

## 抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲について (2)

足立清人  
Kiyoto ADACHI

### 目次

1. はじめに (問題意識)
2. 抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲について - 判例・学説の現状 (以上, 北星論集57巻1号1頁以下)
3. 判例検討
  - (1) 土地に関わる判例と裁判例
    - (イ) 土地自体
    - (ロ) 土地の付加一体物
      - (a) 土地の工作物のケース
      - (b) 庭木, 庭石, 塀などのケース (以上, 本号)
4. 抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲と抵当権設定契約
5. 抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲について - 考察
6. まとめ

### [Abstract]

#### Regarding the Scope of Objects and Accessories whose Mortgages are Effective (2)

As to the scope of objects whose mortgages are effective, cases and doctrines seem to be consistent in opinion. But I think the opinion may not adequately meet the reality of society. In this paper I will reconsider this problem.

In this paper, first of all, we disclose my problem consciousness and confirm the current arrival points of precedents and theories. Then I consider the relationship between the mortgage setting agreement and the range of the subjects for which the mortgage is effective. Based on the results of the study above, I organize the theories related to the scope of the subjects for which the mortgages are effective and give an overall consideration. Finally, I summarize this paper.

### 3. 判例検討

抵当権の客体は, 原則, 不動産—土地と建物—である。以下, 土地と建物に分けて, 抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲に関わる判例と裁判例をみていく。ここでは, まず, 土地自体に関わる判例と裁判例, 次いで, 土地の付加一体物が問題となった判例と裁判例を概観する。事実関係と判旨を詳細に検討する。

#### (1) 土地に関わる判例と裁判例

##### (イ) 土地自体

##### (a) 土地が拡大したケース

土地自体に抵当権の効力が及ぶことは問題がない (369条, 370条)。

土地が拡大した場合, たとえば寄州作用に

より土地が拡大した場合には, 寄州部分にも抵当権の効力は及ぶ<sup>33)</sup>。もっとも, 寄州作用が生じるような土地に, 抵当権が設定されることは考え難い。

また, 土地に盛土がされたような場合, 盛土部分にも抵当権の効力が及ぶ。たとえば, 抵当権の設定された農地に盛土がなされて, 整地工事によって宅地化された場合, すなわち地目の変更が行われた場合でも, 地目変更の登記の有無にかかわらず, その土地に抵当権の効力が及ぶ, とされる<sup>34)</sup>。農地から宅地に造成した抵当地の第三取得者の有益費償還請求が争われた最判昭和48年7月12日民集27巻7号763頁<sup>35)</sup>では, 農地<sup>36)</sup>から宅地への地目変更がなされた場合でも, 当該土地に抵当

---

キーワード：抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲, 付加一体物, 付合物, 従物, 抵当権設定契約  
Key words: Article 370 of the Japanese Civil Code, The Scope of Objects whose Mortgages are Effective, Mortgage Setting Agreement

権の効力が及ぶことが前提となっている。

(b) 土地と土地の合併(合筆), 土地の分割(分筆) のケース

土地と土地の合併(合筆)の場合, 大審院の判例(大決昭和5年3月11日新聞3142号14頁, 大決昭和6年12月22日新聞3368号7頁)では, 抵当権の設定されていた元の土地にのみ抵当権の効力が及ぶ, とされていたが, 現在, 抵当権が設定されている土地と, 隣接する土地とを合筆することは認められていない(不動産登記法41条6号を参照)<sup>37)</sup>。合筆後の一筆の土地に抵当権の設定されている部分とそうでない部分が生じ, 公示が複雑になるから, とされる<sup>38)</sup>。この場合, 一度, 抵当権を抹消してから, 合筆して, 新たに抵当権を設定しなければならない<sup>39)</sup>。

他方で, 抵当権が設定された土地が分筆されると, 抵当権は分筆された各土地に存続し共同抵当となる(不動産登記法40条を参照)<sup>40)</sup>。

(c) 土地の一部のケース

一筆の土地の物理的な一部に抵当権を設定することができるかについて, 一物一権主義の原則からすれば, それは認められない。当初, 判例も, 土地の一部の売買(大判大正3年12月11日民録20輯1085頁)や土地の一部の時効取得(大判大正11年10月10日民集1巻575頁)は, 土地の分割手続が完了しない限り, 認められない, としており, したがって, 土地の物理的な一部に抵当権を設定することも認められなかった。しかし, 大判大正13年10月7日民集3巻476頁<sup>41)</sup>は, 「所有者ハ一筆トナレル自己ノ所有地内ニ一線ヲ画シ或ハ標識ヲ設クル等ニ依リテ任意ニ之ヲ数箇ニ分割シ其ノ各箇ヲ譲渡ノ目的ト為スコトヲ得ヘキモノ」として, 一筆の土地の物理的な一部の売買が, 当事者間では有効であることを認めた。そして, 土地を「数箇ト為スニ付テハ特ニ土地台帳ニ於ケル登録其ノ他ノ方法ニ依リ公認セラルルノ必要ナキモノトス唯不動産登記法

ニ於テハ一筆ノ不動産ハ之ヲ登記簿ノ一用紙ニ記載スルコトヲ要スト為セルヲ以テ(同法第15条参照)既ニ一筆トシテ登記セラレタル土地ヲ右ノ如ク数箇ニ分割シテ譲渡シタル場合ニ於テ譲渡ノ登記ヲ為スニハ先ツ分筆ノ手続ヲ為スコトヲ要スヘシ」とした<sup>42)</sup>。学説も, この判例に賛成する<sup>43)</sup>。一筆の土地の物理的な一部の譲渡が可能なのであれば, 一筆の土地の一部に抵当権を設定することも可能であり, それを第三者に対抗するためには, 分筆登記をして, そのうえで抵当権設定登記をすることが必要である, とされる<sup>44)</sup>。

一筆の土地の割合的な一部に抵当権を設定することができるか, たとえば, 一筆の土地の所有権の2分の1の割合に抵当権を設定することができるかについては, 争いがある。肯定説は, 抵当権は抵当不動産の価値を把握する権利なので, 物理的特定性ではなく, 量的特定性が充たされていれば, 抵当権の設定が可能だ, とする<sup>45)</sup>。この見解によれば, 一筆の土地の価格と被担保債権額の差が大きい場合に, 土地の分筆をすることなく, 抵当権の不可分性から生ずる不利益を抵当権設定者に免れさせることができる点に利益がある, とされる<sup>46)</sup>。他方, 否定説は, 肯定説とは反対に, 抵当権の客体の特定性が充たされないことを理由とする<sup>47)</sup>。登記実務上も否定されている<sup>48)</sup>。もっとも, 1筆の土地の共有の場合に, 共有者の持分に抵当権を設定することができることとの整合性が問題となる<sup>49)</sup>。

(d) 共有地のケース

1筆の土地が共有されている場合, 各共有者は, 自分の持分に単独で抵当権を設定することができる<sup>50), 51)</sup>。また, 共有地全体に抵当権を設定する場合には, 共有者全員の合意が必要である(251条)。共有者の一部の合意が欠けている場合には, 同意した共有者の持分権についてのみ抵当権の設定が可能である(最判昭和42年2月23日金法472号35頁<sup>52)</sup>)。

組合財産のような一種の合有財産上の持分権については、組合員全員の合意を得ても、抵当権の設定をすることはできない<sup>53)</sup>。

(e) 土地改良法・土地区画整理法による換地のケース

土地改良法に基づく土地改良事業としての区画整理や、土地区画整理法による土地区画整理が行われる場合の換地処分については、割り当てられた換地が、「従前の土地とみなされ」て、従前の土地に設定されていた抵当権は、換地上に移行し存続する（土地改良法54条の2、土地区画整理法104条）。従前の土地よりも換地の評価額が低い場合には、補償金または清算金や減価補償金が交付されることになっており、それらは抵当権の保全のために供託され、抵当権者はその供託金について抵当権を行使することができる（土地改良法123条、土地区画整理法112条<sup>54)</sup>。物上代位の法理に基づく。

(ロ) 土地の付加一体物

土地の付加一体物（付合物、従物を含む）に関わる判例と裁判例をみていく。地上の工作物、庭木・庭石・塀など、そして立木などのケースに分けてみていく（土地・建物双方の付加一体物に関わる判例・裁判例もあるが、ここでは、土地の付加一体物に関わる判旨部分に着目する。建物の付加一体物に関わる判旨部分は、後に言及する）。

(a) 地上の工作物のケース

【1】大判明治39年5月23日民録12輯880頁（強制執行異議ノ件）

[事実]

判旨から事実関係の詳細は分からないが、おそらく鉱山に抵当権が設定されて、鉱山の排水用もしくは採取鉱物精製用の器具に抵当権の効力が及ぶのかどうか争われた。

[判旨]

「民法第1編総則第87条末項ニ従物ハ主物ノ

処分ニ随フトアリ故ニ建物ノ所有者カ其建物ニ抵当権ヲ設定シタルトキハ之ニ附属セル従物タル動産ニモ亦抵当権ヲ設定シタルモノト看做サルヘキカ如シト雖モ抵当権ハ独リ不動産ノミニ設定スルコトヲ許サレ動産ニハ之ヲ設定スルコトヲ許サ、ルコトハ民法第2編物権第10章第369条ノ規定スル所ニシテ動産カ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コトハ同第370条ノ法意ニ徴シテ明哲タリ蓋シ抵当権ハ其設定者ニ於テ物ノ占有ヲ債権者ニ移サス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当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ハ理ノ当然ナルヲ以テ動産ニ対シテハ抵当権ヲ設定スルコトヲ許サス而シテ動産カ不動産ニ附加シテ之ト一体ヲ成シ動産タルコトヲ変シテ不動産ノ一部分ヲ成スニ於テハ前顛ノ如キ弊害ヲ生スル虞ナキニ依リ之ニ対シテ抵当権ヲ設定スルコトヲ許シタルモノトス然レトモ動産ニシテ不動産ニ附加シテ之ト一体ヲ成サス依然動産トシテ存在スル以上ハ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為スコトヲ許スニ於テハ共ニ前顛ノ弊害ニ陥ルハ二者同一ニシテ毫モ扨フ所ナキヲ以テ独リ前者ニ禁シテ後者ニ許スノ理アルヲ視ス是ニ由テ之ヲ觀レハ民法第2編物権第10章第369条抵当権ニ関スル規定ハ同第1編総則第87条末項ノ原則ニ対スル除外例タルコトヲ知ルニ足レリ然ラハ則チ動産カ不動産ニ附加シテ抵当権ノ目的物ト成レルヤ否ヲ識別センニハ該動産カ抵当物タル不動産ニ附加シテ之ト一体ヲ成スヤ否ヲ以テ標準トセサルヘカラサルハ多言ヲ俟タル所ナリ」。

[解説]

動産に抵当権の効力が及ぶためには、動産が不動産に付加して一体となることが必要で

あると確認された。その理由は、動産は、「其性質トシテ唯々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当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」から、とされた。判旨では、369条の抵当権に関する規定が、87条2項の原則に対する除外例である、とされた。もっとも、先述のように(2)(3)(ロ)<sup>55)</sup>、本判決は、批判を受けて、変更された<sup>56)</sup>。

【2】 仙台高決昭和39年2月12日下級裁判所民事裁判例集15巻2号257頁(不動産競落許可決定に対する即時抗告申立事件)<sup>57)</sup>

[事実]

判旨から事実関係の詳細は分からないが、ガソリンスタンドの土地・建物に共同抵当権が設定されて、抵当権が実行された際の不動産評価で、宅地上のコンクリートブロック塀や地下油槽などに抵当権の効力が及ぶかどうか問題となった。

[判旨]

本件競落事件に対して、控訴審は、「抵当権の実行として数個の不動産に対し競売の申立がなされた場合、これを個別に競売するか一括して競売するかは、競売裁判所の自由裁量によって定めるところである。一括して競売に付すればその最低競売価額が著しく高額となり競買申出が困難となるおそれが十分考えられるから、一括競売が適当であるのにこれを個々に競売に付したがために、より低額に競落せられた場合でも、これをもって妥当ではないとい得ても、それが直ちに競落許可決定を違法として取消すべき民訴法681条2項所定の事由に該当するということではできない。しかしながら、本件記録中鑑定人A作成の評価調書及び添付の青写真によれば、別紙目録(省略)(2)記載の建物は(1)記載の宅地上に存し、いずれも相手方株式会社Y1商店の所有に属するもので、右建物は

同商店経営のガソリン販売の給油所として、右宅地の中右建物の敷地以外の大部分は駐車場として各利用されており、その外にコンクリートブロックの塀及び右給油所の附属施設として地上〔著者注：地下の誤りか〕油槽が認められるので、右宅地建物は客観的経済的にみて有機的に結合された一体をなすものというべく、(このような場合に右土地と建物とは一括競売に付するのが適当であろう。)右コンクリートブロック塀は右宅地と附加して一体をなすものと推断するに十分であり、また右地下油槽についても、これをガソリンの揮発性及び可燃性による事故並びに火災防止上、数メートルの地下に他の給油施設と共にその周囲を間隙なしにコンクリートで堅固に固定築造されており、これを取出すには相当の毀損をさけられず、為に使用に耐え得なくなるものであるとのXの主張は、これをそのまま肯認するに適切な直接資料を見出し得ないけれども、民法第370条にいう『附加して之と一体をなしたる物』とは必ずしも物理的に附加一体をなしたるものたるに止まらず、経済的に不動産と一体をなしてその効用を助けるものをも含み、その一体となった時期如何を問わないと解するのが相当であるから、右地下油槽は前記ガソリン給油施設として有機的に結合している右宅地建物の附加一体物と解することができ、従って右コンクリートブロック塀及び右地下油槽の各物件は共に本件抵当権の効力が及ぶものとして本件競売の目的物件となっているものといわなければならない」として、原決定が、宅地建物について上記物件の価額を除いて定めた最低競売価額とその抗告はいずれも違法であると判示した<sup>58)</sup>。

[解説]

土地上の建物・土作物としては、ガソリン販売の給油所、土地の外周にコンクリートブロック塀と、給油所の付属施設としての地下油槽が設置されていた。



本件コンクリートブロック塀は、土地と付加一体をなすものと認定された。他方で、本件地下油槽について、裁判所は、「民法第370条にいう『附加して之と一体をなしたる物』とは必ずしも物理的に附加一体をなしたるものたるに止まらず、経済的に不動産と一体をなしてその効用を助けるものをも含み、その一体となった時期如何を問わないと解するのが相当であるから、右地下油槽は前記ガソリン給油施設として有機的に結合している右宅地建物の附加一体物と解することができる」ので、本件コンクリートブロック塀と本件地下油槽の各物件には共に本件抵当権の効力が及ぶとして本件競売の目的物件となる、と判示した(370条)。判旨からは、地下油槽が土地・建物いずれの付加一体物と認定されたのかは不明であり、土地・建物双方の付加一体物と認定されている(土地・建物いずれの経済的効用を高めるものでもあり、いずれにしても、抵当権の効力が及ぶことに変わりはない)。地下油槽が、土地の構成部分(付合物)と考えられたのか、あるいは建物の従物と考えられたのかも分からない。

【3】東京地判昭和46年8月12日下級裁判所民事裁判例集22巻7・8号854頁(占有使用妨害禁止等仮処分異議事件, 占有使用妨害禁止等仮処分申請事件)<sup>59)</sup>

[事実]

本件源泉を除く第一物件および第二物件は、元債権者A荘の所有であった。第一、第二物件を債務者Bらが占有使用していた。昭和38年2月、債権者A荘と債務者B建設の間で、Bら主張の旅館A荘新館増築工事請負契約が締結された。その後昭和39年5月中旬ごろ、右両者間で債務者Bら主張のような内容の右契約の一部変更契約が成立し、その際、新館について債務者Bら主張のような抵当権設定契約がなされその旨の登記がされた。債権者A荘は約定の請負代金のうち、昭和39、

40年度分の各1億円は支払ったが、昭和41年度分の1億円の支払はなかった。昭和41年10月1日付で別紙第四物件目録(2)、(3)記載の各物件について債務者Bら主張のような抵当権設定登記がなされた。債権者A荘からは昭和42年度分の請負代金1億円の支払もなく、前記変更契約中の条項に基づき残代金2億2,886万5,000円の全額について弁済期が到来したので、債務者B建設は右各抵当権に基づき昭和42年9月6日、和歌山地方裁判所新宮支部に競売申立をし、同月2日その旨の記入登記がされ、右競売手続において債務者B建設が、昭和43年2月36日、Bら主張のA荘の旅館施設を構成する全土地、建物(第一事件抗弁第一項(二)に記載したものを競落し、各主張の日に代金支払、所有権移転登記、引渡命令の執行を完了し、現在Bらが、第一、第二物件を占有している。

[判旨]

裁判所は、本件諸物件(第二物件(コンクリート製棧橋)、本件トンネル、本件プール、本件岩風呂、脱衣所、本件ポンプ室の諸物件と温泉の源泉)の設置の経緯や状況を確認して、昭和41年作成の抵当権設定準消費貸借契約の約定書に、「『抵当権の効力は当然目的物件に従属する門、塀、庭木、庭石、造作、プール、畳、建具、機械の運転に必要な伝導装置、器具その他一切の附加従属物に及ぶものとする』および『本抵当物件は現在有姿のまま担保に供したものであるから公簿上の記載とその実際とが符合しないことがあっても抵当権の効力に何ら影響ないことを承認しかつこれに関し何らの異議も述べない』旨の各条項が存し、抵当権設定の当事者としても、プール等の附属設備を含んだ旅館施設全部を一体のものとして意識していたことが明らかである」ことを確認して、第一、第二物件が抵当権の効力の範囲内に含まれるかどうかについて、まず、第二物件(コンクリート製棧橋)は、「旅館A荘の位置する場所の特殊性からいっ

て、その出入口として必要不可欠のものであることは明白であり、専ら旅館へ赴くための通行の用に供せられていたものであって、しかも仮に取外しが物理的には可能であるとしても、その場合これら物件の経済的価値が著しく減ずることは明らかであるから（特にコンクリート製栈橋の場合）、このような意味において取外しは困難であって、これが附置されている大字勝浦1162番8の土地の構成部分ないしは従物というべきである」とした。本件トンネルは、「土地と完全に一体化しており、土地からの取外しは物理的にも不可能であって、土地を離れては存立し得ないものであるから、前記横穴式倉庫も含めその所在する大字勝浦1158番2の土地の構成部分であることは明らかである」とされた。他方で、本件プールは「土地から取外すことは困難といわざるを得ず、本館に接着して設けられ本館内の脱衣場と相まってはじめて十全な利用が可能となり、また宿泊、遊興等を目的とする旅館施設内における役割もきわめて重要であって（抵当権設定準消費貸借約定書に附属設備の一として特にプールを掲記したのもこの間の事情を物語るものといえよう。）、本件プールを含めた諸施設が有機的に一体となって一大旅館を形造っているものと評価すべきものであり、反面本件プールは旅館と切離して独立のものとして利用することも不可能ではないにしても、旅館施設の一環として使用する場合に比してその経済的効用に大差が生ずることは明らかであるから、旅館建物の構成部分ないしは従物というのが相当である」とされた。また、本件岩風呂は、「自然のままの岩窟に若干の工作物を附加したものにすぎず、またその浴槽等の諸施設は土地への密着性からして取外しはきわめて困難というべく、所在する大字勝浦1158番11および16の土地の構成部分と解するのが相当である。〔改行〕諸施設のうち脱衣場については土地からの独立性が多少認められるとしても、本件岩

風呂が旅館A荘の最も誇りとする特異な物件であることから明らかなように、これを欠いてはA荘の旅館としての価値は大幅に低下するものと認められ、脱衣場も少くとも旅館建物の構成部分ないし従物であることは明白である」とされた。本件ポンプ室は「専ら本館内大浴場および前記プールのためだけの設備であるから、旅館建物の構成部分というべきである」とされた。こうして、「各物件はすべて競落物件である土地あるいは建物に附加してこれと一体をなしたものと解すべきである。〔改行〕なおこれら物件のうち第二物件および本件プールは競落土地から公有水面上に突出して設けられているが、この事實は右物件が右競落土地あるいは地上建物の附加物と判断するについて何ら支障となるものではない。また以上の物件について抵当権設定の際、別段の定めがあったことを認めるに足りる証拠はない。（むしろ逆に前記認定のとおり、抵当権の効力がプール等附加物に及ぶ旨を特に約定している。）〔改行〕従って債務者B建設は、これら物件をすべて競落により取得したものであると、さらに土地、建物について移転登記を了したことにより前記附加物についても対抗要件を具備したものであるから、その後に至って債権者Dがこれらのうち第二物件を除く物件をその主張の日に債権者A荘から譲り受けたとしても、その所有権を対抗するに由ないものであり、また右により債権者A荘は第二物件の所有権を失うに至ったものというべきである」とされた。

ところで、「本件は、抵当権の設定された土地内の源泉から湧出した湯が、第三者のためではなく、同時に抵当権が設定された旅館建物内の浴場および抵当権の効力の及ぶプールのために専ら使用され、しかも右土地の所有者は旅館建物を所有する株式会社の代表者であって両者間に密接な関係があり、源泉地盤を含む土地と旅館建物および源泉から湧出する湯相互の利用関係の間に高度の一体性が

存する場合というべく、競売手続進行中も右のような状態に変化はなく、その後同一人が右地盤所有権および旅館建物の双方とも競落したものであり、以上の事実に加え、右土地、建物に対する抵当権設定時にすでに温泉の掘削工事が進行中であって、将来抵当土地から湯が湧出するものと予想されていたこと、本件源泉については旅館施設内の他の三箇所の源泉と異り鉱泉地として分筆登記する手続がとられていないこと等の事情を勘案すると（なお、当事者間において抵当権設定の際、温泉利用権能について別段の定めがあったことを認めるに足りる証拠はない。）、和歌山県勝浦地方における温泉権に関する一般的な慣習がたとえどのようなものであれ（この点については、証人Eが温泉権が源泉土地所有権と切離され、独立のものとして処分される慣行は周知していない旨証言するにとどまり、他に証拠はない。）のような場合には、温泉利用権能が地盤所有権と別個独立のものとして抵当権の効力の及ぶ範囲外従って競落の対象外のものであるとは到底考えられないのであって、地盤所有権の内容に当然含まれるものあるいは少なくとも旅館建物に従たる権利として、これら物件の競落人である債務者B建設が温泉利用権能をも取得すると解するのが相当である」とされた。こうして、本件土地について債務者B建設が移転登記を備えた以上、その後に至り債権者Dが債権者A荘から本件温泉権を有効に取得し得ない筋合であることは明らかである、とされた。

[解説]

旅館の建築工事を請け負ったB建設が、請負代金の未払いを理由に、抵当権を実行して、その抵当権の範囲が、旅館A荘の設備のどの範囲にまで及ぶかが争われた。なお、A荘は、競売手続後に、第二物件を除いた物件をDに譲渡したが、競落物件に登記を備えたB建設には、その所有権を対抗することはできない、とされた。

本件旅館A荘には、第二物件（コンクリート製栈橋）、本件トンネル、本件プール、本件岩風呂、脱衣所、本件ポンプ室の諸物件と、温泉の源泉が存在していた。

裁判所は、第二物件（コンクリート製栈橋）は、①「その出入口として必要不可欠のものであることは明白であり、専ら旅館へ赴くための通行の用に供せられていたもの」であり、しかも②「仮に取外しが物理的には可能であるとしても、その場合これら物件の経済的価値が著しく減ずることは明らか」であるから、土地の構成部分ないし従物であるとし、本件トンネルは、「土地と完全に一体化しており、土地からの取外しは物理的にも不可能であって、土地を離れては存立し得ないものであるから」、土地の構成部分であり、本件岩風呂は、「自然のままの岩窟に若干の工作物を附加したものにすぎず、またその浴槽等の諸施設は土地への密着性からして取外しはきわめて困難」であるから、土地の構成部分であると解した。他方で、本件プールは、土地から取外すことは困難だが、①旅館「本館に接着して設けられ本館内の脱衣場と相まってはじめて十全な利用が可能」であり、また②「宿泊、遊興等を目的とする旅館施設内における役割もきわめて重要であり」、③「本件プールを含めた諸施設が有機的に一体となって一大旅館を形造っているものと評価すべきものであり」、④「本件プールは旅館と切離して独立のものとして利用することも不可能ではないにしても、旅館施設の一環として使用する場合に比してその経済的効用に大差が生ずることは明らか」であるから、旅館建物の構成部分ないし従物であるとされ、脱衣所は、「土地からの独立性が多少認められるとしても…、これを欠いてはA荘の旅館としての価値は大幅に低下するもの」と認められることから、旅館建物の構成部分ないし従物とされ、本件ポンプ室も、「専ら本館内大浴場および前記プールのためだけの設備であるから」、



旅館建物の構成部分である、と判示された。したがって、各物件はすべて、土地あるいは建物に付加して一体をなしたものと解されるので、抵当権の効力が及ぶ、とされた(370条)。

さらに、温泉源泉についても、①「抵当権の設定された土地内の源泉から湧出した湯が、第三者のためではなく、同時に抵当権が設定された旅館建物内の浴場および抵当権の効力の及ぶプールのために専ら使用され」、②本件「土地の所有者は旅館建物を所有する株式会社の代表者であって両者間に密接な関係があり、源泉地盤を含む土地と旅館建物および源泉から湧出する湯相互の利用関係の間に高度の一体性が存する場合というべく、競売手続進行中も右のような状態に変化はなく」、③「その後同一人が右地盤所有権および旅館建物の双方とも競落した」。加えて、④本件「土地、建物に対する抵当権設定時にすでに温泉の掘削工事が進行中であって、将来抵当土地から湯が湧出するものと予想されて」おり、⑤「本件源泉については旅館施設内の他の三箇所の源泉と異り鉱泉地として分筆登記する手続がとられて」おらず、和歌山県勝浦地方における温泉権に関する一般的な慣習がたとえどのようなものであれ、このような場合には、「温泉利用権能が地盤所有権と別個独立のものとして抵当権の効力の及ぶ範囲外従って競落の対象外のものであるとは到底考えられないのであって、地盤所有権の内容に当然含まれるものあるいは少なくとも旅館建物に従たる権利」である、として、競落人である債務者B建設が温泉利用権能をも取得すると解することができる、と判示された。

土地・建物に設定された抵当権の効力について、海上に設置された本件第二物件（コンクリート製栈橋）については、土地に付合して構成部分になったか従物に当たるとして、本件トンネルと本件岩風呂は、土地に付合して土地の構成部分になったとして、本件抵当権の効力が及ぶとされた。他方、本件プール

については、土地から取り外すことは困難だが、本件旅館施設の一部として使用することがその経済的効用を高めるとして、旅館建物の構成部分ないし従物であるとされて、抵当権の効力が及ぶことが認められた。本判決の特徴として、付合物か従物か判断がつかない場合には、いずれかに当たるとして、いずれにしても抵当権の効力が及ぶことを認めている。

さらに、本判決では、本件土地の源泉から湧出する温泉の利用権能が、「地盤所有権の内容に当然含まれるものあるいは少なくとも旅館建物に従たる権利として」、抵当権の効力が及ぶ、と判示された。

### 【1】から【3】のまとめ

【1】では、動産に抵当権の効力は及ばない、とされたが、先述のように、判例変更がなされた。【2】では、特にガソリンスタンドの地下油槽について、「ガソリン給油施設として有機的に結合している右宅地建物の附加一体物と解することができる」とされ、抵当権の効力が及ぶとされた。先述のように、土地または建物いずれの附加一体物とされたのかは、判旨からは分からず、土地建物双方の附加一体物とされた<sup>60</sup>。地下油槽が、土地に付合していると解されたのか、建物の従物と解されたのかはわからない。【2】の判旨では、370条の附加一体物が、物理的な附加一体物だけではなく、経済的に不動産と一体をなして、その経済的効用を助けるものであり、その一体化の時期を問わない、と解されている。【3】では、抵当権の効力の及ぶ工作物の具体例と、その法的構成の仕方が列挙されている。旅館敷地内のトンネル、岩風呂は、土地の構成部分（付合物）とされ、海上に設置されたコンクリート製栈橋については、土地の構成部分（付合物）または従物と解されている（いずれにしても抵当権の効力は及ぶ）。他方で、プールは、土地から取り外すことは困難だが、



旅館施設との有機的一体性とその経済的効用性から、建物の構成部分（付合物）または従物と解されている（いずれにしても抵当権の効力は及ぶ）。また、本判決では、温泉の源泉（温泉権）が、土地所有権の内容に含まれるか（構成部分とされるか）、建物の従たる権利として、抵当権の効力が及ぶ、とされた。

(b) 庭木、庭石、塀などのケース

**[4]** 東京控判明治43年12月28日新聞716号21頁<sup>61)</sup>

[事実]

判旨から事実関係の詳細は分からないが、建物または土地に抵当権が設定されて、その効力がどこまで及ぶかが問題になった事件だろう。

[判旨]

「庭木庭石カ抵当地ニ定着シアル事実ハ当事者間ニ争ナキヲ以ツテ右ハ何レモ抵当地ニ附着シテ一体ヲ成スモノト認ムヘキニヨリ抵当権ノ之ニ及フモノナルヤ言ヲ俟タス又抵当ノ目的物タル建物内ニアル係争ノ戸障子畳襖等ハ何レモ建物ニ取附ケアリ且建物ト共ニAノ所有物ナル事実ハ双方争ナキヲ以ツテ右ハ建物ノ常用ニ供スル為メ所屬セシメタル従物ナルコト明カナルニヨリ甲第1号証（抵当権設定金円貸借公正証書）ノ畳建具造作有形ノ儘抵当権ヲ設定シタル旨ノ記載ニ参照スレハ右戸障子及畳襖等モ亦右抵当権ノ目的物中ニ包含セラレタル者ト認ム」とされた。

[解説]

庭木庭石が抵当地に付着して一体を成しているものと認定されて、抵当権の効力が及ぶ、とされた（370条）。

**[5]** 名古屋高決昭和30年7月8日下民集6巻7号1394頁（不動産競売開始決定の更正決定に対する即時抗告事件）<sup>62)</sup>

[事実]

Xは、昭和28年12月15日、債権者Aとの間

で金銭消費貸借契約公正証書を作成し、同日、本件公正証書により、X所有の宅地各建物およびその従物定着物について抵当権の設定をなし、各建物について、同日に保存登記の手続がなされた。ところで、庭木、石燈籠、庭石、竹神垣、手間垣などは、本件公正証書作成当時には存在せず、昭和29年3月頃になって、Xによって本件宅地に付加されたことが認められ、本件建物の建具は、本件公正証書作成当時から現存の状態が存在し、畳も既に用意されていたが運び込んでいないだけであり、当事者協議の上、後日これを運び込むことにしており、本件建物の従物として抵当権の目的に加える約定があったことが認められている。

本件宅地建物の競売開始決定の際に、不動産の表示の末尾に「従物定着物悉皆付」と加えられて決定の更正がなされたことに対して、Xが、抵当権設定時に、本件各建物は六分程度竣工していたに過ぎず、債権者自身もこれを自認していたことから、その取消しを求めた。

[判旨]

「本件宅地に夫々附加せられた庭木、石燈籠、庭石、竹神垣、手間垣等は反対の疎明がないから本件宅地に定着附加せられて之の構成部分となったものと認められ、従って之の附加の時期を問わず当然本件抵当権の効力の範囲内にあるものと解すべく、又本件建具は本件抵当権設定当時は本件建物の従物たる状態にあったものとして当然本件抵当権の効力の範囲内にあることが明かであり、更に又本件畳については本件抵当権設定当時には本件建物の従物の状態にあったとはいえないが前示説示のように既に本件建物に運び入れるばかりの状態ですつ当事者間にこれを本件建物の抵当権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るのが正当であ

る」として、Xによる更正決定の取消しを求める本件訴えは棄却された。

[解説]

土地・建物に設定された抵当権の効力が、抵当権設定後に設置された庭木、庭石や、本件建物内の建具のどの範囲にまで及ぶかが争われた。

庭木、石燈籠その他の庭石、竹神垣、手間垣などは、金銭消費貸借公正証書作成当時には存在せず、昭和29年3月頃になって宅地に付加せられたことが認められ、本件建物の建具は本件公正証書作成当時から現存し、畳も既に用意されていて、都合上運び込んでいないだけで、当事者間で、後日運び込むことにし、本件建物の従物としてこれを抵当権の目的に加える約定であったことが認められている。

裁判所は、土地と庭木他との関係について、「本件宅地に夫々附加せられた庭木、石燈籠、庭石、竹神垣、手間垣等は反対の疎明がないから本件宅地に定着附加せられて之の構成部分となったものと認められ、従って之の附加の時期を問わず当然本件抵当権の効力の範囲内にあるもの」とした。すなわち、庭木、石燈籠、庭石、竹神垣、手間垣は、当事者間に抵当権の効力が及ばないと合意がない限り、その附加の時期にかかわらず、本件宅地に定着附加して本件宅地の構成部分（付合物）となり、抵当権の効力が及ぶ、とされた（370条）。

【6】松山地判昭和40年2月1日下級裁判所民事判例集16巻2号205頁（物件引渡請求控訴事件）

[事実]

Aは、本件宅地及び建物を所有していたが、本件宅地につき、債権者Bとの間で、昭和29年3月8日、15万円の債権について順位1番の抵当権を、債権者C銀行との間で、昭和31年10月23日、極度額50万円の債権について順位2番および本件建物に順位1番の根抵当権を、債権者Dとの間で、昭和32年4月27日、極度

額30万円の債権について順位3番および本件建物に順位2番の根抵当権をそれぞれ設定し、それぞれの登記をした。債権者Dの申立による抵当権実行により、昭和34年10月24日頃、Eが本件宅地を競落して、その所有権を取得し、同年11月26日、その登記をした。本件庭木庭石は、本件宅地について順位1番の前記抵当権設定当時、既にAによって植付け配石されており、本件庭木は本件建物のうち住宅の東側、南側、西側の各庭の別紙図面に示す位置に植付けられており、本件庭石は住宅の西側の庭の中央附近に池を掘り、その周囲及びその附近の庭に配石されていた。Xが昭和36年1月27日頃、Eから本件庭木庭石全部を宅地と未分離のまま譲り受けた。

本件建物の経緯に関して、Aは、昭和28年12月頃、西条市内にあった建物を買受け、これを本件宅地に移築しようと計画し、その工事を大工Hに請け負わせた。Hは、昭和29年1月18日頃から、基礎工事に着手すると共に、建物を取り壊し、その材料を順次本件宅地上に運び、同年4月14日頃、建前をして同年8月頃一応建物として完成した。B（本件宅地について順位1番の抵当権者）は、前記抵当権設定に際し、Aが本件宅地上に建物を建築している事実を充分承知し、建物が完成しても金15万円であれば完全な弁済を受けられるという土地評価のもとに抵当権を設定した。Aは、昭和29年11月16日、本件建物について保存登記をしたうえ、前記認定の順位1番および2番の各抵当権を設定した。本件建物は、本件宅地について順位3番および本件建物について順位2番の抵当権者Dの申立による抵当権実行によりYがこれを競落してその所有権を取得し、昭和34年8月1日その登記を経由した。

[判旨]

本件庭木庭石について、「Bとの間で抵当権を設定した当時既に本件宅地上に存在していたのであるから、右抵当権の目的物件に含

まれ、本件宅地の一部として抵当権の効力が及んでいたことが明らかである」とされた。また、本件庭木庭石が本件宅地に定着して一体をなし庭園を構成していることは認定のとおりであり、「宅地と建物を別個の不動産として取扱う法制のもとで、宅地及び建物の所有者が建物に美的景観を添えるため庭木庭石を植付け配石したからといって、これをもって直ちに庭木庭石が建物の常用に供する従物であると見ることはできない。本件におけるYの全立証及び本件の全証拠をもってしても、本件庭木庭石が本件建物の従物にあたることを認めるに足りない」とされた。

本判決では、Yの法定地上権の及ぶ宅地の範囲について、本件宅地全部であると判示されており、さらに、本件庭木庭石が本件宅地の一部であることから、「これを右地上権から除外しなければならない特段の事情は認められないから、これも本件建物の使用に必要な範囲に属し、当然右地上権が及ぶと見るのが相当である」とする。そうして、Xの本件庭木庭石の所有権取得については、「宅地に定着した庭木庭石を宅地と区別して譲渡した場合にその譲受人はその所有権取得について公示方法を施さなければこれをもって第三者に対抗できないところであるが、その公示方法とは一般不特定の第三者をして譲受人の所有権取得を明認するに足るべき行為をいうのであり、その公示方法を施していないXは、Yに対してその所有権取得を対抗できない、とした<sup>63)</sup>。

[解説]

本件宅地の競落人であるEから、本件宅地と本件庭木庭石全部を未分離のまま譲り受けたXが、本件建物を競落したYを相手どって、本件庭木庭石の引渡しを求めた事件である。

本件庭木庭石は、抵当権設定時に本件宅地上に存在していたことから、宅地の抵当権の目的物件に含まれ、本件宅地の一部（付合物）として抵当権の効力が及ぶことが認められた

(370条)。

さらに、本件庭木庭石について、「宅地と建物を別個の不動産として取扱う法制のもとで、宅地及び建物の所有者が建物に美的景観を添えるため庭木庭石を植付け配石したからといって、これをもって直ちに庭木庭石が建物の常用に供する従物であると見ることはできない」として、本件庭木庭石が本件建物の従物に当たると認めることはできない、として、建物の競落人Yの本件庭木庭石の所有権取得が否定された。庭木庭石が建物の従物には当たらないとされた点、着目に値する判示である。

ところで、本判決は、本件庭木庭石が、「本件建物の使用に必要な範囲に属し、当然右地上権〔筆者注：Yの法定地上権〕が及ぶと見るのが相当である」とする。宅地の庭園の構成部分とされた本件庭木庭石に、Yの法定地上権が及ぶとする判示はよく分からないところである。また、本判決は、本件庭木庭石を宅地の競落人Eから取得したXが、その所有権取得の公示方法を施していないことから、（本件庭木庭石を法定地上権に基づいて占有している）Yに対して、その（本件庭木庭石の）所有権取得を対抗できない、としたが、Eから本件宅地と本件庭木庭石全部そのまま譲り受けたXは、本件宅地と本件庭木庭石の所有権を確定的に取得できるのではないか。たとえ、Xが、本件宅地とは別個に本件庭木庭石を譲り受けたとしても、Yは、上記のように、本件庭木庭石に対して何ら権原を有しない（法定地上権は問題にならない）ことから、本件庭木庭石に対してのXの所有権取得について、Yがとやかくいうことはできないし、Xによる公示方法の具備も問題にならないのではないか。

【7】最判昭和44年3月28日民集23巻3号699頁（強制執行の目的物に対する第三者異議上告事件）<sup>64)</sup>

## [事実]

AはXと、昭和38年10月8日、XとB間の当座貯金取引約定に基づき、現在及び将来にわたり、BがXに対し負担する債務(限度額金150万円)の担保として、A所有の鞍手郡鞍手町大字木月1237番地の1、宅地424坪4合2勺その他の物件につき、根抵当権の設定をなすことを約定し、同年10月10日、根抵当権設定登記をなした。本件土地には、根抵当権設定前に、右宅地の所有者が右宅地に庭園としての風致を与え常時鑑賞の用に供するために、その宅地に付設した物件がある。

Yは、Aに対する福岡法務局所属公証人C作成第143027号金銭消費貸借契約公正証書の執行力ある正本に基づき、昭和41年6月29日、別紙目録記載の物件(以下、「本件物件」と略称する)について強制執行をなした。

## [判旨]

第1審は、「同年10月10日、右根抵当権設定登記をなしたこと、本件物件は、右根抵当権設定前に、右宅地の所有者が右宅地に庭園としての風致を与え常時観賞の用に供するためにその宅地に附設した物件であり、右根抵当権設定当時は、あるもの(取外しのできる石灯籠、庭石等)は、なお右宅地の常用に供するためこれに付属させられている従物であり、他のもの(取外しの困難な植木、庭石等)はすでに右宅地の構成部分となり、これを取除くときは右宅地の経済的価値を著しく損じる状況で、総じて右宅地に附加してこれと一体をなしていた物であって、右根抵当権設定契約には、これらの物を抵当権の効力の及ぶ範囲から除外する別段の定めはなく、右設定契約は抵当権の効力がこれらの物件にも及ぶことを当然とした趣旨であることが認められる。〔改行〕そうすると、Xは、右根抵当権により、その妨害排除として、本件物件が、右宅地と附加一体関係を解消せしめられ、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権利、すなわち、右物件の譲渡若

くは引渡を妨げる権利があるというべく、この権利により、執行債権者たるYに対し、右物件についての強制執行の排除を求めうるものと解するのが相当である」として、Xの主張を認めた。控訴審も、第1審の判決を支持した。

最高裁は、Yの上告に対して、「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に付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8年3月15日、民録25輯473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設定登記をもって、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370条により従物たる右物件について対抗力を有するものと解するのが相当である」として、最高裁も原判決を支持した<sup>65)</sup>。

## [解説]

本件土地に庭園の観賞用に設置された本件物件(庭木、庭石、石灯籠)について、抵当権者Xと、本件物件に対して強制執行をしたYとの間で、本件物件に抵当権の効力が及ぶかどうか争われた。

最高裁は、第1審・控訴審の判決を支持して、宅地に対しての根抵当権の効力は、構成部分に及ぶことはもちろん、従物にも及ぶことを確認した。植木、取外しの困難な庭石は本件宅地の構成部分(付合物)とされ、石灯籠、取外しの可能な庭石は、宅地の常用のために付属せしめられた従物と認定された。これによれば、取外しの困難さが、構成部分(付合物)と従物の判断(分類)基準となる(いずれにしても、抵当権の効力は及ぶ)。本判決では、



従物に対して抵当権の効力が及ぶ根拠条文は明示されていない。また、本判決では、本件宅地に対する根抵当権設定登記をもって、本件宅地の構成部分、そして、抵当権の効力から除外するなどの特段の事情のないかぎり、370条によって、本件従物に対しても対抗力が及ぶことが認められた。

【8】東京高判昭和56年4月16日判時1003号96頁（深岩石所有権確認請求控訴事件）<sup>66)</sup>

[事実]

Aは、昭和33年ころ、本件土地上の居宅に居住し、鳥小屋を作って山鳥の飼育を開始したところ、山鳥は体臭が強く野犬に襲われがちであり、野犬は地下に穴をほって小屋内の山鳥を襲うこともあったため、主として野犬の侵入を防止する目的をもって、飼育開始後間もなく、塀の基礎として地中に穴を掘って玉石を二段に埋め込み、これにコンクリートを流して土台を作り、その上に深岩石を順次セメントで接着して四段ないし八段に積み重ね、ところどころに支え石を施して、本件土地及びこれに接続する畑1筆の上に本件塀を含む塀を築造した。本件土地5筆のうち3筆の地目は宅地で、他の2筆の地目は畑であるが、その現況はすべて宅地となっており、塀は一般の屋敷を囲む石塀とほぼ同様な状況となっている。Aの山鳥飼育は順調に進まず、Aは、本件土地に抵当権を設定するなどして資金をえていたが、昭和50年4月1日に、Xに対し、本件土地及びこれに接続する畑1筆の上に築造された塀に使用されている深岩石全部（約5000本）を、東洋孵卵器1台、孵卵室1棟等とともに代金130万円で売り渡し、これらをXから賃借使用していた。その後、本件抵当権が実行されて、Yが本件土地を競落した。当該競売手続において本件土地の評価を命じられた宇都宮地方裁判所執行官Cは、本件塀は本件土地に附着するものとして、本件塀の価格を本件土地の評価額に加算し、その評価報

告書に本件土地の周囲には石塀が存する旨明記した。Yは、AとXとの間の売買を知らないで本件土地を競落し、昭和53年11月30日、その所有権移転登記を経由した。深岩石は、大谷石より硬く、石塀、石蔵、土留工事等に使用されるものであり、深岩石を素材として築造された石塀等が取壊されて移築されることもないわけではないが、コンクリートの継ぎ目を玄翁で叩いて取壊す時深岩石の角を破損することもあり、いったん築造された深岩石の塀が取壊されて移動されることは少ないのが実状である。

[判旨]

裁判所は、「本件塀に使用されている個々の深岩石は、本件塀の構成要素となり、全体として本件塀を構成し、また、本件塀は、本件土地に定着し、継続的に本件土地に定着させて使用することがその取引上の性質となっていると認められるから、本件土地を競落してその所有権取得登記を経由したYは、本件塀の所有権をも取得したというべきである。〔改行〕ところで、XがAから本件塀を構成する深岩石全部すなわち本件塀を買受けたことは先に認定したとおりであるから、Xは、Aとの関係において本件塀の所有権を取得したものであるが、右のとおり本件塀は土地の定着物であるから、立木法の適用を受けない立木と同様、明認方法を講じない限り、Xはその所有権取得を第三者に対抗することができないといわざるをえない。そして、本件塀の所有権取得につき明認方法を講じていないことはXの自認するところであるから、Xは、本件塀の所有権取得をもってこれを競落により取得したYに対抗することができない」として、Yの本件深岩石の取得を認めた。

[解説]

本件土地に抵当権が設定された後で、本件塀に用いられていた本件深岩石とその他の諸物件を譲り渡されたXと、本件土地を競落し

た Y との間で、深岩石とその他の諸物件の所有権の帰属が争われた。

裁判所は、「個々の深岩石は、本件塀の構成要素となり、全体として本件塀を構成し、また、本件塀は、本件土地に定着し、継続的に本件土地に定着させて使用することがその取引上の性質となっている」ことから抵当権の効力が及び<sup>67)</sup>、本件土地を競落してその所有権取得登記を経由した Y は、本件塀および深岩石の所有権をも取得したというべきである、として、本件土地の競落人 Y が、本件塀と深岩石ほかの所有権を取得することを認めた(370条)。本件塀について、土地の定着物<sup>68)</sup>であり、立本法の適用を受けない立木と同様である、とする点が、興味深く、X がその所有権取得を対抗するためには、明認方法を講じることが必要である、とされた(もっとも、X の本件塀他の取得は、抵当権設定後であるから、X が取得するのは、抵当権付の本件塀となるのではない<sup>69)</sup>)。定着物が、土地の付合物に当たるのか、従物に当たるのかは明示されていないが、取引上の性質への言及から、従物的に考えられているのか。

#### 【4】から【8】のまとめ

【4】では、庭木・庭石が、【5】では、抵当権設定後に付加された石灯籠、庭石、竹神垣、手間垣などが、【6】も、庭木・庭石が、土地に付着して一体をなすもの・土地の構成部分・土地の一部(付合物)として抵当権の効力が及ぶとされた。【6】では、庭木・庭石が、建物の景観を整えるために設置されたとしても、建物の従物とすることはできない、とされた。【7】では、石灯籠と取外しの可能な庭石が、土地の従物とされ、植木と取外し困難な庭石が、土地の構成部分(付合物)とされて、同じ庭石であっても、その取外しの困難さで、土地の構成部分(付合物)となるか従物となるか分かれることが示された(が、いずれにしても抵当権の効力が及ぶ)。【8】では、

土地上の塀が、土地の定着物であるから、抵当権の効力が及ぶ、とされ、その塀の構成要素である深岩石にも抵当権の効力が及ぶ、とされた。

(続)

<sup>33)</sup> 柚木馨・高木多喜男編『新版 注釈民法(9)』(有斐閣, 1998年) 82・83頁〔山崎寛〕。

<sup>34)</sup> 柚木・高木『新版 注釈民法(9)』83頁〔山崎〕。

<sup>35)</sup> 本判例では必要費・有益費を支出した抵当不動産の第三取得者が、抵当権者に対して不当利得返還請求権をもつことが認められた。石田穰「判批」法協92巻3号361頁, 吉原省三・笹井保大「判批」判タ303号81頁, 石川明「判批」民商70巻6号995頁, 齊藤和夫「判批」ジュリ増刊『担保法の判例 I』92頁, 川口富男「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和48年度183頁。

<sup>36)</sup> 農地の競落による所有権移転の際には、農地法による許可が必要である(最判昭和42年3月3日最高裁判所民事86号427頁)。

<sup>37)</sup> 我妻榮『新訂 担保物権法』(岩波書店, 1968年) 262・263頁, 田中克志「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 担保制度一般・抵当権』(筑摩書房, 1985年)) 173頁。

<sup>38)</sup> 山野目章夫『不動産登記法』(商事法務, 2009年) 186頁。

<sup>39)</sup> 田中「土地の抵当権の効力の及ぶ範囲」173頁。

<sup>40)</sup> 我妻『担保物権法』263頁, 田中「土地の抵当権の効力の及ぶ範囲」173頁。

<sup>41)</sup> 岩本軍平「判批」別冊ジュリ10号8頁, 中川善之助「判批」法セ22号40頁, 曾田厚「判批」別冊ジュリ77号36頁, 藤田東三「判批」法協43巻12号2251頁, 秋山靖浩「判批」別冊ジュリ223号22頁。

<sup>42)</sup> 最判昭和30年6月24日民集9巻7号919頁も参照。

<sup>43)</sup> 我妻榮著・有泉亨補訂『新訂 物権法』(岩波書店, 1983年) 13頁。

<sup>44)</sup> 浦野雄幸「抵当権の目的となり得る物」(中川善之助・兼子一監修『不動産法大系 II 担保』(青林書院新社, 1971年)) 107・108頁, 満田忠彦「抵当権の設定をめぐる判例上の問題点」(加藤一郎・林良平編『担保法大系: 実体法・手続法・実務の交錯』(金融財政事情研究会,

- 1984年)) 213頁, 道垣内弘人『担保物権法 [第3版]』(有斐閣, 2008年) 122頁, 松岡久和『担保物権法』(日本評論社, 2017年) 27頁。
- 45) 高木多喜男「登記先例解説」別冊ジュリ75号84・85頁。
- 46) 柚木馨・高木多喜男『担保物権法 [第3版]』(有斐閣, 1982年) 225頁。
- 47) 昼間種「単独所有権の一部に対する抵当権の設定登記の可否」金法208号12頁以下, 浦野雄幸「抵当権の目的となり得る物」107・108頁, 道垣内『担保物権法 [第3版]』123頁, 松岡『担保物権法』28頁。
- 48) 共有持分の一部を目的とするものだが, 昭和35年6月1日民事甲第1340号民事局通達。山野日章夫編『不動産登記重要先例集』(有斐閣, 2013年) 374・375頁を参照。もっとも, 同一名義人が, 数箇に分けて, 格別の登記により, 持分を取得した場合には, それぞれの持分について抵当権設定の登記が可能だとする登記実務取扱いがある(昭和55年4月4日民事三2251号民事局長回答。松尾英夫「不動産の共有持分の一部に対する抵当権設定等の登記」金法1035号16頁を参照)。
- 49) 柚木・高木『担保物権法 [第3版]』225頁や高木・別冊ジュリ75号85頁は, これを理由とする。それに対して, 道垣内『担保物権法 [第3版]』123頁は, 肯定説は「共同持分に抵当権を設定した後, 設定者が他の共有者の持分を取得したときも, 同様の状態になるのだから問題はない, とするが, その場合は, 民法179条1項ただし書の規定に準じて共有持分の融合は生じないと解すべきであって, 同列には論じえない」とする。
- 50) 浦野「抵当権の目的となり得る物」109頁, 満田「抵当権の設定をめぐる判例上の問題点」213・214頁, 柚木馨・高木多喜男編『新版 注釈民法 (9) [改訂版]』(有斐閣, 2015年) 13・14頁〔高木多喜男〕, 道垣内『担保物権法 [第3版]』123頁。松岡『担保物権法』27頁は, ほは区分所有建物の場合に限られる, とする。
- 51) 共有物分割後の持分上の抵当権をどのように扱うか, すなわち, 分割後に抵当権を負担するのは, 抵当権設定者の取得部分のみか, それとも共有不動産全体, つまり他の共有者の取得部分にも割会的に存続するのか, という問題は, 共有の法的性質の問題とも絡んで, 難しい問題である。梁田史郎「共有物分割後の持分上の抵当権」九大法学94号117頁以下を参照。
- 52) 鎌田薫「判批」ジュリ増刊『担保法の判例 I』7頁。
- 53) 柚木・高木編『新版 注釈民法 (9) [改訂版]』14頁〔高木〕, 道垣内『担保物権法 [第3版]』123頁。
- 54) 井口源一郎「抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲」(中川善之助・兼子一監修『不動産法大系 II 担保』(青林書院新社, 1971年)) 136・137頁, 柚木・高木編『新版 注釈民法 (9) [改訂版]』16・17頁〔高木〕, 田中「土地の抵当権の効力の及ぶ範囲」174・175頁。
- 55) 拙稿「抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲について (1)」北星論集第57巻1号3頁。
- 56) 大判大正8年3月15日民録25輯473頁。拙稿「抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲について (1)」北星論集第57巻1号4頁を参照。
- 57) 柚木・高木『新版 注釈民法 (9)』86頁〔山崎〕。
- 58) 不動産の鑑定評価については, 「記録によれば原裁判所はこれら建物につき前記A鑑定人の評価鑑定に基き, 各別に最低競売価額を定め, もってこれを個々に競売に付した結果相手方Y2に対し, 右最低競売価額の合計金244万5300円を700円上廻る金244万6000円で競売を許したものであることが認められる。ところで, 右建物はいずれも寒河江市大字寒河江字幸田甲380番甲383番合併の1, 宅地125坪の上に存し, それらの所有者は相手方Y1であり, 右宅地も競売の目的物件となっているのであるから, 右各建物と右宅地とを各別に競売すれば当然右宅地につき右建物の所有権取得者の為法定地上権を生ずべく, 従って宅地は地上権の負担があるものとして, 建物については地上権を伴うものとしてそれぞれ適正に評価すべき筋合であるところ, 右A鑑定人の評価調書を仔細に検討すれば, 宅地は地上権の負担なき更地として, また建物は地上権を伴わないそれ自体の価格のみを評定し, 従って結果において, 宅地は不当に高価に, 建物はそれにつれ不当に安価に評価したものであることを窺い知るに難くない」として, 本件鑑定評価は, 最低競売価額決定の資料とすることはできないものであり, 原決定は違法である, と判示した。
- 59) 柚木・高木『新版 注釈民法 (9)』86・87頁〔山崎〕。
- 60) 同じようにガソリンスタンドに抵当権が設定されて, その効力の及ぶ目的物の範囲が問



題になった東京高判昭和61年12月24日判時1226号68頁、最判平成2年4月19日判時1354号80頁(東京高判昭和61年12月24日の上告審)では、地下タンクが、土地の定着物として、不動産に当たるとされて、地下タンクを含む営業用諸設備は、地上建物(給油施設)と経済的に結合して、ガソリンスタンドの営業に供されており、社会通念上、地上建物の効用を全うさせる役割を果たしていることから、地上建物の従物と認定されて、抵当権の効力が及ぶ、とされた。地下タンクは、地中に定着していることから、土地の付合物とも考えられそうだが、本件では、建物の従物とされた点が興味深い。もっとも、この事件は、借地上の建物(ガソリンスタンド)に抵当権が設定されたケースであった。

- <sup>61)</sup> 柚木・高木『新版 注釈民法(9)』87・88頁、100頁〔山崎〕。
- <sup>62)</sup> 柚木・高木『新版 注釈民法(9)』88頁、100頁〔山崎〕。
- <sup>63)</sup> 抵当権設定当時、築造に着手していた本件建物の法定地上権の成立如何について、「本件宅地の面積は95坪5合5勺で、その周囲は別紙図面のとおりのブロック塀、竹垣及び生垣等で囲まれ、本件建物は住宅の建坪35坪5合、物置の建坪1坪5合であって、その余の宅地は別紙図面に示すような庭及び庭園を形成しており、この庭園はAが本件建物に住宅としての景観を添えるため作ったものであることが認められるから、本件宅地はすべて本件建物利用のため必要な範囲に属していると考えられるので、法定地上権の及ぶ範囲は本件宅地全部であると見るべきである。そして本件庭木庭石は、本件宅地の一部であること前記認定のとおりであり、これを右地上権から除外しなければならない特段の事情は認められないから、これも本件建物の使用に必要な範囲に属し、当然右地上権が及ぶと見るのが相当である〔改行〕次に本件庭木庭石全部のうち、別紙図面記載の(イ)から(ヲ)の庭木及び手水鉢の台石、沓脱石各一個の庭石は、…Yが本件建物の所有権を取得した後植付け配石したものであることが認められるから、これはYが右地上権に基づいて植付け配石したものでYの所有に属するといえることができる。〔改行〕Xが本件庭木庭石の所有権取得について公示方法を施しているかどうかについて検討するに、…Xが右所有権取得を明認させるに足る公示

方法を施していることを認めるに足る証拠はない。Xは、本件庭木庭石を譲受けた際譲渡人であるEが昭和36年1月27日Yに対してその譲渡通知をしたから公示方法を充している旨主張するが、本件の如く宅地に定着した庭木庭石を宅地と区別して譲渡した場合にその譲受人はその所有権取得について公示方法を施さなければこれをもって第三者に対抗できないところであるが、その公示方法とは一般不特定の第三者をして譲受人の所有権取得を明認するに足るべき行為をいうのであるから、単に特定の第三者に所有権取得の通知をしただけでは右の公示方法にあたらぬことが明らかである。〔改行〕前記認定のとおり、Yは、本件庭木庭石全部のうち、その一部を法定地上権に基づき占有し、その余を所有権に基づき占有している。従って、対抗要件を具えていないXはYにその権利を主張し得ない」と判示された。

- <sup>64)</sup> 遠藤浩「判批」民研492号29頁、西澤修「判批」民商62巻1号137頁、磯村保「判批」別冊ジュリ『担保法の判例I』31頁、椿寿夫「判批」法セ172号126頁、松本崇「判批」金法1433号72頁、同「判批」金法1581号80頁、古積健三郎「判批」別冊ジュリ223号166頁、鶴巻暁「判批」ジュリ増刊『実務に効く担保・債権管理判例精選』21頁、鎌野邦樹「抵当権の目的物の範囲」(半田正夫他編『現代判例民法学の課題 森泉章教授還暦記念論集』(法学書院、1988年)所収)390頁以下、柚木・高木『新版 注釈民法(9)』88頁、100頁〔山崎〕など。拙稿「抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲について(1)」北星論集57巻1号4頁も参照。
- <sup>65)</sup> また、本判決は、「Y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失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Xに対し、右物件等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。原判決の判断は正当である、としている。すなわち、本判決では、抵当権者は、抵当権に基づき、抵当不動産に付属する物件が抵当権の効力外に逸失するのを防止するために、それら物件の譲渡や引渡しを妨げる権利をもつことを認めた(抵当権に基づく妨害排除請求権?)。この点については、別に論じないとならない。
- <sup>66)</sup> 柚木・高木『新版 注釈民法(9)』84・85頁〔山



崎]

- <sup>67)</sup> 奈良地葛城支判昭和38年8月23日下級裁判所民事裁判例集14巻8号1601頁では、門と塀が、建物の常用のために築造された従物であり、それが他人の所有に属することになれば、主たる建物の経済的価値が損なわれることから、87条2項および370条の趣旨から、主たる建物の従物として、競落人の所有となった、とする。
- <sup>68)</sup> 建物以外の定着物是不動産か、不動産でないとしたら、どのように解するか、土地に抵当権を設定した場合、その定着物に抵当権の効力が及ぶのか、建物に抵当権を設定した場合、その定着物に抵当権の効力が及ぶか、など、不動産－土地、定着物、建物の関係を整理することが必要である。拙稿「土地の設定された抵当権の効力がその土地の地下車庫に及ぶかについて」北星論集第56巻2号108頁以下を参照。
- <sup>69)</sup> 柚木・高木『新版 注釈民法(9)』84頁〔山崎〕。

