

# 琉球大学学術リポジトリ

## 韓国における不動産の非典型担保と利用権

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-08-28 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 上河内, 千香子 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/20.500.12000/1554">http://hdl.handle.net/20.500.12000/1554</a>

## △研究ノート▽

## 韓国における不動産の非典型担保と利用権

上河内 千香子

## 一 問題提起

わが国においては、抵当権が主要な金融の担い手である一方で、民法施行後間もなくの時期から、非典型担保の慣行が存続している。このような非典型担保については、その存在意義の一つとして、債務者に占有を残し得るという点を挙げる事ができるが、この点は、特に、動産に関して重要である。

一方、不動産については、優れた非占有担保として抵当権があるものの、非典型担保の利用も皆無ではなく、<sup>①</sup> 仮登記担保については、仮登記担保契約に関する法律（以下、仮登記担保法と略する）が制定され、同法においては、担保権と利用権の関係を規律するものとして、法定借地権制度が予定されている。<sup>②</sup>

ところで、隣国の韓国では、後述の通り、わが国の仮登記担保法とほぼ同時期に「仮登記担保等に関する法律」が制定され、同法が、非典型担保の一般的規範となつてゐる。ここにおいては、担保権と利用権の関係はどのような規律されているのであろうか。わが国と韓国においては、ドイツ民法九二五条二項のような規定が存在しない故に、共に、不動産の非典型担保を觀念することが容易であり、さらに、不動産制度についても、土地建物の別個独立性を採用しているという共通点がある。法制度の類似性が強いという理由のみで、社会経済的背景を異にする韓

国法の取扱いを無批判に受容することはできないが、同法の取扱いは、わが国における担保権と利用権の調整を客観的に検討する素材を提供していると考えられる。本稿は、以上のような視角に基づき、韓国法の取扱いを手がかりに、不動産の非典型担保と利用権の関係を検討するものである。<sup>3)</sup>

## 二 抵当権と利用権の調整

本稿の検討の前提として、まず、韓国民法における抵当権と利用権の関係を整理してみることにする。韓国法では、わが国と同様、土地建物を別個の不動産と構成しているため、法定地上権制度が存在する。<sup>4)</sup> また、韓国民法では、不動産利用権として、賃借権のほか、韓国独自の制度である「伝賃」「月賃」という制度が予定されている。<sup>5)</sup> したがって、これらの不動産利用権と抵当権との関係も問題となり得る。

### (一) 法定地上権

韓国民法における法定地上権制度の条文は、次のようなものである。<sup>6)</sup>

第三六六条（法定地上権） 抵当物の競売により土地及びその地上建物が異なる所有者に帰した場合には、土地所有者は、建物所有者に対して地上権を設定したものとみなす。ただし、地代は、当事者の請求により裁判所がこれを定める。

この規定の趣旨は、わが国の民法三三八条と同様である。すなわち、同一所有者に帰属する土地建物の一方又は双方に抵当権が設定・実行された場合において、建物の敷地利用権が認められない故に生ずる建物収去を回避するために、法定地上権制度が予定されているのである。<sup>7)</sup>

また、近時の韓国における民法改正では、三六六条に加えて、法定地上権について、新たな規定が設けられる予定である。<sup>8)</sup> その規定の改正試案は、「同一の所有者に属する土地とその地上建物が、所有者を異にするときには、建物所有者のために、存続期間を定めていない地上権設定契約が締結されたことと推定する」というものであった。<sup>9)</sup> 右の改正試案は、同一所有に属する土地建物の所有が、強制競売、売買、贈与等を機縁として分離した場合、当事者間に建物を収去することについて合意がなされていない限り、「朝鮮における慣習」という理由から、地上権を認めてきた判例を明文化したものである。<sup>10)</sup> しかし、右の改正試案に対しては、例えば、土地又は建物の売買契約当事者間で、敷地利用権として、賃借権の合意がある場合との均衡を失している等の批判が加えられている。<sup>11)</sup> その後、右の改正試案は、修正を加えられ、次のような改正案となった。

韓国民法改正案二七九条の二（地上権の設定）<sup>12)</sup> 同一の所有者に属する土地とその地上建物が法律行為によりその所有者が異なったときには、その建物所有者のために存続期間を定めない地上権設定契約が締結されたものと推定する。

同一の所有者に属する土地とその地上建物が抵当物の競売以外の競売によりその所有者が異なったときには、第三六六条を準用する。

(2) 建物利用権と抵当権

i 建物利用権の対抗力

① 「伝賃権」「月賃権」の対抗力

韓国においては、不動産利用権の一種として、「伝賃」「月賃」と呼ばれるものがある。伝賃権とは、伝賃金を支払い、他人の不動産を占有する権利であり、住宅の利用権として用いられている<sup>14)</sup>。伝賃権設定者(家主)は、伝賃金を運用して利益を上げ、他方、伝賃権者は、家賃と伝賃金の利息を相殺するという前提に基づき、家賃を支払わず、家屋返還の際に、伝賃金の返還を受ける<sup>15)</sup>。これに対して、月賃権は、営業用建物の利用権として用いられているが、伝賃権とは異なり、月々の家賃を支払う<sup>17)</sup>。伝賃権及び月賃権は、共に、韓国の慣習に由来する権利であるが、韓国民法上、伝賃権は物権、月賃権は債権と構成されており、登記が対抗要件となっている<sup>19)</sup>。もつとも、伝賃権の登記は、伝賃権に物権的に強い効力を付与する、あるいは、金融機関からの融資や税金上の不利益が生じる、などの理由から、住宅所有者に敬遠されているため、債権契約としての伝賃契約が一般的である<sup>20)</sup>。

② 不動産賃借権の対抗力

不動産賃借権は、韓国民法六二二条二項により、登記が対抗要件である。もつとも、わが国と同様、賃貸人の優越的地位等のため、賃借権の登記は、実際には、ほとんど行われていないという<sup>21)</sup>。

第六二二条(賃貸借の登記) 不動産賃借人は、当事者間に反対の約定がなければ、賃貸人に対してその賃貸借の登記手続に協力することを請求することができる。

不動産賃貸借を登記したときは、その時から第三者に対して効力が生ずる。

### ③ 住宅賃貸借保護法三条

上述のような民法の取扱いによると、登記を具備していない不動産利用権は、対抗力を有しない、ということになるため、借家人は、建物が譲渡された場合、居住が不安定となり、伝賃金、保証金の返還が確保されない可能性がある。韓国では、この問題については、住宅用建物については住宅賃貸借保護法（一九八一年制定）、商事用建物については商事用建物賃貸借保護法（二〇〇一年制定）<sup>23</sup>により、対応している。右の立法は、その名称から伺えるように、建物賃借権を対象としたものであるが、未登記の伝賃権も、本法に服することとなっている。住宅賃貸借保護法は、賃借権の対抗力について、三条一項に規定を設けている。

第三条（対抗力等）賃貸借は、その登記がない場合にも賃借人が住宅の引渡及び住民登録を終えたときは、その翌日から第三者に対して効力が発生する。この場合、転入申告をした時に住民登録されたものとみなす。

― 二項以下省略 ―

右の三条一項によると、賃借権が登記されていない場合であっても、住宅の引渡し、及び住民登録により、賃借権は対抗力を有する、ということになる。住民登録が要件とされているのは、住民の居住関係、あるいは、人口の動態を明確にし、行政事務の処理を容易にするという行政目的のためであるという。この要件は、住民の異動を把握するために設けられていると言われているが、賃借人の保護を阻む裁判例を生む結果となっているようである。<sup>24</sup>

例えば、この点について、住宅の引渡及び住民登録を受けた賃借人が、住民登録を一時的に移転させている間に、抵当権が設定され、実行を受けたという事案に対し、「住宅の引渡し及び住民登録という対抗要件はその対抗力取得時に備えるだけでは足らず、その対抗力を維持するためにも引続き存在しなければならない」と判示した裁判例が存在する。<sup>(28)</sup>

## ii 抵当権の実行による賃借権、未登記伝賃権の帰趨

次に、抵当権の実行に伴う賃借権の帰趨を見てみよう。韓国民法においては、わが国における短期賃貸借保護制度（旧三九五条）のような規定は予定されていない。<sup>(29)</sup>したがって、建物への抵当権設定前に賃借権が設定された場合には、民法六二一条二項、あるいは、住宅賃貸借保護法三条の対抗力を備えた賃借権は、抵当権実行後も、競落人に対抗することが可能であるが、建物への抵当権設定後に賃借権が設定された場合には、住宅賃貸借保護法三条の五により、抵当権実行後は、対抗力を備えた賃借権については、保証金が全額弁済されるまで存続するものの、それ以外は、覆滅することとなっている。<sup>(30)</sup>

第三条の五（競売による賃借権の消滅）賃借権は、賃借住宅に対して民事訴訟法による競売が行われた場合には、その賃借住宅の競売により消滅する。ただし、保証金が全額弁済されない対抗力がある賃借権は、この限りでない。

しかし、住宅賃貸借保護法は、賃借人に対する保証金の優先弁済を認める形で、賃借人保護を図っている。まず、三条の二第二項により、賃借人は、三条一項の対抗要件に加えて、賃貸借契約証書上の確定日付を備えることによ

り、後順位権利者や債権者に優先して保証金の弁済を受けることが可能である。<sup>②</sup>

三条の二（保証金の回収） 賃借人が賃借住宅に対して保証金返還請求訴訟の確定判決その他これに準ずる債務名義に基づく競売を申請する場合には、民事訴訟法第四九一条の二の規定にかかわらず、反対義務の履行又は履行の提供を執行開始の要件としない。

第三条第一項の對抗要件及び賃貸借契約証書上の確定日付を備えた賃借人は、民事訴訟法による競売又は国税徴収法による公売時賃借住宅（空地を含む）の換価代金から後順位権利者その他債権者より優先して保証金の弁済を受ける権利がある。

―三項以下省略―

さらに、同法八条一項及び三項は、三条の對抗要件を具備した賃借権の保証金が少額な場合には、賃借人が、保証金の一部について、他の担保権者に優先して弁済を受けることを認めている。<sup>③</sup>

第八条（保証金中一定額の保護） 賃借人は、保証金中一定額を他の担保物権者より優先して弁済を受ける権利がある。この場合、賃借人は、住宅に対する競売申請の登記前に第三条第一項の要件を備えなければならない。

第三条の二第四項から第六項までの規定は、第一項の場合にこれを準用する。

第一項の規定により優先弁済を受ける賃借人及び保証金中一定額の範囲及び基準は、住宅価額（空地の価額を含む）の二分の一の範囲内において大統領令で定める。

この規定の目的は、社会的に劣悪な立場の賃借人を保護することにある。韓国では、本条のような効力を備える

権利を「優先特権」と称しているが、これは、わが国の先取特権に相当するものである。<sup>32)</sup> 同条のように、上述のように、保証金のうちの一定額が「優先特権」と構成されている点については、過去に、貸借人保護のために、全額にする旨の改正案も出されていた。<sup>33)</sup> しかし、この点については、①取引秩序の根本的な破壊につながる、②住宅の担保価値が減少するため、住宅所有者が住宅を賃貸しなくなる、③少額保証金の保護範囲を超える保証金の値上げを惹起し、貸借人の保護に反する、という理由から、実現には至らなかったという。

韓国における抵当権と貸借権の関係は以上のようなものである。韓国法においては、わが国とは異なる形で、貸借人の保護が試みられているのであるが、この点について、仮装貸借人と賃貸人が結託して、競売の際に優先配当を受けることにより、抵当権者を害する、という問題が指摘されている。<sup>34)</sup> つまり、かつてのわが国と同様、建物賃借権を利用した抵当権侵害が存在しているということである。しかし、韓国法における貸借人の保証金の取扱いは、わが国において、明渡猶予制度の導入の結果、貸借人に対する敷金の返還が困難となっている点と対象的である。<sup>35)</sup>

### 三 不動産の非典型担保と利用権

韓国民法典は、担保物権として、留置権、質権、及び抵当権を予定しているが、実際の取引の現場では、わが国と同様、これらの担保制度の不便さを回避するべく、譲渡担保、買戻し、仮登記担保等、所有権移転構成の担保方法も用いられている。しかし、韓国においては、非典型担保における債権者の暴利を防ぎ、債務者を保護する観点から、一九八三年に「仮登記担保等に関する法律」が制定され、債権者に清算義務が課されることとなった。韓国

の仮登記担保法は、日本法の影響を受けたものであるが、一条及び二条一項により、日本法の仮登記担保法とは異なり、仮登記担保のみならず、譲渡担保等、他の非典型担保の規範となつて<sup>57)</sup>いる。韓国法の下では、同法の適用は、提訴前和解調書の利用により、回避することが可能であるものの、<sup>58)</sup>同法の規制により、現在では、非典型担保の利用がほとんどなくなつたと言われている。このような韓国の仮登記担保法においては、利用権との調整規定として、法定地上権に関する規定（一〇条）、及び、仮登記担保と賃借権を調整する規定（五条）が設けられている。

### （一）法定地上権

韓国の仮登記担保法における法定地上権制度は、次のような内容である。

一〇条（法定地上権）土地及びその地上の建物が同一の所有者に属する場合に、その土地又は建物に対して第四条第二項の規定による所有権を取得し、又は担保仮登記に基づく本登記が行われた場合には、その建物の所有を目的としてその土地に地上権が設定されたものとみなす。この場合、その存続期間及び地料は、当事者の請求により裁判所が定める。

日本法においては、民法三八八条と仮登記担保法一〇条は、基本的な構造を同じくするものの、両者の間には、建物への担保権の設定、及び、成立する敷地利用権の内容に差違が存在する。他方、韓国法では、別の形で、民法と仮登記担保法の法定地上権制度の間には違いが設けられている。すなわち、韓国の仮登記担保法における法定地上権制度は、民法三六六条とは異なり、土地と建物に共同仮登記担保が設定された場合を想定していない。これは、立法時に、土地建物の双方に仮登記担保が設定、実行を受けた場合、債権者が土地建物の所有者となるため、法定

地上権が成立する余地はないと考えられたためではないか、とされている。<sup>⑥</sup>

(2) 仮登記担保と賃借権の調整

上述のように、韓国における抵当権と賃借権の調整については、住宅賃貸借保護法に負うところが大きい。では、抵当権ではなく、仮登記担保を設定した場合、仮登記担保と賃借権との関係は、どのように調整されることになっているのであろうか。この点については、仮登記担保法五条五項により、仮登記担保の設定に劣後する賃借権は、仮登記担保の実行により、消滅するものの、民法及び住宅賃貸借保護法の對抗要件を具備した賃借権は、清算金からの保証金の支払いと賃借権の消滅が同時履行（五三六条）となっており、このことにより、賃借人の保護が図られている。

第五条（後順位権利者の権利行使） 後順位権利者は、その順位により債務者等が支払いを受ける清算金に対して第三条第一項の規定により通知された評価額の範囲内において清算金支払時までその権利を行使することができ、債権者は、後順位権利者の要求がある場合には、これを支払わなければならない。

第一項の権利を行使する場合には、その被担保債権の範囲内においてその債権の明細及び証書を債権者に提示・交付しなければならない。

債権者が第二項の明細及び証書を受けて後順位権利者に清算金を支払ったときは、その範囲内において清算金債務は、消滅する。

第一項の権利行使を阻止しようとする者は、清算金を差押又は仮差押しなければならない。

担保仮登記後に対抗力ある賃借権を取得した者には、清算金の範囲内において民法第五三六条の規定を準用する。

## 四 検討

韓国法における抵当権及び非典型担保と利用権の調整は以上である。本節では、上記のような韓国法とわが国の取扱いを比較検討してみることにする。

### （一）法定地上権

韓国法及び日本法は、土地と建物を別個の不動産として取り扱い、このことから生じる敷地利用権問題について、法定地上権制度で対応している。しかし、両者の法定地上権に関する取扱いは、必ずしも同一ではない。その一例として、近時の韓国民法の改正により、売買等の法律行為により、土地建物の所有が分離する場合には、地上権の設定契約が推認される規定が加えられる点を挙げることでしよう。また、両者については、仮登記担保法上の法定地上権（借地権）に設けられた民法典上の法定地上権制度との差異にも違いがある。すなわち、わが国の場合には、建物への担保権設定を除外する点、及び、敷地利用権の内容を賃借権としている点において、仮登記担保法一〇条と民法三八八条の法定地上権との間に差異がある。前者は、建物に仮登記担保を設定する場合には、停止条件付き借地権が設定されることが期待できること、後者は、通常の敷地利用権の内容が賃借権であることに配慮したためである<sup>14</sup>。他方、韓国の場合には、土地建物の一方のみに抵当権を設定することを予定している点で、仮登記担保法と民法のそれとは異なるものの、敷地利用権の内容は、共に地上権である。したがって、韓国においては、わが国で想定されているような、仮登記担保権の実行ではなく、強制競売が申し立てられた場合に成立する敷地利用権が地上権か、あるいは、賃借権か、というような問題は生じないと思われる。

(2) 建物利用権と抵当権の調整

建物賃借権と抵当権の調整については、わが国と韓国は、別個の制度を用いている。わが国の民法は、抵当権と賃借権の調整について、かつて、短期賃貸借保護制度が抵当権の実行妨害に用いられたという事情を踏まえて、抵当権の実行により、賃借権が覆滅することを前提に、明渡猶予制度（民三九五条）及び抵当権者の同意制度（民三八七条）を採用した。

韓国法においても、抵当権設定に劣後する賃借権は、わが国の現行民法と同様、抵当権の実行により、覆滅することとなっている。しかし、それと同時に、韓国法は、賃借人に対する保証金の返還を手厚く保障することにより、賃借人の保護を図っている。すなわち、抵当権の設定に劣後する賃借権についても、対抗力を備えている場合には、抵当権実行後も、全額の保証金の返還がない限り、覆滅しない、あるいは、他の債権、担保権に優先して、保証金が返還され得る制度を設けることにより、賃借人の保護を図っている。また、仮登記担保法においても、賃借人に対する保証金返還と明渡しを同時履行とすることにより、賃借人の保護を図っている。右のような韓国法の取扱いは、明渡猶予制度の下で、賃借人に対する敷金の返還が保障されていない、わが国の現状を考える上で参考になる。

(3) 不動産の非典型担保のあり方について

韓国においては、仮登記担保法が他の非典型担保にも適用されることとなっており、その結果、不動産の非典型担保が激減し、根抵当権の利用が増加した、と言われている。根抵当権の規定が一ヶ条しか置かれていなかったことがその原因と言われているが、今回の韓国民法の改正により、根抵当権については、債務者及び根抵当権設定者

を保護する目的で、一一ヶ条の規定が設けられる予定である。このため、今後、根抵当権に関する立法が、韓国の不動産の非典型担保の実態に与える影響を分析する余地があらう。

また、韓国法固有の物権である伝賃権は、用益物権と担保物権の両方の性質を備えた物権であるが、その基本的性質を担保物権と解した場合、民法制定を機に成文化した慣習法上の担保物権という位置付けが可能なのではないだろうか。このように考えた場合、不動産の非典型担保のあり方を考えるにあたり、伝賃権の動向から、示唆を得ることができよう。

#### 註

(1) 教科書等では、抵当権ではなく、不動産の非典型担保を利用する利点として、公の競売を回避し得る、あるいは、抵当権の負担を回避し得る、などの点が挙げられている。しかし、実務において不動産の非典型担保が利用される理由が、右のような点にあるのかということは、今後、検討の余地があるように思われる。

(2) その一方で、仮登記担保法においては、民法旧三九五条のような、担保権と賃借権を調整する規定は存在しない。この点について、「仮登記担保法の諸問題」ジュリ六七五号四六頁以下（吉野発言）（一九七八年）においては、仮登記担保については、旧三九五条の適用を否定する意図であったと説明している。なお、仮登記担保と賃借権の調整について、旧三九五条の類推適用が争われた判例として、最判昭五六年七月一七日（民集三五卷五号九五〇頁）がある。本判決では、①仮登記の順位保全の効力には何ら制限が設けられていない、②仮登記担保法は、短期貸借保護制度の準用を否定する立場を採用している、③短期貸借が対抗力を有することになると、仮登記担保権者は仮登記に基づく本登記をすることができない、という理由から、類推適用を否定した。

(3) 本稿は、平成一五年〜平成一七年度科学研究費補助金基盤研究B（一）「非典型担保の実態・解釈・立法」の研究の成

果である。

- (4) 石昌目「韓国における住宅賃借権—伝賃制度を中心に—」北法五〇巻四号二〇六頁(一九九九年)、金相容『物権法全訂版 増補』七二四頁(法文社 二〇〇三年)。
- (5) 伊藤進「韓国における不動産利用権に関する法律の改正」『私法研究著作集第二巻民法論下』五二頁(信山社 一九九四年)によると、一棟の建物の一部の利用を目的として、比較的少額の保証金が授受される場合には賃貸借、他方、建物全体、あるいは、建物の一部であっても高価な事務室用、店舗用を利用する場合、比較的多額の保証金が授受される場合には、伝賃権の構成が用いられる、という。
- (6) 本稿で取り上げた韓国法の条文は、基本的に、前田達明編『史料 民法典』一八〇〇頁以下(成文堂 二〇〇四年)、WEB六法 <http://www.geocities.co.jp/WallStreet/9133/>を参照した。
- (7) 金・前掲注(4)七二四頁以下。
- (8) 韓国民法の改正の過程及び趣旨については、鄭鍾休「韓国民法の現代化(一)」民商二二六巻二号一頁(二〇〇二年)以下参照。
- (9) 梁彰洙「最近の韓国民法典改正作業」民商一二七巻四・五号一八〇頁(二〇〇三年)。
- (10) 梁・前掲注(9)一八〇頁以下。もともと、本論文では、このような慣習の存在自体を疑問視しており、本文のような改正試案に批判的である。
- (11) 梁・前掲注(9)一八一頁。なお、伊藤・前掲注(5)五二頁によると、韓国においても、他人の土地を利用するために地上権を設定するということはほとんどない、という。
- (12) 金祥洙「民法改正案について(下)」際商三三巻九号二二七四頁(二〇〇四年)。
- (13) 高翔龍「現代韓国法入門」一六八頁(信山社 一九九八年)、尹大成「伝賃権の歴史と解釈」『21世紀の日韓民事法学—高翔龍先生日韓法学交流記念』三八三頁(信山社 二〇〇五年)、石・前掲注(4)一八四頁によると、伝賃金は、通

常、家屋の代価の半額乃至七、八割という。

(14) 韓国民法三〇三条一項によると、伝賃金は、不動産の後順位権利者及び一般債権者に対して優先的に弁済されることになっている。したがって、伝賃権は、用益物権と担保物権の性質を兼ね備えた物権と解することが可能である。尹大成・前掲注(13) 四一五頁以下によると、伝賃権の基本的性質を用益物権と解するか、あるいは、担保物権と解するか、という点については、韓国においても、見解が統一されていないようである（尹教授は、伝賃権の歴史的経緯を重視され、基本的性質は担保物権である、という立場を採られている）。

(15) 石・前掲注(4) 一八七頁以下によれば、韓国では、高金利故に、伝賃保証金に対する利子相当額を借賃と見ることができるといふ。

(16) 韓国民法三一七条参照。

(17) 高・前掲注(13) 一七三頁。

(18) 伝賃権、月賃権の史的検討については、前掲・尹論文参照。

(19) 高・前掲注(13) 一六七頁以下。

(20) 石・前掲注(4) 一八九頁以下。

(21) 石・前掲注(4) 一九三頁、李根植「韓国民事法の諸問題―財産法―」金晳洙・石川明編著『韓国民事法の現代的諸問題』二六頁（慶応通信 一九九一年）、三上威彦「韓国改正民事法の諸問題について―日本法の立場から―」同五八頁。

(22) 延基築「商事用建物賃貸借保護法の主要内容と問題点」『現代の韓国法』一五七頁（有信堂高文社 二〇〇四年）によると、同法は、商事用建物であり、保証金が大統領令に定めた金額以下である零細商人のみを対象としているという。

(23) 延・前掲注(22) 一五八頁によると、商事用建物賃貸借保護法三条においても、建物の引渡しと事業者登録を要件とした、同様の規定が置かれているという。

(24) 高・前掲注(13) 一八一頁以下。

- (25) 高・前掲注(13) 一八二頁以下によると、この要件は、過去二回の同法の改正の際に、廃止の意見が出されたという。
- (26) 高・前掲注(13) 一八三頁。
- (27) 高槻植「韓国の不動産担保法制をめぐる最近の動向と課題」ICD NEWS 一〇号九六頁(二〇〇三年)、梁・前掲注(9) 一六八頁。金萍均「韓・日民事執行法上の主要制度と論点の比較」『竹下守夫先生古稀祝賀 権利実現過程の基本構造』二二三頁(有斐閣 二〇〇二年)にも同旨と思われる記載がある。
- (28) 金・前掲注(4) 七二三頁。
- (29) ここでいう対抗力ある賃借権は、同法三条の四により、民法六二一条の登記のなされた賃借権も含むようである。
- (30) 延・前掲注(22) 一五九頁によると、商事用建物賃貸借保護法五条二項においても、同様の規定があるという。
- (31) 同条の保護を受ける賃借人の範囲及び保証金の範囲は、八条三項により、大統領令で定められることになっているのであるが、例えば、金・前掲注(27) 一三三頁、高・前掲注(13) 一八六頁、石・前掲注(4) 一九九頁以下によると、ソウルの場合、賃借保証金が三〇〇万ウォン以下の賃借権について、一二〇〇万ウォンの優先弁済権が認められるという。なお、延・前掲注(22) 一六二頁によれば、商事用建物賃貸借保護法四条にも、同様の規定があるという。
- (32) 高・前掲注(27) 九六頁によると、韓国では、賃借人の保証金は日本でいう先取特権と構成されている、ということについては、全く不満がないわけではないが、一応受け入れられている、という。石・前掲注(4) 一九九頁においても、同趣旨の説明がなされている。
- (33) 高・前掲注(13) 一八六頁。
- (34) 高・前掲注(13) 一八六頁以下。
- (35) 延・前掲注(22) 一七一頁、金・前掲注(27) 一二六頁以下。もともと、高・前掲注(27) 九三頁は、このような問題は、民事執行法の厳格な適用により、下火になってきている、と指摘する。
- (36) 延・前掲注(10) 一七六頁(藤井俊二執筆)では、この点は、三九五条改正の際に参考とすべきであったと述べられる

ている。

(37) 李・前掲注(21)一七頁、三上・前掲注(21)五二頁。なお、金相容 田村耕一監修「韓国における資産の流動化及び非典型担保—金相容『物権法』—」熊法一〇八号一四三頁(二〇〇五年)では、仮登記担保法は、登記・登録により公示されない品物や財産権を目的とする非典型担保にも類推適用される、と解されている。

(38) 金・田村注(37)一四三頁。提訴前和解調書の利用とは、債権者が債務不履行に陥った時点で、提訴前和解調書を作成し、債権者に本登記をして、所有権を移転することを指すものと思われる。

(39) 高・前掲注(27)八七頁。

(40) 金・田村前掲注(37)一六一頁。もつとも、同書においては、土地建物双方に仮登記担保が設定された場合にも、一方のみが実行され、あるいは、土地及び建物に対して、各々別個の債権者のために仮登記担保を設定し、実行を受ける場合も考えられるため、同条を民法三三六条と同様に改正する必要がある、という見解が示されている。

(41) もつとも、このような違いを設ける合理性について、生熊長幸「仮登記担保と法定借地権」NBL一九八巻一八頁以下(一九七九年)、村田博史「仮登記担保契約と土地利用権」法時五二巻四号一三九頁以下(一九八〇年)は、懐疑的な見解を示している。

(42) 生熊・前掲注(41)一八頁以下。

(43) 高・前掲注(27)八七頁。