HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	集合財産担保に関する基礎的考察（３）　－日独諸制度の横断的比較－
Author(s)	池田, 雅則
Citation	北大法学論集, 46(1), 77-146
Issue Date	1995-06-22
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15602
Type	bulletin (article)
File Information	46(1)_p77-146.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

集合財産担保に関する基礎的考察（三）

―日独諸制度の横断的比較―

池田雅則

目次

第一章　問題の所在
序
第一節　問題の所在と論文のねらい
第二節　対象とする範囲とその順序
第二章　前提問題としての物概念

序
第一節　わが国における集合物概念
第二節　ドイツにおける集合物概念
第三節　小括　（以上、四五巻四号）
第三章　ドイツの集合財産担保
序
第一節　集合動産担保法理の展開―動産を中心とする集合財産の担保化
序
第一款　譲渡担保による集合財産の担保化
第二款　登録質権による集合財産の担保化　（以上、四五巻五号）
第二節　従物法理の展開―不動産を中心とする複合財産の担保化
序
第一款　BGBの立法理由およびその編纂過程
第二款　従物責任（Zubehörhaftung）に関する学説と裁判例の状況
第三款　まとめ
第三節　小括　（以上、本号）
第四章　日本の集合財産担保
むすび

第二節　従物法理の展開―不動産を中心とする複合財産の担保化

序

工場や農場のように、そこで企業経営のなされている不動産が担保化される場合には、担保価値を維持するために経営の継続を確保することが必要となる。そのために、当該不動産だけでなく、経営継続のために必要な動産をも担保化することが求められる。このような要請に応えるための法的手段の一つが、従物にも抵当権の効力を及ぼすことであった。

ドイツにおける従物に対する抵当権の効力に関しては、第一に、当該不動産上に存する動産がそもそも従物であるのかが問題となる。第二に、ある動産が従物と見られる場合であっても、抵当権の効力の及ぶ範囲に含まれているのかが問題となる。これらの点を定めるのが、BGB一一二〇条から一一二二条の規定である。

すなわち、まず、一一二〇条は、抵当権の効力が従物に及ぶことを定めている。そこで問題となるのは、「従物」とはなにかである。九七条によれば、そもそも従物とは、主物に対して従属的地位にある物、言い換えれば、主物の経済的目的に供するとされている物であって、かつ、主物との間で右用途（Bestimmung）に応じた一定の空間的関係にある物とされる。他方、その所有の関係は問われない（同条後段）。したがって、九七条に従った従物性の判断の段階では、土地所有者以外の者に帰属する動産であっても、主物との関係で従物となることがありうる。しかし、抵当権の効力が及ぶためには、右従物が土地所有者の所有に属することが必要である（一一二〇条後段但書）。次いで、一一二一条および一一二二条は、従物が例外的に抵当権の効力の及ぶ範囲から離脱するための要件を定めている。すなわち、従物が

抵当権者による不動産差押以前に譲渡され、かつ、搬出される場合（一一二二条一項）、または、従物が差押前に通常の経営の範囲内においてその従物性を失う場合（一一二二条二項）である。前者の場合、その搬出前に抵当権者の利益のために土地が差し押さえられたときに、抵当権の効力が及ぶか否かを決定するのは、右差押に関する譲受人の善意または悪意である（一一二二条二項後段）。また譲渡自体が搬出以前になされたときは、譲受人は抵当権に関して善意を主張しえない（一一二二条二項前段）。

このように、BGBは、主物と従物という複数の物に対して、主物の抵当権の効力が及ぶことを認め、両者を統一的に取り扱っている。さらに、単に効力を及ぼすだけでなく、効力が及ばなくなる基準をも定めている。これらの規定は、一体どのような根拠や背景を有しているのであろうか。そこで、以下では、これらの規定に関して立法過程や裁判例、学説を検討することによって、その実質的根拠と解釈の背景を探ることにしたい。(1)

注（1）ドイツにおける抵当権と従物の関係に関しては、すでに、我妻栄「抵当権と従物の関係について」『法学協会五十周年記念論文集第二部』四六一頁以下（昭八）［同『民法研究Ⅳ担保物権』二七頁以下（有斐閣、昭四二）所収］や於保不二雄「附加物及び従物と抵当権」民商二九巻（五号二〇頁）三二四頁（昭二九）、鎌野邦樹「『抵当権と従物』論」早法六四巻三号七九頁（平元）などの研究が行われている。しかし、いずれも立法過程や裁判例の検討については手薄であったように見受けられる。

第一款　BGBの立法理由およびその編纂過程

序

ここでは、抵当権による従物の把握について、BGBの立法理由とその編纂過程を検討する。[1] この検討によって、抵当権の効力の及ぶ範囲の決定に際して、立法者がどのような利益状況を想定していたのか、また、どのような解決を図ろうとしていたのかを明らかにしたい。なお、以下では、抵当権の効力の及ぶ範囲に関する一一二〇条以下の各条項の他に、従物に関する概念規定である九七条や九八条もあわせてとり上げる。[2]

一　第一草案

BGB第一草案は、抵当権の効力が従物に及ぶことを一〇六七条三号に規定した。理由書（以下、「Motive」という）は、次の二点を指摘している。第一に、土地抵当権が従物も把握することは、ローマ法に由来し、近代の諸法典でも継承されている。[3] 第二に、実質的にも、債権者のために抵当権の実行まで担保が保持されることが物的信用の条件である。このためには、土地および構成部分の他、担保に影響を及ぼす経済的な部分も債権者の権利に服する必要がある。[4] この結果、抵当権の効力は、土地の経済的な一部を形成するすべての客体に及ぶことになる。[5] この拡張は、従物概念によるものではなく、抵当権の特殊性によるものである。[6] この背景にあるは、土地単独の価値では債権者の担保として不十分であり、多くの場合には従物をも含めることが必要であるという経済的な考慮であると考えられる。[7]

他方、何が従物であるかは、七八九条や七九一条によって定められているので、抵当権のための特別な規定は不要とされた。[8] 七八九条によれば、従物とされるためには、構成部分とは異なり独立の物でなければならないが、外部から認識可能でかつ一定の経済的な関係を主物との間に有していることが必要であった。[9] 七九一条は、さらに従物を例示している。[10]

しかし、一〇六七条三号の規定によれば、抵当権の効力が及ぶは、右の諸条項にいう従物のうち、土地所有者が所有するものに限られる。[11] 普通法学説は、これを、土地所有者の意思を推定したものであるという。[12] もっとも、Motive には、規定の趣旨についての説明はない。[13]

一〇六八条は、従物の搬出によって従物に抵当権の効力が及ばなくなることを規定している。Motive によれば、この規定は、抵当権者と土地所有者の利害の対立を、土地所有者の利益保護を図る形で調整しようとするものである。なぜなら、もし従物が抵当権の効力を免れるために抵当権者の同意を要するならば、土地所有者の通常の経営活動は、不可能となってしまう。このために、抵当権の効力が及ばなくなることを認めて土地所有者を保護する必要がある。[14] 同時に、土地から完全に分離された従物に抵当権が及ばない理由は、動産担保権が動産質権に限られ、動産抵当権は禁止されているからである。[15] さらに、Motive によれば、従物にも不動産差押による処分禁止の効力が及ぶから、抵当権者の保護には、それで十分である。[16] また、構成部分の搬出の場合と従物の搬出の場合とで違いがあるわけではないから、とくに従物だけについて抵当権の効力を強化する理由はない。[17] さらに、七八九条によれば、土地の従物である動産は、分離によって従物性を失う。[18] 以上が、従物の搬出によって従物に抵当権の効力が及ばなくなる理由であった。

第一草案の段階では、BGB 一一二二条に相当する条項は存在しなかった。

次に、第一草案への批判をとり上げる。

二　第一草案への批判

第一草案への批判には、従物概念に関するものと抵当権に関するものの二つがあった。順次とり上げる。

1　従物概念に関する批判

従物概念に関する批判には、大きく分けて二つの批判があった。第一に、従物概念そのものに対する批判や草案の基本的態度に対する批判である。たとえば、従物概念が、企業概念ないし経営概念を基礎としていないとの批判である。[19] また、Gierkeは、草案が一方でいわゆる「原子論的原理」を採用しながら、他方で「従物概念」の採用によって複数の独立物からなる全体物を承認していることは矛盾すると評した。もっとも、Motiveは、抵当権が従物も把握することに関して抵当権法の特例であって従物概念から導かれるものではないとしており、Gierkeも、Motiveが右矛盾を避けようとしたことを認めている。しかし、Gierkeは、それでもなお、そのような従物法が時代の考え方や必要性を満たしておらず、かつ、近代的な経済関係を反文化的な方法で無視していると批判した。[20]

第二に、主物従物関係をどのようにとらえるのかに関する批判である。たとえば、第二〇回法曹大会において、Kohlerは、従物概念を物権的な関係として構成すべきであると主張した。[21] また、七九〇条に関して、本来は、主物・従物間の関係が経済的な目的の単一性に依拠し、かつ、物権的な関係であるにもかかわらず、同条が当事者の意思を重視するという考え方に依拠しているのは誤っていると指摘した。他方、Hachenburgは、右大会において第一草案が従物を動産に限定していることは登記法上正当化されるが、「継続的に」という文言や「主物に供される」という表現に

は疑義があり、取引観念を重視すべきであるとする。[22]

2　抵当権の効力に関する批判

抵当権の効力に関する批判のうち、一〇六七条三号に関するものには、その範囲の縮少を目指す立場からも逆に拡大を目指す立場からも批判がなされた。前者に属するものとしては、Opitz の批判がある。これは、ザクセン民法に依拠して、主物の抵当権が属具に及ぶべきでないとするものである。[23] また、Freiherr v. Cetto は、抵当権の設定後に土地に設置される従物に抵当権が及ぶという草案の規定を批判する。これでは土地所有者は人的信用と動産信用のすべてを奪われ、かつ、物的信用が肥大化することになるという。[24]

これに対して、後者の立場に属するものとしては、次の三人の批判がある。すでに紹介した Hachenburg は、一〇六七条三号の規定を全ての物権行為についての一般原則とすべきであると主張し、[25] さらに Kohler も、将来の従物に抵当権の効力が及ぶことを明定するよう主張した。[26] また、第二一回法曹大会において、Hermes は、従物、とくに農場属具についての担保物権者と一般債権者の利益を比較した上で、担保物権者の優越を主張した。[27] 彼は、まず、貸付に際し一般債権者が農場から分離した個々の属具物件の売買価格を担保として評価するのに対して、担保物権者が土地と農場属具との結合によって生じ、かつ、強制競売によって実現される農場属具の経営価値を担保として評価していることを指摘した。その上で、一般債権者よりも担保物権者による担保物の評価の方が大きくなるので、農場属具に対して抵当権の効力が及ぶことを認めることは、土地所有者にとって有利であるという。また、農場属具への効力を認めないならば、物的信用機関による与信制限を招くことになると主張した。

一〇六八条に関しては、プロイセン農業協議会（das preuß. Landes-Oekonomie-Kollegium）において、Hermesの提案をめぐって議論が行われた。[28] 提案の内容は、抵当権の効力の及ぶ範囲からの従物の解放が単なる搬出という事実にではなく、通常の経営の範囲内での搬出によるべきであるとするものであった。議論は、委員会と総会で行なわれた。

委員会では、次の三点から右提案は否決された。[29] すなわち、①抵当権による従物の把握は、従物が土地との経済的一体性を基礎とし、搬出によりこの基礎が失われれば、抵当権の効力が及ばなくなるのも当然である。にもかかわらず、②この原則を通常の経営の範囲に係らしめれば、搬出の容態という判断の困難な問題が生じる。さらに、③土地所有者の人的信用が制限される結果となってしまう。

しかし、総会においては、おもに次の四点が主張され、委員会とは逆に提案が採択された。[30] すなわち、①土地所有者に対する不必要な制限は回避されるべきであるが、同時に抵当権者のより有効な保護が必要である。他方で、②誠実な従物の取得者を保護すべきである。③草案の規定は、国民の法意識に反する。④草案を支持すれば、農業信用機関が従物を担保価値として評価しえず融資を拒絶するか制限する結果になってしまう。

もっとも、プロイセン農業協議会の結論に対しては、破産者の手中にある従物は、抵当権者にとってあまり価値のあるものではなく、また、一般債権者の差押を妨げるだけの目的で抵当権者が従物を差し押さえているにすぎないとの理由に基づく反対があった。[31]

Hermesは第二一回法曹大会においても、一〇六八条について、意見を述べている。[32] すなわち、そもそも債務者が担保権者の同意なしに抵当権の効力の及ぶ範囲から自由にその客体を離脱させることは法理論上変則的であるが、しかし、担保権者の同意を要件とすると所有者の通常の経営活動が不可能になるという理由は正当であると指摘する。そして、草案の規定によれば単純な搬出によって抵当権の効力が及ばなくなるが、しかしこれでは土地からの非経済的な搬出が

債権者のみならず、土地耕作、すなわち債務者の農場経営を阻害する結果となる。むしろ、農場と属具の経済的な一体性を維持する方が公共の利益にかなうことになる。したがって、抵当権者の保護として、農場属具の搬出に直接干渉し、属具物件の取得者自身に一定の危険を負わせるような法命題がより有効であるとする。具体的には、「通常の経営の範囲」という文言の草案への挿入を主張した。この主張の前提となる属具の取得者像は、次のようなものであった。すなわち、近隣の実業家や買物上手な隣人であって、債務者の財産状態を熟知し、農場にとって不可欠な属具の売却による経済的単一体の破壊を手助けする人物である。

このほか、第一草案に対しては、各ラントからも意見が表明された。たとえば、プロイセンは、一〇六八条に関して、先に挙げたプロイセン農業協議会の結論に賛成し、搬出だけを要件とする草案の規定は譲渡および搬出を要件とする現行法の規定を越えるものであるとする。(33)

三　第二草案

第一草案への批判はどのように第二委員会で考慮されたのか。(34) 従物概念と抵当権の効力について順次とり上げる。

1　従物の概念規定

従物に関する各規定において議論の対象となった点をとり上げる。

まず、七八九条に関しては、おもに継続性に関して議論が行なわれた。(35) 委員会の多数は、継続性を要件としないとい

う動議[35a]に反対した。その理由は、一時的に経済的な目的で供されている物を従物とするのは極端だという点にある。すなわち、試験的に調達された機械や後に交換することを前提として一時的に調達された機械、さらに一時的に貸し与えられた属具などの継続性を欠く動産が土地の従物ということになれば、従物の範囲が拡がりすぎるからである。また、売却用の家畜が土地の従物であるという誤解も生じうる。さらに、継続性の要件を不要とする立場が根拠とする従物と主物との経済的一体性という理由に対しては、集合物概念を否定した七七八条の審議と矛盾するとして、委員会は反対した。

次に、七九〇条に関しては、二種類の動議が出された。第一は、次の三点の理由に基づく同条の削除である。すなわち、①その内容が従物概念自体から導かれる、②その規定が債務法上の法律行為について意義を有するにすぎず、物権法ではなく総則に規定されるべきである、③物権行為に関しては個別に審議されるべきである。第二は、第一の提案とは逆に、従物たる動産について個別の引渡を不要とするために同条を物権行為に転用するというものであった。[36]委員会は、これらの動議を採択しなかった。第一に、売買と抵当権で従物の範囲が異なるからである。第二に、すべての場合に特別な有体的引渡を不要とするは疑問だからである。もっとも、このような疑問は、強制競売手続における競落に関しても生じることから、個別の物権行為の審議に際してこの提案を採用するか否かが検討されることになった。

最後に、七九一条に関しては、「七八九条に定める要件をみたす限り」という文言の削除が、それが自明であり不要であるという理由で、提案された。しかし委員会は、七九一条が従物の範囲を拡大するものではなく、七八九条の解釈の明確化を目的としたものであるから、両者の関連を欠くことはできないとして、反対した。[37]

この後、第二委員会の暫定総括や第二委員会総括において、これらの条文には多少の修正がなされた。[38]

以上からも明らかなように従物概念に関するこれらの規定については、第一草案に対する批判とは異なった点が主と

して議論の対象となっており、批判が第二委員会において考慮されたとは言いがたい。

2　従物に対する抵当権の効力

一〇六七条三号は、委員会において第一草案のまま採択された。[39]

他方、一〇六八条に関しては、第一草案に対する批判を受けて、「通常の経営の範囲内」に類する文言を挿入するのか否かで議論がなされた。委員会は、同条一項の意義を、不動産差押以前に従物が土地から搬出される場合に抵当権の効力の及ぶ範囲から免れることであるとした。これに対して、右文言の挿入を主張する動議は、従物が通常の経営活動において土地から搬出される場合にその効力の及ぶ範囲から免れるというものである。[40] その理由として、次の五点が挙げられた。すなわち、①とりわけ農場属具の価値が大きく、抵当権者は属具が抵当権の効力の及ぶ範囲に含まれることについて利益を有しているにもかかわらず、実際には強制競売の直前の属具の譲渡および搬出がきわめて多く、一〇六八条の規定では抵当権者の保護が十分ではない。②右動議を採択すれば、確かに土地所有者の処分権を制限する結果となるが、一度抵当権によって把握された以上土地所有者の任意によって効力の及ぶ範囲から免れるとすることは、主物と従物との経済的一体性から、回避すべきである。③市場での購入を前提とすれば、従物の善意取得もそれほど困難ではない。④譲渡が「通常の経営」の結果であるか否かの判断が容易であることは、すでに、プロイセン農業協議会の総会審議において明らかにされている。⑤右動議を採択すれば、物的信用の拡大が図られることになる。

しかし、これに対しては、次の七点の反論がなされた。すなわち、①抵当権の設定がまるで不動産差押であるかのようである。②債権者が債務者を圧迫する恐れがある。③動議は、国民の法意識に合致せず、大部分のラント法と異なる。

④動議を採択すれば、属具の占有に基づく人的信用は大きな打撃を受けることになる。⑤属具を取得しようとする者が売買契約の締結をためらう結果となる。⑥譲渡が「通常の経営」の結果であるか否かの確認が困難である、とくに、経済状態を確認することの困難な工場にも適用されることを考慮しなければならない。⑦善意の証明も極端な事例ではなく、通常の事例を考えるときわめて困難である。

このような激しい議論の中で、妥協がはかられ、二つの案が出された。第一案は、従物が譲渡され、かつ、搬出される以前は債権者のために従物に抵当権の効力が及ぶという提案であり、第二案は、第一案では効力の及ぶ範囲からの離脱が必ずしも全ての場合で公平とはならないとして第一案と先に検討した動議とを結合すべきであるという提案であった。委員会は、第二案がまれな事例を念頭に置いており、複雑な条文になることを理由に採択せず、第一案を採用した。[41]

この結果、第一草案一〇六八条は、第二委員会による第二草案一〇三〇条となった。[41a]

第一〇三〇条

債権者のためにする差押前に、産出物が土地から搬出される場合においては、搬出が一時的な目的でなされない限り、産出物に対する抵当権の効力は消滅する。その他の土地構成部分及び従物は、不動産差押の以前に譲渡されるか又は負担設定され且つその結果土地から搬出される場合には、効力を免れる。

一項において挙げられた物が搬出以前に譲渡されるか又は負担設定される場合には、譲受人は債権者に対して抵当権に関する善意を主張できない。譲受人が土地からその物を搬出する場合において、搬出以前になされた不動産差押が譲受人に対してその効力を有するのは、譲受人が搬出の当時差押に関し善意でなかったときに限られる。

しかし、この第二草案一〇三〇条は、さらに、次の二点で修正された。[42] 第一に、負担設定および搬出によって抵当権の効力の及ぶ範囲からの離脱が生じるという点を修正し、効力が及ぶとした。これは、プロイセン法の理論と実務を参

酌して、動産質権のための従物の引渡では従物に対する抵当権の効力が消滅しないことをとり込んだものである。第二に、同条一項に「通常の経営活動による従物性の喪失」という要件を導入した。(43) この結果、従物に対する抵当権の効力の消滅のために、譲渡および搬出という要件と並んで、通常の経営の範囲内での従物性の喪失という要件が設けられることになった。したがって、抵当権者は、従物の譲渡が土地からの空間的分離と結び付いている場合には譲渡を不動産差押まで甘受し、通常の経営活動の枠内でその他の従物性の喪失が行なわれた場合には従物性の喪失を甘受しなければならないとされた。つまり、譲渡および搬出の場合には通常の経営活動という制限を設けないことを意味する。

この修正された第二草案は、その後連邦参議院と帝国議会に相次いで提出され、若干の審議が行なわれた後、(44) 民法典として制定された。

四　まとめ

以上の立法過程から、次のことが明らかになったと思われる。

第一に、抵当権の効力が従物に及ぶ根拠は、経済的な考慮であった。すなわち、Motive によれば、従物に抵当権の効力が及ぶのは、従物概念によるものではなく、抵当権の特殊性によるものである。このこと自体、抵当権者が把握する価値を保護するという経済的な利益を重視した結果であるといえよう。しかし、立法の過程で、この点が重大な議論の対象となった形跡はなく、むしろ自明のこととされていたようである。

第二に、集合物概念を否定した BGB が経済的な関係を基礎として複数の物を同一の運命のもとに統合するために、従物概念を認めたことは、注目に値する。しかし、主物従物関係自体は、物権的な関係とみられていなかったようであ

る。すなわち、第一草案七九〇条が法律行為の解釈規定であったように、この第一草案は従物概念についても当事者の意思を重視した規定であったと考えられる。この点を、GierkeやKohlerなどが批判している。しかしこれらの批判、とりわけ主物従物関係を物権的な関係とみるべきであるというKohlerの批判は、まったく受け入れられなかった。このことからみても、BGBは、第一草案と同様、当事者の意思を重視していたと考えられる。(45)

第三に、第二点と関連して、従物所有者を土地所有者に限定した点である。これを、普通法学説は、当事者意思の推定とみていたようである。(46) しかし、Motiveは、はっきりと理由を述べておらず、多くのラントにおいて行なわれていると指摘するにすぎない。(47)

第四に、以上三点よりも立法過程において重視されたのは、抵当権の効力に関する規定のうちでも離脱に関してであった。すなわち、抵当権の効力の及ぶ範囲から従物が解放される場合の要件をどのように構成するのか、つまり抵当権者と土地所有者ないし動産取得者の利益をどのように調節するのかである。この点の考察に際して、農場および農業信用がとり上げられている点は注目に値する。そして、具体的に問題となったのは、譲渡および搬出ないし「通常の経営活動」という枠内における従物性の喪失によって抵当権の効力の消滅を認めるのか、それとも単に搬出という事実による効力の消滅を認めるのかであった。これは、抵当権者に対してその把握した価値の確保を保障しながら、同時に、いかにして土地所有者の経営活動を保障するのかという試みであったといえる。

立法過程において当初提案された規定は、単純な搬出を要件とするものであった。これに対して、「通常の経営の範囲」という要件を搬出に付加することが提案された。両者をめぐる議論においてもっとも重視された観点は、従物取得者の保護であったと考えられる。(48) すなわち、右取得者を保護できなければ、土地所有者に経営活動の自由を認める意味はなくなってしまうからである。そのため、取得者が安心して従物を取得できるように、土地からの搬出後には抵当権の効

力が及ばないこととなった。つまり、取得者の誤解を生じうるような「通常の経営の範囲」という要件は、付加されていない。このため、従物が第三者に取得される主たる場合である「譲渡および搬出」のときには、「通常の経営の範囲」という要件を要することなく、抵当権の効力が消滅する。したがって、この場合には、土地所有者の経営活動の自由を重視しているということができよう。

これに対して、譲渡によらずに従物性が失われる場合には「通常の経営の範囲」という要件を付加して、抵当権者を保護している。とりわけ、議論の過程で「譲渡および搬出」と並んで「負担設定および搬出」によっても抵当権の効力が消滅する旨の規定が設けられていたにもかかわらず、後者の要件による効力の消滅が否定されたことは、土地所有者の経営活動に関して重大な制限を加え、抵当権者を強力に保護する結果となったといえよう。というのは、土地所有者の経営活動に関しては、譲渡と並んで、動産質権による受信も考えられるからである。このように、BGBの規定が第一草案の規定よりも、抵当権者の保護に傾いているのは、立法過程を通じて執拗に行なわれた信用機関の側からの修正要求によると思われる。

注(1) まず、BGB九七条および九八条が従物概念を規定し、主物に関する債務行為が従物に及ぶことを三一四条が定め、不動産所有権移転の際の従物の取り扱いを九二六条が規定し、用益権が従物に及ぶことを一〇三一条および一〇六二条が定めている。抵当権の効力の及ぶ範囲に関しては、先に述べた通り、一一二〇条、一一二一条および一一二二条が規定している。

(2) 本論文でとり上げる各条文の第一草案と現行法の対応関係およびその規定は次の通りである。現行法の訳については、神戸大學外國法研究會編『現代外國法典叢書（3）獨逸民法［Ⅲ］物權法』［於保不二雄＝高木多喜男］（有斐閣、復刊版、昭三〇）および「ドイツ民法典―総則―」法務資料四四五号（昭六〇）を参照した。

第一草案	BGB
七八九条 物の従物とは、主物の構成部分となることなく、永続的に主物に供され且つこの用途に応じた主物との外見的な関係にある動産である。但し、取引慣行により従物とみられないときは、この限りではない。 従物は、一時的な目的のための主物からの分離により、その性質を失うことはない。	九七条 従物とは、主物の構成部分となることなく、主物の経済的目的に供すべきものとされ、且つ、用途に応じて主物と空間的関係にある動産である。但し、取引において従物とみられないときは、この限りではない。 物は、他物の経済的目的のために一時的に使用しても、従物とならない。従物は、主物から一時的に分離しても、従物性を失わない。
七九一条 七八九条に定める要件をみたす限り、左の物もまた従物である。 一、営業目的に供される機械その他の器具。これらは営業目的で継続的に設置された建物、とりわけ粉挽場及び醸造場、鍛冶場、製造工場の従物となる。 二、農業経営のための器具・家畜、及び同種若くは類似の農作物の収穫予定時期まで経営を継続するために必要な農作物及び経営に必要な肥料。これらは農場の従物となる。	九八条 左の物は、主物の経済的目的に供するものとする。 一、営業のため永続的に設置された建物において、特に粉挽場、鍛冶場、醸造場、製造工場における営業用の機械及びその他の器具。 二、農地においては、農業用の器具・家畜、及び同種若くは類似の農作物の収穫予定時期まで経営を継続するために必要な農作物及び現に農場で産出された肥料。
一〇六七条三号 左の物については債権者のために抵当権の効力が及ぶ。	一一二〇条 抵当権は土地より分離した土地の産出物その他の構成部

三、土地の従物。但し、土地所有者の所有に帰せざるものを除く。

一〇六八条

抵当権者の利益のために差押がなされる以前に、土地からの分離によって動産となった産出物その他の構成部分又は従物が土地から搬出された場合において、それらの物に対する抵当権の効力は搬出によって消滅する。

そのような物が搬出以前に譲渡され又は質入れされる場合において、八七八条［第三者の権利の目的物に関する善意取得の規定］及び一一五二条［第三者の権利の目的物に関する質権の善意取得の規定］は抵当権者に対して適用されない。

分に及ぶ。但し、第九五四条乃至第九五七条［物の産出物及び構成部分の取得に関する規定］により分離と共に土地の所有者又は自主占有者以外の者の所有に帰す場合はこの限りではない。また、土地の従物についても抵当権が及ぶ。但し、土地所有者の所有に帰せざるものを除く。

一一二一条

土地の産出物その他の構成部分並びに従物が、債権者のためにする差押前に、譲渡され且つ搬出されたときは、抵当権の効力を免れる。

譲渡が搬出の前になされたときは、譲受人は債権者に対し抵当権に関し善意であることを主張できない。譲受人が物を土地より搬出した場合において、搬出前になされた差押が譲受人に対してその効力を有するのは、譲受人が搬出の当時差押に関し善意でなかったときに限られる。

一一二二条

産出物又は構成部分が通常の経営の範囲内において土地より分離された場合において、差押前に土地より搬出されたときは、譲渡がなくとも抵当権の効力は消滅する。但し、搬出が一時的な目的のためなされたときはこの限りではない。

従物が差押前に通常の経営の範囲内において従物性を失ったときは、譲渡がなくとも抵当権の効力を免れる。

七九〇条 物に関する生者間の法律行為は、疑いがある場合には法律行為の締結の時点でその物の従物にも及ぶ。	三一四条 物を譲渡し又はこれに負担を課す債務は、疑いがある場合には、物の従物にも及ぶ。

本論文では、さしあたり、抵当権の効力の及ぶ範囲に関わらない三一四条や九二六条、一〇三一条、一〇六二条などの諸規定を検討の対象とはしない。

(3) Motive zu den Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 3. Sachenrecht, S. 650f., in: B. Mugdan (hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3., 1899, S. 363［以下"Mugdan,Motive"と引用する］.
右 Motive によれば、従物以外の経済的な部分として、分離によって所有権者に帰属した果実、果実に代わる使用および用益賃料債権、抵当目的物の保険に基づく債権にも抵当権の効力が拡張されるのが原則である（Mugdan, Motive, S. 363）。
わが国では、これらの客体のうち、賃料債権および保険金支払請求権については、いわゆる物上代位によって抵当権の効力が及ぶ（民法三七二条および三〇四条）。

(4) Mugdan, a.a.O., (Anm.3), S. 363.

(5) Mugdan, a.a.O., (Anm.3), S. 363.

(6) Mugdan, a.a.O., (Anm.3), S. 36.

(7) Ludwig Naumann, Die Erstreckung der Hypothek auf bewegliche Sachen, insbesondere auf Grundstückszubehör, unter vorheriger genauer Bestimmung des Bestandteils- und Zubehörbegriffs im Sinne des B. G. B., Diss. Leipzig, 1911, S. 103.

(8) Mugdan, a.a.O., (Anm.3), S. 366.

(9) Mugdan, a.a.O., (Anm.3), S. 34ff.

(10) Mugdan, a.a.O., (Anm.3), S. 37. は、第一草案七九一条自体が七八九条所定の要件の明確化を目的とした条文であって、従物の範囲の拡大を目的としたものでないことを明らかにしている。

(11) 第一草案七八九条などには、従物所有者を土地所有者に限定する旨の規定はない。これは、第三者であっても、従物関

係の創設を意図しうるからである。Vgl. Mugdan, a.a.O., (Anm.3), S. 34.

もっとも、第一草案一〇六七条に先立つ Johow による部分草案三八三条四号では、「所有者により譲渡され、かつ、土地から空間的に分離される以前の動産たる従物」に抵当権の効力が及ぶ旨を規定することで、所有者が限定されていた。この規定は、第二委員会による審議において、現在とほぼ同様の規定となった。Vgl. Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert (hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichen Quellen, Sachenrecht Bd. 2. §§1018-1296, 1991, S. 500.

むしろ、同号に関する理由書は、分離する場合の抵当権の効力の及ぶ範囲について議論している。この点については、後掲注（14）参照。

(12) たとえば、Heinrich Dernburg, Das Pfandrecht, Bd. 1, 1860, S. 436; ders, Pandekten, Bd. 1, 3. Aufl., 1892, S. 667. は、このことを明言している。

(13) 抵当権の効力の及ぶ従物を土地所有者の所有する従物に限定するという原則を採用する立法例がある（プロイセン一般ラント法第一編第二〇章四四三～四四六条、プロイセン所有権取得法三〇条、仏民法二一一八条二号および二一三三条、バイエルン抵当権法三四条、ザクセン民法四一〇～四一三条、ヘッセン担保法四九条など）。しかし、ビュルッテンベルク担保法は、例外的に右原則を採用していない（Mugdan, a.a.O., (Anm.3), S. 366.）。

(14) Mugdan, a.a.O., (Anm.3), S. 369.

もっとも、部分草案の理由書によれば、部分草案三八三条四号における抵当権者と土地所有者の利益の均衡について、所有権の外観が重視されている。すなわち、たしかに法理論的には附属物所有者と主物所有者とが異なれば、主物従物関係は解消する。しかし所有権の外観に対する抵当権者の保護のために、譲渡された物が抵当地から搬出されるまで、その物に抵当権の効力を認めることが必要であるとする。Vgl. Reinhold Johow, Sachenrecht Begründung, 1880-1882, S. 1633f., in: Werner Schubert (hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht Teil 2, 1982, S. 605f.

(15) Mugdan, a.a.O., (Anm.3), S. 369.

(16) Mugdan, a.a.O., (Anm.3), S. 369.

(17) Mugdan, a.a.O., (Anm.3), S. 370.

Motive は、土地から分離された果実に対する抵当権の効力に関して、「土地から分離された果実に対して現行法によれば、そもそもそのような効力が認められている限り、効力が及ぶが、それはその果実が土地上に存し、所有権者自身に帰属しているときに限られる。それ故その果実は、それが土地から搬出されているかそれとも土地上で売却されている場合にはその効力を免れる。一〇六八条一項は搬出にこの効力を付与しているだけである。」と述べている (Mugdan, a. a. O., (Anm. 3), S. 369.)。このことから、草案は、抵当権の効力の及ぶ場合の規定の裏返しとして効力の及ばない場合を一〇六八条で明示したにすぎないと考えられる。

(18) Mugdan, a.a.O., (Anm.3), S. 370.

(19) Klöppel, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich,Gruchot 32, 650f.

(20) Otto von Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gestzbuchs und das deutsche Recht, 1889, S. 290f.

もっとも、Gierke によるこのような批判に対して、Planck は、その結論の射程が不明であると批判している (Planck, Zur Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, AcP, 75, 327, 398f.)。

この他に第一草案を支持したものには、たとえば、Johannes Krech, Die Rechte an Grundstücken nach dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich., in: E.I. Bekker/O. Fischer (hrsg.), Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 14. Heft., 1889, S. 54ff. などがある。その他のものについては、Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs gefertigt im Reichs=Justizamt, Bd. 3., 1890, S. 19ff.［以下では、この文献を "Zusammenstellung 3" と引用する］参照のこと。

(21) Josef Kohler, Gutachten über die Frage: Ist die im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches angenommene Behandlung der Pertinenzen zu billigen, oder eine Abänderung derselben wünschenswerth, und in welchem Sinne?, Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentags, Bd. 3., 1889, S. 145.

(22) M. Hachenburg, Gutachten über die Frage: Ist die im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches angenommene Behandlung der Pertinenzen zu billigen, oder eine Abänderung derselben wünschenswerth und in welchen Sinne?, Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentags, Bd. 3., 1889, S. 122.

(23) Opitz, Gutachten über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1889, S. 41f. この文献を入手しえなかったので、Zusammenstellung 3, a.a.O., (Anm.20), S. 304. の記述を参照した。

(24) Freiherr v. Cetto, Referat über: Pfandrecht und Grundschuld, Archiv des deutschen Landwirthschaftsraths, XIII. Jahrg., 1889, S. 192f. この文献もまた入手しえず、Zusammenstellung 3, a.a.O., (Anm.20), S. 304f. の記述を参照した。

(25) Hachenburg, a.a.O., (Anm.22), S. 142.

(26) Kohler, a.a.O., (Anm.21), S. 147.

(27) Hermes, Gutachten über die Frage: In welcher Weise ist die Stellung des Gutsinventars zu den Rechten der Real= und Personalgläubiger und zu dem Pfandrechte des Verpächters zu regeln?, Verhandlungen des 21. Deutschen Juristentages, Bd. 1., 1890, S. 282ff.

(28) Verhandlungen des Königl. Landes-Oekonomie-Kollegiums über den Entwuf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und andere Gegenstände, 3. Session der 4. Sitzungsperiode vom 11. bis 22. Nov. 1889, 1890, S. 815ff. 同時にこの議論については、Zusammenstellung 3, a.a.O., (Anm. 20), S. 305f. の記述も参照した。

(29) Verhandlungen, a.a.O., (Anm.28), S. 331f.; Zusammenstellung 3, a.a.O., (Anm.20), S. 305f.

(30) Zusammenstellung 3, a.a.O., (Anm.20), S. 306. によれば、ドイツ農業評議会 (der deutsche Landwirthschaftsrath) もプロイセン農業協議会の結論に賛成しているようである。

(31) J. Bachmair, Bericht an das Generalkomité des landwirthschaftl. Vereins in Bayern über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich v. 29. 9. 1889, S. 55. この文献もまた入手しえなかったので、Zusammenstellung 3, a.a.O., (Anm.20), S. 306. の記述を参照した。

(32) Hermes, a.a.O., (Anm.27), S. 284ff.

(33) Zusammenstellung der Aeusserungen der Bundesregierungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs gefertigt im Reichs=Justizamt, Bd. 2., 1891, S. 82ff. u. S. 112. プロイセン以外のラントの意見表明についても、右文献を参照のこと。

(34) 第二委員会の審議については、Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 3. Sachenrecht., in: B. Mugdan (hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3., 1899, S.

495ff. u. S. 799ff.［以下"Mugdan,Protokolle"と引用する］を参照した。

(35) Mugdan, Protokolle, S. 495.

(35 a) Mugdan, a. a. o., (Anm. 35), S. 495. によれば、提案された動議3は、従物を「主物と全体を構成するという関係にある動産」と定義し、継続性を要件としない。この他同時に提案されたのは、従物と主物との間の関係を「主物の経済的な用途に供される関係」とする動議1や、従物を「継続的に主物の経済的目的に供されるという用途を有する動産」であると定義する動議2であった。

(36) その上、Mugdan, a.a.O., (Anm. 35), S. 497. によれば、このような一般条項を定めることで個別の物権行為についての特別条項を作成する必要がなくなるという利点があるとする。

(37) Mugdan, a.a.O., (Anm.35), S. 498.

(38) 第二草案のための暫定総括（BGB-Entwurf in der Paragraphenzählung des E. 1 nach der "Vorläufigen zusammenstellung der Beschlüsse der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs" von Plank, 1891-1895）では、それぞれ七八九条、七九〇条、七八九a条として規定され、文言が多少修正されているし、また、第二委員会総括（BGB-Entwurf in der Paragraphenzählung des E. 1 nach der "Zusammenstellung der Beschlüsse der Redaktions-kommission" der 2. Kommission, 1891-1895）でも、さらに修正されている。その後、第二草案として編纂される際に、再度文言の修正がなされ、また、七九〇条は債務編に移された。Vgl. Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert (hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichen Quellen, Allgemeiner Teil §§ 1-240, 1. Teilbd., 1985, S. 489ff.

(39) 第二草案のための暫定総括では、文言の修正なく一〇六七a条とされ、第二委員会総括で文言が変更されたが、しかし、内容の修正はなく、一〇六七条とされた。さらに、第二草案では一〇二九条となり、現行法では一一二〇条となった。この第二草案と現行法の条文は同一である。Vgl. Jakobs/Schubert, a.a.O., (Anm.11), S. 489ff. u. S. 521ff.

(40) Mugdan, a.a.O., (Anm.35), S. 804ff. ここで取り上げた動議は、一〇六八条を次のように規定しようとするものである。

「抵当権者のための不動産差押の以前に、分離によって動産となった土地の産出物その他の構成部分が土地から搬出される場合においては、抵当権の効力は搬出によって消滅する。従物が通常の経営活動において土地から搬出される限り、

従物への効力についてもまた同じ。一時的な目的で行なわれたにすぎない搬出によってはその効力は消滅しない。

一項において挙げた物が搬出以前に譲渡されるか又は質入れされるときには、譲受人は、抵当権者に対して、譲渡または質入の時点での抵当権についての善意を主張できない。」

(41) もっとも、第二委員会のこの判断に対して、後に、メクレンブルク＝シュッベリンやメクレンブルク＝シュトレリッツにより、メクレンブルクではそのような事態がまれではないので、法的安定性の見地から第一案のように規定すべきであるとの意見が表明された。Vgl. Jakobs/Schubert, a.a.O., (Anm.11), S. 527.

(41 a) 第二草案のための暫定総括一〇六七a条二項三文は、抵当権の効力から従物が免れる要件を、差押前に譲渡ないし質入れされ、且つ、搬出されることと定めていた。ところが、第二委員会総括一〇六七a条一項後段および第二草案一〇三〇条一項後段においては、差押前に譲渡ないし負担設定され（belasted）、且つ、搬出されることと文言が変更されている。この文言変更の理由は、明らかにできなかった。

(42) Mugdan, a.a.O., (Anm. 35), S. 806ff.

(43) 従物性の喪失の例として想定されたのは、同一所有者の土地の間で従物が移動する場合である。この場合に、譲渡と同様、抵当権の効力を免れさせようとする動議が提出されている（Mugdan, a.a.O., (Anm.35), S. 807.）。

(44) たとえば、BGB九七条は連邦参議院提出法案および帝国議会提出法案（いわゆる第三草案）では九三条として表記されていた。また、一一二一条および一一二二条となった第二草案一〇三〇条（第一草案一〇六八条）は、連邦参議院提出段階で一一〇五条と一一〇六条に分割され、帝国議会提出段階ではそれぞれ一一〇四条、一一〇五条とされた。Vgl. Jakobs/Schubert, a.a.O., (Anm.11), S. 527; Gegenüberstellung des Entw. erster Lesung, des Entw. zweiter Lesung, der Bundesrathsvorlage, der Reichstagsvorlage und des Gesetzbuches, in: B. Mugdan (hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3., S. LX－LXI.

これらの条項のうち、第三草案九三条に関しては、従物と主物の所有者が同一である必要があるのかが審議された（これについては、Bericht der XII. Kom. v. 12. Juni 1896, Nr. 440a, in: B. Mugdan (hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3., 1889, S. 994ff. によった）。また、第三草案一一〇四条に関しては、債務者の受信能力の拡大と債権者の権利保護を目指して、搬出行為を経済的な処置とする提案や「一時的でない搬出」を要件とする提案が審議

された。しかし、搬出された従物が信用の基礎とならないことや債権者の保護は同草案一一一七条および一一一八条の規定（現行BGBではそれぞれ一一三四条および一一三五条に該当する）で十分であることを理由に、右の提案のうち前者は否決され、後者は撤回された（a.a.O., S. 1005.）。

(45) この点は、すでに、鎌野邦樹「『抵当権と従物』論」早法六四巻三号一〇二頁（平元）が指摘している。

(46) 前掲注（13）の記述を参照のこと。

(47) しかし、従物所有者を土地所有者に限定する条項に規定の変遷がみられる（前掲注（11）参照）。この点は、次の一一二一条以下における議論の出発点となったようである。というのは、当初の規定の形態が現行法の一一二一条に近く、また、部分草案理由書が、この規定を、分離の際の効力の及ぶ範囲確定のための基準と捉えた説明をしているからである。

(48) この他に、国民の法感情に合致しているのか、つまり、ラント法と一致しているのかが重視されている。この点は、たとえば、第一草案をめぐる批判ないし第二委員会における議論において現れている。

第二款　従物責任（Zubehörhaftung）に関する学説と裁判例の状況

序

本款では、ドイツにおける抵当権の効力の及ぶ範囲が具体的にどのような形で問題となっているのか、および、BGBの要件がどのように具体化されているのかを考察するため、学説と裁判例を検討する。[1] その際、まず、抵当不動産上の動産が従物に該当するか否かという問題をとりあげる。次に、当該動産が従物性を有することを前提として、「附加」・「分離」が生じた場合に当該動産に主物の抵当権の効力が及ぶか否かについてとりあげる。

一　従物性

BGBは、抵当不動産上の動産のうち従物にあたる物に抵当権の効力が及ぶことを認める（BGB一一二〇条）。しかし、なぜ、動産たる従物に不動産担保権である抵当権の効力が及ぶのか。これについて、学説は、主物と従物からなる経済的な統一体を抵当権が把握することを指摘している。(2) このことは、前款において明らかになったように、従物と主物をあくまで法律上別個の物としつつ、経済的なレベルにおける統一を図ろうとすることによって、抵当権者と土地所有者の相互の利益を図ったものと評価することができる。(3) すなわち、抵当権者は、より確実な担保を取得することができ、他方土地所有者は、被担保債権額を増大させることができることになる。(4)

[1]　OLG Köln Urt. v. 22. 12. 1986－13 U 243/86, VersR 1988, 1072

土地債務権利者Xが破産管財人Yによる織物工場内の機械類の搬出を禁止する仮処分を求めた。本件では、建物が織物工場以外の用途でも用いられていたため、工場の属具たる機械が建物の従物と認められるのかが問題となった。請求認容。従物性を肯定する理由として、OLGが挙げたのは、生産場所たる建物への機械類の搬入によって、建物と設備の総体が機能的な生産場所を構成し、設備の経済的価値が設備の個別の価値の合計を越えて高められる点、および、本件機械類を従物と看做さなければ、機械がはるかに大きな担保価値を有する場合に債務者の受信が不必要に困難になる点である。

右判決からも明らかなように、従物たる動産に主物の抵当権の効力が及ぶ根拠は、動産と不動産の個別の価値の合計よりも、両者によって構成される機能的な集合体の価値の方が大きいという点に求められる。

抵当不動産上の動産が従物であるか否かは、BGB九七条および九八条によって判断される。この点について、学説

に異論はない。したがって、主物の構成部分ではない独立の動産であって、主物の経済的目的に供され、かつ、主物との間で右目的に合致した空間的関係を有する場合に、当該動産は従物と認められる。ただし、右目的が一時的なものである場合、または、取引観念によって従物性が認められない場合には、従物性は否定される。次に、これらの点に関する裁判例をみる。

[2] OLG Colmar Urt. v. 10. 3. 1903－Ⅲ. CS., OLGRspr. 6, 270

土地所有者の印刷機械を債権者Yが差し押さえたので、抵当権者Xは、差押に対して異議の訴を提起した。請求認容。従物性判断の基準は、当該動産が主物の目的のために重要であるか否かではなく、動産が主物の経済的目的に供すべきものとされているかどうか、主物の目的に現に役立ちかつ役立つことが相応しいのかどうかであるとした。

[3] RG Urt. v. 2. 1. 1907－Ⅲ/06 V. JW 1907, 129

鉱山会社A所有の甲地は、鉱山とともにYが競落した。他方A所有の乙地は、鉱山とは別にBが競落した。Yは、乙地上の機械工場および金属工場内の機械器具などを鉱山の従物として占有した。Aの破産管財人Xは、Bから権利を譲り受けて、機械器具類の鉱山従物性を否定して、返還をYに求めた。OLG 請求一部認容・一部棄却。上告棄却。争点は、①主物の利用可能性が消滅した後の従物性と②主物がさらに別の物に従属する場合に従物はその別の物の従物となるのかであった。RG は、①について、物の性質上当該動産が主物に供される物であり、かつ、実際に供されている場合、主物の利用可能性が消滅しても従物性は消滅しないとする。したがって、経営が不可能になった鉱山に供されていた動産の従物性は失われない。②については、本件工場自体が経済的な目的や性質に合致する方法で鉱山に供される鉱山の従物であっても、本件機械器具は工場自体に供されているので、鉱山の従物ではないとする。

[4] OLG Darmstadt Urt. v. 27. 11. 1908－Ⅱ. ZS., OLGRspr. 20, 38

ガス会社の債権者であるYは、大型金庫と在庫のガスメーターを差し押さえた。そこで、抵当権者Xが差押物の解放を求めた。一部認容・一部棄却。争点は、従物性である。工場の営業上、家具を備えた事務所が必要である。大型金庫は家具に含まれる。しかし、ガスメーターは未使用の在庫品であって、従物ではない。

[5] OLG München Beschl. v. 27. 10. 1913－I. ZS., OLGRspr. 29, 244

債務者Aの農場にあるオート麦をYが差し押さえた。抵当権者Xはこれに異議を申し立てた。AG 申立棄却。LG 申立認容。Y再抗告。再抗告棄却。本件農場では地勢上馬しか利用できず、オート麦が農場で使う馬の飼育と翌年の播種のために必要であり、従物にあたるとする。

[6] LG Göttingen Beschl. v. 18. 10. 1929－1 T 305/29., JW 1931, 3474

債務者Aの養鶏場内の鶏とアヒルに対してなされた差押への異議申立事件のようである。裁判所は、鶏等の従物性を肯定して異議を認容した。その理由は、卵と若鶏の生産を目的とし、経営の範囲内で再飼育か売買かが決定されるなど、鶏等がAの経営の基礎を構成し同時に土地の経済的目的に供されていることであった。

[7] BGH Urt. v. 14. 12. 1973－V. ZS. V 44/72, BGHZ 62, 49

Xは、建築業者Aの所有地に土地債務を有していた。他方、Aは営業属具を担保の目的でYに所有権譲渡した。Yは、Aの破産管理人の同意を得て、属具を売却した。Xは、属具の従物性に基づき、属具売却代金の支払いをYに求めた。LG 請求認容。OLG 請求棄却。上告棄却。BGH は、土地従物の場合経済的統一体の中心は営業ではなく、むしろ主物としての土地であり、営業属具が土地従物となるのは、土地が経営の継続のために供されている場合であって、たまたま家屋敷に営業の中心がある場合ではないとした OLG の判断を支持した。その際、土地の経済的目的の判断について、土地と経営属具との結合関係の保持が土地の価値と使用可能性を左右するという事実を重視している。

[8] BGH Urt. v. 2. 11. 1982－Ⅵ. ZS. Ⅵ 131/81, BGHZ 85, 234; Rpfleger 1983, 167

Y（破産管財人と思われる）が運送会社の自動車を売却した。これに対して、土地債務権利者XがYに対して、自動車が従物であるとして、従物売却によって生じた損害の賠償を請求した。LG請求一部認容。OLG請求全部認容。BGHは、自動車の従物性を否定してXの請求を全部棄却した。営業の主物性は、企業の経済的重点および企業の経済的経営技術的中心点、拠点並びに企業の「焦点」の所在によって定まるとした。本件では、動産たる自動車と経営敷地との間の関係について、運送業やクレーン作業等は経営敷地外で行なわれており、他方経営敷地上には自動車の管理・補給・整備設備があり、それらの作業の⅔が行なわれていたが、企業の経済上の重点ではなく、経営の本質的な基礎は自動車すべてであり、経営技術的な中心は広い領域における自動車の使用であって、経営敷地それ自体ではないので、本件土地は主物ではないという。

たとえば、右の裁判例［2］からも明らかなように、従物性を判断する際に求められる主物の経済的な目的への供用性は、主物の目的にとってその機械が重要であるか否かではなく、むしろ主物の経済的目的に供すべき物であるのか否かおよび現実に役立ちかつ役立つことがふさわしいか否かによって判断される。また裁判例［4］や［5］でも、主物の利用のために必要であることが求められている。さらに、裁判例［3］では、主物の利用可能性の消滅は従物性の有無を左右せず、物の性質によって従物性が定まるとされている。この判決によれば、従物性は、その物の性質によって、すなわち客観的に定まるものと考えられる。他方、裁判例［7］と［8］は、いずれも土地債務の設定された土地以外で建築業や運送業といった経営が行なわれている事案に関するものであり、このような形態の経営の場合、当該土地が経営の中心でない限り、営業属具と呼ばれる動産群は土地従物とならないと判示されている。(5) つまり、これらでは土地の主物性が問われたといえよう。

学説においても右の裁判例の立場は支持されている。すなわち、主物の経済的目的への供用性については、経済的な

関係に限定されないが、[6] しかし間接的であれ、主物への服属関係が必要であると解されている。[7] この服属関係とは、主物の経済的な利用を可能にするかそれとも少なくとも容易にするような関係を指す。[8] しかし、当該動産がいくら経営に役立つものであっても、原料や完成品のような物は、従物ではないと解されている。[9]

[9] OLG Kiel Urt. v. 6. 4. 1908－Ⅰ. ZS., OLGRspr. 20, 38

種苗栽培業者Aは、園内の種苗在庫を担保のためにXに所有権譲渡した。その際、AX間の約定で、以後Xのために右在庫を保管育成することとした（詳細不明）。争点は、在庫の従物性であった。裁判所は、在庫が、長期間、栽培園内に存在しても売却予定の物であることから、その従物性を認めず、独立の動産であるとした。

[10] OLG Rostock Urt. v. 13. 4. 1910－Ⅱ. ZS., OLGRspr. 22, 124

ホテル敷地所有者Aは、Xのために土地に抵当権を設定し、さらに土地上のワイン在庫全部を担保として所有権譲渡した。しかし、右在庫をAの債権者Yが差し押さえた。Xは、在庫が土地の従物であることに基づき、差押に対してXが異議を申し立てた。LGならびにOLGは異議を棄却した。本件在庫は、土地の経済的目的であるホテルおよびレストラン経営に供されるわけではなく、むしろ商事経営のための商品や工場のための原料と同じく、経営の客体であるとする。

[11] RG Urt. v. 17. 3. 1915－V. ZS. V 487/14, RGZ 86, 326

工芸家具製造業者Aは、自己所有地および使用賃借地上の材料在庫を担保のためにYに所有権譲渡した。他方、Xは、Aの所有地に抵当権を有していた。Aが破産したので、Xは、Yに対して右材料が従物であって抵当権の効力が及ぶことの確認と在庫の処分の停止を求めた。その後XがAの土地を競落したので、請求内容は材料についてのXの所有権の確認とその持ち出しの許容に変更された。LGは自己所有地上の在庫についてXの請求を認容したが使用賃借地上のそれについては棄却した。OLG請求全部棄却。上告棄却。ある物が他の物に補助物として従属することが従物の要件である「主物に供せられて

いる」の内容であり、本件在庫は、その加工のために工場を必要とするが、その逆は成立せず、右要件に該当しないとした。右の裁判例［9］や［10］、さらに先に紹介した［4］は、在庫品の従物性が争点であった。たとえば［9］事件では、在庫品が売却予定の物であり、経営の結果であって、主物と一時的な関係を有するにすぎず、従属性を有していないことが指摘されているし、［10］事件でも、売却が目的であることが重視されている。また、裁判例［11］では、加工原料は工場の設備なしに加工できないことから、他の物に補助物として従属してないと判示されている。

次に、主物との空間的関係に関して、RGは、次のように判示している。

［12］ RG Urt. v. 3. 5. 1902－V. CS. V 59/02, RGZ 51, 272: SeuffA 58, 89

工場敷地の抵当権者Xは、工場経営会社の破産管財人Yに対して、交換のために敷地内に搬入された新しいボイラーが敷地の従物であるとの確認を求めた。一、二審は、Xの請求を認容した。上告棄却。BGBの理由書を参酌すれば、空間的関係の要件は、その用途を事実上現実化することで足り、有体的な結合、すなわち指定された場所での作動を要しない。実際上の考慮からしても、有体的な結合を要件とすれば、取引観念との間で矛盾を生じてしまうとする。

学説も、右の判決を支持し、有体的な結合関係を必要と解していない。(10) この結果、従物は、必ずしも当該不動産上に存在している必要はない。(11)

［13］ RG Urt. v. 2. 6. 1915－V. ZS. V 19/15, RGZ 87, 43

Y_1は自己所有地で発送電事業を行なっており、X_1とX_2のために右土地に抵当権を設定していた。Y_1は、Y_2に送電網を譲渡し、同時にY_2に対して発電所を二年の期限で用益賃貸した。Xらは、Yらに対して送電網に抵当権の効力が及ぶとの確認と送電網をY_1所有地から分離しないという不作為を求めた。一、二審は、請求を認容した。上告棄却。RGは、他人の土地上に存

在する右送電網の従物性を承認した。他人の土地上にあってもY₁所有地の目的に供せられており、他人の土地上においてY₁所有地との間で用途に応じた関係にあれば足りるという。

しかしながら、この空間的関係は、一時的な目的による関係では足りず、継続的な関係が必要であると解されている。(12) すなわち、用益賃貸借や使用賃貸借によって、従物の設置に時間的な限界がある場合には、継続的な関係とは認められない。

[14] BGH Urt. v. 29. 6. 1971－Ⅵ. ZS. Ⅵ 255/69, BB 1971, 1123

Xは、ゴム製品製造機械についての譲渡担保権を有していた。Yは、機械の所在する土地を競落し、機械について搬出禁止の仮処分をかけた。Xは、本来、より高値で売却できるはずの機械が安価でしか売却できなかったことを理由として、Yに対して損害賠償を請求した。本件工場は土地使用賃借人の経営であったが、Yの競落後に破産した。OLG請求認容。上告棄却。①建物は、用益賃借人の工場経営のために建築されたわけではなく、実際には他の用途でも用いられていた。②建物は、継続的にゴム製品の製造のために供されていたわけではなく、むしろ用益賃貸借の終了時には機械が建物から分離されるべきことになっていた。これらのことから、建物および本件機械が一時的に用益賃借人の経営に供されていたとした。

また、取引観念上、当該動産の従物性が否定されないことも必要である(13)（前出・裁判例［12］参照）。

これらのBGB九七条および九八条の問題のほか、一一二〇条に固有の問題がある。すなわち、抵当権の効力が従物に及ぶためには、土地所有者と従物所有者とが同一であることを要する（一一二〇条後段但書）。この点に関する裁判例には、次のものがある。

[15] RG Urt. v. 12. 6. 1906－Ⅶ. ZS. Ⅶ 469/05, RGZ 63, 371

Xは、AとAの配偶者Bに対する債権の担保としてA所有のホテル敷地に抵当権の設定を受けた。その際、XとAおよびBは、すべての経営属具を従物に含めると合意した。その後、債権者Yがホテルの経営属具たる動産を差し押さえた。そこで、Xは、Yの差し押さえた動産のうちB所有の部分について、抵当権の効力が及んでいるとして、異議を申し立てた。LG請求認容。OLG請求棄却。上告棄却。第三者の所有する従物に抵当権の効力が及ばない旨をBGBは明定している。XとBとの合意によっても、抵当権の効力は及ばない。また、本件合意が仮にBからAへの所有権移転の趣旨を含むのであれば、抵当権の効力が及ぶことになるが、そのような趣旨は含まれていないとした。

[16] OLG Celle Urt. v. 25. 11. 1907－Ⅱ. ZS., OLGRspr. 18, 164

従物の所有権移転後に抵当権が設定された場合に、その抵当権が搬出されていない従物に及ぶかが問題となった事件である。裁判所は、一一二〇条後段但書の文言からこれを否定し、さらに登記の公信力の対象となる権利でないことを理由に八九二条によっても従物についての権利を抵当権者が取得しえないと判示した。

[17] OLG Dresden Urt. v. 21. 3. 1910－Ⅱ. ZS., OLGRspr. 26, 139

事案の詳細は不明である。一一二〇条は、土地所有者に一旦は帰属していた物に抵当権登記の時点で抵当権が及ぶという趣旨ではない。むしろ、抵当権登記の時点で土地所有者に帰属する物およびその後に追加取得する物に抵当権が及ぶ趣旨であるとする。

[18] KG Urt. v. 14. 5. 1914－XIV. ZS., OLGRspr. 30, 102

土地購入者Aが土地の従物たる動産を土地取得前にXに譲渡し、同時にXから使用賃借した。Aは、土地取得の日にYのために抵当権を設定した。その後、Yは、土地を競落した。XはYに対して従物の引渡を請求した。請求棄却。Xへの譲渡の

時点で本件従物の所有権が移転していたので、本件従物がAに帰属していたのは抵当権の成立以前であって、成立時点ではもはやAに帰属しておらず、その後も所有権を取得していない。したがって、本件従物には抵当権の効力が及ばないとした。

[19] OLG Nürnberg Urt. v. 7. 2. 1961－2 U 86/60, WM 1951, 550

Xは、工場内の機械類（ディーゼルエンジンなど）についての譲渡担保権を有していた。土地債務権利者Yは、工場敷地の強制競売を申し立てた。Xは、機械類への強制執行に対して異議を申し立てた。本件譲渡担保は土地債務の登記以前に行なわれている。LG申立認容。控訴棄却。本件譲渡担保は、有効である。したがって、一一二〇条後段但書によって本件機械類には土地債務の効力は及ばないとする。

BGB九七条や九八条には、このような所有者を限定する規定は含まれていない。このことからみて、主物従物関係自体は物の性質のみによって決定される客観的な関係であるが、[14] 抵当権の効力については、所有者の意図などの主観的な関係を重視していることになるのか。[15] これを窺わせるような判決もある。

[20] OLG Braunschweig Beschl. v. 24. 12. 1912 － I. ZS., OLGRspr. 26, 389

A所有の土地にXのために抵当権が設定されていたところ、Yがその土地上の動産四〇個について差押を行なった。この差押に対してXは、動産の一部が土地の従物であることを理由に異議を申し立てた。LG申立棄却。控告棄却。本件動産の設置は偶然であり、土地との客観的継続的な関係は存在せず、本件動産は土地上の建物所有者およびAの個人的な目的のために用いられているとして、従物性を否定した。

[21] OLG Stettin Urt. v. 24. 5. 1918－ I. ZS., OLGRspr. 40, 413

農場内の子馬が差し押さえられたのに対して、異議が申し立てられたようであるが、詳細は明らかではない。裁判所は、本件子馬が差押時に経営のために供されていれば従物であり、その基準は供用者の意思であるとする。

しかし、これらの判決は、いずれも動産と土地との間に主物従物関係があることを認めた上で、当事者の意思に合致しないことを理由に、抵当権の効力が及ばないと判示したものとはいえない。むしろ、そもそも主物従物関係を欠いていると判示している。そうであるとすれば、一一二〇条後段但書は、当事者意思を推定した規定であるとはいえないように思われる。学説もまた、土地所有者と抵当権者の合意によって従物を抵当権の効力の及ぶ範囲から除外しても、その合意は両当事者間の債権的な効力を有するものにとどまり、物権的な効力を有するものではないと解している。[16] また他方で、第三者の所有に属する従物に対して、当該第三者の同意を得て抵当権の効力を及ぼすことも、否定されている。[16a] このことからみて、この規定は、土地所有者の設定した抵当権によって第三者の所有に属する従物を拘束することを回避した規定であるといえよう。

二　「附加」・「分離」

次に、抵当不動産への動産の「附加」や、そこからの動産の「分離」が生じた場合をとりあげる。

1　「附加」

BGB 一一二〇条では、抵当権の設定と従物の設置ないし従物所有権の取得との前後関係は、問われていない。「附加」の場合にも抵当権の効力が及ぶことに異論はない。[17] 破産管財人が所有権留保動産を取得したケースではあるが、次の判決がある。

[22] RG Urt. v. 24. 1. 1903－V. CS. V 362/02, RGZ 53, 350

Bは、印刷工場主Aに対してガス発動機や印刷機械、機械器具六〇基の所有者Bは、印刷工場主Aにこれらを所有権留保条件付で売却した。機械を印刷工場に設置した後、Aは破産した。破産管財人Xは、機械器具類の残代金を支払い、機械についてのBの権利を譲り受けた。これとは別に印刷工場の敷地について、Yが抵当権を有していた。Xは、Yに対して、Yが別除権を有しないことの確認を求めた。LG 請求一部認容・一部棄却。OLG 請求全部棄却。上告棄却。所有者が異なるために抵当権の効力は本件機械に及ばなかった。しかし、XとBとの契約によってAが本件機械の所有者となった。これにより、抵当権の効力は、本件機械にも及ぶようになった。

この判例によれば、一一二〇条後段但書にいう従物所有権を判断するに際しては、抵当権の実行時点が基準となる。

次に問題となるのは、土地所有者が動産を所有権留保条件付で購入したものの、抵当権実行の時点までに代金を完済できなかった場合である。[18] 先程述べた判例の立場に従うならば、この動産には抵当権の効力は及ばない。[19] しかし、この場合、土地所有者は、動産の取得に関する期待権を有しており、抵当権は、この期待権に及ぶと解されている。[20] このような解釈が採られる根拠は、第一に、所有権と期待権との同質性である。第二に、もし期待権に抵当権の効力が及ばないとすれば、期待権者、すなわち土地所有者は完全な所有権を負担なしで取得することになる。しかし、それでは最初から所有権を取得した場合との均衡を欠く結果となる。第三に、期待権が土地所有者にとって信用の供与の対象となることも挙げられている。というのは、期待権が土地担保権の効力の範囲に含まれることで、土地の担保評価が増大し、この価値の増大部分を、土地所有者が利用することができるようになるからである。[21]

[23] BGH Urt. v. 10. 4. 1961－Ⅷ. ZS. Ⅷ 68/60, BGHZ 35, 85

ホテル所有者Aは、Yのために土地債務を設定した。その一方で、Aは、ホテル属具を第三者から所有権留保付で購入しており、これにつきXに譲渡担保を設定した。Yの貸付金から属具の残代金が支払われた。Yが強制競売を申し立てたので、Xは本件属具への強制執行に対して異議を申し立てた。OLG請求棄却。本件譲渡担保によってAの期待権がXに移転し、残代金の支払いによって、Xは、直接、所有権を取得したが、期待権には抵当権が及んでいたという。上告棄却。①一一二〇条後段但書の趣旨は、その物が効力の及ぶ支配領域に搬入された時点で所有者である第三者の保護である。②抵当権者は抵当物の所有者から抵当権設定後に従物を取得した第三者よりも優先し、第三者は抵当権付の所有権を取得するにすぎない。③期待権と所有権は本質的に等しいから、両者によって相違が生じるのはおかしい。④譲渡担保権者は経済的には「無占有質権」を取得したにすぎないから抵当権の負担のない所有権を取得するのは、BGBの弁済受領権の順位に関する先行優先原則に反する。

[24] OLG Bamberg Urt. v. 17. 5. 1963－3 U 9/63, JZ 1964, 518: MDR 1964, 146

土地所有者AはBから所有権留保付で機械を購入した。その後Aは所有者土地債務を設定し、それをCに譲渡した。Cは強制管理と強制競売を申し立て、Yが強制管理人となった。Aの破産後、Yは、機械をDに売却し、売却代金からBに機械の残代金を支払った。破産管財人Xは、売却代金が破産財団に属することを理由に、Yに対して代金の返還を請求した。請求棄却。裁判所は、まず、機械が所有権留保付で購入されたことを理由に、従物への土地債務の効力を否定した。次に、所有権留保に基づくAの期待権は実質的に所有権と等しく、土地債務の効力が及ぶとする。しかし、BないしBの同意を得たYが代金回収の目的で機械を換価した本件では、期待権は消滅し、その結果土地債務も客体を失ったとする。

では、土地所有者が期待権を第三者に譲渡した場合に抵当権者の立場はどのようになるのか。土地所有者にとって、

第三者への期待権の譲渡は、新たな与信手段となりうるため、非常に大きな意味を有する。[21a] しかし、このような場合、具体的には、たとえば右の裁判例［23］のように期待権が担保目的で譲渡された場合であっても、この期待権に対して抵当権の効力が及ぶ。というのは、取得者は経済的にみれば一種の無占有質権を取得したのであり、取得者に抵当権の負担のない取得を認めるならば、先に成立した抵当権に優先することになり、物権法秩序に反する結果となるからである。[22]

［25］ BGH Urt. v. 10. 10. 1984－Ⅷ. ZS. Ⅷ 244/83, BGHZ 92, 280

工場経営者Aの土地にはXのために土地債務が設定されていた。他方、Aは、Yから融資を得て、Bからトラック三台を購入した。その際、Bは、Aとの合意に基づきトラックの所有権をYに担保の目的で直接移転した。Aが破産し、破産管財人は、Yの担保所有権を考慮して、トラックをYに引き渡し、Yはこれを換価した。Xは、トラックが従物として土地債務の効力の及ぶ範囲に含まれるとして、Yに対して売却代金の支払いを求めた。LG請求認容。OLG請求棄却。本件AB間の合意によりAの期待権が放棄され、本件トラックがBからYに直接移転したため、土地債務の効力が及ばないという。上告棄却。Aの期待権放棄によって、Xの土地債務は、その客体を失ったとする。また期待権の放棄には、権利質権者と抵当権者の保護の均衡を理由として、一二七六条一項は類推適用されないとする。

また、右の裁判例［25］では、裁判所は、留保売主と第三者の契約および留保買主の期待権の放棄によって、直接右第三者が所有権を取得することを認めている。このことによって、期待権に対する土地担保権の効力が否定されている。このような裁判所の見解に対して、学説の大部分は反対している。すなわち、土地担保権者の保護を図るために、権利質の目的となっている権利の放棄について質権者の同意を要求する一二七六条の類推適用を認め、土地担保権者の同意を必要であると解しようとする。[23] もっとも、同意の有無にかかわらず、土地から「搬出」された場合には抵当権の効力

から免れると解されている。[24]

2 「分離」

次に、「分離」に該当する場合である。ここでは、土地所有者と抵当権者、第三取得者の三者の利益が考慮されている。すなわち、抵当権者にとって、従物に抵当権の効力が及ぶことは、土地と従物からなる経済的な統一体の換価によって高額の代金を可能とする点で、利益となる。[25] 他方、土地所有者は、従物への拘束がなければ、従物の交換などによって効率のよい企業経営が可能となるなどの所有権者としての行動の自由を確保するできる点が利益となる。[26] また、動産取得者も、抵当権の負担のない所有権の取得が可能となることを前提として行動している。[27] これらの利害の調整のために、BGBは、従物への抵当権の効力に次の二つの限界を設けている。一つは、一一二一条による「譲渡および搬出」による方法であり、もう一つは、一一二二条による「通常の経営の範囲内における従物性の喪失」による方法である。いずれの場合でも、抵当権者による差押以前にこれらの事実が発生することによって、抵当権の効力が従物に及ばなくなる。したがって、この差押の時以前は、抵当権者の利益よりも土地所有者や動産取得者のそれが優先し、この時点以後は、抵当権者の利益が土地所有者や動産取得者のそれに優先する。[28]

（1） 一一二一条による抵当権の効力からの離脱

まず「譲渡」とは、所有権移転であると解されている。したがって、担保権の設定や用益権の設定などは、排除され

る。[29] また、動産執行によって従物が差し押さえられても、それだけではここでいう譲渡にはあたらず、その後、競売なり任意売却が行なわれる必要があると解されている。[30] さらに、破産管財人による譲渡は、土地所有者による譲渡と解されている[31]（後出・裁判例［28］参照）。

また「搬出」に関しては、継続的な土地からの分離と解されている[32]（後出・裁判例［33］参照）。たとえば、一時的な目的での搬出は、ここでいう「搬出」に該当しない。[33]

では、占有改定は、「搬出」に該当するのか。この点に関する裁判例をみる。

［26］ RG Urt. v. 24. 10. 1903－V. CS. V 531/02, RGZ 55, 415

レストラン経営者Aは、Yのためにその土地に抵当権を設定した。その後Aは、Xに従物を譲渡し、同時に従物を使用賃借した。Yは、従物を除いて土地を競落した。従物はYが占有している。Xは、従物所有権の確認と引渡をYに求め（①請求）、他方Yは、従物への強制執行の忍受をXに求めた（②請求）。LGは、①を棄却し、②を認容した。OLGはXの控訴棄却。上告棄却。従物の所有権をXが取得しても、従物が搬出されていないので、所有権取得によってYの抵当権の効力が排除されることはないと判示した。

［27］ OLG Augsburg Urt. v. 31. 5. 1918－I. ZS., OLGRspr. 37, 212

XはAの農場に抵当権を有していた。Aは、二頭の雌牛を購入し、搬入したが、Yに譲渡し、占有改定による引渡を行なった。Aの破産管財人は、農場経営を放棄して牛を競売した。Xは、抵当権者または農場競落人として、競売代金の支払いをYに求めた。請求認容。本件牛は、Aへの引渡と所有権移転によって農場の従物となった。Yへの所有権の移転は、搬出を欠き、従物への抵当権の効力を消滅させなかったとする。

[28] BGH Urt. v. 21. 3. 1973－Ⅷ. ZS. Ⅷ 52/72, BGHZ 60, 267: NJW 1973, 997

工場経営者Aは所有地にBのために土地債務を設定する一方で、Cに機械器具や事務設備、社員食堂設備を担保の目的で譲渡した。さらにCは、譲渡担保によって生じる権利をXに譲渡した。その後Aの破産管財人Yは、機械器具などを売却した。Bの土地債務も実行された。Xは、譲渡担保に基づき機械器具類の売却代金の支払いをYに求めた。LG請求認容。OLG請求一部認容・一部棄却。Xの上告棄却。本件譲渡担保によって土地債務の効力からの離脱が生じたか否かに関して、土地からの搬出がない以上、本件機械器具類には譲渡担保と土地債務が併存する両者の順位関係に関しては、Xが土地債務の効力の及ぶ動産をその負担付で取得したので、譲渡担保よりも土地債務が優先すると判示した。

[29] BGH Urt. v. 17. 9. 1979－Ⅷ. ZS. Ⅷ 339/78, NJW 1979, 2514: JZ 1979, 760

Yは、A所有のパン菓子工場の敷地に土地債務の設定を受けた。他方で、Aは、工場内の自動梱包機をXに譲渡し、同時に右機械を使用賃借した。しかし、使用料の支払いは滞っていた。その後Yは、工場敷地につき強制競売と強制管理を申し立てたが、完全な弁済を受けられなかった。その際、機械についてはXの所有であるとして強制競売から除外されていた。Yは、機械の強制執行を申し立て、代金を供託した。そこで、Xは、供託代金からの未払使用料の支払いをYに求めた。一、二審はXの請求を棄却した。上告棄却。占有改定は搬出にあたらない。本件機械の所有権は、Xに移転したがそれに伴なう搬出がなかった。また、搬出のない譲渡では従物性は失われない。

これらの裁判例からも明らかなように、譲渡担保による所有権移転の場合などの占有改定は、「搬出」にあたらないと解されている。[34] この場合、一一二〇条後段但書にもかかわらず、抵当権の効力が及ぶのは、動産が抵当不動産上になお存在することで第三者への公示が果たされているからである。[35]

そこで、「搬出」に代わる何らかの識別手段を尽くすことによって、抵当権の効力からの離脱が認められるべきであるのかが問題となろう。しかし、次の裁判例などに示されているように、識別手段があっても、「搬出」の事実がなければ、抵当権の効力が及ぶと解されている。

[30] RG Urt. v. 31. 1. 1905－Ⅶ. ZS. Ⅶ 593/04, JW 1905. 175

Xは、Aから若い家畜二〇頭を購入し、引渡を受けた。家畜には、Xのための識別用に耳に標識をつけていたが、農場から未搬出のままであった。Yは、Aの農場を強制競売に基づき競落した。Xは、家畜の引渡をYに求めた。一、二審は請求を棄却した。上告棄却。強制競売手続きにおける不動産差押の場合には家畜の譲渡にもかかわらず土地からの搬出がないので、抵当権の効力が及ぶという。また、譲渡による従物性の喪失がなされたとしても、土地からの搬出までは抵当権の効力が及ぶとした。

その一方で、「搬出」の事実があっても、これが「譲渡」と結びついていなければ、抵当権の効力は従物に及ぶと解されている。(36)

[31] RG Urt. v. 11. 3. 1909－V. ZS. V 245/08, RGZ 70, 378

抵当権者Aが強制競売を申し立て、登記がなされた。その後、土地所有者Bの同意を得て、Yは、右地上の建築物から扉と窓枠を取り去った。競売期日に、抵当権をAから譲り受けたX_1は、最高値をつけ、その最高値に基づく権利をX_2に譲渡した。その後Xらは扉等の引渡を求めて仮処分を申し立て、担保を提供した。仮処分に基づき扉等はX_2に引き渡されたが、YはXらへの担保の返還に同意しなかった。Xらは、Yが担保の返還に同意するよう訴えた。LG 請求認容、OLG 請求棄却。RG は、Xの上告を容れ請求を認容した。Aの抵当権は従物または構成部分に及び、Yによる取り去りが有効な譲渡に基づかないた

め、本件動産への抵当権の効力は消滅しなかったとする。

[32] RG Urt. v. 29. 10. 1910－V. ZS. V 13/10, JW 1911, 46

事案は不明であるが、争点は、仮処分による従物の分離搬出が一一二一条一項にいう搬出にあたるかであった。RGは、これを否定した。一一二一条は、従物について土地所有者の譲渡による処分の途を妨げず、その結果として、継続的に土地から結合を解かれるために従物が持ち出された場合に抵当権の効力を免れる旨を規定しているので、「譲渡および搬出」が結びついていなければならないとする。

[33] RG Urt. v. 14. 3. 1934－V. ZS. V 352/33, RGZ 144, 152

Aは、Yに農場内の小麦一〇〇トンを売却した。Yは、小麦の引渡をAの破産管財人Bに求めたが、農場の抵当権者Xの反対で拒絶されたので、Yは、仮処分を得て三三・七五トンの小麦の引渡を受けた。翌日Xは、Bを強制管理人とする強制管理の決定を受けた。Bは、Yに引き渡された小麦の売却し、代金を供託した。その後、Xは強制管理の廃止と強制競売を申し立て、農場を競落したが、完全な弁済を得られなかった。そこで、Xは、供託金の還付に関するYの同意を求めて訴を提起した。一、二審は請求棄却。上告棄却。争点は、仮処分による小麦の引渡が一一二一条にいう搬出であたるのかであった。搬出にあたるためには、①譲渡との結びつき、および、②不動産との空間的関係の継続的な解消が必要である。本件の場合、①について、Yの得た仮処分が破産管財人に契約に基づく引渡が拒絶されたことを機縁とするものである。また、②について、Yの意図および仮処分の内容が継続的な解消に向けられている。したがって、本件仮処分は、搬出に該当するとした。

さらにまた、一一二一条一項は、債権者の利益のために土地が差し押さえられる以前に売却および搬出が行なわれることを要件としている。[37] この要件をみたさない場合のうち、譲渡が搬出より先に行なわれた（譲渡―差押―搬出また

は差押―譲渡―搬出）ときは、一一二一条二項後段によって、従物取得者が搬出の時点で差押について善意であれば、抵当権の負担のない所有権を取得することができる。[38] これに対して、搬出が譲渡に先行する場合（搬出―差押―譲渡または差押―搬出―譲渡）には、従物取得者は、一一二一条によって保護されない。[39][40]

（2）一一二二条による抵当権の効力からの離脱

差押以前に通常の経営の範囲内で従物性が失われることによって抵当権の効力の及ぶ範囲からの離脱を認めた一一二二条二項の場合、そもそもどのような行為が従物性を失わせるのか、また、どのような行為が通常の経営の範囲内であるのかが問題となる。まず、従物性を失った状態とは、目的に合致した機能を継続的に失っている状態を意味する。[41] たとえば、工場内の機械が朽廃したときにそれを交換する場合や、[42] 土地の使用方法が変更されたために従物性が失われる場合である。[43]

裁判例には、一時的な目的での搬出の場合に従物性を失わないとするものがある。

[34] KG Beschl. v. 29. 12. 1902－XIV. CS., OLGRspr. 6, 213

ビール醸造所の運搬車が修理のためにYに引き渡され、修理後Yは、報酬債権に基いて右運搬車を占有したまま差し押さえた。醸造所敷地の抵当権者Xは、Yに対して運搬車の解放を求めた。LG 請求認容。再抗告棄却。本件での運搬車の搬出は修理目的という一時的なものであって、従物性の喪失に帰着せず、抵当権の効力を免れないとする。[44]

なお、譲渡によって通常の経営の範囲内の従物性の喪失は、生じない。さらに、質権設定や譲渡担保による従物性の喪失も否定されている。[45]

つまり、一一二二条が想定している従物性の喪失とは、一方では搬出によって抵当不動産との間の空間的関係が失われる場合であり、他方で空間的関係を有しながらも経済的目的への供用性が失われる場合である。このような主物従物関係の事実状態の変動こそが、従物性を喪失させているといえよう。

次に、通常の経営の範囲については、とくに、工場などの企業経営が破綻した状態で行なわれる工場の操業停止が右範囲に含まれるのかが問題となっている。

[35] RG Urt. v. 17. 6. 1908－V. ZS. V 629/07, RGZ 69, 85

破産管財人Yは、製材場の閉鎖という債権者集会の決議を受けて、馬五頭を競売し、製材場内の多数の物を任意売却した。それぞれの代金は破産財団へ支払われた。その後土地の強制競売が行なわれたが、抵当権者Xは完全な弁済を受けられなかったので、Yに対して動産売却代金の返還を求めた。一、二審は請求認容。上告棄却。争点は、債権者集会の決議による経営の停止が従物性の喪失に帰着するかである。本件は、土地の経済的利用の目的での処分ではなく、むしろ経済的な利用の完全な放棄が問題であり、それゆえ、決議は一一二二条の意味での通常の経営の範囲内の処置ではないとした。

[36] Landesjustizverwaltung Hamburg Beschwerdeentscheidung v. 21. 8. 1934－A Ⅱ, HansRGZ. B. 1933, 644

A所有の建物内の機械をYが差し押さえたところ、抵当権者Xが異議を申し立てた。しかし異議が却下されたので、Xは不服申立を行なった。裁判所は、不服申立を認容したようである。機械が従物性を有していないとのYの主張を退け、経営停止による従物性の喪失というYの主張に対しては、経営の範囲内における従物性の喪失は土地の経済的な利用をやめた場合には該当せず、工場経営の停止はまさに「非経済的」であって、この場合にこそ従物に抵当権の効力が及ぶべきであるとした。

[37] BGH Urt. v. 25. 6. 1971－V. ZS. V 54/69, BGHZ 56, 298. NJW 1971, 1701: WM 1971, 941

Aの土地の抵当権者兼土地債務権利者Xは、さらに機械類について譲渡担保権の設定を受けた。その後Aの破産管財人Yは、工場の操業を停止し、機械類を売却した。Xは、Yに機械類の代金支払いを求めた。一、二審は請求認容。上告棄却。まず一一二一条および一一二二条の趣旨は、担保目的物の価値を保全するという担保権者の利益を保護しつつ動産取引に際して土地所有者を不当に制限しないというものである。したがって、債権者の役に立つような土地の適切な使用や効果的な経営を所有者が妨げられるべきではない。また、「通常の経営」は客観的な経営が継続している場合に問題となるものであり、本件のように完全に経営を停止した場合、主物の経済的目的もこれに伴う従来の方法での土地所有者の下での経営も停止するから、これに該当しないとする。

[38] LG Darmstadt Beschl. v. 18. 6. 1976－5 T 450/76, KTS 1977, 125

Aの破産手続の一環として係争物の保管が命じられた後、Aは廃業した。Yは、動産（設備資産）を差し押さえた。その後強制管理人Xは、Yの差押に対して異議を申し立てた。AG申立却下。即時抗告認容。経済的な経営の廃止は通常の経営と認められないとして、Aの廃業によって本件動産は、従物性を喪失しないとする。

これらの裁判例からも明らかなように、「通常の経営の範囲」における「通常」とは、経営が継続されていることを前提としている。このため、経営が破綻した場合に行なわれる工場の操業停止は、通常の経営の範囲に含まれないと解されている。(46)

注(1) ドイツ法を研究対象とした先行業績としては、たとえば、我妻栄「抵当権と従物の関係について」『法学協会五〇周年記念論文集第二部』四六一頁以下（昭八）［同『民法研究Ⅳ担保物権』二七頁以下（有斐閣、昭四二）所収］や鎌野邦樹「抵

当権と従物』論」早法六四巻三号七九頁（平元）、田島順「抵当目的範囲制限の特約」論叢三二巻（五号一頁）九〇五頁（昭一〇）などがある。また、所有権留保との関係に限ったものとして槇悌次「従物と物概念の拡張―従物供給者の所有権留保と主物不動産上の抵当権を中心として―」関大法学九巻（五＝六号五〇頁）五六〇頁（昭三五）や、さらに執行法との関係をドイツ法を対象として考察したものに、竹下守夫『不動産執行法の研究』八～六二頁（有斐閣、昭和五二）がある。

(2) BGB 制定以前には、集合物概念との関係から、主物従物関係によって形成された統一体を集合物と評価するものもいた。Vgl. Heinrich Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. 1., 5.Aufl., 1894, S. 824.

(3) Fritz Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 14. Aufl., 1987, S. 372 ; Fritz u. Jürgen F. Baur/Rolf Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, 16. Aufl., 1992, S. 412 ; Peter Büllow, Recht der Kreditsicherheiten, 3. Aufl., 1993, S. 24 ; Martin Wolff/Ludwig Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl., 1957, S. 547; Justus Wilhelm Hedemann, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl., 1960, S. 293 [経営の基礎を形成することを理由とする];Dieter Eickmann/Winfried Pinger, Westermann・Sachenrecht, 6. Aufl., 1988, S. 215 [土地と共に組織的な利用のための統一体を形成することを理由とする]; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4. Sachenrecht, 2. Aufl., 1986, § 1120 Rdn. 26, S. 1466 [Dieter Eickmann]; Hans Theodor Soergel/Wolfgang Siebert (hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6. Sachenrecht, 12. Aufl., 1989, § 1120 Rdn. 7, S. 1331 [Horst Konzen] ; J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3. Sachenrecht §§ 1018-1296, 12. Aufl., 1981, § 1120 Rdn. 1, S.549 [Franz Scherübl]; Heinz K. Klinkhammer/Friedbert Rancke, Hauptproblem des Hypothekenrechts, JuS 1973, 665, 668.

(4) Harro Plander, Die Erstreckung der Hypothekenhaftung auf bewegliche Sachen und deren Enthaftung nach §§ 1121f., 135 II, 136, 932f., 936 BGB, JuS 1975, 345f.; Münchener-Eickmann, a.a.O., (Anm.3), § 1120 Rdn. 1, S. 1463; Arthur Nußbaum, Lehrbuch des Deutschen Hypothekenwesens, 2. Aufl., 1921, S. 86 [従物へ抵当権の効力が拡大されることによって、抵当権者の債権をより多く担保することができる点を挙げている].

(5) これに関連して、学説では、企業が主物となり、動産群が企業従物となるかが争われているが、通説は、これを否定している。Vgl. Haupt, Anmerkung von RG Urt. v. 16. 9. 1941－Ⅶ 60/41－, DR 1942, 139; Victor Ehrenberg (hrsg.), Hand-

buch des gesamten Handelsrechts, Bd. 4. Abt. 1., 1917, S. 16f. [Martin Wolff]; Wolfgang Siebert, Zubehör des Unternehmens und Zubehör des Grundstücks, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Dr. jur. Paul Gieseke, 1958, S. 59; Franz Wieacker, Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung, AcP 148, 57, 91ff.; J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., 1980, Bd. 1. Allgemeiner Teil §§ 90-240, § 97 Rdn. 11, S. 80 [Hermann Dilcher] ; Hans Theodor Soergel/Wolfgang Siebert (hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1. Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 1987, § 97 Rdn. 15ff., S. 608 [Otto Mühl]; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1. Allgemeiner Teil §§ 1-240, 3. Aufl., 1993, § 97 Rdn. 12f., S. 756 [Georg Holch]; Reichsgerichtsräten/Bundesrichtern (hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1., 12. Aufl., 1982, § 97 Rdn. 7, S. 68 [Wilhelm Kregel] [以下、これを"BGB-RGRK"と表記する].

(6) Soergel/Siebert-Mühl, a.a.O., (Anm.5), § 97 Rdn. 18, S. 609; Staudinger-Dilcher, a.a.O., (Anm.5), § 97 Rdn. 13, S. 81; Münchener-Holch, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 14, S. 756f.; Ludwig Enneccerus/Hans Carl Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbbd., 15. Aufl., 1959, S. 810; BGB-RGRK-Kregel, a.a.O., (Anm.5), § 97 Rdn. 12, S. 70.

(7) Soergel/Siebert-Mühl, a.a.O., (Anm.5), § 97 Rdn. 19, S. 609; Staudinger-Dilcher, a.a.O., (Anm.5), § 97 Rdn. 14, S. 81; Münchener-Holch, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 15, S. 757; Enneccerus/Nipperdey, a.a.O., (Anm. 6), S. 810; Hans Brox, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 9. Aufl., 1985, S. 323; BGB-RGRK-Kregel, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 15, S. 71f.

(8) Heinrich Lehmann/Heinz Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16. Aufl., 1966, S. 390; Münchener-Holch, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 15, S. 757; Enneccerus/Nipperdey, a.a.O., (Anm. 6), S. 812; BGB-RGRK-Kregel, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 15, S. 71f.

(9) Lehmann/Hübner, a.a.O., (Anm. 5), S. 390; Soergel/Siebert-Mühl, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 23f., S. 610; Staudinger-Dilcher, a.a.O., (Anm. 5), §97 Rdn. 16, S. 81; Münchener-Holch, a.a.O., (Anm. 5), §97 Rdn. 16, S. 757; Enneccerus/Nipperdey, a.a.O., (Anm. 6), S. 812; Josef Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2. Teil 2., 1919, S. 53ff.; BGB-RGRK-Kregel, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 19ff, S. 73ff.

(10) Lehmann/Hübner, a.a.O., (Anm. 8), S. 390; Soergel/Siebert-Mühl, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 28, S. 612; Staudinger-

Dilcher, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 21, S. 83; Münchener-Holch, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 25, S. 759; Karl Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., 1989, S. 293f.; Heinrich Lange, BGB・Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1973, S. 213; BGB-RGRK-Kregel, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 24, S. 75.

(11) Soergel/Siebert-Mühl, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 29, S. 612f.; Staudinger-Dilcher, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 21, S. 83; Münchener-Holch, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 25, S. 759; Brox, a.a.O., (Anm. 7), S. 323; Lehmann/Hübner, a.a.O., (Anm. 8), S. 390; Enneccerus/Nipperdey, a.a.O., (Anm. 6), S. 812; BGB-RGRK-Kregel, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 26, S. 75f.

(12) Soergel/Siebert-Mühl, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 25ff., S. 611f.; BGB-RGRK-Kregel, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 27ff., S. 76ff.; Staudinger-Dilcher, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 18, S. 82; Münchener-Holch, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 21ff., S. 758f.; Lange, a.a.O., (Anm. 10), S. 213.

(13) OLG Köln Urt. v. 13. 5. 1960-4 U 58/59, NJW 1961, 461; OLG Oldenburg Urt. v. 2. 4. 1976-6. ZS. 6 U 142/75, Rpfleger 1976, 243; LG Kiel Urt. v. 26. 6. 1980-30 O 183/79, Rpfleger 1983, 167. Vgl. Soergel/Siebert-Mühl, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 34, S. 613f.; Staudinger-Dilcher, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 23f., S. 83f.; Münchener-Holch, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 28f., S. 760f.; Enneccerus/Nipperdey, a.a.O., (Anm. 6), S. 813; Lange, a.a.O., (Anm. 10), S. 213; BGB-RGRK-Kregel, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 36ff., S. 79f.

(14) もっとも、BGB九七条に規定された主物従物関係自体が完全に客観的な関係であるわけではない。動産所有者の意思がある程度考慮されている。Vgl. BGH Urt. v. 30. 5. 1969-V. ZS. V 67/66, NJW 1969, 2135. Soergel/Siebert-Mühl, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 25, S. 611; Staudinger-Dilcher, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 20 ,S. 83; Münchener-Holch, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 18f., S. 757f.; BGB-RGRK-Kregel, a.a.O., (Anm. 5), § 97 Rdn. 14, S. 70f.

(15) この根拠について、古い学説のなかには、従物所有者の意思の推定を挙げるものもある（Vgl. Heinrich Dernburg, Das Pfandrecht, Bd. 1, 1860, S. 436; ders, Pandekten, Bd. 1., 3. Aufl., 1892, S. 667)。

これに対して、Josef Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1., 1906, S. 477. は、抵当権の設定の場合には、土地所有権の移転と異なり、善意取得の原則の適用がないために、他人の従物に対して抵当権の効力が及ばないとする。

(16) Reichsgerichtsräten/Bundesrichtern (hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl., 1963, Vorbem. zu den §§

1120-1131 Anm. 2, S. 926 [Heinz Schuster]; Staudinger-Schrübl, a.a.O., (Anm. 3), §1120 Rdn. 2, S. 549; Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, 2. Hälfte, 5. Aufl., 1938, S. 1036; Wolff/Raiser, a.a.O., (Anm. 3), S. 547. RG Urt. v. 3. 10. 1929-V. ZS. V258/28, RGZ 125, 362.

(16 a) Planck, a.a.O., (Anm. 16), S. 1044; Wolff/Raiser, a.a.O., (Anm. 3), S. 551 Anm. 18.

(17) この点が、わが国の問題状況と大きく異なる。わが国では、「附加」の場合に抵当権の効力が及ぶか否かが抵当権の効力の範囲をめぐる大きな争点となっている。たとえば、我妻・前掲注（1）や於保不二雄「附加物及び従物と抵当権」民商二九巻（五号一頁）三〇五頁（昭二九）、瀬川信久「抵当権と従物（1）」北法三二巻（三・四号・上巻・三七三頁）一三〇五頁（昭五六）などの諸文献を参照のこと。なお、詳しくは、次章において取り扱う予定である。

(18) 所有権留保条件付で動産を購入しても、抵当権実行までに土地所有者が代金を完済した場合には、抵当権の効力は、この動産に及ぶことになる。Vgl. BGB-RGRK-Schuster, a.a.O., (Anm 16), § 1120 Anm. 13, S. 932; Soergel/Siebert-Konzen, a.a.O., (Anm. 3), § 1120 Rdn. 7, S. 1331; Planck, a.a.O., (Anm. 16), S. 1044f.

(19) たとえば、RG Urt. v. 24. 1. 1903（裁判例［22］）や RG Urt. v. 4. 4. 1933-Ⅶ. ZS. Ⅶ 21/33, RGZ 140, 223. は、土地所有者が所有権留保で購入した従物について BGB 一一二〇条により抵当権の効力が及ばないことを明言している。Vgl. Staudinger-Scherübl, a.a.O., (Anm. 3), § 1120 Rdn. 41, S. 556f.; Planck, a.a.O., (Anm. 16), S. 1044; Harry Westermann, Sachenrecht, 5. Aufl., 1966, S. 490.

(20) Baur/Stürner, a.a.O., (Anm. 3), S. 413; Eickmann/Pinger, a.a.O., (Anm. 3), S. 221; Büllow, a.a.O., (Anm. 3), S. 27; Karl Heinz Schwab, Sachenrecht, 21. Aufl., 1987, S. 250 u. 146f.; Westermann, a.a.O., (Anm. 19), S. 490; Münchener-Eickmann, a.a.O., (Anm. 3), § 1120 Rdn. 38, S. 1468; Soergel/Siebert-Konzen, a.a.O., (Anm. 3), § 1120 Rdn. 7, S. 1331; Soergel/Siebert-Mühl, a.a.O., (Anm. 3), § 929 Rdn. 71, S. 417f.; Staudinger-Scherübl, a.a.O., (Anm. 3), § 1120 Rdn. 42, S. 557; Reichsgerichtsräten/Bundesrichtern (hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., Lfg. 43., 1981, § 1120 Rdn. 18, S. 52 [Friedrich Mattern]; Klinkhammer/Rancke, a.a.O., (Anm. 3), S. 669f.; Ulrich von Lübtow, Das Grundpfandrecht am Vorbehaltseigentum-BGHZ 35, 85, JuS 1963, 171ff.; Ludwig Raiser, Dingliche Anwartschaften, 1961, S. 97ff.; Helmut Kollhosser, Der Kampf ums Zubehör, JA 1984, 196, 198ff.; Walter Holtz, Erstreckt sich die Hypothek auch auf Zubehörstücke

des Grundstücks, die noch nicht in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt sind?, JW 1933, 2572.

(21) Büllow, a.a.O., (Anm. 3), S. 27.

(21a) Büllow, a.a.O., (Anm. 3), S. 27.

(22) Münchener-Eickmann, a.a.O., (Anm. 3), § 1120 Rdn. 38, S. 1468f.; Staudinger-Scherübl, a.a.O., (Anm. 3), § 1120 Rdn. 42, S. 557; Westermann, a.a.O., (Anm. 19), S. 490; Klinkhammer/Rancke, a.a.O., (Anm. 3), S. 669f.; Baur/Stürner, a.a.O., (Anm. 3), S. 413; Büllow, a.a.O., (Anm. 3), S. 27 [理由については述べてはいない].

(23) Kollhosser, a.a.O., (Anm. 20), S. 201; Soergel/Siebert-Konzen, a.a.O., (Anm. 3), § 1120 Rdn. 7, S. 1331f.; Klaus Tiedtke, Die Aufhebung des belasteten Anwartschaftsrechts ohne Zustimmung des Pfandgläubigers, NJW 1988, 28; ders, Die Aufhebung des belasteten Anwartschaftsrechts ohne Zustimmung des Pfandgläubigers, NJW 1985, 1305; Büllow, a.a.O., (Anm. 3), S. 27f. Baur/Stürner, a.a.O., (Anm. 3), S. 414.

また、Karsten Scholz, Das Anwartschaftsrecht in der Hypothekenverbandshaftung, MDR 1990, 679. は、抵当権者が同意しても期待権の放棄が一一一〇条の強行法規性に反するという理由から、一一二七六条の類推適用に反対している。

これに対して、Jan Wilhelm, Das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers im Hypotheken- und Grundschuldverband, NJW 1987, 1785. や Soergel/Siebert-Mühl, a.a.O., (Anm. 3), § 929 Rdn. 72, S. 418. は、BGH の判決（裁判例［25］）を支持している。

(24) Soergel/Siebert-Konzen, a.a.O., (Anm. 3), § 1120 Rdn. 7, S. 1331f.; Münchener-Eickmann, a.a.O., (Anm. 3), § 1120 Rdn. 39, S. 1469; Eickmann/Pinger, a.a.O., (Anm. 3), S. 221f. [これは、期待権の放棄を一一一一条にいう譲渡にあたるとし、もっぱら一一一一条の適用によって、問題を解決しようとする].

(25) Staudinger-Scherübl, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 1, S. 560; Plander, a.a.O., (Anm. 4), S. 345ff.; Münchener-Eickmann, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 4, S. 1472; Schwab, a.a.O., (Anm. 20), S. 250.

(26) Staudinger-Scherübl, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 1, S. 560; Münchener-Eickmann, a.a.O., (Anm. 3), § 1120 Rdn. 2 u. 4, S. 1463 u. § 1121 Rdn. 3, S. 1472; Soergel/Siebert-Konzen, a.a.O., (Anm. 3), § 1122 Rdn. 1, S. 1337; Plander, a.a.O., (Anm. 4), S. 345f.

もっとも、土地所有者は、従物を含めて高額で換価されれば、負債を大幅に減少させることができる。この点では、抵当権者と利害が一致する。

(27) Staudinger-Scherübl, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 1, S. 560; Münchener-Eickmann, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 5, S. 1472; Plander, a.a.O., (Anm. 4), S. 345f.

(28) Philipp Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1930, S. 369f.; Schwab, a.a.O., (Anm. 20), S. 251; Münchener-Eickmann, a.a.O., (Anm. 3), § 1120 Rdn. 4, S. 1463; Staudinger-Scherübl, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 1, S. 560.

(29) Staudinger-Scherübl, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 4ff., S. 561; Soergel/Siebert-Konzen, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 5, S. 1134f.; Wolff/Raiser, a.a.O., (Anm. 3), S. 551 u. S. 549 Anm. 15; Westermann, a.a.O., (Anm. 19), S. 491; Eickmann/Pinger, a.a.O., (Anm. 3), S. 223f.; Planck, a.a.O., (Anm. 16), S. 1047; Münchener-Eickmann, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 13, S. 1473; BGB-RGRK-Mattern, a.a.O., (Anm. 20), § 1121 Rdn. 6ff., S. 54.

これに対して、Kohler, a.a.O., (Anm. 9), S. 379. は、物権の設定を含めている。

(30) Staudinger-Scherübl, a.a.O, (Anm. 3), § 1121 Rdn. 7, S. 561; BGB-RGRK-Mattern, a.a.O., (Anm. 20), § 1121 Rdn. 10, S. 54; Wolff/Raiser, a.a.O., (Anm. 3), S. 551 u. S. 549 Anm. 14; Münchener-Eickmann, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 14, S. 1473.

(31) Staudinger-Scherübl, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 8, S. 561; BGB-RGRK-Mattern, a.a.O., (Anm. 20), § 1121 Rdn. 12, S. 54f.; Planck, a.a.O., (Anm. 16), S. 1048; Münchener-Eickmann, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 15, S. 1473; Soergel/Siebert-Konzen, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 5, S. 1334f.; Eickmann/Pinger, a.a.O., (Anm. 3), S. 223.

(32) Staudinger-Scherübl, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 12, S. 562; BGB-RGRK-Mattern, a.a.O., (Anm. 20), § 1121 Rdn. 13ff., S. 55; Planck, a.a.O. (Anm. 16), S. 1048f.; Münchener-Eickmann, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 20, S. 1474; Soergel/Siebert-Konzen, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 6, S. 1335; Eickmann/Pinger, a.a.O., (Anm. 3), S. 223; Wolff/Raiser, a.a.O., (Anm. 3), S. 551 u. S. 549.

(33) Staudinger-Scherübl, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 12, S. 562; Planck, a.a.O., (Anm. 16), S. 1048f.; Büllow, a.a.O., (Anm. 3), S. 26.

(34) Soergel/Siebert-Konzen, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 5 u. 7, S. 1335; Baur/Stürner, a.a.O., (Anm. 3), S. 414; Münchener-Eickmann, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 19, S. 1474; Staudinger-Scherübl, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 12, S. 562.

(35) Wolff/Raiser, a.a.O., (Anm. 3), S. 550; Staudinger-Scherübl, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 20, S. 564.

(36) Staudinger-Scherübl, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 16, S. 563; BGB-RGRK-Schuster, a.a.O., (Anm. 16), § 1121 Anm. 7, S. 935; Soergel/Siebert-Konzen, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 7, S. 1335; Münchener-Eickmann, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 21, S. 1474; Wolff/Raiser, a.a.O., (Anm. 3), S. 551 u. S. 549 Anm. 14; Eickmann/Pinger, a.a.O., (Anm. 3), S. 223; Planck, a.a.O., (Anm. 16), S. 1049.

(37) 差押以前に譲渡および搬出がなされるかぎり、譲渡と搬出の順序は、問題とならない (Schwab, a.a.O., (Anm. 20), S. 252; Wolff/Raiser, a.a.O., (Anm. 3), S. 549; Münchener-Eickmann, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 28, S. 1475; Staudinger-Scherübl, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 16f., S. 563; Soergel/Siebert-Konzen, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 2, S. 1334.)。そうすると、譲渡と搬出との結びつきを要するとしたこととの整合性が問題となる。この点については「譲渡の結果として」搬出されることまでは必要でないと解されている (Wolff/Raiser, a.a.O., (Anm. 3), S. 549 Anm. 14; Staudinger-Scherübl, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 16, S. 563; Münchener-Eickmann, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 28, S. 1475.)。

(38) Planck, a.a.O., (Anm. 16), S. 1049f.; Wolff/Raiser, a.a.O., (Anm. 3), S. 549; Münchener-Eickmann, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 29ff., S. 1475f.; Soergel/Siebert-Konzen, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 3, S. 1334; Staudinger-Scherübl, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 18, S. 563; Plander, a.a.O., (Anm. 4), S. 347ff.

差押に関する善意が基準となる根拠は、差押による処分禁止の効力に関する善意が問題となるからである。Vgl. Soergerl/Siebert-Konzen, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 3, S. 1334; Münchener-Eickmann, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 30, S. 1475; Plander, a.a.O., (Anm. 4), S. 349f.

また、この善意については、重過失であってはならないと解されている。Vgl. BGB-RGRK-Schuster, a.a.O., (Anm. 16), § 1121 Anm. 17, S. 938; Planck, a.a.O., (Anm. 16), S. 1050; BGB-RGRK-Mattern, a.a.O., (Anm. 20), § 1121 Rdn. 4, S. 53.

これに対して、Schwab, a.a.O., (Anm. 20), S. 252. は、譲渡―差押―搬出の場合に一一一一条二項の適用を限定する。差押―譲渡―搬出の場合には、差押についての取得者の善意を要件に、BGB一三五条および一三六条、九三二条による

善意取得を認めている。

(39) この場合の従物取得者の保護の方法は、次の三つに分かれている。第一は、搬出―差押―譲渡の場合に、まず一一二二条二項を適用し、差押以前に通常の経営の範囲内における従物性の喪失が生じたときは、従物取得者を保護しようとするが、従物性の喪失が生じていないときは、一般の善意取得の規定（BGB一三五条および一三六条、九三二条）による。しかし、差押―搬出―譲渡の場合には、一一二二条二項の適用を検討することなく、一般の善意取得の規定によって従物取得者の保護を図るものである（Münchener-Eickmann, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 36f., S. 1476; Schwab, a.a.O., (Anm. 20), S. 252f.)。

第二は、搬出―差押―譲渡および差押―搬出―譲渡のいずれの場合においても、一一二二条二項による保護を検討した後、一般の善意取得の規定による保護を図るものである（Staudinger-Scherübl, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 18, S. 563; Soergel/Siebert-Konzen, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 4, S. 1334.)。

第三は、搬出―差押―譲渡および差押―搬出―譲渡のいずれの場合においても、一一二二条を適用することなく、一般の善意取得の規定による保護を図るものである（Wolff/Raiser, a.a.O., (Anm. 3), S. 551 u. S. 549［根拠条文は、動産の善意取得に関する九三二条ではなく、第三者の権利の目的物についての善意取得に関する九三六条である］)。

(40) この他に、動産取得者が差押の事実は知っていたが、しかし取得動産が抵当権の効力の及ぶ範囲に属さないことにつき善意であるかまたは右善意について重大な過失のない場合、この取得者の善意が保護されるのかという問題がある。これについて、Wolff/Raiser, a.a.O., (Anm. 3), S. 549f.; Planck, a.a.O., (Anm. 16), S. 1050; Plander, a.a.O., (Anm. 4), S. 350. は、善意取得が可能であるとする。Plander は、ここで問われているのは取得動産に処分禁止の効力が及んでいるか否かに関する善意の問題であるという理由を挙げている。

他方 Münchener-Eickmann, a.a.O., (Anm. 3), § 1121 Rdn. 33, S. 1476. は、これに反対し、取得財産の従属性にかかわる善意保護の問題と抵当権の存否に関する善意保護の問題とが区別されるべきであるとする。

(41) Bülow, a.a.O., (Anm. 3), S. 26; Wolff/Raiser, a.a.O., (Anm. 3), S. 551; Planck, a.a.O., (Anm. 16), S. 1052; Münchener-Eickmann, a.a.O., (Anm. 3), § 1122 Rdn. 14ff., S. 1480; Soergel/Siebert-Konzen, a.a.O., (Anm. 3), § 1122 Rdn. 3, S. 1337.

(42) Eickmann/Pinger, a.a.O., (Anm. 3), S. 223; BGB-RGRK-Schuster, a.a.O., (Anm. 16), § 1122 Anm. 5, S. 940.

(43) Münchener-Eickmann, a.a.O., (Anm. 3), § 1122 Rdn. 17, S. 1480; Staudinger-Scherübl, a.a.O., (Anm. 3), § 1122 Rdn. 5, S. 566f.

(44) この場合には、むしろ、一一二一条が適用される。Vgl. Münchener-Eickmann, a.a.O., (Anm. 3), § 1122 Rdn. 13, S. 1479; BGB-RGRK-Schuster, a.a.O., (Anm. 16), § 1122 Anm. 5, S. 940; BGB-RGRK-Mattern, a.a.O., (Anm. 20), § 1122 Rdn. 7, S. 59; Planck, a.a.O., (Anm. 16), S. 1052f.; Staudinger-Scherübl, a.a.O., (Anm. 3), § 1122 Rdn. 5, S. 566; Soergel/Siebert-Konzen, a.a.O.,(Anm. 3), § 1122 Rdn. 4, S. 1338; Eickmann/Pinger, a.a.O., (Anm. 3), S. 223.

(45) Münchener-Eickmann, a.a.O., (Anm. 3), § 1122 Rdn. 13, S. 1479; Bülow, a.a.O., (Anm. 3), S. 26; Staudinger-Scherübl, a.a.O., (Anm. 3), § 1122 Rdn. 5, S. 566; Soergel/Siebert-Konzen, a.a.O., (Anm. 3), § 1122 Rdn. 4, S. 1338; BGB-RGRK-Mattern, a.a.O., (Anm. 20), § 1122 Rdn. 7, S. 59; Planck, a.a.O., a.a.O., (Anm. 16), S. 1053.

(46) Münchener-Eickmann, a.a.O., (Anm. 3), § 1122 Rdn. 19, S. 1480; Staudinger-Scherübl, a.a.O., (Anm. 3), § 1122 Rdn. 11, S. 567; Soergel/Siebert-Konzen, a.a. O., (Anm. 3), § 1122 Rdn. 3, S. 1337f.; BGB-RGRK-Mattern, a.a.O., (Anm. 20), § 1122 Rdn. 7, S. 59.

第三款　まとめ

以上、ドイツにおける不動産を中心とする複合財産担保制度として、抵当権を検討した。ここで次の四点が明らかになったように思われる。

第一に、包括化の根拠として、従物概念が用いられていることである。なるほど、この概念が包括的な把握のために用いられている点は、第二章においてとり上げた集合物概念に類似する。しかし、従物概念は、あくまでも法的に複数

の物を複数の物として取り扱いながら、経済的な面での主物への従物の従属を根拠に法的な運命の一致をはかろうとするものである。したがって、従物概念による包括化は、集合物概念のような法的な包括化ではなく、経済的なものであるといえる。もっとも、経済的な包括化とはいうものの、抵当権に関しては土地所有者の所有に属する従物にその対象が限定されており、その意味では動産としての法的な独立性が重視されているといえる。(1) また、従物概念による包括化には、一個の全体物に対して一個の法律行為を行なう集合物概念と比べて、主物と従物とを一体として取り扱う際に、一一二〇条や三一四条のような個別の規定やさもなくば個別の法律行為を必要とするなど煩雑な面もある。しかし同時に、従物の所有権と主物の所有権が矛盾なく併存しうるという利点が存在する。このことが、一一二〇条だけでなく一一二一条や一一二二条においても重視された土地所有者の経営活動の自由の確保という要請に応える方法であったと考えられる。

また、このような従物の主物への経済的な供用性がある限り、主物に対する抵当権の設定の時点と従物の主物への従属の時点との先後関係は、問題とならない。このため、目的物の附加の局面では、当該動産が従物であるか否かが抵当権の効力が及ぶか否かの判断基準となる。

第二点は、目的物の分離についてである。この場合には、動産を中心とする集合財産担保の場合と同様に、債務者にとってその従物の処分が経済的に必要であり、抵当権者にとってはその従物をも含めて評価して把握した抵当目的物の維持が必要であるという二つの要請を調整しなければならない。抵当権の場合、この調整は、土地所有者の従物に抵当権の効力が及ぶことを規定すると同時に、抵当不動産の所有者がその不動産上での経営の必要から従物を売却して搬出したり、交換したり、さらにはその使用を停止する場合に当該従物への抵当権の効力を否定する形で、行なわれている。具体的には、抵当権実行以前に従物である動産を譲渡し、かつ、搬出することが必要である（一一二一条）。この規

定は、譲渡によってその従物たる動産の所有権が抵当不動産の所有者から離脱することを前提としている。これは、抵当権の効力が従物に及ぶために従物と抵当不動産の所有者が一致することが求められていることによる。さらに、従物たる動産が搬出されることによって、動産が不動産上で利用される可能性が消滅する。しかも、従物の取得者との関係では、搬出まで動産と不動産との従属関係が外見的には継続しており、抵当権の登記と相俟って、抵当権の効力が及んでいることが外部に対して示されている。(2)

また、譲渡および搬出がなされていない場合であっても、通常の経営の範囲内において従物性が失われた場合には当該従物は、抵当権の効力を免れることができる（一一二二条）。ここで通常の経営の範囲とは、抵当不動産上で行なわれている経営に役立つことを意味する。たとえば、もはや利用できなくなった機械を工場から搬出して新たな機械に替えることは、ここでいう通常の経営の範囲に含まれる。これは、実際に経営できる状態を基準としてその不動産を把握している抵当権者が不測の損害を被らないことを目的としている。このように考えるならば、分離された動産が抵当不動産の経営目的のために実際に利用できるか否かが、抵当権の効力が及ぶか否かの判断基準となっていることが理解される。

したがって、譲渡および搬出または従物性の喪失によって従物であった動産が従属性を失うこと、言い換えれば不動産上での利用可能性が失われることによって、抵当権の効力は、動産に対して及ばなくなるといえよう。

第三に、「分離」の場合の従物の第三取得者の保護の点である。すなわち、第三取得者が抵当権者との関係においてどのように保護されるのかという点である。この保護のための基準は、抵当権者による不動産差押に関する第三取得者の善意である。というのは、差押に関する第三取得者の認識の有無は、具体的には、土地所有者の従物に関する処分権限の有無にかかわるからである。この結果、第三取得者は、従物の譲渡ないし搬出が抵当権者による不動産差押に遅れ

ていたとしても、差押に関して善意であれば、従物に関して抵当権の負担のない所有権を取得することができる。

最後に、ドイツにおいては、従物に対する抵当権の効力に関して、抵当権者の利益だけではなく、それと相反する土地所有者や従物の第三取得者の利益をも考慮されている点である。このことは、立法趣旨および右で述べた三つの点からも明らかである。すなわち、抵当権者の関心が、債務者に対する自己の債権を確実に担保できるように、不動産単体だけでなく、従物などにも抵当権の効力を及ぼすことができるのかという点にあるのに対して、土地所有者のそれは、自己の土地経営の継続のために農業属具具や工場の機械器具の交換ないし譲渡を必要に応じて自由に行ないうるかという点にある。また、従物の第三取得者のそれは、従物に関して抵当権の負担のない所有権を取得できるかという点にある。BGBは、これらの利害の調整を抵当権者による不動産差押の時点で区別しているとみることができる。すなわち、抵当権の実行までは、抵当権者の利益は潜在的なものにとどまるのに対して、土地所有権者および第三取得者の利益は現実的なものであり、後者の方が前者よりも優先的に取り扱われている。ところが、抵当権の実行着手後は、潜在的であった抵当権者の利益が現実化したことを受けて、土地所有者および第三取得者の利益よりも抵当権者のそれが優先的な取り扱いを受けている。

もっとも、BGBのこのような利害調整にも限界は、存在する。それは、土地所有者が従物を動産担保権の対象として第三の債権者に提供する場合である。たとえば、よく利用されている動産譲渡担保の場合、従物に対する抵当権の効力は、譲渡担保に対して優先する。しかし、この場合、動産譲渡担保として債権者に提供することも従物の価値の有効な利用方法の一つであるともいえる。また、動産が不動産に搬入された時から所有権留保付であった場合には、従物に対しては抵当権の効力は及ばない。逆に、この場合には、抵当権者にすれば、実際に土地経営に役立っているにもかかわらず、従物が所有権留保付であることによって抵当権の効力の及ぶ範囲から排除されることになる。もっとも、所有

権取得に関する期待権に対して抵当権の効力が及ぶと解されることによって、抵当権者の不利益は若干解消されている。

注（1）Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4. Sachenrecht, 2. Aufl., 1986, § 1120 Rdn. 28, S. 1466f. [Dieter Eickmann] は、自己占有者の所有する従物に抵当権の効力が及ばないことについて、このことを指摘する。しかし、土地所有者の所有に属する従物ではないという点で一致している。

（2）この点については、本節第二款注（35）において引用の文献参照のこと。

第三節　小括

序

以上、ドイツにおける集合財産担保制度について、二つの問題を考察してきた。すなわち、第一に包括化の根拠であり、第二に、附加および分離の場面における担保権の効力の問題である。ここでは、第三章における考察をまとめることにしたい。

一　包括化の根拠

ドイツにおける集合財産担保の特徴の第一は、わが国と異なって、「集合物」概念をあくまで排除しようとする傾向

が強いことである。このことは、実定法上「集合物」概念を採用したと思われていた用益賃貸借信用法の解釈にあたって、集合物概念の採用を否定する見解が主張されている点からも、明らかである。また、商品倉庫の譲渡担保をめぐる議論にしても、あくまで二重帰属を認めるような「集合物」概念を排除してその法律構成を行なおうとしている。このように、「集合物」概念を否定しようとすることは、すでに第二章において述べたように、BGBの制定に際して、Gierkeらの主張にもかかわらず、「集合物」概念をBGBが物概念として採用しなかったことにその根拠が求められている。

もっとも、たとえドイツにおいて集合物概念が採用されたとしても、それほど有用なものとは考えられないのではないかと思われる節がある。確かに、用益賃貸借信用法や商品倉庫についての登録質権制度の提案などにおいて、「集合物」概念が考えられたり、実際に用いられた。しかし、それは、非常に限定された範囲において用いられたにすぎなかった。というのは、「集合物」概念を、まるで商品倉庫の譲渡担保における「集合名称」と同様に、複数の動産を一度に、より厳密には一個の法律行為によって担保化するために用いているにすぎないからである。このことは、たとえば、集合物を構成する個々の動産の譲渡を本質的に目的としていない形態の集合物が質入される場合が存在することからも窺える。この場合には、個別動産の変動を考えなくともよいのであるから、本来的には、個別動産の数だけの質権設定契約を行なっても何ら問題はない。しかし、このような場合にまで「集合物」による質権設定を認めることは結局実際上の煩雑さを回避しようとするものと考えられる。実際、登録質権制度の提案においてそのような形態の集合物、すなわち、本来的に内容の変動しない集合物の質入が構想されている。[1] このため、「集合物」概念は、いわば担保権の設定段階における概念に止まり、たとえば登録質権が直接個物を把握することなどからも明らかなように、その範囲を超えた部分には影響を及ぼしていない。このように、「集合物」概念の果している役割が目的物を包括的に捉えることのみである

とすれば、包括的に捉えた後に生じる問題は、「集合物」概念を採用することによっては、解決することができない。

他方で、複数の物を包括的に捉えようとする場合には、右で述べた「集合物」概念だけではなく、従物概念が用いられる。たとえば、不動産に設定された抵当権がその抵当不動産上の動産にその効力を及ぼす場合である。また、それに類似した概念として「属具（Inventar）」概念がある。こちらは、用益賃貸借信用法による質権、すなわち農業経営のために用いられる用益賃借人の所有する「属具」である動産群を質権の客体とする場合に用いられている。この従物概念や属具概念は、包括的な把握という点で「集合物」概念と一致している。しかし、従物概念や属具概念と「集合物」概念とは、次の点で大きく異なっている。すなわち、後者が複数の物を法的なレベルにおいて一つの物として取り扱おうとする概念であるのに対して、前者の二つの概念はいずれも、あくまで法的には複数の物として取り扱いながら、経済的な面での主物ないし農業経営への従属性を根拠にその法的な運命の一致をはかろうとするものである。したがって、従物概念や属具概念によって、複数の物が包括的に取り扱われたとしても、それは法的に一個の物であることを意味しない。そうであるとすれば、商品倉庫の譲渡担保の際に用いられている「集合名称」による目的物の包括化も、従物概念や属具概念による包括化と類似しているということができる。また、このような法形式面での相違のほかに、実質的な面での相違が存在する。つまり、集合物概念は、独立した対等の動産ないし不動産の集合体を一個の物と把握する概念である。これに対して、従物概念や属具概念は、主物への従属性を基礎として全体を把握しようとする概念であって、従物と主物とは互いに独立していても対等な関係にはない。したがって、集合物として問題となるのは、在庫商品であるとか原材料の備蓄などであるのに対して、従物または属具として問題となるのは、農業属具や機械器具などである。

では、集合物概念を用いないで、複数の物を包括的に取り扱うことの根拠は、どのような点に求められていたのであろうか。工場や農場の機械などの抵当不動産上の動産であれば、右で述べたように、主物である抵当不動産への従物の

従属性、すなわち、後者の前者への経済的な供用性が根拠である。したがって、そのような経済的な供用性が存する限り、抵当権の設定の時点と従物の従属の時点との先後関係は、問題にならない。また、農業経営を行なっている用益賃借人が経営上必要な信用を獲得するためにその所有する農業属具を担保として提供する場合には、やはり右で述べたように、用益賃貸借信用法に従って、右農業属具である動産群に用益賃貸借質権が設定されることになる。この場合、農業属具である動産群は包括的に担保の目的とされているが、通常の抵当権の場合とは異なり、農地への従属性によって根拠づけられているわけではない。むしろ、これらの農業属具は、用益賃借人の行なう農場経営それ自体への従属性によって根拠づけられている。この相違は、用益賃貸借質権が不動産を所有していない用益賃借人のための担保手段であることが原因である。しかし、この点を除けば、抵当権の場合と用益賃貸借質権とはそれほど異なってはいない。なぜなら、いずれの担保であっても、個々の動産が有している従属性を根拠にそれぞれが担保目的物となることによって、包括的な担保化が果たされているからである。

これに対して、譲渡担保の場合、在庫商品は法的にはあくまで複数の動産にすぎない。これを譲渡担保の客体として包括的に取り扱うためには、それにふさわしい根拠を必要とする。そこで、この場合には、債務者の信用の獲得に際して、在庫商品を個別に取り扱うよりも包括的に取り扱った方が与信額をその商品の価額に比例して大きくできることや、担保として取り扱う上でその手続きが煩雑にならずに済むことなどの実際上の便宜という点に、その根拠が求められるように思われる。(2)

具体的には、このような商品倉庫の譲渡担保の場合、複数の動産を「集合名称」を用いてあらわすことによって、譲渡担保の客体は、右「集合名称」によってあらわされた動産群ということになる。ここでいう「集合名称」とは、それらの動産について取引上一般的に用いられている名称である。しかし、「集合名称」による包括化の場合、譲渡担保契

約後に新たに加わった商品については、集合物概念や従物概念、属具概念による場合と異なって、いわば「自動的」にその効力が及ぶようになるわけではない。すなわち、この場合には、別個の法律構成を必要とする。ここでは、予めの占有改定に基づく予めの所有権移転という法律構成が用いられた。

他方、限定的な意味での「集合物」概念を用いた登録質権制度の場合も、実際上の便宜にその根拠が求められよう。しかし、その内容は、譲渡担保の場合のそれの他に、法的に包括的に取り扱うために必要であるという点が加わっている。

二　目的物の分離

このように「集合物」概念を用いないで行なわれた複数の物の包括的な担保化の後に生じる問題、すなわち担保権の設定契約や譲渡担保契約の後に目的物の変動が生じた場合に、それら担保権や譲渡担保の効力がその変動にどのように対応しているのかという問題を考える際にも、ドイツでは、その前提となる物概念の点で「集合物」概念を用いていない。つまり、目的物を包括的に把握したとしても、それが直ちに目的物の「一物化」を意味するわけではなく、法的にはあくまで個々の物のレベルで問題の処理がはかられている。たとえば、目的物の変動のうち、いわゆる「分離」の場面では、その物の処分が債務者にとって経済的に必要であること、および、その物について担保権ないし担保所有権を有する債権者の保護という二つの要請を調整しなければならないということが、ドイツ法の基本的な態度である。そのような態度は、たとえば抵当権の場合、BGB一一二一条や一一二二条において明らかである。右条項は、抵当不動産の所有者にとって抵当不動産の経営上必要な従物の譲渡および搬出ないし交換または使用停止などによって、それら従

物であった動産が抵当権の効力の及ぶ範囲から離脱することを規定している。また、用益賃貸借信用法の五条二項も同様の要請に基づく。

しかし、具体的な要件の点では若干の相違が存する。すなわち、抵当権の場合には、まず、抵当権の実行以前に従物である動産を譲渡し、かつ、搬出することが要件となっている（一一一一条）。また、通常の経営の範囲内において従物性が失われた場合も抵当権の効力を免れる（一一一二条）。いずれの場合も、当該動産が抵当不動産を実際に経営のために利用することができるか否か、少なくともそのような外観を備えているか否かが、抵当権の効力の範囲内にあるか否かの判断基準となっているということである。その際、通常の経営の範囲という要件もまた、利用可能性を消滅させる行為が抵当不動産を利用した経営にとって意味があることを求めているということができよう。

他方、用益賃貸借質権の場合、第一に、通常の経営の範囲内で処分された属具たる動産が用益賃貸借質権者による裁判上の権利主張までに農場から搬出された時に、右動産に対する質権は消滅する。したがって、抵当権の場合のように、「譲渡および搬出」のみが担保権の効力の及ぶ範囲からの離脱のための要件ではなく、譲渡以外の処分であっても離脱が生じうることになる。第二に、同時に、抵当権と異なり、通常の経営の範囲という要件が「処分および搬出」の場合にも求められている。第三に、抵当権の場合の通常の経営の範囲内における従物性の喪失という要件に該当する離脱要件は存していない。しかし、むしろ用益賃貸借質権の場合の通常の経営の範囲内における処分および搬出という要件によって右離脱要件が代用されていると考えることができよう。すなわち、抵当権の場合に一一二一条と一一二二条に規定されていた抵当権の効力の及ぶ範囲からの離脱に関する要件が、用益賃貸借信用法では、通常の経営の範囲内における「処分および搬出」という要件にまとめられたといえる。そうであるならば、一見異なって見えた抵当権と用益賃貸借質権のそれぞれの離脱要件は、搬出ないし従物性の喪失によって動産の従属性が失われることを意味する点で共通し

ていると考えることができよう。

これに対して、商品倉庫の譲渡担保や登録質権における問題の解決は、次の通りである。後者の登録質権の提案においては、BGB の原則を破る形で、「集合物」概念の導入が意図されていた。しかし、この「集合物」概念の導入によって「自動的」に問題の解決がはかられていたというわけではないようである。すなわち、商品倉庫の登録質権の提案においては、質権の効力の及ぶ範囲からの離脱に関する規定が設けられている。その内容は、提案ごとに異なっている。つまり、Lehmann 草案では通常の経営過程において個々の物として譲渡されることを要件とする。これに対して、Keinath 草案では単に集合物から分離されることによって質権の効力から逃れられることになるようである。他方、前者の譲渡担保の場合には、「集合物」概念ではなく、「集合名称」を用いて商品倉庫を担保の目的で包括的に所有権譲渡することが行なわれている。この場合の目的物の変動については、その商品の売却に関する債務者の処分権限を基礎としている。非占有担保権である抵当権や用益賃貸借質権、さらに商品倉庫の登録質権などの場合にそれらの担保権設定者が、その従物や属具、商品である動産の処分権限を有しているのに対して、所有権を担保目的で移転するという構成をとる譲渡担保では、当事者間における処分権限の付与が必要とされている。なぜなら、商品倉庫の譲渡担保の場合、先に挙げた抵当権や用益賃貸借質権とは異なって、本質的に、その担保目的物である商品を売却し、その代金をもって次の商品を補充し、かつ、営業利益を挙げることが必要だからである。また同時に、その権限の行使が、通常の経営の範囲内におけるものであることが求められている。この場合に、譲渡担保による把握から当該商品が免れることになるわけである。このことから見れば、譲渡担保の場合にも、その物の処分をめぐる債務者の経済的必要性と担保権ないし担保所有権を有する債権者の保護という二つの要請の調整が行なわれている。これは、先に述べた抵当権や用益賃貸借質権の場合と異なるものではないし、また、商品倉庫についての登録質権の提案においても異なるものではない。

具体的な要件の点では、抵当権や用益賃貸借質権の場合、若干の相違はあるが、本質的にこれらの集合財産担保が経営における動産群の実際の利用を中心に構成されているため、利用可能性の停止ないし消滅をもたらす搬出という事実が担保権の効力が及ばなくなるための要件であった。これに対して、商品倉庫の譲渡担保や登録質権の場合には、利用可能性の停止ないし消滅という事態が生じるわけではない。むしろ、これらの担保方法の本質上、「分離」をもたらす処分、とりわけ具体的には売却ならびにその代金による新たな商品の補充および営業利益の計上は必然的なものである。したがって、このように処分されることが本質的である点からも、担保的拘束からの離脱の要件もまた、処分ということになろう。この点で、抵当権や用益賃貸借質権とは異なっている。

以上、直接の当事者である債権者と債務者の間での特徴をみてきた。以下では、「分離」の場面における直接当事者以外の第三者との関係についてみることにしたい。ここでは、債権者と第三取得者との間で第三取得者による善意取得の可能性が問題となる。抵当権の場合には、BGB一一二一条によれば、土地の差押の後に譲渡か搬出のいずれかがなされたときには、その差押についての第三取得者の善意・悪意を基準として、抵当権の効力の消滅か存続かが決定されている。ところが、用益賃貸借質権の場合には、基本的に第三取得者の善意取得を認めないという結果となっている。すなわち、質権設定契約の届出がなされている限り、質権の有無についての善意の主張を第三取得者に認めていないからである（法五条一項）。これに対して、商品倉庫の登録質権や譲渡担保では、抵当権や用益賃貸借質権よりも第三取得者の善意取得が認められやすくなっている。すなわち、Keinath草案では、BGBの原則を変更するような規定を有していないし、また、Lehmann草案では、「期待されるべき照会」を行なわない場合に質権の優先を規定しているにすぎないからである。また、譲渡担保の場合には、債務者の有する処分権限の有無についての善意によって第三取得者の保護がはかられている。これらのことから、第三取得者の保護の点でこれらの集合財産担保は異なっていることが明らか

となった。具体的には、用益賃貸借質権がその効力の点でもっとも強力であり、抵当権がそれに続き、商品倉庫の登録質権や譲渡担保の順になっているといえよう。このうち、抵当権と用益賃貸借質権との間の効力の相違については、次のように考えることができるのではないだろうか。すなわち、両者の主として把握している物の有する性質の相違によるのではないかということである。つまり、用益賃貸借質権が主として把握しているのは、複数の農業属具であり、それ以外に農地を把握しているわけではない。これに対して抵当権の場合には、従物はあくまで主物に対する関係での従属性によって把握される物であり、抵当権が主として把握しているのは抵当不動産であるといってよいからである。したがって、農業属具についての善意取得を認めるか否かは、抵当権の場合には抵当不動産の善意取得を認めるのかとパラレルに扱われるべきである。つまり、用益賃貸借質権において、本来動産である農業属具が目的物であるにもかかわらず、抵当権における不動産と同様に担保権者を保護しようとして、いわば取引の安全よりも質権者の保護を優先しているのは、本来的にこの担保権が動産の処分ではなく、その実際の利用を目的としているからと考えられる。そうであるならば、この意味において、抵当権と用益賃貸借質権との間の効力の相違は、商品倉庫の登録質権や譲渡担保との間の相違ほど重視する必要はないことになろう。つまり、第三取得者の善意取得の可能性について重視すべきであるのは、抵当権や用益賃貸借質権と商品倉庫の登録質権やその譲渡担保との間の効力の相違ということになる。この相違は、右で述べたように、処分することが必然的な担保手段であるのか、それともその実際の利用に着目した担保手段であるのかという相違を意味していると考えることができる。

三　まとめ

このようにみてくると、ドイツ法上の集合財産担保制度については、次の三点が明らかになったように思われる。第一に、繰り返して述べてきたように、ドイツ法は「集合物」概念を極力避けてきたということができる。ドイツ法は、この結果を受けて、集合財産担保手段を求める実際の要請に対しては、「集合物」概念に代わる手段を用いることで応えてきたといえよう。それが、従物概念や属具概念であり、また「集合名称」ということになる。

また第二に、分離の局面における効力の相違から集合財産担保の二つの形態が明らかとなった。すなわち、一方は、抵当権や用益賃貸借質権のような担保提供者が行なっている経営のために利用することが必要な従物や属具を包括的に担保として把握することを目的とする形態である。これは、その有する性質の点から、利用を目的とする集合財産担保ないし利用型集合財産担保と呼ぶことができよう。他方は、商品倉庫の譲渡担保や登録質権のように、その目的物たる動産が処分されることによってはじめて担保提供者の経営に役立つことになるような動産を包括的に担保として把握している形態である。これも、その性質の点から、処分を目的とする集合財産担保ないし処分型集合財産担保と呼ぶことができるであろう。この二つの形態は、すでに述べたように、分離の局面におけるその効力の相違に結び付いている。すなわち、前者においては、分離した動産に関する担保権の効力の及ぶ範囲からの離脱要件として、その利用可能性の停止ないし消滅をもたらす搬出が重視されているのに対して、後者では、動産の処分権限の付与とその行使による処分が重視されている。また、右で述べたように、動産が処分された場合の第三取得者の保護の要件の点でも異なっている。すなわち、処分を目的とする集合財産担保の場合には、本質的に、その目的物の処分を前提としなければならず、そのため取引の安全を重視する必要があるためである。これに対して、利用を目的とする集合財産担保の場合には、動産取

引そのものよりもその動産を実際に利用して経営に役立てることが重視されており、そのため動産取引の安全よりも経営体の維持の方を重視しているからである。

最後に、附加の場面についてである。分離の場面については、先程述べたように、担保権の効力の及ぶ範囲からの離脱要件とその制度の本質とが結び付いていた。しかし、附加の場面では、むしろどのような概念によるのかがより重視されていたように思われる。つまり、従物概念や属具概念の場合には、ほぼ自動的に決定されていた。これに対して、商品倉庫の譲渡担保の場合には、その法的な根拠は、物概念の点に求められるのではなく、むしろ別個の法律構成、すなわち予めの占有改定に基づく予めの所有権移転という法律構成を必要としたからである。もちろん、そのような法律構成を必要としたこと自体は、その集合財産担保制度に求められていた役割に根拠があるわけであることは言うまでもない。

注（1）たとえば、Lehmann 草案は、譲渡を目的とする集合物と並んで、譲渡を目的としない集合物が質入れされた場合についての規定を有している。

（2）この背景には、取引の段階によって捉えられる取引単位が異なっていることを指摘することができよう。すなわち、缶ジュースを例にとってみると、流通過程の末端である小売店とその取引相手方である消費者との間の取引では、缶ジュースは通常「一本、二本」というレベルで取り扱われる。しかし、それより前の段階では、たとえば、卸問屋と小売店の間では、「箱」が取引単位となる。このように取引の段階に応じて一つの取引単位として把握される物が異なっているように思われる。しかし、いずれも取引単位であって、法的な物概念の変更を意味するものではない。したがって、この場合には、たとえばわが国において集合物をめぐる議論で通常よく問題となる「価値の＋α」は、存在しないことになろう（たとえば、私法学会ワークショップ「集合動産譲渡担保をめぐって」判タ八〇五号一四、一五頁（平三）における議論などを参照のこと）。もちろん、取引単位が変わることを理由に法的な物概念の変動を認めることは不可能ではない。しかし、そのよう

な場合には、取引の相手方によって基礎となる物概念が異なることになり、混乱を招くことになろう。

附記　「集合財産担保に関する基礎的考察（二）」四五巻五号に次のような誤りがありましたので、訂正致します。

七九三（九九）頁一三行目
（誤）「し、債権者は、債務者に」→（正）「し、債務者に」
（誤）「使用貸借などの権限」→（正）「使用貸借などの権原」
（誤）「占有権限」→（正）「占有権原」
八〇四（一一〇）頁注（4）二行目
（誤）「Sücherungsübertragung」→（正）「Sicherungsübertragung」
八〇四（一一〇）頁注（4）一一行目
（誤）「Rech」→（正）「Recht」
八三〇（一三六）頁九行目
（誤）「客体することが」→（正）「客体とすることが」
八三四（一四〇）頁注（8）八行目
（誤）「旨の合意の合意と」→（正）「旨の合意と」
八三四（一四〇）頁注（8）一七行目
（誤）「質権設定後の取得した」→（正）「質権設定後に取得した」
八四五（一五一）頁注（49）三行目
（誤）「目的と」→（正）「目的を」

また、脱稿後、占部洋之「ドイツ法における抵当不動産従物の処分（一）（二・完）」民商一一一巻（三号五九頁）四二七頁（平六）および同巻（四・五号一九五頁）七四一頁（平七）に接した。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. XLVI No. 1 (1995)
SUMMARY OF CONTENTS

Über die Pfandrechte an Sachgesamtheiten (3) — Eine vergleichende Betrachtung vom japanischen und deutschen Recht —

Masanori IKEDA*

I. Problemstellung
1. Problematik
2. Gegenstand der folgenden Darstellung

II. Sachbegriff als der Grundbegriff
1. Sachbegriff in Japan
2. Sachbegriff in Deutschland
3. Zusammenfassung (soweit in Bd. 45. Heft 4.)

III. Pfandrechte an Sachgesamtheiten in Deutschland
1. Sicherungsübereignung und Registerpfandrecht
(1) Sicherungsübereignung von Warenlagern
(2) Registerpfandrecht (soweit in Bd. 45. Heft 5.)
2. Zubehörhaftung
(1) Bürgerliche Gesetzbuch
(2) Literatur und Rechtsprechung
(3) Zusammenfassung
3. Zusammenfassung vom deutschen Recht (in diesem Heft)

IV. Pfandrechte an Sachgesamtheiten in Japan

Schluß

*wiss. Assistent an der juristischen Fakultät der Hokkaido Universität