

不動産留置権の抵当権化の可能性
——韓国留置権制度改革に対する考察を通じて——

中川 敏宏

目 次

一. はじめに

1. 担保物権領域の残された改正課題
2. 不動産留置権制度の諸問題
3. 考察対象

二. 韓国法における留置権制度の概要

1. 日本法の継受とその修正
2. 不動産競売手続における留置権の処遇
3. 留置権による形式競売
4. 現行制度の問題点
5. 留置権の成立・対抗を制限する近年の裁判例

三. 2013年国会提出法案

1. 経過
2. 改正法案の内容

四. 若干の検討

一. はじめに

1. 担保物権領域の残された改正課題

目下、法制審議会民法（債権関係）部会は、平成25年2月26日に決定・公表された「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」に対して寄せられた各界の意見を受け、いわゆる「第3ステージ」、要綱案の取りまとめに向けた審議を進めている。もっとも、今次の財産法改正は債権法を中心としたものであって、物権法の領域は対象とされていない⁽¹⁾。物権法領域に関していえば、平成13年5月29日から平成15年1月28日にかけて全20回の会議が重ねられた法制審議会担保・執行法制部会の「担保・執行法制の見直しに関する要綱」を受けて立案された「担保物権及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律案」が平成15年7月25日参議院本会議で可決され、同法律は同年8月1日に公布され、平成16年4月1日から施行されている。この改正を通じて、抵当権等の担保物権規定が改善・整備され、かつ、担保権の実行手続など執行手続の実効性が高められた。一方で、この審議過程で問題性が指摘されながらも、最終的に見直しの対象とされなかった数多くの項目がある。そのうちの 하나가法定担保物権制度の見直しである⁽²⁾。

わが民法典は、法定担保物権として先取特権と留置権を定め、先取特権については民法典に定める種類のほかに特別法上も様々な種類が創設されており、また留置権については商法典で商人間における特別な留置権が認められている。これらの法定担保物権は多くの場合に公示が要求されておらず、そのため第三者に不測の損害を与えるおそれがあり、かねてよりその見直しの必要性が説かれてきた⁽³⁾。留置権について言えば、バブル経済崩壊後、建物建築請負人が工事代金の未払いを理由に、建物及び敷地に対する商事留置権を主張するケースが

続出し、数多くの下級審判例において、様々なロジックを用いて留置権の成立が否定され、学説上も、留置権の成立を否定ないし制限する解釈論や立法論が提唱⁽⁴⁾されている。

2. 不動産留置権制度が抱える諸問題

わが国の留置権制度を比較法的にみると、留置権の対象として不動産が含まれていること、留置権が物権として規定されていること等から、比較法的にみて独自の構成を有している。そのようなわが国の留置権制度、とりわけ不動産留置権制度の問題点として、さしあたり次の諸点を挙げることができるであろう。

まず、留置権は留置的効力を主とするため、物に関して生じた債権を有する者がその物の占有を取得すれば成立し、物が不動産である場合において、登記による公示を要せず、またそのような公示システムは設けられていない。よって、第三者としては、当該不動産上の留置権の成否を占有状態から判断するほかない。

民法上、留置権は留置的効力しか有せず、優先弁済的効力がないことと関連して、民事執行法上、引受主義が採られている⁽⁵⁾。そのため、不動産競売により買受人が目的不動産の所有権を取得しても、留置権の負担は買受人に引き受けられることから、不動産競売をしても買受希望者の出現は期待し難く、目的不動産の抵当権者は、不動産競売を申し立てる前に、留置権の被担保債権を債務者に代わって弁済し、留置権を消滅させねばならなくなる。このように、事実上、抵当権にも優位するほどの優先弁済的効力を有するものとなっている。

このように民事執行法上留置権について引受主義が採られ、事実上優先弁済を受けうる強力な権利として取り扱われている一方で、破産手続が開始すると、破産財団に属する財産上に存在する民事留置権は消滅することとなってい

る（破産法66条3項⁽⁶⁾）。さらに、それとは対照的に、商事留置権は特別の先取特権とみなされて、別除権として扱われるから（破産法66条1項、65条2項）、破産手続によらないで行使することができる⁽⁷⁾。このような手続間での著しい不均衡も存在している⁽⁸⁾。

3. 考察対象

本稿では、最近の韓国における留置権制度改革について取り上げる。韓国の留置権制度は、日本法を基本的に継受したものであって、そのため、わが国の不動産留置権制度が抱えるのと同様の問題が韓国でも生じている。近年の不動産留置権の成否が争われる訴訟の数のみの比較でいえば、問題の深刻さは韓国の方が際立っているように見える。とりわけ、仮装ないしは虚偽の留置権の主張が目立ち、学説上、そのような留置権に対する制限の必要から、不動産留置権の廃止、留置権の公示方法の改善、留置権の法定抵当権化、消除主義の導入、留置権申告の義務化、留置権申告の保証金供託制度の導入などといった立法論的な改善方案が提唱されるようになった。

それを受けて、2009年に設置された新たな民法改正委員会の下で進行中の民法改正作業において、第5分科委員会は、物権法領域のうちでとりわけ早急な改革を要するものとして⁽⁹⁾、不動産留置権制度の改善を取り上げた。同委員会による改正試案が確定した後、公聴会、立法予告などを経て、2013年7月、民法・民事執行法・不動産登記法の改正法案が国会に提出されている。この改正法案は、〈1〉登記不動産に対する留置権廃止、〈2〉留置権の被担保債権の範囲の修正、〈3〉未登記不動産上の留置権者の抵当権設定請求権の認定、〈4〉不動産に対する費用支出債権者の抵当権設定請求権の認定、〈5〉民事執行法における留置権に対する引受主義の廃止、という抜本的な改革を内容としており、同じく留置権制度の改善の必要性が説かれるわが国にとって、比較法的考察の有益な対象を提供していると思われる。以下では、韓国法における現行の留置

権制度の特色とそれが抱える問題点を明らかにした上で（二.）、2013年の国会提出法案の内容について考察し（三.）、わが国でも改善の必要性が説かれている不動産留置権に関する問題への示唆を得たい（四.）。

- （1） 物権法改正の必要性に関しては、さしあたり、松尾弘『民法改正を読む—改正論から学ぶ民法』（2013年、慶応義塾大学出版会）194頁以下、椿寿夫＝新美育文＝平野裕之＝河野玄逸 [編]『法律時報増刊 民法改正を考える』（2008年、日本評論社）に所収の物権総論・担保物権に関する各論稿等を参照。加藤雅信教授を代表とする民法改正研究会の検討対象は物権法をも含んでいるが、改正案は、担保物権法を除いた物権法領域に限定されている（民法改正研究会 [編]『民法改正 国民・法曹・学界有志案—仮案の提示』（2009年、日本評論社）140～160頁）。
- （2） 中間試案では、商事留置権は不動産については成立しないものとし、留置権について消除主義を採り、優先弁済請求権を与えるものとされていたが、限られた検討時間の中で適当な措置を見出すことが困難であったことから、留置権および不動産工事先取特権のいずれについても見直しを行なわないこととされた（谷口恵恵＝筒井健夫『改正担保・執行法の解説』（商事法務、2004年）16頁）。なお、中間試案に対する反応として、日弁連は賛成していたが、倒産実務からの慎重論もあることも指摘していた（日弁連「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案に対する意見書」判タ1094号（2002年）86頁）。また、最高裁事務総局民事局が集計した各地裁・高裁の反応としては、賛成が49庁・反対が4庁・意見なしその他が5庁であり、反対意見の理由としては、執行手続で留置権の成否や被担保債権の内容を確定するのが困難なこと、留置権の被担保債権額が比較的少額であることを考慮すると改正の必要性がどの程度あるか疑問であることが挙げられている（最高裁事務総局民事局「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案に対する各高等裁判所及び各地方裁判所の意見」判タ1094号（2002年）66頁）。
- （3） 本稿で取り上げる留置権制度が抱える問題のほかに、先取特権制度の問題も深刻である。不動産工事の先取特権制度（民法327条）の問題点のみを確認すれば、次のような問題性がある。不動産の工事の設計、施工又は管理をする者は、債務者の不動産に関してなした工事の費用に関し、その不動産について先取特権が認められているが、その成立又は行使には、かなりの制約がある。まず、この先取特権は工事による不動産の価格増加額に限って認められ（327条2項）、しかもその増加額は配当加入時に裁判所が選任した鑑定人により評価されねばならない（338条2項）。また、不動産工事の先取特権の効力を保存す

るためには、工事開始前の予算額の登記を必要とする（338条1項）。この登記要件を緩める解釈論が主張されているものの（例えば、対抗要件でなく権利保存の要件と理解するものとして、坂本武憲「建築代金債権の確保」米倉明ほか編『金融担保法講座Ⅳ』（筑摩書房、1986年）385頁など）、この要件の存在ゆえ、不動産工事の先取特権は実際上ほとんど機能していないといわれる。さらに、建築請負では通常下請人が関与し、下請人の報酬債権の担保が重要であるが、下請人や材料提供者に不動産工事の先取特権が認められていないという問題である。たしかに材料提供者は動産売買の先取特権を行使できるが（321条）、原則として、請負報酬債権に対して物上代位権を行使することはできず（最判平成10年12月18日民集52巻9号2024頁）、下請負人の債権担保方法は甚だ不十分である。

- (4) 枚挙に暇がないが、浅生重機「〈判批〉建物建築請負人の建物敷地に対する商事留置権の成否」金法1452号（1996年）16頁、工藤祐巖「建物請負人の留置権についての若干の考察」立命館法学271=272号（2000年）347頁以下、松岡久和「留置権に関する立法論」別冊NBL69号（2002年）88頁以下、関武志「商人間の留置権の成立の範囲と効力」銀法601号（2002年）61頁以下、古積健三郎「留置権の射程および性質に関する一考察」法学新報111巻3=4号（2004年）35頁以下、田高寛貴「個別執行と留置権—抵当権との衝突事例をめぐって」伊藤進先生古稀記念論文集『担保制度の現代的展開』（日本評論社、2006年）71頁以下、山木戸勇一郎「民事執行手続における留置権の処遇—留置権に優先弁済請求権を認める立法をした場合に生じる問題」慶應法学14号（2009年）99頁以下を挙げておく。
- (5) 留置権に優先弁済請求権がなく、留置権者は配当に参加できないことから、他の担保権者のように配当をすることで消滅させるわけにはいかず、そのため、留置権の負担を競売目的物の買受人に引き受けさせるという解決がなされている（鈴木忠一＝三ヶ月章編『注解民事執行法（2）』（1984年、第一法規）253頁〔竹下守夫〕）。なお、現行民事執行法59条4号に相当する旧民事訴訟法649条3項との関連で、民法施行法51条に関する整理会での議論において、梅謙次郎が引受主義の採用は留置的効力の効果である旨説明したのに対して、小松三保松委員は、留置権が優先弁済請求権を有しないことが引受主義の前提である趣旨の発言をしている（法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書14 法典調査会民法施行法整理會議事速記録』（1988年、商事法務）51頁）。
- (6) この点の制定経緯について、鈴木正裕「留置権小史」河合伸一判事退官・古稀記念論文集『会社法・金融取引法の理論と実務』（2002年、商事法務）212頁参照。
- (7) 民事留置権と商事留置権の違いにつき詳しくは、松本恒雄「商法上の留置権と民法上の留置権」『民商法雑誌創刊50周年記念論集Ⅱ』民商法雑誌93号（1986年）181頁以下。

- (8) 不動産への商事留置権の成否が争われるケースが多いのも、破産手続で民事留置権は消滅してしまい、建築工事代金債権の担保のため商事留置権を主張せざるを得なくなるためであるという指摘もある（三林宏「抵当権と商事留置権の競合」ジュリスト1101号（1996年）99頁、松岡久和「留置権に関する立法論—不動産留置権と抵当権の関係を中心に」福永有利編『別冊 NBL No. 69 倒産実体法』（2002年、商事法務）99頁、山木戸・前注（4）101頁）。
- (9) 法務部からの委託研究の成果報告「権利救済の効率性の向上のための民事執行改善方案の研究」（2012年7月）は、現行の民事執行制度が抱える問題点を次の11項目に整理して、改善方案を示しているが、その第2項目に挙げられているのが、不動産競売手続における虚偽留置権の問題である。ちなみに、その他の項目を挙げておくと、次のとおりである。①担保権実行手続における収益執行制度の導入問題、②仮装賃借人の問題、③現況調査書・不動産評価書・売却物件明細書の作成の忠実化、④不動産競売目的物に対する内覧制度の導入、⑤動産執行におけるインターネット競売の導入、⑥最低売却価額制度の問題点の改善、⑦共有者優先買受権制度の問題点の改善、⑧未登記建物に対する執行上の問題点の改善、⑨仮差押え・仮処分制度が有する問題点の改善、⑩執行官制度が有する問題点の改善。これらのうち、⑥⑦⑨などの改善を内容とする民事執行法改正法案が2013年10月に国会に提出されており、審議待ちの状況である（本稿執筆段階）。

二. 韓国法における留置権制度の概要

1. 日本法の継受とその修正

1958年に制定され1960年に施行された韓国民法典は、日本統治下で朝鮮民事令を通じて依用されてきた日本民法典を基にしつつ、それに大幅な修正を加えて起草されたものである⁽¹⁰⁾。その起草時における修正において、法定担保物権制度の見直しは、重要な項目であった。

まず韓国民法は、日本民法に規定された先取特権制度を廃止し、特別に債権者を保護する必要がある場合につき、個別的に法定質権・法定抵当権・抵当権設定請求権を認めている⁽¹¹⁾。これは、ドイツ民法、スイス債務法・スイス民法、

フランス民法、中華民法、満州民法などの立法例を参照しながら、先取特権制度が「他の債権者に対して予想外の脅威を与え」、また「公示の原則の例外となる」こと⁽¹²⁾から、それを廃止し、特に保護が必要な債権を、法定質権・法定抵当権・抵当権設定請求権といった枠組みで保護し、公示の原則と調和させる⁽¹³⁾との政策に出たものである。例えば、請負報酬債権に関しては、日本民法327条に規定された不動産工事の先取特権に代置するものとして、請負人の目的不動産に対する⁽¹⁴⁾抵当権設定請求権に関する規定(666条)が置かれている。起草過程については資料が乏しいが、満州民法652条をそのまま継受したものであると推測される(規定の内容・表現がほとんど同じである)⁽¹⁵⁾。また賃貸借関係では、日本民法313条に規定された不動産賃貸の先取特権に代置するものとして、⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾賃借地の付属物・果実等に対する法定質権、賃借地上の建物に対する⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾法定抵当権、賃借建物の付属物に対する⁽²⁰⁾法定質権の規定が置かれている。

一方で、同じく法定担保物権である留置権については、日本民法の制度をほぼそのまま引き継いだ(表1参照)。日本民法の規定との違いとしては、第一に、留置権の対象に有価証券が追加された点、第二に、日本民法295条2項の「占有が不法行為によって始まった場合」の文言が「その占有が不法行為による場合」に修正されている点が挙げられる。後者については、占有開始時に存在した占有権原が後に失われた場合のように、占有が不法行為によって始まったとはいえない場合にも、同条2項を類推適用して留置権の成立を否定する判例(大判大正10・12・23民録27輯2175頁等)の考え方を意識して、それらの場合も含める趣旨で文言修正したのであろうと考えられる(満州民法の規定の文言をそのまま採用したとみることできる)。第三に、それまで解釈上認められてきた競売権を322条1項で明文化している点である。これに相当する規定は、政府草案には置かれていなかったが、民事法研究会『民法意見書』⁽²¹⁾(1957年)が規定の追加を提言し、それが盛り込まれた玄錫虎議員ら修正案が政府草案とともに国会本会議に回付され、修正案が採用されたものである。ま

た、同条2項で簡易弁済充当が規定されているが、これも、修正案での規定追加案が採用されたものであって、日本民法上、動産質権で認められてきた簡易弁済充当（354条）の便法を留置権にも拡大し、留置権の担保物権性を強化したのである。⁽²²⁾

わが国と同様、対抗要件はとくに必要とされておらず、不動産留置権が成立する場合にも登記による公示は必要ない。ただ、留置的効力を有する現実の占有が極めて不完全な形で公示機能を果たしている。

また、わが国と同様、留置権の成立要件をめぐり、いかなる場合に債権が「物に関して生じたもの」であるかについては見解の対立があるが、最近の大法院は「民法第320条第1項で『その物に関して生じた債権』は、留置権制度本来⁽²³⁾

表1

韓国民法典	日本民法典（原始規定）
320条（留置権の内容）①他人の物又は有価証券を占有した者は、その物又は有価証券に関して生じた債権が弁済期にある場合には、弁済を受ける時までその物又は有価証券を留置する権利を有する。 ②前項の規定は、その占有が不法行為による場合に適用しない。	295条 ①他人ノ物ノ占有者カ其物ニ関シテ生シタル債権ヲ有スルトキハ其債権ノ弁済ヲ受クルマテ其物ヲ留置スルコトヲ得但其債権カ弁済期ニ在ラサルトキハ此限ニ在ラス ②前項ノ規定ハ占有カ不法行為ニ因リテ始マリタル場合ニハ之ヲ適用セス
321条（留置権の不可分性）留置権者は、債権全部の弁済を受ける時まで留置物全部に対してその権利を行使することができる。	296条 留置権者ハ債権ノ全部ノ弁済ヲ受クルマテハ留置物ノ全部ニ付キ其権利ヲ行フコトヲ得
322条（競売、簡易弁済充当）①留置権者は、債権の弁済を受けるため、留置物を競売することができる。 ②正当な理由があるときには、留置権者は、鑑定人の評価により留置物をもって直接弁済に充当することを裁判所に請求することができる。この場合には、留置権者は、あらかじめ債務者に通知しなければならない。	〈規定なし〉 なお、法典調査会案・決議案までは、「留置権者ハ留置権ノ行使ヲ債務者ニ通知シテ弁済ノ催告ヲ為シタル後相当ノ期間内ニ弁済又ハ担保ヲ受ケサルトキハ質権ニ関スル規定ニ從ヒ留置物ノ競売ヲ請求シ其代金ヲ以テ弁済ニ充ツルコトヲ得」との規定が存在したが、1894年の整理案の段階で削除されている。

<p>323条（果実収取権）①留置権者は、留置物の果実を収取し、他の債権に先立ちその債権の弁済に充当することができる。ただし、果実が金銭でなかったときには、競売しなければならない。 ②果実は、まず債権の利息に充当し、その剰余がある場合、元本に充当する。</p>	<p>297条 ①留置権者ハ留置物ヨリ生スル果実ヲ収取シ他ノ債権者ニ先チテ之ヲ其債権ノ弁済ニ充当スルコトヲ得 ②前項ノ果実ハ先ツ之ヲ債権ノ利息ニ充当シ尚ホ余剩アルトキハ之ヲ元本ニ充当スルコトヲ要ス</p>
<p>324条（留置権者の善管義務）①留置権者は、善良な管理者の注意をもって、留置物を占有しなければならない。 ②留置権者は、債務者の承諾なく留置物の使用、貸与又は担保提供をすることができない。ただし、留置物の保存に必要な使用は、その限りでない。 ③留置権者が前2項の規定に違反したときには、債務者は、留置権の消滅を請求することができる。</p>	<p>298条 ①留置権者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ留置物ヲ占有スルコトヲ要ス ②留置権者ハ債務者ノ承諾ナクシテ留置物ノ使用若クハ賃貸ヲ為シ又ハ之ヲ担保ニ供スルコトヲ得ス但其物ノ保存ニ必要ナル使用ヲ為スハ此限ニ在ラス ③留置権者カ前二項ノ規定ニ違反シタルトキハ債務者ハ留置権ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得</p>
<p>325条（留置権者の償還請求権）①留置権者が留置物に関して必要費を支出したときには、所有者にその償還を請求することができる。 ②留置権者が留置物に関して有益費を支出したときには、その価額の増加が現存する場合に限り、所有者の選択に従い、その支出した金額又は増加額の償還を請求することができる。ただし、裁判所は、所有者の請求により相当な償還期間を許与することができる。</p>	<p>299条 ①留置権者カ留置物ニ付キ必要費ヲ出タシタルトキハ所有者ヲシテ其償還ヲ為サシムルコトヲ得 ②留置権者カ留置物ニ付キ有益費ヲ出タシタルトキハ其価額ノ増加カ現存スル場合ニ限り所有者ノ選択ニ従ヒ其費シタル金額又ハ増価額ヲ償還セシムルコトヲ得但裁判所ハ所有者ノ請求ニ因リ之ニ相当ノ期限ヲ許与スルコトヲ得</p>
<p>326条（被担保債権の消滅時効）留置権の行使は、債権の消滅時効の進行に影響を及ぼさない。</p>	<p>300条 留置権ノ行使ハ債権ノ消滅時効ノ進行ヲ妨ケス</p>
<p>327条（他担保提供と留置権消滅）債務者は、相当な担保を提供し、留置権の消滅を請求することができる。</p>	<p>301条 債務者ハ相当ノ担保ヲ供シテ留置権ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得</p>
<p>328条（占有喪失と留置権消滅）留置権は、占有の喪失により消滅する。</p>	<p>302条 留置権ハ占有ノ喪失ニ因リテ消滅ス但第二百九十八条第二項ノ規定ニ依リ賃貸又ハ質入ヲ為シタル場合ハ此限ニ在ラス</p>

の趣旨である公平の原則に特に反しない限り、債権が目的物それ自体から発生した場合はもちろんのこと、債権が目的物の返還請求権と同一の法律関係又は事実関係から発生した場合も含む」と判示し（大法院2007年9月7日判決2005ㄱ16942）、牽連関係の解釈において二元説の立場にあることを明確にしている。

さらに、民法上の留置権（民事留置権）の特別形態である商法上の留置権（商事留置権）も、日本商法上の制度をそのまま引き継いでいる。韓国商法58条による商事留置権の成立要件は、①当事者がいずれも商人であること、②留置権の被担保債権が当事者双方にとって商行為となる行為により発生したこと、③被担保債権の弁済期が到来したこと、④留置目的物が債務者所有の物又は有価証券であること、⑤債権者が債務者との間の商行為により目的物の占有を取得したこと、⑥当事者間に留置権排除の特約がないこと、である。民事留置権が当事者間の公平を図ることを目的とするものであるのに対して、商事留置権は、商人間の信用取引を維持・促進するためという積極的な目的に基づくものである。商事留置権の被担保債権は、商人間の双方的商行為により発生した債権に限定される点、留置目的物を「債務者所有の物又は有価証券」に限定している点では、その成立範囲が制限されているが、被担保債権に関して債権と目的物との個別的な牽連性が要求されておらず、その点では、その成立範囲が拡大されている。なお、商事留置権の効力に関しては商法に何ら規定がないので、民事留置権に関する規定が適用される。

債務者が破産した場合、破産財団に属する財産上に存在する留置権を有する者は、その目的財産に関して別除権を有する（債務者更生及び破産に関する法律411条）。

2. 不動産競売手続における留置権の処遇

民事執行法91条第5号は、「買受人は、留置権者にその留置権をもって担保

する債権を弁済する責めを負う。」と規定し、同条第2項が抵当権は競売により消滅すると規定しているのと異なり、引受主義を採っている。この点も、わが法制と同じである。これをめぐり、学説上は、「債務引受ではない事実上の引受主義」であるなどという説明がなされてきた⁽²⁴⁾。また、大法院も、「買受人は、債務まで引き受けるわけではなく、留置権者は買受人に債務の履行を請求することはできないが、留置権を行使することができる」と判示して、同法91条第5号でいう「弁済する責めを負う」の意味は、不動産の負担を承継するという趣旨であって、人的債務まで引き受けるという趣旨ではないので、留置権者は、競落人に対して、その被担保債権の弁済がある時まで留置目的物たる不動産の引渡しを拒絶することができるだけであって、その被担保債権の弁済を請求することができるわけではないとしている⁽²⁵⁾。

3. 留置権による形式競売

前述したとおり、韓国民法322条1項は、日本民法には明文規定がない留置権に基づく競売請求権について明記している（なお、旧競売法に競売請求権の規定があったが、実体法上の根拠規定がなかった）。これを受けて、韓国民事執行法274条1項は、「留置権による競売及び民法・商法その他の法律が規定するところによる競売は、担保権実行のための競売の例に従い実施する」と定めている。

ところで、同法274条1項は「担保権実行のための競売の例に従い実施する」と規定するだけであるから、留置権による競売の場合に、目的不動産上の負担がすべて消滅するのか、引き受けられるのが問題となる。この問題が近時の大法院判例で取り上げられた⁽²⁶⁾。大法院は、①引受主義を採る場合に必要であると思われる目的不動産上の負担の存否や内容を調査・確定する手続について何らの規定がなく、引き受けられる負担の範囲を制限する規定も置かれておらず、留置権による競売を引受主義を原則として進行させると、買受人の法定地

位が非常に不安定な状態に置かれること、②引き受けられる負担の範囲をどのように設定するかに応じて、引受主義を採ることがむしろ留置権者に不利となりうること等を考慮して、「留置権による競売も、強制競売や担保権実行のための競売と同じく、目的不動産上の負担を消滅させることを法定売却条件として実施され、優先債権者のみならず、一般債権者の配当要求も認められ、留置権者は、一般債権者と同じ順位で配当を受けることができる」とした。もっとも、「執行裁判所は、不動産上の利害関係をみて、上のような法定売却条件とは異なり、売却条件変更決定を通じて、目的不動産上の負担を消滅させず、買受人にそれを引き受けさせるよう定めることができる」という。

4. 現行制度の問題点

以上のような韓国の現行留置権制度が抱える問題点は、わが国と大きな違いがないが、以下では、不動産留置権制度自体の問題点と不動産競売手続上の問題点とに分けて確認しておく。

(1) 不動産留置権制度自体の問題点

①留置権の成立要件に関連して、債権と目的物との牽連関係の有無の判断が容易ではない。②留置権は法定担保物権として規定されており、登記により公示されず、また占有状態から留置権の存否を確認するのは困難である。③留置権は担保物権であるが、実体法上優先弁済権が認められていない。にもかかわらず、競売手続上は引受主義が採られているので（民事執行法91条5項）、事実上優先弁済を受けることが可能となっており、その成立時期の点で先行する抵当権よりも優先して弁済を受けられるようになり、第三者に予測できない損害を与える。④民事執行法は配当要求終期制度を設け、利害関係の配当要求時期を制限しているが（同84条1項）、留置権に関しては、申告義務の規定がなく、留置権者は自律的な判断により申告ができるとされているので、その存否の予測が困難である。⑤不動産の留置権が成立・存続する場合、債権者の占有

が必要であるので、他人が不動産を使用収益しえず、留置権者自身も債務者の承諾がなければ留置物を使用できないので、不動産の使用価値が死蔵してしまう。

(2) 不動産競売手続上の問題点

①現実的に留置権主張者の占有状態と債権関係等に対する執行官の現況調査報告が様々な事情から正確に行なわれず、形式的である。②売却不動産について留置権が申告された場合にも、売却物件明細書に形式的に記載するだけで、その記載に何らかの実体的効力が認められることはない。③留置権申告をするに際しても、その成立を証明ないしは疎明する特別な形式や書類を要求していない。④執行裁判所は、その法的性格上の限界として、そのような申告に対して、権利証明についての補正命令や尋問手続の活用等の徹底した調査をすることはなく、消極的に接受するのみで、その成立要件や有効性について審査がなされず、すべての判断は買受人がせざるをえない。

5. 留置権の成立・対抗を制限する近年の裁判例

現行の不動産留置権制度は、以上でみたような様々な問題点を内包しており、それらを逆手に取った仮装ないし虚偽の留置権が頻繁に主張されるようになった。そこで、近年の大法院判例には、留置権の成立あるいは対抗を制限するものが現れるようになった。⁽²⁷⁾

(1) 敷地の留置可能性

例えば、建物賃借人が支出した建物修理による有益費償還債権を担保するための建物留置権が認められる場合、その建物留置権に基づいて、敷地までも留置することができるか。この点、わが国の判例には、建物を留置しうる「反射的効果」として敷地をも留置できるとするものがあるが⁽²⁸⁾、それと同じく、韓国大法院判例でも、建物留置権の効力がその敷地にも及ぶとするものがみられる。⁽²⁹⁾ところで、建物新築工事が注文者の業務悪化等を理由に中断された場合、

その未完成建物部分はいまだ独立した不動産となっていないため、建物を目的とする留置権の主張ができないが、そこで、その敷地に対する商事留置権を主張することで、未完成建物及び敷地の明渡しを拒むという事例が数多く現れるようになった（わが国の法状況と同じく、敷地に対する民事留置権は被担保債権と敷地との牽連性の要件をクリアしがたいことから主張されず、そのような牽連性が要求されない商事留置権の主張がなされるのである）。かかる事例について、敷地に対する商事留置権の成立を否定する大法院判例が2件現れている。いずれも事例判断であるものの、いかなる否定論拠が提示されているかは注目に値する。

【1】大法院2008年5月30日決定（2007다52706）

事実概要は次のとおりである。Y建設会社は、2005年8月、A会社と本件土地上に工場を新築する建築請負契約を締結し、その頃から本件土地を占有して工事をしてきた。一方で、本件土地には、B銀行名義の根抵当権が設定されており、B銀行は、2005年12月根抵当権に基づき本件土地に対して任意競売申請をし、競売手続が進行したことから、Yの工事が中断された。中断時の工事の進捗は、社会通念上独立した建物とみることができない程度の構造物にすぎなかった。本件競売手続において、Yは、本件工事により4億5千万ウォンの工事代金債権があると主張し、競売裁判所に留置権申告をした。その後、Xが本件競売手続で売却許可決定を受け、売却代金を完納した後、その名義で所有権移転登記を経て、2006年6月、占有者であるYを相手に、裁判所に引渡命令を申請し、引渡命令が出された。Yは、引渡命令に対する抗告をし、民事留置権の主張をしたが、抗告裁判所は、本件工事代金債権は本件土地に関して発生したものではないという理由で、抗告を棄却し、これにYは、民事留置権の主張に加え、商事留置権の成立を主張して、大法院に再抗告した。

Yの再抗告理由は、土工事を含む基礎工事に伴って取得される建築請負人の土地に対する占有は商行為による占有とみることができるといふ趣旨であった

が、これに対して大法院は、商法第58条が「商人間の商行為により自己が占有している債務者所有の物又は有価証券を留置することができる」と規定し、債権者と債務者との商行為でない他の原因で目的物の占有を取得した場合には、商事留置権が成立しないとしているところ、建築請負人であるYが土地所有者と「本件土地に関する商行為」を原因として本件土地に対する占有を取得したと解するのは困難であるとして、商事留置権の成立を否定し、再抗告を棄却した。

【2】大法院2008年12月24日判決（20007다52706, 52713）

事実概要は次のとおりである。A産業はX建設会社に建物新築工事を注文し、Aは請負契約と関連してBから建築敷地である本件土地を買い受ける売買契約を締結し、Bに契約金と中途金を支払うため、請負人Xから資金を借り入れ、貸付金債権及び工事代金債権に対する担保として、B所有の本件土地上に自己を債務者とするXのための根抵当権を設定した。その後、本件土地所有権がAに移転したが、Aの契約違反により工事が中断された。中断当時の出来形は60%余りであり、Xは工事出来形部分に対する工事代金の一部の支払いを受けることができなかった。そこで、Xは、残りの工事代金の支払いを受けるため、工事現場に囲いを設置し警備員を配置するなどして、本件土地を占有するとともに、根抵当権者として任意競売を申請し、Yが本件土地を競落し競落代金を納付したが、Xは工事代金の一部の支払いを受けることができなかった。その後、Yが土地所有権に基づき本件建物の取去及び本件土地の引渡し等を求める訴えを提起した。Xは、本件土地に対する占有取得が商行為によるものであるとの理由で、商法58条による商事留置権を主張し、本件土地の引渡しを拒絶した。第1審では、Xの商事留置権の抗弁を受け入れ、引換給付判決が命じられたが、原審では、XがAとの関係で商行為を原因として目的物である本件土地の占有を取得していなければならないが、本件ではXがAとの商行為である本件請負契約を直接的な原因として土地に対する占有を取得し

たというよりは、請負契約により発生した工事完成義務の履行である建物を新築する過程で占有を取得したのであるから、商事留置権は成立しえないと説示され、Xの商事留置権の抗弁が認められなかった。

大法院は、商事留置権は商法58条により商人である債権者が商人間の商行為により債務者所有の物を占有している場合に行使できるものであって、本件では、XがAとの建物新築請負契約により発生した工事完成義務の履行のため本件土地を占有したにすぎず、その占有取得は商行為である本件請負契約を直接的な原因としたものではないのであるから、Xは本件土地につき商事留置権を取得することはできないとして、原判決を支持した。

以上の【1】【2】はいずれも、商事留置権の成立要件としての商行為による占有取得を否定するというロジックを採っている。同様のロジックは、わが国の最近の下級審判例にも見られるところであるが、占有取得要件の否定は個別的事情によらざるをえず、多様な仮装ないし虚偽の留置権主張を制限するものとしては自ずと限界があると言わざるをえない。

(2) 先行する差押え・仮差押えとの関係

次に、先行する差押えとの関係において留置権が優先するかが争われた事件に焦点を当てよう。

まず、【3】大法院2005年8月19日判決（2005㊦22688）は、強制競売による差押えと留置権との関係について、次のように判示して、差押えに遅れて成立した留置権の行使を制限している。債務者所有の建物に強制競売開始決定の記入登記が経由され、差押えの効力が発生した後に、債務者がその建物に関する工事代金の債権者にその占有を移転することで、債権者をして留置権を取得させた場合、そのような占有の移転は、目的物の交換価値を減少させるおそれがある処分行為に当たり、民事執行法第91条第1項、第83条第4項による差押えの処分禁止効に抵触するので、占有者としては、上記留置権をもってその不動産に関する競売手続の買受人に対抗することができる、という。一方で民事執

行法第91条第5項では、買受人が留置権の負担を引き受ける引受主義が採られているが、ここで買受人が引き受ける留置権というのは、原則的に競売手続の差押債権者に対抗することができるものであると解すべきであって、競売不動産の差押当時には、これを占有しておらず、留置権を取得してしない状態にあり、その後、競売不動産に関する既存の債権を担保する目的で遅れて債務者からその占有の移転を受けることで留置権を取得するに至った場合には、これをもって競売手続の買受人に対抗することができない、とも説示している。

続いて、上記【3】判決との関係で、建物建築請負工事の請負人が強制競売開始決定の記入登記がなされ差押えの効力が発生する前に建物の占有を取得していたが、差押えの効力が生じた後に工事を完工し工事代金債権を取得したという場合において、留置権を競売手続の買受人に対抗できるかが問題となった。【4】大法院2011年10月13日判決（2011㉔55214）は、留置権の対抗を否定している。

さらに、土地に対する担保権実行等のための競売が開始された後、その地上建物に仮差押登記が經由されたところ、Aが債務者であるBから建物の占有の移転を受け、その建物に関する工事代金債権を被担保債権とする留置権を取得し、その後、建物に対する強制競売が開始され、Cが土地と建物を競落した事案において、留置権の対抗が問題となった。ここで、【5】大法院2011年11月24日判決（2009㉔19246）は、仮差押債権者に対抗できない仮差押登記後の処分行為とは不動産を譲渡し又はこれに対して用益権・担保物権等を設定する行為をいい、特別な事情がない限り、占有移転のような事実行為は含まれないとして、留置権の買受人への対抗を認めた。⁽³²⁾

（3） 先行する抵当権との関係

同じように、第三者との関係が問題となる事例として、先行する抵当権との関係に関する判例をみよう。民事留置権ではなく商事留置権に関する事案であるが、注目すべき大法院判決が現れている。

まず、【6】大法院2011年12月22日判決（2011다84298）である。本判決は、次のように述べて、詐害的な留置権の主張を信義則違反ないし権利濫用と認定⁽³³⁾した。⁽³⁴⁾すなわち、債務者がすでに債務超過の状態に陥り又はそのような状態が切迫することで、債権者が本来であれば自己の債権の十分な満足を受けることができたはずのところその可能性が著しく低くなった状態で、すでに債務者所有の目的物に抵当権その他の担保物権が設定されており、留置権の成立により抵当権者等がその債権の満足上の不利益を被ることを十分に知りつつ、自己の債権の優先的な満足のため、上のように脆弱な財政的な地位にある債務者との間に意図的に留置権の成立要件を備えさせる内容の取引を行い、それに基づき目的物を占有させることで、留置権が成立したという場合、留置権者がその留置権を抵当権者等に対して主張するのは、他の特別な事情がない限り、信義則に反する権利行使又は権利濫用として許されない。

次に、信義則違反等の個別的な主張制限ではなく、商事留置権の性質等に触れた上で、先行抵当権を商事留置権よりも優先させたものとして、【7】大法院2013年2月28日判決（2010다57350）がある。このたびの改正法案が立法予告（2013年1月16日～2月25日）に付された直後に出された大法院判決として、重要な意味合いがあると思われるので、以下で判旨部分を引用しておく（傍点は、筆者による）。

「商事留置権は、民事留置権と異なり、被担保債権が『目的物に関して』生じたものである必要はないが、留置権の対象となる物は、『債務者の所有』であるものに制限されている（商法第58条、民法第320条第1項参照）。このように商事留置権の対象となる目的物を『債務者の所有の物』に限定する趣旨は、商事留置権の場合には、目的物と被担保債権との間の牽連関係が緩和されることで、被担保債権が目的物に対する共益費用的性質を有さなくてもよいことから、被担保債権が留置権者と債務者の間に発生するすべての商事債権に無限定に拡張されえ、それによりすでに第三者が目的物に関して確保した権利を

侵害するおそれがあるので、商事留置権の成立範囲又は商事留置権をもって対抗することができる範囲を制限したものと解することができる。すなわち、商事留置権が債務者所有の物についてのみ成立するというのは、商事留置権は、成立当時の債務者が目的物について保有している担保価値のみを対象とする制限物権であるという意味を持っているというべきであり、したがって、留置権成立時にすでに目的物について第三者が権利者である制限物権が設定されているという場合、商事留置権は、そのように制限された債務者の所有権に基づいて成立するだけであり、既存の制限物権が確保している担保価値を事後的に侵奪してはならないと解さねばならない。かくして、債務者所有の不動産に関してすでに先行の抵当権が設定されている状態で債権者の商事留置権が成立した場合、商事留置権者は、債務者及びそれ以後債務者から不動産を譲り受け又は制限物権の設定を受けた者に対しては対抗することができるが、先行抵当権者又は先行抵当権に基づき任意競売手続で不動産を取得した買受人に対する関係では、商事留置権をもって対抗することができない。」

- (10) 「満州国民法典が韓国民法典の財産編の起草にあたりほぼ全面にわたって直接的な参考」となり、「中華国民法典が二次的に参考」にされたと言われる（鄭鐘休『韓国民法典の比較法的研究』（創文社、1989年）307頁以下）。そのため、内容的にはドイツ民法・スイス民法への傾斜が強い。
- (11) この点に関する韓国民法典の比較法的位置については、鄭鐘休・前注（10）248頁以下。なお、政府草案の先取特権廃止に対しては、民法法研究会の中でも、賛成意見（金曾漢）と反対意見（金基善）とがあった（同研究会『民法案意見書』（1957年）115面以下）。
- (12) 民議院法制司法委員会民法案審議小委員会『民法案審議録上巻』（1957年）198面。
- (13) なお、韓国民法は、日本民法で認められている不動産質権も廃止した。その廃止理由について、前注（12）『民法案審議録上巻』198頁によると、次のようにまとめられている。「不動産質権制度は、金融業者が独立した今日においては、担保として抵当権制度を多く利用し、不動産の収益まで及ぶ不便な不動産質権制度を利用する事例が稀少であり、したがって、その経済的作用が特段無い。そのため、草案が不動産質権制度を廃止したの

は妥当である。のみならず、収益権まで保存させる必要があるというときには、譲渡担保によっても、その目的を達成することができるのである。」

- (14) 韓国民法666条（請負人の目的不動産に対する抵当権設定請求権）不動産工事の請負人は、前条の報酬に関する債権を担保するため、その不動産を目的とした抵当権の設定を請求することができる。
- (15) 前注（12）『民法案審議録上巻』388面。また、同審議録には、外国立法例として満州国民法上の規定のほか、中華国民法上の法定抵当権に関する規定が挙げられている。

中華国民法513条「請け負った仕事が建築物その他の土地上の工作物又はこのような工作物の重大な修繕であったときは、請負関係から生じた債権に関して、その仕事が施される注文者の不動産に対して抵当権を有する。」
- (16) 韓国民法648条（賃借地の付属物、果実等に対する法定質権）土地賃貸人が賃貸借に関する債権により賃借地に付属し又はその使用の便益に供した賃借人の所有不動産及びその土地の果実を差し押さえたときには、質権と同一の効力を有する。
- (17) ドイツ民法559条及び満州国民法629条を参照したものであろう。その他、民法案審議録には、賃料債権を担保する動産留置権を定めたスイス債務法272条、賃料債権を担保する不動産留置権を定めた中華国民法445条1項が立法例として挙げられている。
- (18) 韓国民法649条（賃借地上の建物に対する法定抵当権）土地賃貸人が弁済期を経過した最後2年の賃料債権によりその地上にある賃借人所有の建物を差し押さえたときには、抵当権と同一の効力を有する。
- (19) その内容・表現からみて、とりわけ満州国民法630条1項の影響が大きいであろう。
- (20) 韓国民法650条（賃借建物等の付属物に対する法定質権）建物その他の工作物の賃貸人が賃貸借に関する債権によりその建物その他の工作物に付属させた賃借人所有の動産を差し押さえたときには、質権と同一の効力を有する。
- (21) 「留置権者が長期にわたり修繕代金や運送費の弁済を受けられない場合にも、ただ留置できるにすぎないというのは、不便であるのみならず、目的物が長期の保管に不適当な場合にも競売権を認めないのは、不当である」との金曾漢教授の意見である（民事法研究会『民法案意見書』（1957年）117面参照）。
- (22) 李英俊『韓国民法論 [物権編]』（2004年）722面。
- (23) ①債権が目的物自体から発生する場合と②債権が目的物の返還請求権と同一の法律関係又は事実関係から発生した場合に牽連性があるとする二元説が多数説であるが（郭潤直『物権法』（2000年）387面、金相容『物権法』（1999年）596面、金容漢『物権法』（1985年）479面、高翔龍『物権法』（2000年）448面等）、このように牽連性を広く捉えることに

対して反対する見解も散見される。例えば、李英俊『韓国民法論〔物権編〕』（2004年）712面は、債権が目的物自体から発生した場合に限って牽連性を認め、公平の原則上これに準じうる場合も含むと解すべきであるという。また、この見解は、立法論としては、公平の原則上、債権が目的物自体から生じる場合に準じうる場合を一つ一つ法定化するのが妥当であり、そうすれば、スイス民法におけると同じように、事実上、留置権は法定質権化するという。

- (24) チャン・サンテ「不動産競売における引受主義と消除主義」法務士465号（2006年）8面、クォン・ヨンウ『物権法（第5全訂版）』（2001年）450面。
- (25) 大法院1966年6月23日判決（95다8713）
- (26) 大法院2011年3月15日決定（2010다1059）
- (27) 以下で取り上げるもののほか、建築工事初期の段階をめぐる最近の事例として、大法院2012年12月26日判決（2011다96208）は、Yが建物新築工事請負人との約定に従い、工事現場にセメントや砂などの建築資材を供給した場合に、Yの建築資材代金は、売買契約による売買代金債権にすぎず、建物自体に関して生じた債権であるということができないとする。また、同じく留置権の成立要件である物と債権との牽連性を否定した大法院2013年10月24日判決（2011다44788）は、建物の塔屋、外壁等に設定された看板の場合、一般的に建物の一部でなく独立した物とされており、また多額の費用を要せず建物から分離することが十分に可能であって、そのような場合には、特別の事情がない限り、看板設置工事代金債権をその建物に関して生じた債権であるということとはできないので、設置された看板の種類及び形態、看板設置工事の内容等を審理し、その看板が建物の一部であるか別途の独立した物であるか等を明確にした上で、看板設定工事代金債権が建物に関する留置権の被担保債権となりうるか否かを判断しなければならないところ、この点に関して十分に審理しないまま、看板設定工事代金債権が留置権の被担保債権に当たると断定した原判決の判断には違法があるとして、原判決の一部を破棄差戻した。
- (28) 大判昭和7年1月26日民集11巻169頁、大判昭和14年8月24日民集18巻877頁、大判昭和18年2月18日民集22巻91頁（ただし、いずれも傍論での説示である）。なお、近年の下級審判決として、仙台高判平成6年2月28日判時1552号62頁〈最判平成9年7月3日の控訴審判決〉（建物建築請負代金債権を被担保債権とする留置権は、建物留置の反射の効果として、敷地部分を適法に占有しえ、建物留置権者は、いったんは債務者に当該建物を引き渡して所有権保存登記を経由させたとしても、留置権の存在をしりつつこれを放棄する意図があったと認められない以上、債務者から再度建物の引渡しを受けて占有することにより、留置権を取得することができる）、東京地判平成7年1月19日判タ894号250頁（留

置権の行使により建物の引渡しを拒否しうる反射作用として、建物を留置するために必要不可欠な敷地の明渡しを拒否することができる）参照。

- (29) 大法院1980年10月14日判決（79다1170）
- (30) また、最近の大法院2008年5月30日判決2007다98は、建物の新築工事を請け負った請負人が社会通念上独立した建物とみることのできない定着物を土地に設置した状態で工事を中断した場合、その定着物は土地に付合して独立した権利客体とならず、このような定着物に対して留置権を行使することができず、また工事中断時までに発生した工事金債権は、土地に関して生じたものでないので、その工事金債権に基づき土地に対して留置権を行使することもできない、として、建前及び土地に対する留置権の成立を否定する（傍点は筆者による）。
- (31) 例えば、①福岡地判平成9年6月11日判時1634号147頁（建物建築請負人の注文者所有の建物敷地に対する占有は、建物に対する占有の反射的效果としての間接占有にすぎないし、請負人が留置権の行使によって担保される程度は建物の価値を基準とするのが平衡であるから、特段の事情がない限り、商事留置権の成立に必要な占有と認めるに足りない）、②東京高決平成9年3月14日判時1604号72頁（占有を喪失したとするとともに、請負人が先順位の抵当権者による実行通知等を受けた後に請負代金を回収するために、注文者に依頼して建物の占有を回復して留置権を主張することは、先順位の抵当権の優先弁済効を不当に妨げるものであって、その留置権は保護されないとした例）、その他、占有取得要件を充足しないとした例として、③東京高決定平成10年6月12日金判1059号36頁、④東京高決定平成10年12月11日判時1666号141頁、⑤東京高決定平成11年7月23日判時1689号82頁、⑥東京地判平成13年3月28日判タ1092号229頁、⑦東京高決平成22年7月26日金法1906号75頁、⑧東京高決平成22年3月26日判タ1338号226頁。
- (32) 【3】判決との関係性が問題となるが、本判決は、【3】判決の趣旨を次のように説示して、仮差押えの場合には、その趣旨が妥当しないという。すなわち、【3】判決の趣旨は、もし競売開始決定の記入登記がなされ差押えの効力が生じた後に取得した留置権をもって差押債権者への対抗を認めると、買受人が買受価格決定の基礎とした現況調査報告書や売却物件明細書等から現れない留置権の負担をそのまま引き受けるようになり、競売手続の公正性や信頼を著しく損ねることになるだけでなく、留置権申告等を通じて買受申請人が上のような留置権の存在を知るようになる場合には、買受価格の即時的な下落が生じ、責任財産を迅速かつ適正に換価し債権者に満足を得させるという民事執行制度の運営に深刻な支障を及ぼすことになるからという点にあって、不動産に仮差押登記が経由されているだけの場合、現実的な売却手続が行なわれておらず、状況が異なるという。

- (33) 事案は、債務者X会社所有の建物に関して、Y銀行名義の第1根抵当権が設定されていたところ、第2根抵当権者であるA会社がXと本件建物の一部につき賃貸借契約を締結し、Xがそれを占有している状況の下で、Yの申請により競売手続が開始され、Xが(商事)留置権の申告をしたというものである。
- (34) また同様の判断がなされた例として、大田高等法院2004年1月15日判決(2002㉔5475)は、建物及びその敷地上に巨額の根抵当権、傳賃権、仮差押登記等がなされている等その所有者の財産状態が良くなく、その建物及び敷地に対する競売手続が開始される可能性があることを十分に認識しつつ、巨額の工事請負契約を締結し、工事をした請負人が主張した留置権について、「民法第320条第2項を類推適用し、請負人がその工事代金債権に基づく留置権を主張し、その所有者に対抗することができず、あるいはその留置権を行使するのが信義則に反し許されない」として、留置権の成立自体を否定もしくは対抗力を否定しなければならないと判示している(本件については上告がなされ、大法院が上告破棄しているようであるが、判決年月日等が明らかにならなかった)。

三. 2013年国会提出法案

1. 経過

韓国では、1990年代末頃から、民法財産法の全面的な改正を求める声が大きくなり、それに呼応して、1999年2月、法務部の法務諮問委員会の下に民法(財産編)改正特別分科委員会が設置され、同委員会の下で本格的な改正作業が進められた。その成果は2004年の国会提出法案として結実し、2005年6月には、法制司法委員会から検討報告書が提出されたが、国会での審議が行われることなく、2008年5月下旬、第17代国会議員の任意満了に伴い、この民法改正案は破棄されるに至っている⁽³⁵⁾。この民法改正作業の委員会審議において、不動産留置権を廃止して、差押えを要件とする法定抵当権に転換すべきであるとの考え方、留置権に事実上認められている優先弁済権を明文化すべきであるとの考え方について、担当委員(キム・ヨンサン)の検討に委ねられたものの、第1小委員会第11回会議(2000年1月14日)で、不動産留置権の存廃は長期検討

事項であるとされ、具体的な改正法案などは示されることがなかった。⁽³⁶⁾

韓国での民法改正論は2009年に新たな展開を迎える。法務部の傘下に民法改正委員会が設置され、同年から5ヶ年計画で民法改正作業が再び始められた。⁽³⁷⁾ 新たな民法改正委員会は、分科委員会方式を採り、第5分科委員会に担保物権中留置権に関する改正作業を担当させた。⁽³⁸⁾ 第5分科委員会は、改正試案を作成し、それを実務委員会に回付し、その後、2012年4月23日開催の民法改正委員会第1次全体会議と同年8月27日開催の第2次全体会議によって、第1次改正案が確定した。そして、同年11月26日には、法務部主催で公聴会が開かれ、そこでの意見を考慮した上で、同年12月3日、民法改正委員会分科委員長団会議を通じて、改正案が確定した。2013年1月16日から同年2月25日にかけて立法予告（わが国のパブリックコメント手続に相当）がなされ、同年6月27日に法律案審査に回付され、次官会議（7月5日）、国務会議（7月9日）を経て、同年7月17日に国会に提出されている。⁽³⁹⁾

2. 改正法案の内容

改正案の重要な内容は、〈1〉登記不動産に対する留置権廃止、〈2〉留置権の被担保債権の範囲の修正、〈3〉留置権の抵当権設定請求権への転換、〈4〉不動産に対する費用支出債権者の抵当権設定請求権の認定、〈5〉民事執行法における留置権に対する引受主義の廃止、である。なお、民事留置権については、民事執行法上引受主義を採っていることから、事実上の優先弁済の効果があるが、正面から優先弁済権を認めるべきであるとの意見があり、この点も検討されたが、採用されなかった。そのため、〈5〉で引受主義が排され消除主義に転換されたことにより、不動産留置権者は、競売手続で一般債権者として債権回収できるだけで、従来のような事実上の優先弁済権は認められなくなった。また、商事留置権に関する商法58条等を改正して、不動産に対する商事留置権を否定すべきであるとの意見があり、この点の検討がなされた。商事留置

権の対象から不動産を外す改正委員会試案が示されているが、実務への影響が大きいとの意見もあり、本稿執筆の段階で、商法改正法案は国会提出されていない。

(1) 改正項目〈1〉について：登記不動産に対する留置権廃止

現行民法	改正案
<p>第320条（留置権の内容）①他人の物又は有価証券を占有した者は、その物又は有価証券に関して生じた債権が弁済期にある場合には、弁済を受ける時までその物又は有価証券を留置する権利を有する。</p> <p>②前項の規定は、その占有が不法行為による場合に適用しない。</p>	<p>第320条（留置権の内容）①他人の動産又は有価証券を占有した者は、その動産若しくは有価証券に対する費用支出による債権又はその動産若しくは有価証券による損害賠償債権が弁済期に及んだ場合には、弁済を受ける時まで、その動産又は有価証券を留置する権利を有する。</p> <p>②第1項は、その占有が不法行為による場合には、適用しない。</p>
<p>〈新設〉</p>	<p>第320条の2（未登記不動産に対する留置権の成立及び消滅に関する特例）①他人の未登記不動産を占有した者についても、留置権の成立に関する第320条を適用する。</p> <p>②第1項による未登記不動産に対する留置権は、次の各号の一に該当する事由がある場合にも、消滅する。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 第369条の2第1項による抵当権設定登記の完了 2. 第369条の2第2項による抵当権設定請求権の消滅

[i] 登記不動産に対する留置権の廃止

現行民法320条1項は、留置権が成立する目的物を「物又は有価証券」と定めており、不動産上にも留置権が成立しうる。この点、韓国民法・日本民法と同じく留置権を物権として規定しながらも、その対象から不動産を除外し、動産のみをその対象としているスイス民法と対照的である。そのため、例えば不

動産工事の請負人が工事代金を受ける時まで不動産に対する留置権を行使することができる。ただし、請負人がその材料や労力をもって建築し独立した建物となった場合には、その建物の所有は請負人に属するのが原則とされており、そのような場合には、留置権を成立させる必要がない⁽⁴¹⁾。

改正法案320条1項は、留置権の目的物について、現行の「物」を「動産」に修正することで不動産を留置権の目的物から除外した。ただし、同条2項で、未登記不動産に関しては、現行法のように留置権を存続させた上で、改正法案372条の2による抵当権設定登記をしたとき又は抵当権設定登記請求権が消滅したときに留置権が消滅すると規定した。

このように改正法案は登記不動産に限局しているものの、原則的に不動産留置権を廃止すべきであるとの学界実務界の主張を受け入れたものであり、公示原則の問題を解決し、妨害的な不動産留置権の弊害を解消することを目的としている。

[ii] 未登記不動産に対する留置権の特例

もともと、未登記不動産に対する留置権を廃止するのは問題があるとして、未登記不動産については暫定的な留置権を認める方案が提示された。この点、分科委員会で大いに議論されたところであるが、次のような事情に基づく。

韓国民法は、(日本民法を継受して)土地と建物を別個の不動産として取り扱っている。土地上に建物が新築された場合、その建物は独立的な所有の客体として、土地登記簿に公示されず、建物登記簿に公示される。建物に関して所有権保存登記がなされれば、その建物に後述する改正法案372条の2による抵当権設定登記の請求をすることができるが、そうでない段階では抵当権を設定することができず、さらに留置権まで認められなければ、建築請負人の報酬債権が確保されないことになる。そこで、未登記不動産については、抵当権設定請求ができるときまで、暫定的に留置権を認めるものとされたのである。土地と建物を1つの物権の客体とみる場合には、このような考慮が必要ないが、そ

うでない現行法制の下では、未登記不動産に限っては留置権の規定を存続させるのが望ましく、改正法案は320条の2として特例を置いたのである。

ここでいう未登記不動産とは、登記されない不動産をさすが、それは独立した所有権の客体となりえる場合でなければならず、建築途中の独立した不動産であるといえない建前の段階では、前述したように（前注（30）参照）、建前が土地に付合し、建前に対する留置権は観念できず、また被担保債権と土地との牽連性も否定されることから、土地に対する留置権も行使できないとするのが判例の立場である。

このように未登記不動産について留置権制度を残すことに対しては、詐害的な留置権の主張がみられるのは、未登記不動産に関する場合が多く、そのため、公示されない留置権の制度を改革する意味が半減してしまうのではないかとの声があった。しかし、未登記不動産に関する費用支出債権を有する者の保護という観点から、債権者に留置権も認めず事実上抵当権の設定もできない状況に置くのは妥当ではないとの判断がなされた。動産の場合には、費用支出者が留置権を有するのに対して、未登記不動産の場合に留置権も成立せず抵当権も設定できずというのは、バランスを欠くというのである。後に不動産に関する所有権保存登記がなされてから、抵当権を設定することができるようにすればよいではないかとも考えるが、不動産所有者が登記以前にその不動産を第三者に譲渡した場合に備えて、留置権を認める必要があると考えられた。

もともと、ここでの留置権の成立はあくまでも暫定的なものである。改正法案は、未登記不動産に関して所有権保存登記がなされた場合、その時から6箇月内に抵当権設定請求権を行使しなければならず、これに従い抵当権設定登記が完了したとき又は抵当権設定請求権が消滅すると、留置権も消滅するように規律されている（改正法案320条の2第2項）。不動産につき所有権保存登記がされると、もはや未登記不動産ではなく、その時点でただちに留置権が消滅するという考え方もありえるが、改正法案は、未登記不動産に既に成立した留置

権の存続期間を一定の期間制限的に延長したのである。

(2) 改正項目〈2〉について：留置権の被担保債権の範囲の修正

現行民法典は、留置権の成立要件として「物又は有価証券に関して生じた債権」という非常に曖昧な表現をとっている。その意味を目的物と債権の「牽連性」と理解し、さらにそれを二元論的に解するのが判例・多数説の立場である。このような判例・多数説に対しては、そもそも「牽連性」という表現での限定が妥当なのかという疑義や二元論への批判が示されてきた。法規定を判例・多数説の考え方と一致させるため、「物又は有価証券と牽連関係にある債権」という表現に改める方案も考えるが、これでは根本的な問題解決には至らない。

この点、改正法案は、成立要件をより限定的な表現にすることを企図して、「その動産若しくは有価証券に対する費用支出による債権又はその動産若しくは有価証券による損害賠償債権」についてのみ留置権を認めている。当初の案は、「費用支出による債権その他これと類似した債権」との表現を採って、留置権が認められる典型的な形態を物に対して費用支出した場合と捉えると同時に、そのように限定すると、留置権成立の範囲が著しく狭小となるので、それと類似した場合にまで留置権の成立範囲を広めていた。しかし、「その他これと類似した債権」というのは、非常に曖昧であって、従来の二元論的な理解以上に、留置権の成立範囲を広げてしまうおそれがあるとの批判を受けて、①費用支出債権と②損害賠償債権という二元的な表現が採られた。このような二元的な表現は、オーストリアの立法例と類似している⁽⁴³⁾。

改正法案が採用する二元的な要件に対しては、従来の判例や二元論が認めてきた「同一の法律関係又は事実関係から生じた債権」の一部が排除されてしまうのではないかという疑義がありうる⁽⁴⁴⁾。例えば、大法院は、「債務不履行による損害賠償請求権は、原債権の延長と解さねばならないので、物と原債権との間に牽連関係がある場合には、その損害賠償債権とその物との間にも牽連関係

があるというべきであって、損害賠償債権に関して留置権の抗弁を出すことができる」と判示しているが、そのような場合が改正法案の要件でカバーされるのかは微妙であるし、傘の取り違えのような同一の事実関係による返還請求権の場合にはどうかも問題となるであろう。この点、今後の議論を見守る必要がある。

(3) 改正項目〈3〉について：未登記不動産に対する留置権者の抵当権設定請求権

現行民法	改正案
<p>〈新設〉</p>	<p>第369条の2（未登記不動産に対する留置権者の抵当権設定請求権）①第320条の2第1項による未登記不動産に対する留置権者は、その不動産が登記された場合、第320条第1項による債権を担保するため、不動産所有者に対して、その不動産を目的とした抵当権の設定を請求することができる。留置権が成立した後、不動産の所有権を取得した者に対しても、また同じである。</p> <p>②第1項による請求権は、留置権者が不動産が登記された日から6箇月内に訴えをもって行使しなければ消滅する。</p> <p>③第1項による抵当権は、その債権の弁済期に設定されたものとみなす。</p>

[i] 法的性質

現行法では、他人の不動産に対する費用支出による債権等がある場合に留置権が成立するが、改正案は、未登記不動産に対してのみ暫定的な留置権を認めて、かかる未登記不動産に対する留置権者に抵当権設定請求権を認めている（369条の2）。こうすることで、不動産の価値を増加させた費用支出債権等を担保させるとともに、公示原則との調和を図っているのである。

もともとの試案段階では、本条に続く改正法案369条の3に当たる規定とまとめて1箇条で費用支出者等の抵当権設定請求権に関する規律を置こうとする

方案が採られていたが⁽⁴⁵⁾、第三者との関係等で両者を区別する取り扱いがなされたことから、2箇条に分けて規律されるに至った。

これらの規定をめぐっては様々な論点が噴出して議論が重ねられたが、まずは、かかる抵当権設定請求権の法的性質について触れておこう。前述したように、韓国民法は、請負報酬債権に関しては、日本民法327条に規定された不動産工事先取特権に代置するものとして、請負人の目的不動産に対する抵当権設定請求権に関する規定（666条）を置いている。改正法案の抵当権設定請求権に関する規定を置く際、この現行民法666条が一つのモデルとされた。⁽⁴⁶⁾ によるこの請求権は、債権的請求権であるという点で見解の一致がみられる。そこで、改正法案369条の2で認められる未登記不動産に対する留置権者の抵当権設定請求権が現行666条と同じく請求権なのか、それとも形成権なのかの問題となる。ある改正委員はこの点について特段の議論をしなかったと述べているが⁽⁴⁷⁾、費用支出債権の担保方法として、法定抵当権という構成を採用するか、抵当権設定請求権という構成を採用するかというかたちでの、一定の議論があったようである。⁽⁴⁸⁾ この点、請求権であるとすれば、請負人の請求権の行使によりただちに抵当権が設定されるのではなく、注文者がその請求に応じて、登記を備えたときにはじめて抵当権が成立することとなる（韓国民法は、物権変動につき形式主義を採用）。このような債権的請求権としての構成は、とりわけ物権変動につき形式主義を採用する韓国では、実効性の面で大いに問題であるとの指摘もみられ⁽⁴⁹⁾、現に現行666条による抵当権設定請求権は今日まで十分に活用されずにきた。いずれにせよ、改正法案は、請負報酬債権の担保の場面以外にも、不動産に対する必要費を支出させることでその価値を増大させた場合に、不動産に対する抵当権を設定できるようにする道を作ったといえる。⁽⁵⁰⁾

[ii] 抵当権設定請求権の行使の時期と期間

まず、第5分科委員会では、抵当権設定請求権を行使するには、被担保債権の弁済期が到来していなければならないかが問題とされた。留置権の場合、弁

済期の到来がその成立要件とされているが、弁済期到来前に抵当権設定登記をしておいて公示するのが望ましいので、弁済期到来は要件としないこととされた。その代わり、設定された抵当権の効力の発生時期を弁済期とすることで、効力を遡及させ、一般の抵当権設定の場合に弁済期が任意的登記記載事項であるのと異なり、弁済期を必要的記載事項とした（不動産登記法改正法案75条3項新設⁽⁵¹⁾）。

改正法案は、このように被担保債権の弁済期が到来しておらずとも抵当権設定請求権を行使しうるとするが、他方で、その行使期間を限定している。すなわち、留置権の目的不動産につき所有権保存登記がなされた日から6箇月内に行行使しないと消滅するものとする⁽⁵²⁾。当初は、3箇月という権利行使期間が提案されたが、それはあまりに短いとの意見が多く、6箇月に延長された。期間を延長すればするほど、法的不確実性も大きくなるが、債務弁済や抵当権設定の合意、訴えの提起などを考えると、6箇月が妥当な期間であると考えられた。

[iii] 占有の要否

第5分科委員会では、費用支出債権者等の抵当権設定請求権の成立要件に関わって、目的不動産を占有していなければならないかが議論された。つまり、①未登記不動産に対する留置権者のみが留置権の転換としての抵当権を取得できるようにするのか、それとも、②広く費用支出債権者を保護するために抵当権設定請求権を認めるのかの政策判断である。この点、第5分科委員会は、2つの案を提示して全体会議にその判断を委ねた（前注（45）参照）。占有取得要件を課す①の方案においては、その占有が不法行為による場合には、留置権の場合と同じく、抵当権設定請求権をも否定するアプローチが採られ、一方で、占有取得要件を課さない②の方案においては、不法占有を抵当権設定請求権の排除事由とすることができないため、様々な方向性が検討されたが、暫定的に「債務者の意思に反し第1項の債権を取得した場合」に抵当権設定請求権を否定することとされていた。

[iv] 請求の相手方

不動産所有者が債務者でない場合に、抵当権設定請求権の相手方となりうるか。この問題も、大いに議論された点である。いくつもの方案がありえるところであって、それを全面的に肯定する方案、全面的に否定する方案を両極において、その中間的なものとして、例えば、不動産所有者が債務者である場合に限定されるのが原則であるが、悪意の第三取得者に対しても抵当権設定請求権を認める方案など、様々ありうる。

不動産所有者が債務者である場合に限ってその者に対する抵当権設定請求を認める考え方は、取引安全や法律関係の明確性という点で優れており、また現行666条の抵当権設定請求権における理解と調和的であるが⁽⁵³⁾、物権である不動産留置権として保護を受ける場合すべてを包摂できない。他方で、不動産所有者が債務者でない場合にも抵当権設定請求権を認めるとすれば、不動産留置権者をそのまま全て抵当権で保護できることになるが、抵当権設定請求権の範囲が広がり過ぎ、取引安全を大きく害する。

債務者を相手にするのを原則とした上で、第三取得者の善意悪意に応じて、抵当権設定請求権を行使しうるかを異にさせる考え方がありうるが、そのような善意悪意の対象が何であるか、仮に留置権が成立していることや費用支出債権等が弁済されていないことなどに求める場合、権利行使の可否につき非常に難しい判断を強いられることになりかねない。また、広く不動産所有者を相手方とする原則を立てた上で、善意の第三取得者を保護する規定を置くか、不動産所有者と債務者が一致していることを原則として要求した上で、悪意の第三取得者にも行使できると規定するかに応じて、善意悪意の立証責任の所在が異なってくる。

前記 [iii] でみたとおり、第5分科委員会では、未登記不動産留置権者に限り抵当権設定請求権を認めるのか、当該不動産の占有を取得しておらず留置権を有しない者も含めて、広く不動産に対する費用支出債権を有する者に抵当権

設定請求権を認めるのかについて、見解の対立があったので、それぞれの考え方に従った2つの新設条文案が提示されたが、そのいずれの案においても、不動産の第三取得者との関係が問題となる。第5分科委員会の試案では、不動産所有者を相手方とする旨明記された上で、続けて、「悪意の第三取得者に対しても、また同じである」という一文が加えられ、第三取得者の悪意に対する立証責任を抵当権設定請求権者の方に負わせる方案が採られた（前注（45）参照）。その意味では、ただし書で善意の第三取得者を保護する規定の仕方よりも、第三取得者をより保護していたとみることができる。⁽⁵⁴⁾

しかし、その後、善意悪意という第三取得者の主観的態様による区別が必ずしも妥当でないとの意見を受け入れ、改正法案は、権利行使期間内であれば、善意悪意を問わず第三取得者に対して請求できるとした。もっとも、これに対して、後述の留置権者でない債権者の抵当権設定請求権については、第三取得者に対する請求を否定している。

[v] 被担保債権額

設定される抵当権の被担保債権額をめぐって、支出額は多いが、価値増加額が著しく少なかった場合、実際の支出額をもって被担保債権額としてよいか問題とされた。支出額又は約定債権額を被担保債権額とするのを原則としながらも、第三取得者の保護の観点から例外的に、登記時における価値増加額が支出額又は約定債権額を下回る場合に、価値増加額を限度とするという方案が考えられる。この点、第5分科委員会は、悪意の第三取得者に対してのみ抵当権設定請求権の行使を認めることとすれば、被担保債権額を価値増加額に限定する必要性はさほど大きくないであろうとの結論に至った。

しかしながら、最終的な国会提出法案では、善意悪意を問わず広く第三取得者に対する抵当権設定請求を認めるに至っており、その結果、第三取得者が予測不可能な多額の被担保債権を負担するおそれが生じた。この点で改正法案は、第三取得者の保護の観点で不十分な面を残している。

(4) 改正項目〈4〉について：留置権者でない債権者の抵当権設定請求権

現行民法	改正案
<p>〈新設〉</p>	<p>第369条の3（留置権者でない債権者の抵当権設定請求権）①他人の登記された不動産に対する費用支出による債権又はその不動産による損害賠償債権を有した者は、その債権を担保するため、弁済期に及んでいない場合にも、不動産所有者に対して、その不動産を目的とした抵当権の設定を請求することができる。ただし、抵当権設定請求権が成立した後その不動産に対する所有権を取得した第三者に対しては、この限りでない。</p> <p>②第1項による請求権は、第320条の2第2項第2号又は第328条により留置権が消滅する債権者も行使することができる。</p>

[i] 改正法案369条の2と369条の3の相違点

改正法案369条の3第1項は、登記された不動産に対する費用支出による債権又はその不動産による損害賠償債権を有する債権者について、抵当権設定請求権を認めている。この抵当権設定請求権は、前条の留置権に基づくものではないので、留置権者でなくても、また目的不動産の占有がなくても、費用支出債権又は損害賠償債権を有する者であれば認めらる。なお、前条による抵当権設定請求権と同じく、被担保債権の弁済期の到来を必要としない。両者の違いを明確にするため、相違点を列举すると、①本条に基づく抵当権設定請求権の相手方は被担保債権が成立する時点での所有者に限られ、その時点以降の第三取得者に対しては行使できない、②設定される抵当権の効力発生時期が通常の抵当権と同じく登記時であって（韓国民法上、形式主義が採用されていることから〔同法186条〕、抵当権は登記したときより効力を生ずる）、留置権者による抵当権設定請求権の場合のように弁済期に遡及しない、③抵当権設定請求権の行使期間の制限がない、④債権者が目的物を占有していなくても認められる

ことが挙げられる。

改正法案369条の3による抵当権設定請求権は、留置権の成否とは関わりがないので、その法的性質が債権的請求権である点につき争いがなく、そのため現行666条の抵当権設定請求権と類似したものと位置づけることができるが、請求権者が請負人に限定されず、また請求の相手方が注文者（債務者）ではなく所有者とされている点で違いがある。⁽⁵⁵⁾

[ii] 留置権喪失者の抵当権設定請求権

改正法案369条の3第2項は、留置権者が抵当権設定請求権を不動産登記時から6箇月内に訴えをもって提起せず留置権を喪失した場合（改正法案320条の2第2項第2号）や占有を喪失したことで留置権を失った場合（現行328条）にも、改正法案369条の3第1項の抵当権設定請求権を行使できると規定して⁽⁵⁶⁾いる。議論の過程で、このような債権者の保護の必要性はないとの意見もあったが、留置権も失い、抵当権設定請求もできない状況に置かれるのはあまりに酷であるとの意見が大勢を占めた。⁽⁵⁷⁾

(5) 改正項目〈5〉：留置権に対する引受主義の廃止等、民事執行法の改正

現行民事執行法	改正案
<p>第88条（配当要求）①執行力のある正本を有した債権者、競売開始決定が登記された後に仮差押えをした債権者、民法商法その他の法律により優先弁済請求権がある債権者は、配当要求をすることができる。</p> <p>②〔略〕</p>	<p>第88条（配当要求）①執行力のある正本を有した債権者、競売開始決定が登記された後に仮差押えをした債権者、<u>民法第372条の2第1項により抵当権設定請求の訴えを提起した留置権者</u>、民法商法その他の法律により優先弁済請求権がある債権者は、配当要求をすることができる。</p> <p>②〈現行と同じ〉</p>
<p>第91条（引受主義と剰余主義の選択等）</p> <p>①〔略〕②売却不動産上のすべての抵当権は、売却により消滅する。</p> <p>③④〔略〕</p> <p>⑤買受人は、留置権者にその留置権をもって担保する債権を弁済する責めを負</p>	<p>第91条（引受主義と剰余主義の選択等）</p> <p>①〔略〕②売却不動産上のすべての抵当権及び留置権は、売却により消滅する。</p> <p>③④〈現行と同じ〉</p> <p>⑤〈<u>削除</u>〉</p>

う。	
<p>第160条（配当金額の供託）①配当を受けなければならない債権者の債権について、次の各号のうちの一の事由がある場合、それに対する配当額を供託しなければならない。</p> <p>1. 2. [略]</p> <p><新設></p> <p>3. [略]</p> <p>4. ～6. [略]</p> <p>② [略]</p>	<p>第160条（配当金額の供託）①配当を受けなければならない債権者の債権について、次の各号のうちの一の事由がある場合、それに対する配当額を供託しなければならない。</p> <p>1. 2. [略]</p> <p><u>3. 民法第372条の2第1項により、抵当権設定請求の訴えを提起した留置権者の債権であるとき</u></p> <p>4. <現行第3号と同じ></p> <p>5. ～6. <現行第4号乃至第6号と同じ></p> <p>② [略]</p>

[i] 改正法案88条関連

改正法案は、配当要求権者に「抵当権設定請求の訴えを提起した留置権者」を追加している。留置権者の請求に基づき抵当権設定が行われた場合、競売手続内で配当が行われなければならないが、そのためには、留置権者の配当要求が先行して行われなければならない。もっとも、競売開始決定の登記後、配当要求をしないまま、留置権による抵当権設定登記を経由した者の取扱いが問題となるが、このような者は、配当要求をしなかった以上、配当要求権者に含めることはできないであろう。⁽⁵⁸⁾ 配当要求をしたが、配当期日までに抵当権設定登記がなされなかったときには、第160条及び第161条により処理されることになる。

[ii] 改正法案91条関連

留置権も抵当権と同じように売却により消滅し、買受人は留置権を引き受けないとして、引受主義から消除主義への転換が図られている。

[iii] 改正法案160条・161条関連

配当要求権者である抵当権設定請求の訴えを提起した留置権者が存在し、配

当時にいまだ抵当権登記が経由されていなかった場合には、その留置権者はいまだ優先弁済権を有していないので、優先弁済権があるかのように配当をすることはできない。従って、このような留置権者がいる場合、いったん供託をして、留置権者の抵当権設定請求の訴えが認容された場合に同人に対して配当し、認容されなかった場合には従前の配当権者に配当すればよい。改正法案160条及び161条は、そのような内容を規定している。

(35) この民法改正作業については、法務部『民法（財産編）改正資料集』（2004年）として整理され刊行された後、最近、法務部・民法改正資料発刊チームによって、『民法改正叢書』（2012年）第3巻・第4巻として再公開されている。

この第1次の民法改正作業について紹介するものとして、拙稿「韓国の民法典改正作業における錯誤規定改正論—韓国民法現代化の一断面」『北海学園大学法学部40周年記念論文集 変容する世界と法律・政治・文化（上）』（2007年、ぎょうせい）307頁以下のほか、鄭鐘休「韓国民法改正試案について—債権編を中心として」岡孝編『契約法における現代化の課題』（2002年、法政大学出版会）157頁以下、同「韓国民法の現代化（1）（2・完）」民商126巻2号155頁以下、3号279頁以下（2002年）、梁彰洙「最近の韓国民法典改正作業」民商127巻4＝5号（2003年）642頁以下、梁彰洙・権澈「韓国の2004年民法改正案—その後の経過と評価」ジュリスト1322号（2008年）84頁以下、金祥洙「韓国法事情（46）（47）民法改正案について（上）（下）」国際商事法務32巻8号、9号（2004年）、高翔龍「民法改正の動向（5）韓国」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』（2007年、有斐閣）41頁以下等がある。

(36) 法務部・民法改正資料発刊チーム編『民法改正叢書第3巻：2004年法務部民法改正案〈総則・物権編〉』（法務部、2012年）409面。

(37) 民法改正委員会については、法務部民法改正委員会ホームページ（<http://www.minbub.or.kr>）を参照。

(38) 2009年から2010年にかけて担保制度改善を担当して活動した第1期の第5分科委員会は、ユン・ジンス〈委員長〉（ソウル大）、イ・サンヨン（東国大）、パク・ヨンボク（韓国外国語大）、キム・ジェヒョン（ソウル大）、チェ・スジョン（西江大）、キム・サンス（西江大）、チョン・ジュンヨン（大法院裁判研究官）の7名のメンバーから成った。その後、一部のメンバーが交替し、2010年に構成された第2期の委員は、ナム・ヒョスン〈委

員長) (ソウル大)、キム・ジェヒョン、キム・サンス、チェ・スジョン、キム・スンピョ (ソウル東部地方法院部長判事)、キム・チュンソプ (弁護士) の6名であった (法務部・民法改正資料発刊チーム編『民法改正叢書第1巻: 2013年改正民法資料集』(法務部、2012年) 25面)。不動産留置権に関しては、キム・ジェヒョン委員が草案を作成し、委員会で議論をした上で、2011年6月18日の韓国民事法学会のシンポジウムでその趣旨と内容を紹介して学界の意見を聴取し、それらを受けて、第5分科委員会の案を確定している (キム・ジェヒョン「不動産留置権の改善方案—2011年民法改正試案を中心に」民事法学55号 (2011年) 341面脚注2)。

- (39) いわば第2次の民法 (財産編) 改正作業は、分科委員会方式を採りつつ、多段階で進められている。まず、2001年2月には、その第一弾として、成年年齢引下げ (20歳から19歳へ) 及び成年後見制度の導入を内容とする改正法案が国会を通過し、2013年7月から施行されるに至っている。第二弾となったのが、法人制度及び時効制度の抜本的な改正を内容とするものであり、2010年6月22日に改正法律案が国会に提出され、法制司法委員会に回付されたが、審議未了で破棄されてしまっている。そして、第三弾となったのが、この留置権制度改革に関するものである。なお、本稿執筆の段階で、第四弾となる、保証制度の改善と旅行契約に関する規定の新設をその内容とする改正法案が、2013年9月30日から同年11月11日までの期間で立法予告手続に付されている。さらに、第五弾となると目される債務不履行に関する規定の改正を内容とするものについても、民法改正委員会試案が確定し、その内容が2013年10月ソウル大学で開催された韓国民事法学会で明らかにされている。
- (40) 民法改正委員会第5分科委員会で確定している改正案は、次のとおりである (オ・シヨン「留置権関連民法改正案に対する検討」江原法学38巻 (2013年) 126面)。

現行商法	改正試案
第58条 (商事留置権) 商人間の商行為による債権が弁済期にあるときには、債権者は、弁済を受ける時まで、その債務者に対する商行為により自己が占有している債務者所有の物又は有価証券を留置することができる。ただし、当事者間に他の約定がある場合には、その限りでない。	第58条 (商事留置権) 商人間の商行為による債権が弁済期にあるときには、債権者は、弁済を受ける時まで、その債務者に対する商行為により自己が占有している債務者所有の動産又は有価証券を留置することができる。ただし、当事者間に他の約定がある場合には、その限りでない。
第91条 (代理商の留置権) 代理商は、取引の代理又は仲介による債権が弁済期にあるときには、その弁済を受ける時まで、本人のために占有する物又は有価証券を留置することができる。ただし、当事者間に他の約定がある場合には、その限りでない。	第91条 (代理商の留置権) 代理商は、取引の代理又は仲介による債権が弁済期にあるときには、その弁済を受ける時まで、本人のために占有する動産又は有価証券を留置することができる。ただし、当事者間に他の約定がある場合には、その限りでない。

- (41) 大法院1993年3月26日判決91다14116.
- (42) 登記することができない不動産に限って留置権を成立させるようにすべきとの意見もあったが、未登記不動産に抵当権を設定するのが現実的に極めて困難であり、債権者の立場からしても登記できる不動産であるかどうかを判断するのは容易ではないことから、広く登記されていない不動産に対する暫定的な留置権の成立が認められた(キム・ジェヒョン・前注(38)352面)。
- (43) オーストリア民法は、物権法編の質権の章に、物に対して支出された費用償還債権(Forderungen wegen des für die Sache gemachten Aufwandes)と、物により生じた損害賠償債権(Forderungen des durch die Sache ihm verursachten Schadens)を被担保債権とする物の引渡拒絶権(Rententionsrecht)を定めている(471条)。もっとも、実際には、この規定は、やや広く解釈されており、無効な売買により支出された売買代金返還請求権、瑕疵担保による損害賠償請求権等でも、留置権の成立が認められている(Rummel/Hofmann, ABGB Kommentar, 3.Aufl., 2000, §471 Rdnr.8)。
- (44) オ・シヨン・前注(40)113面。
- (45) 次の2つの試案が提示されていた。第1案は、占有取得の要件を課し、留置権が抵当権に転換する方向性が採られているのに対して、第2案は、占有取得の要件を課さず、広く費用支出債権者に抵当権設定請求を認める方向性を採っている。
- 〈第1案〉372条の2(費用支出者等の抵当権設定請求権)①他人の不動産を占有した者は、その不動産に対する費用支出による債権その他これと類似した債権がある場合に、その債権を担保するため、不動産所有者を相手にして、その不動産を目的とした抵当権の設定を請求することができる。悪意の第三取得者についても、また同じである。
- ②第1項の規定は、その占有が不法行為による場合に適用しない。
- ③第1項の場合に、債権者は、弁済期から6箇月内に抵当権設定登記をし又はその登記を請求する訴えを提起しなければならない。ただし、未登記不動産の場合には、債権の弁済期と所有権保存登記をした日のうち遅く到来した日から、その期間を起算する。
- ④第1項による抵当権設定登記以前に債権の弁済期が到来したときには、弁済期に抵当権が設定されたものとみなす。
- 〈第2案〉372条の2(費用支出者等の抵当権設定請求権)①不動産に対する費用支出による債権その他これと類似した債権がある場合に、債権者は、その債権を担保するため、不動産所有者を相手にして、その不動産を目的とした抵当権の設定を請求することができる。悪意の第三取得者についても、また同じである。
- ②第1項の規定は、債務者の意思に反して第1項の債権を取得した場合には、適用しな

い。

③第1項の場合に、債権者は、債権の弁済期から6箇月内に抵当権設定登記をし又はその登記を請求する訴えを提起しなければならない。ただし、未登記不動産の場合には、債権の弁済期と所有権保存登記をした日のいずれか遅くに到来した日から、その期間を起算する。

④第1項による抵当権設定登記以前に債権の弁済期が到来したときには、弁済期に抵当権が設定されたものとみなす。

(46) 『民法註解 XV』（博英社、1997年）450面〔キム・ヨンダム〕。この規定は、前述したように満州国民法652条を継受したものと推測されるが、その満州国民法の規定の範は、ドイツ民法上の建築請負人の保全抵当権設定請求権に関する規定（648条）に求められる。そのドイツにおいても、この請求は債権的請求権であると解釈されている（MünchKomm/Busche, 6.Aufl., §648 BGB Rdn.1）。

(47) ユン・ジンス「留置権及び抵当権設定請求権に関する民法改正案」『2012年民法改正の成果と課題』（2012年12月8日韓国民事法学会学術大会資料）10面。

(48) 改正法案は、法定抵当権を認めるのではなく、抵当権設定請求権を認めた。法定抵当権という構成を採る現行韓国民法上の制度としては、649条の「賃借地上の建物に対する法定抵当権」の制度がある。これによると、土地の賃貸借において、弁済期を徒過した最初の2年の賃料債権に限り、ただちに賃借人所有の建物上の法定抵当権が認められている。改正法案は、そのような構成を採ると、費用支出者等を過度に保護する結果となるとして、抵当権設定請求権という構成を採ったのである。また、現行649条では、登記を要件としない代わりに「差押え」を要件としているが、差押えを要求するよりも、登記を要求した方が費用支出者等にとって便利であると考えられた（差押えをするには確定判決等の執行権原が必要であるが、それには時間がかかるのみならず、確定判決を受ける頃には既に差し押さえられた物が残っていないことがあり、実効性が小さい）。翻って、差押えすら要件とせず、法定抵当権を認めることは、費用支出者等を過度に保護する結果となり問題がある。キム・ジェヒョン前注（38）359面参照。

(49) 改正法案の抵当権設定請求権を「形成権」と理解すべきであるという見解がみられる（オ・シヨン「法務部民法改正案中、留置権に対する対案の提示（Ⅱ）」法学論叢32輯3号（2012年）253面以下；キム・ヨンドウ「不動産留置権の問題点に関する研究」『土地法の理論と実務』（博英社、2006年）213面）。留置権者が留置権を放棄する代わりに得ることになる抵当権は、留置権者の一方的意思表示によりその設定が保障されなければならないという。

(50) 改正法案369条の2・369条の3が新たに設けられるとなれば、現行666条はそれらに内包されるから不要だということになりそうだが、第5分科委員会は、請負契約に基づく報酬債権に関して明示的な規定を置くことには意味があるとして、現行規定をそのまま維持しつつ、改正試案372条の2第1項第2文、第3項、第4項を適用する旨を付け加える改正試案を示していたが、国会提出法案では盛り込まれなかった。なお、現行666条による抵当権設定請求権は、その成立要件として「占有」を要しない点で、未登記不動産留置権者による抵当権設定請求権とは異なる性格を有する。また同条の文言からは請求の相手方に第三者が含まれるか、注文者（債務者）に限るのが明らかでないが、従来の解釈論に従うと、注文者が抵当権設定請求権の相手方となる。

(51) 抵当権の登記事項に関する不動産登記法75条に第3項を新設：

「登記官は、第1項の抵当権が民法第369条の2第1項による抵当権である場合には、第48条で規定された事項のほかに、次の各号の事項を記録しなければならない。

1. 債権額
2. 債務者の姓名又は名称及び住所又は事務所所在地
3. 民法第369条の2第1項による抵当権であるという事実
4. 弁済期」

(52) 未登記建物の場合、土地登記簿に抵当権の予告登記をすることができるようにして、建物の所有権保存登記をした後、抵当権を建物登記簿に移記する方案も検討されたが、土地と建物を別個の不動産としている法制の下で、とくに土地所有者と建物所有者が異なっている場合に土地所有権を侵害することになるという理由で、この方案を採用しないものとされた。なお、2011年改正で予告登記が廃止されたので、一層、このような方案は考えられなくなった（キム・ジェヒョン・前注（38）362面注（4）参照）。

また、留置権者の競売申請により未登記建物につき競売開始決定が出されると、登記官が競売開始決定の登記のため職権により所有権保存登記をするが、留置権者がこの事実を知らないまま6箇月が経過した場合、留置権者は留置権を喪失してしまう。このことを問題視して、競売不動産に対する保存登記の時点で、登記所が競売申請した留置権者に、保存登記の事実と6箇月内に抵当権設定請求権を行使しなければならない旨を通知するようにさせる方案を検討すべきという意見もみられた（法院行政処の意見）。法制司法委員会「民法・民事執行法・不動産登記法一部改正法律案検討報告」（2012年12月）20面参照。

(53) 参考までに、ドイツ民法648条による建築請負人の保全抵当権設定請求権の場合について触れておく。同条には「注文者の建築不動産上に（an dem Baugrundstück des Bestellers）」との文言があることから、請負人が抵当権設定請求権を行使するには、原則

として土地所有者と注文者が同一でなければならないと解されている。もっとも、判例・学説は、この原則を緩和して、土地所有者と注文者が同一人でないという注文者の主張が権利濫用に当たるような場合、例えば、土地所有者が注文者を経済的に支配し請負人の給付を事実上利用する場合、土地所有者や注文者が法人格を濫用し、両者が同一体と把握されうる場合などには、請負人が土地所有者を相手に保全抵当権の設定を請求することができるとしている（Vgl. MünchKomm/Busches, 5.Aufl., §648 BGB Rdnr.25）。

- (54) 善意有過失の第三取得者を保護するのも議論されたが、明確性を欠く面があるので、善意悪意で区分することとされた。
- (55) この点については、次のような理論的な問題点が指摘されている。債権者による所有者に対する抵当権設定請求権を認めることは、債権者の行動により生じた利益の帰属主体である所有者に向けた請求を認めることになるから、韓国の判例・学説上承認されていない「転用物訴権」の考え方を受け入れたことになる。しかし、第5分科委員会をはじめ民法改正委員会の下において、この転用物訴権の考え方を受容するかについては、意識的な議論がなかった、との批判である（オ・シヨン・前注（40）123面以下）。なお、韓国における転用物訴権をめぐる議論状況については、キム・ヒョンベ「不当利得と多数当事者」考試研究2004年12月号23面以下；キム・パンギ「転用物訴権—日本の判例及び学説を中心に」法曹601号（2006年）132面以下等参照。転用物訴権の考え方を否定する判例として、大法院2002年8月23日99다66564, 66571（「契約上の給付が契約の相手方のみならず第三者の利益となった場合に、給付をした契約当事者が契約相手方に対して契約上の反対給付を請求することができるほかに、その第三者に対して直接不当利得返還請求をすることができる」と考えると、自己の責任の下で締結された契約による危険負担を第三者に転嫁させることになり、契約法の基本原理に反する結果をまねくだけでなく、債権者たる契約当事者が債務者たる契約の相手方の一般債権者に比して優待される結果となり、一般債権者の利益を害する結果となり、受益者たる第三者が契約の相手方に対して有する抗弁権等を侵害することにもなり不当であるから、上のような場合、契約上の給付をした契約当事者は、利益の帰属主体である第三者に対して、直接不当利得返還を請求することはできないと解さなければならない。」「有効な請負契約に基づき、請負人が注文者より第三者が所有する物の占有の移転を受け、これを修理した結果、その物の価値が増加した場合、注文者がその物を間接占有しつつ、究極的に自己の計算で費用支出過程を管理したのであるから、注文者のみが所有者に対する関係において民法第203条による費用償還請求権を行使することができる費用支出者であると言ふべきであり、請負人はそのような費用支出者に該当しないと解さなければならない。』)

- (56) その他にも留置権を喪失する場合としては、留置権者が目的物の善管注意義務を果たさず、又は債務者の承諾なく留置物を使用したことから、債務者が留置権消滅請求権行使した場合（現行324条）や、債務者が相当な担保を提供し留置権の消滅を請求した場合（現行327条）がありうるが、いずれの場合にも、抵当権設定請求権を認める必要性がなく、改正法案の規定上もこれらを含んでいない。
- (57) ユン・ジンス・前注（47）13面。
- (58) アン・ガプチュン「立法予告『改正留置権制度』解説及び展望」法務士2013年3月号19面。

四. 若干の検討

以上で考察してきたように、この度の韓国民法改正法案における留置権制度改革は、諸外国の立法例に見られない画期的な内容を含んでいる。それぞれの改正項目について、若干の検討を加えておきたい。

第一に、改正法案は、留置権の対象から不動産を原則として除外し、未登記不動産に限って暫定的に留置権の成立を認めている。その上で、未登記不動産に対する暫定的な留置権を有する者は、所有権保存登記がなされた時から6箇月内に抵当権設定請求権を行使しなければならず、これに従い抵当権が設定されたとき又は抵当権設定請求権が消滅すると、留置権も消滅するように規律する。また、この権利行使期間内であれば、善意悪意を問わず第三取得者に対して抵当権設定を請求できるとされている。公示なき担保物権である留置権を暫定的に認めるにとどめて、一定期間内に抵当権設定請求をさせ、抵当権を設定させることで公示原則との調和を図っており、画期的な方案であるといえる。もっとも、現行666条が規定している請負工事代金債権の担保のための抵当権設定請求権がほとんど機能していない現状から考えると、このような抵当権設定請求権が実効性のあるものとなるのかは疑わしく、抵当権設定登記を強制する何らかの法的措置が必要とされるかもしれない⁽⁵⁹⁾。そして、実効性の点を措くとしても、詐害的な抵当権設定請求の訴えが頻発する可能性も想定しえ、詐害

的・仮装的な留置権主張の防止という本改正の目的は十分に達成され得ていない感がある。また、本改正法案は、善意悪意を問わず広く第三取得者を相手方とする抵当権設定請求を認めており、第三取得者に予測不可能な多額の負担を負わせる可能性がある。もっとも、このことは現行の留置権制度の下でも同じであって、そうなると、第三取得者の予測不可能な負担を防止しようという本改正の目的は結局のところ十分に解決されていないともいえるであろう。

第二に、本改正法案は、抵当権をその債権の弁済期に設定されたものとみなし、設定される抵当権の効力を被担保債権の弁済期にまで遡らせている。このような遡及的な効果を認めた場合、弁済期以降抵当権設定登記がなされるまでに生じた抵当権者等を大きく害することになり、留置権が抵当権等に対して事実上優先してしまうという現行法上の問題点を解決しきれていないという印象が拭えない。

第三に、本改正法案は、既登記不動産に対する留置権を否定した上で、留置権者でない債権者にも抵当権設定請求権を認めて（369条の3）、その限りで保護を与えてはいるが、この請求権は未登記不動産に対する留置権者の抵当権設定請求権とは異なり、目的不動産の第三取得者に対しては行使することができず、弁済期に遡った設定も認められていない。かかる抵当権設定請求権の実効性については措くとしても、建物の新築と改築とでこのように大きく相違するのが立法政策上妥当であるか、慎重な検討を要するところであろう。

第四に、本改正法案は、現行法上の留置権の成立要件である債権と物との牽連性という要件をより具体化して、留置権の被担保債権を「物に対する費用支出」債権及び「物による損害賠償」債権に限定する表現に改めている。このような言い換えは、留置権の成立範囲を従来よりも制限していると理解する余地もあり、これまでの議論との整合性の点で問題が残るといえよう。

このようにいくつかの問題点が指摘できるものの、本稿で考察してきた韓国での試みは、わが国における不動産留置権制度のあり方を検討するにあたっ

て、参照されてもよいであろう。

最後に、本改正法案に対しては実務界から強い批判が見られ、この法案が最終的に成立するかは本稿執筆の段階では見通すことができないが、仮に成立するとすれば、現行法から新法へと極めて大きなパラダイム転換が生じることとなる。法案の附則において一定の経過措置が定められているが、わが国の改正論を考えるに際して、移行期の経過措置のあり方について興味深い考察対象を提供している。

(59) 請求の相手方に抵当権設定の受忍義務があるのか曖昧であって、現行666条の抵当権設定請求権が実効性を失っているのと同じ問題が生じかねない。

(60) 例えば、弁護士であるイ・グァンス氏は、2013年3月25日付け『法律新聞』において、改正案に全体的に反対であるとし、現行留置権の公示方法を補完し、その前提の下で、引受主義のみを廃止すればよいという。

(61) 民法一部改正法案に付された附則は、次のような5箇条から成る。

第1条（施行日）本法は、公布後1年が経過した日より施行する。

第2条（効力の不遡及）本法は、従前の規定により生じた効力に影響を及ぼさない。

第3条（未登記不動産に対する留置権者の抵当権設定請求権等に関する適用例）①第320条の2及び第369条の2の改正規定は、本法施行後に未登記不動産に対して留置権を取得した者から適用する。

②第369条の3第2項の改正規定は、本法施行後に未登記不動産に対して第320条の2の改正規定により成立した留置権が消滅した場合から適用する。

第4条（留置権者でない債権者の抵当権設定請求権に関する適用例）①第369条の3第1項の改正規定は、本法施行後に発生した他人の登記された不動産に対する費用支出による債権又はその不動産による損害賠償債権から適用する。

②第1項の規定にもかかわらず、本法施行当時他人の不動産に対する費用支出による債権又はその不動産による損害賠償債権を有している者であって、附則第3条又は第5条の適用対象者でない者については、第369条の3第1項の改正規定を適用する。

第5条（従前の不動産留置権者に対する抵当権設定請求権に関する特例）①第369条の2の改正規定にもかかわらず、本法施行当時不動産に対する留置権を有している者は、本法施行後2年以内に、第369条の2の改正規定に従い抵当権設定を請求することができる。

ただし、次の各号の場合には、当該各号に規定された日から2年以内に第369条の2の改正規定に従い抵当権設定を請求することができる。

1. 未登記不動産：その不動産が登記された日

2. 民事執行法一部改正法律を適用して進められた競売手続が売却なく終了した場合（未登記不動産に対する競売手続のうちその不動産が登記される前に競売手続が売却なく終了した場合は除く）：その競売手続が完了した日

②第1項により第369条の2の改正規定による抵当権設定請求を行うことができる場合であって、当該抵当権設定請求権の消滅により留置権が消滅し又は第328条により留置権が消滅した者は、第369条の3第1項の改正規定により抵当権設定請求をすることができる。

本稿は、科学研究費補助金・基盤研究（C）「日韓民法の連続性と固有性に関する研究—日韓の法調和と学术交流の実質化に向けて」（2013—2015年度）（研究課題番号：25380111）の成果の一部である。