

Title	立木および未分離の果実の独立性と「明認方法」の目的
Sub Title	Zur Sonderheit des Baums und der Früchte auf dem Halm als Gegenstand des Eigentums
Author	新田, 敏(Nitta, Satoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1972
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology ). Vol.45, No.9 (1972. 9) ,p.26- 53
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19720915-0026">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19720915-0026</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 立木および未分離の果実の独立性と 「明認方法」の目的

- 一 はじめに
- 二 立木に関する昭和三四年最高裁判決と川島教授の批判
- 三 立木・未分離の果実が独立物とされる根拠
  - 1 わが国の固有法ないし慣習
  - 2 民法二四二条但書による立木等の独立性
  - 3 判例の立場
- 四 独立性の附与とその形式(客観)的要件
  - 1 一筆の土地の一部譲渡
  - 2 独立性附与の公示たる「明認方法」と権利変動の對抗要件たる「明認方法」
  - 3 若干の判例の分析
- 五 総括

新 田 敏

近代民法のもとにおいては、一つの所有権の客体は、その物質的存在性において一つの物でなければならぬとする、いわゆる一物一権主義の原則が存在する。これは近代的所有権がその客体の物質的存在の全体を把握することの当然の帰結として理解されている。<sup>(1)</sup>そしてこの原則からは「一つの物の部分には独立の所有権は存在し得ない」「複数の物の総体の上には一つの所有権は存在し得ない」とする二つの派生的原則が論理的に生ずることになる。<sup>(2)</sup>

この一物一権主義の原則はほとんど全ての民法学者によつて承認されているものであるが、その根拠については、物の一部または物の集団の上に一つの物権を認める社会的必要性ないし実益がないこと、および物の一部または物の集団の上の一つの物権を認めるときは、その公示の困難ないし混乱を生じさせることになることと主張されている。<sup>(4)</sup>しかし一物一権主義は、このような外在的および技術的要請のみによつて支えられるものではなく、有体物に対する支配を内容とする物権の効力の確保のためにも、すなわちその支配の成立すべき範囲の確定ならびにそれへの侵害の認定の簡易性という内在的および実質的要請からも、必然的なものといふことができよう。

それにもかかわらず一物かいなかの基準は一般に社会通念に委ねているのが現状であつて、今日まであまり掘り下げた考察は試みられておらず、通常は物理的性状によつて決定されると説かれるに過ぎない。<sup>(5)</sup>ただし土地と建物とはそれぞれ別個に一物とされ、土地の個数は登記簿の記載によつて人為的技術的に区分されることになる。<sup>(6)</sup>

これに対して、土地に生立する樹木および未分離の果実については学説が分れている。樹木について、通説・判例は、本来その生立地盤たる土地の一部をなすものであつて、独立して所有権の客体とはなり得ないとする。<sup>(7)</sup>未分離の果実（以下原則として桑葉および稲立毛を含む）については、その物理的性状からすれば、土地の一部たる樹木のまたその一部と見ること

になる。<sup>(8)</sup> しかしながら立木法によつて登記された立木は土地から完全に独立した不動産とされ、その他の樹木および未分離の果実についても、その権利変動に際していわゆる明認方法によつて公示することにより、土地から独立するものとして取引することが認められている。

ところでこの土地に附着したままで土地とは別個に譲渡するに際し必要とされる「明認方法」については、判例上、それは登記と同様の対抗要件ないし公示方法と解されていながら、不動産たる土地・建物の登記とはかなり異つた取扱いがなされている。とりわけ注目すべきものは、土地・建物の物權變動における対抗力の存続について、登記の存続を要するかという問題に関して、登記が脱漏ないし滅失した場合について登記の存続を要しないもの<sup>(9)</sup>としながら、他方明認方法については、一旦明認方法を施しながら、第三者が権利を取得する時に消失していた場合には、立木取得をこの第三者に対抗し得ないと<sup>(10)</sup>している。また判例は、立木の場合には対抗要件として明認方法のみで足りるとするのに対し、未分離のみかん・桑葉・稲立毛については、明認方法のほか引渡をも要するもの<sup>(12)</sup>としている。さらには土地の分筆登記以前の一部譲渡に基づく、実質的權利變動と登記との不一致についての判例と、立木を留保して地盤のみを譲渡した場合の判例との齟齬<sup>(14)</sup>も一部の有力な学者によつて指摘されているところである。

本稿は右の諸問題を契機として、以下に立木および未分離の果実の独立性と「明認方法」の目的について、若干の考察を試みたい。

(1) ドイソ民法九三条はこのことを端的に「物の本質的構成部分<sup>(1)</sup>は独立の権利の客体となし得ない」と規定する。

(2) 川島武宜・所有權法の理論一七八頁。

(3) 最近、星野英一教授は、第三者に影響しない以上、當事者間なら、物の一部についての權利を認めて差支えないと主張されている。法学協會雜誌八四卷七号一一五頁。

(4) 舟橋諄一・物權法一一頁。末弘敏太郎・物權法〔上〕二七—八頁。我妻榮・物權法一一—二頁等。

- (5) 川島・民法Ⅰ一二九頁および民法総則一四五頁、末川博・物権法一〇頁。なお複合物の一物性については拙稿「借家の増改築と民法二四二条」法学研究三九卷一三〇頁以下参照。
- (6) 我妻・物権法一二頁、川島・民法Ⅰ二二八頁、末川・前掲一〇頁。もつともこの人為的区分によつて土地をどこまで細分化し得るかは、単に理論上だけでなく、実際上も問題となり得るかも知れない。例えば五平米に満たないような宅地にする区分が可能かという問題である。
- (7) 立木は本来土地とは別個の客体であるものとして、中尾英俊・林野法の研究一七八頁以下、および川島・法協七七卷五号六〇〇頁以下。なお星野・「日本民法典に与えたフランス民法の影響」民法論集第一卷所収一四七頁参照。
- (8) 舟橋・前掲一四頁、川島・民法Ⅰ一七五―一六頁。これに対し「独立の動産」とするもの、我妻・物権法一二三頁、柚木馨・判例物権法総論二六七頁、末川・前掲一六五頁、津曲威之丞・「明認方法に関する諸問題」法曹時報七卷三八八頁。また不動産か動産か決定する意味なしとするもの、林良平・「動産と不動産」新民法演習Ⅰ八八頁、於保不二雄・物権法(上)一五七頁。
- (9) 大審連大正一二年七月七日判決民集二卷九号四四八頁、大審昭和五年七月一日民二判決新聞三二六四号一六頁、大審昭和一〇年四月四日民一判決民集一四卷五号四三七頁、最高裁昭和三四年七月二四日二小判決民集二三卷八号一一九六頁。
- (10) 大審昭和六年七月二日民四判決民集一〇卷九号五九三頁、最高裁昭和三六年五月四日民一判決民集一五卷五号一二五三頁。
- (11) 大審大正五年三月一日民三判決民集二二輯七三九頁他多数。
- (12) 大審大正五年九月二〇日民三判決民集二二輯一四四〇頁他。
- (13) 大審昭和一三年七月七日民一判決民集一七卷一五号一三六〇頁。
- (14) 最高裁昭和三四年八月七日二小判決民集二三卷一〇号一二三三頁。

## 二 立木に関する昭和三四年最高裁判決と川島教授の批判

戦後においても立木に関するいくつかの注目すべき判決が表われているが、立木の独立性をめぐる重要な判決は、昭和三四年八月七日の最高裁判決である。事案は、被告Yが山林の立木を留保して、土地のみを訴外Aに譲渡し、Aの死亡によつて相続した息子のBは、Yが立木の所有権を留保していることを知らずに、原告Xに立木を含む土地所有権を譲渡し、Xが移転登記を済めた。ところがその後Yは、立木は自己の所有であるとして被告Zに売却したため、Xがこの土地の上の立木所有権の確認と損害賠償を求めた事件である。

原審は、Yの主張する、対抗問題は実体的に変動した二個の所有権の対抗問題であつて、原所有者からそもそも移転しない所有権について対抗の問題が起り得る筈がないという理由を認め、仮令XがAのなした登記を信頼して買ったのだとしても、登記には公信力がなく、実体関係において立木所有権がYからAに移転していない以上、Xはその立木の上になんらの権利も取得しないのであるから、対抗問題は起り得ないとした。これを不服とするXの上告にもとづき原判決を破棄差戻したのがこの判決である。判決要旨は次の通りである。

「立木は本来土地の一部として一個の土地所有権の内容をなすものであるが、土地の所有権を移転するに当り、特に当事者間の合意によつて立木の所有権を留保した場合は、立木は土地と独立して所有権の目的となるものであるが、留保もまた物権変動の一場合と解すべきであるから、この場合には立木につき立木法による登記をすかまたは該留保を公示するに足る明認方法を講じない以上、第三者は全然立木についての所有権留保の事実を知るに由ないものであるから、右登記または明認方法を施さない限り、立木所有権の留保をもつてその地盤である土地の権利を取得した第三者に対抗し得ないものと解するを相当とする」<sup>(1)</sup>

これまで地盤とその上の立木とが同一の所有者に属する場合に、立木のみが譲渡されたときの対抗要件については多くの判決が見られるのに対し、これは所有者が立木を留保して地盤のみを処分したときの対抗力に関する初めての判決である。

この判決はその結論に到るに二つの前提をとつている。その第一は、立木は本来土地の一部として一個の土地所有権の内容をなしているということ、第二は、それを基礎として、所有者が立木を留保して地盤のみを処分するときには、立木を地盤から分離して独立の所有権の客体とするという一種の物権変動が先行しているということである。

このような判旨の論理構成およびその結論について評価は完全に分れている。この判決を支持する学者は、右の論理構成と結論をそのまま正当なものとするの<sup>(2)</sup>に対して、川島教授は次のように批判される。<sup>(3)</sup>

前提の第一である立木は土地の一部という論理構成については、従来この点に触れた判旨は全て傍論であること。前提の第二については、この判決は昭和一三年七月七日の大審院判決に矛盾するのではないかとされる。すなわちこの昭和一三年判決は、一筆の土地の一部の譲渡に際し、土地一筆全部についての移転登記がなされ、その譲受人からの転得者が、登記

を信頼して取引した者であつても、残部については登記に公信力が無い以上無権利者に過ぎないから、その部分の譲受人は登記の欠缺を主張し得る第三者に該当しないとするものである。川島教授は「一箇の土地(すなわち一筆の土地)の一部について物権的処分をする場合には、一箇の土地を二箇の土地に分けるといふ物権変動が先行しているのであるから、これに対抗するには登記を要する、と解すべきことになるはずである。一箇の土地所有権を二箇の土地所有権に分けることと、立木所有権と地盤所有権とを分けることとの性質を異にするとは、立木が土地の一部だといふ前提を承認するかぎり、その理由を理解し得ない」と主張される。そしてさらに教授は、立木が土地の一部だといふ前提的論理構成がそもそも問題であり、民法の起草者は立木については別の考えを持つていたと指摘される。すなわち梅謙次郎博士は、民法二四二条の附合のカテゴリを、附合によつて「一物ヲ成ス」場合と「土地ニ建築シタル家屋、之ニ植栽シタル草木」のごとく「不動産ニ附着シタ物(を)慣習上…別物トシテ觀察スル」場合の二つがあり、後者の場合には第二四二条但書が適用され、権原を有する者は、草木について独立の所有権を有することとなると説明されることから、この解釈によれば、立木をその生立地盤とともに所有する者は、立木につき本来独立の所有権を有すると解すべきこととなるとされる。そして立木とその生立地盤とが同一の所有者に属する場合には、立木の所有権は地盤の所有権とは本来別の独立のものだといふ右の解釈を承認するならば、判決の言うような立木を土地から分離して独立の所有権の客体とする物権変動というものは存在する余地がないと主張されるのである。<sup>(5)</sup>

- (1) 前掲最高裁判決民集一三卷一〇号一二三頁。
- (2) 石本雅男・判例評論二四号一〇一一頁、石田喜久夫・民商四二卷二号五四頁以下。
- (3) 川島・前掲法協七七卷五号五六頁以下。
- (4) 前掲大審院判決民集一七卷一五号一三六頁。
- (5) この川島教授の見解に対して一部の有力学者により好意的評価がなされている。幾代通教授・民法の基礎知識六七頁は「かなり説得力をもつ」とき

立木および未分離の果実の独立性と「明認方法」の目的

れ、星野教授・書評「民法の基礎知識」民法論集第一巻所収三四〇頁は、結論は独立性承認説にひかれるとされる。

### 三 立木・未分離の果実が独立物とされる根拠

1 わが国の固有法ないし慣習 立木および未分離の果実が、本来土地とは別個独立の物と見るにせよ、本来は土地（ないし樹木）の構成部分であるが、一定の要件を充すことによつて独立性を獲得すると見るにせよ、その根拠はわが国の慣習法ないし取引上の慣習に基づくものとされており、この点については、判例・学説とも異論を見ない。しかしながらそれにもかかわらず、従来立木および未分離の果実の独立性に関する慣習そのものの実証的研究はほとんどないといつて良い。

【一】 明治以前に関してはわずかに中田薫博士の論文「徳川時代の物権法雑考」<sup>(1)</sup>の中で四頁にわたり「毛上」について論じられているに過ぎない。それによれば、わが日本の固有法では、ゲルマン法系の諸法と同様に、果実はこれを産出した労力の報酬であると考えられていたから、未だ母体より分離せざる以前において、すでに独立の物として単独に所有権の目的物となり得たとされる。<sup>(2)</sup>

その論拠として、まず養老田令競田条と同令在外諸司条を挙げられる。競田条によれば、二人のものが田の帰属を争いその一人が第一審で勝訴し、耕種の後上級審で破れ係争田が相手に帰属することになつた場合には、収穫権は耕種した第一審の勝訴者に属し、このものは上級審の勝訴者にその年の借地料を支払うべきものとしてゐる。また在外諸司条によれば、在外諸官がその職分田に耕種した後交代した場合には、苗子は前任者に帰属するとされたとし、これらの規定によると、わが律令法の下においても苗子は耕種の報酬としてその生産者に属することが原則であり、また果実は母体より分離する以前において、すでに独立の物として所有権の目的となり得たことが分るのであらうとされている。<sup>(3)</sup>

さらに中田博士は、中世でも同一であつたとされ、東寺百合文書の中の一文から田を賃入（差質）した後地主が植付けた

田地が質流れとなつたときにも地主がこれを收穫する権利を持つていたとされる<sup>(4)</sup>。そしてこの古来の原則が徳川時代においてもならば変化を蒙ることなく存続していたことは「仕付作毛の取上」および「毛上分け」という制度の存在からもつとよく知られるとされる。「仕付作毛の取上」とは、小作人が小作地に植付けた作毛は、彼の所有物であるから、小作証書には往々小作料滞納の場合に、地主が小作地面と共に仕付作毛を取上げ得る旨を特約しているもので、その資料として、寛政年間の小作証文一通と明治一二年一月二日の大審院判決を挙げられる。また「毛上分け」とは土地と天然生植物(毛上)とを別々の主体に分属せしむる場合を言うたされ、明治十一年の大審院判決一つと明治一六年の大審院判決二つを挙げられている。中田博士はこのように養老令から明治一六年の大審院判決までの、二つの条文、二つの古文書および四つの大審院判決を資料とされて、わが国では、ゲルマン法と同様に、「毛上」は地盤から分離される以前から独立の物として所有権の目的となり得たとされる。四つの大審院判決はいずれも明治に入つてからのものであるから、日本各地で異なる慣習の存在する可能性が推測されるにもかかわらず<sup>(5)</sup>、養老令の二つの条文と二つの古文書によつて一一〇年間にわたるわが国の毛上の独立性を断定されるのは粗率の嫌いがないと思われる。もつともこの点については資料の制約から止むを得ない面があることは否定し得ない。しかしながら中田博士の所説にはなお次のような疑問を提出せざるを得ない。

まず「種を播いたものが刈り取る」というゲルマン法と同じ原則が、養老令の中に存在するということから、それが唐の原則であつたとはいいい得ても、わが国の固有法としてどこまで実効性を持つていたのか。さらに競田条の内容に立入るならば、第一審の勝訴者が耕種した場合、上級審で敗訴しても、自ら植えた苗子の收穫權が認められていることが、直ちに毛上の地盤からの独立を意味するかは問題であつて、むしろわが民法一八九条に規定する善意占有者の果実收取權能と同類のものと見ることができないのではないか。前述のゲルマン法の原則も悪意の占有者には適用がなかつたことを注意しなければならぬ<sup>(6)</sup>。また中田博士は条文をこの部分までしか引用されていないが、原文によれば条文はさらにこの後に「いづれに帰属

するか判決がない間に敢えて耕種された苗子は勝訴者に帰属す」という文言が続いている。<sup>(7)</sup>このことから、一度裁判で自己の土地との判決を受けた者が耕種したもの以外は、その田と一体となつて田の所有者に帰属するのが原則であつたとさえ言ひ得るのではなからうか。在外諸司条の職分田の規定も、職分田が公務のために支給されるものである以上、その果実取権を直ちに毛上の地盤からの独立性に結合するのもし性急に過ぎるのではなからうか。中世の差質についても今日の抵当権に類似する非占有質である以上質流れまで収獲権を地主が有するのは当然といえよう。<sup>(8)</sup>

次に徳川時代に存在したとされる「仕付作毛の取上」についても、中田博士は「作毛」は地主ではなく小作人の所有に属したとされる。しかしこれは小作人が土地を耕作する権利にもとづいて植栽したものであつて、今日でいえば現行民法二四二条但書の適用を受ける場合である。この点については次節でやや詳細に検討することとするが、ここでは右の場合は「作毛」の固有の独立性とは別個の問題であることだけを指摘しておきたい。

さらに所論中に援用されている「毛上分け」の例としての大審院判決についても、毛上が当然に独立性を有すると主張される根拠となり得るかは疑問である。

明治一一年第一八一号判決として引用されているのは、同年十月三十一日申渡の「共有地争論一件」と表記されているのである。<sup>(9)</sup>これは石川県下越中国礪波郡蓑谷村と同郡北野村との蓑谷村内にある蓑谷山の一部約八九万歩について北野村が共有を主張した事件である。明治一六年六月二九八号判決として引用されているのは同月二一日申渡の「山地地券証申請妨碍一件」と表記されているものである。<sup>(10)</sup>これは広島県安芸国高官郡中深川村と同郡下深川村との間の争いで、中深川村内の大倉谷山の一部について下深川村が共有を主張したものである。この二つは極めて類似した事件であつて、前者については大審院により北野村の草刈の入会権を認定され、共有は否定された。後者については、一旦広島控訴裁判所は両村の共有を認めたと、大審院は下深川村は毛上伐刈の権利を有するに過ぎないとして、共有を否定した。いずれも他村持地入会と見る

べきものであつて、毛上と地盤とが別個の権利主体に属するかのような陳述があるとしても、毛上の独立性を一般的に肯定すべき資料とはなり得ないと思われる。むしろ毛上の伐削の権利を認められていた者が、双方ともその地盤の共有を主張していることは、逆に毛上は地盤と一体とされていたことを推定し得る根拠となるのではなからうか。他の一件である明治一六年七月六日申渡の「地券証書換請求一件」<sup>(1)</sup>は、寺と寄附者との争いであつて、上告人横尾等が証書の中に「林ノ儀ハ出金人持ノコト」と明記されているから、地盤は寺との共有地であると主張した事件である。大審院は林とは毛上であつて地盤とは異なるとしつつも、結局山林および地盤共寺の所有であることを認めているのである。判旨中には林と地盤とが別個の客体となり得るとする表現は見られるが、この事件の結論としてはそれを否定しているのである。他方において上告人が地盤の共有を立証する証拠として、林の権利の存在を主張していることは前二者と同様に注目すべきことである。このように徳川時代にあつたとされる「毛上分け」の根拠として示された三つの明治前期大審院判決は、毛上と地盤の独立性を証明し得るものではなく、反対に毛上と地盤の一体性を推認せしめるとさえ言ひ得るものである。

右に述べたところから、わが国の固有法が当然に毛上と地盤とは別個の客体として来たとの主張には、その立証のために提示された資料によつて見る限り、根拠が存在しないことが明らかとなつたと言えよう。

【二】次にわが国の慣習上立木は地盤とは別個独立のものであつたという主張が、民法制定過程の資料にもとづいてなされてゐる。

それは民法整理会で明治二七年一二月一八日午後草案第八九条「土地ノ定著作物ハ別段ノ定アル場合ヲ除ク外其土地ノ一部ヲ成スモノトス」をめぐつて展開された議論を手掛りとする。

この草案の規定には金子堅太郎委員より「譬へバ山林ノ立木デアリマスガ之ニ対スル権利義務夫レカラ各地方ニ於テハ植付山・部分山ト云フコトガアリマスガ夫レラハ此民法ガ出レバ土地ノ一部ト見ル訳ニ為ルデアリマスカ」という質問があ

り、この規定の起草者富井政章博士は「左様デアリマス唯ダ土地ヲ売ルト言ヘバ木ガ幾ラアラウガ其木モ矢張り土地ト一緒ニ見ル何ニモ言ハナケレバ、ケレドモ一緒ニ売ラヌ積リナラバ明ニ其事ヲ言フト云フ考ヘデアリマス」と答えている。これに反対して金子委員は「本邦ニ於テハ官林ノ土地山林ノ土地ト其処ノ立木トハ皆別ニ見テ居リマス立木即チ生立シテ居ル木ハ其土地ト看做サヌト云フノガ日本ノ習慣デアリマス……日本デハ土地ハ土地、立ツテ居ル木ハ木、土地ノ所有權ト立木ノ所有權トハ別ニ見テ居ツテ夫レヲ別ニスルノハ夫レガ動産カ不動産カト云フコトニ至ツテハ日本ノ未ダ法律思想ノ発達セヌモノデアリマスカラ区別ハシテアリマセヌガ事実立木ノ所有權ト土地ノ所有權トハ違ツテ居ル」と主張している。長谷川喬委員は金子委員を支持し「土地ヲ抵当ニ入レタカラト言ツテ其上ニ在ル建物マデモ含ムト云フコトハ日本ノ慣習ニ背ク」と建物と土地の独立性を指摘し、続けて金子委員の言う通り「私モ矢張り山林ニ付テモ土地ト樹木トハ別ノモノト思ヒマス」と述べている。さらに横田国臣委員はこの規定に反対し、慣習に従つて「土地ト建物トヲ別ニスルト云フ方ヲ原則ニシテ置クガ宜シト思ヒマス」と主張している。休憩の後長谷川委員よりこの条文の削除が提案され、採決の結果は賛否同数となり、箕作議長が削除に賛成することにより削除に確定したのである。一部の学者は、これを引用しつつ、法典調査会の委員が立木は土地と別個の物であるという認識の上に立つていたことは明らかであり、この条文が削除されたことは、立木が土地とは別個の物とすることが原則となつたことを物語るものであると主張している。<sup>(16)</sup>

この規定が削除されたことから、立法者の意思をどう理解すべきかということとは、勿論一つの問題となり得るところであるが、少くともこの時の討議から「調査会の委員が立木は土地と別個の物であるという認識の上に立つていたことは明らかである」と言い得るかは極めて疑わしい。この規定が削除されたのは、多くの委員が「実質的には賛否同数であつたけれども——土地と建物とは別の客体と理解していたことによるものであつて、立木と土地が別個の客体であることを主張したの<sup>(17)</sup>は、金子委員と長谷川委員のみである。そして長谷川委員の発言の中心も土地と建物の相互独立性を主張することにあつた

ことは記録から明らかである。

さらに重要なことは、金子委員の立木と土地は別個の客体とされるという主張も、「所有者が別々デアルト云フコトハ幾ツモアリマス……部分林トカ植付山トカ云フ場合ニ起ルノデアリマス」という発言から知られる通り、民間人が国有山地に植林した場合の問題であつて、植栽者は植林の範囲で地盤の利用権を有しているのである。<sup>(18)</sup>従つて金子委員の主張しているのは、中田博士が徳川時代に存在したと指摘される「仕付作毛」と法律的に類似する、権原にもとづく立木の植栽の問題であつて、民法二四二条但書適用の場合と同一の法律関係といわなければならない。

## 2 民法二四二条但書による立木等の独立性

民法二四二条は、不動産の所有者はその不動産の従としてこれに附合した物の所有権を取得するものとし、「但権原ニ因リテ其物ヲ附属セシメタル他人ノ権利ヲ妨ケス」としている。

この「権利ヲ妨ケス」の意味を、通説・判例は、権原を有する者が附合せしめた場合には、その附合せしめた動産上の所有権を留保していると解釈している。<sup>(20)</sup>すなわちその限りでその不動産の構成部分に、独立の権利の客体たる資格を認めることになるのである。このようにその附合せしめられた動産が、独立の権利の客体と認められることから、二四二条本文と但書との関連について従来の学説には著しい混乱が見られる。例えば不動産の附合とは、動産が不動産と結合して取引觀念上不動産中に吸収せられたとみられることをいうとして、この不動産と一体となる態様を二つに分ける。一つは「同体的構成部分」となる場合であり、他の一つは「非同体的構成部分」となる場合である。そしてこの非同体的構成部分とは、不動産の一部となりながらなおかつ独立性を保ち、従つて同時に特別な権利の客体となり得るが如きものであるとする。<sup>(21)</sup>多くの学説はこれとほとんど同様の分類を試み、前者を「強い附合」<sup>(22)</sup>あるいは「第一種の附合」<sup>(24)</sup>と名付け、後者を「弱い附合」あるいは「第二種の附合」と名付ける。そしていずれも二四二条によつて附合するとしながら、「同体的構成部分」となつてし

まつた場合には、権原によつても但書の適用はないとし、「非同体的構成部分」として結合している場合にのみ、権原によるときは、所有権が留保されると主張する。<sup>(26)</sup> この「非同体的構成部分」の代表的なものとしては、樹木および農作物を挙げることになる。

しかしながらこの非同体的構成部分とは、その定義によれば、不動産の一部となりながら独立性を保ち、従つて同時に特別な権利の客体となり得るものとするのである。もしこのような理解に従うならば、それは一物一権主義に反することになるのではなからうかという疑問はしばらくおくとしても、もしその附合した動産がなお独立性を保持しているのであれば、二四二条によつて、不動産所有権に一体化する必要はないといわなければならぬし、また権原の有無にかかわらずその動産の所有権は留保されていて差支えない筈ではなからうか。<sup>(26)</sup> また所論によれば、附合した動産が独立性を有する場合にのみ所有権が留保されるというのであるから、二四二条但書は全く無意味な規定となつてしまふであらう。

このような解釈は従つて次の場合に全く破綻することになる。それは土地に播種されて生育した農作物の場合である。学説は、土地に播かれた種子は土地のいわゆる同体的構成部分となつていて、独立の権利の客体と解するのは困難なので、農地の小作人が播いた種子は、最初は土地に附合し所有権を失うが、潜在的には小作人に帰属し、後にこれが成熟して独立性を認め得るようになったとき、この但書の適用を受けて、小作人の所有権の客体となると説明する。<sup>(27)</sup> もしこのように解するとすれば、一旦種子の所有権を失うのはまさに附合の効果であるが、その後その生育物の所有権を取得する法的原因はどのようなものなのか。さらにすでに小稿で指摘したところであるが、<sup>(28)</sup> このような解釈は、小作の当事者の意識とも全く相い容れないものであらう。

従来の学説がこのような諸矛盾に逢着するのは、不動産の「構成部分」になつたときには但書の適用はないとすることにとづいてゐる。

附合の制度目的は、附合物の所有権の一体化を計り、関係者の分離請求権を否定することによつて、全体社会の経済的利益を保全することにある。しかしながら他方において、法は、地上権・永小作権および農地の賃借権という、本来他人の不動産に不動産を附合せしめることによつてのみ、権利内容を実現し得る権利を規定しており、それらの権利は、附合制度目的に劣らない、重要な社会的存在理由を有している。従つて法はこれらの権利が充分にその社会的機能をはたし得る制度的保証を与える必要があり、そのために不動産と附合している場合であつても、その附着せしめられた不動産上に、例外的に所有権の留保を認めていると解すべきである。それ故に二四二条但書は、右の目的のために、まさに不動産の構成部分であるにもかかわらず、それに権原者の権利の客体たる適性を認め、その限りにおいてその不動産は地盤たる不動産からの独立性を有するといえるのである。先の例でいえば、小作人が農地に種子を播いたときはまさに土地の構成部分になつているのであるが、民法二四二条但書はそれにもかかわらず、それを小作人の所有権の客体と認めているのである。<sup>29)</sup>

右に述べたところから明らかのように、土地の使用権原にもとづいて植栽された立木が、土地所有権の客体に包括されないのはむしろ当然のことである。この点では「地上物は土地に従う」という法理を採用していたローマ法・ドイツ普通法上もほとんど変りがなかつたことは *Superficies* (地上権) 等との関連ですでに他の機会に指摘したところである。<sup>30)</sup>

このようにして、権原にもとづいて植栽された立木が独立性を有することを指摘することによつては、一般に立木が、地盤からの独立性を有し、常に土地とは別個の権利の客体であることの論証にはなり得ないのである。

3 判例の立場 判例は「我邦一般取引上ノ觀念ニ於テモ亦樹木ヲ土地ト分離シ獨立シテ讓渡ノ目的ト為シ得ルコトヲ認容シ来ルモノ」であることを認める。<sup>31)</sup>

周知のごとく明治四二年に制定された「立木ニ関スル法律」は「一筆ノ土地又ハ一筆ノ土地ノ一部分ニ植栽ニ依リ生立セ

シメタル樹木ノ集団」について、所有者が同法による所有権保存の登記をすれば、その樹木の集団は地盤から離れた独立の不動産となるものとした。<sup>(32)</sup>しかし実際には立木法の適用を受けようとするものは少なく、立木法の適用のない立木のみを取引がかなり広く行われていたものようである。

このような取引について、大審院判例は「立木ニ関スル法律ニ依リ所有権ノ保存登記ヲ為サル樹木ハ独立ノ不動産ナリト謂フヲ得サルヲ以テ土地ノ所有権又ハ地上権ノ処分ハ其権利者ノ同一ナル場合ニ於テ原則トシテ当然地上ノ樹木ノ処分ヲ包含スベシト雖モ亦樹木ノミヲ土地ト分離シテ譲渡ノ目的ト為スコトヲ得」るものとした。しかしこの譲渡については「第三者ニ対スル関係ニ於テ立木トシテ其地上ニ生立セシムル目的ヲ以テ譲渡シタル場合ニハ（中略）譲渡人ハ少クトモ他人ヲシテ其所有権ノ移転ヲ明認セシムルニ足ルヘキ行為ヲ要スルモノトス」<sup>(33)</sup>とし、戦後の最高裁判決も「立木は本来土地の一部として一個の土地所有権の内容を為すものである」こと、立木を地盤から独立のものとして譲渡する場合には、「明認方法を施さない限り立木の所有権を第三者に対抗し得ない」<sup>(34)</sup>ものとしている。

また未分離の果実については、大審院大正五年の判決は、樹木に定着したままになされたみかんの売買につき「果実ハ土地又ハ草木ニ定着シテ之ト一体ヲ成スモ土地ノ構成部分タル地盤又ハ草木ノ主要部分タル材幹以外ニ存在スル一種ノ有体物ニシテ之ト異ナリタル」性格を持ち、「契約当事者カ産出セラレタル果実ノ所有権ヲ土地又ハ草木ニ定着セル僱買主ニ移転シ之ヲ其完全ナル自由処分ニ委スルノ意思ヲ有スルトキハ其意思表示ハ法律上其効力ヲ生シ買主ヲシテ其果実上ニ所有権ヲ取得セシムルコト」が可能であり、対抗要件として「地盤又ハ草木ノ引渡」あるいは「売主ノ承諾ヲ得テ何時ニテモ其果実ヲ収去シ得ヘキ事実上ノ状態ヲ作為スル」と同時に「其状態カ外部ヨリ明認セラレ得ヘキ手段方法」を講ずべきものとして<sup>(35)</sup>いる。その後の判例では未分離の果実の性格について、「純然タル動産ニ非スト雖モ……一種ノ動産トシテ取扱ヘルコトヲ妨ケス」と明言し、対抗要件として重ねて「引渡」では足りず「他人ニ明認セシムベキ方法」を講ずべきことを要求して

このように未分離の果実についても、判例は当時の取引の慣習をもとにして、地盤および材幹に定着したままで、独立の所有権の客体となり得ることを認め、その性質は動産に準ずるものとし、對抗要件として「引渡」と合せて「明認方法」を要求して来たのである。

- (1) 中田薫・法制史論集第二卷所収八三三頁以下。
- (2) 中田・前掲八三二頁。
- (3) 中田・前掲八三二―三頁。
- (4) 中田・前掲八三三頁および同・「日本中世の不動産質」法制史論集第二卷所収三四六頁。
- (5) わが国では土地と建物とは別個に所有権の客体とされて来たといわれているが、少なくとも大阪市内と越後国では、土地と建物は一体とされている。民事慣例類集（慶應義塾大学法学研究会編）二〇二頁および二六五頁。
- (6) Otto Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. II, SS. 586―7. 原田慶吉・日本民法の史的素描九八頁によれば、善意占有者の果実收取権はローマ法系にもゲルマン法系にも存在したが、民法一八九条は、規定の形からドイツ古法と一致するとされる。
- (7) 鏡田条の原文は次の通りである。「凡鏡田、判得已耕種者。後雖改判。苗入種人。耕而宋種者。酬其功力。未經断決。強耕種者。苗從地判。条文は新訂増補国史大系二十二巻律・令義解一二三頁による。
- (8) 中田・前掲二論文の記述が矛盾するので疑問を留保しておきたい。「物権法雑考」前掲書八三三頁によれば、田地か質流れとなつた場合にも、地主がこれを収獲する権利を持つて居るとあり、「中世の不動産質」前掲書三四八頁によれば、質入人は質流の時期迄は質物を占有し、之を収獲するの権利を有するものなること明白なり、とある。傍点新田。
- (9) 明治前期大審院民事判決録〔3〕三三三頁以下。
- (10) 明治前期大審院民事判決録〔9〕一六九―一七〇頁。
- (11) 明治前期大審院民事判決録〔9〕二〇四頁。
- (12) 民法整理會議事速記録一卷六九枚目。
- (13) 前掲速記録六九―七〇枚目。
- (14) 前掲速記録七六枚目。
- (15) 前掲速記録七七八枚目。

立木および未分離の果実の独立性と「明認方法」の目的

立木および未分離の果実の独立性と「明認方法」の目的

四二 (一六六〇)

- (16) 中尾・私法二七号七八頁、同・前掲研究・二七八頁以下。参照星野・民法概論Ⅰ一六二頁註(一)。
- (17) 現行民法三七〇条の審査に当つて、この条文の起草者梅博士の土地と建物とが一体であることを前提とする説明に対し、横田委員よりわが国では土地と建物とは別に抵当とされるという発言があつて、原案になかつた「建物ヲ除クノ他」という文言が附加されたのである。法典調査会民法議事速記録一六卷一〇枚目。なお拙稿「借家の増改築と民法二四二条」法学研究三九卷一号三九一四〇頁註一五参照。
- (18) 前掲整理会速記録七四枚目。
- (19) 部分林とは国有林に国以外のものが造林し、その収益を両者で分けるよう定めた林地のことである。詳細は、中尾・前掲研究三六〇頁以下参照。
- (20) 大審昭和二年六月一日刑六判決刑集六卷九号三〇四頁。末川・前掲三〇三頁、我妻・前掲物権法二〇五頁、柚木・前掲四六一頁、舟橋・前掲三三八頁。
- (21) 柚木・前掲四五六頁。
- (22) 柚木・前掲四五七頁。
- (23) 鈴木緑弥・物権法講義一五頁。幾代通・民法総則一六五頁。
- (24) 我妻ほか・物権法(判例コンメンタルⅡ)二七八頁。
- (25) 柚木・前掲四六〇頁。同旨我妻ほか・前掲二七八頁、舟橋・前掲三六七一九頁、我妻・前掲物権法二〇五一六頁、鈴木・前掲一五頁。
- (26) もしそうであるとすれば、論者は民法二四二条但書によつて、附合しながら権原によつて、権利が留保されるものとしては、どのようなものかを考えるのであるか。もつとも但書が所有権の留保を認めるのではなく、分離請求権を認めるだけであると解するのであれば、この見解も若干の意味を持ち得るであらう。
- (27) 舟橋・前掲三六八頁、柚木・前掲四六一一頁。同旨我妻・前掲物権法二〇五一六頁。
- (28) 拙稿前掲法学研究三九卷一号四九頁。同旨五十嵐清・注釈民法(7)二八七八頁。
- (29) 拙稿前掲法学研究三九卷一号五〇頁参照。同旨石田喜久夫・「無権原者の植栽と附合」ジュリスト三〇〇号一三七頁、五十嵐・前掲二八八頁。
- (30) 拙稿「ドイツにおける不動産附合法の生成」法学研究四一卷二二頁および二七頁以下。
- (31) 前掲大審院大正五年判決民録二二輯七四六一七頁。
- (32) 昭和六年に至つて天然林にも適用されるように改正された。
- (33) 前掲大審院大正五年判決民録二二輯七四七頁。
- (34) 前掲最高裁昭和三四年判決民集二三卷一〇号一三三三頁。最高裁昭和二八年九月一八日二小判決民集七卷九号九五四頁、同昭和三三年七月二九日三小判決民集一二卷一二号一八七九頁、同昭和三六年五月四日一小判決民集一五卷五号二二五三頁。なお同昭和四四年一月一日三小判決民集二三卷一二二号三三七四頁以下においても、この原則を判旨中で確認した上で、自作農創設特別措置法により国が未墾地を買取するという特殊な事例において、明認

方法の施されていなかった樹木が独立の取引価値あるにもかかわらず買取対価に含まれていないときには、買取処分効力はこの樹木に及ばないとして、いる。事案の特殊性は認めるにしても、その論理には疑問が多い。

なお中尾教授は以前から立木は土地から独立した別個の不動産であることを主張され判例の中にもそのように判示したものがあつたことを指摘される、前掲研究二八三頁以下。教授の分析されるように判例は立木の独立性の問題に限つてみても必ずしも終始一貫しては言い難い。立木をめぐる法理が社会の状況に対応しながら判例の努力によつて形成されて来たものであることにもとづくと思われる。従つてわれわれにとつて重要なのはその法理の原則とされているものは何かを客観的に把握し、それを民法学の体系と調和させることではなからうか。

(35) 前掲大審院大正五年判決民録二二輯一四四〇頁以下。それ以前にも「我國法令中其独立処分ヲ禁止シタルモノナシ」とする下級審判決がある。明治四四年大阪地判新聞七七九号二二頁。

(36) 大審大正九年五月五日民三判決民録二六輯六二二頁。

#### 四 独立性の附与とその形式(客観)的要件

前章で見たと同くからも知られるように、立木および未分離の果実は、その物理的性状そのままに地盤たる土地あるいはその上に成育する樹幹の構成部分であつて、本来土地とは別個独立の物であるとする根拠は存在しない。

それにもかかわらずわが民法は次の二つの場合には、それらの物の独立性を承認している。一つは民法二四二条但書によるものであつて、権原によつて植栽されている植物である。他の一つは立木法にもとづいて登記された樹木の集団である(立木法一条および二条)。前者はいわば法定的独立物であり、後者は物の部分を独立物とする意思と登記という形式を備えることによつて、独立性を附与されたものと言ひ得る。

一物かいはかは、通説に従えば、社会通念によつて決定されるものといわれ、通常は物理的性状によると説かれることは先に述べたところである。そして一物一権主義に従えば、一つの物の部分には独立の所有権は成立し得ないものとされている。

わが民法上その例外と見られるものが、右に述べたものの他三つある。第一は一棟の建物が数箇に区分され、それぞれが構造上および機能上独立している場合であり（建物の区分所有等に関する法律一条）、第二は、土地の一物性は登記簿上一筆とされているか否かによるとされているにもかかわらず、分筆以前の一部譲渡が有効とされる場合であり、第三は、民法二四二条但書又は立木法の適用を受けない、立木および未分離の果実の譲渡と、地盤たる土地の譲渡の際の立木の留保が有効とされる場合である。第一は建物の区分所有等に関する法律によつてその所有権の客體性が承認されているものであり、第二第三はいわば判例によつて承認されて来たものである。第一の問題の考察は他の機会に譲ることにして、ここでは第二第三の問題についてその独立性を考察して見たい。

1 一筆の土地の一部譲渡 土地の独立性の判断基準が登記簿上一筆とされているかどうかによるということについては

学説上異論のないところである。従つて山・川その他の地形により、または現実の利用状況によつて土地が区分されていても、登記簿上一筆とされていれば一個の土地として取扱われるのが原則である。それ故に分筆以前に一筆の土地の一部の所有権を移転することは、物の一部に独立の所有権の成立を認めることになつてこの原則に反する。そこでこのような権利移転の有効性をめぐつて判例学説上争われて来た。

判例は、はじめ公の關係において分筆手續をしない間は、土地の一部は独立の物ではないとし、一筆の土地の一部譲渡を無効とした<sup>(1)</sup>。ところが大審院大正一三年一〇月七日の連合部判決は従来の判決を更めて当事者間においては有効とした。その理由は、

「土地ハ自然ノ状態ニ於テハ一体ヲ成セルモノナリト雖之ヲ区分シテ分割スルコトヲ得サルモノニ非ス即チ土地ハ所有者ノ行為ニ因リ互ニ独立セル数箇ノ土地ニ区分シ分割セラレ得ルモノニシテ如何ナル範圍ノ土地カ各箇ニ分割セラレタルヤハ所有者ノ為シタル区分ノ

方法ニ依リテ定マルモノトス從テ所有者ハ一筆トナレル自己ノ所有地内ニ一線ヲ画シ或ハ標識ヲ設クル等ニ依リテ任意ニ之ヲ數箇ニ分割シ其ノ各箇ヲ讓渡ノ目的ト為スコトヲ得ヘキモノニシテ其ノ之ヲ數箇トナスニ付テハ特ニ土地台帳ニ於ケル登録其ノ他ノ方法ニ依リ公認セラルルノ必要ナキモノトス<sup>(2)</sup>としてゐる。

この判決に対しては分筆登記のなされていない土地の一部の権利取得を認めても第三者に対抗し得ないのであるから、對抗要件を具備し得ないような物權變動を認めることは、登記という公示方法によつて物權取引の安全を図るといふ近代法の理想から遠ざかるものであつて、不動産物權關係がいよいよ紛糾するおそれがあるといふ有力な批判がなされた<sup>(3)</sup>。

しかしながらこの批判は、物權取引における公示性の徹底といふ近代法の理想に向けられた情熱に支えられてゐるとはいへ、所有者の自己の物についての処分權限と取得者の權利取得の適法性の問題を、それを前提としてその取得した權利の主張を對抗關係に立つ第三に対して認むべきかといふ問題を混同してゐるものと考えられる。ここではあくまでも一筆の土地の一部を、獨立の所有權の客体と認め得るかどうかといふ問題である。その意味においては土地の一物性の基準を、どこまで登記簿による公示から切斷し得るかといふ問題として捉へることができよう。とすれば登記に對抗要件としての効力しか認めないわが民法の下においては、あくまでも實質的權利關係が決定的な問題であるといわなければならぬ。それ故にその土地が實質的に社会通念上の獨立性を有している以上、それを獨立した物權の客体と認めて差支えないと言えよう<sup>(4)</sup>。こゝでいう社会通念上の獨立性とは、支配權たる物權の及ぶ客體の範圍ないし限界が、客觀的に明白でなければならぬといふ要求なのである<sup>(5)</sup>。學者によつてしばしば客體の一物性が、經濟的取引上の一物性に安易に置き換えられる傾向が見られるけれども<sup>(6)</sup>、これはむしろ第二次的基準なのであつて、第一次的には、一面ではその客體から直接に利益を享受し得る客觀的範圍の明確性の要請であり——国家社会はその範圍での權利行使を正当と認める——、他面においてはその權利に対する他人による權利侵害の成否を確定するための客觀的範圍の明確性の要請なのである。従つてこの二つの面での不明瞭性を残す限

り、それを独立の物権の客体と認めることはできないといわなければならない。近時は所有権を観念的なものとして取引法の観点のみから考察される傾向が強いように思われるが、登記簿によつて公示可能な目的物についても、もし登記簿の基準のみによつて一物性を決定しようとするならば所有権の内容である使用収益という直接支配性の面がまつたく見落される結果にならう。

## 2 独立性附与の公示たる「明認方法」と権利変動の對抗要件たる「明認方法」

右に述べたように、所有権の客体としての独立性の要求を、直接支配を可能とする認識可能な客観的範囲の問題として捉えるならば、立木および未分離の果実が、その地盤たる土地の構成部分と見られることは当然のことといわなければならない。なぜならば土地のように平面的にのみ限界づければ足るというものではないし、その上これらの部分はまさにその存立そのものが物理的にのみでなく生物としての生存においても地盤たる土地によつて支えられているからである。

それにもかかわらず判例も承認するように、わが国では取引の慣習が、民法二四二条但書および立木法の適用のあるもの以外にも、立木および未分離の果実を独立の取引の客体とすることを許容して来た。しかしながら、それは決してその上に成立する所有権の直接支配の及ぶ範囲を、不明瞭なままで承認して来たのではなく、慣習上まさに目的物にふさわしい認識手段がとられて来たし、判例もそれが備えられる場合にのみその独立性を認めて来たといえよう。この地盤たる土地からの独立性とそれぞれの支配の範囲を客観的に明瞭に示す手段——いわば土地における境界の標識に相当するもの——がいわゆる「明認方法」なのである。すなわち土地の構成部分たる立木又は未分離の果実は、その地盤の所有者（あるいは利用権原者）によるこれらの物に独立性を附与する意思表示と、そのことを客観的に認識せしめる形式である明認方法——立木法の適用ある立木の保存登記に相当——を施すことによつて、初めて所有権の客体たり得る独立性を取得するものといわなければならない。

らない。<sup>(8)</sup>

従来立木又は未分離の果実を地盤たる土地とは別個の権利移転を認めて来た範囲で、判例は、その時々々の学者から種々の批難を受けながらも、多くの場合民法の基本原理から大きはずれることなくかつ結果の妥当性も得ていたと思われる。判例が立木又は未分離の果実を譲渡するに当つて、ほとんど常に第三者に対する対抗要件として「明認方法」を要求して来たのも、その紛争の具体的解決のためには、権利移転の対抗という問題で処理すれば足りたことによるのであつて、「明認方法」の有する法的目的の第一次的なものは、右に述べて来たように、本来土地の構成部分であるものを、慣習にもとづき意思表示によつて独立性を附与したことの公示方法と見るべきである。そしてそれによつて初めてそれぞれの上に成立する所有権(ないし物権)の客体的範囲が明確化されたものと言ひ得る。判例はこの点について特に論じてはいないけれども、右の理解に従えば学者によつて疑問とされていた重要な判例の法理的説明が容易になるといえる。

### 3 若干の判例の分析 ところで二三の重要な判例を右の観点から考察して見よう。

【一】判例は、明認方法は、立木等の譲渡の時に存在するだけではなく、第三者が利害關係を取得する当時にも存在することを要求している。そして判例はその理由を、登記に代るものとして第三者が容易に所有権を認識することができる手段であるからとする。<sup>(9)</sup>

ところで判例は他方において、同じく物権変動の公示方法として捉える不動産物権変動の登記については、一旦正当になされた登記が、登記官吏の転写の際脱漏した場合について、一度は対抗力は消滅するとしながら、大正一二年の連合部判決以来一旦発生した対抗力は、登記が消失したときでも存続するものとし、<sup>(11)</sup>最高裁においても、登記簿が滅失した場合について同様の見解を踏襲している。<sup>(12)</sup>この不動産登記についての判例の見解は、不動産物権の公示と対抗力の一体性を根拠とする

多くの学者の批判にさらされ、「明認方法」の場合との矛盾も指摘されている。

しかし私見によればこの二つの場合について判例の結論は正当と考える。まず登記されて後に脱漏ないし滅失した場合について考えて見よう。民法一七七条は物権変動の對抗要件として登記を要求している。そして判例を批判する多くの民法学者は、物権変動は公示されるべきことを前提として、對抗要件というものを把握して来ているように思われる<sup>(14)</sup>。しかしながら物権変動について意思主義をとるわが民法の下においては、對抗要件とは、同一物をめぐる複数の有効な物権変動における権利の優劣を決定する客観的基準を意味するものである<sup>(15)</sup>。民法一七七条の對抗要件たる登記はまさにそのようなものである。勿論このような法律上重要な基準は、一般第三者にも認識可能な方法によるべきであり、登記はその面をも確かに充足しているといえよう。しかし對抗要件たる登記の第一次的目的および機能が右の点にある以上、一旦有効になされた登記は、他の手段でそれが証明される限り、それによつて獲得された對抗關係に立つ他の物権に優位する効力を失う理由はないといわなければならない。

これに対し「明認方法」の場合には、先に述べたようにその第一次的目的は、意思表示によつて附与された独立性の公示方法であるから、たといそれが一旦なされたとしてもその後消滅したときには、それによつてその立木等の独立性は喪失することになり、同時に所有権の客体たる適性をも失い、本来の土地の構成部分に復帰することになるのである。従来の学説は、判例が「明認方法」を物権変動の對抗要件として来たのに眩惑されて、その第一次的目的を見落しているものといわなければならない。「明認方法」の喪失は、いわば客体の喪失に比すべきものであつて、對抗要件以前の問題といふことができよう<sup>(16)</sup>。

【二】次に判例は、立木の権利変動の對抗要件は「明認方法」によるべきものとし、未分離の果実については、對抗要件として「明認方法」の他に、原則としてその物の「引渡」を要求している<sup>(17)</sup>。

通説はこの点に関して未分離の果実の場合にも「明認方法」のみで対抗し得ると解すべきであるとしている。<sup>(18)</sup> 確かに「明認方法」を対抗要件の面のみで理解するならば、通説の主張も理由のないことではない。しかしながら判例は先に述べたように、立木については本来土地と一体であるべき不動産と解しているのに対し、未分離の果実はむしろ動産に準ずるものと理解している。<sup>(19)</sup> そうであれば立木について「明認方法」のみを対抗要件とすることから、未分離の果実についても同様でなければならぬのは問題であろう。

私見のように「明認方法」の第一次的目的は、構成部分たる立木・未分離の果実に独立性を附与する形式的要件と解する立場に立つならば、未分離の果実に「明認方法」を施すことは、独立性附与の公示と見ることができ、それに対抗要件たる機能を認めるか否かは別個の問題であるといえよう。未分離の果実の性格を動産と見るべきか不動産と見るべきかについてはなお態度を留保したいと思うが、未分離の果実の成熟期間の短かさ、分離・移転の容易さを考えれば、有力学説の批判にもかわらず、動産に準ずるとする判例の理解は必ずしも不当とはいえないであろう。判例がこのように未分離の果実を動産に準ずる物と見る限り、その独立性附与の要素たる「明認方法」と合せて、動産物権変動の対抗要件として占有の移転―引渡―を要求するのは、特に立木の取扱いと矛盾するものではないといえよう。<sup>(20)</sup>

【三】 第三番目は、先に挙げた昭和三四年最高裁判決の場合、すなわち立木を留保して地盤たる土地のみの分離譲渡の可否および要件の問題である。

この判決の要旨およびそれに対する川島教授の批判については、第二章で紹介してあるので、ここでは川島教授の批判の可否を検討することとしたい。川島批判の第一点立木は土地の一部と述べる過去の判決は、全て傍論として述べられたものである点については、確かに厳密にいえば教授の指摘される通りであるといえよう。しかし教授の一物性はある物とその外形（物理的状态）において一個の物として承認されるか否かによつて決るとされる一般的基準からしても、また本稿

でこれまで述べて来たところからも、立木は本来は土地の構成部分であることはおそらく否定し得ないのではなからうか。もし右の理解が正しいとすれば、判例がいわば判例法として、立木を当然に独立の物とすれば、それは一つの前提となり得るとしても、教授が立木は土地の一部であるというのは判例の傍論として述べられたに過ぎないとされるだけでは、当然に立木が土地とは別個独立の物になるわけではない。

川島批判の第二点は、土地の一部分割譲渡に際して一筆全部の登記がなされ、それを信じて買受けた者に対して、他の部分の譲受人が登記なしにその残部の土地所有権を主張することができるとする昭和一三年判決と矛盾するとされる点である。しかしこの論理は、立木が本来当然にその地盤たる土地とは、別個独立の物であるとされない限り成立しないといわなければならない。なぜならば土地は分筆登記以前でも事実上標識を設置する等の方法で分割されていけば、それで所有権の客体たり得る独立性を取得するのである。従つてその一方のみを譲渡した場合には、その区画についての処分行為しかないのであるから、仮りに一筆全部の登記が行われたとしても、その区画以外は実質関係を欠く無効な登記である。これに対して立木を留保して地盤たる土地のみを譲渡する場合には、留保された立木が所有権の客体たる独立性を有するか否かが先決問題といわなければならない。そしてすでに述べて来たように、立木が独立の所有権の客体とされるためには、それを土地と別個の客体とする意思表示と形式的要件として「明認方法」を施さなければならない。それ故に「明認方法」を欠く限りは土地の構成部分となつており、その土地の第三取得者に対抗し得ないといわなければならない。<sup>(22)</sup> ここでの対抗は物権の客体たる適格性の主張の問題であつて、同一物をめぐる有効な複数の物権変動における優先効の主張の問題ではない。<sup>(23)</sup>

川島批判の第三点は立法者の梅博士は立木と土地とは別個の物と考えておられたとされる点である。ここで立法者とはどのような意味で使つておられるかが問題である。「土地ノ定著作物」に関する規定の起草者は富井博士であること、その立案になる条文「結局削除されたが」は「別段ノ定アル場合ヲ除ク外土地ノ一部ヲナスモノ」としていたことは先に指摘した

ところである。また法典調査会の委員の多数がどう考えていたかということであれば、先に述べたように、建物が土地と別個の物であるというのは過半数の意見であるといひ得るけれども、立木の独立性を積極的に主張したのは金子委員のみであり、それも民法二四二条但書該当の場合である疑いが濃厚である。教授の援用される梅博士は現行民法三七〇条起草されているが、そこでは最初建物を含めて「地上物は土地に従う」というローマ法—ドイツ普通法学の立場に立たれており、横田委員よりわが国では土地と建物とは別個の物であると指摘されて「建物ヲ除クノ他」という語句を挿入したものであることは、すでに他の機会に指摘したところである。<sup>(24)</sup>

右に述べたところから、川島教授の批判には賛成し得ず、最高裁昭和三四年判決は、結論において支持されるべきものと考ふる。

- (1) 大審大正三年二月一日民二判決民録一〇輯一〇八五頁、同大正一年一月一日民一判決民集一卷五七五頁。
- (2) 大審大正一三年一〇月七日民速判決民集三卷四七六頁、戦後のものでは最高裁昭和三〇年六月二四日二小判決民集九卷七号九一九頁。
- (3) 我妻・物権法(現代法学全集一〇卷)三一九頁および同・聯合部判決巡歴一三二頁以下。ここにこの問題に関する判例および教授の思考の軌跡が見られる。
- (4) 我妻・前掲物権法一三頁、末川・前掲一〇一一頁、柚木・前掲一四頁、舟橋・前掲一三頁。
- (5) この点を明瞭に指摘されるものとして、林良平・民法演習Ⅱ(物権)四五頁、同新民法演習一(総則)九〇頁。
- (6) 我妻・前掲物権法二一三頁、川島・前掲民法一二九—一三二頁、舟橋・前掲一一二頁。
- (7) このことは同質の一面の土地について、なんらの標識も設置せずに、数筆に分割登記されそれぞれが転々と移転するという状況が存続し得るかを考えれば明らかであろう。

(8) H. Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte Band II, S. 361. これればドイツにおいて一五三〇年、一五四八年、一五七七年の Reichspolizeiordnung の中に、未分離の果実の売買に関する事項が含まれているという。なおドイツのライン地方でも樹木とブドウ等の果実について幹に印をつけることによつて売却されたことについては、拙稿・前掲法学研究四一卷二二号三九頁参照。

わが民法二四二条但書による独立性と明認方法による独立性の間には一段階ある。前者は法定的独立性、後者は慣習的独立性である。従つて、林地の賃借人が土地に附着したままで樹木を譲渡するときには慣習的独立性の形式的要件(明認方法)を充さなければならぬ。

立木および未分離の果実の独立性と「明認方法」の目的

- (9) 前掲最高裁判集一五卷五号一二五三頁。原島教授は、この判決を評して、慣行上の立木所有権そのものが、おそらく現実的支配と密接に結合した明認方法の存する限りで成立し存続すると見るべきであろう、とされる。民商四五卷六号八三頁。同旨川島・前掲理論二七三―四頁。
- (10) 大審大正八年八月一日民一判決民録二五輯一三九〇頁。
- (11) 大審大正十二年七月七日民連判決民集一卷四四八頁。
- (12) 最高裁判昭和三年七月二四日二小判決民集二三卷八号一一九六頁。
- (13) 舟橋・前掲一五一頁。我妻・前掲物権法八〇頁以下、徳本鎮・法政研究二八卷四号二八頁以下。
- (14) 舟橋・前掲一五一頁。同旨我妻・前掲物権法八〇―一頁。
- (15) 於保・前掲六八頁以下。
- (16) 同旨鈴木・前掲二六五頁。林・前掲演習(物権)四五頁は、恐らく現実的支配と密接に接合している立木所有権にあつては、明認方法の喪失は、権利の消滅に近いものであろうか……とされている。なお原島・前掲民商四五卷六号八三頁および津曲・前掲法曹時報八号四三四頁参照。
- (17) 前掲大審院大正五年判決および大正九年判決。
- (18) 舟橋・前掲二六六頁。末川・前掲一七二頁。我妻・前掲物権法二二六頁。柚木・前掲二六七―八頁。津曲・前掲法曹時報八号四三〇頁。
- (19) 前掲大審院大正九年判決民録二六輯六二二頁。
- (20) 判例はこの明認方法は、引渡のあつたことを明認させる方法だとしている―前註判例―が疑問である。動産物権変動の對抗要件たる引渡しは「事実」なのであつて、それを明認せしめることはいかなることであろうか。
- (21) 川島・前掲民法I一三〇―一頁。
- (22) 明認方法を欠く限り、厳密には、当事者間でも無効というべきかも知れない―客体の不存在ということ―が、当事者間では別個の客体であることと認識しているし、また客体への侵害者についても、客体の範囲が客観的に確定可能であれば足りると考えられるから、いずれも明認方法を要しないと見て良いであろう。
- (23) 判例はこの場合明認方法を要するのは物権変動の一場合であるからであるとするが疑問である。新たな立木所有権の発生という点からすれば物権変動といえなくもないが、對抗関係に立つ物権変動は、土地所有権の移転のみではないか。
- (24) 前掲第三章註17参照。

## 五 総 括

前章までの考察から次のように言うことができよう。これまで学者によつて引用されたどの資料にもとづいても、立木お

よび未分離の果実が当然にその地盤たる土地とは別個独立の物であるということはできない。従来そのように主張されて来たものほとんど全ては、民法二四二条但書によつて認められるものと同様の、権原にもとづく植栽により、その権原者に帰属せしめられる範囲で、その物の独立性が認められるものである。

しかしながらそれにもかかわらず判例は、民法二四二条但書に該当する場合および「立木法」の適用ある場合以外にも、慣習によつて、立木および未分離の果実の独立性を認める。その場合には、本来その土地又は樹木の構成部分であるものを独立の客体とする意思表示と、その事実および客体の範囲を明確にするため「明認方法」を施さなければならぬ。この明認方法は、従来理解されて来たように、単に立木等の物権変動の第三者に対する對抗要件につきるものではなく、むしろその第一次的目的は、土地ないし樹木の構成部分に独立性を与えるための形式的要件（公示方法）と見るべきである。

右のように理解することによつて、これまで矛盾ないし不統一と見られていた「明認方法」に関するいくつかの重要な判例を、法理論的に高度の整合性をもつたものとして、民法理論の中に体系化することが可能となつたといひ得る。<sup>1)</sup>

(一) このような構成に抵触すると思われる最高裁判例として、他人の所有地の立木の取得時効の成立を認めた昭和三八年一月三日第二小法廷判決がある（民集一七卷一二号一六九六頁）。この場合明認方法なしに立木所有権の時効による取得を認めている。しかし事案の事実関係から見ればその立木の地盤の地上権の時効取得を認むべきもののように思う。同旨中尾・民商五一卷三三三頁、星野・法協八四卷七号九九三頁。

註記 校了の段階で来栖三郎教授が立木取引における「明認方法」について論文を発表されたことを知つた（川島武宜教授還暦記念「民法学の現代的課題」所収）。近い将来「不動産物権の客体——その独立性の實質的側面と形式的側面」（仮題）を発表する予定であるのでその際同論文を参照させて頂きたいと思う。

〔完〕