

韓国における根抵当

——金相容「物權法」——

田村耕一（監訳）

はしがき

二〇〇六年一月に日韓土地法学会が広島大学で開催され、日本から鳥谷部茂（広島大学）「パブル崩壊後の不動産担保」、吉田光碩（大阪大学）「根担保の意義と効力」、韓国から裴成鎬（嶺南大校）「根抵当の現状と課題」、金柄斗（慶尚大校）「根担保における相互間の関係」が報告された。本稿は、その際に日本側に配布した資料である。

既に、金相容「物權法」全訂版増補（二〇〇三年）法文社の一部を「韓国における資産の流動化及び非典型担保」として熊本法学・〇八号（二〇〇五年）一二七頁に掲載しており、本稿は同書の根抵当部分（七四八―七六七頁）の翻訳である。なお、著者の紹介及び参考文献は、前稿をご参照頂きたい。

韓国の根抵当の特徴は、条文が一条のみで、形式的には包括根抵当を排除せず、また「不特定債権」のみを担保の対象としていない点である。現在、韓国では根抵当に関する立法作業が進行しており、本稿にもあるように、これまでの経緯からも日本法が参照されている。

翻訳は、熊本大学法学部の沈龍哲氏にお世話になった。基本的に逐語訳であるが、田村が監修し本文中の（ ）書は田村による補足である。なお、原著の本文には日本民法三九八条の二がハングルで掲載されているが、本稿での日本語条文は省略した。

〔目次〕

III 根抵当

〔I〕 序説

〔II〕 普通の根抵当

- 1 根抵当の意義
- 2 根抵当権の設定
- 3 根抵当権の効力
- 4 根抵当権の処分
- 5 根抵当権の消滅

〔III〕 包括根抵当

- 1 意義
 - 2 沿革
 - 3 有効性
 - 4 わが国での有効性に関する学説及び判例
 - 5 私見
- 〔IV〕 共同根抵当

III 根抵当

〔I〕 序説

継続的な取引関係から発生する多数の不特定債権を担保する制度を根担保という。このような根担保には人的担保としては根保証があり、物的担保としては根抵当・根質、そして根仮登

記担保を挙げることができる。

根担保の中で根抵当とは、継続的な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額まで担保しようとする抵当権である。

このような根抵当権は、継続的な取引関係、例えば当座貸越契約・手形割引契約・継続的な手形貸付契約などの金融取引に広く利用されていることは周知の事実である。もつとも、特定債権の担保のためにもその形式は根抵当権を利用するのが常例となっている。それ故、制度金融でも私金融でも、この根抵当権が広く活用されているのが今日の不動産担保制度の実情であるといえる（制度金融は銀行など業として行われる場合、私金融は個人をきみ個人的に行われる場合。）。

だが、このような根抵当権に関して、旧民法では明文の規定がなかった。ただ慣行上で根抵当が利用されており、学説と判例によつて規律されてきただけであった。しかし、現行民法を制定しながら、根抵当に関してただ三五七条の一つだけ条文を設けた。民法第三五七条を規定する際に模範としたのは満州国民法第三五六条であったようだ。もちろんドイツ民法第一一九〇条も最高額抵当権 (Höchstbetragshypothek) に関する規定であり、民法草案審議過程で参考としたけれども、一九三七年の満州国民法は当時の代表的な日本民法学者達によつて作られたのであつて、我々の従来の学説・判例とも合っているものであつたから、これを模範にしたのだといえる。

しかし、民法第三五七条が予定していた根抵当は、一定の継

統的取引関係から発生する将来の不特定債権を一定の限度額まで担保する根抵当権であったが、金融取引の慣行は一定の継続的取引関係を越えて、次第に特定の債権者と債務者の間で発生する一切の債権を担保するいわゆる包括根抵当が広く利用されたため被担保債権が極めて拡大された。実際にも不当に高い最高額（極度額）の包括根抵当が設定されることにより、根抵当権設定者はそれ以上の後順位担保権設定が不可能になるから、不動産の余剰担保価値の活用が拘束を受け、根抵当権設定者に極めて不利益に作用してきた。特に、物上保証人が根抵当権設定者である場合はなおさらである。

このように、根抵当は被担保債権が一定の限度内で将来の不特定債権の決算期での確定額であるから、特定債権を担保する普通の抵当権とは様々な差異がある。それ故、根抵当は特殊な抵当権の一つとして分類されている。

幅広く利用されている根抵当に関して、民法の一つの条文だけでは充分に規律することができるといえない。日本は一九七一年に民法を改正して根抵当に関する二二の条文を新設し、その間に判例と学説上問題視されてきた根抵当に関する対立を立法的に解決した。

わが国（韓国）で利用されている根抵当は、沿革的に日本で先に利用され、わが国でも利用されるようになったのだ。したがって、日本での根抵当に関する学説・判例及び立法は、わが国で根抵当を運用するに当たって多くの参考になるだろうと思

われる。

また、根抵当に関して比較法的に考察してみると、ドイツの最高額抵当権は保全抵当権 (Sicherungshypothek) ではなく設定できず、抵当証券の発行が禁止され、被担保債権への付従性を絶縁させないようにしている (§ 1126, BGB)。日本でも根抵当権に対しては抵当証券を発行できないようにし（抵当証券法、第五條第一号）、根抵当権の流通を難しくしている。それに反して、わが国では逆に根抵当権の被担保債権への付従性を完全に排除していく方向に理論を構成しようとする学説が強いのは、対照的にみえる点であるといえる。

近ごろになつて、金融実務では、根抵当を三種類に分けて根抵当権設定者を保護するようにした。つまり特定根抵当・限定根抵当・包括根抵当に分けて、根抵当権者と根抵当権設定者がこの三種類の中で一種類を選択して利用するようにした。根保証もこのように特定根保証・限定根保証・包括根保証に分けて、利用するようにしている。

ここで特定根抵当とは、特定日に締結され特定期間内だけ存続する特定の継続的取引契約から発生する不特定の債権を一定の最高限度額まで担保する根抵当であり、限定根抵当とは、特定種類の継続的取引関係から発生する不特定の債権を一定の限度額まで担保する根抵当であり、包括根抵当権は、種類を限定しないで特定債権者（主に金融機関）と債務者の間の銀行取引関係から発生する一切の債権を担保する根抵当である。

特に特定根抵当と限定根抵当の差異は、例えば当座貸越契約から発生する債権を担保する根抵当権は限定根抵当であり、特定日に締結され特定の期間に存続する継続的取引契約、例えば一九九〇年一月四日に締結され一年間だけ存続する当座貸越契約から発生する不特定債権を担保すると、それは特定根抵当となる。金融機関によつては特定根抵当を限定根抵当の一種類とし、限定根抵当を二種類に区分して利用したりもする。しかし内容は同一である。

〔Ⅱ〕 普通の根抵当

1 根抵当の意義

根抵当は、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、一定の限度額まで担保しようとする抵当であり、根抵当権ともよぶ。

普通の抵当権は特定の債権を担保し、その特定の被担保債権に付従し、その特定の債権が消滅すれば抵当権も当然に消滅する。しかし、根抵当権は特定の債権を担保するのではなく、将来の多数の不特定債権を決算期に一定の限度額まで担保するのであるから、継続的取引関係から発生する不特定債権への付従性が排除され、決算期に至るまで増減変動する債権の残高がゼロになつても、根抵当は消滅しない。それ故、根抵当権は抵当権の消滅における付従性が緩和されている。

このような抵当権と特定の債権との厳格な結合関係を要求し

ない抵当権は、取引実務、特に継続的取引関係にある金融取引で特別に要請される。例えば、銀行と取引先の当座貸越契約・手形割引契約・手形貸付契約で発生する増減変動する多数の不特定債権を担保したり、製造業者と問屋間の継続的商品供給契約による売掛取引代金債権を担保する場合に、普通の抵当権はその機能を果たすことができず、根抵当によつて初めて有効に担保することができる。この場合、債権は随時替り、その残額債権が増減変動されていくものの、一定の限度額まではずっと担保されるので、継続的取引関係で発生する多数の不特定債権を担保するためには、根抵当権を設定する必要がある。

根抵当の意義を更に確実にするために、普通の抵当権との差異を考へてみると次のとおりである。

第一に、根抵当権は将来の増減変動する不特定の債権を担保する点で、特定の債権を担保する普通の抵当権と異なる。確かに、わが民法では将来の債権の担保を認定する規定が少なくない（第二六条第一項、第二〇六条第一項、第四四三條、第一（五五八條但書、第六三九條第二項、第六六二條第二項））。このような将来の債権を担保するために抵当権を設定することは、いくらかでも可能である。

以上から、根抵当権は将来の債権の担保であるが、普通の抵当権も将来の債権を担保することができるので、この点では差異がない。

しかし、普通の抵当権は現在又は将来の特定債権を担保することに對し、根抵当権は将来の不特定債権を担保するという点

で、換言すれば増減変動する不特定債権を担保するという点で、普通の抵当権と異なる。

第二に、根抵当権は抵当権の消滅における付従性が要求されない点で、抵当権と大きく異なる。

普通の抵当権は被担保債権への付従性が嚴格に貫徹され、被担保債権が消滅すれば抵当権も当然に消滅する（第三六）。しかし、根抵当においては債権最高額の範囲内では債権が増減変動するから、例え債権が決算期前に存在しない場合があるとしても、根抵当権は消滅しない。

この点が根抵当権と普通抵当権の最も代表的な差異であるといえる。

民法第三五七条第一項は、根抵当について「抵当権はそれが担保する債務の最高額のみを定め、債務の確定を将来に保留してこれを設定することができる。この場合、確定される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。」と規定し、他の普通の抵当権との相違点を明白にしている。

だが、特定の債権を担保するためにも根抵当の形式を採って登記するのは、普通の抵当権から優先弁済を受け得る被担保債権の範囲を拡大しようとするためである。普通の抵当権において優先弁済を受け得る被担保債権は、元本以外に利息・損害賠償・違約金・遅延賠償金等が含まれるが、遅延賠償に對しては元本の履行期を経過した後の一年分に限られるから（第三六、優先弁済を完全にするためには、抵当権の実行を履行期後一年

以内に行わなければならない。

しかし抵当権の実行は履行期後一年が過ぎた後に行うことができ、一年後に実行するとしても履行期を経過した一年以降の遅延賠償も優先弁済を受け得るために、実際の債務額の一五〇％程度を債権最高額とする根抵当設定登記をするのが一般的である。

だが、特定の債権を担保するためにその形式を根抵当権で登記するとしても、その根抵当権はここでその形式を根抵当権ではなく、普通の抵当権である（大判一九六三・二・一七、六二四七九六）。

2 根抵当権の設定

根抵当権の設定は、不動産物権変動の一般原則に従い、設定に関する物権的合意と登記によつて成立する（第一八）。

(1) 設定契約 根抵当権設定契約は根抵当権者（債権者）と根抵当権設定者間に締結される。根抵当権設定者は、債務者となることもできるし、物上保証人となることもできる。

設定契約には、担保すべき債権最高額と被担保債権の範囲を決定する基準に関する合意が必ずなければならない。債権最高額は抵当権設定契約の最も重要な事項であり、被担保債権の範囲を決定する基準は被担保債権が発生する基礎となる継続的取引関係であり、例えば当座貸越契約・手形割引契約・商品供給契約などのように約定すれば足りる。このような継続的取引関係を基本契約という。

根抵当権の存続期間に關しても設定契約で約定することができる。しかし、約定しないとすも構わない。

(2) 登記 根抵当権は、登記簿上、根抵当権として登記されなければならない。そうでなければ根抵当権としての効力が発生せず、普通の抵当権としての効力を持つのみである。

登記原因としては、その根抵当権の基礎となる継続的取引関係、つまり基本契約を記載するのが望ましい。しかし、不動産登記法では、特定の基本契約を根抵当権の登記原因に記載しないようにしており、単に根抵当権設定契約とのみ表示するようになっている(○条法第一四、○条法第二項)。

また、担保すべき債権最高額を必ず登記しなければならない(不登法第一四、○条法第一項)。ここで債権最高額とは、債権元本の限度額ではなく、利息を含んだ元利金合計額の限度額を意味する。

そして根抵当権の存続期間又は基本契約に記した決算期に関する約定は、必ずしも登記しなければならない事項ではない。しかし、存続期間又は決算期の登記をした場合には、その期間が経過した後に発生した債権は被担保債権に含まれない。だが、当事者の合意によって登記された存続期間又は決算期を延長することができる。つまり登記の流用が可能である。しかし流用前に利害関係にある第三者、特に後順位抵当権者には対抗できない(大判一九六・一・二二、二二)。存続期間を登記しない場合には、根抵当権設定契約の解約によって根抵当権が確定され、その時から普通抵当権に転換される。

3 根抵当権の効力

根抵当権は、設定契約で定めた債権の最高額の範囲内で増減変動する債権の確定額を担保する。

(1) 被担保債権の範囲

(7) 債権最高額 根抵当権によって担保される債権は、継続的に流通され交替されるのが特徴である。このように流通・交替される債権の確定総額を最高額まで担保するようになる。

しかし、実務では、根抵当権設定契約書に債権者が債務者に対して現在及び将来に所有される一切の債権を被担保債権の範囲とするのが一般的である。そうすると当事者間の継続的取引関係から発生する将来の債権を担保する他に、既に発生した現在の債権も担保するのは関係ないのかについては、それは当事者の意思ないし設定契約解釈の問題である。判例は別の約定がない限り、根抵当権設定以前に発生した債権も担保することができる(大判一九七〇・四・三)。

一方で判例は、現在負担している債務と根抵当権設定によって負担するようになる債務の合計額が、登記された根抵当権の債権最高額を超える異例的な場合には、例え根抵当権設定契約書に「債務者が債権者に対して現在及び将来負担する一切の債務を担保する」と不動文字で印刷されているとしても、そのような普通取引約款を例文に過ぎないとして、拘束力を排除している(大判一九八四・六・一二、八三三三二、大判一九八六・一・一一、大判一九九〇・七・一五、二二、大判一九九〇・六・二六、八九四六二、九九二、大判一九九〇・七・一五)。つまり、普通取引約款に關していわゆる

例文解釈をして約款の拘束力を排除している。

思うに、普通取引約款は当事者の合意によって契約の内容として編入される前には例文（つまり文例）に過ぎないが、当事者の合意によって契約の内容として編入されると契約の内容になる。それ故、例文解釈の判例は法理構成に誤りがあり、約款の規制に関する法律が規定する解釈方法に従うべきである。

(イ) 最高額と民法第三六〇条 抵当権の被担保債権の範囲に関する民法第三六〇条は、根抵当権にも適用されるのか？根抵当に関する民法第三五七条第二項では、債務の利息は債権の最高額の中に算入したものとみなすとしが規定されておらず、根抵当権の債権最高額は元本と利息の総額だけが債権最高額に含まれるのか、それとも民法第三六〇条に規定している元本・利息以外に違約金・債務不履行による損害賠償・抵当権の実行費用、そして元本の履行期日を経過した後の一年分の遅延賠償も含まれるのか、について学説は対立している。

一般的に、根抵当においては債権の最高額のみが登記されるだけだから、後順位抵当権者を始めとする他の債権者の利益を害しないためには、被担保債権の範囲を狭く解釈すべきだと思ふ。したがって、（使われなかった）最高額に含まれるのを広く認定すべきである。以上から、民法第三六〇条本文は根抵当権に適用されるが、同条但書は適用されないとみるのが一般的である（郭六一四・金容五八六一五）。それ故、根抵当権に関する民法第三五七条第二項は無意味な規定だといえる。判例も同じよ

うな見方である（大判一九五七・一・一〇）。したがって、根抵当権の最高額には元本・利息・違約金・遅延損害金全部が含まれるとする。

しかし、抵当権の実行費用が債権最高額に含まれるかについては、最高額に含まれないとみるのが一般的見解（郭六一五）であるが、最高額に含まれるとみる見解（金容五八七）もある。判例は、根抵当権によって担保される債権の範囲は、決算期に至って確定される債権のうち、設定契約で定められた最高額であるとし、抵当権の実行費用は最高額に含まれないものとみている（大判一九七二・四・六、七〇二六・大）。一方、現行民法施行前の過去の慣行も、やはり根抵当権の実行費用を最高額に含めなかった（郭六一五）。

また、遅延利息（遅延賠償）を元本の履行期経過後一年分に限ってのみ最高額に含まれるとすべきなのか、それとも一年分に限定する必要なく最高額の範囲内で一年経過後の遅延利息も最高額に含めるべきなのかに関しては見解が分かれている。つまり、一年分に限定するという説（黄三）、一年分に限らず総ての遅延利息が最高額に含まれるという説（郭六一四・金容五八七）、即ち民法第三六〇条但書は無意味だという説である。判例は後説を取っている。

実際、後説のような解釈、つまり遅延利息は元本の履行期を経過した後の一年分に限らず、その後の遅延利息も含んだ総ての遅延利息が最高額に含まれるとすると、特定債権のために

も根抵当権の形式を採るのである。

思うに、元本・利息・違約金は最高額に含まれるが、実行費用は競落代金で予め控除し、その残額で被担保債権を弁済するから、最高額に含まれないと解される。また、遅延利息に関しては、根抵当権が確定される前の個別被担保債権の遅延利息は一年分に限らないが、根抵当権が確定された後の被担保債権の遅延利息は一年分に限られるとするのが妥当である。なぜなら、根抵当権が確定される前には個別被担保債権が履行期を一年以上経過しても実行することができないし、根抵当権が確定されれば、その時から普通の抵当権に転換されるからである。

(ウ) 根抵当権の確定

(i) 確定の概念及び事由 根抵当権を実行して被担保債権の優先弁済を受け得るためには流動・交替する債権が確定されなければならぬ。これが即ち根抵当権の確定である。根抵当権の確定は、設定契約ないし基本契約で定めた決算期の到来、根抵当権の存続期間がある場合にはその存続期間の満了、基本契約ないし設立契約の解約や解除、によつて成立する。存続期間や決算期を約定した場合、それを延長する合意は可能である。ただし、第三者の権利を害することはできない(大判一九六一・二二二)。

また、存続期間や決算期の約定がない場合は、他に特約がない限り、当事者は基本契約又は設定契約のみを解約できる。このような解約は事情変更の原則によつても認定されるといえる。根抵当権の約定があるとしても、債権が全部消滅し当事者が取引

をそれ以上継続する意思がない場合には、存続期間が経過する前

であつても、設定者は設定契約を解約できる(大判一九六六・三二二)。
 (二) 六六四・六六八)。
 しかし、債務が一旦弁済されても、設定契約が解約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担保する(大判一九六五・四一四)。
 (大判一九六四・六九八)。
 また、期間の約定がない根抵当権において被担保債権が全部消滅した場合には、根抵当権設定者は、その根抵当権設定契約を解約できる(大判一九六五・二二二)。

そして、後順位根抵当権者の実行によつて前順位根抵当権は、消滅主義により(民執法第九)買受人の売却代金完納時に確定される(大判二〇〇一・二二二)。
 (一) 一七三・二九)。

抵当権の流動化のために根抵当権者が債務者に対して根抵当権付債権を譲渡したいという意思を通知した時にも、根抵当権は確定される(資産流動化に関する法律第七条の一)。

被担保債権が確定されると、その後に発生する債権はその根抵当権からは担保されず、確定時から根抵当権は普通の抵当権に転換される(大判一九六三・二二二)。
 (七) 六二四・七九六)。

(ii) 最高額を超える債権額に対する優先弁済権認定の是非 確定された債権総額が登記された債権最高額を超えるときに、その最高額を超える債権額に対しても根抵当権から優先弁済を受け得るかが問題である。

これについて、通説は、根抵当権では債権最高額を根抵当権によつて担保される債権の最高額と理解するのに対して、少数説は、最高額を超える部分も被担保債権に属するものであり、

第三者との関係においてのみ優先弁済権が最高額と制限されるだけだとする。

判例は、少数説を採って二元的に判決をしている。判例によると、債務者が根抵当権設定者である根抵当権においては、債権全額が弁済されるまでは最高額が弁済されるとしても、その根抵当権は残存債務に対して依然と効力を持っているとする（大判一九八一・一一・二〇〇四二七二八）。ただ債務者兼根抵当権設定者の場合だとしても、後順位根抵当権者など第三者に対する関係では、最高額を根抵当権者が優先弁済してもらえ範囲だとする（大判一九九二・五・一一九〇四八八五）。また、物上保証人が根抵当権の設定者である場合あるいは第三取得者がいる場合には、最高額は物上保証人等が負担すべき責任額であり、最高額を超える部分についてはその超過債権額まで担保するのではないとする（大判一九七四・一一・二〇一七四〇九九八）。したがって、最高額が被担保債権額であり、物上保証人等は最高額を根抵当権者に支給し（支払い）、根抵当権の抹消を請求できるとする。

このように、判例は、債務者兼根抵当権設定者には、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り、物上保証人・第三取得者・後順位担保権者等には、債権最高額を根抵当権によって担保される被担保債権額だと理解するのである。このような解釈は、根抵当権者を強く保護する法理であり、根抵当権の内容が債務者に対する関係と第三者に対する関係に分裂されるから、これは物権法定主義に反するものとみら

れる。

私見としては、債権最高額を債務者に対する関係ではもちろん、第三者に対する関係でも同じように根抵当権によって担保される被担保債権の限度額と理解すべきものだと考えられる。

(2) 根抵当権の実行 根抵当権者は、被担保債権が確定された確定された被担保債権の弁済期が到来すると根抵当権を実行し、最高額まで被担保債権の確定額を優先弁済してもらえ。実行の手続きは普通の抵当権の実行手続きによることになるのもちろんである。なぜなら、実行段階の根抵当権は普通抵当権に転換されているからである。

もちろん、別の債権者が根抵当権の目的物に関して競売を申請した場合には、根抵当権者はその手続きで優先弁済権を主張し得る。この場合には、いつ根抵当権が確定されるかが問題になる。これについては判例は、競落人が競落代金を完納した際に確定されるとする（大判一九九二・九・二〇〇四二七二八）。

4 根抵当権の処分

根抵当権においては、被担保債権の流通・交替は問題にならないから、根抵当権によって担保される個別債権の譲渡があれば、その債権は根抵当権の被担保債権から除外される。したがって、根抵当権は、個別的な被担保債権の譲渡又は代位弁済があつてもそれに随伴しない（大判二〇〇二・七・二六）。

しかし、根抵当権の基礎となる当事者間の継続的取引関係の

債権者の地位が移転されると、これに随伴して根抵当権も移転され、また債務者の地位が移転されると、根抵当権の債務者も変更されると解釈しなければならない。

また、判例は、被担保債権がない根抵当権の譲渡は無効だとしている（大判一九六八・二二）。以上から、根抵当権は増減変動する個々の債権には付従しないが、基礎となる継続的取引契約には付従するといえることができる。

したがって、既に債権が発生している場合には、その債権と分離して根抵当権のみを譲渡することはできない（第三六）がために、基礎となる継続的取引関係と一緒に抵当権を譲渡するには、被担保債権の譲渡を含めるべきであるから、根抵当権者と譲受人以外に債務者を含む三者契約が締結されなければならない。

5 根抵当権の消滅

根抵当権は被担保債権が確定される前には、例えば債権が全部弁済されたとしても消滅しない（大判一九六五・四、二〇六四・二六九八）。しかし、被担保債権が確定されたときに、担保すべき債権が全く存在しない、あるいは債権があるとしても消滅したとき又はその実行が終了すれば、根抵当権は消滅する。

被担保債権が確定される前にも、事情変更の原則に基づく解約権の行使によって、根抵当権を消滅させることができる。例えば、債権が全部弁済され債務者がその以上継続的取引をする

意思がない場合には、設定者は基本契約を解約し、根抵当権の登記の抹消を請求することができるものとみるべきである。また、それが判例の見方でもある（大判一九六六・三、二二六六・六八）。

根抵当権が確定され根抵当権（実質は普通抵当権）を消滅させ得るためには、確定された被担保債権額を弁済しなければならぬ。このとき第三取得者も被担保債権額を弁済し根抵当権を消滅させることができる（第三六）。この第三取得者が根抵当権の消滅を求めるための弁済額は債権最高額及び競売費用で足りる（大判一九七二・五）。しかし、債務者兼根抵当権設定者が根抵当権の消滅を求めるために弁済すべき債務額は、債権最高額を超える債権全額である（大判一九八一・一一）。

〔Ⅲ〕 包括根抵当

1 意義

普通の根抵当権は、当事者間で一定の基礎となる継続的取引関係を結び、その取引関係から発生する不特定多数の債権を根抵当権の確定時に一定の限度額まで担保する抵当権である。

しかし、このような普通の根抵当権とは別に、一定の基本的継続的取引関係がなく、特定の債権者に対して債務者が負担する一切の債務を担保するために根抵当権が利用される場合がある。そのような根抵当権は包括根抵当権という。

包括根抵当の類型として、極端的なのは債権者に対する債務者の現在及び将来の一切の債務を担保する場合もあるが、金融

取引実務ではこのような極端的な包括根抵当権よりは債務者が債権者に対して現在及び将来に負担する手形貸出・手形割引・当座貸越・支給保証；等その他与信取引に関する総ての債務を担保する、つまり金融機関との与信取引による現在及び将来の一切の債務を担保する形で包括根抵当権が利用されている。

前者の包括根抵当権は不法行為による損害賠償債権のような偶然的債権も全部担保するのに対し、後者の包括根抵当権は不法行為による損害賠償債権のような偶然的債権は担保せず、金融機関との取引行為による債権のみを担保することになる。

このような包括根抵当権は、当事者間で繰り返し継続される複雑で多様な各取引毎に根抵当権を設定する煩わしさを避けて、各種の取引全てに通用する一般的抽象的信用取引契約を結び、そのような一般的与信契約を前提とし、その取引から生ずる総ての債権を一定限度額まで担保するために広く利用されている。日本民法は、極端的な包括根抵当権を立法的に否認している（日本民法第398条の2）。しかし、わが国では、このような包括根抵当権も同じく民法第357条に基づき、その有効性の有無を決定すべきであるという点で学説は分かれている。

包括根抵当権も同じように日本で利用され始め、わが国に移転された担保制度である。したがって、わが国での包括根抵当権の有効性の有無に関する判断をするためには、日本での包括根抵当権の沿革と立法内容を検討する必要がある。

2 沿革

普通の根抵当権も包括根抵当権も日本から利用され始め、わが国でも利用されるようになった。

一九七一年日本民法改正により根抵当権に関する規定を置くまで、日本民法では根抵当権に関する規定はなかった。しかし、確かに立法はされてなかったが、日本民法制定当時に既に根抵当権に関する論議はなされていた。ただ、被担保債権への付従性に関する疑問が提起されていた。つまり、根抵当権の成立の付従性と消滅の付従性に関する問題が提起され立法されなかった（星野英一編、民法講座（3）…物権（2）（有斐閣一九八四年）二一八）。

それで初期の下級審判例は、根抵当権は成立の付従性が認定されないから、これを否認していた。しかし、大審院は根抵当権の有効性を認定した。それは根抵当権は特定債権への付従性は認定されないが、基本契約への付従性は認定されるからだというものであった。それ故、根抵当権の設定には必ず基本契約に関する合意がなければならず、その基本契約を登記するようにしていった。

このように、基本契約に基づいて発生する増減変動する多数の不特定債権を担保する根抵当権に関する判例が形成され、根抵当権は判例法に規律されてきた。

だが、第二次世界大戦後には経済規模が拡大され、したがって銀行取引が拡大されるから、根抵当権を設定する際に基本契約を特定するのが難しくなり、銀行と各種類の与信取引から発

生ずる債権を一つの根抵当権で担保する必要性が提起された。こうして包括根抵当権の利用の必要性が芽生え始めた。しかし、一九五五年、法務省は基本契約がない根抵当は登記しないように示達した。

このように、包括根抵当権の利用の必要性は漸増するが、包括根抵当権を登記することはできなくなった。それで根抵当権によつて担保され得る被担保債権の発生可能性の範囲に関する新しい学説が主張された。大きく四つの学説が主張されたが、第一説は、従来と同じように基本契約が存在しなければならず、債権発生の可能性が法的・客観的に存在することが必要であり、その可能性が与信契約によつて表示されなければならないとした。

第二説は、基本契約が与信契約に含まれている必要はないが、債権の発生原因が与信契約ないし法律関係から特定されることでできれば足りるとみた。

そして第三説は、債権発生の原因が事実的・客観的に存在すれば充分であり、基本契約が存在することは求めないとした。以上の三説は、総て債権発生の可能性が客観的に根抵当設定時に存在することを要求した。

それに対して第四説は、債権発生の可能性が主観的にあれば充分であり、基本契約は必要でないとし、極端的な包括根抵当権の有効性を認定した。

このような学説の対立がある中、一九五七年東京高等裁判所

は銀行取引で利用されていた包括根抵当権の有効性を認定する判決を下した。その根拠は、第一に、包括根抵当権でも債権最高額を定めるから第三者を保護することができるということと、第二に、法律行為自由の原則によつて債務者自らが包括根抵当権を選択したという点と、第三に、極端的な包括根抵当権を設定したわけではなく不法行為による損害賠償債権等のような偶発的な債権は排除しているからだ、というものであった(星野英一、)。そして、理論よりは実質的な見地で、極端的な包括根抵当権でない限り、金融機関との与信関係による一切の債権を担保する包括根抵当権は有効だと判決した。

その後日本では、学説対立の止揚と信用取引の円滑化のために根抵当に関する立法をし、日本民法第三九八条の二で根抵当は一定の範囲に属する不特定の債権を極度額(最高額)まで担保するための抵当権であると規定することで、基本契約の存在を認定せず、また極端的な包括根抵当権も否認した。

わが国では、一九六〇年代に入って信用取引に包括根抵当が多く利用された。その後、一九八四年民法改正時に根抵当により詳細な規定を置かなければならないという意見と法案が準備されたが、問題点が多く、立法までは至らなかつた。

3 有効性

(1) 序 包括根抵当権の有効性について、わが国では争われている。日本は、改正民法第三九八条の二で極端的な包括根抵

当権を否認している。

包括根抵当権に関する結論を導出するためには、日本民法第三九八条の二の規定とわが国での学説の対立、そして判例の立場を総合的に検討する必要がある。

(2) 日本での包括根抵当の否認 日本民法第三九八条の二第一項は、根抵当権は一定の範囲に属する不特定の債権を極度額まで担保するための抵当権であると規定し、従来根抵当権で要求された基本契約の存在を要求せず、一方で特定債権者の特定債務者に対する一切の債権を担保するという極端的な包括根抵当権は否認している。

それ故、日本の新根抵当権は被担保債権の不特定性を基礎とし、被担保債権への付従性を否認している。根抵当権が確定される前には、被担保債権の範囲及び債務者の変更が可能であり（日本民法第三九八条の四）、根抵当権それ自体の全部、一部又は分割譲渡が可能である（日本民法第三九八条の三）。したがって、新根抵当権は根抵当権の確定前には付従性が否認され、根抵当権の独立性が認定される。

一方では、被担保債権の資格を限定しており、極端的な包括根抵当権を否認している。新根抵当権は、被担保債権が不特定な債権となっており、基本契約も要しないが、被担保債権の資格を一定範囲内の債権としている。つまり、根抵当権は一定範囲の不特定の債権を担保するのだが、一定範囲とは当事者間の設定行為で定まる。ここで一定範囲というのは、被担保債権の

範囲ないし根抵当権が担保すべき債権の範囲であるといえる。

しかし、日本民法第三九八条の二は、被担保債権の範囲を決めるのを当事者の完全な自由任せず、第三九八条の二第二項及び第三項で限定している。それによって、根抵当権はこのように限定された範囲内でのみ不特定の債権を担保できることとしている。一方で、このように一定の範囲の不特定債権と限定したのは、不法行為による損害賠償のような偶発的債権を排除するという意味を持っている（注釈民法（九）有斐閣）。具体的に日本民法第三九八条の二第二項と第三項で被担保債権となり得るのは、次の四種類と限定している。即ち、①債務者との特定の継続的取引契約から発生した債権、②債務者と一定の種類の取引により発生する債権、③特定の原因に起因し継続的に発生する債権、④手形・小切手上的の債権、である。

以上と同じように、特定の債権者が債務者に対して持つ一切の債権を担保するというような極端的包括根抵当を許容しない。先の四つの根抵当権の被担保債権の資格が認定される債権は、二番目の抽象的一定の種類の取引から発生する債権が原則である。これには、銀行取引のように、その取引を第三者が認識できる程度に定めれば足りる。ただ、当事者間の取引が法律的性質が不明瞭で、事実上無限定な債権を担保する取引、例えば商取引・商品取引・金融取引のような種類の取引から発生する債権を担保するという根抵当権は認定されない（星野英二）。

また、一番目の債権は二番目の債権の例示に過ぎない。当座

貸越契約、手形割引契約のような契約から発生する債権が、一番目の債権の範疇に属する。

三番目と四番目は当事者間の直接取引によって発生した債権を担保するものではないが、当事者間の合意で根抵当権の被担保債権になり得るようにした一種の妥協的な立法であるといえる。例えば、継続的な工場排水によって発生する損害賠償債権を被担保債権とする根抵当権が三番目の例である。

以上のように、日本での新根抵当権は、一定の種類別の取引から発生する一定範囲の不特定債権を極度額まで担保する抵当権と設定され得る。したがって、日本ではわが国で慣行的に利用されている銀行取引から発生する不特定の債権を担保する根抵当権（我々はこれを包括根抵当権という）は有効であることが認定されるが、不法行為による損害賠償債権のような偶発的債権までも含む債務者に対する一切の債権を担保するという極端的な包括根抵当権は許容されない。

4 わが国での有効性に関する学説及び判例

(1) 学説 包括根抵当権の有効性に関する学説は制限的有効説（第六）（相対的無効説）と全面的有効説（金吾五九一・金曾「包括根抵当権」法政二〇巻）に分かれている。

制限的有効説は、債務者に対する一切の債権を担保する極端的包括根抵当権に対してはその有効性を認定することができないが、現在金融機関で利用している現在及び将来の：与信取引

ないし銀行取引による一切の債務を担保する包括根抵当権は、有効性を認定し得るというものである。

本来の根抵当権はその被担保債権の発生可能性が信用授受の基本契約の姿で法律的に存在する必要があるとしても、事実的・客観的に存在すればいいと解釈し、根抵当権の成立の付従性を緩和して解釈することができるから、このような範囲内では包括根抵当権の有効性を認定することができる。したがって、銀行取引で利用される銀行取引から発生する一切の債権を担保する包括根抵当権は有効であるといえる。ただ、偶然的な債権も含む当事者間の一切の債権を担保するという極端的な包括根抵当権は、許容できないとみる。

全面的有効説は、極端的な包括根抵当権までもその有効性を認定する学説で、その根拠は、第一に、民法第三五七条で明文で根抵当権の設定を可能とすることで、伝統的な抵当権の付従性の原則とは別に、その成立又は存続においての付従性の緩和ないし放棄の例外を認定しており、第二に、法律行為自由の原則に照らして包括根抵当権の有効性を認定することができ、第三に、包括根抵当権に対する有効性の有無を事案に従って判断するというのは、その事案ないし限界も問題であるだけではなく法的処理に混乱をもたらし、第四に、近代的担保権制度の理論と立法は付従性の緩和ないし否定の傾向を著しく現しており、第五に、包括根抵当権は被担保債権に関して限定性・特定性がないとしても、最高額が定められているから他の債権者に予測

できない損害を与えてしまふ心配がない、ということである。

このような根拠の中でも最も重要な根拠は、包括根抵当権においても債権最高額を定めているから、他の債権者の利益を害しないということである。それ故、被担保債権の発生原因を問わず、将来の一定の時期に最高額の範囲内で特定され得る以上、それを担保する包括根抵当権も有効であるとみるのが合理的であるということである。

(2) 判例 わが大裁判所判例は、銀行取引に利用される包括根抵当権の有効性を認定している。つまり、根抵当権設定契約書にその被担保債権として根抵当権設定当時の借金債務のみならず、その他各種の原因から将来負担するようになる総ての債務まで担保すると記載されており、この契約書の内容は、先の借金債務だけではなく、原告が被告に対し現在又は将来負担するようになる保証債務を含んだ総ての債務を担保するために当該根抵当権が設定されたものと解釈すべきであり、他の特別な事由無しに約款の解釈を別にし、当該根抵当権の被担保債務は根抵当権設定当時の借金債務に局限されるとすることはできないとしている（大判一九八二・一一二）。

また、根抵当権の設定契約書内容が、訴外会社が現在又は将来負担すべき総ての債務を担保するというものであれば、根抵当権設定契約が有効に解約できない限り、当該根抵当権は消滅せず、発生した総ての債務を有効に担保するとしている（大判一九八二・一一二）。

る包括根抵当権の有効性を認定している。

もちろん、このような包括根抵当権設定契約書は、不動文字でできた普通取引約款の形式で成り立っているから、このような約款と異なる個別約定を置いて包括根抵当契約書の約款の適用を排斥することができる。約款の規制等に関する法律が制定される前に既に判例は、約款と異なる約定があるとき、このような包括根抵当約款は例文に過ぎないとし、いわゆる例文解釈をした（大判一九八四・六一九）。しかし、現在は約款解釈の一つとして個別約定優先の原則によって、包括根抵当権の約款の適用を排斥できる。

このような例文解釈によって包括根抵当権の約款の適用を排斥したものの、それはその約款と異なる個別約定を置いたからであり、包括根抵当権の有効性を否認はしなかった。

5 私見

包括根抵当の有効性の有無に関する学説の対立は、結局は根抵当権の成立に関する付従性の問題に集中される。根抵当権の存続及び消滅に関する付従性は、根抵当権の被担保債権が流動・交替されるから問題にならない。

しかし、民法第三五七条第一項は、根抵当権について担保すべき債務の最高額のみを定め、債務の確定を将来に留保して設定できると規定している。

ここで「債務の確定を将来に留保する」というのを、根抵当

権を設定する時に将来確定される被担保債権の発生ないし成立に関する合意があり、ただその確定が将来に留保されたものと解釈するとしたら、根抵当権にも成立の付従性が要求されるから、根抵当権では被担保債権の発生可能性としての基本契約がなければならぬ。そうすると、その基本契約で発生した債権でなければ根抵当権によって担保され得ないから、基本契約がない包括根抵当権は成立の付従性を欠くようになり、無効だという結論に至る。

それに対して、債務の確定を将来に留保するというのを、被担保債権が当事者間の基本契約から発生しただけではなく、いかなる原因から生ずるか関係なく総ての根抵当権によって担保され、ただその債権が将来に確定され得ればよいという意味に解釈すれば、成立の付従性は緩和ないし排除され、したがって包括根抵当権は常に有効なものになる。それ故、わが民法第三五七条の解釈では、極端的な包括根抵当権も有効であるといえる。

だが、わが民法上の抵当権は被担保債権への付従性が維持されており（第三六一条）、判例も被担保債権が消滅した場合、根抵当権のみの譲渡は無効だと判じており（大判一九六八・二一）、包括根抵当の有効性を認定する判例は、極端的な包括根抵当権まで認定したのではなく、銀行取引のように被担保債権の発生可能性を客観的に特定できる範囲内に限定して認定した。

また、極端的な包括根抵当を認定することになれば、包括根

抵当設定者は根抵当目的物の担保価値の活用には極度の制約を受け、一方で債権者（根抵当権者）は最高額に余裕があり債務者の資力が悪化した場合、包括根抵当権者が債務者に対する第三者の債権をその第三者から低価で譲り受け、これを持って根抵当権を実行し優先弁済を受け、利得を取る方法に悪用される恐れもある。日本の新根抵当権に関する規定には、このような悪用の可能性を排除するための規定を設けている（日本民法第三八）。比較法的にみても、日本の新根抵当権は根抵当権の付従性が完全に排除された極端的な包括根抵当権を許容しない。それは、当事者間で偶発的に発生され得る債権を被担保債権から除外するためである。また、ドイツの最高額抵当権も、被担保債権への付従性が認定される保全抵当権としてのみ設定できるようにしている。

それ故、被担保債権との付従性が完全に排除され得る極端的な包括根抵当権は、認定することができないとみるべきである。だからといって、常に特定の基本契約の存在を要求するといふべきではなく、被担保債権の発生可能性を事実的・客観的に特定できる程度の基礎的な関係はなければならぬと思われる。したがって、現行の銀行取引で利用されている与信取引で発生する一切の債務を担保する程度の包括根抵当権は、有効であると解釈することができる。

〔Ⅳ〕 共同根抵当

被担保債権を共同にする根抵当権を数個の不動産上に設定した場合が、共同根抵当である。この共同根抵当権にも、特定債権の担保のために数個の不動産上に設定された共同根抵当権に関する民法第三六八条が適用されるべきか？

共同根抵当権について日本の新根抵当法では、原則的に累積的共同根抵当権とし、共同根抵当権に関する規定の適用を排除しており（日本民法第三九八条の一）、例外的に根抵当権者、根抵当債務者、被担保債権の範囲及び極度額が同一で根抵当権設定と同時に同一の債権の担保として数個の不動産上に根抵当権が設定されたという旨を登記した場合には、純粋共同根抵当権とし、共同根抵当権に関する規定が準用されると規定している。

累積的根抵当権の場合は、各々の不動産が担保する極度額まで担保するようになり、根抵当権者は各不動産が担保する極度額の総合計額まで優先弁済を受けることが可能になる。

しかし、日本民法が累積的共同根抵当権を原則に規定したのは、根抵当権は当事者間の設定合意のみによつて成立し、登記を對抗要件としているからだ。それ故、共同根抵当権を設定した場合、純粋共同根抵当権と登記しない限り、累積的共同根抵当権であるとみるしかない。

だが、わが国は登記が不動産物権変動の成立要件であるから、数個の不動産上に根抵当権を設定する時には、共同根抵当権であることを登記するはずであるから、日本でのような問題は生

じないと思われる。したがって、わが国では、共同根抵当権の場合は原則的に純粋共同根抵当権と解釈し、民法第三六八条が適用されると解釈すべきである。しかし、共同根抵当権であることを登記しない場合には、累積的共同根抵当権と解釈することができると思われる。

ただ、純粋共同根抵当権の設定合意をし、共同根抵当権であることを登記しなかつた場合に、その合意は債権的効力のみを持つと解釈される。