

艸-財産権としての植物（3） -

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2016-09-30 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 夏井, 高人 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/18192

【論 説】

艸—財産権としての植物(3)

夏 井 高 人

目 次

- 一 はじめに
- 二 動産と不動産の定義
 - 1 有体物と無体物
 - 2 不動産と動産
 - 2. 1 封建制度の下における土地の重要性に関する見解について
(以上 87 巻 2・3 号)
 - 2. 2 不動産のほうが動産よりも価値が高いという点について
 - 2. 3 土地は容易に移動しないという点について
 - 3 土地の定着物
 - 3. 1 物体としての土地・土壤
 - 3. 2 土壤中に含まれる生物
 - 3. 3 植物の特性 (以上 87 巻 6 号)
- 三 裁判例
 - 1 稲立毛以外の艸(草)に関する裁判例
 - 1. 1 所有権の帰属に関する裁判例
 - 1. 2 使用・収益に関する裁判例
 - 2 稲立毛に関する裁判例
 - 2. 1 土地とは別の動産とは認めない裁判例
 - 2. 2 土地とは別の動産と認める裁判例
 - 3 立木に関する裁判例
 - 3. 1 立木法制定前の裁判例
 - 3. 2 立木法制定後の裁判例 (以上本号)
 - 4 その他の裁判例
- 四 考察
- 五 法の解釈適用上の課題
- 六 まとめ

三 裁判例

日本国における過去の裁判例（明治時代以降）を調べてみると、立木（樹木）に関する裁判例は多数存在するけれども、艸（草）に関する裁判例は著しく少ないことを認識することができる。その例外として、稲立毛（刈り取る前の状態で田に生えている稲）に関する裁判例は幾つか存在する。

ここでは、財産権としての植物という検討課題・文脈と関連する範囲内において、①稲立毛以外の艸（草）に関する裁判例と②稲立毛に関する裁判例とを分けて検討した上で、更に、本論文と関連する範囲内で、③立木に関する裁判例及び④関連するその他の裁判例について若干の検討を試みる。

①稲立毛以外の艸（草）に関する裁判例は、主として山野に生育する植物に関する裁判例として理解することが可能である。また、②稲立毛に関する裁判例は、主として田畑で栽培される園芸植物に関する裁判例として理解することが可能である。③立木に関する裁判例は、植物に関する裁判例ではあるけれども、草本ではない木本に関する裁判例である。そして、④その他の裁判例では、主として刑事関連・行政法規違反関連の裁判例、植物体を構成する器官に関する裁判例等である。

なお、本論文において検討対象とする裁判例は 2014 年 8 月 1 日の時点で検索可能なものに限定される。また、網羅的ではない⁽¹⁾。

1 稲立毛以外の艸（草）に関する裁判例

1. 1 所有権の帰属に関する裁判例

大審院大正 10 年 8 月 10 日判決・民録 27 輯 1480 頁（民抄録 93 卷 23552 頁）

控訴審・福島地方裁判所判決（第 1 審・若松区裁判所判決）に対する上告審・大審院の判決である。

本判決は、その理由中において、「土地及ヒ其定著物以外ノ物ハ總テ動産トスヘキコトハ民法第八十六條ノ規定ニヨリ明瞭ナリ」と述べた上で、「而シテ土地ノ定著物トハ一時ノ用ニ供スル爲メニ非スシテ土地ニ附著スル物ナルニヨリ一時土地ニ附著セシメタル假植中ノ草木ノ如キハ土地ノ定著物ヲ以テ目スヘキモノニハア

ラス」、「從テ斯ノ如キ物ハ總テ動産ナリト謂ハサルヘカラス」と判示している。

本判決には「草木」と明記してあることから、本判決では、樹木（木本）のみならず艸（草本）を含め、全ての種類の植物を念頭に置いて判示していることが明らかである⁽²⁾。

本判決で示されている論理をまとめると、①植物は動産（民法86条2項）である、そして、②仮植中の植物は土地の定着物（同条1項）ではない、以上の2点となる。

本判決の事案は、金上忠吉⁽³⁾なる者が（個人または匿名組合の営業名義人として）他から購入して仮植しておいた桑苗の所有権の帰属に関するものである⁽⁴⁾。金上忠吉は、土地に仮植した状態の桑苗⁽⁵⁾を訴外遠藤久米吉と訴外内川直記に売渡した。その後、上告人は、訴外遠藤久米吉と訴外内川直記からこの桑苗を購入した。同判決の判決文に明記されているわけではないけれども、上告理由によれば、上告人が、この桑苗を所有するものとして引渡しを拒む土地所有者に対し、桑苗の所有権に対する侵害を理由として損害賠償請求をした事件のようである。原審は、この桑苗が土地の定着物であるとして、土地所有者の所有に属すると判断し、上告人の損害賠償請求を棄却した第1審判決を妥当としている。

上告人に桑苗の所有権がなければ、桑苗の所有権侵害に基づく損害賠償請求を認めるべき余地もないのは当然の理である。

大審院は、原審判決がこの桑苗が仮植中のものであると認めておきながら（上告理由によれば、桑苗が仮植中のものであるとの事実については当事者間に争いが無い）、この桑苗が土地の定着物であると判断したことについて、「係争ノ桑苗ハ假植中ノモノナルコトヲ認メナカラ之ヲ抜取ル迄ハ土地ト一體ヲ爲スモノナルカ故ニ動産ヲ以テ日スヘキモノニアラスト判示シタルハ所論ノ如ク失當ノ判決ト謂ハサルヘカラス」と判示している。しかし、上告人がこの桑苗の所有権を取得しているか否かに関しては、売買契約により所有権を取得したと主張するのみで民法192条（即時取得）の主張をしていないので、結局、この桑苗について所有権を取得したと認めることはできないと判示し、「原判決カ前示ノ如ク係争桑苗ハ動産ニアラサルヲ以テ同條ヲ適用スヘキモノニアラスト判示シタルハ畢竟無用ノ説明ヲ附加シタルモノニ外ナラス」、「左スレハ該判示ニ付キ叙上ノ如キ失當ノ廉アリトスルモ未タ以テ原判決ヲ破毀スルノ事由トナスニ足ラサルニヨリ本論旨ハ結局理由ナシ」

として、上告を棄却する旨の判決をした。

要するに、この桑苗の所有者がもと金上忠吉（または同人を営業名義人とする匿名組合）であったとすれば、訴外人への売買を介して上告人が桑苗の所有権を取得することになる。ところが、金上忠吉がこの桑苗をもと所有していたとの点については明瞭ではなく、結局、上告人が桑苗の所有者であることについての立証ができていないことになる。

一般に、他人物売買（民法 560 条）が可能である以上、売買契約の目的物の所有を主張すべき者が単に売買契約があったと主張するのみでは売買目的物の所有権取得という法律効果を得ることができないのは当然のことである⁽⁶⁾。

結局、第 1 審・若松區裁判所及び控訴審・福島地方裁判所の段階で、法令の解釈・適用に誤りのあった事例または釈明権の不適切（当事者の主張の取捨選択における疎漏）により、当事者間の経済紛争を法的にこじらせてしまった事例と評するのが正しかろうと考える。

また、大審院が判示する「仮植中の草木は土地の定着物ではない」との論理は、あくまでも一般論を述べたものに過ぎない。これは、英米法を基礎とする判例法理論における形式的な意味での傍論⁽⁷⁾に属するものとは認め難いかもしれないが、実質的には傍論に近い説示であると解する。

大審院大正 4 年 5 月 20 日判決・民録 21 輯 730 頁

控訴審・山形地方裁判所判決（第 1 審・米澤區裁判所判決）に対する上告審・大審院の判決である。

本判決は、その理由中において、「本件係争地ノ一部ハ被上告人ノ所有ニ屬スル二千二百十番山林ニシテ上告人ハ該山林内ヨリ法律上ノ原因ナクシテ明治三十四年以降同四十二年迄九年間毎年雜草木ヲ採收シタルト云フニ在リ」と判示している。また、原審判決理由中に示されている鑑定結果を引用し、「一个年雜草收穫平均百四十七束」、「同上萱收穫平均六百六十把單位云々」と判示している。

このことから、本判決でいう「雜草（雜草）」とは、種名不詳の雜草及び萱の両方を含むものであることが明らかである。萱とは、一般に、イネ科やカヤツリグサ科の草本のことを指すが、本判決の理由中では萱の数量単位として「把」とある鑑

定意見を引用していることから、この事件で係争物件となった萱は比較的大型の植物と推定され、おそらくススキ (*Miscanthus sinensis*) のことを指すものと思われる。

本判決の事案は、山形懸南置賜郡廣幡村大字大日向山(当時の地名⁽⁸⁾)付近にある上告人の所有地(山林)と被上告人の所有地(山林)との境界付近にある溪流沿いの部分に所在し、上告人と被上告人のいずれの所有に属する土地であるのかについて争いのあった場所において、明治6年以來、長年にわたり上告人が雑草や雑木を刈り取っていたところ、被上告人は、当該土地は被上告人の土地に属するものである、その土地上から無権限で刈り取った雑草木の価格に相当する額を不当利得(民法703条)として返還すべきものとし、上告人を相手に提訴したというものである。上告人は、自分の土地だと信じてその地上に生えている雑草木を刈り取ったのであるから、民法192条に基づき当該雑草木に対する所有権を取得したものであると抗弁した。

現行の民法192条は、「取引行為によって、平穩に、かつ、公然と動産の占有を始めた者は、善意であり、かつ、過失がないときは、即時にその動産について行使する権利を取得する」と規定しているので、上告人のように事実行為により動産の占有を取得した場合には同条の適用がないことは明らかである。しかし、平成16年法律147号による改正前の民法192条では、「取引行為によって」との法律要件が欠けていたため、文言上では取得時効と似た所有権取得原因であると解することが可能であり、現にかつてはそのような見解が存在していた⁽⁹⁾。

上告人の主張について、本判決は、「民法第九十二條ノ規定ハ動産タルモノヲ占有シ又ハ權原上動産タルヘキ性質ヲ有スルモノヲ其權原ニ基キテ占有シタル場合ニ付キ適用スヘキ規定ニシテ」、「本來不動産ノ一部ヲ組成スルモノヲ事實上ノ行為ニ因リ動産ト爲シテ占有シタル場合ニ適用スヘキ規定ニ非ス」と判示した上で、「上告人ハ本來他人ニ屬スル不動産ノ一部ヲ組成スルモノヲ事實上ノ行為ニ因リ動産トシテ之ヲ占有シタルニ止マリ現ニ動産タルモノヲ占有シ又ハ權原上動産タルヘキ性質ヲ有スルモノヲ其權原ニ基キテ占有シタル者ニ非サルヤ明ラカナリ」、「然ラハ上告人ハ本件ニ於テ民法第九十二條ノ規定ノ適用ヲ求ムルコトヲ得サル者ナルコト疑ヲ容レサルヲ以テ」と判示し、民法192条(即時取得)の適用による所有権の取得を認めなかった。

要するに、民法 192 条の適用の対象となる「動産（動産）」であるためには、その占有を取得した時点で既に動産であったことを要し、不動産の一部を意図的に動産化した場合を含まないということに尽きる。しかし、上告人の主張は、この要件の充足性について問題があるため、主張自体失当であったと判示するものと解することができる。

艸（草）の法的性質との関係では、「不動産ノ一部ヲ組成スルモノヲ事實上ノ行為ニ因リ動産トシテ之ヲ占有シタルニ止マリ」と判示している部分が重要である。この見解は、土地に生えている状態の草は不動産の一部であるということを前提にした上で、当該の草を刈り取ると、その刈り取られた草は動産になるという見解を示していることになる。ただし、他人によって無権限で刈り取られたとしても当該草の所有権が失われることにはならないとの見解を示しているか否かは判然としない。

1. 2 使用・収益に関する裁判例

大審院明治 36 年 7 月 6 日判決・民録 9 輯 861 頁

控訴審・宮城控訴院判決（第 1 審・山形地方裁判所米澤支部判決）に対する上告審・大審院の判決である。

本判決は、判決理由中において、「悪草荊棘等ヲ爰除シ或ハ播種其他ノ方法ヲ以テ良草ヲ繁茂セシムル等人工ヲ施シ」、「以テ更ニ良草ヲ刈取ル爲」と判示している。

本判決にいう「悪草荊棘」が種々の草本や低木等⁽¹⁰⁾を指すことは明らかである。「良草」とは、社会生活上有用な植物を指すものと解され、例えば、萱の類を想定することができる（前掲大判大正 4 年 5 月 20 日・民録 21 輯 730 頁）。

本事件の事案は、現在の山形県米沢市に所在する山林において草木の採取を内容とする契約がなされていたところ、草木採取のために当該山林を使用している者（被上告人）は永小作権（民法 270 条）の設定契約であると主張するのに対し、当該土地（山林）の所有者（上告人）が永小作権ではないと主張して、永小作権の無効確認訴訟を提起したというものである。

上告人の主張の要点は、要するに、民法 270 条には永小作権の要件として他人の土地の「耕作」または「牧畜」と規定しているけれども、「耕作」とは田畑にお

いて農作物を栽培することを指すものと解すべきで、自然の山野の悪草を駆除し良草の種子を播種して栽培するが如きは「耕作」に該当せず、また、自然の山野における採草を目的とする使用権の設定のためには賃借権や地上権を利用することが可能であるということに尽きる。ただし、永小作権の存続期間は、原則として、20年以上50年以下であり（民法278条1項）、更新することができ（同条2項）、永小作権設定契約において存続期間を定めなかったときは、慣習等に反しない限り、30年となる（同条3項）。これに対し、地上権については存続期間を法定する条項がなく、原則として、当事者間の合意によって定められるものであるが、地上権者はいつでも権利を放棄することができることから（民法268条1項）、事実上、当事者間の社会生活上・経済上の力関係によって決められてしまう部分が多かったのではないかと推定される（ただし、民法268条2項は、地上権者が権利を放棄しないときは、当事者の請求により、裁判所が20年以上50年以下の範囲内で存続期間を定めるものと規定している。）。

また、本判決がなされた明治36年当時には借地法（大正10年法律第49号）⁽¹¹⁾が制定されておらず、土地賃借権の存続期間については当事者の合意により自由に設定し得ることから、地上権の場合と同様、事実上、土地所有者のほうが自ずと優位の立場にたつことができる（ただし、借地法1条は「本法ニ於テ借地権ト称スルハ建物ノ所有ヲ目的トスル地上権及賃借権ヲ謂フ」と規定していることから、借地法が適用されるのは、建物所有を目的とする土地賃借権及び土地地上権の設定契約に限定される。）。それゆえ、この事件の山林使用者（被上告人）は使用者にとって有利な永小作権であると主張し、山林所有者（上告人）は所有者にとって不利な永小作権の有効性を争ったのであろう。

控訴審である宮城控訴院は、上告人（控訴人）の主張を認めず、係争山林にかかる使用権は永小作権に該当すると判断した⁽¹²⁾。

上告審である大審院判決は、民法270条の解釈について、「此ニ所謂耕作ナルモノハ植物ヲ栽培スル爲メ土地ニ人工ヲ施スコトヲ云フモノナリトス」、「而シテ原裁判所カ本件甲第三號證ノ規約ノ文詞ヲ解釋シテ單ニ自然ニ發生スル草木ノミヲ刈取ルニ過キササルノ意ニアラスシテ」、「或ハ悪草荆棘等ヲ芟除シ或ハ播種其他ノ方法ヲ以テ良草ヲ繁茂セシムル等人工ヲ施シ以テ更ニ良草ヲ刈取ル爲メ被上告人ハ本訴山林ヲ使用スルヲ得ルモノナルコトヲ約シタルモノニシテ」、「即チ所謂耕作ト認

メ得ラルルモノト認メタルモノナリ」、「此事實ニ依レハ被上告人ノ使用ノ權利ハ悪草荊棘等ヲ芟除シ播種其他ノ方法等即チ人工ヲ施シテ良草ヲ繁茂セシムルニ在ルモノナレハ前掲第二百七十條永小作權タルノ定義ニ拾當シタル權利ト云ハサル可カラス」と判示し、更に、上告人の主張について、「従前ノ如ク草山ヲ其儘ニ爲シ置キ人工即チ耕作ヲ施シ良草ヲ播種シ肥料ヲ收ムルコトハ出畑ニ人工即チ耕作ヲ施シ他ノ果實ヲ收ムルト敢テ異ナル所ナシ」、「既ニ此點ニ於テ同一ナレハ山林タルト畑タルトノ差異ハ永小作權ト認ムルニ妨ケアルコトナシ」と判示している。

本判決の意義について考えてみると、通常は単なる野生植物の一種と思われがちな草の種子を山林に播種することが一般的に行われていたとの事実を認定し、そのような播種慣行に関する歴史的証拠の一つとなっていることに注目すべきである⁽¹³⁾。また、自然の山野に草の種子を播種して栽培することも耕作の一種であると判断している点にも注目すべきである。

そして、古代の屯田⁽¹⁴⁾ その他の方法による入植・開墾以来、日本国の農村・山村・漁村では、このような自然環境の高度な人工的利用が継続してなされ、遅くとも昭和時代前半までは存続したと推定することが可能である。

大審院大正 4 年 3 月 16 日判決・民録 21 輯 328 頁

控訴審東京控訴院判決（第 1 審長野地方裁判所判決）に対する上告審・大審院の判決である。村民全員を権利主体（入会権者）とする入会権確認訴訟であり、上告人は、東内村及び西内村⁽¹⁵⁾ である。

本判決は、判決理由中において、「本件係争ノ林野ハ古來内村山又ハ内村郷山ト稱シ上告人兩村ノ入會地トシテ秣肥料薪炭等毛上採取ノ權利ヲ實行シ來リタルモノナルコトハ當事者間争ナキ所ナリ」と判示している。

「毛上（けじょう）」とは、地上に生える艸（草）を意味する。『大辞泉』では「地盤上の天産物を地盤と區別している語。山林・原野の樹木・草、田畑の作物など」としている。稲立毛の毛も同義である⁽¹⁶⁾。なお、『康熙字典』は、毛の字義について「眉髮之屬、及獸毛也」とし、動物の毛のことを指すものとしつつも、『周禮』の「地官」に「以土會之澶 辨五地之物生・曰山林 其動物宜毛物」とあるのを引用し、また、「何休曰 不毛 不純毛也 又草也」との註も併記している。すなわち、

中国においても、毛が植物や山林を指す場合がある。なお、「以土會之濃」の「濃(ほう)」は、法律の「法」の旧字である⁽¹⁷⁾。

本判決の事案では、まさにこの毛上の採取権を主体とする入会権の存否をめぐり、地租改正の際の行政手続上の疎漏の有無が争点となった。事実の経緯をまとめると、概ね次のとおりである⁽¹⁸⁾。

- ① 係争地である林野は、古来、内村山または内村郷山と称し、東内村及び西内村の両村の入会地として利用され、飼料である馬草(秣)、肥料⁽¹⁹⁾、燃料である薪炭等として用いるため、地上に生えている草木を採取してきた。
- ② ①の採取は、入会の一種であり、採取権を有するのは入会に含まれる東内村及び西内村の村民のみである。
- ③ 明治時代に至り、国は、村持ちの山林原野等の官民所有の区分が明確でない山林原野については、関連する町村の戸長に対し、公有地との名称を付した地券⁽²⁰⁾を下付した。
- ④ ところが、明治7年、地租改正の必要に迫られ⁽²¹⁾、国は、同年11月7日第120号布告によって地所名称区別を改定し、公有地との名称を廃止した⁽²²⁾。それと同時に、国は、同日第143号達により公有地に対する官民所有区分査定処分の試行を決定した。これにより、官民所有区分査定処分の業務は、地租改正事務局の所管となった。
- ⑤ 明治8年6月22日地租改正事務局は、乙第3号達を發した。この通達では、各地方の山林原野池溝等の官民有の区分については、証拠となる書類を保有する者がある場合には区別が判然としやすいが、従来、複数の村が持合う入会や1つの村内でも数人が持合う入会に関しては近隣の村等を調査した上で、全員が間違いないと保証した場所については従前の簿冊等にその旨の記載がなくてもそのような入会慣行をもって民有地に編入するものと定めている。また、同通達をわかりやすくするために發せられた明治8年12月地租改正事務局乙第11号達(明治9年1月29日地租改正事務局別報第11号同局派出官員心得書第3条)は、乙第3号達の趣旨とするところは従来の経緯から所有すべき道理があると認められる土地については民有地とすべしとするものであり、薪や馬草(秣)の刈取りの慣行

がある場合や、あるいは、秣代、山代、下草銭、冥加金等の名目で使用料を納める慣行がある場合⁽²³⁾には、概して民有地であることの証拠とすることはできないので、そのような部類のものについては、慣行の由来等を十分に取調べた上で処分すべきものと心得るべきであると定めている。

- ⑥ その後、明治 9 年 1 月、地租改正事務局は、山林原野等官民有区分処分方法を定めた。その第 1 条は、口伝によるものであっても村持ちと称し、樹木、草、茅等について当該の村が自由に採取してきたような山野の類に関しては、旧慣により、その村持ちと定め、民有地に編入すべきものと規定している。同第 2 条は、従来、村山、村林と称し、樹木の植付け、その焼払いなど、その村の所有地のように扱い、その土地を利用して自然の草木等を刈り取るのとは異なる類のものについては、従前の課税の有無、簿冊等の記載の有無にかかわらず、そのような実績があることを視認した上で民有地と定めるべきものと規定している。同第 3 条は、秣代、山代、下草銭、冥加金等の名目で使用料を納める慣行がある場合であっても、草木を栽培する労力・費用を支出したことがなく、全く自然に生えている草木を伐木・採取してきただけの場合には、官有地と定めるべきであると規定した上で、但書として、その伐木・採取をやめると直ちに住民の生活に支障が生ずるときは、その土地（官有地）の払下げや賃貸等をするためにはこれが内務省の所管であることから、地方官の意見に任せるべきであると規定している。
- ⑦ 東内村及び西内村の住民は、係争地である林野が官有地に編入され国有地となった後にも入会を続け、そこで馬草（秣）等を採取する必要があった。しかし、当局吏員は、地租改正により入会権は消滅したとの理由により、東内村の住民に対し、係争地への立ち入りを禁止した。そこで、東内村は、明治 15 年から明治 28 年までの間、やむなく、係争地に生えている柴や馬草（秣）等について国から払下げを受けることとした。
- ⑧ 明治 33 年、東内村及び西内村の両村は、国有土地森林原野下戻法に基づき、農商務大臣に係争土地の下戻申請をしたが、その申請は却下された。そこで、両村は、却下決定の取消を求め、行政裁判所に国有林野下戻不当処分取消の訴えを提起したが、明治 42 年 5 月 31 日、行政裁判所は、両

村の請求を棄却した。両村は、国を被告とし、入会権確認請求の訴えを提起した。

- ⑨ 第1審である長野地方裁判所は、大正2年1月28日、原告である東内村及び西内村の請求を認容する判決をした(法律新聞844号26頁)。この判決を不服として、国は、東京控訴院に控訴した。
- ⑩ 控訴審である東京控訴院は、大正3年7月9日、第1審の判決を破棄し、両村の請求を棄却する旨の判決をした(法律新聞967号24頁)。両村は、大審院に上告した。
- ⑪ 上告人の主張の骨子は、地租改正に伴う官民有地の区分処分により官有地に編入された土地については、徴税の目的で区分がなされたのに過ぎず、入会権という物権の存否には影響を与えず、従って、上告人である東内村の入会権は、係争地が国有地となった後にも存続しているということにある。

以上がこの事件の事案の概要である。係争地に生えている柴や馬草(稜)の払下げは有償であったようである。しかし、地租改正前には、村民が係争地に自由に入りし、そこに自然に生えている柴などの低木を伐採し、下草等を採取し、これを村民の生活のために利用していたにもかかわらず、係争地が国有地となった時期以降の時点ではそれを自由に行うことができなくなったため、不満が蓄積し、しかも、国有地の払下げ申請が却下となり、行政裁判所に対する行政処分取消の訴えも却下となったため、やむを得ずして長野地方裁判所への訴訟提起となったものであろう。

大審院は、上告人の主張を全て排斥し、「殊ニ國有林野法第八條第四號及同法施行規則第七條第四號ヲ以テ府縣設置以前入會ノ慣行アリタル林野ニ在リテハ其入會ヲ爲シタル者ヲ緣故者トシ其者ニ國有林野ノ賣拂ヲ許シタル趣旨等ニ照ラシ之ヲ考フレハ改租處分ニ於テ官有ニ編入シタル土地ニ對シ如上私權關係ノ存續ヲ認許セサリシ法意ヲ推知スルコトヲ得ヘシ」、「故ニ地租改正處分ニ於テ官有地ニ編入セラレタル土地ニ對シ從前慣行ニ依リ村民ノ有シタル入會權ノ如キ私權關係ハ改租處分ニ依リ官有地編入ト同時ニ當然消滅ニ歸シタルモノニシテ斯ノ如キ私權關係ノ存續ハ法律上全然認許セラレサルモノトス」、「然レハ原院カ改租處分ニ依リ官有地ニ編入セラレタル本件土地ニ付キ古來上告人ノ有シタル入會權ハ官有地編入

處分ニ因リ既ニ消滅ニ歸シタル旨ヲ以テ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ正當ニシテ本訴請求ノ到底維持ス可カラサルコト明白ナリ」と判示した。これにより、東内村及び西内村が存在確認を求めた係争地の入会権は、法的には存在しないことに確定した⁽²⁴⁾。

本判決は、明治時代の地租改正前後において入会地における草木の伐採・採取等の慣行がどのような運命を辿ったのかを知る上で非常に重要な事件の一つであることは疑いがない⁽²⁵⁾。

なお、本判決においては、土地の上に生える草木の利用権としての入会権の存否が争点となっているのであるが、本判決理由中の判断では、土地の所有権と地上の草木の所有権とは分離しないという理解が当然の前提となっている。

最高裁昭和 48 年 3 月 13 日判決・民集 27 卷 2 号 271 頁

大審院大正 4 年 3 月 16 日判決の法理は、その後もずっと維持されていた。ところが、最高裁は、昭和 48 年 3 月 13 日判決により判例を変更した⁽²⁶⁾。

控訴審仙台高等裁判所秋田支部昭和 41 年 10 月 12 日判決（第 1 審青森地方裁判所鱒ヶ沢支部昭和 32 年 1 月 18 日判決）に対する上告審・最高裁判所の判決である。

本判決は、判決理由中において、「明治初年の山林原野等官民有区分処分によって官有地に編入された土地につき、村民が従前慣行による入会権を有していたときは、その入会権は、右処分によって当然には消滅しなかったものと解すべきである」と判示した。その理由として述べるところは、次のとおりである。

明治 7 年太政官布告第 120 号地所名称区別が制定されることによって、それまでの公有地の名称は廃止され、土地は、すべて官有地と民有地のいずれかに編入されることになり、ついで、明治 8 年 6 月地租改正事務局乙第 3 号達によって、官民有の区別は、証拠とすべき書類のある場合はそれによるが、村持山林、入会林野については、積年の慣行と比隣郡村の保証の 2 要件があれば、書類がなくても民有とすべきことが定められ、比較的大幅な民有化が意図され、この方針は、同年 7 月地租改正事務局議定地所処分仮規則に引き継がれたが、同年 12 月地租改正事務局乙第 11 号達によってこの方針は変更され、入会

林野等については、従来の成跡上所有すべき道理のあるものを民有と定めるのであって、薪秣を刈伐し、秣永山永下草銭冥加永等を納入していたというだけでは民有とすべきではないと解釈すべき旨を明らかにし、さらにこれに基づき同9年1月地租改正事務局議定山林原野等官民所有区分処分派出官員心得書をもって具体的な区分の基準を示し、その3条として従前秣永山永下草銭冥加永等を納めていても、かつて培養の労費を負担することなく、全く自然生の草木を採取して来た者は地盤を所有する者とはいえないことを理由として官有地と定めるべき旨が明らかにされている。これらの規定によると、村民に入会慣行のある場合においても、所有すべき道理のない場合には、その地盤は官有地に編入されるべきものとなっているのであるが、その場合に、村民の有した入会権が当然に消滅するか否かに関する規定は置かれていなかった。右心得書3条但書の趣旨も、右入会権の当然消滅を規定したものともみることが困難である。そもそも、官民有区分処分は、従来地租が土地の年間収穫量を標準とした租税であったのを地価を標準とする租税に改め、民有地である耕宅地や山林原野に従前に引き続きまたは新たに課税するため、その課税の基礎となる地盤の所有権の帰属を明確にし、その租税負担者を確定する必要上、地租改正事業の基本政策として行なわれたもので、民有地に編入された土地に従前入会慣行があった場合には、その入会権は、所有権の確定とは関係なく従前どおり存続することを当然の前提としていたのであるから、官有地に編入された土地についても、入会権の消滅が明文をもって規定されていないかぎり、その編入によって、入会権が当然に消滅したものと解することはできないというべきである。もっとも、その後官有地上の入会権を整理し、近代的な権利関係を樹立しようとする政策に基づいて、従前入会権を有していた村民の官有地への立入りを制限し、あるいは相当の借地料を支払わせて入山を認めることとした地域があり、このような地域においては、従前入会権が事実上消滅し、あるいはその形態を異にする権利関係に移行したとみられるが、一方、官有地に編入されたとはいえ、その地上に村民の植栽、培養を伴う明確な入会慣行があるため、これが尊重され、従前の慣行がそのまま容認されていた地域もあり、このような地域においては、その後も官有地上に入会権が存続していたものと解されるのである。そして、このような解釈をするにあたって、旧国有林野法（明治32

年法律第 85 号)、同法施行規則(明治 32 年農商務省令第 25 号)、国有土地森林原野下戻法(明治 32 年法律第 99 号)、旧国有財産法(大正 10 年法律第 43 号)、現行国有林野法、現行国有財産法の各規定は、その妨げとなるものではない。以上の解釈と異なる大審院判例(大正 3 年(オ)第 572 号同 4 年 3 月 16 日判決・民録 21 輯 328 頁、大正 4 年(オ)第 602 号同年 11 月 3 日判決、昭和 8 年(オ)第 1106 号同年 11 月 20 日判決)は、変更されるべきである。

最高裁判決は、係争地⁽²⁷⁾の入会権の実態について次のように判示し、国有地上の入会権が消滅していないとの結論を示した⁽²⁸⁾。

そこで、本件において、官民有区分処分後入会権が消滅したか否かについてみるに、原審が適法に確定したところによれば、明治 9 年頃本件土地が官有地に編入されるにあたって、本件土地上に借地権は設定されなかったこと、明治 13 年に屏風山に関係している地元 66 か村の総代 N 外数名より青森県令に対し、屏風山保護取締のために屏風山を永代世無代価で拝借したき旨願い出ていること、その後明治 22 年に屏風山の管理が郡長に委託されていること、そして、これは委託願委員 O 外 11 名が取締規約を作って青森県知事に願い出た結果、許可を受けたもので、以来、関係 11 か村より総代、取締役を選び、屏風山の保護取締にあっていたこと、右 11 か村よりなる組合は明治 40 年過ぎに解散したこと、右は、屏風山に関係する地元 11 か村よりなる組合ともいうべきものに対し、屏風山の保護取締を委託したものであった等の事実が認められるというのであり、この認定事実のもとにおいては、右委託のあつたことをもって、従前の入会権が消滅し、あるいは入会権以外の権利関係に移行したものと解することはできない。しかも、すすんで原審が適法に確定した事実、すなわち、本件土地が、官有地に編入されたのち、その地上の松立木は A 部落が労力を投じて植栽保護してきた功により A 部落有のものとして認められたこと、しかし、すでに A 部落は、右合併により行政村たる資格を失い単なる自然村として俗称されるにとどまっていたので、植林後に分家したため植林に参加していない分家の者も含めて当時の部落の戸主全員を仕立人としてすることによって、対外的に村中仕立であり A 部落総有のものであることを表示するように

したため、現在の屏風山官地民木林台帳には仕立人として記名共有の形式で記載されていること、右仕立人名義人となっている者は勿論、その後分家としてA部落に1戸を構えるようになった者は、村山と呼ばれている本件土地の補植、根払、伐採等に参加するとともに当然本件土地の毛上物一切の収益に参与してきたもので、戸主あるいは世帯主は旧戸、分家を問わずその権利者となり、昭和7年の調停の際の紛争を除き、本件紛争に至るまで山委員（右調停前は分家側からも選出されていた。）の連絡により各戸1人ずつ本件土地に出て共同して松立木、新たに植栽した杉立木、風倒木、害虫木、老齢木、雑木等を伐採し、各戸ほぼ平等に分配していたが、時には学校、消防屯所、火の見櫓、防火用貯水池、神社、共同墓地の休憩所等の資材や農道、農道の橋等の改修、あるいは学校の薪炭材にあて、売却した代金を消防屯所等の建築費にあてたり消防ポンプやホース等を購入したりして部落の公共的事業等に使用して来たこと、前記台帳に共有名義人として記載されている者も他村に移転した場合には、権利者でなくなること、権利者は、本件土地に伐採後も植栽できること、使用収益の範囲は松立木のみならず、雑木等毛上物一切に及んでいること等が認められるというのであり、これらの事実関係のもとにおいては、本件土地が官有地に編入されたのちにおいても、依然として従前どおりの入会権が存続していたものであり、その後今日まで原審の認定した範囲内で入会権が存続している旨の原審の判断は、正当として是認することができ、その判断の過程に所論の違法は認められない。

結局、大審院大正4年3月16日判決の上告人（東内村・西内村）が主張した入会権に関する法解釈論が正しく、大審院判決がその理由中で述べた論理（法律による入会権の消滅）のほうが間違っていたということが、大審院判決が言い渡された後、50年以上の年月を経て、ようやく最高裁によって認められたのだと評価することができる⁽²⁹⁾。

なお、入会に関しては、前近代的土地所有関係と近代的土地所有関係との対立関係といったような法学的・政治学的・社会学的・歴史学的観点からの研究が圧倒的に多い。しかし、入会形式により共同で管理・利用するものでなければ衰退・破壊されてしまう半自然環境としての山林が多数存在する。従来の学問においては、そう

した生態環境を天然自然と理解し、人間の影響なしで成立する天然の産物を人間が一方的に利用する関係が存在するとの理解を暗黙の了解的な大前提にしていたと考える。その中には、当然のことながら、観念やイデオロギーの過剰による時代的・歴史的な産物も含まれる。

しかし、日本独特の多種多様な生物を育むことのできる半自然環境を維持し、当該地域の生態環境を維持するためには、実は、入会形式による前近代的な土地利用こそがまさに最適解となっている場合が決して少なくないという事実に一日でも早く気づくべきである。山林原野は、全体として生きているのであり、単なる土砂の堆積物・隆起物ではない⁽³⁰⁾。個人所有に分割された近代的土地所有の推進・徹底は、結果的に日本の国土全体の崩壊と日本人の死滅を招きかねない。

このことは、ひとり山林原野の入会問題に限らず、自然の産物に関する知的財産権の共有の問題とも直結するものである。特定の者だけが独占的に法的・経済的な利益を享受できるような状態を法の生態環境における極相とするような法体系は、最終的には人類社会の崩壊と人類の滅亡を招くことになるであろう⁽³¹⁾。

2 稲立毛に関する裁判例

「毛」が「艸」または「艸」すなわち「草」を意味することは既に述べたとおりである。「立毛」は、生育中の草であることを意味する。入会権において「毛上」と呼ばれるものと近似する内容を示す語だが、毛上の場合には小低木等を含むので草だけではなく、また、毛上の場合には枯木や枯草も含むものと推定される。そして、「立毛」は、一般に田畑で栽培されている穀類について用いられることが多く、実際の植物としては、稲の他、麦、粟、稗、黍、豆類等⁽³²⁾も含まれる。「立毛」に穀類の種を示す名が付されると、その穀類の立毛だけに限定されることになる。従って、「稲立毛」との語は、田畑で栽培されており生育中（収穫前）の稲のことを指す。この稲は、水稲であることも陸稲であることもあるので、稲立毛が栽培される場所は、稲の栽培方法の相違に対応して、田または畑であることになる⁽³³⁾。

「稲立毛」は、「稲毛」または「立稲」と呼ばれることもあるが、語義としては全く同義と解される。本論文では、判決中で「稲毛」、「立稲」等の語を用いている場合を除き、便宜、「稲立毛」と表記することにする。

「稲立毛」の読みには確定的なものはないけれども、「毛上」を「けじょう」と

読むことから⁽³⁴⁾、「いねたちけ」または「いなたちけ」と読むのが正しいと推定される。同様に、「稲毛」は、「いねけ」または「いなけ」と読むことができる。ただし、地名としては、「いなげ」と読ませる地域が存在する⁽³⁵⁾。また、姓・氏としての「稲毛」に関しては、別の考察を要する⁽³⁶⁾。「立稲」は、「たちいね」または「たちね⁽³⁷⁾」と読むものと思われる。姓・氏には「立稲」はない。

稲立毛は、土地に生育中の植物なので、通説によれば、原則として、付合（民法242条）または定着（同法86条1項）により全て土地所有者の所有物であることになる。耕地の所有者が自己所有地において種子を播種したり稲苗を受け付けたりして稲作をする場合（自作の場合）、種子、苗、植物体、果実、枯草など、地上に存在する植物体の全てが同一人の所有となるので法律上の問題は特に生じない。しかし、他人の所有地上において永小作権・地上権・賃借権等に基づいて稲作をする場合（小作の場合）、通説に従えば、天然果実（同法88条1項）として小作者が収穫権原を有すると認められる場合を除き⁽³⁸⁾、地上の作物全てが付合または定着により土地所有者の所有物になってしまうことから、小作者が作物の所有権を取得することができなくなってしまうという問題が生ずる。また、法理論上では小作者が地上作物の所有権または収穫権原を有する場合であっても、地上作物について特に明認方法が付されていないときは、外観上、土地所有者の所有物であるかのように見えるため、刈取前の稲の取引において二重譲渡その他の面倒な紛争を生じさせることがあり得る。

以上のようなことに起因して、稲立毛については多数の裁判例が存在する。本論文における検討・考察に必要な範囲内で、主要な裁判例を概観する。なお、この裁判例には民事判決のみならず刑事判決も含まれ、また、網羅的ではない。

2. 1 土地とは別の動産とは認めない裁判例

大審院昭和11年6月2日判決・民集15巻1315頁⁽³⁹⁾

控訴審・秋田地方裁判所判決（第1審・秋田區裁判所判決）に対する上告審・大審院の判決である。

本判決では、「稲立毛」ではなく「稲毛」という語が用いられているが、文脈か

ら推定して、稲立毛と全く同じ意味を有する語として稲毛を用いていることが明らかである。

大審院民事判例集に登載されている本判決の後には、第 1 審及び控訴審の判決も併せて収録されている。これらの判決の理由中の記載によれば、事案の概要は、以下のようなものだったようである。

- ① 上告人（原告・控訴人）は、田（係争土地）を所有し、その土地に稲を植えて栽培していた。
- ② 昭和 4 年、係争土地について競売法（明治 31 年法律第 15 号）により競売手続が開始された（秋田區裁判所昭和 4 年（ケ）第 218 号不動産競売事件）。この不動産競売事件において係争土地が競売手続に付され、昭和 6 年 8 月 28 日、競落許可決定に基づき、被上告人（被告、被控訴人）が競落人となり、同年 9 月 9 日、その競落代金を支払った。その結果、被上告人は、同日、係争土地の所有権を取得した。
- ③ 被上告人は、昭和 6 年 10 月 3 日、秋田區裁判所の不動産引渡命令に基づいて係争土地の引渡しを受けた。この引渡しを受けるまで、係争土地では、上告人が部分的に耕作を継続していた場所があり、その場所では上告人が播種し耕作・栽培した稲が稲立毛として生育していた。
- ④ 被上告人が係争土地の引渡しを受けた時点では、係争土地上の稲立毛が成熟していた。そこで、被上告人は、その稲立毛を刈り取って収穫し、合計 19 石 5 斗 2 升の玄米（3 等格）を得た。
- ⑤ 上告人は、競売法に基づく任意競売の場合にも通常の売買契約の場合と同様に民法 575 条 1 項の適用があるとの法解釈を前提として、係争土地上の稲立毛は秋田區裁判所の不動産引渡命令の執行前に成熟しており、同条 1 項所定の引渡前の売買目的物に生じた果実に該当し、その果実の所有権は上告人にあるから、当該果実の所有者ではない被上告人が稲立毛を収穫して得た玄米合計 19 石 5 斗 2 升は不当利得（同法 703 条）に該当すると主張し、被上告人を被告として、その玄米の返還（その玄米をもって支払をすることができないときは、玄米の時価相当額である 1 石につき 23 円の割合による金員の支払）を求め、秋田區裁判所に訴えを提起した。

- ⑥ 基本的な事実関係については、当事者間に争いがなく、同法 575 条 1 項の適用の可否という法解釈論が主たる争点となった。
- ⑦ 第 1 審判である秋田区裁判所は、係争土地については同法 575 条 1 項の適用はなく、仮に適用があるとしても上告人と被上告人とは昭和 6 年 10 月 26 日に示談契約を締結して「本件出畑に関する一切の関係を絶つ」旨を合意したのであるから上告人が主張する不当利得返還請求権も放棄したことになるとの理由で、上告人（原告）の請求を棄却した。上告人（原告）は、秋田地方裁判所に控訴した。
- ⑧ 控訴審である秋田地方裁判所は、被上告人（被控訴人）が競落代金を支払って係争土地の所有権を取得した昭和 6 年 9 月 9 日の時点では係争地上の稲立毛は成熟しておらず、これが成熟したのは同年 9 月 20 日ころであると事実認定した上で、被上告人（被控訴人）が競売により所有権を取得した後の時点では被上告人（被控訴人）が係争土地の稲立毛の所有権も取得したことになり、上告人（控訴人）が果実として成熟した稲立毛の所有権を取得することはなく、上告人（控訴人）の主張は失当であるとしてその控訴を棄却する旨の判決をした。上告人は、これを不服として大審院に上告した。

以上が事案の概要である。控訴審判決の示す論理には若干わかりにくい部分がある。一般に、民法上の売買契約が締結された場合、契約成立と同時に売買目的物の所有権が買主に移転することから、同法 575 条 1 項の規定は所有権移転時期とは関係なしに売買目的物の引渡前に果実が生じた場合の当該果実の所有権の帰属を定める規定と解するしかない。その前提で控訴審の論理を検討してみると、不動産引渡命令による引渡が実行される前の時点でも競落人が競落代金を支払って競売目的物の所有権を取得したときは、目的物及び果実の全てについて競落人が所有権を取得するとの法解釈を示しているところからすると、競売法に基づく任意競売手続においては民法 575 条 1 項の規定の適用はないという解釈を示したことになると思われる。

上告人は、上告理由として、競売法には果実の所有権帰属を定める条項が存在しないので民法の適用によって定めるべきであり、競売であるからといって民法 575

条 1 項の規定の適用を排除すべきではないと主張した。

大審院は、その判決理由中において、「土地ノ所有者ノ植付ケタル稲毛ハ土地ト一體ヲ爲スカ故ニ該土地ニ對スル抵當權ノ實行（競賣申立）ニヨリ差押ノ効力ヲ生スルトキハ此ノ効力ハ當然土地ト一體ヲ爲ス稲毛ノ上ニモ及フハ多言ヲ俟タス（當院大正五年（オ）第八十四號同年五月三十一日言渡判決参照）」、「從ヒテ其ノ競賣手續ニ於ケル競落人カ競落代金ヲ支拂フニ及ヒ土地ト共ニ稲毛ノ所有權否稲毛ヲ一部トセル土地ノ所有權ヲ取得スルハ必然ノ結果ニ外ナラス」、「私法上ノ賣買ヲ規律スル民法第五百七十五條ノ如キハ固ヨリ此ノ間ニ適用アルヘキ限ニアラス」と判示した⁽⁴⁰⁾。

なお、上告人は、控訴審において、係争土地上の稲立毛は民法 242 条により権原によって植付けたものであるので、同法 575 条 1 項によらなくても上告人の所有物であるとの主張をしていたが、控訴審の判決ではその主張が適宜とされおらず何らの判断も示されていない。大審院の判決は、この控訴審では無視されてしまった上告人の主張についても判断を下した。そこにおいて理由として述べられていることは、経済的合理性をも加味した考察結果を示すものである。

すなわち、本判決は、「正當ナル權限ニ基キ他人ノ土地ニ植付ケタル作物ハ民法第二百四十二條ノ規定ニ依リ不動産タル土地ト附合スルコトナク獨立ノ物ヲ成スハ論無シト雖モ」、「所有者カ其ノ所有地ニ稲毛ヲ植付ケタルカ如キハ『權原ニ因リテ其ノ物ヲ附屬セシメタル他人ノ權利』ト云フヲ得サルヤ殆ント説明ノ限りニアラス」とした上で⁽⁴¹⁾、「而シテ稲毛ノ存スル土地ヲ競買セントスルモノハ稲毛ノ價額ヲモ考慮シテ競賣價額ノ申出ヲ爲ス次第ナレハ其ノ價額ハ當然競落代金中ニ包含セラレ自然競落人カ稲毛ノ所有權ヲ取得スルモノ之ヲ目シテ以テ不當利得ト爲スヲ得サルハ多言ヲ俟タサルトコロナリ」と判示している。

この判断は重要であり、民法 575 条 1 項が適用可能な民法上の売買契約においても目的物の引渡前に生ずる果実の価額が売買代金額の中に考慮されて包含されているときは、民法 575 条 1 項を形式に適用すると却って当事者間の公平に反する結果を生じさせることになるであろう⁽⁴²⁾。競売手続では、一般に、果実による収益分も含めて落札額を検討するのが普通であることは、大審院判決が述べるとおりであると考えられる⁽⁴³⁾。

本判決は、以上のような理由により上告人の主張を排斥し、上告棄却とする旨の

判決をした。

大審院昭和 10 年 10 月 12 日判決・法律新聞 3904 号 11 頁

控訴審・岐阜地方裁判所判決（第 1 審判・大垣區裁判所判決）に対する上告審・大審院の判決である。

本判決の事案では、何ら権原を有しない者が他人の土地上に植えつけた稲立毛について、民法 242 条ただし書が適用されるか否かが争点となった。

本判決の事案は詳らかではないが、事件名が仮差押異議事件となっていることから、被上告人が所有する土地上に生育する稲立毛に対する仮差押について、上告人が、上告人の所有物であると主張して異議を申し立てた事件と推定される。

本判決は、「上告人カ被上告人所有ノ本件土地ニ付キ使用収益ヲ爲スヘキ何等カノ権原ヲ有シタルコトハ原審ノ認メサルトコロナリ」、「從テ民法第二百四十二條ノ規定ノ適用上本件土地ノ上ニ上告人ノ植付ケタル稲立毛ハ之ヲ以テ上告人ノ所有ナリト爲スヲ得サル旨ヲ判示シタル原判決ハ正當ニシテ論旨ハ理由ナシ（昭和六年（オ）第四六七號同年十月三十日當院判決参照）」と判示した。

上告人が民法 242 条ただし書所定の「権原」の存在について立証できなかった以上、本判決の結論は、当然の帰結である⁽⁴⁴⁾。

本判決の事案において、土地上の稲立毛は、他人が植栽したものであっても、当該他人の権利が及ばないものであるので、民法 242 条本文が適用され、付合により土地の一部として扱われる結果、土地所有者の所有権に服することになる。

2. 2 土地とは別の動産と認める裁判例

大審院昭和 2 年 6 月 14 日判決・刑集 6 卷 304 頁

控訴審・大阪控訴院判決（第 1 審・高松地方裁判所判決）に対する上告審・大審院の判決である。刑事判決であるが、稲立毛の財産権としての法的性質及び競売手続における稲立毛に対する強制執行方法と関連する法解釈論が主たる争点となっているため、本判決の理由中には、稲立毛に適用される民法上の条項等に関して通

常の民事判決よりも詳細な説示がある。

本判決の事件は、香川県香川郡太田村伏石（現在の高松市伏石町⁽⁴⁵⁾）で発生したことから、一般に、「伏石事件」と呼ばれている⁽⁴⁶⁾。当時、日本各地で発生した小作争議⁽⁴⁷⁾の中でも最も有名な事件の一つとなった⁽⁴⁸⁾。ただし、罪名は、窃盗罪・窃盗教唆罪であり、それ自体としては深刻な重罪であるとは言えない。同種の小作争議関連の刑事事件の中には、「小作料ノ輕減ヲ地主ニ請求シ其ノ目的ヲ達センカ爲多衆聚合シテ暴行脅迫ヲ爲シタル場合ニ於テ其ノ行爲ハ騷擾罪ト恐喝罪トノ二罪名ニ觸ルルモノトス」（判決要旨）として、騷擾罪（平成 7 年法律第 91 号による一部改正前の刑法 106 条）及び恐喝未遂罪（同法 249 条、250 条）が適用された事例がある（大審院昭和 2 年 4 月 5 日判決・刑集 6 卷 128 頁：第 1 審佐賀地方裁判所、控訴審長崎控訴院）。この事件では、小作争議が紛糾し、小作人らが多衆集合の上で地主宅等の襲撃が行われた上、地主らに対して小作料の減免を承諾させた行為が、騷擾罪及び恐喝未遂罪に該当するとされた。この事件は、一般に、「基山争議」と呼ばれている⁽⁴⁹⁾。

さて、伏石事件の大審院昭和 2 年 6 月 14 日判決中に示されている裁判所的事実認定によれば、本件の事案は、概ね以下のようなものである。

- ① 上告人らは、地主（所有者）から土地を賃借し、同土地上で稲作を営む小作人（賃借人）である。
- ② 上告人らと地主との間には小作争議が発生していた。小作争議が発生した背景には、小作料（賃借料）が高すぎるとして小作人間に不満が高まっていた。小作人らは、地主に対し、大正 11 年以降永久に小作料を 2～3 割減免すべきであると主張していた。地主は、小作人らの小作料減免要求を拒絶した。そこで、小作人らは、地主との間で合意ができないまま、地主に対し、大正 11 年度においては年 2～3 割減額した金額の小作料を支払った。その後は、小作人らは周辺の小作人らと小作人組合を結成し、小作料減免の要求を強化していたが、小作人の中には小作料を支払う必要なしと主張する者も現れた。その結果、大正 12 年には小作人全員が小作料を一切支払わないという行動に出た。このような小作人らの動きに対抗して、周辺の地主らも地主会を結成し、大正 13 年 3 月には多少の減免

をすることとなった。しかし、小作人らの中には2~3割程度の減免という主張を譲らず、強硬な態度を堅持する者があった。

- ③ 地主らは、小作人らの中で最も強硬な態度に出ている者に対し、未払賃料の強制徴収の手段として動産の差押えを断行したが、ほとんど効果がなかった。
- ④ そこで、地主らは、更に、小作人らが借地上で耕作・栽培している稲立毛に対する仮差押えを実行すべくその準備に入っていたところ、大正13年10月ころ、小作人らは、協議の上で、中生種の稲(中稲)⁽⁵⁰⁾について、例年よりも早く刈り取り、これを取獲してしまった。これにより、地主らの仮差押えは不発で終わることになった。
- ⑤ 事態を重く見た地主らは、晩成種の稲(晩稲)の仮差押えを断行すべく、高松區裁判所から動産仮差押命令を得て、同年11月1日及び同月7日の2回にわたり、小作人組合員約30名の小作地上に生えている晩稲の稲立毛に対する仮差押執行を実行した。その結果、仮差押執行が実行された小作地上には、執達吏(現行の民事執行法上では執行官)が施した公示札により、仮差押中である旨の表示がなされ、これらの小作地は執達吏の実力支配の下に置かれることになった⁽⁵¹⁾。
- ⑥ 仮差押えとなった稲立毛については、同月27日、換価命令による競売が実行され、いずれも地主らが競落し、その競売代金を支払った。
- ⑦ これに先立ち、小作人らは、競売に対する対応策を検討すべく、何度も会合をもち、その後の競売においては小作人側が競落すべきであると決議し、予定金額相当の金銭を調達し、また、競売の当日には地主らよりも先に競売場に殺到して地主らが入場できないようにするなどの妨害工作をすべく申し合わせ、更に、地主らが競落してしまった場合には地主らよりも先に稲立毛を刈り取ってしまい、地主らを困惑させて今後の交渉を有利に運ぶべきものとも合意した上で、同月27日の競売に臨んでいた。
- ⑧ しかし、同月27日の競売においては、地主らは、稲立毛をことごとく競落してしまった。小作人らは、地主らに交渉を申し入れたが拒絶された。そこで、小作人らは、かねて計画していたとおり、実力による妨害を実行する以外に方策が尽き、ここに至って、地主らが雇った人夫が稲立毛を刈

り取る前に小作人らによって稲立毛を刈り取り、それを収穫してしまうこととなった。

- ⑨ 小作人らは、同月 28 日午後 7 時ころ、高松市内所在の訴訟事務所に集合し、今後の法的手段等の手順を協議・確認した上、小作人らによる刈取り実行について共謀決議した。
- ⑩ そして、小作人らは、同月 29 日午前 7 時ころから同日午前 8 時ころにかけ、香川郡太田村大字伏石所在の小作地において稲立毛を刈り取って収穫し、同日午前 9 時ころから同日 10 時ころにかけ、同字所在の小作地において稲立毛を刈り取って収穫した。また、別の小作人らは、同日午前 9 時ころから同日午前 10 時ころにかけ、同郡同村大字松縄所在の小作地において稲立毛を刈り取って収穫し、更に、同日午前 10 時ころから同日午前 11 時ころにかけ、同字所在の小作地において稲立毛を刈り取って収穫した。
- ⑪ その後、小作人らは、地主らが競落により所有権を取得した財物である稲立毛を、地主らから依頼されたわけでもないのに刈り取って収穫した行為が窃盗罪（刑法 235 条）に該当するとして起訴され、有罪判決を受けた。そして、控訴審においても有罪となったので、小作人らは、上告した。

本件の上告理由は多岐にわたるが、要するに、①土地の上にある定着物は土地の一部として不動産となるのであるから（民法 86 条 1 項）、動産に対する差押手続（仮差押手続）による競売は違法であり、執達吏が適法に実力支配を獲得したとは言えない以上、小作人らの行為は他人が支配する財物に対する窃取行為にならないということ、②地主らによる稲立毛の競落によって競売手続が終了した時点で執達吏の実力支配は失われ、稲立毛の占有は小作人らに戻り、他人が支配する財物ではなくなった以上、小作人らの行為は他人が支配する財物に対する窃取行為にならないということ、以上の 2 点に尽きる（ただし、他にも強制競売に関する法令解釈等につき縷々主張している。）⁽⁵²⁾。

本判決は、判決理由中において、「土地ニ生立スル稲毛ハ土地ニ附着シ土地ト一體ヲ成スモノニシテ土地ト離レテ獨立ノ存在ヲ有ツヘキニ非サレハ」、「民法ノ勸念ニ於テハ稲立毛ハ土地ヨリ分離セサル限り土地ノ成分ニシテ動産ト看ルヘキニ非サルハ勿論」、「獨立シテ權利ノ目的物ト爲ルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラ

ス」として「土地上に生育する植物は土地の一部である」との民法解釈上の基本原則を判示しつつも、例外的な場合として、「權原ニ因テ他人ノ土地ニ生立セシメタルニ於テハ其ノ稻立毛ノ所有權ハ土地ノ所有者ニ歸スルコトナク其ノ生立セシメタル者ニ屬スルコト民法第二百四十二條ノ規定ニ照シテ明白ナリ」、「即チ此場合ハ稻立毛ハ土地ノ成分ナリト雖土地ノ所有權ト其ノ稻立毛ノ所有權トハ各獨立シテ存在シ別異ノ權利主體ニ屬スルコトヲ得ルモノトス」と判示している。すなわち、何らかの權原に基づいて稻立毛が植栽されている場合には、民法 242 条ただし書が同法 86 条 1 項に優先して適用され、土地上の植物の權利処理については、不動産の付合の例外処理の問題（動産が不動産に付合しない場合の問題）として扱われることになる。その結果、同法 86 条 1 項の適用により当該稻立毛が土地の定着物となって当該土地の一部となり、その土地所有者の所有物となることはない⁽⁵³⁾。

本判決は、そのように解すべき理由として、「是ヲ以テ例ハ永小作人又ハ賃借人ノ如キ借地權者カ其ノ權利ノ行使トシテ借地ニ栽培シタル稻立毛ハ借地權者之ヲ所有シ地主ノ所有ニ歸スルコトナキナリ」、「蓋シ借地權者ハ借地權ニ基キ借地ヲ支配スルノ權ヲ有シ借地權ノ目的ノ範圍内ニ於テハ地主ニ對立シテ自由ニ借地ヲ支配スルコトヲ得ヘキニ依リ借地權者ハ其ノ借地ニ生立セシメタル稻毛ニ對シテハ土地所有權ニ關係ナク獨立シテ其ノ地盤ニ對スルト共ニ一般の支配權ヲ實現セシムルコトヲ得ルカ故ナリ」と判示している。

以上のような法解釈を前提とした上で、本判決は、稻立毛に対する差押手続⁽⁵⁴⁾との関係で、動産の差押手続によるべきか不動産の差押手続によるべきかに関し、「夫レ此ノ如ク稻立毛ハ民法ノ適用ニ於テハ土地ノ成分ニシテ土地ト共ニ不動産タリト雖」、「強制執行上民事訴訟法ノ適用ニ於テハ之ヲ獨立ノ動産ト做シ差押ノ目的物ト爲ルコトヲ得セシムルモノニシテ」、「同法第五百六十八條及第五百八十四條ノ特別規定ニ依リ外純然タル有體動産ニ對スル執行手續ニ從フヘキモノナルコト同法第五百六十六條以下ノ規定ニ徴シテ明白ナルト同時ニ」、「動産ニ對スル假差押ノ執行ハ各差押ト同一ノ原則ニ從テ之ヲ爲スヘキ旨同法第七百五十條ノ規定スル所ナレハ」、「稻立毛ニ對スル假差押ノ執行ニ付テハ叙上有體動産ニ對スル強制執行ニ關スル規定ニ基キ之ヲ律スヘキモノタルヤ論ヲ俟タス」と述べ、そして、執達吏が本来であれば土地（不動産）に対する強制執行手段の一部である公示札を添える等の行為をしたのは、競売にかけられるのは動産である稻立毛のみであるとしても、

現実には小作地上に生えている稲立毛に対する占有支配を執達吏が奪い、小作人らの占有を排除するためには、小作地全体に対する執行が必要であるため、動産である稲立毛に対する占有支配を得るための手段として不動産執行の手続の一部である公示札の掲示という手続を用いているのだという趣旨のことを述べ⁽⁵⁵⁾、更に、念のために、「故ニ本件假差押ニ係ル稲立毛ノ競賣ニ於テモ亦其ノ賣却ノ対象トナルヘキモノハ稲立毛ノ所有權ニ外ナラスシテ」、「決シテ所有權取得ノ希望權又ハ稲立毛カ將來動産トナリタル場合ニ於テ其ノ引渡ヲ請求スル債權ノ如キモノニ非サルナリ⁽⁵⁶⁾」と判示している⁽⁵⁷⁾。

そして、本判決は、「競落人タル判示地主等ハ各即時競落代金ヲ支拂ヒタルコト原判決ノ判示スル所ナルノミナラス同地主等ハ何レモ其ノ稲立毛ノ引渡ヲ受ケタルコト次點ニ於テ説明スル如クナル以上」、「右各地主ハ完全ニ所論判示稲立毛ノ所有權ヲ取得シタルモノト謂ハサルヘカラス」、「故ニ原判決カ所論判示稲立毛ハ未タ刈取ラサル以前ニ於テモ一種ノ動産トシテ所有權ノ目的トナリ得ルモノノ如ク説示シタルハ法律ノ解釋ヲ誤リタル嫌ナキニ非サルモ」、「其ノ稲立毛ハ競落ノ結果判示各地主ノ所有ニ歸シタルモノト解シ」、「判示ノ如ク教唆及竊盜ノ事實ヲ認定シタルハ結局正當ニ歸シ」、「原判決ハ所論ノ如キ不法アルコトナシ」と判示し、結論として、上告人らの主張を全て排斥し、上告を棄却した。その結果、小作人らに対する有罪判決が確定した。

以上のように、本件判決は、刑事判決でありながら、民法解釈が主たる争点になってしまっていたため、通常の民事判決以上に詳細に稲立毛の法的性質について論じているところに特色がある。極めて興味深い判決の一つだといえる。

宮城控訴院昭和3年7月10日・法律新聞2941号5頁

稲立毛を元物である土地から生ずる果実であると理解した上で、原則として、稲立毛は土地と一体のものとして土地所有権に服するとの法解釈を示している。

本判決は、その判決理由中において、「右稲毛賣買カ立毛トシテ未タ元物タル本訴不動産ヨリ分離セサル以前ニ於テ爲サレタルモノナルコトハ當事者間ニ争ナキ事實ニシテ」、「稲立毛ハ其元物タル不動産ト一體ヲ爲スモノナルコト論ナキ處ナルヲ以テ」、「之ヲ獨立シタル物トシテ賣買ノ目的物ト爲スヲ得サルニ似タリ」、「故ニ

之ヲ目的トシテ賣買ヲ爲シタル場合ニハ買主ニ稻立毛ノ所有權ヲ移轉スルコトナク單ニ賣主カ適當ノ時期ニ於テ買主ニ其稻立毛ヲ収穫セシムヘキ債權關係ヲ發生セシムルニ過キササルモノト爲スヘキカ如シ」と判示している。

しかし、いわゆる青田買と称し、田に生育中の未成熟の稻立毛を田とは別のものとして売買する慣行が存在することから、本判決は、「稻立毛ノ賣買ハ所謂青田賣買ト稱シ其後物權移轉ノ特別ノ意思表示ヲ爲スコトナク結局買主ニ其所有權ヲ得シムル方法トシテ一般世間ニ行ハル、コト彼ノ立木ノ賣買ト同様ナルコト顯著ナル事実」と一般論を述べた上で、稻立毛の場合について、「稻立毛ノ如キ成熟期アル果實ハ未タ土地ヨリ分離セサルモノト雖モ」、「通常ノ成熟時期ノ前一ヶ月以内ニ至リタルトキハ有體動産ニ對スル強制執行ノ手續ニヨリ之ヲ差押ヘ換價シ其所有權移轉ノ効果ヲ生セシムル民事訴訟法ノ法意トヲ參酌シテ考覈スルトキハ」、「稻立毛ノ賣買カ賣主ニ前示債權關係ヲ生セシムルニ過キスト爲スカ如キハ理論ニ拘泥シテ却ツテ法ノ精神ヲ滅却シ實際取引上ノ通念ニ副ハサル解釋ニシテ採ルニ足ラス」、「從ツテ稻立毛ハ通常ノ成熟期前一ヶ月以内ニ達シタルトキハ之ヲ以テ有効ニ賣買ノ目的物ト爲スコトヲ得ルモノニシテ當事者間ニ於テハ其賣買ノ意思表示ノミニヨリ直チニ其所有權移轉ノ効力ヲ生スヘク」、「通常ノ成熟期前一ヶ月以内ニアラサル場合ニハ其賣買ニヨリ直チニ其所有權移轉ノ効果ヲ發生スルモノトナスヲ得スト雖モ之ヲ以テ全然何等ノ効果ナキモノトスルハ當事者ノ眞意ニ副ハサルヲ以テ」、「少クトモ當事者間ニ於テハ賣主カ其稻立毛ヲ適當ノ時期ニ於テ買主ニ收穫セシムヘキ前示債權關係ヲ發生セシムルモノト爲スヲ相當トス」、「而シテ稻立毛ハ獨立シテ賣買ノ目的物トナリ得ル時期即通常ノ成熟期前一ヶ月以内ニ至レハ改メテ物權移轉ノ意思表示ヲ爲スコトナク當然其所有權移轉ノ効果ヲ發生セシムヘキ性質ノ取引ナリト認ムヘキモノトス」と判示している。

ただ、仮に当事者間では稻立毛について独立して所有權移轉の効果を認めるにしても、その所有權移轉を第三者に対抗し得るか否か、または、第三者に対抗し得る公示方法が存在するか否かは全く別問題である。この点について、本判決は、「然レトモ稻立毛ハ不動産ニシテ動産ニアラサルカ故ニ其賣買ヲ第三者ニ對抗スルニハ一般ニ權利移轉ノ事實ヲ知ラシムルニ足ル公示方法ヲ講セサルヘカラサルモノトス」と一般論を述べた上で、具体的な公示方法について、「而シテ本訴稻毛ノ差押カ大正十三年九月二十二日ニシテ当時其一部ハ既ニ刈取ラレ在リタルコトハ當

事者間ニ争ナキ事實ニシテ他ノ立毛ノ儘ニ在リタル稲ノ収穫豫定期カ同年十月六日ナリシコトハ成立ニ争ナキ甲第四號證ノ記載ニ依リ明瞭ニシテ、「本訴稲毛中前示大正十三年八月二日及同月二十二日ニ賣買セラレタル分ハ時期尚早カリシ爲メ即時ニ所有權移轉ノ効果ヲ發生スルニ由ナカリシモ右差押前ニ於テ通常ノ成熟期前一ヶ月内ニ達シタルモノト謂フヘク」、「同年九月二十日ニ賣買セラレタル分ハ右成熟期前一ヶ月内ニ達シ居タルコト明白ナルヲ以テ被控訴人ノ買受ケタル本訴稲毛全部ハ右控訴人ノ差押以前既ニ被控訴人ノ所有ニ歸シタルモノト謂ハサルヘカラス」、「而シテ右稲毛ニ付被控訴人カ之ヲ買受ケタル旨ヲ木札ニ記載シ該稲毛ヲ産出シタル土地各筆毎ニ之ヲ建テ第三者ニ周知セシムルニ足ル公示方法ヲ施シタルコトハ前示甲第一乃至第三號證乙第一號證ノ記載原審證人藤根要之丞菊池東悦第一回證言ヲ綜合考覈シテ之ヲ確認スルヲ得ヘシ」と判示している。

このように、本判決は、稲立毛に対する動産差押手続における公示方法である公示札の設置等と民法上の売買契約における明認方法である木札⁽⁵⁸⁾の設置との優劣関係について論じている。

この論理には理解し難い部分があるけれども、その解析として考察を試みると、場合を分けて考えるのが妥当である。

A (土地とは別の物権を構成しないとする考え方)

稲立毛について独立した動産として認めることができないとの立場を堅持するとすれば、必然的に、動産としての差押手続を開始することもできないことは自明である。この場合、動産差押手続が無効となる以上、当該稲立毛について二重譲渡における対抗問題が発生する余地もない。本判決は、稲立毛の収穫前1か月という期間設定の当否はさておき、ある時点に至れば動産として独立に取引対象となることや、動産として差押え、強制競売に付すことが可能であるということを前提に論理構成をしているので、稲立毛について独立した動産として認めることができないとの立場を堅持していないことになる⁽⁵⁹⁾。

B (土地の一部について所有權移轉を認め、公示方法等を借用するものとする考え方)

Aと同じ立場を堅持しつつも、土地の一部である稲立毛については不動産登

記に基づく公示ができないことから明認方法を公示手段とすることができる
と解し、また、土地の一部である稲立毛については不動産登記法に基づいて分
筆登記の上で差押登記をすることができないことから⁽⁶⁰⁾、動産執行の方法
を借用することができると解する法解釈論上の見解は成立し得る⁽⁶¹⁾。この
見解に依拠する場合、本件判決の論理は破綻しない。

C (明認方法を施せば動産として処分可能とする考え方)

不動産である土地の一部であっても、明認方法等を施すことにより公示が可
能であれば動産として扱うことが可能であるとの立場を採るとすれば、本判決
の論理は整合性を損なうことなく維持されることになる。

この点について、大審院昭和8年3月3日・法律新聞3543号8頁は、「立稲ノ
所有權ヲ移轉シタル場合ニ之ヲ第三者ニ對抗スルカ爲ニハ第三者カ其ノ移轉ヲ明
認シ得ヘキ公示方法ヲ施スコトヲ要スルコトハ本院カ屢次判例トシテ示ス所ナル
ヲ以テ⁽⁶²⁾」と判示し、稲立毛部分だけの所有権移転があり得ることを当然の前提
としている。この大審院の説示は、上記BまたはCの見解によって説明すること
は可能であるが、Aの見解によっては説明することができない。

結局、大審院以来の稲立毛に関する裁判所の裁判例は、BまたはCの見解を前
提としていると推定するのが妥当である。

なお、稲立毛ではなく立木に関するものではあるが、以上の点について、異なる
見解を示す最高裁判決（最高裁昭和46年6月24日判決・民集25巻4号574頁）
がある。後述する。

3 立木に関する裁判例

土地に生立する立木については、稲立毛と同様、民法上では土地の定着物として
土地の一部になるものとされながらも、慣行上では独立の物件として取引の対象と
されてきた。そして、土地とは別の物件であり権利者が存在することを示すため
に、各地の慣行に従い様々な明認方法が施されてきた。

しかし、立木に関する法的紛争を画一的に処理し、権利関係を登録制度によって
画一的に取扱うことを可能とするため、立木ニ関スル法律（明治42年法律第22

号)が制定された。この法律は、一般に「立木法」と略称される。

立木法 1 条 1 項は、「本法ニ於テ立木ト称スルハ一筆ノ土地又ハ一筆ノ土地ノ一部分ニ生立スル樹木ノ集団ニシテ其ノ所有者カ本法ニ依リ所有権保存ノ登記ヲ受ケタルモノヲ謂フ」と規定している。同法 2 条 1 項は「立木ハ之ヲ不動産ト看做ス」と、同条 2 項は「立木ノ所有者ハ土地ト分離シテ立木ヲ譲渡シ又ハ之ヲ以テ抵当権ノ目的ト為スコトヲ得」と、そして、同条 3 項は「土地所有権又ハ地上権ノ処分ノ効力ハ立木ニ及ハス」と、それぞれ規定している。また、同法 3 条は「立木ノ所有者ハ立木カ抵当権ノ目的タル場合ニ於テモ当事者ノ協定シタル施業方法ニ依リ其ノ樹木ヲ採取スルコトヲ妨ケス」と、同法 4 条 1 項は「立木ヲ目的トスル抵当権ハ前条ノ規定ニ依ル採取ノ場合ヲ除クノ外其ノ樹木カ土地ヨリ分離シタル後ト雖其ノ樹木ニ付之ヲ行フコトヲ得」と規定して、権利者間の調整を図っている。

立木に関する権利は、立木法 12 条～21 条の規定に基づいて登記することができる。現行の手法法規は、立木登記規則（平成 17 年法務省令第 26 号）である。なお、立木に関する先取特権については、立木ノ先取特権ニ関スル法律（明治 43 年法律第 56 号）が適用される。

このように立木法に基づき登記された立木については、登記を対抗要件として権利処理等が行われることになる。しかし、立木法制定以前の立木紛争に対しては立木法の適用がないことはもちろんのこと、立木法制定後においても、立木法の適用のない立木（未登記立木等）については、やはり、判例によって示されている基本原則が適用されることになる。

立木法制定の前後の時期に分けて、立木に関連する主要な裁判例を概観する。

3. 1 立木法制定前の裁判例

大審院明治 32 年 4 月 12 日判決・民録 5 輯 4 卷 23 頁（民抄録 2 卷 403 頁）

控訴審・大阪控訴院明治 31 年 1 月 24 日判決（第 1 審・神戸地裁洲本支部判決）に対する上告審・大審院の判決である。

本判決は、「立木ハ其土地ニ密着シテ相離レサルモノナルヲ以テ」、「假令伐採ノ目的ヲ以テ賣買シタルモノトスルモ之ヲ伐採セサル間ハ不動産タルノ性質ヲ變ス

可キモノニアラサレハ」、「法律上特別ノ規定ナキ限りハ不動産トシテ之ヲ論ス可キハ當然ノ條理ナリトス」と判示して立木の所有権帰属に関する基本原則を説示し⁽⁶³⁾、上告人の「立木ノ賣買ニ付テハ動産ト同一ノ方法ニ依ル可キ我國現行ノ慣例ナリ」との主張⁽⁶⁴⁾については、「裁判上ニ於テモ未タ曾テ斯ノ如キ慣例ヲ認メタル實例アルヲ見ス」としてこれを排斥した。

そして、本判決は、「立木ニ關スル權利ノ設定ニ付テハ登記ヲ爲ス可キ法規ナキニ依リ之レカ公示ヲ爲サントスルモ不能ノコトニ屬スルヲ以テ⁽⁶⁵⁾」、「此場合ニ際シ各別ノ人ニ前後相次テ各別ニ權利ヲ設定シ其設定ハ孰レモ只意思ノミニシテ」、「右立木ノ所有權ノ得喪ニ付キ外部ニ對シ他人カ之ヲ明認シ得ル何等ノ行爲ヲモ存在セシメサル限りハ」、「權利ハ意思ノミニ因リ有効ニ創設セラル、コトノ原則ヲ適用シ」、「前キニ設定シタルモノノ權利ヲ遵守セシメサル可カラス」と判示した。すなわち、特段の明認方法が施されていない場合には、当事者の意思表示のみで権利の得喪変更が生ずるとの原則を示している。日本国の民法が売買契約等の契約に基づく法律効果の発生とりわけ所有権の移転時期について何らの方式も要求しない意思主義の原則を採用している以上、当然の論理的帰結と思われる。

その上で、本判決は、以上のように解すべき論拠として、「如何トナレハ法規上公示ノ手續ナク又事實上他人カ之ヲ明認シ得ル外部ノ行爲ナキモノニ付テハ權利設定ノ前後ヲ以テ其優劣ヲ定ムルハ當然ノ筋合ニシテ若シ上告論旨ノ如ク契約ノミヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルヲ得サルモノトセハ」、「其ノ第三者ノ權利モ亦同一ノ理由ヲ以テ第三者ニ對抗スルヲ得サルコト、ナリ」、「孰レヲ眞ノ權利者ト認ム可キヤ終ニ終局ヲ見ル能ハサルニ至ル可ク」、「斯ノ如キハ條理ノ容所ニアラサルヲ以テナリ」と判示している。

以上を踏まえ、本判決は、「故ニ原裁判所カ本件立木ノ賣買ヲ以テ不動産ノ賣買ナリト認メ」、「而シテ立木ノ賣買ニ付テハ登記ヲ爲ス可ヘキ法規ナキヲ以テ登記ノ有無ニ因リ其効力ヲ論ス可キモノニアラスト判示シ」、「係争ノ立木ハ上告人カ假處分ヲ爲ス以前賣買ニ因リ既ニ被告ノ所有ニ歸シタルモノト爲シ」、「其假處分ヲ維持ス可ヘキ理由ヲ見スト斷定ヒタルハ相當ニシテ」、「上告論旨ハ其理由ナシ」と判示し、上告人の上告を棄却した。

大審院明治 33 年 2 月 16 日判決・民録 6 輯 2 卷 46 頁

控訴審・大阪控訴院判決（第一審・金沢地方裁判所七尾支部判決）に対する上告審・大審院の判決である。

本判決は、その判決理由中において、「本件係争立木ノ如キハ假令之ヲ伐採スヘキ目的ヲ以テ賣買ヲ爲スト雖モ未タ之ヲ伐採セサル間ハ不動産タルノ性質ヲ變スヘキモノニ非サルコト固ヨリ論ナシ」と基本原則を判示している。

そして、本判決は、大審院明治 32 年 4 月 12 日判決・民録 5 輯 4 卷 23 頁に示されているところと同じ法理を示し、これをもって大審院の判例とするものとして引用した上で、「其裏面ヨリ之ヲ推セハ」、「其權利ノ設定ハ唯意思ノミニ止マラス所有權ノ得喪ニ付外部ニ對シ他人カ明認シ得ヘキ行爲ヲ爲シタルトキハ」、「日時ノ前後ヲ問ハス其行爲ヲ爲シタルモノ、權利ヲ有効ト爲サ、ルヘカラス」と判示している。すなわち、土地上に生立する立木については、明認方法⁽⁶⁶⁾をもって第三者に対する対抗要件とすることができるとの法解釈を明らかにしている。

本判決において明らかにされていることは以下の諸点である。以後、これが大審院及び最高裁を通じ、日本の裁判所における判例理論である。

- ① 土地上に生立する立木は、土地の一部であり、土地とは別の物とはならない。
- ② 土地の一部である立木については、これを売買契約等に基づき、独立の目的物とすることができる。
- ③ 土地の一部である立木について売買契約がなされたときは、立木部分について、売買契約の意思表示のみで所有権移転の効果が発生する。
- ④ 当事者の意思表示のみで効力を生ずる権利変動は、第三者に対抗することができない。
- ⑤ 土地上に生立する立木について明認方法が施されたときは、その明認方法によって第三者に対する対抗要件とすることができる⁽⁶⁷⁾。

以上の判例理論は、特段の事情が存在しない限り、原則として、立木（木本）のみならず、艸（草本）についても妥当する。

大審院明治 36 年 11 月 13 日判決・民録 9 輯 1221 頁（民抄録 19 卷 3667 頁）

控訴審・大阪控訴院判決（第1審・京都地方裁判所判決）に対する上告審・大審院の判決である。

土地に設定された抵当権の効力は、明認方法を施さない限り、当該土地上に生立する立木にも及ぶ。これは、土地上に生立する立木は当該土地の定着物（民法86条1項）となるからであるとするのが通説・判例である。しかし、抵当権が設定された土地の上に生立していた立木が伐採された場合、その立木は伐採後には材木（動産）となる。そこで、土地に設定された抵当権が伐採により動産になった材木にも及ぶかどうか争点となった。

本判決は、その判決理由中において、「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爲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」、「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爲ルカ故ニ」、「縦令ヒ從來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對シ抵当権ノ直接ノ目的トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ス」と判示した。

なお、伐採した材木をそのまま土中に埋設するなどした場合、挿し木と同じように新芽が出て成長してくることがある。このような場合については、通説・判例によれば、新たに土地の定着物が生じたと解することになり（土地所有者以外の者が埋設した場合には、同法242条の問題となる。）、そして、土地の定着物は土地の一部として扱われるので、土地に設定された抵当権の効力は、当然に、そのような新たに生えてきた草木にも及ぶこととなる。

3. 2 立木法制定後の裁判例

立木法が制定・施行された以降の時点においては、立木法の適用のある立木については同法により権利処理がなされることになるが、立木法の適用されない立木については、依然として従前の大審院判例が適用されることになる。

第二次世界大戦後には、日本国の裁判所制度上の最上級審裁判所としては、大審院が廃止され、最高裁判所が設置された⁽⁶⁸⁾。裁判制度が変更された後においても、前述の大審院判例は、基本的にはそのままのかたちで維持されている。

最高裁昭和 28 年 9 月 18 日判決・民集巻 9 号 954 頁

控訴審・福岡高等裁判所昭和 26 年 7 月 27 日判決に対する上告審・最高裁の判決である。

立木法の適用を受けない立木について、立木法に基づく公示方法がないため、明認方法による公示の可否が争点となった。

本判決は、次のように判示している。

立木に関する法律（明治 42 年法律 22 号）の適用を受けない立木については、土地に生立したまゝ、立木だけを買受けた者はその所有権取得につき明認方法を施さなければこれを以て第三者に対抗し得ないこと並びに右対抗をなし得ない第三者の範囲を定めるについては民法 177 条の規定に準じて判断すべきことは夙に大審院の判例とするところ（大審院大正 8 年（オ）56 号同年 5 月 26 日判決、大正 9 年（オ）第 38 号同年 2 月 19 日判決参照）であって、当裁判所も右とその見解を同じくするものである。

以上のような一般論を踏まえ、本判決の事案について、次のように判示し、立木法の適用を受けない立木の二重譲渡の事例においては、公示方法である明認方法を対抗要件とし、その有無・先後によって二重譲渡人間の優劣を決すべきものととの判断を示した。

而して原審の確定した事実によれば、上告人は昭和 22 年 1 月 30 日訴外亡 D から本件立木（右立木が前記立木に関する法律の適用を受けないものであることは原判文上明白である）を、土地に生立したまゝ、買受けその所有権を取得したけれども、これにつきなんら明認方法を施さなかったというのであるから、上告人の右立木所有権の取得は、これを以て右明認方法の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者に対抗し得ないことはいうまでもない。ところで被上告人は右立木を昭和 21 年 12 月 9 日前記 D から買受けたことは、これ亦原審の適法に確定したところであるから（論旨は被上告人が右立木を買受けた事実を争っているけれども、所論はひっきよう原審の専権に属する証拠の取

捨、事実の認定を非難するもので、適法な上告理由とならない)、被上告人は右売買と同時に本件立木の所有権を取得したものであるか、或は少なくとも右立木の所有権を自己に移転させる債権を取得したものであることは明白である。而して被上告人が右立木の売買によりその所有権を取得したものであるとすれば勿論たとえ未だ所有権自体は取得するに至らないで、たゞ右立木の所有権を自己に移転させる単なる債権を取得したにすぎないものであるとしても、すでに被上告人がかゝる権利を取得した以上、被上告人は右立木について、上告人の所有権の取得に対し明認方法の欠缺を主張すべき正当な利益を有する第三者に該当するものというのが相当である。されば上告人が本件立木の所有権の取得を以て被上告人に対抗し得ることを前提とする上告人の本訴請求は失当であることが明白であって、原判決がこれを排斥したのは当然である。論旨は以上と異なる独白の見解であって採用し難い。

最高裁昭和 36 年 3 月 14 日判決・民集 15 卷 3 号 396 頁

控訴審・東京高等裁判所昭和 30 年 5 月 16 日判決に対する上告審・最高裁の判決である。

本判決は、以下のように判示し、農地法に基づく買収の場合でも立木の法律関係に関する基本原則がそのまま適用されることを明らかにしている。なお、本判決の事案における立木は、桑樹⁽⁶⁹⁾ だったようである。

土地の上に生立する樹木は、それが立木に関する法律の適用をうけるものである場合又は取引にあたって特に土地から独立させいわゆる明認方法が講ぜられたものである場合を除き、地盤たる土地の構成部分として、一個の所有権の客体をなすのであり、地盤の所有権が移転するときは、地上の樹木もこれと一体をなすものとして、原則として地盤とともに移転するというのが一般私法上の原則である。ところで、農地の買収は、行政処分であって私法上の取引とは異なるけれども、買収処分の前提となるべき私法上の法律関係自体は、買収にあたって、これを承認せざるをえない以上、明文ないし法の精神に反しない限りは、所有権の客体たる物件の取用を目的とする行政処分を規律する法の解

積としても、私法上の原則を適用することを妨げるものではないというべきである。

そこで、自創法 3 条の買収の場合は、前記原則に対する例外をなすものであるかどうかを考えなければならない。自創法及びその附属法令中には、自創法 3 条の買収については、地上の樹木を土地と離して別個の買収の対象となしうる旨の昭和 22 年法律 241 号による改正後の自創法 15 条および同法 30 条のような規定はない。また、未墾地買収の場合に関し地上物件を取去させる同法 33 条のような規定もないから、若し土地の買収によっては、地上に生立する樹木の所有権は移転しないとすれば、旧地主は、他人の土地の上に樹木を所有することとなるのであって、この結果を是認するためには、土地を占有する権限（たとえば法定地上権のごとき）がなんらかの形で法定されなければならないわけである。しかるに、自創法上にはもとよりこのような趣旨を窺いようべき規定はないのみならず、かかる状態を生ぜしめること自体が自作農創設の精神に反するといわなければならない。

以上のように見てくると、自創法 3 条の買収については、これを前記一般私法上の原則に対する例外の場合に属するものとは、とうてい認め難く、したがって、自創法 3 条の規定により土地が買収されたときは、その地上に生立する樹木は、国において特に買収処分の対象から除外しないかぎり、原則として、土地と一体をなすものとして、土地とその運命を共にし、農地に対する買収処分の効果は、地上に生立する樹木に及ぶと解すべきである。

(続く)(70)

注

- (1) 知的財産権（特許権、商標権等）と関連する裁判例については、夏井高人「一般名称を用いた商標—Elemis 事件判決を中心とする考察」明治大学社会科学研究所紀要 53 巻 2 号 123～162 頁、同「保久利—伝統的な有用植物の特定と法的課題」法律論叢 87 巻 4・5 号 45～68 頁、同「胡蝶蘭と関連する特許出願」やまくさ 65 号 80～123 頁、同「青色花の薔薇か薔薇咲きの草草か」法律論叢 86 巻 4・5 号 141～187 頁、夏井高人「本卓特許」・中山信弘先生古稀記念編集委員会（小泉直樹・田村善之）編『はばたき—21 世紀の知的財産法—中山信弘先生古稀記念論文集』（弘文堂、2015）201～213 頁でも論じた。
- (2) 本判決がなされた当時においては日本国の植物学が未発達の状態にあったことには留意しなければならない。とりわけ、発芽してから枯死するまでの間の大半の時間または全ての時間を土壤中で暮らし、葉緑素を全くもたず、周辺の土壤中に生育する菌類に寄生してその菌類から栄養を奪いながら生きている一群の植物についてはほとんど知られて

いなかった。なお、土壤植物という概念を設けるべきことについては、「舛一財産権としての植物(2)」142～146頁で述べたとおりである。

- (3) 同判決理由中の説示には「原判決二金山トアルハ誤記ト認ム」とある。当時の福島県会津周辺で金上(かながみ)を名乗る一族は、桓武平氏の流れを汲むといわれる会津藩名氏の一門で河沼郡金上(現在の福島県河沼郡会津坂下町金上)に本拠地を有していた金上氏の子孫だと推定される。
- (4) 庄司古之助『庄司古之助著作集 4 近代福島県養蚕・製糸業史』(歴史春秋出版、1986) 340～381頁によれば、奥州(現在の東北地方)では江戸期から養蚕と製糸が行われ、現在の福島県にあたる地域では伊達郡戸田村、同郡桑折村、同郡川俣村等に養蚕・製糸の記録があるが、現在の福島県において本格的に養蚕が行われ、絹糸が大量生産されるようになったのは明治維新以降のことのようである。桑(クワ)は、言うまでもなく蚕の餌となる葉を得ることのできる樹木であり、養蚕業のために必須の樹木なので、明治維新以降の時期における福島県会津周辺の養蚕業の興隆という産業上の変化が本件の桑苗紛争の経済的・社会的な要因となっていることは疑いようがない。なお、幕末～明治維新当時における養蚕業と土地制度との関係について研究したものとしては、高橋幸八郎・古島敏雄編『東京大学社会科学研究所研究報告第10集 養蚕業の発達と地主制』(御茶の水書房、1958)がある。同書中には福島県会津郡伏黒村における養蚕と土地制度に関する調査・研究結果が収録されている。伏黒村における江戸期の膨大な養蚕資料は、伊達町編『伊達町史第4巻別巻1 奥州蚕種本場養蚕日誌集成』(伊達町、1985)に収録されている。
- (5) 桑苗とは蚕の餌となる葉を得るためのクワの苗を指す。係争桑苗は、取引上のトラブルが発生したくらいであるので、クワの優良な園芸改良品種の一つであった可能性が高い。この事件が発生した当時、日本国においては養蚕と絹織物が重要な産業の一つだったことから考えると、桑苗は、養蚕事業と関連するものとして仮植えされていたものと推定される(「舛一財産権としての植物(1)」脚注36、42、60参照)。なお、桑には様々な品種が存在する。例えば、中井閑民『養蚕精義』(安政5年・西暦1858年)には、市兵衛、柳田早生桑、丸葉早生桑、赤城早生桑、鶴田中手桑、高助中手桑、六之丞中手桑、山中高助、小幡晩桑、兵七早生桑等の品種が収録されている。白井光太郎『桑の品種の起源』・木村陽二郎編『白井光太郎著作集第Ⅲ巻 園芸植物と有用植物』(科学書院、1986)394～397頁所収(初出『扶桑』146号(大正3年9月))は、大関増業『機織彙編』(文政12年・西暦1829年ころ)及び小野蘭山『本草記聞』(明和～寛政のころに筆記)の記述を引用しながら、そのころには何種類かの桑園芸品種が存在したのだろうと推定している(米国議会図書館蔵日本古典籍目録刊行会編『米国議会図書館蔵日本古典籍目録』(八木書店、2003)402頁には、『本草綱目訳説』の異称として『本草記聞』の名が記されている)。このほか、絹に関しては、小松計一「シルクへの招待」(サイエンスハウス、1997)がわかりやすい。
- (6) この判決の事案において、上告人を原告とし、上告人に対する桑苗売主である訴外人を被告として、桑苗の所有権を取得して上告人に移転できなかったことを理由に、売買契約の債務不履行を請求原因とする損害賠償請求訴訟を提起した場合、請求認容となり得ることは当然である。売買契約の売主を被告とする損害賠償請求訴訟の場合、大審院判決が指摘するような即時取得(民法192条)の主張の要否や桑苗が動産であるか否かは全く問題とならない。そのような訴訟では、専ら債権法上の法解釈論として、売主が売買目的物である桑苗の所有権または占有を移転できなかったことについての債務不履行責任が主たる争点となる。

- (7) 判例の意義については、中野次雄編『判例とその読み方（三訂版）』（有斐閣、2009）38～39頁が参考になる。
- (8) かつて、広幡町大字大日向という地名があり、現在の山形県米沢市広幡町成島付近がその地に該当する。同所の鬼面川西岸丘陵上には成島八幡宮があり、祭神として誉田別尊すなわち心神天皇を祀っている（「艸—財産権としての植物(1)」脚注 67 参照）。この地域は、中世以降の時代には軍略上非常に重要な場所として伊達家等によって保護されてきたらしい（明治初年当時における置賜郡の地理的状况については、櫻井敬長「里能志留辺（さとのしるべ）」（九里忠兵衛蔵版、1876）に詳細な記録がある。）。しかし、大審院判決に示されるような雑草木の採取行為による紛争が生じた明治末～大正の時点においては、土地所有制度や相続制度の変動もあって、土地の所有関係が曖昧になってしまっていたと思われる。大審院判決を詳細に読むと、係争地については相続争いがあり、戸主を定める親族会の決議の有効性をめぐる紛争が延々と続く中で生じたものと認められ、単純な私的所有権紛争や境界紛争とは基本的な紛争類型を異にするものであることを理解することができる。あるいは、戊辰戦争の後遺症的な事件であったのかもしれない。なお、置賜郡における江戸期～明治維新当時における社会的状況については、吉田義信『置賜民衆生活史』（国書刊行会、1973）が詳しい。特に同書 229～231 頁では、戊辰戦争と廃藩置県により、旧米沢藩領地内において薩長勢力が有力となり、旧米沢藩の関係者が急激に没落した経緯について述べられている。
- (9) 前掲『新版注釈民法(7)物権(2)』156 頁 [好美清光]、前掲『新訂物権法（民法講義Ⅱ）』217 頁
- (10) 「悪草（悪草）」とは、有用でない草本や小低木、または、有用植物の育成を阻害する草本や小低木のことを指す。一般に、雑草や雑木（雑草木）は、燃料や肥料などに用いることができ、有用植物となることがある。悪草との表現は、燃料や肥料にもならない植物との意味を示すのかもしれない。他方、「荊棘（けいきょく）」とは、ノイバラ（*Rosa multiflora*）、テリハノイバラ（*Rosa luciae*）のような茎に鋭い棘のある草や小低木のことを指す。関東地方～東北地方の山野ではノイバラが普通に自生している。ちなみに、『常陸國風土記』の「茨城郡」には、佐伯某という国人らを黒坂命が攻めた際に騎馬で追い立てて予め茨棘を入れた穴に追い込み皆殺しにしたこと、あるいは、黒坂命が賊徒である佐伯某を欺くために茨で城を築いたことが「茨城」の名の起源であるとの説明がある。しかし、俄かには信じがたい。畿内に茨城の地名があることなどから推測すると、常陸國の茨城は、葦原城を語源とすると解するのが正しいと考える。また、『常陸國風土記』の「茨城郡」には、茨城國造の始祖である多祁許呂命は誉田別天皇（応神天皇）生誕の時まで息長帯比売天皇（神宮皇后）に仕え、その子である筑波使主が茨城郡の湯坐連の祖となったともある。このことからすると、応神天皇の時代に朝廷で重大な政変があり、畿内の茨城のあたりから常陸國へ移住してきた人々が祖となり、茨城の名が起きたとも考えられる。大穴牟遲神（葦原色許男名）及び筑波國造と推定される阿閉色命については「艸—財産権としての植物(1)」脚注 69 で述べた。多祁許呂命と阿閉色命は同一人と考えられるから、多祁、建、竹、嶽、瀧と阿閉、阿部、阿倍、安倍は全部同じと推測することができる。現在の宮城県・岩手県・福島県を含む古代の陸奥國の領域内には、阿倍または阿部を姓とする古い家系が少なくない。
- (11) その後、借地法は、廃止となり、借家法と統合されて、借地借家法（平成 3 年法律第 90 号）が制定された。借地借家法 1 条は、「建物の賃貸借の契約の更新、効力等に関し特別の定めをするとともに、借地条件の変更等の裁判手続に関し必要な事項を定めるものと

する」と規定していることから、同法が適用されるのは、建物の賃貸借契約に限定される。なお、同法3条は、「借地権の存続期間は、30年とする。ただし、契約でこれより長い期間を定めたときは、その期間とする」と規定している。

- (12) 請求権の存否を基礎づける事実に関する主張立証責任の分配原則から考えると、一般に、永小作権の無効確認を求める原告ではなく、永小作権の有効性を主張する被告の側で当該契約の存在及び有効性を主張立証すべきことになる。ただ、この事件においては、契約(合意)の存在及び契約書の記載内容については特に争いがなく、契約書記載の文言に基づく民法270条の該当性という法律判断だけが争点になっている。一般に、法解釈は、裁判所の専権に属し、当事者の主張に拘束されずに裁判官が自由に解釈し得るところである。法解釈に関する当事者の陳述は、単なる意見の開陳に過ぎない。同事件は、事実関係については当事者間に特に争いがなく、専ら法解釈をめぐる論争のみがなされたという点で特異性を有すると評することができる。ただし、当事者の合理的な意思の推測という判断類型に属する検討課題として理解するときは、事実認定の問題となる。
- (13) 従来は、関東地方の比較的都市部に近いところに所在する里山の半自然環境が主として研究対象とされてきたことは否定できない。本判決は、東北地方の山村にある山林でも有用植物である草本の種子が播種され、その生育を妨げる悪草の刈り取り・除去による山林の半自然環境の構築・維持がなされてきたという歴史的事実を示すもので、特に注目すべき判決の1つである。今後この方面におけるフィールドワーク的な研究が深められるべきである。推定としては、現在では絶滅危惧種である野生植物として掲げられている植物の中には、人工的な播種により栽培されてきたもの、あるいは、その残存物である植物が多数含まれていると思われる。このことは、現時点でも既に判明している隔離分布を含め、分布域に奇妙な偏りがあり、気候帯としてはほぼ同一であっても生育している土地と生育していない土地とがあるような植物については、播種による人工栽培品と疑うべきである。すなわち、そのような植物は、野生植物ではなく、栽培品である園芸植物またはそれが野生化した残存物である可能性が高い。環境行政(自然保護行政)の基礎となる植生調査に関しては、根本的な見直しが求められる。なお、現在では阿蘇山の草原における野焼き行事などの少数の例外的事象しか見られなくなりましたが、古代においてはそうではなく、例えば、縄文時代の約1万年の長きにわたり日本国内で南方系の焼畑農耕が行われ、それによって炭化された植物の遺骸の累積の結果、「黒墨(くろぼく)」と呼ばれる黒色土壌が形成されたと推定されている(この点に関しては、遠藤邦彦『日本の沖積層—未来と過去を結ぶ最新の地層—』(富山房インターナショナル、2015)、山野井徹『日本の土—地質学が明かす黒土と縄文文化』(築地書館、2015)、須賀丈・岡本透・丑丸敦史『草と日本人—日本列島草原1万年の旅』(築地書館、2012)が参考になる)。この野焼きや山焼きによる焼畑農耕においては、サトイモの仲間などのような東南アジア～フィリピン諸島～台湾～南西諸島経由またはミクロネシア諸島～マリアナ諸島～小笠原諸島～伊豆諸島経由で太平洋の航海技術を有する海洋民によって日本の国土内にもたらされたと推定される食用農産物のみならず、肥料や用材として用いられる各種草本の種子も播種された可能性を否定することができない(南洋諸島の植生とりわけ有用植物については、金平亮三『南洋群島植物誌』(南洋廳、1933)が非常に参考になる)。現在主流の学問においては、いわゆる雑草と呼ばれる様々な草本類の社会的重要性がかなり軽視されていることを否定することができず、そのため、野焼きや山焼きにおいて雑草の種子が播種された可能性に関してはあまり研究されていない。今後の重要な研究課題の1つなのではないかと考える。

- (14) 「艸一財産権としての植物(1)」脚注 4~6、47 参照。
- (15) 旧東内村は、現在の長野県上田市東内に相当する地域に所在した。その沿革を辿ると、旧信濃國小県郡にあった荻窪村、和子村及び辰口村の 3 村が明治 9 年に合併して東内村となった。東内村は、その後、昭和 29 年に丸子町に編入され、廃止された。丸子町は、その後、長野県上田市に編入された。上田市の丸子地区には、東内のほか、生田、御嶽堂、長瀬、本海野、塩川、下丸子、中丸子、上丸子、藤原田、腰越、東内、平井、西内及び鹿教湯温泉が含まれている。この地域は、富士嶽山（長野県上田市古安曾）の南側にある内川（犀川支流）の川沿いにある細長い盆地に所在しており、元は全体として「内（うち）」と呼ばれる地域だったと推定される。安曾神社（長野県上田市古安曾）は、健南方富命、大己貴命、八坂刀女命を主祭神として祀っている。古代の阿蘇氏と関連するものと思われ、阿蘇氏と安曇氏とは同一氏族であった可能性がある（「艸一財産権としての植物(1)」脚注 17、61、67 参照）。健南方富命は、諏訪神社の祭神である建御名方命と同一神である。東内には、小玉川神社（長野県上田市東内字宮脇）があり、また、その付近には独鈷山麓には、御屋敷沢、宮の入沢、宮沢との地名が残り、西内には穴沢との地名が残る。これらのことから、古代、この周辺の地域には貴重な鉱物資源の採鉱と関連する人々が居住したのではないかと推定される。旧東内村における入会の実質は、本判決の理由中にある上告人の主張等から推測すると、同地において古代から居住する人々の生活に必要な薪炭材、茅、草木灰等の利用を主たる内容とするものだったようである。しかし、それだけではなく、古代においては、鉱石精錬用の薪炭材等の分配・管理を含め、山林に生育する雑草木の採取を規律するための慣習法が入会権の実質的な内容として伝承されてきたと推定することが可能である。なお、信州の入会権に関しては、中川恒治「入会林野の解体過程に関する研究」信州大学農学部演習林報告 34 号 1~116 頁、原田敏丸「信州綿内村における山制制度の変質過程」彦根論叢 86 号 13~34 頁、小林三衛・黒木三郎「長野県小海町稲子の入会権」茨城大学地域総合研究所年報 17 号 57~90 頁、筒井泰蔵「地租改正時における入会権紛争—長野県飯田市西部山地の例」徳川林政史研究所研究紀要（昭和 46 年度）103~123 頁、渡邊洋三「入會山に関する一資料—長野県湖南村調査報告」社会科学研究 9 卷 2 号 99~125 頁、関西学院大学法学会法律研究部「入會権の實態調査報告—長野県北安曇郡北小谷村・中上村に於ける—」法と政治 6 卷 1 号 75~95 頁が参考になる。
- (16) 「毛人」または「毛人國」を解釈する場合にも重要な留意点となる。3 通りの解釈が可能であり、①野生動物と同じような毛の多い人またはそのような人の国、②羊・山羊・馬等の動物を牧畜する人またはそのような人の国、そして、③稻・麦・雑穀のような草を栽培する人またはそのような人の国の 3 通りである。地名としては、豊前國（現在の福岡県豊前市付近）に上毛郡があり、三毛郡とも呼ばれた。これは、「屯倉」または「宮家」が転じたものかもしれない。常陸國筑波西方には鬼怒川があり、その古名は「毛野河」である。字義としては、絹の河または衣の河であったかもしれない（「艸一財産権としての植物(1)」脚注 60、62 参照）。『先代旧事本紀』によれば、毛野國を 2 つに分け、上毛野國と下毛野國になったとされる。現在でも群馬県の別名として上毛が用いられている。
- (17) 「濃」の字義として、『説文解字』には「刑也 平之如水 従水」とある。濃は、「鷹」と「水」と「去」を組み合わせた文字である。伝説上の神獣である鷹は、羊のような動物であり、悪しき者を角で突いて殺したとされる。家畜の綿羊のような湾曲した角をもつ動物ではなく、野生種の山羊のような直線的で尖った角をもつ動物かもしれない。あるいは、野生種の羊を山羊と認識したものかもしれない。一般に、羊と法学とは密接な関連を有する。

- なお、関東地方と羊との関係については、「艸—財産権としての植物(1)」脚注 24 参照。
- (18) 川井 健「国有地入会権消滅に関する大審院判決について」一橋論叢 81 巻 4 号 474～494 頁を参考にして事実経過を要約した。同論文によれば、東内村の元村長宮原辰太郎氏らが訴訟関連資料を保存していたとのことで、その一部が同論文中に転載され、記録化されている。稀に見る幸運な事例の 1 つだと言える。なお、一般に、大審院の判例集に登載されている判決等は、仮にそれが著名な事件の判決であっても、判例集に収録された判決文のみが記録として残されていることが圧倒的に多く、事件の全容を知るための史料に乏しいというのが偽らざる実情である。夏井 高人「狸絡事件判決再考」法律論叢 85 巻 2・3 号 327～385 頁では、たまたま原告訴訟代理人である弁護士（故人）が保存していた第 1 審判決、控訴審判決及び関連資料等の複製版を入手することができたことを契機として、判決としての意義について再検討を加えた。
- (19) 伝統的に、草木を肥料とする方法としては、草木を細断した上で田畑に漉き込み、土壌中の微生物による分解によって有機質肥料とする方法と、草木を焼却し、その残灰を肥料（草木灰・石灰分やカリウム等の微量鉱物質で構成される。）として適宜散布する方法とがある。
- (20) いわゆる壬申地券を指すと思われる。松沢裕作「壬申地券と村請制」社會經濟史學 78 巻 4 号 565～584 頁、加藤衛弘「検地帳に基づく壬申地券の発行とその役割—江戸・東京近郊山村を例に一」徳川林政史研究所研究紀要 46 号 123～143 頁が参考になる。
- (21) 明治 6 年 7 月 28 日、太政官布告第 272 号が制定され、明治 7 年から地租改正が実施されることとなった。
- (22) 北條 浩『地券制度と地租改正』（御茶の水書房、1997）、福島正夫『地租改正の研究〔増訂版〕』（有斐閣、1970）、帝國馬匹協會編『牧野使用ニ關スル調査』（帝國馬匹協會、1931）、長野県編『長野県史 近代史料編 第 3 卷(2)地租改正・税制』（長野県史刊行会、1987）が参考になる。
- (23) 原文には「秣永山永下草錢冥加永等納來候習慣アルモノ」とある。以下同じ。
- (24) 同様の結論を示す判決例として、東京控訴院大正 2 年 10 月 8 日判決・法律学説判例評論全集 2 巻民法 759 頁、東京控訴院大正 4 年 5 月 13 日・法律新聞 1025 号 22 頁、大阪控訴院大正 3 年 7 月 9 日判決・法律新聞 959 号 24 頁、名古屋控訴院大正 6 年 5 月 22 日判決・法律新聞 1268 号 24 頁がある。
- (25) 本件を含め、地租改正当時における入会権関連訴訟について検討したものととして、前掲北條 浩『地券制度と地租改正』、福島正夫『地租改正の研究〔増訂版〕』のほか、国有地入会に関しては、小林三衛「判例国有地入会権—1—」民商法雑誌 53 巻 1 号、同「判例国有地入会権—2—」同誌 53 巻 5 号 3～31 頁、同「判例国有地入会権—3—」同誌 56 巻 6 号 29～75 頁、同「判例国有地入会権—4—」同誌 57 巻 1 号 3～36 頁、同「判例国有地入会権—5—」同誌 57 巻 3 号 25～50 頁、同「判例国有地入会権—6—」同誌 57 巻 4 号 56～76 頁、同「判例国有地入会権—7 完—」同誌 57 巻 5 号 50～65 頁があり、非常に参考になる。
- (26) 前掲『新版注釈民法(7)物権(2)』 535～538 頁〔中尾英俊〕
- (27) 争点となった屏風山及びその周辺地域の入会権に関しては、松原邦明「国有地入会の典型としての屏風山の権利関係に関する研究—屏風山北部を中心として」弘前大学教育学部紀要 A19 1～18 頁、立石友男「津軽屏風山国有林の成立とその解放」日本大学自然科学研究所研究紀要 8 号 59～78 頁、赤池慎吾「青森県津軽地方における官地民木の史的展開過程」東京大学農学部演習林報告 121 号 173～208 頁が参考になる。

- (28) 判例評釈として、川島武宣「国有地上の入会権—最高裁昭和 48 年 3 月 13 日判決をめぐって」ジュリスト 553 号 82～99 頁、武井正臣「国有地入会判決の問題点とその影響—最高裁判所昭和 48.3.13 判決をめぐって」法律時報 45 巻 12 号 65～71 頁、中尾英俊「問われる国有地入会権—最高裁昭和 48.3.13 判決を契機として」法学セミナー 213 号 8～16 頁、北条 浩「林野官民有区別と国有地入会—最高裁判所の国有地入会判決を中心として—上」ジュリスト 553 号 100～104 頁、同「林野官民有区別と国有地入会—最高裁判所の国有地入会判決を中心として—下」同誌 554 号 96～101 頁がある。
- (29) 最高裁昭和 48 年 3 月 13 日判決以降に公開された入会権関連の主要文献としては、川島武宣監修・北条 浩編『大審院・最高裁判所入会判決集』[全 12 巻] (御茶の水書房、1978)、中尾英俊「入会権—その本質と現代的課題」(勁草書房、2009)、古館清吾『近代的土地所有権の形成と帰属』テイハン (2013)、中村 忠「木墾地国有林の払い下げと入会権の生成—沼田市迦葉田開墾組合の事例を介して—」高崎経済大学論集 46 巻 2 号 1 頁～25 頁、塩谷弘康「整備後における入会林野利用の現状と課題—福島県日館岩村 (現南会津町) の事例から—」福島大学地域創造 20 巻 1 号 66～81 頁、矢野達雄「入会権確認訴訟における最近の動向—「固有必要的共同訴訟論」見直し最高裁判決後における—」修道法学 36 巻 1 号 53～91 頁、上谷 均「判例紹介 入会地売却代金債権の総有的帰属 (平成 15.4.11 最高裁第二小法廷判決)」民商法雑誌 129 巻 3 号 406～410 頁がある。なお、川島・北条『大審院・最高裁判所入会判決集』には公式判例集に収録されていない判決が多数収録されており、その中には時の政府による政策遂行にとって著しく不利な結果を示すものが含まれている。この資料を精査することにより、日本国における法情報政策 (法情報に関する情報操作) がいかなるものであったのかを推知することが可能であり、法情報論の立場からしても極めて貴重な資料の 1 つである。
- (30) 前掲「森林生態学」72～205 頁、福島慶太郎「森林生態系の物質循環および溪流水質からみた攪乱影響評価の可能性」森林立地 54 巻 2 号 51～62 頁、古澤仁美・日野輝明・金子真司・荒木 誠「大台ヶ原山の森林においてシカによる下層採食が地上部から土壌への窒素供給と土壌窒素無機化に及ぼす影響」森林立地 53 巻 1 号 1～8 頁、辻野 亮「屋久島におけるヤクシカの個体群動態と人為的攪乱の歴史とのかかわり」奈良教育大学自然環境教育センター紀要 15 巻 15～26 頁、森谷佳晃・森本末星・森本淳子・中村太士「風倒後の処理とエゾシカの採食およびそれに起因する植生への影響」日本森林学会誌 94 巻 1 号 10～16 頁、中島 剛・金子信博「落葉広葉樹林へのヒノキ植栽が土壌の生物化学的特性に与える影響」日本森林学会誌 94 巻 3 号 112～119 頁、佐々木晶子「氾濫原河畔植生に由来する有機物の生産・分解・流出過程」日本生態学会誌 61 巻 1 号 53～61 頁、友常満利・増川莉菜・吉竹晋平・安西 理・小泉 博「冷温帯広葉樹林における土壌呼吸に対する土壌生物呼吸の寄与率の季節および年変化」地学雑誌 122 巻 4 号 745～754 頁が参考になる。
- (31) 財産権独占の正当性根拠については、古來議論されてきた。近年出版された書籍は必ずしも多くはないが、その中で知的財産権の独占とその法的正当性の根拠に関するものとしては、Robert P. Merges, *Justifying Intellectual Property*, Harvard University Press, 2011 が参考になる。ただし、同書は、John Rawls の法哲学に多くを依拠していることから、Rawls の法哲学における欠点があるまま同様に妥当してしまうという点、そして、法的な意味での正義というものが物理的な実力行使の前では全く無力となることから、あくまでも平時における平和的利益配分が可能な環境を絶対的な大前提とした上で、正義と正当性・公正性の理論を論ずるものであるという点には留意すべきである (John Rawls の代表的な著書としては、*A Theory of Justice*, Belknap

Press of Harvard University Press, 1971がある。)。これらの留意点を意識した上で、この問題を考える場合の政治哲学的本質部分については、更に、Robert B. Talisse, *Democracy after Liberalism*, Routledge, 2005、Robert B. Talisse, *Pluralism and Liberal Politics*, Routledge, 2012、David Lewis Schaefer, *Justice or Tyranny? - A Critique of John Rawls's a Theory of Justice* - Kennikat Press, 1979、エミリオス A. クリストドリデイス (角田猛之・石前禎幸訳) 『共和主義法理論の陥穽—システム理論左派からの心答』(晃洋書房、2002)、D. パウチャー・P. ケリー編 (飯島昇藏・佐藤正志訳) 『【ホッブズからロールズまで】社会契約論の系譜』(ナカニシヤ出版、1997) が参考になる。

- (32) 「艸—財産権としての植物(1)」脚注 5、12、24、31、55、61、64、65、66 参照。
- (33) 山間部などの水利の便がよくない場所には棚田 (たなた) と呼ばれる階段状の圃場が構築されることがある。棚田は、日本だけではなく中国にもある。日本の棚田は、一般に、古い歴史をもつものと理解されている。しかし、実際には、そのことを確実な史料によって実証することは極めて難しい。棚田の歴史に関しては、吉村豊雄『棚田の歴史—通潤橋と白糸台地から』(農山漁村文化協会、2014)、山本早苗『棚田の水環境史—琵琶湖辺にみる開発・災害・保全の 1200 年』(昭和堂、2013) がある。遺伝子解析を含めた稲作の歴史研究としては、佐藤洋一郎『イネの歴史』(京都大学学術出版会、2008)、佐野洋一郎・赤坂憲雄編『イネの歴史をたぐる』(玉川大学出版部、2013) がある。また、古代の稲作農耕を推測するための民俗学的考察としては、萩原秀三郎『稲と鳥と太陽の道—日本文化の原点を追う』(大修館書店、1996)、同『稲を伝えた民族—苗族と江南の民族文化』(雄山閣、1987)、同『目でみる民俗神 第 2 巻—豊穰の神と家の神』(東京美術、1988)、森田悌・金田久璋『田の神まつりの歴史と民俗』(吉川弘文館、1996)、八写友会運営委員会『田の神図鑑—鹿児島風土記Ⅲ』(南方新社、2007) が参考になる。また、関連する神事に関しては、岩井宏實・日和祐樹『神饌』(法政大学出版局、2007)、谷川健一編『蛇 (ハブ) の民俗』(三一書房、1998)、石田隆義『山陰民俗と原始信仰』(池尻プリント社印刷、1965) が参考になる。
- (34) 脚注 16 参照。
- (35) 例えば、千葉県稲毛区稲毛 (旧幕府領・稲毛村) がある。神社としては、稲毛神社 (神奈川県川崎市川崎区宮本町) があり、武甕槌神を主祭神として祀っている。旧武蔵国橋樹郡稲毛庄の地と比定することが可能である。『新編纂図本朝尊卑分脈系譜雑類要集』には「稲木を稲毛とも作り、稲城村も稲毛庄の内なり」とあり、また、「稲城」は「稲置」と同義と一般に解されているから、「稲毛」は、「稲置」、「稲木」及び「稲城」と同じと解釈することが可能である。また、稲毛浅間神社 (千葉県千葉市稲毛区稲毛) があり、木花咲耶姫命を主祭神として祀っている。同地は、旧幕府領・稲毛村に位置する。同神社の社伝によれば、稲毛浅間神社は、大同 3 年 (西暦 808 年)、富士山本宮浅間大社 (静岡県富士宮市大宮) の御分霊を奉斎したのが起源とされているから、古代の秦氏 (または高麗氏) と関連する神社であろうと思われる (「艸—財産権としての植物(1)」脚注 60 参照)。すると、千葉県にある稲毛村との名の起源は、「稲荷」だった可能性があると考えられる (「艸—財産権としての植物(1)」脚注 24 参照)。なお、地名としての稲毛については、前掲「比布利也未比 (日震病) の薬方 (上)」で詳述した。
- (36) 『風土記稿』及び『吾妻鑑』には、武蔵国橋樹郡稲毛庄の畠山氏族として、「稲毛三郎重成」、「毛四郎重朝」、「稲毛五郎重重」の名がある。『天保十二年川越藩分限帳』には「稲毛左太夫」、『万延二年川越藩分限帳』には「稲毛登右衛門」の名がある。他に類似の氏・

姓として「稲毛田」がある。また、茂木和平『埼玉苗字辞典第 1 巻』（2004）によれば、稲毛を「いなも」と読ませる例があるようである。

- (37) 国常立尊を主祭神として祭り、国狭槌尊、月読尊、伊邪那岐尊、大国主命、倉稲魂神、天照大御神、上筒之男神、中筒之男神、底筒之男神を配祀する八立稲神社（和歌山県田辺市古尾）の「八立稲」との名は、「やたちね」と読む。明治初年の神仏分離政策（廃仏毀釈政策）及び小規模神社の合祀政策に基づき、現在は和歌山県田辺市の一部となっている和歌山県西牟婁郡西の谷村の上の山東神社（字古町）を残し、この神社に立出神社（字立出）、稲荷神社（字尾の崎）、上の山東神社（字西郷）、八幡神社（字米良）を合祀し、上の山東神社（字古町）以外の神社を廃止・破棄した上で、八幡社の「八」、立出社の「立」及び稲荷社の「稲」の名を合成して新たに名づけられたものである。従って、もともと「立稲」との名の神社ではない。ところで、この和歌山県田辺周辺にあった小さな神社を含め、日本各地の小規模な神社の中には、古代からの名族の後裔として暮らしてきた人々の氏神であり、祖先の墓陵であり、人々の心の支えであり、一族団結の象徴としての神社が含まれている可能性が高い。明治政府による強引な神社合祀政策は、統一国家として富国強兵策を推進し、全国各地における叛乱を抑止するために必須と考えられたものと思われる。ただし、この政策に便乗して、特定の者が利己的な権益を拡張した事例も存在したことは疑問の余地がない。例えば、最も有名な事例としては、仁徳天皇陵出土の鏡・太刀等の考古学上極めて重要な遺品がアメリカ合衆国ボストン美術館に収蔵されるに至る経緯・背景には、そのような疑惑が濃厚にある。その他貴重な美術工芸品が多数国外流出しているのであるが、いずれも同様であった可能性があり、旧幕府や旧藩主等から権力を笠に着て強奪した財宝を売りとばして私利私欲に奔走するといった例や、神社合祀に名を借りて廃止された神社境内地にあった御神木を伐採し、破壊した寺院の伽藍用材や古木等を横領した上で他に売却し、私服を肥やすといった類の事例が少なからずあったのに違いない。「勝てば官軍」であり、このようなことは古今東西どこでも常に起きる。しかし、第二次世界大戦前の日本においては、とりわけ疑惑の主が華族や明治政府高官である場合には、批判が一切許されず、現在でも曖昧なままとされている。その意味で、明治時代に起きたことは少しも文明開花ではなく、単に古代日本で起きた戦乱・政争等と同じようなことが形を変えて繰り返されただけだと見ることは可能である。それはさておき、強引な神社合祀政策の強行は、日本各地に大きな社会的不安をもたらし、各地で反対運動が発生した。南方熊楠もその一人である（芳賀直哉『南方熊楠と神社合祀—いのちの森を守る闘い—』（静岡学術出版、2011）が詳しい）。その後、大正 7 年 3 月 2 日、貴族院第三分科会において神社合併不可が論じられ、「神社合併は国家を破壊するもの也。神社合併の精神は悪からざるも其結果社会主義的思想を醸成するの虞れあるを以て今後神社合併は絶対に行ふ可からず」との意見を全会一致で可決し、政府も強引な神社合祀の非を認めるに至ったことから、強引な神社合祀政策に起因する社会不安がようやく終息へと向かうこととなった。戦前において日本各地で勃興した社会主義運動の中には、貧富の差の拡大という社会的事実を目の当たりにして、階級差別を認識し、欧州の社会主義思想に共鳴した結果として生じたものが多いと考えられるが、それとは別に、古来の氏族の子孫としての誇りを傷つけられ、場合によっては蔑視されるに至った人々の素朴な反発・反感から生じ、発展したものも含まれているのではないかと考えられる。ちなみに、八立稲神社（和歌山県田辺市古尾）が配祀する国狭槌尊は、天地開闢の際に国常立尊（国之常立神・国底立尊）と共に現れたとされる。『先代旧事本紀』の「国造本紀」に「大彦命ハ筑紫国越国造伊賀臣巨祖彦大男彦瀬立大稲起命也」とあることから、この記載

- が正しいとすれば、国狭穂尊と大彦命とは同一人である可能性がある。「大彦」とは「王である男子」または「偉大な男王」との意味を示す敬称の一種であり、固有名詞ではないと考える。また、「日」を「国」の略字と解することが可能であるとすれば（「艸—財産権としての植物(1)」脚注1参照）、「国常立尊」は「日本尊」または「日立尊」であり得る。
- (38) 土地所有者（地主）と地上耕作者（小作者）との間の事実上の力関係が対等であるときは合理的に約定（契約）が交わされることになる場合があり得るし、また、小作者にとって必ずしも不利にならないような慣習法や地域慣習（慣行）が形成されることもあり得る。しかし、一般的には、小作者は弱い立場にあるので、結果的に土地所有者にとって有利となってしまうのが通例である。
- (39) 判例評釈として、山田 晟「抵当権の実行と地上の稲」法学協会雑誌 55 巻 1 号 183 頁がある。
- (40) この法理は、現在でも維持されており、大阪地方裁判所昭和 42 年 7 月 15 日判決・判例時報 513 号 66 頁は、土地収用関連の事案において、「収用対象の土地上に存する未成熟立稲につき、所有者以外の権原ある者が植付をしたものでない場合においては、播種ないし植付されると同時に地盤たる土地所有権の対象である土地の構成部分と化し、土地所有権に服するものである以上、土地所有者等が何らかの方法によって外形上これに独立性を与えない限り、土地と別個独立に所有権の客体となり得るものではないため、土地収用者は収用の時期に地上の立稲を構成部分とする収用地の土地所有権を取得したものというべきである」との旨を判示している。なお、最高裁昭和 35 年 3 月 1 日判決・民集 14 巻 3 号 307 頁は、未登記の土地の所有者が自分で同土地上に播種・植栽した稲立毛の対抗要件として明認方法を有するか否かに関し、これを要しないものと判示した大審院昭和 17 年 2 月 24 日判決・民集 21 巻 151 頁について、「所論引用の大審院判例の事案は、未登記の田地所有権に基づき耕作して得た立稲および東稲の所有権の差押債権者への対抗力に関するものであるが、稲は、植栽から収穫まで僅々数ヶ月を出でず、その間耕作者の不断の管理を必要として占有の帰属するところが比較的明らかである点で、成育に数十年を予想し、占有状態も右の意味では通常明白でない山林の立木とは、おのずから事情を異にするものというべく、右判例も必ずしも植栽物の所有権を第三者に対抗するにつき公示方法を要しないとした趣旨ではない」と解される旨を判示している。すなわち、未登記の土地の場合、土地の一部となるべき地上の稲立毛についても不動産登記による対抗力が具備されていないわけであるが、そのような場合であっても、占有・耕作状況という外形的事実から稲立毛の所有権の帰属を容易に推定することが可能であるときは、そのような外形的事実が明認方法と同様の社会的機能を営み得ることは当然である。無論、不動産登記によって公示されている土地上の稲立毛については、その不動産登記によって、土地と一体のものとして権利関係が公示されていることはいうまでもない。私見である集合動産説を採る場合でも、公示方法の関係では「不動産」という符号によって当該集合動産全体の権利関係が代表的に公示されていると解することになる。
- (41) 民法 242 条の規定は、土地所有者とは異なる者が同土地上に動産を混合させた場合に適用される条項であるので、土地所有者が自分自身で動産を混合させた場合には適用されないのは当然の理である。土地所有者が自分自身で混合させた動産が植物である場合には、播種・植栽ということになるが、成長した植物の法的評価としては、民法 86 条 1 項により土地の定着物すなわち土地の一部であることになる。本判決は、このような法解釈を前提にしていると思われる。
- (42) 当事者間の実質的な公平に反して民法 575 条 1 項による果実の收取権を肯定した場合、

その果実部分はいわば二重取りのような結果を招くので、その果実の評価額分の金額を売買代金額から減額すべきであり、既払いの場合には不当利得として返還すべきであると解する。

- (43) 抵当権の及ぶ範囲の問題としてとらえた場合には、民法 371 条の法解釈論となる。同条は、「抵当権は、その担保する債権について不履行があったときは、その後生じた抵当不動産の果実に及ぶ」と規定している。果実に対する担保権実行による執行手続は、民事執行法 188 条、同法 93 条により、強制管理による。同法 93 条 2 項は、「前項の収益は、後に収穫すべき天然果実及び既に弁済期が到来し、又は後に弁済期が到来すべき法定果実とする」と規定している。すなわち、稲立毛が天然果実に含まれるとする場合、稲立毛が土地の一部であるか土地とは別の動産であると解すべきかの別を問わず、抵当権の効力は天然果実である稲立毛にも及び、強制管理の方法によって担保権が実行されることになる。この場面では、動産であるか不動産であるかに関する解釈上の相違は、担保権実行手続に対して特に影響を及ぼすことがない。なお、この関係で、大審院昭和 12 年 9 月 15 日判決・民事判例集 16 卷 1409 頁は、「土地ノ使用収益權ハ財産權ニ外ナラサルカ故ニ土地ニ付質權ヲ設定シ其ノ使用収益ニ依リ取得スヘキ財産上ノ利益ヲ擧ケテ優先的ニ質權者ノミノ手裡ニ歸屬セシムルカ如キ他ノ一般債權者ノ共同擔保タル債務者(質權設定者)ノ財産ノ減少ヲ來サシムルモノナレハ」、「右ノ如キ質權設定行為カ詐害行為ノ目的タルニ毫モ妨クルモノニ非ス」、「所論土地ヨリ生スル天然果實タル本件稲立毛ノ如キ其ノ土地ヨリ分離セサルモノハ不動産ニ對スル強制執行ノ目的物トナルハ勿論」、「差押後不動産ヨリ分離スルモノト雖モ強制管理ノ方法ニ依リ強制執行ノ目的物ト爲シ得ルコト固ヨリ疑ヲ容レサルトコロナリトス」と判示し、法定果実である稲立毛の売却による競落代金から債権回収することを妨げる目的でなされる質權設定行為は詐害行為(民法 424 条)に該当するとしている。
- (44) 無権利者が植えつけた稲立毛について当該無権利者を権利者として表示する明認方法が施されており、その明認方法上の表示を信じて稲立毛を売買・贈与その他の取引により取得し、刈り取って収穫した者の信頼保護については、公信の原則(民法 94 条 2 項の類推適用、同法 192 条の適用)等によって対処し得る場合が全くないとは言えないと考える(この点については、前掲『新版注釈民法(7)物権(2)』397 頁[五十嵐清・瀬川信久]参照)。ただし、即時取得(同法 192 条)が成立するためには、既に動産である物について、前占有者から現実の引渡し(同法 182 条 1 項)を受けることを要するので(庭石の占有改定による取得の事案について、最高裁昭和 32 年 12 月 27 日判決・民事 29 号 793 頁は、善意取得の成立を否定している。)、一般論としては、刈り取って収穫した後の動産である稲穂や米の取引についてのみ即時取得が成立し得ることになる。なお、簡易の引渡し(同法 182 条 2 項)、占有改定(同法 183 条)による占有取得及び指図による占有移転(同法 184 条)の場合による即時取得の成否については、前掲『新版注釈民法(7)物権(2)』162~181 頁[好美清光]が参考になる。
- (45) 高松市伏石周辺の地域は、『平家物語』や観世流謡曲で有名な「屋島」のすぐ西方にある低地に位置する。おそらく、源平合戦以前の時代には海面下にあったか、あるいは、海に接した干潟・湿地のようなところだったのではないかと推定される。伏石の更に西方には峰山と浄願寺山という名の小山がある。この場所は、古代には鳥だったのではないかと推定される。同所には、鶴尾神社(香川県高松市西春日町字北山浦)があり、氣長足姫尊、譽田別天皇、菟道稚郎子尊を祭神として祀っている。同神社は、この地区の氏神とされており、境内には香川県最古とされる鶴尾神社 4 号墳という古墳がある。この古

墳は、4世紀～5世紀ころに造営されたと推定される石清尾山古墳群の一部である。この古墳群に含まれる古墳(猫塚、石船積石塚等)からは内行火文鏡等の多数の鏡や銅製品が出土している(現在、東京国立博物館所蔵)。『三国志・魏書』『倭人伝』にある邪馬台国との関連は不明だが、中国では魏晋南北朝の時代に相当するかなり古い時代に強力な豪族支配が確立されていたことは疑いようがない。それだけに、本判決の事件当時には小作人となっていた人々の中には、古代の支配階級の子孫が含まれていた可能性があり、誇り高い人々の集合体であったかもしれない(戦国時代以降の上士・下士の区分を固定的な階級として理解することは、明らかに誤りである)。この伏石だけではなく、日本各地に残る古い歴史的背景等を考えると、小作争議等について単純に農民史や階級闘争として政治的・イデオロギー側面のみから理解することは、些か浅薄なことではないかとも思われる。なお、関連する事項については、脚注15及び「呻—財産権としての植物(1)」脚注22、65、67、69、77で触れたほか、前掲「阿可利葉」及び「美多加羅葉」では鏡と古代の瀬戸内海周辺の支配豪族との関係について詳論した。

- (46) 実際に事件が発生した場所は、香川郡太田村伏石及び同村松縄の2ヶ所なので、伏石事件との名は正確ではないが、事件全体を代表する名称として理解する。
- (47) 小作権及び小作争議については、鳥袋善弘『近代日本の農村社会と農地問題』(御茶の水書房、2013)、農地制度資料集成編纂委員会編『小作争議に関する資料』(御茶の水書房、1969)、農林省農務局編『地方別小作争議概要』(農林省農務局、1927)、野村岩次『慣行小作権に関する研究』(協調會、1937)、桑原正信『慣行小作権の研究』(富民社、1958)、三潁信三『地上権 永小作権 地役権 占有権』(訂正第8版) (有斐閣書房、1919)、明治大学史資料センター監修『布施辰治著作集第5巻』(ゆまに書房、2007)、同『布施辰治著作集第9巻』(同、2008)、同『布施辰治著作集第14巻』(同、2008)が参考になる。
- (48) 我妻 榮『日本政治裁判史録 大正』(第一法規、1969) 513～575頁、寺岡文太郎『伏石事件』(讚文社、1973)が参考になる。
- (49) 基山争議と呼ばれる小作争議は、実際には佐賀県三養基郡(元は肥前国三根郡、養父郡、基肄郡)から佐賀県鳥栖郡(現在の佐賀県鳥栖市)周辺にかけての比較的広い範囲が関係しているので、基山争議との命名は、主たる事件発生場所の代表的な名称と考えられる。この争議については、通常、近代的所有権対封建的土地所有制度といったステレオタイプの無内容な構造図によって説明されることが多い。これとは別に、その歴史的背景として、江戸時代に佐賀藩によって均田法が行われたことに対する地主層の反発がくすぶっており、明治維新後、明治政府によって地主の権利が回復された結果、小作人化した人々との間で軋轢が高まったと説明されることが多い。もともと佐賀藩ではごく少数の者が農地に対する支配権を有し、大概の者は小作をするという支配構造が濃厚であったので、特権を奪われた支配層にとっては憎き政策であったのに違いない。このように江戸時代～明治時代にかけての土地政策の変遷を騒動の要因と考えることは、それ自体としては正当と思われる。しかし、直接の政治学的要因としては、明治6年に発生した佐賀の乱以降続けた佐賀県内での旧士族の不満を可能な限り厳しく抑え込み、これを鎮圧することによって、全国各地における一揆や反乱に対して、一種の見せしめとして、警告的・抑止的効果を与えるというところに主眼があったのではないかと推定される(元司法卿であった江藤新平を首謀者として斬首刑に処した権大判事河野敏謙については、法治主義の観点から様々な批判があるが、内務卿大久保利通の指示により断行した行動と評価することは可能である。ここでも「勝てば官軍」であり、敗者に人権はない)。ところで、佐賀県におけるこのような争議の遠因は、はるか古代にあるのでは

ないかと考えられる。基山争議が発生した佐賀県久留米市周辺には古代の遺跡や古い神社・寺院等が多数存在する。例えば、古代の山城とされる史跡高良山神籠石の頂上部付近に筑後國一宮である高良大社がある（「艸—財産権としての植物(1)」脚注 66）。この神社は、大国主神の国譲りの後の筑紫征伐の折、禪譲によって従前の支配者である祭神から現在の祭神へと変化したものと推定される。「高良」は、元は「高羅」または「加羅」であったかもしれない。倭国が白村江において唐軍に敗北するまで、倭国は朝鮮半島の広い範囲に対して軍事的・政治的支配権を有していたと推定されることから（「艸—財産権としての植物(1)」脚注 12 参照）、「新羅」の動向とは全く無関係に、倭国と隋・唐との直接的な軍事衝突が不可避の状況にあったと推定される（「艸—財産権としての植物(1)」脚注 22、23 参照）。そのために、九州北部の古代土族と当時朝鮮半島南部に進出していた古代氏族の間には姻戚関係のある者が多かったと推定される。磐井の乱は、そのような文脈の中で再検討すべき余地がある（「艸—財産権としての植物(1)」脚注 27 参照）。また、基山町には荒穂神社（佐賀県三養基郡基山町宮浦字宮脇）があり、瓊瓊杵尊・五十猛を祭神として祀っている（「艸—財産権としての植物(1)」脚注 18、24、41、44 参照）。この周辺には、高良の神と荒穂の神が小石を投げ合って競ったとの伝承があるが、これは天孫降臨の際の建御雷之男神（建御雷神・武甕槌・武甕雷男神）と建御名方神（南方刀美神）との力比べの伝承と類似の起源を有するものではないかと疑われる。荒穂神社の社伝によれば、白村江の戦いの後、天智天皇が基肄城を築き荒穂神を守護神としたことであるので、対唐防衛のために基肄城が築造される以前から崇敬される地元の氏神があり、それが後に現在の祭神へと変更になった可能性もある。この地域には古くから仏教（ヒンズー教）もあったと考えられ、それと関連する可能性のある遺跡も多数ある。このような古代からの流れを念頭において基山事件を考え直してみると、また別の歴史的評価が可能になるのではないかと考えられる。

- (50) 事件が起きたのは四国の高松地裁管内であり、温暖な気候にある土地柄から、年数回の稲作（二毛作～三毛作）が可能である。年数回の稲作をするためには、最初の稲を刈り取った後、改めて田起こしと田植えを行う場合と、成長の早い品種と遅い品種など成長に関する形質特性の異なる数種の稲苗を植付け、異なる時期に収穫する方法とがある。本判決の事実認定によれば、中生種の稲（中稲）の収穫期は例年 10 月ころ、晩成種の稲（晩稲）の収穫期は例年 11 月ころだったようである。なお、この点に関しては、朝隈純隆・新村善弘「早植晩植栽培に於ける早稲と晩稲の生育の差異に就いて」九州農業研究 12 号 51～52 頁、羽生寿郎・今久・中山敬一「水稻—麦類二毛作の作期と気温条件」千葉大園芸学部学術報告 32 号 15～23 頁、戸上和樹・中井 信・米村正一郎「不耕起栽培による土壌有機物の蓄積と理化学性の変化」日本土壌肥料学雑誌 80 巻 5 号 511～515 頁、吉川省子・山本 博・吉田正則・石原 暁「丸亀平野二毛作水田域における湧水中の硝酸態窒素の変動」日本土壌肥料学雑誌 79 巻 5 号 461～470 頁が参考になる。ちなみに、倉稻魂神と素盞鳴命を主祭神として祀る多岐神社（岐阜県養老郡養老町三神町）には、「奇端の稲發生の地」との碑があり、日照りの年にも社務所前には早稲（わせ）・中稲（なくて）・晩稲（おくて）の三種の稲が自然に生え、見事に生育したという（倉稻魂神（宇迦之御魂神）については、「艸—財産権としての植物(1)」脚注 24 参照）。
- (51) 高松區裁判所及び執達吏は、稲立毛が小作地（不動産）から独立した動産であり、土地とは別に仮差押執行をすることのできる物（動産）であるとの見解を有していたことが明らかである。
- (52) これらの主張の根底には、刑法 242 条の解釈論があると考えられる。すなわち、同条は、

自己の財産であっても公務所の命により他人が看守するものについては、他人の財物とみなす旨を規定している。そこで、小作人らは、この条項の存在を理解した上で、公務所である裁判所の差押命令（仮差押命令）が違法である場合には、公務所の命による看守も適法ではないことになり、他人の財物とみなされないとの解釈が可能となると理解したもののようである。しかし、刑法235条の窃盗罪の保護法益は事実上の所持（占有）であって、所有権その他の本権ではなく、当該財物の所持が不適法な場合においても、原則として、窃盗罪の成立が妨げられることはない（最判昭和24年2月15日刑集3巻2号175頁、前田雅英編『条解刑法（第3版）』（弘文堂、2013）721～723頁、大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀編『大コンメンタール刑法（第2版）第12巻』（青林書院、2003）164～169頁、川端博『刑法各論講義（第2版）』（成文堂、2010）302～309頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2010）186～194頁、西田典之『刑法各論（第6版）』（弘文堂、2012）150～156頁）。このことからすると、小作人らの理解には最初から誤解の一種があったのではないかと考える。ちなみに、稲立毛競落後には、稲立毛の占有は、直ちに競落人である地主らに移転し、財物としての稲立毛の所持は地主らにあることになる。ただ、通説・判例によれば、民法242条本文により稲立毛が土地に付合してしまうと、一体として不動産である土地の一部となってしまうので、土地に対する窃盗罪は成立するかという論点は残り得る（窃盗罪は動産についてのみ成立し、土地に対する占有侵害行為は不動産侵奪罪（刑法235条の2）が成立する場合のみである。）。この点については、前掲大判大正4年5月20日が「本来不動産ノ一部ヲ組成スルモノヲ事實上ノ行為ニ因リ動産ト爲シテ」と判示するところから推察すると、大審院は、不動産・土地の一部である植物を採取したときには、その採取後の植物は動産になると解釈しているものと理解することができる。すると、稲立毛を刈り取るという行為は、不動産・土地の一部を動産に転化させる行為と、その動産の所持を奪う行為とが合体した行為であると評価すべきものということになるであろう。私見の集合動産説の場合、集合動産の構成要素となっている動産の一部を他の部分から分離する行為と現実とその分離した動産の所持を奪う行為とが合体した行為だと理解することになる。

- (53) 民法242条ただし書の「権原」は適法・有効なものであることを要する。従って、この権原が無効である場合には、同法ただし書が適用されることはない。この場合においても民法242条本文が同法86条1項に優先して適用される結果、付合として土地所有者の所有物となると解すべきであるのか、あるいは、そのような場合には同法242条本文ではなく同法86条1項が適用され、土地の定着物として土地所有者の所有権に服することになると解すべきかについては意見が分かれ得ると考えられる。本判決は、前者の見解を採用しているように読める。
- (54) 当時は旧民事訴訟法強制執行編及び競売法（明治31年法律第15号）によって執行された。現在は、民事執行法（昭和54年法律第4号）による。
- (55) 要するに公示札の掲示が不動産執行の手續を借用するものであるとしても、実体的に差押対象となっているのは稲立毛だけである以上、公示札の掲示は不動産執行手續として定められている差押手法を借用しているだけだということになる。なお、地主の立場にたってみると、小作人らが小作地に対する借地権を有している以上、借地権に基づいて当該小作地（借地）に立ち入る権利を有していることは当然のことであるので、小作地の所有権を被保全権利とし、小作人らを保全債務者として立入禁止の仮処分を求めることができない。このことは、現行の民事保全法の解釈・運用上でも同じである。
- (56) 純理論的には、この判示部分は極めて重要である。土地に生育する植物について、あく

までも不動産の一部であると解する立場の場合、将来の時点で動産となる物に対する権利獲得方法を考究せざるを得ない。この場合、売買予約等の予約として構成する方法や先物取引契約の一種としての構成など、様々な法律構成があり得る。ただし、本判決においては、動産執行は現にある動産に対する強制執行であり、未来のある時点で動産となる物に対する強制執行ではないという姿勢を堅持している。

- (57) 通説・判例の立場では、現在でも同じ難問に直面することになる。私見の集合動産説では、集合動産としての土地の全部について民事執行手続を進める場合には、その代表として不動産の名で包括的な処分をすべきであり、他方、集合動産である土地の一部について執行すべき事案の中で動産執行の手続によったほうが合理的な場合には動産執行の手続によるべきこととなる。現実の執行実務においても、仔細に検討すると、実際にはそのような発想に基づく民事執行法の解釈・運用がなされていると解することは可能である。
- (58) 稲立毛の明認方法として木札が用いられていたことを示す事例として、福岡区裁判所昭和 9 年 12 月 27 日判決・法律新聞 3797 号 15 頁がある。同判決は、「原告提出援用ノ各證據ヲ綜合考量スレハ本件競賣ノ目的物件タル稲立毛ハ本來訴外阿部權之助ノ原告ニ對スル債務ヲ擔保スル目的ヲ以テ該稲立毛ノ所有者タル阿部政吉（權之助ノ父）カ原告ニ之カ所有權ヲ讓渡シ債務不履行ノトキハ原告ニ於テ該稲立毛ヲ處分シ其ノ換價金ヲ以テ債權ノ辨濟ニ充テ若シ殘餘アル場合ハ之ヲ返戻スヘキ旨ノ約定ヲ爲シ居リタルコト及該稲立毛ニ對シ被告組合ヨリ本件強制執行ヲ始ムル以前ニ於テ原告ハ之カ引渡ヲ受け且各稲田ニ原告ノ所有タルコトヲ公示スル木札ヲ立テ居リタルコトヲ認定スルニ足ル」と事実認定している。また、立本法の適用を受けない立木の事案であるが、最高裁昭和 37 年 3 月 2 日判決・裁判集民事 59 号 33 頁は、「A 林六町七反八畝歩は X 会社において買受けたから伐採を禁ずる」旨を記載した木札（固有名詞は仮名）について、適法な明認方法であると認めた。なお、この点については、菊池定信「明認方法の態様について」国土館法学 11 号 57～84 頁が詳しい。
- (59) 稲立毛を不動産である土地の一部であると理解した上で、土地の一部に限定した売買契約は有効であるが、土地の公示方法は不動産登記であり、かつ、不動産登記法に基づき稲立毛部分だけを分筆登記する手続は存在しないので、結局、不動産である土地の一部であるという立場を堅持した場合、稲立毛だけを不動産登記という公示方法で土地の一部として公示する方法が存在しないことになる。この場合でも、当事者間での売買契約の有効性は否定されないで、公示方法がなく第三者に対して対抗することが常にできない法律行為として理解するのが最も筋が通っているものと解する。すなわち、稲立毛を土地の一部として貫徹するような法解釈論は、社会的妥当性を欠くものであり、維持することが困難である。なお、最高裁昭和 29 年 2 月 4 日判決・裁判集刑事 92 号 75 頁は、「所論大審院判例は、まだ刈り取らない立稲でも観念上地盤とは別箇の物として民事上の取引をすることができるというだけであって、当事者間の或る契約が如何なる趣旨の契約であるかの裁判所の認定権を拘束するものでないことはいうを俟たない」と判示している。
- (60) 執行手続中の売却手続の段階では土地と分離された動産に化している物については、不動産執行手続中の天然果実に関する処理として対処可能な場合を除き、不動産執行手続であったはずのものが途中から動産執行手続に切り替えざるを得ず、極めて奇妙な結果を招くことになる。少なくとも、裁判所による民事執行手続上での混乱を避けることができない。
- (61) 不動産登記を含め法定の公示方法が極めて限定されているという問題は、私見の集合動産説を採る場合でも同じである。しかし、私見である集合動産説の場合には、土中に含

まれる様々な構成要素について、それぞれの特質に応じてより広く明認方法を認めることができるという大きな利点がある。

- (62) 「本院カ屢次判例トシテ示ス所」とは、後述の大審院明治32年4月12日判決・民録5輯4巻23頁等の大審院判決において説示されている法理が判例であるとの認識を示すものである。
- (63) 大審院明治38年5月15日判決・民事判決録11輯724頁は、「土地ヲ立木ト共ニ買受ケ其土地賣買ノ登記ヲ經タル者ハ單ニ其土地ノ取得ヲ以テ登記ヲ經サル第三者ニ對抗スルコトヲ得ルノミナラス立木ノ取得ニ付テモ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ル場合アリト謂ハサルヲ得ス」と判示している。
- (64) 上告人の主張は、立木については動産と同じに扱ふべしとする慣習法または商慣習が存在するとの主張のように読める。一般に、民法解釈上の基本原理に反する慣習法または商慣習の存在については、そのような慣習法が存在することによって利益を得る側の当事者が主張立証責任を負う。本件では、上告人がその主張立証責任を負っている。
- (65) 本判決言渡の時点では、立木法（明治42年法律第22号）が制定されておらず、他に立木の権利を公示するための法令等は何ら存在していなかった。
- (66) 前掲『新訂物権法（民法講義Ⅱ）』205頁は、立木に対する明認方法のやり方として、「立木の皮を削って現在だれが所有者であるかを明瞭に墨書」する方法、「自己の氏名を表示した極印を打ち込んだり、現場に標識を立てるなど」の方法があるとしている。
- (67) 前掲『新訂物権法（民法講義Ⅱ）』206～208頁
- (68) 日本国憲法76条1項は、「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」と規定している。最高裁の組織に関しては、裁判所法（昭和22年法律第59号）6条～14条の3が規定している。
- (69) 前掲大審院大正10年8月10日判決・民録27輯1480頁、脚注4～6参照。
- (70) 本論文は、文部科学省私立大学戦略的研究基盤形成支援事業（平成23年～平成27年度）による研究成果の一部である。

[正誤]

「艸—財産権としての植物(2)」に下記のとおり誤りがあったので訂正する。

脚注120

[正] 川島武宣・川井健編

[誤] 前掲

脚注134

[正] 前掲

[誤] 川島武宣・川井健編