

わが国における根抵当権の生成・比較・行方

鳥谷部 茂

一 はじめに

わが国では、包括根抵当権は禁止され、極度額と被担保債権の範囲（特定の継続的取引と一定の種類取引—両者を含めて一定の取引等と略す）を合意し、かつ、登記する根抵当権が実施され、定着してきた。ところが、2007年に中国物権法が制定・施行され、その中で第203条から第207条までの根抵当権（最高額抵当）が規定された。また、ドイツでは金額のみを記載する土地債務が物権的担保権として利用されてきたが、2008年に民法第1192条1a項が追加され保全土地債務の規定が明文化された。韓国においても1か条を有する根抵当権について、2004年の改正案と2013年の改正試案が提示され、前者の限定根抵当から後者の包括根抵当へと転換しようとしている。各国が民法典や物権法を制定又は改正する中で、包括根抵当を禁止するとされているわが国の根抵当権の意義はどこにあるのか、今後の金融経済の変動に対応するために如何にあるべきか、が問われていると考える。以上のような問題意識の下で、本稿では、次の3点に限定して整理する。第1は、わが国の根抵当権はどのように立法化され、どのような独自性を有するのか、第2は、諸外国にはどのような動向が見られるのか、第3に、わが国の根抵当権は今後どのようにあるべきかについて、若干の整理・検討を行う⁽¹⁾。

二 わが国の根抵当権立法とその特徴

1 判例法理の形成と立法化

わが国の根抵当権は、明治31（1898）年の民法典制定以前から実務において利用され⁽²⁾、民法典立法担当者においても「根抵当ハ固ヨリ有効ナリ」とされていた⁽³⁾。しかし、民法典制定の段階で担保権の付従性の原則をめぐる議論の対立があり、このときの民法典には、根抵当に関する規定は設けられなかった。その後、大判明治34（1901）・10・25民録9輯137頁は、抵当によって負担すべ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てその勘定尻金額をもって実際抵当の負担額となすべきことを締結する根抵当は有効であるとし、この判決後、数多くの判例によって根抵当権の有効性及びその効力内容が確定され、民法典に規定される前にすでに判例法理として形成されていた⁽⁴⁾。また、登記実務も、抵当権の一種として、登記原因として根抵当権である旨の登記、被担保債権の発生原因たる基本契約及びその日付、債権極度額等の登記が認められていた⁽⁵⁾。

ところが、高度経済成長に向けて不動産金融が活発化し、抵当権設定件数中の半数以上を根抵当権が占めるようになり、経済取引において占める根抵

(1) わが国における根抵当権の沿革・判例法理、立法化への経緯・内容、ドイツ保全土地債務との比較については、近江幸治＝道垣内弘人編『日中韓における抵当権の現在』（成文堂、2015年）所収の鳥谷部「19 日本法における根抵当権」227頁を参照。また、ドイツにおける保全土地債務と収益に対する効力については、鳥谷部「担保法の国際的動向—ドイツ法」比較法研究77号19頁（2015年）を参照。

(2) 近世の不動産担保については、小早川欣吾『日本担保法史序説』293～397頁（法政大学出版局、1979年）などを参照。

(3) 梅謙次郎『民法要義物権』500頁（有斐閣書房、1911年）。我妻栄『担保物権法（民法講義Ⅲ）』297頁（岩波書店、1936年）によると「根抵当は我国に於いても民法施行以前から取引界の慣行として行われたものであり」としている。

(4) 我妻・前掲書（1936年版）297頁、我妻・前掲書（1971年版）464頁参照。

(5) 根抵当権の登記は、明治32（1899年）年10月9日及び明治32（1899年）年12月1日の法務省民刑局長回答により、登記することができ、一般抵当と同じく本登記をすべきであるとされていた（先例集上110頁、121頁）。

当の重要性が飛躍的に増大してきた⁽⁶⁾。そこで、被担保債権を従来のような「当座貸越契約」や「手形割引契約」などの基本契約とせずに、広く「現在及び将来において発生すべき一切の債務」や「手形割引・貸付・保証その他によって負担する一切の債務」とする場合が多くなってきた。このような根抵当を「包括根抵当」と呼ぶ⁽⁷⁾。

これに対して、法務省は、昭和 30 (1955) 年 11 月 28 日、同 12 月 17 日民事局長電報回答により「現在負担し及び将来負担する一切の債務を担保する」旨の根抵当権設定登記の申請は、受理すべきでない」とした。これを契機として、包括根抵当権に関する対立が明らかとなった⁽⁸⁾。以上のような議論と平行して、法制審議会の審議を経て、昭和 41 (1956) 年 7 月と昭和 43 年 4 月に「根抵当立法要綱試案」が公表され、昭和 46 (1968) 年 6 月「民法の一部を改正する法律」として、根抵当立法が公布された⁽⁹⁾。

2 取引限定根抵当権の被担保債権⁽¹⁰⁾

(1) 取引限定根抵当権と被担保債権の範囲

(6) 高木多喜男「根抵当権と民事立法学」法律時報 53 卷 14 号 70 頁 (1981 年) など参照。
もともと、最近、金融機関が住宅ローンを扱うようになってからは、普通抵当権の利用件数が多くなっている。道垣内弘人『担保物権法〔第 3 版〕』233 頁 (有斐閣、2013 年) 参照。

(7) 鈴木祿弥『抵当制度の研究』245 頁 (一粒社、1968 年)、柚木馨 = 高木多喜男「後注 (一) 根抵当」『注釈民法』244 頁 (有斐閣、1982 年)、我妻栄「いわゆる包括根抵当契約の有効性をめぐって」金融法務 117 号、118 号 (1956 年)『民法研究Ⅳ担保物権』347 頁、小林資郎「根抵当」『民法講座 3 物権 (2)』220 頁 (有斐閣、1984 年)』など参照。

(8) 柚木馨 = 高木多喜男・前掲『注釈民法』244 頁、我妻栄・前掲『民法研究Ⅳ担保物権』347 頁など参照。

(9) 清水湛「新根抵当法の逐条解説 (上)」金融法務 618 号 4 頁、高木・前掲法律時報 53 卷 14 号 71 頁。

(10) 鈴木祿弥『根抵当法概説』1 頁 (新日本法規出版、1973 年)、清水湛「新根抵当法の逐条解説 (上・中・下)」金融法務 618 号 4 頁、619 号 4 頁、620 号 4 頁 (1971 年)、柚木馨 = 高木多喜男・前掲『注釈民法』382 頁など参照。

民法典に追加規定された根抵当権は、付従性を緩和して、被担保債権の範囲を、主として、特定の継続的取引と一定の種類債権等とし、一切の債務とする包括根抵当を認めなかった。しかし、必ずしも基本契約や原因契約を要件とはしていない。この根抵当立法（現行法）は、被担保債権の範囲を次の4つの取引等に限定している（398条の2）。

- ①特定の継続的取引 ○年○月○日当座貸越契約、○年○月○日手形割引契約
- ②一定の種類取引 銀行取引、売買取引
- ③特定の原因に基づいて継続して生ずる債権
- ④手形上又は小切手上の債権

この立法（追加規定）によって、前述のように、被担保債権の範囲を一切の債務とする包括根抵当権は禁止された⁽¹¹⁾。根抵当権設定の段階では、設定当事者間において、上記4つのどれか1つ（又は複数）の被担保債権の範囲が記載された根抵当権設定契約が作成されていれば、まだ具体的に債権が発生している必要はない。このような根抵当権を取引限定根抵当権と呼ぶこととする。

（2）被担保債権の範囲⁽¹²⁾

被担保債権の範囲①の例として、具体的な継続的取引契約が締結されている、年月日当座貸越契約、年月日電気製品供給契約、年月日ファクタリング取引契約、年月日フランチャイズ契約、年月日リース取引契約、年月日農業共同組合取引契約などがある。これに対して、登記実務として認められない例として、年月日継続的債務保証契約に基づく将来の求償債権のうち何某に関する求償債権などがあげられている。いずれも、特定の継続的契約があり、その契約から不特定の債権が発生することを前提としている。登記手続とし

(11) 香川保一編著『新訂不動産登記書式精義中（二）』1296頁（テイハン、2000年）、小林資郎「根抵当」『民法講座3物権（2）』225頁（有斐閣、1984年）など参照。

(12) 我妻栄『新訂担保物権法（民法講義Ⅲ）』464頁（岩波書店、1968年）、道垣内弘人『担保物権法第3版（現代民法3）』234頁（有斐閣、2013年）など参照。

ては、申請書に特定の継続的取引契約を約定することで足りる事項として、当該契約の名称および契約成立の年月日を記載すればよいとされている（高柳輝雄『基本法コンメンタール不動産登記法 [第 4 版]』276 頁参照）。

被担保債権の範囲②「一定の種類取引」として、登記実務において認められている例には、売買取引、電気製品売買取引、手形貸付取引、当座貸越取引、商品供給取引、石油供給取引、銀行取引、信用金庫取引、保証取引、委任取引、消費貸借取引、賃貸借取引、請負取引、売買委託取引、保証委託取引などがある。これに対して、登記実務として認められない例として、金融取引、商社取引、農協取引、代理取引、仲立取引、問屋取引、根抵当取引、手形小切手取引、債務引受取引、リース取引、ファクタリング取引、レンタル取引、委託販売取引、準消費貸借取引などがあげられている。これらの場合、特定の契約の締結は必要ではなく、抽象的に契約の種類のみを登記しておくものである。ただし、前者が認められ後者が認められない理由は、「社会通念上その取引が客観的に法律上明らかになるように、換言すれば、ある債権が発生した場合、その債権が根抵当権によって担保される債権の範囲として約定されたその取引によって生じたものかどうか法律上明確になるように定めなければならない」（香川・前掲書『精義中（二）』1363 頁参照）。さらに、後者については、債権発生の原因となる法律関係を限定することが必要であり、単に取引の主体が限定されただけでは不十分であるとされている（高柳・前掲書 276 頁参照）。

最近の裁判例である最判平成 5（1993）・1・19 民集 47 卷 1 号 41 頁は、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、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、信用金庫法による業務に当たり、除外すべき特別の理由も認められないとした。この最高裁判決から、被担保債権の範囲を「銀行取引」と定めた場合にも、保証取引が同様に含まれると解釈されている⁽¹³⁾。その結果、

当事者が被担保債権の範囲として定めた場合、その取引の種類から生じた債権が広く含まれ、実務の必要に応じた柔軟な解釈がされていることになる⁽¹⁴⁾。

これに対して、最判平成19（2007）・7・5判例時報1985号58頁では、「保証委託取引による一切の債権」を被担保債権の範囲として設定された根抵当権の被担保債権には、信用保証協会の根抵当債務者に対する保証債務は含まれないとしている⁽¹⁵⁾。

わが国の根抵当権について、設定の段階から確定までは、原則として、付従性は否定されているとの指摘も行われている⁽¹⁶⁾。しかし、被担保債権の範囲については、極度額だけで足るとされたわけではなく、設定登記申請の際に、債権が発生する可能性のある特定の契約や取引の種類等を定めなければ受理されないこと、また当該契約や取引の範囲内で発生した債権にしか優先弁済権が認められていないということに留意する必要がある。

3 わが国の根抵当権の特徴（独自性）⁽¹⁷⁾

わが国の根抵当権の特徴（独自性）としては、以下のような指摘をすることができる。

（1） 抵当権と根抵当権の区分と連続性

抵当権は、付従性の原則が比較的厳格に維持されている。一般的に担保物

(13) 道垣内・前掲書『担保物権法〔第3版〕』234頁など参照。

(14) 伊藤進・判例時報1470号24頁、生熊長幸・ジュリスト1046号（平成5年度重要判例解説）78頁（1994年）、石田喜久夫・私法判例リマークス8号40頁、道垣内弘人・金融法務1364号42頁、吉田光碩・判例タイムズ750号54頁など参照。

(15) 吉田光碩・民商法雑誌137巻4・5号127頁、関武志・判例時報2002号169頁、山野目章夫・金融法務1844号33頁、高橋眞・私法判例リマークス38号18頁など参照。

(16) 小林資郎・前掲書225頁。道垣内弘人『典型担保法の諸相』377頁（有斐閣、2013年）は、包括根抵当禁止の趣旨を潜脱するかたちでの付従性の緩和は認められるべきではないとする。

(17) 普通抵当権と根抵当権の関係については、鈴木禄弥・前掲『根抵当法概説』503頁、同・前掲『根抵当制度の研究』314頁など参照。

権は、成立における付従性、内容における付従性、消滅における付従性、実行における付従性が求められている。抵当権では、特定（複数も可）の消費貸借契約や債権額等が合意・登記され、設定時から付従性が必要とされる。

これに対して、わが国の根抵当権は、被担保債権の範囲を、特定の継続的契約（前掲2被担保債権①）と一定の種類取引（前掲2被担保債権②）等に限定した。その範囲内で継続的に発生する有効な債権は全て含まれる（ただし、不法行為などの違法な行為によって生じた債権や包括根抵当禁止の趣旨に反する債権は、被担保債権から排除される）。

以上から、設定当事者は、特定（継続的ではない）の債権のための抵当権か又は継続的な契約・取引のための根抵当権か、明確に区分された2つに1つの選択肢を、需要に応じて選択することが求められる⁽¹⁸⁾。

また、抵当権とは区分されるが、被担保債権の範囲として、一定の取引等が登記され、その範囲に優先弁済権が限定される点で、設定時点から特定の被担保債権を担保するという抵当権との連続性が維持されている。

（2）被担保債権の範囲の公示による可能性

極度額と一定の取引等が登記され、優先弁済の範囲は、この登記された一定の取引等から生じた被担保債権の範囲に限定される。緻密な不動産登記制度のもとで特定の取引等を登記することによって、当該登記事項から被担保債権を予測することができ、実際上の余剰価値について他の金融の可能性を残し、極度額の範囲内で確定した時点での被担保債権を担保することができる。

具体的には、当事者間において、複数の継続的取引のうち当該不動産に対する優先弁済の範囲を明確に区分することができる。

さらに、物上保証人にとっては、当事者間でどのような取引を行いどのような被担保債権が生じているか必ずしも明らかではない。極度額は責任の上

(18) 原則として、20～30年の住宅ローン等は抵当権に、継続的な企業取引等は根抵当権へと誘導していることになる。

限であり、優先弁済額は、登記された一定の取引のうち現存する被担保債権に限られるため、自己の不動産に対する責任の範囲を予測することができる。

第三者にとっては、債権の範囲の登記がなければ、仮に現存する被担保債権が少額であったとしても、事実上、差押えや後順位担保の設定等について慎重になるか、断念せざるを得ない。

（3）不動産登記との一体性

わが国の不動産登記実務では、前述2のように、債権の範囲が明確な取引等の登記事項が予め用意され、不明確な場合には質疑応答に対する回答によって全国的に統一されるようになってきている。すなわち、抵当権と根抵当権は、入り口においても内容においても区分されている。また、根抵当権は、優先弁済のために債権の範囲が必ず合意・登記され、極度額だけの根抵当権かそうではない根抵当権かに分かれることはない。債権の範囲を公示する根抵当権は、このようなすぐれた登記実務と一体となって多様な機能を果たしているといえることができる。ただし、前述の裁判例（最判平成5・1・19や最判平成19・7・15）にあったように、取引の発展に応じて不明確な登記事項が生じたときは、新たな取引に迅速かつ柔軟に対応する体制が必要である。

（4）当事者間の取引需要への対応

わが国の根抵当権は、当事者や被担保債権（取引の種類等）の存在を前提としている。したがって、債権の範囲を変更（追加、削除、交換的変更）することによって、当事者の需要に応じた利用ができるのは当然のことである。また、バブル経済崩壊後の会社分割や会社合併等に対しては、根抵当権の確定に関する担保法・執行法の改正が行なわれた。

（5）抵当権としての機動性・実効性

根抵当権は、確定後に抵当権の効力を有する。根抵当権の確定前に登記されている債権の範囲で生じた被担保債権が確定後に固定することになる。当事者間で発生することが予想されない債権は、仮に有効に成立したとしても確定後の被担保債権として実行の対象となることはない。また、わが国の抵

当権・根抵当権は、いずれも、実行する場合には、担保権の登記簿謄本で足り、判決等の債務名義を必要としない（民事執行法 181 条 1 項 3 号）⁽¹⁹⁾。この点で担保権としての機動性・実効性には適っている。

三 ドイツ・韓国・中国等の最近の動向

1 ドイツ法

(1) ドイツ民法の保全抵当権と土地債務⁽²⁰⁾

ドイツ民法では、抵当権は、大別すると、流通抵当と保全抵当に分けられる。いずれにしても抵当権の実行においては、付従性が強く求められ、実行の際には債務名義を必要とする⁽²¹⁾。実行時に被担保債権が存在しない抵当権は効力を有しないからである。實際上、債務不履行後、いよいよ抵当権が実行されるというときに、裁判や公正証書作成に債務者が協力することを期待することが困難な場合が多い。このようなことから、保全抵当権及び最高額抵当権は、実務ではほとんど利用されないと指摘されている。

以上に対して、土地債務は、「目的不動産から一定の支払いを受ける物権的

(19) 浦野雄幸『条解民事執行法』808 頁（商事法務、1985 年）は、「ドイツ法のように債務名義（物的債務名義）を要求することは、理論論には可能であっても、現実論としては不可能であり」、としている。

(20) ドイツ土地債務については、鈴木禄弥『抵当制度の研究』309 頁（一粒社、1968 年）、田中克志『抵当権効力論』93 頁（信山社、2002 年）、中山知己「ドイツ土地債務の担保的機能（一）（二）（三・完）」立命法学 185 号 40 頁、186 号 218 頁、192 号 188 頁（1986～1987 年）、大場浩之「ドイツにおける登記と土地債務（Grundschuld）の関係（1）」早稲田法学 80 卷 4 号 143 頁、同（2）81 卷 1 号 47 頁、同（3・完）81 卷 2 号 135 頁、石川清＝小西飛鳥・前掲書 337 頁など参照。債務不履行後、いよいよ抵当権が実行されるというときに、裁判や公正証書作成に債務者が協力することは期待できないからである。

(21) 山田晟『ドイツ法概論Ⅱ〔第 3 版〕』242 頁（有斐閣、1987 年）、石川清＝小西飛鳥『ドイツ土地登記法』（三省堂、2011 年）340 頁など参照。

権利」（BGB1191条）であると規定される。また、土地債務は、債権の存在を前提としない。すなわち、付従性の原則を否定している。BGB1192条1項は、「これと別段の結果が生じない限り、抵当権に関する規定を準用する」と定め、被担保債権と関係しない場合に限り抵当権の規定を準用している。

たとえば、AがBに対する贈与として又は代物弁済としてBのために土地債務をAの甲土地に設定するような場合である。期日が到来したときの土地債務の実行については、土地債務の設定契約時に被担保債権の存在（付従性の原則）と関わらないため、設定時に執行認諾の合意「民事訴訟法第800条により強制執行することができる」を登記簿に登録することができる。この結果、抵当権と異なり、土地債務の債権者は、実行時には債務名義が不要とされる。

土地債務は附従性を有しないため、実務においては土地債務のほうが抵当権より好まれる傾向がある⁽²²⁾。

（2）土地債務の問題と保全土地債務規定（BGB1192条1a項）の新設⁽²³⁾

ところが、このような付従性に拘束されない土地債務は、抵当不動産の流動化や担保のために利用される場合が多くなる。問題となったのは、土地債務が設定された不動産が譲渡された場合、登記の公信力により、旧所有者に弁済した債務者が譲受人に再度弁済しなければならないという二重弁済の負担が生じるということであった⁽²⁴⁾。これに対して、判例は、旧所有者に弁済した債務者は、譲受人に対して抗弁権を主張することを認めることにより、不都合を回避してきた⁽²⁵⁾。

(22) 村上淳一ほか『ドイツ法入門〔改訂第8版〕』161頁（有斐閣、2012年）、石川清＝小西飛鳥『ドイツ土地登記法』（三省堂、2011年）348頁、大場浩之「ドイツにおける登記と土地債務（Grundschuld）の関係（1）」早稲田法学80巻4号145頁（2005年）など参照。

(23) ドイツ保全土地債務については、Staudinger,MomosKommentar BGB 8Auf1.2014 S1575ff.,Joerg-Andreas Weber,Kreditsicherungsrecht,9 Aufl.2012,S.220ff.

(24) 山田晟「土地債務の抽象性について（三・完）法協53巻3号416頁（1935年）。

しかし、このような解釈だけでは債務者の保護に十分ではないため、2008 年に民法 1192 条を改正し、同条に 1a 項「債務者が債権者に弁済した場合には、譲受人に対して債権の消滅を抗弁することができる」との追加規定を設けた⁽²⁶⁾。この範囲において、保全土地債務は付従性類似の拘束を受けることになったが、それ以外の点においては、保全土地債務は被担保債権に拘束されない担保権として機能している。

極めて安定した経済発展を遂げているドイツ経済において、保全土地債務が果たしている機能は、わが国の根抵当権の機能を考える上でも示唆に富むものである⁽²⁷⁾。付従性に阻害されることなく、実行において債務名義を要しない（認諾執行を登記する）という、機動的で、かつ、実効性のある担保制度が求められている。

(3) ドイツ法に対する評価

わが国では、根抵当権を認めるかどうかについて、ドイツの最高額抵当権、順位固定主義を理想とするものがあつた。また、その後にはドイツの土地債務も参考に供されてきた。しかし、抵当権、最高額抵当権、純粹の土地債務は、いずれも今日のドイツではあまり利用されていない。ドイツで現在もっぱら利用されているのは保全土地債務である。また、順位固定主義については、

(25) 中山知己・前掲「ドイツ土地債務の担保的機能（三・完）」立命法学 192 号 192 頁以下参照。

(26) 金鉉善「BGB 第 1192 条 1a 項の新設と保全土地債務」広島法学 38 卷 4 号 106 頁 (2015 年) 参照。

(27) ドイツ民法における保全抵当権から土地債務、保全土地債務への発展は、興味深い。しかし、抵当権では付従性の原則を貫き、実行に当たりその時点での債権額を確認するための債務名義が必要とされ、実務から敬遠されている。他方、土地債務は保全土地債務として利用されることになったが、全く付従性がないものが、執行認諾登記と組み合わせることによって、優先弁済の機能を果たしている。もともと附従性がなく担保と全く異質なものを担保のために代用するというのは、極めて便宜的な対応であり、理論的な一貫性に欠けるのではなかろうか。

ドイツ民法 1179 条が改正され、改正法 1179 条 a 項により潜脱されることになったといわれている⁽²⁸⁾。

前述の保全土地債務については、どのように評価すべきであろうか。前述のように、ドイツでは、最も一般的な担保手段として、保全土地債務が根抵当権と同様の機能を果たしている。しかし、もともと土地債務は、被担保債権の存在しない、すなわち付従性のない物権的換価権に過ぎない。換価権の限度額が登記されるために、これが担保目的で利用されている。消費貸借契約を締結しこの土地債務を設定することによって、わが国の根抵当権と同様の機能を営んでいる。本来は担保のために制定された抵当権が担保としての機能をはたすべきである。わが国でいえば、「不動産譲渡」という制度が民法典にあり、この「譲渡」制度が消費貸借契約と一体となり、担保のための「譲渡担保」として利用されているのと同じことになる。

本来は抵当権と担保としては連続性がない土地債務（物権的換価権）が第三者に譲渡されるため、前述のように、所有者の二重払いの負担という問題が生じた。最高額抵当権が担保制度として柔軟に発展していればこのような問題は生じなかった。その結果、2008 年の改正が必要となった。改正法によって所有者に抗弁権が与えられたが、土地債務であるとの性質は変わったわけではなく、対症療法的、かつ、便宜的な対応と評することができる。

2 韓国の改正動向⁽²⁹⁾

(1) 韓国の現状

韓国現行民法は、抵当権（第 356 条～第 372 条）の 2 番目の条文に 1 か条

(28) 山田晟『ドイツ法概論Ⅱ〔第 3 版〕』（有斐閣、1987 年）254 頁～256 頁参照。

(29) 金鉉善「根抵当制度における日韓比較」広島法学 35 卷 3 号 136 頁（2012 年）、同「韓国における包括根抵当権（1）（2・完）」広島法学 37 卷 2 号 126 頁、同 37 卷 4 号 100 頁（2014 年）、金載亭「韓国法における根抵当権に関する民法改正案」近江幸治＝道垣内弘人編『日中韓における抵当権の現在』（成文堂、2015 年）241 頁以下参照。

のみ根抵当に関する規定（第 357 条）を有する。この根抵当権は、担保する債権の確定を将来に留保して最高額のみを定めるものであり、包括根抵当権であるといわれている。ただし、根抵当権は、実務では、個人の住宅ローンなど特定債権の担保のためにも設定が一般的に行われている⁽³⁰⁾。また、金融取引実務では、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、その中から設定者が選択するようにしている。しかし、物上保証人が設定者になる場合には、債務の責任範囲の把握が容易でないことから、包括根担保を除外し、特定根担保、限定根担保の中から選択させる銀行が増えているとのことである⁽³¹⁾。以上から、抵当権と根抵当権の区分が明確ではなく、根抵当にも 3 種類のものがあり、根抵当権の効力をめぐって多数の裁判例が登場している。根抵当権規定が 1 か条のみでは対応できない状態にあり、改正案が検討されてきた。

(2) 2004 年改正案

この改正案は、わが国の根抵当権の被担保債権と類似の規定を設けるものである。ただし、わが国とは、「手形上又は小切手上的の債権」が被担保債権と異なる点で異なる。いわゆる取引限定根抵当を規定しようとする案である。具体的には、第 357 条の 2（根抵当権の被担保債権）、第 357 条の 3（被担保債権の範囲等の変更）、第 357 条の 4（債権最高額の変更）、第 357 条の 5（根抵当権の譲渡）、第 357 条の 6（根抵当権の共同帰属）、第 357 条の 7（債権譲渡、債務引受等と根抵当権）、第 357 条の 8（相続と根抵当権）、第 357 条の 9（合併と根抵当権）、第 357 条の 10（元本の確定請求）、第 357 条の 11（元本の確定事由）、第 357 条の 12（債権最高額の減額請求）の 11 か条が提案され、各内容には若干の差異があるものの、概ね類似の規定となっている。

(30) 金載亨・前掲論文 243 頁、権澈「韓国における担保制度の最近の動向」比較法研究 77 号 70 頁（2015 年）参照。現在の利用は、抵当権から根抵当権に代わり、根抵当権の設定が 9 割以上に達しているとのことである。

(31) 金鉉善・前掲論文広島法学 37 卷 4 号 83 頁、81 頁参照。

（3）2013年改正試案⁽³²⁾

2013年の改正委員会案は、包括根抵当を禁止する必要はないとするものである。この改正案は、根抵当権を極度額のみを登記事項とする包括根抵当へと転換するものである。この改正案が最終案となって立法される可能性が高い。2004年改正案との大きな差異としては、第357条の2（根抵当権の被担保債権）、第357条の5（根抵当権の譲渡）が削除されている。包括根抵当権を肯定するためである。反対に、2004年改正案にないもので新たに追加規定されるものには、第357条の8（法人の分割と根抵当権）、第357条の12（物上保証人の根抵当権消滅請求権）等がある。

3 中国法⁽³³⁾

中国では、1995年に「中華人民共和国担保法」、2000年に「中華人民共和国担保法適用に関する解釈」が既に制定されていたが、簡潔にすぎるということで、2007年10月1日に施行された「中華人民共和国物権法」に規定が設けられた。同物権法では、第4編担保物権に、第16章抵当権の第2節根抵当権として、第203条（根抵当権の内容）、第204条（根抵当権の被担保債権の譲渡）、第205条（根抵当権の変更と他の抵当権者の保護）、第206条（法定債権確定事由）、第207条（一般抵当権の規定の適用）の5か条が規定された。

特に、第203条は、根抵当権の内容という項目であり、抵当権者は極度額の限度において優先弁済を受ける権利を有すると規定し、最高額抵当を定められたものであるとされている。また、同条2項では、根抵当権設定前の債権も当事者の合意があれば被担保債権に組み入れることができる。

(32) 金載亨・前掲論文 243頁以下参照。抵当権規定の中への規定は適切であろうか。

(33) 小口彦太＝田中信行『現代中国法〔第2版〕』成文堂（2012年）231頁、曹士兵＝呉光荣「中国法における最高額担保制度」近江幸治＝道垣内弘人編『日中韓における抵当権の現在』（成文堂、2015年）255頁以下、段匡「中国における抵当権制度の現状と課題」比較法研究 77号 90頁（2015年）など参照。

最高額抵当は不特定債権を担保するものであるが、裁判例には、設定契約にあたっては担保される債権の範囲を明確にしなければならないとして、最高額保証の被保証債権の範囲に含まれないとしたものがある。また、当事者で発生する一切の債権を担保する包括最高額（根）担保が認められるかどうかについては、肯定説と否定説に分かれている。肯定説は、理由として、最高額が登記され第三者に損害を与えないこと、契約自由の原則から無効にすることができないこと、全ての債権といっても取引から生じた債権に限られることをあげている。否定説は、理由として、担保の従属性に反すること、後順位抵当権者や一般債権者の保護が十分でないこと、交換価値の有効利用を妨げることなどをあげる。

最近の学説には、最高額抵当の適用について、物権法は、「一定期間」と「継続して生じる」との2つの要件を課しており、包括最高額抵当を認めたわけではないとの見解が主張されている⁽³⁴⁾。

4 国際担保取引

国連国際商取引委員会 UNCITRAL は、「担保取引に関する UNCITRAL 立法ガイド」を 2007 年に採択した。そこでの担保取引の登記事項は、第 1 に、当事者の特定情報、第 2 に、担保目的財産の記述、第 3 に、登記期間である。極度額の定めに関しては、第 4 として、各国立法者に委ねられるとしている⁽³⁵⁾。

V わが国における根抵当権の将来

1 立法過程での議論

わが国では、根抵当権を立法するにあたり、包括根抵当を認めるべきかど

(34) 曹士兵 = 呉光荣・前掲論文 260 頁参照。

(35) 沖野眞巳「UNCITRAL 担保取引立法ガイドの策定」金融法務 1842 号 21 頁 (2008 年) など参照。

うか、特に付従性をどのように考えるかについて、議論が分かれた⁽³⁶⁾。

- ① 債権発生の可能性が法的、客観的に発生する必要がある、しかもその可能性が与信義務を設定する基本契約によって示されていないとしないとする見解。
- ② 債権発生の可能性が基本契約によって示されていないとしながらも、この基本契約は与信義務をその内容に含む必要はなく、債権発生の原因が約定の基本契約ないし法律関係によって特定されていればよいとする見解。
- ③ 債権発生の原因が事實的、客観的に存在すれば足り、必ずしも基本契約の存在を要しないとする見解。
- ④ 債権発生の原因が当事者の主観において存在すれば足り、契約面での基本契約も実質面での信用の個性も問題とする必要はないとする見解。

以上の見解のうち、①ないし③が包括根抵当を否定する見解であり、④が包括根抵当を肯定する見解である。前述のように、根抵当立法では、③の見解が採用され、緩和された形での付従性の要請に応じているといわれている。

2 包括根抵当に関する肯定説と否定説の理由

(1) 包括根抵当肯定説

前述のようなドイツ法における保全土地債務の展開があり、近隣国が包括根抵当を認める傾向がある中で、わが国においても極度額のみ登記で足る簡便な制度を導入すべきであるとする見解がある。その理由として、以下のようなものが考えられる。

- ① 極度額の登記だけの方が取引の種類等を登記する必要はないから当事者にとって簡便である。

(36) 小林資郎・前掲書 221 頁参照。

- ② 第三者は極度額を基準に行動するから、極度額など被担保債権の限度額を登記することによって第三者に損害を与えるおそれはない。
- ③ 他から金融がふさがれるとしても、もともと債務者が自ら選んだ方法であり、これを無効とする理由にはならない。
- ④ ドイツでも保全土地債務が最もよく機能している。
- ⑤ 途中で被担保債権や債務者の変更をする必要もなく、余分な費用もかからない。
- ⑥ 抵当権者は、取引の種類や取引額に拘束されずに極度額を確保し第三者に対抗できる。
- ⑦ 現在及び将来生ずる一切の債権には、不法行為によって生ずる債権等は含まれない。
- ⑧ 動産債権譲渡特例法や譲渡担保などで根担保が許容されている。

(2) 包括根抵当否定説

現在根抵当制度では、債権の範囲として特定の取引等を登記事項として公示し、信用取引としての根抵当取引の円滑化、合理化を促進する機能を果たしているから、包括根抵当は認めるべきでないとする見解がある。その理由には、以下のようなものがある。

- ① 特定の取引等を合意し登記することによって付従性が要請される抵当権と一定の連続性を維持できる（理論的一貫性）。
- ② 当事者が合意した取引等に優先弁済権が制限され、債務者を保護する効果がある。当事者間で複数の取引を行い、債務者・物上保証人が複数の不動産を所有する場合に、当該被担保債権によって担保される不動産を限定し、登記することができる⁽³⁷⁾。
- ③ 被担保債権が少ない場合に、極度額の変更（減額）をせずに実際上の余

(37) 不動産ごとに債権の範囲を変えて登記をすることによって優先弁済権を制限し対抗することができる。

剰価値について他からの金融の余地も残し（金融可能性）、交換価値の有効利用が可能となる。

- ④ 極度額と債権の範囲が公示（登記）されることによって、その取引から生ずる債権に優先弁済権が制限され、債務者、物上保証人、後順位権者、第三者に予測可能性を与える⁽³⁸⁾（透明性）。
- ⑤ 登記された一定の取引等から有効に発生する全ての債権が極度額の範囲内で優先弁済権の対象となるから、現在の根抵当で根抵当権者にとっても不都合は生じない。
- ⑥ 根抵当に極度額だけの根抵当や極度額と一定の取引等を必要とする根抵当などが混在する場合には、当事者間と第三者関係とでそれらの分類が必要となり、取引実務及び実行制度が複雑となりうる。
- ⑦ 仮登記担保法（14条）や企業担保法（6条・7条）が包括根担保の効力を制限しているのと整合性を欠く。
- ⑧ 根抵当権の実行の場合、判決などの債務名義を不要とし、執行手続制度にも親和的である。
- ⑨ 債権者は社会的強者である金融機関（ノンバンク）等であり、個人や零細企業を圧迫する不公平な結果を生じるおそれがある。

3 わが国の根抵当権の将来

（1）不動産登記制度との緻密な連携

被担保債権について、わが国のような登記事項を定める法制度を持つ国は多くないのではなからうか。わが国の根抵当権は、不動産登記制度と一体となって成り立っている。このような緻密な不動産登記制度に基づいているのがわが国の根抵当権の独自性の1つである。ただし、債権の範囲に関する登

(38) 金融取引や農協取引等が認められていないのは、そこから生じうる債権の範囲が広すぎるからである。確定期限直前に予想していない債権が制限なく混入してくる恐れがある。

記事項については、新たな取引に対応できるよう柔軟に改善していく必要がある。

(2) 根抵当実務の形成と関係者の利益

根抵当制度は、融資を受ける側においても、何度も消費貸借のたびに登記申請する必要がない点で費用その他の面でメリットがある。ただし、実務上、根抵当設定契約書はほとんど金融機関が作成している。同約定書の内容については、個人又は小規模事業者に不利益な条項も含まれている。各国の動向としても、経済的強者である金融機関が根抵当法実務を形成しており、消費者契約法の問題が生じている。

わが国の根抵当は、法制度として、取引の種類等を登記することによって、設定時から実行までにおける債務者、設定者、物上保証人、当該不動産に関する利害関係人である第三者の利益を考慮している。

(3) わが国の選択

現在認められていない金融取引、農協取引、商社取引等もすべて包含され、極度額のみを登記で足るとする包括根抵当権を認めるべきか、債権の範囲として取引の種類等を記載し、普通抵当権との連続性を維持する限定根抵当権を維持すべきか、多方面からの検討が必要である。どのような制度も完全ではないが、次の2つのどちらを選択すべきであろうか。

第1は、現在の根抵当制度を基本的に維持する。しかし、この場合でも債権の範囲に関する登記事項を改善することや被担保債権資格等を明確にしていく必要がある。

第2に、最近の諸外国の動向に応じ、簡便性・柔軟性・実効性を重視して、極度額のみを登記する包括根抵当制度を選択する。この場合には、債務者、物上保証人、後順位担保権者、第三者を不当に排除しないような柔軟な法的対応が必要である。

4 むすび

根抵当権は、依然として、企業等の資金調達の要としての機能を営んでいる。堅実な金融担保制度として発展しなければならない。わが国の根抵当権は、その沿革から見ても、高度経済成長を支え、改正などにより（一時期機能不全があったことも事実であるが）、バブル経済崩壊を克服し、サブプライムローンやリーマンショックにも耐えてきた。さらなる経済の変化にも対応しうる堅実な金融担保制度が構築されなければならない。

<参照条文>

【ドイツ法】

第 1113 条（抵当権の法律内容）

- (1) 抵当権は、その土地に負担を設定した者が債権者に対する債務を弁済するために、その土地から一定の金額を支払う方法によって、設定することができる。
- (2) 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。

第 1190 条（最高額抵当）

- (1) 抵当権は、土地の担保すべき最高額のみを定め、その債権の確定を留保して、設定することができる。最高額は不動産登記簿に登録しなければならない。
- (2) 債権が利息付であるときは、利息は最高額に算入する。
- (3) 本条の抵当権が、保全抵当権として登記簿に表示されない場合においても、保全抵当権の登記とみなす。
- (4) この債権は、債権譲渡の一般規定に従って、譲渡することができる。債権がこの規定によって譲渡されたときは、抵当権の移転は生じない。

第 1191 条（土地債務の法律内容）

- (1) 土地債務は、その土地に負担を設定した者がその土地から一定の金額を支払う方法によって、設定することができる。
- (2) 土地債務は、金額の利息及び賃貸人の付随給付を支払う方法においても

設定することができる。

第 1192 条 (適用可能規定)

- (1) 土地債務は、債権を前提としないことにより別段の結果が生じない限り、抵当権に関する規定を準用する。
- (1a) 請求権の担保のために土地債務を設定したときは (保全土地債務)、所有者は、旧債権者との担保契約に基づいて土地債務につき取得し、又はその担保契約から生ずる抗弁権をすべての土地債務の取得者に対抗することができる。この場合には、第 1157 条 2 文は、適用しない。その他の場合には、第 1157 条が適用される。
- (2) 土地の利息については、抵当債権に関する規定を適用する。

【韓国法】⁽³⁹⁾

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、債務の利息は、最高額に算入したものとみなす。

2004 年改正案

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その他の一定の種類取引から発生する債権又は特定した原因によって継続的に発生する債権に限定する。

第 357 条の 3 (被担保債権の範囲等の変更)⁽⁴⁰⁾

(39) 金鉉善「根抵当制度における日韓比較」広島法学 35 卷 3 号 136 頁以下 (2012 年) を参照。

(40) 優先弁済権の範囲とその対抗は、極度額のみによって制限され、債権の範囲等の変更によっては制限されないことになる。

- 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。

2013 年改正試案

第 357 条の 2（2004 年改正案）を削除

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。
- 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。

【中国法】⁽⁴¹⁾

中国物権法（2007 年 10 月 1 日施行）

第 203 条（根抵当権の内容）

- ①債務の履行を担保するために、債務者又は第三者が一定期間内に継続的に発生する債権のために財産を担保に供した場合、債務者が履行期の到来した債務を履行せず、又は当事者が約定した抵当権を実行する事由が発生したときは、抵当権者は、極度額の限度において当該担保物から優先的に弁済を受ける権利を有する。
- ②根抵当権の設定前に存在していた債権は、当事者の合意を得て、根抵当の担保する債権の範囲に組み込むことができる。

第 207 条（一般抵当権の規定の適用）

根抵当権については、本節の規定を適用するほか、本章第 1 節の一般抵当権の規定を適用する。

(41) 鈴木賢他『中国物権法条文と解説』（成文堂、2007 年）63 頁、松岡和久＝鄭芙蓉訳「中国物権法条文仮訳」NBL857 号 35 頁など参照。