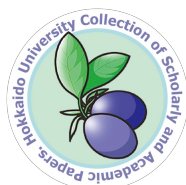




HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	集合財産担保に関する基礎的考察（５）　一日独諸制度の横断的比較－
Author(s)	池田，雅則； IKEDA, Masanori
Citation	北大法学論集， 46(5)， 145-213
Issue Date	1996-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15635
Type	departmental bulletin paper
File Information	46(5)_p145-213.pdf



集合財産担保に関する基礎的考察（五）

——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、四五卷四号)

第三章 ドイツの集合財産担保

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

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、四五卷五号)

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、四六卷一号)

第四章 日本の集合財産担保

序

第一節 集合動産譲渡担保の効力

―わが国における動産を中心とする集合財産の担保化―

序

第一款 集合物概念の再生と集合動産譲渡担保の有効性

第二款 「附加」・「分離」と集合動産譲渡担保

第三款 まとめ

(以上、四六卷四号)

第二節 抵当権と従物——不動産を中心とする複合財産の担保化

序

第一款 民法典の編纂

第二款 「附加」に関する裁判例および学説

序

一 裁判例の展開

二 学説の展開

第三款 「分離」に関する裁判例および学説

第四款 まとめ

第三節 民事特別法における集合財産担保の効力

むすび

（以上、本号）

第二節 抵当権と従物——不動産を中心とする複合財産の担保化

序

本節では、わが国の民法典における主要な担保手段の一つである抵当権をとり上げる。ここでの課題は、とりわけ、担保目的物である不動産に動産が附加し、または、分離する場合に、抵当権の効力がその動産にどのように及び、または、及ばなくなるのかを、民法典の編纂と判例学説の展開とを通じて、整理分析することである。なお、民法典は、

説
「分離」の場合の抵当権の効力に関する条文を有していないので、民法典の編纂に関しては、「附加」の場合に限定した検討を行なう。

第一款 民法典の編纂⁽¹⁾

序

民法典は、附加する物に対する担保権の効力についての条文として、三七〇条および八七条を設けている。ボアソナードが起草したいわゆる旧民法典においては、三七〇条に対応するのが債権担保編二〇〇条であり、八七条に対応するのが財産編八条、九条、一五条および四一条二項である。これら各条項の内容や系譜について、順次検討することにしよう。

一 旧民法典

1 債権担保編二〇〇条

旧民法典の債権担保編二〇〇条⁽²⁾に対応する旧民法草案一七〇六条は、抵当権が当該不動産の「増加又ハ改良」に及ぶと規定した。ボアソナードによれば、この規定は、フランス民法典二一三三条の考え方を取り入れ、さらにそれを詳し

くしたものである。⁽³⁾ ポアソナードは、この規定のうち増加改良が無償である場合について、抵当権が及ぶのは当然であるとする。他方、増加改良が債務者の出捐による場合には、他の債権者を犠牲にするものではあるけれども、正当な場合もあるので、他の債権者を害する場合を除いて、抵当権者の保護を優先したという。

法律取調委員会においては、土地抵当権が建物に及ぶのか、また、建物抵当権が増築部分に及ぶのかが問題となった。⁽⁴⁾ すなわち、原案は、更地に設定された抵当権が設定後に建築された建物に及ぶとする構想を示していたのに対して、それを否定する見解が主張された。⁽⁶⁾ その理由は、土地のみに設定された抵当権が当初存在しなかった建物に及ぶ道理がないという点にあった。また、建物抵当権の場合の不動産の増加または改良については、法律取調委員会において、増加として建増を、改良として障子の張替えや畳の表替えを想定した議論が行なわれた。このうち、改良部分については、抵当権の効力が及ぶとすることに異論はなかったが、増加部分について抵当権の効力が及ぶとすることには、議論があった。抵当権の効力が及ばないとする論者は、その根拠を当時の実務における取り扱いに求め、また、当事者の合意によって効力を及ぼすことが可能であるから不都合は生じないと主張した。⁽⁷⁾ これに対して、抵当権の効力を肯定する論者は、建物に抵当権を設定しても増築部分が公売の対象にならないのは不都合であると主張した。⁽⁸⁾ その後の審議においては、文言が一部変更されただけであり、右の点に関してはなんら議論されていない。⁽⁹⁾ もっとも、旧民法典の注釈などは、不動産の増加または改良として建築・植付・井戸の掘削などを挙げており、法律取調委員会の審議後もポアソナード草案の内容は、変更されていないと考えることができる。⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾

逆に、抵当不動産の価値が減少する場合についての規定が、ポアソナード草案一七〇七条である。これによれば、「⁽¹²⁾ 意外若クハ不可抗ノ原由又ハ第三者ノ所為」によって生じた抵当不動産の滅失、減少または損壊は、抵当権者の損失となる（同条一項）。他方、抵当不動産の滅失または減少が債務者の行為による場合には、抵当権者は、債務者に対し

て担保の補充を請求することができる（同条二項）。この規定は、法律取調委員会において議論されることなく、債権担保編二〇一条となった⁽¹³⁾。

また、ボアソナード草案一七〇三条四項は、「用方ニ因ル不動産」について、それが附着する不動産から分離して抵当権を設定することができないと規定していた。この規定についてボアソナードは、「用方ニ因ル不動産」が不動産に附着しているからであるとする。また、ボアソナードは、附着が持続している間だけこの抵当の禁止が行なわれ、競売の場合には通常の動産として扱われると述べている⁽¹⁴⁾。すなわち、用方による不動産はそもそも動産であるにもかかわらず、それが不動産に附着することによって不動産となるために、抵当権の目的たりうるが、分離されれば動産にすぎず、抵当権の目的たりえないということである⁽¹⁵⁾。この規定は、法律取調委員会において議論されることなく、債権担保編一九七条四項となった⁽¹⁶⁾。

2 財産編八条および九条

財産編八条および九条に対応するボアソナード草案五〇八条ないし五一〇条は、「性質ニ因ル不動産」および「用方ニ因ル不動産」に関する規定である⁽¹⁷⁾。ここで注目すべきは、後に裁判において争われることの多い畳建具や造作、機械器具類などに関して明確な位置づけが行なわれていることである。すなわち、畳建具や造作、工場備付の機械類は、「用方ニ因ル不動産」であり、土地備付の器械類は、「性質ニ因ル不動産」である⁽¹⁸⁾。ボアソナードによれば、この分類基準は、機械類その他の物品が土地に附着するか否かであった。他方、工場備付の器械類が用方による不動産であるのは、本来動産であるにもかかわらず、その工業のためにとくに築造され、または、建築された建物などに備え付けられ

ているからである。⁽¹⁹⁾ もっとも、建物の内部と外部を仕切る扉や戸などは、「性質二因ル不動産」に分類される。これらの動産は、建物の完成のうえで、または、住居としての体裁を整えるうえで、必要だからである。⁽²⁰⁾ 他方、畳建具が用方による不動産であるのは、これらが建物にとって必ずしも必要ではないからである。

ボアソナードによれば、「用方二因ル不動産」に関する規定は、譲渡の場合にその範囲を確定するうえで有用である。すなわち、反対の合意がない限り、「用法二因ル不動産」は、譲渡の範囲に含まれる。⁽²¹⁾ また、この「用方二因ル不動産」に関して、ボアソナードは、性質の点からは動産だが、性質による不動産に附着させて不動産の性質を与えるのは当事者の意思であるとする。⁽²²⁾ さらに、「用方二因ル不動産」は、主たる不動産の従たる物であつて、主たる物と分別して抵当に付すことができないが、動産としてであれば質入れまたは売買も可能である。しかし、その差押は、不動産と共にでなければ、許されない。⁽²³⁾

法律取調委員会においてとくに問題となつたのは、建物や土地の賃貸借または売買の場合に、畳建具や石灯籠などが、とりわけ第三者との関係においてどのように取り扱われるのかであつた。たとえば、石灯籠を土地の賃借人が備え付けて使用していた場合に、土地が第三者に譲渡されたならば、石灯籠も譲渡されるのか。委員会の議論では、石灯籠を用方による不動産とせず、動産にとどめようとする立場が現れた。⁽²⁴⁾ また、畳建具を用方による不動産とするか否かも、賃貸借との関係から議論された。⁽²⁵⁾ しかし、根本的な変更はないようである。⁽²⁶⁾ すなわち、ボアソナード草案五〇八条に対応する原案五〇八条は、再調査案八条となり、第一二号と第八号を合わせたほか、用語の整理が行なわれたにすぎない。次に、ボアソナード草案五〇九条に対応する原案五〇九条は、その二項が削除され、ボアソナード草案五一〇条に対応する原案五一〇条は、第二二号と第一一号を一つにした。その上で、五〇九条と五一〇条とは、統合され再調査案九条⁽²⁷⁾ となつた。

再調査案八条に関して目立った議論はない。⁽²⁸⁾

同九条に関しては、畳建具が家屋の譲渡の場合に、また、石灯籠が土地譲渡の場合に一緒に譲渡されるのが問題となった。⁽²⁹⁾ ある委員が、そのような慣習はなく、問題を生じると主張したの⁽³⁰⁾に對して、報告委員は、反対の証拠があれば一緒に譲渡されないから、問題は生じないとした。⁽³¹⁾

再調査案八条および九条は、ほとんどそのままの文言で、財産編八条および九条となった。

3 財産編一五条および四一条二項

「主タル物」と「従タル物」を規定した財産編一五条および四一条二項は、ボアソナード草案五一六条に基づくものである。ボアソナードによれば、主・従を区別する利点は、とくに附合の際に存する。しかし、その理由としては、附合の場合「従ハ首ニ従フ」という原則が適用されると述べられているにすぎない。⁽³²⁾ この条項に関して、法律取調委員会ではほとんど議論されていない。⁽³³⁾

4 旧民法典の審議過程のまとめ

以上の旧民法の審議過程から次の諸点が明らかとなった。

第一に、法律取調委員会における修正は、文言の修正にとどまっている。

第二に、右で検討した諸規定の内容上の特徴は、物理的定着の程度に依じて、「性質による不動産」と「用方による

「不動産」とを区別していることである。この物理的な定着度の小さい「用方による不動産」については、それが付属している不動産と共に抵当権の効力が及び、また、その裏返しとして、別個に抵当権の対象とすることができない。⁽³⁴⁾ 動産所有者の意思によりその不動産に附着せられたことがその「用方による不動産化」の基礎であり、またそのことが抵当権の効力の及ぶことの基礎となっている。すなわち、旧民法においては、「用方による不動産化」という概念が、動産と不動産からなる複合財産を担保化する場合における包括概念として作用している。

また、用方による不動産については、主たる不動産と分別して抵当権を設定することが許されていないが、用方による不動産を個別動産として取り扱うことは可能である。また、用方による不動産は、本来であれば動産であるはずのものが附着の限度で不動産として取り扱われるものである。したがって、用方による不動産としての附着が終了した場合には、抵当権の効力はこの動産に及ばないことになる。

第三に、抵当権設定後の抵当不動産の変動については、その変動部分に当たる「増加」、「改良」の全てに抵当権が及ぶことが明定されている。このことから、変動が価値の増加をもたらす場合には、抵当権が及ぶことは明らかである。これに対して、変動が価値の減少を招く場合については、その原因によってさらに分けられる。すなわち、原因が不可抗力によるときは抵当権者の損失となるが、債務者の行為によるときは抵当権者は債務者に対して増担保を求めることができる。したがって、変動の内容によって抵当権の消長が定まることになる。

この他、旧民法は、工場の機械器具や置建具、造作などの諸物について、物の定義を行なっており、この結果、産業上の要請にこたえたものとなっている。

もっとも、法律取調委員会での議論は、先に述べたように文字の修正に限られていたうえ、生産信用を前提とした抵当権のあり方が考慮されていたとはいえない。このため、議論の際の例示として登場するのは、工場の機械器具や農業

説
器具のような生産設備類などではなく、畳建具や石灯籠などの居住用家屋や宅地の設備品にとどまっていた。しかし、このことから、畳建具などが、不動産譲渡の場合などにおいて付随するの否かというこの後の論争の端緒をみることもできる。

二 現行民法

1 民法三七〇条

債権担保編二〇〇条は、民法修正案三六五条として、法典調査会において審議された。法典調査会における梅博士の説明によれば、修正案は債権担保編二〇〇条の文字を修正したものにすぎない。⁽³⁵⁾ 具体的には、第一に、旧条項の原因の列举を止めて「附加シテ之ト一体ヲ成シタル物ニ及フ」という簡単な文言にした。第二に、任意規定であることを明確にするために、旧条項になかった「設定行為ニ別段ノ定アルトキ」という文言を付け加えたという。

審議においては、もっぱら「附加シテ之ト一体ヲ成シタル物」に建物が含まれるの否かが問題となった。⁽³⁶⁾ この他、梅博士が、「附加一体物」に含まれる物の例として、造作を挙げたにすぎない。⁽³⁷⁾

整理会において、この条項は、審議の対象となっていないようである。⁽³⁸⁾

他方、債権担保編二〇一条一項は、抵当不動産の滅失についての当然の規定であるとして、修正案では削除された。⁽³⁹⁾ また、一九七条四項は、修正案が「用方ニ因ル不動産」という概念を認めないため、削除された。⁽⁴⁰⁾

2 民法八七条

旧民法財産編一五条は、修正案八八条一項となり、財産編四一条二項は同八八条二項となった。民法主査会における修正案八八条の提案理由によれば、同条一項は、財産編一五条の修正であり、財産編九条における「用方ニ因ル不動産」としての従たる物の列挙を取り止め、その基準を示すに止めたものである。⁽⁴¹⁾ というのは、主たる物の処分が従たる物の処分を帯びるとの財産編四一条二項によって、日本の慣習と相容れない結果を生じ、不測の損害を生じるおそれがあると考えられたからである。また、修正案は、旧条項に比べて、従たる物が独立の物であることを明確にし、かつ、主物と従物の所有者が同一であることを要件とした。

他方、八八条二項は、財産編四一条二項の字句の修正であり、八八条一項による主物と従物との区別の実用を示したものである。⁽⁴²⁾

主査会における議論は、①主物と従物の所有者が同一である必要性、②「常用ニ供スル」の意義、③二項但書の必要性に関して行なわれた。しかし、結局、文字の修正がなされたにすぎない。⁽⁴³⁾ その際、起草担当者の富井博士は、物と物との関係から主従の区別が生じると発言した。⁽⁴⁴⁾ これだけみれば、物の客観的な関係によって主物従物が決定されるかのようである。しかし同時に、二項但書の必要性を問い、さらに一般的にどのような場合に但書を設けるのかという質問に対して、「物ノ主従ノ關係ト云フモノヲ極ク絶對的二視テ當事者ノ意思ヲ以テハ何ウシテモ出來ヌト云フヤウナ或ハ解釋ガ生ズルカモ知レマセヌカラ、然ウ云フ疑ヒノアル場合ハ書ク積リデアリマス」と答えている。⁽⁴⁵⁾ また別の箇所では、富井博士は、主物と従物の所有者が同一であることを一項の要件とせずともよいという末松委員の意見に対して、二項の規定があるからこそ主物と従物を定義した一項の規定が必要になると述べている。⁽⁴⁶⁾ これらから、物の所有者の意思が

物の客観的な関係よりも重視されているといえよう。

さらに起草委員は、「処分」には所有権の移転だけでなく、抵当権の設定なども含まれるとする。しかし、一般的な発言にとどまっている。⁽⁴⁷⁾したがって、起草委員がこの時点で具体的に、たとえば設定後の従物の問題などを考えていたのか否かは明らかではない。

修正案八八条は、民法総会において九〇条として審議された。総会では、第一に同条一項の削除が提案された。⁽⁴⁸⁾理由は、物の定義が旧民法と比べて現行民法草案において削除されたから、主物従物という物の定義も削除すべきという点にあった。第二に、附属物は一つに限定されないもので、「一物ノ所有者」という文言の修正が提案された。⁽⁴⁹⁾第三に、二項但書の削除も提案された。⁽⁵⁰⁾これらの修正案のうち、「一物ノ所有者」を「物ノ所有者」に、また、「他ノ一物ヲ以テ」を「他ノ物ヲ以テ」に修正するという案や二項但書の削除案が採用された。⁽⁵¹⁾この審議において明らかにされた起草委員の見解は、先の主査会におけるそれを超えるものではなかった。

民法整理会において、起草委員は、民法総会において一旦削除された二項但書を他との権衡上復活させることを提案した。⁽⁵²⁾この提案をめぐる議論において、梅博士は、「従物ハ主物ノ処分ニ随フ」という規定が意思解釈規定であるという認識を明確に示した。⁽⁵³⁾また、磯部委員も同様の認識を示している。⁽⁵⁴⁾したがって、この規定が意思解釈規定であることは法典調査会を支配していたようである。もともと、ここでの議論の中心は、むしろ、「別段ノ定メ」の内容に慣習や法令が含まれるのかということであった。⁽⁵⁵⁾議論の結果、二項には「但別段ノ意思表示アルトキハ此限ニ在ラス」とする但書が設けられた。⁽⁵⁶⁾

帝国議会での審議において、これらの問題は、議論されていないようである。⁽⁵⁷⁾

三 立法過程のまとめ

さて、これまでの民法典の審議過程をまとめてみることにする。

旧民法典における抵当権や付属物に関する規定の特徴の一つは、きわめて実際的な内容を含んでいたという点にある。すなわち、旧民法典では、産業や金融などの経済の実際や生産信用と担保の關係などを視野におさめた実際的な配慮が行なわれていた。たとえば、旧民法典は、性質による不動産や用方による不動産という概念によって、土地や建物に付属する機械器具や装飾品などのような動産である付属物を不動産化することによって土地などの不動産とともに包括的に捉える概念的な準備を行なっている。しかも、それらの付属物について、実際に則したきめ細かな規定を有している。さらに、担保との關係では、そのような付属物に対して抵当権の効力が及ぶことを前提とする規定が設けられている。すなわち、旧民法典においては、右で述べた用方による不動産という概念を用いた動産の不動産化が、動産と不動産からなる複合財産の担保化の際に、その包括手段として作用している。

さらにまた、抵当権設定後の抵当不動産の変動についても、その変動部分に当たる「増加」ないし「改良」の全てに抵当権が及ぶことが明定されている。逆に、その変動が抵当不動産の価値の減少に帰着するような場合、つまり「減少」についても、附着的の停止という要件によって、その変動に対応した抵当権の効力の確保を図っているといえよう。これによって、抵当権設定後の抵当不動産の変動も含めて、不動産とそれに付属する動産からなる複合的な財産の一括した担保化が図られている。

一方、現行民法典はどうであつたらうか。旧民法典に比べて、たしかに物の定義規定などが減り、簡潔になった。しかし、そのためにかえって、民法三七〇条にいう「附加一体物」と八七条にいう「従物」との關係があいまいになった

ことは否めない。すなわち、旧民法財産編九条に規定されていた「用方ニ因ル不動産」に関する規定を整理し、現行八七条には従物の基準を示すに止めた。また、債権担保編一九七条四項を削除した。このことによつて、抵当権と「用方ニ因ル不動産」との関係が見失われる結果となった。しかも、現行三七〇条の附加一体物の審議において、土地と建物との関係は、問題とされたが、土地と機械器具などとの関係は、結局議論されていない。また、八七条二項の審議においても、抵当権の設定を想定した議論は、行なわれていない。つまり、民法典の規定は、従物などの付属物に抵当権の効力が及ぶか否かについて、不明確な規定しか有していない。また、生産信用における担保の確保と所有者の自由な営業行為の確保という二つの面から抵当権の効力の及ぶ範囲を決定するという議論が行なわれていない以上、営業の一体性や経済的な一体性といったドイツにおいて問題となった議論も、当然、この時点では問題となっていない。

したがって、旧民法典と比較すると、現行民法典は、少なくとも制定過程において、抵当権に関しては、実際の経済活動に対する配慮を欠き、しかもその結果、抵当不動産の担保の面での包括的な把握や抵当不動産の変動を担保の面での把握の点で、規定の欠缺を有したものと考えてよいのではないだろうか。この欠缺が実際に裁判において「抵当権と従物」という著明な問題の原因となり、その解決のために、この後、裁判所や学説が努力することになった。

(1) 民法典の立法過程に関する一般的な文献としては、星野通『明治民法編纂史研究』（ダイヤモンド社、昭一八）や宮川澄『旧民法と明治民法』（青木書店、昭四〇）などがある。

また、ここでとり上げる問題についても、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、瀬川信久「抵当権と従物（一）」北法三二卷（三〇四号）（上）三七三頁、一三〇五頁以下（昭五六）および湯浅道男「抵当権の効力の及ぶ範囲」星野英一ほか編『民法講座3物権（2）』四七頁以下（有斐閣、昭五九）などがある。

さらに、現行民法典の「物」の部分の編纂に関しては、星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響」『民法論集 第一巻』六九頁以下（有斐閣、昭四五）、とりわけ一四一頁以下を参照のこと。また、旧民法典の編纂、とくに抵当権の部分に関しては、藤原明久「ポアソナード日本民法草案における抵当権の性質・目的物・種類―旧民法における抵当権の前提―」神戸三〇巻三九五九頁以下（昭五五）[同「ポアソナード抵当法の研究」（有斐閣、平七）所収]を参照のこと。

（2）債権担保編二〇〇条一項

「抵当ハ意外及ヒ無償ノ原因ニ因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」

（3）『ポアソナード氏起稿再閣修正民法草案註釋第四編完』七四九頁以下（出版年不明）、とくに七五一―七五四頁。これによれば、草案一七〇六条一項は、次のとおりであり、債権担保編二〇〇条とその文言が若干異なっている。

「抵當ハ漸積地ノ如キ意外及ヒ無償ノ原由ニ因リ或ハ建築、植付又ハ其他ノ工作ノ如キ債務者ノ所為及ヒ費用ニ因リ不動産ニ生スルコトアルヘキ増加又ハ改良ニ当然及フモノトス但他ノ債権者ニ對シテ詐偽ナキコトヲ要シ且前章ニ規定シタル如キ工匠及ヒ工事請負人ノ増價ニ對スル先取特権ヲ妨ケス」

（4）法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書10 法律取調委員会 民法草案財産擔保編議事筆記自第七十七回至第八十一回』九七頁以下（商事法律研究会、昭六三）、とくに抵当地上の新築建物については九七、九八頁を、また建物の増築に関しては九八―一〇〇頁を参照のこと。法律取調委員会における原案、すなわち民法草案財産擔保編一二〇六条の文言は、ポアソナード草案一七〇六条のそれと同一であった。

（5）法律取調委員会における栗塚省吾報告委員の発言による（前掲注（4）『議事筆記』九七頁）。

（6）村田保委員の発言・前掲注（4）『議事筆記』九七頁。

この他、松岡康毅委員や尾崎三良委員、渡正元委員らは、原案の「建築」および「植付」という語句の削除を主張している（前掲注（4）『議事筆記』九七、九八頁）。

（7）尾崎三良委員や尾崎忠治委員である（前掲注（4）『議事筆記』九八―一〇〇頁）。

（8）南部甕男委員や栗塚省吾報告委員である（前掲注（4）『議事筆記』九八―一〇〇頁）。

(9) その後の審議については、法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書11 法律取調委員会 民法擔保編再調査案議事筆記』一〇七頁(商事法務研究会、昭六三) 参照のこと。

また、ここでいう文言の変更とは、元の「建築」「植付」がそれぞれ「建造」「植栽」に変わったことを指す。もっとも、債權担保編二〇〇条として成立したときは、「建造」などの語句は、削られていた。

さらにこの後、草案は元老院および枢密院における審査を経て、成立した。しかし、両者の審査は、それぞれ「大体可否会」および「大体会議」といわれる簡略なものであり、詳細な審議はなされなかったようである。前者の審議について、手塚豊「旧民法審査元老院会議筆記」『明治民法史の研究(上)』[手塚豊著作集第七卷]二八三頁以下(慶應通信、平二) 参照のこと。また、後者については、星野(通)・前掲注(一)一〇一、一〇二頁、手塚豊「旧民法審査枢密院会議筆記」『明治民法史の研究(上)』[手塚豊著作集第七卷]三〇九頁以下(慶應通信、平二) 参照のこと。

(10) 宮城浩蔵『民法正義債權擔保編卷之貳』四四一五五頁(新法註釋會出版、発行年不明)。これは、起草当時の注釈であり、著者は、法律取調委員会委員である。

また、藤原・前掲注(一)六六〇頁以下、とくに六六四頁は、旧民法が基本的にボアソナード草案の本質を変更することなく継承したと指摘している。

(11) この他、建物と土地とに關して、ボアソナード草案一七〇三条二項は、建物と土地が同一所有者に屬する場合には、別個に抵當權を設定できない旨規定していた。ボアソナードによれば、この規定の趣旨は、別個に抵當權が設定された土地建物が差押および競売によって別々の所有者に歸属することによって生じる両所有者間の紛争の防止である(前掲注(3))『修正民法草案註釋』七三三頁。しかし、法律取調委員会においては、建物と土地とに別個に抵當權を設定するか否かは、当事者に任せるべきであるとして、右条項の削除が決議された(前掲注(4))『議事筆記』九三、九四頁。その後、再調査案の審議において、報告委員より右削除部分の復活が提案されたが、委員会は、以下の理由により、否決した(前掲注(9))『再調査案議事筆記』一〇五、一〇六頁。すなわち、別個に抵當權を設定する方が不動産価格よりも少額の貸付を受ける場合に便利であり、また、土地建物全部に抵當權を設定した債務者と土地のみに抵當權を設定した債務者とは世間における信用が異なるからである。もっとも、報告委員は、次の理由を挙げて、削除に反対した。すなわち、①少額の債權を担保する場合には、抵當權の順位によって対処できる、②別個に抵當權が設定された場合に、一方のみが公売されるのは

不便である、③土地建物を別個に評価するよりも合わせて評価する方が評価額が大きくなる場合がある（前掲注（9）『再調査案議事筆記』一〇五、一〇六頁）。

なお、前掲注（3）『修正民法草案註釋』七二七頁によれば、ボアソナード草案一七〇三条二項は、次のような内容であった。

「然レトモ完全ノ所有權ヲ有スル者ハ虚有權又ハ用益權ヲ離分シテ別々ニ之ヲ抵當ト為スコトヲ得ス又建築若クハ植付ナクシテ土地ヲ抵當トナシ又ハ土地ナクシテ此等ノ物ヲ抵當ト為スコトヲ得ス」

(12) 前掲注（3）『修正民法草案註釋』七五四～七五七頁。

(13) 前掲注（4）『議事筆記』一〇〇、一〇一頁および前掲注（9）『再調査案議事筆記』一〇七頁参照。

(14) 前掲注（3）『修正民法草案註釋』七三四、七三五頁。

なお、一七〇三条四項は、次のような内容である。

「地役ハ要役地ヨリ離分シテ抵當ト為スコトヲ得ス又用方ニ因ル不動産ハ其附着スル不動産ヨリ離分シテ抵當ト為スコトヲ得ス」

(15) 宮城・前掲注（10）三〇頁。

(16) 前掲注（4）『議事筆記』九三～九五頁および前掲注（9）『再調査案議事筆記』一〇五、一〇六頁参照。

(17) ボアソナード草案五〇八～五一〇条、原案五〇八～五一〇条および再調査案八条ならびに九条は、次のとおりである。

関連する部分のみ紹介する（ボアソナード草案については、『ボアソナード氏起稿再閣修正民法草案註釋 第二編物権之部上・下巻』五一～五三頁および六三～六六頁（発行年不明）に拠った。また、原案については、法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書 8 法律取調委員会 民法草案第二編物権ノ部議事筆記自第一回至第十回』一五頁以下（商事法務研究会、昭六二）に、再調査案については、同『日本近代立法資料叢書 11 法律取調委員会 民法草案財産編再調査案議事筆記自第一回至第十三回』一三、一四頁（商事法務研究会、昭六三）にそれぞれ拠った。

ボアソナード草案

五〇八条

性質ニ因ル不動産ハ左ノ如シ

第五 土地ニ附着シタル浴場並ニ水力又ハ風力ヲ用イル碾磨機及ヒ用方ノ何タルヲ問ハス土地ニ定シタル水力又ハ蒸氣ノ機器

第九 土地ニ定シ又ハ支持シタル建築物又ハ建物但建築物及ヒ建物ハ其所用又ハ供用ニ如何ナルト定期内ニ解折ス可キモノナルトヲ問ハス第五百十三條ニ記載シタルモノハ此例ニアラス

第十 土地又ハ建物ニ附着シタル管ニシテ自然水又ハ家用水ノ流入、引致又ハ流出ノ為メ又ハ瓦斯、溫氣ノ引致ノ為メニスルモノ

第十一 土地又ハ建物ニ附着シタル電氣器及ヒ其附属物

第十二 前數項ノ建物ノ外部ノ圍扉

原案

五〇八条

本性ニ因ル不動産ハ左ノ如シ

第五 土地ニ附着シタル浴場及ヒ土地ニ附着シテ水力若クハ風力ヲ用ユル碾磨機並ニ使用ノ何タルヲ問ハス土地ニ定着シタル水力若クハ蒸氣ノ機器

第九 所用又ハ用方ノ如何ナルト定期内ニ取毀ツヘキモノナルトヲ問ハス土地ニ定着シ又ハ支置シタル建物但第五百十三條ニ記載シタルモノハ此限ニ在ラス

第十 土地又ハ建物ニ附着シタル管ニシテ水ノ流入引入若クハ流出ノ為メ又ハ瓦斯若クハ溫氣ノ引入ノ為メニスルモノ

第十一 土地又ハ建物ニ附着シタル電氣器及ヒ其附属物

第十二 前ニ記載シタル建物ノ外部ノ

再調査案

八条

性質ニ因ル不動産ハ左ノ如シ

第四 土地ニ定着シタル浴場、水車、風車又ハ水力蒸氣ノ機器

第八 建物及ヒ其外部ノ戸扉但第十三條ニ記載シタルモノハ此限ニ在ラス

第十 水ノ出入又ハ瓦斯溫氣ノ引入ノ為メ土地又ハ建物ニ附着シタル管

第十一 土地又ハ建物ニ附着シタル電氣器具

此他總テ物件ノ性質ニ因リ轉移スヘキモノト雖居室ニ必要ナル附屬物ヲ組成スルモノ	五〇九条 動產物ノ所有者カ其土地又ハ建物ノ利用、便益又ハ裝飾ノ為メニ永遠若クハ不定ノ時間其土地又ハ建物ニ供ヘタル動產物ハ性質ノ何タルヲ問ハス用方ニ因ル不動產タリ 土地又ハ建物ニ就テ有期ノ使用又ハ収益ノ權利ヲ有スル者カ右ニ同シキ目的ヲ以テ其土地又ハ建物ニ供ヘタル動產物ニ就テモ亦同シ	五〇九条 前條ニ從ヒ用方ニ因ル不動產ト看做スモノノ左ノ如シ但反對ノ證據アルトキハ此例ニ在ラス 第八 工業場ノ利用ニ供ヘタル機器、器具及ヒ用具
戸扉 其他總テ本性ニ因リ轉移スヘキモノト雖モ建物ニ必要ナル一切ノ附屬物	五〇九条 移動物體ノ所有者カ其土地又ハ建物ノ利用便益若クハ裝飾ノ為メニ永遠又ハ不定ノ時間其土地又ハ建物ニ供ヘタル移動物體ハ本性ノ何タルヲ問ハス用方ニ因ル不動物タリ 土地又ハ建物ニ付テハ有期ノ使用若クハ収益ノ權利ヲ有スル者カ右ニ同シキ目的ヲ以テ其土地又ハ建物ニ供ヘタル移動物體ニ付テモ亦右ニ同シ	五〇九条 前條ニ從ヒ用方ニ因ル不動物ト看做スモノハ左ノ如シ但反對ノ證據アルトキハ此限ニ在ラス 第八 工業場ノ利用ニ供ヘタル機器器具及ヒ用具
其他總テ性質ニ因リ移動ス可キモノト雖モ建物ニ必要ナル附屬物	九条 動產ノ所有者カ其土地又ハ建物ノ利用、便益若クハ裝飾ノ為メニ永遠又ハ不定ノ時間其土地又ハ建物ニ供附ケタル動產ハ性質ノ何タルヲ問ハス用方ニ因ル不動產タリ即チ左ノ如シ但反對ノ證據アルトキハ此限ニ在ラス	第六 工業場ニ供ヘタル機械及ヒ器具

第九 土地ノ常用ニ供ヘタル浴船、舟

梁又ハ小舟但其水流ノ公有ニ係リ又ハ他ノ所有者ニ属スルトキモ亦同シ

第十 園庭ニ裝置シタル石燈籠、水鉢、

岩石又ハ建物ニ附着セシメタルモノニシテ毀損スルニ非レハ取離スヲ得サル扁額、玻鏡、彫刻物及ヒ種々ノ裝飾物

第十一 疊、建具及ヒ其他ノ動産物ニ

シテ居宅又ハ其他ノ建物ノ使用ヲ容易ナラシムル為メ又ハ其裝飾ヲ完全スル為メニ通常之ニ供ヘ付タルモノ

第九 水ニ浮ヘル浴場土地ノ常用ニ供

ヘタル舟梁又ハ小舟但其水流ノ公有ニ係リ又ハ他ノ所有者ニ属スルトキモ亦同シ

第十 園庭ニ裝置シタル石燈籠水鉢及ヒ岩石

第十一 建物ニ附着セシメタルモノニシテ毀損スルニアラサレハ取離スコトヲ得サル匾額玻鏡彫刻物及ヒ種々ノ裝飾物

第十二 疊建具及ヒ其他之ニ類スル居宅ノ補足物但所有者ノ仕附ケタルモノニシテ其家屋二人ノ住セス又ハ他人之ニ住スルトキニ限ル

第七 不動産ノ常用ニ供ヘタル浮橋及

ヒ小舟但其水流ノ公有ニ属スルトキモ亦同シ

第八 園庭ニ裝置シタル石燈籠、水鉢及ヒ岩石

第九 建物ニ供ヘタル疊、建具其他ノ補足物及ヒ毀損スルニ非サレハ取離ス事ヲ得サル匾額、玻鏡、彫刻物其他各種ノ裝飾物

(18) 前掲注 (17) 『修正民法草案註釋』 五四頁および五八頁。

(19) 前掲注 (17) 『修正民法草案註釋』 七一、七二頁。

(20) 前掲注 (17) 『修正民法草案註釋』 六二頁。

(21) 前掲注 (17) 『修正民法草案註釋』 七四頁。

(22) 前掲注 (17) 『修正民法草案註釋』 六六頁。また、疊建具については、同書七三頁参照のこと。

(23) 前掲注 (17) 『修正民法草案註釋』 七五、七六頁。ボアソナードは、この点を民法二二二八条および二二〇四条を引用

して、述べている。

- (24) 前掲注(17)『物権ノ部議事筆記』一八―二二頁。
- (25) 前掲注(17)『物権ノ部議事筆記』二二―二四頁。
- (26) 前掲注(17) 条文対照表参照。
- (27) 前掲注(17) 条文対照表参照。
- (28) 前掲注(17)『再調査案議事筆記』一四頁。
- (29) 前掲注(17)『再調査案議事筆記』一四―一八頁。
- (30) 尾崎委員・前掲注(17)『再調査案議事筆記』一五頁。

また、譲渡の範囲に関する慣習について、東京では附属しないが、全国的には建物の譲渡に畳建具がついてゆくという慣習が多い旨を報告委員が発言している（栗塚省吾報告委員・同書一五、一六頁）。また、南部委員は、当時の登記実務において畳建具が家屋の附属物として取り扱われ、不動産としても何ら不都合はない旨を述べている（同書一六頁）。

さらに、これに関連して、家屋の売買契約書における「畳建具付き」という文言の意味も問題とされた。すなわち、建

- (31) 栗塚省吾報告委員・前掲注(17)『再調査案議事筆記』一五頁。

- (32) 前掲注(17)『修正民法草案註釋』一〇六頁。

- (33) 前掲注(17)『物権ノ部議事筆記』二八―三〇頁によれば、原案五一六条三項の「明言」という文言をめぐって議論がなされた。この後、原案五一六条は分割されている。同条一項および二項は、再調査案一六条一項および二項となったが、同条三項は、再調査案四三条二項となった。これら再調査案の審議については、前掲注(17)『再調査案議事筆記』二〇頁および四六頁参照のこと。

関係する条文の内容は、以下のとおりである。ボアソナード草案については、前掲注(17)『修正民法案註釋』一〇五、一〇六頁、原案については、前掲注(17)『物権ノ部議事筆記』二八頁、また再調査案については、前掲注(17)『再調査案議事筆記』二〇頁および四六頁に拠った。

ボアソナード草案	原案	再調査案
五一六条 物ハ他ニ附属セスシテ完全ナル効用ヲ為スト否トニ從ビ主タルアリ又從タルアリ 例ハ用方ニ因ル不動産ハ性質ニ因ル不動産ノ從タリ又地役ハ首領地ノ從タリ債權ノ擔保ハ其債權ノ從タリ	五一六条 物ハ他ニ附属セスシテ完全ナル効用ヲ為スト否トニ從ビ主タルアリ又從タルアリ 例ハ用方ニ因ル不動産ハ本性ニ因ル不動産ノ從タリ地役ハ要役地ノ從タリ債權ノ擔保ハ其債權ノ從タリ	一六条 物ハ他ニ附属セスシテ完全ナル効用ヲ為スト否トニ從ビ主タル有リ又從タル有リ 用方ニ因ル不動産ハ性質ニ因ル不動産ノ從ナリ地役ハ要役地ノ從ナリ債權ノ擔保ハ債權ノ從ナリ
首タル物ノ讓渡ハ其從タル物ノ讓渡ヲ帶有ス但反對ノ証據アルトキハ此例ニ在ラス	主タル物ノ移付ハ其從タル物ノ移付ヲ帶有ス但反對ノ明言アルトキハ此限ニ在ラス	四三条二項 主タル物ノ處分ハ從タル物ノ處分ヲ帶有ス但反對ノ明示アルトキハ此限ニ在ラス

原案五一六条三項が四三条二項に移された理由は、明らかでない。ただ、それは、ボアソナードの意向であつた（栗塚省吾報告委員の發言・前掲注（17）『再調査案議事筆記』二〇頁）。

また、再調査の終了後、条文数に変動があり、一六条は一五条に、また、四三条は四一条になった。その際何らかの議論が行なわれたにせよ、文言上は変化がない。

（34）宮城・前掲注（10）三〇頁は、債権担保編一九七条三項後段の注釈において、用方による不動産が主たる不動産から引き離された場合には、動産となり、その性質上抵当権の客体とならないとする。また逆に、主たる不動産に抵当権が設定されたときに用方による不動産が共に抵当目的物となるのは、規定するまでもなく、明らかであるという。

（35）法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書2 法典調査会 民法議事速記録二』七九三―七九五頁（商

事法務研究会、昭和五九）。

民法修正案三六五条および現行法三七〇条の内容は、次のとおりである。

民法修正案	現行法
三六五条 抵當権ハ其目的タル不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタル物ニ及フ但設定行為ニ別段ノ定アルトキ及ヒ第四百十九條ノ規定ニ依リ債權者カ債務者ノ行為ヲ取消スコトヲ得ル場合ハ此限ニ在ラス	三七〇条 抵當権ハ抵當地ノ上ニ存スル建物ヲ除ク外其目的タル不動産ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタル物ニ及フ但設定行為ニ別段ノ定アルトキ及ヒ第四百二十四條ノ規定ニ依リ債權者カ債務者ノ行為ヲ取消スコトヲ得ル場合ハ此限ニ在ラス

（36）これについて、梅博士は、含まれるとする（前掲注（35）『議事速記録』七九五頁）。また、含まないのが慣習であるという横田國臣委員に対して、梅博士は、次のようにいう。①慣習をよく知らないが、含むとする方が多くはないか。もし反対の慣習が多ければ例外を設ける。②法律を知っておれば、この規定に基いて、別段の定めがない以上含まれることになる、また逆に、含まないときには別段の定めをする、と考えるだろう（同書同頁）。③土地と建物が別になれば、競売によって土地所有者と建物所有者とが異なつた場合の処理が困難になる（同書七九七頁）。

審議の過程で、日本の慣習に従つて土地を抵當に付した場合には家屋を別にする旨の修正することになった（同書八九頁）。この結果、修正案三六五条には、「抵當地ノ上ニ存スル家屋ヲ除ク外」という文言が付け加えられ（同書八五六頁）、同時に三八四条として「抵當権ノ目的タル土地ノ上ニ抵當權設定者ノ所有ニ係ル家屋アルトキハ抵當權者ハ土地ト共ニ之ヲ競賣スルコトヲ得但其優先權ハ土地ノ代價ニ付テノミ之ヲ行フコトヲ得」という規定が追加された（同書九一八頁）。梅博士は、三八四条の提案理由を次のようにいう。すなわち、更地に抵當権が設定された後、建物が建築され、さらにその後、抵當権が実行された場合において、家屋の取去や地上権の設定によって生じる経済的な不利益を回避するために必要である（同書八五六頁）。

なお、法定地上権の制定過程については、村田博史「法定地上権」星野英一ほか編『民法講座3物権(2)』一三九頁以下(有斐閣、昭五九)など参照のこと。

(37) 前掲注(35)『議事速記録』一八〇九頁。

(38) 整理会における議論は、もっぱら文字の修正に限られるため、審議の対象となっていない条項も多い。

(39) もっとも、同時に、修正案三七七条に関する参照条文として、債権担保編二〇一条一項が挙げられている(前掲注(35)『議事速記録』一八八、八一九頁)。この三七七条は、物上代位などの規定を抵当権に準用するためのものである。

(40) 前掲注(35)『議事速記録』七八四、七八五頁。

(41) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書13 法典調査會 民法主査會議事速記録』六一〇、六一一頁(商事法務研究会、昭六三)。

また、財産編九条の規定する「用方ニ因ル不動産」概念は、わが国の慣習に反し、近時の立法例にない概念であるので、民法修正案においては、この概念自体を認めていない(同書五九四頁)。

(42) 前掲注(41)『主査會議事速記録』六一〇、六一一頁。

民法修正案八八条、民法總會提出案九〇条、民法整理案九〇条および現行法八七条の内容は、次のとおりである。

民法修正案は、前掲注(41)『主査會議事速記録』六〇九頁に、また、民法總會提出案九〇条は、法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書12 法典調査會 民法總會議事速記録』四八一頁(商事法務研究会、昭六三)に、さらに民法整理案九〇条は、法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書14 法典調査會 民法整理案』一一頁(商事法務研究会、昭六三)に依った。

民法修正案

民法總會提出案

八八条

一物ノ常用ニ供スル為メ其所有者カ自己ノ所有ニ属スル他

九〇条

一物ノ所有者カ其物ノ常用ニ供スル為メ自己ノ所有ニ属ス

ノ一物ヲ以テ之ニ附属セシメタルトキハ其附属セシメタル物ヲ以テ従タル物トス 従タル物ハ主タル物ノ處分ニ随フ但反對ノ意思アルトキハ此限ニ在ラス	ル他ノ一物ヲ以テ之ニ附属セシメタルトキハ其附属セシメタル物ヲ以テ従物トス 従物ハ主物ノ處分ニ随フ但反對ノ意思アルトキハ此限ニ在ラス
民法整理案 九〇条 物ノ所有者カ其物ノ常用ニ供スル為メ自己ノ所有ニ属スル他ノ物ヲ以テ之ニ附属セシメタルトキハ其附属セシメタル物ヲ以テ従物トス 従物ハ主物ノ處分ニ随フ（但別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス）	現行法 八七条 物ノ所有者カ其物ノ常用ニ供スル為メ自己ノ所有ニ属スル他ノ物ヲ以テ之ニ附属セシメタルトキハ其附属セシメタル物ヲ以テ従物トス 従物ハ主物ノ處分ニ随フ

（43）前掲注（41）『主査會議事速記録』六一一―六一八頁参照。

（44）前掲注（41）『主査會議事速記録』六一六頁。

（45）長谷川喬委員の質問に対する発言である（前掲注（41）『主査會議事速記録』六一七頁）。

他方、この質問に対して、起草委員である梅博士は、「成ルベク然ウナルデセウ、何時デモト云ウコトハ保證ハ出來ヌ」と答えている。

（46）前掲注（41）『主査會議事速記録』六一六頁。末松委員は、同書六一一―六一三頁にかけて何度か発言している。

起草委員である富井博士は、所有者が違う場合には、「添付」の規定が適用されると述べており、主物従物関係は、「添付」と異なることが前提となつていようである（同書六一二頁）。

(47) 「処分」の範圍を質問した算作麟祥委員に対する梅博士の發言である。もつとも、嚴密には、起草担当者である富井博士の發言ではない(前掲注(41)『主査會議事速記録』六一六頁)。

(48) 磯部四郎委員の提案(前掲注(42)『総會議事速記録』四八二頁)。この削除案には、奥田義人、横田國臣および關直彦委員などが賛成している。

(49) 村田保委員の提案・前掲注(42)『総會議事速記録』四八四頁。

(50) 尾崎三良委員の提案・前掲注(42)『総會議事速記録』四八五頁。というのは、一項を削除して、二項を残しておく、他人の物が主物の処分に從つて処分されてしまふ虞れがあるからである。後に、一項を削除し、二項を修正するという案に賛成している(同書四八七頁)。

右でいう二項修正案とは、主物と従物の所有者が同一であることという要件を二項に付け加えるもので、横田國臣委員の提案による(同書四八五頁および四八七頁)。

(51) 各提案の採決については、前掲注(42)『総會議事速記録』四八八―四九〇頁参照のこと。

(52) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書14 法典調査會 民法整理會議事速記録』四四頁(商事法務研究会、昭六三)。

(53) 前掲注(52)『整理會議事速記録』一四一頁。

(54) 前掲注(52)『整理會議事速記録』一四七頁。

(55) 前掲注(52)『整理會議事速記録』一四一―一六〇頁を参照。

(56) 前掲注(52)『整理會議事速記録』一六〇頁。しかしながら、現行民法には但書はなく、また、帝國議會衆議院における本法案第一読会に際して提示された法文にも但書はない(廣中俊雄編著『第九回帝國議會の民法審議』二七八頁(有斐閣、昭六二))。廣中俊雄編著『民法修正案(前三編)の理由書』一三五頁(有斐閣、昭六二)によれば、帝國議會への提案に際して但書が削除されたのは、本文が任意規定である以上、当然だからであった。

この『未定稿本/民法修正案(前三編)の理由書』については、廣中俊雄「民法修正案(前三編)に関するおぼえがき」法学五〇卷(五号七六頁)七一六頁以下(昭六二)参照のこと。

(57) 廣中・前掲注(56)『民法審議』九頁以下は、帝國議會における審議の重要性を指摘する。また、民法修正案に関する衆

議院の委員会審議については、同書八七頁以下参照のこと。さらに、貴族院における審議については、同書七四頁以下参照のこと。もっとも、現行三七〇条および八七条に関する限り、実質的な審議は行なわれていない。

第二款 「附加」に関する裁判例および学説

序

前款でみたとおり、わが国の民法典は、抵当権の効力が不動産上の動産に及ぶかについて、不明確な部分を残している。そのため、裁判例においてもこの点が争われるようになり、また、学説も民法典のそのような欠点を補充すべく努力してきた。本款では、不動産上の動産に対する抵当権の効力に関する問題のうち「附加」に関して、裁判例および学説を考察する。このことによって、民法典の欠点が具体的にどのようなように解消されてきたのか、また、その背後にはどのような考え方ないし利益衡量が存在するのかが明らかにになると考える。

以下では、第一に、裁判例の展開をとり上げる。もっとも、裁判例は、下級審も含めればかなりの数になるので、時期を区切って検討する。まず、第二次大戦前と大戦後に分け、さらに大戦前の時期を転機となった明治三九年と大正八年の二つの大審院判決によって分ける。つまり、以下の四期に分けることになる。第一期は、明治三九年大審院判決以前の時期であり、第二期は、大正八年大審院民事連合部判決以前の時期である。続く第三期は、第二次大戦の終結までの時期であり、第四期は、現在まで続く大戦後の時期である。

第二に、学説の状況を上上げる。学説についても、裁判例と同様に、四つの時期に区切って検討する。なぜなら、学説と裁判例との関係を明確にすることができると考えるからである。

一 裁判例の展開

1 第一期 明治三十九年大審院判決以前

現行民法典制定後、従物に抵当権の効力が及ぶかという問題が最初に登場したのは、大審院明治三十三年判決においてである。この判決以後、大審院明治三十九年判決が登場するまで、次の二点で裁判例は、混乱を示している。第一は、裁判所間での結論の相違であり、第二は、問題となった物件の種類による結論の相違である。⁽¹⁾前者は、畳建具などをめぐる東京地方裁判所と東京控訴院との間での結論の相違であり、後者は、工場における機械類と家屋内の畳建具造作類との間での相違である。

第一点についてより具体的に述べるとすれば、数の多い畳建具や造作の類の事例では、この時期、どちらかというとな級審は積極的に抵当権の効力が及ぶと判断しているが、上級審は否定的である。この下級審と上級審とのそれぞれの判断の対立という傾向は、大審院明治三十九年判決まで続いたものと考えられる。また、否定する場合の理由として挙げられるのは、動産は抵当権の目的たりえないというものであった。さらに、明治三五年末に東京地方裁判所では各部の裁判官によってこの問題についての意思統一が図られ、肯定することに一致したが、その後も東京控訴院では否定的な態度をとり続けたことは注目して良いのではないだろうか。また、裁判所は、これら畳建具などを従物であると認定す

る場合と附加一体物であると認定する場合とがあるが、これもどちらといえば前者が多いようである。

第二点は、事件数自体は少ないものの、工場における機械類に抵当権の効力が及ぶとする判断が最終的に示されており、畳建具などの事件における傾向と異なっている点である。しかも、この第一期では、工場抵当法などの財団抵当法は、まだ制定されておらず、機械類についても民法三七〇条および八七条二項の適用が問題とされている。この点も含めて、この相違が注目される。

〔1〕 大判明治三三年九月一日（一民）民録六輯八卷一頁

工場所有者Aの債権者Bは、Aの工場内にある蒸気エンジンなどの機械類に対して強制執行を行ない、自ら競落した。工場建物および敷地の抵当権者Xは、本件執行を行なった執達吏Yに対して、違法執行を理由に損害賠償を求めた。一審、請求棄却。原審、控訴棄却。Xは、本件機械につき登記を経ておらず、抵当権の及ぶことを第三者に対抗できないとした。破棄差戻。動産は、抵当不動産に附加して一体となれば、当該動産について登記なしに抵当権の効力が及ぶ。したがって、本件機械が抵当不動産に附加したか否かの判断が必要であるという。

〔2〕 東京地決明治三四年二月一日新聞二五号六頁

Aは、建物を担保としてXより金銭を借り受けた。その後、Aは建物をYに売却した。Xの申立による競売開始決定に対して、Yは、次の二点を挙げて抗告した。すなわち、①A・X間の期限の利益についての約定は登記されておらず、善意の第三者たるYに対抗できない。②「畳建具造作庭木石」との記載が開始決定の目録にあるが登記簿上記載がなく、抵当権の目的物ではないので、競売できない。原決定破棄（申立棄却）。裁判所は、Yの主張①を容れた。

〔3〕 東京地決明治三四年一月二一日新聞六九号八頁

建物抵当権に基づく競売開始決定および競落許可決定に対して、造作畳建具の所有権を主張する第三者が抗告をした。破棄

委任。動産に対する抵当権は、認められないという。

〔4〕 東京控判明治三四年一月二三日新聞七一四頁

Aの債権者Yは、A所有の家屋内の畳建具類を強制執行によって差し押さえて、競売した。これに対して、家屋についての抵当権者Xは、抵当権侵害を理由としてYに対して損害賠償を求めた。一審、請求棄却。控訴棄却。動産抵当は認められないという。

〔5〕 大判明治三五年一月二七日（二民）民録八輯一卷七七頁

紡績工場内の蒸気紡績機などの機械類を含めて強制執行がなされ、抵当権者Yが優先弁済を受けた。これに対して、他の債権者Xは、機械について配当異議を申し立てた。Xの上告棄却。第二民事部は、本件機械類が定著物あるいは従物であつて、抵当権の目的物たりうとする。

〔6〕 東京地決明治三五年七月三〇日新聞九九号九頁

不動産強制競売決定が不動産に附属する造作畳建具をも含めていたことに対して、抗告が行なわれた（詳細不明）。破棄委任。①畳建具は従物であるが、従物は主物と同一体でない。②八七条二項は、主物の処分の際して従物について別段の意思表示のない場合の規定であつて、主物を処分する場合に従物の処分を命じる趣旨ではない。

〔7〕 大阪控判年月不明新聞一〇二年八頁（明治三五年九月一日発行）

〔1〕事件の差戻控訴審。請求認容。本件機械類は、土地に定着するか定着した機械の従物であつて一時的なものではなく工場的主要部分であるので、不動産に附加して一体をなしたものである。したがつて、本件機械類に登記なしに抵当権が及ぶことは、三七〇条より当然であるという。また、附加一体物の取外しが地所建物を毀損しないことは、定著物ではないことを意味しない旨も説示した。

〔8〕 東京控決明治三十五年九月一五日新聞一〇七号五頁

抵当目的物たる建物とともに畳建具造作について行なわれた競落許可決定に対して、抗告が行なわれた（詳細不明）。抗告審、抗告棄却。従物は主物に従うので、本件畳建具造作に抵当権の効力が及ぶとした。再抗告審、破棄委任。畳建具と造作は附加一体物ではなく、よって抵当権の効力が及ばず、建物と共に競売することはできないという。

〔9〕 東京地決明治三十五年二月一三日新聞一一九号一五頁

抵当権設定者Xは、抵当権者Yによる競売申立が畳建具についても認められたことに対して、抗告した。抗告棄却。畳建具と造作は建物の附加一体物であって、抵当権の効力が及ぶという。

〔10〕 東京地決明治三十五年二月一三日新聞一二〇号一五頁

不動産競売許可決定に畳建具などが含まれていたことに対して、抗告が行なわれた（詳細不明）。抗告棄却。畳建具および造作は、従物であり、従物には抵当権の効力が及ぶとする。

〔11〕 東京控決明治三十六年三月四日新聞一三〇号一五頁

詳細不明。破棄委任。民法三六九条の規定から、抵当権は、動産を対象としない。したがって、従物が動産である場合においては、抵当権の設定は許されないという。

〔12〕 東京控決明治三十六年七月二〇日新聞一五四号九頁

造作を含む建物についての競売開始決定に対して、抗告が行なわれた（詳細不明）。抗告棄却。本件造作は、附加一体物であり、したがって抵当権の効力が及ぶとする。

〔13〕 東京控決明治三十六年一〇月九日新聞一七一七号七頁

詳細不明。問題となったのは、造作および畳建具であった。破棄委任。造作は、附加一体物であるので、抵当権の効力が及

ぶ。しかし、疊建具は、当事者の合意により建物の従物とされても、抵当権の目的ではないという。

〔14〕東京控決明治三十六年一月二三日新聞一九一号一六頁

詳細不明。裁判所は、疊建具を建物の従物と認めたが、動産であるので、抵当権の効力は及ばないとした。

ここで、第一期の裁判例を整理分析する。

第一に、裁判において争われた目的物の種類について、具体的にみることにしよう。工場などの機械器具類が問題となった事件は、裁判例〔1〕〔5〕〔7〕の三件であり、「疊建具造作」が問題になったのは、〔2〕〔3〕〔8〕〔10〕〔13〕の六件である。その他に、造作のみが問題となったのは、〔11〕および〔12〕の二件であり、また、疊建具のみが問題となったのは、〔4〕〔6〕〔14〕の三件であった。このことから、家屋の疊建具や造作が、抵当権の目的物として重視されていたと考えられる。なぜなら、この時期にはまだ、いわゆる財団抵当法は制定されておらず、したがって、工場などの機械器具についても民法が唯一の判断基準であったにもかかわらず、事件数が少なく、もっぱら疊建具などの動産および造作が問題となっているからである。

また、裁判所は、機械器具を附加一体物もしくは定著物または従物と判断し、⁽³⁾ 抵当権の目的物と解している。このように、機械器具に関する裁判例は、その理由づけの基礎となる法的評価の点で分かれているが、しかしその結果において一致している。それに対して、疊建具および造作に関して、機械器具の場合と同様に附加一体物と判断して抵当権の効力が及ぶとする判決は、〔9〕〔12〕〔13〕^(3a)の三件である。しかし、多数の事件、すなわち〔3〕〔4〕〔8〕〔11〕〔13〕〔14〕の六件において、裁判所は、当該目的物が動産であることから、従物か否かを問わず、抵当権の効力が及ぶことを否定している。もっとも、従物であるとしつつ効力が及ぶとする〔10〕判決や、主物と同一体でないから及ばないとする〔6〕判決もある。しかし、全体的な傾向を考えるとすれば、疊建具や造作について裁判所は、否定的な傾向にあ

つたと考えることができる。⁽⁴⁾

第二に、すでに述べたように、裁判所毎にその特徴が現れている。事件の大多数は、東京控訴院と東京地方裁判所で行なわれたものである。すなわち、控訴院での事件が六件、地裁での事件が五件ある。まず、東京地裁から見ると、当初動産抵当の禁止を理由に畳建具造作など動産についての抵当権の効力を否定していた（裁判例〔2〕）が、畳建具造作に関してそれらを附加一体物と判断して抵当権の効力を及ぼし（同〔9〕）、また、従物としつつ抵当権の効力を及ぼすようになった（同〔10〕）。これは、先に述べたように、これらの判決の当時、東京地裁で各部の裁判官により抵当権が及ぶとする方向で意思統一がなされたことが、その原因であると思われる。それに対して、東京控訴院では、当初から動産抵当の禁止を理由に否定し、また、畳建具造作を附加一体物ではないとして否定してきた。上述の東京地裁での意思統一の動きを受けた後、一度は、造作を動産抵当の禁止を理由に否定した（同〔11〕）。しかし、その後、畳建具造作については附加一体物であるとして肯定する（同〔12〕）一方で、畳建具を従物であるから抵当権が及ばない（同〔13〕〔14〕）が、造作は附加一体物であるので及ぶ（同〔13〕）と解したりした。以上からも明らかのように、附加一体物であれば抵当権の効力が及び、従物であれば及ばないというのは、動産抵当の禁止を理由としており、それだけ裁判所が動産に抵当権の効力を及ぼすことを嫌っていたといえよう。⁽⁵⁾

最後に、抵当権が附属物に及ぶとした場合には、それを第三者に対してどのように対抗するかが、問題となる。第一期の裁判例には、先にも述べたように、抵当権の効力が及ぶとの判決自体が少なく、また、肯定した判決においてもこの点を念頭に置いたものも少ない。このため、実際に第三者対抗要件について説示したのは、「1」事件の一件だけである。⁽⁶⁾すなわち、「1」事件で大審院は、登記がなくとも附加一体物となった物に抵当権が及ぶと判示した。したがって、附加一体物以外の物に関する裁判所の立場は、不明である。

明治三十九年に至って、大審院は、設定当時の従物に対する抵当権の効力を明確に否定した。

〔15〕 大判明治三十九年五月二三日（二民）民録二二輯一五卷八八〇頁

設定者Aの債権者Yは、鉱山の精練場内にある機械を差し押さえて、強制競売した。これに対して、精練場についての抵当権者Xが異議を申し立てた。原審、異議認容。本件機械は従物であり、抵当権の効力が及ぶとした。破棄差戻。民法三六九条が動産への抵当権の設定を禁じた理由は、動産の性質から類似品が多く、また、輾転流通し易いために、債権弁済の担保とする目的を達し難く、また、当事者間で紛争が生じ易いという弊害を避けるためである。このような弊害が生じる点では、動産たる従物も独立の動産もまったく変わりがない。したがって、民法三六九条は、八七条二項の例外規定とみるべきであって、抵当権の効力が及ぶか否かは、本件機械が附加一体物であったか否かによるべきであるという。

2 第二期 大正八年度大審院民事連合部判決以前

この後、大審院民事連合部において〔15〕判決が否定される大正八年までの間の下級審裁判例は、明治期ではほぼ一致して〔15〕判決に従っていた。しかし、大正期になると、従物に抵当権の効力が及ぶとする裁判例が現われてきた。もっとも、〔15〕判決の前年である明治三十八年には、工場抵当法などのいわゆる財団抵当三法が成立している。その結果、工場内の機械などに関しては民法の規制を離れ、工場抵当法などの規制に服することとなった。⁽⁷⁾

〔16〕 長崎控判年月不明新聞三九三号一八頁（明治三十九年二月五日発行）

Yは、抵当権の実行に基づく土地家屋とともに、置ストープおよび冬用窓掛けを競落した。そこで、本件土地建物などの所有者Xは、Yに対して本件動産の返還を求めた。原審、請求棄却。競売において本件動産を除外する旨の公示がないので、

主物とともに従物も競売されるとした。主文不明。控訴院は、裁判例「15」で示された理由のほかに、第三者への抵当権の公示が欠如していることを挙げて、抵当権の効力が本件動産に及ばないとした。

〔17〕 長野地裁松本支判年月不明新聞四三一七頁（明治四〇年六月一五日発行）

Xは、Aに対する債権の担保として土地建物についての抵当権を取得した。その後、Xは本件建物を競落し、裁判所の仮登記命令に基いて地上権設定仮登記を経由した。しかし、AがYに本件土地を売却したので、XはYに地上権設定登記手続を求めたが、Yが拒否した。そこで、Xは、Yに対して地上権設定登記手続を行なうことを求めた。Yは、本件土地に存する湯坪、雪隠、物置などはYの所有であって、本件土地全部に地上権を設定せよという本訴は不当であると抗弁した。請求認容。湯坪、雪隠および物置などは独立の工作物ではなく本件建物の附属物であるので、抵当権はこれらにも及び、地上権もまた当然設定されたと看做されるという。

〔18〕 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建物競落人Xが、建物の原所有者Yに対して、建物内の動産（従物）についての所有権の確認を求めた。原審、請求認容。①本件動産は従物である。②設定当時従物について抵当権の効力を及ぼさせる特約が存在した。③競売が完結し、Xが競落人である。したがって、従物たる本件動産に抵当権の効力が及び、Xは、本件動産の所有者であるとした。破棄差戻。①抵当権は、附加一体物にのみ及び、従物には及ばない。②三六九条は、八七条二項の例外規定である。③設定時の合意および競落は、これらの効果を変更しない。したがって、本件動産が附加一体物か否かを審理すべきであるという。

〔19〕 大阪地決明治四二年一月二九日新聞六一三号一三頁

債権者の申立に基づき土地建物について原裁判所が行なった競売開始決定には、不動産以外に建物の庇・雨戸・敷鴨居・天

井二階敷・段梯子などの附属動産の表示があった。引き続き、競落許可決定がなされた。これに対して、抗告が行なわれた。原決定破棄（競売許可申立棄却）。①動産に対する抵当権は認められない。②附加一体物である場合にのみ目的となりうる。③八七条二項の規定は三七〇条前段によって適用が制限されている。したがって、従物であっても抵当権の効力は及ばないとする。

〔20〕 東京控判明治四三年二月二十八日新聞七一六号二一頁⁽⁸⁾

宅地建物の抵当権者Xが強制競売における競落許可決定に基づき所有権を取得した。しかし、強制競売手続き開始前に一般債権者Yが庭木・庭石・戸・障子・畳・襖などを有体動産として強制執行を行なっていた。そこでXは、強制執行について異議を申し立てた。なお、本件物品は、強制競売申立書、同開始決定および競落許可決定のいずれにおいても目的物件の表示に含まれていない。一番、異議認容。控訴一部認容・一部棄却。庭木・庭石に関しては、宅地に附加して一体となつてゐることから、強制競売によつてXが所有するに至つた。他方、戸・障子・畳・襖などに関しては、建物の従物であるとしてゐることで、抵当権の実行の場合には競売物件に含まれるが、強制競売の申立においては目的物件に含めたという事実のない限りは目的物とならないという。

〔21〕 長崎控判年月不明新聞七八〇号二四頁（明治四五年四月五日発行）

Yは、「精密機器器具一切添付の儘」精密工場について抵当権を取得し、本件器械を工場の一部として競売した。しかし、それ以前に工場所有者から本件器械を購入したと主張するXは、Yによる競売によつて本件器械の所有権を失つたとして、競落代金に相当する損害賠償の支払いを求めた。一番、請求棄却。原判決破棄・請求認容。本件器械は、従物であるが、三七〇条は、八七条二項の例外規定であるから、本件器械が従物であるというだけでは本件は解決できず、附加一体物である否かを決定しなければならない。しかし、Yは、本件器械が定著物と主張するだけで何ら立証がないので、従物にとどま

ると認定せざるをえない。したがって、抵当権の効力は、従物である本件器械には及ばず、Xの所有権喪失による損害賠償請求には理由があるという。

〔22〕 東京地判大正四年二月二〇日新聞一〇八一号一三頁

Xは、A所有の建物に設定を受けた抵当権を実行して建物を競落し、登記を経由した。他方、Yは、競落以前から、本件建物を賃借していた。そこでXは、Yに対して造作畳建具付での建物の引渡を求めた。なお、競売手続きにおいてXは、造作などの本件物件について競売申立を取り下げ、競売許可決定に当初含まれていた本件物件の記載は抹消されている。請求一部認容・一部棄却。八七条二項の規定によって抵当権の効力は、抵当権設定当時の従物に及び、他方、三七〇条は、文理解釈および規定の沿革から抵当権設定以後の附加一体物に関する規定であって、八七条二項の適用を排除するものではない。しかし、Xによる競売申立の取下、および、競売許可決定における記載の抹消という認定事実によれば、本件競落は、従物を除外して行なわれている。したがって、Xは、従物である本件物件の所有権を取得しえないという。

〔23〕 宮崎区判年月不明新聞一一〇八号三〇頁（大正五年四月三〇日発行）

Xは、所有する家屋に抵当権を設定した。抵当権実行の結果、Aが家屋を競落し、Yに対して畳などの本件係争物件を売却した。Xは、Yに対して本件係争物件の引渡を求めた。請求棄却。抵当権に基づく主物の競売においても従物が積極的に除外されない限り、従物は、その性質上主物の処分に従うと看做さざるをえないとする。

〔24〕 東京地判大正五年六月三〇日新聞一一六一号二〇頁

Aの浴場に設定された抵当権が実行され、抵当権者Yが競落した。他方、畳建具、風呂釜および煙突などの本件係争物件は、抵当権の実行以前に、AからBに売却された。その後、Xは、BおよびCを経て、本件係争物件を取得した。そこでXは、Yに対して本件係争物件の所有権の確認を求めた。請求認容。抵当権の設定当時に存する従物には抵当権の効力が及ぶ。し

かし、抵当権の効力が及ぶのは、主物従物関係が継続する間に限定されるので、従物の第三者への譲渡によって主物従物関係が消滅すれば、もはや抵当権の効力が及ばなくなるといふ。

〔25〕 大判大正六年四月一二日（二民）民録二三輯六九五頁

Aは、Bらのために本件建物とその附加一体物たる蒸気機関に抵当権を設定した。Xは、Aから建物を賃借し、精米用機械などを買ひ受けたが、蒸気機関は取り除いて、別の発動機を据え付けて、精米業を営んだ。その後、Bの申立によつて本件建物および本件機械類が競売され、Yが競落した。そこでXは、Yに対して本件機械の所有権の確認を求めた。原審、請求棄却。破棄差戻。三七〇条の規定は、附加一体物の所有権が不動産所有者に歸した場合の規定であり、Xが本件機械を権原によつて附加させたのかについて審理すべきであるといふ。

〔26〕 神戸地判大正七年五月二〇日新聞一四一九号二六頁

A所有の建物をYが本件造作を含めて競落したとして、本件造作のAへの引渡をYが拒否したところ、Xが本件造作をAより購入したとして引渡を求めた。結局、X・A・Yの三者間で、XがYらに本件造作を売り渡し、その代金を支払うといふ内容の和解に至つた。ところがその後、XはYに対して不当利得に基づく返還請求をした。一審、請求一部認容・一部棄却。原判決破棄・請求棄却。Yの和解の主張を容れた。裁判所は、傍論として、造作などの附加一体物は抵当権の目的物になるが、畳建具などの従物は目的物にならないと説示している。

〔27〕 東京地判大正七年五月二四日評論七卷一五号（民法）四九九頁

建物抵当権の実行により、抵当権者Yが建物を競落し、占有した。ところが、競落以前に本件係争物件をXが所有者Aの内縁の夫（真実の所有者）から購入していた。そこで、Xは、Yに対して本件物件の返還を求めた。請求認容。設定当時従物であれば抵当権の効力は及ぶが、本件においては、実行までに所有者が交替しており、従物たる関係を離脱している。した

がって、抵当権の効力は及ばないという。

〔28〕 大判大正七年七月一〇日（三民）民録二四輯一四四一頁

Aは、X所有の宅地建物について抵当権を有していた。Aの競売申立の結果、Yが宅地建物を競落した。Xは、Yに対して納屋、湯殿および便所について所有権の確認を求めた。原審、請求棄却。上告棄却。八七条二項は、とくに従物を除外しない限り、競売の場合においても適用される。したがって、本件物件は、宅地建物と共にYが競落したという。

〔29〕 東京控判大正七年二月二〇日評論八卷三号（民法）一〇六頁

水車小屋に抵当権が設定された。小屋には水車の諸器具が備え付けられており、抵当権の設定から競落許可までXが所有していた。Xは、水車小屋の競落人Yに対して諸器具の所有権の確認を求めた（詳細不明）。控訴棄却。本件諸器具は従物であり、抵当権は従物に及ぶという。

この時期の裁判例一四件を整理分析する。

第一に、この時期の裁判例の一般的傾向は、次のとおりである。すなわち、すでに述べたように、明治期において、諸裁判所の判断は、先到大審院の示した域を出ていない。しかし大正期になると、一般論において、抵当権の及ぶことを認め始め、やがて具体的結論においても肯定するようになった。

このことを具体的に裁判例に則して述べると次のとおりである。明治期の裁判例〔16〕～〔21〕において、裁判所が抵当権の効力の及ぶことを肯定したのは〔17〕事件だけである。しかし、〔17〕事件で問題となったのは、附属建物であるすでに、第一期においても、造作が附加一体物にあたる場合には抵当権の効力の及ぶことを認めており、この判決は、その点ではなんらの進展も示していない。他方、〔17〕以外の裁判例においては、もっぱら畳などの動産が問題となっている。これらの裁判例においては、動産抵当の禁止という考え方ないしは従物と附加一体物とを区別し後者にのみ抵

当権が及ぶという考え方にに基づき、抵当権の効力が及ばないという。また、「[21]」事件の争点は、精米機械に抵当権の効力が及ぶのかであった。ここでも、精米機械は、附加一体物との主張がない以上、従物であり、したがって抵当権の効力は及ばないという。

ところが、「[22]」事件からは様相を異にする。すなわち、八七条二項によって抵当権設定当時の従物に抵当権の効力が及ぶことを一般論として是認した裁判例が現われ始めている。たとえば、「[22]」「[24]」「[27]」「[29]」の各事件である。これらはいずれも東京地裁ないし東京控訴院の判決である。もっとも、神戸地裁は、「[26]」事件において、三七〇条によって附加一体物には抵当権の効力が及ぶが、畳建具などの従物には及ばないとする。

他方、「[25]」事件においては、抵当権設定後に建物内に搬入された精米機械に抵当権の効力が及ぶのが問題となった。⁽⁹⁾大審院は、抵当権の効力の肯否を、搬入者による権原に基づく附加の有無に係らしめた。この判決では、もっぱら三七〇条の適用が問題となっており、従物であった場合は念頭にないようである。これは、本件で土地建物の所有者と機械の所有者とが異なっているために、八七条一項の規定から、そもそも従物が問題とならない事案であるためである。したがって、この判決から直ちに八七条二項の適用が考えられなかったとはいえない。

それどころか八七条二項を競売に適用することによって、すなわち主物の競売の効果が従物に及ぶことを是認することによって、問題の処理を図っている裁判例がある。「[23]」および「[28]」事件である。とくに、この「[28]」事件において大審院は、競落人と所有者との間の所有権確認訴訟に関して、とくに従物を排除していない限り、八七条二項が競売の場合にも適用されるとして、原告である所有者の上告を棄却した。もちろん即断はできないが、このことから、競売手続きの結果所有権を取得する競落人と元の所有者である抵当権設定者との間の利害調整については、競売手続きによる競落人の所有権取得という期待の保護を裁判所が考慮しているのではないかと考えることができる。そして、その保

護の方法として競売手続きもまた八七条二項にいう「処分」にあたるかと解することで解決を図ったものと考えられることができるのではないだろうか。⁽¹⁰⁾ そうすると、裁判所、とくに大審院は、裁判例〔15〕において設定時の従物には抵当権の効力は及ばないとしていたが、裁判例〔28〕では、それを骨抜きにする形で、少なくとも競売時の従物には及ぶという立場をとったことになる。その限りで、裁判所は、設定時の従物にも抵当権の効力を及ぼそうとしたといえる。

第二に、抵当権の効力が及ぶとされた場合に、その第三者對抗要件をどのように考えるのか。すでに述べたように、第一期の大審院明治三三年判決（裁判例〔1〕）は、附加一体物に関して民法三七〇条に基づき当然に抵当権の効力が及び、これについてとくに登記を必要としない旨、説示した。しかし、第二期においては、この点に関する明確な説示はない。従物に関しても同様である。

大審院は、大正八年三月一日の民事連合部判決において、従来の立場を変更し、抵当権の効力が従物に及ぶことを認めた。この判例変更は、上述した下級審裁判例の変化と明治三九年判決への学界の批判とが影響したためであると評価されている。⁽¹¹⁾

〔30〕 大判大正八年三月一日（民事連合部）民録二五輯四七三頁

Xは、湯屋所有者Yに対して債権の成立とその担保として湯屋とその畳建具造作、さらに湯屋営業道具・煙突共一式の附属品について抵当権が成立することを確認することを求めた。原審、請求認容。破棄差戻。反対の意思表示がない限り、従物に建物抵当権の効力が及ぶ。その理由は、八七条二項の立法趣旨は処分当時の主物の利用価値を減損させずその経済的効用を充実させるためであり、主物建物の利用価値を標準として担保価値を定める抵当権設定の場合にもまたそれは適用できるからである。また、三六九条や三七〇条との関係については、前者が不動産以外の物が抵当権の独立の目的になりえないと

いう趣旨であり、後者が附加一体物についての規定であって、経済上の用法に従い主従を同一の法律関係に服させることを目的とする八七条二項の規定を妨げないという。

もつとも具体的結論としては、畳建具造作などには抵当権が及んでいるが、営業用動産が従物であるとの原審の判断には理由を欠くとする。

また、どのような物が抵当権の及ぶ従物となるのかについては、当事者の意思を基礎とする主観的基準によらず、一般取引觀念上定まる客観的基準によると説示した。

この判決によって、抵当権設定時の従物に抵当権の効力が及ぶことは明認された。逆に、この判旨から、設定後の従物については抵当権が及ばないという解釈が定着することになる。このため、この後、設定後の従物の取扱い、および、その理論的裏付けが主たる問題となった。

3 第三期 第二次世界大戦の終結まで

〔31〕 東京地判大正八年七月一六日評論八卷三五号（民法） 一二六八頁

Xは、湯屋に設定された抵当権の実行によって建物を競落したYに対して、抵当権設定後に附加された建物内の係争物件の所有権の確認を求めた。原審、請求認容。控訴棄却。物理的一体性だけではなく、経済的必要性をも加味した取引上の一般の觀念を基づけば、本件物件は、附加一体物にあたる。したがって、抵当権の効力が及び、抵当権の実行による競落に基づきYが所有権を取得するという。

〔32〕 大決大正一〇年七月八日（一民）民録二七輯一三二三頁⁽¹²⁾

いわゆる「増築茶の間」事件。抵当権設定後増築された茶の間に抵当権の効力が及ぶか否かが争点となった。第一民事部は、「茶の間」を従物とした上で、従物にも抵当権の効力が及ぶことが「当院ノ判例」であるとして、抵当権の効力が及ぶことを認めた。

〔33〕 大判昭和四年十一月七日（一民）大審院裁判例（四）民七頁

Xは、A所有の建物および付属する畳建具について抵当権を実行した。他方、競売申立後、YはAに対する債権の強制執行として畳建具を差し押さえ、配当を受領した。Xは、Yに対して不当利得に基づく配当金の返還を求めた。一審、請求棄却。原審、控訴棄却。破棄差戻。Yは、一般債権者であってXの優先権を無視して抵当目的物から弁済を受けることはできない。したがって、Xの優先権が侵害されたか否かを審理しなければならないという。

〔34〕 大判昭和五年二月一日（一民）民集九卷一一四七頁⁽¹³⁾

Yは、A所有の建物および付属する雨戸などの建具類について抵当権を実行し、自ら競落し、引渡を受けて占有した。他方、Xは、抵当権設定後に備え付けられた本件建具類について、その備付後、譲渡担保の目的物として所有権を取得した。Xは、Yに建具類の引渡を求めた。一審、請求認容。原審、控訴棄却。破棄差戻。畳建具は、一般に動産たる性質を失わない。しかし、雨戸などの建具類は、建物の効用の点から壁や羽目と何ら変わらず、附加一体物である。したがって、本訴物件が建物の附加一体物であるか否かについて、個別に審理すべきであるという。

〔35〕 大判昭和八年七月二〇日（一民）新聞三五九一号一三頁

本件物件は抵当権設定当時より抵当家屋と一体をなしているか、または、従物の関係にあった。Aは、その家屋を競売法に基づく競売により取得した。Xは、Aの家屋取得以前に、競売開始決定を知りつつ本件物件を買い受け、その後元の所有者Yに賃貸した。Xは、Yに対して本件物件の返還を求め、Aは、本件訴訟に参加した。一審、請求棄却。原審、控訴棄却。

上告棄却。Aは、競売の効力として抵当家屋の所有権のみならず、従物の関係にある本件物件の所有権も取得した。また、競売開始決定が差押と同一の効力を有する点、および、民法一九二条との関係からも、開始決定後の買受人であるXは、競売人Aに対抗できないとする。

〔36〕 大判昭和八年一月二二日（五民）民集一二卷二九五四頁

建物抵当権者Yが建物を競落し、引渡を受けた。他方、Xは、建物所有者Aから抵当権設定後備え付けられた本件物件を担保の目的で所有権の移転を受けた。Xは、Yに対して所有権に基づいて引渡を求めた。一審、請求棄却。原審、請求認容。破棄差戻。設定行為において除外された従物も、抵当権の実行に際して建物と共に競売手続きに付され、その手続きを終了した場合には、建物と共に競売される。なぜなら、八七条二項は、公法上の行為にも適用されるからである。しかし原審において、具体的に本件物件が従物であるのか、および、本件競売手続きにおいて競売の目的物の表示が本件物件を含んでいるのかという二点が判断されていないとした。

〔37〕 大決昭和九年三月八日（一民）民集一三卷二四一頁

Xは、Aに対する債権に関しA所有の建物に対して抵当権を有していた。Aは、抵当権設定後附属建物を建築して、その旨を主たる建物の登記用紙に登記した。Xは、主たる建物と同時に附属建物についても競売を申し立てた。競売裁判所、申立棄却。原審、抗告棄却。附属建物は従物であり、設定後の従物については設定当事者の意思が問題となる。したがって、特別な意思表示がない限り、抵当権は及ばないとした。取消差戻。同一登記用紙に登記された附属建物は、反対の事情のない限り、主たる建物に附加して一体とみるべきである。そして、附加一体物には、設定行為に別段の定めのない限り、抵当権の効力が及ぶ。したがって、原審は、同一登記用紙に登記されていた点を看過しており、失当であるという。

〔38〕 大判昭和九年三月一四日（三民）法学三卷（九号一一四頁）一〇六二頁

詳細不明。上告棄却。八七条二項が抵当権に適用される場合においては、抵当権に及ばないという設定当事者の意思表示がない限り、抵当権の効力が従物に及ぶとする。

〔39〕 大判昭和九年七月二日（一民）民集一三卷一四八九頁

抵当権者Xは、A所有の建物に関する抵当権を実行し、自ら競落した。しかし、競落後所有権取得までの間に、Aの債権者Y₁は、畳建具を差し押さえて、競売した。その結果、第三者Y₂が競落した。Xは、Y₁およびY₂に対して畳建具の所有権の確認を求め、同時に、Y₁に対して競売手続きの無効確認を求めた。なお、畳建具は設定当時未備付であり、将来備付物件に抵当権の効力が及ばないとの特約が存在した。一審、請求認容。原審、原判決破棄・請求棄却。上告棄却。抵当権の効力が及ばない旨の特約がある場合には、その効力は従物に及ばない。また、右特約のある抵当権の実行として行なわれる競売手続きにおいては、差押の効力は、従物たる本件畳建具に及ばないという。

〔40〕 大判昭和九年七月一日（一民）大審院裁判例（八）民一七二頁

当初の存在した建物が順次取り壊され、新建物について旧建物の構造変更としての変更登記がなされた。その後主たる建物が取り壊され、新たに建てられた。主たる建物について抵当権が実行され、抵当権者Yが競落した。Xは、Yに対して所有権の不存在の確認を求めた。Xがいかなる関係者が不明である。原審、請求棄却。当初の抵当権は後に新築された主たる建物に合併登記された附属建物に及び、そうでないとしても所有者との暗黙の合意によってYのための担保になっており、さらに競売手続きは異議なく完了しているという。破棄差戻。原則として、抵当権の効力は、後に従物として建築された建物に及ぶ。しかし、本件では、従物であるのかは附属建物としての変更登記のみでは不明である。また、競売手続きが終了しても、実行された権利が存在しないならば、競落によって所有権を取得することはないという。

〔41〕 大判昭和十一年六月三日（三民）新聞四〇〇七号九頁

Bは、A所有の建物に抵当権を有していた。その当時、本件畳建具類はすでに備え付けられており、当事者は除外の意思を表示していない。抵当権の実行によりYが競落した。これに対してXがYに対して所有権の確認を求めた。Xがいかなる関係者か不明である。原審、請求棄却。従物は、主物の処分に従うとする。上告棄却。反対の意思表示のない限り、抵当権の効力は、設定当時の従物に及ぶという。

〔42〕 大判昭和一七年二月二六日（四民）法学一二卷（五号八七頁）四三一頁

Bは、畳ガラス戸などが備え付けられたA所有の建物に抵当権を有していた。Yは、Bから債権と抵当権を譲り受け、その譲渡通知と登記を了した。他方、Xは、右譲渡後、本件畳ガラス戸をAから買い受け、同時にAに貸与した。Yは、抵当権に基づく競売を申し立て、自ら競落した。Xは、Yに対して所有権に基づき本件物品の引渡を求めた。原審、請求棄却。上告棄却。別段の意思表示がない限り、抵当権の効力は、設定当時の従物に及ぶ。また、本件のように従物の所有権が移転した場合においても、附属状態と占有関係が維持されている限り、従物は依然として抵当物件の一部である。したがって、従物の所有権取得者は、抵当権の実行を甘受すべきであるという。

〔43〕 東京控判昭和一八年二月一三日控訴院上告民集二五頁（民集二二卷二二号付録）

YがAに対する債権の強制執行としてA方の畳建具類を差し押さえた。抵当権者Xは、本件畳建具類が従物であるとして、第三者異議の訴を提起した。原審、請求棄却。畳建具は、建物とは別個の物であるから、抵当権の効力の及ぶ範囲に含まれないという。破棄差戻。反対の意思表示がない限り、建物の常用に供するために附属させられた債務者所有の動産は、建物の従物として抵当権の効力の及ぶ範囲内に属する。従物のみへの強制執行によって抵当権の担保価値の減損を生ずる可能性があるので、異議を申し立てることができるとする。

以上、一三件の裁判例を整理分析する。

第一に、対象物の法的評価について検討する。まず、畳建具については、附加一体物と評価した裁判例〔34〕を除いて、残り五件では、裁判所は従物と評価している。⁽¹⁴⁾ 他方、建物に関する三件の裁判例は、従物と評価した〔32〕〔40〕と附加一体物と評価した〔37〕に分かれる。このほか、対象物件の内容が明らかでない裁判例が三件ある。すなわち、附加一体物と評価した〔31〕、従物と評価した〔38〕および附加一体物または従物と評価した〔36〕である。このように、同じ対象物件が一方では附加一体物と評価され、他方では従物と評価されている。そうとすれば、裁判所は、一体、どのような基準によって、附加一体物と従物とを区別しているのか。畳建具を附加一体物と評価した裁判例〔34〕において、裁判所は、建物の効用を挙げている。また、〔31〕においては、物理的基準のみならず、経済的必要性を加味した取引上の一般観念を挙げている。もともと、その他の裁判例は、法的評価の基準自体は明らかではない。このことから、これら裁判例においては、附加一体物には物理的一体性を要求し、従物には主物との間での物理的独立性を要求する従来の基準が用いられているとも考えられる。しかし、押入などの造作を含めた対象物件を従物と評価した裁判例も存する。そこで、むしろ、大正八年の大審院判決以来、従物であれ、附加一体物であれ、抵当権設定当時の附属物に抵当権の効力が及ぶと解されたため、従物と附加一体物とを区別する必要性が存しないと考えるべきであろう。そうであるとすれば、設定後に備え付けられた附属物に関しては、附加一体物であるか否かによって抵当権の効力が及ぶか否かが決定されることになる。その意味で、この評価の基準は、設定の前後という観点と結び付いて、抵当権の効力の有無を判断する重要な観点であるといえることができる。

そこで、第二に、係争物件の備付が抵当権の設定前であったのか、それとも設定後であったのかについて、裁判例を検討する。備付が抵当権設定後であった裁判例は、係争物件を附加一体物と評価した〔31〕、建具を附加一体物と評価した〔34〕、畳建具を従物と評価した〔36〕および〔39〕、附属建物を附加一体物と評価した〔37〕、附属建物を従物と

評価した〔32〕および〔40〕の七件である。これらのうち、係争物件を附加一体物と評価した〔31〕および〔34〕において、裁判所は、当該物件がどのようなものであるかを法的に評価し、その評価に応じて抵当権の効力が及ぶか否かを決定するという判断枠組みに従ったものと考えられる。すなわち、抵当権設定前の従物には民法八七条二項によりその効力が及ぶが、しかし設定後の従物には及ばず、効力が及ぶためには附加一体物であることが必要である。これは、前述したように、大審院大正八年判決（裁判例〔30〕）の判断枠組みである。裁判所は、〔31〕および〔34〕事件において、この枠組みに従ったうえで、具体的な事案の解決の必要性から、抵当権設定後の附属物に抵当権の効力を及ぼすために、当該附属物を従物ではなく、附加一体物と判断したと考えることができる。また、同様に附加一体物と評価した〔37〕事件においては、附属建物が抵当建物と同一登記用紙に登記されていることをもって、両者を一個の建物と看做するという構成を用いている。もともと、これも従来の物理的な基準から考えれば、従物と評価されることであるから、右の枠組みに従っていると考えることができる。

しかし、〔32〕および〔40〕事件においては、前述の判断枠組みに従いつつも、抵当権設定後の附属建物を従物と認めたうえで、それに抵当権の効力が及ぶことを正面から認めている。もともと、これらの判決の立場は、正面から認めただけに、裁判例において支配的なものとならなかったし、少なくとも、大審院の大正八年判決を変更したものは考えられていない。

設定後に関わる七件のうち、残りの畳建具を従物と評価した〔36〕および〔39〕事件については、裁判所が別の構成を用いたと評価することができる。すなわち、〔36〕事件において、裁判所は、設定行為において除外されていても、競売に八七条二項が適用される結果、建物とともに競売手続きに付され、その手続きが終了した場合には従物も同時に競売されるとする。このような考え方は、いまだ大審院が抵当権設定時の従物にも抵当権の効力が及ばないとしていた

第二期に、八七条二項を競売手続きに適用するした裁判例〔23〕や〔28〕と類似する。これらと同じく、裁判所は、競落人の保護を念頭に置いていたと考えることができる。他方、〔39〕事件においては、抵当権設定当時備え付けられておらず、将来備え付ける予定の畳建具に抵当権を及ぼさないとの特約が存した事案で、大審院は、この種の特約が存する場合には抵当権は及ばないという。したがって、これは、そのような特約がない場合には、抵当権の効力が及ぶことを前提としていると評価することができる。⁽¹⁵⁾このように、裁判例〔36〕は、競売手続きに八七条二項を適用すること、で實際上抵当権の効力を拡大しようとした。これに対して、裁判例〔39〕は、当事者の意思を重視する。もっとも、これは、同時に、抵当権の効力が及ばない従物は、競売手続きにおいて主物と共に競落されないという。したがって、この点で〔36〕事件における裁判所の立場とは矛盾する。⁽¹⁶⁾結局、競売に際して主物と共に競落されるためには、少なくとも競売開始決定までに抵当権の効力が及んでいる必要がある。ただ、〔36〕事件において裁判所が結果として抵当権の効力を強化しようとしたことは注目すべきである。

備付が抵当権設定後であった右裁判例に対して、抵当権設定前に備え付けられた附属物に抵当権の効力が及ぶのが問題となったのは、五件である。そのうち、八七条二項の適用、とくに当事者意思の有無が問題となったのは、三件である。裁判所は、〔38〕事件で、及ばないとの意思表示がない限り、抵当権の効力が及ぶとした。この判断は、後に〔41〕および〔43〕事件でも繰り返されている。残りの二件のうち、〔42〕事件では、抵当権設定時の従物であることを認定し、直ちに抵当権の効力が及ぶことを認めている。また、〔35〕事件は、抵当権設定時の従物について、競売開始決定後、競落人による所有権取得前に、その所有権移転があった事案であり、競売手続きに八七条二項を適用して解決を図っている。したがって、八七条二項を競売に適用した点では、先に挙げた裁判例〔36〕と等しい。しかし、本件は大審院大正八年判決の立場に立ったうえで、競売開始決定の効力をもってその後の所有権移転を無効と判断した点に意義があり、

抵当権の効力の範囲という点では新しいものではないといえる。⁽¹⁷⁾

第三に、抵当権の効力が附属物に及ぶ場合における第三者への對抗要件についてみる。これに関して、大審院は、わずかに「[37] 事件において、抵当権の設定の前後を問わず附属建物が同一登記用紙に記載された場合に、抵当権の効力が当該建物に及ぶとしたにすぎない。」⁽¹⁸⁾

4 第四期 戦後の裁判例

次に、戦後の裁判例を検討する。

〔44〕 大阪高判昭和二七年六月二〇日下民集三卷六号八四七頁⁽¹⁹⁾

A 所有の家屋に設定されていた抵当権が実行され、当該建物を Y が競落した。他方、X は、競落以前に A から本件建物および備付の動産を買い受け、指図による占有移転の方法で引渡を受けていた。X は、Y に対して不当利得に基づく損害の賠償を求めた。原審、請求棄却。控訴棄却。傍論ではあるが、裁判所は、次のようにいう。設定後に従物所有者が変更しても、従物が主物の常用のために附属するという客観的状态と主物の登記とによって、A は、第三者に對抗できる。従物の所有権を取得した X は、抵当権の及んでいる状態で所有権を取得したにすぎない。

〔45〕 名古屋高決昭和三〇年六月二二日判時五九号一八頁

本件建物は、主たる建物たる事務所と同一登記用紙に登録されていた。しかし実際は、抵当権設定後に登記簿記載の附属建物が火災によって消失した後、新築されている。この本件建物を含めた競落許可決定に対して抗告が行なわれた。抗告棄却。本件建物は、旧建物と、①構造および建坪に大差がなく、②用途も納屋として同じであり、③登記も流用しており、④主た

る建物と一括して賃貸されている。以上から、本件建物は、事務所の附属建物である。また、抵当権の設定行為において別段の定めもない。したがって、抵当権の効力は、本件建物に及ぶという。

〔46〕 名古屋高決昭和三〇年七月八日下民集六卷七号一三九四頁

Xは、Aのために宅地建物に抵当権を設定した。設定当時建具は備え付けられており、庭木・石灯笼その他の庭石・竹神垣・手間垣などは約三か月後宅地に附加された。畳は、後日搬入し従物とする合意があった。債権者Yは、競売開始決定中の目的物に「従物定著物悉皆」を附加する旨の更正決定を求め、その旨の更正決定がなされた。Yの申立当時、畳は、搬入するばかりとなっていた。Xは、設定後の従物は抵当権の目的に含まれないとして、抗告した。抗告棄却。特段の事情のない限り、抵当権設定後に附加されたすべての物に抵当権の効力が及ぶ。本件における庭木庭石などは、構成部分であり、附加の日時を問わず抵当権の効力が及ぶ。また畳については、合意とその状況から、設備と同時に、抵当権の効力が及ぶという。

〔47〕 東京高決昭和三二年九月五日東高民時報八卷九号二一一頁

Xは、建物甲を取得し、登記した後、建物乙および丙を増築したが、変更登記はしなかった。その後、Xは、所有する建物に抵当権を設定したところ、競売された。競売手続き中に抵当権者の代位申請によって増築部分を含む変更登記がなされ、Yが建物を競落した。Xは、変更登記前に丙は保存登記済であって抵当権者の変更登記は無効であり、また甲乙と丙とは別個の建物であるとして、異義を申し立てた。原審、異議申立棄却。抗告棄却。甲乙と丙の密着性、柱の共通性、境界の不存在および屋根の葺き具合などから、丙は、甲乙に従属し、経済的に独立した効用を有さない。したがって、丙は、甲乙の構成部分であり、別個の所有権ないし抵当権の目的とはならないという。

〔48〕 東京高決昭和三四年二月二五日東高民時報一〇卷二号三六頁

抵当権の実行に際して物置も一括した競売許可決定に対して、物置が別個の建物であるとして、抗告したものと思われる（詳

細不明)。抗告棄却。抵当権は、附加一体物のみならず従物にも及ぶので、設定行為に別段の定めのない限り、附属建物にも及ぶという。

[49] 奈良地裁葛城支判昭和三八年八月二三日下民集一四卷八号一六〇一頁

Xは、A所有の家屋について有していた根抵当権を実行した。その際、A、YおよびBは、XにYが競落する旨を申し入れたが、Yの競落は、代金不納入により取り消された。そこでXが競落し、登記を経由した。ところが、Yは、Xの競落以前にAから本件門塀を買い受けたとして、所有権を争った。Xは、Yに対して本件門塀の所有権の確認を求めた。請求認容。Aが、家屋の常用に供するために本件門塀をその家屋に附属させており、本件門塀は、抵当権の効力が及び、競落によってXの所有に帰したという。

[50] 最判昭和三九年一月三〇日(一小)民集一八卷一号一九六頁

Aは、Y所有の建物に根抵当権を有し、同時にYとの間で右建物について代物弁済予約を結んでいた。Yは、抵当権設定後、建物に本件築造部分を加えた。Aから貸付債権、根抵当権および代物弁済による所有権移転請求権保全仮登記を譲り受けたXは、Yの不履行を理由に、代物弁済予約に基づく所有権移転請求権保全仮登記の本登記手続きを求めた。一番および二審、請求認容。破棄差戻。本件築造部分が従前の建物と一体となっているか否かの判断は、物理的構造のみならず、取引または利用の対象として観察した建物の状況もまた勘案しなければならない。したがって、本件においては、両者の種類・構造・面積、造作周辺建物との接着の程度、四辺の状況等の客観的事情ならびに一個の建物として登記登録されるに至った所有者側の事情を総合して、本件築造部分が従前の建物から独立して取引および利用の対象となるかを判断すべきであるという。

[51] 仙台高決昭和三九年二月一二日下民集一五卷二号二五七頁

Xは、ガソリンスタンドとして利用されているYの土地建物について後順位の抵当権および根抵当権を有していた。本件土

地建物の競売手続きにおける最低競売価格の算定に際して、ガソリンスタンドのコンクリートブロック塀と地下油槽の価格が含まれていなかったため、Xは、違法を主張して競落許可決定の取消を求める旨の即時抗告をなした。即時抗告認容。土地建物は、客観的経済的に見て有機的に結合して一体をなし、コンクリートブロック塀は土地と附加して一体をなしており、また地下油槽もガソリン給油施設として土地建物に有機的に結合した附加一体物と解することができる。また、裁判所は、三七〇条の「附加一体物」について、物理的に一体をなすものだけでなく、経済的に不動産と一体をなしてその効用を助けるものを含むと説示した。

〔52〕 東京地判昭和三十九年八月二十九日判タ一六五号二二四頁

Bは、X所有の土地建物に設定された抵当権を実行した。その際、競売裁判所の過失によって土地建物両方が競売され、競落されたので、執行裁判所が過失を発見し競落代金分を還付した。Xは、さらにY（国）に対して損害の賠償を求めた。なお、本件土地にはA名義の建物が存していた。争点は、損害の発生である。これに関連して本件建物とA名義の建物との異同が問題となった。すなわち、両者は附加して一体であるから、この部分にも法定地上権が成立し、損害は生じないとYは主張した。裁判所は、両方の建物は構造上・公簿上別個であり、売買・抵当権の設定に際しても独立の対象となり、さらに面積の点も勘案すれば、附加して一体となったとはいえないとして、Yの主張を退けている。

〔53〕 仙台地判昭和三十九年二月二三日訟月一卷（三三二〇頁）三七四頁

Aは、Xの土地および建物①に根抵当権の設定を受けた。当時増築部分②の建築が行なわれており、ほぼ完了していたが、登記は①のみであった。Y（国）は、登録免許税として①および②を含めた価格での納付を求めた。Xは、不法行為に基づく損害の賠償または不当利得に基づく返還を求めた。請求額は、過大に納付した登録免許税額である。請求棄却。物理的構造および取引ないし利用対象の点で、①と②は別個の建物とは見れないし、X・A間でも当初から増築部分を根抵当権の目

的に含める意図であつた。また、新築による保存登記や追加担保の約定をする余地のない。したがって、抵当権の目的建物は、①および②であるという。

〔54〕 松山地判昭和四〇年二月一日下民集一六卷二一〇五頁⁽²¹⁾

Aらは、B所有の宅地建物に有していた抵当権を実行し、Cが宅地を競落した。Xは、Cから本件庭木庭石を取得した。他方、Dは、Bに対する強制執行として庭木庭石を差し押さえて競売し、Eが競落した。Yは、Eから取得した。なお、Yは、建物も競落している。Xは、Yに対して庭木庭石の引渡を求めた。原審、請求棄却。控訴棄却。庭木庭石は、抵当権の設定当時宅地上に存在しており、本件宅地の抵当権の効力が及んでいた。他方、建物に美的景観を添えるために庭木庭石を植付配石したからといって、これを以て直ちに庭木庭石が建物の常用に供する従物であると見ることはできないという。

〔55〕 函館地判昭和四二年三月一〇日判時五〇二号五五頁

本件浴室は、A Bの共有で両者所有の建物の中間にあつた。Aの土地建物に設定されていた抵当権が実行され、Cが建物のみ競落した。Xは、Cから建物を買受けた。他方、Y₁は、Aから土地を譲り受けた。Y₂は、Bの相続人である。Y₃は、Cの競落後A所有の土地に建物を建築した。Xは、Y₁らに対して地上権確認、妨害排除および建物収去土地明渡を求めた。請求一部認容・一部棄却。建物の構造・目的・使用実態などから浴室の共有部分はX方の建物の従物と認められ、Aの設定した抵当権はAの共有持分にも及ぶ。したがって、Xの取得した建物および本件浴室部分について法定地上権が成立する。

〔56〕 新潟地判昭和四三年二月二九日判時五二六号七五頁

Aは、X所有の主たる建物に根抵当権の設定を受けた。間借人Bは、土間を改造し、台所・便所・玄関を附加した。Cは、本件建物を競落し、Yは、Cから買い受けた。他方、Xは、Cへの競落許可決定後、所有権移転登記以前にBとの間で訴訟上の和解を行ない増築部分を譲り受けた。Xは、Yに対して不法占拠を理由とする損害の賠償を求めた。原審、請求認容。

原判決取消・請求棄却。係争部分は、人の居住に必要な便所・台所・玄関であり、主たる建物に附加されたものであるから、主たる建物に従として附合した。しかも、係争部分は、それ自体独立して建物の効用を有するものでない。したがって、競落によってCを経てYに帰属したという。

〔57〕 最判昭和四四年三月二八日（二小）民集二三卷三三六九九頁

Xは、Bに対する債権の担保のためにA所有の宅地その他に根抵当権の設定を受けた。宅地上には、石灯籠・庭木・庭石などが存していた。Yはこれら庭木庭石などに対して強制執行を行なった。Xは、Yに対して強制執行の排除を求めて、第三者異議の訴を提起した。一審、請求認容。本件物件は、①宅地に庭園としての風致を与え常時鑑賞するために附設され、②設定当時すでに設置されている、③これを取り除くと経済的価値を著しく損じるから、附加一体物である。また、除外する定めもない。したがって抵当権の効力は、本件物件に及ぶとした。原審、控訴棄却。従物および附加一体物については、明認方法を講じる必要はないとした。上告棄却。宅地に対する根抵当権は、従物にも及ぶ。この場合、根抵当権登記をもって、特段の事情のない限り、民法三七〇条による従物たる物件についても対抗力を生じるといふ。

〔58〕 東京地判昭和四六年八月一二日判時六四九号三九頁

Y₁は、X₁所有の旅館の全建物とその敷地に設定を受けていた抵当権を実行し、自ら競落した。他方、X₂は、競落土地建物のY₁への移転登記の終了後に、X₁から代物弁済によって当該土地建物を取得した。また、Y₂は、Y₁から本件土地建物を賃借した。X₁とX₂は、抵当権設定契約の不成立と本件物件および温泉権に抵当権が及ばないことを主張して、Y₁による右物件の占有使用禁止等の仮処分を申し立てた。申立却下。本件物件と温泉権のいずれにも抵当権の効力が及ぶという。なおその際、裁判所は、各物件につき個別に取外しの可能性と取り外した場合の経済的効用等を検討し、いずれの物件も取外しが極めて困難であるかまたは取り外した場合に経済的効用に大きな差が生じるので競落物件である土地ないし建物に附加して一

体となったと解した。

〔59〕 大阪地判昭和四七年二月二一日判時七一三号一〇〇頁

Bは、A所有のビルに設定を受けていた抵当権を実行し、Xが当該ビルを競落した。Cは、Aからエレベーターおよび配電盤などの本件物件を含む家財道具、事務用器具およびその他の動産類を買い受け、Yに売却した。Xは、Yに対して本件物件の所有権の確認を求めた。請求認容。本件物件は、その機能や価値の点で単に従物にとどまらず、附合物または附加一体物に該当し、抵当権の効力が及ぶ。これら物件が建物から分離されれば、独立の所有権の対象となるが、分離の際しては、抵当権者の同意が必要である。もし同意がなければ、その処分は無効であり、善意の第三者の保護のためには民法一九二条が適用される。もつとも本件では、Yが占有改定の方法で占有を取得しており、一般の外観上従来の占有状態に何等変更を加えるものでないから、即時取得による保護を受けることはできないという。

〔60〕 札幌地判昭和四八年一月二九日判時七四〇号八六頁

Y_1 は、Aのために Y_{1-2} 所有の土地建物に抵当権を設定し、その後 Y_{3-4} との間で短期賃貸借契約を締結した。Xは、Aから債権と抵当権を譲り受けた。Xは、短期賃貸借の解除とその登記の抹消を求め、さらに畳建具類について Y_4 による搬出の禁止を求めた。請求認容。本件畳建具類は、土地建物の構成部分または従物として土地建物との間で経済的一体性があり、本件土地建物に附加して一体をなしている。よって、Xの抵当権は本件動産に及ぶ。ところが、もし Y_4 によって本件動産が搬出されれば、目的物件の交換価値が減少し、Xの抵当権が侵害されることになる。したがって、Xは本件動産の搬出禁止を求めることができるという。

〔61〕 仙台高判昭和五二年四月二一日判タ三五七号二六四頁

Aが既存建物①に根抵当権を設定した後、これに接着して建物②を増築し、建物①と共にYに譲渡した。Yは自己の名義で

建物②について表示登記と保存登記を了えた。他方、Xは、建物①を競落し、さらに建物②も競落した。Xは、Yに対して建物②の保存登記の抹消を求めた。請求認容。建物①②とも同じ事務所、ガレージおよび従業員宿泊所に使用しており、階段も②の方のみにある。これは、②の新築に加えて①に改造を加えた結果である。また、Yの建物購入は、一括したものであった。したがって、建物①および②は、附合して①の根抵当権に服するという。なお、裁判所は、一般論として、抵当権の効力がその設定後の附加一体物に及ぶことは、三七〇条本文から明らかであり、ここで附加一体とは附合を含むと説示した。

〔62〕 東京高判昭和五三年二月二六日下民集二九卷九〇二二号三九七頁

Aは、B所有の土地建物に設定されていた抵当権を実行し、Cが土地建物を競落した。Xは、Cから本件土地建物を購入し、以後キャバレーとして使用している。他方、Yは、B・Y間の和解調書に基づき劇場施設用動産類などの本件物件の強制執行をXに通告した。Xは、Yに対して所有権ないし占有権に基づく強制執行の排除を求めた。なお、本件物件は、抵当権設定の前後に備え付けられた。原審、請求一部認容・一部棄却。控訴棄却。控訴審においてYは、高額な本件従物を抵当権の効力の及ぶ範囲から除外する旨が合意されたと主張した。裁判所は、Y主張の合意について、本件でそのような合意がなく、また従物に数億円かかったとしてもBの側はともかくAがそれを除外することを明示または黙示に承諾しておらず、そのような合意があったとし難い。したがって、抵当権設定契約により当然に従物に効力が及ぶという。また、設定後競売開始決定以前に備え付けられた従物に関して、抵当権が及ばないとしても競売による所有権移転には従物として運命を共にするから開始決定の差押を主物の処分と見て、その効力が従物に及ぶと見るほうが合理的である。さらにすすんで、設定後の従物に抵当権の効力が及び、従物所有者も従物を恣に処分できないと解すべきであるという。

〔63〕 東京地判昭和五五年一月二八日判時九六四号八七頁

Xは、空調・変電・エレベーター諸設備を備えたA所有のビルに抵当権を有していた。他方、Yは、公正証書に基づいて本件設備に対して強制執行を行なった。Xは、第三者異議の訴を提起した。請求認容。本件設備がビルにおいて必要不可欠であることは、経験則上明らかであり、取り外せばビルの経済的価値を著しく毀損する。また、設備も本件ビル用の仕様であることから分離によって社会経済的価値が著しく損われる。したがって、本件設備は、本件ビルに從として附合しており、よって本件設備に抵当権の効力が及ぶという。また、裁判所は、括弧書きではあるが、本件設備が附加一体物でないとしても従物であるとして抵当権の効力が及ぶと説示した。

〔64〕 東京高判昭和五六年四月一六日判時一〇〇三号九六頁

Aは、本件土地に抵当権を設定した。Xは、Aから塀を構成する深岩石、事業用機械および建物などを買収し、同時にAに賃貸した。他方、Yは、これらの事情を知らずに本件土地を競落した。Xは、Yに対して塀を構成する深岩石の所有権の確認を求めた。一審、請求棄却。控訴棄却。本件深岩石は、塀の構成要素となり、全体として塀を構成し、塀が本件土地に定着し、継続的に定着させて使用することがその取引上の性質となっている。したがって、本件土地を競落して所有権取得登記を経由したYは、本件塀の所有権をも取得した。他方で、本件塀は土地の定着物であるから、立本法の適用をうけない立木と同様、明認方法を講じない限り、本件塀を買収したXは、その所有権取得を第三者に対抗できないという。

〔65〕 東京地判昭和五六年一月二五判時一〇四六号七五頁⁽²²⁾

Aは、B所有の土地建物に有していた根抵当権を実行し、Xが本件土地および建物①②を競落した。他方、Bの妻Yは、建物②を占有している。Xは、Yに対して建物明渡ないし建物取去土地明渡を求めた。Yは、抗弁として建物②の増改築により①と②が別個の建物となったと主張した。請求認容。建物②は、主たる建物①に從として附合していた。②の増改築によってまったく別の建物になったとは認められない。増改築部分は②に附合し、①と②は、一体をなすと解するのが相当であ

る。したがって、抵当権の効力は、建物②に及ぶという。

〔66〕 東京高判昭和六一年二月二四日判時一二二六号六八頁

Bは、A所有のガソリンスタンド店舗に有していた根抵当権を実行し、建物は、Xが競落した。Xは、建物の賃借人Yに対して建物明渡およびガソリンスタンド設備の引渡を求めた。一審、請求認容。控訴棄却。次の理由から、本件諸設備は、本件店舗の従物であるので、Xは競落によってそれらの所有権を取得したという。すなわち、①地下タンクを含む本件諸設備が敷地賃借権付きのガソリンスタンド店舗を中心にこれと経済的に結合してガソリンスタンド営業に供せられている。②社会観念上継続して本件店舗の効用を全うさせる役割を果すものであることが明らかである。③本件建物内の設備と一部接続し、近接した場所的關係にある。④経済的価値の大小は、社会観念から見た客観的効用の主従を判断基準とすべき主物従物の区別を左右する決定的要素とならない。

〔67〕 最判平成二年四月一九日（一小）判時一三五四号八〇頁

裁判例〔66〕の上告審。上告棄却。本件設備は、①地上地下に近接して設置されている、②本件建物内の設備と一部管によって連通している、③店舗である建物に本件諸設備が附属してガソリンスタンドとして使用され、経済的に一体をなしている。したがって、本件諸設備は、本件建物の従物であり、建物競落人Xは、本件諸設備の所有権をも取得したという。

以上紹介した二三件の裁判例を、第一に、訴訟の対象となった目的物の種類で分類すると、第三期までと大きく異なっていることが明らかである。それは、第三期までの戦前の裁判例で非常に多かった畳建具などを対象とする事件がわずかに止まるの⁽²³⁾に対して、附属建物や増改築部分を対象とする事件ないし各種の設備を対象とする事件が増えている点である。すなわち、附属建物や増築部分を対象とする事件は一〇件あり、門や塀を対象とするものも三件ある。また、ガソリンタンクを対象とする事件が二件（但し、三裁判例）、さらに電気系のビル設備、たとえば空調設備やエレベ-

ター設備等の諸設備を対象とする事件が四件（但し、五裁判例）ある。この諸設備に関わる事件は、戦後初めて登場した。この変化は、抵当権者や競落人、所有者にとって、使用価値の点でもまた交換価値の点でも、争うべき価値を有する物件が変化したことの結果であると思われるし、また他方で、社会通念の変化によって従来多く争われていた物品について抵当権の及ぶことが当然とされるようになったためであると推測することができる。⁽²⁵⁾

しかし、第二に、結論の点から検討すると、物件の種類による結論の差はない。ほとんどすべての事件で抵当権の効力の及ぶことが認められている。具体的にみると、一方で、従物と評価されたものに、動産（裁判例〔44〕、畳（同〔46〕）、物置（同〔48〕）、門および塀（同〔49〕）、浴室に関する共同持分権（同〔55〕）、庭木庭石灯籠（同〔57〕）、畳建具類（同〔60〕）、配電設備等の諸設備（同〔62〕）、地下タンク等のガソリンスタンド設備（同〔66〕）および〔67〕）がある。他方、附加一物体と評価されたものには、庭木庭石（同〔46〕）、コンクリートブロック塀と地下ガソリンタンク（同〔51〕）、エレベーターおよび配電盤（同〔59〕）がある。もともと、増築建物や附属建物の多くの事例や空調・変電・エレベーター諸設備（同〔63〕）が⁽²⁶⁾ 附合物と評価されている。この点については、裁判所は、抵当権の効力に関して附加一物体に附合物が含まれると考えているため、附加一物体と附合物との相違があるわけではない。したがって、附合物と判断されたものは抵当権の効力の点では附加一物体といえることができる。そうであるとすれば、附属建物、塀、庭木庭石、ガソリンスタンド設備および配電設備などビル諸設備について、従物が附加一物体かの判断は交錯しており、これは、その事案の事情によるもので、一定しているわけではないと考えることができる。むしろ逆に、裁判所は、その法的な評価の相違を超えて、不動産に附属する物に抵当権の効力を及ぼそうとしているといえよう。

それでは、目的物の法的評価基準は、どうなっているのか。第三に、この点を見る。基準を明示する裁判例は、〔47〕〔50〕〔53〕〔55〕〔59〕〔63〕〔66〕〔67〕の一〇件である。しかし、このうち、〔47〕〔50〕〔52〕〔53〕〔55〕の五件は係

争物件である建造物が抵当建物と一体をなしているのか否かを判断するための基準であった。この五件のうち、まず、[47]事件で、東京高裁は、もっぱら建物の物理的構造の点をその基準としている。その後、[50]事件において、最高裁第一小法廷は、係争建造物と抵当建物の一体性の判断基準として両者の物理的構造・取引関係・利用状況などを考慮すべきであるとした。この判決以降、各裁判所は、この判断基準を採用している。

このような建物に関する事件に対して、[51][59][63][66][67]の五件では、動産が問題となった。この五件の目的物は二種類に分かれる。すなわち、地下ガソリントankとガソリンスタンド設備が問題となった[51]、[66]および[67]事件、と、エレベーター・配電盤や空調・変電設備のようなビル設備が問題となった[59]および[63]事件である。そのうち前者の[51]事件では、地下ガソリントankについて裁判所は宅地建物に有機的に結合しており、その附加一体物であるとし、附加一体物には物理的に一体をなす物だけでなく、経済的に一体をなしてその効用を助けるものを含むとする。また、[66]事件では、地下ガソリントankを含むガソリンスタンド設備が建物を中心に経済的に結合して営業に供されていること、社会通念上建物の効用を全うさせる役割を果たすものであることを挙げ、建物の従物であるとした。さらに、[67]事件では、最高裁判所第一小法廷が、経済的一体性を認め、従物としている。これらと[51]事件における判決とは、一方で従物、他方で附加一体物という評価の相違があるが、しかし、経済的一体性という基準を挙げる点やその内容の点で一致する。これに対して、後者の[59]事件では、機能やその価値の点を考慮して、エレベーターや配電盤設備が単に従物にとどまらず、附合物か附加一体物になるとする。ここで考慮された機能や価値とは、九階建てのビルのエレベーターが本来的昇降手段として必要不可欠であること、ビルの目的を十分に機能させるために相当の電力を必要とし本件配電盤は社会通念上必要不可欠であること、本件エレベーターや本件配電盤は高層ビルを離れてはその価値が著しく減少することの三点である。また、[63]事件においても、空調・変電・エレベ-

ターの各設備について、経験則上必要不可欠であること、取りはずせばビルの経済的価値を著しく毀損すること、また設備の側でも本件ビルに合わせて設計されているため取りはずすことによって社会経済的価値が著しく損なわれることが挙げられており、〔59〕事件と同様に機能と価値の点から判断されている。

以上、右でとり上げた二種類の目的物に関する一〇件の裁判例はいずれも、戦前までに登場したことの無い物件についてのものであり、その意味で評価の基準が必要であった。この点で、これら裁判例は、①経済的な観点からの評価と②社会通念とを重視している。もっとも、第一の経済的な観点からの評価に関しては、ガソリンスタンド設備の方が経済的な一体性をそのまま認めているのに対して、ビル設備に関する裁判例では、それを取りはずしたときの建物の経済的な評価や設備自体の価値を問題にしている点で異なっている。しかし、後者は、一体性が失われる場合の経済的な損失を問題とするという方法で、いわば裏面から経済的な一体性の存在を認めているといえる。

また、この従物の評価基準と関係して、主物と従物の価値の大小をどのように捉えるべきか、また、従物の価値の大小と抵当権の効力の有無を結び付けるべきかが問題となる。たとえば、裁判例〔62〕では、従物である諸設備の価格が数億円であったことを理由に当事者が抵当権の及ぶ範囲からの除外を主張していた。この点に関して裁判所は、当事者間でそのような合意が明示にも黙示にもなかったことを理由に、否定した。また、主物と従物の関係と価値の大小については、裁判例〔66〕において、社会観念からみた客観的効用の主従を判断基準とすべきであって、経済的な価値の大小はその決定的要素とはならないとする。すなわち、ガソリンスタンドは、そのスタンドとなる土地や店舗となる建物が必要ならば、ガソリンスタンドとはいえないが、地下タンクがなくともそれに代わるタンクがあればよいことになるからであろう。⁽²⁷⁾したがって、裁判所は、主物と従物の区別を客観的な効用の観点から行ない、また、従物の経済的価値が大きくとも抵当権の効力が原則としてこれに及ぶとしているといえる。

それでは最後に、第三期までの裁判例の到達点からの点で、どの程度進展したのかという観点から、第四期の裁判例を概観する。

第一に、第三期までに重大な問題となっていた抵当権設定後の附属物への抵当権の効力に関しては、わずかに「[45]」、「[46]」および「[62]」事件が扱っているにすぎない。いずれも、抵当権の効力を認めている。しかし、若干、異なる部分がある。すなわち、「[45]」事件と残り二件との相違点は、目的物が建物であるか否かである。「[45]」事件は、附属建物が抵当権設定後焼失し、ほぼ同じ附属建物を新築した事案である。ここでは、同一登記用紙に登記されていることを要件として附属建物に抵当権の効力が及ぶという裁判例「[37]」で示された解釈が維持⁽²⁸⁾されている。

他方、「[46]」事件においては、一般的に抵当権の効力が設定後の附加一体物に及ぶことを認めただうえで、従物たる畳については搬入が目前であったという事情や畳に抵当権を及ぼすという当事者間の同意の存在を踏まえて、その畳が設備と同時に抵当権の効力が及ぶという。それに対して、「[62]」事件ではむしろ、設定後競売開始決定以前に設置された従物については抵当権の効力が及ばないとしても、競売が行なわれた場合にはその競売による所有権移転によって従物として運命を共にすることを基礎に、むしろその競売開始決定が主物についての処分にあたると考えることが合理的であり、さらに抵当権が及ぶと解すべきであるという。すなわち、前者は、当事者の意思と搬入寸前であったという特殊事情を理由にするものであり、後者は、競売の効力を用いながらも、結局は、正面から設定後の従物にその効力が及ぶと解する。もつとも同時に、後者では抵当権の設定の前後に各設備がとりつけられており、それらを区別して取り扱うことが妥当ではないという判断が判決の基礎にあったのではないだろうか。そうであるならば、両方の判決はいずれも特殊な事情の存する事案であるといえる。したがって、抵当権設定後の附属物について、第四期に至って積極的に解するようになったとまでいうことができるかは、問題がある。しかし、このような二つの裁判例の立場は、すでに大正期

に設定当時の従物について抵当権の効力を認めるか否かに際して、裁判所がとった二つの方法と一致している。とくに、後者のような競売の効力を利用する方法は、戦前の裁判例において抵当権の効力を拡大しようとする際によくとられた構成である。それだけに、積極的に解する方向にあるとはいえるのではないだろうか。

第二に、設定当時の従物に抵当権の効力が及ぶという戦前の裁判例の到達点を前提として、それをどのように理論構成するのか。この点について、裁判例は、学説における根拠条文をめぐる争いの影響を受けて、いくつかの立場に分かれている。すなわち、第一は、「46」、「53」および「60」の各裁判例のように「附加一物体であるから抵当権が及ぶ」としつつ、三七〇条にいう附加一物体に従物が含まれるとするものである。これによれば、附合物と従物の両方が附加一物体に含まれることになる。第二は、「44」「46」「48」「49」「55」「57」「62」「66」「67」の各事件のように「従物であるから抵当権が及ぶ」として、まさに八七条二項によって直接従物に抵当権が及ぶという結論を導くものである。この他に、「63」事件のように附合したことを理由にするものがある。附合すれば同時に附加して一体となり、抵当権の効力が及ぶことになると考えられるから、三七〇条を根拠とする点では、これは先に述べた第一の立場と同じである。したがって、以上からも明らかのように、裁判例の大勢としては、従物であるからということを経由するものの方が中心的であるように思われる。

第三に、抵当権の効力が従物に及ぶことを前提として、それをどのように公示するのか、また、どのようにして第三者に対抗するのか。この点に関する裁判例としては、たとえば「44」事件や「57」事件がある。前者の事件では大阪高裁は、従物についての抵当権は主物についての登記と主物の常用のために附属するという客観的状态とによって第三者に対抗できると判示したのに対して、最高裁は昭和四四年判決、すなわち「57」事件において、抵当権設定当時の従物に関して抵当権設定登記によって三七〇条に基づき従物にも対抗力を生じると判示している。しかし、実際には両者の

判決は同一の内容を示していることは明らかである。すなわち、大阪高裁が挙げる第二の要件は、動産が不動産の従物であるための要件でしかないからである。そうすると、附加一体物の場合だけでなく、従物が問題となる場合であっても、裁判所は、抵当権の登記があればそれをもって従物に抵当権の効力が及ぶことを第三者に対抗できるという解釈をとっているといえることができる。⁽³⁰⁾

- (1) この点は、すでに、瀬川信久「抵当権と従物（二）」北法三一巻（三〇四号（上）三八七―三八九頁）一三一九―一三二一頁（昭五六）が指摘している。
- (2) 裁判例「10」、「11」および「14」のコメント、雑報「家屋と造作」志林四二号八五頁（明三六）ならびに村上亨三郎「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」新聞三九九号八頁（明四〇）「裁判例」16」についての判批」を参照のこと。
- (3) もっとも、従物と評価したのは「5」事件であるが、この事件において、大審院は、工場内の機械器具を定着物であるか、そうでないとしても従物であると判示した名古屋控訴院の判決を支持しているにすぎない。むしろ、本件訴訟で当事者は、もっぱら当該機械器具類が定着物であるか否かを問題としている。
- (3a) ただし、「12」および「13」は、後述のように、造作についてののみ附加一体物として抵当権の効力が及ぶことを認めた判決である。とくに、「13」は、同時に争われた畳建具について、抵当権が及ばないと解している。
- (4) なぜ、この時期の裁判所が否定的であったのか。これについて、瀬川・前掲注（1）一三二三頁は、第一に畳建具が家屋の必備品ではなかったこと、第二に当事者意思を重視する傾向が強かったこと、第三に動産の非占有担保に対する強い疑念が存していたことを挙げる。
- (5) このことを指摘するものに、瀬川・前掲注（1）一三三四頁がある。
- (6) この判断は、「7」事件においても繰り返されている。しかし、この判決自体が上述した「1」事件の差戻審での判決であるので、これは当然のことといえよう。

(7) もっとも、この後も機械に関する事件は登場するが、それは工場抵当法が「工場」について当事者がその設定を望んだ場合にしか適用されないためであると指摘するものに、たとえば、瀬川・前掲注(1)一三三四頁注(5)がある。しかし、工場抵当法第二条の文言から、客観的に「工場」に属する土地と建物に抵当権の目的である場合には、特別な意思表示なしに、工場抵当が設定されると考える立場からは、その建造物が「工場」に妥当しないときは、工場抵当法によらず、民法上の抵当権の適用が問題となろう。この立場をとるものとして、香川保一「工場及び鉱業抵当法」二二頁(港出版合作社、改定増補再刷版、昭三五)、酒井栄治「工場抵当法(特別法コンメンタール)」一八頁(第一法規、昭六三)などがある。

(8) もっとも、この事件では抵当権者は、抵当権を実行したのではなく、強制競売を行なった点に注意しなければならない。したがって、厳密には抵当権の目的物に関する事件ではないが、傍論にその点についての説示がある。

(9) これは、注(7)で述べたように、財団抵当法の一つである工場抵当法のカバーする範囲がいわゆる「工場」に限定されているため、商店に備え付けられた機械器具類には適用されないからである。

(10) 本件で大審院がこのような事実の解決に至った理由として、本件は納屋や湯殿、便所等の附属建物の帰属が争点であり、また、抵当権が宅地建物に設定されていたので、競落人を保護しないとしても、それらの附属建物の搬出などを、事実の解決として、考えにくかったこともあるように思われる。

(11) たとえば、信濃孝一「宅地上の従物と抵当権の効力」野田宏二後藤邦春編『裁判実務体系14担保関係訴訟法』一一〇頁(青林書院、平三)、湯浅道男「抵当権の効力の及ぶ範囲」星野英一ほか編『民法講座3物権(2)』六二頁(有斐閣、昭五九)などがこの点を指摘している。

(12) この判決は、附加一体物とされるべき茶の間を従物とした点、および、従物に抵当権の効力の及ぶのが大審院の判例とした点が問題であると評価されている(たとえば、我妻栄「判批」『判例民法』大正一〇年度一二事件三六〇頁(大一一)「同」『民法判例評釈一総則・物権・担保物権』三八九頁(コンメンタール刊行会、昭四〇)所収)、同「建物の抵当権の効力は設定当時の畳建具に及ぶ」『連合部判決巡歴一総則・物権』二八四頁(有斐閣、昭三三)など)。しかし、論理的な問題や根拠法令の問題を離れて、経済的観点からみれば、この判決が担保権設定後に附属した物に担保権が及ぶとした点が、重要である。

(13) 建物の個数を判断する場合の判断基準として、建物の物理的構造のほかに、このような経済的観点からの考慮を、当事

者の意思、周囲の建物との接着の程度、連絡設備および周囲の状況などの客観的事情と共に加えるべきであるという判決がある（大判昭和七年六月九日（一民）民集一一卷一三四一頁）。

（14）残り一件、すなわち裁判例〔33〕は、畳建具についての法的評価を行っていない。

（15）一般的な評価である。たとえば、柚木馨編『注釈民法（9）物権（4）』三九頁「柚木馨Ⅱ西沢修」（有斐閣、昭四〇）、我妻栄ほか編『判例コンメンタールⅢ担保物権法』二八三頁「清水誠」（コンメンタール刊行会、昭四三）、高木多喜男『担保物権法』一一五頁（有斐閣、昭五九）「同時に、このような否定判決の理論構成から積極説の判例法理を抽出することは妥当ではないとする」、信濃・前掲注（11）一一頁などがある。

他方、於保不二雄「附加物及び従物と抵当権」民商二九卷（五号一三頁）三一七頁（昭二九）は、判決は同時に八七条二項が解釈規定であることを述べており、反対解釈からのそのような評価はできないとする。また、瀬川信久「抵当権と従物」谷口知平Ⅱ加藤一郎編『新版・判例演習民法2 物権』二三〇頁（有斐閣、昭五七）は、特約のない場合に抵当権の効力が及ばないとした判決ではなく、むしろ事案の内容からは設定後の従物に抵当権が及ばないという判決であると評価する。

（16）このような評価をするものに、於保不二雄「抵当権の及ぶ目的物の範囲」『総合判例研究叢書民法（5）』一一〇頁（有斐閣、昭三二）、我妻「建物の抵当権の効力は設定当時の畳建具に及ぶ」・前掲注（12）一一八九頁などがある。

（17）ここまででとり上げた〔35〕、〔36〕および〔42〕の三つの事件は、むしろ次款でとり上げる「分離」と抵当権の効力にかかわる事件である。

（18）もっとも、畳建具付の建物を売却した後、売主の債権者からの畳建具への強制執行に対して買主が第三者異議の訴を提起した事案について、大審院の判断は、一致していない。すなわち、一方で、畳建具の譲受けの對抗要件は建物の登記のみで足りるとする（大判昭和八年二月一八日（一民）民集一二卷二八五四頁）が、他方で、動産として独立の對抗要件の具備が必要であるとする（大判昭和一〇年一月二五日（二民）新聞三八〇二号二二頁）。

（19）本件の主たる争点は、最低競売価格の算定に際して評価しなかった動産の競落によってその所有権を取得したYに不当利得があるのかであった。これについて裁判所は、この瑕疵は手続き上のものであって、手続き完結後はもはやこれを主張して所有権取得を否認しえないので、不当利得はなかったとした。

(20) 別棟である本件物置を附属建物と裁判所が判断した基準は、その位置と構造である。

(21) もっとも、本件では同時に法定地上権の範囲内に庭木庭石が含まれるとして、結局Xの控訴を棄却した。

(22) なお本件では、Xは、この他賃料相当額の損害金の支払も求めており、これも認容された。

(23) これに対して、戦前の裁判例は三つの時期すべて合わせて、合計四三件である。このうち、半数以上の二七件が畳建具に関する事件であるから、戦後の事件数が二三件中三件というのはきわめて大きな変化であるといえる。

(24) 附属建物に関する事件は、戦前が五件であるのに対して、戦後が一〇件であるから、単純に数の点で二倍、全体の占める割合の点では四倍になっている。また、電気設備は戦前は問題となっていないから、新たに登場したものである。

(25) 畳建具を例にとってみると、戦前期、とくに明治初期には家屋に畳建具が必備品として備えられていなかったようであり、これが、抵当権の効力が及ばないとの裁判例の原因ではなかったかとの指摘が存する(瀬川・前掲注(一) 一三〇八頁)。逆に、現在、家屋に畳建具がないのが普通であるとの意識こそ存しない。当然備えているものと考えるのが普通であろう。すなわち、畳がそもそも敷物であったが、徐々にその事実を忘れ(柳田国男『明治大正史第四卷世相篇』九七、九八頁(朝日新聞社、昭六)、柳田国男編纂『開国百年記念文化事業会編／東洋文庫蔵版 明治文化史第13巻風俗』八〇頁〔直江広治(原書房、昭五四)〕、同時に床材となっていたためであろう(小泉和子『日本史小百科17家具』六一頁〔近藤出版社、昭五五)〕。このような事実面での評価を踏まえれば、現在、畳建具は、従物よりもむしろ家屋の構成部分と法的に評価する方が妥当だろう(瀬川・前掲注(15) 二二七頁は、従物と構成部分の区別の基準の検討に際して、同様のことをすでに主張している)。また、檯梯次「建物と備付施設との集合体と従物法理(一)」(民商一〇五巻(四号九頁) 四四七頁〔平四〕は、中古品の商品性の低下によって市場が狭まると、分離・搬出によって大幅に価値が低下するようになり、その結果、その位置づけ自体が従物から構成部分へと変化したと主張する。

また、戦前期、畳建具が家屋の必備品でなかったことを一面で示していると思われるのは、借家における畳建具の取扱いであろう。この点で、たとえば、江戸時代のいわゆる裏長屋では畳・戸・障子などは、借家人持ちが通例であった。これは、明治になり江戸が東京と変わってもしばらくは変わらなかったようである(渋谷敬三編纂『開国百年記念文化事業会編／東洋文庫蔵版 明治文化史第12巻生活』二九八頁〔宮本馨太郎(原書房、昭五四)〕。同様の指摘をするものに、鈴木祿弥「借地・借家法前史(一)」(法学二六巻(二二二頁) 二五一頁〔昭三七)〕がある。これによれば、このような変化

は、従来の居職人や出職人のほかに、官吏、軍人および会社員などの転勤の避けられない階層が借家人となることによって生じたという。

(26) このことを明言するものに、たとえば、裁判例〔61〕がある。

(27) 正確には、土地は必ず必要であるが、無店舗スタンド、たとえば自動販売機のような給油設備を考えれば、必ずしも建物は必要はない。しかし、そのような給油設備を用いて営業をする場合、そもそも抵当権が建物に設定されることはないわけであるから、主従関係を考える必要もないといえる。

(28) この点からみて、裁判所は本件附属建物を附加一体物と評価していたと考えることができる。

(29) この学説の対立については、後述する。

(30) もっとも、この点に関しては、戦前の裁判例〔37〕が附属建物として抵当建物と同一登記用紙への登記を必要とするを判示している点が変わったのが問題となる。これについて、戦後の裁判例をみると、〔45〕事件において、名古屋高裁は、同一登記用紙に登記されていた附属建物の登記を流用した附属建物について抵当権の効力が及ぶとする。また、〔50〕事件において、最高裁は、独立の建物とする基準の一つに一個の建物として登記されるに至った事情を挙げている。しかし、積極的に登記を必要とするという説示はなかったし、また、後者はむしろ逆に独立の建物となる場合に独立の登記が必要であるものであって、附属状態を公示するために必要か否かはここからは明らかとはならない。したがって、この点に関する最高裁判所の立場は明らかではないといえる。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. XLVI No. 5 (1996)
SUMMARY OF CONTENTS

Über die Pfandrechte an Sachgesamtheiten (5) — 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 (soweit in Bd. 46. Heft 1.)

*wiss. Assistent an der juristischen Fakultät der Hokkaido Universität

IV. Pfandrechte an Sachgesamtheiten in Japan

1. Sicherungsübereignung von Warenlagern

(1) Sachgesamtheit

(2) Sicherungsübereignung eines Warenlagers mit wechselndem Bestand

(3) Zusammenfassung (soweit in Bd. 46. Heft 4.)

2. Zubehörhaftung

(1) Bürgerliche Gesetzbuch

(2) Rechtsprechung und Literatur über die später einverleibten Zubehör-
stücke

1. Rechtsprechung (in diesem Heft)

Schluß