

抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲について (3)

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, 北星論集57巻2号9頁以下)
 - (c) 立木 (樹木) (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 (3)

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

- (1) 土地に関わる判例と裁判例
- (c) 立木 (樹木)

[9] 判明治36年11月13日民録9輯1221頁 (抵当権実行承認請求ノ件)⁷⁰⁾

[事実]

京都府紀伊郡深草村大字大亀谷小字岩山四48番地山林の立木について, 本件山林が立木とともにXによって訴外A外1名のために抵当権の目的とされ, 本件抵当権について適法な登記が設定された。本件樹木をYが伐採した。抵当権者Xが, 本件伐採木材について抵

当権実行の承認を求めた。

[判旨]

「立木カ抵当権ノ目的タルハ恰カモ動産ヨリ成ル家屋ノ造作カ家屋ノ一部ヲ為セル間ハ不動産タルトモ若シ之ヲ家屋ヨリ引離シタルトキハ動産タルト同シク樹木カ立木トシテ土地ニ生立セル間ニ限ルモノニシテタヒ伐採セラレタルトキハ不動産タル性質ヲ失ヒ動産ト為ルカ故ニ縦令ヒ従来地所ト共ニ抵当権ノ目的タリシト雖モ伐採セラレタル以上ハ抵当権者ハ之レニ対シ抵当権ノ直接ノ目的トシテ其権利ヲ行フコトヲ得ス何トナレハ抵当権ハ物権ニシテ抵当権者ハ其目的物ノ存在スル所ニ

キーワード：民法370条, 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, Accessory, Mortgage Setting Agreement

追従シテ其権利ヲ行フコトヲ得可キモノナレハ立木カ不動産タル間ハ登記ノ規定アルカ故ニ既ニ立木カ抵当権ノ目的トナリ居ルコトヲ知ラスシテ土地ニ生立セル立木ヲ買受ケタル第三者ハ自己ノ調査ノ不十分ナリシヨリ抵当権者ノ追従ノ為メ損失ヲ被ムルニ外ナラサル可シ然レトモ立木ノ伐採セラレテ材木トナリタル後之ニ対シテモ抵当権者カ依然抵当権ヲ実行シ追従スルコトヲ得ルモノトスルトキハ転輾シテ伐採シタル材木ヲ買受ケタル第三者マテモ意外ノ損失ヲ被ムル可キカ故ニ法律ハ抵当権ノ目的ヲ不動産ニ限りタル所以ナリ而シテ民法第372条ニ規定スル如ク同法第304条ヲ準用シ抵当権ノ目的カ売買、賃借、滅失又ハ毀損等ニ因リ債務者カ受ク可キ金銭其他ノ物ニ対シテモ抵当権ヲ行フコトヲ許ルシタレトモ是レ抵当権ノ本然ノ効力ニ非サルカ故ニ抵当権者カ此利益ヲ受ケントスルニハ金銭其他ノ物ノ払渡又ハ引渡前ニ差押ヲ為スコトヲ要スル旨ノ規定アルモノトス左レハ本件ノ場合ニ於テ抵当権ノ目的タリシ立木ノ伐採セラレタル以上此立木タルヤ不動産トシテハ滅失シタルニ外ナラス此故ニ或ハ民法第372条ノ規定ニ依リ同法第304条ヲ準用スルコトアル可キモ抵当権者タルXハ伐採後ノ材木ニ対シ依然之ヲ抵当権ノ目的トシテ普通ノ場合ノ如ク其権利ヲ行フコトヲ得ルモノニ非ス」とした。

[解説]

抵当権が設定された土地上の立木が伐採された場合に、その伐採された木材に抵当権を実行することができるかどうか争われた事件である。

抵当地上の立木は、「立木トシテ土地ニ生立セル間ニ限ルモノニシテ一タヒ伐採セラレタルトキハ不動産タル性質ヲ失ヒ動産ト為ルカ故ニ縦令ヒ従来地所ト共ニ抵当権ノ目的タリシト雖モ伐採セラレタル以上ハ抵当権者ハ之レニ対シ抵当権ノ直接ノ目的トシテ其権利ヲ行フコトヲ得ス」とされた。その理由は、

①家屋の造作が家屋の一部を成している間は不動産だが、それが家屋から引き離されたときには動産となるのと同じく、抵当権者は、その引き離された動産に抵当権の効力を及ぼすことができないこと、②立木が土地に付着して不動産である間は、土地に対しての抵当権の登記が、立木が抵当権の目的であることを公示するが、立木が伐採されて材木となったあとは、抵当権の登記の公示(対抗力)が及ばず、それが及ぶとなると転輾譲渡された第三取得者に不測の損害を及ぼす可能性があるから、とされた。372条・304条の物上代位への言及は唐突な感じがするが、その挙示は、上告理由に対応するものである。立木に対して抵当権の効力が及ぶ、とされた根拠条文は挙げられていないが、370条(、369条あるいは242条)に基づく。

【10】東京控判明治44年10月14日新聞758号23頁

[事実]

判旨から、具体的な事実関係は分からない。

[反し]

抵当権が設定された土地に生立している立木は、「土地ト定着シテ一体ヲ為スコトハ言フ迄モナキ所ニシテ本件抵当権設定ノ際特ニ立木ヲ除外シタル事情ハ之レヲ認ムヘキ点ナキカ故ニ抵当権設定ノ当時ハ立木ヲモ包含シテ抵当権ノ目的物トナレルモノト」解することができる、とされた。

[解説]

抵当権が設定された土地に生立している立木に抵当権の効力が及ぶかどうか争われた事件だろう。

抵当地上に生立している立木は、土地に定着して一体をなしているものと考えられて、すなわち、土地の所有権に吸収されて、その立木にも抵当権の効力が及ぶ、と認定された。ただし、抵当権設定のときに、「特ニ立木ヲ除外シタル事情」が認められれば、その限り

ではない、とされた。抵当権設定時の特約、すなわち、当事者の意思（抵当権設定契約への配慮か）が考慮されている点が注目に値する。根拠条文は挙げられていないが、370条（あるいは242条）に基づく。

【11】大判大正5年5月31日民録22輯1083頁（立木伐採並搬出禁止請求ノ件）⁷¹⁾

[事実]

判旨から具体的な事実は分からないが、おそらく、抵当権実行（差押え）後に、抵当地の所有者が、抵当地上の立木（山林、杉栗など約230本）を譲渡して、譲受人Yがそれを伐採したので、抵当権者XがYを相手どって、その搬出を禁止した。

[判旨]

山林の樹木が伐採されたことで、不動産としての性質を失い、もはや抵当権の効力が及ばないと判示した原判決に対して、大審院は、「本件ハ（一）目的物ニ代ル債権スラ抵当権ノ目的タル以上ハ目的物ノ一部ヲ減失スル伐採木材ノ引渡ハ法律上ノ手續ヲ以テ之ヲ拒ムコトヲ得ル抵当権ノ効力ヲ及ホスヘキ範囲ナリト謂ハサルヘカラス（二）抵当不動産競売手續進行中ニ在リテハ第三者ト雖モ目的物ヲ伐採其他如何ナル処分方法ヲ以テスルモ之ヲ抵当権者ニ対抗スルコトヲ得サルモノト論定セサルヘカラス」として、原判決を破棄した。その理由は、「立木カ抵当権ノ目的タルハ土地ニ生立スル間ニ限ルモノニシテ一タヒ伐採セラレタル時ハ不動産タル性質ヲ失ヒ動産ト為ルカ故ニ抵当権者ハ之ニ対シ抵当権ノ直接ノ目的トシテ其権利ヲ行フコトヲ得サルハ当院判例ノ存スル所ナリ（明治36年11月13日第二民事部判決）然レトモ是レ唯立木カ抵当権ノ実行ニ先タチ土地ト分離シテ動産ト為リタル場合ニ於テノミ然ルモノニシテ本件ノ如ク抵当権者カ抵当権ノ目的タル山林ニ対シテ既ニ権利ノ実行ニ著手シ競売ノ開始セラレタル場合ニ於テハ民事訴訟法ニ依ル競売ニ在リテ

ハ土地及ヒ之ト一体ヲ成ス立木ニ対シ差押ノ効力ヲ生シ競売法ニ依ル競売ニ在リテモ之ト同一ノ効力ヲ生スルモノナレハ不動産所有者ハ爾後之カ処分ヲ制限セラルルモノニシテ随テ所有者ヨリ立木ノミヲ買受ケタル第三者ト雖モ抵当権ヲ無視シテ其目的物ノ価格ヲ減少スヘキ行為ヲ為スコトヲ得ス抵当権者ハ其者ニ対シ立木ノ伐採ヲ差止メ得ルハ勿論既ニ伐採シタルモ尚ホ其地上ニ存スル木材ハ仮令性質ヲ変シテ動産ト為リタリトモ之カ搬出ヲ拒ミ得ルモノト謂ハサル可カラス何トナレハ如上差押ノ効力ハ斯ノ如キ物ノ性質ノ変更ニ依リテ消長ヲ来タス理ナク又民法第372条第304条カ抵当権者ヲシテ物上代位ノ権利ヲ行ハシムル法意ニ鑑ミルトキハ抵当権ノ実行ハ斯ル権利ヲ伴ハシムルヲ当然トスレハナリ」として、原判決が、Xの抵当権実行手続進行中なことを認めながら、Xが、伐採された山林立木のうち杉栗など230本に対して抵当権を行使することができない、とした原判決を棄却した。

[解説]

抵当権実行（差押え）後に、抵当権が設定された土地上の立木が譲渡されて、その譲受人Yが立木を伐採し、搬出しようとしたのに対して、抵当権者Xがその伐採と搬出の禁止を求めた事件である。

本判決では、抵当権が設定されている土地に生立している立木が伐採されると、不動産としての性質を失い、動産となることから、抵当権の効力が及ばないとした【9】の判旨を認めるが、本件については、既に抵当権が実行され、競売手続が開始された後で、抵当権が設定された土地に生立している立木が伐採され、搬出されようとしているケースなので、【9】とは前提となる事実関係が異なる、とされる。本件では、既に抵当権が実行されているので、抵当権が設定された土地に生立している立木を譲り受けた者といえども、抵当権の目的物の価格を減少させるような行

為、すなわち、立木の伐採や、いわんや搬出は許されない、とする。したがって、抵当権者は、立木の譲受人 Y の伐採や搬出を差止めることができる、とする。その理由として、抵当権が既に実行されていることに加えて、372条・304条により物上代位が認められている、その法意が挙げられている。

もちろん、抵当権が設定されている土地に生立している立木に対しても抵当権の効力が及んでいることが前提となっており、その根拠条文は、土地と一体化した不動産と考えられていることから、370条（あるいは242条）と考えられる。

抵当権侵害（抵当権実行妨害）のケースと分類することもできる。

【12】大判大正14年10月26日民集4巻517頁（立木所有権確認並ニ伐採搬出禁止請求事件）⁷²⁾

[事実]

Xは大正11年8月5日、訴外Aから2670円を借り受け、自己の所有する宮城県遠田郡田尻町大嶺字清水3番山林2反4畝13歩外2筆の宅地に抵当権を設定した。Aは抵当権の実行として、大正12年6月25日、古川区裁判所による競売に基づいて本件山林を競落した。Xは、本件山林に対して、抵当権設定および競売をするに当たって、樹木を除外したことから、Aはそれを競落する理由はない、と主張したが、Yは、Aからそれを買受けたと主張して、それを伐採して他に搬出しようとした。Xは、Yを相手どって、本件樹木がXの所有に属することの確認を求め、その伐採・搬出を禁止することを請求した。

[判旨]

「土地ニ定著シテ之ト一体ヲ為ス樹木ハ不動産タル性質ヲ有スルモノナリト雖立木ニ関スル法律ノ適用ヲ受クルモノニアラサレハ土地ト分離シ独立シテ抵当権ノ目的ト為スコトヲ得サルハ同法律第2条ノ規定ニヨリ明瞭ナルノミナラス抵当権ハ其ノ目的タル不動産ニ

附加シ之ト一体ヲ成シタル物ニ及フ旨ヲ規定シタル民法第370条ニ於テ抵当地上ニ存スル建物ヲ除外シタルニ止リ其ノ地上ニ存スル樹木ヲ除外セザリシ趣旨ニ徴スルモ蓋疑ヲ容レサル所ナリトス故ニ山林ヲ抵当権ノ目的トナシタル場合ニ其ノ地上ニ生立スル樹木ニシテ立木ニ関スル法律ノ適用ヲ受ケサルモノナル以上ハ特ニ之ヲ除外スル旨ノ意思ヲ表示セサル限り抵当権ハ単ニ地盤ノミニ止ラスト一体ヲ成ス樹木ニモ及フモノナリト解スルヲ相当トス」と判示した。本件では、Xが訴外Aに対する債務を担保するために設定した抵当権の目的である係争山林に生立する樹木が、立木法による所有権保存登記を経由したものでないことから、本件山林の樹木にも抵当権の効力が及ぶ、とされた。

[解説]

抵当権が設定された土地に生立する樹木が土地とともに競落されたが、その樹木を抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲から除外したとする抵当権設定者Xが、その樹木の譲受人Yを相手どって、その樹木の所有権の確認と、その伐採・搬出の禁止を求めた事件である。

土地に定着している樹木は、不動産の性質を有するものであり、立木法の適用を受けないかぎり、土地と分離して抵当権の目的とすることはできない、とされた。その理由は、370条が、抵当地上の建物のみを除外して、抵当地上の樹木を除外しなかったことから明らかである、とされる。抵当権が設定された土地上に生立する樹木は、「特ニ之ヲ除外スル旨ノ意思ヲ表示セサル限り」、抵当地と一体を成す樹木にも抵当権の効力が及ぶ、と判示された。370条を根拠としたものである。

【13】東京控判昭和5年4月21日新聞3120号56頁

[事実]

Aが、立木の生立する土地に、Bのために抵当権を設定し、その登記を経由した。その

際、地上に生立する立木を除外する特約が結ばれたことはなかった。Bが抵当権を実行して、Xが競落して、本件土地の所有権を取得し、登記も經由した。Yは、Bの抵当権実行前に、Aから本件山林中の立木を取得した、と主張した。X・Y間で立木の帰属が争われた。[判旨]

「本件立木カ立木法（明治42年法律第22号立木ニ関スル法律）ニ謂フ立木ニ非サルコト本件立木カモト訴外Aノ所有ナリシコト及本件立木ノ存在スルY主張ノ二筆ノ土地（記録第106丁表第2行目ニ『同所3602番山林』トアルハ『同所3603番山林』ノ誤記ナルコト弁論ヲ全趣旨ニ徴シ明白ナリ）ニ付キ大正14年5月15日訴外A（当時右土地ノ所有者）カ訴外Bノ為メニ抵当権ヲ設定シ同日其登記ヲ經由シタルコトハ当事者間ニ争ナク右抵当権設定ノ際特ニ右地上ニ存在スル本件立木ヲ除外シタル事実ヲ認ムヘキ証拠ナキカ故ニ右抵当権ノ効力ハ当然本件立木ニ及フモノト為スヲ相当トスルノミナラス成立ニ争ナキ甲第3号証ニ依レハ大正14年5月15日AトBトノ間ニ本件立木ヲモ右土地ト共ニ抵当権ノ目的ト為スモノナル旨ノ公正証書ヲ作成セシメタル事実ヲ推認シ得ヘシ而シテ其後X主張ノ如クBヨリ右土地ニ付キ抵当権実行ノ為メ競売ノ申立ヲ為シ該競売ニ於テXカ競落ニ依リ右二筆ノ土地ノ所有権ヲ取得シ其所有権取得登記ヲ經由シタルコトモ当事者間ニ争ナキカ故ニ右競売ニ於テ特ニ本件立木ヲ除外シタル事跡ノ認ムヘキモノナキ限り本件立木モ亦右土地ト共ニ競売ニ付セラレXノ競落ニ依リ之カ所有権モ亦Xニ移転シタルモノニシテ右土地ニ付キ所有権取得登記ヲ經由シタル以上本件立木ニ付キテモ其所有権取得ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ルニ至リタルモノナリト謂ハサルヘカラス成立ニ争ナキ甲第1、2号証乙第9号証及乙第12乃至第18号証ニ依レハX主張ノ競売手續ニ於テ抵当物件若クハ競売ノ目的トシテハ単ニ土地ノ表示アリタルノミナ

ルコト明カナルモ本件立木ノ如ク立木法ニヨラサル立木ハ独立シテ抵当権ノ目的ト為ルモノニ非スシテ反対ノ意思表示ナキ限り其地盤タル土地ニ付キ設定サレタル抵当権ノ効力ハ立木ニ及フモノト解スルヲ理由トシ競売手續ニ於テ抵当物件若クハ競売ノ目的トシテハ地盤タル土地ヲ表示スレハ足ルモノナルカ故ニ右ノ如キ表示アレハトテ素ヨリ之ヲ以テ特ニ本件立木ヲ除外シタルモノトハ為スコト能ハサルヘク又他ニ特ニ本件立木ヲ本件競売ヨリ除外シタル事実ヲ認ムヘキ証拠又ハ前段認定ヲ覆スニ足ル証拠ナシ又Y主張ノ如ク昭和2年8月25日訴外Cヨリ本件立木ニ付仮処分ノ申請アリ其仮処分中ニ競売カ行ハレタルモノナリトスルモ該仮処分ハ本件競売開始決定後ナルコトYノ自陳スル所ニシテ且Yハ其仮処分ノ当事者ニモ非サルカ故ニ該仮処分ハXノ本件立木ニ対スル所有権取得ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトハナシ然ラハ仮ニYカ其主張ノ如ク大正15年1月23日訴外Aヨリ本件立木ヲ真実ニ買受ケタリトスルモソハAカ前記ノ如ク本件立木ノ地盤タル土地ニ付キBノ為メニ抵当権ヲ設立シタル後ノ事ニ属スルカ故ニ其抵当権実行ノ競売ニ於テ本件立木ヲ競落シタルXニ対抗スルコト能ハサルモノナルノミナラス原審証人Aノ証言及成立ニ争ナキ甲第5、6号証ニ依レハ係争立木ハ当時2、3万円ノ価値アリタルモノニシテY主張ノ如キ代価ニテ容易ニ売買サルヘキモノニ非スシテY主張ノA及Y間ノ本件立木ノ売買ハ真実ノ売買ニ非スAノYニ対スル債務ヲ担保スル為メ乙第1乃至第6号証ノ如キ書面ヲ作成シ以テ売買ノ如キ形式ヲ仮装シタルニ過キサレコトヲ認メ得ヘク之ニ反スル乙第8号証ノ記載ハ措信シ難ク他ニ之カ反証ト為スニ足ルモノナシ従テ本件競売当時本件立木ノ所有権ハYニ在リタリトノ主張事実ヲ前提トスルYノ主張ハ総テ此点ニ於テ理由ナキモノト謂ハサルヘカラス而シテ訴外CカYニ対シ本件立木ハ自己ノ所有ナリトシテ立木伐採禁止ノ訴

ヲ提起シYハ之ニ対シ該立木ハ自己ノ所有ナリト主張シ右事件カ目下水戸地方裁判所ニ繫属中ナルコトハ当事者間ニ争ナクYハ本件3602番山林ノ立木ハ既ニAニ売戻シタル旨主張スルモ此分ノ立木ニ付キテモYハ一旦有効ニAヨリ之ヲ買受ケタルモノナル旨ノ主張ヲ為スモノナレハXハYトノ関係ニ於テ本件立木全部ノ所有権カ自己ニ属スルコトヲ即時ニ確定セシムル法律上ノ利益ヲ有スルコト勿論ニシテ又原審証人Aノ証言ニ依リ其成立ヲ認め得ル乙第1号証乙第5号証並ニ本件立木ニ付右ノ如クYヲ被告トスル立木伐採禁止ノ訴訟ノ繫属セル事実トヲ綜合スレハYハ本件立木ヲ伐採セントスル虞アルモノト認めラルルカ故ニXヨリYニ対スル本件立木伐採禁止ノ請求モ亦正当ナリ」と判示された。

【解説】

抵当権が設定された土地上の立木について、競売での競落人Xと、抵当権実行前に立木を譲り受けたとするYとの間で、その帰属が争われた。

裁判所は、「立木法ニヨラサル立木ハ独立シテ抵当権ノ目的ト為ルモノニ非スシテ反対ノ意思表示ナキ限り其地盤タル土地ニ付キ設定サレタル抵当権ノ効力ハ立木ニ及フモノト解スル」として、立木について、抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲から除かれるという意思表示がなければ、抵当権の効力が及ぶ、とされた。その根拠条文は挙げられていないが、370条に基づくものである。本件では、結局、別段の意思表示もなく、本件立木が立木法に基づく立木でもない、と認定されて、Xによる、Yに対しての立木伐採禁止請求が認められた。

【14】大判昭和7年4月20日新聞3407号15頁(抵当権存在確認及木材引渡請求事件)⁷³⁾

【事実】

判旨から具体的な事実関係は分からない

が、抵当権の設定された土地上の立木が伐採されて、搬出されそうになったので、抵当権者がそれを差止めようとしたものだろう。

【判旨】

「抵当権ハ絶対権ナルヲ以テ抵当物ニ対シ(従ヒテ抵当権ソノモノニ対シ)危害ヲ加ヘムトスル者アル場合ニ於テハ其所有者タルト第三者タルトヲ問ハス之ニ対シ不作為ノ請求権ヲ有スルハ言ヲ俟タス(仮ノ地位ヲ定ムル仮処分ヲ為シ得ルコトニ付キテハ姑ク云ハス)Xカ第1審以来Yハ伐採シタル木材ヲ『右山林地内ニ積置キシカ近来ニ至リ之ヲ阪神地方ニ運送セムトシツツアリ仍テXハ右木材ニ付其抵当権ヲ実行セムカ為メYニ対シ木材ノ引渡ヲ(中略)求ムル為メ本訴ニ及ヒタリ』ト主張セルハ少クトモ右ノ不作為請求権ヲ主張セルノ趣旨ト解」せる。

【解説】

抵当権者が、抵当権が設定された土地上の立木の伐採と搬出の差止めを求めた事件である。

大審院は、「抵当権ハ絶対権ナルヲ以テ抵当物ニ対シ(従ヒテ抵当権ソノモノニ対シ)危害ヲ加ヘムトスル者アル場合ニ於テハ其所有者タルト第三者タルトヲ問ハス之ニ対シ不作為ノ請求権ヲ有スルハ言ヲ俟タス」として、抵当権(物権)の絶対性に基づいて、抵当権に基づく不作為請求権の行使を認めた。抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲内の物が、抵当権の効力範囲から持ち出されそうになった場合に、物権としての抵当権の絶対性という性質に基づいて、不作為、本件では、伐採と搬出の禁止を請求できることを認めた。判旨からは、おそらく、本件の不作為請求の行使は抵当権実行前であると考えられる。

抵当権の設定された土地に成立する立木の伐採・搬出の差止めが認められたことから、土地に設定された抵当権の効力が立木にまで及ぶことが認められた。根拠条文は挙げられていないが、370条(あるいは242条)に基づく。

本件は、抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲内の物が搬出されそうになった場合に、その妨害排除（または予防）を求めることができることを認めた。物権である抵当権に基づく妨害排除（・予防）請求権の行使が容認された⁷⁴⁾。

抵当権侵害のケースと分類することもできる。

【15】 大判昭和7年5月27日民集11巻1289頁⁷⁵⁾ (抵当権存在確認及立木伐採搬出禁止請求事件)

[事実]

XはYに対して、大正13年7月10日、金1万5000円を、弁済期限大正16年12月29日、利息を元金10円につき1ヶ月金10銭、毎年2月25日支払いの約定で貸与して、その担保として、Y所有の山形県東置賜郡二井宿村字大畑7300番山林3町6反8畝10歩に対して第一番順位の抵当権を、外170筆の土地に対して、第二番順位の抵当権を設定して、その登記を経由した。Yは昭和4年8月下旬、不法に当該抵当権を無視して、7300番地の山林中の杉立木2本を、訴外Aに代金1000円で、また同杉立木2本を、訴外Bに代金150円で売り渡し、これを伐採し搬出して、合計1150円相当の損害をXに被らせた。Xは、Yを相手どって、本件山林に対する抵当権の目的物の範囲を本件地番およびその地上の立木を包含することの確認を求めて、同時に、立木の伐採搬出による損害賠償を求めた。

これに対して、Yは、本件抵当権の設定は、特に地上の立木はこれを除外して、その土地のみを目的としただけでなく、山形県地方においては、山林を目的とする抵当権の設定は特別の意思表示ない限り、地上立木はこれを除外する慣習が存在し、本件当事者もこれに基づく意思を有していた、と主張した。

[判旨]

原判決は、「Xノ本件抵当権ノ範囲ノ確認ヲ求ムル請求ヲ認容シ且杉立木伐採ニ依ル損

害賠償ノ請求ニ付テハ其ノ損害額金690円ヲ相当ト認メ其ノ限度」で、Xの請求を認容した。

大審院は、「YハXニ対スル債務ノ担保トシテ本件7300番山林3町6反8畝10歩ニ対シ第一番抵当権ヲ設定シ其ノ他ノ170筆ノ土地ニ対シ第二番抵当権ヲ設定シタリ然ルニYハ右抵当権ヲ侵害スルコトヲ認識シテ前記7300番山林地上ノ杉立木4本ヲ訴外人ニ売却伐採セシメテ該抵当権ヲ侵害シタリト云フニ在リ故ニ該不法行為ニ因ル損害ハ抵当権侵害ニ基因スルモノナラサルヘカラス而シテ抵当権侵害ニ因ル損害ハ抵当権ニ依リテ担保セラレタル債権カ完済セラレサル場合ニ於テノミ生スルコトハ多言ヲ要セサル所ナルヲ以テ抵当債権ノ弁済期以前ニ於テハ該損害ノ発生ハ不明ニ属シ弁済期後ニ於テモ抵当債権ニシテ若シ抵当権ノ目的物中侵害ナキ爾余ノ物件ニ対スル抵当権ノ実行ニヨリ完済ヲ受ケ得タリトセンカ右不法行為ニ因ル損害無キニ帰スヘシ故ニ斯ル不法行為ニ因ル現実ノ損害ノ賠償範囲ヲ定ムルニ付テハ不法行為ニ因リ他人ノ所有物ヲ滅失セシメ又ハ毀損シタル場合ト異リ不法行為ノ当時ヲ標準トスルコトナク抵当権実行ノ時又ハ抵当債権ノ弁済期後抵当権実行前ニ於ケル賠償請求権行使ノ時ヲ標準トスヘキモノトス從テ訴訟手續ニヨリテ其ノ権利ヲ行使スル場合ニハ事実裁判所ニ於ケル最終ノ口頭弁論ノ時ヲ標準トシテ抵当物件ノ価格カ抵当債務総額ニ不足スル限度ニ於テ滅失セシメラレタル抵当物件ノ価格ヲ算定シ該金額ヲ以テ右損害額ナリト為ササルヘカラス然ラハ則チ（一）原審カ本訴損害賠償ノ範囲ヲ定ムルニ付立木伐採ノ時ヲ標準トスルコトナク本訴請求ノ時ニ於ケル抵当物件全部ノ価格カ抵当債務総額ニ不足スル金額及右伐採立木ノ時価ヲ判定シ該不足額ノ限度内ナル右立木ノ時価ニ相当スル金額ヲ以テ本訴損害額ナリト判断シタルハ相当ニシテ（二）仮令右伐採立木ハ抵当物件ノ一部ニ過キサルモ之ヲ以テ全体ノ

抵当権ノ消長ニ関係ナシト謂フヘカラス又抵当権ノ実行ヲ俟タスシテ之カ実行ヲ為スモ右立木ノ時価ノ限度ニ於テ本件抵当債権ノ弁済ヲ受クルコト能ハサルニ至ルヘキ所以ノ理由ハ前記ノ如キ原審ノ判断ニ依リテ自ラ明ナルヲ以テ原判決ニハ此ノ点ニ付審理不尽理由不備等ノ違法ナシ (三) 又原審ハ本件7300番山林ニ付テモ価額ノ4割低落ヲ判断シタルモノニアラサルコト原判文上明ニシテ原審援用ノ鑑定ノ結果ニ依リ前掲伐採立木ノ時価690円ナルコトハ之ヲ認ムルニ足り」とし判示した。〔解説〕

抵当権実行前に、抵当権の設定された土地上の立木が伐採搬出されたことで、抵当権者Xが、抵当不動産の価額が低下させられた、として、抵当権設定者Yを相手どって、不法行為に基づく損害賠償を請求した事件である。

大審院は、抵当権侵害による損害が、「抵当権ニ依リテ担保セラレタル債権カ完済セラレサル場合ニ於テノミ生スル」と認定した。したがって、「抵当債権ノ弁済期以前ニ於テハ該損害ノ発生ハ不明ニ属シ弁済期後ニ於テモ抵当債権ニシテ若シ抵当権ノ目的物中侵害ナキ爾余ノ物件ニ対スル抵当権ノ実行ニヨリ完済ヲ受ケ得タリトセンカ右不法行為ニ因ル損害無キニ帰スヘシ」とする。それゆえに、抵当権侵害に当たる行為が不法行為に当たるか否かを判断する基準時は、「不法行為ノ当時ヲ標準トスルコトナク抵当権実行ノ時又ハ抵当債権ノ弁済期後抵当権実行前ニ於ケル賠償請求権行使ノ時ヲ標準トスヘキ」とした。

本判決は、抵当権が設定された土地に生立していた立木の伐採・搬出について、抵当権侵害が認められたものだが、それゆえに、抵当地上の立木にも抵当権の効力が及ぶことが確認された。根拠条文は370条 (あるいは242条) に基づくものと思われる。抵当権侵害の損害額の認定に当たっては、事実審の口頭弁論終結時に、伐採・搬出により、「抵当

物件ノ価格カ抵当債務総額ニ不足スル限度ニ於テ滅失セシメラレタル抵当物件ノ価格ヲ算定シ」て、その損害額が算定される、とした⁷⁶⁾。抵当権実行前に、抵当地上の立木の伐採・搬出を差止めることができる、とした【14】と、抵当権実行前に、実際に立木が伐採され搬出されて、抵当権者が被担保債権の満足を得られなくなった場合に、抵当権者は不法行為に基づく損害賠償を求めることが認められた本判決によって、抵当権に基づいてできること (抵当権の効力) が明確にされた (抵当権者が、抵当権侵害に対してできること (防御策) が明らかにされた)。

抵当権侵害のケースと分類することもできる。

【16】大判昭和13年12月13日新聞4362号13頁 (土地引渡並損害金請求事件)⁷⁷⁾

〔事実〕

本件土地の所有者である訴外Aは、大正15年5月27日訴外Bから、金200円を借りるに当たり、本件土地と他の1筆に抵当権を設定した。次いで、昭和3年頃、Xが本件土地を、訴外Aから買い受けて、Xとその他2名の名義で所有権移転登記手続をなした。訴外Bは、昭和5年9月12日に、本件土地について競売を申し立てて、同年9月18日、佐原区裁判所にて、不動産競売手続の開始決定がなされたが、競落人が現れず、昭和7年6月3日の再競売期日に、Xは他の1筆の土地を競落したが、本件土地の競買人Cが、競買代金を納付しなかったため、本件土地について、さらに再競売となり、同年9月17日に、Yが本件土地を競落した。Xが、本件土地上の樹木の引渡しを請求した。

〔判旨〕

大審院は、「抵当権ノ目的タル土地ニ附加シテ一体ヲ為シタル樹木ハ設定行為ニ別段ノ定アル場合ニ限り右抵当権ノ効力ノ及ハサルモノト認ムルコトヲ得レトモ此ノ場合ニ於テ

モ其ノ登記アルニアラサレハ第三者ニ対抗スルコトヲ得サルノミナラス右設定行為後該土地上ニ附加セラレタル樹木ニ付テハ抵当権ノ効力ヲ排除スヘキ謂レナキコト論ヲ俟タス」と判示した。本件について、大審院は、「本件地上ノ係争樹木ニ付前示別段ノ特約並其ノ登記アリシ事跡ヲ認メ難キヲ以テXノ主張ヲ以テ競落人タルYニ対抗シ得サルモノト為シタ」原判決に違法はない、として、原判決と同様に、Xの立木の請求を認めなかった。
[解説]

おそらく、抵当権設定者から本件土地を買い受けた第三取得者Xと、本件土地を競落した競落人Yとの間で、抵当権が設定された本件土地上の立木の帰属が争われた事件である。

大審院は、「抵当権ノ目的タル土地ニ附加シテ一体ヲ為シタル樹木ハ設定行為ニ別段ノ定アル場合ニ限り右抵当権ノ効力ノ及ハサルモノト認ムルコトヲ得レトモ此ノ場合ニ於テモ其ノ登記アルニアラサレハ第三者ニ対抗スルコトヲ得サルノミナラス右設定行為後該土地上ニ附加セラレタル樹木ニ付テハ抵当権ノ効力ヲ排除スヘキ謂レナキコト論ヲ俟タス」として、抵当権設定時に、抵当地上の樹木について、抵当権の効力が及ばない旨、抵当権設定契約で別段の定めをした場合、抵当権の効力は及ばないが、その別段の定めについては、登記がなければ、競落人を含む第三者に対抗することができない、とされた。その法理は、抵当権設定後に、抵当地に生立された樹木についても当てはまる、とされた。抵当権設定後に、抵当地に生立された樹木にも、抵当権の効力が及ぶことを明示的に認めた点は注目に値する。抵当地上の樹木について、抵当地と附加一体となっている、として、抵当権の効力が及ぶとされた。370条を根拠とする。

【9】から【16】のまとめ

抵当権が設定された土地に生立している立

木は、「土地ト定着シテ一体ヲ為ス」(【10】ほか)ことから、抵当権設定の際に、立木を除外する特別の合意と登記がないかぎり、抵当権の効力が及ぶとされるのが、判例の一貫した態度である(【9】、【10】、【11】、【12】(立木法の言及あり)、【13】(立木法の言及あり)、【14】(立木法の言及あり)、【15】、【16】)^{78) 79)}。370条(あるいは土地への付合(242条))に基づく。なお、土地に抵当権の登記がなされれば、抵当地上の立木に対しても、抵当権の登記の効力が及ぶことはもちろんである。

立木は、土地の定着物であり、一個の不動産だが(86条)、土地の一部とされ(242条参照)、土地と法的運命を共にする^{80) 81)}。立木(立木の集団)を、土地とは独立した不動産として、取引(譲渡、抵当権の設定など)の対象とするためには、立木法⁸²⁾による登記を備えるか、明認方法を施す必要がある^{83) 84)}。

また、【16】により、別段の定めにより、抵当権が設定された土地に生立している立木に抵当権の効力が及ばないとする場合には、その旨の登記が必要である、とされる(不動産登記法88条1項4号参照)

【9】では、抵当地上の立木が伐採されて、その伐採木材について抵当権実行の承認が求められたが、立木が土地から伐採されて、動産となったことによって、土地に対しての抵当権の公示(対抗力)が、伐採木材には及ばなくなるので、抵当権の実行は認められない、とされた。しかし、【11】によって、抵当権実行(差押え)後に、抵当地上の立木が伐採されて搬出されようとしている場合に、抵当権者は、抵当権に基づいて、その妨害の排除(予防)、すなわち、伐採・搬出の禁止を求めることができる、とされた。後に、【14】によって、抵当権者は、抵当権の効力として、抵当権実行前でも、抵当地上の立木の伐採・搬出の差止めを求めることが認められた。さらに、【15】によって、抵当地上の立木が伐採され搬出されたことで、抵当権者が被担保債権の

満足を得られなくなった場合には、抵当権者は、抵当権設定者を相手どって、不法行為(抵当権侵害)に基づく損害賠償を請求することが認められた。抵当地上の立木が伐採され、搬出された場合に、抵当権の効力が及ぶのかどうかは、抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲の問題でもあり、それと同時に、【11】、【14】、【15】にも見られるように、抵当権侵害の問題にも関わり⁸⁵⁾、さらには、抵当権者(または競落人)と、伐採され搬出された木材の取得者の取引の安全をどう図っていくかという問題にも関わる⁸⁶⁾。かつては、抵当地上に生立する立木が伐採され搬出された場合に、その木材に抵当権の効力が及ぶのか(抵当権侵害に当たるのか、抵当権者は何ができるのか)が争われたが、その問題類型は、現在、抵当不動産から従物(物)が搬出された場合に、その従物(物)に抵当権の効力が及ぶのか(抵当権侵害に当たるのか、抵当権者は何ができるのか)に姿を変えている⁸⁷⁾。抵当不動産からの従物(物)の搬出は、日常的にありうる事柄であり、それを法律上どう考えていくかは、極めて現代的な課題である。

(続)

力トシテ之カ妨害ノ排除ヲ訴求シ得ヘキハ当然ナリ」として、抵当権者は、弁済期の到来、また、競売開始決定の着手の如何にかかわらず、抵当権に基づく妨害排除を求めることができる、とした。当該判例については、於保「抵当権の及ぶ目的物の範囲」102頁を参照。

⁷⁵⁾ 片山金章「判批」法学新報43巻2号101頁、横梯次「判批」別冊ジュリ46号196頁、川島武宜「判批」法協51巻10号1933頁。

⁷⁶⁾ 平野裕之『担保物権法』(日本評論社、2017年)58頁を参照。

ところで、抵当権侵害を、本判決のように考えると、そもそも抵当権設定時から、被担保債権額に満たない価格の不動産に抵当権が設定されていた場合、抵当権侵害(・損害)は、どのように認定されていくのだろうか(被担保債権額に満たないまでも、抵当不動産の競売から得られたらう価格から減少した分を、抵当権侵害に基づく損害と考えるのか)。そもそも抵当不動産は、時間の経過により価値を減少させていくものであり(経年劣化)、それは、当然、抵当権侵害(・損害)とは考えられない。経年劣化を除いた、人為的かつ悪意の抵当不動産の価値の減少行為を抵当権侵害(・損害)と捉えるのか。

⁷⁷⁾ 於保「抵当権の及ぶ目的物の範囲」99・100頁、柚木・高木編『新版 注釈民法(9)』90頁以下〔山崎〕。

⁷⁸⁾ 我妻榮『新訂 担保物権法』(岩波書店、1968年)261・262頁。我妻『担保物権法』261頁では、土地の附合物として、立木と稲立毛が挙げられているが、稲立毛について挙げられている判例はすべて、抵当権に関わるものではなく、稲立毛の所有権の帰属が争われたものである。

⁷⁹⁾ 「地目」としての「山林」に抵当権を設定する場合、抵当権者は、抵当地上の立木の(担保)価値を当てにしていると考えられる。抵当地上の立木の方が、地盤よりも評価額が高いと考えられるからである。【16】の大判昭和13年12月13日の判決以降、立木に対しての抵当権に関わる判例・裁判例がみられないのも、立木の価値の低下(林業の不振)によるものだろう。御宿義「森林担保と漁業担保—システム担保論の試み」(加藤一郎・林良平編集代表『担保法大系 第5巻』(金融財政事情研究会、1984年))724頁以下、宇都木旭「森林担保金融の諸問題」(米倉明他編『金融担保法講座Ⅱ巻』(筑摩書房、1986年))206頁以下、高瀬賢一「森林の担保」手形研究398号12頁以下を参照。

⁷⁰⁾ 於保不二雄「抵当権の及ぶ目的物の範囲」(渡辺洋三・林千衛・於保不二雄『総合判例研究叢書 民法(5)』(有斐閣、1957年))100・101頁。

⁷¹⁾ 於保「抵当権の及ぶ目的物の範囲」101・102頁。

⁷²⁾ 於保「抵当権の及ぶ目的物の範囲」99頁、柚木馨・高木多喜男編『新版 注釈民法(9)』(有斐閣、1998年)92・93頁〔山崎寛〕。

⁷³⁾ 於保「抵当権の及ぶ目的物の範囲」102・103頁。

⁷⁴⁾ 同様に、大判昭和6年10月21日民集10巻913頁では、抵当権実行(競売開始決定)後に、債務者(抵当権設定者)が、抵当地上の樹木を売却し、その伐採をなさんとしているのに対して、債務者(抵当権設定者)が「滅失毀損等事実上ノ行為ヲ以テ抵当物ニ対スル侵害ヲ敢行スル場合ニ於テハ其ノ侵害行為カ抵当権者ノ有スル債権ノ弁済期後ナルト或ハ抵当権ノ実行ニ著手シタル後ナルト否ト問ハス抵当権者ハ物権タル抵当権ノ効

- ⁸⁰⁾ 我妻榮『新訂 民法総則』(岩波書店, 1965年) 213頁, 215頁以下, 四宮和夫・能見善久『民法総則 [第8版]』(弘文堂, 2010年) 166頁を参照。
- ⁸¹⁾ 立木の法的性質とその譲渡, 公示方法に関わる判例として, 大判大正9年2月19日民録26輯142頁〔立木の所有権取得には公示方法(明認方法)が必要とした〕, 大判大正12年7月26日民集2巻565頁〔個別の立木も不動産とする〕, 最判昭和35年3月1日民集14巻3号307頁〔山林の二重売買が問題となった事件で, 立木の所有権取得を第三者に対抗するためには, 公示(明認方法)の継続が必要とした〕, 最判昭和37年5月29日判時303号27頁〔山林の二重賃貸借が問題となった事件で, 借地上の立木の所有権が誰に帰属するかが争われた〕を参照。
- ⁸²⁾ 立木法による立木に対しての抵当権の設定については, 柚木・高木編『新版 注釈民法(9)』89頁以下〔山崎〕, 御宿「森林担保と漁業担保」724頁以下, 山田卓生「抵当権の目的となる物権・立木とその抵当権の内容・効力」(加藤・林編集代表『担保法大系 第3巻』(金融財政事情研究会, 1985年)) 15・16頁, 浦野雄幸「物権担保, 立木担保の実行」(加藤・林編集代表『担保法大系 第3巻』) 39頁以下, 宇都木「森林担保金融の諸問題」210頁以下, 御室龍「立木抵当の設定と効力」(同『金融法の理論と実務』(信山社, 1993年)) 264頁以下, 高瀬「森林の担保」手形研究398号12頁以下を参照。これらにより, 立木抵当, 山林・森林抵当の現状や問題を理解することができる。
- ⁸³⁾ ただし, 明認方法による公示の場合, 抵当権の設定は事実上, 困難である。
- ⁸⁴⁾ 抵当権は, 他人の土地に工作物や竹木を所有するための土地使用权=地上権にも設定することができる(370条2項)。地上権に抵当権を設定することで, その借地上の立木に抵当権の効力を及ぼすことも考えられる。御宿「森林担保と漁業担保」727頁以下, 宇都木「森林担保金融の諸問題」231頁以下を参照。
- ⁸⁵⁾ 我妻『新訂 担保物権法』267頁以下, 382頁以下, 道垣内弘人『担保物権法 [第3版]』(有斐閣, 2008年) 180・181頁。とくに, 生熊長幸『担保物権法』(三省堂, 2013年) 146頁以下, 平野裕之『担保物権法』(日本評論社, 2017年) 49頁以下が詳しい。
- ⁸⁶⁾ これらの問題のパーспекティブを得るには, 石田剛「抵当不動産から分離搬出された動産への抵当権の追求効」法教407号118頁以下, 青木則幸「判批」別冊ジュリ223号176・177頁の考察が示唆的である。拙稿「抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲について(2)」北星論集57巻1号7頁注2)も参照。
- ⁸⁷⁾ 工場抵当法の事件であるが, 最判昭和57年3月12日民集36巻3号349頁が議論のベースとなっている。

