

## 抵当権の効力の及ぶ範囲と公示

田 中 克 志

### 一 問題設定

#### 二 抵当権の効力規定と公示

- (一) 附加物・附合物・従物
  - (二) 「増加又ハ改良」と抵当権の効力
  - (三) 「附加物」と抵当権の効力
- #### 三 工場抵当権の効力規定と公示
- (一) 工場抵当法の制定過程
  - (二) 「工場供用物」と工場抵当権の効力
  - (三) 「工場供用物」と機械器具目録

#### 四 従物・公示理論の展開

抵当権の効力の及ぶ範囲と公示

- (一) 「従物」と抵当権の効力
- (二) 「従物」と抵当権の公示
- 五 むすび

## 一 問題設定

(1) 抵当権は、改めていうまでもないことであるが、「他ノ債権者ニ先チテ自己ノ弁済ヲ受ケル権利」（民三六九条）として、目的物の担保価値を排他的に支配する物権である。したがって、その存在については厳格な公示が要求される<sup>1</sup>ところであるが（公示の原則）、<sup>2</sup>抵当権者に不動産の「占有ヲ移サスシテ」債務の担保に供するため（民三六九条）占有による<sup>3</sup>ことができず、登記がその役割を担っている。そして、登記（登録）制度は、<sup>4</sup>抵当権に関して考案され、<sup>5</sup>ついで所有権その他の不動産物権一般の公示方法へと歴史的な発展を辿ってきた。

ところで、民法上の抵当権は、これが設定しうる財を不動産（若しくは地上権・永小作権）に限定している（民三六九条参照）。しかし、その後の特別法の制定により、一方では動産など非不動産<sup>2</sup>へ、他方で、不動産を中核としながらも、これに動産・権利などが有機的に統一<sup>3</sup>された企業施設や企業そのもの<sup>4</sup>へと、<sup>5</sup>抵当権の目的となしうる途が開かれてきた。とりわけ後者のごとく企業活動にともない増減変動する企業施設を法律的に一体として把握し、これを公示する方法は、特定の不動産を前提とした不動産登記簿とは異なる法技術的な工夫が要請される。財団抵当については、財団登記簿、財団目録そして財団を組成する不動産などの登記・登録簿を組み合わせて財団抵当権を公示し、

また財団を組成しない工場抵当については、土地・建物の登記簿と機械器具目録（いわゆる三条目録）とによる公示である。

(2) しかし、他方、複雑な企業施設を抵当権の目的とする場合、これを目録に記載させることが果たして適切なものかどうか、疑わしいとする主張は根強い<sup>(5)</sup>。このことが、解釈論のレベルで争われたのが、機械器具目録（三条目録）の法的性質をめぐってである。すなわち、工場に属する土地・建物に「備附ケタル機械、器具其ノ他工場ノ用ニ供スル物」（工場供用物件）が機械器具目録（三条目録）に明確には記載されなかつた場合、あるいはまったく記載されなかつた場合、これに抵当権が及んでいることを後順位抵当権者や差押債権者など第三者に対抗しうるのか、である。工場抵当法の規定では、機械器具目録（三条目録）は登記簿の一部とみなされ、その記載は登記とみなされるものとする（同法三条二項、三五条）。その限りでは、機械器具目録（三条目録）への記載は対抗要件であると解さざるを得ず、記載がなければ、工場供用物件に工場抵当権の効力が及ぶものの、これを第三者に対抗することができない。登記実務のみならず、最高裁判決も<sup>(6)</sup>そのように解している（対抗要件説）。したがって、右の問題は、実務的には解決しているものと一応いえる。

しかし、対抗要件説に対しては、備付けられている状態において工場供用物に対する工場抵当の効力を第三者に対抗しうると解する非対抗要件説（公示説）<sup>(7)</sup>が従来より有力に主張されてきた。

この見解は、前述のように公簿による厳格な公示方法に対する否定的・消極的評価がその根底にあるものの、理論的根拠は、民法上の抵当権に関する従物・公示理論との整合性にある。この通説ともいうべき従物・公示理論は、「抵当権の強化」、「抵当権と従物の経済的一体性の維持」といった観点にたち、効力の及ぶ範囲を設定後の従物に拡充し、効力範囲の公示のあり方（主物・従物という事実関係による公示の代替）、さらに分離物への追及効<sup>(8)</sup>などを考える。

しかし、この民法上の抵当権に関する従物・公示理論そのものに再検討の余地がある。

確かに、抵当権の実行にさいして抵当権設定後の従物をも一括して競売できるとなれば、抵当権者はいうに及ばず、抵当権設定者にも有利である。従物の分だけ売却代金が殖えるし、そのうえ個別評価に比べてより高価に換価されるのだから債務者たる設定者はその増価分債務が減少するか、あるいは売却剰余金が増えるのであって、金銭的には損失はないからである。しかし、従物について、抵当権設定者がこれを担保に供することや一般債権者がこれを差押えすることなどはすべて排除され、抵当権者による従物の独占化ともいうべき状況が生まれる。

動産の財産的価値が飛躍的に高まつてきている昨今、抵当権の効力が及ぶ目的物の範囲のなかに、従物がとくに抵当権設定後に備え付けられた場合、これが当然に含まれると解する通説には、抵当権設定者や抵当権者以外の一般債権者の立場をも考えるならば、疑問なしとしない。そうであるならば、抵当権の効力が及ぶ範囲に関して公示に関しても、これをないがしろにはできない。ましてや、効力の及ぶ範囲に関して、民法上の抵当権と工場抵当権とが異なるならば、公示・對抗要件の問題についても同一に処理できない。

(3) 抵当権設定者は抵当権者との間において「設定行為二別段ノ定」をすれば、土地・建物に「附加シテ之ト一体ヲ成シタル物」（附加物件）を抵当権の効力が及ぶ範囲から除外することができる（民三七〇条但書）。また、登記をすれば、第三者に対抗力をもつ（不登一一七条）。また、特殊ではあるが、債務者たる設定者が抵当不動産に附加することによって一般財産を減少させた場合、一般債権者は詐害として附加物に抵当権の効力が及ばないことを主張できる（民三七〇条但書）。工場抵当に関しても右の両規定と同様の規定が置かれている（工抵二条一項但書、四条）。これら両規定は、抵当不動産の附加物をめぐる抵当権者と抵当権設定者・一般債権者という関係者間の利益を調整する規定であることは疑いないが、実務的には例がないのか、ほとんど論じられてこなかった。

そこで、本稿では、抵当権の効力の及ぶ範囲と公示に關して、抵当権者と抵当権設定者・一般債権者との利益調整のあり方、したがつてまた効力範囲の公示のあり方という、従来の研究では十分ではなかつた視角から、すぐれた業績はあるものの<sup>1)</sup>、立法、判例、学説の展開を見直し、私見を述べることとしたい。

## 二 抵当権の効力規定と公示

### (一) 附加物・附合物・従物

抵当権の効力が及ぶ土地・建物に「附加シテ之ト一体ヲ成シタル物」(民三七〇条)は、従物に対する抵当権の効力という具体的な問題をめぐつて、何を意味するのか、民法施行以來解釈が分かれ、対立のあつたところである。現在、これは、「従トシテ之ニ附合シタル物」(民二四二条)及び「常用ニ供スル為メ：：附属セシメタルトキハ其附属セシメタル物」(民七八条一項)とを含む広い概念として解するのが通説である。民法の規定上、これら三つの概念がどのような關係にあるのか、必ずしも明確ではないものの、<sup>2)</sup>民法三七〇条の沿革がかかる解釈の根拠の一つになっている。民法三七〇条は、その編纂を辿れば、旧民法債権担保編の第二〇〇条を淵源とする。規定はこうである。

「抵当ハ意外及ヒ無償ノ原因ニ由リ或ハ債務者ノ所為及ヒ費用ニ因リテ不動産ニ生スルコト有ル可キ増加又ハ改良ニ当然及フモノトス但他ノ債権者ニ対シテ詐害ナキコトヲ要シ且前章ニ規定シタル如ク工匠、技師及ヒ工事請負人ノ先取特權ヲ妨ケス(以下略)」

現行三七〇条の原案三九五条は、右二〇〇条の規定に「文字ノ修正ヲ施シ」、「簡單ニシテ仕舞ヒマシタ」、との趣旨説明がなされているが、「増加又ハ改良」という文言はなくなり、しかも、これと「附加シテ之ト一体ヲ成シタル物」という文言との間には何の脈絡もない。しかも、「設定行為ニ別段ノ定メアルトキ」という例外の明文が加えられており、審議の過程で「抵当地ノ上ニ存スル建物ヲ除ク外」という、修正がなされている。

## （二）「増加又ハ改良」と抵当権の効力

### 1 旧民法と抵当権の効力

旧民法債権担保編（以下、債担と省略する）は、司法省の委託を受けたポアソナードが起草し、明治二〇年に完成したものである。<sup>(13)(14)</sup>

#### （1）用方による不動産

抵当権の目的物は、「不動産ノ完全所有權」である（債担一九七条一項）。旧民法では、フランス法に倣い（フ民五一七条）、「性質ニ因ル不動産」の他に、「用方ニ因ル不動産」が認められている。不動産は、これを「動産」との區別において、「遷移」の可否が基準とされているので（財産七条参照）、嚴格に言えば、土地のみが不動産となる。しかし、「土地又ハ建物ノ利用、便益若クハ裝飾ノ為メニ永遠又ハ不定ノ時間其土地又ハ建物ニ備附ケタル動産」を、「用方ニ因ル不動産」として、不動産扱いとしている（財産七条、九条）。

「用方ニ因ル不動産」は、土地又は建物に備え付けられたものであるから、「性質ニ因ル不動産」の「従ナリ」(財産編一五条二項、参照四一条二項)とされる。もつとも、これは「決約者ノ意思ニ付テ下シタル一ノ推測ニ過ザレバ若シ反対ノ証拠アルニ於テハ之ニ抗拒スルヲ得ベキナリ」<sup>(15)</sup>。また、抵当権との関係では、「其附著スル不動産ヨリ分離シテ之ヲ抵当ト為スコトヲ」得ない(債担一九七条四項)。

「両不動産の何たるかは、旧民法では、具体的かつ詳細に規定されている。「性質ニ因ル不動産」は、「第一 耕作、宅地其他土地ノ部分」、第八 建物及ヒ其外部ノ戸扉」などである。<sup>(16)</sup>これに対して、「用方ニ因ル不動産」は、「第一 土地ノ耕作、利用又ハ肥料ノ為メニ備ヘタル獸畜」、第四 工場ニ備ヘタル機械及ヒ器具、「第八 園庭ニ装置シタル石燈籠、水鉢及ヒ岩石」、第九 建物ニ備ヘタル畳、建具其他ノ補足物(以下略)」などである。<sup>(17)</sup>

いずれの「不動産」も、その規定は、工業、鉱業、農業などの産業や住居を意識した類別になっている。そして、これら産業や住居にかかわって、土地・建物を中核とし(性質ニ因ル不動産)、これに備え付けられた、かなり広範な動産群(用方ニ因ル不動産)が、抵当権の目的物となる、といえる。その意味では、「旧民法のほうが明治民法よりも抵当制度としては高い水準にあつた」<sup>(18)</sup>ともいえる。

もつとも、「用方ニ因ル不動産」については、法律取調委員会での審議において、異論がでていた。とくに、第二、第二そして第八、第九などに関し、家屋敷の売買において石燈籠や畳建具が当然に含まれるというのには慣習に背く、耕作用に備えた器具とか肥料のために獸畜を買うなどは日本にはないとか、である。「民間ニ余程混雜ヲ惹起ス」として削除案まで出されている。<sup>(19)</sup>

こうした異論に対して、栗原報告委員は、つぎのように説明している。<sup>(20)</sup>

「御最モデアリマスガ一二三四列記シタハ日本ハ農事ノ盛シナ国ナリ農職業ヲ奨励シナケレバナラン其時ニ第一第二

第三列記ノ如キハ直チニ差押ヘルト云フ如キモ成リ丈ケ不動産ノ手續ヲ尽シテ押ヘルニモ手重モニシテ置ケバ自カラ百姓ガ土地ヲ離レル事ガ少ナイト云フ辺カラ起ツテ居リマス。

そして、「八九ノ如キハ之レハ最モ東京大坂方リノ都府カラ云フト家ノ売買ニハ疊建具造作ト断ルガ田舎ハドウモ疊建具ハ付カン慣習ガ多イカラ家ヲ売ルト敷居鴨居障子唐紙モ付ガ多イカト云フ事ヲ実地裁判官ニ問フニドウシテモ家ヲ売ルニハ東京市街ハ借家人ガ多イカラ家ノ持主ト造作ノ持主トハ違フ一坪六円カ七円テ住ム位貧乏人造作ヲ持ツテ来ルト云フ事ハアルケレドモ一般日本全国ヲ通覽スルト疊建具ハ成程動産タカ用方ニ因ツテ動不動ヲ論ズルト多クハ日本慣習デモ疊建具ハ建物ニ備ツタ物デ皆ナ家ニ付クガ慣習デ多イト云フ研究ガアツタノデアリマス」と。

## (2) 土地と建物の関係

他方、いづれも「性質ニ因ル不動産」である土地と建物について、その関係は規定の上では明確ではない。起草者はこれを一体として考えていたようであるが、法律取調委員会の審議では、これが問題となつて<sup>(2)</sup>いる。

抵当権の目的物に関する原案一二〇三条には第二項に「建築若シクハ植付ナクシテ土地ヲ抵当トナシ又ハ土地ナクシテ此等ノ物ヲ抵当ト為ス事ヲ得ス」という文言が入つていた。

「建物ノミヲ抵当ニスル事ハナラント云ウノカ」との質問に対して、栗塚報告委員は「實際ヲ御覽ナスツテ、……東京ノ町中デ地所モ自分ノ建物モ自分ノ物ト云フ人ハ家ト地面ヲ引離シテ抵当ニヤル者ハ有リマセン」と応えたものの、これでは不便であるとの異論がでて、結局、第二条「又ハ建築若クハ」云々以下を削除し其他報告委員が修正することとなつた。

再調査委員会には、第二項に「又土地及ヒ建物ヲ所有スル者ハ土地ヲ分離シテ建物ノミヲ抵当ト為シ又ハ建物ヲ分



離シテ土地ノミヲ抵当トナスコトヲ得ス」と修正し、提案された。

粟塚委員はつぎのように趣旨を説明している。<sup>(22)</sup>「民法ヲ規定シテアル抵当ハ第一第二第三第四何人デモ債權デ吸ヒ取ラルル以上ハ幾ラデモ出来マス家ト地面ト一ツト見テ第一ノ抵当ヲ取り第二ノ抵当ヲ取ツテ不便ハナイ家ガ五百圓地所ガ五百圓ノトキ第一ノ人ガ五百圓抵当ニ取レバ第二ノ抵当ハ五百圓ニ取レル家ガ五百圓ニ地所ガ五百圓ニ取レルカト云フトソレハ取レナイソレヨリモ家ト地面ヲ一箇ト見テ千圓ト見レバ余程都合ガ良クハナイカ債務者ニ取ツテモ債權者ニ取ツテモ同ジコトデアルカラ一ツモ不便デナイ債務者ガ家ヲ質ニ置クトキ地面ト一所デナケレバ質ニ取レント云フトキハ不便ナ様デ御座イマスガ金高ガ多クナツテ居リマスカラ差支アリマセン」。

しかし、委員たちは、分けて質に入れることができるほうが便利であると納得せず、右の部分は削除となつた。<sup>(23)</sup>この土地と建物をめぐつては、現行民法の審議のさいにもまた議論となる。

### (3) 増加又は改良

抵当権の目的物に関する規定の他に、抵当権設定後に抵当不動産に生じた物理的な変動が抵当権に与える影響に関する規定が債権担保編二〇一条と二〇〇条である。

抵当財産が滅失などしてしまつた場合であるが、「意外若クハ不可抗ノ原因又ハ第三者ノ所為ニ出テタル抵当財産ノ滅失、減少又ハ毀損ハ債權者ノ損失タリ但先取特權ニ関シ第三百三十三條ニ記載シタル如ク債權者ノ賠償ヲ受ク可キ場合ニ於テハ其權利ヲ妨ケス(以下略)」(同二〇一条一項)である。これに対して、「抵当ハ意外及ヒ無償ノ原因ニ由リ或ハ債務者ノ所為及ヒ費用ニ因リテ不動産ニ生スルコト有ル可キ増加又ハ改良ニ当然ニ及フモノトス」(同二〇〇一条一項本文)。

この「増加又ハ改良」がなにを意味するのか。当時のある注釈書によれば、「増加又ハ改良」は「不動産ニ附着シタル不動産ト見做可キモノ」であり、「此増加又ハ改良ハ抵当ノ設定後ニ生スルコトアル可キモノヲ云フ抵当ノ設定前ニアル増加又ハ改良ニ付テハ敢テ明文ヲ要セス抵当権者ノ利益タルコト勿論ナリ」という。

法律取調委員会でも議論となつて<sup>25</sup>いる。

草案一二〇六条は、「抵当ハ漸積地ノ如キ意外及無償ノ原由ニ因リ或ハ建築、植付又ハ其他ノ工作ノ如キ債務者ノ所為及ヒ費用ニ因リ不動産ニ生スル事アルヘキ増加又ハ改良ニ当然及フモノトス但他ノ債権者ニ対シテ詐欺ナキ事ヲ要シ且前章ニ規定シタル如キ工匠及ヒ工事請負人ノ増価ニ対スル先取特権ヲ妨ケス（以下略）」となつていた。

まず、建築された建物に関し、これに抵当が及ぶことには異論がでた。それから、「増加」と「改良」の相違をめぐつて議論が錯綜している。建築物の「増加」として、栗塚報告委員は、質問に答えて、「障子ノ張替、畳表替」を具休例としてあげている。しかし、「ソレハ増加デハナイ改良ノ方デス、増加ト云フハ家ヲ建増スノデス」と反論がでている。建増の例として「雪隠」や「座敷」があがり、起草委員は「主従ノ区別ガアル、土蔵又ハ座敷ニモセヨ母屋ガ大キケレバ這入ルト思ヒマス」とする。しかし、「改良ハ宜シイガ増加ハ往カント云フノデス雪隠一ツ殖エテモ別デス」との異論もでて、起草委員は「実ニ二分カラン、座敷ヲ一ツ建増シテ其建増ガ公売ニ這入ラヌ又抵当三ナラントシテ、落札ハシタガ座敷丈ケハ別トシテハ、買フ者ガアリマスマイ」と断じたものの、「ソナナ事ハナイ」との反論がなされる始末であつた。結局、「之ハ報告委員ニツ文章ヲ直シテ貰イマシヨウ」ということに落ち着いている。

そもそも、草案一二〇六条は、「抵当権ハ抵当不動産ニ付テ為サルル総テノ改良ニ及ブ」とするフランス民法二二三三条を「敷衍スルモノ」である。ところが、右二二三三条は、「増加ニ付テハ毫毛定ムル所ナク又改良ノ原因ヲ明示セヌ」ことから、「簡單ニ過キ疑惑ヲ生スルモノ」であつたため、草案一二〇六条のごとき規定とされた。このよ

うにフランス民法に倣ったといふことであれば、「増加又ハ改良」というのは、フランス民法におけると同様に「用方ニ因ル不動産」の付加をも含むものと解する余地がある。<sup>(27)</sup>しかし、「増加又ハ改良」の具体例として「建築、植付又ハ其他ノ工作」が示されている。この具体例からは、右の審議の様子をも考慮すると、「増加又ハ改良」は抵当不動産と一体をなす場合に限り、「用方ニ因ル不動産」の付加には及ばないものと解される。<sup>(28)</sup>

むしろ、「増加又ハ改良」に抵当権の効力が及ぶことを認めつつ、他の債権者などとの利益調整を図っている草案一・二〇六条の但書に注目したい。すなわち、「債務者ノ所為及ヒ費用」による「建築、植付又ハ其ノ他ノ工作」は、「債務者ノ其資産ヨリ支出シタル所ハ即チ其債権者ノ一般ノ抵保ヲ減シ其一人ノミヲ利益ス可ケレハナリ」ということで、「其弊害アル可キヲ以テ之ヲ予防シ且直チニ之ヲ矯正スルカ為メ」の規定だからである。<sup>(29)</sup>

## 2 旧登記法と抵当権の公示

債権担保編には、抵当権の公示（二二三条―二四七条）及び抵当官吏の責任（二八九条―二九一条）に関する規定が置かれている。二二三条は、「凡ソ法律上、合意上又ハ遺言上ノ抵当ハ下定メタル条件ニ従ヒ其不動産所在地ノ登記所ニ於テ登記ヲ為シタルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」と規定する。登記は対抗要件である。

ボワソナードが草案を作成した明治二〇年には、旧登記法がすでに施行されていた。<sup>(30)</sup>

旧登記法では、従来の土地取引法制と同じく、土地と建物が別個の不動産であることを前提に、土地登記簿と建物登記簿が設けられている（同規則二条一項）。しかし、登記は、従前の例とは異なり、「登記簿ニ登記ヲ為サザル地所建物船舶ノ売買譲与質入書入ハ第三者ニ対シ法律上其効ナキモノトス」（同法六条）として、対抗要件とする。

抵当権の効力の及ぶ範囲の公示にかかわるのが、建物登記簿における表題部に登記すべき項目である。建物については、「郡区町村名、字、番地、地目、構造ノ種類、建坪」とならんで「造作ノ有無」が示されているからである（旧登七条第二、取扱規則三条）。したがって、「造作」について登記がなされていれば、これに建物抵当権の効力が及ぶことについて対抗力をもつことになる。

これに対して、土地について登記すべき項目は、「郡区町村名、字、番地、地目、反別若クハ坪数、地券面ノ価格」である（旧登七条第一）。ただ、当時の解説書には、売買の場合であるが、土地に附属する樹木庭石灯笼等を物件欄に記載することができ、これを除外して売却する場合、物件欄内に相当の記載をなすべきとの記述がみられる。<sup>32)</sup>そこで、抵当権設定の場合も、同様に解されるものと推測される。

### （三）「附加物」と抵当権の効力

旧民法は、明治二六年一月一日を期して実施の予定であったが、周知のように、これが「民法典論争」の結果、延期に至った。明治二六年二月の勅令一一号により法典調査会が設置され、穂積陳重、梅謙次郎、富井政章の三人が起草委員として起草にあたった。

#### 1 定著物・従物

抵当権の目的・客体である不動産は、その定義について旧民法の修正が著しい。<sup>33)</sup>不動産の定義については、これが

「土地、建物及び其定著作物」とされ（原案八七条）、非常に簡潔になつた。

その趣旨とするところは、<sup>34</sup>「既成法典ハ例示的列挙法ヲ採」るが、「是レ必要ナキニ法文ヲ煩雜ナラシムルノミナラス例示ニ過キサルトハ言ヘ或ハ其列挙シタル数ニ漏レタルカ為メ後日至リ不動産タルヘキ物ヲ動産ト認定スルノ恐ナキコト保セス……専ラ動産、不動産ヲ識別スルノ標準ヲ示スニ止ムルコトヲ至當トセリ」とする。そこで、「建物ハ土地ニ定著シ之ト一体ヲ成ス物ナルヲ以テ之ヲ不動産トセリ其他土地又ハ建物ニ定著セル附属物ハ常ニ土地又ハ建物ト運命ヲ共ニスヘキヲ以テ之ヲ不動産トセリ而シテ他ニ不動産トスヘキ物アルヲ見ス」ということである。他方、用方に因る不動産は、「本邦ノ慣習ニ反シ」ているとのことで、これを認めず、「本案ニ於テハ物ノ主従ノ關係ヲ明定スルヲ以テ足レリ」とする。

それでは、「定著作物」は土地と「一体ヲ成ス物」として別個の権利の対象となりえないのか、<sup>35</sup>というところではない。「土地ニ付イテアル物、建物ナレハ建物、洋燈、機械ノ如キ物、ソシテ物ハ別ニ見ルカ土地ノ一部分ト見ルカ、定著作物ト云フモノハくつ付イテ居ル物ト土台ノ物トニツアルカ、夫レハ一ツノ物ト見ルカ、又ハ二ツノ物ト見ルカ、双方共定著作物ト見ルト云フ」のか、との質問に、富井政章起草委員はつぎのように応えている。<sup>36</sup>

「夫レハ一ツニ定着ノ度ニモ依ルコトデゴザイマセウケレドモ、一般ニ言ヘバ土地建物ノ一部分ヲ指ス物ヲ此処ニ挙ゲタノデアリマス、夫レデ此理由書ニモアル通り用方ニ因ル不動産ヲ認めナイ、寧ろ性質上ノ不動産ヲ挙ゲタノデアリマス」と。

さらに、梅起草委員によれば、<sup>37</sup>「今法律上別ノ物ニ視ルコトガ出来ル、即チ土地ノミトカ、或ハ立木丈ケヲ売ルトカ、又ハ土地ト木ト離シテ売買スルコトモ無論デキル、又土地ト立木ト離シテ買イ受ケルコトモ出来ル、夫レデ土地ヲ売ルトイウコトデアレバ、全ク其土地許リデアツテ樹木ハ離シテ売ルト云フコトモアリ得ルノデアル、夫レデスカ

ラ夫レハ無論此規定ガアルニモ拘ハラズ如何様ニモナリ得ルノデアル、唯土地ノ一部分ヲ成シテ居ルノハ不動産デアツテ夫レヲ矢張り別ニ不動産ト視ル、併ナガラ解釈上ニ於テハ夫レヲ従タル物ト視ルコトガ多クアル、ソレハ次ノ八十八条ノ規定ニ依テ出テ来ル。

そこで、従物に関する原案第八八条は、「一物ノ常用ニ供スル為メ其所有権力自己ノ所有ニ属スル他ノ一物ヲ以テ附属セシメタルトキハ其附属セシメタル物ヲ以テ従タル物トス

従タル物ハ主タル物ノ処分ニ随フ但反対ノ意思アルトキハ此限ニ在ラス」と規定する。

右規定は、「既成法典財産編第十五条ニ修正ヲ加ヘタルモノニシテ用方ニ因ル不動産トシテ同編第九条ニ列举セル物ヲ以テ必スシモ従タル物ト断定セサル一点ハ最ノ原文ト異ナルトコロ」である。また、二項は、「財産編四十一条第二項ニ字句ノ修正ヲ加ヘタルニ過キス」、主従の「區別ノ実用」を示したものである。

そして、「処分ニ随フ」というのは、質問に対して、梅は、「所有権ヲ与ヘルヨリモ広イ積リデ凡ソ権利ヲ与ヘルノモ処分デアル、∴ 抵当ノ如キモ矢張り処分デアルト云フコトハ一般ノ学説デ極マツテ居ルヨウデアリマス」と<sup>39</sup> 応えている。

## 2 附加物

「既成法典担保編ノ第二百条ニ文字ノ修正ヲ施シタ」原案三六五条（現行三七〇条）は、こうであった。

「抵当権ハ其目的タル不動産ニ附加シテ之ト一体ヲ成シタル物ニ及フ但設定行為ニ別段ノ定メアルトキ及ヒ第四百十九条ノ規定ニ依リ債権者力債務者ノ行為ヲ取消スコトヲ得ル場合ハ此限ニ在ラス」

債権担保編二〇〇条に対して、五点について修正がなされたというが、つぎの二点をみておきたい。

第一は、<sup>(40)</sup>原文が改められ、「不動産ニ附加シテ之ト一体ヲ成シタル物ニ及ブ」となつた修正である。第二〇〇条第一項にある「意外及ヒ無償ノ原因ニ因リ或ハ債務者ノ所為及ヒ費用ニ因リテ」云々は、「是ハ其通りニハ相違アリマセヌケレドモ別段区別ヲシナケレバ自ラ總テノ場合ヲ包含スルノデアツテ熊々總テノ場合ヲ此処ヘ列挙シナクテモ宜シト考ヘ、右のように「簡單ニシテ仕舞ヒマシタ」。これが修正理由である。

「文字ノ修正」とか、「簡單」にした、というだけであれば、「不動産ニ附加シテ之ト一体ヲ成シタル物」とは、「不動産ニ生スルコト有ル可キ増加又ハ改良」と同じ意味ということになる。

原案三六五条の審議では、「附加シテ之ト一体ヲ成シタル物」に関し、もつぱら抵当地上の「家屋」をめぐつて、これが抵当地に「一体ヲ成シタル物」となるのかが問題となつた。一体をなすのが原則とする梅起草委員と日本の慣習ではそうではないとして異論を表明する委員の大勢が対立した。<sup>(41)</sup>しかし、梅起草委員は、最後には、「私ノ説明ヲシタノハ土地ノ上ニ家ヲ建テルトキハ矢張り土地ニ附加シタト云フコトニ解釈ヲシマシタガ、ケレドモ文字ハ兎モ角先刻カラ之ハ事柄ガ大變不都合デアルト云フ御説ガ出マシタ若シヤ私ノ考ヘガ不都合デアリマスレバ御多数デ御極メ下サレバ夫レニ従ヒマス」と折れている。

採決により修正を求められた梅起草委員は、原案三六五条に「抵当地ノ上ニ存スル家屋ヲ除ク外」との文言を挿入した修正案を提出した。梅起草委員によれば、「抵当地ノ上ニ存スル家屋」とは、土地の抵当権設定前から建っているもののみならず、その後建つたものも含むものとする。<sup>(42)</sup>さらに、「家屋」が「建物」と修正された。<sup>(43)</sup>

「家屋」のほかに、「不動産ニ附加シテ之ト一体ヲ成シタル物」に係わつて言及されたのは建物の雑作、建増そして修繕などである。

つぎのような意見が出されている。「抵当権ノ目的物ト為ッテ居ル物ト一体ヲ成シテ居ル物ナラバ夫レハ附属物デ抵当権ノ目的物ノ一部分デアル夫レニ抵当権ガ及ブト云フヨリハ抵当権ノ目的物ノ一部デアル」<sup>(45)</sup>。「目的物ハ其登記ニ示シテアル其目的物ノ一部分デアル物ナラバ云フヲ俟タヌ其外ニ及フト云フコトニスル必要ハナイト思ヒマスガ」<sup>(46)</sup>。これに対して梅起草委員は、答えて、「初二土地ノ上ニ在ツタ物ニ付テハ或イハ一ニ契約ノ解釈ニ任カシテ置テモ宜シイト思ヒマスガ……ケレドモ後カラ建テタ物ニ付テハ必ズ疑ヒガ起ル……其外雜作ヲ加ヘタリ或ハ唯家ヲ広メル一所口ノ壁ヲ壊ハシテ其処ニ一ト間喰附ケタトカニ二間喰附ケタトカ然フ云フ場合ハドウナリマセウカ明文ガナイト云フト夫レニハ及バヌト云フコトニ為ル……一般ノ規定トシテハ是レガ必要デアリマス」。

以上のことから、「附加物」とは「附合物」と同じ意味と扱われ、しかも、この規定は、抵当権設定後に「附加シテ一体ヲ成シタル」場合における抵当権の効力に関する規定とされていたことが分かる<sup>(47)</sup>。

第二は、「設定行為ニ別段ノ定メアルトキ」という例外の明文が新設されたことである。この規定は「無論随意的ノ規定デアッテ命令的ノ規定デアリマセヌ既成法典デモ然ウ云フ意味デアッタロウト思ヒマスケレドモ明言シテ置カヌト或ハ疑ヒガ起ラヌトモ云ハマセヌ恰度添附ノ場合ノ如キモあれハ契約トシテ勝手ニ出来ヌモノデ公益上カラ出来テ居リマス恰度添附ノ規定ト此規定ハ能ク似テ居リマス夫故ニ明文ガナカツタナラバ疑ヒガ起コロウト思ツテ掲ゲテ置キマシタ」<sup>(48)</sup>。これが趣旨である。

もつとも、この規定は、建物が土地とは別個の不動産とされたことから、その有用性が減退したものとと思われる。それでも、土地を担保に供するにあたって、自ら植林し、または植林のために第三者に賃貸することを予見する場合などに用いること例として挙げられている<sup>(49)</sup>。



### 三 工場抵当権の効力規定と公示

#### (一) 工場抵当法の制定過程

##### 1 「従物」と抵当権の効力

明治三二年七月一六日から民法が施行されたが、明治三〇年代の中頃、抵当建物の造作、疊建具などに関して、これが抵当権設定当時に備え付けられていた場合、抵当権の効力が及ぶかどうかについて、下級審で見解が分かれ、「法曹界に於ける一大問題」<sup>50)</sup>となっていた。

造作については、これが不動産である建物に附加して一体をなした物である場合には、抵当権の効力が及ぶとされ、これに異論はなかった。しかし、疊建具などは、動産であることから、民法三六九条を根拠に抵当権の目的たりえな<sup>51)</sup>いとする裁判例と建物と主従関係にあることから民法八七条二項を根拠に抵当権の目的たるとする裁判例とが対立していた。

そうした状況のなか、抵当権の効力と公示に関して、次の二つの大審院判決が注目される。

まず、明治三三年九月一日の大審院判決（民録八巻一頁）である。事案は、抵当権の設定されている桑皮綿製造工場である土地・建物内に存する蒸気罐・エンジン・水洗器械・革車などに対して、抵当債務者の他の債権者が右器械類に対して動産執行を行い、自ら競落したことから、抵当権者が動産執行をした執達吏に対して違法執行を理由に損害賠償を求めたものである。

原判決（大阪控訴院）は、係争物件は性質上不動産であることを認めながら、その抵当権の登記がないにもかかわらず抵当権の効力を主張することはできないとして請求を棄却した。

しかし、大審院は、破棄差戻をして、つぎのように判示した。「本訴器械類ハ其附着シタル建物及ヒ地所ト共ニ抵当権ノ目的ニシテ不動産ナリシコトヲ上告人カ主張シタルコトハ訴訟記録ニ徴シ明確ノ事項ナリ……若シ本訴ニ器械類ヲシテ果シテ抵当権ノ目的タル地所若シクハ建物ニ附加シテ之ト一体ヲ為シ即不動産ト目スヘキモノナラシメハ、仮令特ニ之ヲ登記スルコト無シト雖モ、尚抵当権ノ及フヘキモノト云ハサルヲ得ス然レハ即チ上告人請求ノ当否ヲ判断セント欲セハ宜シク先ツ其器械類ハ抵当権ノ目的タル地所若シクハ建物ニ附加シテ一体ヲ為シタルモノナルヤ否ヤヲ判断セルヘカラサルニ原院ノ処置此ニ出テス」というにあつた。

「附加物」はこれが附合物と同義であることを前提に、これに抵当権の効力が及ぶことについては登記を必要としないこととしたのである。

問題は、抵当不動産とは独立の動産たる「従物」である。

明治三十九年五月二三日の大審院判決（民録一二輯八八〇頁）は、事実関係は不明であるが、鉱山の「器械場」に設定された抵当権の効力が従物である器械場所属の「鉱山ノ排水用若クハ採取鉱物精製ノ為メ必要欠ク可ラサル器具」に及ぶとした原判決（広島控訴院）を破棄し、民法三六九条の規定及び同三七〇条の法意を根拠に、「動産力抵当権ノ目的物ト成リ得ルハ抵当権ノ目的物タル不動産ニ附加シテ之ト一体ヲ成シタル場合ニ限ル」と判示した。「抵当権ハ其設定者ニ於イテ物ノ占有ヲ債権者ニ移サシテ単ニ之ヲ債務ノ担保ニ供スルモノナルニ動産ハ其性質トシテ唯タ類似品多ク甲ヲ以テ乙ニ代ヘ得ルノミナラス此ヨリ彼ニ転シ容易ニ其所在ヲ失シ債権弁済ノ担保トスル目的ヲ達シ難ク當事者間常ニ紛議ヲ生シ為メニ訴訟ヲ惹起シ公私共ニ其弊ヲ受クルニ至ル」のであり、「独立ノ動産タルト不動産ノ従物

タルトヲ問ハス之ヲ以テ抵当権ノ目的物ト成スコトヲ許スニ於テハ共ニ前頭ノ弊害ニ陥ルハ二者同一ニシテ毫モ扱フ所ナキヲ以テ独リ前者ヲ禁シテ後者ヲ許スノ理アルヲ視ス」というにあつた。

右大審院判決は、工場備付の機械・器具の担保化という経済的要請には考慮を払っていないといえるが、従物に抵当権の効力が及ぶことの公示の欠落を、言い換えればその必要性を論拠としている。<sup>(33)</sup>

それはともかく、右大審院判決は、「民法第二編第十章第三百六十九条抵当権二関スル規定ハ同第一編総則第八十七条末項ノ原則ニ対スル例外」と位置づけている。<sup>(34)</sup>しかし、当時の通説は、民法八七条二項を当事者意思の推定規定とし、「処分」には抵当権設定をも含まれることから、抵当権設定時に存在していた従物に抵当権の効力が及ぶ、と解していた。したがつて、抵当権の設定時に存在していない従物については、これに抵当権の効力が及ぶとの意思が当事者にあるとは認められないことから、設定後の従物には抵当権の効力は及ばないことになるのである。<sup>(35)</sup>

## 2 工場抵当法の制定

こうした抵当不動産の従物、とくに工場備付の機械・器具に抵当権の効力が及ぶかどうかに関し、判例・学説が対立するなかで、工場備付の機械・器具の担保化を図つたのが明治三八年に成立・施行された工場抵当法である。<sup>(36)</sup>

政府委員の河村讓三郎司法省民刑事局長は、工場抵当法の目的をつぎのように述べている。<sup>(37)</sup>

「全国ニ於キマシテ工場ノ数ハ七八千モアリアマシテ、工場ヲ担保ニシマシテ資金ヲ調達セムトスル場合モ少カラヌゴザイマス。……工場ナドノ土地建物ハ格別ノ値ヲ有シマセヌ、比較的ニ大ナル値ノアリマスノハ機械器具ノ類デアリマス、然ルニ機械器具ガ抵当権ノ目的トナルヤ否ヤニ就キマシテハ疑イガアリマス、故ニ實際、機械器具ヲ抵当物

ノ価格ニ見積ツテ相当ノ資金ヲ調達スル者ガ無イト云フコトデゴザイマス、：其不便ヲ除イテ円満ナル金融ノ途ヲ開カムトスルノガ即チ本案ノ大体ノ目的デゴザイマス。

そして、その目的を達する方法として、河村によれば、「普通ノ僅カノ土地建物ニ機械器具ヲ備付ケテオリマス小工場」には工場抵当権が、「造船所、製鉄所ト云フ如キ大工場」には工場財団抵当権が用意されたのである。民法上の抵当権との関係では、「土地建物ノ上ニ設定シマシタ抵当権ノ効力ガ機械器具ニ及フトイフコトヲ明ニ致シタ工場抵当権が、検討対象とされよう。

## （二）「工場供用物」と工場抵当権の効力

工場抵当権は、民法上の抵当権の及ぶ効力の範囲を拡張し、土地・建物に「附加シテ之ト一体ヲ成シタル物」（附加物）に加えて、「備附ケタル機械、器具其ノ他工場ノ用ニ供スル物」（工場供用物）にまで及ぶものとされた（工抵二条一項本文）。

このよう抵当権の効力の及ぶ範囲が拡張されたことについて、河村は、民法上の抵当権をめぐる議論状況との関連を踏まえつつ、つぎのように説明している。<sup>53</sup>

「機械器具ノ中ニハせめんと煉瓦等ヲ以チマシテ土地建物ニシカト取付ケタモノガアリアマス、是等ハ所謂定著物デアリマスカラ抵当権ノ目的トナリマスコトハ民法三百七十条ノ規定ニ依ツテ自ラ明瞭デアリマスルシ、大審院ノ判決ニ於イテモ認メテ居ルノデゴザイマス、此他ノ多クノ機械器具ハ定著物トハナツテ居リマセヌデ、唯土地建物ニ備付ケテアルニ過キナイノデアリマス、斯ウ云フ機械器具モ抵当権ノ目的トナルヤ否ヤト云フコトハ不明ニ属シテ居リマ

シテ、裁判所ノ裁判モ区々ニナツテ居リマスル、民法ノ第八十七条第二項ニ『従物ハ主物ノ処分ニ随フ』ト云フ規定ガゴザイマスカラ、備付ケノ機械器具ノ抵当権ノ目的トナルト云フ解釈モゴザイマスル、併シ他ノ一方ニ於キマシテ此第八十七条第二項ハ特別規定ノ無イ場合ニ応用スベキ一般ノ解釈法デアル、然ルニ抵当権ノ効力ニ就イテハ特別規定ガ有ツテ其特別規定ハ定著物ニ限ラレテ居ルト云フガ如キ理由ヲ以テ之ニ反対スル者アルノデゴザイマス、斯ノ如ク疑問ニナツテ居リマスルシ、仮ニ第八十七条第二項ヲ抵当ノ場合ニ適用スルコトガ出来ルト致シマシテモ、其規定ダケテハ未ダ足ラヌ所ガアルト云フコトハ免レマセヌト思ヒマス、ソレ故ニ本案ニ於キマシテハ備付ケノ機械器具モ亦抵当ノ目的トナルト云フコトヲ明ニ致シ<sup>59</sup>た、と。

もつとも、工場抵当権の効力は、「設定行為ニ別段ノ定アルトキ」及び「民法第四百二十四ノ規定ニ依リ債権者力債務者ノ行為ヲ取消スコトヲ得ル場合」には、附加物及び工場供用物には及ばない（工抵ニ条一項但書）。この点、民法上の抵当権と変わりはない。とくに、前者については、「機械器具ノ全体ヲ抵当トナサヌト云フコトモ出来マスシ、又重モノナル機械、大ナル機械ダケハ抵当ニスルケレドモ瑣細ナル器具ノ類ハ抵当ニハセヌト云フコトモ出来ル趣意デアリマス、是ハ實際ニ頗ル関係ノ在ルコトト、思ヒマスカラ特ニ明言イタシテ置キマス」、とのことである。工場抵当の効力の及ぶ範囲は、法定されているが、これを設定当事者間で特約により自由に決め、抵当権設定者にとつては余剰担保価値の温存を図ることができるのである。<sup>59</sup>

そして、このように抵当目的物を拡張するとともに、これの一体性を確保するための措置をおいている。

第一は、附加物や工場供用物が工場に属する土地・建物から分離され、備え付けを止めて「第三取得者ニ引き渡サレタル後」といえども、抵当権の効力は及ぶことである（同法五条一項）。附加物や工場供用物の関係が消滅したにもかかわらず抵当権の効力が消滅しないのは、「抵当権者ヲ保護スル考テ」<sup>60</sup>あることはいうまでもない。

もつとも、このことは、「例へば或ル機械器具ガ不用トナリマシタ、或ハ旧式ノモノナリマシテ新式ノモノニ取替ヘマセヌケレバ、工場ノ経済上甚ダ不利益ナ場合ガ有ロウ」ということ<sup>(61)</sup>で、**抵当権者の同意があれば、これらについて工場抵当権の効力は消滅する（工抵六条一項、二項）**。そして、**抵当権者は、設定者に「正当ナル事由」があるときは同意を拒むことはできない（同条三項）**。「債務者ノ利害ト抵当権者ノ利害ヲ調和」<sup>(62)</sup>したものである。

第二は、**附加物や工場供用物は、これのみの差押、仮差押又は仮処分をすることは許されないことである（同法七条二項）**。工場抵当権の目的である土地又は建物とともにするのでなければ差押などをすることができない。それは、「若シ他ノ債権者カラ機械器具、ダケテ差押ヘマシテ競売ニ付スルト云フコトガゴザイマスト、**抵当権者ハ代金ノ上ニ優先権ヲ行フコトハ無論、デキマスノデゴザイマスガ、機械器具ヲ取離シテ売リマスレバ相当ノ値ニ売ルコトガ出来マセヌカラ、結局抵当権者ノ損失ト**」なるからである。<sup>(63)</sup>

### (三) 「工場供用物」と機械器具目録

#### 1 機械器具目録（三条目録）のシステム

こうして**抵当目的物の拡張とその一体化が図られるなか、「機械器具ガ抵当物トナリマスルニ付テハ其機械器具ヲ明ニ指定イタシテ置く必要ガ有ルト信ジマシテ、……第三者ニ対シテ公示シマスル必要ガゴザイマスルカラ、目録ヲ提出セシメマシテ、ソレヲ登記ニ代ヘル**<sup>(64)</sup>**」ことになったのが、いわゆる機械器具目録（三条目録）である。機械器具目録（三条目録）には、「備附ケタル機械、器具其ノ他工場ノ用ニ供スル物」（工場供用物）のみが記載される（同法三**

条)。それは、「定著作物マデモ目録ニ載セルヨウニ見エマスノデゴザイマスガ、定著作物マデモ目録ニ載セマスコトハ実際ニ出来マセヌコトデアリマスカラ」とされる。また、附加物・工場供用物に関して設定契約において「別段ノ定」があるときには、その「別段ノ定」を登記することとなる（同法四条）。

ある機械器具について工場抵当権の効力が及ばない旨の「別段ノ定」をした場合、これが附加物の場合には、「別段ノ定」を登記をしておかなければ、工場抵当権の効力が及ばないことを第三者に対抗できない。しかし、右の機械器具が工場供用物である場合には、機械器具目録（三条目録）に記載しないと、同様に、「別段ノ定」を登記することになるが、機械器具目録（三条目録）への記載が対抗要件であるならば、「別段ノ定」を登記する意味はほとんどないことになる。<sup>(66)</sup>

また、工場供用物のみが機械器具（三条目録）に記載しうるために附加物と工場供用物との区別が必要となる。審議過程では、これにかかわる質問がだされているが、河村は、つぎのように応えている。

「『土地ニ附加シテ之ト一体ヲ成シタル物』ト申シマスルノハ、例ヘバ瓦斯会社ノ瓦斯ヲ製シマスル鑛ノヤウナ物デアリマス、是ハ土地ノ方ニ取付ケテアリマスル、其外ニ機械器具に限りマセズ総テ土地ニ取付ケマシタ煉瓦ノ塀ノヤウナ物モアリマス、ソレカラ『其他ノ物』ト申シマスノハ機械器具ト名付ケラレマセヌヤウナ物テ矢張り此工場ノ目的ニ必要ナ物ガアリマセウト思ヒマス、例ヘバ、ばいふノヤウナ物、第十一条ニ『配置諸管』ト書キマシタガスウ云フヤウナ物モアリマセウカト思ヒマス。<sup>(67)</sup> また、水力発電所ノ「電柱電線ノ如キ物ハ発電所ト一体ヲ成シタ物カ、或ハ発電所ニ備付ケタ物カ、ドチラカニナリマセウ」<sup>(68)</sup> とする。

「工場ノ用ニ供スル」との文言は、原案にはなく、修正によって加えられたものである。その理由は、「原案ノ如クニ『備附ケタル』トアルノミテハ範圍ガ広過ルデアロウ、例ヘバ遊ビ道具ナドモ這入ル訳デアリマス、ソレマデニス

ル必要ハ無カロウ、却ツテ弊害ガ有ルデアラウト云フ趣意デ工場用ノ物ニ限ルト致シタノデアリマス、<sup>(60)</sup>とのことである。とはいえ、「工場ノ用ニ供スル」とは、既述したところであるが、民法「第八十七条第二項ヲ抵当ノ場合ニ適用スルコトガ出来ルト致シマシテモ、其規定ダケデハ未ダ足ラヌ所ガアルト云フコトハ免レマセヌト思ヒマス」との第二条に關する河村の趣旨説明に鑑みると、「其物ノ常用ニ供スル」よりは広い概念と解される。

三条目録の記載は、備付けの機械器具の備付けの廃止や新設がなされると、その内容に変更が生じるが、この場合、設定者は、遅滞なく目録の記載の変更登記をなす義務を負う（同法三条二項、三八条）。

## 2 機械器具目録（三条目録）の限界

工場の土地・建物の附加物、供用物件は、これが抵当権者の同意なく第三者に引き渡された場合であっても、工場抵当権の効力はそれに及ぶ（同法五条一項）。この工場抵当権の追及力を遮断する、善意・無過失である第三取得者の保護規定が置かれている（同法五条二項）。<sup>(70)</sup>というのは、「機械器具ノ如キモノハ目録ニ記載シテ置キマシテモ、其目録ニ記載シテ置キマシタ品物ト他ノ品物トノ分界ガ付キマセヌカラ、第三者ガ抵当物デアルト云フコトヲ知ラズシテ讓受ケマスル様ナ場合ガ有ロウト思ヒマス、然ルニ突然抵当権者カラ其品物ヲ取上ゲラレル様ナコトガ有リマシテハ第三者ハ不測ノ損害ヲ受ケマス、元來動産デアリマスモノヲ抵当トスルト云フコトニ就キマシテハ、是非或ル特別ノ規定ヲ設ケマシテ、抵当権者ノ利益ト第三者ノ利益トヲ調和スル必要ガ有ラウ」<sup>(70)</sup>からである。

もつとも、原案を調査・協議した小委員会では、第五条に關して、「本案ノ趣意ヲ極メテ例ヘバ第三取得者ガ善意ニシテ過失ナキモノデアツテモ抵当権ノ実行ヲ受ケネバナラヌト云フ方ガ宜シイノデハナカラウカ、我々ハ皆サウナル



ヲ希望シタノデアリマス、唯如何セン第三取得者ニ取ツテハ実ニ酷ナ結果トナル訳デアリマス、……機械器具等ニ一々焼印ヲ捺スト云フ訳ニモイカヌ、同ジヤウナモノガ沢山アル訳デアリマスカラ、ドウシテモ占有者ニ損害ガ生ズルト云フコトヲ防グト云フ訳ニハ參ラナイ、ソレ故ニ遂ニ此第二項ヲ置クト云フコトニ致シマシタ<sup>(7)</sup>。

したがつて、抵当不動産から分離された機械器具は、これに打刻でもしないかぎり、これが工場供用物件であつたことは公示されない、すなわち機械器具目録（三條目録）にはこれに記載された機械器具との同一性を識別する機能は期待し得ない。そこで、分離された機械器具の第三取得者は、その善意・無過失の判定に関して（工抵五條二項、民一九二條）、機械器具目録（三條目録）による公示、したがつてこれを閲覽しなかつたことがその有過失をもたらしことにはならない。<sup>(7)</sup>善意・無過失とは、「いわゆる備附物が抵当権者の同意なくして分離されたということ、すなわち抵当権の存することを知らず且その知らざるについて過失のないこと別言すれば備附物の分離は抵当権者の同意を得たものであることを信じ、且その信ずるについて過失のないことを要するもの」と解さざるをえない。

機械器具目録（三條目録）は、備え付けという事実関係のもとに、備え付けられた機械器具のどの範囲までが工場抵当の目的物であるかを公示するものであり、ここにその限界がある。

#### 四 従物・公示理論の展開

##### (一) 「従物」と抵当権の効力

工場抵当法の施行後、抵当権設定時に存する「従物」に抵当権の効力が及ぶことを否定した明治三九年の大審院判

決を、大正八年三月一五日の大審院連合部判決（民録二五輯四七三頁）は、学説の批判を入れて、変更した。右大審院判決の事案は、抵当権者から設定者に対する債権ならびに湯屋営業用建物及び「疊建具造作及び湯屋営業器具並に煙突共一式附屬物件」に対する抵当権確定の訴えであったが、変更の理由とするところはこうであった。

①民法八七条二項に關して、その「規定ヲ設ケタル趣旨ハ処分當時ニ於ケル主物ノ利用価値ヲ減損セス其經濟上ノ効力ヲ充實セシメントスル目的ニ出デタルモノ」であるから、「主物タル建物ノ利用価値ヲ標準トシテ担保価値ヲ定ムルヲ常トスル抵当權ノ設定ノ場合ト雖モ亦同条ヲ適用シテ權利ノ範圍ヲ定ムルヲ相当トスルヘク從物力動産タルノ故ヲ以テ抵当權力之二及ハサルモノト解スルハ當ヲ得」ないこと、②民法三六九条は「裏面解釈上苟クモ不動産ニ非サルモノハ種類ノ何タルヲ問ワス之ニ抵当權ノ獨立ノ目的ト為スコトヲ得サル旨ヲモ併セ規定シタルモノト解スヘキモ、未タ以テ、抵当權ノ効力ハ其目的タル不動産ノ從物ニ及フコトヲ得サル旨ヲモ併セ規定シタルモノト解スヘキ」でないこと、③民法三七〇条は「經濟上ノ用法ニ從ヒ物ノ主從ヲ定メ主物ト從物トヲ同一ナル法律關係ニ服從セシムルコトヲ目的トスル民法第八七条第二項ノ規定ト相妨クルモノ」ではない、であつた。<sup>74</sup>

このように、「從物」に対する抵当權の効力を民法八七条二項により根拠づけるならば、實際においては、備付動産が「從物」かどうか、さらに、設定後に備え付けられた動産については、これが「附加物」（＝附合物）かどうか、これの判定、その基準が問題となる。

大正八年の大審院判決は、「從物」性の判定について、「当事者ノ意思ヲ基礎トスル主觀的基準ニ依ルヘキモノニ非スシテ前示スル所ニ從ヒ一般取引上ノ觀念ニヨリ定マルヘキ客觀的基準」、換言すれば、「之ヲ建物ヨリ分離スルトキハ建物ノ利用価値ヲ失ハシムルカ少クトモ其經濟的効用ヲ減損セシムルヘキモノナル」かという基準を示した。他方、「附加物」性の判定については、大判昭和五年二月一八日（民集九卷一一四七頁）が、表入口用硝子戸外側雨戸用杉

硝子戸その他建物の内外を遮断する物件に関し、「建物ニ対スル物理的関係ノミニヨリ之ヲ觀察スヘキモノニアラス宜シク其ノ箇々ニ就キ建物ノ取引上ノ効用ニ照シ」判断すべきものとした。

しかし、いずれの場合も、実際の判定においては困難をとまなうこというまでもない。

また、民法八七条二項を根拠とした大正八年の大審院判決の法的構成には、抵当権設定後の従物に関して、これに抵当権の効力が及ぶことには否定的な態度が看取される。抵当権設定という「処分」時には存在していなかった従物には民法八七条二項が適用されない、との結論が推断されるからである。<sup>75</sup>しかし、その後の判例には明確な法理が見いだされない。なるほど大決大一〇年七月八日（民録三七輯一三二四頁）は、抵当権設定後に増築された「茶の間」について、これに抵当権の効力が及ぶ旨判示してはいる。右茶の間を「従物ト目スベキモノ」であるが、「抵当権八其目的タル不動産ニ附加シテ一体ヲ為セルモノ而已ナラス従物ニモ亦及フモノナルコトハ当院ノ判例」であることを理由としたが、かかる判例は見あたらないし、右茶の間は附加物ではないかと考えられるからである。

もちろん当時の通説にあつても、抵当権設定後において、従物が滅失、朽廃、改造などによつてこれに代わつて従物となつた物に抵当権の効力が及ぶのか否かについては「法文不備ノ為メ大ニ疑ナキコトヲ得ス」と指摘していたところではあつた。

そうした状況のなか、昭和八年、我妻栄「抵当権と従物の関係について」<sup>77</sup>が民法八七条二項と民法三七〇条に関して当時の通説とは異なる理解（解釈）を提示し、抵当権設定後の従物にも抵当権の効力が及ぶことを主張して以来、この説が有力になり、通説を形成する。

まず、民法八七条二項に関して、これは、フランス、ドイツ、スイスの立法例の変遷を辿りながら、主物と従物との間に存する客観的—経済的結合関係に基づき従物が主物の法律的運命を共にすることを決めたものであつて、主物

を処分する行為者の意思に効力を認めてこれを推定するものでないこと、そこで、この理論の一適用として不動産上の抵当権は当然にその不動産上の従物に及ぶ。このことは抵当権設定時における従物のみならず設定以降における従物も同じである。また、民法三七〇条については、存在する限り絶えずその客体をその時の状態において把握するという抵当権の本質に鑑み、かつ同条がフランス法の影響を受けた旧民法債権担保編二〇〇条を淵源とする沿革を考慮して、附加物とは、抵当不動産と一体となったものに限られることなく、社会的・経済的標準において当該不動産の利用を助ける従物をも包含するものと解したのである。

このように、この見解では、設定後の従物に対する抵当権の効力は、民法八七条二項と民法三七〇条の兩者によって根拠づけられる。

確かに、民法八七条二項は当事者の意思推定規定と解するならば、抵当権設定時に存在しない従物についてあらかじめ抵当権を設定し処分する意思があると認めるのは問題であるかも知れない。しかし、抵当権は担保価値支配権として、それが設定される段階におけるよりも、むしろそれが実行される段階における目的物の価値を支配することに主な眼目があることを強調すれば、設定後の従物にも、とくに従来に従物に代えて新しい従物が備え付けられるような場合を想定すれば、抵当権の効力がこれに及ぶことは、設定当事者の意思に合致するとも言える。また、民法八七条二項の「処分」は、これを抵当権の設定に限ることなく、設定から実行までの一体としての体様を意味すると解するならば、設定後の従物にも抵当権の効力が及ぶことになる。<sup>(28)</sup>

いずれの見解も、抵当権の強化、抵当不動産と従物の経済的一体性の維持といった観点に立脚し、抵当権の効力の及ぶ範囲の拡張に努めていること、共通している。

その後、下級審であるが、設定後の従物に抵当権の効力が及ぶとした判決がある。

名古屋高決昭和三〇年七月八日（下民集六卷七号一三九四頁）は、宅地と六分程度竣工していた建物とその従物定着物悉皆について設定された抵当権に關し、「抵当権の効力は特段の事由のない限り目的不動産に附加して不動産所有権の内容を構成するものについては抵当権設定當時既に附加せるもの、その後附加せるものすべてに当然及ぶものと解すべし」としたうえで、「本件畳については本件抵当権設定當時には本件建物の従物の状態にあつたとはいえないが前示のように既に本件建物に運び入れるばかりの状態であり且つ当事者間にこれを本件建物の目的とすることが約定されていたのであるからこのような場合は之の畳が本件建物に設備されると同時に本件抵当権の効力の範囲内に入ったものと解す」べきとする。

この名古屋高決は、「建物に運び入れるばかりの状態」といったことを根拠とすることから推察しうるが、抵当権設定後の従物に抵当権の効力が及ぶものと断定することに躊躇しているように思われる。しかし、つぎの段階への架橋となる判決と評しうる。

これに対して、東京高判昭和五三年二月二六日（下民集二九卷九ノ一二号三九七頁）は、抵当権設定契約後競売開始決定前に抵当不動産に備え付けられた従物に対する強制執行に対して抵当権者が第三者異議の訴えを提訴した事案について、これを認めて、「さらに原審の判断のように抵当権設定契約後主物所有権者が従物を備付した場合、抵当権の効力はこれに及び、爾後所有者も右従物を主物と切り離して恣に処分できないと解すべきであろう。この点は、抵当物件である建物に所有者が増築をし、これが附合により一箇の建物となつた場合に、所有者が右増築部分を抵当権者の意に反して取り壊すことが抵当権の効力により禁止されるのと同断である」とした。

ちなみに、原審（東京地判昭和五二年九月二六日）は、「従物は主物の社会経済的効用を助け、その価値を増大させる機能を営むものであるところ、抵当権はそれが存在する限り絶えず目的物をその時の状態において把握する権利で

あることを考えれば、抵当権設定後に従物となった物件にも主物たる不動産に対する抵当権の効力が及ぶものと解すべき」と明確に判示し、その根拠を民法八七条二項に求めている。

## （二）「従物」と抵当権の公示

### 1 「附加物」除外特約と公示・對抗要件

抵当権の効力は、抵当不動産に「附加シテ之ト一体ヲ成シタル物」に及ぶが（民三七〇条本文）、このことについて登記・對抗要件を備えることは必要でない。抵当不動産に組み込まれるのであるから同然のことになる。そこで、抵当不動産の附加物を設定契約またはその後の変更契約によって抵当権の効力が及ばない旨定めた場合には（民三七〇条但書）、その旨の登記をしなければ「第三者」に對抗できないのである（不登一一七条）。もともと、附加物に従物が含まれると解すれば別であるが、附加物を附合物と同義に解し、従物をこれと区別する判例の場合、抵当不動産の従物はこれを設定当事者の合意により除外することができにせよ、除外特約の登記に関する規定がない。しかし、附加物の場合と同じく、除外特約は、これを登記しなければ第三者に對抗できないものと解すべきである。民法三七〇条但書、不動産登記法一一七条を類推適用するほかあるまい。<sup>79)</sup>

しかし、従物の除外特約が登記のないまま抵当権実行によつて競売された場合、買受人（競落人）が右従物の所有権を取得できるのか、従物が附加物に含まれるとする見解においても、除外特約が登記されなければ、同じ問題が生じる。

これに關しては、わずか半年ばかりで結論を異にした二つの判決が出ている。

まず、昭和八年二月二日の大審院判決（民集一二卷二四号二九五四頁）である。この事案は、抵当権実行に係る競売開始決定の送達直後に抵当建物備付けの疊建具等を売渡担保により譲り受けた者が自ら抵当建物の買受人（競落人）となつた抵当権者に対して右物件の引き渡しを請求したものである。

右判決は、原判決を破棄差戻しし、つぎのように判示した。「抵当権力其ノ設定契約ニ因リ建物ノミニ存在シ其ノ従物ニ及ハサル場合ト雖其ノ抵当権実行ノ為ニ従物ト共ニ従物ヲモ競売ニ付シ競売手續完結シタルトキハ其ノ競売手續ハ従物ニ付テモ無効ニ非ス蓋従物ハ主物ニ従フトノ原則ハ斯カル公法上ノ行為ニツイテモ反対ノ事情無キ限り適用セラレルト解スルヲ相当トスレハナリ」。そのうえで、「抵当権実行ノ為ニスル右建物ノ競売手續ニ於テ競売ノ目的物ノ表示方右建物ト共ニ従タル本訴物件ヲ包含スルモノト解セラレルヘキ場合ニハ其ノ競売手續完結セル以上競落許可決定ノ効力トシテ競落人タル上告人ハ右建物ト共ニ従物タル本訴物件ノ所有権ヲ取得スヘク」とする。

しかし、従物が主物の処分に従うのは、主物の処分権者が従物の処分権をも有することが前提である。従物に關して除外特約がなされている場合、抵当権者には従物に關して処分権はない。したがつて、主物について競売手続きがなされたとしても、従物について競売手続きが有効となるものではない。<sup>80)</sup>

ところが、問題は、抵当権者が自ら抵当建物の買受人（競落人）となつてゐることである。

設定後に備え付けられた疊建具についてであるが、自ら抵当建物を競売した抵当権者が右物件に対する強制競売の買受人（競落人）を相手に競売手續の無効確認を請求した事案において、昭和九年七月二日の大審院判決（民集一三卷一四八九頁）は、右物件に抵当権の効力は及ばないと、つぎのように判示した。

「主タル建物ニ抵当権ヲ設定スルニ当リ右抵当権ハ将来之ニ附属セシムヘキ疊建具ニ及ハサル旨ノ合意当事者間ニ成

立セル力如キ場合ニ於テハ建物ニ対スル抵当権ハ其ノ後ニ於テ建物所有者力建物ニ附属セシメタル疊建具ニ及ハサルコトハ勿論ノ次第二シテ又抵当権実行ノ為メニスル競売手続ハ反対ノ事情ナキ限り抵当権ノ目的タリシ物件ニ付キ開始セラレタリシト認ム可キ力故ニ如上ノ特約アル抵当権ノ実行トシテ為サレタル競売手続ニ於イテハ差押ノ効力ハ従物タル疊建具ニ及ハサリシモノ解スルヲ相当トス。そして、これに加えて、「右建物ハ上告人自身ニ於テ競落シタルモノナリト云ヘハ上告人ハ既ニ抵当権設定ノ当事者トシテ本訴物件力競売ノ目的物中ニ包含セラレサルヘキモノナリコトヲ知悉シ居リタルモノト云ウ可ク民法第八十七条第二項ハ従物力主物ノ処分ニ随フ可キモノニアラザル場合ニ其ノ事実ヲ了知スル者ヲ保護セントスル主旨ニアラサルコトハ既ニ冒頭説示ニ依リテモ之ヲ知り得ヘキ力故ニ上告人ハ右法条ノ適用ヲ受クルヲ得ス」。

ただ、従物を除外するについてその旨の登記をする必要については触れていない。もつとも、除外特約についての登記がないとしても、自ら買受人となつた抵当権者は、「第三者」ではなく当事者であると解すれば、除外特約を主張できることになる<sup>91)</sup>。

それでは、買受人（競落人）が抵当権者でない場合、これも抵当権者に準じて特約の当事者であると解すれば所有権取得は否定される。ただ、この結論は、除外物も含まれるとして最低競売価格その他の手続きが進められることを考えれば、買受人（競落人）に酷といえよう。むしろ、買受人（競落人）は第三者であつて所有権を取得すると解するのが妥当であろう。そして、抵当権者自らが買受人（競落人）となつた場合には、右の事情から所有権を取得はするが、優先弁済権は除外物の上には及ばない、と解する<sup>92)</sup>。

## 2 設定後の従物に対する抵当権と公示



抵当権の効力が設定当時の従物に及ぶことについての公示・對抗問題には、先の連合部判決は、これを必要なしとすることを当然の前提にしたのか、あるいは抵当権者と設定者という当事者間の争いであつたからなのか、触れていない。

従物に抵当権の効力が及ぶことについての公示・對抗要件については、従前より、いずれの学説もこれを要しないとしている。主物と従物の客観的・経済的結合關係が主物の公示・對抗要件をしてまた従物の公示・對抗要件としての機能をも果たせる、との理由である。ただ、その実体法上の根拠については、民法三七〇条を根拠とする通説と民法八七条二項を根拠とする少数説とに分かれている。

下級審判決ではあるが、抵当権設定登記がなされた後に設定当時から存在していた従物（動産）について占有改定による引渡を受けていた買主が抵当建物の買受人（競落人）に対してその所有権を主張した事案について、大阪高裁の昭和二十七年六月二〇日判決（下民集三卷六号八四七頁）は、次のように説く。「従物に対する抵当権の効力は、主物についての抵当権の設定登記と、従物が主物の常用のためにこれに附属せしめているという客観的状态とによつて、第三者に対抗し得べきものであるから、右状態の存在する限り、抵当権設定後、従物の所有権を取得した第三者は、抵当権の効力の及んでいる状態において従物について、その所有権を取得するにすぎない」。

こうした状況のなかで、最判昭和四四年三月二八日（民集二三卷三号六九九頁）は、通説に同調し、主物の抵当権設定登記は、抵当権の効力が従物に及ぶことについても対抗力を有することを明確に示すとともに、実定法上の根拠を民法三七〇条に求めた。

いわく「本件石灯籠および取り外しのできる庭石等は本件根抵当権の目的たる宅地の従物であり、本件植木および取り外しの困難な庭石等は右宅地の構成部分であるが、右従物は本件根抵当権設定当時右宅地の常用のためこれらに

附属せしめられていたものであることは、原判決の適法に認定、判断したところである。そして、本件宅地の根抵当権の効力は、右構成部分に及ぶことはもちろん、右従物にも及び（大判大正八年三月一五日民録二五輯四七三頁参照）、この場合右根抵当権は本件宅地に対する根抵当権登記をもって、その構成部分たる右物件についてはもちろん、抵当権の効力から除外する等特段の事情のないかぎり、民法三七〇条により従物たる右物件についても対抗力を有するものと解するのが相当である。そうとすれば、被告人は、根抵当権により、右物件等を独立の動産として抵当権の効力外に逸出するのを防止するため、右物件の譲渡または引渡を妨げる権利を有するから、執行債権者たる原告人に対し、右物件についての強制執行の排除を求めることができるとした現判決（その引用する第一審判決を含む）の判断は正当である」。

ところが、右最高裁判決は、抵当権の効力に関して従物と附加物（構成部分）を区別しつつ民法八七条二項により処理する大正八年の大審院連合部判決に依拠しているが、対抗力に関しては民法三七〇条を持ち出して、この面では従物と附加物（構成部分）を同じに扱っており、ここに矛盾がある。対抗力は抵当権の効力の存在を前提としていることを考えれば、判例は、従物に対する抵当権の効力について民法三七〇条を根拠とする通説に行きつくことになりそうである。<sup>(85)</sup>

## 五 むすび

(1) 民法上の抵当権の効力が及ぶ範囲、これは抵当不動産に備え付けられた時期は問わず、これと一体となった「附加物」のみならず、独立の存在である「従物」をも包括すること、確立した法理となっている。しかも、「附加物」や

「従物」の概念が拡張されるならば、右の効力範囲はなおいつそう拡大する。

しかしながら、前出昭和五三年の東京高裁判決の事案のごとく、抵当権設定後に備え付けられた従物が数億円という巨額な場合にあっては、<sup>87)</sup>右の法理が説くように、これに当然に抵当権の効力が及ぶと解するならば、設定者や他の債権者との関係において、不合理と思われる状況が生じる。

ひとつは、抵当不動産の売却代金だけで被担保債権を弁済できる場合に、抵当権者が従物をも競売できる。また、従物に抵当権が及ぶとなれば設定者が従物のみを譲渡担保に他から融資を受けることが事実上不可能となる。<sup>88)</sup>もちろん、設定者は抵当不動産についてさらに後順位の抵当権を設定できるが、担保価値の効率的利用という観点から問題が残りはしないか、である。抵当権者は増加した従物にみあう融資をしていないのに担保目的増大の利益だけを受けることになる。とくに従物が巨額な場合抵当権者は予測外の担保増大（実質上の追担保）の利益を得ることになる。

そこで、こうした場合、一括売却・超過売却に準じて（民執六一一条、七三条参照）、債務者たる設定者が同意をしたときのみ従物を含めて競売できる、といった方法が考えられてしかるべきであろう。<sup>89)</sup>また、設定者は抵当権者との合意によって従物に抵当権の効力を及ぼせないことができるが、（民三七〇条但書）、抵当権者がそれに応じるとはかぎらない。そこで、設定後の巨額な従物については特別の除外特約がなくても設定当事者に反対の意思があるものとして抵当権の効力が及ばない、と解すべきであろう。<sup>90)</sup>そして、この従物は、新設の従物に限る<sup>91)</sup>ことなく、取り替えた場合でも差し支えない。<sup>92)</sup>

また、債務者でない物上保証人や被担保債務を引き受けていない第三取得者については、債務者である設定者と別に考えるべきであろう。確かに、従物も主物とともに競売されることにより債務者の債務がより多く減少すれば、債権者に対する物上保証人の求償権（民三七二条、三五一条）、第三者取得者の損害賠償請求権（民五六七条三項）はそ

の分だけ増えるから計算上損失はない。しかし、債務者の無資力のゆえにその回収について実効性を欠くことが多い。物上保証人などは右の事態を覚悟すべき、ともいえるが、その利益に配慮すべきであろう。そこで、物上保証人などが設定後備え付けた従物には抵当権の効力が及ばない、と解することも一策であろう。<sup>95)</sup>

しかし、ある従物についてこれの黙示の排除特約を認めることは実際には非常に困難をとまなうし、かりにこれが認められたとしても、排除特約が登記されていない限り設定当事者以外の第三者に対抗することができない（参照、不登一一七条）、という大きなジレンマを抱え込むことになる。<sup>94)</sup>

(2) そこで、より根源的には、機械器具目録（三条目録）の法的性質ともかわるが、抵当権の効力が及ぶ範囲に関し、産業の用に供せられている不動産（従物として、機械器具の類）と居住の用に供せられている不動産（従物として、畳建具の類）とをおなじ平面で論じることには問題があるのではないか、と思われる。<sup>95)</sup>

産業用不動産の抵当化については、民法上の抵当権との関連では、工場抵当が用意されている。しかし、工場抵当の目的物となる「工場」そのものが限定されている（参照、工抵一条<sup>96)</sup>。右の「工場」に該当しない産業用不動産は、その抵当化に、民法上の抵当権が使われざるをえない。それは、民法上の抵当権に、実質的には、工場抵当としての機能を果たせることにほかならないし、民法上の抵当権をかかざる機能を耐えるべく組み直すことでもある。

そもそも、民法上の抵当権は、工場施設の担保化にはおよそ耐えうるものでなく、消費信用を前提とした保全抵当である。財団抵当制度のみならず、工場抵当は、民法上の抵当権の限界性に対して、抵当目的物の拡張と公示制度の整備をもつて対処せんとしたものである。

ところが、他方、民法上の抵当権が従前の枠組みを維持したまま、抵当権の効力の及ぶ範囲が拡張されてきたところに問題がある。槇梯次教授は次のように指摘されている。「従物概念の拡張による従物法理の便法としての利用は、

企業活動の具体的な種類を問わず、場所的に限定された形で存在する財貨の集合体を、ごく簡易な形で担保の取引に供することを可能にするものであり、工場抵当や企業担保ではみられない特徴を持つものとして、実践的には否定できないものをもっている<sup>(97)</sup>。

そして、「この簡易な形で担保の取引に供する」便宜性が工場抵当に逆移行してきた現象のひとつが機械器具目録(三条目録)を公示機能に限定する考え方、立法論としては、その廃止論である。

こうした逆移行は決して合理的とはいえず、生産信用における担保取引は、公示制度の整備された工場抵当の設定しうる「工場」を拡張する<sup>(98)</sup>なかで行われるべきであろう。

(1) 近代的抵当権の諸原則については、それが何であるかについては、若干見解の食い違いもみられるが、公示の原則が、近代的抵当権の諸原則の一つであることに異論はない。この問題に関しては、参照、松井宏興「近代的抵当権論」星野英一編集・民法講座3物権(2)(有斐閣、一九八四年)三三頁以下、同「近代的抵当権論について」甲南法学二三巻一号(一九八二年)一頁以下。

(2) 動産抵当制度であるが、農業用動産(農業動産信用法(昭和八年法三〇号)、自動車(同抵当法(昭和二六年法一八七号))、航空機(同抵当法(昭和二八年法六六号))、建設機械(同抵当法(昭和二九年法九七号))について認められている。

(3) 財団抵当制度であるが、現行の特別法で認められているのは九種類、鉄道財団抵当(同法(明治三八年法五三号))、工場財団抵当(同法(明治三八年法五四号))、鉱業財団抵当(同法(明治三八年法五五号))、軌道財団抵当(軌道ノ抵当ニ関スル法(明治四二年法四二年法二八号))、運河財団抵当(運河法(大正二年法一六号))、漁業財団抵当(同法(大正一四年法九号))、港湾運送事業財団抵当(法(昭和二六年法一六一号))、道路交通事業財団抵当(同法(昭和二七年法二〇四号))、観光施設財団抵当(同法(昭和四三年法九一号))である。

- (4) 企業担保法（昭和三年法一〇六号）。
  - (5) たとえば、我妻栄・新訂担保物権法（岩波書店、一九七六年）五四〇頁、五四七頁以下。
  - (6) 昭和三四年一月二〇日民甲二五三七号回答。
  - (7) 最判昭和三二年二月二七日民集一一卷一四号二五二頁、同平成六年七月一四日民集四八卷五号一一二六頁。
  - (8) 我妻・前掲書（注5）五四七頁、秦光昭「工場抵当法三條目録・狭義の工場抵当」米倉明他編・金融担保法講座Ⅱ（筑摩書房、一九八六年）一七九頁以下など。また、最判平成六年七月一四日判決（注7）の控訴審（福岡高判平成三年八月八日判夕七八六号一九九頁）も非対抗要件説（公示説）を採った。
  - (9) 参照、拙稿「目的物の分離と抵当権の効力」石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集・金融法の課題と展望（日本評論社、一九九〇年）九三頁以下。
  - (10) 我妻栄「建物の抵当権の効力は設定当時の従物に及ぶ」ジュリスト一九五六年五月号四四頁以下が、この点を意識的に論じている。
  - (11) 比較的最近の研究として、湯浅道男「抵当権の効力の及ぶ範囲」星野英一編集・民法講座3物権(2)（有斐閣、一九八四年）四七頁以下、鎌野邦樹『『抵当権と従物』論』早法六四卷三号（一九八九年）七九頁以下、池田雅則「集合財産担保に関する基礎的考察（一）」
  - (12) 北大法学論集四五卷四号、五号（一九九四年）、四六卷一、四号（一九九五年）、五号、六号、四七卷一、二号（一九九六年）などがある。
- (12) たとえば、ドイツ法では明確である。ドイツ民法一一二〇条（訳は、於保不二雄・高木多喜男補訂・独逸民法「物権法」（有斐閣、一九五五年））は、抵当権の効力が及ぶ範囲に関して、「抵当権ハ土地ヨリ分離シタル土地ノ産出物其ノ他ノ構成部分ニ及ブ、但シ、第九五四条乃至第九七条ニ從ヒ其ノ分離ト共ニ土地ノ所有者又ハ自主占有者以外ノ者ノ所有ニ歸スルトキハ此ノ限りニ在ラズ、土地ノ従物ニ付テモ土地所有者ノ所有ニ歸セザルモノヲ除キ亦同ジ」と規定する。とくに、「構成部分」(Bestandteil) に関しては、その定義を

九三条・九四条が規定し、これが附合に関する規定にも使われている（九四六条、九四七条）。

(13) 旧民法の編纂事業を担当した司法省法律取調委員会での審議は、①民法草案第二編物権ノ部は明治二〇年二月（第一回）から同月二七日（第一〇回）まで、財産ノ部は翌明治二一年一月九日（第一一回）から同月二三日（第一六回）まで、物権ノ部は一月二四日（第一七回）から二月七日（第二二回）まで、財産篇人権ノ部は二月八日（第二三回）から三月六日（第三四回）まで、②第三編財産取得編は三月二八日（第四二回）から七月一六日（第七二回）まで、③第四編債権担保編は七月二二日（第七二回）から九月二八日（第八四回）まで行われた。ついで、この審議を受けて作成された再調査案が再調査委員会の審議に付され、④民法草案財産編は明治二一年七月三日（第一回）から一〇月一六日（第一三回）まで、財産取得編は一〇月二〇日（第一四回）から一月二七日（第二五回）まで、債権担保編は一月二八日（第二六回）から二月二二日（第三五回）まで、証拠編は二月一三日（第三六回）から二月二五日（第四四回）までをもって終了した。参照、向井健「民法典の編纂」福島正夫編・日本近代法体制の形成「下巻」（日本評論社、一九八二年）三二—三頁以下、とくに三七—四頁以下。

なお、法律取調委員会の議事録は、①について、法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書8（商事法務研究会、一九八八年）、②について、同・日本近代立法資料叢書9、③について、同・日本近代立法資料叢書10、④について、同・日本近代立法資料叢書11を利用した。

(14) ポワソナードの起草した抵当法に関する詳細な研究として、藤原明久・ポワソナード抵当法の研究（有斐閣、一九九五年）がある。

(15) 小川鉄吉他合著・日本民法註解「財産編之部」（二八九〇年）四〇頁。

(16) 財産編第八條 性質ニ因ル不動産ハ左ノ如シ

第一 耕地、宅地其他土地ノ部分

第二 池沼、溜井、溝渠、堀割、泉源

抵当権の効力の及ぶ範囲と公示

第三 土手、棧橋其他此類ノ工作物

第四 土地ニ定着シタル浴場、水車、風車又ハ水力、蒸氣ノ機械

第五 樹林、竹木其他ノ植物但第十二条ニ記載シタルモノハ此限ニ在ラス

第六 果実及ヒ收穫物ノ未タ土地ヨリ離レサルモノ但第十二条ニ記載シタルモノハ此限ニ在ラス

第七 鉱物、杭石、泥炭及ヒ肥料土ノ未タ土地ヨリ離レサルモノ

第八 建物及ヒ其外部ノ戸扉

第九 塙、籬、柵

第十 水ノ出入又ハ瓦斯、温氣ノ引入ノ為メ土地又ハ建物ニ附著シタル筒管

第十一 土地又ハ建物ニ附著シタル電気機器

其他性質ニ因リテ移動ス可キモノト雖モ建物ニ必要ナル附屬物

(17) 財産編第九條 動産ノ所有者力其土地又ハ建物ノ利用、便益若クハ裝飾ノ為メニ永遠又ハ不定ノ時間其土地又ハ建物ニ備附ケタル動産ハ性質ノ何タルヲ問ハス用方ニ因ル不動産タリ即チ左ノ如シ但反對ノ証拠アルトキハ此限ニ在ラス

第一 土地ノ耕作、利用又ハ肥料ノ為メニ備ヘタル獣畜

第二 耕作用ニ備ヘタル器具、種子、菜草及ヒ肥料

第三 養蚕場ニ備ヘタル蚕種

第四 工業場に備ヘタル機械及ヒ器具

第五 土地ニ生スル物品ノ化製ニ備ヘタル器具

第六 不動産ノ常用ニ備ヘタル小舟但水流力公有ニ係リ又ハ他人ニ属スルトキモ亦同シ



第八 園庭ニ装置シタル石灯籠、水鉢及ヒ岩石

第九 建物ニ備ヘタル畳、建具其他補足物及ヒ毀損スルニ非サレハ取離スコトヲ得サル扁額、玻璃鏡、彫刻物其他各種の粧飾物  
第十 修繕中ノ建物ヨリ取離シテ再ヒ之ニ用ユ可キ材料

第十二条 仮ニ土地ニ定著セシメタル物ハ用方ニ因ル動産タリ即チ左ノ如シ

第一 建築ノ足場及ヒ支柱

第二 建築ヲ為スノ間供用ニ備ヘタル小屋

第三 植木師及ヒ園丁力資ル為ニ培養シ又ハ保存シタル草木

第四 取毀ツ為メニ讓渡シタル建物其他ノ工作物又ハ取去スル為ニ讓渡シタル樹木及ヒ收穫物

(18) 福島正夫・清水誠「日本資本主義と抵当制度の發達」法律時報二八卷一一号(一九五六年) 五頁。

(19) 法律取調委員会・民法草案財産編再調査案議事筆記(第一回) 一四頁以下。

(20) 法律取調委員会・前掲書(注19) 一五頁以下。

(21) 法律取調委員会・民法草案担保編議事筆記(第八一回) 九三頁〜九五頁。

(22) 法律取調委員会・民法担保編再調査案議事筆記(第三〇回) 一〇五頁。

(23) 法律取調委員会・前掲書(注22) 一〇五頁〜一〇六頁。

(24) 小川鉄吉他合著・日本民法註釈「財産取得編債權担保編」(二八九一年) 二二〇頁。

(25) 法律取調委員会・前掲書(注22) 九七頁〜一〇〇頁。

(26) ポアソナード氏起稿・再閱修正民法草案註釈「第四編」七五〇頁。

(27) 我妻「抵当權と從物の關係について」民法研究IV(有斐閣、一九六七年) 所収四九頁。

抵当權の効力の及ぶ範圍と公示

(28) 鎌野・前掲論文(注11)一一八頁は、「実質的にみた場合、旧民法では不動産の概念について全面的にフランス民法の立場を採用していることから、このような形式的理解は否定されなければならないであろう」とする。

(29) ポアソナード氏起稿・前掲書(注26)七五一頁。

(30) 旧登記法に関しては、参照、福島正夫「旧登記法の制定とその意義(一)」「(三)」法学協会雑誌五七卷八号（一九三九年）六八頁、一〇号七八頁、一一号七四頁（日本司法書士会連合会編・不動産登記制度の歴史と展望(有斐閣、一九八六年) 所収)。

(31) 明治八年の諸建物質入書入及び売買譲渡規則は建物をその敷地と切り離して書入質となすことを認めるものである。この面規則において、建物を土地とは別個の不動産とする制度が法制上明確に導入された。参照、清水誠「わが国における登記制度の歩み」日本司法書士会連合会編・不動産登記制度の歴史と展望(有斐閣、一九八六年)一二五頁。

また、諸建物書入質書面造作記載方(明治一〇年三月内務省第六号布達)は、書面に「造作」の記載をするものとした。もともと、造作とは、「庇、天井、敷居、鴨居、椽板、床ノ間、押入等」とされていた。

(32) 伊東忍・緩鹿実彰共述・登記提要下巻(明治印刷会社書籍部、一八九〇年)五九頁。

(33) 星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響」民法論集第一卷(有斐閣、一九七〇年)所収一四一頁。

(34) 法典調査会・民法主査会議事速記録(第二〇回)五九三頁以下。

(35) 星野・前掲書(注33)一四七頁は、民法はこの大事な問題について規定していないとする。

(36) 法典調査会・前掲書(注34)六〇六頁。

(37) 法典調査会・前掲書(注34)六〇六頁。

(38) 法典調査会・前掲書(注34)六一〇頁。

(39) 法典調査会・前掲書(注34)六一六頁。

- (40) 法典調査会・民法議事速記録 (第五〇回) 七九四頁。
- (41) 法典調査会・前掲書 (注40) 七九五頁以下。
- (42) 法典調査会・前掲書 (注40) 八〇九頁。
- (43) 法典調査会・民法議事速記録 (第五一回) 八五六頁。
- (44) 法典調査会・前掲書 (注43) 八五八頁。
- (45) 法典調査会・前掲書 (注40) 八〇二頁。
- (46) 法典調査会・前掲書 (注40) 八〇三頁。
- (47) 起草者の著作においても、当然のことながらそのように説明がなされている。梅謙次郎・民法要義卷之二物權編 (有斐閣、一九〇七年) 五〇九頁、五一〇頁、五一二頁、富井政章・民法原論第二卷物權 (有斐閣、一九二二年) 五四三頁、五四四頁。
- (48) 法典調査会・前掲書 (注40) 七九四頁。
- (49) 中島玉吉・民法釈義卷之二下 (金刺芳流堂、一九一六年) 一〇六一頁。
- (50) 「造作疊建具問題と東京控訴院」新聞一三〇号 (明治三十六年) 一五頁。詳細は、瀬川信久「抵当權と從物 (二)」北大論集三二卷三・四合併号 (一九八一年) 三三三頁以下。
- (51) 東京地決明治三四・二・二二新聞六九号八頁、東京控決明治三五・九・一五新聞一〇七号五頁、同明治三六・三・四新聞一三〇号一五頁、同明治三六・七・二〇日新聞一五四号九頁、同明治三六・一〇・九新聞一七一号七頁、同明治三六・一二・二三新聞一九二号一六頁。
- (52) 東京地決明治三五・二・二三新聞一〇号一五頁、同明治三五・二・二三新聞一九九号一五頁。
- (53) 我妻・前掲論文 (注10) 四六頁。
- (54) 同旨、長崎控決明治四一・六・二〇新聞五〇九号二三頁、大阪地決明治四二・二・二九新聞六二三号一三頁。

抵当權の効力の及ぶ範圍と公示

(55) 梅・前掲書（注47）五二三頁以下、富井・前掲書（注47）五四四頁、横田秀雄・改版増補物権法全（清水書店、一九〇九年）七七五頁、三瀧信三・担保物権法（有蘭斐、一九二〇年）四七八頁以下、中島玉吉・民法釈義卷之二物権篇下（金刺芳流堂、一九一六年）一〇五六頁以下など。

(56) 制定の社会経済的背景も含め、工場抵当法に関しては、参照、清水誠「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（一九五七年）、同「財団抵当法」講座・日本近代法発達史第四卷（勤草書房、一九五八年）。

(57) 第二回帝國議會貴族院工場抵当法案特別委員会（明治三十八年二月一四日）での提案理由説明・工場抵当法案特別委員会議事速記録第一号一頁。

(58) 工場抵当法案特別委員会議事速記録第一号一頁。

(59) 津島一雄・工場抵当・財団抵当の実務（商事法務研究会、一九七一年）四二頁。

(60) 工場抵当法案特別委員会議事速記録第一号二頁。

(61) 工場抵当法案特別委員会議事速記録第一号二頁。

(62) 工場抵当法案特別委員会議事速記録第一号二頁。

(63) 工場抵当法案特別委員会議事速記録第一号二頁。

(64) 工場抵当法案特別委員会議事速記録第一号一頁。

(65) 工場抵当法案特別委員会議事速記録第一号二頁。

(66) 秦光昭「工場抵当・抵当権の効力の及ぶ範囲と抵当権の実行」不動産登記講座V（日本評論社、一九八〇年）八八頁。

(67) 工場抵当法案特別委員会議事速記録第二号七頁。

(68) 工場抵当法案特別委員会議事速記録第二号八頁。

(69) 委員会から審査の委託を受けた富井政章ほか小委員三名の協議の結果である。工場抵当法案特別委員会議事速記録第四号一五頁。

(70) 工場抵当法案特別委員会議事速記録第一号二頁。

(71) 工場抵当法案特別委員会議事速記録第四号一五頁。

(72) 大判昭和六・一・一四新聞三三二四号一頁。

(73) 福岡高判昭和二八・七・七高民集六卷七号三八八頁。この事案では、第三取得者が分離物がもともと工場抵当の目的たる建物に備え付けたものであることを承知していたが、右判決は、抵当権者の同意を得ているという「所有者の一方的な言明のみをもっては足らず、更に進んでその事実の有無を確かめるため抵当権者に問合わせるとか或いは所有者にこれを証するに足りる書面の提示を求めるなどの方法をとることを要する」とし、過失がなかったとはいえない、とした。

(74) 大判昭和一一・六・三新聞四〇〇号七頁は、抵当権設定当時建物に備え付けられていた「押入鏡戸障子襖畳類」に抵当権の効力が及ぶとする。

(75) 高木多喜男・担保物権法〔新版〕(有斐閣、一九八四年)一一八頁。もつとも、我妻栄他・判例コンメンタール担保物権法(日本評論社、一九六八年)二八三頁「清水誠」は、抵当権の効力が設定後の従物に及ぶことを否定する趣旨のものとは解さない余地があるのではないかと考えられる、とする。

(76) 富井・民法原論第一巻総則(有斐閣、一九二二年)三四九頁。

(77) 我妻・民法研究IV(有斐閣、一九六七年)所収。民法八七条二項を根拠に同旨、石田文次郎・担保物権法論上巻(有斐閣、一九三五年)一六〇頁。

(78) 柚木馨・担保物権法(有斐閣、一九五六年)二二六頁。同旨、我妻他・前掲書〔清水誠〕(注75)二八三頁。

(79) 我妻他・前掲書〔清水誠〕(注75)二八七頁。

抵当権の効力の及ぶ範囲と公示

- (80) 川島武宜「判民二〇八事件」判例民事法（昭和八年）七七四頁、柚木〓高木・担保物権法「第三版」（有斐閣、一九八二年）二五六頁。
- (81) 我妻他・前掲書「清水誠」（注75）二八五頁。
- (82) 川島・前掲（注80）七七六頁、我妻・前掲書（注5）二六六頁。
- (83) 我妻・前掲論文（注10）五三頁、於保不二雄「付加物及び従物と抵当権」民商法雜誌一九卷五号三一二頁、槇梯次「抵当権と付加物・従物、抵当権の侵害」民法演習Ⅱ（有斐閣、一九五八年）一七七頁、柚木馨・注釈民法(9)「西沢修」（有斐閣、一九七一年）三五頁など。
- (84) 石田・前掲書（注77）一五六頁、柚木馨・判例民法総論上（有斐閣、一九五一年）四四二頁。
- (85) 高木・前掲書（注75）一一八頁。
- (86) 興味ある事例として、(1)旅館の全建物・敷地に設定された抵当権について、旅館施設内に所在する自然の岩窟を利用した岩風呂、プール、上陸用棧橋、棧橋から旅館への通路にあるトンネル、浴場とプールに送湯するためのポンプ室及び温泉権を土地の構成部分ないし従物とした事例（東京地判昭和四六・八・二二下民集二二卷七・八号八五四頁）、(2)高層ビルに設定された抵当権について、冷暖器、空調器、エレベーター、スーパライン、キュービクルを従物ないし附合物とした事例（東京地判昭和五五・二・二八判時九六四号一〇七頁）、(3)借地上にあるガソリンスタンドの店舗用建物に設定された抵当権について、地下タンク、ノンスペース型計量機、洗車機などを建物の従物とした事例（最判平成二・四・一九判時一二三五号八〇頁）などがある。
- (87) 劇場兼キヤバレーの建物（評価額約三億数千万円）につき抵当権を設定した前後に、換気装置、道風管、配電盤、せり上がり舞台装置、舞台照明器具、音響器具その他劇場用動産類が数億円の費用を要して備え付けられた。
- (88) もう一つの問題は、抵当不動産に備え付けられた従物に担保権（所有権留保、譲渡担保、動産先取特権）の負担がついている場合、これに抵当権の効力が及ぶか、である。参照、拙稿「土地の抵当権の効力の及ぶ範囲」米倉明他編・金融担保法講座Ⅰ（筑摩書

- 房、一九八五年）一八〇頁。さらに、古積健三郎「従物上に存在する複数の担保権の優劣関係」奥田昌道先生還暦記念・民事法理論の諸問題〔下巻〕（成文堂、一九九五年）二二二頁以下。
- (89) 瀬川信久「抵当権と従物」新版・判例演習2（有斐閣、一九八二年）二二三頁。
- (90) 林良平「抵当権の効力」新版民法演習2（有斐閣、一九七九年）一八四頁以下、瀬川・前掲論文（注89）二二三頁。
- (91) 瀬川・前掲論文（注89）二三四頁。
- (92) 林・前掲論文（注90）一八四頁以下。
- (93) 瀬川・前掲論文（注89）二三五頁。
- (94) そこで、抵当権の効力が及んでいる従物の処分可能性に関してドイツ法を検討したものととして、占部洋之「ドイツ法における抵当不動産従物の処分（一）（二）」民商法雑誌一一一巻三号（一九九四年）、四・五号（一九九五年）
- (95) 鎌野・前掲論文（注11）一三〇頁は、抵当取引を営業型（生産信用型）と消費者信用型の二類型に分けて、いかなる附属物が「附加物」となるのかを決めるべきとする。
- (96) 工場抵当法の審議において、富井政章委員が行った、「此第一条ニ工場ノ目的トナル仕事ヲ列挙シテアリマスガ、是テ確ニ實際ノ種目ヲ網羅シテ是カラ先キ困ルトイフヤウナコトハ決シテ生ジナイト云フ御確信ガアルノデゴザイマスカ」との質問に、河合謙三郎政府委員は、「是テ総テヲ網羅スルコトガ出来マス考テ居リマス」と応えている（工場抵当法案特別委員会議事速記録第二号七頁）。しかし、その後、改正もあり、通信や放送関連に使用される場所が「工場」と見なされる（参照、工抵一条）。
- (97) 榎梯次「建物と備付施設との集合体と従物法理（一）」民商法雑誌一〇五巻四号（一九九二年）二二三頁。
- (98) 「工場」の概念は登記実務においても拡張が図られている（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」加藤一郎他・担保法大系第三巻（キンザイ、一九八五年）二二六頁以下。根本的には、法改正が望ましい）。