

第17章

根抵当権に関する登記

(1) 総説

(一) 根抵当権の意義・性質

a 根抵当権は、根抵当権者と債務者との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抵当権である（民法398条の2第1項）。

根抵当権も抵当権の一種ではあるが、①不特定の債権を担保するものであること、②一定の範囲に属する債権を担保するものであること、③極度額を限度として担保するものであること等において、普通抵当権とは異なる。

「不特定の債権を担保する」とは、根抵当権の設定時において特定していない不特定の債権を担保するということであり、根抵当権自体からみて不特定であるということであって、債権自体の属性として特定又は不特定という性質があるという意味ではない。すなわち、抵当権の被担保債権が、設定時において既に発生している特定債権であるか、設定時に債権の発生原因が既に生じ若しくは将来において生ずることが法律上特定して存在している場合において、その発生原因により将来生ずる特定債権であることを要するのに対し、根抵当権は、設定時において、根抵当権者と債務者間の特定の契約等によって、その被担保債権となるものが将来継続して発生する法律上の可能性が存在していることを必ずしも必要としない不特定の債権を担保するものであることに、その基本的な差異がある。したがって、設定時において特定している債権のみを担保するために根抵当権を設定することは認められないから、たとえその特定債権の債権額が設定時において確定していない場合であっても根抵当権を設定することはできない。この場合には、普通抵当権を設定せざるを得ない。

なお、根抵当権であっても、永久に不特定の債権を担保するものではなく、確定期日の到来その他の事由によって根抵当権の担保する元本が確定した時点において、当該根抵当権は特定債権を担保することになる。しかし、元本の確定により、当該根抵当権が普通抵当権に転化するわけではない。

「一定の範囲に属する債権」とは、根抵当権で担保する債権を債権者と債務者間に生じたあらゆる債権とした場合にはその範囲が広すぎるために、第三者において明確であるとはいえないことから、あらかじめ設定契約で定められた一定の範囲に属する債権として、根抵当権の被担保債権の範囲を限定したものであり、債権者と債務者間に生ずる一切の債権を担保するいわゆる包括根抵当権は、認められない。

この点において、昭和46年の民法の一部改正によるいわゆる新根抵当に関する規定が新設される以前の民法においても、根抵当は、銀行・商社等とその取引先との間において反復継続して生じる多数の債権を一定の極度額を限度として一括して担保する特殊な抵当制度として、取引界の慣行として利用されてきたが（藤谷定勝「根抵当権の登記—1」日本評論社・新不動産登記講座5各論II130頁）、例えば、当座貸越契約、手形割引契約等の被担保債権を特定するに足りる基本契約が存在せず、単に現在及び将来において発生すべき一切の債務を担保する旨のいわゆる包括的根抵当権の設定契約は、有効なものと解することはできないとして、当該根抵当権の設定契約による登記申請は、受理すべきでないとされている（昭和30年6月4日付け民事甲第1127号民事局長通達・登研92号33頁）。

「極度額を限度として担保する」とは、抵当権が特定債権を担保するものであり、したがって、被担保債権の債権額は当初から定まっているのに対して、根抵当権は、不特定の債権を担保するものであり、債権額をもって優先弁済権の範囲を示すことができないため、あらかじめ一定の金額（極度額）を定め、その限度において優先弁済権を行使することができるとするものである。

b 抵当権は、特定債権の存在を前提としていることから、その債権を担保

するためにのみ存在する。したがって、当該被担保債権が消滅すれば抵当権も消滅し（附従性）、また、被担保債権が譲渡されれば、当該抵当権も債権とともに移転する（随伴性）。一方、元本が確定する前の根抵当権は、前述のとおり、その設定契約の際に具体的な債権が存在することを要せず、仮に、一時的に債権が消滅しても根抵当権は存続し、その被担保債権が譲渡されても根抵当権が当然に移転することはない。また、保証人等が、根抵当権で担保する債権を元本の確定前に債務者に代わって弁済しても、保証人等は、根抵当権者に代位できない（民法398条の7第1項）。以上のことから、元本が確定する前の根抵当権については、債権に対する附従性及び随伴性が否定されている。しかしながら、いったん元本が確定した場合には、根抵当権も抵当権と同様に附従性及び随伴性を有することになることから、元本確定後の根抵当権の被担保債権について、保証人等が代位弁済したときは、当該根抵当権は代位弁済者に移転することになる。

（二）根抵当権の設定

根抵当権を設定する場合には、抵当権を設定する場合と同様に、根抵当権の目的となる不動産等を特定し、その所有者（根抵当権設定者）と債権者（根抵当権者）間において、根抵当権の設定契約をしなければならない。

根抵当権の設定契約の内容は、抵当権の基本契約の内容と基本的に異なるところはないが、前述のとおり、根抵当権は、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ものであることから、最小限、根抵当権の担保すべき債権の範囲、債務者、極度額を定めることが絶対的な要件である。そのほか、設定契約においては、当該根抵当権の担保すべき元本の確定期日を定め、あるいは民法370条ただし書の別段の定めをすることもできるが、これらの定めは、根抵当権の設定契約時に必ず定めなければならないものではなく、後日定めても差し支えない。

① 担保すべき債権の範囲

根抵当権の被担保債権の範囲の定め方としては、次のような方法が認められている（民法398条の2）。

ア 「債務者との特定の継続的取引契約によって生ずるもの」（同条2項前段）であり、債権者（根抵当権者）と債務者との間に締結された継続的取引契約を表示することによって、債権の範囲を限定するものである。

イ 「債務者との一定の種類取引によって生ずるもの」（同条2項後段）であり、債権者（根抵当権者）と債務者との間で行われる一定の取引の種類を特定することによって、債権の範囲を限定するものである。

ウ 「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」（同条3項前段）であり、取引以外の特定の原因によって継続的に生ずる債権である。

エ 「手形上若しくは小切手上の請求権」（同条3項後段）であり、直接債権者（根抵当権者）と債務者との取引によって生じた債権でなくても、債務者が振り出した手形、小切手上の請求権であれば被担保債権とすることができること、すなわち、第三者を経由して、債権者が取得するに至った債務者振出の手形、小切手上の請求権についても、被担保債権とすることができることとされている。

なお、上記のアの特定の継続的取引契約あるいはイの一定の種類取引の過程において発生する手形上、小切手上の債権は、当該契約又は取引から生じた債権に含まれるのであって、同条3項後段の手形上、小切手上の債権とは、前述のとおり、いわゆる回り手形、回り小切手による債権をいうものである。

オ アからエまでの担保すべき債権の範囲に属しない特定の債権も、アからエまでの不特定の債権と併せて被担保債権とできるとされている。

ア 特定の継続的取引契約によって生ずる債権

質疑応答

- 1 従来の「年月日商取引契約」を基本契約としている根抵当権については新法の規定による特定の継続的取引契約として有効であるが、「商取引」「商社取引」は、限定的識別性がないので債権の範囲を定める一定の種類取引としては適当でない。(登研306号47頁)
- 2 「農業協同組合取引」は債権の範囲を定める一定の種類取引として適当でないが、その契約の内容により「年月日手形貸付契約」「年月日当座貸越契約」「年月日金銭消費貸借」等々、個々に表示しても差し支えないが、個々に引きなおすことなく「年月日農業協同組合取引契約」としてもよい。(登研306号48頁)
- 3 根抵当権の担保すべき債権の範囲を特定の継続的取引契約をもって定める場合に、「年月日総合商社取引契約」と表示することは差し支えない。(登研306号49頁)
- 4 根抵当権設定契約の付随債権は、特定の継続的取引契約によって生ずる債権と考えられ、根抵当権によって担保される。この場合の債権の範囲の記載は、「年月日根抵当権設定付随契約」とするのが相当である。(登研306号49頁)
- 5 ある継続的取引により将来発生する不特定の債務について準消費貸借契約が締結されている場合においては債権の範囲を「年月日継続的準消費貸借契約」と定めて根抵当権設定の登記をすることができる。(登研320号38頁・454号130頁)
- 6 根抵当権の担保すべき債権の範囲を「年月日リース取引契約」と定めてした登記申請は受理される。(登研324号75頁)
- 7 根抵当権の被担保債権の範囲を「年月日〇〇販売店取引契約」、「年月日〇〇商品供給取引契約」とする登記申請は受理して差し支えない(注

—〇〇は商品名又は会社名である。）。(登研457号120頁)

- 8 生活福祉資金貸付制度における長期生活支援資金の貸付けに伴い、設定者と社会福祉協議会との間における債権の範囲を「年月日継続的金銭消費貸借」とする根抵当契約に基づいて根抵当権の設定の登記を申請することができる。(登研716号213頁)

a 根抵当権の担保すべき債権の範囲を特定の継続的取引契約をもって定められた場合、具体的に発生した債権が当該根抵当権によって担保されるか否かは、その特定の継続的取引契約によって判断すればよいことになるから、担保すべき債権の範囲の記載としては、当該継続的取引契約を特定すればよいことになる。そして、継続的取引契約を特定するには契約の当事者、契約の年月日及び契約の名称が必要であるが、このうち契約の当事者は、根抵当権者及び債務者ということになるから、これを債権の範囲中に特に表示する必要はない。したがって、この場合には、例えば、「年月日当座貸越契約」、「年月日手形割引（貸付）契約」、「年月日電気製品供給契約」、「年月日石油販売特約店契約」のように、当該契約の成立年月日及びその名称を記載するものとされている（民法の一部改正に伴う登記事務の取扱いについて）（昭和46年10月4日付け民事甲第3230号民事局長通達（以下「昭和46年基本通達」という。）・登研288号65頁）第2の1の(1)。

特定の継続的取引契約をもって被担保債権の範囲を定めた場合に、具体的にどのような債権が担保されるかについては、当事者間の当該取引契約によって定められる。そして、根抵当権者が配当の際に優先弁済を受けようとする場合には、根抵当権者において当該特定の取引契約の内容を立証し、発生した債権が同取引契約から生じたものであることを立証しなければならないとされている（昭和50年8月6日最高裁第一小法廷判決・民集29巻7号1187頁）から、被担保債権の範囲を定める特定の継続的取引契約の名称は、当該契約が特定される限り、当事者が任意に定めて差し支えないと解されるが、取引の継続性が表現さ

れていないものや実際の内容と異なるものを定めることは妥当でなく、後日具体的に発生した債権が当該根抵当権によって担保されているか否かをめぐる争いを招くおそれもあることから、十分に配慮する必要がある。

b 「年月日商取引契約」は特定の継続的取引契約として被担保債権の範囲とすることは有効であるが（**質疑応答 1**）、「商取引」又は「商社取引」とする範囲を定めることは、その概念が明確ではなく、一定の種類の取引を限定したのものとしては認めがたいことから、一定の種類の取引として被担保債権の範囲とすることは適当でないとされている（「民法の一部改正に伴う登記事務の取扱いについて」（昭和46年12月27日付け民事三発第960号民事局第三課長依命通知（以下「昭和46年基本通知」という。）・登研303号23頁）第2）。

同様に、農業協同組合取引は、農業協同組合法に規定されている各種の取引を総称するものであるか、又はその一部の取引を指称するものであるかが、実態上その概念の内容が判然としないとして、一定の種類の取引として被担保債権の範囲とすることは適当でないとされている（昭和46年基本通知第2）。そこで、個々の契約の内容により、例えば、「年月日手形貸付契約」、「年月日当座貸越契約」、「年月日金銭消費貸借」等々として債権の範囲を定めることも差し支えないが、あえて個々に引きなおすことなく、特定の継続的取引契約として、「年月日農業協同組合取引契約」と定めることができる（**質疑応答 2**）。また、特定の継続的取引契約として、債権の範囲を「年月日総合商社取引契約」と定めることも可能である（**質疑応答 3**）。

根抵当権設定契約の付随債権は、民法398条の2第3項前段の「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」ではなく、特定の継続的取引契約によって生ずる債権と考えられることから、この場合の債権の範囲の記載は、「年月日根抵当権設定付随契約」とするのが相当であるとされている（**質疑応答 4**）。

次に、例えば、売買契約によって生じた代金支払債務を、当該契約当事者の合意により消費貸借上の債務とすることを約したときは、買主が、いったん売

買代金を支払い、あらためて借主として受け取るという二重の授受をしなくても、直ちに消費貸借が成立したものとみなされ、これを準消費貸借と称している（民法588条）。準消費貸借が成立するためには、原則として契約時に基礎となる債務が存在していることを要するが、現に債務が存在していなくても、当事者間において、将来債務が生じたとき、それに基づいて準消費貸借を成立させる旨の契約も有効であるとされている（大正7年2月28日大審院判決・民録24輯300頁）。そこで、ある継続的取引により将来発生する不特定の債務について準消費貸借契約が締結されている場合、これを「継続的準消費貸借契約」とすること自体に問題はないと考えられる（枇杷田泰助監修「根抵当登記実務一問一答」2頁（社団法人金融財政事情研究会））。そして、当該契約は、ある取引から反復継続して発生する不特定の債務をもって消費貸借上の債務とする旨の継続的準消費貸借契約であり、特定の継続的取引契約としての要件を満たしていると考えられることから、根抵当権の被担保債権の範囲として、「年月日継続的準消費貸借契約」と定めることができるものとされている（質疑応答5）。

c 一定の種類取引として、「リース取引」とすることは相当でないと考えられている（昭和48年1月11日付け民三第273号民事局第三課長通知・登研304号70頁）。リースとは、コンピュータや建設機械といった設備を、購入する代わりに借用する形態のことであり、リース契約は、賃貸借に類似した契約である。実際には、技術者も含めて賃貸借したり、月賦販売の代わりに賃貸借の形式をとるものもあるなど、リース取引においては、当事者間の契約に基づいて法律関係が定められることが通常であり、その内容が一定しているわけではないからである。したがって、この場合の債権の範囲の表示としては、特定の継続的取引として「年月日リース取引契約」と表示するのが相当である（質疑応答6）。

それでは、債権の範囲を「年月日リース取引等契約」と定めることは認められるであろうか。

前述のとおり、特定の継続的取引契約を債権の範囲とする場合には、当該契

約の成立年月日及びその名称をもって当該契約を特定しているが、契約の名称を固有名詞的なものと解すれば、どのような名称を付しても差し支えないと解される。反面、契約の内容が明らかになるような名称を付すべきであると解すれば、契約の内容となっている事項が的確に表現されている名称でなければならないと考えられる。そのため、「年月日リース取引等契約」を債権の範囲とする場合には、「……等……」の内容が不明であり、登記の公示上、債権の範囲を特定することができないとして、これを債権の範囲とする根抵当権の設定の登記は、受理することができないのではないかとの疑義が生ずるところである。

しかしながら、特定の継続的取引契約をもって、根抵当権の被担保債権の範囲を定めた場合には、その契約条項の中に債権の範囲が具体的に定められているわけであり、契約を特定することができれば、被担保債権の範囲の具体的な内容は、契約条項によって判明することになるから、あえて契約に付した名称によって、債権の範囲を特定・明示しなければならないとする必要はなく、したがって、その名称も、当事者が任意に付したものであっても差し支えないと解される。

そもそも、特定の継続的取引契約をもって債権の範囲を定める場合に、その契約の名称によって、具体的に債権の範囲を特定し得る表示でなければならぬとすると、**質疑応答6**の「リース取引契約」という表示も、取引の内容の具体性に欠けるから、特定の継続的取引契約として認められないといわなければならない。

確かに、「リース取引等」という表示のみでは、継続的取引契約として具体的にどのような取引を意味するのか、担保される債権の範囲がいかなるものであるかが不明ではあるものの、根抵当権者、債務者間において、反復継続して一定の範囲の取引を行うことを約し、そのことについて定めた契約の名称が「リース取引等契約」であり、かつ、その名称は、その締結年月日を記載することにより特定されるから、特定の継続的取引契約に該当することができる

考えられる。そして、取引の内容、被担保債権の範囲は、その契約条項によって特定されることから、当該根抵当権の設定の登記は受理して差し支えないとされている（平成元年4月26日付け民三第1654号民事局第三課長回答・登研498号126頁）。

d リース取引と同様に、「特約店取引」ないし「代理店取引」というものがあるが、これは、メーカーが販売会社を作って、そのメーカーの製品を消費者に販売する販売会社と小売店間の契約であり、この取引では、あらかじめ小売店から販売会社に製品の引渡（売買）がされ、その代金は手形等で支払われるから、小売店から販売会社に一種の与信行為があるわけで、このため、販売会社から小売店に担保を差し入れることが通常である。そこで、このような取引も、その法律関係を明確にするために特定の契約が締結されるから、そのような契約に基づいて根抵当権を設定する場合の債権の範囲を、例えば、「年月日特約販売契約」として定めることができるとされている（昭和47年4月21日付け民三第390号民事局第三課長回答・登研295号71頁）。

同様に、根抵当権の被担保債権の範囲を「年月日〇〇販売店取引契約」、「年月日〇〇商品供給取引契約」（〇〇は商品名又は会社名）とすることも認められる（質疑応答7）。

次に、根抵当権の債権の範囲を「年月日ファクタリング取引契約」とする根抵当権の設定の登記申請も受理して差し支えないとされている（昭和55年9月17日付け民三第5421号民事局第三課長回答・登研402号58頁）。

ファクタリングとは、金融機能を中心として、これに債権管理、債権回収及び資力保証の機能が結合したものであるとされているが、ファクタリング取引の典型的な形態としては、まず、ファクター（問屋、仲買人等と訳され、ファクタリングを営業目的とする金融会社を指称する。）と企業との間でファクタリング取引契約が締結されると、企業は、営業によって取得する売掛債権を一括してファクターに譲渡することとなる（現在発生している債権及び将来発生する債権をも含めて包括的に譲渡されるのが一般的である。）。これに対し、フ

ファクターは、企業に対し、債権買取代金を前払いすることとなる（この前払いの制度が金融機能を果たすこととなる。）。更に、企業は、この前払いを受けると、ファクターに対し、売掛債権の支払期日までの金利を支払う義務を負うこととなる。一方、ファクターが譲り受けた売掛債権は、以後、ファクターの責任において回収されることとなるのであり、もし債務者に弁済の意思又は資力がない場合であっても、企業は、ファクターから受領した前払金を返還する義務はないということになる（ファクターには、この場合でも償還請求権はないのであり、これをファクタリングの資力保証機能といえることができる。）。しかし、実際の取引界にあっては、上記の典型的な形態を原型として、いくつかの形態で行われているようである。

前述のとおり、特定の継続的取引契約をもって債権の範囲を定める場合に、当該契約の成立年月日及びその名称を記載することとされているのは、根抵当権者と債務者間において具体的に締結された特定の契約名を表示することによって、その契約から生ずる債権が、当該根抵当権によって担保されることを明らかにしようとするものであるから、継続的取引契約であることが明らかな名称であることが望ましいものの、必ずしも契約の内容を具体的に表現した名称を用いる必要はないと解されている。

したがって、ファクタリング取引の実態は必ずしも明らかとはいえないが、「年月日ファクタリング取引契約」と記載することにより、その契約を特定することは可能であることから、債権の範囲の記載としては十分であると解されたものと考えられる。

また、農業協同組合において、組合員との間で「総合口座二型取引契約」を締結し、普通預金の残高が不足する場合に一定の極度額まで反復継続して貸出を行い、当該契約によって生ずる債権を担保するために根抵当権を設定するときの担保すべき債権の範囲を、「年月日総合口座二型取引契約」とすることも認められている（昭和56年1月13日付け民三第333号民事局第三課長回答・登研402号67頁）。