



Title	集合財産担保に関する基礎的考察（6） 一日独諸制度の横断的比較一
Author(s)	池田, 雅則; IKEDA, Masanori
Citation	北大法学論集, 46(6), 83-138
Issue Date	1996-03-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15642
Type	departmental bulletin paper
File Information	46(6)_p83-138.pdf



論
說

集合財産担保に関する基礎的考察（六）

— 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

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 (Zubehorhaftung) に関する学説と裁判例の状況

第三款 まとめ

(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

序

第一款 狭義の工場抵当制度による集合財産担保

第二款 工場財団抵当制度による集合財産担保

第三款 企業担保法による集合財産担保

第四節 小括

むすび

（以上、四六卷五号）

（以上、本号）

二 学説の展開

ここでは、裁判例と同様に、戦前を三つの時期に分け、戦後と合わせて四つの時期ごとに、学説の展開状況を概観す

1 第一期

この時期の学説は、明治三五年前後に相次いで出された東京地裁と東京控訴院の相矛盾する判決を契機として、その判例批評の形で展開された。そこで問題とされたのは、建物抵当権の効力が畳建具や造作に及ぶのか、またそれと関連して建物が競売された場合にはそれらの畳建具や造作がどのように取り扱われるのか、である。抵当権の効力に関して積極説と消極説とがあるが、積極説からとり上げる。

第一に、抵当権設定時の畳建具に抵当権の効力が及ぶと解し、それを八七条二項で基礎づける見解がある。^(1a) この見解によれば、八七条二項は経済的な観点から公益のために認められた規定であり、そこにいう「処分」には抵当権の設定が含まれる。また、この見解をとる梅謙次郎博士によれば、三七〇条の規定は、抵当権の設定以後に抵当目的物に附加して一体となった物に抵当権の効力が及ぶことを定めた規定であり、他方、設定時には八七条二項が適用される。⁽²⁾ 他方で、梅博士は、畳建具と造作とを区別する。⁽³⁾ というのは、造作は、建物の一部を構成し、附加一体物であるところ、設定当時に附加一体物であれば抵当権の効力が及ぶのは当然であるから、結局造作には抵当権の効力が設定の前後を問わず及ぶからである。したがって、この見解によれば、抵当権設定時の造作にも畳建具にも抵当権の効力が及ぶことになる。

第二に、抵当権設定時の畳建具に対する抵当権の効力に関して第一説と同様に積極的に考えるが、しかしその根拠を八七条二項に求めない見解がある。⁽⁴⁾ この見解によれば、畳建具などがなければ、家屋はその効用を全うすることができ

ないから、そのような家屋は、完全な家屋とはいえない。したがって、畳建具は、家屋の一部であり、少なくとも附加一体物である。また、この「附加一体物」概念自体についても、不可分的に一体の状態である必要もなければ、機械力を借りなければ分離できない状態である必要もなく、ただ抵当目的物と一定の関係を有し、外見上一体をなし、使用上常に定着していることで足りるとする。さらに、この見解の論者は、第一説に対して、設定行為が処分であつて、従物にも及ぶと考えることは、動産が抵当の目的となることを意味し、理論上正鵠を得たものではないと反対する。仮に、「一步譲つて」畳建具が家屋の従物であるとすれば、それが動産である以上、抵当権の目的物にはならない。しかし、そうであるとしても、畳建具は、抵当権の実行による競売が処分に当たるために、主物と同時に競売されるといふ⁽⁵⁾。つとも、その売得金からの優先弁済は受けられないと解している。

第三は、消極説である⁽⁶⁾。その見解によれば、まず、造作と畳建具が区別される。すなわち、造作とは、家屋そのものと密着してその原形を毀損するか費用をかけないと容易に分離できないものであつて、家屋の一部となるものである。これに対して、畳建具は、従物となるが、だからといって主物の競売に従うものではない。というのは、八七条二項の規定は、当事者の意思の補充を目的とするから、当事者が反対の意思を表示した場合やその行為の性質上反対の意思を推測しうる場合においては、従物は、主物の処分に従わないことになるが、抵当権者による競売の申立てはまさに、右の場合に該当するからである。すなわち、抵当権者は、抵当目的物の売却代金を以て自己の優先弁済に充てようとするものであるから、家屋の従物ではあつても抵当目的物ではない畳建具から優先弁済を受けられない以上、抵当権者は、これを含めて競売する意思を有しえないはずであるからとする⁽⁸⁾。

第二期の裁判例である大審院明治三十九年判決（裁判例〔15〕）は、抵当権設定時の従物について、動産抵当の禁止を理由に、抵当権の効力の及ぶことを認めなかった。この判決に対して、第一期の積極説は、当然のことながら反対した。たとえば、梅博士は、次の三点を理由に八七条二項の適用を主張した。⁽⁹⁾すなわち、①三七〇条の規定は設定時の附加一体物に関する規定ではない。②動産抵当の禁止も、動産のみを目的とする抵当権を禁止するものであって、従たる動産が主たる不動産とともに目的となることを否定する理由とはならない。③八七条二項の趣旨は、従物を分離しては実際上不便であるから主物の処分に従うというものであって、抵当権の設定が処分であることは疑いがない。学説では、この見解に賛同するものが多数を占めていた。⁽¹⁰⁾また、この時期の教科書類の記述も、おおむね、梅博士の見解に従っていた。⁽¹¹⁾さらに、梅博士の見解の裏返しとして、抵当権設定後に附属した物には抵当権が及ばないとする見解も登場した。⁽¹²⁾これに対して、消極説も存在した。それによれば、右の見解が抵当権設定後の従物に抵当権の効力が及ばないと解することについては異論はない。しかし、設定時の従物については、積極説のように八七条二項により従物に抵当権が設定されると解するならば、動産抵当の禁止と物権法定主義に反することになる。また、仮に従物が抵当権の目的となるのではなく、八七条二項の結果として抵当権の効力が及ぶにすぎないと解するとしても、そのような解釈では、動産抵当が認められないことについて、何ら答えたことにならないという。⁽¹³⁾

前述のように、大正八年の大審院民事連合部判決（裁判例〔30〕）は、第二期の積極説の立場に立つ学説とそれに従った下級審裁判例とを受けて、従来の立場を変えて積極説を打ち出した。第三期の学説は、大審院のこの新たな立場を前提として展開した。すなわち、ここでは、八七条二項を根拠として、そこでいう「処分」に抵当権の設定が含まれ、したがって、当事者が反対の意思表示をしない限り、主物についての抵当権の設定はその当時従物である物に及ぶとされる⁽¹⁴⁾。八七条二項を根拠に抵当権設定時の従物に抵当権の効力が及ぶと解するこのような見解に対しては、もはや大きな異論が提起されることはなく、むしろ、抵当権設定後の従物についてどのように考えるのが次の問題として登場した。この問題については、次の四つの立場があった。

第一に、通説は、設定時の従物について八七条二項を根拠として抵当権の効力を及ぼすわけであるが、設定後の従物については、同じ八七条二項の趣旨に基いて抵当権の効力が及ぶことを否定する⁽¹⁵⁾。というのは、八七条二項の趣旨を當事者意思の推定であると考え、そのうえで抵当権設定を同条の「処分」と解すると、処分時に存在しない物を當事者が主物と同じ法的運命に服せしめることはできないからである。また他方で、抵当権設定後に附加した物については、八七条二項の規定ではなく、三七〇条が適用されて、抵当権の効力が及ぶことになる。したがって、附加一体物であるか否かが抵当権の目的となるか否かの基準となる。ここでいう附加一体物とは、いわゆる附合物であり、物理的に抵当不動産と一体をなしている物を指すのが普通である。したがって、従物に該当するような動産は、その独立性のゆえに附加一体物とならず、抵当権の効力が及ばないことになる。

第二に、抵当権は、原則として設定後の従物には及ばないとしても、これを一部で修正しようとする立場があった。

この立場は、とくに、当初備え付けられていた物が後に取り替えられた場合を問題とした。また、新築家屋に抵当権が設定される場合には、建物の完成以前に抵当権が設定され、その後に畳建具などが搬入され設置されることも多く、このため、この場合も同様に問題とされた。たとえば、法曹会は、畳建具の取替えが生じた場合において、取替え前後の畳建具は物理上は別物であるが社会観念上同一物ということができるから、抵当権の効力は取替え後の畳建具にも及ぶという決議を行なっている⁽¹⁶⁾。また、物上代位の考え方をを用いて、いったん抵当権の効力の及ぶ範囲内にあった物が新たな物に代えられた場合には、後者にも抵当権を行使できると考える見解もあつた⁽¹⁷⁾。さらに、三七〇条にいう「附加一体物」の範囲を広げることである程度対応しようとする見解もあつた⁽¹⁸⁾。それによれば、「附加一体物」とは、抵当目的物の構成分子となつた物だけでなく、取引上抵当目的物とともに一体として取り扱われる物の類をも含む概念である。そして、抵当権設定後に附加せられた従物に関しては、八七条二項の適用がないために、従物であるという理由からでは当然に抵当権の効力が及ぶということにはならないが、しかし取引上抵当目的物と一体として取り扱われる物である限りは、抵当権の設定後に附加せられた従物であっても、三七〇条が適用され、抵当権の客体になると解している。このように三七〇条の適用範囲を拡大する理由は、仮に「構成分子」だけが「附加一体物」であるとすれば、それは当然のことであつて三七〇条の規定が無意味な規定となつてしまうからである。ここで取引上抵当目的物とともに一体として取り扱われる物としては、抵当目的物たる家屋を圍繞する板塀や門、土地に植えつけた樹木であつて抵当家屋のための庭木となるものおよび家屋に取り付けられた畳建具が挙げられている。したがつて、この見解によれば、畳建具は、一方で従物であり、他方で附加一体物ということになる。

第三に、原則として抵当権設定後の従物には抵当権の効力が及ばないとする第二の諸見解に対して、より積極的に、設定後の従物にも抵当権の効力が及ぶとする見解がある。我妻博士の見解である⁽¹⁹⁾。博士は、この見解を比較法と新旧民

法典の法継受とから導いている。その解釈論上の提案は、八七条二項が主物従物間の客観的経済的結合関係に基いて従物が主物と法的運命を共にすることを定めた規定であることを根拠として、客体を絶えずその時の状態で把握する権利である抵当権は設定時の従物のみならず設定後の従物にも及ぶというものである。他方、三七〇条との関係では、そこにいう「附加一体物」が「従物」を含むと解することで矛盾が生じないとする。

最後に、以上のような諸見解と異なつて、競落こそが八七条二項にいう「処分」に当たるといふ見解があつた。⁽²⁰⁾これによれば、八七条二項は、当事者意思の推定と主物従物間の経済的結合関係の保護とを目的とする規定である。しかし、抵当権の設定をそこにいう「処分」と考えるのは誤つており、従物は、抵当権の目的とはならない。その理由は、次の五点である。すなわち、第一に、三六九条は、八七条二項の例外規定である。第二に、設定後の従物にも及ぶとすれば、第三取得者が備え付けた物にも及ぶことになる。第三に、抵当権の設定によつては目的物の利用者や所有者になんらの変動も来さない。第四に、抵当権が及ぶとすれば従物のみで被担保債権を満足させることができる場合においては、従物たる動産だけの実行が許されるはずであるが、競売法は、これを認めていない。第五に、従来の諸見解が抵当権の効力が設定時ないし設定後の従物に及ぶとするのは、結局、抵当権実行による不動産の競落によつて従物の所有権もまた競落人に移転するという結論を得るためのものであつた。したがつて、以上の諸理由から、従物を抵当権の目的と解すべきではなく、むしろ、反対の意思表示のない限り、主物の競落による所有権移転に従物が従うと解する方が妥当であるとする。

このように、第三期では、抵当権設定時の従物に抵当権の効力が及ぶことを前提として、さらに進んで設定後の従物が問題とされるようになった。しかし、通説はこれを否定し、全面的に肯定する見解は少数にとどまつた。もつとも、部分的に肯定する見解が現われており、設定後の従物について抵当権の効力を及ぼす必要性が議論の対象となつていた

第四期においても、当初は設定時の従物にのみ抵当権の効力が及ぶとする第三期の通説が維持されていた⁽²¹⁾。しかし、次第に、設定後の従物にも抵当権の効力が及ぶという我妻博士の見解が受け入れられるようになった。現在では、むしろ、後者の見解の方が通説となっているといつてよい⁽²²⁾。また、下級審ではあるがこれに従った裁判例もあり、裁判所においても支配的な見解となつていると考えられる⁽²³⁾。

しかしながら、現在の学説がすべての点で一致しているわけではない。つまり、このような結論を導くための根拠に關して、争いが生じている。この点で、学説は、大別して三つに分かれている。

第一は、我妻博士の見解である。博士は、次の四点を総合して、三七〇条にいう「附加一体物」には従物が含まれると解する。すなわち、第一は、近代抵当権の作用である。抵当権は、目的物の占有を設定者に留め、設定者がこれを利用してその効用を発揮しうる状態におきながらその価値を把握するものであり、このために、その目的物の範圍は、次第に拡張され、財団や企業さえもその客体とされるようになっていゝ。この点からみて、抵当不動産に附属し、その作用に役立つ従物について、その附属が設定後であるからといつて、抵当権の効力が及ばないのは、不合理である。第二は、抵当権の特質である。これは、目的物をその時の現状において支配するといふものであり、ドイツやスイスでは、この点を考慮して、従物に抵当権の効力が及ぶという特別の規定が設けられたとする。第三は、民法の關係条文の沿革である。すなわち、わが民法における主物と従物の區別は、ドイツ、スイス兩法に倣ったが、従物に抵当権の効力が及

ぶという規定は、承継していない。しかし、三七〇条は附加一物と従物をはっきりと区別しないフランス法に由来する規定である。したがって、三七〇条にいう「附加一物」に従物が含まれると解することは可能であるという。第四に、このような解釈は、工場地の上の抵当権の効力がその土地の従物に及ぶという工場抵当法の規定（二条一項本文）からも支持される。

第二は、於保教授の見解である⁽²⁵⁾。教授は、「物」概念の検討という視点から、独立の物という法律的概念と経済的一体性という経済的な概念の間のギャップを、経済的な概念に基づいた物概念の確立によって克服しようとする。すなわち、主物と従物は、たしかに法的には別個の物であるが、しかし経済的には両者は一体である。このような経済的な一体性に基いて、従物もまた主物と一体的に処理される。この意味では、八七条二項と三七〇条の内容は等しいものといえる。しかし、八七条二項は解釈規定にすぎず、物権の処分については、對抗要件の問題を解決しなければならぬ。

他方、三七〇条は、むしろ引渡を要件としない抵当取引において従物の對抗要件の問題を解決するための規定と解するのが妥当である。したがって、この問題については、八七条二項ではなく、三七〇条がもつばら適用されるべきであるという。

第三は、柚木博士の見解である⁽²⁶⁾。この見解は、八七条二項の「処分」の範囲を広げようとするものである。すなわち、わが民法がドイツ法的な「従物」概念を採用した以上、「附加一物」概念は、物理的に独立した従物を排除していることになる。このため、抵当取引には、主物従物間の経済的な結合に基づく八七条二項が適用されることになる。しかし、従来のように、八七条二項にいう「処分」を抵当権の設定と捉えず、抵当権の特質を考慮して、「処分」には、抵当権の設定からその実行までが含まれていると解すべきであるとする。

以上の三つの見解は、それぞれ根拠条文は異なるものの、いずれもその実質的な根拠を「客観的な経済的結合」と「抵

当権の特質」に置いている。そのうえで、類似の内容を有する八七条二項と三七〇条との関係に力点をおいて説明しようとしている。

しかしながら、一方では、根拠条文をめぐるこれらの学説の対立には思考の整理の意味しかなく、この問題はもっぱら三七〇条の趣旨によって解決すべきであるという指摘がなされている⁽²⁷⁾。さらに、すすんで民法解釈上ドイツ法的な従物概念に縛られる理由はなく、効力の範囲は、もっぱら三七〇条の解釈問題であり、これを決する場合には概念関係よりもむしろ抵当権の効力をどこまで及ぼすのが妥当かという視点を強調する見解もある⁽²⁸⁾。つまり、個別具体的に個々の物件に抵当権の効力が及ぶか否かを検討する必要があるということになる⁽²⁹⁾。

また他方では、設定後の従物すべてに抵当権の効力を及ぼしてもよいのかという疑問が生じている⁽³⁰⁾。たとえば、林教授の見解がある⁽³¹⁾。教授によれば、抵当権の価値把握について、設定時の目的物の範囲に効力の及ぶ範囲を固定しようとする「設定時固定原則」があり、これは競合する担保権者その他の利害関係人の利益を考慮したものと考えられる。しかし同時に、抵当権が目的物の使用収益を設定者に委ねた権利であることの裏面として、この原則は、目的物の自然的变化や使用上やむを得ない変化を許容する。結局、当事者は、設定時にある程度までの自然的な変化や社会的な変化を見込んで、抵当権を設定したと考えることができるから、抵当権の効力は、設定時に取引上合理的に予測される範囲内のものに及ぶと解する方が妥当であるという。

また、瀬川教授は、当事者間の利害関係を検討したうえで、物上保証人や被担保債権を負担しない抵当不動産の第三取得者が抵当権の設定後に新たに設置した高価な従物には、抵当権の効力は及ばないとする⁽³²⁾。というのは、これらの者

が自ら設置した従物を失う代わりに債務者に対して取得する物上保証人の求償権や第三取得者の損害賠償請求権ないし不当利得返還請求権は、債務者の無資力のために、画餅に帰す危険性が高いからである。教授によれば、このような解釈は、被担保債権を負担しない第三取得者が抵当不動産のために支出した必要費や有益費の償還請求権が抵当権に優先するのと同様の考慮に基づいている。ちなみに、教授によれば、債務者が設定後高価な従物を新たに設置した場合においては、抵当権の効力がこれに及ばないという合意を慣習・条理・信義則上認めることによって、債務者に著しく不利な結果を防ぐことができる。⁽³³⁾

さらに、抵当取引の内容に応じて抵当権の及ぶ範囲を定めようとする見解がある。⁽³⁴⁾ この見解によれば、その前提として、抵当権の効力の範囲に関する問題は、三七〇条の「附加一体物」概念によって決すべきであるとする。⁽³⁵⁾ そのうえで、同じ抵当権の設定であっても、営業目的、すなわちいわゆる生産信用のための抵当権設定と「住宅ローン」に代表される消費信用のための抵当権設定とは、その効力に相違があつてしかるべきであるという。すなわち、前者は、営業資金を得るために営業用不動産に抵当権を設定するものであり、全付属物を抵当権の目的物として担保価値の増大を図ることを目指している。したがつて、附加一体物の範囲を決定する場合においても、努めて経済的一体性を保持する方向で解釈すべきである。他方、後者においては、設定者の抵当不動産の利用を十分に保証することと抵当権実行後の設定者の住生活をも間接的・部分的に配慮することが求められている。したがつて、附加一体物の範囲は、前者と比較して、より制限的に解釈されるべきであるとす。結局、このような相違は、当事者の合理的な意思内容に基づくものといえる。

以上のような諸見解が登場したことで、第四期に入つて、どちらかという民法の条項相互間の体系的な解釈をめぐる形式的な議論に終始していた学説が、当事者間の利益状況やその意思などを手がかりに、個別具体的にどのような物

に抵当権が効力を及ぼすことができるのかという検討に入ったといえよう。⁽³⁶⁾

ところで、以上の議論とは異なり、第三者が従物となるべき動産について何らかの権利を有する場合を考慮することができる。たとえば、動産が所有権留保条件で購入され、抵当不動産に設置された場合や動産について動産売買先取特権が成立している場合などがある。⁽³⁷⁾ これらの場合に、抵当権とそれらの第三者の権利とではいずれが優先すると考えられているのであろうか。所有権留保の場合からみる。

たとえば、所有権留保の法律構成に依じてその根拠は異なるものの、所有権留保が抵当権に優先すると考える立場がある。⁽³⁸⁾ すなわち、所有権留保を所有権的に構成するときは、そもそも当該動産は抵当権設定者の所有ではないので、従物とはならず、したがって、抵当権の効力も及びえないと解する。他方、所有権留保を担保権的に構成するときは、いずれも約定担保権であることから、その優劣は物権法の原則である對抗要件の具備の先後によって決定されると解する。したがって、抵当権の対抗力は、当該動産が抵当不動産上に搬入された時点でこれに及ぶことになるから、所有権留保が常に優先する結果となるという。⁽³⁹⁾ 他方で、抵当権が優先すると解する見解もある。すなわち、従物は、主物に対する有体的・空間的連繋を通じて、不完全ながら主物を中心とする拡張された物を形成しており、その全体についての公示は、主物の公示によって不完全ながらも代表されている。したがって、この結合体を直視するかぎり、所有権留保を無条件に認めることはできず、むしろ反対の公示がなければ、⁽⁴¹⁾ 抵当権が所有権留保に優先する結果となるという。⁽⁴⁰⁾

動産売買先取特権の場合には、次の二つの見解がある。⁽⁴¹⁾ 第一は、動産売買先取特権に関する民法三三三条および三三四条の趣旨にかんがみて、動産売買先取特権と約定に基づく物権変動とが衝突したときは、約定に基づく物権変動が先取特権に優先すると解する見解である。そして、従物への抵当権の効力に関しては、抵当権の設定が約定に基づくわけ

であるから、その意味で従物である動産売買先取特権の目的物に抵当権の効力が及ぶのは約定による物権変動の一種と解することができる⁽⁴²⁾。第二は、動産売買先取特権に優先するのは、動産固有の公示手段を具えている動産質権か、それに類似する先取特権などに限定されており、抵当権と動産売買先取特権との優劣は、物権法の原則によって決定されると解する見解である。この見解によれば、両者の優劣は、動産売買先取特権の成立時点と抵当権の効力が動産に及んだ時点との先後によって決定されることになる⁽⁴³⁾。

なお、抵当権の効力が従物に及ぶとして、それをどのように第三者に対抗するのにかについては、引渡のような特別な對抗要件を不要とすることで学説は一致している⁽⁴⁴⁾。すなわち、主物と従物との間の客観的経済的な結合に基いて抵当権の効力が及ぶのであるから、抵当権の登記とその関係の継続とで足りるという。

注（1）学説の整理については、たとえば、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）など参照のこと。

（1a）この立場に立つものには、この時期、森作太郎「従物論」新聞七五号五頁以下（明三五）、同「抵当権の効力は疊建具及造作に及はざるや否や」新聞一一〇号二頁以下（明三五）、梅謙次郎「判批」志林三六号八頁以下（明三五）〔同「最近判例批評」復刻版〕一五頁（新青出版、平七）所収〕、同「判批」同三八号六頁以下（明三五）〔同書二六頁所収〕、同「判批」同四七号六頁以下（明三六）〔同書三二頁所収〕がある。

（2）梅・前掲注（1a）三八号七頁。

（3）梅・前掲注（1a）三八号六頁、同四七号七頁。

また、梅博士は、明治一〇年内務省布達甲六号を挙げ、これにおいて「庇、天井、敷居、鴨居、椽板、床ノ間、押入等」が造作と例示してあることを理由に、造作は建物と一体をなすものでまったく別個の動産は造作とはいえないとしている

(前掲注(1a)三八号六頁)。

(4) 櫻蔭「家屋の競賣と疊建具に就て」新聞一一〇号三頁以下(明三五)、同「敢て法學士高橋捨六君に呈す」新聞一一九号六頁以下(明三五)。

また三七〇条については、前掲の梅博士や森弁護士と同じく、抵当権の設定後に附加したものに關する規定であるとす
る(新聞一一九号六頁参照)。

(5) 櫻・前掲注(4)新聞一一〇号五頁。

(6) この他、抵当権の範圍の問題には触れずにも、つばら疊建具などの従物を主物の競売に共に付すことができるのかのみを考へる見解がある(伊藤吐月「抵當の目的たる建物と共に之に附屬せる疊建具を競賣に附することを得ざるや」新聞一一一号三頁以下(明三五))。それによれば、競売は、物の処分であるから、主物である家屋が競売される場合においては、
従物である疊建具もまた同時に競売されるとする。

(7) 高橋捨六「判批」新聞一一五号一三頁以下(明三五)。

(8) もっとも同時に、論者は、次のように主張する(高橋・前掲注(7)一四頁参照)。すなわち、疊建具が主物とともに競
売されたとしても、疊建具は抵当権の目的物ではないから、抵当権者は、疊建具の売得金から優先弁済を受けえない。

また、論者が疊建具を抵当権の目的となしえないとしている理由については、明らかではない。動産抵当の禁止を念頭
に置いているのであろうか。

(9) 梅謙次郎「判批」志林一〇卷二二頁以下(明四二)〔同・前掲注(1a)「最近判例批評」四九三頁以下所収〕。

(10) たとえば、楠山光次郎「主物たる建物の抵當権が其従物たる疊建具に及ぼす效力に就て」新聞四一八号四頁以下(明四〇)、
村上亨三郎「判批」新聞三九九号八頁以下(明四〇)、森作太郎「抵當権の效力は従物に及ぶ可きものなり(一)」「(三)」
新聞六二二号三頁以下(明四三)、同六三三号二頁以下(明四三)、同六二四号七頁以下(明四三)、加古寅治「判批」新聞
六三四号四頁以下(明四三)が、賛同している。

もっとも、楠山氏は、梅博士と同旨の見解を述べるだけでなく、従物の對抗關係について、主物従物關係から自然の結
果として従物が主物に包含されるために、主物の登記がある以上それに包含されて、従物は登記を要せず對抗できるとす
る(新聞四一八号六頁参照)。

また、村上判事は、動産抵当の禁止に関して、従物に抵当権が生じるわけではなく、従物付きの不動産が抵当の目的物となるとする(新聞三九九号九頁参照)。さらに、判事によれば、抵当権設定後の従物について、設定時に存在しない物に抵当権の効力を及ぼすためには明文の規定が必要であるが、一方で八七条二項が設定時の従物についての規定であり、他方で三七〇条が設定後の附加一体物に関する規定であり、さらにこの他に該当する規定がないことから、この問題について民法が明文の規定を欠き、抵当権の効力が及ばないと解せざるをえない(同頁参照)。もっとも同時に、競売は処分であり、設定後の従物も設定時の従物も等しく不動産とともに競売されるが、設定後の従物の売得金には抵当権の効力が及ばないことから抵当権者は優先弁済を受けえないという(同頁参照)。

さらに、森弁護士は、三七〇条が八七条二項の例外規定であるとすれば、八七条二項に明文の規定が存するはずであり、それがない以上例外と解することはできないとする。

(11) 川名兼四郎『改訂増補民法總論』二六七頁(金刺芳流堂、訂正三版、明三九)、平沼驥一郎『民法總論』三七二頁(日本大学/有斐閣書房、三版、明三九)、松岡義正『民法論總則』三六七頁(清水書店、明四〇)、中島玉吉『中島川名民法釋義卷之一總則篇』四〇四頁(金刺芳流堂、明四四)、森作太郎『建物の競賣と其従物』新聞七二三号三頁(明四四)、川名兼四郎『日本民法総論』一四五頁(金刺芳流堂、明四五)、同『物權法要論』二七五頁(金刺芳流堂、大四)、横田英雄『改訂増補物權法』七七五頁(清水書店、一八版、大四)。

なお、中島博士は、八七条二項の「処分」は広義の意味を有し担保の設定を含み、建物抵当権が疊に及ぶか否かの決定基準は、その地方ごとの取引通念であるという。

(12) 川名・前掲注(11)『物權法要論』二七五頁。

これに対して、横田・前掲注(11)七七七頁は、抵当権が及ばないという結論は等しいが、その理由の点で異なる。すなわち、疊建具などは不動産と一体とならず、むしろ容易に取り去ることができるからである。

(13) 天野宗太郎『建物抵当権の効力と其従物たる疊建具』新聞四〇六号五頁(明四〇)。

(14) この立場に立つものは、次のとおりである。三瀧信三『民法總則提要第二冊』二五七頁(有斐閣、訂正二版、大八)、曄道文藝『日本民法要論第一卷總論』二八一頁(弘文堂書房、大九)、穂積重遠『民法總論上卷』三〇四頁(有斐閣、大一一〇)、仁井田益太郎『民法總論第一冊』三三四頁(有斐閣、大一一)、石田文次郎『現行民法総論』二〇四頁(弘文堂書房、再版、

昭五)、穂積重遠『改訂民法總論』二六九頁(有斐閣、三版、昭六)、三瀧信三『全訂民法總則提要上卷』二二九頁(有斐閣、全訂改版二版、昭六)、孫田秀春『民法總則上卷』四五九頁(有斐閣、昭八)、穂積重遠『民法總則』末弘嚴太郎編『新法學全集第七卷』二二〇頁(日本評論社、昭一一)、末川博『民法』四〇二頁(千倉書房、昭一八)。これらは、一樣に、抵当権設定時の従物について八七条二項を根拠に抵当権の効力を認めている。しかし、設定後の従物については記述がない。これは、民法総則に関するものであるからであろう。

- (15) 中島玉吉『民法釋義卷之二下物權篇下』一〇五五、一〇五六頁(金刺芳流堂、五版、大八)、遊佐慶夫『民法原理(總則・物權・債權)』一三三頁および四一六頁(嚴松堂書店、大二三)、中島弘道『民法通論』四一五頁(清水書店、大一一四)、鳩山秀夫講述『擔保物權法』一六六頁(國文社、昭三)、末弘嚴太郎『債權總論』『現代法學全集第八卷』五九頁(日本評論社、昭三)、三瀧信三『全訂擔保物權法』五〇七頁(有斐閣、一九版、昭三)、近藤榮吉『註釋日本民法(總則編)』二八〇頁(嚴松堂書店、昭七)「当初の処分行為の効力が、当然に及ぶものと解すべきか否かは、解釈上疑問であるとする」、同『物權法論』一九三頁(弘文堂書房、昭九)、田島順『擔保物權法』二〇二頁(弘文堂書房、昭九)、片山金章『判批』新報四四卷(八号一五〇頁)一三〇四頁(昭九)「仮に、抵当権設定後の従物にその効力が及ぶとすると、抵当権者は設定当時存在しなかった物に効力を及ぼすことができ、結果抵当権者に予期しない利益を与え、設定者の利益を減殺することになり妥当ではないとする」、長野潔『物權法(大衆法律學講座第二卷)』三二二頁(非凡閣、昭一〇)、大谷美隆『判批』民商一卷(三号一二二頁)四九三頁(昭一〇)、柚木馨『判例物權法各論』二八四頁(嚴松堂書店、昭一一)、谷井辰藏『不動産強制執行法の諸問題』四五頁(嚴松堂書店、昭一一)「取引の安全をはかるうえからは、設定後の従物に及ぶと解することはできないとする」、同『抵当権の諸問題』四三頁(常盤書房、昭一二)、中川善之助『民法大綱上卷』二二五頁(日本評論社、昭一八)「設定後の従物が抵当権の範囲に含まれないと解するのが通説だが、疑わしいとする」、薄根正男『判批』民商一八卷(三号一〇四頁)三二二頁(昭一八)。

なお、我妻榮『判批』『判例民事法』昭和五年度一一五事件四一六頁(昭七)「同『民法判例評釈Ⅰ総則・物權・担保物權』三九五頁(コンメンタール刊行会、昭四〇)所収」は、この時点で、通説に賛成している。しかし、後に述べるように、見解を改めている。

- (16) 大正九年九月二五日決議・法曹記事三〇卷(一二号二九頁)九二三頁(大九)参照。近藤・前掲注(15)『物權法論』一

九三頁は、この決議を引用して、取替えのときには例外的に抵当権の効力が及ぶことを認めている。また、遊佐慶夫『新訂民法概論(物権篇)』五五五頁(有斐閣、新訂一四版、昭一六)も法曹会決議に賛同しているが、その記述は、その個性に変更が生じても設定の前後を通じて同一の關係にある従物はともに抵当権に服すると解すべきであるというものであった。

(17) 末弘・前掲注(15) 六〇頁〔註一五〕、三瀧・前掲注(15) 五一七頁、柚木・前掲注(15) 二八五頁。
 (18) 山下博章『擔保物權法論』二六五、二六六頁(巖松堂書店、訂正再版、昭七)。

この他に、附加一物物か否かの基準を「取引上の通念」や「社会通念」に求める見解は多い。たとえば、末川博「判批」論叢二六卷(三三〇—二六頁) 四六六頁(昭六)〔同「破毀判例民法研究第二卷」(弘文堂書房、昭六) 三六一頁以下所収〕、同「判批」法と經濟二卷(二二〇—二四頁) 二九二頁(昭九)〔同「判例民法研究」一三〇頁以下(弘文堂書房、昭一二)所収〕、我妻・前掲注(15) 四一六頁、石田文次郎「判批」論叢三三卷(四〇—三五頁) 七六一頁(昭九)、柚木・前掲注(15) 二七五—二七八頁などがある。

この見解の登場は、従物と附加一物物との關係を再考させた。すなわち、両者をあくまで峻別し、抵当権の効力が異なるとする見解(末川)と、両者が類似する關係に立つことから同様に効力が及ぶと解する見解(石田)とがあった。しかし、両見解とも、物理的標準によつて従来従物とされていた「建具」類を取引上の通念ないし社会通念を基準として附加一物と評価することによつて、抵当権の効力の及ぶ範圍を拡大したと評価することができる。

(19) 我妻榮「抵当権と従物の關係について」『法学協会五〇周年記念論文集第二部』四六一頁(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〕、同「擔保物權法(民法講義Ⅲ)」二二三頁および二二五頁以下(岩波書店、昭一一)。
 勝本正見「擔保物權法」末弘巖太郎編『新法學全集第九卷』三八一頁(日本評論社、昭一一)ならびに川島武宜「判批」『判例民法』昭和八年度二〇〇事件七四四頁(昭一一)および同「判批」『判例民法』昭和八年度二〇八事件七七五頁(昭一一)も、我妻博士に賛成している。また、石田・前掲注(18) 七六一頁、同「擔保物權法論上卷」一五六頁(有斐閣、昭一〇)も主物従物間の客観的な經濟的結合を基礎に抵当権の設定の前後を問わずその効力が従物に及ぶことに賛同している。さらに、藥師寺志光『日本民法總論(上卷)』三五九頁(巖松堂書店、再版、昭一七)は、理由は明らかではないが、同一の結論を示している。また、河本喜與之「判批」『日本法學九卷(八号三四頁) 五六八頁(昭一八)』は、

抵当権がその実行時の抵当目的物の状態において担保価値を支配しうる権利であることを理由に賛同する。

(20) 岡村玄治「判批」新報四五卷(三三〇—三三二頁) 五二四頁(昭一〇)。

(21) 末川博『新版民法(上巻)』三三七頁(千倉書房、四版、昭二六)、林信雄Ⅱ石川利雄『日本民法(財産編)』三四七頁(評論社、昭二七)、於保不二雄『民法総則講義』一四〇頁(有信堂、昭三五)「もともと、明言していないが、「少なくとも、処分当時の従物に代わるものとして後に附属せしめた従物は主物と運命を共にすべきである(物上代位)」と述べている点から、設定後に従物に及ばないという解釈を基本的にとっているものと思われる」、林寿二Ⅱ穴田秀男Ⅱ南谷文一『民法(財産法)』(《新法学選書》)一一六頁(国元書房、昭三七)「これは、通説判例が設定後の従物に及ばないという見解をとっていると評価している」、内山尚三編現代私法理論研究会『民法(上)』—総則・物権法』二七二頁(法政大学出版局、昭三八)「通説・判例は設定後の従物に及ばないとするが、疑問の余地があるとする」、宗宮信次Ⅱ池田浩一『物権法論(新版)』二八八頁(有斐閣、増補、昭四八)。

(22) 設定後の従物に抵当権の効力が及ぶことを認めるものに、たとえば、勝本正晃『擔保物権法下巻』四四七頁(有斐閣、改訂新版、昭二四)、吾妻光俊『擔保物権法』九〇頁(青林書院、昭三三)がある。また、柚木馨『判例民法總論上巻』四三八頁(有斐閣、昭二六)は、前掲注(15)「判例物権法各論」二八四頁でとった見解を改めて、我妻博士と同様にこの問題を肯定するようになった。

(23) 裁判例「[45]、[46]および[62]」の三件がそれである。

(24) 我妻栄『新訂擔保物権法(民法講義Ⅲ)』二五八—二六〇頁、二七〇頁(岩波書店、昭四三)。

この他に、この立場に立つものには、香川保一『改訂担保—基本金融法務講座「3」』—一六三頁(金融財政事情研究会、昭三九)、柚木馨編『注釈民法(9)物権(4)』三四頁「西沢修」(有斐閣、昭四〇)、品川孝次『従物・附合物・附加物・集合物』遠藤浩ほか編『演習民法(総則・物権)』(演習法律学大系4)一〇三頁(青林書院新社、昭四六)、林良平Ⅱ前田達明編『新版注釈民法(2)総則(2)』六四—六五頁「田中整爾」(有斐閣、平三)、片桐善衛『抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲』下森定Ⅱ須永醇監修『物権法重要論点研究』七〇頁(酒井書店、平三)がある。

もっとも、第四期の我妻博士の見解は、抵当権の効力が従物に及ぶことの根拠を八七条二項と三七〇条のいずれでも良いとした第三期の見解に比べて、三七〇条の方に重点が移っていると見える。ただ、八七条二項が主物従物間の客観的経

済的関係に基づく規定であるとする点には、変化はない(我妻栄『新訂民法總則(民法講義I)』二二二—二二五頁(岩波書店、昭四〇))。この意味では、三七〇条にいう「附加一体物」に従物が含まれるのもこの客観的経済的な関係に基づいているといえよう。

(25) 於保不二雄「附加物及び従物と抵當權」民商二九卷(五号二〇頁)三三四頁(昭二九)、同「抵當權の及ぶ目的物の範圍」『総合判例研究叢書民法(5)』一二五頁(有斐閣、昭三三)。

この他に、この立場に立つものには、中馬義直「抵當權と従物」ジュリスト増刊『民法の判例第二版』八六頁(有斐閣、昭四六)、木村常信「抵當權の効力の及ぶ範圍」『民法異説の研究』一四八—一五〇頁(恒星社厚生閣、昭四七)、川井健「担保物權法(現代法律学全集7)』五〇頁(青林書院新社、昭五〇)「簡明であることを理由に挙げている」、鈴木祿弥「物權法講義(三訂版)』一六八頁(創文社、昭六〇)、同「物權法講義(四訂版)』一九六頁(創文社、平六)、信濃孝一「宅地上の従物と抵當權の効力」野田宏『後藤邦春編』裁判実務体系14担保關係訴訟法』一一四頁(青林書院、平三)「簡明であることを理由とする」などがある。

(26) 柚木馨「担保物權法(法律学全集19)』一三六頁(有斐閣、昭三三)、同「抵當權と従物」柚木馨ほか編『判例演習(物權法)』一〇四頁(有斐閣、昭三八)、柚木馨『高木多喜男「担保物權法(第三版)』(法律学全集19)』二五五頁(有斐閣、昭五七)。

なお、我妻栄ほか編『判例コンメンタールⅢ担保物權法』二八三頁「清水誠」(コンメンタール刊行会、昭四三)は、八七条二項を根拠とする判例の基本的見解を前提に、当事者意思によって抵當權設定後の従物にも効力を及ぼせるという方向を示している。

(27) 星野英一「民法概論Ⅱ(物權・担保物權)』二四六頁(良書普及会、合本新訂版、昭五一)。また、鶴澤晉「抵當權の効力の及ぶ目的物の範圍について—駐車場建物に設定した抵當權と機械式駐車場装置—」『金融法務の諸問題』三三三頁(有斐閣、昭五六)も同様のことを指摘している。

さらに、川井・前掲注(25)五〇頁、品川・前掲注(24)一〇三頁および高木多喜男「担保物權法』一一六頁(有斐閣、昭五九)などは、根拠条文をめぐって対立する各学説について、説明の相違にすぎないとする。また、椿寿夫編『現代民法講義3担保物權法』五八頁「吉田眞澄」(法律文化社、平三)も、結論的に差異がなく実益のない議論であると指摘する。

(28) 品川・前掲注(24) 一〇三頁はすでにこのことを指摘している。

(29) 道垣内弘人『担保物権法』一一三頁(三省堂、平二)。

(30) このような疑問は、すでに紹介した附加事例の裁判例[62]が登場して、さらに拍車がかかったといえる。本判決の評釈である近江幸治「判批」判タ四一四九頁(昭五五)は、今後このような従物の価値の問題が検討課題であると指摘している。

また、近江幸治『担保物権法』一二九頁(弘文堂、昭六三)は、動産の価額が格段に高額となった現代では、設定後の従物への抵当権の効力を遮断するような一般的な社会経済的要請を認識すべきであるとす。

(31) 林良平「抵当権のおよぶ範囲」加藤一郎Ⅱ米倉明編『民法の争点』一三八頁(有斐閣、昭五三)、同「抵当権の効力」谷口知平Ⅱ加藤一郎編『新版・民法演習2物権』一八四頁(有斐閣、昭五四)、同「抵当権のおよぶ範囲」加藤一郎Ⅱ米倉明編『民法の争点1』一五九頁(有斐閣、昭六〇)。

(32) 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』一三三―一三五頁(有斐閣、昭五七)。

(33) 瀬川教授と同様の検討から、さらに、保護される範囲を広げた解釈をとるものとして、田中克志「土地の抵当権の効力の及ぶ範囲」米倉明ほか編『金融担保法講座I担保制度一般・抵当権』一七七頁(筑摩書房、昭六〇)がある。これによれば、抵当不動産の所有者が債務者であるか物上保証人であるかを問わず、設定後に高価な従物を設置した場合においては、それが新設であっても取替えであっても、抵当権の効力は及ばないことになる。

(34) 鎌野邦樹「抵当権の目的物の範囲」東京法科学院論集一号七頁(昭六二)、同「抵当権と従物」論『早法六四卷三号一三〇頁(平元)、同「抵当権の目的物の範囲」半田正夫編『現代判例民法学の課題―森泉章教授還暦記念論集―』四〇二頁(法学書院、昭六三)。

なお、すでに、「普通民事生活の場合」と「資本主義的企業財団」とを区別し、前者に関する限り、「主物従物の結合による物の経済的効用に関する民事「慣習」と債務者および債権者の意思と競落人の利害とを総合的に考察する必要性があるが、後者に関しては企業活動の性質上当然に包摂されるべきである」という客観的経済的観点から当然抵当権が及ぶと解する見解が主張されていた(平野義太郎『日本資本主義社会と法律 日本資本主義研究Ⅱ』一一〇、一一一頁(法政大学出版局、昭四六))。

(35) 鎌野・前掲注(34) 東京法科学院論集一九頁、同・前掲注(34) 早法二二八頁、同・前掲注(34) 『現代判例民法学の課題』四〇一頁。この点で、先に注(27)で挙げた星野教授の指摘と同じ立場に立っている。

(36) たとえば、本田純一「判批」法セミ四三三三号一二二頁(平三)は、抵当権のそもその趣旨である抵当不動産にのみ設定できるという点からみて、不動産内の高価な従物に抵当権の効力が及ぶことはその趣旨に反しており、したがって、従物が主物を離れて独自の価値を持つ場合には、設定時の当事者の意思などを踏まえて、抵当権が及ぶかを判断すべきであるとする。また、椿・前掲注(27)六〇頁「吉田」も、高価な従物のなかには抵当不動産との経済的一体性が強いのももそうでないものも含まれているだろうから、とくに後者の場合には設定者に不当な不利益を及ぼさないような配慮が必要であるとする。

(37) この他、抵当権が設定される以前に、不動産上の動産について譲渡担保が設定されている場合を考慮することができる。この場合には、譲渡担保の法律構成によつてその根拠は異なるものの、結論としては、譲渡担保が優先すると考えられる。すなわち、譲渡担保を所有権的に構成するならば、動産は、抵当不動産と所有者を異にし、従物とはならず、その結果、抵当権の効力は及びえない(信濃・前掲注(25)一一七頁)。他方、譲渡担保を担保権的に構成するときは、動産上で譲渡担保と抵当権とが競合することになり、對抗要件の具備の先後によつて優劣が決定される。したがって、通常は、譲渡担保の對抗要件である占有改定が先に行なわれており、抵当権が劣後することになる(瀬川・前掲注(32)二三二頁)。

(38) 古積健三郎「従物上に存在する複数の担保権の優劣関係——所有権留保における期待権の構成への疑問——」前田達明編『民法法理論の諸問題』下巻(奥田昌道先生還暦記念)二六三—二六六頁(成文堂、平七)。

(39) 瀬川・前掲注(32)一三四頁、信濃・前掲注(25)一一七頁、米倉明『所有権留保の実証的研究』一九九、二〇〇頁(商事法務研究会、昭五二)「もつとも、動産の所有権留保についての抵当権者の善意無過失を要件として、抵当権者の保護を主張する」。

もつとも、横梯次「建物と備付施設との集合体と従物法理(二)」民商一〇五卷(五号二二頁)六一七頁(平四)は、所有権留保が抵当権に順位上優先するものの、抵当権を害する「分離的私的実行」は制限されると解したいという。横梯教授は、この見解によつて、後掲注(40)の見解を改めている。

(40) 横梯次「抵当権と附加物・従物、抵当権の侵害」谷口知平∥加藤一郎編『民法例題解説Ⅰ(総則・物権)』一九九、二〇

○頁（有斐閣、昭三四）、同「担保物権法」一五四頁（有斐閣、昭六一）「所有権留保の公示は、占有改定によるため外形的に不明瞭であり、外形的に明瞭な物的結合による抵当権の公示に対して劣後し、したがって、所有権留保売主は、除外についての特別な登記なしに、抵当権者に対抗できないとする」。

(41) この問題は、従来、狭義の工場抵当との間で議論されている。たとえば、香川保一『特殊担保』六五頁（金融財政事情研究会、昭三八）は、民法三三四条を類推して、三三〇条という第一順位の先取特権と工場抵当とが同順位であると解し、したがって、工場抵当が優先するという。

ちなみに、下級審ではあるが、裁判所は、動産売買先取特権が工場抵当に優先すると判示したことがある（大阪高判昭和二年六月三〇日下民集一八卷五二六号七二四頁）。この問題に関しては、次節においてとり上げる予定である。

(42) 古積・前掲注(38) 二二九、二一〇頁。

(43) 横・前掲注(39) 六一五、六一六頁、柚木Ⅱ高木・前掲注(26) 七四頁。

(44) 柚木・前掲注(24) 三四頁「西沢」、西澤修「判批」民商六二卷（一号一四一頁）一四一頁（昭四五）および保・前掲注(25)「抵当権の及ぶ目的物の範囲」一一六頁は、三七〇条を根拠として、このことを認めている。これに対して、柚木Ⅱ高木・前掲注(26) 二五八頁は、八七条二項の趣旨が主物従物間の経済的結合関係を法律的に高めるものであることを理由に、主物の登記で同時に従物についても物権変動が公示されるとする。したがって、ここでも、根拠条項をめぐって対立が生じているが、これはそもそもどのような根拠で抵当権の効力を認めるのかということと密接に関係したものであるだけにやむを得ないものである。

なお、最高裁判所も、すでに紹介した裁判例「57」において、このことを認めている。

第三款 「分離」に関する裁判例および学説

本款では、担保目的物たる土地から、抵当権の効力の及ぶ物件が分離されるかまたは搬出された事件に関する裁判例

および学説を検討する。第一に、裁判例をとり上げる。その際、すでに附加事例において紹介した事例が含まれているが、それは、目的物件がいわゆる従物などの附属物件であった事件である。それ以外に問題となっているのは、立木の分離または搬出をめぐる事件である。⁽¹⁾第二に、学説をとり上げる。

一 裁判例の展開

〔1〕 大判明治三十六年十一月三日（二民）民録九輯二四卷二二二頁

Xは、A所有の山林について抵当権を有していた。Yは、この山林の立木を伐採した。Xは、その伐採材木に対して抵当権実行の許可を求めた。原審、請求棄却。上告棄却。立木は、伐採によって不動産たる性質を失う。このため、抵当権の直接の目的物とならない。また、抵当権は、追及効を有するが、しかし立木が伐採されて材木となった後も、追及可能であるとする、転売によって材木を得た第三者が意図しない損害を被ることになるという。

〔2〕 東京控判年月不明新聞八〇二二二頁（明治四五年七月二五日発行）

Xは、Yの先代A所有の山林に抵当権を有していた。Aは、弁済期に債務を弁済しないのみならず、立木を不法に伐採した。Xは、Yに対して貸付金の返還請求をするともに、仮処分を申し立てた。一審、申立認容。原判決取消・申立棄却。仮処分の本案訴訟は、立木が伐採材木の給付請求またはその所有権確認請求である必要があつたにもかかわらず、本件事案ではそうではなく、貸金返還請求であつたので、本件仮処分を許すことはできないという。さらに、裁判所は、傍論として、立木は伐採された以上不動産たる性質を失つて動産となり抵当権の目的とはならないとする。

〔3〕 大判大正五年五月三十一日（三民）民録二二輯一〇八三頁

Xは、A所有の山林に抵当権を有していた。他方、Yは、Aから立木を買い受け、伐採し、さらに搬出しようとした。しかしその時点ですでにXの抵当権に基づく競売手続きが進行していた。Xは、Yによる伐採と搬出の禁止を求めた。一審、請求認容。原審、原判決取消・請求一部認容・一部棄却。原判決一部破棄・控訴棄却。抵当権者は伐採を禁止でき、また、伐

採後もその地上に存する木材については搬出を拒むことができるという。なぜなら、立木は、伐採によって動産となるため、抵当権の直接の目的とはならない。しかし、伐採前にすでに抵当権の実行に着手し、競売が開始している本件においては、立木所有者は、差押の効力によってその処分を制限され、また、第三者も抵当権を無視して価格を減少させる行為を行ないえないからである。

[4] 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う。

[5] 青森地判大正五年九月一二日新聞一一八一号二二頁

Xは、A所有の山林について有していた抵当権を実行し、自ら競落した。他方、抵当権設定後、競落以前に、Yは、Aとの間で山林の賃貸借契約を締結し、契約に基づいて立木を伐採した。Xは、Yに対して立木の所有権確認および伐採の禁止を求めた。一番、請求棄却。原判決取消・請求認容。立木が土地に定着したまま抵当権が設定された場合においては、とくに除外されなければ、その立木は、抵当権の目的物となる。したがって、競落人は、土地とともに立木の所有権も取得するという。

[6] 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。設定時に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。

[7] 東京控判昭和五年四月二二日新聞三二二〇号一一頁

Aは、B所有の山林に抵当権を有し、同時に立木も目的とする公正証書を作成した。Aは、抵当権を実行し、Xが競落し、

登記を経由した。他方、Yは、競売開始決定以前にBから立木を買い受けた。Xは、Yに対して立木所有権の確認と伐採の禁止を求めた。一審、請求認容。控訴棄却。抵当権設定が売買よりも以前に行なわれたので、Xは立木も競落した。したがって、Yは、Xに立木所有権を對抗することができない。しかも、Yの売買は、真正のものではなく、担保目的のものにすぎない。よって、Yの所有権の主張は理由がないとする。

[8] 大判昭和五年二月十八日（一民）民集九卷一一四七頁

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、その備付け後、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、雨戸などの内外を遮断する建具類は、建物の効用の点からみて壁や羽目と何ら変わらず、動産たる性質を失っている。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、建物の効用の点から個別に審理すべきであるという。

[9] 大判昭和六年一〇月二日（四民）民集一〇卷九一三頁

Xは、Y₁所有の山林について有していた抵当権を実行した。競落人Y₂は、競落代金を支払わないまま、競売手続き終了前にY₂とY₁とで伐採を計画した。Xは、Y₁らに対して抵当権の確認および売買譲渡その他立木の伐採運搬などの禁止を求めた。一審、請求一部認容（抵当権確認）・一部棄却（売買などの禁止）。原審、Xの控訴一部認容（Y₂に対する売買などの禁止）・一部棄却（Y₁に対する売買などの禁止）。破棄差戻。①競売開始決定後の債務者の処分行為は、これを債権者に対抗できない。したがって、処分行為を禁止する必要はない。②債務者による事実上の行為によってなされる抵当権侵害に対しては被担保債権の弁済期後か抵当権の実行に着手した後かを問わず妨害の排除が可能である。よって、Xの請求の趣旨が処分行為の禁止を求めるのかそれとも事実行為による抵当権侵害の禁止を求めるのかを明らかにする必要があるという。

[10] 大判昭和七年四月二〇日（四民）新聞三四〇七号一五頁

Xは、Y₁所有の山林に抵当権を有していた。ところが、立木がY₁からY₂、さらにY₃へと譲渡され、伐採されて、山林内に積み置かれていた。その伐木をY₃が搬出しようとしたので、Xは、Y₁らに対して立木に抵当権の効力が及ぶことの確認および木材の引渡を求めた。原審、請求棄却。破棄差戻。いったん抵当権が不動産に対して設定された以上、その後不動産の一部が分離して動産となった場合であっても、それだけで抵当権の効力は消滅しない。また、抵当権は、絶対権であるから抵当

目的物に危害を加えようとする者に対しては、それが所有者であれ第三者であれ、抵当権者は不作為請求を行なうことができるとする。

[11] 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収し、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。一番、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。

[12] 大判昭和八年二月二二日（五民）民集一二卷二九五四頁

建物抵当権者Yが建物を競売し、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。一番、請求棄却。原審、原判決取消・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。

[13] 大判昭和一年二月二二日（五民）判決全集四輯一号一八頁

Xは、Aの土地と土地上の立木を買収し、その後立木を伐採した。他方、Yは、この買収以前に山林について抵当権の設定を受けていた。Yは、当該伐採木の競売を申し立てた。Xは、Yの強制執行に対して異議を申し立てた。原審、異議棄却。破棄差戻。伐採などによって立木が土地から分離した場合においては、もはや抵当権の目的外に離脱し、これに抵当権を行使することはできない。しかし、競売開始決定によって差押えの効力が土地と一体をなす立木についても生じた場合には、それ以後の伐採などの事情によって動産となっても抵当権を行使することができる。したがって、本件では、立木の伐採以前に競売開始決定があったか否かを確定する必要があるとする。

[14] 大判昭和十三年三月十五日（五民）判決全集五輯一六号三三頁

Yは、A所有の山林に抵当権の設定を受けていた。Aは山林上の立木を伐採し、Xは伐採木の所有権を取得した。Yが伐採木に対して仮差押をし、Xがこの仮差押に対して異議を申し立てたと思われる（詳細不明）。原審、請求認容。上告棄却。立木が伐採などによって土地から分離して不動産の性質を失う場合においては、抵当権の目的から逸脱し、抵当権者はもはやその権利を行使することができないとする。

[15] 大判昭和十七年二月二十六日（四民）法学二二卷（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。

[16] 大阪高判昭和二十七年六月二〇日下民集三卷六号八四七頁

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けの動産を買い受け、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、抵当権者は第三者に対抗できる。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ある状態で所有権を取得したにすぎない。

[17] 大阪地判昭和四十七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、附合物か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、分離の際には、

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民法一九二条が適用される。もっとも本件では、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ら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。

[18] 札幌地判昭和四八年一月二九日判時七四〇号八六頁

Y₁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Y₄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の一体性があり、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Y₄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。

[19] 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って受け、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、立木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、本件塀を買って受けたXは、その所有権取得を第三者に対抗できないという。

以上の裁判例を整理する。

第一に、目的物による分類を行なうと、立木に関する裁判例は、[1]～[3] [5] [7] [9] [10] [13] [14]の九件であり、従物などの動産に関する裁判例は、[4] [6] [8] [11] [12] [15] [18]の九件である。後者の九件を具體的な目的物によってさらに分類すれば、[4] [8] [12] [15] [18]の五件が造作畳建具の類であり、[17]がエレベーター

ターおよび配電盤などのビル設備である。残りの三件は、不明である。なお、最後の裁判例、すなわち「19」事件は、
 抵当地上の塀を構成する深岩石が問題となった事件であるが、両者には含まれないものと考えられる。

第二に、分離搬出の程度に関して、従物などの事例では、すべて目的不動産上に現存している。もつとも、目的不動産上に現存している場合であっても、すでに所有権が移転している事件として「4」「6」「12」「15」「16」の五件があり、即時取得が主張されている事件として「17」がある。他方、立木に関する裁判例においても、すべてが目的不動産上に現存している。しかし、土地からどの程度分離されたのかという点で相違がある。すなわち、すでに伐採が行なわれた事件は、「1」～「3」「5」「10」「13」「14」の七件である。この七件は、所有権の譲渡が行なわれた事件（「3」「10」「13」「14」の四件）と山林の賃貸借が行なわれた事件（「5」）、不法伐採の事件（「2」）に分けることができる。これに対して、伐採は行なわれなかったが、所有権の移転があったとの主張がなされた「7」事件や、また競落人と設定者が競落代金を支払わずかつ競売手続きの終了前に伐採を計画したという事件「9」がある。しかし、抵当権の設定された土地から伐採済の立木が搬出されていた事件はなかった。

第三に、これらの裁判例を目的物ごとに裁判例の進展という観点から整理する。

立木の事例においては、当初、裁判所は、立木が伐採されて動産となった場合には、その事実によつて抵当権の効力が及ばなくなると解していた。すなわち、立木事例のリーディングケースである大審院明治三十六年判決（裁判例「1」）は、動産となった材木への追及の問題と捉え、第三者の不測の損害を避けるために、抵当権の実行を認めなかった。この背景には、動産抵当の禁止という考え方が裁判所を支配していたという事情が存在していたと思われる。すなわち、すでに述べた「附加」事例⁽²⁾についての裁判例の検討に際して明らかにしたように、この時期、つまり明治三三年から、大審院明治三九年五月二三日第二民事部判決を頂点として、明治の終わりまで、裁判所は、動産が附加する場合におい

てもその動産に抵当権の効力を及ぼすことに慎重であつた。ましてや、抵当権の及んでいた土地から分離し動産となつた物について抵当権の効力を及ぼさずとしなかつたのは、当然のことであるように思われる。その後に見られた裁判例〔2〕においても、抵当権の効力は、伐採された立木にその伐採によつて及ばなくなるといふ判示が繰り返されている。原則として抵当権の効力を動産に及ぼさないといふこのような状況に変化が出るのは、やはり「附加」事例の場合と同じく、大正期に入つてからである。すなわち、大正五年には、明治三六年判決を維持しつつも、競売開始決定の有する差押の効力によつて抵当権の実行著手後の伐採および搬出を禁止できると判断した裁判例〔3〕が登場した。これによつて、その実行著手の時期が伐採の時期よりも先であれば抵当権の効力が及ぶことになり、その限りでその効力は拡大されたことになる。この後、昭和に入ると、大正五年判決を超えて抵当権の効力が拡大されるようになった。というのは、競売開始決定以前であつても抵当権の効力として抵当権者に妨害排除が認められるとする裁判例〔9〕や抵当権設定が立木の売買より先に行なわれたため土地と立木の競落人が立木の買受人に優先すると判示した裁判例〔7〕が登場したからである。さらに、裁判例〔10〕において、大審院は、いったん抵当権が設定された以上、その一部が分離して動産となつた場合であつても、それだけでは抵当権の効力は消滅しないと判示するに至つた。

ところが、このような諸判決と相反する裁判例が昭和一〇年以降登場した。すなわち、裁判例〔13〕および〔14〕では、立木が伐採などによつて動産となつた場合においてそれには原則として抵当権の効力が及ばないとされている。とくに裁判例〔13〕は、競売開始決定後に伐採などによつて動産となつた場合には差押の効力によつて抵当権を行使することができると判示した。これは、先に述べた明治三六年と大正五年の二つの大審院判決の立場を維持したものである。したがつて、立木の分離をめぐる大審院判例は、〔9〕および〔10〕において示された立場と〔13〕および〔14〕において示された立場とが対立している。しかし、大審院は、裁判例〔14〕において、裁判例〔10〕を引用した上告理由に

対して、その判決理由で「13」を引用して、上告を棄却している。したがって、裁判例の到達点としては、結局、大正五年判決（裁判例「3」）に戻ったと考えることができる。⁽³⁾

なお、立木の事例ではないが、塀を構成する岩石についての裁判例「19」においては、土地の定着物という観点から、岩石が立木と同様に取り扱われるのが相当であるとされた。すなわち、東京高裁は、抵当地上の塀を構成する岩石を買い受けた者が土地競落人に対して所有権の確認を求めた事件において、明認方法を講じない限り、第三者にその所有権取得を対抗できないと解している。

他方、従物などの裁判例は、当初、従物などの所有権が移転した場合には抵当権の効力がその従物などに及ばなくなると解していた。すなわち、下級審ではあるが、裁判例「4」および「6」がそうである。この裁判例「4」において、東京地裁は、所有権の移転のみが行なわれ、搬出がなされた事案ではなかったが、所有権の移転によって主物従物関係が消滅したと解している。これと同様に考えていたのは裁判例「6」だった。

ところが、昭和五年に大審院は、裁判例「8」において、抵当権設定後に備え付けられ、しかも売買と賃貸借が行なわれた畳建具類のうち雨戸などの建具類について主物の経済的効用の点から附加一物物となると判示した。また、裁判例「11」においては、競売開始決定後に従物である物件を買収した場合には競売開始決定が差押の効力を有し民法九二条の点からも抵当権者に買受人は対抗できないと判示している。また、裁判例「12」においては、競売開始決定後所有者によって譲渡担保として処分された事案について競落人に対してその処分は効力を有しないとす。ここでは、裁判所は、所有権の移転が生じた時点と競売開始決定の時点との先後をその判断基準としているわけである。その後、大審院は、裁判例「15」において、従物の所有者が変更しても動産それ自身が抵当不動産に附属しその占有事実の状態に変更がない場合にはその所有権を競落人に主張できないと判示した。この判決によって、競売開始決定と所有権移転

の先後によって抵当権が及ぶか否かが決定されるという立場は変更され、競売開始決定との先後関係は問われなくなつたものと考えられる。この判決と同じように、占有状態の変更がないことを理由とする判決は、戦後の下級審においても存在する。すなわち、裁判例「16」および「17」である。ここに至つて、所有権の移転に加えて当該物件の占有状態に変更がない限り、抵当権の効力が及ぶという解釈が定着したと考えることができよう。

そうするとさらに進んで、たとえば、占有状態の変更をもたらすような従物などの「搬出行為」を抵当権者が妨げることができかねるかが問題となる。この点について、札幌地裁は、裁判例「18」において、附加一休物が搬出される場合には抵当権の把握する交換価値が減少するため、抵当権が侵害されることになるとして、抵当権者がこのような行為を禁止できると解した。

以下では、これまでの整理を総合する。目的物ごとの裁判例の到達点を比較した場合には、目的物の種類に応じてその結論に相違がある。一方で従物に関する事例では、従物たる物が抵当目的物上に存して占有状態に変化のない限り、または、従物としての事実的な附属状態に変化のない限り、その所有権に変動が生じても抵当権の効力が及ぶとされている。それに対して、立木の場合には、原則として伐採された後は抵当権の効力は及ばないが、しかし競売開始決定の後に伐採された場合には抵当権の効力が及ぶことになる。これは、競売開始決定によって差押の効力が発生した後に伐採によって土地から分離されてもそれは抵当権者に対抗できないということを基礎としている。すなわち、これは、競売開始決定の持つ差押の効力によるものであつて、その意味では抵当権の効力であるとは言いがたい。したがつて、抵当権の効力の点からは原則に従うことにならう。すなわち、伐採により土地から分離されたために土地の定着物から動産となり、そのために抵当権の効力が及ばなくなる。ところが、先にも述べたように、従物の場合には所有権が移転した

としてもさらに占有状態ないし従物としての附属状態に変動がない限り、抵当権の効力は従物に及ぶわけであるから、同様に抵当目的物上に従物なり伐採材木が存しているにもかかわらず、それらへの抵当権の効力の点では、一見すれば、まったく異なった結論が導かれている。これが、ここでいう結論の相違である。

では、どのような要件で効力の有無が判断されているのか。従物の場合には占有状態ないし従物として附属状態の有無にかかり、立木の場合はその伐採の有無にかかっている。逆に言えば、この占有状態ないし附属状態の存在こそが、結局のところ、従物へ抵当権の効力が及ぶことの実質的な要件であると考えられる。というのは、従物となる物件はそもそも主物とは独立した物であつて多くの場合には動産であり、附属状態を示していなければ、それはまったく独立した物と判断されるからである。そうすると、この附属状態に代表されるような従物たる性質を失うことが抵当権の効力消滅の原因であるということが出来る。また、立木の場合においても先に述べたように、やはり所有権の移転という事実よりも伐採によつて立木が不動産の定着物ないし構成部分から動産へと変化することによつて抵当権の効力が及ばなくなっている。つまり、立木の場合でも不動産の定着物ないし構成部分という当初有していた性質を失うことが抵当権の効力消滅の原因となるのである。このように考えるならば、いずれの場合であつても当初有していた性質を失うか否かが抵当権の効力の有無を決定する判断基準となつていてと考えることができる。そうであるとすれば、両者は、要件の点で一致しているということができよう。

二 学説の展開

以下では、分離に関する学説の展開を整理する。まず前提として、抵当権が使用収益を設定者に委ねる権利であるこ

とから、分離行為が行なわれてもそれが通常の範囲にとどまる限り、抵当権者は分離された物について抵当権を行使することはできない。この点について、学説は一致している。⁽⁴⁾したがって、ここでは、通常の範囲にとどまらない分離行為が問題となる。すなわち、設定者その他の者による通常の範囲にとどまらない分離行為によって附加一物ないし従物が抵当不動産から分離された場合において、この分離物に抵当権の効力が及ぶか否かがここでの問題である。

この問題に関して、学説は、もっぱら立木の伐採および搬出に関する事件を契機に、昭和初期から議論されるようになった。したがって、それ以前は、当初の裁判例と同様に、消極的であるか、または自覚的ではなかった。⁽⁶⁾

まず、議論当初の学説を紹介する。たとえば、松本博士は、従物や附加一物物が分離された場合を想定して、その見解を立てた。⁽⁷⁾すなわち、これらの物が経済上主物と合体して一個の抵当物件を構成していること、また、その際の担保評価もまた従物を含んで行なわれたものであることから、設定者の一存で抵当権の効力外にこれらの従物などを逸脱させることができるとすれば、抵当物件の価値を減殺し不当に抵当権者の利益を損なうことになる。したがって、設定者の処分によってこれらの従物などの附属物が抵当権の効力の範囲外に逸脱することはないと解さなければならない。そのため、処分が行なわれても抵当権者はこれらの附属物に追及することができ、それらに及んでいる抵当権を消滅させるためには、第三者による即時取得がない限り、抵当権者の同意が必要となるという。つまり、この見解によれば、抵当権者が同意を与えてその抵当権を消滅させない限り、その抵当権の範囲外に逃れ出た分離物といえども、即時取得のない限りで、抵当権の効力が及ぶことになる。

また、この見解は、裁判例「10」において上告理由として述べられており、裁判所に対しても影響を与えたものと考えられる。⁽⁸⁾

このようなきわめて積極的な見解に対して、より消極的な見解を主張したのは、石田博士である。⁽⁹⁾すなわち、抵当権

の効力が附加一体物や従物に及ぶのは当事者の意思に基づくのではなく利用関係上の結合という客観的な経済的結合関係によるので、この結合関係が解けた場合には当然抵当権の負担を免れることになるとする。そのうえで、所有者が結合関係を解くような行為を行なって従物や附加一体物たる性質を失わせたならば、それは抵当権の侵害となる。したがって、この見解によれば、期限の利益の喪失や代担保の提供が問題とはなっても、抵当権者は従物などには追及できないことになる。

また、勝本博士も、石田博士と同様に抵当権の追及効を否定する。もともと、博士によれば、分離行為が抵当権侵害となるとともに、分離物も目的物の価値の一部を代表する物であるから、この場合には物上代位の法理が準用される⁽¹⁰⁾。

以上の積極説と消極説との中間に位置づけられるのが我妻博士の見解である⁽¹¹⁾。すなわち、抵当権は一面では附加一体物および従物をも含めた目的物全体を支配する物権であるから、分離物にもその支配力は及んでいる。しかし他面では、抵当権は登記を對抗要件とする権利である。したがって、分離物が抵当不動産上に存在し、登記による公示に包まれている限りで、抵当権の効力が及ぶことになり、そこから搬出されたときはもはや第三者に対抗できないと解する。すなわち、追及効そのものは認めるものの、その消滅のために第三者の即時取得を必要とせず、単に搬出されることで足りるとする。

なお、これらの諸見解においては、立木のような定著作ないし附加一体物の場合も従物のような場合も、同様に論じている。

現在の学説は、中間説を基本的に支持している⁽¹²⁾。しかし、その具体的な内容の点では相違がみられる。理論的には、従物なり附加一体物なりがその性質を失えば、その限りで抵当権の効力が及ばなくなるはずである。すなわち、そもそ

もその効力が認められたのが抵当不動産との客観的な関係のゆえであるから、それが消滅すれば当然及ばなくなる。しかし、そうすれば抵当不動産に対して絶えず注意を払うことを抵当権者に強要することになる。そこで、これを避けようとするれば、抵当権の効力を若干強化し延長すること考えなければならぬ。他方では、分離ないし搬出された物について取引関係に入った第三者の取引上の安全をも考慮する必要がある。したがって、抵当権者と第三者との間での分離物ないし搬出物をめぐる利害調整を行なわなければならない。現在では、この利害調整の根拠とその程度をめぐって議論が生じている。^(12a)

第一に、先に示した我妻博士の見解がある。⁽¹³⁾ 繰り返しになるが、それによれば、抵当権は、従物や附加一体物を含んだ目的物全体を対象とするから、分離物にもその効力が及ぶ。しかし、同時に抵当権は登記を對抗要件とする権利であるから、分離物が抵当不動産上に存在し登記による公示に含まれている限りにおいて、それらへの抵当権の効力は第三者に対抗することができる。これを具体的にみてゆく。附加一体物の分離、または従物のその性質の喪失後も、抵当不動産上に存在する限り、分離物について第三者が所有権を取得しても抵当権者はこれに対抗できる。また、分離物が搬出されても、抵当権は消滅しないが、第三者への對抗力を失う。したがって、第三者が所有権を取得すれば、即時取得するまでもなく、抵当権は消滅することになる。さらに、搬出されないまま第三者が所有権を即時取得することができるかについて、これを肯定している。つまり、この見解は、問題を抵当権の公示力によって解決しようとするものと考えることができる。

第二に、抵当権の公示力のみによって問題を解決するべきではなく、抵当権の効力の及ぶ根拠それ自体、すなわち抵当不動産との一体性の消滅をも踏まえて問題の解決を根拠づけるべきであるとする見解がある。⁽¹⁴⁾ これによれば、分離物が抵当不動産上に存在するときは、その両者間の一体性が社会観念上消滅したとはいえず、かつ、抵当権の公示もまた

機能している。したがって、抵当権の効力が分離物に及び、それを第三者に対抗できることになる。また、分離物が抵当不動産から搬出された場合には、両者間の一体性が社会観念上消滅しているために、抵当権は分離物に及ばない。もつとも、この見解の論者も、搬出後もいまだ第三者に譲渡されず設定者の所有にとどまる限りは、抵当権の追及効を延長して、なお抵当権の効力がこれに及ぶと解している。

第三に、中間説では抵当不動産上から搬出されてもそれだけでは抵当権の追及効は消滅しないことになり、また、第二の見解では抵当不動産からの搬出後も所有権が設定者にとどまる限り抵当権の効力が及ぶことになるが、しかし、動産への抵当権の追及力は抵当権の公示が可能である限りにとどまること、または、分離物と抵当不動産との一体性の消滅を根拠に、抵当不動産からの搬出によって追及効は消滅するという見解がある。⁽¹⁵⁾ この見解は、第二の見解とその根拠の点では近いがその結論の点で異なり、搬出後にもなおその所有権が設定者にとどまる分離物には抵当権の効力は及ばないという結論をとると考えられる。

第四に、かつての積極説のように、搬出後も第三者が即時取得するまで抵当権の効力が及んでいないと解する見解がある。⁽¹⁶⁾ これはもつぱら、分離物を譲り受けた第三者と抵当権者との間での利益衡量によってこの結論を導くものであると思われる。すなわち、分離物が抵当権の目的物であったことについて悪意である第三者に負担のない所有権を取得させる必要がないということはこの見解の論者がその理由としているからである。また、この見解は、設定者の所有にとどまっている限り、搬出後も抵当権の効力が及ぶと解している。さらに、抵当不動産上で第三者に売却された場合には、占有改定が即時取得の要件となるか否かの問題となるとする。

ところで、分離物に抵当権の効力が及ぶとすれば、実際にどのような方法でその分離物について抵当権を実行するの

この点について、第一に、分離物が不動産上にとどまっている場合をとり上げると、とくに、分離物のみを動産競売の方法で競売できるかについて、それを肯定する見解と否定する見解とがある⁽¹⁷⁾。もつとも、肯定説は、立木伐採の場合に関してであつて、従物分離の場合については何も述べていないか、さもなくば否定している。立木について肯定する根拠としては、伐採された立木がもともと不動産の一部分であつたこと⁽¹⁹⁾や、立木を伐採したまま被担保債権の弁済期まで待つと腐敗などによる価格の低下や盗難の虞れがあり、⁽²⁰⁾ 也可能し否定すれば抵当権者は抵当不動産および残存物について抵当権実行が強制されることになり妥当ではないことなどが挙げられている。これに対して、否定説の根拠としては、分離物に複数の担保権者が存在しうるから執行官ではなく執行裁判所に競売および配当手続きを委ねるべきであることが挙げられている⁽²¹⁾。次に従物について否定する根拠は、従物に抵当権の効力が及ぶ根拠である経済的一体性を実行において破壊することはできないということである⁽²²⁾。

第二に、抵当不動産から搬出された分離物の実行については、動産競売が可能であるという見解と不動産競売でなければならぬという見解⁽²⁴⁾、さらに後者には搬出されたままでもよいという見解と一度抵当不動産上に戻すことが必要であるという見解とがある⁽²³⁾。

さて、抵当権の効力が及んでいることを前提として、次に問題となるのは、それを不当に消滅ないし減殺させるような設定者や第三者の行為を排除することはできるのか、すなわち、抵当権に基づく物権的請求権が認められるのかという点である⁽²⁵⁾。一般的に、抵当権に基づく物権的請求権それ自体の存在を否定する見解は存しない⁽²⁶⁾。

もつとも、その基準の点で問題がある⁽²⁷⁾。最初に述べたように、抵当権は、抵当権設定者による通常の使用収益を容認

したうえで、いわゆる価値権として目的不動産の交換価値を把握するものであることから、その抵当権の侵害がどのような場合に生じるのが問題となるのである。これには、二説ある。一方は、優先弁済が受けられないような状況が作り出されたときに抵当権の侵害が生じるという見解である。⁽²⁸⁾これによれば、侵害によって目的物の価額が被担保債権額を下回ることがその基準となる。これに対して、もう一方は、十分な弁済を与えないほど抵当不動産の価格が低減したか否かは、抵当権の不可分性から問題にしくともよいという見解である。⁽²⁹⁾これによれば、侵害行為があればそれで足り、それによって被担保債権の弁済に不足が生じたか否かを問う必要はない。しかし、この見解の対立は、ここでは実質的な意味を持たない。なぜなら、前者の見解であっても、実際に抵当権が実行されて、価格の低下により被担保債権に不足が生じることを必要とせず、その可能性で足りると解するからである。すなわち、抵当権の侵害は抵当権が実行されて初めて明らかになるので、それを待っているのは、妨害の排除を行なう意味がないからである。また、具体的にどのような場合に抵当権の侵害があるのかに關しても、立木や従物などの分離ないし搬出が問題となる場合には、両者の間でその結論に差は生じていない。⁽³⁰⁾

むしろ問題は、どのような内容の物権的請求権が認められるのかという点にある。第一に、立木や従物がまさに分離されるのを防止することが認められるか、第二に、分離物が搬出されようとしているときにそれを禁止することが認められるのか、第三に、いったん搬出された分離物の返還を請求できるのかという三つの段階がある。前二者については、一般に肯定されている。⁽³¹⁾その根拠として挙げられるのは、抵当権の効力の及んでいる物が分離ないし搬出されることでその効力が減殺されるのだから、これを阻止する効力を認めるのが至当であることや、この効力を設定者だけでなくすべての者に対して認めるのが物権としての性質に合致していることなどである。これに対して、最後の段階については、一般に否定的である。⁽³²⁾というのは、抵当権が占有権原を有しないために、抵当権者自身への返還請求が認められないか

らである。しかし、設定者への返還請求、いわば原状回復請求についてはこれを認めようとする見解が有力である。⁽³³⁾その理由は、分離物ないし搬出物について抵当不動産との一括した競売を行なう必要があるからであり、搬出された状態では第三者による即時取得の可能性が増大するからである。

なお、右の最後の問題については、工場抵当法上の狭義の工場抵当に関して認められたことがあり、⁽³⁴⁾このような工場抵当法の解釈を民法の解釈に生かすことができるのかという観点からも論じられている。⁽³⁵⁾

以上のような学説の状況をここでもう一度整理する。

第一に、分離物についての抵当権の効力の問題は、二つの論点から成り立っている。すなわち、一方は、いわゆる抵当権の追及力の問題であり、他方は、抵当権に基づく物権的請求権の問題である。しかし、両者に共通するのは、抵当権が占有権原がなく目的物の交換価値を支配する権利であることから、設定者による通常の用益の範囲内の行為を抵当権者が排除することや、用益の結果として分離ないし搬出された物に効力を及ぼすことができないという点である。したがって、通常の用益の範囲を超える設定者の行為とその結果が対象となる。また、第三者の行為についても基本的には通常の用益の範囲を超えるものが対象となる。

第二に、抵当権の追及力の問題に関する学説の状況は、その結論の点からすれば、当初の学説と基本的な状況は変わっていない。すなわち、どこまで抵当権者が追及して行けるのかの点で、第三者による即時取得のない限りとする見解、第三者の所有権取得までとする見解、搬出によって追及効が消滅するという見解、そしてこの最後の見解に立ちながら、物上代位によって問題を解決しようとする見解の四つに分かれている。これらの対立は、先にも述べたが、抵当権の効力の附屬物に及ぶ根拠が失われることでその効力が消滅するという原則と、抵当権者の保護、さらに、搬出後に取引関

係に入った第三者の保護という三つの観点からその効力の限界を定めようとすることから生じたものといえる。つまり、
 抵当不動産上に分離物が存在するという場所的な関係を中心に動産取引の安全を考慮した論理といえるわけである。

第三に、抵当権に基づく物権的請求権については、追及効の問題で学説がまさに対立している点でやはり争われてい
 る。すなわち、搬出されてしまった後の段階である。この段階で、抵当権には追及力がないと考えれば、当然のことな
 がらその搬出を防ぐことはともかくも搬出後その分離物の返還を求めることはできないであろう。それに対して、第三
 者が所有権を取得するまでないし即時取得までは抵当権の効力が及ぶとすれば、その限界までは分離物の返還を求める
 ことができることになるからである。もともと、この分離物の返還を認めるとしても、抵当権者自身への返還を認める
 ことについては、抵当権が占有権原のない権利であることから、各見解も消極的である。むしろ、抵当不動産との一括
 した実行を図ろうとすることから、抵当不動産上へ戻すことを求めている。

以上のような整理から、分離ないし搬出の程度に応じた段階を考えて、その各段階での抵当権の効力を総合的に考
 えてみると、学説は、抵当権の効力が及ぶ根拠と同時に第三者との利害調整という二つの観点から問題の解決を図ろうと
 しているといえよう。ただ、各見解によってその力点の置き方に相違があるために、とくに搬出後の抵当権者の権利に
 ついて相違が生じていると考えられる。

注(一)この前提として、そもそも樹木は土地の定着物であるから、通常はこれらの樹木に土地抵当権の効力が及ぶことが認め
 られる。むしろ、借地を基礎とする林業経営の場合においては、樹木のみを独立して所有権および抵当権の対象とするこ
 とが求められた。この経済的な要請が、民法制定後、「立木ニ関スル法律」(明治四二年法律二二二号)によって所有権およ
 び抵当権が認められ、「立木ノ先取特権ニ関スル法律」(明治四三年法律五六号)によって立木への先取特権が認められた

基礎であろう。また、その後立木法の適用のない個別の樹木に関しても土地所有権から独立した所有権が認められ、その對抗要件として明認方法で足りることが裁判所によって認められた(代表的なものに、たとえば、大判大正一〇年四月一四日(二民)民録二七輯七三二頁がある)。しかし、ここでとりあげる立木に関する裁判例は、地盤である土地の抵当権の範囲に一度含まれていたが、何らかの理由でその範囲を脱したか否かが問題となった事例であつて、そもそも土地と別個の目的物を構成していた事例ではない。

なお、立木に関して独立の所有権ないし抵当権が認められる必要性と立木法が制定された歴史的・社会的背景については、渡辺洋三「土地・建物の法律制度(上)」[東大社会科学研究所叢書2]一四〇頁以下(東京大学出版会、昭三五)を参照のこと。また、立木法の立法理由については、「第二五回帝國議會貴族院立木ニ関スル法律案特別委員會議事速記録第一號」『帝國議會貴族院委員會議速記録明治篇23』一九五頁以下(東京大学出版会、昭六二)、および、「第二五回帝國議會衆議院立木ニ関スル法律案委員會議速記録(筆記速記)第一回」『帝國議會衆議院委員會議速記録明治篇54』三一頁以下(東京大学出版会、平元)、さらに上山満之進『立木不動産法通解』一―四頁(大日本山林會、明四四)を参照のこと。

(2) 民録二二輯一五卷八八〇頁(附加裁判例[15])。

(3) もっとも、ここでとりあげた二件の裁判例のうち[13]は、抵当権の實行として伐採された立木の動産差押を抵当権者が行なつた事件である。この裁判例は、実行方法に不備があるために、抵当権の効力が及ばないとされたのではないかとみることもできる。しかし同時に、この点は、判文上明らかではないことも認めている(我妻栄ほか編『判例コンメンタールⅢ担保物権法』二八〇頁「清水誠」(コンメンタール刊行会、昭四三))。

(4) たとえば、勝本正晃「擔保物権法」末弘厳太郎編『新法學全集第九卷』三七九頁(日本評論社、昭一一)、同「擔保物権法下巻」四四三頁(有斐閣、改訂新版、昭二四)、我妻栄「新訂擔保物権法(民法講義Ⅲ)」二六七頁および二七一頁(岩波書店、昭四三)、香川保一「改訂担保―基本金融法務講座」[3]―一八一頁(金融財政事情研究会、昭三九)、我妻ほか・前掲注(3)二八〇頁「清水」、田中克志「土地の抵当権の効力の及ぶ範囲」米倉明ほか編『金融担保法講座Ⅰ担保制度一般・抵当権』一八一頁(筑摩書房、昭六〇)、井口源一郎「抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲」中川善之助Ⅱ兼子一編『担保「改訂版」(不動産法大系第2巻)』一四六頁(青林書院新社、昭五二)、横梯次「担保物権法」一五四頁(有斐閣、昭五六)、三和一博「抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲」森泉章編『現代民法学の基本問題 上』(内山尚三・黒木三郎・石

川利夫先生還暦記念』四二五頁（第一法規、昭五八）、田中克志「目的物の分離と抵当権の効力」石田・西原・高木三生還暦記念論文集刊行委員会編『金融法の課題と展望（石田喜久男・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集・下巻）』九九頁（日本評論社、平二）などがある。

(5) たとえば、「分離」に関する裁判例「1」および「2」がそうである。

(6) この点について明確に議論して抵当権の効力が及ばないとしたものは見当たらないが、たとえば、江口繁「抵当権の目的たる不動産の従物と従物性の離奪」新聞一九六九号三頁以下（大一一）は、従物のみが処分される場合に抵当権者がいかなる救済を受けうるかを論じているが、しかし追及効を論じてはいない。

また、たとえば、三潜信三「全訂擔保物權法」（有斐閣、一九版、昭三三）、富井政章「民法原論第二巻物權」（有斐閣、合冊、大一一）および横田英雄「改版増補物權法」（清水書店、一八版、大四）などは、抵当権の追及効の問題を取り扱っていない。

これらのことから、追及効について当初の学説は否定的ないし無自覚であったと考えられる。

(7) 松本丞治「従物又は附加物に對する抵當權の効力」法時二卷（九号五頁）一一六頁（昭五）。また、江口・前掲注（6）四頁は、抵当権者の同意なくば、設定者は自由に従物を処分しえないと主張している。その理由は、従物除外の別段の定めがない以上抵当権の効力が及ぶからということのようである。

(8) 田中・前掲注（4）「目的物の分離」九九頁。

(9) 石田文次郎「擔保物權法論上卷」一九二頁（有斐閣、昭一〇）。また、遊佐慶夫「增訂民法概論（總則篇）」二二二頁（有斐閣、増訂一八版、昭一六）、同「新訂民法概論（物權篇）」五五七頁（有斐閣、新訂一四版、昭一六）。

(10) 勝本・前掲注（4）「擔保物權法」三七九頁および三八一頁、同・前掲注（4）「擔保物權法下卷」四四四頁および四四七頁、近藤栄吉「物權法論」二〇二頁（弘文堂書房、昭九）。

(11) 我妻栄「擔保物權法（民法講義Ⅲ）」二二四頁（岩波書店、昭一一）。

(12) 中間説以外を支持するものとしては、たとえば、勝本博士の主張される物上代位説を支持する柚木馨「担保物權法（法律学全集19）」二四八頁（有斐閣、昭三三）、柚木馨Ⅱ高木多喜男「担保物權法〔第三版〕」（法律学全集19）」二六八頁（有斐閣、昭五七）がある。

(12 a) 第三者の関与の程度については、抵当不動産上の動産について所有権を取得する場合と担保権を取得する場合を考慮することができる。従来の学説は、本文でも紹介するように、もっぱら前者について論じている。

後者については、たとえば、瀬川信久「抵当権と従物」谷口知平∥加藤一郎編『新版・判例演習民法2 物権』一三四、二三五頁(有斐閣、昭五七)は、抵当権が譲渡担保に優先すると解していると解している。このように解しても、抵当権の登記と主物従物間の客観的関係の存在によって抵当権の効力の及ぶことが公示されている以上、譲渡担保権者にとって不当な結果とはいえないという。

(13) 我妻・前掲注(4)二二六八頁および二七一頁、横梯次「抵当権と附加物・従物、抵当権の侵害」谷口知平∥加藤一郎編『民法例題解説I(総則・物権)』二〇二、二〇三頁(有斐閣、昭三四)、同・前掲注(4)一五五頁、井口・前掲注(4)一四七頁、鈴木祿弥『物権法講義(四訂版)』一九七、一九八頁(創文社、平六)、同『物権法講義(三訂版)』一七〇頁(創文社、昭六〇)、信濃孝一「宅地上の従物と抵当権の効力」野田宏∥後藤邦春編『裁判実務体系14担保関係訴訟法』一一五頁(青林書院、平三)。

(14) 柚木馨編『注釈民法(9) 物権(4)』四二頁「柚木馨∥西沢修」(有斐閣、昭四〇)、柚木馨編『注釈民法(9) 物権(4)』四二頁「柚木馨∥西沢修」(有斐閣、増補再訂版、昭五七)、西澤修「判批」民商六二卷(一号一四四頁)一四四頁(昭四五)。(15) 林良平「抵当権の効力」谷口知平∥加藤一郎編『新版・民法演習 2 物権』一八七頁(有斐閣、昭五四)、川井健「担保物権法(現代法律学全集7)』五三頁(青林書院新社、昭五〇)、道垣内弘人『担保物権法』一一四頁(三省堂、平二)、香川・前掲注(4)一八二頁、近江幸治『担保物権法』一三三頁(弘文堂、昭六三)。

(16) 星野英一『民法概論II(物権・担保物権)』二五二頁(良書普及会、合本新訂版、昭五一)、高木多喜男『担保物権法』一三三頁(有斐閣、昭五九)、同『担保物権法(新版)』一二七頁(有斐閣、平五)、片桐善衛「抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲」下森定∥須永醇監修『物権法重要論点研究』七一頁(酒井書店、平三)、椿寿夫編『現代民法講義3担保物権法』六二頁「吉田真澄」(法律文化社、平三)、横梯次「抵当権の効力」谷口知平∥加藤一郎編『新民法演習2 物権』二一九頁(有斐閣、昭四二)「立木について、立木の本性やその取引の特殊性から即時取得までの追及を認める」。

(17) 我妻・前掲注(4)二六八頁、田中・前掲注(4)「土地の抵当権の効力の及ぶ範囲」一八二頁、同・前掲注(4)「目的物の分離」一一〇頁、星野・前掲注(16)二五一頁。

- (18) 井口・前掲注(4)一四七頁、高木・前掲注(16)『担保物権法』一二三頁、同・前掲注(16)『新版』一二七頁、信濃・前掲注(13)一一六頁。
- (19) 星野・前掲注(16)二五一頁。
- (20) 田中・前掲注(4)「目的物の分離」一〇二頁。
- (21) 高木・前掲注(16)『担保物権法』二二四頁、信濃・前掲注(13)一一六頁。
- (22) 我妻・前掲注(4)二七二頁、田中・前掲注(4)「目的物の分離」一〇三頁。
- (23) 我妻・前掲注(4)二六九、二七二頁「もつとも、博士は、これは適当な方法とはいえないから、抵当権の効力として抵当不動産まで戻して一括して競売する方法を開くことが望ましいとする」、田中・前掲注(4)「目的物の分離」一〇三頁。
- (24) 高木・前掲注(16)『担保物権法』一一三頁。
- (25) この問題は、近時、いわゆる詐欺的短期貸借と抵当権者の明渡請求の問題として論じられることが多い。これについては、小杉茂雄「判批」民商一〇五卷(四号八一頁以下)五一九頁以下(平四)、生熊長幸「抵当権併用貸借権の後順位短期貸借権排除効と抵当権に基づく短期貸借人に対する明渡請求権」岡山大学法学会雑誌四〇卷(三〇四号一五九頁)五二七頁以下(平三)、一宮なほみ「抵当権の短期貸借の解除請求と明渡請求(上)(下)」判タ六九一号二〇頁以下(平元)、判タ六九三号一六頁以下(平元)〔同「抵当権の短期貸借の解除請求と明渡請求」藤原弘道Ⅱ山口和男編『民事判例実務研究第6巻』一九頁以下(判例タイムズ社、平元)所収〕、井口博「抵当権者の短期貸借権者に対する明渡請求」判タ七〇五号四頁以下(平元)、高木多喜男「抵当権と非正常型短期貸借」金融法務一一四六号六頁以下(昭六二)などある。
- なお、抵当権に基づく物権的請求権について正面から取り扱ったものとして、たとえば、田島順「抵当権者の妨害排除請求」論叢三一巻(四号一頁以下)六二七頁以下(昭九)や小杉茂雄「抵当権に基づく物権的請求権の再構成(一)(二)完」西南学院大学法学論集一四巻一頁以下(昭五六)、二号一四一頁以下(昭五六)がある。
- (26) 初期の学説においては、抵当権には占有権原がないので、抵当権に基づく物権的請求権もないとする見解もあった(中島玉吉「民法釋義卷之二下物權篇下」一〇四一頁(金刺芳流堂、五版、大八))。
- (27) この問題は、とくに、詐欺的短期貸借の解除後の抵当権者による明渡請求を認めるか否かの基準の問題として議論されている。この点については、前掲注(25)の諸文献を参照のこと。

(28) 我妻・前掲注(4) 三八三頁、川井・前掲注(15) 一一〇頁。

(29) 星野・前掲注(16) 二五八頁、我妻ほか・前掲注(3) 三三三頁「清水」、高木・前掲注(16) 『担保物権法』一四〇頁、鈴木・前掲注(13) 『三訂版』一七七頁、道垣内・前掲注(15) 一四八頁、椿寿夫編『現代民法講義3担保物権法』三四頁「上田徹一郎」(法律文化社、平三)。

なお、高木・前掲注(16) 『担保物権法』一四一頁は、抽象論としては被担保債権の弁済がなされる限り侵害なしといえるが、**抵当権実行前では弁済がなされるか否かの予測はつけ難いから、侵害の可能性ありとして、その予防を請求しうると解するのが、現実的な処理であると主張する。**

また、鈴木・前掲注(13) 『三訂版』一七七頁および道垣内・前掲注(15) 一四四、一四八頁は、設定者の行為によるときは、通常の使用の範囲内か否かで侵害か否かを決定し、第三者の行為によるときはその範囲を問わない。

さらに、近江・前掲注(15) 一五六―一六一頁も、やはり設定者と第三者とを分けて考えている。前者については、担保關係に基づく信義則違反として捉え主観的要素を中心にその基準を定立している。それに対して後者については、従来からの**抵当権侵害を意味するが、担保目的物の価格が被担保債権額を下回るといふ基準ではなく、その可能性の存在で足りるとする。**

(30) たとえば、具体的に結論に差が出るものとしては、**抵当権者によって解除された短期貸借人による抵当不動産の占有が抵当権の把握する交換価値の低下をもたらすか否かがある。**この点に関しては、先に注(25)で挙げた諸文献を参照のこと。もっとも、この点については、最高裁判所第二小法廷が平成三年三月二二日の判決(民集四五卷三号二六八頁)において否定している。

(31) 田島順『物権法』二二頁(弘文堂書房、昭一〇)、同『擔保物権法』六頁および二二頁(弘文堂書房、昭九)、末弘巖太郎『債權總論』『現代法學全集第八卷』九二頁および九四頁(日本評論社、昭三三)、石田・前掲注(9) 四〇頁、我妻・前掲注(11) 二七三頁、同・前掲注(4) 三八四頁、於保不二雄『物権法(上)』三四頁(有斐閣、昭四一)、薬師寺志光『日本物権法新講』六〇頁(政文堂、再版、昭三八)、我妻ほか・前掲注(3) 三三三頁「清水」、柚木・前掲注(14) 『初版』四四頁「柚木Ⅱ西沢」、柚木・前掲注(14) 『増補再訂版』四四頁「柚木Ⅱ西沢」、柚木馨編『注釈民法(9)物権(4)』六七頁「柚木馨Ⅱ高木多喜男」(有斐閣、昭四〇)、柚木・前掲注(12) 『担保物権法』二六〇頁、柚木Ⅱ高木・前掲注(12)

二八五頁、川井・前掲注(15) 一一〇頁、高木・前掲注(16) 『担保物権法』一四〇頁、横・前掲注(4) 一八五頁、道垣内・前掲注(15) 一四四頁、椿・前掲注(29) 三五頁「上田」。

(32) 我妻・前掲注(11) 二七二頁、同・前掲注(4) 三八四頁、我妻ほか・前掲注(3) 三三三頁「清水」、舟橋諄一編『注釈民法(6) 物権(1)』三九頁「好美清光」(有斐閣、昭四二)、西澤・前掲注(14) 一四五頁、川井・前掲注(15) 五三頁、鈴木・前掲注(13) 『四訂版』一九八頁、同・前掲注(13) 『三訂版』一七〇頁、高木・前掲注(16) 『担保物権法』一四一頁、横・前掲注(4) 一八五頁、椿・前掲注(29) 三五頁「上田」。

(33) 我妻・前掲注(4) 三八五頁「同・前掲注(11) 二七二頁ではこれも否定していたが、改説した」、舟橋・前掲注(32) 三九頁「好美」、西澤・前掲注(14) 一四五頁、鈴木祿弥『清水誠編「金融法」民法新教科書4』三〇九頁「清水誠」(有斐閣、昭五〇)、星野・前掲注(16) 二五二頁、高木・前掲注(16) 一四〇頁、横・前掲注(4) 一八五頁「取引觀念上合理的である場合に肯定する」、道垣内・前掲注(15) 一四四頁および一四七頁、椿・前掲注(29) 三五頁「上田」。

以上のような肯定的な見解に対して、川井・前掲注(15) 五三頁はこれを否定する。その理由として挙げられているのは、撤出によって抵当権の効力が及ばなくなることである。また、鈴木・前掲注(13) 『三訂版』一七〇頁は、第三者の所有となった以上は返還を請求できないとする。もつとも、同書一七七頁によれば、第三者が完全に即時取得するまでは抵当権者による追及を認めており、矛盾しているように思われる(前掲注(13) 『四訂版』二〇六頁においては、右記述は削除されている)。

(34) 最判昭和五七年三月一二日(二小) 民集三六卷三号三四九頁の事件がそれである。本件については、次の第三節で紹介し、取り扱うが、概略を述べておく。設定者の代表者が工場内の機械を第三者に売却し、現実の引渡を了えていた。それに對して工場抵当権者が第三者に対して機械の返還を求めた事件で、裁判所は原状回復を認めた。

(35) 高木・前掲注(16) 『担保物権法』一四〇頁、同「判批」判時一〇七九号(判評二九四号一三頁) 一七五頁(昭五八)、林良平「判批」民商八八卷(一号一二三頁) 一二三頁(昭五八)、堀龍兒「判批」判タ四八四号一頁(昭五八)、多田利隆「判批」北九州大学法政論集一卷(三〇四合併号一五四頁) 四二六頁(昭五九) などは、これを肯定する。それに対して、篠田省三「判解」曹時三七卷一〇号二九五頁(昭六〇) は否定している。詳細については、第三節で取り扱いたい。

第四款 まとめ

ここまで、「附加」および「分離」の局面における抵当権の効力について、立法過程、判例および学説のそれぞれの展開を考察してきた。それによれば、民法典の抵当権規定は、従物などの附属物に抵当権の効力を及ぼすことについて不明確な規定しか有していない。さらには、その分離した物への抵当権の効力についての規定をも有していない。このような抵当権規定は、母法となったフランスやドイツの民法典の抵当権規定と比べても、不十分なものといえる。裁判例や学説においてとられた解決は、このような欠缺を解釈論の面で埋めようとするものであった。また、後に取り扱う工場抵当法によって規定された狭義の工場抵当の存在は、このような欠缺を埋めようとする動きを立法という側面から支持するものであった。

このような民法典の欠缺を補充しようとする動きは、まず学説において主導され、それに裁判所が従う形でなされてきた。このような動きの典型的なものが豊建具にも建物抵当権の効力を認めようとする学説の努力である。当初、動産抵当を認めることになるとして否定的であった裁判所が、学説の主張するところを受けて肯定に転じたことは、裁判例の整理および分析の際に述べたとおりである。その後さらに、学説は、抵当権設定後の従物についてもその効力を及ぼそうとし、戦後において、裁判所もまた下級審においてそれを是認するようになった。このような抵当権強化の動きは、具体的には、八七条二項および三七〇条の解釈を通じて行なわれている。当初は、八七条二項が、当事者意思の推定規定であって、抵当権設定者の意思によって抵当権の効力の及ぶ範囲を定めようとするものであると解した。しかし、これでは、処分後、すなわち抵当権設定後に付属した動産に効力を及ぼすような解釈の余地がなかった。そこで、八七条二項にいう主物の処分に従うという規定の趣旨を主観的な要因によるのではなく、客観的な要因によるものとして解釈

することが行なわれたのである。すなわち、八七条一項にいう主物従物関係は、そもそも客観的経済的な結合によるものであり、二項もこれと同じく客観的経済的な結合関係を維持するうえで、いわば必然的な規定であると解されるようになったわけである。そうすると、今度は三七〇条との関係が問題となってくる。というのは、従来からの三七〇条と八七条二項との間の役割分担が崩れることになるからである。すなわち、八七条二項は抵当権設定時に關する規定であり、三七〇条は設定後の附加一体物の規定であると解されてきた。ところが、八七条二項が客観的経済的な結合を理由とする規定であると解され、設定の前後を問わず適用されると解されるならば、三七〇条との間で重複が生じるからである。ここに至って、とくに戦後、学説において論争となった根拠条文をめぐる問題が発生した。しかし、「附加」に關する学説の展開においてすでに述べたように、この問題は、形式的な側面が強く、むしろ現在ではより実質的な側面が重視されている。

以上のように、この問題は、抵当権の効力の及ぶ範囲という観点からみることでもできるが、同時に、「物」概念の拡大という観点からも捉えることができる。たとえば、於保教授は、従物概念を認めることが、従物という有体的かつ独立的存在を経済的一体性という概念によつて主物とともに一個の「物」として扱うことを意味するという。そうであるならば、そのような意味での従物概念の採用は、経済的な必要性による有体性ないし独立性の緩和を意味することとなる。そこで、どの程度緩和されたのか、あるいは、逆に言えば、どの程度一物とされたかということが問題となる。すでに述べたとおり、この点で、法的に独立の存在を有する物が主物従物間の関係を基礎に同一の法的な運命に服することになるのは、当初は、当事者の意思解釈によると考えられていた。それによれば、両者が互いに独立の物であることから当事者の処分の意思がその両者の関係の基礎になるわけである。しかし、後にとられた考え方によれば、まさにその両者間の客観的経済的結合関係こそが両者間の法的運命の共通の原因である。すなわち、ここでは、互いに独立した

物であるという両者の性質よりも、経済的な結合関係が優先されることになるわけである。

また、従物をめぐる裁判例の展開においても「物概念の拡大」という手段がとられていた。たとえば、それは附加一体物について生じている。すなわち、当初、物理的基準から附合物のみを意味したこの概念が、その後取引上の通念によって決定されるようになった点である。また、先に述べた従物概念を客観的経済的規定と解する立場とは逆に、あくまで八七条二項は主物と従物に関する主観的な規定であるとしたうえで、むしろ三七〇条の「附加一体物」を、取引観念によって定まる物理的一体性を超えて、経済的な意味での一体性も対象とする概念と理解しようとする立場も生じている。

従物概念や附加一体物概念の拡大というこのような裁判例や学説の傾向の背後には、そもそも物理的基準に基づいていた「有体物」概念を社会的経済的事情に基づき法律上の排他的支配の可能性という意味に解し、そのことによって物概念それ自体を拡大しようとしている傾向が存在している⁽¹⁾と考えることができる。

このように、抵当権の効力の及ぶ範囲の問題ないし担保目的物としての物概念は、学説においても裁判例においても、拡大する一方であったといえる。

しかし、現在では以前と比べて抵当不動産に付属する動産が高額となるにもかかわらず、従来同様、不動産の抵当権を拡大するだけでよいのか、設定者と抵当権者との利益の調整を行なう必要はないのかが問題となった。すなわち、抵当権強化の方向とともに、その抵当権の及ぶ範囲の限界が問題となってきたのである。とくに、高額の従物は設定者にとって別途信用をえるのに便利であり、また、一般債権者にとっても設定者の一般財産の増加として好ましいからである。すなわち、担保価値の効率的な利用という観点からは、従物が抵当権の範囲外にある方がよいことになる。しかし他方で、従物とは主物とともに用いて後者の効用を高めるものであるから、主物から離れたときには、その効用が低下

する。そのため、別個に処分されることは全体的な価値の点からは望ましくなく、このことが、また、主物と従物との一体的な取扱いの根拠でもあった。そうであるとすると、まさに抵当権者と設定者の利害が対立することになる。さらに、高額の動産が同時にそれ自体汎用性の高いものであるとか、あるいは、主物との価格の格差が小さなものであるという場合には、そもそもこれを従物と見ることが妥当であるのかという疑問を生じる。⁽²⁾ というのは、汎用性の高いものであれば、その交換や新たな調達が可能であり、その物でなければならぬというわけではないからである。また、価値の格差が小さくなればなるほど、どちらが主物であり従物であるのかが問題となるからである。

この点について、近時の学説では、抵当権者や設定者、一般債権者などの関係者間の利益状況を検討して、結論を導いている。その際重視されているのは、当事者の意思と予測という点である。すなわち、両当事者がどのような意図を持って抵当取引を行なったのか、また、設定者や抵当権者が抵当不動産の変化をどれほど予測していたのか、さらに一般債権者や物上保証人の意図や予測は妥当なものといえるのかということである。このような判断の基礎となるべきであるのは、当該動産が抵当不動産に付属するか否かについての当事者を含めた社会的な取引観念や社会通念といったものであり、また、当該不動産がどのような不動産であつて、どのような信用形態において用いられているのかという点ではないだろうか。⁽³⁾ たとえば、豊建具の取扱いが時代の変遷に従つて変わつてきたことに示されているように、その時代によつて家屋や土地に何が付属しているのが異なると考えられる以上、その決定の際にそれらの事情が基準となると考えられるからである。また、当事者の意図を重視するといつても、当然、その意図や予測が社会通念から大きくはずれている場合に、単に意図していたことをもつて第三者に対抗できるわけでないから、ここでも社会通念による基準が存在すると考えられる。したがつて、これによれば、現在では、家具と考えられる物品以外は、抵当家屋と一体として取り扱つてよいというようにならう。また、さらに、当該抵当取引においてどのような土地ないし建物が問題となつて

いるのか、どのような信用形態であるのかという点に関しては、次のように考えることができる。たとえば、生産信用のために工場敷地に抵当権が設定されているとすれば、そのような工場敷地に設置されている機械器具が、通常きわめて高価な物であることはたしかである。しかし、この場合においては、それら付属物が高価であることを理由として、抵当権の効力がそれら付属物に及ばないと考えることはできないように思われる。なぜなら、この場合において、工場は、機械器具が設置されてはじめて、その役割を果すことができるからである。⁽⁴⁾ またこのことは、先に挙げた当事者の意図や予測という点からも肯定することができる。

これに対して、通常の家屋に消費信用のために抵当権が設定されていると考えると、きわめて高価な付属物というもの考えること自体が難しいのではないだろうか。また、当事者にしてもそれほど高価な付属物が存在することを想定しているには考えにくい。

また、分離の場合にどこまで抵当権の効力が及ぶのかという抵当権の追及力の問題として取り扱われてきた問題は、まさにどこまで抵当権が及ぶのかの限界をその対象とする。⁽⁵⁾ これは、抵当権の効力の及ぶ範囲の確定する場合のいわば外側からの限界づけであり、その範囲の確定は、結局、どのような根拠で抵当権の効力が及ぶとされたのかに依拠することになる。したがって、従物や附加一物体といった付属物の場合には、抵当権の効力の範囲は、客観的経済的結合関係によって規律されることとなる。そのような関係が消滅すれば、抵当権の効力が及ばなくなるわけである。しかし、同時に、「分離」の裁判例や学説からいえることは、第三者との権利関係の整序は、客観的経済的な関係に基づきつつも、主物上に従物が存在する限り、主物の公示によって従物の公示が果され、それによって対抗力が付与されているという方法によって行なわれてきている。すなわち、客観的経済的な結合関係は、同時に、対外的な権利関係の公示方法の基礎となっている。それゆえ、従物についての抵当権の効力の消滅のためには、単なる所有権の移転による従物関係の終

了では足りず、その場所からの分離、すなわち搬出をも必要とすることになる。

しかし、分離物ないし搬出物の権利関係の変動は、一定の順序で行なわれるものではない。すなわち、所有権の移転—分離—搬出という場合もあれば、分離—搬出—所有権移転という場合も考えられる。たとえば、後者の場合この順序で権利関係が変動すれば、搬出後所有権移転まで抵当権の効力が及んでいるのか否かが問題とされる。学説の大勢はこれを肯定するのみならず、さらに進んで第三者による即時取得まで及ぶと解するものもある。これは、動産取引の安全という観点からの検討とともに抵当権者の利益の考慮が行なわれているからである。

以上から、抵当不動産とその付属物を「附加」ないし「分離」の両局面で一体として扱うのは、両者間の客観的経済的結合関係に基づくものということができる。すなわち、この経済的客観的結合関係に基づいて、抵当不動産とその付属物に経済的一体性を認め、それを第三者との間で公示する措置として、抵当不動産の登記と抵当不動産への付属の事実を用いることになる。逆に言えば、その付属物が抵当不動産にまさに附加することによって一体となることから、對抗力の源泉として主物の登記が要求されるということになるわけである。そのうえで、抵当権者の利益と動産取引の安全という二つの観点から、第三者との権利関係を解決することになる。

注(1) たとえば、我妻栄『新訂民法總則（民法講義Ⅰ）』二〇二頁（岩波書店、昭四〇）は、このような傾向にある。

また、物概念の系譜とその発展については、たとえば、曾田厚「物の抽象性と有体性（二）（二・完）」法協九一卷（三三）八五頁以下）、四五三頁以下、同巻（四号四二頁以下）六一四頁以下（昭四九）を参照のこと。

(2) たとえば、高価格の汎用型コンピューターやコピー機などのような事務用機器などが考えられることができる。

(3) 鎌野邦樹・前掲第二款二注（34）の諸文献参照。

(4) もっとも、このような場合には、工場抵当法による狭義の工場抵当が成立し、三条目録への記載の有無などが問題となる。

しかし、ここで問題としているのは、抵当不動産の用途ないし与信目的と付属物への抵当権の効力との関係であって、工場抵当であるかどうかは、大きな影響を与えないと考える。

(5) 占部洋之「ドイツにおける抵当不動産従物の処分」(二・完) 民商一一卷(三号五九頁) 四二七頁(平六)、同卷(四二五号一九五頁) 七四一頁(平七) は、この問題をドイツ法について検討している。

附記 「集合財産担保に関する基礎的考察」(五) 四六卷五号に次のような誤りがありましたので、訂正致します。

一七三頁裁判例〔2〕 四行目

(誤) 「原決定破棄」 ↓ (正) 「原決定廃棄」

裁判例〔3〕 一行目

(誤) 「破棄」 ↓ (正) 「廃棄」

一七四頁裁判例〔6〕 一行目

(誤) 「破棄委任」 ↓ (正) 「廃棄委任」

一七五頁裁判例〔8〕 二行目

(誤) 「破棄委任」 ↓ (正) 「廃棄委任」

裁判例〔11〕 一行目

(誤) 「破棄委任」 ↓ (正) 「廃棄委任」

一七五頁裁判例〔13〕 一行目

(誤) 「破棄委任」 ↓ (正) 「廃棄委任」

一八〇頁裁判例〔19〕 二行目

(誤) 「原決定破棄」 ↓ (正) 「原決定廃棄」

裁判例〔21〕 三行目

(誤) 「原判決破棄」 ↓ (正) 「原判決廃棄」

一八二頁裁判例〔26〕 四行目

(誤) 「原判決破棄」 ↓ (正) 「原判決廃棄」

一九四頁裁判例〔44〕 四行目

(誤) 「Aは、」 ↓ (正) 「抵当権者は」

二二一頁注(16) 二行目

(誤) 「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)」

(正) 「我妻・前掲注(12) 建物の抵当権の効力は設定当

時の畳建具に及ぶ」

Über die Pfandrechte an Sachgesamtheiten (6)
— 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.)

IV. Pfandrechte an Sachgesamtheiten in Japan

1. Sicherungsübereignung von Warenlagern
 - (1) Sachgesamtheit

* wiss. Assistent an der juristischen Fakultät der Hokkaido Universität

(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 Zubehörstücke

1. Rechtsprechung (soweit in Bd. 46. Heft 5.)

2. Literatur

(3) Rechtsprechung und Literatur über die Enthftung von Zubehörstücke

(4) Zusammenfassung (in diesem Heft)

Schluß