



Title	集合財産担保に関する基礎的考察（7） 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, 47(1), 245-317
Issue Date	1996-05-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15664
Type	departmental bulletin paper
File Information	47(1)_p245-317.pdf



集合財産担保に関する基礎的考察（七）

— 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

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

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

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

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

(以上、四五卷四号)

(以上、四五卷五号)

(以上、四六卷一号)

(以上、四六卷四号)

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

第三節 民事特別法における集合財産担保の効力

序

(以上、四六卷五号)

(以上、四六卷六号)

(以上、本号)

わが国では、集合財産を担保化するために、民法だけでなく、民事特別法がある。すなわち、工場抵当法をはじめとする各種の財団抵当法、立木法⁽¹⁾、さらに企業担保法などである。そこで、本節では、これらの民事特別法、とりわけ工場抵当法を対象として、その制定過程や判例および学説の展開を検討する。この検討を通じて、民法の規定では何が不足しており、その解決のためにどのような手段が採られたのかを明らかにしたい。

第一款 狭義の工場抵当制度による集合財産担保

序

ここでは、工場抵当法により定められた、いわゆる狭義の工場抵当をとり上げる。この制度を設けた理由は何であったのか。また、「附加」ないし「分離」に関して具体的にどのような規定が準備されたのか。さらに、「附加」ないし「分離」として、どのような紛争があり、また、それらの規定が紛争をどのように解決していたのか。これらが本款で考察しようとする問題である。

一 いわゆる狭義の工場抵当制度の制定

工場抵当法の立法理由は、次の二点にある⁽²⁾。第一点は、工場内の機械器具について非占有担保を可能にするためである。すなわち、民法の規定では工場を抵当に付しても価値の高い機械器具にその効力が及ばない可能性があるため、明

文の規定を設けることでそのような可能性を払拭しようとしたわけである。第二点は、土地、建物および機械器具などを一括して担保化することを可能にするためである。すなわち、民法の規定に従って複数の目的物に抵当権を設定する場合には、手続きが煩雑で、評価額も低廉なものにとどまる危険があるので、それを回避するためである。つまり、工場抵当法の制定は、民法上の抵当権の欠点を補うとともに、より強力な担保権を設けようとするものであった。このような抵当法が必要とされた背景には、明治三四年頃に、産業部門を中心に資金需要が強いにもかかわらず、国内の資本が不足し、外国資本の導入が焦眉の急とされていたという事情がある。⁽³⁾とくに、鉄道建設とその営業について外国資本の導入が問題とされ、そのために、物的担保の確実な把握が課題とされていた。⁽⁴⁾さらに、この事情は、鉄道部門だけではなく、一般工業部門においても同様であったものと思われる。すなわち、工場抵当法の制定は、資金需要があるにもかかわらず、担保制度の不備から円滑な投資がなされていないという経済的状況の改善を狙いとするものであったといえる。⁽⁵⁾

ところで、工場抵当法は、二種類の抵当権を定めている。第一は、抵当権の目的として工場財団を組成せずに、個々の不動産を対象とする抵当権、すなわち、いわゆる狭義の工場抵当である。第二は、工場財団を組成してこれに抵当権を設定する工場財団抵当である。狭義の工場抵当は、工場財団抵当を設定するよりも簡便な手続きで、民法上の抵当権よりも強化された効力を得ようとするものである。すなわち、手続きや効力の点で、狭義の工場抵当は工場財団抵当と民法上の抵当権の中間に位置づけられるものといえる。具体的には、工場抵当の効力の及ぶ範囲についての工場抵当法二条および三条、追及力についての五条、抵当目的物の分離についての六条、さらに機械器具の個別差押を禁じた七条などに関して、民法上の抵当権と異なっている。

そこで、狹義の工場抵当のこれらの規定に関する立法理由を、貴族院での審議を中心に検討する。

貴族院の委員会審議において、政府委員は、次のように提案説明した。⁽⁶⁾すなわち、民法八七条二項に関する当時の裁判例によれば、工場内の定著物ではない機械器具などに抵当権が及ぶか否かが不明である。工場抵当法案二条は、そのような機械器具に抵当権の効力が及ぶことを明確にしようとする趣旨である。また、抵当権の効力の及ぶ機械器具の範囲に関して、両当事者の合意に委ねることを目的とする。そうすると、抵当権の効力が及んでいる機械器具を明確にする必要がある。この点について、当事者間では公正証書で足りるが、しかし、第三者に対する関係では問題が生じる。そこで、機械器具に抵当権の効力が及んでいることを公示するために目録への記載を求め、さらに、目録が登記簿の一部になるとした(法案三条)。もともと、機械器具の大きさにかかわらず、すべての機械器具を目録に記載する必要があるのかについては、審議において政府委員は、どちらかといえば大きな機械は目録に記載するが、あまり大きくないものについては記載しなくともよいとする。その理由は、あまり厳密に目録への記載を要求するとかえって機械器具の融通を阻害することになるからである。⁽⁷⁾さらに、追及力についての法案五条は、不動産から分離され第三者が所有権を取得した場合であっても、原則として、抵当権者の保護を図るとした規定である。しかし同時に、機械器具が動産であるがゆえに、抵当権の存在について善意である第三者を保護する必要がある。そこで、五条但書で善意無過失の第三者を保護する。⁽⁸⁾また、法案六条は、機械器具の取替えないし不要な機械器具の廃棄の場合には、当該機械器具について抵当権を消滅させる。もともと、そのためには抵当権者の同意が必要であるが、取替えないし廃棄について正当な理由がある場合には、抵当権者は同意を拒絶できない(同条三項)。最後に、七条において機械器具などの個別差押を禁止したのは、機械器具だけの売却を認めれば、売却価格が低下し、抵当権者に売却代金についての優先権が認められると

ても、結局、抵当権者が損失を被る危険があるからである。

審議において、これらの条項は、とくに大きな議論の対象とならなかった。⁽⁹⁾ また審議の結果、法案はたしかに修正されたが、それは、ほとんど字句の修正にとどまっている。⁽¹⁰⁾ 五条に関しては、法案五条但書の趣旨を明確にするため、文言上も民法一九二条を準用した。もつとも、委員会には、一九二条の準用に反対し、抵当権者の保護を優先したいと考える者もいたようである。⁽¹¹⁾

この後、工場抵当法案は、貴族院本会議、衆議院委員会および同本会議を経たが、しかし、狭義の工場抵当について修正を受けることはなかった。⁽¹²⁾

二 裁判例の展開

狭義の工場抵当に関する裁判例の分析に当たっても、これまでと同様に「附加」と「分離」という観点をを用いる。とりわけ、狭義の工場抵当の場合には、工場抵当法三条が備付物件についての目録を要求しており、このため、附加なし分離の際にこの目録がどのような役割を果しているのが問題となる。というのは、この目録の性質をどのように考えるのか、對抗要件であるのかそうではないのかによって、その結論が左右されるからである。また、七条二項は、機械器具への差押について制限を設けており、目録への記載の有無とこの条項との関係も問題となろう。さらに、五条および六条との関係で、工場から分離した物について、狭義の工場抵当がどのような効力を及ぼしているのかも問題となる。以上の点について、裁判所がどのように解釈してきたのか、また、現在どのように考えているのかを明らかにした

1 「附加」ケース

まず、「附加」ケースをとり上げる。これは、工場内に機械器具が現存し、かつ、その機械器具に抵当権の効力が及んでいるか否かが当事者間で争われている場合である。ただし、動産譲渡担保が設定されていたり、占有改定によって引渡が終了しているという場合については、「附加」ケースでは取り扱わず、「分離」ケースにおいて取り扱う。

〔1〕 大判大正九年一月三日（一民）民録二六輯二八卷一九二八頁

工場の競落人Xが工場抵当権の設定者Yに自分が競落した機械器具の所有権の確認を求めた。本件機械器具は、抵当権設定後に備え付けられており、三条目録に記載されていない。破棄差戻。設定の前後を問わず備付物件に抵当権の効力が及ぶことは、二条一項但書より明らかである。また、三条目録への記載がなくとも、二条の趣旨からみて抵当権の効力は本件機械器具に及ぶ。したがって、抵当権者は、第三者の権利を害しない限り、競売が可能であり、競落人は、その所有権取得を設定者に対抗することができるという。

〔2〕 大判昭和十三年五月二十八日（三民）民集一七卷一四三頁⁽¹³⁾

Yは、A所有の工場について工場抵当の設定を受け、三条目録を提出したが、登記簿には目録提出の記載が欠けていた。その後、Xもまた工場抵当の設定を受け、三条目録を提出した。工場について競売が行なわれ、機械器具についてYがXに優先する旨の配当表が作成された。Xは、目録提出の記載を欠くYはXに対抗できないとして、配当表の変更を求めた。一審、原審ともに請求認容。破棄差戻。目録は登記簿の一部と看做されるから、目録が提出されておれば、登記簿にその記載がな

くとも、目録の記載は登記としての効力を有するという。

[3] 東京高決昭和二九年九月二八日東高民時報五卷一〇二五八頁

工場の属する建物についてYの抵当権実行による競売手続開始決定がされた後、この建物についてXの工場抵当権実行のための競売申立がなされた。原裁判所が、Xの申立を先の事件記録に添付し、その旨を利害関係人に通知し、建物とともに備付物件を一括して競売に付す手続きをとったところ、Xは、異議を申し立てた。異議申立却下。抗告棄却。工場抵当権の実行のための競売申立の目的物の中に建物の備付物件があったとしても、同一物件について重ねて競売申立があったにすぎないから、この物件についてさらに競売開始決定をすべきではないという。裁判所は、傍論として、三条目録の提出がない債権者は、第三者、とくに他の債権者との関係で備付物件の価額について優先弁済の効力を対抗できないという。

[4] 東京高判昭和三二年一月二三日東高民時報八卷一〇二七八頁

事案不明。競落人XがYに対して機械類の付属品と配電設備の所有権の確認を求めた。原審、請求認容。控訴棄却。目録および競落許可決定付属品などの記載がなくとも、主物たる機械類が抵当権の目的として登記されていたことは明らかであるから、主物の競落によって従物たる付属品などの所有権取得をYに対抗できるといふ。

[5] 東京高決昭和五七年二月一七日高民集三五卷一〇一頁⁽¹⁴⁾

先順位の工場抵当権者Aの申し立てた競売において、第三者が機械器具の所有権を主張したので、Aは、機械器具について競売申立を取り下げた。その結果、Yは、機械器具を除く工場を競落した。三条目録を提出しなかった後順位の抵当権者Xは、右競落許可決定の取消を求めた。その理由は、次のとおりである。すなわち、競売申立の一部取下げがあっても機械器具に関する競売開始決定の効力は依然として存続し、Xの抵当権の効力は当然に機械器具に及ぶから、機械器具を不動産と一括して競売すべきである。抗告棄却。第一に、Aの取下げによって、本件機械は競売手続きの対象外となった。また、機

械器具についてXの抵当権はその効力が及ぶことを第三者に対抗できず、したがって、競売開始決定の効力も対抗できない。そうすると、械器具についてAが申立を取り下げているので、Xは、本件機械が建物と一体であるとして一括競売を主張することができないという。

[6] 大分地裁中津支判平成三年一月二一日判タ七八六号二〇三頁

Xは、AおよびBの所有する本件工場について第一順位の根抵当権の設定を受け登記を経由していたが、三条目録を提出していなかった。第三者の申し立てた本件工場の不動産競売における配当表において、Xは後順位工場抵当権者Yに劣後していた。Xは、配当異議の訴を提起し配当表の変更を求めた。請求棄却。工場抵当法三条および三五条の解釈から、三条目録は登記簿の一部と看做され、かつ、その記載は登記と看做されるので、目録を提出していない抵当権者はこれを第三者に対抗できない。また、第三者の範囲を限定する論拠もない。したがって、械器具に対する工場抵当権相互間の優劣についても、三条目録の提出、記載の有無ないしその順位によって決定すべきであるという。

[7] 福岡高判平成三年八月八日判タ七八六号一九九頁

[6] の控訴審。原判決取消・請求認容。械器具などに関する対抗要件としては抵当権の設定登記が必要かつ十分であるとし、三条目録の提出により対抗要件が具備されるという見解をとらなかった。その理由は、次の五点である。すなわち、①工場抵当権の法的性質は、民法上の抵当権にはかならない。②二条の規定は、工場抵当権の設定によって当然に付加物と工場供用物に抵当権の効力が及ぶという趣旨である。③三条目録を対抗要件と解した場合には、工場供用物が従物であるか否かで対抗できる範囲が変わるという重大な結果が生じることになる。④先順位抵当権者が三条目録を提出していなくとも、後順位抵当権者は、登記簿や工場状況を調査することで工場供用物の有無を容易に認識でき不測の損害を被るおそれがない。⑤目録の変更請求権が抵当権者になく、工場抵当権者の保護に欠ける。

[8] 最判平成六年七月一四日(一小)民集四八卷五号一・二六頁

[6] の上告審。原判決破棄・控訴棄却。工場抵当法の各条項によれば、工場抵当権者が供用物件につき第三者に対してその抵当権の効力を対抗するには、三条目録に右物件が記載されていることを要する、言い換えれば、三条目録の記載は第三者に対する対抗要件であると解するのが相当である。また、工場抵当法が三条目録を提出すべきであるという趣旨は、供用物件が従物に当たるか否かを問わず一律に三条目録に記載すべきものとし、そのことよって供用物件が従物に当たるか否かという困難な判断を回避し、工場抵当権の実行手続きを簡明なものにすることにありたいとする。

以上紹介した八例の裁判例において特徴的なことは、まず、問題となる物件の種類に関して、民法上の通常の抵当権の場合と大きく異なっていることである。すなわち、通常の抵当権の場合には当初から工場などの機械器具に関する事件よりも、一般家屋における「畳建具」などに関する事件のほうが多数を占めていたし、工場抵当法の制定以後も工場以外の生産設備や営業設備に関する事件よりも、やはり付属建物や畳建具のような物件に関する事件が多かった(前節参照)。これに対して、紹介した八例においては、いずれも機械器具が争点となっている。これは、工場抵当法がとくに機械器具について抵当権の効力が及ぶことを明文で規定した点から見れば当然のことであるといえる。また、裁判例では、機械器具以外の工場供用物件について事件が生じていないが、この点については、あまり細かな物件では価値の点で担保目的物に向かないのではないかと考えられる。同様に、工場備付物件が不動産の従物でありながら、工場供用物件でないとして抵当権の効力が争われた裁判例は存しない。たしかに、このような争いを考えることはできよう。しかし、工場供用物件でない物がそもそも不動産の従物に当たるとは、それ自体疑問である。たとえば、工場内でリクレーションの目的で使用されるスポーツ用具などを考えれば、明らかであろう。⁽¹⁵⁾

次に、いずれの事件においても、機械器具の三条目録への記載が一つの争点となっている。すなわち、工場抵当法二条が、工場に設定された抵当権の効力が附加一物物と土地に備え付けた機械器具その他工場の用に供する物に及ぶと定めたのに対して、同法三条は、抵当権設定の登記申請に際して、備え付けた機械器具その他工場の用に供する物で二条の規定によって抵当権の効力が及ぶ物の目録の提出を義務づけている。これらの規定の関係について、次の二つの立場がありうる。第一は、二条により工場抵当の効力の範囲内に機械器具などが含まれるが、しかし、三条目録への記載がなかった場合には、機械器具への抵当権の効力を第三者に対抗できないという見解である。第二は、工場抵当法制定以後の通常の抵当権に関する裁判例と学説の進展をふまえて、機械器具について工場抵当の効力が及ぶことを一般債権者や後順位抵当権者に対抗するためには、三条目録への記載を要せず、抵当権の設定登記で足りるとしつつ、機械器具の取得者に対しては三条目録への記載を必要と解する見解である。裁判例は、いずれの立場に立っているのか。これについてみてみる。

まず、これら八例の裁判例を三条目録の有無という観点で分類してみると、提出されていたのは、「1」「2」「4」の三例であるのに対して、残りの五例、すなわち「3」「5」「8」は、目録の提出自体がない。前者の三例について、さらに目録に機械器具の記載があったのかについてみると、「1」「4」は記載がないが、「2」には記載があった。そして、いずれの裁判例も、機械器具に対して抵当権の効力が及んでいると認めている。もっとも、このうち裁判例「2」は、目録の提出があったことが登記簿上記載されていない場合において、抵当権者が抵当権の及んでいることを第三者に対抗できるとした事件であり、単純に目録の提出の有無や目録への記載の有無が問題となった事件ではない。また、裁判例「1」は、設定者と工場の競落人との間の争いであって、第三者との間の争いではなかった。さらに、裁判例「4」では、問題となった動産は、工場内に存する機械器具の付属品であって、機械器具自体については目録へ

の記載があった事件である。

他方、目録の提出のなかつた五例についてみると、いずれも工場抵当権者と他の債権者との争いであり、裁判例〔7〕を除いて、三条目録を提出しなかつた工場抵当権者が敗訴している。このことは、結局、裁判所においては三条目録の性質が第三者に対する対抗要件と解されていたことを意味する。最高裁も、この立場に立つことを〔8〕において明確にした。このような裁判所の立場は、工場抵当法三五条や三条の文言に忠実であり、また、三条目録への記載を第三者に対する公示手段であると規定した起草者の見解に忠実なものといえる⁽¹⁷⁾。もつとも、これらの裁判例においては、三条目録への記載がなされている限り、工場抵当権者は当該物件についての抵当権の効力を第三者、とくに他の債権者に対抗することができる⁽¹⁸⁾と解されている。しかし、裁判例の事案からみれば、目録への記載ではなく、目録の提出の有無こそが重視されることも考えることができる。この点に関しては、目録自体が提出されていたとしても目録への記載がなければ後順位の抵当権者を含めた第三者に対抗できないと裁判所が解しているとすれば、まして記載の有無以前に目録が提出されていない事案では、抵当権者は設定者以外に抵当権の効力を主張できないと裁判所が考えるのも当然であろう。しかし、このような三条目録への記載を対抗要件と解する裁判例の傾向に対しては、唯一〔7〕が反対の立場をとっている。この事例では、裁判所は、三条目録への記載を対抗要件とみていなかった。これは、近時の三条目録を対抗要件とは解さない学説の立場⁽¹⁸⁾に同調するものである。このように解するときは、三条目録がどのような性質のものであるのかについて積極的な位置づけを必要とする。この点に関して、裁判所は、三条目録を、他の債権者などの第三者が不測の損害を被らないように注意を喚起する作用を営むものであるとしており、この点でも右学説の立場を支持するものといえる。また、その判旨から明らかなように、裁判所は、三条目録に代えて、抵当権の登記と備付という事実をもつて、機械器具に対する抵当権の効力の第三者対抗力を認めようとしている。

以上の八例の裁判例から判明したことは、近時の学説の展開による影響を受けた一例を除いて、従来の大勢としては、三条目録への記載を、工場備付物件へ工場抵当権が及ぶことについて、第三者に対する関係での對抗要件と解するという点で一致していることである。この結果、逆説的ではあるが、工場抵当法による抵当権の場合には、三条目録に記載しない限り、第三者に對抗できないことになり、民法による抵当権が従物にその効力を及ぼすことを抵当権設定登記によって對抗できることと比較して、その効力が限定されたと評価することができよう。もつとも、最高裁の判旨によれば、従物であるか否かを問わず、工場へ備え付けられた物件を三条目録に記載することができるとは、⁽¹⁹⁾通常の場合と比較して、その効力を及ぼすことのできる範囲が拡大されたことになろう。

2 「分離」ケース

次は「分離」ケースである。工場の機械器具について所有権移転がなされた場合がその典型であるが、さらに、それらについて差押がなされた場合、動産担保権が設定された場合なども含まれる。

また、工場抵当権者によって機械器具についての搬出禁止を求める仮処分がなされている事例も、「分離」ケースにおいて取り扱うことにした。機械器具の所在という観点からすれば、たしかに工場内に機械器具が存在するから「附加」ケースにおいて取り扱うことも考えられるが、搬出に対する抵当権者という権利という観点からすれば、むしろ「分離」ケースに近いと考えられるからである。

なお、裁判例の番号は、便宜上通し番号とする。

〔9〕大判昭和六年一月一四日（三民）新聞三三二四号一頁⁽²⁰⁾

工場抵当権者Xが、三条目録に記載されている機械器具を競落したYに対して異議を申し立てた(詳細不明)。控訴審は、Yによる機械器具の即時取得を認めた。上告棄却。法文上目録提出があっても即時取得が除外されないことや工場と機械器具が一個の不動産を構成するわけではないことから、目録に記載されている動産でも即時取得の対象となるという。

[10] 大判昭和六年三月三日(一民)民集一〇卷一一六頁

Xは、A所有の工場に抵当権を有していた。抵当権設定後、Aは解散し清算に入った。Aは、工場内の染色用機械器具を一時解体分離した。これを奇貨として、Yは、機械器具を差し押さえた。Xは、Yの強制執行に対して異議を申し立てた。一審、請求一部認容・一部棄却。三条目録に記載されていない機械器具について、Xは、Yに対抗できないとした。原審、控訴棄却。Xは、優先弁済を主張できすぎず、強制執行を排除できないとした。破棄差戻。競売により建物から分離し、その結果抵当権を喪失することや売却代金が一括競売の場合よりも安くなることなど抵当権者に不利益が生じるから、Xは第三者異議を申し立てることができる。本件では、工場抵当の効力が機械器具に及んでいるかが争点であり、この点について審理が必要であるという。

[11] 福岡高判昭和二八年七月二二日高民集六卷七号三八八頁

Aは、B所有の工場に設定を受けていた工場抵当権の実行を申し立て、競売開始決定を得た。工場は、Xが競落したが、その前にYは、Bから機械器具を買収した。Xは、Yに対して本件機械器具の引渡を求めた。一審、請求認容。Yは、即時取得を主張したが、控訴棄却。抵当権者の同意を得たとのBの言葉を信用して何ら確認もしなかったYは、抵当権者の同意を得たものと信じかつ信じることに付いて過失なしとはいえないという。

[12] 東京地判昭和二九年六月三日下民集五卷六号八〇九頁

工場抵当権者Xが、電話加入権の差押債権者Yに対して強制執行の停止を求めた。請求棄却。二条にいう「工場の用に供す

る物」が有体物のみを指すのかについて、工場財団抵当と工場抵当とが区別して規定されていることや工場財団抵当の目的に権利が含まれることから、工場抵当の目的は有体物に限られる。また、電話加入権は工場の用に供する物と解することができない。したがって、電話加入権は工場抵当の目的となりえないという。

[13] 大阪高判昭和二十九年二月一日下民集五卷二二号二〇一一頁

工場所有者より機械器具を譲り受けたXは、⁽²⁾機械器具を工場抵当権の実行によって競落したYに対して所有権の確認を求めた。本件機械は、目録に記載されていない。原審、請求棄却。原判決取消・請求認容。二条により本件物件は工場抵当権の目的の範囲に含まれており、競売の対象ともなっている。しかし、目録に記載のないことから、抵当権ないし競売開始決定の効力は本件物件を競売の範囲外と信じて買い受けた第三者に対抗しえない。また、Yは、競売許可決定を得ただけでは占有を取得しえないから、善意無過失であっても所有権取得を主張できないという。

[14] 函館地判昭和三十一年六月二〇日下民集七卷六号一五九三頁

Xは、A所有の工場に抵当権の設定を受けていた。他方Bは、Aに対して強制執行を行ない、工場内の本件物件を競落したが、本件物件は、さらにBからCを経てYへと輾転譲渡された。その後、Xは抵当権実行による競売を申し立て、競売開始決定がなされた。Yの代理人が本件物件を搬出したので、Xは、Yに対して本件物件の取戻および原状回復を求めた。Yは、抗弁として即時取得を主張した。請求棄却。即時取得の主張に関しては、占有改定による引渡では即時取得は成立しない。しかし、抵当権者は、そもそも搬出物の返還請求権を有さないという。

[15] 最判昭和三十三年二月二七日(二小)民集一一卷一四号二五二四頁

[13] 事件の上告審。Yの上告棄却。機械器具などが三条目録に記載された場合にのみ、抵当権は、その効力を第三者に対抗することができる。しかし、本件では概括的な記載しかない。機械器具の記載は、具体的であるべきであるから、結局抵

当権設定登記の効力はこれに及ばないという。

[16] 大阪地判昭和三三年六月一六日下民集九卷六号一一二七頁

代物弁済予約によって本件機械の所有権を取得したXが設定者Yに対して引渡を求めたところ、参加人Aが、自己の工場抵当権の侵害を理由に請求棄却を求めた。Xの請求棄却。工場抵当権者は、動産を工場から切り離して処分しその占有を第三者に引き渡すことを目的物毀損の一種として阻止しうる。というのは、阻止できないとすれば、抵当権実行の際に競落人に占有を獲得させることが困難になり、工場抵当権を認めた法律の目的に反するからであるという。

[17] 東京高決昭和三三年九月二四日判時一六九号一三頁

Yが強制執行として本件動産を差し押さえたところ、工場抵当権者Xは、第三者異議の訴を提起した。Yは差押を解放したので、Xは訴を取り下げたうえで、訴訟費用の確定を求めた。原決定は、Xの支出した費用をYの負担としたので、Yは抗告して、自己の差押は無効だからXの第三者異議の訴は無用でありその費用は権利の伸長または防御に必要とはいえないと主張した。原決定変更。違法な差押に対して抵当権者は、執行方法に関する異議（民訴旧五四四条）を申し立てることができ、さらに違法な差押が前提となって競売手続きが進行すれば、第三者の動産の競落によって、抵当権を失う虞れがありそれを阻止するためには第三者異議の訴（同五四九条）も提起できるという。

[18] 名古屋高判昭和三五年八月三日行裁例集一一卷八号二二九二頁

工場抵当権者Xは、機械器具を国税滞納処分により差し押さえたYに対して異議を申し立てたが認められず、処分の取消を求めた。機械器具は債務者Aの所有であり、Aの代表取締役が抵当建物を所有していた。原審、請求認容。原判決取消・請求棄却。工場抵当は、全体としての工場を目的とするものではなく、目的物の範囲を備付物にまで拡大した点で、民法上の抵当権と異なるにすぎないから、工場供用物件と不動産が同一所有者に属することが必要であるという。

[19] 松山地判昭和三六年三月三〇日判時二六七号五八頁

工場抵当権者Xが、機械器具を設定者Aから購入のうえ、第三者に転売・引渡したYに対して、不法行為に基づく損害賠償を求めた。請求一部認容・一部棄却。裁判所は、Yの購入には過失があり、Yには、工場抵当の存在を疑うに足りる状況では登記簿などを閲覧するなどの調査義務が課されるといふ。⁽²²⁾

[20] 最判昭和三七年五月一〇日(一小)金融法務三〇九号三頁

[18] 事件の上告審。原判決破棄・控訴棄却。機械器具と建物の所有者が異なる本件において、建物と機械器具とが一体として根抵当に付され、設定登記がなされ、その際に三条目録も提出されたから、建物と機械器具とは、一体として抵当権の目的となるという。

[21] 東京高決昭和三七年九月七日下午民集一三卷九号一八〇八頁

工場抵当権者Xが、設定者Yに対して機械器具の搬出禁止を求める仮処分を申請したが、却下されたので抗告した。原決定取消・差戻。工場抵当の場合には、物の一体性保持の観点から備付動産の分離引渡はとくに禁止されている。競売開始決定による差押では動産の占有移転を阻止しえず、抵当権の即時実行が可能である場合でもそれは同じである。また、競売手続きの開始後であっても禁止を求める利益と必要が存するという。

[22] 福岡高決昭和三八年三月一五日金融法務三三三九号九頁

工場抵当権の実行によって建物と機械器具をYが競落したので、機械器具の買受人Xは競落許可決定に対する異議を申し立てた。申立却下。抗告棄却。XがYに対抗するためには、善意取得か機械器具について抵当権者の同意を得て分離および供用停止が行なわれることが必要である。前者については、Xに過失があり、後者については、X主張から否定されるという。

[23] 大阪高判昭和三八年七月一六日高民集一六卷六号四四七頁

占有改定によって機械器具の引渡を受けたXが、設定者Aの破産管財人Yによる任意売却によって所有権が侵害されたとして、損害賠償を求めた。原審、請求棄却。控訴棄却。占有改定では即時取得は成立しない。Xは、機械器具を抵当権の負担付で取得した。また、破産管財人は、工場抵当法の趣旨から占有管理権や換価権を有している。したがって、Yによる任意売却は適法であり、Xの所有権を違法に侵害したものではないという。

[24] 長野地判昭和四二年四月二〇日金融法務四八一号三六頁

Yが機械器具に強制執行をして、自ら競落して第三者に転売したので、工場抵当権者Xは不当利得に基づく返還を求めた。請求一部認容・一部棄却。Yの差押および競売手続きは無効であり、Yは機械器具の所有権を取得しない。しかし、売却を受けた第三者が機械器具を即時取得したので、YはXの損失の下で利得したという。

[25] 大阪高判昭和四二年六月三〇日下民集一八卷五二六号七二四頁

工場抵当権者Xが、機械器具の売主Yに対して配当表の変更を求めた。先に成立したYの動産売買先取特権と工場抵当権との優劣が争点となった。原審、請求棄却。控訴棄却。狭義の工場抵当に関して、順位についての特別の規定もなく、財団抵当のような権利申出期間の規定などの権利を消滅させる規定もない。したがって、成立の先後関係から、工場抵当権が劣後するという。

[26] 大阪地判昭和四二年一月一六日金融法務四九九号三〇頁

Yは、機械器具を差し押さえ競売を申し立て、これを第三者が競落した。工場抵当権者Xは、Yに対して過失により工場抵当権を侵害したとして損害賠償を求めた。機械器具の所有者はA代表者Bであり、工場所有者はAであった。請求棄却。Yの代理人が機械器具をAの所有であると確信して競売させたのは当然であって過失はないという。過失を否定した根拠は、次の七点である。すなわち、①B個人の事業でない。②YがAとの取引を始める際の資産調査では工場抵当が成立していな

い。③新たな融資申込みに対して行なつた資産調査でも機械器具がA所有だとYに回答した。④また同時に提出された貸借対照表などでも同じであった。⑤工場入口にAの表札がかかっていた。⑥執行吏に提出した財産目録でもA所有となつていた。⑦執行の間に機械が第三者の権利の対象であるとの申出がなかった。

〔27〕 最判昭和四三年三月八日(二小)判時五一六号四一頁

Yは、Aへの貸金債権の担保のために織機四台について譲渡担保契約を締結し、即日占有改定による引渡をうけた。他方Xは、本件織機の備え付けられているA所有の工場建物につき工場抵当の設定を受けていた。Aの倒産後Yは、自己の債権確保のため本件織機を引き揚げた。その際Xは、Aに代わつて弁済をすることとの引換に織機の返還を求めたが、Yは拒絶した。そこでXは、Yの引揚げにより弁済を受けられなかったことを理由に損害賠償を求めた。一番、原審ともに請求棄却。上告棄却。Yの譲渡担保は、処分清算型であり、担保の目的を超えて所有権を主張できない。しかし、その実行のためには目的物の換価という方法を用いるしかなく、そのために本件機械を搬出することは必須の行為であつて、不法行為とはいえないという。

〔28〕 東京高決昭和五四年六月八日東高民時報三〇巻六号一四五頁

Xは、機械器具のみの差押による競売で競落した。工場抵当権者による工場の競売開始決定後、Xは、工場抵当権者に対して機械器具について競売の取下げを要請し、それを受けて機械器具につき競売申立が取り下げられた。しかし、原審は、一括してYへの競落を許可した。Xは、競落許可決定に対して抗告した。原決定取消。違法な差押であっても競売手続きが完了すれば所有権を取得する。本件では工場抵当の設定時にすでにXが所有権を取得しており、したがつて三条目録に記載されていても抵当権の効力は機械器具に及ばないとみるべきである。しかも、工場抵当権者による競売申立の取下げも有効であるから、競売手続きの続行は許されないという。

〔29〕 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

工場抵当権者Xが、設定者Aより機械器具を取得したYに対してその返還を請求した。一番、請求棄却。原審、原判決取消・請求認容。上告棄却。抵当権の効力は、即時取得のない限り抵当権者の同意なく搬出された機械器具にも及ぶ。また、機械器具を第三者が占有していても追及できる。さらに、担保価値の保全のためには処分の禁止だけでは足りず、原状回復までも必要であるという。

以上紹介した二二例の裁判例は、「分離」の程度という観点から分類整理することができる。というのは、分離といっても、工場から機械器具などが完全に搬出される場合だけではなく、第三者によって一定の法的支配がなされている場合も考えることができるからである。すなわち、右の裁判例においては、工場内の機械器具などについて一方で工場抵当の効力が及んでいるが、他方で、設定者以外の第三者による一定の法的支配がなされていると考えることができる。

この第三者による一定の法的支配については、①機械器具について差押のみがなされた場合（以下、「差押ケース」という）、②機械器具について競落したかまたは買い受けたが、引渡をうけていない場合（以下、「所有権移転ケース」という）、③機械器具について所有権と占有の両方とも取得した場合（以下、「完全移転ケース」という）、④機械器具について動産担保権を取得した場合（以下、「担保ケース」という）という四つの状態が考えられる。そこで、二二例の裁判例を以上の四つのケースに分類する。⁽²³⁾

第一に、①の差押ケースに該当するのは、裁判例〔10〕〔12〕〔17〕〔18〕〔20〕の五件である。そもそも、このケースでは、差押に対する工場抵当権者による異議が認められるはずである。というのは、工場抵当法七条二項が機械器具のみへの差押および仮差押を禁止していることからすれば、それは当然の結論といえるからである。もっとも、〔12〕と〔18〕

では異議が容れられていない。しかし、この二件は、差押の客体が権利や第三者所有の機械であるという特殊な事案であり、そもそも工場抵当権の効力がそれらに及んでいなかったとされた事件である。²⁴⁾したがって、第三者による法的支配が差押に止まるときは、工場抵当権がなお該物件を支配しているといえる。ではさらに、違法な差押に続いて競売に至れば、工場抵当権者は、優先弁済権だけで満足しなければならぬのか、それともその強制執行に対して第三者異議の訴が認められるのが問題となる。このケースに該当する裁判例のうち「10」や「17」では、この点について後者の立場を支持している。すなわち、これらの裁判例に従えば、抵当権の効力が及ぶことは、第三者異議の訴を提起するに足る異議事由であるということになる。その理由として挙げられているのは、機械器具が動産差押により競売され、その結果工場から分離されると、抵当権を喪失したり工場の売却代金が低額になるなどの不利益があるということである。このことは、狭義の工場抵当の場合において、工場から機械器具が分離されるような状況になれば抵当権の効力が当該機械器具に及ばなくなることを前提にしている。その上で、工場の経済的な一体性の確保を抵当権者に認めているわけである。また、裁判例「20」は注目に値する。これは、機械の所有者と建物のそれとが異なっている事例にもかかわらず、両者が一体として抵当に付されたこと、設定登記がなされたこと、および、三条目録が提出されていることから、機械器具が一体として抵当権の目的となると判示している。これは、三条目録に設定登記と並んで抵当権の公示機能を付与したものと考えることができる。また、建物と所有者の異なる機械器具であっても一体として抵当に付せられるとしたことは、工場抵当における機械器具と工場との経済的な一体性に配慮したものといえる。

第二に、②の所有権移転ケースに該当する裁判例は、「11」「13」「15」「22」「23」「28」の六件である。このうち「11」「22」「23」の三件は、いずれも機械器具の買受人の即時取得が認められるか否かが問題となった事案である。しかし、その内容はそれぞれ若干異なっている。まず「11」では、買受に際して抵当権者が同意したか否か、また同意したとの

債務者の言葉を買受人が信じるにつき過失がなかったか否かが即時取得の肯否について判断基準となった。また〔22〕では、即時取得については過失があり、抵当権者の同意もなかった。すなわち、これら二件は、抵当権者の同意の有無またはそれが存したことについての善意無過失が問題となったものであり、裁判所は、いずれもこれを否定して、抵当権の負担付きで機械器具を取得したと判断している。これに対して、〔23〕では、占有改定では即時取得が成立しない点が工場抵当の優先する理由となった。

これに対して、残りの三件では動産について抵当権の効力が認められなかった。この三件を詳しくみると、まず同一事案についての〔13〕と〔15〕は、それぞれ、いわゆる三条目録に機械器具の具体的な記載がなかったことを抵当権の効力が及ばないことの理由としており、工場抵当の効力は目録への記載の有無にかかっている。また、〔28〕では、機械器具について工場の競売の途中で競売の取下げが行なわれていることを理由としている。したがって、これらの三件において、工場抵当の効力が動産に及ばないと裁判所が判断したのは、事案の特殊性によるものと考えることができる。そうであるとすれば、このケースにおいても、工場抵当の効力が問題の動産に及ぶと認められているといえよう。

第三に、③の完全移転ケースには、〔9〕〔14〕〔19〕〔24〕〔26〕〔29〕の六裁判例が該当する。これらのうち、〔9〕〔29〕の二例は、機械器具類の即時取得にかかわるものである。両者は、いずれも工場抵当の効力の及ぶ機械器具類の即時取得を原則として承認している。また、後者の〔29〕事件において、最高裁は、即時取得の成立しない場合について言及し、その場合に第三者が占有しているも抵当権の効力が及ぶことを明らかにした。さらに、抵当権に基づく原状回復請求に関して、裁判例〔14〕は、即時取得を否定しながらも、これを否定した。しかし、最高裁は、やはり〔29〕事件において、即時取得が成立しない場合にこれを肯定している。

これに対して、残りの三例のうち二例、〔19〕〔26〕は、いずれも、抵当権設定者や機械器具類の搬出をもたらしした者

以外の第三者に、機械器具の所有が移転し、そのために抵当権者が損害を受けたことを理由として、その搬出の原因となつた者に対する損害賠償請求である。また、最後の一例〔24〕は、搬出の原因となつた者が搬出した機械器具類を第三者に移転したことを理由とする不当利得返還請求である。これらは、いずれも第三者に機械器具類が移転され、それに工場抵当の効力が及ばなくなることをその前提としていると考えることができる。もっとも、これらのうち、〔26〕では、抵当権者の請求は棄却されている。しかし、その理由は、およそ工場抵当が及ぶために損害の発生がないということではない。むしろ、搬出の原因となつた行為について過失がないことを理由としている。

第四に、④の担保ケースに該当するのは、〔16〕〔25〕〔27〕の三件である。まず、〔16〕は、代物弁済予約による所有権取得が争点となつたケースである。裁判所は、抵当権実行により競落人が工場と機械器具を一括して競落することが工場抵当の場合に必要なことを理由として、工場抵当の優先を認めている。次に、〔25〕は、動産売買先取特権と工場抵当権との優劣が問題となつた事件であり、裁判所は、成立時点の先後関係から動産売買先取特権が優先すると判断している。すなわち、工場抵当の設定後、機械器具が買掛で購入されて工場内に設置され同時に三条目録に記載されとしても、工場抵当の効力が当該機械器具に及ぶのは、工場への搬入の時点であるから、動産先取特権の成立時点との間では、なお時間的に遅れていることになる。最後に、〔27〕は、機械器具についての譲渡担保権者が機械の引揚げ行為を行つたことに対する抵当権者の損害賠償請求事件であり、ここでは譲渡担保と工場抵当との優劣が問題となつた。なるほど、最高裁は、ここで問題となつた譲渡担保が処分清算型であつて、その実行為として引揚げを行なう以外に方法がないことを理由に、抵当権者に対する不法行為にならないとしている。しかし、本件においては、譲渡担保契約の後、工場抵当が設定されており、譲渡担保について所有権的構成に立つならば、そもそも本件機械は工場抵当の効力の及ぶ範囲内に存しないと判断されるはずである。ところが、裁判所はその点につき担保の目的を超えて所有権を主張

しえないと判示している。このことから、本件で裁判所は、担保権の競合が生じたと判断しているとみてよいだろう。もつともそのうちいずれが優先するのかについて、この判決は、明確に判示していない。しかし、抵当権者に対して不法行為を構成しないとする点からみて、裁判所は、先に成立した譲渡担保が工場抵当権に優先するという前提に立っているように思われる。

最後に、裁判例「21」では、搬出禁止の仮処分が認められている。その理由を、裁判所は、物の一体性保持の観点から備付動産の分離引渡が禁止されていることや、競売開始決定の効力の限界、すなわち動産の占有移転を阻止できないことなどに求める。

なお、「分離」に当たる各ケースで裁判所が抵当権の効力を認める場合には、その根拠として、例外なく工場とその動産からなる担保価値の維持ないし経済的一体性の維持という点をあげている。しかし、完全所有権移転ケースの分析からすれば、抵当権の効力が認められない場合とは、問題となる動産の分離によりそれらの価値の維持ないし一体性の維持がすでに図れなくなっているような場合、たとえば搬出された動産がすでに第三者に譲渡されている場合であると考えられる。

三 学説の状況

学説における議論としてとり上げるべきは、第一に、いわゆる三条目録の意義をどのように捉えるのかという問題である。これについては、裁判例の整理分析の「附加」ケースにおいて若干述べたように、二つの立場がある。一方は、三条目録を對抗要件と捉えるもの（以下、「對抗要件説」と呼ぶ）⁽²⁵⁾であり、他方は、それを對抗要件として捉えない立

場（以下、「非対抗要件説」と呼ぶ）である。⁽²⁶⁾

前者は、起草者の見解や法文に忠実な解釈であり、また現在の登記実務もこれに従っていると考えられる。⁽²⁷⁾これによれば、狭義の工場抵当は通常の抵当権よりもその責任範囲が拡大されたものであり、三条目録はその拡大された責任範囲についての公示方法として要求されており、したがって第三者に対する対抗要件である。すなわち、この見解は、狭義の工場抵当の効力の及ぶ範囲が、民法で定められた附加一体物以外に、従物をも含めたいわゆる工場供用物件にまで、とくに工場抵当法によって拡大されたというところに着目している。また、民法上の登記に関する考え方との整合性も根拠の一つに挙げられている。さらに、実質的な根拠としても、第一順位の工場抵当権者の目録に記載されていない工場供用物件をもって新たに第二順位の工場抵当権者から融資を得るためには、これについて優先的な地位を第二順位の工場抵当権者に与える方が合理的であると主張している。

また、三条目録への記載は設定者の単独申請が法の原則であるから、抵当権者の保護に欠けることになると批判する非対抗要件説に対しては、設定者には変更登記の申請義務があるので、工場抵当権者には変更登記請求権があるということができ、また設定者に代位して登記申請をすることもできるし、さらに設定者の申請義務違反を理由として被担保債務についての期限の利益を喪失させ、直ちに工場抵当を実行することもでき、工場抵当権者の保護に欠けることはないと反論している。⁽³⁰⁾さらに、非対抗要件説のいうように三条目録を対抗要件と考えることなく「事実上の公示」にすぎないと考えれば、結局、工場不動産に通常の抵当権を設定することとの差異がほとんどなくなり、工場抵当制度の存在意義も薄れてしまうことになるとして、対抗要件説は、逆に非対抗要件説を批判している。⁽³¹⁾

このような対抗要件説に対して、非対抗要件説は、三条目録を「事実上の公示機能」を果たすものではあるが、第三者に対する対抗要件ではないと解している。この見解は、三条目録だけで工場供用物件に対する公示が果たされるので

はなく、抵当権の登記と合わせてその公示が行われており、また、その基礎には、工場に備え付けられているという附属状態があり、単に目録への記載が基準となるのではないと考えるわけである。したがって、目録への記載を欠いていても、抵当権の設定登記によって第三者に対する公示が行なわれていると考えるわけである。このため、この見解によれば、工場抵当の対抗力は、目録によるものと設定登記によるもの二本立てとなる。⁽³²⁾

この結果、三条目録は、「附加」ケースではなく、もっぱら「分離」ケースでその意義を発揮することになる。⁽³³⁾ すなわち、この見解によれば、三条目録に記載されていない備付物件は、それが工場に備え付けられているかぎり、その備付の事実と工場の敷地またはその建物について設定された抵当権の設定登記の効力によって、第三者に対抗することができる。しかし、この備付物件が工場から搬出されてしまった場合には、なお抵当権の効力が及ぶものの、それを第三者に対抗することができないという結果となる。これに対して、三条目録に記載されれば、そのような場合にも抵当権の効力の及んでいることを第三者に対抗することができるわけである。したがって、非対抗要件説に立つとしても、三条目録のこの状況における対抗力を否定するものではなく、むしろ、この点にこそ非対抗要件説における三条目録の意義があるといえよう。

さらにこの見解に立つ者は、対抗要件説を次のように批判する。第一に、対抗要件説をとれば、第一順位の工場抵当権者と第二順位の工場抵当権者の間で機械器具などの工場供用物件について、その順位が入れ替わりうるが、それでは実際に抵当権の実行があった場合には配当が複雑になる。もつとも、対抗要件説は、それによって新たな融資を確保するために担保を提供することができるという。しかし、このような事態は、建物抵当における増改築の場合についても当てはまることであるから、別に工場抵当の場合にのみ解決されればよいというものではない。さらに、この場合には第一順位の抵当権者は一般債権者との関係においても対抗できないことになり、妥当性を欠くことになる。第二に、対

抗要件説をとると、通常の抵当権の場合よりも、厳格な對抗要件が要求されることになり、それだけ抵当権者が不利となると考えられる。というのは、通常の抵当権においては、すでに述べたように、判例および学説によって、少なくとも抵当権設定時に存するものについて、抵当権の登記によってその効力の及んでいることが公示され、第三者に對して對抗できるとされているのに対して、少なくとも供用物件が同時に従物である場合には、工場抵当権であるために、對抗要件としての目録への記載を要求されることになるからである。しかも、目録の記載の変更は、工場抵当の設定者による単独申請となつていふことから、ますます抵当権者の保護に欠ける結果となる。

このような三条目録に関する議論が「附加」ケースを想定した議論であるとすれば、このほかに、「分離」ケースを想定した議論がある。すなわち、抵当権の追及効にかかわる議論である。しかし、通常の抵当権の場合と異なり、追及効がどの範囲で認められるべきであるのかについては、すでに明文の規定が工場抵当法にある。すなわち、五条一項によれば、抵当権の目的となつてゐる機械器具類が第三者に引き渡されても、なおその効力が及ぶ。また、六条二項によれば、抵当権者の同意を得て工場所有者が機械器具類の備付を停止した場合には、抵当権がその部分について消滅する。この二つの規定から、抵当権者の同意を得ない限り、たとえ第三者に引き渡されても、抵当権の効力がその機械器具に及ぶことは明らかである。もつとも、五条二項によれば、民法上の即時取得規定の適用を排除していないため、機械器具類の引渡をうけた第三者が、その取得において抵当権の存在について善意無過失であれば、保護されることになる。⁽³⁴⁾このような諸規定から、追及効にかかわる議論は、民法におけるそれとは異なつてゐる。というのは、前節において述べたように、民法上の議論では、そもそも追及効としてどのような範囲の機械器具に抵当権が及ぶのかが問題とされたからである。

そこで、工場抵当法に關して第一に問題とされるべきは、第三者に追及できるとして、具体的に何を求めることができるのかである。すなわち、機械器具が抵当権者の同意を得ずに搬出された場合において、その取戻しを抵当権者が請求することができるのか。第三者から取り戻せるとすれば、抵当権者は、その抵当権の実行に際して、取戻しによって、権利を确实なものとすることができる。これに対して、抵当権者には取戻権がなく、優先弁済権しかないとすれば、機械器具を第三者が占有するという状態が継続し、競落人が機械器具を取得することは確實ではなくなり、そのため競落代金の低落を招くことになる。そこで、取戻しが可能であるか否かについて学説の状況をみる。

この点について、いったん搬出され第三者の占有した機械器具の取戻しを肯定した「29」事件における最高裁の判決に対して、学説は、肯定的に評価する⁽³⁵⁾。すなわち、抵当権に基づく物権的請求権としての原状回復請求権が認められるべきであるかという問題の一適用場面として、この問題を捉えた上で、肯定する。このことは、機械器具類が第三者に引き渡された後にもその者に即時取得が成立しない限り、工場抵当の効力が及ぶことを前提とする。しかし、このままでは、引渡をうけた第三者がさらに転売するなどして即時取得が成立すれば、工場抵当の効力が機械器具類に及ばなくなるという結果を生じることになる。そこで、このような結果を防ぐためには、第三者による処分を禁止するか、または工場内への取戻しを認めることによって、工場抵当の効力が確実に当該機械器具などに及ぶようにしなければならぬ。なぜなら、このような手段が採られることによって、はじめて、工場としての担保価値が維持され、その結果として工場抵当は、その効力を全うすることができるからである。したがって、抵当権者は、即時取得を妨げるといふだけではなく、より積極的に担保価値を保全する目的で、取戻請求権を行使することになる。もつとも、これに關して、抵当権は占有を行ないうる権利ではないので、物権的請求権として、占有移転を求める返還請求権を含まないという意味での否定説がある⁽³⁶⁾。これに対しては、侵害者から取り戻すという点に着目して返還請求権とみるか、逆に占有すべきで

ない抵当権者の側からみて妨害排除請求権と解するかは用語の問題にすぎないという反論がなされており、これを支持するものもある。⁽³⁸⁾

第二に問題とされるのは、このような議論が民法における抵当権の場合になお当てはまりうるのかである。学説では、先の裁判例「29」の射程を議論することによって、この点がむしろ中心になったように思われる。この点については、積極説と消極説に大別される。

積極説⁽³⁹⁾は、搬出された機械が即時取得される以前であれば、その取戻しを抵当権に基づく物権的請求権の行使として抵当権者が求めることができるというこの結論の実質的根拠として、経済的な一体性を競売手続きにおいても維持することで目的物の評価が高められるという点や、搬出されたままでは第三者の即時取得の可能性が増大するため、これを遮断するという点、さらに即時取得されないとしても、同一性の識別が困難になることとなる結果、事実上競売の対象とならない点などを挙げている。⁽⁴⁰⁾その上で、これら諸点は、通常の抵当権の場合に分離物が問題となるときにも同様に考えることができる点と指摘し、通常の抵当権においても、工場抵当の場合と同様の結論をとることができること、換言すれば、通常の抵当権の場合にも工場抵当における議論が当てはまると述べている。

これに対して、消極説⁽⁴¹⁾は、あくまで工場抵当にかかわるものとしてのみその意義を認め、通常の抵当権については、その射程の及ぶことを認めていない。その根拠は、事案が三条目録に記載されたものであることから、その記載のない場合やさらに三条目録のような手段の予定されていない民法の場合に、この理を推し及ぼすことはできないということである。また、工場抵当の場合には追及力の及ぶことが明文で認められているが、通常の抵当権ではその点で争いがあることを根拠として挙げるものもある。

さらに、狭義の工場抵当と通常の抵当権の関係については、次の二点で、議論がある。第一に、設定に当たって当事

者がとくに工場抵当法による旨を表示しなければ、工場抵当とならないのか。これについては、否定的に解されている。したがって、当事者は、とくに工場抵当による旨を表示することを必要としないとされる。⁽⁴²⁾ 第二に、いったん通常の抵当権として設定されたものの、客体である不動産が工場となることによつて、当然に工場抵当に転換するのか。これについて、登記実務は、工場抵当へ変更する旨の登記変更手続きを行なう必要があるとする。⁽⁴³⁾ これは、当事者の当初の意思を重視したものであり、また、法文の文言からも素直な解釈であるといえる。

最後に、工場内の動産についての狭義の工場抵当と担保権との優劣関係が問題とされよう。この点については、裁判例においても、それほど多くとり上げられていないわけではない。そのためか、学説における議論もそれほど盛んではない。⁽⁴⁴⁾ 所有権留保の場合からみることにする。所有権留保をどのように法律構成するかによつて、見解は異なりうる。所有権的に構成する場合には、他人の所有物ということになるから、当然には、狭義の工場抵当の効力は及ばないと解されている。これに対して、担保権的に構成する場合には、当該機械は、買主、すなわち工場抵当の設定者の所有するところであり、買主がそれに対して担保権を有していると解するわけであるから、機械について所有権留保と工場抵当との競合が問題となる。この場合においては、物権法の原則から、対抗要件具備の先後によつて両者の優劣が決定される。すなわち、抵当権の効力は、当該機械が工場内に搬入され、備え付けられた時点で機械に及ぶことになるから、所有権留保が常に優先することにならう。もつとも、これについては、抵当権が優先すると解する立場もある。⁽⁴⁵⁾ すなわち、通常の抵当権を想定した議論ではあるが、主物と従物とからなる集合体の公示を不完全ながらも主物の公示が代表しており、この集合体を直視する限り、所有権留保を無条件で認めることはできないという。この見解の立場に立つならば、三条目録について対抗要件説をとるとしても、三条目録への記載と抵当権の設定登記によつて集合体の公示がな

されることとなり、これは、通常の抵当権における従物などの備付けの事実と抵当権設定登記に代わるものであるから、先の考えが同様に妥当することになろう。

第二に、動産売買先取特権が問題となる。これについては、次の三つの見解がある。第一は、動産売買先取特権と抵当権の成立時点の先後によって優劣を決定するものである。⁽⁴⁶⁾すなわち、動産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に限定されており、動産先取特権と抵当権との優劣は、物権法の原則によって決定されるからである。このように解すれば、動産先取特権の成立時点は当該機械の売買のときであり、他方で当該機械について抵当権の効力が及ぶのは少なくとも機械の搬入の時点であるから、常に動産先取特権が抵当権に対して優先することになろう。これに対して、第二の見解は、三条目録を對抗要件と解し、当該機械について動産固有の公示手段を具えていることになるとする。そうであるとすれば、動産売買先取特権に対して抵当権が優先することになろう。⁽⁴⁷⁾第三は、第二の見解と同様に、その動産売買先取特権に対して抵当権が常に優先していると解する。しかし、この根拠は、第二の見解とは異なる。すなわち、動産売買先取特権について民法三三三条および三三四条の趣旨から、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。その上で、機械への抵当権の効力については、抵当権の設定が約定に基づくものであるから、その意味で動産売買先取特権に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見ることができるとする。⁽⁴⁸⁾

最後に、譲渡担保が問題となりうる。これについては、對抗要件の具備の先後によって工場抵当権と譲渡担保の優劣が決まると解する見解が通説であろう。⁽⁴⁹⁾しかし、この見解も三条目録をどのように解するのかがよって、その内容は異なりうる。すなわち、三条目録を對抗要件と解しないならば、当初、抵当権の設定された工場内に当該機械が備え付けられている限り、三条目録への記載の有無を問わず、工場抵当権者は、抵当権の効力が機械に及ぶことを對抗できると

考えることができる。これに対して、三条目録を對抗要件と解する場合には、その記載のあるかぎり、工場抵当権は譲渡担保権に対抗できることになろう。このような考え方は、工場抵当権の設定後に工場内の機械器具について譲渡担保権を設定する場合においては、譲渡担保について所有権的な構成をとるか、それとも担保権的な構成をとるかにかわりなく妥当するものと考えられる。⁽⁵⁰⁾

四 まとめ

ここで、これまでの狭義の工場抵当に関する裁判例の展開および学説の状況をまとめることにしたい。まず、「附加」ケースについてとり上げる。

「附加」ケースでは、裁判例においても学説においても、議論の焦点は、いわゆる三条目録の意義という点にある。すなわち、三条目録を對抗要件として取り扱うかそれとも事実上の公示を果たすものとして取り扱うのかということである。

この問題については、まず、その前提となる点を確認しておきたい。それは、どのようなものが三条目録に記載されるべきであるのかということである。これは、工場抵当法二条および三条の法文に関する。これによれば、抵当権の効力が及ぶのは、「土地ニ附加シテ之ト一体ヲ成シタル物及其ノ土地ニ備附ケタル機械、器具其ノ他工場ノ用ニ供スル物」である。また、三条目録に記載すべきであるのは、「土地又ハ建物ニ備附ケタル機械、器具其ノ他工場ノ用ニ供スル物ニシテ前条「二条」ノ規定ニ依リ抵当権ノ目的タルモノ」である。このことから、問題は「機械器具其ノ他工場ノ用ニ供スル物」である。しかし、これは具体的には何を意味するのか。条文の体裁から、これが「附加一体物」を含まない

ことは明らかである。土地または建物から分離しているが、なお「備付けられた」動産を意味しよう。したがって、民法との比較からいえば、従物との異同が問題となることになる。民法八七条一項によれば、従物とは、主物の経済的な用途に役立つものであって、同時に主物との間で空間的な関係を有している物である。この基準からいえば、工場として用いられている不動産にとつてその工場の用に供する物とは、まさに従物に当ることになる。問題は、従物以外の物を含みうるのかということになるが、裁判例の事案をみる限り、備付物件として問題となつたものは、従物と評価してよいであろう。そうすると、従物でない備付物件は実際には問題になつていないことになる。もつとも、たとえば、機械に附属している附属部品のようなものは、工場の用に供する物とはいえないであろうから、その限りで従物でない備付物件にあたるとも考えられる。

当初の工場抵当の立法趣旨である抵当権の効力の強化およびその明確化という点から考えれば、三条目録に記載されていない機械器具については、抵当権の効力の及ぶことを第三者に対抗できないと考えることにならう。しかし、この工場抵当法の起草は、通常の抵当権の効力が従物に及ばないことを前提としたものであつた。そこで、その後の民法の解釈の発展により従物へも効力が及ぶことになつたことを考えあわせなければならぬ。そうすると、三条目録に記載されていない従物と記載されているもので、抵当権の対抗力が変わるようになる。このような事態は、抵当権の効力を強化しようとした法の趣旨にかなうものではないであらう。また、工場という経済的な統一体に対する抵当権という趣旨からみても、三条目録に記載されていないことのみをもつて、対抗力を否定することに疑問を呈する非対抗要件説は、もつともなものであると思われる。もつとも、近時、最高裁は、対抗要件説に立つことを明らかにした。つまり、最高裁は、効力の及ぶ範囲の明確化をより重視したといえよう。

次に、「分離」ケースをとり上げる。この場合には、裁判例においても学説においても工場抵当の追及力の範囲やそれに伴う物権的請求権に関する解釈については、それほど相違があるわけではない。むしろ、「附加」ケースと同様に、三条目録の趣旨が問題となる。すなわち、三条目録の趣旨を非對抗要件説のように解すれば、目録に記載のない機械器具であってもそれが工場不動産に備え付られており、設定登記がなされている限りで、その機械器具への効力を第三者に對抗できるからである。この点では、對抗要件説に立てば、第三者に對抗することはできない。したがって、それが搬出された場合にも当然追及することができないことになる。ところが、非對抗要件説に立てば、民法上の議論と同じく、追及できる可能性が生じるわけである。これらの見解は、①搬出により抵当権の効力が消滅するとする見解、②効力が消滅するのではなく對抗力が消滅するとする見解、③第三者の所有権取得によって追及力が消滅するとする見解、④即時取得まで抵当権が及ぶとする見解、に分かれていることは、すでに前節第三款において、述べたとおりである。このうち、現在の通説と考えられるのは、②である。この点については、裁判例においても、なお判示のない部分であり、争いがある。これに対して、三条目録に記載されていれば、非對抗要件説によるも對抗要件説によるも、對抗できることにはかわりなく、またしたがって追及できることになる。そのため、三条目録を非對抗要件説のように解した場合には、追及力の点では、民法上議論においてもっとも強化された見解④をとると同じ結果をもたらすことになる。したがって、通常の抵当権の場合の通説②と比較して、それだけ効力が強化されたことになる。その意味で、三条目録は、限定的な意義を有することになる。

最後に、「分離」ケースで扱った他の事例、すなわち「担保ケース」や「差押ケース」をとり上げておく。これらのうち、まず、「差押ケース」では、執行の場面で工場の一体性が肯定されたことが意味深い。しかも、この点は学説で

も異論はなく、個別執行に対する抵当権者の異議申立てが認められている。つまり、執行の段階においても工場の一体性を崩さないことが認められているといえる。

これに対して、「担保ケース」では、工場抵当権者といえども動産に関する他の担保権者に劣後することが裁判例において認められている。しかし、その事案からみるかぎり、担保権の存していた動産について工場抵当権の効力が及ぶようになったケースであり、このため動産売買先取特権や譲渡担保権などが工場抵当権に優先したといえる。もちろん、一体性を強調するならば、このようなケースであっても、第三者による担保把握を排除できなければならないであろう。しかし、狭義の工場抵当は、全体を一個の不動産と扱う工場財団抵当と異なり、動産についての権利を失わせることができない。そうであるとすれば、すでに第三者によって担保把握されている物について、工場抵当権による把握が優先すると考えることはできないといえよう。もつとも、第三者による担保把握が所有権留保や譲渡担保によって行なわれている場合においては、これらをどのように法律構成するのも関連して、そもそも担保権の競合すら生じないと解することもできる。前述したように、現にこの立場に立つ見解もある。この点については、この見解は所有権留保や譲渡担保について極端な所有権的構成をとらなければならず、担保の目的を考慮するという現在の通説の立場とは相容れないものといえる。裁判例においてもまた、前述したように、担保権の競合を認めているように思われる。

他方、工場抵当権が先に成立している場合を考えるならば、通常問題となる第三者による担保把握は、質権によるか譲渡担保であるから、占有の所在という観点からみれば、それぞれ「完全所有権移転ケース」ないし「所有権移転ケース」に類似すると考えることができる。したがって、機械器具について現実の占有が移転しておらず、しかも三条目録に記載があれば、工場抵当の効力が及ぶことになろう。他方、質権や譲渡担保などの動産担保権設定の際に現実の占有が移転したとすれば、それら質権ないし譲渡担保権についての善意取得が考えられるが、しかし、機械器具類を担保に

とる場合には、工場抵当の存在について悪意であることが十分考えられるから、その意味では善意取得が成立せず、なお工場抵当による追及が可能であるということになる。この場合には、さらに、工場抵当とそれら動産担保権との競合が生じ、両者の優劣を決定する必要がある。この点については、優劣について特別な規定がない以上、原則に戻って、對抗要件の具備の先後によってその優劣が決定されると考える。

注(1) この立木法一条および二条は、立木の集団について所有権ならびに抵当権の設定を認めており、集合財産担保として取り扱う実質を備えているといえる。しかし、本論文においてはとり上げない。後日、検討したいと考えている。

(2) 波多野敬直司法大臣の提案趣旨説明による(『第二十一回帝國議會貴族院議事速記録第十號』、『帝國議會貴族院議事速記録第二十一號』、『東京大学出版会、昭五五』)。また、政府委員である河村讓三郎司法省民刑局長による工場抵当法特別委員会での説明もこれと同旨である(『第二十二回帝國議會貴族院工場抵当法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15』、『二二頁(東京大学出版会、昭六一)』)。

なお、工場抵当法と同時に制定された鉄道抵当法に関する立法理由については、清水誠「財団抵当法(法体制確立期)」鶴銅信成ほか編『講座日本近代法発達史4』九五頁以下(勁草書房、昭三三)、同「明治三十八年の財団抵当法について——特に民法との関係における問題点——」私法一七号七六頁以下(昭三三)、「同」一九〇五年の財団抵当法について」、『時代に挑む法律学——市民法学の試み——』一四九頁以下(日本評論社、平四)所収に詳しい。

(3) このような事情は、たとえば、「外資借入と鉄道抵当に就て」東洋経済新報二〇六号二七頁(明治三四年九月五日発行)、「鐵道特別法制定の議」東洋経済新報二二四号三一頁(明治三五年三月五日発行)、「鐵道會社外資輸入の成行」東洋経済新報二二七号二八頁(明治三五年四月五日発行)、「外資と鐵道及鑛山」東京経済雑誌一一三三号二八頁(明治三五年五月二四日発行)、「鐵道抵當權問題」新聞九二号一九頁(明治三五年六月二三日発行)、「鐵道抵當に關する法律案」新聞一〇九号二二頁(明治三五年一〇月二〇日発行)、「鐵道抵當に關する法律案」東京経済雑誌一一五五号一九頁(明治三五年一〇月二五日発行)、「鐵道抵當權と外國資本家」東洋経済新報二五一号二六頁(明治三五年一一月二五日発行)、「鐵道抵當

法案」東洋経済新報二七七号三九頁（明治三十六年八月一日発行）などにおいて外資導入問題と鉄道抵当問題とが扱われていることから明らかである。この点についても、清水・前掲注（2）「財団抵当法」一〇五—一〇頁に詳しい。また、大島清「日本恐慌史論上—明治年代の諸恐慌—」二八二頁（東京大学出版会、三版、昭四〇）参照のこと。

なお、外国資本導入の必要性に関しては、委員会審議における大浦兼武通信大臣の発言にみられる（第二十一回帝國議會貴族院鐵道抵當法案特別委員會議事速記録第四號）、「帝國議會貴族院委員會議速記録明治篇15」一〇九頁（東京大学出版会、昭六一）。また、政府委員の発言の中にも現れている（木喜徳郎法制局長官の発言「第二十一回帝國議會衆議院鐵道抵當法案委員會會議録（筆記速記）第一回」『帝國議會衆議院委員會會議録明治篇32』七一頁（東京大学出版会、昭六三））。

さらに、外国資本の導入を担当する日本興業銀行の根拠法である日本興業銀行法の改正案が、同時に審議されている。

その審議に際して、政府は、日露戦争後のいわゆる戦後経営のために外資が必要となることを予測し、その際の不便を取り除くことを鉄道抵当法などが目的としていることを明らかにしている（第二十一回帝國議會貴族院日本興業銀行法中改正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速記録15明治篇」二〇九頁（東京大学出版会、昭六一）
 「水町袈裟六政府委員の発言」、「第二十一回帝國議會衆議院外國ニ於ケル銀行事業ニ關スル法律案外一件委員會會議録（速記）第三回」『帝國議會衆議院委員會會議録明治篇31』三〇〇頁（東京大学出版会、昭六三）
 「阪谷芳郎政府委員の発言」。

(4) 神戸商業會議所は、明治三十七年一月一日の建議において工場の機械器具についての登記制度や鉄道抵当に関する登記制度を設けることを求めている。もっともこの建議では、一般的に資金運用の便宜を図ることが目的とされ、それを外資に限っているわけではない（東京経済雑誌一二六三号三五頁（明三七））。

また、法制定後ではあるが、たとえば、三田理財学会での「外資の必要」という標題で行なわれた渋谷男爵の講話によれば、商工業者は資金を必要としており、外資の導入は必ずしも鉄道を担保とする場合に限りたらないとする（新聞五七三号二四頁（明四二））。

(5) たとえば、明治三十二年当時、大阪地方を中心に恐慌が発生した。この際、救済を政府や勸業銀行に要請した大阪実業界は、同時に、紡績機械をも担保として評価することを要望した。だが、勸業銀行は拒絶した。これは、この当時の勸業銀行をめぐる法制では機械などの動産を無評価とするしかなかったためであるとされている。このことが、機械器具をも含めて担保化しようとする工場抵当法の制定の一因となったと考えられる（日本勸業銀行調査部編「日本勸業銀行史—特殊銀行時

代」一八四頁および二三九頁（日本勧業銀行調査部、昭二八）参照。もっとも、同書二三九頁によれば、工場抵当法制定以後も、日本勧業銀行では、担保評価に際して機械器具を算入していなかった。また、この恐慌については、大島・前掲注（三）一九四頁参照のこと。

昭五五）などを参照のこと。
なお、当時の一般的な経済状態については、たとえば、長岡信吉ほか『近代日本経済史』六五頁以下（日本経済評論社、

（6）河村・前掲注（2）「議事速記録第一號」二二二、二二三頁。

なお、政府提案による工場抵当法案について、本文でとり上げる条項について、その法文をここで紹介しておく（前掲注（2）「貴族院議事速記録第十號」一七四―一七七頁による）。

第二条（一項但書と二項は省略する）

「工場ノ所有者カ工場ニ属スル土地ノ上ニ設定シタル抵當權ハ建物ヲ除クノ外其ノ土地ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタル物及其ノ土地ニ備附ケタル機械、器具其ノ他ノ物ニシテ自己ノ所有ニ属スルモノニ及フ」

第三条

「工場ノ所有者カ工場ニ属スル土地又ハ建物ニ付抵當權設定ノ登記ヲ申請スル場合ニ於テハ前條ノ規定ニ依リテ抵當權ノ目的タル物ノ目錄ヲ提出スヘシ

第二十二條第二項、第三十五條及第三十八條乃至第四十二條ノ規定ハ前項ノ目錄ニ之ヲ準用ス」

第五条

「抵當權ハ工場ノ所有者カ土地若ハ建物ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタル物又ハ土地若ハ建物ニ備附ケタル機械、器具其ノ他ノ物ヲ第三取得者ニ引渡シタル後ト雖其ノ物ニ付之ヲ行フコトヲ得但シ第三取得者カ善意ナリシトキハ此ノ限ニ在ラス」

第六条

「工場ノ所有者カ抵當權者ノ同意ヲ得テ土地又ハ建物ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタル物ヲ土地又ハ建物ト分離シタルトキハ抵當權ハ其ノ物ニ付消滅ス

工場ノ所有者カ抵當權者ノ同意ヲ得テ土地又ハ建物ニ備附ケタル機械、器具其ノ他ノ物ノ備附ヲ止メタルトキハ抵

當權ハ其ノ物ニ付消滅ス

工場ノ所有者カ抵當權者ノ為差押、假差押又ハ假處分アル前ニ於テ正當ナル事由ニ因リ前二項ノ同意ヲ求メタルトキハ抵當權者ハ其ノ同意ヲ拒ムコトヲ得ス」

(7) 河村・前掲注(2)「議事速記録第一號」二二五頁。

(8) 工場抵當法案五条但書は、文言上、善意しか要求していない。しかし、趣旨説明において、政府委員は、民法一九二条と同様の趣旨であると述べた(河村・前掲注(2))「議事速記録第一號」二二二頁。

(9) 審議に際しては、これらの条項よりも、むしろ一条の「工場」の趣旨ないしその内容が問題とされた。

(10) 狭義の工場抵當の部分の修正は次のとおりである。
第一に、二条一項本文のうち抵當權の及ぶ対象を示す「其ノ他ノ物」が「其ノ他工場ノ用ニ供スル物」に変わり、その限定を意味する「自己ノ所有ニ属スル」が削除された。この修正の理由として、前者に関して、このように限定しないとたとえば工場内の遊び道具が含まれることになり妥当ではないこと、また後者に関しては、自明のことであるということがそれぞれ挙げられている。

第二に、三条については、「前條ノ規定ニ依リテ抵當權ノ目的タル物ノ目録」という文言が「其ノ土地又ハ建物ニ備附ケタル機械、器具其ノ他工場ノ用ニ供スル物ニシテ前條ノ規定ニ依リテ抵當權ノ目的タルモノノ目録」という文言に修正された。これは、附加一物体を除く趣旨であり、それは、登記登録を要求すると煩雑にすぎるといふ理由からである。

第三に、五条については、「工場ノ所有者カ土地若ハ建物ニ附加シテ之ト一體ヲ成シタル物又ハ土地若ハ建物ニ備附ケタル機械、器具其ノ他ノ物ヲ第三取得者ニ引渡シタル後ト雖其ノ物ニ付之ヲ行フコトヲ得」という文言を「第二条ノ規定ニ依リテ其ノ目的タル物カ第三取得者ニ引渡サレタル後ト雖其ノ物ニ付之ヲ行フコトヲ得」という文言に修正した。これは文字の修正にすぎない。また法案の但書を二項として規定し、その文言を「前項ノ規定ハ民法第百九十二条乃至第百九十四条ノ適用ヲ妨ケス」と改めた。

なお、六条および七条は、修正されなかった。

以上は、「第二回帝國議會貴族院工場抵當法案特別委員會議事速記録第四號」『帝國議會貴族院委員會速記録明治篇15』二三五頁(東京大学出版会、昭六一)を参照した。また、この修正は、特別委員会委員である富井政章、名村泰藏および

馬屋原彰の三名で構成された修正のための小委員会において原案が練られ、特別委員会に諮られたものである。

- (11) 富井政章委員は、小委員会における審査結果を特別委員会に報告する際に次のように述べている。すなわち、法案五条但書の趣旨を明確にするために、民法一九二条ないし一九四条を引用することにした。その際問題となったのは、工場抵当法案の趣旨を重視して第三取得者が善意無過失であっても抵当権者の保護を図るべきではないかという点である。このようにすると、第三取得者は害されることになり、とりわけ転得者の地位が不安定になってしまふ。そこで第三者の地位を保護しながら抵当権の効力を全うする方法はないかと考えたが、果たせなかつた。そこで、一九二条の準用を定めたといい(前掲注(10))「議事速記録第四號」一三五頁)。また、このような見解を小委員会を構成した三名がいずれも有していたという(同書同頁)。

- (12) 「貴族院議事速記録第十四號」『帝國議會貴族院議事速記録21』二四二頁以下(東京大学出版会、昭五五)「貴族院本會議(第一読会の続き・第二読会・第三読会)」、「衆議院議事速記録第十九號」『帝國議會衆議院議事速記録20』二九一頁以下(東京大学出版会、昭五五)「衆議院本會議(第一読会)」、「衆議院議事速記録第二十號」同三二一頁以下「衆議院本會議(第一読会の続き・第二読会・第三読会)」、「第二十一回帝國議會衆議院工場抵当法案外一件委員會會議録(筆記速記)第一回」『帝國議會衆議院委員會會議録明治篇32』八九頁以下(東京大学出版会、昭六三)。

なお、以上の審議資料から明らかなのは、衆議院では、会期が迫っていることや経済上必要な法案であることから、貴族院修正案には不満があつても、衆議院の側であえて法案の通過をはかつたために、修正なして可決したということである。

- (13) この事件においては、登記簿への記載を落としたのが登記官吏の過誤であることが重視されているように思われる。他方Yとしては行なうべきことをすべて行なつており、登記簿への記載の欠缺による不利益をYに負担させるのは、あまりに酷な結果をもたらすことになる点が考慮されているのではないだろうか。

- (14) この事件におけるXの抗告理由は、必ずしも明確ではない。しかし、裁判所は、紹介したように理解したようである。

- (15) この点に関連して、そもそも工場供用物概念と従物概念との関係が問題となる。たとえば、荒木新五「判批」判タ八七一号四五頁(平七)は、両概念が重なり合うことを認めない。これに対して、古積健三郎「集合物の理論と特別法」滋賀大学経済学部研究年報二卷一三五、一三六頁(平七)は、工場供用物概念と従物概念が重なり合うことを認め、とりわけ

従物ではない工場供用物の存在を認めている。また、工場供用物に従物以外の物を含めない見解もある（秦光昭「工場抵当法三条目録・狹義の工場抵当」米倉明ほか編『金融担保法講座Ⅱ根抵当権・特殊抵当』一八一―一八四頁（筑摩書房、昭六一））。

(16) 工場抵当法三五条は、工場財団について所有権保存登記がなされたときには、工場財団目録を登記簿の一部とみなし、その記載を登記とみなすという規定であり、同法三条二項は、この三五条をいわゆる三条目録について準用している。このため、少なくとも、三条目録への記載が登記として扱われることは明らかである。

(17) この点については、前掲注(6)参照。

(18) 三条目録の性質については、現在、これを對抗要件と解する立場と解さない立場とが対立している。前者を支持するものとしては、たとえば、江口最「財団抵当法の研究」一九五頁（文雅堂、昭一〇）、平野義太郎「判批」民商八卷（六号）一六〇頁、一二〇四頁（昭一三）、我妻栄「判批」判例民事法、昭和一三年度七二事件二八三頁（昭一四）、堀内仁「判例財団抵当法」二七頁（日本評論新社、昭三二）、石田喜久夫「判批」民商三八卷（一号二二〇頁）二二〇頁（昭三三）、香川保一「改訂増補工場及び鉱業抵当法」七三頁（港出版合作社、再刷版、昭三五）、幾代通「抵当」石井照久ほか編『企業担保（経営法学全集9）』一五九頁（ダイヤモンド社、昭四二）、平野忠昭「工場抵当」中川善之助Ⅱ兼子一監修『担保（不動産法大系第2巻）』四五八頁（青林書院新社、昭四六）、雨宮眞也「判批」NBL四九九号二二頁（平四）などがある。

これに対して後者を支持するものとしては、柚木馨「工場抵当と機械器具目録の順位」金融法務四〇〇号三三頁（昭四〇）、我妻栄ほか編『判例コンメンタールⅢ担保物権法』一三〇頁「清水誠」（コンメンタール刊行会、昭四三）、鈴木正和「工場抵当法三条目録を對抗要件としない判例と担保実務への影響」金融法務一三二二七号二頁（平四）、秦光昭「工場抵当法三条一項に定める機械・器具目録の提出は對抗要件か」金融法務一三二二八号三頁（平四）、高木多喜男「担保物権法【新版】」二八一頁（有斐閣、平五）などがある。

以上のような学説の対立状況からみても明らかのように、当初は對抗要件と解する立場が通説を占めていたが、それに対して柚木・前掲論文が疑問を提示し、それが現在では幅広い支持を集めつつあるといえよう。

(19) 道垣内弘人「判批」ジュリー一〇六八号「平成六年度重要判例解説」七八頁（平七）、古積・前掲注(15)一三五、一三六頁。

(20) 本件は、競落人相手に即時取得が問題となったケースだが、本件機械の占有者は工場抵当の設定者ではないという事情があり、これが即時取得に際しての善意無過失の判断に影響を及ぼしたものと思われる。

(21) Xの譲受には次のような事情がある。すなわち、競売開始決定に際して、Xより工場所有者Aに工場一切の賃借を申し込み、契約も締結した。ところが、Aは当時料金を不払で電気を止められていたので、目録に記載されていない本件物件をXに譲渡しその代金を電気料金に充てることで工場を再開し残りの土地建物機械もXが競落するという合意がX・A間で行われたわけである。

(22) もつとも、本件では掲載誌のコメント欄にもあるように、機械について処分禁止の仮処分が行われていたようである。また、注意義務の点ではYが古物商であることが重視されたと考えられる。

(23) 裁判例「21」は、ここで挙げた五分類の何れにも当てはまらない。これは、工場抵当権者から、設定者に対して動産の撤出禁止を求めた事件である。したがって、第三者による法的支配という観点からは、いまだ支配の始まっていないケースということになる。

(24) なお、この「18」判決は、「20」判決の原審であり、最高裁判所は、「20」において、工場抵当が及ぶことを認めている。この点からも「18」判決は無視してよいだろう。

(25) この立場に立つものには、前掲の注(18)で挙げた諸文献のほかに、次のものがある。たとえば、来栖超夫『工場・鐵道及鑛業抵当法論』一一四頁(日本評論社、昭四)、蒲生清『工場抵当法に於ける所謂狭義の工場抵当に就て』法時二巻九号一五頁(昭五)、我妻栄『判批』『判例民事法』昭和六年度一五事件五九頁(昭九)、浅沼武『判批』金融法務三九九号一頁(昭四〇)、川井健『担保物権法(現代法律学全集7)』二七五頁(青林書院新社、昭五〇)、香川保一『工場抵当・各種財団抵当』加藤一郎ほか編『銀行取引法講座(下)』三三三頁(金融財政事情研究会、昭五二)、飛沢隆志『工場抵当・各種財団抵当の内容および効力』加藤一郎・林良平編『担保法大系(第3巻)』一九三頁(金融財政事情研究会、昭六〇)、雨宮真也『工場抵当権、各種財団抵当権の実行とその実務上の問題点』加藤一郎・林良平編『担保法大系(第3巻)』二六〇頁(金融財政事情研究会、昭六〇)、鈴木祿弥『物権法講義(三訂版)』一六九頁(創文社、昭六〇)、酒井栄治『工場抵当法(特別法コンメンタール)』四六、四七頁(第一法規、昭六三)、近江幸治『担保物権法』二二六頁(弘文堂、昭六三)、道垣内弘人『担保物権法』二一六頁(三省堂、平二)、鎌野邦樹『判批』法教一七三号一三一頁(平七)などである。

なお、對抗要件説に立たれた上で、前述の裁判例「7」との矛盾を避ける構成として、三条目録に記載しなければ對抗できない第三者の範囲を当該機械について直接新たな権利関係に入つた者に限定するという見解を、吉田光碩「判批」判タ八〇九号四六頁(平五)は主張している。

また、對抗要件説にも次の非對抗要件説にも属さない見解として勝本正晃『擔保物權法下巻』五四六頁(有斐閣、昭二四)がある。これによれば、三条目録に記載のない附加一物物および備付物には工場抵当の効力が及ばないとする。この意味で三条目録は工場抵当の効力要件となつてゐるわけである。現在これに従うものはないようである。

- (26) 非對抗要件説に立つものには、前掲注(18)で挙げた諸文献のほか、たとえば、我妻栄『新訂擔保物權法(民法講義Ⅲ)』五七一頁(岩波書店、昭四三)、柚木馨Ⅱ高木多喜男『擔保物權法(第三版)』(法律学全集19)』五〇六頁(有斐閣、昭五七)、榎俤次『擔保物權法』二九七頁(有斐閣、昭五六)、堀内仁「工場抵当権者はその同意を得ないで搬出された工場供用物件の原状回復を請求できるか」金融法務一〇〇一号五頁(昭五七)、湯淺道男「判批」金融法務一三三二一号三九頁(平四)、秦光昭「工場抵当、各種財団抵当における設定手続上の問題点」加藤一郎Ⅱ林良平編『擔保法大系(第3巻)』二二二、二三二頁(金融財政事情研究会、昭六〇)、同・前掲注(15)一八五、一八六頁、小林明彦「判批」椿寿夫ほか編『擔保法の判例Ⅰ』二五六頁(有斐閣、平六)、関武志「判批」ジュリー一〇三二号一七二、一七三頁(平五)などがある。

- (27) 起草者の見解については、前掲注(6)を参照のこと。
- (28) 工場抵当法三条二項は、一項において定められた目録(いわゆる三条目録)について、同法三五条の規定が準用されることを定めている。この結果、三条目録への記載は、登記と看做されることになる。このことから、三条目録の對抗要件としての性質を導き出すわけである。

- (29) たとえば、新たに備え付けられた機械器具に対する優先権は、抵当権設定登記の順位ではなく、機械器具目録の変更登記の順位に従うとした昭和三四年一月二〇日民事甲二五三七号民事局長回答や、三条目録を提出しない通常の抵当権とこれを提出した後順位の工場抵当の間では、目録に記載され民法の規定により先順位抵当権の目的とならない物については、三条目録を提出した抵当権が優先するとした昭和二六年一月二二日民事甲二〇五〇号民事局長通達がある。

- (30) 雨宮・前掲注(18) 一三頁。

- (31) 雨宮・前掲注(18) 一一、一三頁。

- (32) 横・前掲注(26)二九六、二九七頁、高木・前掲注(18)二八一頁。
- (33) たとえば、我妻・前掲注(26)五七一頁、高木・前掲注(18)二八一頁「工場と一体となっている限り」三条目録への記載なしに、設定登記によって対抗できるとする点からみて、同旨であると考えられる」、横・前掲注(26)二九六頁、我妻ほか・前掲注(18)二二〇頁「清水」などがある。
- (34) 工場抵当法五条の構造が問題となる。すなわち同法五条二項は、同条一項の規定が民法一九二条ないし一九四条の適用を妨げないという趣旨である。そこで、この規定の意味するところは、占有者が工場内の機械をその所有者の同意を得ずに勝手に第三者に売却した場合に、その第三者が即時取得によって保護されるということなのか、それとも、五条一項および六条の規定と相俟って、抵当権者の同意を得ずに機械の所有者、すなわち工場抵当の設定者が第三者に処分した場合には、その第三者が善意無過失であれば、抵当権の負担のない所有権を取得するということなのか(この見解の対立については、香川・前掲注(18)六三、六四頁参照のこと)。もし、前者であるとすれば、民法の規定自体から当然のことであるから、この五条二項は全く無意味な規定となってしまう。そこで、現在では、後者の立場をとるのが普通である(たとえば、小林資郎「判批」ジュリ七九二号「昭和五七年度重要判例解説」六九頁(昭五八)、古館清吾「判批」金融法務一〇三三号一五頁および一八頁注(2)(昭五八)。また、このことを支持する裁判例として、裁判例「11」を挙げることができる。これに対して、明確に前者を支持するものに、勝本・前掲注(25)五四五頁および五七三頁がある。また、取引の安全の観点から、後者を支持するものに、鈴木祿弥「山野目章夫「最近担保法判例雑考(3)」判タ四八五号三五頁(昭五八)」(鈴木祿弥「判批」物形研究三三〇号六五頁(昭五七)、高木多喜男「判批」判時一〇七九号一七五頁(昭五八)、鈴木山野目・前掲注(34)三三三頁「山野目」、伊藤進「判批」判タ五〇五号四三頁(昭五八)、堀龍兒「判批」判タ四八四号一頁(昭五八)、大塚直「判批」法協一〇一卷(三三三号一四三頁)四九九頁(昭五九)、吉田眞澄「判批」椿寿夫ほか編「担保法の判例I」二五八、二五九頁(有斐閣、平六)などがある。
- (36) 松坂佐一「民法提要 物権法」三一〇頁(有斐閣、四版増訂、昭五九)。
 なお、我妻ほか・前掲注(18)二二二頁「清水」は、分離された物へ抵当権が追及してゆけばよいので、抵当権者の返還請求を認めない。

- (37) 舟橋諱一編『注釈民法(6) 物権(1)』三九頁「好美清光」(有斐閣、昭四二)。
 (38) 高木・前掲注(35) 一七五頁。

このほかにも、この原状回復請求権の法的性質については、次のような見解がある。たとえば、鈴木Ⅱ山野目・前掲注(34) 三三頁「山野目」、多田利隆「判批」北九州大学法政論集一巻(三)四合併号一五三頁、四二五頁(昭五九) および小杉茂雄「抵当権に基づく物権的請求権の再構成(二)」西南学院大学法学論集一四巻二号一五三頁(昭五六)は、この請求権を妨害排除請求権であって、返還請求権ではないと解する。また、大塚・前掲注(35) 五〇一頁注(一)は、この原状回復請求権を純粹の返還請求権でも純粹の妨害排除請求権でもないとする。

- (39) 高木・前掲注(35) 一七五頁、堀・前掲注(35) 一一頁、伊藤・前掲注(35) 四五頁、林良平「判批」民商八八巻(一)号一三三頁、一一三頁(昭五八)、多田・前掲注(38) 四二六頁、吉田・前掲注(35) 二五八、二五九頁。

- (40) 高木・前掲注(35) 一七五頁、林・前掲注(39) 一二二頁、鈴木Ⅱ山野目・前掲注(30) 三三頁「山野目」、伊藤・前掲注(35) 四五頁。

しかし、たとえば、鈴木Ⅱ山野目・前掲論文が、即時取得の可能性を遮断するために取戻しが認められたと考えるのは十分ではなく、むしろその正当性の根拠として工場不動産と工場用動産との有機的一体性の回復という点を重視するよ

- うに、論者によってその重点が異なっていることを忘れてはならない。
 (41) 古館・前掲注(34) 一八頁、東法子「判批」手形研究三六八号六九頁(昭六〇)、篠田省二「判解」曹時三七巻一〇号二九五頁(昭六〇)、大塚・前掲注(35) 五〇〇頁。

このほか、小林・前掲注(34) 六九頁も、民法上の問題は今後の課題であることから、消極説の立場に立つものと考えられる。

- (42) 香川・前掲注(18) 二二頁など。

しかし、この点について、以前は工場抵当の設定に当たり当該不動産が工場であることの証明書の添付を求めるのが登記実務であったようである(工場抵当登記取扱手続(明治三八年司法省令第一八号)二四条、香川・前掲注(18) 四五頁)。したがって、とくに工場抵当であることを当事者が明らかにしなくとも、その添付書類から、工場抵当の設定であることは十分に明らかになっていたといえよう。その意味では、当事者がどちらの法形式を望んだのが明らかになりやすいため、

両者を区別して考えようとすることは、可能であろう。

なお、この工場抵当登記取扱手続二四条の条項を参考のために挙げておく。

「工場抵当法第三条ノ場合ニ於テハ土地又ハ建物ガ同法第一条ノ工場ニ属スルモノナルコトヲ証スルニ足ルヘキ書面ヲ提出スヘシ」

もつとも、この工場抵当登記取扱手続二四条は、昭和三五年に同省令が改正された際に（昭和三五年法務省令第一〇号）、全く異なった規定となり、現在では工場証明書を要しない。これは、三条目録の提出がなされれば工場抵当であることを登記官において推認できることが理由とされていた（桜井正三郎「工場抵当、各種財団抵当、立木、船舶、農業用動産及び建設機械の登記手続の改正について」登記研究一五〇号四〇頁（昭三五））。そうすると、三条目録を提出すればともかく、それをしなかった場合、その抵当権設定は、外見上、申請の段階では民法によるのか工場抵当法によるのか区別がつかないことにならう。結局、当事者の意思によるのではなく、当該不動産が客観的に工場であるか否かに応じて当然に定まるとする以外にはないのではないだろうか。この点で、たとえば、酒井・前掲注（25）三三頁は、登記申請書に登記の目的として、とくに「工場抵当法第二条の（根）抵当権設定」と記載する必要はなく、「（根）抵当権設定」と記載すれば足りると指摘しており、これに従えば、ますますその区別を申請書から明らかにすることは困難であるように思われる。

(43) 前掲注（29）で引用した民事局長通達は、三条目録を提出せよになされた抵当権設定登記の後、土地建物に備え付けた機械器具を追加担保として徵求する場合には三条目録の追加提出ができることや、その手続きが変更登記申請によってなされることを述べている。

香川・前掲注（18）二三頁、酒井・前掲注（25）二八頁は、工場抵当が機械器具にその効力を及ぼす根拠を当事者の意思の推定であるとし、設定時に及ぶことを考慮せずに設定された抵当権がその後設置された機械器具に及ぶとすることは当事者の意思に反し不当でないことを理由としている。

(44) 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）、米倉明『所有権留保の実証的研究』二〇〇頁（商事法務研究会、昭五二）。

また、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、通常の

抵当権の場合に關してではあるが、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。横教授は、この見解によって、後掲注(45)の見解を改めたといえよう。

他方、森井英雄「判批」椿寿夫ほか編『担保法の判例Ⅰ』二七一頁(有斐閣、平六)は、所有権的構成に立ち、所有権留保が優先するといふ。

(45) 横俣次「抵当権と附加物・従物、抵当権の侵害」谷口知平Ⅱ加藤一郎編『民法例題解説Ⅰ(総則・物権)』一九九、二〇〇頁(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」。

(46) 横・前掲注(44)六一五、六一六頁、柚木Ⅱ高木・前掲注(26)七四頁、森井・前掲注(44)二七一頁。

なお、津島一雄『工場抵当・財団抵当の実務』七二頁(商事法務研究会、昭四六)は、動産売買先取特権が優先するとするが、その理由は異なる。すなわち、狭義の工場抵当には、順位についての特別の規定もなく、動産上の権利を失わせる手続きもない点を重視する。

(47) 香川保一「特殊担保」六五頁(金融財政事情研究会、昭三八)。この見解は、まず、三条目録を對抗要件と解することによって、工場抵当権を動産質権と同順位にあると解する(同書六四頁)。その上で、民法三三四条を類推して、三三〇条にいう第一順位の先取特権と工場抵当とが同順位であるから、動産売買先取特権に対して工場抵当が優先するという。

(48) 古積・前掲注(44)二二九、二二〇頁。

(49) 酒井・前掲注(25)五〇頁、野沢純平「動産売買先取特権の効用と問題点」〔Ⅳ〕NBL一八〇号三五頁(昭五四)。

(50) 工場抵当権の設定前に譲渡担保権が設定されている場合については、所有権的な構成に立つかぎり、工場抵当権の効力は他人の所有物に及ばないとして、そもそも両者が競合関係に入らないとする見解もある(森井・前掲注(44)二七〇、二七一頁)。

第二款 工場財団抵当制度による集合財産担保

序

次に、工場財団抵当をとり上げる。ここでもやはり、なぜその制定が求められたのか、具体的には「附加」ないし「分離」に関してどのような規定を準備したのか、さらにどのような紛争があり、それにどのような解決が与えられているのかなどについて、検討する。

なお、財団抵当制度自体は、工場財団以外にも鉄道財団や鉱業財団などが認められている。しかし、ここでは、実際しばしば問題となる工場財団抵当を主として検討の対象とする。その制定過程からみてゆく。

一 工場財団抵当制度の制定

工場抵当法の制定理由は、すでに前款で述べたとおり、機械器具類の非占有担保を可能にし、土地や建物、機械器具を含めた工場全体の一括担保化を可能にするためであった。また、その背景は、産業の振興のために、国内のみでは不足する資本を海外から調達する際の確実な担保を確保するということであつた。

工場財団抵当は、先にとり上げた狭義の工場抵当とは異なり、大規模工場、すなわち製鉄所、造船所および発電所などをその対象とするものである。⁽¹⁾では、なぜ財団抵当という手法を用いたのか。政府委員は、外国と異なり土地と建物

とが別個の不動産であり、また、土地そのものが外国に比べて一筆の大きさでずいぶん小さいことから、財団を構成しはじめた外国の通常の状況に等しくなるということ⁽²⁾を挙げている。

次に、個別の条項について政府委員は、次のようにそれぞれの規定の趣旨を述べている⁽³⁾。すなわち、個別処分を禁止した一三条、二九条および三三条については、これらの条項がなければ、財団を構成する物件について個別に権利が実行される結果財団が崩壊してしまうことや競売の場合に個別の権利について配当金を定めることが不可能であるということ⁽²⁾を挙げている。また、実際に財団からその組成物件を分離しなければならぬような事態になることもあるだろうから、その場合には抵当権者の同意を得て分離すればよいというのが、抵当権者の同意を必要とする旨の一五条を設けた趣旨である。さらに、工場財団に属する物に関する目録については、その変更手続きは簡便であり、かつ、あらかじめ抵当権者の同意を得ておけば足りると考えている。また、些細な機械器具についてはそもそも目録に載せる必要はないし、いったん目録に載せて、その変更手続きをとらない場合でも、別段制裁を考えていなかった。このことから、起草者は、財団に含まれる機械器具の更新をあまり重大視していなかったのではないかと考えられる。なぜなら、機械器具の更新を重視すれば、その変動にかかわらず抵当権の効力が及ぶような対策を備えることが考えられるはずであるが、すでに述べたように、目録変更手続きを怠った場合の制裁規定を設けず、また、目録にかかわらず効力が及ぶという規定も設けていないからである。

委員会審議において問題とされたのは、一三条二項前段に關してである。すなわち、一三条二項前段は、工場財団抵当に属する個々の物の処分を禁止している。この処分禁止に反して行なわれた処分は、少なくとも抵当権者に対抗できないということになる。そうすると、動産取得者の側で善意取得が可能であるかどうか⁽²⁾が問題となる。すなわち、狭義の工場抵当の場合において、工場内の機械器具について処分がなされたときに民法一九二条の適用を認めていることから、

工場財団抵当の場合における五条の適用ないし民法一九二条の適用が問題となつた。この点について、政府委員は、五条の適用を否定しつつも、民法一九二条の適用は否定しなかつた。⁽⁴⁾しかし、修正案を起草した小委員会報告には、財団抵当への一九二条の適用を否定する旨の発言が含まれて⁽⁵⁾いる。特別委員会は、この報告を了承しており、その意味では一九二条の適用を否定することを承認したと考えることができよう。またとくに、その報告では、第三取得者にとつて酷なことになるが抵当権者の利益のためには仕方がないという趣旨の発言もなされている。⁽⁶⁾そうすると、狭義の工場抵当に関する五条には一九二条の準用を明確にしたにもかかわらず、財団抵当の場合の二三条二項前段については民法一九二条の適用を認める修正を行なわなかつたことから、かえつてその適用のないことを明確にしたといえよう。そうであるとするれば、一度目録に記載された機械については、どこまでも追及できるといふ結論が導かれることになる。

審議の結果、これらの条項に関しては、一三条二項に、抵当権者の同意を得て財団組成物件の賃貸を認める旨の但書を付加したほかは、字句の修正にとどまつた。⁽⁸⁾

この後、工場抵当法案の工場財団抵当の部分は、狭義の工場抵当の部分と同じく、貴族院本会議、衆議院委員会および同本会議で修正を受けることはなかつた。⁽⁹⁾

また、このような工場抵当法や同時に制定された鉄道抵当法および鉱業抵当法に代表される財団抵当という手法は、この後、他の産業部門においても用いられるようになった。すなわち、運河、漁業、自動車交通および観光などである。これらの事業においても、土地や建物だけでなく、やはり各種の動産や施設を複合的に用いて初めてその事業の展開が可能となる。そこで、これらの複合的な財産集団を担保の目的とし、⁽¹⁰⁾確実な物的担保を提供することができるようにすることで、事業の展開に必要な資金の供給を確保しようとしたわけである。

以下では、工場財団抵当以外にも含めて財団抵当に関する裁判例を対象とし、整理分析する。ここでは、事件数があまり多くないので、「附加」ないし「分離」の各ケースに属する裁判例を一括して紹介する。

〔1〕 函館控判年月不明新聞七九三号二二頁（明治四五年六月一〇日発行）

XがAから機械を買い受け、同時にAに賃貸したところ、Aは、それをABを設立者とするY会社に売却した。XがYに対してその返還を求めたところ、Yは、抗弁として、機械には第三者のために工場財団抵当権が設定されており、しかも権利申出期間（二四、二五條）を経過していることを主張した。原審、請求認容。原判決廃棄・請求棄却。権利申出期間は、第三者保護の制度であつて、申出のない場合には絶対的に権利が消滅するという。

〔2〕 大判大正二年三月二二日（二民）民録一九輯一五一頁

裁判例〔1〕の上告審⁽¹⁾。Xの上告棄却。工場抵当法の趣旨は、工場財団に抵当権を設定した場合において、抵当権者の同意なしには、財団の上に何らの変更も受けないようにするものである。そのために、動産について権利申出期間を定めて動産に関する第三者を保護し、その申出がないときは動産についての権利を消滅させて、抵当権者を保護しようとする。したがって、この消滅の擬制は、工場財団が消滅しない限り、存在するという。

〔3〕 名古屋地決大正一一年六月六日新聞一九九四号一五頁

事案不明。工場建物と機械器具について各別に最低競売価格を定めたが包括的な価格を表示せず分割して競売したのに対して抗告が行なわれた事件のようである。廃棄委任（旧民訴四六四條一項）。建物と機械器具類は、工場財団を構成し、法律上一個の不動産とみなされ、競売に当たつても一括して競売されるべきであるという。

[4] 大判大正一四年七月三日(二民)民集四卷四〇一頁

工場抵当の目的物である機械を差し押さえたY₁および競落したY₂³に対して、工場抵当権者Xは、競売の無効を主張してその確認を求めた。Yは、抗弁として競売手続きの完了を主張した。原審、請求棄却。破棄差戻。工場抵当法一三条により工場財団に属する物の差押は、無効であつて、その競売も無効である。また、手続が完了したというYの抗弁に関しては、Xは単に競売の不適法ないし競売無効を主張するのではなく、差押ないし競売の絶対無効を主張するのであるから、手続き完了後もその無効を主張できるといふ。

[5] 長崎控判大正一五年一月二日新聞二六三三号一四頁

Xが所有する発電所に工場財団抵当の設定のため工場財団保存登記をしたところ、Yが送電用の電線電柱に自己の抵当権の効力が及ぶとして権利を申し出た。Xは、Yの優先権の不存在の確認を求めた。一審、請求棄却。原判決変更・請求認容。電線電柱は性質上動産であり、備付物件ではあつても土地建物の一部を組成しこれと一体となつてゐるわけではない。このため、工場財団保存登記以前には抵当権を理由とする優先権は主張できないといふ。

[6] 大判昭和二年一月二日(二民)新聞二七六六号七頁

[5]事件の上告審。Yの上告棄却。送電用の電線電柱は性質上動産であつて、財団の保存登記以前は抵当権の客体たりえないから、抵当権を設定できないといふ。¹⁴⁾

[7] 大判昭和八年五月二四日(三民)民集一二卷一五六五頁

工場抵当権者Xは、工場財団を競落した。しかし、付属建物および機械器具の所有権取得を財団抵当権の設定者であつたY₁が否認したので、その確認を求めた。これに対してY₁は、機械器具は抵当権設定時に除外されており、Y₂が代物弁済として取得し、Y₃にさらに譲渡したと抗弁した。一審、請求棄却。原審、原判決取消・請求一部認容・一部棄却。機械器具のうち

工場財団目録への記載のないものについては代物弁済による取得を認めた。上告棄却。第一に、代物弁済の主張については、工場財団目録に記載された機械器具は、譲渡できないので、取得できない。第二に、附属建物が目録に記載されていないので、抵当権の効力が及ばないとする主張に対しても、民法三七〇条より附加一体物に及ぶから、工場財団に主たる建物が属する以上、附加した附属建物にも抵当権の効力が及び工場財団に属するという。

[8] 大判昭和一〇年三月六日(三民) 法学四卷(一〇号一九頁) 一三二七頁

YがX所有の工場財団に属する物について仮処分をかけたので、Xがその仮処分命令の取消を求めた事件のようである(詳細不明)。Yの上告棄却。工場財団保存登記がなされ、権利申出期間内に権利の申出がなかったので、Yが占有権を主張して仮処分をなすことは、工場抵当法一三条二項および二五条に違反するという。

[9] 大判昭和一二年三月二七日(四民) 民集一六卷三三七頁

Xは、鉄道会社Aに対して債権を有しており、AがY(国)から受ける補助金の交付を受ける権利について差押転付命令を得て、その支払いを求めた。これに対してYは、Aの受ける補助金は鉄道財団に所属し、しかも二番抵当権者Bの申立による強制管理が開始しており、差押転付に適さないと抗弁した。一番、請求棄却。原審、原判決変更・請求一部認容・一部棄却。上告棄却。強制管理中の鉄道運輸による収益が鉄道財団に含まれるのは当然であって、その収益に代わる補助金もまた鉄道財団に帰属するからこれを差し押さえることはできないという。

[10] 東京地決昭和一二年一〇月五日新聞四二〇八号一三頁

鉄道財団抵当権者Yが強制管理を申し立てたところ、一般債権者Xが強制管理による収益について配当要求をした。原決定、申立却下。抗告却下。強制管理手続きが開始した後も収益について、抵当権者は、一般債権者に優先して弁済を受ける。その理由は、次のとおりである。第一に、鉄道抵当法四〇条によれば、鉄道財団への強制執行は抵当権者にのみ許されている。

第二に、同法八十七条によれば、強制管理手続きによる収益は、抵当権者への優先弁済に充てられるべきである。第三に、同法には、一般債権者について収益への配当加入を認めた条文は存在しない。第四に、同法四条は、鉄道財団およびこれに属するものに対する強制執行を一般債権者には許しておらず、配当加入を認めれば首尾一貫しない。

〔11〕 東京地判昭和三〇年九月一〇日下民集六卷九号一九五二頁

Xは、AからBを経て機械器具を買い受け、その引渡を受けた。そこで、XはAに対して機械器具の所有権の確認を求め、逆に、AはXに対して所有権の確認と引渡を求めていたところ、Aは破産し、Yが破産管財人となった。Aの工場にはCおよびDの工場財団抵当権が設定されており、さらに国税滞納処分登記も行なわれている。Xの請求認容・Yの請求棄却。動産は、工場財団を組成したことによって性質上不動産となるのではなく、形式上不動産の取り扱いを受けるといえない。したがって、分離されれば引渡によって移転を對抗でき、即時取得の要件を具備することで所有権取得を第三者に對抗できるといふ。

〔12〕 仙台高決昭和三三年三月一九日下民集九卷三号四四九頁

Yは、Aの有する漁業財団（船舶と属具のみからなる）に抵当権を有し、その実行として競売を申し立て、開始決定がなされた。他方、Xは、Aに対する給料債権の確保するために船舶先取特権（商法八四二条七号）に基づき右漁業財団の競売を申し立てた。原裁判所が記録を添付したため（民訴六四五条準用）、Yが異議を申し立てた。その結果、裁判所は異議の申立を認めた。これに対して、Xは即時抗告した。原決定取消・異議申立棄却。商法八四二条七号および八四九条により、Xの先取特権は、Yの漁業財団抵当権に優先する。また、Xの先取特権は、本来、漁業財団の上に存するのではなく、それを構成する属具を含めた船舶上に存するはずである。しかし、同時に財団組成物件全部の上に存するわけであるから、先取特権が実質的に財団の上にあるといつてよい。このため、抵当権と先取特権とが同一の経済利益の上で競合している。したが

って、Xが漁業財団上に先取特権を有するとして競売を申し立てたのは妥当ではないが、財団を構成する物件全部の上に先取特権を有するとして、これらの物件の競売を申し立てたとみるべきであるので、申立を記録に添付するのが相当であるという。

[13] 東京高判昭和三十三年一月二十九日下民集九卷一―号三三六九頁

国税滞納処分によりA所有の工場財団が公売されCが買い受け、さらにXに譲渡されたが、工場財団を構成する土地上の建物はY₁所有であり、現在はY₂が賃借している。そこでXは、Yらに対して建物取去および土地明渡しを求めた。原審、請求認容。Yらは、Xが土地を取得したとの自白を取り消し、新たに、本件土地が工場財団設定当時すでにBに賃貸されており、本件土地は工場財団を構成せず、本件土地についての工場財団登記は無効であつて、Xは土地所有権を取得していないと主張した。⁽¹⁵⁾ 控訴棄却。本件土地がBに賃貸してあつたとしても、一三条二項但書の趣旨からみて、その不動産を工場財団に含めることが絶対に禁止されているわけではない。また、抵当権設定以前に他人の賃借権の目的となつていた不動産については、對抗要件の有無によつてその賃借権が抵当権者に対抗できるか否かが問題となるにすぎず、工場財団登記が当然に無効となるわけではない。したがつて、Yらの主張には理由はなく、自白の取消は許されないという。

[14] 最判昭和三十六年九月一日(二小)民集一五卷八号二二七二頁

[11] 事件の上告審。Yの上告棄却。工場財団は、不動産とみなされるが、動産が分離され引き渡された場合には、たとえ処分が不当であっても、動産の引渡を受けた第三者は、即時取得の要件をみたせば保護されるといふ。

[15] 東京高判昭和四四年七月一七日高民集二二卷三号四五六頁

Yは工場財団を構成する土地建物をXに賃貸し、あわせて賃貸地までの通路の使用を許容していた。ところが、通路用地をAが買い取り、通路を閉鎖した。そこで、XがYに新通路の使用を求めたが、Yが妨害した。Xは、Yに対して新通路の使

用を妨害しないことを求め、逆にYは、反訴としてXに賃貸借終了による土地建物の明渡しを求めた。また、Yは、抵当権者が当初与えた賃貸借についての同意が期間三年のものについてであって、期間経過後は更新が問題にならず賃貸借は当然に消滅したと主張した。原審、本訴請求認容・反訴請求棄却。控訴棄却。たしかに、財団組成物件が抵当権者の現実支配を離れ第三者の支配下に入るときにその有機的結合が弛緩し財団の交換価値が低下するという抵当権者の不利益が生じるが、同時に、賃貸によって経済的に財団構成物件が利用される場合もある。この両者の妥協として抵当権者の同意は位置づけることができる。それゆえ、その同意は賃貸借の有効要件であって単なる對抗要件ではないという。本件においては、抵当権者に同意を拒絶する正当な理由がなく、賃貸借は当然には終了しないとする。

以上の一五件の裁判例を「附加」ケースと「分離」ケースに分けて分析する。

第一に、「附加」ケースに該当する裁判例は、「1」「2」「3」「5」「6」「9」「10」「13」の八件である。このうち、財団の組成物件となることの妥当性が問題となった「9」「10」の二件では、営業収益や補助金が鉄道財団へ帰属するか否かが問題となった。これに対して、「3」事件では、包括的に評価され、法律上一个の不動産とみなされる財団抵当の場合には、競売にあたっても一括競売されるべきであって、個別競売が許されないことを判示している。このことから、包括的な取り扱いは、設定の時点だけでなく、実行の時点でも維持されるべきであることが明らかとなる。もしこれを認めないならば、結局、法律上一个の不動産として扱ったことが、画餅に帰することになってしまうからである。また、「5」と「6」は、送電用の電柱電線について発電所敷地に対する抵当権の効力が及ぶとして優先権を主張したのに対して、財団が組成されるまでは、これらの物件は不動産ではなく、動産であって、抵当権の客体たりえないと判示した。これらの判決において電柱や電線をその性質上動産とする点には疑問がある。というのは、これらの物件は、少なくとも土地と一体となっていると考えることができるからである。しかし、この事件で特徴的なことは、問題の電

柱電線が発電所敷地に存するわけではないという点である。このために、発電所敷地に設定される通常の抵当権では、その効力が電柱などに及ばないわけである。しかし同時に、これらの判決では、これらの物件を工場財団の組成物件とすることができるとする（一一条二号）。したがって、工場財団抵当の場合には、第三者の土地に存在する物件もその効力の及ぶ範囲に含まれることになる。

さらに、「1」や「2」は、機械器具について所有権を有していた者が期間内に権利を申し出なかったことから、所有権を喪失したケースである。これは、財団抵当の場合においては、その組成物件について個別の権利の存在を認めないことから生じ（一二三条）、先に述べたように、個別の権利については、期間内に権利者から権利の申出がないと、その権利が消滅するという規定があることがその根拠となっている（二四、二五条）。もっとも、同じく財団組成物件についての第三者の権利にかかわる事件として、「13」がある。これは、賃貸借の行なわれていた不動産を含めて財団を構成することができるのかの問題となった事件である。ここで裁判所は、財団の組成は賃貸借の行なわれている不動産を含めても無効ではなく、その賃借権が抵当権者に対抗できるか否かが問題になるにすぎないとしている（一二三条参照）。

第二に、「分離」ケースには「4」「7」「8」「11」「12」「14」「15」の七件が該当する。これら七件をさらに分類すると、財団組成物件の差押や仮処分が問題となったケース、財団組成物件についての第三者の所有権取得が問題となったケース、財団組成物件についての賃貸借が問題となったケース、財団組成物件について担保権設定が問題となったケースの三つの場合に分けることができる。

差押や仮処分の効力が問題となったケースは、「4」「8」の二件である。いずれにおいても、裁判所は、財団組成物件についての差押や仮処分を許していない。とくに「4」においては、競売手続きが終了した後であっても、その差押

や競売の無効を主張することができるとしている。また、「8」事件において、裁判所は、財団抵当は有効に成立し、先に述べた権利申出期間も経過し、財団所有権の保存登記も終了していることを重視している。これは、右期間が権利申出のないまま経過した場合において、財団組成物件について第三者の権利が存在しないとみなされることになることに基づいている（二五条一項）。

第三者の所有権取得の成否が問題となったのは、「7」「11」「14」の三件である。このうち、「7」は代物弁済予約に基づく所有権取得の成否が問題となった事件である。裁判所は、財団組成物件の譲渡が禁止されていることを理由にその代物弁済予約に基づく所有権取得を認めなかった。この事件においては、財団組成物件自体がなお工場敷地内の建物に存在していたようである。「11」と「14」は、同一事件にかかわるものであるが、財団組成物件の即時取得の成否が問題となっている。すなわち、工場抵当法上、その即時取得を認めた規定がないために、その肯否が問題となった。裁判所は、いずれにおいても、即時取得を認めている。この結果、明文の規定はないが、財団組成物件であっても財団から分離され、即時取得の要件をみたせば、負担のない所有権を第三者は取得することができることになる。とくに、「14」において、最高裁は、処分が不当であっても即時取得できるとしている。これらのことから一応いえることは、工場財団抵当の場合には、財団という形で一不動産を構成しているが、組成物件がそこから分離され第三者に引き渡され、さらに即時取得の要件をみたせば第三者は保護されることになるということである。これを逆にいえば、その財団組成物件が財団の範囲から離脱することを認めることになる。

財団組成物件の賃貸借が問題となった事件として「15」がある。工場抵当法上、抵当権者の同意がなければ、賃貸借はできない（二三条二項但書）。したがって、賃貸借について抵当権者の同意のない場合においては、その賃貸借の効力が問題となる。この点について裁判所は、抵当権者の同意を、賃貸借によって生じる抵当権者の不利益と利益の調整

を行なう趣旨であると位置づけている。具体的には、賃貸借によって財団組成物件が抵当権者の支配を離れ第三者の支配下に入ること、財団の有機的な結合が弛緩し財団の交換価値が低下するという不利益である。また、利益とは、賃貸によってより効率的に財団組成物件が利用されることもあるという点である。したがって、抵当権者は、自己の経済的な判断に従って同意するか否かを決定することにならう。そのため、この同意は、賃貸借の對抗要件ではなく、有効要件であると裁判所は結論づけている。さらに、裁判所は、抵当権者が正当な理由なしに同意を拒絶できないと判示している。そこで、拒絶できる場合とは、客観的にみて交換価値の低下が生じたり、非効率的な利用がなされる場合を指すと考えることができよう。

最後に、財団組成物件についての担保権設定の場合をとり上げる。裁判例〔12〕は、給料債権についての船舶先取特権と漁業財団抵当との競合というケースである。本件は、その法形式上は、漁業財団についての抵当権とそれを構成する個別の物件についての先取特権との競合という事例である。裁判所は、先取特権が財団抵当に優先すると判示している。この点は、船舶先取特権の特殊性のためであると考えられる。第一に、船舶先取特権は船舶抵当権に優先する（商法八四九条）。第二に、先取特権という法定担保権であるため、その成立は、個別の処分を禁ずることでは防ぐことができない。しかも、本件では、先取特権の客体が船舶とその属具であり、これが同時に漁業財団を構成しているという稀な事例であった。このため、裁判所が述べるように、⁽¹⁶⁾経済的には、担保目的物は財団自体であるともいえるし、また財団を組成するすべての物件であるともいえる。

以上のような裁判例の状況のなかで、学説はどのような展開を示しているのであろうか。工場財団抵当をはじめとする財団抵当をめぐる学説は、従来、それほど重視され、議論されてきたわけではないようである。そこで、不十分ではあるが、従来の学説が、「附加」ないし「分離」についてどのように考えてきたのかという点から整理する。

そこでまず、「附加」の場面をとり上げる。つまり、財団組成の際に、どのような物が財団組成物件となるのか、また、その組成物件に付着している第三者の権利と財団抵当との競合をどのように調整しているのか、などについてである。

第一に、財団を組成することの意味については、学説は、一致して、特殊の価値を担保化することを挙げている。すなわち、企業の持つ財産を一体として担保化することに意味を有すると考えている点では一致しているのである。⁽¹⁷⁾しかし、企業をより有機的に担保化しうる手段としては、財団抵当では、不十分であるという見解も強かった。⁽¹⁸⁾このような見解の存在が、後に企業担保法として結実することになったことについては、次の第三款において企業担保法の制定過程に関して述べる予定である。もつともこのような見解に対しては、工場財団抵当制度の中心的な問題点は、そのような実質的な面にあるのではなく、むしろ手続的な面にあるとする異論も唱えられていた。⁽¹⁹⁾

工場財団抵当の場合において、財団を組成する物件については、当事者が任意に選択してこれを財団目録に記載する必要がある(二一条、二二条)。すなわち、工場に属する土地および工作物、機械器具・電線電柱・配置諸管・軌条その他の附属物、地上権、賃借権、工業所有権、ダム使用権の全部または一部をもって財団が組成されるわけである。そのようなにして組成された財団について、所有権保存登記を行なった上で、抵当権の設定がなされることになる。そこで、所有権保存登記のなされる財団についてその性質が問題となる。工場財団の場合には、それは、一個の不動産とみなされる(一四条一項)。これは、学説によれば、財団の単一性を示す規定であると理解されている。⁽²⁰⁾この具体的な内容は、その上に成立する権利が一個の所有権、すなわち一個の工場財団所有権と一個の抵当権、すなわち一個の工場財団抵当

権であるということになる。これ以外の権利は、法によって排除されている（一四條二項）。しかも、他人の所有物を財団組成物件にすることができるのかという問題では、工場抵当法一三条一項は、第三者の所有物が工場財団を組成しえないと規定している。このため、財団を組成しうるものは、工場所有者の所有物に限られることになり、財団は、まさに一個の「組成物」ということになる。

では、具体的に、どのようにして第三者の権利を排除して、工場財団を組成するのか。この点については、第三者の権利について登記登録制度があるか否かによって異なっている。まず、登記登録制度のない物に関して、二四條は、財団の組成について公告を行なわせ、それによって問題となった物件の権利者が自ら申し出ることを求めている。この規定は、登記登録制度がないために、他人の権利、差押、仮差押もしくは仮処分目的となつていないかを確認する目的で設けられている。次いで二五條は、その申出がない限り権利が存在しないものとみなしている。この規定は、財団の単一性と、財団設定者および抵当権者と第三者の利害との調整とを目的とする。これらの規定によって、第三者の権利は、自ら申し出ない限り、排除されることになる。では、そのような申出がない場合においては、第三者の権利は絶対的に消滅してしまうのか。それとも財団が組成されている間は存在しないものとみなされるが、財団が解消されたあかつきには再び第三者の権利が回復するのであろうか。裁判例「1」は前者の立場であり、他方、裁判例「2」は後者の立場に立つたようである。⁽²¹⁾この点について、学説は、この第三者の権利の不存在の擬制は、善意の抵当権者を保護し、財団の一体性を維持するための便宜的なものであるから、工場財団の存続中に限定すれば足りるとする。⁽²²⁾そのため、財団からその物件が適法に分離するかまたは財団が消滅した場合には、原権利者の権利が復活することになる。

これに対して、不動産や自動車など登記登録制度のある物については、職権によって工場財団に属し、財団保存登記が行なわれた旨の記載を行なう必要があり（二三條）、この際、第三者の権利の目的であることが登記簿および登録簿

などから明らかなきは、工場財団保存登記の申請を却下すべきであるとされている(二七条一号および二号)。このため、登記登録がなされているならば、工場財団に属する旨の登記がなされることはないといえる。したがって、問題は、登記登録制度があるにもかかわらず、登記登録がなされていない場合である。このような場合にも、工場財団保存登記の効力自体は有効と解されている。⁽²³⁾その理由は、二七条一号の趣旨が登記登録から知りえない場合に無効とするものではなく、またそのように解しないと、財団抵当権者の権利が害されることになるという点にある。そうすると、当該物件の権利の帰趨が問題となるが、財団抵当権の設定登記までは、当該権利者が工場財団目録の更正登記を申請することができると解されている。しかし、財団抵当権の設定登記がなされた後には、当該権利者は、登記登録がない限り第三者に対抗できないので、工場財団抵当権者に対抗することができないと解されている。

このように、工場財団は、その組成にあたって内部に第三者の権利客体を包含しないことにより、財団の単一性を確保しようとしているといえる。さらに、工場財団抵当権の実行にあたっては、原則として、財団に属するものを一括して売却することが求められている(二三条二項および一四條一項参照)⁽²⁴⁾。このように、財団の単一性がその組成から実行に至るまで一貫して確保されるように配慮されているわけである。もっとも、財団の単一性は、結局、抵当権の設定を可能にするための技術的な側面があるため、その財団に含まれた他人の権利を絶対的に消滅させることはなく、その単一性を確保する上で必要な範囲で、いわばその権利を休眠状態にしているといえる。

第二に、このような財団の単一性は、どのようにして、第三者に公示されるのか。これは工場財団自体の登記と財団目録の作成とに分けられている。すなわち、前者は工場財団についての所有権保存登記とそれへの抵当権設定登記であり、後者は工場財団の内容を示している。そこで、問題となるのは、この工場財団目録への記載がいかなる意義を持つ

しているのである。通説⁽²⁵⁾によれば、まず、財団組成の時には、この目録への記載によって当該物件が組成物件になる。この意味で、財団目録への記載は、財団の組成物件たることの成立要件である。したがって、この目録への記載がない物件については、財団を構成しないことはもちろんである。次に、抵当権の効力については、工場財団が不動産とみなされることから、その工場財団の組成物件すべてに効力が及ぶことはもちろんである。しかし、財団組成物件である不動産の附加一体物については、目録への記載なしに、また同じく財団組成物件である機械器具の付属品などについては、目録への具体的な表示なしに、抵当権の効力が及ぶことを第三者に対抗することができる。さらに、工場への備付物件についても、財団抵当権の効力自体は、工場抵当法の規定により当然に及んでいるが、それを第三者に対抗するためには、財団目録に記載されていなければならないとする。もともと、この最後の点については、狭義の工場抵当における三条目録の意義の問題と同じく、財団目録への記載のみを對抗要件と解しない立場がある。⁽²⁶⁾これは、とくに工場内の備付機械類が頻繁に交換されるような場合に一々目録の変更登記を当事者に強いる結果となり、負担が大きすぎるといって判断に基づいたものといえる。⁽²⁷⁾

次に、「分離」の場面をとり上げる。ここではまず、分離についての工場抵当法の基本的な構造を確認しておきたい。まず、財団に属する物の個々の処分は許されておらず、また第三者による個々の物への執行も禁止されている(一三条二項、四九条および五〇条)。しかし、たとえば工場備付の機械の交換のように、工場財団抵当権者のためにも必要な場合があることから、抵当権者の同意を得て工場財団から分離される場合には、抵当権の拘束から免れることになる。この場合に、分離について正当な理由があるときは抵当権者は同意を拒むことができ(一五五条)。では、このような処分制限に反して行なわれた個別の処分行為は、抵当権者に対する関係でいかなる効力を有するのか。学説は、抵当

権者に対して対抗できないだけでなく、当事者間においても当然無効であると解する。⁽²⁸⁾したがって、抵当権者の同意なく分離された場合や分離に正当な理由がなく、拒絶したにもかかわらず分離された場合には、抵当権者は、その物件を原則として追及してゆくことができる。しかし、どこまでも追及できるのが問題となる。もつとも、この処分制限の公示自体は、対象となる物件について登記登録制度がある場合には、その登記簿ないし登録簿への財団抵当設定の旨の記載によって、登記登録制度がない場合には、工場財団目録への記載によって、行なわれる。⁽²⁹⁾

具体的には、裁判例においても争点となっていたように、工場財団を組成していた動産が抵当権者の同意なしに処分された場合に、即時取得がありうるのかということである。すでに述べたように、工場抵当法の立法者は、即時取得の適用を否定する意図であつたと思われる。しかし、現在の学説は、基本的に取引の安全を考慮する立場から、直接規定のない財団抵当の場合にも、即時取得を認めている。⁽³⁰⁾この理由としてはさまざまなのが挙げられている。第一に、工場財団に包含される機械器具は、その独立性を完全に喪失するものではなく、抵当権に支配される限りでは一個の不動産を構成するが、しかしその他の関係ではなお独立性を維持している、ということである。⁽³¹⁾第二に、財団から分離されない以上独立した動産ではないといえないということである。⁽³²⁾第三に、商品一般に共通する問題としてとらえなければならぬ⁽³³⁾という立場から、狭義の工場抵当と工場財団抵当とで結論を変えなければならない理由はないということである。

さらに、財団に属する個々の物の処分が禁止されていることとの関係で、法定担保物権の成立が問題となる。工場財団抵当を組成する個々の物について、所有権以外の権利の目的となすことができな⁽³⁴⁾い(一三条二項)が、その文言からみて、先取特権は成立すると解することもできる。しかし、学説は、先取特権の実行により財団の単一性が破壊されることになるから、財団組成物件は先取特権の目的となりえないと解する。もつとも、工場財団それ自体は、設定者の財

産を構成し、一個の不動産として、先取特権の目的となりうるといえる。⁽³⁵⁾

四 まとめ

工場財団抵当に関する立法過程、さらに裁判例や学説の状況をまとめることにする。工場財団抵当をはじめとする財団抵当法が、民法典の欠陥を補うことを目的とし、さらに直接的には外資導入による産業振興を目的として、制定されたものであることは、すでに述べたとおりである。このため、具体的には、複数の土地や建物、さらにもすれば不動産よりも高価な機械器具類を一括して担保の目的とすることを目指している。同時に、民法上の物概念、すなわち有体物概念との抵触を避ける必要があり、「財団」という観念的な物の集団に抵当権を設定する方法をとったわけである。したがって、民法典と異なる財団抵当の特質は、この観念的な物集団である「財団」概念に基づくものといつてよい。たとえば、財団目録の意義如何であるとか、組成物件の分離の際に第三者が即時取得によって保護されるのか、といった問題は、すべてこの財団という観念を認めたことにその原因がある。これらの問題は、財団概念が抵当権設定のための技術的な手段であるという学説および判例により生み出された理解によって、その解決がはかられるようになっていく。つまり、まず第一に、財団という観念をたてることによつて、それに含まれる複数の組成物件をあたかも一個の物であるかのように取り扱うことができるわけである。その意味では、工場財団とは一個の「組成物」であるといえる。次いで、その財団が一個の不動産ないし一個の物であるということとその財団組成が企業財産の担保化という要請に基づくものであるという理由から、その「組成物」を構成する個々の物件は、それを構成する限りで他者の権利の客体とはならず、「組成物」から分離されてはじめてその客体となりうると考えるわけである。このことは、すでに述べたよ

うに、組成物件についての財団目録の意義や即時取得の成否に関する裁判所や学説の立場から明らかである。

(注) (1) 政府委員 河村讓三郎司法省民刑局長による工場抵当法特別委員会における説明 (第二十一回帝國議會貴族院工場抵当

法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事速記録明治篇15』 二二二頁 (東京大学出版会、昭六二) による。

(2) 河村・前掲注(1) 「議事速記録第一號」 一三三頁。

なお、財団抵当という手法のほかに、イギリス法上の floating charge を手本にした浮動担保という手法を採用することも考えられていたようである (江口最 『財団抵当法の研究』 七頁 (文雅堂、昭一〇)、香川保一 『改訂増補工場及び鉱業抵当法』 三頁 (港出版合作社、再刷版、昭三五) など、この点を指摘する文献は多い)。ではなぜ、浮動担保ではなく財団抵当が採用されたのが問題となるが、この点については、やはり法制度の類似するドイツ法系の制度の方がよいということであったようである。さらに、そもそもなぜイギリス法系の浮動担保が考慮されたのかについては、工場抵当法と同時に制定が図られた鉄道抵当法と関係がある。つまり、鉄道を担保とした外資の導入は、当初からもっぱらイギリスが資金の供給先として考えられており、確実な担保を要求したのもイギリス側であった。このため、当時本国で行なわれていた floating charge が担保方法として提示された。このことは、たとえば、「各鐵道の外資輸入談」東京經濟雜誌一一五五号二頁 (明治三五年一〇月二五日発行) から明らかなであり、また、清水誠 「財団抵当法 (法体制確立期)」 鶴飼信成ほか編 『講座日本近代法發達史 4』 一一〇頁 (勁草書房、昭三三) も、イギリス側の提案から立法作業が始まったことを指摘している。もっとも、清水・同書一一二頁は、イギリス側の提案による鉄道担保権が、floating charge よりも担保権者の権利が強く、それと異なる性質のものであるということも指摘している。

(3) 河村・前掲注(1) 「議事速記録第一號」 一三三頁。

なお、政府提案による工場抵当法案のうち工場財団抵当にかかわる条項で、本文でとり上げるものについて、その法文をここで紹介しておく (第二十一回帝國議會貴族院議事速記録第十號) 『帝國議會貴族院議事速記録 21』 一七四―一七七頁 (東京大学出版会、昭五五) による)。

第一三条

「他人ニ属スル物權若ハ貸借ノ目的タルモノ又ハ差押、假差押若ハ假處分ノ目的タルモノハ工場財團ニ属セシムルコトヲ得ス」

工場財團ニ属スルモノハ之ヲ讓渡シ又ハ所有權以外ノ物權、貸借、差押、假差押若ハ假處分ノ目的ト爲スコトヲ得ス」

第一四條 「工場財團ハ之ヲ一箇ノ不動産ト看做ス」

工場財團ハ所有權及抵當權以外ノ物權ノ目的又ハ貸借ノ目的タルコトヲ得ス」

第一五條

「工場ノ所有者カ抵當權者ノ同意ヲ得テ工場財團ニ属スルモノヲ財團ヨリ分離シタルトキハ抵當權ハ其ノモノニ付消滅ス」

第六條第三項ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス」

第二九條

「工場財團ニ属スヘキモノニシテ登記又ハ登録アルモノハ第二十三條ノ記載アリタル後ハ之ヲ讓渡シ又ハ所有權以外ノ物權若ハ貸借ノ目的ト爲スコトヲ得ス」

第三三條

「工場財團ニ属スヘキ動産ハ第二十四條第一項ノ公告アリタル後ハ之ヲ讓渡シ又ハ所有權以外ノ物權若ハ貸借ノ目的ト爲スコトヲ得ス」

第二十四條第一項ノ公告アリタル後差押アリタルトキハ第三十條ノ規定ヲ準用ス」

第二十四條第一項ノ公告アリタル後差押、假差押又ハ假處分アリタル場合ニ於テ抵當權設定ノ登記アリタルトキハ差押、假差押又ハ假處分ハ其ノ効力ヲ失フ」

(4) 質問を行なつたのは、富井政章委員である。これに対して、河村讓三郎政府委員が答弁を行なつてゐる（前掲注（1）「議事速記録第一號」二二五頁）。

(5) 富井政章發言「第二十一回帝國議會工場抵當法案特別委員會議事速記録第四號」『帝國議會貴族院委員會速記録明治篇15』二二五頁（東京大学出版会、昭六一）。

- (6) 富井・前掲注(5)「議事速記録第四號」二二六頁。
- (7) もっとも、一三条二項後段の規定は、七条二項と同じく、個別執行の禁止を目的としており、さらに進んで、個別に権利客体とすることを禁じている。これは、財団が一個の不動産とみなされることを重視し、個別の処分によって、財団と個別物件との間の権利関係が複雑になることを防止し、抵当権者の保護を図ろうとしたものといえる(香川・前掲注(2)一五五頁)。
- (8) 一三条二項、二九条および三三条一項における「物權若クハ貸借」を「權利」と修正している。
- (9) この点は、すでに、前款注(12)において、指摘した。
- (10) 「軌道ノ抵当ニ関スル法律」・「漁業財団抵当法」・「自動車交通事業法」・「港湾運送事業法」・「道路交通事業抵当法」・「觀光施設財団抵当法」の議會審議の際の法案趣旨説明や、あるいは委員会報告において、この趣旨の発言がなされている(以上の各法律については、『帝國議會衆議院議事速記録23』三三七頁(東京大学出版会、昭五五)、『帝國議會衆議院議事速記録46』五九〇頁(東京大学出版会、昭五七)、『帝國議會衆議院議事速記録55』四九七頁(東京大学出版会、昭五八)、『第十回国會衆議院會議錄』第三五号七二七頁(昭二六)、『第十三回国會參議院會議錄』第四八号九頁(一〇三九頁)(昭二七)、『第五十八回国會衆議院會議錄』第三七号二頁(二一八〇頁)(昭四三)などの審議記録による)。
- (11) この裁判例は、「1」事件の上告審ではないかと考えられる。その理由としては、事件内容や当事者が両方の事件で等しく、また、「1」事件が法律新聞で公表された時期と、「2」事件判決を記載した民録での控訴審判決時期が近似している(公表時期は、明治四五年六月一〇日であり、判決時期は明治四五年五月九日である)という点がある。
- (12) もっとも、この事件では工場財団は設定されていない。それにもかかわらず裁判所が工場財団であると判断したのは誤っているともいえる。この点を指摘するものに、堀内仁「判例財團抵当法」五八頁(日本評論新社、昭三一)がある。
- (13) もっとも、この事件も「3」事件と同じく工場財団抵当が設定されていた事件ではなく、狭義の工場抵当が設定されていた事件のようである(堀内・前掲注(12)五三頁)。
- (14) 「本件物件は發電所の送電用として架設せられたるものなるを以て本件物件カ發電所の建物に附加して一體を為す物に非ざるは自ら明なる所」と述べる点からみて、この電柱と電線は、發電所の敷地内にはないと思われる。この点を指摘するものに、堀内・前掲注(12)四一頁および八頁がある。

(15) Yらは、この他に、BまたはAを賃貸人とする土地賃借権の存在や賃借権の時効取得などを主張している。しかし、裁判所は、いずれの主張も退けている。

(16) 漁業財団抵当法は、工業抵当法を準用しており、したがって、漁業財団は一個の不動産とみなされることになる(漁業財団抵当法六条)。そのため、漁業財団に属する物についてはその処分が禁じられることになる(工業抵当法一三条二項)。そこで、船舶先取特権の目的が漁業財団の一部の物については成立しては禁じられることとなる(工業抵当法一三条二項)。たしかに、先取特権は設定者の処分行為を前提とせず、法律によって成立するのではあるが、その実行が行なわれたならば財団が破壊されることになる。このため、工場財団に関しては、そのような先取特権の成立を認めないとする見解がある(後掲注(34)参照)。この見解に従うならば、本件においても船舶先取特権は漁業財団抵当に劣後しそうである。しかし、裁判所もいうように、本件では実質上先取特権と財団抵当権とが同一の経済的利益の上に成立しており、右にいうような個別物件の処分禁止によって制約されることにはならないといえよう。工場財団抵当についても、財団それ自体について一般先取特権の成立は認められている(後掲注(35)参照)。

(17) たとえば、我妻栄『新訂擔保物権法』五五六頁(岩波書店、昭四三)、横梯次『担保物権法』二九一頁(有斐閣、昭五二)、道垣内弘人『担保物権法』二一四頁および二一六頁(有斐閣、平二)、高木多喜男『担保物権法(新版)』九四頁および二七九頁(有斐閣、平五)、津島一雄『工場抵当・財団抵当の実務』三頁および一三三頁(商事法務研究会、昭四六)、香川・前掲注(2)二頁および一〇四頁、江口・前掲注(2)一四頁など、多数である。

なお、この江口・前掲注(2)一四頁は、財団が「企業の内部に於ける施設の如く、一定の目的の下に、或る程度に於て各自の個性を没却し相融合することにより、一の客観的組織を有する統一体を形成し、構成部分たる個々の物の集積以上の特殊の価値を有するもの」であり、倉庫内の商品群や牧場の群畜のような単なる物の集合物とは異なるとする。

(18) たとえば、小林英雄『企業担保法(特別法コンメンタール)』一―四頁(第一法規、昭四七)、水島廣雄『特殊担保法要義 企業担保法制論綱』一三〇―一三二頁(八千代出版、昭五四)、柚木馨編『注釈民法(9) 物権(6)』三〇三頁(柚木馨・小脇一海)(有斐閣、増補再訂版、昭五七)、小林秀年『比較企業担保法(1)』比較法二七号八四、八五頁(平二)などがある。これらの論者は、①財団抵当制度を利用できる業種が限定されているために、利用できない産業分野が存在することや、②財団を組成する組成物件の点で、確かに民法上の抵当権や狭義の工場抵当と比べてはるかに財団抵当は拡

大されているが、それでもたとえば原材料や在庫商品のような流動資産や「のれん」といったものを含めることができな
いという意味で限定的であること、さらに③手続きの点でも、財団目録を調整し、その変動に合わせて記載内容を変更し
なければならぬなど手間と費用がかさむことを、財団抵当制度の欠点として挙げている。

(19) たとえば、川島茂樹「工場財団抵当制度の問題点」金融法務二二〇号二二頁(昭三五)は、手続的な欠点こそが問題で
あって、組成物件の限界や財団組成が業種的に限定されている点は、それほど大きな問題ではないと主張する。また、
「座談会」企業担保制度の問題点、金融法務一一四号一五頁(昭三二)における堀内仁氏の発言によれば、やはり財団抵
当制度の簡素化が企業担保法制定の過程で一番の契機になったとする。さらに、香川保一「企業担保法について(一)」曹
時一〇巻六号四二頁(昭三三)もまた、企業担保法の一番のねらいが手続的な点にあることを指摘している。

このような主張は、次のようにまとめることができる。すなわち、財団抵当の場合には、法により当事者に対して財団
目録の作成が求められている(たとえば、工場抵当法二二条一項)。しかもこの目録に記載しない場合には、財団組成物件
について抵当権の効力が及んでいないことを第三者に対して対抗できないとされている(同法三五条)。そのため、当事者は、
この目録を調製することになる。しかし、この目録に記載すべきであるのは、財団を組成する物件すべてであるから、工
場が大規模になればなるほど、その目録の記載もまた多くなり、そのため、目録調製の手間や費用がかかることになる。
また、組成物件が変更された場合目録もまた変更されなければならない。そのため、組成物件の変更がなされる頻度も、
工場自体が大規模になればなるほど、多くなると考えられるから、その意味でも手間や費用がかかることになる。

(20) たとえば、我妻・前掲注(17)五六二頁、香川・前掲注(2)一〇六頁、我妻栄ほか編「判例コンメンタールⅢ 担保
物権法」二二三頁および二三五頁「清水誠」(コンメンタール刊行会、昭四三)などがある。

(21) 裁判例「2」は、財団消滅後、第三者の権利が復活することを認めた判決として理解されている。たとえば、堀内・前
掲注(12)四四頁、平野忠昭「工場抵当」中川善之助兼一監修『担保』改訂版(不動産法大系第2巻)五五六頁(青
林書院新社、昭五二)など参照のこと。

(22) 裁判例においてこのことを明言したのは、裁判例「2」である。

学説においては、たとえば、我妻・前掲注(17)五六一頁、兩宮真也「工場抵当権、各種財団抵当権の実行とその実務
上の問題点」加藤一郎兼林良平編『担保法大系(第3巻)』二六九頁(金融財政事情研究会、昭六〇)などがある。

(23) 香川・前掲注(2) 一三五頁、平野・前掲注(21) 五五七頁。

しかし、兩宮・前掲注(22) 二七〇頁は、登記登録制度のない不動産と同じく、工場財団存続中は権利として存在しないものと擬制されるが、工場財団から適法に分離されたなどの場合には原権利者の権利が回復すると解する。

(24) 堀内・前掲注(12) 五六、五七頁。

(25) たとえば、我妻榮「判批」『判例民事法』昭和八年度一一〇事件四二二五頁(昭二二)、香川・前掲注(2) 二九一―二九三頁、平野・前掲注(21) 五六四頁および五六六、五六七頁、飛沢隆志「工場抵当・各種財団抵当の内容および効力」加藤一郎『林良平編『担保法大系(第3巻)』二二四、二二五頁(金融財政事情研究会、昭六〇)、兩宮・前掲注(22) 二六五、二六六頁などがある。

(26) 我妻・前掲注(17) 五六二頁および五七〇頁。

(27) 柚木・前掲注(18) 三〇四頁「柚木『小脇』」。

(28) 平野・前掲注(21) 五六一頁、酒井栄治「工場抵当法(特別法コンメンタール)」一三二頁(第一法規、昭六三)。

(29) 平野・前掲注(21) 五六一頁、酒井・前掲注(28) 一三三、一三四頁。

これに対して、登記登録制度のある物に関して、兩宮・前掲注(22) 二七六頁は、工場財団目録への記載が登記とみなされることおよび登記簿ないし登録簿への記載が登記官の職権によることを理由として、工場財団目録への記載で足り、財団に属した旨の記載を要しないと解する。

(30) たとえば、我妻・前掲注(25) 四二七頁、我妻・前掲注(17) 五六三頁、我妻ほか・前掲注(20) 一三六頁「清水誠」、舟橋諄一「物権法(法律学全集18)」一三三頁(有斐閣、昭三五)、長利正己「判解」曹時一三卷一一号一一三頁(昭三六)、榎悌次「判批」民商四六卷(三号一三三頁) 五三四頁(昭三七)、榎・前掲注(17) 二九四頁、高木・前掲注(17) 一八四頁、香川・前掲注(2) 一六〇頁および三〇〇、三〇一頁などがある。

これに対して、江口・前掲注(2) 一七、一八頁は、組成物件が善意の第三者に移転してもなお、抵当権者が追及することができるとする。

(31) 我妻・前掲注(25) 四二七頁。

(32) 長利・前掲注(30) 一三三頁。

- (33) 横・前掲注(18) 一三一、一三三頁。
- (34) 酒井・前掲注(28) 一三三頁。
- (35) 酒井・前掲注(28) 一四〇頁。

附記 「集合財産担保に関する基礎的考察(六)」四六卷六号に次のような誤りがありましたので、訂正致します。

一〇五頁注(38) 一行目

(誤) 「期待権的構成」↓(正) 「期待権構成」

Über die Pfandrechte an Sachgesamtheiten (7)
— Eine vergleichende Betrachtung vom japanischen
und deutschen Recht —

Masanori IKEDA*

I .Problemstellung

1. Problematik
2. Gegenstand der folgenden Darstellung

II .Sachbegriff als 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) Bürgerliches 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
 - (2) Sicherungsübereignung eines Warenlagers mit wechselndem Bestand
 - (3) Zusammenfassung (soweit in Bd. 46. Heft 4.)

* a. o. Professor für das Bürgerliche Recht an der Universität Fukushima

2. Zubehörhaftung

(1) Bürgerliches 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 (soweit in Bd. 46. Heft 6.)

3. Hypothek an Fabrik, Pfandrecht an Fabrikeinheit und die floating charge

(1) Hypothek an Fabrik

(2) Pfandrecht an Fabrikeinheit (in diesem Heft)

(3) Die floating charge

4. Zusammenfassung vom japanischen Recht

Ergebnisse