

艸-財産権としての植物（4） -

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/10291/18207

【論 説】

艸—財産権としての植物(4)

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 卷 4・5 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 (主として土壤)
 - 3. 2 土壤中に含まれる生物
 - 3. 3 植物の特性 (以上 87 卷 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 88 卷 1 号)
 - 3. 3 執行方法に関する裁判例
 - 3. 4 立木の価格評価に関する裁判例
 - 4 窃盗類型の刑事裁判例
 - 4. 1 窃盗罪の裁判例
 - 4. 2 森林窃盗罪の裁判例
 - 4. 3 不動産侵害罪の裁判例
 - 5 放火類型の刑事裁判例
 - 6 煙草専売法と関連する裁判例 (以上本号)

三 裁判例（続き）

3 立木に関する裁判例（続き）

3.3 執行方法に関する裁判例

最高裁昭和 46 年 6 月 24 日判決・民集 25 卷 4 号 574 頁⁽¹⁾

控訴審・仙台高等裁判所判決（第 1 審・青森地方裁判所十和田支部判決）に対する上告審・最高裁の判決である。

本判決の事案においては、土地と分離されていない立木に対する強制執行方法が争点となった。ただし、民事執行法の制定による民事訴訟法改正前の事案であり、本判決中で示されている民事訴訟法 625 条は、現在の民事訴訟法中には存在しない。

本判決は、以下のように判示している。

立木に関する法律（明治 42 年法律第 22 号）による所有権保存登記を経っていない立木であっても、その生立する土地と独立して取引の目的とされ、その権利変動は明認方法により公示されるのであるから、これを土地と別個に強制執行の対象とすることを妨げないものと解すべきであり、このことは、立木が独立の取引価値を有するものであるかぎり、すでに明認方法が施されているか否か、あるいは土地と立木とが所有者を異にするか否かにかかわりのないものといわなければならない。しかし、立木は法律上動産ではないから、右のごとき立木を目的とする強制執行は、執行官の行なう有体動産に対する強制執行の手續によるべきではなく、執行裁判所が、民訴法 625 条に基づき、立木を伐採する権利を差し押え、これを換価する方法によるべきものと解するのが相当である。したがって、青森地方裁判所執行吏 D が、本件立木に対して、有体動産としての強制執行手續をしたことは誤りであり、本件強制執行は違法たるを免れない。これと異なる趣旨に解される原判決の判断は失当であり、論旨はこの点において理由がある。

原判決の確定するところによれば、未登記立木に対する強制執行の方法については、有体動産の執行手續によるとする説、立木伐採権を執行の対象として民訴法 625 条の特別換価手續によるとする説ならびに不動産の執行手續によるとする説の三様の見解が存し、全国の裁判所の実務上の取扱いとしても、立木伐採権に対する執行手續による例が多数ではあるが、有体動産の執行手續による例も少なくないことが認められ、D 執行吏は、本件強制執行の委任を受けた際、参考書等に基づき一応の調査をしたうえ、有体動産の執行手續によるのを正当と判断してその執行をしたというのである。そして、右の有体動産の執

行手続によるべきものとする見解についてみるに、その論拠とするところには、一応首肯するに足りるものが認められる。このように、ある事項に関する法律解釈につき異なる見解が対立し、実務上の取扱いも分かれていて、そのいずれについても相当の根拠が認められる場合に、公務員がその一方の見解を正当と解しこれに立脚して公務を執行したときは、のちにその執行が違法と判断されたからといて、ただちに右公務員に過失があったものとするのは相当でない。原審が、その確定した事実関係のもとにおいて、本件強制執行につきD執行吏に国家賠償法1条1項にいわゆる故意過失があったものとはいえないとした判断は、正当として是認することができる。原判決に所論の違法はなく、したがって、右違法を前提として原判決の違憲をいう所論はその前提を欠き、論旨は採用することができない。

してみれば、本件強制執行につきD執行吏の過失を理由に損害の賠償を求める上告人の本訴請求を棄却すべきものとした原判決の結論は、結局、正当であり、本件上告は棄却を免れない。

要するに、本判決は、立木に対する執行方法としては、通常の動産執行や不動産執行の規定によるのではなく、立木を伐採する権利の差押によるべきものとしている。この判断は、明治32年12月19日民刑第2035号民刑局長回答、明治37年6月4日委員会決議議案第2791号同年7月152号19頁、大正10年5月19日民事第2178号民事局長電報回答、大正12年11月27日民事第5323号民事局長回答、昭和32年11月18日法曹会民事財産法調査委員会決議等に依拠するものと思われる。

そもそもこのような議論が発生したことの背景事情としては、本判決中にも示されているとおり、立木に対する執行方法について種々の見解があり、対立していたということがある⁽²⁾。

そのような認識を前提とした上で、結局、旧民事訴訟法625条により伐採権を差押えて換価すべしとする本判決の適用範囲(判例として拘束力が及ぶ範囲)は、差押え対象物の換価と配当を前提とする執行手続の範囲内に限定されており、およそ立木に対する執行方法全てについて及ぶものではないと解すべきである。

本判決は、伐採し換価することを目的とする立木取引を前提としている。そのような事案では、伐採権等を想定することができる。これに対し、例えば、保存木として当該立木の寿命の続く限り生立させ続けることを目的として売買契約等がなされた場合には伐採権なるものを考えることができない⁽³⁾。

民事執行法（昭和 54 年法律第 4 号）が制定され、旧民事訴訟法 625 条の規定が廃止された後の時点においては、本判決のような事例について民事執行法のどの条項が適用されることになるのか必ずしも明確とは言えないが、同法 122 条が「動産（登記することができない土地の定着物、土地から分離する前の天然果実で 1 月以内に収穫することが確実であるもの及び裏書の禁止されている有価証券以外の有価証券を含む。以下この節、次章及び第四章において同じ。）に対する強制執行（以下「動産執行」という。）は、執行官の目的物に対する差押えにより開始する」と規定している一方で、同法 43 条 1 項が「不動産（登記することができない土地の定着物を除く。以下この節において同じ。）に対する強制執行（以下「不動産執行」という。）は、強制競売又は強制管理の方法により行う。これらの方法は、併用することができる」と規定していることから、動産執行の方法によるべきであるとの見解が有力である⁽⁴⁾。個別の動産である物件については動産執行の方法によることができると解すべきことは当然である⁽⁵⁾。

しかし、例えば、伐採権ではなく知的財産権としての利用価値等を考慮することが可能であるような事案においては、物体としての木材を対象とする動産執行または不動産執行ではなく、その他の財産権に対する強制執行（民事執行法 167 条）⁽⁶⁾ を考えざるを得ないことから、その範囲内では、本判決は、現時点でも一定の意義を維持していると考えられることはできる。

前述の立木を保存木として立木を生立させ続けることを目的として売買契約等がなされた場合等を含め、強制的な占有移転を目的とする執行によって目的を達成することができる場合には、事案の相違に応じ、民事執行法 168 条（不動産の引渡）または同法 169 条（動産の引渡）所定の方法による執行がなされるべきである。これらの引渡執行の場合において、目的物を当事者以外の第三者が占有するときは、同法 170 条が適用される。そして、その他の場合には、事案の相違に応じ、同法 171 条（代替執行）、同法 172 条（間接強制）⁽⁷⁾ または同法 93 条（強制管理）⁽⁸⁾ 所定の方法によることになる。更に、物体ではなく権利に対する差押えが重要性を有する事案においては、同法 167 条（その他の財産権に対する強制執行）の解釈・運用を検討すべきである。

ただ、複数の権利等が混在する場合には、その調整が問題となり得る。

この点と関連して、通説的見解は、「登記することのできない土地の定着物に対

しては、動産執行と不動産執行が競合することがあり得る。土地に対する差押えの効力は、その土地に存する定着物に及ぶと解されているからである。この場合の手続の調整規定はないので、先に着手された手続が優先される」としている⁽⁹⁾。私見としては、動産であるか不動産であるかの二者択一的に発想するのではなく、より適切な執行方法を選択するために複数の条項を組み合わせる考えるのが妥当であるとする。しかし、現行の民事執行の実務においては、不動産執行の申立と動産執行の申立とが混在したような複合的な申立を認めていない。

実務における運用の問題としては、同時に異なる種類に属する複数の申立をし、法解釈論として可能な範囲内において、当該強制執行の申立対象物全体について一括して執行可能なように民事執行制度を運用することは許容されると解する。しかし、既に述べたように、一般に、草(艸)を含め、土壌を構成する諸要素は全て動産の一種であり全体として集合動産として存在しているのであるから、これらを包括して強制執行の対象とすることができるようにするため、民事執行法の立法的基盤を根本的に見直す必要があると考える。

この場合において重要なポイントは、人工物だけで構成される一般的な集合動産担保や集合動産取引等の場合と異なり、土地(土壌)は生物等の自然物を含む集合動産であるので、予めその集合動産に含まれる構成要素となっている動産の全てを調べ、その目録を調製しておき、その目録に掲載された対象物を担保や執行の対象とすることができないということである。

しかしながら、自然物を含め包括的な強制執行方法を構築することは可能である。通常の不動産強制競売の場合と同じように考えれば足りるであろう。ただ、不動産鑑定士による標準的な土地価格等の調査だけでは執行対象物の評価額を決定できないということについては十分に考慮に入れておく必要がある。例えば、土壌を構成する要素に重要な知的財産権が付着しており、その評価額が物体としての土地の評価額をはるかに上回るような場合がその例である。土壌に含まれる微生物や化学成分等の経済的価値が重要な意味をもつ場合等も同様である。

3. 4 立木の価格評価に関する裁判例

現行の民法及び民事執行法に基づく強制執行制度が①債務者の財産権を強制的

に換価することにより債権者の債権回収を実現することを主要な目的とし、②付随的な目的として、その他の態様における強制執行を可能とするような法的手段を提供するものであることは、既に述べたとおりである。

民事執行手続中の競売手続においては、買受希望者が自己の判断で競売対象物件の買受価格を算定する。この場合、最終的な価格決定のための判断において最も重要な役割を果たす要素は、需要と供給という経済学の基本原理そのものに他ならない。それゆえ、社会経済上の需要が全くなく今後も需要発生の見込みが全く立たないような競売物件については、その交換価値としての価格が形成されることがなく、従って、民事執行手続に基づく強制的な売却による換価も成立しない。

このような価格形成の可能性のない物件は、物体としては存在しているものであっても、経済財としては無価値物である。そして、財産権の意義について交換価値が存在することを必須の要素とするという考え方を前提とする限り、そのような交換価値のない物件は財産権に含まれないとの解釈が成立可能である⁽¹⁰⁾。

このような解釈を前提とした上で、定型的に民事執行法 39 条が適用される場合とは異なるので、別の手続によらざるを得ない。例えば、執行裁判所は、申立受理時以降の任意の時点において、事案の相違に従い、民事執行法 63 条の適用または類推適用によって（動産執行の場合には同法 130 条の適用または類推適用によって）、当該執行手続を終了させることができると解する⁽¹¹⁾。

更に、物価の変動があり、近い将来に価格の変動が予想される物件について現時点でその交換価値を評価することは非常に難しいことである。これは、損害賠償請求事件における損害額の算定の場面では比較的普通に出現する困難性に属する。そして、物価下落傾向の著しい状況があるときや、極端な不景気によって社会内での取引がほぼ停滞または停止してしまっているような状況下にあるときは、事実上、「市場において値段が見つからない」という意味で交換価値がゼロになっているのと同様の事態が発生し得る⁽¹²⁾。

類似する社会現象として、例えば、産業廃棄物、有害な化学物質、有毒生物、遺伝子組換え生物、放射性物質等による土壌汚染や地下水汚染⁽¹³⁾、あるいは、これらの汚染または汚染対策としての薬剤散布による土壌の砂漠化や海浜の石灰化等により、市場において買い手が見つからないような状況に陥った場合についても同様である⁽¹⁴⁾。

これらの要素を適正に勘案しないでなされた鑑定評価が信憑性を欠くものとなり得ることは当然のこととして、そのような適正でない価格による最低売却価格の決定等には国家賠償請求の原因となるものがあり得る⁽¹⁵⁾。

東京高等裁判所昭和 33 年 7 月 17 日判決・下民集 9 卷 7 号 1297 頁

第 1 審・新潟地方裁判所判決に対する控訴審・東京高等裁判所判決の判決である。

本判決の事案は、被控訴人（被告）が控訴人（原告）所有の立木を伐採したというものである。被控訴人の不法行為（民法 709 条）に基づく損害賠償請求との関連で損害額の算定が争点となった。被控訴人による立木伐採行為が実行されたのは第 2 次世界大戦後の物価変動の著しい時期であったので、どの時点の評価額をもって控訴人（原告）の損害額と認定すべきかについて、かなり難しい問題を含んでいる。

本判決は、損害賠償額の算定に関し、次のように判示した。

およそ不法行為による物の滅失毀損に対する損害賠償の金額は、特段の事由のないかぎり滅失毀損当時の交換価格によって定めるのが相当であるが、本件の場合、被控訴人が不法に伐採した立木は地上に生立していたものであって、しかもかかる地上に生立した立木は比較取引が頻繁でなく、これが所有者たる控訴人において早急にこれを伐採売却しなければならぬような事情も見えないので、反証のないかぎりかかる不法伐採がなかったならば、おそらく控訴人は昭和 27 年 8 月当時まで本件立木を保有し得たと認めるを相当とするのみならず、他面同時に本件立木伐採当時はいまだ諸物価が高騰する状況にあったことは当裁判所に顕著なところであって、被控訴人においてもかかる状況の下において本件立木の価格の高騰を予見していたか少なくとも予見しうべかりし場合であったと認めるを相当とすべく、従って控訴人が本件損害賠償額を算定するにあたり本件伐採立木の昭和 27 年 8 月当時における推定時価によったことはあながちこれを不当というべきではない。

現代の日本国が置かれた社会・経済的状況の下においては、長期にわたるデフレ状態が存在しているので、合理的な蓋然性をもって物価が高騰し続ける可能性を積極的に肯定する見解はないだろうと考えられるが（物価の高騰すなわちインフレ状態の到来を期待する人々は多数存在するが、これは、単なる期待に過ぎない。ただし、国の財政破綻により超インフレ状態が発生し得ることを否定する趣旨ではない。）、第 2 次世界大戦後しばらくの間は確かに物価高騰が続いた時期がある。

そのような物価動向を損害額の認定においてどの程度まで考慮すべきであるかという事は、非常に難しい問題に属する。どのような理論に基づいて計算してみたところで、所詮、推論の一種に過ぎず、事実そのものではないからである。極端な場合には空想の一種と言っても過言ではない。その意味で、損害賠償論の中で金額の算定に関する部分は常にフィクションを含むことを避けることができない⁽¹⁶⁾。

裁判所としては、フィクションの一種であることを承知しつつも何らかの金額を算定しなければならないので、一般国民にとって最も納得度の高いものであろうと考えられるような推論を採用せざるを得ない。本判決において、東京高裁が控訴人の主張を「あながちこれを不当というべきではない」と評価しているのは、そのような趣旨を含むものとして理解することができる。

なお、いわゆる「インフレ算入論」は、ある経済モデルが正しいという前提で主張されたものであったが、その経済モデルが完全に誤っていたということが現時点から過去 20 数年ほどの間の歴史上の事実によって明らかに証明されてしまったということができる。インフレにしてもデフレにしても経済モデルによって予測することは基本的に不可能である。なぜならば、そのような経済モデルが公表されたとたんに世界中の経済人はその影響を即座に打ち消してしまうような経済的効果のある行動を選択するかもしれない、それによって経済予測が前提とする諸要素が直ちに崩壊してしまい、予測の根拠が消滅することになるからである。

いわゆる「インフレ算入論」が主張された民事裁判事例において、これが採用された事例は存在しない⁽¹⁷⁾。

和歌山地方裁判所昭和 32 年 6 月 12 日判決・不法下民集昭和 32 年度下 848 頁

本判決の事案は、和歌山県海草郡東山東村（現在の和歌山市山東中）⁽¹⁸⁾ 付近で起きた土地所有権紛争が根底にあり、隣地との境界が明確ではなく、土地所有権の範囲について争いのあった土地について時効取得の成否が争われた。それと同時に、本判決の事案では、自己所有地と信じて当該土地の地上にあった立木を伐採した者（被告）の過失による損害賠償責任（民法 709 条）の有無が争点となった。

本判決は、これらの争点について、次のように判示している。

右認定した事実によると、被告等は、訴外平尾部落所有の石切場については、その範囲、反別、地点等につき明確な認識なく、原告との間にその所有権について紛争があったのであるから、正当な手続によりその紛争を解決し、その所有権の帰属が明確になった上始め伐採するか否かを決すべきであって、原告の所有権を侵害する故意は無かったとしても、右確定の方法を講ぜず軽々に部落所有なりと信じた点に於て被告等に過失の責は免れない。

次にその損害の額であるが、鑑定人 O の鑑定（訂正申出書を含む）並検証の結果によれば、昭和 29 年 2 月 9 日及 11 日の両日に亘って被告等が原告所有山林内に於て伐採した立木は合計 55 石 17 であり、この価格は当時の時価にして 5 万 3514 円となる、原告はこの他切株 12 株につき被告等の伐採した旨主張するので検討したが鑑定の結果によれば伐採年度不明であり、単に切口の状況のみよりして被告等の伐採したものとは判定し難く、又薪 840 束（当時の価格 4 万 2 千円）についても之を認むべき証拠はない。

本判決の事案において、立木の伐採行為が所有権侵害行為として評価可能な場合であっても、その所有権侵害の時期を特定することができず、かつ、所有権侵害の時期によって伐木の一般的な流通価格に著しい変動があるときは、いずれの時期における流通価格等を参考にしても所有権侵害による損害賠償額を算定できないという問題が発生し得ることを示唆している。

このような場合において、全く算定不能の場合には、損害額をゼロとして評価せざるを得ない。ただし、通常は、一定期間内における価格の平均値をもって損害額と評価することになると思われ、現実にゼロとして評価される事例は、実際にはあまり存在しないと推測される⁽¹⁹⁾。

最高裁昭和 39 年 6 月 23 日判決・民集 18 卷 5 号 842 頁⁽²⁰⁾

控訴審・東京高等裁判所判決（第 1 審・横浜地方裁判所判決）に対する上告審・最高裁の判決である。

本判決の事案は、不法行為に基づく損害賠償請求事件に関するものである。立木が伐採に適する状態まで生育する前に伐採されてしまった場合、現実の伐採時点の価格をもって損害額の算定基準とすべきか、それとも、立木所有者が予定していた本来の伐採時期における価格をもって損害額の算定基準とすべきかが争われた。

この点について、本判決は、次のように判示し、本来の伐採時期における価格を

基準とすべき旨を明らかにしている。

原判決は、被控訴人が控訴人所有の立木を伐採することにより、控訴人に加えた損害の額を算定するに当たり、およそ山林の立木をその適正伐採期まで育成し、その時期に伐採して収獲することは山林経営の通常の管理方法であるから、被控訴人が伐採した判示立木の適正伐採期である昭和 32 年 12 月における価格をもって山林経営者である控訴人の蒙った損害の額となし、而して、控訴人は本件山林の外にも山林を所有し、いづれも山林としての通常の経営管理を行っていたこと、および被控訴人は立木の伐採販売業を営んでおり、控訴人が右山林を通常の方法で管理していることを知っていたことの実事により、被控訴人は控訴人が適正伐採期における右立木の収獲を取得しうることを予見しまたは予見しえられたものと推察できる旨判示し、もって被控訴人は控訴人に対し前記額の損害賠償義務がある旨判示したものであって、原判決は、民法 416 条 2 項による範囲の損害額を肯認したものであること、判文上明らかである。原判決の右判断は、当裁判所も正当としてこれを是認する。もっとも、控訴人が本件立木の適正伐採期以前においてあるいはその以後においてこれを伐採収獲したであろうと思われる特段の事情があるときはこの限りでないが、論旨は、本件につきそのような事情の存在をいうものではなく、また、論旨引用の判例は本件に適切でない。

本判決は、不法行為に基づく損害賠償事件における相当因果関係のある損害の範囲を推計するための判断基準を示すものであるので、およそ立木と関連する全てのタイプの事案について適用可能なものではないということに留意すべきである。とりわけ、民事執行手続における評価に際しては、現状における価格をもって評価するのが妥当である⁽²¹⁾。

4 窃盗類型の刑事裁判例

植物と関連する窃盗事例は多数ある。ここでは、窃盗罪及びこれに類する犯罪についての刑事裁判例の中で、本論文において論ずる解釈論と関連する争点を含む裁判例を概観する。

4. 1 窃盗罪の裁判例

一般に、民法上不動産とされるものであっても、その全部または一部を動産化して奪取する場合には窃盗罪が成立するとされている⁽²²⁾。例えば、民法上の不動産である土地上に生えている立木を伐採する行為は、①土地の一部から立木部分を分離する行為と②分離した伐木の占有を取得する行為とが合体した行為によって構成されているのであるが、①の構成要素部分には目を限り、②の構成要素部分だけに着目して窃盗罪の成立を考えるということになる。

土地上に生えている草木を奪取する行為が窃盗罪に該当する場合、特定の草木が生えている一定の空間全体に対する侵奪行為が存在するのではないから⁽²³⁾、不動産侵奪罪（刑法 235 条の 2）は成立しない。窃盗罪は、個々の罪物の占有を保護法益とするもので、財物の総体である空間全体に対する支配を保護法益とするものではない。

これに対し、土地の上に生えている個々の草木の占有を奪う行為としてではなく、特定の土地の占有・支配を奪う行為として評価すべき場合には不動産侵奪罪が成立する⁽²⁴⁾。この場合、土地という名称によって示されている一定範囲の空間全体に対する支配を排除する侵奪行為が存在するのであり、その空間を構成要素とする個々の動産に対する奪取行為が存在するわけではないと解することができる。

以上については、私見である集合動産説では比較的簡明に説明のつくことである。これに対し、民法学の通説の立場（土地の定着物である立木は不動産の一部との見解）に立脚すると、形式論理的上では些か説明が難しくなる。集合動産説では、もともと動産である物の占有を奪う行為が窃盗罪（刑法 235 条）に該当することは当然のことであるが、通説では不動産の一部を切り取る行為であるのに動産を奪取する行為として評価していることになるからである。「不動産」の概念は、民法上でも刑法上でも一定範囲の空間を指し示すための名称として用いるためには極めて便利なもので、集合動産全体の名称として包括的な取引を遂行する上では必須ともいえるべきものであるが、物質の本質とは相当乖離した概念であることからこのような問題が生ずるのである。

大審院明治 35 年 12 月 18 日判決・刑録 8 輯 11 卷 124 頁

控訴審・東京控訴院判決（第 1 審水戸地方裁判所判決）に対する上告審・大審院の判決である。

本判決は、種殿神社⁽²⁵⁾の杉や檜を盗伐したという事案について窃盗罪（刑法 235 条）の成立を認めた刑事判決である。

本判決は、土地上に生立する立木を伐採した後は、その伐木は土地とは別の動産になるので窃盗罪が成立することを明らかにしている。立木について窃盗罪の成立を認める通説・判例の理論における出発点になった判決の 1 つであると考えることができる。

本判決は、判決理由中において、窃盗罪の既遂時期に関し、次のように判示している。

竊盗罪ハ他人ノ所有物件ヲ自己ノ所有トナスノ意思ヲ以テ不法ニ占有スルニ依リテ成立スルモノニシテ 犯人カ現ニ目的物ヲ占領シ事實上之ヲ自己ノ實力範圍ニ移シタル瞬間ニ於テ竊盗ノ成立ニ必要ナル事實上ノ要件完備スルヲ以テ其犯罪ハ既遂トナルヘク 目的物ノ上ニ犯人ノ領得シタル實力カ事實上繼續シタルヤ否ヤ犯人カ目的物ヲ安全ノ場所ニ持去リ横領ノ目的ヲ達シタルヤ否ヤハ犯罪ノ成立ニ毫モ影響ヲ及スコトナシ 故ニ犯人カ目的物ヲ撮取シ又ハ其他ノ方法ヲ以テ一旦之ヲ自己ノ實力範圍ニ入レタル後ハ直チニ其物件ヲ投棄シテ其場所ヲ立去リ若クハ被害者ノ爲メノ其場所ニ於テ若クハ追躡セラレテ直チニ其物件ヲ回復セラレタル場合ト雖モ尚ホ竊盗罪ヲ遂ケタルモノトシテ刑法第三百六十六條ヲ適用スヘク 未タ遂ケサルモノトシテ同法第三百七十五條第一百二條ノ規定ヲ適用スルコトヲ得ス

その上で、本判決は、次のように判示し、窃盗罪の既遂罪の成立を認めた。

被告等ハ本件種殿神社境内ノ立木ヲ盗伐セント企テ右神社境内ニ生立スル杉四本檜一本代價六十餘圓ノモノヲ伐採シタルモノナレハ竊盗罪ノ既遂アリト謂ハサルヲ得ス 何トナレハ被告等カ立木ヲ切り倒スト同時ニ被告等ハ事實上其立木ヲ任意ニ處分シ得ヘキ實力ヲ取得シタルモノナレハ 此瞬間ニ於テ立木ハ被告等ノ占領スル所トナリ 被告等ノ實力範圍内ニ入リテ其占有ニ歸シタルモノナルコトハ毫モ疑ナキヲ以テナリ

民法上の土地の実質を動産の集合体の一種（集合動産）として理解する私見の立場では、本判決は、当然の理を示す判決ということになる。より正確には、動産の

集合体の中から、その構成要素となっている個々の動産を選択して奪取する行為として理解することになる。伐採行為は、選択して奪取するための手段的な行為に過ぎない。

最高裁昭和26年3月15日判決・刑集5巻4号512頁

第1審・水戸地方裁判所判決に対する上告審・最高裁の判決である(跳躍的上告)。

形式的には窃盗罪の「窃取」に該当する行為であっても、被害額が極めて軽微である場合には、別罪として軽く扱う場合がある。後述の森林法197条の森林窃盗罪は、従来、そのような軽微な罪として扱われてきた(私見は反対)。警察犯処罰令(明治41年内務省令第16号)⁽²⁶⁾は、軽微な窃盗行為を取り締まるための法令の1つである。

本判決は、第2次世界大戦後の食糧難の時代に、夜間、他人の畑に入りこみ、ジャガイモ(馬鈴薯)合計約10貫日⁽²⁷⁾を盗んだという事案について、窃盗罪に該当するか警察犯処罰令2条29号の行為に該当するか否かが争われた。最高裁は、本判決の理由中において、次のように判示している(当事者名等は仮名)。

原判決は、被告人が2回にわたり畑の中にあつたA外1名所有の馬鈴薯計10貫位を窃取した事実を認め、これに対し刑法235条窃盗罪の規定を適用処罰したのである。所論は、本件の犯行に対しては刑法窃盗罪の規定をもって処罰すべきものではなく、警察犯処罰令をもって処罰すべきものであると主張している。同令2条29号において「他人ノ田野園圃ニ於テ菜果ヲ採摘シ、又ハ花卉ヲ採折シタル者」は「30日未滿ノ拘留又ハ20円未滿ノ科料ニ処ス」る旨を規定している。この警察犯処罰令の規定は、軽微な犯罪を対象とし、被害法益の零細軽微なものに対して警察的取締をすることを目的とするものであることは、前記法条の字句に照らしても又立法の沿革に徴しても明白である。窃盗罪との区別は被害法益の大小軽重によって決すべきものとするが妥当である。その被害法益が「財物」として保護さるべき程度に達するときは窃盗罪を構成し、然らざるときは警察犯としての野荒しとなるのである。結局は社会通念に従って裁判官が判定すべき事柄である。そこで本件について見るに、上告趣意に明らかなように被告人は、夜間午後8、9時頃、南京袋に入れて、自転車に積んで、畑の中のジャガイモ5、6貫目位宛を2回盗取したのである。国民のすべてが食糧難に苦しんだ本件犯行の昭和22年7、8月当時においては、馬鈴薯は主食の一部として取扱われている程であつて、5貫目、10貫目の馬鈴薯がもつ経済的価

値は相当高く評価さるべきであった。従って、かかる被害法益が刑法 235 条の「財物」として保護さるべき程度のものであることは疑を容れないところである。されば、原審が窃盗罪の認定をしたのは正当であって、論旨は理由がない

現行の軽犯罪法には、「入ることを禁じた場所又は他人の田畑に正当な理由がなく入った者」(1 条 32 号)を処罰する条項はあるが、警察犯処罰令 2 条 29 号の「他人ノ田野園圃ニ於テ菜果ヲ採摘シ、又ハ花卉ヲ採折シタル者」に相当する条項はない。これは、他人の畑や庭から野菜、果実、花卉を盗む行為を不可罰とする趣旨ではなく、非常に軽微な行為については微罪処分とし、非常に軽微でないが軽微と言える行為については微罪処分とすることなく事件を検察官に送致した上で起訴猶予処分(刑事訴訟法 248 条)によって対処することとし、軽微でない事件のみを窃盗罪(刑法 235 条)として起訴する趣旨であると解する。換言すると、微罪処分または起訴猶予処分によって実際には処罰されないで終わることがあるとしても、客観的には窃盗罪に該当する行為であると解する。

なお、本判決の判決理由中の齋藤悠輔裁判官補足意見には次のとおり述べられており、非常に興味深いものがある。

以上の沿革から見ると、前記警察犯処罰令にいわゆる「菜果を採摘」する罪は、もと新律綱領雑犯律違令の条の罪から由来し刑法窃盗罪に該当しない各地方府縣布達の条規に反する軽微な犯罪をいうものと解するを相当とする。その理由は元來法曹至要抄には「官私の田園に於て輒く瓜果之類を食するは坐贓を以て論す。毀棄亦同し。即持去る者は盜を以て論す」とあって、瓜果之類を「食する」のは盜ではなく、また、盜を以て論ずるものでもなかったこと明らかである。されば仮刑律でも、新律綱領(改定律例でも同一)でも菜果を盗むものは窃盜に準じて論じているにかかわらず、菜果を採食するものについては、規定はなく令違又は違令の系統に属する違式註違の罪としているのである。また、旧刑法においては前記違警罪第 429 条第 16 号を設けているにかかわらず第 372 条には「田野ニ於テ穀類菜果其他ノ産物ヲ窃取シタル者ハ 1 月以上 1 年以下ノ重禁錮ニ処ス」と規定し、なおその後明治 23 年 10 月 8 日法律第 99 号窃盜ノ罪ニ關スル件第 2 条には「田野、山林、川沢、池沼、湖海ニ於テ其産物ヲ窃取セントシ…未タ遂ケサル者又ハ已ニ窃取シタルモ其贓額 5 円ニ滿サル者亦前条(11 日以上 2 月以下ノ重禁錮ニ処ス)ニ同シ」と規定し、しかもこの後の規定は前の旧刑法の規定と共に現行刑法第 235 条に吸収規定せられるまで効力を有し、刑法施行法第 24 条において初めて廃止されたのである。(因に右「贓額 5 円ニ滿サル」とあるのは新律綱領坐贓 5 兩以下答 10 改定律例坐贓 5 円以下懲役 10 日

贖罪 75 銭に相当し、東京並各地方違式註違条例においては違式の罪の贖金は 75 銭乃至 150 銭、無力実決の笞罪 10 乃至 20 後に懲役 8 日乃至 15 日、註違の罪の贖金 6 銭 2 匁 5 毛乃至 12 銭 5 匁、後に 5 銭乃至 70 銭、無力実決の拘留 1 日乃至 2 日、後に半日乃至 7 日であった)。すなわち旧刑法においては田野において菜果を窃取したときは、1 月以上 1 年以下（赃額 5 円未満の場合は 11 日以上 2 月以下）の重禁錮に処され、これを採食したときは 5 銭以上 50 銭以下の科料に処されるに過ぎなかったのである。それ故採食行為は窃取行為に該当しないか、又はその特別例外の行為と解すべく、また、その目的物たる菜果はその行為から見て自ら採食せられ得る程度の軽微な分量赃額のものであることを窺い知り得るのである。されば警察犯処罰令第 2 条第 29 号にいわゆる採摘とは他人の田野、園圃における採食若しくはその目的を以てする採摘行為の類を指し、その目的物たる菜果は現場において採食せられ得る程度分量の菜果をいうもので、その他の行為並びにその程度分量を超える目的物の場合には刑法窃盗罪に触れるものと解するを相当とする。従って本件上告論旨の理由ないこと右説示により自ら明らかであろう。

この補足意見によれば、微罪として処理されるべき事案の罪質は通常の窃盗罪とは少し異なるものであることになることになると解すべきことになる。罪質の相違を分ける判断基準は、生存のためにやむを得ずして食べたというような事案であるか否かということになるが、そのような自己の生存のためにやむを得ずして敢行した行為は、緊急避難行為（刑法 37 条 1 項）として違法性阻却があるゆえに犯罪とならないと解釈することも可能であるので、理論的な一貫性に若干の疑問が残る。

4. 2 森林窃盗罪の裁判例

森林法 197 条は、「森林においてその産物（人工を加えたものを含む。）を窃取した者は、森林窃盗とし、3 年以下の懲役又は 30 万円以下の罰金に処する」と規定しており、「産物」を「窃取」する行為⁽²⁸⁾が同条違反の罪の実行行為である⁽²⁹⁾。この「産物」は、植物のみならず全ての種類の動産を含む⁽³⁰⁾。

ところが、法定刑を比較すると、現行の刑法 235 条の窃盗罪の法定刑が「10 年以下の懲役又は 50 万円以下の罰金」と定められているのに対し、森林窃盗罪（森林法 197 条）の法定刑は「3 年以下の懲役又は 30 万円以下の罰金」と定められており、明らかに窃盗罪の法定刑よりも軽い⁽³¹⁾。

森林窃盗罪は、森林法に規定されている犯罪であるが、その実質は、刑法の窃盗

罪と何ら変わらない。そのため、刑法における関連条文（自己が占有する他人の財物の場合、親族相盗の場合等）の適用の有無に関して問題となることがある⁽³²⁾。

一般に、窃盗罪（刑法 235 条）と森林窃盗罪（森林法 197 条）との罪数関係について、通説は、法条競合（一般法と特別法）の関係にあり、森林窃盗罪のみが成立すると解している。しかし、軽微な罪はともかくとして、重大な結果を招いたような事案について窃盗罪を適用せず森林窃盗罪のみの成立を認めることは、極めて不当である⁽³³⁾。

私見は、窃盗罪（刑法 235 条）と森林窃盗罪（森林法 197 条）とは、常に観念的競合（刑法 54 条 1 項）の関係にたつと解する。

ただ、ごく普通の庶民による非営利目的での花摘み、山菜取り、キノコ狩りのような行為や伝統的な村落共同体における生存のための入会的な些細な共同利用行為まで厳罰によって処罰するということが不当であることも疑いようがない⁽³⁴⁾。

そこで、①営利目的で伐採・採取するような行為⁽³⁵⁾については窃盗罪を適用可能とするために観念的競合として扱うか、または、法定刑を大幅に引き上げる法改正を検討する一方、②他方では、一般庶民による非営利目的の軽微な行為については無罪または軽く罰するような立法的手当を検討すべきである⁽³⁶⁾と考える。

大審院明治 37 年 6 月 24 日判決・刑録 10 輯 1412 頁

控訴審・函館控訴院判決（第 1 審・青森地方裁判所）に対する上告審・大審院の判決である。

本判決は、「森林法第三十八條第六號ハ林産物採取ノ權利ヲ行使スルニ際シ其權利ナキ林産物ヲ採取シタル場合ニ適用スヘキモノトス 故ニ拂下ヲ受ケタル立木ノ存在スル地域ノ内外ヲ問ハス苟クモ拂下木伐採ニ際シ他ノ立木ヲ盜伐シタルトキハ此規定ヲ適用セサルヘカラス」として、法定の除外事由なく立木盗伐行為が実行されたときは森林窃盗罪に該当する旨を明らかにしている。

最高裁昭和 39 年 8 月 28 日決定・刑集 18 卷 7 号 443 頁

本判決は、控訴審・大阪高等裁判所判決（第 1 審・奈良地方裁判所）に対する上

告審・最高裁の判決である。

本判決の事案は、森林窃盗の犯人が伐採して森林内に放置していた伐採木を、仮処分決定の執行により執行吏が占有した後、右犯人がこれを森林外に持出して自己の占有に移したというものである。

このような場合について、本判決は、「森林窃盗のほか刑法 235 条の窃盗罪が成立するものと解するのが相当である」と判示している。①森林内において伐採した時点で森林窃盗罪が成立し、その後、②仮処分決定の執行により執行官による新たな占有が開始され、更にその後、③執行官が占有する伐木を森林外に搬出して新たに占有を奪取したと考えることができるから、①と③は別の行為として理解されるべきであり、①の森林窃盗罪と③の窃盗罪とが併合罪（刑法 45 条）となることは当然のことであると解する。別の行為である以上、①と③が観念的競合（同法 54 条 1 項）の関係にたつことはあり得ない⁽³⁷⁾。

最高裁昭和 52 年 3 月 25 日決定・刑集 31 卷 2 号 96 頁⁽³⁸⁾

本判決は、控訴審・東京高等裁判所判決（第 1 審・千葉地方裁判所判決）に対する上告審判決である。

森林窃盗の場合においても刑法 242 条を適用すべきであるとする検察官の主張に対し、最高裁は、次のとおりに判示し、その主張を斥けている。

刑法 242 条は、同法 36 章の窃盗及び強盗の罪の処罰の範囲を拡張する例外規定であり、その適用範囲を「本章ノ罪ニ付テハ」と限定しているのであるから、森林法において右規定を準用する旨の明文の規定がないにもかかわらず、これを同法 197 条の森林窃盗罪にも適用されるものと解することは、罪刑法定主義の原則に照らし許されず、これと同旨の原判決に法令の解釈適用の誤りはない。

罪刑法定主義の原則を重視すれば、判示のとおりであると解される。ただし、森林窃盗罪と窃盗罪との罪数関係について観念的競合説を採用し、窃盗罪の刑を適用して処断すべきであるとの私見に立脚すると、当然のことながら、刑法 235 条の窃盗罪が成立するわけであるから、刑法 242 条も適用することになると解する。

福岡高裁昭和 40 年 6 月 28 日判決・高刑集 18 卷 3 号 253 頁⁽³⁹⁾

本判決は、第 1 審・福岡地方裁判所飯塚支部判決に対する控訴審・福岡高等裁判所の判決である。

本判決は、森林窃盗罪の法定刑が刑法の窃盗罪の法定刑よりも軽い理由について、次のように判示している。

森林窃盗罪は普通窃盗罪に比し、法定刑が著しく軽減されている所以は、前者は犯罪の目的たる森林産物の所在の場所態様の特異性から、当該産物に対する権利者の支配力並びに犯人の悪性ないし反社会性が、後者に比してはるかに薄弱であると認められるからであると解せられる

しかし、現代社会においては、ドローン（無人航空機）、監視用ビデオカメラ（モニタ）、RFID タグ（無線タグ）、地上監視衛星⁽⁴⁰⁾、GPS⁽⁴¹⁾等を用い、遠隔操作によって常時監視することが可能となっているので⁽⁴²⁾、少なくとも理論的には、いかなる森林においても森林内の監視が実行可能であり、他の場所と比較して権利者の支配力が薄弱であるということとはできない。また、自然環境保護の意識の高まりの中で、自然保護の要請が強い場所では、ボランティアの監視員等による巡回監視が強化されており、本判決がなされた時代とは相当に様相が異なる⁽⁴³⁾。

他方で、都会のほうが地方の山林よりも監視度が高いかという点必ずしもそうとは言えず、マンション内で人知れず孤独死を遂げた遺骸がかなり後になってから遺族や知人等によって発見されるといった事例が少なからずある⁽⁴⁴⁾。

このよしあしは一応措くとして、事実は事実であるので、このような時代の変化に対応して、刑事法上の法解釈を根本から変更・修正するのが正しい。

もっとも、本判決は、次のように判示する文脈の中で森林窃盗の罪質を説明するために上記のように判示している。そして、他所から伐木が森林内に搬入されたという本判決の事案においては森林窃盗罪ではなく窃盗罪が成立するとの判断を示した。

森林法第 197 条にいわゆる「森林において」とは、当該森林産物の生育していたその森林を指称し、犯罪場所がその森林内であるかは客観的に、同法第 2 条第 1 項所定の森林に属

するかどうかによって定むべく、窃盗の目的たる森林産物は当該森林またはこれと同一森林と目しうる森林に生育した産物を指し、したがって森林内に集積された森林産物であっても、他の森林から搬入されたものごときは、「その森林」の産物に該当せず、その窃盗はいわゆる森林窃盗にはあたらないと解するのが相当である。

大審院明治43年9月20日判決・刑録16輯18巻1511頁

本判決は、控訴審・宮城控訴院判決（第1審・青森地方裁判所判決）に対する上告審・大審院の判決である。

本判決の事案は、国有林の払下げ許可を受けて国有林内の樹木を伐採した被告人らが、共謀の上で、許可を受けていた以外の樹木も伐採し、伐採検査をする係官（森林主事）を欺いて全て許可を受けた払下げ物件のように誤信させ、許可を受けていない樹木を騙し取ったというものである。

原審（控訴審）は、詐欺罪として有罪としたが、上告人（被告人A、B及びC）は、詐欺罪（刑法246条）ではなく森林法197条所定の森林窃盗罪とすべきであると主張して上告した⁽⁴⁵⁾。

本判決は、その判決理由中において、被告人A及びBは、「判示ノ國有林ニ在ルヒバ末木ノ拂下蒐集ヲ出願シ其機ニ乗シテ同國有林及ヒ其附近ノ立木ヲ末木ニ混シテ全部國有林ノ末木ナルカ如ク装ヒ且其數量ヲモ詐稱シテ當該官吏ヲ欺キ以テ之を騙取セント企テ」、被告人Cと共謀した上で、「右末木ノ蒐集ヲ出願シテ其許可ヲ受ケルヤ」、被告人Cは、「同國有林及ヒ其附近ノ國有林内ニ立入り擅ニ判示ノ立木ヲ伐倒シ之ヲ小丸太ト爲シタル事實ナレハ」、「被告等ノ右所爲ハ森林竊盜罪ヲ構成シ森林法ヲ適用スヘキモノトス」と判示し、詐欺罪ではなく森林窃盗罪の成立を認めるべきであるとしたが、原審（控訴審）において被告人らが詐取しようとした利得額が許可を受けた伐木分だけであるのか許可を受けていない伐木分を含むのが明瞭ではなく、この点について更に審理させなければならないとの判断に基づき、函館控訴院に事件を差し戻した⁽⁴⁶⁾。

一般に、森林窃盗罪の既遂時期について、森林法197条は「森林においてその産物（人工を加えたものを含む。）を窃取した者は、森林窃盗とし」と規定していることから、払下げの許可を受けていない樹木を伐採した時点で当該伐採した樹木

の占有を取得したことになり、森林窃盗行為が既遂に達していることになる⁽⁴⁷⁾。従って、樹木を伐採した後に係官（森林主事）を騙して検査済の印を押させる行為は、森林窃盗罪既遂後の行為となり、詐欺罪の一部を構成することにならない。

ただ、①事実としての行為を全体として観察・評価するときは、許可を受けていない樹木の伐採行為の時点で占有を完全に取得することにはならず犯罪行為が完了していないと理解し、係官から伐木の検査を受けた時点で占有を取得したこととなって詐欺罪（刑法 246 条 1 項）が完成するとみること、あるいは、②行為を全体として観察した上で、払下げに要する金員の支払を免れることによってその金額相当の利得を得る行為として詐欺罪が成立し、係官から伐木の検査を受けた時点でその利得を得たこととなって詐欺罪（同法 246 条 2 項）が完成するとみことも可能である⁽⁴⁸⁾。

このような事案のとらえ方に立脚すると、詐欺罪と森林窃盗罪とが観念的競合（刑法 54 条 1 項）の関係にたつことになるため⁽⁴⁹⁾、法定刑の重い詐欺罪が適用されることになる。また、樹木を伐採した後、係官の検査を受けず、その伐木を直ちに当該森林内から搬出したような事例では、詐欺罪が成立せずに森林窃盗罪（窃盗罪）のみが成立すると解することになる⁽⁵⁰⁾。

なお、窃盗罪（刑法 235 条）と森林法 197 条の森林窃盗罪との関係について、通説が法条競合（一般法と特別法）の関係にたつと解していることは既述のとおりであるが、仮にその見解が正しいとすれば、森林法 197 条は「窃取」する行為のみを処罰対象とし「詐取」する行為を処罰対象としていない以上、刑法 246 条の詐欺罪に相当する行為については、①法令全体が法条競合の関係にあるけれども対応する処罰条項が存在しないために無罪となるものと解するか、あるいは、②個別的・分析的にとらえた上で、詐取行為に関しては特別法に該当する条項が存在しないため、法条競合の関係が成立せず、詐欺罪のみが成立すると解するかのいずれかになるであろうと考えられる。通説が法条競合関係にあると解する論拠からすれば、①の無罪となるとの見解を採用するほうが、筋が通っているように思われる。しかし、この点については必ずしも明らかではない⁽⁵¹⁾。

結局のところ、この種の事案については、法理論から分析的に解釈することによって解決するのではなく、事案全体のとらえかたという事実認識から考察をはじめめるほうが有益である。事案全体の事実関係としての特質を無視して理論の応用

(観念遊戯)だけに走っても、国民の納得度の高い妥当な解決・結論を得ることができない⁽⁵²⁾。

釧路地方裁判所平成20年1月22日判決・裁判所サイト⁽⁵³⁾

比較的最近の事例⁽⁵⁴⁾であり、自然公園法違反の罪と森林窃盗罪により起訴された⁽⁵⁵⁾。裁判所が証拠により認定した犯罪事実は、次のとおりである。

被告人は、環境大臣の許可を受けず、かつ、法定の除外事由がないのに、平成18年10月中旬ころから同月26日ころまでの間、

第1 保安林及び特別地域に指定された阿寒国立公園内の北海道川上郡所在の森林において、A等をして、B株式会社所有の同社代表取締役C管理に係る木竹であるアカダモ等11種合計217本(時価合計約318万9456円相当)を伐採させて窃取し、もって特別地域内において木竹を伐採するとともに、保安林の区域内において森林の産物を窃取し、

第2 特別地域に指定された阿寒国立公園内の同郡(以下省略)所在の森林において、前記A等をして、国所有の財務省管理に係る木竹であるマツ等12種合計462本(時価合計約1111万1054円相当)を伐採させて窃取し、もって特別地域内において木竹を伐採するとともに、森林においてその産物を窃取した。

犯罪事実第1で認定されている「アカダモ」とは、ニレ科(*Ulmaceae*)の落葉高木であるハルニレ(*Ulmus davidiana* Planchon var. *japonica* (Rehder) Nakai)のことを指すものと推定される。犯罪事実第2で認定されている「マツ」は総称であるので、どの種を指すのか不明である。北海道の屈斜路湖周辺は寒帯～亜寒帯の気候帯に属するので、マツ科植物(*Pinaceae*)の中でも暖地に生育する種は存在しない。北方系の針葉樹であるエゾマツ(*Picea jezoensis* (Siebold & Zuccarini) Carrière)、アカエゾマツ(*Picea glehnii* (F. Schmidt) Masters)、トドマツ(*Abies sachalinensis* (F. Schmidt) Masters)の類ではないかと推定される。いずれも樹木であるので艸(草)ではないが、草本の採取の場合でも本判決と同様に考えることができる⁽⁵⁶⁾。

被告人が犯罪事実で認定されているようなかなり大規模な犯罪行為を敢行した動機等については、本判決の「量刑の理由」において、次のとおりに詳細に述べら

れている。

被告人は、事業経営の失敗等によって事業資金や生活費等に窮したため、いわば金の成る木として本件各森林に着目し、木竹を売却して不正に金員を取得したものであるが、その短絡的で自分勝手な動機に酌量の余地はない。被告人は、伐採に係る適合通知書を不正に町から取得し、一見適法な伐採を装うなど、犯行態様は狡猾で悪質である。本件各犯行によって時価合計約 1430 万円もの木竹が伐採されているが、屈斜路湖畔の原生林生い茂る森林が、約 3 万 3322 平方メートルもの広範囲にわたって伐採され無惨な姿をさらし、被告人の親族らが森林の再生に協力する意向を示しているとはいえ、その回復には相当の努力と年数が必要であることからすれば、その被害結果は真に重大なものと看做ざるを得ない。民有林所有者の処罰感情は強く、また地域住民に与えた衝撃と憂慮は計り知れない。このような大規模な自然環境の破壊が、行政機関の監督の間隙を突いて、いともたやすく長年にわたって行い得たのは驚きを禁じ得ないが、そうであるからといって、犯行の悪質さが減じられるわけではない。

この量刑の理由を読む限り、自然公園内の森林と民有林とにまたがって相当広範囲にわたって自然破壊が行われたことを理解することができる。その被害は、木材価格としての金銭評価額だけではなく、屈斜路湖周辺の景観をだいなしにしてしまうという結果も含まれることから、その責任は極めて重くといわざるを得ない。しかし、この量刑の理由でも触れているとおり、これだけ広範囲にわたって顕著な森林破壊が実行されたにもかかわらず、行政当局や民有林所有者が何も気づかずに長年にわたり伐採されるままの状態にしていたという事実の経緯には、奇異の感を禁じえない。

自然公園法違反の罪と森林窃盗罪との罪数関係について、本判決は、観念的競合（刑法 54 条 1 項）の關係にあり、重い森林窃盗罪の刑を適用すべきであると解している。本判決は、窃盗罪（同法 235 条）との關係については何も触れていないが、自然公園法違反の罪と森林窃盗罪が成立する場合においては窃盗罪が成立するような状況にはないと解しているものではないかと推定される。

現行の自然公園法 20 条 3 項は、自然公園内の特別地域において竹木を伐採する行為、竹木を損傷する行為等を禁止し、同法 83 条 3 号は、同法 20 条 3 項違反の行為について「6 月以下の懲役又は 50 万円以下の罰金に処する」と規定している。森林法 197 条（森林の産物の窃取）違反の行為については「3 年以下の懲役又は

30万円以下の罰金に処する」と規定し、同法198条（保安林内での森林の産物の窃取）違反の行為について「5年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する」と規定しているのと比較し、著しく軽い法定刑であるということが出来る。

しかし、構成要件には「窃取」と定められており、窃盗罪と森林窃盗罪とで全く相違はないので、かなり疑問な解釈であると言わなければならない。私見としては、このような場合においても窃盗罪と観念的競合の関係にたち、重い窃盗罪の刑で処断されるべきものと解する。その理由は、既述のとおりである。一般庶民による非常利の行為については窃盗罪の適用を排除するような立法的な手当が必要なことについても既述のとおりである。

4. 3 不動産侵奪罪の裁判例

不動産侵奪罪（刑法235条の2）⁽⁵⁷⁾の成立要件としての占有奪取の程度に関しては、最高裁平成12年12月15日判決・刑集54巻9号923頁がある⁽⁵⁸⁾。この最高裁判決は、草（艸）とは無関係の事例に関するものであるが、不動産侵奪罪一般について妥当する法理を述べている。

草（艸）と関連して不動産侵奪罪の成否が争点となった刑事裁判例は、数少ないとはいえ、全く存在しないわけではない。

東京高等裁判所昭和50年8月7日判決・高刑集28巻3号282頁

本判決は、第1審・水戸地方裁判所下妻支部判決に対する控訴審・東京高等裁判所の判決である。

本判決は、不動産侵奪罪の主観的成立要件としての不法領得の意思について、「同法235条の動産窃盗におけると同様、権利者を排除し他人の不動産を自己の所有物と同様にその経済的用法に従い利用または処分する意思をいうのであって、他人の不動産を自己の所有物としようとするまでの意思もしくは永久的にその不動産の経済的利益を保持しようとするまでの意思は必要でなく、たとえ、将来返還する意思があると否にかかわらず、正当な権限なしに権利者を排除して不動産の占有を奪い、これを利用しようとする意思があれば足りると解すべきである（もとよ

り、ある行為が不動産侵奪罪の客観的成立要件としての侵奪行為に該当するか否かを判断するについては、具体的事案に応じ、占有侵奪の目的、占有の期間等も、占有侵奪の態様、方法とともに総合的に検討されねばならないことはいうまでもない」と判示した。

窃盗罪（刑法 235 条）における同様、不動産侵奪罪（同法 235 条の 2）においても本権説ではなく占有説を採るのが通説・判例であるので、一時的にせよ土地に対する他人の占有を排除して自己の占有を取得すれば不動産侵奪罪が成立する。本判決の論旨は、通説・判例における理解に沿うものである。このような法解釈を踏まえた上で、本判決は、紛争が発生するに至る経緯について、以下のとおりに事実認定をしている（関係者名等は仮名）。

被告人の父 C（B の妻 D の兄にあたる）は、昭和 22 年頃、B の依頼に応じて、東京都から家族とともに茨城県下館市に引越し、同市〈住所略〉の土地（登記簿上宅地、約 50 アール）に居住し、右土地及びこれの東、西及び南側に隣接する同所〈住所略〉の土地（登記簿上山林、約 240 アール）の中央部分約 100 アールを耕作することとなった。

昭和 24 年 10 月頃、下館市に疎開していた B の一家が東京都内に転居するに際し、当時、右両土地約 290 アールの中央部分約 100 アールはほとんど開墾されて畑となり、その東側と西側部分は山林のままであり、柴の木、雑木が生立していたが、B は C に対して引き続き右土地を耕作させることにした（もともと、両者間に右土地の耕作・使用に関し明確な契約は定められなかった）。その後、C は家族の協力を得て耕作範囲を広げ、昭和 35 年頃には右土地のほとんど全部を開墾し、陸稲、豆類、野菜類等を栽培していた。

同年 12 月 4 日同人が死亡し、その長男である被告人が同人を相続し、引き続き右土地を畑地として耕作・使用していたが、昭和 36 年 11 月 4 日頃、B は被告人に対し、内容証明郵便をもって、C に使用を許したのは右約 290 アールの土地の中央部分約 100 アールであって、その余の山林を無断で開墾して使用しているのは許せないとの理由で、中央部分約 100 アールを 1 年後に返還し、その余の使用部分は即日使用を禁止する旨通告した。

そのため両者は話し合いを続けた結果、昭和 37 年 4 月頃、被告人は、登の苗木約 5,000 本を代金約 4 万円で購入し、これを右約 290 アールの土地の西側部分約 190 アールに植林したうえ、この約 190 アールの土地を B に返還し、同時に従前宅地上にあった居宅を右約 290 アールの土地の東側部分約 100 アールの土地北側に移築し、この約 100 アールの土地を、従来どおり、畑地として耕作・使用するに至った。

被告人は、右約 190 アールの土地を B に返還してのちも、同人の承諾を得て引き続き同土地を耕作・使用し、約 3 年間に亘って麦などを栽培した。

また、被告人は、右約 100 アールの土地は、同人から贈与されたものと信じ、再三に

亘って、これを被告人名義とするための所有権移転登記手続をするよう同人に請求してきたが、同人はこれに応じなかった。のみならず、昭和43年2月末頃、同人は被告人に対し、内容証明郵便をもって、右約100アールの土地のうち南側30間幅の部分を同年11月30日までに明渡すこと、被告人に賃貸する土地の位置、地代等については改めて協議のうえ決定することなどを通告した。

Bは、同年11月中旬、被告人に右約100アールの土地を贈与したことはない旨被告人に対し内容証明郵便で通告した。

そこで、被告人は、同人が所有権移転登記の請求に応じなかったことに憤慨して、同人が右登記手続を履行するまでの間使用する目的で、昭和44年6月5日頃から同月25日頃にかけて、E株式会社のFに依頼して、右約190アールの土地上の被告人がかつて植林した松生立木約4,000本を掘り起し、ブルドーザーでこれを押し倒すなどして敷き込み、右土地を陸田にし、その東側の前記約100アールの土地とともに農地として耕作・使用して現在に至っている。

そして、本判決は、被告人が「ブルドーザーを用いて、同山林上に生立していた同人所有の前記松生立木約4,000本を掘り起し、これを押し倒して土地の低い部分に敷き込むなどして開墾し、同山林を陸田に造成」という行為について、器物損壊罪（刑法261条）及び不動産侵奪罪（刑法235条の2）が成立し、両罪は観念的競合（刑法54条1項前段）に該当するとして重い不動産侵奪罪の刑で処断するものとし⁽⁵⁹⁾、有罪の判決を宣告した。

本件は、被告人の思い込み（被告人の亡父CがBから係争地の贈与を受けたとの誤解）に端を発している。一般に、特別な関係がない限り、農業用地という貴重な財産を贈与することは想定し難い。被告人としてはBに代金を支払い、係争地を購入すべきだったと考えられる。しかし、被告人は、Bから贈与を受けたとの主張を譲らなればかりか、ブルドーザーを用いて実力行使に出たため、不動産侵奪罪として有罪判決を受けることになった。

なお、建物を破壊する行為については建造物損壊罪（刑法260条）が成立し、器物損壊罪（同法261条）は建造物以外の物に対する破壊行為の場合に成立する。そのことから、器物損壊罪（同法261条）における「器物」には、動植物のような動産だけではなく、不動産である土地も含まれると一般に解されている⁽⁶⁰⁾。したがって、器物損壊罪の成否との関係では、植物を動産と考えるか不動産と考えるかによって結論に相違が生ずることはない。すなわち、植物が土地に生えており定着

している状態にあるか否か、植物を伐採・抜去するなどして奪取し得る状態にしたか否かを問わず、植物を物理的に破壊する行為は器物損壊罪に該当することになる⁽⁶¹⁾。

そして、本判決においては、不動産である土地それ自体に対する破壊行為と植物である立木 4,000 本に対する破壊行為とを包括して 1 個の器物損壊罪に該当するとの判断を示すものと理解することができる。同一の機会に一括して行われた破壊行為であるので、その構成要素となっている個々の破壊行為を分析的に考察した上でそれらを観念的競合（刑法 54 条 1 項）として処理するよりも、行為全体を包括一罪として理解するほうが簡明である⁽⁶²⁾。

5 放火類型の刑事裁判例

一般に、森林や原野に対する放火行為は、それ自体としては、建造物等以外放火罪（刑法 110 条）に該当し得るものである。これは、民法上の動産に該当するような比較的経済的価値の低い財物に対する放火行為を主眼とするものであるので、その法定刑は低く抑えられている⁽⁶³⁾。森林法 202 条の森林放火罪にしても同じであり、草木に対する放火行為であるので、一般に、社会的重要性が低いものとして理解されている。

しかし、実際には、森林放火行為は、現住建造物放火罪（同法 108 条）や非現住建造物放火罪（同法 109 条）の場合と同等またはそれ以上の重大な結果を招き得るものである。現実には、森林火災に対する消火活動のために死傷する消防署員や消防隊員があるし、森林火災から延焼して多数の家屋等が焼失してしまうことも決して珍しいことではない。

現住建造物放火罪の法定刑は「死刑又は無期若しくは 5 年以上の懲役に処する」と、非現住建造物放火罪の法定刑は「1 年以上 10 年以下の懲役に処する」と、建造物等以外放火罪の法定刑は「1 年以上 10 年以下の懲役に処する」と規定されているのであるが、森林放火罪（森林法 202 条）の法定刑は「2 年以上の有期懲役に処する」と規定されており、刑法上の現住建造物放火罪の法定刑よりもかなり軽い⁽⁶⁴⁾。

通常の建物火災の場合と比較して、大規模森林火災は、恐るべき結果をもたらし得るものである。森林を構成する樹木等の経済価値だけに目を奪われるのではなく、治山・治水を含む森林の重要な役割を総合的にとらえることが大事である⁽⁶⁵⁾。

このことを考えると、本来、森林放火罪は刑法上の非現住建造物放火罪の法定刑よりもはるかに重いものであってしかるべきである。森林法において一律に軽く処罰すべきものとする立法事実を見出すことは難しい。

ただし、入会慣行や慣習により野焼きや山焼きを行うことにより農作物を収穫したり観光収入等を得たりして生計をたてている人々が現実には存在する場合には、そのような人々の社会的・経済的な利益も考慮に入れなければならない。

これらのことを考慮に入れた上で、森林法に定める犯罪の法定刑を大幅に引き上げる方向での法改正が検討されるべきである。

松山地方裁判所平成18年6月22日判決・裁判所サイト⁽⁶⁶⁾

本判決は、平成17年5月に愛媛県今治市で発生した連続森林放火事件に関するものである。森林放火罪により有罪とされた事例の判決として公開されているものは比較的珍しい。

本判決中で認定されている犯罪事実は多数あるが、それらの中で森林法202条の森林放火罪に関する事実は、次のとおりである（関係者名等は仮名）。

第2 平成17年5月28日午後3時30分ころ、愛媛県今治市所在のD所有に係る雑木林において、所携のマッチで点火した線香の束の火をその場に積み上げた枯れ草等に押し付けて火を放ち、その火を付近山林に燃え移らせ、よって、同人ほか24名所有に係る雑木林約31.23ヘクタールを焼損し、もって、他人の森林に放火した。

第3 <略>

第4 平成17年5月29日午前零時20分ころ、愛媛県今治市所在の宗教法人Gほか1名所有に係る竹林において、所携のマッチで落ち葉に点火するなどして2か所に火を放ち、その火を付近竹林に燃え移らせ、よって、上記竹林合計約132.5平方メートルを焼損し、もって、他人の森林に放火した。

第5 同日午前2時30分ころ、同市所在のH所有に係る雑木林において、所携のマッチで枯れ葉の上に置いたわら束に点火して火を放ち、その上に段ボール箱を乗せるなどして、その火を付近下草等に燃え移らせ、よって、同雑木林約18平方メートルを焼損し、もって、他人の森林に放火した。

第6 同日午前2時40分ころ、同市所在のI所有に係る雑木林において、所携のマッチで枯れ草に点火して火を放ち、その火を付近枯れ草等に燃え移らせ、よって、同雑木林約

0.6 平方メートルを焼損し、もって、他人の森林に放火した。

犯罪事実第 2 の情状について、本判決は、「量刑の理由」の中で次のとおりに判示している。

判示第 2 の犯行（以下、本項において「本件犯行」という。）により、起訴に係るものだけでも合計約 31 万 2300 平方メートルもの広範囲な雑木林（以下「本件雑木林」という。）が焼失しており、その結果は極めて甚大である。被告人が平成 17 年 5 月 28 日午後 3 時 30 分ころ放火した後、延焼を続け、消防当局等の懸命な消火活動により、同年 6 月 2 日午前 9 時ころようやく鎮火したのであり、この火災が周辺住民の生命、身体及び財産に対して及ぼした危険は極めて大きく、周辺住民に与えた延焼の恐怖感、不安感是非常に甚大である。本件犯行場所周辺には乾燥した雑木林が広がっていたことや本件雑木林は岩場の急峻なところが多く、かつ、周辺の道路が未整備であり消火活動に困難を伴う状況下にあったことなどを併せ考えると、本件放火行為は極めて危険かつ悪質なものである。加えて、昭和 62 年の森林火災以降約 20 年にわたる植林事業によって再生した森林が焼失したのであり、本件雑木林のみに限っても、多額の植林事業費等が無に帰したほか、多額の消火活動経費を要したものと認められ、本件犯行による有形無形の財産的損害も大きい。なお、被告人は本件犯行が思いもよらぬ大規模火災になった旨弁解する。この点、当日晴天であったこと、本件犯行場所は火災の発見が遅れ、消火が困難な場所であったことは認められる。しかし、被告人の本件犯行が場当たりのものであること、被告人は過去の放火行為において、大規模な延焼を経験していないこと、火の勢いを見て死ぬのが怖くなり逃走した（自分が死ぬとの気持ちが確固たるものではないのは前記のとおりであるとしても）との点を否定するまでの証拠はないことからして、被告人の上記弁解を排斥することはできない。

本判決は、このように判示しつつも、現住建造物等放火罪（刑法 108 条）及び建造物等以外放火罪（同法 110 条）等の刑法上の放火罪と森林放火罪（森林法 220 条）との罪数関係について法条競合（一般法と特別法）の関係にあるとの見解に立脚し、この見解（法条競合説）が極めて理不尽な結果を招くことを判決理由中で明確に示している。

そこで検討するに、本件では量刑上最も重視されるところとされる被告人の判示第 2 の犯行の評価が問題となる。判示第 2 のような大規模な森林放火については、類似の先例に乏しい。森林法違反の罪（森林放火）は建造物等以外放火罪（刑法 110 条 1 項）の特別法と

して、同罪の法定刑を非現住建造物等放火罪（刑法 109 条 1 項）と同じ法定刑まで引き上げているものの、現住建造物等放火罪（刑法 108 条）の法定刑に比べれば軽い。そこで、前記のとおり判示第 2 の犯行について考慮する不利・有利の事情に加え、放火についての被告人の常習性及び同種の前科等を考慮し、これに過去の森林放火や現住建造物等放火罪等の量刑事情を比較検討し、さらに本件の他の犯行も併せ考慮すれば、被告人に対しては主文の懲役刑で処断するのが相当である。

以上のような理由により、検察官の求刑意見が懲役 25 年であるところ、同地裁は、本判決において、懲役 18 年の刑を宣告した。

森林法と刑法との罪数関係について通説・判例のような法条競合説を採用した場合、上記のような極めて理不尽な結果が生ずることは、既述の窃盗罪と森林窃盗罪との関係で述べたことと全く同じである。私見は、ここでもまた、法条競合ではなく観念的競合（刑法 54 条 1 項）の関係にあり、重い刑法上の放火罪の刑により処断すべきであると解する⁽⁶⁷⁾。

そして、もし法条競合説を堅持すべきであるとすれば、このような理不尽な結果を生じさせないため、森林法の一部改正等の立法的な手当をする必要がある。法改正なしで対処するための最も合理的な対応は、観念的競合説を採用することである。

広島地方裁判所福山支部平成 18 年 11 月 1 日判決・裁判所サイト⁽⁶⁸⁾

本判決は、広島県福山市で発生した大規模な山林火災事件に関する判決である。本判決が認定した事実は、下記のとおりである（関係者名等は仮名）。

第 1 自己が怪我をして仕事ができなくなる一方で返済を要する借金が数百万円残っているなどの経済状況の悪化や、心身の健康を損なっている妻の介護の負担等から生じた将来への不安などが積もって、鬱屈した精神状態となり、その鬱屈の発散のために放火することを考えるようになっていたところ、下記の山林に赴いた際、警察車両が付近を通過したことから、当時下記山林ないしその周辺で連続して発生していた火災の放火犯人だと警察に疑われたなどと考えて怒りを覚え、放火を決意し、平成 18 年 1 月 23 日午後 1 時ころ、A ら所有の広島県福山市の山林において、段ボール箱に差し入れた新聞紙にマッチで点火した上、同箱を草むらに投げ入れて火を放ち、同所の枯葉等に燃え移らせ、上記山林の一部及びこれに隣接する前記 A ら所有の同市の山林の一部、合計約 2500 平方メートルを焼

損した。

第2 上記第1同様に考えて、平成18年1月23日午後1時過ぎころ、財団法人B所有の広島県福山の山林において、地面に置いた段ボール箱に差し入れた新聞紙にマッチで点火して火を放ち、同所の枯葉等に燃え移らせ、上記山林の一部約500平方メートルを焼損した。

第3 上記第1記載の鬱屈に加え、C財産区の管理会会長に対する不満及びかつて被告人が所有していた土地の境界や売却を巡る争いで被告人の満足がいく結果が得られなかったことへの不満などから放火することを決意し、平成18年1月28日午後3時48分ころ、C財産区所有の広島県福山の山林において、新聞紙にマッチで点火して同所の笹等に燃え移らせて火を放ち、上記山林の一部及びこれに隣接する上記財産区所有の同市の山林の一部並びに同市所有の同市の山林の一部、合計約8000平方メートルを焼損した。

本判決は、「量刑の理由」において、次のように判示している。

本件は、被告人が同じ日のうちに2か所の森林に放火し、さらに、その5日後に別の森林に放火して、合計1万1000平方メートルの山林を焼損させた事案である。

被告人は、捜査段階において、本件各犯行に出た動機として、判示の各事情に基づく鬱屈の発散を述べるが、被告人が述べる全ての事情に鑑みても、被告人が放火という危険な犯行を行うことを正当化する事情とは到底認められず、本件各犯行の動機に酌量の余地は見当たらない。

被告人は、3回にわたり、晴れて乾燥している日中に、人通りが少なく、笹や草木が茂っている山林において、新聞紙や段ボールといった可燃物を利用して放火しているところ、その放火態様は、広範囲の焼損が容易に想定される極めて危険なものであるうえ、1時間も経ない間に2か所に放火して大きな火災を生じさせておきながら、わずか5日後に再度の放火に及ぶなど、被告人の放火に対する抵抗感や規範意識の鈍麻が著しいことも窺える。そして、多数人による懸命の消火活動が行われたにもかかわらず、被告人の放火によって3か所合計で1万1000平方メートルもの広大な山林が焼損するにいたったばかりか、第3放火においては上空に設置されていた通信ケーブルまでも焼損するなどの重大な結果も生じており、焼損した森林の管理者や身を挺して消火に当たった消防士らが被告人に対する厳罰を希望するのも当然である。さらに、連続してこのような大規模な火災が生じたことによる付近住民の不安感も極めて大きいものがあると思われ、一般予防の見地からも厳罰が要請される。

本判決の事件においては、公判廷において被告人が事実を否認したため、事実認定が主たる争点となった。広島地裁福山支部は、山林火災現場に至る入口に設置さ

れていたビデオカメラの映像記録等の証拠に基づき、被告人が上記犯罪を実行したものと認定した。

中国地方では毎年のように山林火災が発生している。陸上自衛隊「第13旅団改編以降の災害派遣一覧（平成11年～平成27年）」⁽⁶⁹⁾に示されている山林火災の発生状況⁽⁷⁰⁾から推計するだけでも消火活動のため自衛隊を派遣するのに要する費用の総額が相当額に及んでいると思われ、この費用は国庫から支出されるので、全国民が山林火災による間接的な被害者のような立場に置かれていることになる。地元の消防署や消防団員の消火活動に要する費用は、地元の自治体の負担となるから、同様に、地元住民が山林火災による間接的な被害者のような立場に置かれていると考えることができる。

既述のとおり、森林法所定の犯罪が刑法所定の同種犯罪と比較して軽い法定刑を定めていることについて、人の看守が希薄であることをあげる見解がある。しかし、現代においては各種電子機器類を用いた自動的な監視や遠隔操作による監視がかなりの程度まで普及している。これはこれでプライバシー侵害等の問題を発生させ得るものであるが、森林法の法定刑の軽さを是認するための論拠が薄弱化しつつあることは否定することができないと考える。また、森林窃盗罪では人の看守が希薄であることが法定刑の軽さの論拠とはなり得るにしても、森林放火罪では、人の看守していない場所であるからこそ発見が遅れがちのものとなり、森林放火による山林火災の広がりとそれによる被害が甚大なものとなり得るという意味で、むしろ厳罰化すべき立法事実となり得るのではないかと考える。

6 煙草専売法と関連する裁判例

煙草専売法（明治37年法律第14号・以下「煙草専売法」という。）が施行されて以降、たばこ専売法（昭和24年法律第111号・以下「たばこ専売法」という。）への改正を経つつも、たばこ事業法（昭和59年法律第68号）の施行によってたばこ専売法が廃止されるまで（同法附則2条1号）、日本国においては、たばこの専売制が行われていた。

煙草専売法が適用される植物の種類は明確ではない。同法1条は「煙草ノ製造ハ

政府ニ專屬ス」と規定するのみであり、同法中に「煙草」の定義規定はない。同法に先立つ未成年者喫煙禁止法（明治 33 年法律第 33 号）1 条においても「未成年者ハ煙草ヲ喫スルコトヲ得ス」と規定するのみで「煙草」の定義はない⁽⁷¹⁾。

しかし、世間の常識として、ナス科タバコ属 (*Nicotiana*) に属する何らかの植物であり、喫煙に用いることのできるものであろうと推測されていたものと推定される⁽⁷²⁾。

第 2 次世界大戦の終戦後に煙草専売法の改正により制定されたたばこ専売法 1 条は、「たばこ」の定義について「たばこ属の植物をいう」と規定している。これは、ナス科タバコ属 (*Nicotiana*) の植物を指すものと解される。反対解釈として、ナス科 (*Solanaceae*) に属する植物中でタバコ属 (*Nicotiana*) に属さない植物は、たばこ専売法の適用対象となる「たばこ」ではない。現行のたばこ事業法 2 条 1 号は、「たばこ」の定義について「タバコ属の植物をいう」と規定している。

たばこ専売法 4 条は、「たばこは、公社又は第 8 条第 1 項若しくは第 26 条第 1 項の許可を受けた者でなければ耕作し、又は試作してはならない」と規定し、許可を受けた者でなければナス科タバコ属の植物を栽培することができなかった。これは、煙草専売法 3 条と同趣旨の規定である。しかし、たばこ事業法においては、製造たばこの製造の規制があるものの（同法 8 条）、タバコ属植物 (*Nicotiana*) の栽培・耕作を禁止・制限する趣旨の条項はない。

たばこの専売制が行われていた当時、耕作により栽培・収穫された煙草の葉は、全量を国に収納しなければならなかった。すなわち、煙草専売法 4 条は、「煙草耕作者ノ収穫シタル葉煙草ハ政府之ヲ収納ス」と規定していた。また、たばこ専売法 2 条は、「たばこ種子の輸入、葉たばこの一手買取、輸入及び売渡、製造たばこの製造、輸入及び販売並びに製造たばこ用巻紙の一手買取、輸入及び販売の権能は、国に専属する」と規定し、同法 5 条 1 項は、原則として、耕作者の収穫したすべての葉たばこについて公社が収納する旨を規定していた。現行のたばこ事業法においては、日本たばこ産業株式会社（会社）と契約した耕作者については、原則として、耕作者が収穫した葉たばこの全量を会社が買い取って収納するものとされている（同法 3 条 4 項）。

しかし、タバコ（煙草）は、江戸時代から続いている嗜好品であるため⁽⁷³⁾、耕作者自身が自家用に消費してしまふことがあり得る。

他方で、タバコ属植物は、もともと日本に自生するものではなく、本来の自生地気候と日本国における気候が異なっていることから、タバコモザイクウイルス⁽⁷⁴⁾、ジャガイモYウイルス⁽⁷⁵⁾、うどんこ病菌 (*Erysiphe polygoni*)⁽⁷⁶⁾、線虫⁽⁷⁷⁾ 等による病気の害により不作となることが珍しくない。たばこ専売制の下では、不作に対する災害補償給付の問題も発生した。

大審院明治43年10月11日判決・刑録16輯1620頁⁽⁷⁸⁾

本判決は、控訴審・東京控訴院判決(第1審・宇都宮地方裁判所判決)に対する上告審・大審院の判決である。

本判決は、可罰的違法性の法理について判示したものとして有名な「一厘事件」の上告審判決である。原審は、被告人の「葉煙草7分を手刻にして消費した」との行為について、いずれも被告人を煙草専売法違反の罪により有罪とした。

当時の度量衡における1分は0.375グラムであるので7分は2.625グラムに相当する。1厘の実質的経済価値は物価変動があるので固定的にとらえることが難しいが、現在の通貨ではおよそ1円程度またはそれ未満の額に相当する非常に些細な金額と理解すれば足りるであろう。

本判決は、煙草専売法の立法趣旨に関し、次のように判示している。

刑罰法ハ共同生活ノ條件ヲ規定シタル法規ニシテ國家ノ秩序ヲ維持スルヲ以テ唯一ノ目的トス 果シテ然ラハ之ヲ解釋スルニ當リテモ亦主トシテ其國ニ於テ發現セル共同生活上ノ勸念ヲ照準トスヘク單ニ物理學上ノ勸念ノミニ依ルコトヲ得ス 而シテ零細ナル反法行為ハ犯人ノ危險性アリト認ムヘキ特殊ノ情況ノ下ニ決行セラレタルモノニアラサル限り 共同生活上ノ勸念ニ於テ刑罰ノ制裁ノ下ニ法律ノ保護ヲ要求スヘキ法益ノ侵害ト認メサル以上ハ 之ニ臨ムニ刑罰法ヲ以テシ刑罰ノ制裁ヲ加フルノ必要ナク 立法ノ趣旨モ亦此點ニ存スルモノト謂ハサルヲ得ス 故ニ共同生活ニ危害ヲ及ボササル零細ナル反法行為ヲ不問ニ付スルハ犯罪ノ檢舉ニ關スル問題ニアラスシテ刑罰法ノ解釋ニ關スル問題ニ屬シ 之ヲ問ハサルヲ以テ立法ノ精神ニ適シ解釋法ノ原理ニ合スルモノトス 從テ此種ノ反法行為ハ刑罰法條ニ規定スル物的條件ヲ具スルモ罪ヲ構成セサルモノト斷定スヘク 其行為ノ零細ニシテモ危險性ヲ有セサルカ爲メ犯罪ヲ構成セサルヤ否ヤハ法律上ノ問題ニシテ其分界ハ物理的ニ之ヲ設クルコトヲ得ス 健全ナル共同生活上ノ勸念ヲ標準トシテ之ヲ決スルノ外ナシトス

本判決は、以上のような理解を前提にした上で、被告を無罪とした。

而シテ原院ノ認メタル事實ニ依レハ被告カ政府ニ對シテ意納シタル葉煙草ハ僅僅七分ニ過キサル零細ノモノニシテ費用ト手數トヲ顧ミスシテ之ヲ誅求スルハ却テ税法ノ精神ニ背戾シ寧口之ヲ不問ニ付スルノ勝レルニ如カサルノミナラス 被告ノ所爲ハ零細ナル葉煙草ノ納付ヲ怠リタルノ外特ニ之ヲ危險視スヘキ何ラノ狀況存セサリシコトハ原判文上明白ナレハ被告ノ所爲ハ罪ヲ構成セサルモノナルニ 原院カ之ニ對シテ刑ヲ言渡シタルハ失當ニシテ上告論旨ハ理由アリ

可罰的違法性の法理は、様々な考慮要素を基礎とする多種多様な態様のものを包含する総称的な概念であるが、この一厘事件判決で述べられているところは、生活上非常に些細な違法行為であり、かつ、それを咎め刑事処罰するために多額の国家予算を投入する実益の全くないものについては、構成要件該当性のある行為であっても無罪とすべきであるということにある⁽⁷⁹⁾。

一般に、現実の日常生活においては、全ての国民が毎日何らかの違法行為を実行しながら生活している。例えば、ほんのわずかでも通行区分帯を越えることなく、速度違反をすることもなく、その他道路交通法に定める義務を完全に履行して自動車を運転することは不可能である。常に極めて些細な違法行為を積み重ねない限り、社会全体での道路交通の安全を確保・維持することができない。現実の社会においては、ある程度の「ゆるみ」のようなものを許容しないと却って交通渋滞等が多発し、道路交通が麻痺してしまうため⁽⁸⁰⁾、いわば社会の自律的な運動として社会的に許容された範囲内での違法行為を全ての国民が常時的に実行することをむしろデフォルトとするような慣習的状况が発生するからである。これを規範意識の低下と評価することは可能であるが、社会は規範の硬直的な運用のために存在しているのではない⁽⁸¹⁾。

最高裁昭和 30 年 11 月 11 日判決・刑集 9 卷 12 号 2420 頁

本判決は、第 1 審・須崎簡裁判決、控訴審・高松高裁判決に対する上告審の判決である。

本判決の事案は、被告人が、法定の除外事由なく、紙巻きタバコ 5 本を所持して

いた行為がたばこ専売法 66 条 1 項に該当するとして起訴されたものである。たばこ専売法 66 条 1 項は、「何人も、この法律の規定により認められた場合を除く外、たばこ種子、たばこ苗、たばこ、葉たばこ、公社の売り渡さない製造たばこ若しくは巻紙又は製造たばこの製造用器具機械を所有し、所持し、譲り渡し、又は譲り受けてはならない。但し、正当の事由により、これを所有し、又は所持する場合は、この限りでない」と規定している。この「所有」及び「所持」の意義が争点となった。第 1 審及び控訴審とも有罪となったが、上告審である最高裁は、下記のとおり判示し、被告人を無罪とした（関係者名等は仮名）。

職権により調査すると、原判決は、被告人が法定の除外事由なく、昭和 25 年 11 月 8 日肩書自宅において、専売公社の売渡さない製造たばこ 5 本を所持していたという本件公訴事実を認定し、被告人に対し、有罪の言渡をしたのである。しかしながら、原判決挙示の証拠によれば、同日、被告人自宅戸棚の中に判示たばこ 5 本が存在した事実は、これを認定し得るけれども、第 1 審第 1 回公判調書中の被告人の供述記載によれば、被告人は魚釣に行った際闇煙草 10 本を買ってその間 5 本は喫ったけれどもあまり辛くて喫めないの残りの 5 本は捨てる気持で戸棚の中にほうり込んであったものである旨の供述があり、更に同第 2 回公判調書中、検察官の質問に対する被告人の供述記載並びに第 1 審証人 A の供述記載の趣旨もこれとその軌を一にするものであり、その他本件全証拠を勘案しても、本件たばこは、被告人が判示の日これを事実上支配の意思をもって、判示の場所において所持していたものとは認めることはできない。すなわち、本件公訴にかかる事実は、これをみとめる証拠不十分であると断ぜざるを得ない。

本判決における最高裁の判断によれば、捨てたのも同然の態様で所持していただけはたばこ専売法 66 条 1 項所定の「所持」に該当しないということに尽きる。

検察官は、たばこ専売法に違反して行われていた紙巻きタバコの闇売買（密売買）を撲滅する目的で、一罰百戒的な先例とすべく、本件のような些細な所持事案をあえて立件し起訴したものと推定される。1 件でも有罪判決が得られれば、以後、その判決を金科玉条として処罰強化と警察取締を強化することができるからである。

私見としては、捨てるつもりで戸棚に投げておいたとの被告人の供述の信憑性に関する最高裁の証拠評価については完全に賛同することができないと言わざるを得ない。非喫煙者にはなかなか理解しにくい部分かもしれないが、真に「あまりに辛い」というのであれば、その場で 5 本を喫ってしまうこともなかったと推論され

るからである。完全に捨ててしまおうと思うくらい辛いものであれば、1本を喫い切ることも難しかったのではなかろうか。また、証拠隠滅のため、自宅の戸棚の中ではない他所に棄てたであろうと考えられる。辛くて喫煙する気が起きないけれども、どうしても他から闇煙草を入手することができない場合には我慢して喫煙するつもりで戸棚に入れておいたと推論するほうがむしろ自然かもしれない。しかしながら、有罪の立証として合理的な疑問が残る場合には無罪とすべきことは当然のことである。そして、本件のような些細な行為を処罰したところで、闇業者による違法なタバコ製品の取引を抑止する一般予防的効果があるとも考えられない。

本判決は、一厘事件におけるような実質的な意味での可罰的違法性の法理を踏まえた上で、「所持」の概念を厳格に解釈し、これに該当しないと判断したものと思われる⁽⁸²⁾。厳格な解釈とは、犯罪構成要件の外縁を狭く解釈することに他ならない。

徳島地方裁判所昭和 60 年 5 月 17 日判決・裁判所サイト⁽⁸³⁾

本判決は、災害補償金の不支給処分取消を求める行政訴訟において、補償額の算定の基礎となる収量を示す資料の信憑性や評価の妥当性が争われたという事案に関するものである。本判決によれば、補償金交付申請の基礎となった事実関係は、次のとおりである（関係者名等は仮名）。

1 X（原告）は、昭和 50 年以降、日本専売公社の許可を受け、徳島県美馬郡において、たばこ（第二黄色種）の耕作を行ってきたが、昭和 52 年も耕作地においてたばこを栽培した。

2 ところが、昭和 52 年 5 月ころ脇町地方のたばこ耕作地ではモザイク病及びうどんこ病等の病害が発生し、また同年 7 月下旬ころから同町岩倉地区で立枯病が異常発生し、更に同年 7 月中旬から同年 8 月中旬にかけて降雨量が少なく、X の耕作地は水利が極めて悪かったため、たばこの成育が悪く、著しい被害を受けた。

X は、同年 6 月 23 日から同年 8 月 18 日まで棄たばこの収穫を行ったが、その乾燥後、うどんこ病に冒されているものが大量に見えられて、これらを廃棄した。特に岩倉地区の耕作地から収穫した土葉と中葉がほとんど全滅という状態であった。

3 右病害及び干害のため、X の同年における 10 アール当りの収納量は 108 キログラム、その収納代金は 10 万 1981 円にとどまり、前年における 10 アール当りの平年収納量 299 キログラム、収納代金 43 万 6992 円の 10 分の 7 に達しなかった。

4 そこで、Xは、日本専売公社地方局長に対し、たばこ専売法 24 条、同法施行規則 7 条に基づき災害補償金交付申請をしたところ、日本専売公社地方局長は、昭和 53 年 3 月 17 日付で、「原告の納入した葉たばこと訴外 A のそれとが混合して納入されているので、X の被害の状況、程度が確定しえない」との理由で災害補償金を交付しない旨の処分をした。

徳島地裁は、本判決において、原告の主張を認め、原告の主張に近い数量の収量減による損害が発生していたと事実認定した上で、災害補償金不支給決定を取り消した。なお、訴訟係属中に日本専売公社が解散した（日本たばこ産業株式会社法附則 12 条）。本判決は、行政事件訴訟法 11 条 2 項の類推適用により国が被告の地位を承継すると判示している。

植物も生物種の一つであるので、他の生物種におけるのと同様、植物に寄生する様々な微生物が存在する⁽⁸⁴⁾。その中には植物と共生関係にあって植物の生育に不可欠な存在となっているものもあれば、植物の生理を一方向的に阻害するだけのものもある。農作物の場合、同一種類の個体が大量に栽培されるのが普通であるので、当該農作物である植物に寄生する微生物も単調な生態環境の下で極めて大量に増え寄生することとなり得る⁽⁸⁵⁾。換言すると、大規模農業は、常に全面的な壊滅のリスクを含みながら存在しているといえることができる。

ところで、一般に、単一品種の集中的・商業的な生産形態（モノカルチャー）による農業においては、ある一定の範囲内にある農地において微生物に起因する病気が発生すると、たちまち当該農地内の全ての個体に感染・蔓延し、大規模な被害を発生させやすい。タバコやイネの耕作においては、基本的に、モノカルチャーの形態をとることが多いので、常に病気の大量発生リスクと直面し続けているといえることができる。

たばこ専売法による専売制が行われていた当時、このような大規模な病虫害発生による収量の激減という事態が十分にあり得るといえることが当然に予想されていたので、そのような事態が発生したときのために一定の災害補償制度が準備されていた（たばこ専売法 24 条、たばこ事業法附則 5 条）。

この災害補償金の交付申請に対する不支給決定は行政処分に該当する⁽⁸⁶⁾。

(続く)⁽⁸⁷⁾

注

- (1) 判例評釈として、斎藤和夫「未登記立木の強制執行の方法」法学研究 45 巻 8 号 120～127 頁、中野貞一郎「未登記立木に対する強制執行の方法」民商法雑誌 66 巻 4 号 142～152 頁、古崎慶長「未登記立木に対する強制執行の方法」判例タイムズ 267 号 72～76 頁、石川明「未登記立木に関する強制執行の方法」・『別冊ジュリスト 127 号 民事執行法判例百選』128～129 頁がある。
- (2) 立木に対する執行方法に関する論文としては、菊池定信「立木に対する金銭執行の方法」国土館法学 26 号 41～63 頁が最も詳しいようである。ただし、この論文では、未成熟の立木について金銭的価値がないという見解を前提にして立論をしている部分がある。しかし、先物取引を考えれば理解できるように、収穫期または換価可能な時期が将来のある時点であるような仮定的な財産権でも取引の対象となり担保化することが現在の経済取引の主流になっていること、すなわち、単なる期待に過ぎないものが権利として観念され財産価値を有するものとして取引されているということを認識すべきであろうと考える。そのような観点から考えてみると、将来の換価可能性を実現すべき段階に至った際に、その実現を担保するためのシボルのなものとして全ての物体が財として存在しており、その担保的機能を利用することのできる法的地位こそが物権（とりわけ所有権）の本質であると考えられることは可能である。このような観点からすると、現在の民事執行法における換価手続が合理的であるか否かととは別に、そもそも権利とその実行の本質について、最も根底的な部分で基礎理論の再構築が必要となっていると考える。結論的には、「所有」または「所有権」は実質的には存在せず、様々な期待及び利用可能性の総体としての社会的利益を国家権力による強制力をもって確保するための社会制度が存在していると考えるのが最も正しい。このような考えを前提にすると、権利実在説的な考え方は、説明方法の一種に過ぎず、いわゆる関係説的な理解が妥当であることになる。権利の概念は、説明のためのシボル（符号・記号）の一種に過ぎないので、その実在性を議論しても何ら得るところはない（哲学的・思弁的な自己満足を得ることはできる。）。むしろ、権利の概念は、符合や記号の一種としての機能以上の社会的機能を有しないものと割り切り、機能論的に社会現象としての法システムを考察するほうがより高い有用性を発揮することができると考える（大学の法学部等における講義の便宜を考えると、権利実在説を前提とした演繹法的な権利の体系が実在するものとして講義をするほうが楽である。しかし、それは、単なる思念の一種に過ぎず、社会において現実に存在している事実ではない。別の思念に基づく別の思想体系によっても同一の法現象を説明することが可能であるが、このことは、所詮思弁に過ぎないという当然の理の最も顕著な証明となっていると考える。）。以上を前提とした上で、現行の民事執行制度は、古典的な実在説的な権利の体系を前提として設計されているため、ある部分では強固であるけれども、ある部分では完全に無力になってしまっている。とりわけ、利用という側面における直接強制の手段が極めて貧弱である（例えば、強制管理は、ほぼ最小限度の機能しか有していない。）。権利は、実在するか否かが重要なのではなく、国家権力という装置によって物理的に強制することが可能であるという機能的側面が最も大きな重要性を有する社会システムの 1 つであるので、物理的な強制力を欠くものは、文字どおりの画餅に過ぎないと言える。全面的な見直しが必要だと考える。
- (3) このような事例において、民法 242 条ただし書との関係で、どのような「権原」を考えるべきかについては、全く別問題である。何らかの土地利用契約が存在するときは当該契約上の権利をもって「権原」と解することができる。しかし、このような事案におい

- て立木について法定地上権が成立することはないと解されることから、契約等が存在しない場合には、別途、条項等によって何らかの「権原」を考えるべきことになろう。一般に、現行の民法及び民事執行法は、物の交換価値を主眼において立法されており、交換価値以外の社会的価値に対しては極めて冷淡である。このことは、交換価値を主眼としない社会的価値物が存在することによって当該地域社会における振興等によるいわゆる経済効果が高まる場合であっても全く同じである。
- (4) 前掲「立木に対する金銭執行の方法」58～60頁
 - (5) 中野貞一郎『民事執行法(増補新訂6版)』(青林書院、2010) 615～616頁は、原則として動産執行によるべきものとしている。
 - (6) 山本和彦・小林昭彦・浜秀樹・白石哲編『別冊法学セミナー 227 新基本法コンメンタール・民事執行法』(日本評論社、2014) 395～397頁 [近藤義浩]
 - (7) 前掲『新基本法コンメンタール・民事執行法』428～432頁 [大濱しのぶ]
 - (8) 前掲『新基本法コンメンタール・民事執行法』280～310頁 [杉本和士]
 - (9) 齋藤隆・飯塚宏編『民事執行(補訂版)』(青林書院、2014) 234頁
 - (10) 私見によれば、交換価値が皆無な物質であっても民法上の物として法的保護を受けるべきことは当然のことと考えるが、こと換価価値の評価やそれが転化した損害賠償額または不当利得額の算定という場面では、財産権たる実質を有しないと解するしかない(『艸一財産権としての植物(2)』脚注12参照)。
 - (11) 建物に対する民事執行手続が開始された後、天災や火災等によって当該建物が物理的に消滅し、かつ、代位すべき財産権も存在しないと時と同様に考えるべきである。交換価値が無価値である場合には、物体としては存在しているが、換価の基礎となる金銭価値が存在しないという点では全く変わらない。ただし、後の事情変更により交換価値が新たに発生した場合には、同一物について改めて執行申立をすべきである。例えば、有毒物質に汚染され、その有毒物質の除去等に極めて巨額の費用を要するために交換価値が無となってしまっている土地であっても、後になってその有毒物質に極めて高価な希少物質が含まれていることが判明し、新たに交換価値が発生することが全くないとは言えないであろう。すなわち、現在の産業における標準的な価値観や自然科学の水準のみでものごとを考えてはならない。
 - (12) 目的物に対する需要がゼロになると価格が存在しないのと同然の状態になる。少なくとも、競売手続において買受人が出現しなくなる状態が発生し得る。このような場合には、民事執行法68条の3、130条により、強制競売手続を停止または取り消すことができる。この点については、前掲『新基本法コンメンタール・民事執行法』216～219頁 [伊東智和]、同書336～338頁 [嘉原正志] 参照。
 - (13) 関連する裁判例として、最高裁判平成13年12月13日判決・民集55巻7号1500頁、東京高裁判平成25年3月28日判決・判例タイムズ1393号186頁、福岡高裁判平成23年2月7日判決・判例タイムズ1385号135頁、東京地裁判平成24年5月30日判決・判例タイムズ1406号290頁、東京地裁判平成23年12月22日判決・判例時報2139号31頁、富山地裁判平成26年2月12日判決・判例地方自治384号52頁、横浜地裁判平成25年10月18日判決・判例時報2214号69頁、横浜地裁判平成23年3月31日判決・判例時報2115号70頁、東京地裁判平成23年1月20日判決・判例タイムズ1365号138頁、東京地裁判平成20年11月19日判決・判例タイムズ1296号217頁、東京地裁判平成20年7月8日判決・判例時報2025号54頁、東京地裁判平成20年11月19日判決・判例タイムズ1296号217頁、千葉地裁判平成19年1月31日判決・判例時報1988号66頁、東京地裁判平成13年3月

- 27 日判決・訟務月報 51 卷 5 号 1256 頁、東京高裁平成 8 年 3 月 18 日判決・判例タイムズ 928 号 154 頁、東京地裁平成 6 年 7 月 27 日判決・判例時報 1520 号 107 頁、千葉地裁昭和 63 年 11 月 17 日判決・判例タイムズ 689 号 40 頁、福岡高裁宮崎支部昭和 63 年 9 月 30 日判決・判例時報 1292 号 29 頁、札幌地裁昭和 61 年 3 月 19 日判決・労働判例 475 号 43 頁、前橋地裁昭和 57 年 3 月 30 日判決・判例時報 1034 号 3 頁がある
- (14) 関連する裁判例として、東京地裁平成 23 年 1 月 31 日判決・判例タイムズ 1349 号 80 頁がある。この判決では、不動産競売により売却された土地に現況調査報告書及び物件明細書に記載のない土壤汚染が存在することが判明したとしても執行官及び裁判所書記官に過失は認められないとされた。判例評釈として、阿部満「不動産競売における評価人の土壤汚染調査義務」不動産研究 54 卷 2 号 28～34 頁がある。なお、物件明細書の記載事項については、裁判所職員総合研修所『裁判所書記官実務研究報告書・不動産執行事件等における物件明細書の作成に関する研究』（司法協会、2014）が詳しい。
- (15) 有体動産の金銭的評価に関しては、石川明「強制執行法研究」（酒井書店、1977）173～203 頁が参考になる。
- (16) 損害額の算定に関しては、金子敏哉「知的財産権の共有と損害賠償額の算定」・同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』（弘文堂、2013）308～328 頁、田村善之「特許権侵害に対する損害賠償額の算定に関する裁判例の動向」知財管理 55 卷 3 号 361～378 頁、田中稔「履行不能および不法行為における損害賠償額の算定期限—大審院・最高裁の裁判例を手がかりとして—」沖繩法學 36 号 1～69 頁、太田知行「損害賠償額の算定と損害概念」私法 43 号 218～226 頁、新美育文「民事責任—損害額の算定とインフラ算入」判例タイムズ 35 卷 5 号 181～186 頁が参考になる。
- (17) 東京高裁昭和 63 年 3 月 11 日判決・判例タイムズ 666 号 91 頁は、「思うに、経済の動向に関わる要因は無数に近いのであるから、経済予測はきわめて難しく、世に行われているいわゆる経済予測は、一般的傾向についての短期的なものであっても必ずしも一致しないのであり、まして、具体的な事項についての遠い将来にわたっての予測で、万人に肯認されるようなものはないのである。ゆるやかな意味での経済予測ですら右のようであるから、遠い将来にわたっての物価、賃金の上昇率について、裁判上の事実認定といえる程の高い蓋然性をもった予測をするには、現在その資料も整っておらず、方法も確立されておらず、至難、不可能に近いというほかはない。このことは、予測する事項を『右の上昇率は最低平均年 5 パーセントと予測される。』というように限定してみても同様である」と判示している。東京地裁昭和 57 年 2 月 1 日判決・判例時報 1044 号 19 頁は、「右の予想上昇率はその根拠となる事実そのものに不確定、不確実な要素が余りにも多く、この上昇率によって今後毎年の物価を予測することは確実性に乏しいうらみがあるのみならず、賃金水準が物価水準と対応することについても確実な保障はないので、現時点においては、原告ら患者の得べかりし利益及び介護費が将来にわたり毎年 5% の割合で上昇することを高度の蓋然性をもって推測することは困難であるというべきである」と判示している。大阪地裁昭和 62 年 9 月 30 日判決・判例タイムズ 649 号 147 頁は、「持続的なインフレが損害賠償との関係で重要な問題を提起していることは事実としても、これを損害額の算定にとり入れることについては未解決な問題がある」、「すなわち、戦後我が国を含む資本主義諸国の経済動向にインフレ傾向が持続し、消費者物価が上昇しつつあることは否定しないが、これをもって、いまだ不変の自然法則でも経済原則でもなく、その態様は極めて可変的であり、しかも、多くの政策的要因に依存しているのである。流動的な我が国経済社会で、インフレ持続の程度、期間を今後長期にわたって裁判

上の証明対象として主張、認定するのは至難なことである」と判示している。同旨の裁判事例として、福岡地裁平成元年4月18日判決・判例時報1313号17頁、大阪地裁平成11年3月29日判決・同誌1688号3頁がある。

- (18) 係争地を含む旧東山東村の東部には鶏冠山という名の山がある。神仙思想や仏教(ヒンズー教)を含め、華夏の流れを汲む名ではないかと思われる。滋賀県にも鶏冠山があり、阿星山・竜王山・鶏冠山の3山で金勝山(滋賀県栗東市荒張)を構成している。阿星はアショカ王(阿育王)にも通ずる。この地には、釈迦如来像を本尊とする天台宗金勝寺という古刹がある。『本草綱目』『金石之三』は、生薬(中薬)である「雄黄」の意義について、『抱朴子』を引用し、「云 雄黄當得武都山中出者 純而無雜 其赤如雞冠 光明曄曄者 乃可用耳」、「其但純黃似雌黃色無光者 不任作仙藥 可合理病藥耳」としている(『神農本草經』には「鶏頭石」との名はない)。この雄黄(または雌黄)は、日本国では「鶏冠石」とも呼ばれているが、要するに、砒素と硫黄との化合物(結晶またはそれを含む鉱石)を意味する。有毒物質であり、火薬や塗料の原料として用いられる。他方、旧東山東村の西部には、紀伊國一宮とされる伊太祁曾神社(和歌山県和歌山市伊太祈曾)があり、五十猛命(大屋毘古神)を主祭神として祀り、大屋都比賣命と都麻津比賣命を配祀している。神祇は「丸に太」で非常に珍しく、「太玉命」との関連が疑われる。大屋毘古神は、家の神または建築の神とされている。同神社には「木祭り」という行事があるので、古代から植林・林業が盛んであり、植林・製材・建築等と関連する氏族が多く住んだのではないかと推定される。古代においては、木材の伐採や製材専門の職人集団、屋根専門の職人集団、石材加工専門の職人集団、建具専門の職人集団等に分業した人々がまとまって生活しており、それぞれ別の名をもつ神を祖神として祀ってきたけれども、基本的にはほぼ同じ氏族とそれに従う人々(部民等)から始まっているということになるのではないかと推定される。この旧東山東村を含む周辺地域に古代紀伊國の中心地があったことは疑いようがなく、伊太祁曾神社は、紀伊國造天道根命の官衙または稲城(砦)そのものだったと思われる。伊太祁曾神社の境内地には大きな古墳がある。
- (19) 念のために付言しておく、法律論としての損害賠償額の算定の理論は、経済学や経営学におけるような費用(コスト)の観念を捨象してしまっていることが多い。それゆえ、コストを完全に無視すれば100万円の損害額を算定し得る事案であっても、その100万円の売り上げをあげるために実際には200万円の費用支出を要する場合には、社会的には取引価格のない物件として扱われるべきものである。ここにおいて、裁判所の判断における経済原理と現実の社会における経済原理との間に齟齬が生ずることがしばしばあると言わざるを得ない。
- (20) 判例評釈として、谷口知平「立木の不法伐採による損害賠償額算定の基準」民商法雑誌52巻2号219~223頁がある。
- (21) 類似の争点を含む事案について、最高裁昭和35年11月29日判決・裁判集民事46号545頁があり、「論旨は、被上告人(附帯上告人)の本件杉立木伐採による損害額は、特別事情の認められない本件の場合、伐採当時の時価相当額とした原判決につき、特別事情の説明なく、釈明もないとして、審理不尽等の違法をいうが、特別事情とは損害額を伐採当時の時価で算出するを相当としない事情を意味することは自明であり、上告人が伐採当時の時価以上の額の賠償を求めていたものとすれば、その損害額発生は上告人が自ら明らかにすべきであって、原審の釈明を俟つべきものではなく、原判決にはすべて所論の違法はない。論旨は採用できない」、「論旨は、原判決が損害額の算定につき、伐採当時の時価のみにより、成長により得べかりし利益を加算しなかつた違法をいうのである

- が、原判決は本件の場合時価で算定するを不相当とする特別事情が認められないとして、時価により賠償額を算定しているのであるから、違法の点はない」と判示している。他に立木価格の算定と関連する主張立証責任を示す判決として、最高裁昭和 35 年 9 月 30 日判決・裁判集民事 44 号 609 頁、広島高裁昭和 33 年 2 月 19 日判決・高民集 11 卷 2 号 88 頁がある。
- (22) 前掲『大コンメンタール刑法（第 2 版）第 12 卷』257 頁では、例として、「家屋の建材そのものを領得するためにこれを取り壊し動産化して持ち去る行為は窃盗罪を構成する（最判昭 25・4・13 集 4 卷 4 号 544 頁）し、土地の定着物たる稲立毛や立ち木なども伐採して領得した場合には窃盗罪を構成する」と説明している。家屋（建物）は、民法上の不動産ではなく、動産の集合体（集合動産の一種）であることについて民法学上の異論は全くなく、ただ、不動産登記法上では不動産として登記し、その登記の記載に基づいて取引をし、所有権取得や担保権設定等についての対抗要件を具備することが認められているのに過ぎないので、不動産の一部を動産化して奪取する場合の例としては適切ではないと考えられる。おそらく、初学者の理解を助けるための便法の一つであろう。
- (23) ある土地に生えている草木を採取するため当該土地として認識可能な空間の一部を一時的に侵奪することが必要となるが、通常、そのような一時的現象は刑法的な評価の対象外として考えている。少なくとも、検察官は、そのような行為をとらえて起訴することがない（検察官の起訴裁量の範囲内）。しかし、いわゆる使用窃盗として理解されている自転車の無断借用のような場合を考えると、事案によっては、一時的な占有確保行為であっても不動産侵奪罪の成立を認めてしかるべき事案があり得るように思われる。なお、一時的な占有確保だけでは不動産に対する「侵奪」に該当しないと判示する裁判例として、最高裁昭和 42 年 11 月 2 日判決・刑集 21 卷 9 号 1179 頁がある。
- (24) 前掲『条解刑法（第 3 版）』730～733 頁、前掲『大コンメンタール刑法（第 2 版）第 12 卷』309～321 頁
- (25) 本判決の事件の舞台となった種殿神社がどこに所在する神社であるのかについては、判決文からは明らかではない。茨城県北部には「種殿神社」との名をもつ神社が多く、例えば、種殿神社（茨城県日立市田尻町）、種殿神社（茨城県日立市十王町高原）、種殿神社（茨城県北茨城市磯原町内野）、種殿神社（茨城県高萩市横川）がある。茨城県内に所在し種殿神社との名のある神社には大己貴命を祀るところが多い。誉田別命を祀る八幡神社（茨城県北茨城市関本町関本上宇上野）の境内社である種殿神社では倉稲魂命を祀っている。倉稲魂命は、宇迦之御魂神の別名で、秦族の穀物神である（「艸—財産権としての植物(1)」脚注 24 参照）。「種殿」との名も穀物と関係するとみられ、おそらく、種穀の神（殿）または種穀を貯蔵した施設（殿）を意味するのであろうと推測される。「たね」と読むことのできる寺社は、全国各地にある。例えば、多根神楽団という石見神楽伝承組織があり大己貴命・少彦名命・須勢理姫命を祭神として祀る佐比賣山神社（島根県大田市三瓶町多根）、大己貴命・少彦名命を祭神として祀る多根神社（島根県雲南市掛合町上多根）、稻倉魂命（宇迦之御魂神）を祭神として祀る多禰神社（福井県坂井市丸岡町山崎三ヶ）、聖徳太子の弟・麻呂子親王を開基とし薬師如来を御本尊とする多禰寺（京都府舞鶴市多祢寺）等がある。いずれも日本（倭國）に農耕技術をもたらしたとされる秦族との関連が深いものと推定される。ところで、種殿神社（茨城県日立市田尻町）の周辺には大己貴神にまつわる伝承が残されている。それによると、大己貴命が畑の畦道を歩いているときに草（ササゲ豆の蔓）に足をとられて転倒し、胡麻の茎先で日を出て片目を損傷してしまったのだという。一方の眼が市磯長尾市であり、他方の眼が大田根子（意

富多多泥古)であるということを示唆する伝承かもしれない。市磯長尾市は、倭国造である珍彦(字豆毘古・椎根津彦)を祖とする倭氏の者とされる。「和(禾國=葦原)」と「倭」と「大」が同義であると仮定すると、「大國主」は「倭國造」と同義となる。『先代旧事本紀』の「国造本紀」では、大倭國造を椎根津彦としている。市磯長尾市が大和神社(大和坐大國魂神社)の祭主となった経緯の中で出てくる淳名城入媛命(淳名城稚姫命・沼名木之入日売命)を卑弥呼、倭迹迹日百襲媛命をトヨ(臺與・臺與)、市磯長尾市を猿田彦神と同一の者であると仮定すると、大和神社創建は邪馬台国の時代であると同時に孝靈天皇の時代のことでもあることになる(『古事記』及び『日本書紀』に記載されている年代は、一般に、かなり間延びしているとの理解が現代では一般化しているので、修正を要する。)

- (26) 軽犯罪法(昭和23年法律第39号)附則2項により、同法の施行(昭和23年5月2日)と同時に廃止された。
- (27) 尺貫法における1貫目は3.75キログラムであるので、10貫目は37.5キログラムに相当する。当時の食糧事情の厳しさから考えると、決して軽微な犯罪ということとはできない。
- (28) 無主物先占(民法239条1項)による原始取得が成立する場合には、そもそも「窃取」に該当しない。しかし、無主の不動産は存在しない(同条2項)。森林法上の国有林及び民有林(同法2条3項)等の森林における産物については、無主物先占が成立することはない。なお、大審院大正15年12月24日判決・法律新聞2658号12頁は、神社境内にある国有の樹木を伐採した行為について、森林窃盗罪は成立せず窃盗罪(刑法235条)が成立するものとしている。神社地の所有関係については、野村泰弘「神社地の帰属と入会権—上関原発用地を素材として—」総合政策論叢14号43~75頁がある。
- (29) 森林窃盗罪の通説的な解釈については、伊藤榮樹・小野慶二・莊子邦雄編『注釈特別刑法第5巻 経済法編Ⅱ』(立花書房、1984)203~250頁[福山道義]、中重正人「森林刑法概説(五)」研修320号91~106頁、同「森林刑法概説(六)」研修321号91~102頁、同「森林刑法概説(七)」研修324号89~100頁が詳しい。
- (30) 山岳の構成要素である岩石(富士山麓の天然樹海にある溶岩)について森林窃盗罪の成立を認めた裁判事例として、東京高裁昭和46年10月26日判決・高刑集24巻4号641頁がある。ただし、大審院大正9年10月19日判決・刑録26輯723頁は、「森林法ニ所謂産物トハ天然ニ生育シタルト植樹ノ方法ニ因ルトヲ分タス竹木類ノ根幹枝葉ハ勿論下草落葉落枝樹實菌蕈等山林地ヨリ發生生育スル一切ノ物ヲ包括スルモノヲ生スル基本タル山林地ヲ組成セル土砂岩石ノ如キハ之ヨリ除外スヘキモノトス」としつつも、「山林ノ土石ト雖モ其他ノ土地ニ於ケル土石ト均シク苟モ之ヲ土地ヨリ分離シタル以上ハ其分離ト同時ニ普通竊盜ノ目的物則チ刑法第二三五條ニ所謂財物ト爲ルニ至ルモノトス」と判示して、窃盗罪(刑法235条)の成立を認めている。同東京高裁判決では、一厘事件判決との関係について、零細な反法行為はすべて犯罪を構成しないとする趣旨ではなく、「犯人ニ危険性アリト認ムヘキ特殊ノ情況ノ下ニ決行セラレタルモノニアラサル限り共同生活上ノ觀念ニ於テ刑罰ノ制裁ノ下ニ法律ノ保護ヲ要求スヘキ法益ノ侵害ト認メサル以上」との限定を付しているとした上で、「金品窃取の未遂の点のみからも被告人の危険性を充分窺い得るうえ、窃取行為により、刑法上の保護に値する個人の財物に対する権利を侵害したことの認められる本件にあっては、右判例の趣旨に徴しても、犯罪の成立が阻却されるものと解すべきいわれのないことが明らかである。その他、被告人の本件所為が可罰的違法性を欠き、あるいは社会的に相当と認められるべき事由は見当たらない」と判示している。

- (31) 近年の法改正により、森林法違反の罪の法定刑が全般に引き上げられたことについては、森林・林業基本政策研究会編「解説森林法」(大成出版社、2013) 497～498 頁が参考になる。
- (32) 関連する論説として、稲垣悠・「刑罰権の及ぶ範囲と罪刑法定主義」専修ロージャーナル 10 号 115～165 頁、前掲「森林刑法概説(六)」98～102 頁がある。
- (33) 例えば、森林法の適用のない小さな立木を 1 本だけ抜き取って窃取した場合については刑法 235 条の窃盗罪のみが成立するが、何百本もの立派な天然木を伐採し自然環境を広域に破壊するような重大な犯罪については森林法 197 条の森林窃盗罪のみが成立すると解することは、著しく不当である。
- (34) 非常に軽微な行為については、犯罪捜査規範(昭和 32 年国家公安委員会規則第 2 号) 198 条、199 条及び 200 条に従って微罪処分とされ、起訴されないことになるのが通例と思われる。問題は、非常に軽微とは言えないような程度の被害が発生している場合である。例えば、野辺の野草の花を 1 輪手折る行為は非常に軽微な行為と認めべき場合が多いと思われるが、根・茎・葉等を漬物等の食用に用いるために山菜等を大量に採取し、リュックや籠に詰め込んで持ち帰る行為は、入会権や慣習法等によって認められている範囲内の行為に該当しない限り、非常に軽微な行為であるということとはできない。また、植物の採取行為等が営利目的の場合には、窃取した植物等の分量の大小を問わず、土地所有者から採取について同意を得ている場合等の違法性阻却事由が存在しない限り、典型的に「軽微ではない窃取行為」として扱うべきであると解する。
- (35) いわゆる業者が自然公園内の特別保護地域において希少な野生動植物を根こそぎ採取し、店舗やネットオークション上で販売するような場合を含む。このような営利目的での根こそぎ採取行為は、個々の趣味家による些細な採取行為とは本質的に全く異なる行為であり、完全に分けて考えなければならない。
- (36) 特別刑法における罪数論に関しては、伊藤榮樹・小野慶二・莊子邦雄編「注釈特別刑法第 1 巻」(立花書房、1985) 537～581 頁[山火正則]、町野朔・安村勉「特別刑法と罪数」上智法学論集 39 巻 1 号 249～303 頁が参考になる。罪数論一般については、貝木誠「罪数論の研究(補訂版)」(成文堂、2004) が参考になる。
- (37) 前掲「注釈特別刑法 第 5 巻 経済法編 II」210 頁は、「差押、仮処分のように明示的な場合に限定して判断されるべきであり、たとえば、一カ所にたばねて集積してあるだけで、森林の産物性が失われるものではあるまい」と述べている。事案の特質に応じて個別に観察し、罪数を論ずべきことは当然のことなので、その趣旨で賛成である。
- (38) 判例評釈として、吉川淳一「森林窃盗罪と刑法 242 条の関係」警察学論集 30 巻 8 号 143～147 頁、中村勉「刑法 242 条が森林窃盗罪(森林法 197 条)に適用できるか否かにつき消極的に解するとした事例」警察研究 50 巻 3 号 75～81 頁、長岡龍一「刑法 242 条は森林法 197 条に適用しうるか」東北学院大学論集 14 号 75～85 頁がある。
- (39) 上告審は、最高裁昭和 40 年 5 月 29 日決定・刑集 19 巻 4 号 426 頁。前掲「大コンメンタール刑法(第 2 版) 第 12 巻」307 頁は同旨。判例評釈として、尾後貫莊太郎「窃盗罪における窃取の意義」神奈川法学 1 巻 2 号 117～126 頁がある。
- (40) 米国の NASA は、Earthobservatory という映像提供サイトを運営しており、誰でも自由に閲覧することができる(<http://earthobservatory.nasa.gov/> [2015 年 11 月 3 日確認])。このサービスは、主として森林火災のような異変の発生を探知するのに有用であるが、例えば、大規模な森林伐採があるときはそれによる空き地や裸地の増加も映像に反映されるので、このサービスによって提供される画像を観察するだけでもかなり

の確度で異変の発生を探知することができる。また、一定程度のタイムラグがあるとはいえ、Google EarthやGoogle Street Viewによって提供される画像の観察によってもある程度まで異変の発生を探知することができると思われる。これらの点については、Kazi A. Kalpoma, Koichi Kawano, Jun-ichi Kudoh, NOAA Satellite Based Real Time Forest Fire Monitoring System for Russia and North Asian Region, 東北アジア研究 11号 195~204頁、Tawanda Manyangadze, Application of Geostationary Satellites in Forest Fire Detection, LAP Lambert Academic Publishing, 2011が参考になる。

- (41) Mark F. Watson, Chris H. C. Lyal & Colin A. Pendry, Descriptive Taxonomy – The Foundation of Biodiversity Research, Cambridge University Press, 2015, pp.226–243が参考になる。
- (42) これらの技術は、山林や原野を所管する監督官庁職員による非違行為の防止のためにも用いることができる。関連する裁判例として、最高裁昭和25年12月12日判決・裁判集刑事37号561頁、最高裁昭和28年9月22日判決・裁判集刑事86号785頁、仙台高裁昭和34年3月31日判決・高刑集12巻4号284頁、秋田地裁昭和58年12月14日判決・判例時報1108号140頁がある。
- (43) 関連する論説として、大澤剛士・山中武彦・中谷至伸「携帯電話を利用した市民参加型生物調査の手法確立」保全生態学研究18巻2号157~165頁がある。
- (44) 関連する論説として、木脇奈智子・新井康友「日本における家族パラダイムの変容と高齢者の孤立」藤女子大学人間生活学部紀要52号65~73頁、高橋知也・小池高史・安藤孝敏「団地に暮らす独居高齢者の被援助志向性—横浜市公団町団地における調査から—」技術マネジメント研究13号47~55頁、反町古秀「死後長期間を経過して発見された大阪市内における自宅単身生活者の死亡例「孤独死」例についての記述疫学的検討」大妻女子大学家政系研究紀要50号15~21頁がある。
- (45) 詐欺罪（刑法246条1項）の法定刑は10年以下の懲役刑であり、森林窃盗罪（森林法197条）の法定刑は3年以下の懲役刑または罰金刑なので、森林窃盗罪のほうが軽い。
- (46) 本判決の控訴審は宮城控訴院であったが、差戻し先の裁判所は函館控訴院になっている。
- (47) 東京高裁昭和33年3月31日判決・東京高等裁判所（刑事）判決時報9巻4号97頁、後掲大審院明治37年6月24日判決・刑録10輯17巻1412頁参照。
- (48) 本判決では、利得額の算定を重視していることから、係官の検査を受けた時点で成立し得る犯罪は詐欺罪の占有を取得する罪（刑法246条1項）ではなく、許可を受けていない伐木について「もし正規に払下げ手続をしていれば支払うべき金額」に相当する利得を取得する罪（刑法246条2項）であると解していることになる。
- (49) 大阪高裁昭和28年6月22日判決・高等裁判所刑事判決特報28号41頁は、窃盗罪と詐欺罪の観念的競合（刑法54条1項）を認めている。
- (50) 本件は、許可を受けた範囲内の樹木であるかどうかの確認不十分のまま大雑把に伐採してしまったため、詐欺罪または森林窃盗罪に問われた事案である可能性がある。現実問題として、奥深い森林に立ち入ってみると、境界標等によって明確に区分されている地域であるような場合を除き、伐採許可範囲を指定する図面のみを参考にして森林内の特定の範囲を目視で識別することが困難なことがしばしばある。極端な場合には、自然災害（大規模な土砂崩れ、山体崩壊、河川氾濫による土砂流出等）により山容が著しく変化してしまい、図面上には存在している土地が物理的に消滅してしまっていることがある。このような場合、例えば、図面だけを頼りに行動する者は、目的地を誤認する可能性が高

- い。そして、このような誤認は、GPSを用いた現代的な測量方法を用いた場合でも完全に避けることができない。例えば、東日本大震災のような大規模地殻変動が発生すると、記録されていた緯度・経度とは全く異なる場所に目的地が物理的に水平移動してしまうことがある。ここでもまた、土地は「不動」のものではなく、常に流動するものであることを認識する必要がある（この点については「呻—財産権としての植物(2)」で詳述した。）。
- (51) 前掲『注釈特別刑法 第5巻 経済法編Ⅱ』216頁
- (52) この点については、夏井高人「サイバー犯罪の研究（六）—違法な電子メールに関する比較法的検討—」法律論叢 86巻 6号 181～243頁（特に225頁以下）でも論じた。なお、念のために付言しておく、法哲学は、哲学の一種であるので、その領域では観念が重視されるし、そうでなければならない部分がある。問題は、実質的には法哲学の領域に属する思考を法解釈論の領域に属する思考であると誤解・錯覚するような場合である。無論、法哲学的な法解釈論（いわば理学的な法解釈論）は存在しても構わない。しかし、現実の事件（法的紛争）の存在を前提とするようなタイプの法解釈論は、実務上承認されている思考手法の応用技術（いわば工学的な法解釈論）の一種である。とりわけ、具体的な事件に対する裁判所の判断結果である判決・決定等の存在を絶対的な前提として行われる判例批判・判例評釈に関しては、その中において自己の法政策的な思考や見解を反映することは無論許されるけれども、仮にそれが事実のとらえかたを明確に自覚した上でなされるものでないとすれば、単なるイデオロギーや特定の思想の発露に過ぎないものとなりかねないことに留意すべきである。
- (53) http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/804/035804_hanrei.pdf [2015年11月2日確認]
- (54) 自然公園法違反の裁判事例としては、国立公園の第一種特別地域に指定された海岸で石さんごを採取した行為が自然公園法17条3項3号にいう「土石を採取すること」に該当するとした最高裁判平成9年7月10日判決・刑集51巻6号533頁がある。
- (55) 自然公園法の一般的な解釈・運用に関しては、環境省自然環境局国立公園課監修『自然公園実務必携（三訂版）』（中央法規出版、2011）、皇山武道『自然保護法講義（第2版）』（北海道大学図書刊行会、2004）が参考になる。
- (56) 北海道の植生等については、五十嵐八枝子「北海道とサハリンにおける植生と気候の変遷史—花粉から植物の興亡と移動の歴史を探る—」第四紀研究 49巻 5号 241～253頁、五十嵐八枝子・生川淳・加藤孝幸「北海道中央部・富良野盆地とその周辺山地における過去12,000年間の植生変遷史」東京大学農学部演習林報告 114号 115～132頁、玉田克巳「北海道における鳥獣保護区の自然植生」北海道環境科学研究センター所報 34号 54～60頁、辻誠一郎「縄文時代への移行期における陸上生態系」第四紀研究 36巻 5号 309～318頁、沖津進「サハリン南部に分布するエゾマツ—トドマツ林の植生地理学的位置づけと成立機構」植生学会誌 13巻 1号 25～35頁が参考になる。
- (57) 刑法一部改正による不動産侵奪罪新設の経緯等に関しては、高橋勝好「不動産侵奪罪と境界毀損罪—刑法の一部を改正する法律」法曹時報 12巻 6号 677～706頁、白井滋夫「不動産侵奪罪等に関する立法経過と問題点」警察学論集 13巻 6号 83～105頁が参考になる。
- (58) 判例評釈として、朝山芳史「所有者による現実の支配管理が困難になった土地に大量の廃棄物を堆積させた行為につき不動産侵奪罪が成立するとされた事例」法曹時報 53巻 9号 232～249頁、岡本昌子「不動産侵奪罪における「侵奪」の意義」同志社法學 54巻 5号 316～337頁、重井輝忠「不動産侵奪罪における「侵奪」の程度—主観的要素を中心として—」経済理論 306号 107～126頁がある。

- (59) 本判決の事例のように土地に対する占有奪取行為の一態様として土地や地上の草木に対する破壊行為が実行されることもあるが、破壊行為を伴わないで占有奪取が敢行される場合もある。後者の場合、不動産侵奪罪のみが成立することは当然である。器物損壊行為と不動産侵奪行為とが社会通念上(定型的に)手段・結果の関係にあるとは言えない。
- (60) 前掲「条解刑法(第3版)」833頁
- (61) 本判決の事案とは異なるが、強力な除草剤その他の化学物質を散布して土壤を汚染し、その土地に生育している植物を枯死させてしまう行為も包括して器物損壊罪(刑法261条)に該当すると解することができる。産業廃棄物等の不法投棄により枯死させてしまう行為も同様である。器物損壊罪は故意犯のみであるので、過失により植物を枯死させてしまった場合には器物損壊罪は成立しないが、概括的・未必的故意が認められる場合があると考えられる。故意による器物損壊罪が成立しない場合、過失による不法行為(民法709条)に基づく損害賠償請求を考慮することができる。
- (62) 隣地との境界について紛争のある土地について、溝を掘った結果、土壤と一緒にトウモロコシ(玉蜀黍)を損壊したとして告訴があり、器物損壊罪により起訴された事案について、証拠不十分として無罪とした裁判事例として、東京高裁昭和33年5月31日判決・高刑集11巻5号257頁がある。この器物損壊罪について有罪とすべき場合には包括一罪とするとの趣旨に読める。なお、在来のトウモロコシ品種の系統分類に関しては、衣川堅二郎・中村郁子「ラテン・アメリカ在来トウモロコシ品種の生育特性による品種分化中心の地域区分」育種学雑誌38巻3号333~345頁、原田光・Nguyen Van Huan・戸田香織「四国山地における在来トウモロコシ品種の遺伝的系統解析」日本作物学會紀事77巻(別号1)218~219頁が参考になる。
- (63) 不動産とそれ以外の財産権のどちらのほうが現実の社会においてより財産的価値の高いものと言えるかについては、「紳一財産権としての植物(2)」で検討したとおりである。現代社会においては、物体としての大きさとその経済的価値とは正比例していない。知的財産権に至っては、観念を保護するものであり、経済学的にはその観念から得られると推計される総額(収益可能性)によってその経済的価値が評価されるのが普通である。それゆえに、現実の裁判においては、財産権としての評価額を決定することが難しく、その侵害に対する損害額を金銭的に評価することが難しいため、著作権法において損害額の算定のための推定条項等が置かれている(著作権法114条、114条の5)。推定条項が存在するという事それ自体で、実は、個々の著作物の財産的価値に対する金銭的评价がかなり恣意的・場当たりの合理的な根拠のないものとなり得るということの意味している。要するに、期待される推計額の一つに過ぎない。このことは、特許権及びその侵害の場合でも基本的には同じである(特許法102条、35条3項、4項、5項)。これは、知的財産権が情報財としての側面をもち、その実施等は現実の現象として認識することができるにしても、権利それ自体としては単なる想念・観念の一種(または、想念・観念を符号によって記録化・文書化し、公示や比較検討をすることのできる状態にしたもの)に過ぎないことに起因する宿命的なものである。
- (64) 一般に、従来、都市部に住む人々の住家が崩壊により焼失し居住者の死亡という結果が発生したときは法的評価としても重大犯罪として扱われるが、山村部の山林で森林火災が発生してもその木材としての財産的価値の喪失が重く評価されることはあっても、当該山林に住む人々の生活の破壊や生命・身体の安全に対する脅威については相当軽視する傾向が続いてきたのではないかと思われる。自然界においては、落雷や摩擦等による自然発生的な山林火災はあり得ることであるので、そのような自然発生的な山林火災と

同居しながら暮らす人々にとってそのような脅威は宿命的なものとして諦めるべき事柄の一種であったと推測することも可能であろう。しかし、公平な法システムの構築という観点からすれば、山林内に居住する人々でも大都市の高級マンションに居住する人々でも基本的には同等に法的な評価を与えられるものでなければならない。とりわけ、大規模な山林火災による被害の程度にはおそるべきものがあり、人口密集地近郊の山林で火災が発生すれば、最悪の場合、当該人口密集地まで延焼して多大な被害を発生させるということがあり得る。それゆえ、様々な態様のものがあり得る森林放火の中には、現住建造物放火罪と同程度かそれ以上の脅威を発生させ得るものが含まれていることを適正に評価した上で、現住建造物放火の故意の存在を証拠によって認定することができない場合であっても現実にそのような危険性を生じさせた場合には相当程度に重い刑の宣告を可能とするため、森林放火罪の法定刑の上限を現住建造物放火罪と同程度にまで引き上げるべき必要性がある（軽微な森林火災もあり得るので、法定刑の下限を執行猶予が可能な程度のものとするべきことは、当然の前提である。）。

- (65) 永田漸『改正森林法釋義』（有斐閣、1919）1～5頁の沿革に関する解説部分には、森林の有する様々な機能や治水・治土上の重要性について述べられている。
- (66) http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/361/033361.hanrei.pdf [2015年11月3日確認]
- (67) 大規模な森林火災が発生して近隣住民等が居住する家屋にも火が燃え移る蓋然性について認識・認容があると認められるときは、現住建造物への延焼による焼毀の結果が生ずることについての概括的・未必的故意の存在を認定すべきであるので、現住建造物放火罪の成立を認めるべきである。
- (68) http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/990/033990.hanrei.pdf [2015年11月3日確認]
- (69) <http://www.mod.go.jp/gsdf/mae/13b/disaster.html> [2015年11月4日確認]
- (70) 平成11年5月・広島県佐伯郡大野町の山林火災・人員222名（車両27両・航空機4機）派遣、平成11年5月・島根県鹿足郡津和野町の山林火災・人員155名（車両10両・航空機7機）派遣、平成12年8～9月・広島県豊田郡瀬戸田町の山林火災・人員319名（車両34両・航空機12機）派遣、平成14年3月・山口県大島郡東和町の山林火災・人員96名（車両7両・航空機4機）派遣、平成14年4月・岡山県総社市の山林火災・人員77名（車両8両・航空機5機）派遣、平成16年1月・香川県香川郡直島町の山林火災・人員8名（車両4両）派遣、平成16年2月・広島県因島市～瀬戸田町の山林火災・人員558名（車両80両・航空機22機）派遣、平成17年4月・岡山県玉野市の山林火災・人員72名（車両2両・航空機4機）派遣、平成17年5月・愛媛県越智郡大三島町の山林火災・人員162名（車両12両・航空機12機）派遣、平成17年6月・山口県佐波郡徳地町の山林火災・人員152名（車両18両・航空機4機）派遣、平成18年1月・広島県福山市の山林火災・人員30名（車両1両・航空機3機）派遣、平成18年1月・山口県周東町の山林火災・人員156名（車両12両・航空機6機）派遣、平成18年1月・広島県福山市の山林火災・人員216名（車両14両・航空機10機）派遣、平成19年4月・島根県益田市市の山林火災・人員113名（車両26両・航空機10機）派遣、平成19年5月・島根県安来市の山林火災・人員207名（車両6両・航空機30機）派遣、平成19年9月・山口県柳井市の山林火災・人員252名（車両12両・航空機14機）派遣、平成20年8月・愛媛県今治市の山林火災・人員64名（車両5両）派遣、平成22年9月・山口県岩国市の山林火災・人員150名（車両10両・航空機14機）派遣、平成22年9月・島根県浜田市市の山

- 林火災・人員 172 名(車両 16 両・航空機 6 機)派遣、平成 23 年 8 月・岡山県玉野市の山林火災・人員 86 名(車両 26 両・航空機 6 機)派遣、平成 24 年 10 月・広島県三原市の山林火災・人員 35 名(車両 10 両・航空機 3 機)派遣との状況が公表されている。
- (71) 煙草専賣法施行細則(明治 37 年大蔵省令第 19 号)、煙草賣捌規則(明治 42 年大蔵省令第 27 号)にも定義条項はなく、専賣局編『煙草専賣史』(専賣局、1915)、中央煙草業協會編『葉烟艸専賣法注釋 附本法ニ關スル法令規則』(中央煙草業協會、1898)、山本光行『煙草専賣法注釋 附勸業銀行貸出シ手續』(櫛原友吉、1897)、末松茂『煙草専賣法釋義 附關係法規』(民友社、1904)、中央煙草業協會雜誌部編『俗解煙草専賣法 附關係諸令規』(中央煙草業協會雜誌部、1904)、米村佐一郎『煙草専賣法講義』(非売品、1930)の中にも「煙草」の定義はない。
- (72) 香川縣煙草試驗場編『米葉之葉』(香川縣煙草試驗場、1936)には、「煙草ハ茄科ノ『ニコチアナ』属ニ属スル草本」との記載がある。また、濱田幸雄『専賣法講義』(専賣協會、1936) 46 頁には、「煙草」として *Nicotiana tabacum*、*Nicotiana rustica*、*Nicotiana Percica* の 3 種の学名のほか、觀賞用の *Nicotiana alata* 等の「長花タバコ」の名がみえる。同書 47 頁によれば、明治 41 年 3 月 30 日大蔵省省議決定により、觀賞用の「長花タバコ」も煙草専賣法所定の「煙草」に含まれることとなったようである。すなわち、「煙草」の定義に関する法律上の根拠はなく、行政解釈のみが存在したことになる。この点は、煙草専賣法所定の罰則の適用との関係では罪刑法定主義に反するものであった疑いがある。
- (73) タバコの歴史については、鈴木達也『世界喫煙伝播史』(思文閣、2015)が最も詳しい。
- (74) タバコモザイクウイルスについては、山下修一編『植物ウイルス—病原ウイルスの性状』(悠書館、2011) 221~225 頁が参考になる。なお、井上成信『原色ランのウイルス病—診断・検定・防除』(農文協、2001) 133 頁は、「市販の紙巻きタバコには、タバコモザイクウイルス(TMV)が 100%あるいは 90%以上の高率で含まれているという報告がある」としている。
- (75) ジャガイモ Y ウイルスのタバコへの感染例については、岸國平『植物のバラサイトたち—植物病理学の挑戦—』(八坂書房、2002) 114~119 頁が参考になる。
- (76) 板垣隆三『雑草のうどんこ病菌分生胞子のタバコに対する病原性』日本植物病理學會報 45 巻 4 号 538 頁が参考になる。
- (77) 横尾多美男『たばこ線虫病に関する調査研究』(日本専売公社鹿児島たばこ試験場、1961)が参考になる。
- (78) 判例評釈として、木村亀二『一厘事件』法学セミナー 3 号 48~49 頁、宮原三男『一厘事件—大判明治 43・10・11』ジュリスト 200 号 10~11 頁があるほか、牧野英一『法律に於ける進化と進歩』(有斐閣、1925) 253~261 頁に「一厘事件の回想」と題する評論がある。
- (79) 価格約 2 銭程度の石ころ(石塊)に関する大審院大正元年 11 月 25 日判決・刑録 18 輯 1422 頁、八幡神社内に安置してあった木像 1 体及び石塊 1 個(経済的価値寡少)を神仏習合に反対する信念から持ち去ったという事案に関する大審院大正 4 年 6 月 22 日判決・刑録 21 輯 879 頁、廃品であるリヤカータイヤに関する最高裁昭和 26 年 8 月 9 日判決・裁判集刑事 51 号 379 頁、他人の物置から落花生、梗玄米、精米、小麦、夏みかん等を盗んだという事案に関する名古屋地裁昭和 36 年 5 月 23 日判決・判例時報 265 号 34 頁は、いずれも窃盗罪の成立を認めている。
- (80) 自律走行可能なロボット自動車では、法令に定められたとおりの規範をコンピュータ

プログラムによって実装しなければならない。人間におけるような「ゆるみ」を実装すると、それ自体で違法物であることになってしまうことであろう。その結果、自律走行可能な自動車は、様々な事故を発生させる物体として公道上を走行させる可能性がある。例えば、道路交通法は、車両が追突しないように適正な車間距離を空けて走行するように求めている。しかし、現実には、適正な車間距離を確保・維持しながら走行させている自動車運転者は稀である。仮に、都市全体の交通情報をクラウドサーバにおいて探知・自動判断し、法令に従った適正な車間距離を自動的に計算することによって当該都市にある道路上に存在可能な自動車台数を自動的に算出することができるようになった場合、ある時点において適正な車両数が既に飽和しているという計算結果が算出されると、車庫から出庫して道路上に出ようとする自動走行車両に対して当該クラウドサーバから出庫禁止命令が自動的に発令されることになるであろう。このような状況が常に発生することが当然予測される結果、法令を完全に遵守するという前提にたつ限り、大概の自動走行自動車が出庫できないという事態の発生が相当高度の発生確率において予測される。このような場合、常習的に違法行為を積み重ねている圧倒的多数の自動車運転手の「社会的に許された範囲内」での違法行為が存在することがまさに円滑な交通状況の維持・確保のための必須の要素となっていると言えることから、そのような状況下での些細な違法行為には可罰的違法性がないと解するのが妥当である。しかし、これは人間だからそうなのであって、自律走行可能な自動車は人間ではない以上、完全に適法なものでなければならない。ここにかなり深刻なパラドックスが存在する。これらの点に関しては、Ugo Pagallo, *The Laws of Robots – Crimes, Contracts, and Torts*, Springer, 2013, pp.163–181, Martin Ford, *Rise of the Robots – Technology and the Threat of a Jobless Future*, Basic Books, 2015, pp.181–191 が参考になる。

- (81) 形式的には構成要件該当行為が存在することは否定しようがないので、むしろ、立法の再検討をなすべきであろうと解する。また、法律の条文というよりは行政庁の解釈・運用の基準となる通達や通知の類が硬直に過ぎるために外見上構成要件該当性があるように見える状況が発生しており、かつ、そのような状況について実質的にみて違法性があるとは認められないというような場合には、行政庁の解釈・運用を再検討すべきであろうと考える。
- (82) 煙草の経済的価値ではなく、「捨てたつもりで戸棚に入れたまま忘れていた」という側面を重視した事実認定となっているのは、「5本までなら大丈夫」といったような俗説的な誤解が一人歩きして拡散することを怖れたものではないかとも考えられる。ちなみに、今後、製造たばこの課税が強化され、庶民にとって非常に高価なものとなると、犯罪組織等による製造たばこ及びたばこ代用品の密造や密輸が復活する可能性がある。
- (83) http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/839/035839_hanrei.pdf [2015年11月4日確認]
- (84) 植物の成長阻害等の病気とその原因菌(菌類)については、堀江博道編『植物病原菌類の見分け方—身近な菌類病を観察する—』(大誠社、2014)が参考になる。
- (85) 複雑な要素が混在する環境では、相互に阻害要因となり得る複数の生物が牽制し合いながら生存するので、単一の種類に属する生物種だけが爆発的に増えるということが比較的少ない。ところが、単一の種類に属する農作物だけを大量に栽培している環境では、環境要素が単調であり、その環境の下において相互に牽制し合う複雑な生物層が構成されにくい。そのため、当該農作物を害する微生物だけが爆発的に増加する結果となるのが普通である。それゆえ、当該微生物を殺傷するための農薬が用いられるが、突然変異と適者生

存法則による耐性個体の発生を阻止することが不可能であることから、必然的に農薬の使用量を増加せざるを得なくなるという悪循環に陥ることになる。このような現象が発生することは、生物というものの必然であるので、結果的に、資本主義的な大規模単一農業経営（商業的モノカルチャーによる大量生産）は、必然的に失敗するということが常に予定されているということができる。そして、そのような必然的な失敗を回避するための方法は存在しない（建物内において細菌等を完全に除去した水のみを用いて栽培される人工栽培施設（植物工場等）においても、ウイルスの侵入と感染を完全に防除するための技術的方法は存在しないので、もしそのような単一環境に適合して栽培作物に寄生するウイルスが発生すると、その人工環境における農作物栽培は速やかに全滅し回復不可能な状態となることが予想される。）。

なお、商業的モノカルチャーによる大量生産を産業政策上推進するための法令として農地法（昭和27年法律第229号）の一部改正により農業生産法人（同法2条3項）による農業が認められることになった。無論、農業生産法人による農業であれば常に失敗するというにはならないが、農業生産法人による単一作物の商業的大量生産が行われると、単一環境における寄生微生物の大量発生を必然的に伴うことになり、それを回避するための方法が存在しない以上、農業生産法人による農作物の商業的大量生産の失敗を回避する方法も存在しないことになる。その結果、日本国の国民の大多数が餓死と直面するといった悲惨な状況の発生は、十分にあり得る未来像の1つとなる。日本人は、艸（草）を育てることのできる優れた文化をもつ世界的にみて稀有な人種に属する。そのような文化を商業的利益の獲得のために捨ててしまい、ごく少数の企業による機械化された画一的・固定的な農業が主流になってしまうと、結果的に、日本人の民族としての生存可能性が著しく低下してしまうことにもなるであろう。また、より現実的な問題として、当該企業が倒産すれば、直ちに農作物の供給が停止することもなり得る。それゆえ、資本を集中することなく、多種多様な極めて多数の農業経営者が日本国の領土内にあまねく分散的に存在している複雑系的な状況を維持・促進するような政策論のほうが日本国民の生存という目的には適合していると考えられる。モノカルチャーと植物遺伝子の多様性との関係については、佐藤洋一郎監修・木村栄美編『ユーラシア農耕史4 さまざまな栽培植物と農耕文化』（臨川書店、2009）19～21頁が参考になる。

- (86) たばこ事業法の制定によりたばこ専売制が廃止された結果、災害補償金制度も廃止された。
 (87) 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。