HOKKAIDO UNIVERSITY

| | |
|---|---|
| Title | 抵当権と従物（一） |
| Author(s) | 瀬川, 信久 |
| Citation | 北大法学論集, 31(3-4上), 373-395 |
| Issue Date | 1981-03-25 |
| Doc URL | http://hdl.handle.net/2115/16335 |
| Type | bulletin (article) |
| File Information | 31(3-4)1_p373-395.pdf |

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

# 抵当権と従物（一）

瀬川信久

はじめに
第一章　明治期の議論
一　法典編纂以前の議論
二　法典編纂の過程
三　法典制定後の裁判例・実務（以上本号）
第二章　大正以後今日までの裁判例・実務
まとめ

## はじめに

抵当権と従物の関係については、抵当権設定後の従物にも抵当権が及ぶか、その実定法上の根拠は八七条二項か三七〇条か、従物が第三者に譲渡された場合に抵当権の効力から逸脱するか、等々解釈論上多くの問題が残されている。(1) これらの問題を解決するためには、その実際の処理の仕方が明らかになっていなければな

らない。にもかかわらず、これらの問題に関する判例の態度には未だに多くのあいまいな点がある。そこで本稿では、これらの問題を考察するための準備作業として、抵当権と従物に関するわが国の裁判例・実務・立法過程を整理しておきたいと考える。もっとも、裁判例・立法過程についても既にすぐれた研究があり、(2) 本稿は屋上屋を架すおそれを有するが、従来の分析では十分考察されていない下級審裁判例その他の資料をも参照して、この問題がわが国において有している具体的様相を明らかにすることを試みたい。

考察はまず、明治末までと大正以後とに分ける。そして明治期については、二〇年代の法典編纂以前の議論と、法典編纂過程における議論と、法典編纂後の実務とに分けて紹介し、大正期以後については、一般の建物の設備（畳建具類）、宅地の庭木・庭石、工場の機械器具類、増築建物・附属建物とに分けて個別的に分析することにしよう。

(1) これらの問題に関する学説上の議論、および文献については、注釈民法(9)三一頁以下（柚木・西沢）、同(2)四一四頁以下（田中）、林「抵当権のおよぶ範囲」ジュリスト民法の争点一三八頁などを参照。

(2) 裁判例の分析としては、於保「附加物及び従物と抵当権」民商法二九巻五号（昭和二九年）、同「抵当権の及ぶ目的物の範囲」総合判例研究叢書民法(5)（昭和三二年）、我妻「建物の抵当権の効力は設定当時の畳建具に及ぶ」ジュリスト一〇五号（昭和三一年）、我妻編・判例コンメンタールⅢ担保物権法（昭和四三年）二七五頁以下（清水）が、立法過程の考察としては、我妻「抵当権と従物の関係について」民法研究Ⅳとくに四六頁以下、福島・清水「日本資本主義と抵当制度の発展」法律時報二八巻一一号、清水「財団抵当法（法体制確立期）」日本近代法発達史4がある。

## 第一章　明治期の議論

### 一　法典編纂以前の議論

#### 1　造作畳建具類について

明治前半において抵当権の及ぶ範囲として問題になったのは、主として造作畳建具であった。

建物の抵当取引は、徳川時代には家質、明治に入ってからは建物書入と呼ばれたが、実際には建物の売買＋建物の賃貸借という形式でもなされていた。(1) そしてその設定契約書（家質証書、家質証文）にはしばしば、「建家諸道具共」「建具共」「但都テ造作付従前在来之儘」等々の文言がみられる。(2)

大判明治九年三月二九日明治前期大審院民事判決録1一九頁の事例……借用金の担保として地所と「右地所ニ建有之候玄関住居奥座敷其外長屋内総テ建築二百坪餘建具土蔵一ケ所都テ有形見分ノ通」を抵当に入れたもの（東京府、明治五年の契約）。

大判明治一〇年六月二五日同右1一八八頁の事例……地所建家を借金九百円の抵当に入れるとともに、その「家附諸道具九拾三品」を売却（代金百円）・賃借の形式で抵当に入れたもの（兵庫県、明治八年の契約）。

大判明治一一年八月一四日同右3七九頁の事例……「五軒長家壱箇所　但瓦葺雨戸付」を年季売買により引渡したもの（埼玉県、慶応三年の契約）。

大判明治一一年一〇月九日同右3二五六頁の事例……地所と「右地所ノ内建家不残本戸前付土蔵四ケ所別紙絵図面1通渾テ有姿ノ儘」とを書入れたもの（大阪府、明治八年の契約）。

大判明治一二年二月三日同右4六〇頁の事例……借金の担保のため「住居向一式　但畳建具其外造作共」を書入したもの（東京、明治七年の契約）。

大判明治一二年五月八日明治前期大審院民事判決録4三八二頁の事例……借金の抵当として「住居、宅地……但居屋敷ニ生立居候樹木共不残従前之在来之儘」「住宅……但都テ造作付従前在之儘」が供されたもの（新潟県下越後国、明治八年に契約締結）。

大判明治一四年一一月九日明治前期大審院民事判決録7二〇八頁の事例……「建家土蔵並ニ附属品」の抵当権に基づきこれらの明渡を認めたもの（東京府日本橋区）。

司法省明治七年一二月二三日指令民事要録甲編五三八丁の事例……借用金の質物として「家壱軒……建具等都テ有姿ノ通リ」を差入れたもの（尾州熱田、明治六年の契約締結）。

司法省明治五年壬申一一月一八日指令民事要録甲編七八三丁の事例……「家諸道具引当ノ券」を有する債権者に優先弁済権を認めたもの（岐阜県）。

司法省明治八年三月九日指令民事要録甲編九八七丁の事例……借用金の担保として「御町並七歩五厘……外ニ土蔵木小屋内外戸建具一式」を売渡したもの（置賜県、安政二年に契約締結）。

また、全国民事慣例類集には「針付物ハ一帳ニ記載シ書入レトスルコトヲ得ル」（五九九丁、摂津国西成郡。傍点は筆者）との記述がある。以上に対し、畳建具等に言及しない建物抵当権設定契約書は、ないではないが少ない。(3)

これらの事実から、当時、建物の抵当権は当然には造作畳建具類に及ばなかったのであろうこと、しかし実際にはしばしばこれらの物をも抵当に取っておく必要があったこと、が推測される。

建物に対する抵当権が当然には畳建具に及ばなかったのは、当時の家屋においてこれらの物が備品でなく、家屋との結びつきがそれほど強くなかったためであると思われる。畳建具が一般に普及するのは明治の後半になってからであり、[4] それ以前は素建のままでの売買・賃貸・抵当権設定がしばしばなされていたようである。[5]

以上のような取引の状況において、明治八年九月に太政官布告第一四八号建物書入質並ニ売買譲渡規則[6]が公布されたが、この規則は建物書入の目的物の範囲については何も定めていなかった。そのために「各小區扱所ニ於テ振合一定不仕貸借上迷惑ヲ生シ且多分ノ時間ヲ費シ候」として、東京府権知事あてに次の伺がだされた。[7]

同御規則〔右の建物書入質規則をさす〕文中建物トアル内住居建家ノ儀ハ諸雑作ヲ除キ全ク素建ノ物トナシテ抵當ニ致候哉又ハ建家ニ取附有之諸雑作ハ籠居候哉又ハ素建ノ家ニテモ諸雑作等籠メ候共貸借雙方相對ニテ取極メ御規則ニ背カサレハ其戸長ノ差図ニ従スシテ宜ク候哉

東京府権知事は、

建物ニ属スル諸造作ヲ抵当ニ組入ル、ト入レサルトハ雙方ノ示談ニ任スト雖モ証文面ニ明文ノナキハ諸雑具畳建具ノヲ除ク類ヲ云フノ外渾テ書入質中ノモノト心得ヘシ

との指令案を作成し内務省に伺を出したところ、内務省はこれを認めた。当規則において建物書入質は、契約証文の大旨が戸長役場の建物書入質記載帳に記入されることと、契約証文に戸帳の奥書割印をうけることによって公証されていた（同規則一条、三条、五条）。したがって右の指令によると、畳建具は契約証書にその記載があれば書入質が及ぶが記載がなければ及ばず、その他の造作には記載がなくても及ぶことになる。

しかし右の考えはまもなく変更され、造作についても記載がなければ書入質は及ばないこととなった。

明治一〇年三月二六日内務省甲第六号布達[8]

明治八年九月第百四十八号ヲ以テ諸建物書入質規則布告相成候ニ付テハ自今其証書面ニ造作造作トハ庇天井敷居鴨居縁板床ノ間押入等ヲ云フノ有無記載可致此旨布達候事

そして司法省の考えによると、造作の記載がない場合、債権者はその造作については優先弁済権をもたず、また競売においてその

造作は除外され、分離されるのである。

明治十年四月二日福島裁判所伺(9)

第一条　本年内務省甲第六号ヲ以テ自今建物書入質ノ証書面ニ造作ノ有無記載可致旨布達相成候上ハ人民之レヲ遵守スヘキハ勿論ノ儀ニ候得共如シ此布達ニ戻リ造作ノ有無記載セサルモノハ其造作ノミ特取ノ権ヲ失フ迄ニテ明治八年第百四十八号公布建物書入質ノ効ニ於テ妨ナキハ勿論ノ儀ト相心得可然哉

措令十年四月十二日

伺ノ通

但シ該布達周知以前ノ分ハ固ヨリ限外ナリト可相心得候事

第二条　従前建物ヲ目スルニ庇掾板敷居鴨居等構造シ有之分ハ附着連合ノ不動産ナルヲ以テ殊更ニ之レヲ分離セス其有形ノ儘ニテ処分致シ来リ候処爾後前条内務省布達ニ戻ルモノハ従前ノ契約トイヘトモ分離ノ処分スヘキ哉又ハ従前ノ契約ハ前記慣行ニ依テ処分シ可然哉

指令

前条ノ理由ナルニ付従前慣行ノ法ニ拠リ処分ス可キ事

（理）福島裁判所伺本年内務省甲第六号布達ハ思ニ八年太政官第百四十八号布告建物書入質規則ヲ緻密ナラシメタルモノニシテ其ノ之レヲ遵守セシムルヤ蓋シ人民周知ノ日ヨリ算スヘキハ宜シク法理ノ原旨ニ叶ヘルモノナレハナリ

さらに内務省は、運搬の容易なものに公証の効力を認めると取扱上問題が生ずるとの考慮から、畳建具を記載しても公証を与えないとの指令を出したようである。そしてこの点について太政官に伺出でた。(10)

書入質造作品区分ノ儀ニ付伺

過般石川県ヨリ建物書入質証書中戸障子畳等ヲ記載スルモノ公証ノ儀伺出ニ付公証ヲ与フルモノニ無之旨及指令置候ヨリ今般別紙之通伺出取調候処容易ニ運搬シ得ル雑具ニ対シ公証ノ効ヲ有セシメ候ハ取扱方相立難ク就テハ建物ニ附着シ本建ヲ毀損セサレハ取除クヘカラサルモノヲ総テ造作ト称スル儀ト相定メ可然哉尤造作ハ数多種類モ可有之ニ付一々品目ヲ定メサル方可然ト存候得共疑義ニ渉リ候ニ付此段相伺候也

明治十五年二月六日　　内務卿山田顯義

太政大臣三条実美殿

しかし太政官は

伺ノ趣ハ明治十年其省甲第六号布達ニ従ヒ仍ホ地方ノ慣称ニ拠ルヘシ

と指令したにとどまった。

以上の経緯を踏まえてか、旧登記法（明治一九年法律第一号）七条二項は、建物の質入書入の登記において造作の有無を記載すべき旨を定めた。しかし実務の取扱いにおいては、従来の制限的な態度を緩和し、記載すべき「造作」の中には畳建具を含むとされた。[11] しかし逆にいえば、依然として、登記簿にこれらの記載がなければ抵当権が及ばない――少なくとも、抵当権の及ぶことが対抗力をもたない――と考えられていたようである。[12]

ここまでの公証実務の取扱いを二つの点にまとめておこう。第一は、造作畳建具に抵当権（書入質）が及ぶか否かは当事者の意思に任されたことである。第二は、造作畳建具の有無を記載できるか否かについては議論があり取扱いも変化したけれども、記載がなければ抵当権が及ばないとした点では抵当権の範囲の公示を重視していたことである。

## 2　経営のための附属物について

徳川時代の末から明治初期においても、不動産がそれに附属する設備とともに一個の営業体として抵当に入れられることがなかったわけではない。とくに湯屋、酒醸造業、床屋（髪結営業）は株として、売買・賃貸・質入のみならず、しばしば抵当（書入）の対象ともされたようである。[13] またそのほかにも、建物諸道具を含めて鉱山を質入（年季本物返）した例、[14] 遊女諸道具を含めて遊女屋を書入れた例、[15] 建物諸道具とともに塩浜を質入（ただし債務者が使用収益を継続）した例[16]などがみられる。しかしその例は少ない。そして抵当権がこれらの設備に及ぶか否かが法廷で争われたことはほとんどなく、また、先にみた書入規則、旧登記法において議論されたこともないようである。既に指摘されているように、[17] 明治二〇年代までは消費信用のための貸付が主で、営業財産を引当とする生産信用は希であったからであろう。

（1）　小早川、日本担保法史序説二四一頁、三一一頁以下、石井良助、日本法制史概説五五四頁。

（2）　徳川時代の事例としては、「建家……土蔵壱ケ所并ニ家財共貴殿方江売渡申処……」（天保一三年（一八四四年）江戸下谷の例、徳川時代民事慣例集不動産ノ部（上）司法資料第二百五号二二頁）がある。

（3）　大判明治一〇年一月三一日明治前期大審院民事判決録1一〇三頁の事例（京都、慶応二年の契約）、大判明治一一年一〇月一二日同上3二六八頁の事例（岐阜県、明治九年の契約）、大判明治一二年三月三一日同上4二四一頁の事例（東京、明治九年の契約）

（4）明治文化史13風俗編八〇頁（直江広治）「もとは家の中の部屋は板の間で、家人はじかにこれに坐ったもので、敷物などは用いなかった。……明治を機として次第に廊下勝手以外はことごとく畳を敷くべきものと思うようになってきた。それでもふだんは畳をつみ重ねておく家が少なくなかった。……明治年間は、いわば畳がもと敷物であったことを忘れて行こうとする過程であった。」また同書八一頁によると、「柱と柱との間に悉く、かもい、しきいを取りつけて、板戸、唐紙戸によって家をこまかく区切るという傾向」は、明治になり明かり障子が普及したことによるとする。これについては柳田国男・明治大正史世相編（平凡社東洋文庫版）七九頁も同様の事情を説く。

（5）造作畳建具の付かない建物賃貸の慣行については、鈴木禄弥「借地借家法前史（一）」法学二六巻二号三一頁を参照。

（6）これについては、福島「財産法」講座日本近代法発達史1四五頁などを参照。

（7）以下は、平民浜田某からの伺（明治九年二月）に対する東京府権知事の指令案と内務省の指令（明治九年三月一四日）（法例彙纂民法全第三版明治九年八六六丁以下）である。

（8）民事要録丁編六一一丁。なおこの布達の存在はしばしば指摘されている。福島・前掲五七頁、清水「財団抵当法」日本近代法発達史4八頁など。

（9）民事要録丁編六三四丁以下。

（10）類聚法規第五編下一六八頁。一六九頁以下には本文の「今般別紙之通伺」の内容も掲載されているが省略する。なお、この太政官指令は福島・前掲六一頁注（19）に指摘されている。

（11）登記事務質疑録（横瀬・登記法例全書（明治二三年）四四丁に掲載）、大蔵省主税局の照会に対する明治二〇年三月三〇日の民事局回答（同書五四丁に掲載）。坂崎・登記法実用第二篇（明治二〇年八月）六〇頁（同氏は登記法実用全（明治二〇年二月）一四頁では旧来の取扱に従って造作に畳建具を含まないと説いていたが、旧登記法の数カ月の実施を見て、畳建具を含むと改説している）。

総じて旧登記法の下では、不動産の附属物は広く詳しく記載する方針が採られたようである。例えば、「本家ニ附属スル土蔵納屋雪隠等モ構造ノ種類造作ノ有無ハ必ス之ヲ要スル」（久世登記所よりの請訓に対する明治二〇年三月二日の内訓（横瀬・前掲書五一丁に掲載）。また、宅地の庭木・庭石、山林の樹木についても土地の登記簿にその有無を記載できるとされた（登記事務質疑録（横瀬・前掲書四三丁に掲載）、新潟治安裁判所よりの質義に対する明治二〇年一月二一日の民事局回答（同書五三丁に掲載））。そして造作の有無については「品目ヲ区別シテ記載スルモ又ハ単ニ有無ヲ記載スルモ可ナリ」、「造作ノ物品中不足或ハ除クヘキ物品アル

トキハ何々品不足又ハ何々ヲ除クト記入」すべきだとされた（登記事務質疑録（横瀬・前掲書四四丁に掲載）。なおこのような取扱は旧登記法の立法者の意思でもあったようである（元老院会議筆記明治十九年七月二十日（村上「登記法制定に関する元老院会議録(二)」民事月報一五巻二号一七八頁）での内閣委員周布公平の七条二号に関する説明を参照）。

(12) 大判明治二六年二月二七日裁判粋誌八巻上二八頁（後掲三八九頁(12)）は、旧登記法の下でこのような見解を採っている。

(13) 湯屋については、石井良助・続江戸時代漫筆六九頁以下の事例がある。酒醸造業については、小早川・前掲書四二七頁の事例、大判明治一一年五月二二日明治前期大審院民事判決録2一五八頁の事例（堺県、明治八年の契約）がある。また、全国民事慣例類集五四二丁には、「酒造株酒造ニ属スル諸器械并ニ家屋土蔵トモ一切」を本銭返の形式によって質入した例がみられる（周防国吉敷郡）。床屋については、小早川・前掲書四二七頁以下の諸事例、石井・前掲書六二頁を参照。

(14) 小早川・前掲書四四二頁以下の事例。

(15) 民事要録丙編三二六丁の事例（「遊女不残並家作衣類手道具共我等所持之品不残書入置可申候」、東京都、明治四年の契約）。

(16) 民事要録甲編九六一丁の事例（広島県、明治一年の契約）。

(17) 清水・前掲「財団抵当法」一〇〇頁。

## 二　法典編纂の過程

明治二〇年代から三〇年代にかけての諸法典の編纂過程において、抵当権の範囲の問題はどのように考えられたか。旧民法典（明治二三年四月二一日公布）、民事訴訟法典（同日公布）、現行民法典（明治二九年四月二七日公布）、不動産登記法（明治三二年二月二四日公布）の順に見てみよう。

### 1　旧民法典

旧民法典の中でこの問題に関係するのは、抵当権の及ぶ範囲を定める債権担保編二〇〇条一項（「抵当ハ意外及ヒ無償ノ原因ニ由リ或ハ債務者ノ所為及ヒ費用ニ因リテ不動産ニ生スルコト有ル可キ増加又ハ改良ニ当然及フモノトス但他ノ債権者ニ対シテ詐害ナキコトヲ要シ且前章ニ規定シタル如キ工匠、技師及ヒ工事請負人ノ先取特権ヲ妨ケス」）と、性質に因る不動産に関する財産編八条（本稿に関係するのは「第四　土地ニ定著シタル浴場、水車、風車又ハ水力、蒸気、機械」「第八　建物及ヒ其外部ノ戸扉」「第十　水ノ出入又ハ瓦斯、湯気ノ引入ノ為メ土地又ハ建物ニ附著シタル筒管」「第十一　土地又ハ建物ニ附著シタル電気機

器」）、用方に因る不動産に関する同編九条（関係するのは「第二耕作用ニ備ヘタル器具、種子、藁草及ヒ肥料」「第六　工業場ニ備ヘタル機械及ヒ器具」「第八　園庭ニ装置シタル石燈籠、水鉢及ヒ岩石」「第九　建物ニ備ヘタル畳、建具其他ノ補足物及ヒ毀損スルニ非サレハ取毀スコトヲ得サル扁額、玻璃鏡、彫刻物其他各種ノ粧飾物」）、および従たる物に関する同編一五条二項（「用方ニ因ル不動産ハ性質ニ因ル不動産ノ従ナリ」）同編四一条二項（「主タル物ノ処分ハ従タル物ノ処分ヲ帯フ但反対ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス」）である。しかし、いずれの起草に際しても抵当権の範囲の問題はあまり議論されなかった。すなわち――

債権担保編二〇〇条一項の起草過程においては、ボアソナードは一般的な説明をするのみであり[1]、法律取調委員会も、抵当不動産に附属する動産についてはほとんど議論していない[2]。

後者の、性質による不動産、用方に因る不動産、従たる物については若干の議論があった。その議論中から次のことを指摘できる。ボアソナードは、建物の外部の戸扉・土地建物の筒管を性質による不動産とした根拠として、これらの物が建物を完全なものにすることを挙げるのに対し[3]、用方に因る不動産の根拠としては、それを設置した者の意思ないし意図をあげる[4]。そして用方に因る不動産であることの効果として第一に、反対の合意がない限り不動産の譲渡に含まれることを挙げてその旨を従たる物に関する財産編一五条、四一条二項で明文化し、第二に執行法上の効果として別個に動産差押されず、不動産とともにのみ差押えられること、第三に抵当法上の効果として不動産と別個に抵当に入れられないことを付け加える[5]。このようにボアソナードは、用方に因る不動産が関係する紛争として、抵当権の範囲よりも譲渡の範囲の問題を主として考えており、また、制度趣旨としては、用方に因る不動産が分離されることによる経営の破壊を防止することよりも設置者の意思に重心を置いていたようである[5a]。続く法律取調委員会では、抵当権の範囲の問題は全く触れられず、譲渡の範囲の問題と動産差押の可否の問題のみが議論された。すなわち、ボアソナードの原案に反対する委員は、器具・水鉢・畳・建具は通常土地建物とは別に売買しており、たとえ畳建具を付ける約束が多いとしても約束のないときは付けないこと、黙っているとこれらの物が共に移転してしまうのは妥当でないこと、を主張した[6]。しかし、このような意見に対しては、畳建具は大低の場合に家と共に売却していること[7]、従前の区役所と違って今日の登記所では畳建具を附属物としていること（前述三七八頁参照[8]）、農業用の器具、工

業用の機械・器具に対する動産差押は経営の継続を不可能にしてしまうから認めるべきでないこと、[9]等の反論がなされ、結局は原案に決せられた。

## 2　民事訴訟法典

従物に抵当権が及ぶかという問題には、執行法上二つの問題が関連する。一つは、不動産執行がその不動産の従物にも及ぶかという問題であり、いま一つは、抵当権の及ぶ従物に対し動産執行が認められるか、という問題である。それぞれについてどのような議論があったかを見ておこう。

前者の問題については、わが国の民事執行法の最初の草案であるボアソナードによる「財産差押法草案」[10]（一八八二年、明治一五年）は規定を置かなかった。しかしテヒョー草案にはじまる民事訴訟法の編纂過程[11]（一八八四年、明治一七年―一八九〇年、明治二三年）では、二度規定された。最初はテヒョー草案の原案（テヒョー訴訟規則修正原按）においてである。

第八編第二章第二節第一款の第五条第二項[12]

差押ハ土地ニ属シタル有形動産ニシテ土地ノ管理ニ付テノ使用ノ為メ定メタルモノニ及ホス土地ノ事業ニ用ヒタル土地ニ付テハ其生産物ニ及ホス但次ノ収獲ニマテ事業ヲ継続スル為メ必用ナルモノニ限ル

二度目は、法律取調委員会の報告委員による民事訴訟法草案議案である。

第六百二十六条二項[13]

差押ハ不動産ニ属スル動産ヲ包含ス但次期ノ収獲マテ農事ヲ続行スルニ必要ナル農産物ヲ除クノ外他ノ農産物及ヒ土地家屋ノ賃金ハ此限ニ在ラス

参照条文によれば、両者ともプロイセン不動産執行法一六条二項[14]にならったものである。しかし前者は、民事訴訟法取調委員会において、これらの物件は民法草案において不動産とされていること、不動産とするか否かは民法が定めるべきであること、を理由に削除された。[15]また後者は、法律取調委員会では認められたけれども、元老院における予備審査において削除されたようである。[16]

いま一つの問題である、従物に対する動産執行の可否については、ボアソナードの財産差押法草案が、差押禁止財産に関するフランス民事訴訟法五九二条にならって、従物、用方に因る不動産に対する差押を一般的に禁止した。

〔第十五条〕民法第十条[17]ノ規則ヲ以テ用方ニ因レル不動産ナリト定メラレタル動産物ハ必ス其附着スル不動産ト共ニ差押テ為スニ非サレハ特別ニ之カ差押ヲ為スコトヲ得ス」但シ右等ノ物件ニ付キ代金ノ弁済ヲ受ケタル売主又ハ自己ノ入費ヲ以テ之ヲ修繕シ若クハ之ヲ保存シタル者ハ之カ差押ヲ為スコトヲ得可シ（佛蘭西訴訟法第五百九十二条参照）[18]

その理由は、「其附着スル不動産ト分チテ之ヲ差押フルコトヲ得ルトスル時ハ啻ニ其動産ノ価直ヲ減損スルノミナラス併セテ其不動産ノ価額ヲ減少スルニ至ルヲ免カレス」というものであった。しかし、主としてドイツ法に依ったテヒョー草案ではこのような規定は置かれなかった。これは、土地との経済的一体性の維持を理由に、従物ないし用方による不動産に対する別個の差押を制限する考えは、当時ドイツでは確立していなかったからであると思われる[19]。こうして、建具については債務者の最低生活の保障という趣旨から、営業農業のための器具については職業の保障という趣旨から、それらに不可欠である場合に限って動産差押が禁止されたにとどまった（民事訴訟法五七〇条一項一号三号四号参照）。

このように、抵当権が従物に及ぶことを執行法上確保する制度は、結局立法化されなかったのである[20]。動産差押の禁止規定についていえば、ボアソナードが用方に因る不動産の効果として考えていたもののうち不動産との一体性の維持という趣旨の最も顕著なものが規定されなかったことになる。

### 3　現行民法典

現行民法典の起草過程において、抵当権の及ぶ範囲はさらに制限され、かつ、その制度趣旨として抵当不動産と附属物との一体性の維持ではなくて当事者の意思がより顕著になった。すなわち、抵当権の範囲に関する三七〇条においては、建物の増築、「雑作」を念頭において「附加シテ之ト一体ヲ成シタル物」という制限的な文言を採用した[21]。と同時に、本条が「随意的ノ規定」（任意規定）であることを理由に、但書の例外に、旧民法典にはなかった「設定行為ニ別段ノ定アルトキ」という文言を新たに加えた。この当事者の意思による除外は、フランス民法典あるいはドイツ民法典の諸草案にはなく、モンテネグロ法、インドの財産法を参考にしたものとされる[22]。従物に関する八七条の起草においては、旧民法典が用方に因る不動産とした物件が主たる不動産の処分に含まれるのはしばしば本邦の慣習に反し不慮の損害をもたらすという理由から、用方による不動産という概念を廃した[23]。その代りに、もっぱら取引処分の範囲の問題を念頭に置き、

その一般的な其準を定めるものとして従物概念を規定しなおした。[24] こうして、フランス民法典・旧民法典の用方による不動産、ドイツ法の従物では、不動産との一体性の維持という趣旨に基づき、処分の範囲の問題だけでなく抵当権設定後の附属物に対する抵当権の効力、附属物に対する動産差押の問題など多様な効果を考えていたのに対し、[25] 現行民法典の従物概念は取引目的物の範囲に関する当事者の意思解釈、その補充規定としてのみ設定されたのである。

最後に、八七条の従物と三七〇条の附加物と、それに二四二条の附合との関係について、起草委員は、附合物は物の一部分をなすものであるのに対し従物は別個独立のものとして対置させ、附加物もまた物の一部をなすものとして附合物と同視している。[26] すなわち、従物は三七〇条の附加物に含まれないと考えていたと思われる。

### 4 不動産登記法

現行不動産登記法の起草過程では、不動産の附属物の公示についての議論はみられない。関連するのは、建物登記の記載事項に関する三七条一項（昭和三五年の改正の際に、三六条三項に移されている。）と抵当権設定登記に関する一一七条であるが、起草委員の原案も梅委員の修正案もこの問題を特には考慮しておらず、審議においても議論がなく、[27] 最終的な法文においても一一七条が、民法三七〇条但書の定めのあるときはそれを登記申請書に記載すべきことを規定するにとどまった。附属物の有無をできる限り記載するという、旧登記法七条の下での取扱いが、なぜ棄てられたのであろうか。おそらく、一定の附属物には不動産の処分が及ぶことが一般的な意識となり、敢えて記載を要するまでもないと考えるようになったからであろう。現行不動産登記法の実務では、建物抵当権が畳建具造作に及び土地抵当権が庭木庭石に及ぶことは法律（それぞれ民法八七条三七〇条）による効果であり、登記を要しないとされたのである。[28]

(1) BOISSONADE, Projet de Code civil pour l' Empire du Japon, accompagné d'un commentaire. nouv.éd., t.IV, 1891, n^os 411, 412.

(2) これに対し土地の抵当権が地上の建物に及ぶか、建物の抵当権が増改築部分に及ぶか、は議論された（法典調査会民法草案財産担保編議事筆記自第七十七回至第八十一回一七四―一七八丁）。

(3) BOISSONADE, op. cit., t. I n°. 17 (p. 37).
なおボアソナードの当初の考えは"Projet de Code civil pour

le Japon, accompagné d'un commentaire, t. I—II, 1880, pp. 24-31 にみられるが、法律取調委員会の後の最終的な考えと基本的な点において同じなので、以下では前掲書で引用する。

（4） BOISSONADE, op. cit., nº 18 (p. 38), nº 18bis (pp. 38, 41, 42).

（5） BOISSONADE, op. cit., nº 19.

（5 a） ボアソナードの見解のこのような理解は、従来の理解（福島・清水・前掲・法律時報二八巻一一号五頁、清水・前掲、日本近代法発達史4一〇二頁は、用方に因る不動産の制度趣旨として、ボアソナードは経営の破壊の防止を考えていた、とする）とはやや異なる。いずれの理解が正しいのか、また、ボアソナードの見解が当時のフランスの学説の中でどのような位置を占めていたか、の検討は別の機会に譲りたいと思う。

（6） 法典調査会・民法草案財産編再調査案議事筆記自第一回至第六回四四丁裏、四五丁、四六丁裏（以上（元）尾崎委員）、同四五丁裏（松岡委員）、同四六丁表（槇村委員）。

（7） 法典調査会・同書四五—六丁（今村・栗塚報告委員）。なお同書四六丁に栗塚報告委員の次のような説明がある。「実地裁判官ニ問フニドウシテモ家ヲ売ルニハ東京市街ハ借家人ガ多イカラ家ノ持主ト造作ノ持主トハ違フ……一般日本全国ヲ通覧スルト畳建具ハ成程動産ダガ用方ニ因ッテ動不動ヲ論ズルト多クハ日本慣習デモ畳建具ハ建物ニ備ッタ物デ皆ナ家ニ付クカ慣例テ多イト云フ研究ガアッタノデアリマス」

（8） 法典調査会・同書四八丁表（南部委員）。

（9） 法典調査会・同書四六、四七、五〇丁（栗塚報告委員、箕作委員長）。

（10）（11） これらについては、宮脇「不動産執行沿革史」法曹時報二〇巻一〇号七頁以下、およびそこに引用される文献を参照。

（12） 委員修正民事訴訟規則第八編ノ三・四丁による。

（13） 民事訴訟法草案議案意見書「民事訴訟法草按議按第四十二号」五丁。

（14） 宮脇「プロイヤン不動産執行法」民訴雑誌一四号九七頁に訳出されている。

（15） 前注（12）を参照。

（16） 民事訴訟法草按議事筆記七巻四五丁。

（17） 旧民法典の草案の第十条（制定法典の財産編第九条に相当する）をさす。

（18） 以上については、ボアソナード氏稿・財産差押法草案並註解四八丁。

（19） Kohler, Zur Lehre von den Pertinenzen, Jherings Jahrbücher, Bd 26. S. 91-93. なお、我妻・前掲「抵当権と従物の関係について」三〇頁、竹下、不動産執行法の研究一四頁、四二頁参照。

(20) 立法化はされなかったが、従物・用方に因る不動産に対する差押を禁止するという見解は、当時の実務に一定の影響力をもったようである。例えば、判事今村信之演述・執達吏事務傳習筆記（明治二六年）二二一頁、二五〇頁、二六二頁は、家屋に附着した畳・建具（襖・障子）は用方による不動産であるから別個に動産として差押えることはできないと説いている。

(21) 法典調査会・民法議事速記録一六巻九丁、二六丁、三七丁（梅起草委員）。

(22) 以上について、同右一一丁、一三丁（梅起草委員）。

(23) 法典調査会・民法総会議事速記録第五巻二〇丁の富井起草委員の発言（「畳建具ノ如キハ既成法典ニ於テハ用方ニ因ル不動産ニナッテ居リマス……我邦ノ慣習ニ於テハ畳建具ト云フモノハ其家ト別ノ方ニナッテ居ラウト思ヒマス定着物デナイ」）によると、本邦の慣習に反し不慮の損害をもたらす場合の一として、畳建具を考えていたと思われる。

(24) 以上について、法典調査会、民法主査会速記録第六巻一三丁裏、四三丁、四四丁、法典調査会、民法総会議事速記録第五巻三三丁（いずれも富井起草委員）。起草者のこの考えは、現行民法典八七条二項（従タル物ハ主タル物ノ処分ニ随フ）の原案に「但反対ノ意思アルトキハ此限ニ在ラス」という但書が付いていたことにもみられる。（この但書は当然のことでなくてもよいとの理由から削除された。同上四四丁参照。）このように取引の範囲の問題に限定されたことから、ある委員は本条を債権編の行為の箇所に定めることができると主張している（同上三六丁）。

(25) 旧民法典については前述したところを参照。フランス民法典についてはLAURENT, Principes de droit civil français, t. v., 3e éd., 1878, nos433, 472-474; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, Traité théorique et pratique de droit civil, Des biens, 1896, n° 57; Répertoire général du droit français t. VIII., 1891, 《Biens》 nos273 et s. 最近のものとしては、RIPERT et BOULANGER, Traité de droit civil, t. II., 1957, n° 2166; Juris-Classeur, Art. 522 à 525 n°2. を参照。不動産と従物の経済的一体性を強調するこの考えはドイツでは、民法典制定以前にはそれほど多く見られない。(Kohler, a. a. O., iusb, SS 6, 68, 91, 183; Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, 1889, S 291. しかしドイツ民法典制定後は多くの著作が経済的一体性という趣旨を説き、そこから抵当権が及ぶことその他の効果を説明している。(Z. B. Planck's Kommentar Zum BGB, I. Bd., 4 Aufl., 1913, S 201; Münchener Kommentar Zum BGB, I Bd., 1978, ss 502, 512.

(26) 法典調査会・民法主査会議事速記録第六巻四三丁裏四四丁（富井起草委員）。そのほか梅・民法要義巻之一・一七四頁、富井民法原論一巻二七七頁を参照。

(27) 以上について、法典調査会、不動産登記法議事筆記一巻一五〇―一五二丁、二巻四五―四八丁、九五―九六丁参照。

(28) 坂垣・不動産登記法正義（大正六年）三二四頁は、登記原因に、「畳建具造作附ノ儘」「立木附庭園ノ飛石共」という約定があっても登記申請書にそれを記載する必要がない、とする。また、従物たる囲障、牆壁は、土地建物と共に抵当に入れるとき登記簿に明記する必要がない旨の司法省民刑局長回答がある（明治三四年五月九日および同年七月一八日。自治館編輯局編著・登記法実例全集一二一頁、一一〇頁に所掲）。

## 三　法典制定後の裁判例・実務

### 1　明治三九年以前

前節でみたように、抵当権設定時の従物に抵当権が及ぶというのが、わが国の立法が認めたわずかな効果であった。が、畳建具についてみると、法典編纂後の裁判例は、この効果に対しても否定的であった。ただ当初は、より下級の裁判所は抵当権が及ぶとして積極説をとり、より上級の裁判所は抵当権が及ばないという消極説をとっていて、裁判例の中に分裂がみられる。

〔1〕 大判明治二五年四月二八日裁判粋誌七巻三八四頁、大判明治二六年三月一〇日大審院民事判決録二六年三四頁（再上告審）……Xが(2)Aの家屋（湯屋）に「雑作向一式有形ノ儘」として抵当権を取得し登記を得ていた。ところが、Aの他の債権者Yが家屋中の大鉢、鏡、ランプ、飯焚釜、表入口、石塀、その外「家屋ノ構造上必要附着シテ分離ス可カラサルモノ」を差押え公売に付したので、XはYに対しその動産公売の取消を求めた。（他方でXは抵当権に基づき右動産を含めて家屋の公売を申し立て、この公売処分は本件訴訟が一審に係属している間に終了している。）一、二審はXの取消請求を認容し、大審院は破棄して差戻したが、差戻審、再上告審は結局Xの取消請求を認めた。二審の理由――「雑作向……」とあるから普通の場合と違って本件の用法上の不動産は抵当権に包含される。大審院の理由――用方上の不動産とは家屋構造に必要で附着し分離できないもののみであり、営業に必要なものは含まない。再上告審の理由――抵当権に基づく公売が結了しているからYの主張は無意味である。

〔2〕 東京地決明治三四年二月一八日新聞二五号六頁……債務者＝抵当権設定者Aが抵当物件たる家屋を第三者Xに売却したので、抵当権者Yは期限の利益喪失約款を理由に競売を申し立てた。東京区裁は「畳建具雑作庭木石共」という競売開始決定を下した。Xから(1)期限利益喪失約款は登記されていないから第三者Xに対抗できないこと、(2)畳等は抵当権の目的物でないことを理由に抗告したのに対し、東京地裁は(1)の主張を容れて

競売開始決定を廃棄し、Yの競売申立を却下した。

〔3〕 東京地決明治三四年一二月二一日新聞六九号八頁……建物抵当権実行の申立に対し、原裁判所は「造作畳建具板塀廻り一式付」として競売開始決定・競落許可決定を下した。これに対し第三者X（何者か不明）が家根の亜鉛板・廓敷板・天井床・床板・物置・土製水瓶・表門・瓦斯燈附属品・雨戸・半板・障子・襖・畳・押入等の所有権を主張して両決定の廃棄を求めた。東京地裁は、動産に対する抵当権は認められないとの理由で、決定を廃棄し、相当の裁判を原裁判所に委ねた。

〔4〕 東京控判明治三四年一二月二三日新聞七一号一四頁……抵当債権者Xは、他の債権者Yが抵当家屋中の畳建具を差し押え競売したので、抵当権侵害を理由に損害賠償を求めた。一・二審とも請求棄却。二審の理由――動産は抵当権の目的とならない。

〔5〕 東京控決明治三五年九月一五日新聞一〇七号五頁……債権者（抵当権者？）の申立に基づき、東京区裁は抵当家屋について畳建具造作を含めて競売開始決定を下した。これに対しX（債務者？）が抗告した。東京地裁は従物であることを理由に抗告を棄却したが、東京控裁は附加して建物と一体をなす物（以下では「附加物」と略す）でないから抵当権は及ばず、共に競売できないとして、原決定を廃棄し相当な裁判を東京地裁に委任した。

このような分裂を終束させるべく、また消極説に対する法曹界の批判（後述）を受けて、東京地裁は明治三五年の末に各部の聯合会を開き、畳建具に抵当権を及ぼす積極説に見解を統一した。[3] 以後、東京地裁では積極説に従った裁判例が出される。

〔6〕 東京地決明治三五年一二月一三日新聞一一九号一五頁……土地建物抵当権に基づく競売申立に応じ、東京区裁が造作畳建具を含めて競落許可決定を下したので、X（債務者＝抵当権設定者と思われる）より抗告した。東京地裁は、処分は附加物のみならず従物にも及ぶこと、畳建具造作は附加されたものだから抵当権が及ぶこと、抵当借用金証書によると造作畳建具は抵当権の目的と認められること、を理由に抗告を棄却した。

〔7〕 東京地決明治三五年一二月一三日新聞一二〇号一五頁……抵当権に基づき「造作畳建具一式有形の儘」として建物の競売が申し立てられ、東京区裁はその競落許可を決定した。X（抵当権設定者と思われる）からの抗告に対し、東京地裁は、建物と同一体をなす造作には抵当権が及び、そのほかの造作、畳建具には従物として抵当権が及ぶ、として抗告を棄却した。（抵当権が造作畳建具に及ぶとした東京地裁の裁判例としては、以上のほかに、次掲〔8〕〔10〕の原審決定がある。）

しかし東京控訴院は、抵当権は附加物には及ぶが動産たる従物には及ばないこと、一般に造作は附加物であるが畳建具は従物で

あることを理由に、造作には抵当権が及ぶが畳建具には――たとえ合意があっても――及ばないとの態度を固持した。

〔8〕 東京控決明治三六年三月四日新聞一三〇号一五頁……抵当権に基づき造作を含めて競売開始が決定されたのに対し、抗告がなされた（抗告人が何者かは不明）。東京地裁は、造作には常に抵当権が及ぶとして抗告を棄却。東京控訴院は、建物の一部を構成する造作には抵当権が及ぶが、建物とは別個の造作は従物で動産である以上抵当権は及ばない、として原決定を廃棄し、東京地裁に相当の裁判を委任した。

〔9〕 東京控決明治三六年七月二〇日新聞一五四号九頁……抵当権に基づく競売開始決定が、敷居鴨居・天井・戸袋・雨戸等を含めてなされたので、X（抵当建物の譲受人と思われる）は、造作は慣習上別個に動産として処分されていること、三七〇条の附加物には抵当権設定後に第三者が附加したものは含まないことを主張して抗告した。原審、東京訴控院とも、構成部分ないし附加物には抵当権が及ぶとして、抗告を棄却した。

〔10〕 東京控決明治三六年一〇月九日新聞一七一号七頁……東京区裁が、抵当権に基づき、造作畳建具を含む競売開始を決定したのに対し、債務者が抗告した。東京地裁はこれらを従物として競売開始決定を是認したが、東京控訴院は、造作は建物と一体をなすものとして抵当権に基づく競売に含まれるが、畳建具は動産だからたとえ従物とする合意があっても抵当権は及ばないとして、原決定・競売開始決定を廃棄し、相当の裁判を委任した。

〔11〕 東京控決明治三六年一二月二三日新聞一九一号一六頁……建物抵当権に基づく、畳建具を含まない競落許可決定に対して抗告がなされた（抗告人が何者かは不明）。東京控訴院は、これらは従物で動産であるから抵当権は及ばない、とした。

最後の〔11〕では、執行裁判所・抗告裁判所も畳建具を競売から除いている。東京控訴院の固い態度のゆえ、下級審裁判所も消極説を採りはじめたものと思われる。

以上の造作畳建具に対し、機械器具に関する裁判例は、数は少ないが、すべて抵当権が機械類に及ぶとしていた。しかしその際の概念構成は、「定著物」「附加物」「従物」の間で一定していなかった。

〔12〕 大判明治二六年二月二七日裁判粋誌八巻上二八頁……紡績工場にその紡績機械を含めて抵当権が設定され、登記がなされた（書入証書には機械が列記されているが登記簿への記載の有無は不明）。その後当工場の強制執行において抵当権者が機械の売得金についても優先弁済権を主張したので、他の債権者が公売配当異議の訴えを提起した。大阪控訴院は、機械が建物を傷わずには移動できないから工場不動産の一部として抵当権

(4)

に服する、として異議を棄却した。大審院は、取離が建物を傷うか建物の効用を失わせる動産は建物の一部であるから（旧登記法上）有効に登記できること、本件の場合も建物と共に登記する意思が認められたこと、を理由に異議を斥けた。

〔13〕 大判明治三三年九月一一日民録六輯八巻一頁。差戻審は大阪控判裁判年月日不明新聞一〇二号（明治三五年九月一日）八頁……債権者Xは、債務者Aの所有する土地建物（桑皮綿製造工場）に対し、その中の蒸汽鑵・エンジン・水洗器械・革車等を含めて抵当権を取得し登記をしていた（右器械等については登記簿上に記載なし）ところ、Aの他の債権者が右器械に対し動産執行をし自ら競落した。そこでXは、当該動産執行を遂行した執達吏Yに対し違法執行を理由に損害賠償を求めた。原審は、係争物件は性質上不動産であり抵当に供されていたが、登記されていないから優先権を主張できない、として請求棄却。大審院は、附加物であれば登記がなくても三七〇条により抵当権が及ぶとして破棄差戻。破棄差戻審は、係争物件は定着物あるいは従物であり、附加物であるから登記がなくても抵当権が及ぶ、として請求を認容した。

〔14〕 大判明治三五年一月二七日民録八輯一巻七七頁……紡績工場がその中の蒸汽々鑵紡績機械等四八点を含めて抵当に入れられていたが、機械を含めて工場が強制執行され、その売得金から抵当権者Yが優先弁済を受けたので、他の債権者Xが、右機械四八点分の売得金について配当異議を申し立てた。名古屋控訴院・大審院とも、係争物件は定着物あるいは従物であるから抵当権の目的物たりうる、として請求を斥けた。

## 2 明治三九年以後

以上の混乱は、明治三九年の大審院判決によって一応の終止符を打たれた。

〔15〕 大判明治三九年五月二三日民録一二輯八八〇頁、新聞三六七号一五頁……事実関係はよくわからないが、一般債権者が債務者の建物（鉱山の器械場）の排水器具・鉱物精製器具を差押えたのに対し、その建物の抵当権者が強制執行異議を申し立てたもののようである。広島控訴院は、従物であるから抵当権が及ぶとしたのに対し、大審院は次の理由で破棄差戻した。

――類似品による取り替えや移動の容易な動産を占有の移転なしに担保に供するときは、当事者間の紛議・訴訟の増加をもたらし、公私共に弊害が大きい。したがって、不動産と附加して一体をなす動産には抵当権が許されるが、そうでない動産はたとえ従物でも抵当権の目的となれない。八七条二項は三六九条により制限されている。(5)

こうして、附加物には抵当権が及ぶが従物には――たとえ抵当権設定時に附着していたものでも、また当事者が抵当権を及ぼす旨合意していたときでも――抵当権は及ばないとの（東京控訴院

の）考えが、大審院によって採用された。以後、下級審裁判所は動揺しつつもこの大審院判決に従っている。

〔16〕 長崎控判裁判年月日不明新聞三九三号（明治三九年一二月五日）一八頁……土地建物の抵当権が実行されYが競落したので、抵当権設定者XがYに対し、建物中に存した置ストーブ三個冬用窓掛二〇枚その他の返還を求めた。原審は、競売が従物を除外しておらずYがそれを競落したとして、Xの請求を斥けた。長崎控判は、〔15〕の理由に公示の不十分性を加え、動産には抵当権・競売が及ばないとして、破棄差戻した。

〔17〕 長崎控判明治四一年六月二〇日新聞五〇九号一三頁……建物抵当権の実行による競落人が、附着する動産（内容不明）に対する所有権の確認を求めた（被告が何者かは不明）。原審は、抵当権が従物に及ぶこと、従物は別段の意思表示のない限り競売に従うこと、を理由に請求を認容した。長崎控訴院は、抵当権が附加物にのみ及び従物には及ばないこと、三六九条三七〇条は八七条二項を除外すること、合意・競売はこれらの効果を変更できないこと、を理由に破棄差戻した。

〔18〕 大阪地判明治四二年一一月二九日新聞六一三号一三頁……土地建物の抵当権の実行において「建物に定着する庇……敷鴨居、天井弐階敷、段梯子……及畳建具共悉皆現在有姿の儘以上」として競売開始決定、許可決定がなされたので、抵当権設定者が動産たる段梯子畳建具を含めたのは違法だとして抗告した。裁判所は次の理由により、競落許可決定を廃棄し競落不許を決定した。――抵当権が動産に及ぶのは三七〇条の附加物に限られる。段梯子が附加物かは不明だが、畳建具は附加物でない。抵当権設定契約書は段梯子畳建具を含めているが、抵当権の範囲は合意により変更できない。

〔19〕 長崎控判裁判年月日不明新聞七八〇号（明治四五年四月五日）二四頁……Yは、A所有の精米工場に対し「精米器械器具一切を添附の儘」抵当権を取得し、これに基づき精米器械に動産執行し競売した。そこでAから当器械を買受けたXが、Yに対し競売代金相当の損害賠償を求めた。原審はXの請求を認めたが、長崎控訴院は、抵当権は附加物にのみ及び従物には及ばないとの理由で請求を棄却した。

競売実務においても、契約書に抵当権の目的たる記載があっても、畳建具には抵当権が及ばずそれを含めた競売開始決定はできない、との見解がみられる。(6)

次にみるような法曹界の強い反対にもかかわらず、なぜ裁判所はこのような徹底した消極説をとったのか。正確なことはわからないが、いくつかの事情を推測できる。第一に最も基礎的な事情として、畳建具が未だ家屋の必備品でなく、家屋とは別個のものとの観念が強かったであろうことを挙げられる。(7) そしてこのゆえか、強制競売・任意競売を問わず、建物の不動産差押・競売にお

いて畳建具を除外する傾向があった。[8] 競売一般におけるこの取扱いの下では、いきおい、抵当権が畳建具に及ばないとの消極説が余儀なくされたものと思われる。第二の事情として、抵当権の目的物ないし従物の範囲を当事者の意思に委ねる考え方がある。当事者の意思を重視する傾向は、以前の公証実務においても法典編纂の過程においてもみられたのであり（前述三七八頁、三八三頁を参照）、法典制定後の裁判所もそのような考えに従っていたと思われる。この第二の事情によって、明治三九年以前の裁判例の傾向を理解することができる。なぜなら、抵当権が及ぶとされた機械器具の事案（〔12〕〔13〕〔14〕。これに〔1〕も加えることができよう。）では、抵当権設定契約書が係争物件を含めているのに対し、抵当権が及ばないとされた畳建具の事案では、――いずれも契約の趣旨が明らかでないが、右に述べた第一の事情に基づく当時の取引慣行[9]から推測すると、そのうちのいくつかでは――契約が畳建具を除いていたと考えられるからである。しかしこの第二の事情だけでは、抵当権を及ぼす合意のある場合にそれを否定する裁判例（〔1〕の大判、〔18〕〔19〕）を説明できない。そこで第三に、動産の非占有担保権に対する当時の厳しい思潮をあげなければならない。動産の譲渡担保の有効性が疑われていた当時においては、[10] 動産に対する抵当権に対しても自ずと否定的な態度が採られたのであろう。紛争の増加（〔15〕〔16〕）あるいは公示の不十分性（〔16〕）を理由に「動産は抵当権の目的たりえない」と一般的に否定している点に、動産の譲渡担保を否定する見解との共通性をみることができる。[11]

消極説を採るこの判例は、背後に右のような事情をもっていたと推測されるが、法曹界からは学者・実務家を問わず強い批判を受けた。[12] いな実務においてすら、従物たる畳建具等に抵当権が及ぶとする見解があったほどである。[13] 明治三九年の大審院判決以降の判例は決して安定したものではなかった。

（1） 本件は現行民法典制定前の裁判例であるが、制定後のものと同様の傾向を示しているので、ここで紹介しておく。

（2） 以下で紹介する裁判例において、Xは原告を、Yは被告を、AB……は訴外をさす。

（3） 後掲決定〔7〕を掲載する法律新聞一二〇号一五頁のコメント、村上「主物たる不動産の抵当権が其従物たる動産に及ぼす効力に就て」法律新聞三九九号八頁などを参照。

（4） これも現行民法典制定前の裁判例であるが、前注（1）と同じ理由からここに紹介する。

（5） なお後述するように、この判決の前年に工場抵当法が公

布・施行されており、その二条によれば本件の機械等にも抵当権が及ぶはずである。しかし本法が適用されるためには、工場抵当権を設定する意思が必要であり（香川・工場及び鉱業抵当法二四頁、津島・工場抵当・財団抵当の実務一一八頁以下参照）、したがって本法施行以前に設定された抵当権には本法は適用されない。本法制定後もしばらくの間、工場の機械・器具を民法典の解釈論として論ずる裁判例がある（本件のほか後掲〔19〕）のは、このような事情によるのであろう。

（6）大阪区裁判所管内執行事務協議会決議大正五年六月二日（同月九日に大阪地裁所長認可）上田・石神・執行法便覧三八九頁所掲。

（7）畳建具に関しては、明治三九年の大審院判決〔15〕以前の、また大正期に入ってからの（後述）、抵当権を及ぼす裁判例がほとんど東京区裁・地裁のものであるのに対し、三九年の大判に従って抵当権が及ばないとした裁判例・決議は西日本のものである。これも、西日本では畳建具を建物とは別個とする観念が強かった（鈴木・前掲三一頁）ことによるのかもしれない。

（8）次の裁判例・決議がある。①東京地決明治三五年七月三〇日新聞九九号九頁……家屋の強制執行において、東京区裁は「家屋造作畳建具有形のまま」との競落許可決定を下した。債務者からの抗告に対し東京地裁は、従物は主物の処分に必ず従わせねばならないものでないとして、右決定を廃棄し相当の裁判を委任した。②東京控判明治四三年一二月二八日新聞七一六号二一頁……土地建物に対する第一順位の抵当権者Xが、債権に基づき当該土地建物の強制競売を申し立て自ら競落した。ところが右の競売申立の直前に、第二順位の抵当権者Yが附着している戸障子畳襖・庭木庭石を債権に基づいて動産差押していたので、XはYに強制執行異議を申し立てた。横浜地裁はXの請求を認容。東京控訴院は次の理由から、戸障子畳襖については請求を斥けた。――従物である戸障子畳襖は抵当権設定証書の記載により抵当権の目的にはなっているが、競売申立書・競売開始決定・競落許可決定に記載がないから競売に含まれていない。③大阪区裁判所管内執行事務協議会決議大正五年五月六日（同月一九日に大阪地裁所長認可）「建物（家屋）ノ競落ニ依リ其ノ家ニ備付ケタル畳建具ノ所有権ハ競落人ニ移転スルヤ　移転セス」〔上田・石神・前掲書二五四頁所掲〕。以上に対し畳建具を建物の競売に含ませる見解としては、④法曹会決議明治四〇年七月六日「問題　……畳建具其他之レニ類スル庭石石燈籠ノ如キ……ハ同条〔民法八七条〕第二項ニ依リ当然競落人ノ取得スヘキモノナルヤ又ハ……民法第九十二条ニ準拠シ其地方ノ慣習ニ拠リテ決スヘキモノナルヤ　決議　民事訴訟法及ヒ競売法ニ依ル競売ハ民法第八十二条第二項ニ所謂物ノ処分ニ外ナラサレハ競売開始決定及ヒ競落許可決定ノ効力ハ不動産ノ従物

ニ及フモノナリ……」（法曹記事一七巻七号三四頁）。

(9) 高橋・後注（12）掲載判例批評一三頁は、消極説を採る根拠として次のような事実をあげる。「一般慣用の意味に於て単に家屋と云へば畳建具造作を包含せざることは売買に於ても貸借に於ても畳建具造作等を包含せしむる場合には畳建具付とか造作付属の儘とか特に明言する実際取引上の事実から見て極めて明白であって殆んど論駁するの必要はないと考える。」（傍点は原文）。

(10) 四宮・総合判例研究叢書民法(17)譲渡担保二四頁以下、注釈民法(9)三二四頁（柚木・福地）。

(11) 天野・後注（12）掲載論文は消極説を採る根拠として、民法一七五条の物権法定主義が動産の抵当を認めていないことをあげる。

(12) 抵当権設定時の畳建具（機械）には建物の抵当権が及ぶ、と説く当時の論稿として次のものがある（公刊順）。――森作太郎（弁護士）「従物論」新聞七五号（〔4〕を批判する）、梅謙次郎「最近判例批評」志林三六号八頁（前注（10）の①の東京地判を批判する）、森「抵当権の効力は畳建具及造作に及はさるや否や」新聞一一〇号（〔5〕および前注（10）の①を批判する）、櫻蔭「家屋の競売と畳建具に就て」新聞一一〇号、伊藤吐月（名古屋地裁在勤）「抵当の目的たる建物と共に之に附属せる畳建具を競売に附することを得さるや」新聞一一一号（〔5〕を批判する）、梅「最近判例批評」志林三八号七頁（〔5〕を批判する）、櫻「敢て法学士高橋捨六君に呈す」新聞一一九号（以上は明治三五年に公表された文献である）、無名氏「雑報　家屋と造作」志林四二号八五頁（明治三六年。〔8〕を批判する）、梅「最近判例批評」志林四七号六頁（明治三六年。〔8〕を批判する）、村上享三郎（判事）「主物たる不動産の抵当権が其従物たる動産に及ぼす効力に就て」新聞三九九号（明治四〇年。〔16〕を批判する）、楠山光次郎（沼津区裁執達吏）「主物たる建物の抵当権が其従物たる畳建具に及ぼす効力に就て」新聞四一八号（明治四〇年）、梅「最近判例批評」志林一〇巻一号二頁（明治四一年。〔15〕を批判する）、森「抵当権の効力は従物に及ぶ可きものなり」新聞六二二号―六二四号（明治四三年。とくに〔18〕を批判する）、加古寅治（判事）「抵当権の効力は従物に及ぼすべきものに非ずとせる判決に就て」新聞六三四号（明治四三年。〔18〕を批判する）。このほか教科書の類では、梅・民法要義巻之二（三二版、大正一年）五一一頁、富井・民法原論第一巻（七版、明治四〇年）二八一頁、同第二巻（初版、明治三九年）五四四頁、横田・物権法（一七版大正三年）七七五頁などがある。これらの論文・著書はほとんどが、畳建具は従物であり八七条により抵当権の目的となり建物と共に競売される、とする。櫻のみが、畳建具を構成部分ないし附加物ととらえ、同様の結果を導く。

以上に対し、高橋捨六（弁護士）「不動産競売開始決定事

件（家屋の競売と造作畳建具との関係）」新聞一一五号（明治三五年）は、畳建具は従物であるが家屋とは別の物であり、家屋所有者の明確な意思表示がないときは、建物抵当権は及ばず競売もできないと説く。また天野宗太郎（判事）「建物抵当権の効力と其従物たる畳建具」新聞四〇六号（明治四〇年）は、従物たる畳建具は動産であるから抵当権（優先弁済権）は及ばない、しかし建物とともに競売はできるとする。

(13) 金沢区裁判所監督判事問合に対する明治三九年五月一五日民刑第一九六号民刑局長回答「第一項　畳建具ハ建物ノ従物ナルヲ以テ建物ニ付キ設定シタル抵当権ノ効力ハ之ニ及フヘキカ故ニ建物ト共ニ之ヲ差押フルコトヲ得ヘシ　第二項　従テ畳建具ノ換価金対ニシテハ抵当権者ハ優先権ヲ有スヘキモノトス」（最高裁判所事務総局・強制執行及び競売に関する通達回答集（民事裁判資料四五号）五五五頁所掲）。

Vol. 31 No. 3-4・I (1981)

# L'immeuble par destination en tant qu'assiette de l'hypothèque (1)

Nobuhisa SEGAWA*

Dans quelles conditions l'hypothèque atteint les choses attachées à l'immeuble hypothéqué? Ce problème est en question aussi bien au Japon qu'en France et en Allemagne. Mais les circonstances du problème sont très différentes. Cet article a pour but d'élucider les situations particulières au Japon. Il commence par l'analyse des lois, arrêtés, circulaires, arrêts et jugements concernant ce problème qui ont été formulés du début à la fin de l'ère de Meiji (1868–1912).

On remarque qu'il s'agissait principalement de biens affectés au service d'une habitation, c'est-à-dire, les «tatamis» (nattes de paille matelassée qui sont destinées à recouvrir le plancher d'une maison japonaise) et les «tategus» (cloisons mobiles, ou fermetures extérieures ou intérieures d'une maison japonaise) qui appartenaient aux maisons hypothéquées. Les machines, ustensiles et matériels d'exploitation agricole et industrielle n'étaient pas en cause. C'est sans doute, d'une part, parce que les exploitations japonaises de cette periode restaient peu mécanisées, d'autre part, à la différence du crédit à la consommation, l'investissement par le crédit n'était pas encore développé dans le domaine de la production.

Dans ces conditions, les rédacteurs du code civil ancien (1890) et du code civil en vigueur (1896) n'ont pas fait les dispositions qui étendaient manifestement l'hypothèque immobilière aux accessoires nécessaires aux exploitations des immeubles. Bien que l'immeuble par destination (Zubehör) ait été prévu dans les codes, les auteurs pensaient que c'était pour déterminer l'étendue des opérations translatives et non pas pour maintenir la valeur de l'assiette

* Professeur adjoint à la Faculté de Droit de l'Université du Hokkaido

de l'hypothèque. Par conséquent, les auteurs prétendaient que seuls les biens attachés au moment de la costitution de l'hypothèque subissaient l'hypothèque immobilière et que les accessoires fixés après la constitution n'était pas concernés. La jurisprudence sous le code de 1896 a pris un parti plus sévère pour les hypothèquaires dans les cas concernant les tatamis et tategus: les immeubles par destination (Die Zubehöre), étant meubles par nature, ne pouvaient être atteints par l'hypothèque quand bien même ils seraient attachés au moment de sa constitution. Cette attitude négative pour l'extention de l'assiette de l'hypothèque devait se modérer à mesure que les exploitations ont été mécanisées et les crédits immobiliers pour l'industrie sont devenus plus fréquents.