伝貰権設定者に抵当権の設定事実を通知したり、伝貰権設定者が承諾すれば伝貰権抵当権者は伝貰金返還債権に対する差押及び取立命令または転付命令をしなくても伝貰権設定者に抵当権を主張することができ、民法第 353 条を伝貰権抵当権に準用して伝貰権抵当権者は伝貰権設定者に対して伝貰権者の取立の委任がなくても自己債権の限度範囲で伝貰金の返還を直接請求することができ、伝貰権者の競売請求権と優先弁済権も直接行使することができる⁽³⁹⁾。

3 伝貰権抵当権の実行方法に対する判例

判例は、「伝貰権の存続期間が満了すると伝貰権の用益物権的権能が消滅するので、その伝貰権に対する抵当権者は、もはや伝貰権自体に対して抵当権を実行することができなくなり、このような場合には、民法第 370 条、第 342 条、民事訴訟法第 273 条により抵当権の目的物である伝貰権に代えて存続するものとして見ることができる伝貰金返還債権に対して取立命令または転付命令を受けたり、第三者が伝貰金返還債権に対して実施した強制執行手続から配当要求をするなどの方法で自分の権利を行使することができ、民法第 370 条、第 342 条の但書が抵当権者は物上代位権を行使するために抵当権設定者が受ける金銭その他の物の払渡しまたは引渡前に差押えなければならないと規定したのは物上代位の目的である債権の特定性を維持して、その効

(38) ガンデソン・前掲論文(注1) 46頁, キムチャンソプ・前掲論文(注1) 228～229頁, ナムヤンウ・前掲論文(注16) 87頁, パクスンソン・前掲論文(注16) 112頁, チュシンヨン・前掲論文(注1) 70～71頁など。

(39) ガンデソン・前掲論文(注1) 46頁。

力を保全するとともに、第三者に不測の損害を与えないことにその目的があるので、適法な期間内に適法な方法で物上代位権を行使した抵当権者は、伝賃権者に対する一般債権者よりも優先弁済を受けることができる⁽⁴⁰⁾」として、伝賃権抵当権の実行方法に対して伝賃金返還請求権への物上代位を認めている。

五 検討

1 伝賃権の法的性質に対する検討

伝賃権の法的性質について学説及び判例の争いがあるが、通説は、特殊用益物権設定あるいは同格説の立場にある。伝賃権の歴史と用益物権に規定された点に照らして見たときに、伝賃権の本来の性質は、用益物権ではないか。1984 年の改正により、伝賃権者に伝賃金返還債権について優先弁済権を認められた理由は担保物権的性質を兼有した但書ではなく、あくまでも高額な伝賃金を支給した伝賃権者の保護のために伝賃権者に優先弁済権を認めたことにあるのではないのか？私見では、本来の伝賃権は、純粋な用益物権であり、伝賃権者の保護のために、伝賃金の返還を保障するために優先弁済権を認めたものと理解しなければならないと考える。しかし、今日の伝賃権は、住宅賃貸借保護法及び商家賃貸借保護法のような特別法の導入により、実際の使用・収益の目的の意味は、衰退され、むしろ債権担保の目的で多く活用されているので、担保物権的性質が強化されたと思われる。したがって、今日の伝賃権の法的性質とは、特殊用益物権説または同格説ではなく、用益物権的性質に比べて担保物権的性質をより色濃く示す権利であると考えられる。

(40) 大法院 2008. 3.13. 宣告 2006 ダ 29372・29389 判決, 大法院 1994. 9.18. ジャ 95 マ 684 決定, 大法院 1999. 9.17. 宣告 98 ダ 31301 判決, 大法院 1994.11.22. 宣告 94 ダ 25728 判決, 大法院 1992. 7.10. 宣告 98 ジャ 92 マ 380・381 決定, 大法院 1990.12.26. 宣告 90 ダカ 24816 判決, 大法院 1999. 8.20. 宣告 99 ダ 19773 判決, 大法院 2001.11. 9. 宣告 2001 ダ 51336 判決, 大法院 2004. 6.25. 宣告 2003 ダ 46260・53879 判決など。

2 期間満了によって伝賃権は消滅するのか。

期間満了による伝賃権の法的性質について、判例及び通説は用益物権的権能消滅説の立場にある。私見では、伝賃権の法的性質は、担保物権的性質が色濃く示す権利であると考ええる。担保物権は、債権の実現を担保するために目的物の交換価値を支配し、その交換価値から他の一般債権者よりも優先して弁済を受けることを内容とする。したがって伝賃権は期間満了の事情だけでは消滅しない。さらに、伝賃権の成立要件は、伝賃権設定契約の合意と伝賃金の授受及び伝賃権設定登記である。そうすると、伝賃権の消滅要件としても、契約期間の満了と被担保債権の弁済、すなわち、伝賃金の返還、さらに伝賃権の消滅登記により完全に消滅すると思うのが妥当ではないのか。担保物権の付従性により債権が消滅しなければ担保権も消滅しない。債権の消滅とは伝賃金の返還を意味すると思われる。担保権ならば債権の消滅によって消滅し、登記は無効な登記になるので、期間満了後であっても、伝賃金の返還と伝賃権抹消登記が行われないと伝賃権は完全消滅しないと思われる。

3 期間満了によって伝賃権抵当権は消滅するのか。

判例及び通説は期間満了によって伝賃権が消滅するので、その上に設定された伝賃権抵当権も当然に消滅するという。私見は、伝賃権存続期間の満了によって伝賃権抵当権の目的物である伝賃権は消滅しないので、その上に設定された抵当権も消滅しない。さらに、伝賃権抵当権も抵当権の一種であるため、抵当権の消滅要件も満たさないと消滅しないと考える。

4 伝賃金返還請求権は伝賃権の価値代替物であるのか

判例は、伝賃期間が終了すると、伝賃権抵当権は、その目的である伝賃権の消滅によって、当然に消滅し、伝賃権抵当権者は、伝賃権に代えて存続するものとして見ることができる伝賃金返還債権に対して物上代位権を行使す

ることによって優先弁済を受けるだけであるとする。ここで疑問点は、伝賞権の消滅後、伝賞金返還債権が伝賞権の価値代替物であるのか。韓国民法における物上代位とは、目的物の滅失・毀損・公用徴収などによってその目的物に代わる金銭その他の物が目的物の所有者に帰属する場合に、担保権がその目的物に代わる物に対しても存続することを意味する。日本の学説を借りて説明すると、韓国ではいわゆる代替的価値にのみ物上代位が認められ、付加的価値には物上代位が認められない。伝賞金は伝賞権の成立要素として伝賞権成立時から一緒に発生して存続するものであり、伝賞期間の消滅で発生する価値代替物ではないと思われる。

5 実行方法として債権質権規定を類推適用することは問題がないのか

現行法は、質権と抵当権を区別しているので、伝賞権抵当権に債権質権の規定を類推適用することは、物権の任意創設を禁じる物権法定主義に反するとの指摘がある。しかし、物権法定主義 (numerus clausus) の趣旨は、新たな発展を禁止することではなく、不当な混乱を避けるためである。伝賞金が抵当権設定者に支払われるなど、抵当権の効力を維持するためには類推適用も必要である。最終的には、立法を通じて解決するのが望ましい。

6 民法改正試案に対する検討

他方、2004 年、法務府は民法改正特別分化委員会を構成して、改正作業を行い 17 代国会に論議されたが、国会の閉会によって廃棄された。そのとき、伝賞権を目的とする抵当権において、その抵当権の効力が伝賞金にも及ぶという規定を新設しようとする改正意見に基づいて、伝賞権抵当権者に伝賞権設定者に対する直接請求権を認めようとする改正案が提示された。民法第 371 条第 3 項改正案は、「伝賞権を目的とする抵当権における抵当権者は、優先弁済権の範囲内で伝賞金返還債権を直接請求することができる。この場合には、第 353 条第 3 項⁽⁴¹⁾の規定を準用する」として、改正案は、抵当権者ま

たは抵当権設定者が伝賃権設定者に抵当権の設定を通知したり伝賃権設定者がこれを承諾したときに限って、抵当権者が伝賃金返還債権を直接請求することができるとして、伝賃権設定者の二重弁済の危険性を解消することで、このような伝賃権抵当権の問題を立法的に解決しようとした。

六 おわりに

1 現行法を前提として改正しないままであれば、どこまでできるのか。

問題の核心は、伝賃権者が伝賃金を確実に回収することであり、さらに、伝賃権を目的として抵当権を設定した者が抵当権の被担保債権を確実に回収することにあると思われる。しかし、現在の判例及び学説、いずれかの主張によっても伝賃権を目的とした抵当権者に優先弁済権を完全に保障することはできない。抵当権は、現行民法で定めている強力な担保物権の一つであり、そのような抵当権を伝賃権の目的として設定することができるということが民法の規定であれば、伝賃権上に設定された伝賃権抵当権にも、一般的な所有権に対する抵当権のように被担保債権の回収を保障すべきであるところ、伝賃権抵当権者に被担保債権の回収を保障することができる改善策を提示しなければならない。

現時点では、伝賃権に抵当権を設定するときに、特約として、伝賃金返還債権に債権質権を設定することが望ましいと思われる。さらに伝賃金返還債権を第三者に支払う以前は、大法院の判断のように、物上代位の実行方法による。しかし、第三者に支払った以後は、債権質権を類推適用する実行方法が望ましいと思われる。

2 立法論として望ましいのは何か。

2004年の改正案は、3項を新設して債権質権を類推適用しようとする立場

(41) 債権の目的になった債権の実行方法である。

である。しかし、第 370 条から、抵当権に関して質権に関する規定を大幅に準用していながらも、権利質権に関する規定は準用してない。これは根本的に抵当権は質権とは異なること、特に抵当権の目的は、原則として権利ではなく例外的に権利が抵当権の目的となることがありえることを示すものであるからと思われる。このような点を考慮して、大法院も第 371 条について物上代位の法理を考慮したと思われる。従って、伝賃権を目的とする抵当権に対して権利質権に関する規定である第 353 条の規定を準用することは、民法の基本的な体系に反すると思うので、これらの規定を置こうとする場合においては、質権の規定を準用する形式をとらずに、抵当権の方に直接規定することが妥当であると思われる。

[韓国民法参考条文]

民法第 303 条 [伝賃権の内容] ①伝賃権者は伝賃金を給付して他人の不動産を占有し、その不動産の用途に従って使用・収益して、その不動産の全部に対して後順位権利者、その他の債権者よりも伝賃金の優先弁済を受ける権利がある。②農地は伝賃権の目的にすることができない。

民法第 306 条 [伝賃権の譲渡、賃貸等] 伝賃権者は、伝賃権を他人に譲渡し、または担保として供することができ、また、その存続期間内においてその目的物を他人に転伝賃または賃貸することができる。ただし、設定行為によりこれを禁止するときは、この限りではない。

民法第 311 条 [伝賃権の消滅請求] ①伝賃権者が伝賃権設定登記契約またはその目的物の性質により定められた用法によりこれを使用・収益しない場合には、伝賃権設定者は伝賃権の消滅を請求することができる。

民法第 313 条 [伝賃権の消滅通告] 伝賃権の消滅期間を約定しないときは、各当事者は、いつでも相手方に対して伝賃権の消滅を通告することができ、相手方がこの通告を受けた日から 6 ヶ月が経過すると伝賃権は消滅する。

民法第 314 条 [不可抗力による滅失] ①伝賃権の目的物の全部または一部が不可抗力によって滅失したときには、伝賃権は消滅する。

民法第 317 条 [伝賃権の消滅及び同時履行] 伝賃権が消滅するときは、その伝賃権設定者は伝賃権者からその目的物の引渡し、かつ伝賃権設定登記の抹消登記に必要な書類の交付を受ける同時に伝賃金を返還しなければならない。

民法第 342 条 [物上代位] 質権は質物の滅失・毀損または共用徴収によって質権設定者が受けるべき金銭他の物に対してもこれを行行使することができる。この場合にはその支払いまたは引渡し前に差押えなければならない。

民法第 349 条 [指名債権に対する質権の対抗要件] ①指名債権を目的とする質権の設定は、設定者が第 450 条の規定により第三債務者に質権設定の事実を通知し、または第三債務者がこれを承諾しなければこれにより第三債務者その他の第三者に対抗することができない。

民法第 353 条 [質権の目的となる債権の実行方法] ①質権者は、質権の目的となる債権を直接に請求することができる。②債権の目的物が金銭のときには、質権者は自己の債権の限度において直接に請求することができる。③前項の債権の弁済期が質権者の債権の弁済期より先に到来したときは、質権者は、第三債務者に対してその弁済金の供託を請求することができる。この場合に、質権はその供託金に存する。④債権の目的物が金銭以外の物のときは、質権者はその弁済を受けた物に対して質権を行行使することができる。

民法第 371 条第 1 項 [地上権、伝賃権を目的とする抵当権] 本章の規定は地上権または伝賃権を抵当権の目的とした場合に準用する。