

抵当権の追及効と対抗問題の射程

松 尾 弘

一 問題の所在

二 判 例

1 分離物に対する抵当権の効力

2 分離・搬出物に対する抵当権の効力

三 学 説

1 分離物に対する抵当権の効力

2 分離・搬出物に対する抵当権の効力

四 私 見

1 一般の抵当権の場合

2 工場抵当法に基づく抵当権の場合

一 問題の所在

抵当権の目的物から分離した物に対して抵当権の効力が及ぶか否かという問題が、抵当権の追及効として長らく論じられてきた。例えば、AがBに対する債権を担保するためにB所有の土地・建物に抵当権の設定を受けた

が、当該建物の一部または付加一体物が当該建物から分離・搬出され、第三者Cの占有下にある場合、AはCに
 対し、抵当権に基づいて分離物の回復を請求することができるかどうかである。⁽¹⁾この問題については、分離自体
 によって抵当権の効力が遮断されるとの見解、分離・搬出によって遮断されるとの見解、分離・搬出後の第三者
 の対抗要件の具備または即時取得要件の具備によって遮断されるとの見解等々、様々な見方が対立している。し
 かし、問題の核心はAC関係がどのような法律関係に立つかにあり、その際には、Cが誰を介して、どのよう
 してBの抵当不動産からの分離・搬出物の占有を取得したかにより、AC間の優劣を決する適用法理は異なると
 みられる。このような観点から、かつて筆者はこの問題を「即時取得（無権利の法理の例外則）と対抗の法理と
 の交錯」問題の一つとして位置づけ、両法理の境界画定を試みた。⁽²⁾本稿はこれを補充し、この問題に適用され
 べき法理としての対抗の法理と即時取得（無権利の法理の例外則）の守備範囲の明確化を試みるものである。

二 判 例

1 分離物に対する抵当権の効力

抵当不動産からの分離物に対する抵当権の効力に関しては、判例では主として抵当山林の樹木が抵当権者Aに
 無断でBによって伐採され、第三者Cに売却されたり、第三者Cが無権原で、または抵当権設定者Bから当該山
 林を購入するなどして伐採した場合に、伐採された木材に抵当権の効力が及ぶかどうかをめぐる問題になった。
 (1) 【大判明治三十六年一月一三日民録九輯一二二頁】は、Aが抵当権をもつBら二名所有の抵当山林上の
 樹木（不動産）がCら三名によって伐採された場合、当該樹木は不動産の性質を失って動産となるから、抵当権
 の効力はそれによって遮断されるとした。⁽³⁾興味深いのは、同判決が、分離物に対する抵当権が消滅する理由とし

て、①分離（樹木の伐採）によって不動産たる性質を失って動産となり、「不動産トシテハ滅失シタルニ外ナラス」という、いわば形式的理由とともに、②立木が不動産である間は登記の規定があるゆえに、すでに立木が抵当権の目的となっていることを知らずに土地に生立する立木を買い受けた第三者は「自己ノ調査ノ不十分ナリシヨリ」抵当権者から追及されて損失を被っても仕方ないが、立木が伐採されて材木となった後にも抵当権者が追及できるとすれば、「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」として、実質的には、動産取引における第三者保護ないし取引安全の保護を図る必要性を挙げていることである。とりわけ、分離による公示の消滅ないしは弱体化を問題にしていたことが、後の検討との関係でも再認識されるべきである。

(2) これに対し、【大判大正五年五月三十一日民録二二輯一〇八三頁】は、Aのために抵当権が設定された抵当山林の所有者Bから立木のみを善意で買い受けたCが、Aによって抵当権が実行され、競売が開始されて差押えの効力が生じた後に、AがCに対して立木の伐採の禁止および伐採された木材の抵当不動産からの搬出禁止を請求した事案で、Aの請求を認めた。⁽⁴⁾ その際、本件と前記大判明治三六年との相違については、①立木が伐採によって不動産たる性質を失って動産となるがゆえに抵当権の効力が及ばなくなるのは、「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」であり、「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」と、競売による差押えの効力を前面に出している。すなわち、「差押ノ効力ハ斯ノ如キ物ノ性質ノ変更〔不動産たる立木の伐採による動産化〕ニ依リテ消長ヲ来タス理ナク」とする。また、これに加え、②「民法第三百七十二条第三百四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〔立木の伐採差止めおよび伐採木材の搬出禁止を請求できる権利〕ヲ伴ハシムルヲ当然トスレハナリ」と述べ、抵当不動産の代償物に抵当権の効力が及ぶことも、伐採後の木材に抵当権の効力が及ぶ根拠として付加する⁽⁵⁾。

(3) しかし、【大判昭和六年一〇月二一日民集一〇卷九一三頁】は、一般論として、抵当権者は、被担保債権の弁済期の前か後かを問わず、また、抵当権の実行に着手したかどうかを問わず、抵当権設定者Bが抵当山林の立木を第三者Cに売却して伐採・搬出しようとする侵害行為の排除を請求することができる⁽⁶⁾と認めるに至った。

また、【大判昭和七年四月二〇日法律新聞三四〇七号一五頁】は、抵当権実行後・競売開始決定前であっても、木材の搬出禁止請求を認めた。すなわち、「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」とした⁽⁷⁾。

以上のように、現在の判例は、抵当不動産の一部をなしていた物が分離されて動産になった場合でも、抵当権の実行および競売開始決定の前か後かを問わず、分離物に対する抵当権の効力が存続することを認めているといえる。もともと、抵当権実行後・競売開始決定前に搬出されてしまった木材に抵当権の効力（追及効）が及ぶかどうかについては、判例の立場は明らかではない。また、分離物に対する抵当権の公示をどのように考えるべきか、分離物について譲渡、その他の物権変動が生じた場合の對抗要件をどうみるかという問題についても、判例の立場は明確でない。いずれにせよ、これらの残された問題は、分離物が搬出された場合に関する判例の理解にも、依然として影響していることに注意する必要がある。

2 分離・搬出物に対する抵当権の効力

抵当不動産から分離・搬出された物に対して抵当権の効力（対抗力、追及力を含む）が及ぶかどうかについては、工場抵当権に関し、工場抵当法に従って登記された工場建物の用に供された動産が、無権限者によって第三者に売却され、当該工場建物から搬出されてしまった場合につき、【最二小判昭和五七年三月一二日民集三六卷三号三四九頁】がある。

事案の概要は、以下のとおりである。昭和四六年七月一〇日、B（チップ協同組合）はA（信用保証協会）との間で、AとP（商工組合中央金庫）との債務保証契約に基づき、AがBに対して将来取得することのあるべき求償金債権を担保するため、B所有の建物（Q町所在の平家建工場、床面積五四三・二三^m。以下、本件建物という）および同建物に備え付けた機械類に、債権元本極度額金二七五〇万円の工場抵当法二条⁽⁸⁾による根抵当権を設定し、それについて同法三条に基づき登記を具備した。同法三条の目録⁽⁹⁾にB所有の目的物件として記載されていたB所有の鉄製トラックスケール（昭和四五年四月製造。貨物をトラックに積載したまま貨物の正味重量を計算する装置で、入出荷管理・在庫管理などに使用する機械。以下、本件物件という）一台を、昭和五〇年六月二三日、Bの代表者Nが自分の所有物であると称して、N所有の解体用トラックとともに、一六〇万円でC（古物営業者）に売却し、引き渡した。その後、本件物件はCが占有している。そこで、AはCに対し、根抵当権に基づき、①本件物件につき、売買、贈与、質権設定、賃貸、その他抵当権の実行を妨げる一切の行為の禁止、および②本件物件の本件建物への搬入を求めた。これに対し、Cは、仮に本件物件がBの所有であったとしても、Aは本件物件を占有していたNから昭和五〇年六月二三日、本件物件を同人のものとして買い受け、その引渡しを受けたから、善意取得したと抗弁した⁽¹⁰⁾。これに対し、Aは再抗弁として、Cは長年Q町に住んでおり、かかる狭い町でNの素姓を知らないはずがなく、本件物件がBの所有であることについて知らないはずがない、Cは古物営業者であり、古物営業法一六条によると古物を買うとき相手方の住所、氏名、職業等を確認することを義務づけられており、

Cはこれら住所、職業の確認を怠ったから、本件物件をNの所有と信じたことに過失があると反論した。

第一審は、Aの前記請求をいずれも棄却した。⁽¹¹⁾ Aは控訴し、その際、抵当権は本来目的物を占有すべき権利を包含しないが、例外的に、工場抵当法三条目録動産は、分離・搬出後も、抵当権の本来の価値を回復する手段として一括して競売することの便宜のために、抵当不動産の所在場所に抵当目的物を戻すことを請求する権利を有するから、Cは本件物件を本件建物に搬入する義務があり、Aの抵当権の効力により、本件物件について売買、贈与、質権の設定その他抵当権の実行を妨げる一切の行為をしない不作為義務を負う。しかも、Aの抵当権の効力を実効あるものとするためには、AはCに対し、本件物件の引渡しを請求することも許される（予備的請求として追加）。また、Cが主張する善意取得の要件に関する再抗弁（前記）を補足し、Cは人口一万九〇〇〇余人の小さなQ町で一年間古物商を営んでおり、Q町の国道に面した大きな建物に看板を掲げているBの工場を知らないはずはなく、そこにあった本件物件が誰の所有であるかを知悉していた、また、仮にCが本件物件はN所有であると信じていたとしても、Q町内の商人間ではNがB代表者であることは周知のことであつたから、それについて過失があつたと主張した。

第二審は、Aの控訴を認容し、原判決を取り消し、Aの主位的請求を認容した。まず、即時取得の成否については、つぎの事実を認定した。①本件建物はBのチップ製作工場（以下、本件工場という）であり、本件物件はNC間の売買当時、同工場構内にチップ原木計量の用に供するため備え付けられていた。②本件建物について工場抵当法二条による根抵当権設定登記を申請する際に、同時に提出された同法三条の目録に本件物件もB所有の目的物件として記載されている。③本件工場および付属の事務所はQ町内の国道に面した場所にあり、NC間の売買当時もBの工場、事務所であることを示す看板が掲げられていた。④Bは昭和四五年頃設立され、Nはその頃代表理事に就任したが、Nの自宅は本件工場から約一〇〇〇m離れており、そこで個人経営の製材業を営んで

いた。⑤Q町は人口一万九〇〇〇人余の小さな町であり、CはNとの売買当時すでに約九年間Q町で古物商を営んでいた（経験年数は二〇数年）。以上の事実に基づいても、Cは「本件物件がNの所有物ではないこと」を「知っていたことを推認するには足りない」。しかし、永年古物営業をしてきたCとしては、本件物件がNの所有であることに当然疑問をもつべきであるから、疑問をもたずに漫然とN所有と信じたとすればすでにその点で過失があり、疑問をもったとすれば簡単な調査によってN所有でないことは容易に判明したはずであるから、充分調査せずにN所有と信じたCには過失がある。

つぎに、抵当権実行妨害禁止および元の備付建物への搬入の請求については、抵当権は「目的物の担保価値の把握を主眼とする価値権」であり、目的物の占有・使用・収益権限を含まないから、無権原占有者に対しても「目的物の価値自体の減損が生じないかぎり」は「排除請求はできないが」、「工場抵当法二条の抵当権の目的たる動産の場合」は「抵当権は工場に属する土地、建物とその備付動産とを有機的一体として、これによる独自の担保価値を把握しようとするもの」であり、当該動産が抵当権者の同意なしに搬出されるときは、「担保価値の一体的把握は困難」になり、同法五条二項（即時取得）によって抵当権自体が消滅する危険性もあることから、「工場抵当法二条の抵当権については、その価値権自体の保全のためにも、目的動産の自由な処分、占有移転を制約し、あるいは搬出された目的動産を旧備付場所に搬入させるべき必要性は大きい」し、処分や占有移転禁止の不作為義務を課すだけでは、有機的一体性をもった独自の担保価値を実現し、即時取得による抵当権自体の消滅を防止するのに充分なものとはいえない。

Cの申告に対し、最高裁は原判決を認容し、申告を棄却した。「工場抵当法二条の規定により工場に属する土地又は建物とともに抵当権の目的とされた動産が、抵当権者の同意を得ないで、備付けられた工場から搬出された場合には、第三者において即時取得をしない限りは、抵当権者は搬出された目的動産をもとの備付場所である

工場に戻すことを求めることができるものと解するのが相当である。けだし、抵当権者の同意を得ないで工場から搬出された右動産については、第三者が即時取得をしない限りは、抵当権の効力が及んでおり、第三者の占有する当該動産に対し抵当権を行使することができるのであり（同法五条参照）、右抵当権の担保価値を保全するためには、目的動産の処分等を禁止するだけでは足りず、搬出された目的動産をもとの備付場所に戻して原状を回復すべき必要があるからである」。

本事案には、つぎの二つの特色があることを看過すべきでない⁽¹²⁾。

第一に、本件で問題になったトラックスケールは、工場抵当法三条に基づき、抵当不動産たる建物に備え付けられた物として、それ自体が登記されていたことである。その登記により、本件動産については対抗要件が具備されており、それによって抵当権者 A による価値的支配に服するに至っていたものと解される。このような目的物であるからこそ、工場抵当法五条一項は「抵当権ハ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」と規定しえたものと考えられる。そして、その場合における第三者の保護は、同条二項がいうように、民法一九二条～一九四条の適用によることになる。

第二に、しかしまた、それ以前に、本件では当該トラックスケールを第三者 C に売却して引き渡したのは、その所有者 B ではなく、権限のない N であったということである。この場合、無権利者からの取得者 C が保護されるとすれば、それは善意取得の規定（民法一九二条～一九四条）によらざるをえない。これら二つの事由から、いずれにしても本件では、第三者 C が民法一九二条の要件を具備しているかどうか問題になったといえる。それでは、一般の抵当権の場合において、抵当目的物の一部や付加一体物が分離されたときは、抵当権の効力は当該動産に対して及ぶのであろうか。

三 学 説

1 分離物に対する抵当権の効力

抵当目的物からの分離物に抵当権の効力が及ぶかどうかについては、〈A〉否定説⁽¹³⁾と〈B〉肯定説⁽¹⁴⁾が存在したが、昭和初期以降は否定説はみられないとされる⁽¹⁵⁾。もともと、その場合に認められる抵当権の効力がどのような内容のものか、とりわけ、対抗力も含む強い効力であるのかは、諸説の表現には微妙なニュアンスの相違があり、曖昧な点が残されているように思われる。さらに、今現在でも、学説（改説を含む）の中には、否定説への回帰を示唆するものも見出される⁽¹⁶⁾。

〈B-1〉肯定説のうち、抵当権の対抗力の存続まで認める見解としては、いわゆる「公示の衣」説がある⁽¹⁷⁾。つまり、抵当目的物の一部または付加一体物が抵当不動産から分離されても、分離物が抵当不動産の上に存在している限り、抵当権の登記という公示（の衣、衣装）に包まれているとみることができるから、その抵当権の対抗力が分離物にも及ぶとみるものである。しかし、個々の分離物（動産）について、抵当権者への引渡し（民法一八七条。現実の引渡しのほか、占有改定や指図による占有移転も含まれる）が行われたのであれば格別、抵当不動産上にあるというだけで、分離後も当然に抵当不動産の効力が及ぶとみることに、疑問も残る⁽¹⁸⁾。このことは、工場抵当法二条・三条に基づく目録記載による登記がとられた場合と比較しても、明らかである。

これに対し、〈B-2〉抵当不動産からの分離により、分離物自体に対する抵当権の効力は——対抗力も含め——消滅すると解しつつ、分離物を抵当目的物の価値代表物とみて、物上代位制度（民法三七二条・三〇四条）の類推適用によって抵当権の行使を認める⁽¹⁹⁾（したがって、この動産が第三者に引き渡される前に差押えがされなければならぬ）との見解がある。これに対しては、分離物は抵当権の登記によって特定される抵当目的物から離脱し

ていること、物上代位の対象となる抵当目的物の代償物は設定者の責任財産にとどまっているが、分離物はそうではないことなどから、物上代位の考え方を分離物に応用することに対しては批判もある。⁽²⁰⁾

2 分離・搬出物に対する抵当権の効力

抵当目的物からの分離物が搬出された場合については、〈a〉搬出によって抵当権の効力が分離物に及ばなくなるとの見解(否定説)⁽²¹⁾と、〈b〉搬出されても抵当権の効力は分離物に及ぶとの見解(肯定説)がある。そして、肯定説の中にも、〈b-1〉抵当不動産上にある間は抵当権の公示に包まれていた分離物は、搬出によって対抗力を失うものの、抵当権の効力は存続し、第三者に譲渡されることによって抵当権の効力が消滅するとの見解⁽²²⁾、〈b-2〉第三者が即時取得するまでは抵当権の効力(対抗力を含むと解される)が存続するとの見解⁽²³⁾、〈b-3〉抵当権設定者Bの第三者Cに対する処分と搬出の先後関係を区別し、①分離物が抵当不動産上に存在する時点でBからCへの処分が行われたときは、その時点では分離物に対する抵当権の対抗力が及んでいるから、いったん抵当権の対抗を受けた第三者Cに対し、抵当権者Aはたとえ搬出後であっても、抵当権の効力を主張しうるとの見解もある。その場合、第三者が即時取得制度(民法一九二条)の適用によって保護される(抵当権の負担のない所有権を取得する)余地がある⁽²⁴⁾とみる。その際、Cの善意・無過失に関し、Cが当該分離物に抵当権の効力が及んでいることを知っていても、当該処分が抵当不動産の通常の使用の範囲外であることについて善意・無過失であればよいとみる。⁽²⁵⁾ただし、当該分離物が抵当不動産上にある時点での引渡しは占有改定にとどまることが多いと考えられることから、その場合は、判例の見解(即時取得の要件としての占有改定否定説)⁽²⁶⁾によれば、即時取得は認められないことになる。⁽²⁶⁾これに対し、②抵当権設定者Bの第三者Cへの処分が、分離物の搬出後に抵当不動産外で行われたときは、第三者Cは当該分離物に対するAの抵当権の対抗要件が喪失した後に登場し、引渡し(民

法一八七条の対抗要件)を受けた者であるから、Aは最早対抗することができない。ただし、Cが背信的悪意者に当たるときは、Aはなお対抗することができる。いずれにせよ、〈b〉肯定説は、分離によっても抵当権の効力は消滅しないとの見解(前節の〈B-1〉説)に依拠しているとみられる。⁽²⁷⁾

〈b-1〉説は、搬出によって分離物が抵当権の公示の衣から脱するために「対抗力」は失うものの、抵当権の効力(追及力)すべてが失われるわけではないと解したうえで、分離・搬出物が第三者Cに譲渡されてその所有に帰し、抵当目的物の所有者Bがその所有権を失えば、抵当権の効力(追及力を含む)は消滅せざるをえないのであり、あえて第三者が即時取得することを必要としないと解する。これは、〈b-2〉説よりも公示を重視する見解といえる。⁽²⁸⁾ また、〈b-1〉説は、第三者Cが権利者Bからの取得である、それゆえに、AC関係は対抗問題であり、Cは悪意であつても引渡しを受ければ確定的に優先し、即時取得の要件を具備することを要しないといっている点にも、特色がある。

他方、〈b-2〉説は、分離物が第三者Cに譲渡された場合でも、少なくとも悪意の第三者まで負担のない所有権を取得させて保護する必要はなく、その場合には分離物を抵当不動産に戻させるべきであるとの価値判断に依拠していると思われる。⁽²⁹⁾ その結果、〈b-2〉説は〈b-1〉説に比べ、抵当権の効力を重視するとともに、より実践的な利益衡量を重視しているようにみえる。その際、〈b-2〉説は、AC間の利益衡量を画一的に善意取得制度によって行おうとしている点に特色がある。⁽³⁰⁾

以上に対し、〈b-3〉説は、〈b-1〉説が重視する分離・搬出による公示の欠如と、〈b-2〉説が重視する悪意の第三者に対する保護の制限の双方を考慮していると評価することができる。すなわち、①分離物が抵当不動産上にある段階で所有者Bが第三者Cに売却等の処分をした場合は、すでに対抗要件を具備することによって対抗問題で勝っているAが第三者Cに確定的に優先しているから、その後に抵当不動産の外に搬出された場合でも、

A の優先権は存続し、それは第三者 C の善意取得によって覆ることになる一方、②分離物が抵当不動産から搬出された後に所有者 B が第三者 C に処分した場合は、分離・搬出物は対抗要件を具備していない動産であるから、A の抵当権は存在するものの第三者に対する優先権はなく、第三者 C の対抗要件の具備によって A の抵当権が消滅する（A としては、C の背信的悪意を主張・立証することによってのみ、優先権を主張しうる）。こうして、〈b-3〉説は、①段階での処分の場合は A C 間は善意取得の問題、②段階での処分の場合は A C 間は対抗問題というかたちで、無権利の法理と対抗の法理を切り分けているとみることができる。

四 私 見

1 一般の抵当権の場合

(1) 以上に概観した学説の中では、非占有担保である抵当権をもつ者 A の保護と分離物の取得者 C の保護とのバランスを、分離物が第三者 C の手に渡った際の状況に応じてきめ細かく考慮する点、および第三者 C の権利取得が善意取得の問題か対抗要件の問題かを明確に切り分けて論じている点で、〈b-3〉説が実践的にも理論的にも優れているように思われる。しかし、以下の二点について、若干の疑問も残る。

第一に、抵当目的物からの分離物に対する抵当権登記による公示の効果である。抵当不動産からの分離それ自体により、分離物（例えば、山林の立木が伐採された場合の木材）に対する抵当権の公示力は格段に弱まるものと解される⁽³¹⁾。また、付加一体物または従物の場合には、とくに抵当権実行・競売開始決定による差押え前には、元々抵当権の公示力には限界があるというべきである。この点で、抵当目的物からの分離物に対する抵当権の効力の存続に逡巡し、それを否定する見解（改説を含む）⁽³²⁾が今なお存在することが看過できない。また、抵当権設

定行為に際し、工場抵当法のように抵当権の効力が及ぶ備付物の目録を登記できるならばともかく、そうでない一般の抵当権の場合に、しかも抵当権実行前に、はたして分離物に抵当権の効力が及ぶかどうか、抵当権設定者Bがどの程度の処分自由をもっているかは、Bと抵当権者Aとの間ですら、一義的に明確とはいえない場合もある。⁽³⁴⁾したがって、分離物がまだ抵当不動産上にある段階で抵当権設定者Bが第三者Cに売却、その他の処分をする場合にも、抵当不動産の対抗要件（抵当権の設定登記）⁽³⁵⁾によって分離物の価值的帰属がAに最終的に決定したと評価することは困難ではないかと思われる。⁽³⁵⁾したがって、Bが分離後に、分離物に対してAのために占有する旨の占有改定意思表示をした場合のほかは、⁽³⁶⁾たとえ分離物が抵当不動産上でBからCに処分された場合でも、対抗要件上はまだA・Cは互角であり、その後先に引渡し（民法一八七条、一八二条～一八四条）を受けた者が優先すると解すべきではなからうか。したがって、この場合のA・C関係は対抗問題とみて、Cについては善意・悪意不問とし、⁽³⁷⁾Aの保護は背信的悪意者排除の法理によるべきであると考える。⁽³⁸⁾

第二に、やや形式的、理論的な問題であるが、〈b-3〉説によると、①分離物が抵当不動産上にある段階で設定者Bが第三者Cに処分した場合、A・C関係は善意取得（無権利の法理の例外則）の問題となるが、②分離物がBによって搬出されて抵当不動産外でCに処分された場合、A・C関係は対抗問題になるということが、対抗の法理と無権利の法理の境界線を明らかにするという観点からみると、やはり気に懸かることである。つまり、分離物の処分が①抵当不動産の上で行われようと、②抵当不動産外で行われようと、所有者Bが第三者Cに処分している以上、抵当権者Aとの関係ではやはり対抗問題であり、①・②の相違は背信的悪意者排除の法理を適用する場合のCの主観的要件の問題として、①における方が②におけるよりも背信性が高くなる可能性を生じさせるとどまり、権利帰属の確定法理を転換するほどに質的に異なった問題を生じさせるものではないように思われる。

(2) 以上の理解を前提に、私見は抵当権の追及効について、以下のように考える。

まず、①抵当目的物からの分離物を所有者B自身が第三者Cに引き渡した場合と、②B以外の無権限者NがCに引き渡した場合とで、適用規範は当然ながら区別される。すなわち、①の場合には、分離物が抵当不動産上で処分された場合であれ、抵当不動産外で処分された場合であれ、抵当権者Aと第三者Cとの関係は対抗問題であると解し、分離後にBがAのために占有すべき旨の意思表示（占有改定）をしたときはAが優先し、Cが先に引渡し（占有改定を含む）⁽³⁹⁾を受けたときはCが優先するが、この場合にAはCが背信的悪意であったことを主張・立証することにより、⁽³⁹⁾分離物の回復を請求することができる。とくにCがBと通謀して分離または搬出したときは、背信性が高いといえよう。

他方、②の場合には、分離物が抵当不動産上で取り引きされた場合であれ、抵当不動産外で取り引きされた場合であれ、分離物に対する無権限者Nと取り引きしたCの保護はもっぱら善意取得（民法一九二条～一九四条）によることになる。⁽⁴⁰⁾【最一小判昭和五七年三月一二日民集三六卷三号三四九頁】（前述二二）の事案は、この②の場合に当たる。また、この場合はNによる盗難や横領による場合が少なくないと考えられるから（Xが盗難し、善意のCに売却したなど）、民法一九三条・一九四条が適用されうる。民法一九二条の適用例としては、例えば、Bから付加一体物を修理・保管等のために一時的に預かったNが、自己の物であると称してCに売却した場合などが想定される。

2 工場抵当法に基づく抵当権の場合

以上に対し、工場抵当法二条に規定する工場備付けの動産であり、かつ同法三条の登記をした物は、通常の抵当建物の一部または付加一体物と同一に論じること⁽⁴¹⁾はできない。すなわち、工場抵当法三条に従って登記された附属物等は、すでにそれ自体について対抗要件が具備され、抵当権者への価値的な帰属（抵当権者による価値支

配)の決定性が、通常の抵当権の付加一体物よりも高いものと認められる。したがって、その目的物を取得した第三者Cは、それが無権限者Nから引き渡された場合だけでなく、所有者Bから引き渡された場合にも、すでに対抗要件を具備した確定的な抵当権による価値支配の負担の付いた物を取得していることから、Cがこの附属物等について負担のない所有権を取得するためには、善意取得の規定(民法一九二条～一九四条)によることになる。工場抵当法五条二項はこの当然の理を確認したにすぎないとみるべきであろう。⁽⁴²⁾

(1) 抵当不動産からの分離物としては、判例の事案(後述二)にみられるように、抵当山林の立木が伐採されて木材になった場合のほか、工場に備え付けて利用されていた機械類、農地に備え付けられていた農耕設備(建物でないもの)、建物に対する建具類の分離の場合などがある。抵当不動産の一部をなしていた物を分離した場合と、付加一体物または従物を分離した場合とは、抵当不動産の占有権原をもつ所有者に許容された通常の利用権の範囲に違いを生じると考えられる。本稿では、このことに留意しつつ、抵当権者の通常の利用範囲を超える分離の場合をひとまず念頭に置いて考察する。

なお、抵当建物の全体が崩壊して動産になった場合、抵当権は消滅すると解されるが、建物崩壊後の木材(動産)に対してなおも「抵当建物の抵当権」の効力が及ぶかどうかは争われている。しかし、抵当権に基づく追及効を論じる本稿では、この問題は考察の外に置くことにする。ちなみに、【大判大正五年六月二八日民録二三輯一二八一頁】は、①不動産を目的物とする抵当権は、その目的物の滅失・損傷によって全部または一部が不動産たる性質を失うときは、抵当権はその部分に対して効力を喪失すると解する。ただし、抵当権者が滅失・損傷前にその権利の実行に着手し、目的物に対する差押えの効果が生じた後に滅失・損傷が発生した場合に限り、その効力を保持しうるとどまるとする(【大判大正五年五月三二日民録二三輯一〇八三頁】参照)。これに対し、②抵当権実行着手前に抵当権の目的物たる家屋が天災で崩壊して不動産の性質を失い、動産となったときは、家屋を目的物とする抵当権は消滅し、崩壊によって生じた動産の上にその効力は及ばないとみる。もっとも、民法三七二条・三〇四条は「抵当権ノ効力ノ及フ範圍ヲ拡張シテ」、その目的不動産の滅失・損傷によって抵当権設定者が受けるべき金銭、その他の物に対しても、

その払渡しまたは引渡しの前に差押えをすれば「抵当権ノ効力」を保有しうることを明らかにしているが、同条にいう「受けるべき金銭その他の物」とは滅失・損傷によって抵当権設定者が第三者から受けるべき損害賠償金または保険金のごとき「目的物ノ全部若クハ一部ヲ直接代表スヘキ物」を指すものであるから、家屋が崩壊して動産に変じたような場合は包含しないとする。したがって、それら動産に対する強制執行による競売代金の上に抵当権者が優先権を主張することはできないとし、暴風によって倒壊した抵当建物の残骸動産が、抵当権設定者Bの他の債権者Cの申請によって動産の強制競売に付された場合、抵当権者Aは当該建物倒壊前に抵当権の実行に着手したのでなければ、当該動産の競売代金に対して優先権をもたないと判示した原判決を認容している。

(2) 松尾弘「物権変動における『対抗の法理』と『無権利の法理』の間——第三者保護法理の体系化と『権利保護資格の法理』の位置づけ——」(三)「慶應法学一〇号(二〇〇八)四〇六～四一〇頁。

(3) 事案の詳細は不明であるが、抵当権の目的たる立木が第三者Cら三名(抵当権設定者Bとの関係は不明)の「不法行為」(抵当権者Aの主張による)によって伐採されたことから、Aが伐採された木材(Cらが占有していると解される。したがって、木材の伐採・搬出後である可能性もある)に対する抵当権実行の承認請求をした。原審がこれを棄却したことから、Aが上告したが、上告棄却とされた事例。

(4) 事案は、抵当権者Aによる抵当権の実行により、競売開始決定がされ、その差押えの効力が生じた後に、抵当山林の樹木が伐採され、抵当山林外に搬出されようとしていたことから、Aが伐採の禁止および伐木の搬出禁止を請求した。これを棄却した原判決を破棄し、同請求を認めた第一審判決に対する控訴を棄却すべきものとした。

(5) このことは、分離物に対する抵当権の効力を肯定する際の物上代位説(後述三1)との関係で、注目される。

(6) 事案は、AがBに対する債権の担保として、B所有の山林の地盤およびそこに生立する樹木一切(立木としての登記はなし)につき、抵当権の設定・登記を受けた。その後、Bが期限が到来しても債務を弁済しなかったことから、Aは当該抵当権に基づく競売の申立てをし、競売開始決定および競売許可の決定があったが、競売人Cが競売代金を支払わず、競売手続が完結しない間に、BとCが当該山林の立木の売却について交渉し、伐採しようと計画していたことから、AがB(およびC。第一審)に対し、抵当権の確認および売買・譲渡、その他伐採・運搬等の禁止請求をした。原判決が、Aの抵当権確認請求を認容する一方で、伐採・運搬等の禁止請求は、すでに競売許可決定があった

ことを理由に棄却したことに対し、後者の判断を破棄した。

(7) 事案は、抵当山林の所有者Bが、立木を伐採して当該山林内に積み置いていたが、これを近々阪神地方に運送しようとしていたことから、抵当権者Aが当該木材に対して抵当権を実行するためにBに対して木材の引渡しを請求した。原判決はこれを棄却したことから、Aが上告。本判決は、Aの木材引渡請求権の主張は、少なくとも搬出禁止の不作為請求権を主張する趣旨であると解しうるから、原審としては釈明権を行使して、その意の存するところを審にすべきであったにもかかわらず、そうすることなく、引渡請求権なるものを否定し去ったのは失当であるとした。なお、加賀山茂『現代民法 担保法』（信山社、二〇〇九）四二二頁参照。

(8) 工場抵当法二条「①工場ノ所有者カ工場ニ属スル土地ノ上ニ設定シタル抵当権ハ建物ヲ除クノ外其ノ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ニ及フ但シ設定行為ニ別段ノ定アルトキ及民法第四百二十四条ノ規定ニ依リ債権者カ債務者ノ行為ヲ取消スコトヲ得ル場合ハ此ノ限ニ在ラス／②前項ノ規定ハ工場ノ所有者カ工場ニ属スル建物ノ上ニ設定シタル抵当権ニ之ヲ準用ス」（傍線は引用者）。

(9) 工場抵当法三条「①工場ノ所有者カ工場ニ属スル土地又ハ建物ニ付抵当権ヲ設定スル場合ニ於テハ不動産登記法（平成十六年法律第二百二十三号）第五十九条各号、第八十三条第一項各号並ニ第八十八条第一項各号及第二項各号ニ掲ゲタル事項ノ外其ノ土地又ハ建物ニ備付ケタル機械、器具其ノ他工場ノ用ニ供スル物ニシテ前条ノ規定ニ依リ抵当権ノ目的タルモノヲ抵当権ノ登記ノ登記事項トス／②登記官ハ前項ニ規定スル登記事項ヲ明カニスル為法務省令ノ定ムルトコロニ依リ之ヲ記録シタル目録ヲ作成スルコトヲ得／③第一項ノ抵当権ヲ設定スル登記ヲ申請スル場合ニ於テハ其ノ申請情報ト併セテ前項ノ目録ニ記録スベキ情報ヲ提供スベシ／④第三十八条乃至第四十二条ノ規定ハ第二項ノ目録ニ之ヲ準用ス」。

(10) 工場抵当法五条「①抵当権ハ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／②前項ノ規定ハ民法第九十二条乃至第九十四条ノ適用ヲ妨ケス」参照。

(11) 青森地裁鯉ヶ沢支判昭和五四年一月三〇日民集三六卷三三三三八頁、金融・商事判例六四五号（一九八二）一〇頁。判決理由は不明。

(12) 本判決に対する評釈として、以下のものがある。東法子「判批」手形研究三六八号（一九八五）六八～六九頁、

堀内仁「判批」金融法務事情一〇〇一号(一九八二)四頁、伊藤進「判批」判例タイムズ五〇五号(昭和五七年度民事主要判例解説、一九八三)四三、四五頁、林良平「判批」民商法雑誌八八卷一号(一九八三)一一四、一二五頁、鈴木祿弥「山野目章夫「判批」判例タイムズ四八五号(一九八三)三三、三五頁、古館清吾「判批」金融法務事情一〇三三号(一九八三)一四、一八頁、小林資郎「判批」『昭和五七年度重要判例解説』(一九八三)六七、六九頁、高木多喜男「判批」判例評論二九四号(一九八三)一七三、一七五頁、篠田省二「判解」『最高裁判所判例解説民事篇昭和五七年度』二二〇、二三、三四頁、多田利隆「判批」法学セミナー三三七号(一九八三)五〇頁、同「判批」法政論集一一卷三・四号(一九八四)一四三、一五四頁、大塚直「判批」法学協会雑誌一〇一卷三号(一九八四)四九二、五〇三頁、吉田眞澄「判批」『担保法の判例1』(有斐閣、一九九四)二五七、二五九頁、遠藤浩「判批」民事研修四九四号(一九九八)三五、三八頁、生熊長幸「判批」『民法判例百選I(第六版)』(有斐閣、二〇〇九)一八〇、一八一頁。

(13) 川名兼四郎『物権法要論』(金刺芳流堂、一九一五)二七三頁、石田文次郎『担保物権法論 上巻』(有斐閣、一九三五)一九三頁注3(「抵当不動産と付加物との「利用関係上の結合」という客観的な経済的結合」が分離によって消滅した以上は、抵当権の効力は及ばない)、鈴木祿弥『物権法講義(五訂版)』(創文社、二〇〇七)二四〇、二四一頁(山林に対するAの抵当権実行前に、抵当権設定者Bが、正当な利用の範囲をこえて、山林の樹木を伐採した場合につき、「抵当権は、動産には及ばないから、伐採とともに及ばなくなる」という「説に従うべきである(旧版の説をあらためる)」とする点が注目される。また、Bの抵当家屋に附属していた畳をAの抵当権実行前に、Bが外して家屋に積んでいた場合など、「抵当不動産に附属させられていた動産が不動産から分離された場合も同じである」とする)。

(14) 松本丞治「従物又は附加物に対する抵当権の効力」法律時報二卷九号(一九三〇)三、六頁(附加物がいったん抵当権の目的となった以上、抵当権者が同意しないかぎり、分離されても抵当権の効力に服し続ける)、我妻栄『担保物権法』(岩波書店、一九三六)二二四頁(分離物が目的不動産上に存置されている限りで、抵当権の「公示の衣裳」に包まれていることから、抵当権はなお第三者に対抗する効力を有する)、川井健『民法概論2 物権(第二版)』(有斐閣、二〇〇五)三四一頁(分離物が取引觀念上不動産と一体的関係にあれば付加物の要件を満たしている

から、分離物の競売も搬出禁止も請求できる)。

(15) 湯浅道男「抵当権の効力の及ぶ範囲」星野英一編集代表『民法講座 第3巻 物権(2)』(有斐閣、一九八四)七九頁。ただし、その後の鈴木改説につき、前掲注(13)参照。

(16) 例えば、鈴木・前掲注(13)二四〇～二四一頁参照。

(17) 我妻・前掲注(14)二二四頁。

(18) なお、ここでいう「分離」には一時的分離は含まれず、社会通念上、付加一体関係または主物・従物関係から離脱することを意味する。石田穰『担保物権法』(信山社、二〇一〇)三二八頁。

(19) 勝本正晃『担保物権法論』(日本評論社、一九四〇)四八二頁、柚木馨『高木多喜男『担保物権法(第三版)』(有斐閣、一九八二)二六七～二六九頁。

(20) 加賀山・前掲注(7)四二三頁。

(21) 香川保一『改訂担保』(金融財政事情研究会、一九六四)一八一頁、石田喜久夫『物権法』(日本評論社、一九七七)一七三頁(搬出物は抵当権の支配を脱し、損害賠償請求権が認められるにすぎない)。なお、我妻栄『新訂担保物権法』(岩波書店、一九六八)二六八頁も「登記により公示に含まれている限りにおいてだけその上の抵当権の効力を第三者に対抗しうるが、そこから搬出されたときは、もはや第三者に対抗することができなくなる、と解するのが正当と考える」と述べる。ここで、旧版(我妻・前掲注(14)二二四頁)にあった括弧書き部分(後掲注(22)に引用)は削除されている。そのうえで、旧版と同様、それに続けて、「ドイツ民法(一一二一条)は、附加物が第三者に譲渡されかつ搬出されたときは、抵当権の拘束を脱するが、抵当権者が譲渡または搬出の以前に差押えるときは、抵当権の効力は存続するものとする。本書の右の考えはこれに近い」と述べる。全体としてみれば、搬出によって抵当権の効力は消滅するとの見解に接近しているようにもみえる。この点で、我妻・前掲注(14)二二四～二二五頁の見解(後掲注(22)参照)からの改説があったとみるべきか、実質的変更はない(Ⅱ(b-1)説)とみるべきか、解釈の余地がある。

(22) 我妻・前掲注(14)二二四頁(分離物が目的不動産から搬出されたときは「第三者に対抗し得ざるに至る(目的不動産所有者の所有に存する限りなほ抵当権の効力追及するも第三者の所有に帰すれば追及し得ず)」とする。したが

って、分離物の搬出によって対抗力は失うが、第三者に取得されるまでは抵当権の効力は及んでいるとみている。ちなみに、この引用文中（ ）内の部分は、改訂版（我妻・前掲注(21)二六八頁）では削除されている）、鈴木祿弥『物権法講義（四訂版）』（創文社、一九九四）一九八頁、柚木馨編『注釈民法(9)』（有斐閣、一九六五）四三頁（柚木馨Ⅱ西沢修）、近江幸治『民法講義Ⅲ 担保物権（第二版）』（成文堂、二〇〇五）一三九頁、高橋眞『担保物権法（第二版）』（成文堂、二〇一〇）一七〇頁、松尾弘Ⅱ古積健三郎『物権・担保物権法（第二版）』（弘文堂、二〇〇八）三二八～三一九頁（古積健三郎）。

(23) 星野英一『民法概論Ⅱ』（良書普及会、一九七六）二五二頁、二五七頁、川井・前掲注(14)三四二頁（工場抵当法五条の趣旨は、同法二条の対象動産以外でも抵当権の目的動産に一般的に当てはまる）、船越隆司『担保物権法（第三版）』（尚学社、二〇〇四）一九八頁、田山輝明『担保物権法（第二版）』（成文堂、二〇〇四）八〇頁、高木多喜男『担保物権法（第四版）』（有斐閣、二〇〇五）一三二頁、加賀山・前掲注(7)四二一～四二三頁（民法三九七条の類推適用による。もともと、即時取得の成立前でも抵当権の追及効に限界が生じる余地も認める）、石田（穰）・前掲注(18)三一九頁（第三者が分離物を善意取得するまで抵当権の効力が及ぶ旨を規定する、工場抵当法五条、立木二関スル法律四条一項・五項を通常の抵当権にも類推すべきとする）、山野目章夫『物権法（第四版）』（日本評論社、二〇〇九）二五三頁。

(24) 安永正昭「登記・登録による公示と動産の善意取得」神戸法学雑誌四二巻一号（一九九二）一〇五頁、同『講義物権・担保物権法』（有斐閣、二〇〇九）二五七～二五八頁、道垣内弘人『担保物権法（第三版）』（有斐閣、二〇〇八）一八一頁、平野裕之『民法総合3 担保物権法（第二版）』（信山社、二〇〇九）七五頁。

なお、この①段階で処分を受けた第三者Cへの善意取得（民法一九二条）の適用は、一九二条の「類推適用」（後掲注(30)および該当本文参照）ではなく、あくまで一九二条の適用であると解すべきであろう。というのも、それは、例えば、Bがその所有動産をAに譲渡して占有改定によって引き渡した後に、Cに譲渡して引き渡したのと同様の問題と解されるからである。

(25) 道垣内・前掲注(24)一八一頁。ちなみに、工場抵当法五条二項が民法一九二条の適用を妨げないというときの善意・無過失の意義につき、【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】は、「処分者の無権利者である

ことについてではなく、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と信じ、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すべき」とする。

(26) これに対し、占有改定による即時取得の肯定説または折衷説（現実の引渡しまたは指図による占有移転までが必要であるが、占有改定時に取得者が善意・無過失であれば、その後の現実の引渡しまたは指図による占有移転の時点では悪意または有過失であっても、即時取得が認められる）によれば、この場合でも第三者Cのために即時取得が認められる余地がある。

(27) しかし、この点について疑問を提起する見解が残ることは、前掲注(13)、(16)および各該当本文のとおりである。

(28) 我妻・前掲注(21)二六九頁は、抵当権の追及力が第三者の即時取得によってのみ遮断されるとの見解（後述へb-2説）は、「公示を無視するものであつて、賛成することができない」とする。もつとも、分離・搬出によつても抵当権は消滅せず、対抗力を失うだけであるが、分離・搬出物が「第三者の所有に帰するときは、抵当権は消滅する」（同前二六九頁）、と述べる我妻説の論理には、若干不透明な部分も残っているように思われる。つまり、分離・搬出物が何によつて「第三者の所有」に帰し、「抵当権は消滅する」のか、抵当権設定者と第三者との譲渡の合意だけによいか、第三者による対抗要件の具備の主張（抵当権喪失の抗弁？）まで必要か、明確にされていない。

(29) 星野・前掲注(23)二六九頁、加賀山・前掲注(7)四二三頁。なお、分離・搬出物に対して抵当権の効力が及んでいるとして、抵当権を実行するために、分離・搬出物＝動産の競売を申し立てることを認める見解もある（我妻・前掲注(21)二六九頁、星野・前掲注(23)二五一～二五二頁、石田（穰）・前掲注(18)三二〇頁）。しかし、抵当不動産の上に取り戻してから、抵当不動産と一体として競売し、それによつて優先弁済権を行使できるとの見解もある（安永・前掲注(24)神戸法学雑誌四二巻一号一一〇頁注(25)、一一四頁注(38)、同『講義 物権・担保物権法』二五八頁）。この見解によれば、分離・搬出物を抵当不動産上に戻させるためにも、抵当権に基づく返還請求権ないし妨害排除請求権としての原状回復請求権が必要になる。

(30) もつとも、第三者Cが所有者Bから分離・搬出物を取得した場合は、無権利者からの取得ではないから、正確には即時取得の類推適用といわれる、とされる。平野・前掲注(24)七六頁。

(31) 前述二1(1)でみた【大判明治三六年一月一三日民録九輯一二二頁】の理由②参照。

(32) 鈴木・前掲注(13)二四〇～二四一頁。なお、前掲注(27)も参照。

(33) 前掲注(8)、(9)参照。

(34) 例えば、Aの抵当権が設定されたBの建物の窓にはめ込まれていた骨董品のステンドグラスを、抵当権実行前にBが工務店のCに頼んで取り外し、防音効果のある二重サッシに入れ替え、当該ステンドグラスをCに売却し、引き渡した場合などである。もつとも、ここでは抵当権設定契約の解釈の余地がある。ちなみに、抵当権設定行為において付加一体物に抵当権の効力が及ばない旨の「別段の定め」(民法三七〇条但書)をしないかぎり、抵当権の効力は付加一体物に及び、この別段の定めは登記することができるから(不動産登記法八八条一項四号、二項二号)、付加一体物を取得した第三者としては、たとえ占有改定を受けても、現在も付加一体物の状態にある物に対しては、別段の定めがなければ、抵当権の効力が及ばないことを抵当権者に対抗することができないと解される。

(35) この点で、非占有担保としての抵当権の本質を考慮するとしても、分離物にも対抗力を認める「公示の衣」による価値支配の決定効果は、抵当不動産それ自体に対して登記が付与する価値支配の決定効果と同等のものとみることにはできないように思われる。つまり、抵当不動産上に存在する分離物に対する抵当権設定登記の公示力(公示の衣)は、競合する権利帰属の終局的な決定要件である対抗要件としては不完全なものともみざるをえないように思われる。したがって、この段階では、分離物の交換価値が抵当権者Aに帰属するか、第三者Cに帰属するかは浮動的状态にあると解される。この場合、分離物について所有者BがCに譲渡し、占有改定の合意をしたときは、BC間の譲渡時にCが背信的悪意であったことをAが主張・立証しない限り、Cは分離物の権利を取得できると解すべきではなからうか。相互に競合し、浮動的状态にある権利帰属の終局的決定要件としての対抗要件の本質に関しては、松尾弘「物権変動における『対抗の法理』と『無権利の法理』の間——第三者保護法理の体系化と『権利保護資格の法理』の位置づけ——」(二二)慶應法学七号(二〇〇七)五〇八～五三六頁、とくに五三五～五三六頁参照。

(36) また、工場抵当法が適用される場合は、同法三条の登記が行われた場合も、抵当権者への抵当価値の帰属を決定づける要素であると解される。

(37) これは、いうまでもなく、悪意者Cを積極的に保護すべきであるという意味ではなく、通常の民法一七七条・一

七八条の第三者の主観的要件についていわれるように、Cの善意・悪意の判定は困難であるから、あえてこれを問わないというにすぎない。

(38) つまり、AがCの背信性を主張・立証した場合に、当該分離物をCから抵当権に基づいて回復することができる。そして、その可能性は、①分離物が抵当不動産上でBからCに処分された場合の方が、②抵当不動産外で処分された場合よりも、一般的には高くなると解される（もちろん、背信的悪意者の認定は個別事情による）。

(39) 例えば、Cが分離物は抵当不動産の一部または付加一体物もしくは従物であったこと、あるいはBによる分離（・搬出）・処分が抵当不動産の通常の利用範囲を超えることについて悪意であり、かつ分離物に対する優先権を主張することが著しく信義に反する（CがBと通謀して抵当不動産の一部や付加一体物を分離または搬出した、Cが時価よりも不当に安い値段で買い受けた、CがAに対して害意をもっていたなどの）場合は、CはAに対する関係で背信的悪意ということができよう。

(40) また、Nが無権代理行為をしたときは、無権代理および表見代理の問題になりうる。

(41) 我妻・前掲注(21)二六九頁。これに対し、石田（穰）・前掲注(18)三一九頁は、通常の抵当権と工場抵当権（および立木抵当権）とを別異に取り扱うことに疑問を提起される（もともと、抵当権の効力が付加一体物・従物に及んでいることが登記で公示されている点にも留意される。同所）。

ちなみに、工場に属する建物（工場抵当法一条）につき、Aのために一番抵当権が設定・登記されたが、同法三条所定の目録（以下、三条目録という）が提出されていなかったところ、Cのために設定された後順位抵当権の登記については三条目録が提出されていた事案で、同目録所掲の物件の売却代金につき、AよりCを優先して配当した配当表に対し、Aが配当異議を申し立てた事案がある。第一審（大分地裁中津支判平成三年一月二一日民集四八巻五号一一五〇頁）はAの配当表の変更請求を棄却し、第二審（福岡高判平成三年八月八日民集四八巻五号一一五九頁）はこれを取り消してAの請求を認容したが、最高裁（【最判平成六年七月一四日民集四八巻五号一二二六頁】）はこれを破棄・自判し、工場抵当法二条・三条・三八条の規定の趣旨に照らし、「工場抵当権者が供用物件につき第三者に對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もの、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」とし、当該物件については一律に三条目録

の記載によって優先権を判断すべきものと判示した。

(42) 平野・前掲注(24)七六頁は、これも対抗の問題として処理すべきとみる(「対抗力を切断する必要がある」とする)が、すでに工場抵当権者Aが工場抵当法に基づく備付動産に対する対抗要件を具備して価値的支配の帰属が確定した後の問題であるから、対抗の問題が蒸し返されることはなく、第三者Cがたとえ所有者Bから引渡しを受けた場合であっても、抵当権の部分については法的には無権利者からの取得の問題と実質的に同等と評価すべきではなからうか。したがって、第三者保護との調整は、名実ともに一九二条―一九四条を適用して解決すべきことになると思われる。なお、前掲注(24)後半部分参照。