九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

いわゆる「廃鉱」の法律的性質 : 判例を中心として

徳本, 鎮
九州大学法学部 : 助教授

https://doi.org/10.15017/1333

出版情報：法政研究. 25 (1), pp.27-46, 1958-07-10. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

いわゆる「廃鉱」の法律的性質

――判例を中心として――

徳本鎮

一、問題の提起
二、判例（通説）の立場
三、「廃鉱」の法律的性質
四、むすび

一

一　昭和二五年に、鉱業法の大改正が行われた（法律第二八九号）。この改正の主要点の一つは、従来、学説・判例において異論の少なくなかった、未掘採鉱物に対する土地所有権と鉱業権との関係を、かなり明確にしたことである。[一] その結果、現行法では、すべての未掘採鉱物を土地所有権の効果（民二〇七条）から排除して、未掘採鉱物は、原則として鉱業権に基づいてのみ採取されることとなった（二条七条）。[二] そして、以上の趣旨を基本として、鉱業法第三条が、実質上同法の適用を受けるべき未掘採鉱物を具体的に例示しているわけである。しかし、ここで注意されねばならないことは、同条が、さらに第二項において、「前項の鉱物の廃鉱又は鉱さいであって、土地と附合しているものは、鉱物とみなす」と規定していることである。すなわち、この第二項は、旧鉱業法第三条を受けるものであって、本来の未掘採鉱物以外に、いったん掘採された鉱物であっても、なお、第一項の「鉱物の廃鉱又は鉱さいであって、土地と附合して

いるものは」、未掘採鉱物と同様に取り扱われることを意味する。そこで、たとえ、いったん掘採された鉱物であっても第二項の要件を満すかぎり、その鉱物は鉱業権に基づいてのみ採取されることとなるから、その結果、ここに、第二項を、そして、直接には「廃鉱」、ないし「鉱さい」をいかに理解するかが、既掘採鉱物の権利の帰属をめぐって、重要な課題となってくるわけである。さしあたっては昨今の、ことに炭田地帯において、しばしば提起されている、鉱業権者と土地所有権者との間の、いわゆる廃炭――硬山――所有権帰属の問題が、これであり、しかも、この問題は、たんに廃炭所有権の帰属のみにとどまらず、さらに廃炭加工によって、かなり大量に惹起されている損害の賠償責任の帰属とも関係するところのものである。(三)

二　ところで、以上の問題について、従来、比較的少ない鉱業判例のうち、戦後、二判例があいついで出された。また、そのうちの最近判例については、さきに「いわゆる廃炭の所有権放棄の認定と実験則」と題して、批評を加える機会を与えられた。(四) そして、そこでも指摘したように、これまでの判例の採用する「廃鉱」、ないし「鉱さい」の理論、また、さらには、それを支持する通説に対して、わたくしには、かなり疑問があるように思える。以下、従来の主要判例を中心とし、特に問題の多い「廃鉱」について、あらためて、その法律的性質を考察してみる次第である。

(一)　旧鉱業法のもとにおいては、未掘採鉱物のすべてが鉱業法上の鉱物とされていなかったため、この未掘採鉱物をめぐって、国有説（中村「日本鉱業法」四九頁、浅野「鉱業法講話」五頁、大判大正五年三月七日民録二二集五三三頁、同大正一四年二月三日民集四巻五一頁など）、土地所有権者説（塩田「鉱業法原理」四六頁、末弘「鉱業権ノ本質」〔法協三一巻一〇号〕九七頁、坂本「日本鉱業法」九〇頁など）、無主物説（平田「鉱業法要義」二〇頁、水谷「日本鉱業法論」二九頁、織田「鉱物所有ト鉱業権」〔内外論叢一巻三号〕四二頁など）、および鉱業権者説（美濃部「鉱業法原理」四一頁）などがあって、学説・判例がまちまちであったので、新法のように改正された。

（二）その他の主要な改正点は、従来、問題となっていた斤先掘契約の租鉱権としての立法化（石村「鉱業自営主義と斤先掘」〔法学理論篇〕一〇頁、拙稿「斤先掘契約について」〔法政研究二一巻二号〕四九頁）、および鉱害賠償制度の整備（拙著「農地の鉱害賠償」〔法学理論篇〕一七頁）、さらには土地調整委員会制度の設置に伴う各整備などであろう（我妻「鉱業法改正案における私法問題」〔私法五号〕七二頁、加藤・上村・小林「鉱業関係法」四頁、斤川「新鉱業法精義」二頁、吉田「鉱業法概論」一〇二頁など各参照）。

（三）これらの実態については、福岡県総務企画室「福岡県における炭鉱捨石集積場（ボタ山）の実態」、および吉岡「炭田地帯のボタ山問題」が詳しく、それぞれ問題を提起している。そして、それらの問題のうち、ボタ山掘採に基づく損害賠償については、「水洗炭業に関する法律」として、その対策が最近国会で立法化（昭和三三年法律第一三四号）された（福岡県「ボタ山被害の基本問題とその対策」、および同「水洗炭業に関する法的措置についての要望書」各参照）。

（四）拙稿「いわゆる廃炭の所有権放棄の認定と実験則」〔民商三六巻四号〕一四三頁以下。

二

一　「廃鉱」についての、従来の主要判例は、いずれも改正前の鉱業法――旧鉱業法――第三条に関するものであって、五例ある。すなわち、明治四四年一一月二四日（行判二二集一一三七頁）、大正元年一二月二日（行判二二集一四〇五頁）、同三年四月二十日（行判二五集五五七頁）の各行政裁判所宣告と、昭和二三年四月一三日（最判民集二巻四号七一頁）、および同二七年一二月二六日（最判民集六巻一二号一三〇二頁）の各最高裁判所判決とが、それである。しかし、これらのうち、「廃鉱」について判例の立場を、もっとも明瞭に示しているのは、昭和二三年の最高裁判所判決と考えられるので、以下、特に、この判決を中心として、判例のいう「廃鉱」の理論を理解することとして、その他の判例については必要に応じて取りあげることとしたい。

二　そこで、昭和二三年の最高裁判所判決(一)であるが、この事件の争点は、結局、炭田地帯に多い廃炭――硬山――が、鉱業法第三条の、いわゆる「廃鉱」に該当するかどうかである。そして、ほぼ次のような事案について判決されたものである。

炭鉱会社であるXは、自分の鉱区内に約二、三十年前から堆積していた硬山を、昭和一九年一二月二五日X_1に三千円で売り渡し引渡を終えた。また。X_1は、その廃炭を、さらに廃炭加工業者Yに代金五万円で売り渡し昭和二一年九月二八日引渡を終えた。その後になってXは、廃炭加工の有利なことを知り、Yに五万円を返還するから、その廃炭をXに引き渡すよう申し入れしたが、Yが、これに応じないので、たまたま、その廃炭がXの所有地上にあるのを奇貨として、Yの廃炭搬出の妨害を計画した。そこで、Yは硬山所有権確認並に搬出妨害禁止請求の訴を提起し、かつ本案判決確定までXに対し搬出妨害禁止の仮処分を申請した。これに対しXは、この仮処分決定に異議を申し立て、仮処分の取消を求めた。第一審、第二審は、いずれもXの勝訴とした。その理由は「本件硬山は、一旦鉱業権者によって掘採された未精錬の石炭がその鉱業権者により所有権を拋棄放置されて土地と一体を為し未掘採の石炭と同視すべき状態に至ったものと認められる」。したがって、本件廃炭は、鉱業法第三条の「廃鉱」となるから、「鉱業権を離れてその廃鉱のみを譲渡するが如きことは鉱業法上許されないことであって、斯る譲渡契約は無効」であり、その譲渡契約の有効を前提とする仮処分は許さるべきでないとするものである。そこで、Yは、主として右の判決理由(二)につき、それを不当として上告したわけである。

以上の事案に対し、最高裁判所は、ほぼ次に掲げるような二つの理由から、本件を原審に破毀差戻ししているのである。

すなわち、その理由の第一は、主としてXの硬山に対する所有権拋棄の点についてであるが、「所有権の拋棄さら

れた廃炭に付ては（土地と一体を為すに至らない間は）何人も先占によって自由にその所有権を取得することを得べく、他人が所有権を取得してしまえば、後に必要な時再び利用することは到底できないことになるから、Xが本件廃炭を利用する意思を有していた以上、その所有権を拋棄して他人の先占にまかせる様なことをするはずがない。殊に本件廃炭の所在する場所は、Xの所有地であるから、ただそこに置いておけばよいわけで殊更所有権の拋棄などする必要はないはづである。なお原審の採用した甲第八号証の八によれば、Xは、本件硬山をX_1に譲渡する以前訴外Aに譲渡した事実がわかる。かかる再三の譲渡行為はX自身所有権の拋棄などした覚えがなく、依然自己の所有物と思っていたればこそできたのであろう」として、いまだXが硬山の所有権を拋棄していないことを認定して、「原審が之れに付き何等説明するところなく、単に前記の如く判示しYの主張を排斥したのは、実験法則違反若しくは理由不備の違法あるものといわなければならない」とするものである。

次に理由の第二は、主として本件硬山と、土地との附合の点についてである。そして、この点については、「法律が廃鉱、鉱滓を未採掘の鉱物と同様に取扱うこととしたのは、これが未採掘の鉱物と同様の状態となりこれが採掘には未採掘の鉱物の場合と同様の採掘行為を必要とするに至った場合には、その採掘に対し鉱業法の規定を適用し、その相当の制限監督及び保護の下にこれを為さしむるを適当と認めたからである」として、まず、附合の状態を説示し、したがって、その結果、原審が本件硬山を鉱業法第三条の「廃鉱」に該当するものとなすためには、その硬山が右説示のように鉱業法の適用を必要とする程度のものであるかいなかが問題となるから、「しかるにこの点に関する原審の判示は頗る不充分である。殊に前記原判示の如くその採掘は鶴嘴スコップを使用して小規模に行い、その選別も簡単なスクリーンの様な器具を使用して居るに過ぎない様なものならば、鉱業法の適用など不必要なのではないかと思わせるふしも相当あるから原審はこの点に付て充分の審理をしなければならない」としているのである。

以上が、昭和二三年判決の大要である。もちろん、本稿は、直接、この事件の判決自体の当否を検討するものではないから、その点はともかくとして、この判決によって示される、いわゆる「廃鉱」が、いかなる理論構成をもっているかについてみると、それは次のようなものとなる。

すなわち、以上の判決第一、第二の各理由を総合的に考察することからも理解されるように、この判決――要旨――によると、「鉱業法第三条にいう、いわゆる廃鉱とは、鉱業権者により所有権を拋棄された未精錬の鉱物で、同法の規定による相当の制限、監督及び保護の下にこれを掘採させることが適当と認められる程度の状態にあるものをいう」こととなるのである。(三) そして、「同法の規定による相当の制限、監督及び保護の下にこれを掘採させることが適当と認められる程度の状態」とは、本来の未掘採鉱物と、鉱業権との関係からして、結局、未掘採鉱物と同程度の状態を意味していることとなるから、それは、土地と附合した状態といってもよい。(四) したがってまた、この判決によれば、「廃鉱」とは、既掘採の未精錬鉱物で、鉱業権者により所有権を拋棄され、(五) かつ土地と附合したものを意味していることとなるわけである。

三

ところで、以上、やや詳しく昭和二三年判決の示す「廃鉱」の理論を考察したのであるが、「廃鉱」について、その法律的性質を以上のように構成するのは、たんに、この判決のみではないのである。すなわち、それは従来のほとんどの判例における一致した態度といってもよい。

たとえば、積船のおり海底に沈没した石炭をめぐる一連の同種事件において、さき程の明治四四年、大正元年、および同三年の各判例は、「船積陸揚等ノ際海底ニ墜落シタル石炭ハ其墜落ト共ニ所有権ヲ喪失スルモノニアラザルヲ以テ是等ノ石炭ハ鉱業法ニ依リ採掘ヲ許スベキモノニ非ズ」、(六) あるいは、「船積若クハ陸揚ノ際海底ニ沈没シタル石炭ノ中ニハ其所有権ヲ拋棄セラレザルモノアルヲ以テ是等ノ石炭ハ鉱業法第三条ニ所謂廃鉱ナリト云フヲ得ズ」、(七) さ

らには、「鉱業法第三条ノ廃鉱トハ一旦掘採シタル鉱物ニシテ未ダ掘採シタルコトナキ鉱物ト同様ノ状態ニ於テ存在スルモノナリト解スルヲ相当トス」[八]などと、断片的ではあるが、それぞれの事件に応じて、ほぼ昭和二三年判決における「廃鉱」の立場を維持している。つまり、結果的に見れば、昭和二三年の判決は、それまでに出された「廃鉱」についての各判例を統一的に示したもの、ともいうことができよう。そして、その後の、すなわち、昭和二七年の最近判例は、「第三条にいわゆる廃鉱とは、一旦掘採された鉱物が、未だ精錬されないうち、所有者により所有権を抛棄され、その存在の状態が再び同法により制限、監督、保護の下に掘採を要する程度に至ったものをいうと解すべきである。それ故、世上にいわゆる硬山のような形状を整えたものであっても、若し、これを構成する未精錬の鉱物につき、所有権者が未だ曾って所有権を抛棄した事実がなければ、鉱業法第三条にいわゆる廃鉱にはあたらないものといわなければならない。その存在の状態が前記の程度に至らないものであるときは、なおさらのことである」[九]として文字通り昭和二三年判例を、みのまま踏襲しており、したがって、その結果問題となる所有権抛棄の認定について、「鉱業権者が多年広大な地域に集積放置した廃炭でも、その品質、同種廃炭の利用および取引の実状、放置の状況並びに従来の利用の実蹟等を総合して、集積にあたって所有権放棄の意思がなかったものと認定することは、必ずしも実験則に反しない」との要旨を示しているわけである。[一〇][一一]

（一）この判決については、川島・潮見「鉱業法第三条にいわゆる廃鉱の意義」〔判例研究二巻二号〕九頁以下、山主「鉱業法第三条にいわゆる廃鉱の意義」〔日本法学一六巻二号〕六六頁以下、平田「鉱業法関係判例の評釈」〔判例タイムズ第五集〕八頁以下などの、判例批評がある。そのうち、川島・潮見批評、平田批評は、結果的には判例に賛成されているが、山主批評は反対されている。

（二）この事件の第二審裁判所である東京高等裁判所の判決理由である（最判昭和二三年四月一三日民集二巻四号八七頁掲上）。

（三）　最判昭和二三年四月一三日民集二巻四号七一頁の掲載判決要旨。

（四）　川島・潮見・前掲判例批評九頁以下は、判例の、この点を主として問題とされている。そして、「その採掘に対し鉱業法の規定を適用し、その相当の制限、監督及び保護の下にこれを為さしむるを適当と認めたからにはほかならないが、この場合、土地と一体をなしたというには、物理的な状態だけ、すなわち、判旨の言うように、これが採掘には未採掘の鉱物の場合と同様の採掘行為を必要とするに至る、ということだけが判定の基準となるのではない。それが廃鉱として土地と一体をなしているかどうか、或は反対に、土地から独立した動産であるかは、むしろ何よりも、それが土地から独立した動産として取引されているかどうか、言いかえればそれが社会通念上動産として取扱われているかどうかによって決せらるべきだと考える」とされている。

（五）　平田・前掲判例批評一〇頁は、判例のこの点について、「上述したところによって、ボタは鉱業権者がその所有権を抛棄したものであるから（後に至って、炭価暴騰した際、鉱業権者が抛棄したものでないと主張することは別問題である）、本件ボタについても、原審が証人荒木の反対の供述を排して、所有権を抛棄したものと認定したことは、実験法則に合して、正当といわなければならない。これを格段の理由の説明もなく、抛棄したものでないと即断した最高裁判所判決こそ、実験法則違反のようである」とされる。なお、山主・前掲判例批評六六頁以下は、この点について異なった見解を示しておられるが、これについては後述する。

（六）　行宣明治四四年一一月二四日行判二二集一一三七頁の掲載宣告要旨。

（七）　行宣大正元年一二月二日行判二三集一四〇五頁の掲載宣告要旨。

（八）　行宣大正三年四月二十日行判二五集五五七頁の掲載宣告要旨。

（九）　最判昭和二七年一二月二六日民集六巻一二号一三〇二頁。

（一〇）　最判昭和二七年一二月二六日民集六巻一二号一三〇二頁の掲載判決要旨。

（一一）なお、ここで廃鉱と同一性質を有する鉱さいについての主要判例をみると、大判明治四三年一月二五日民録一六集一二頁は、「鉱業法第三条ニ所謂鉱滓トハ鉱業権者ノ所有ニ属セザル鉱滓ヲ一切包括スル法意ニ非ズシテ其存在ノ状態ガ之ヲ採取スルニハ同法ノ規定ニ遵拠スル必要アル場合ニ限リ国ノ所有ニ属シメタルモノトス」としており、また、大判大正四年三月九日民録二一集二九九頁は、「鉱業法第三条ニ所謂鉱滓トハ鉱業権者ノ所有ニ属セザル一切ノ鉱滓ヲ指スニ非ズシテ鉱滓存在ノ状態ガ之ヲ取ルニ採掘ヲ必要トスル程度ニ在ルモノヲ指称シタルモノトス……既ニ採掘シタル鉱物ハ通常動産トシテ鉱業権者ノ所有ニ帰シ鉱業権者ガ其所有権ヲ抛棄シタルトキハ鉱業法其他ノ法令ニ別段ノ規定ナキ限リ民法ノ規定ニ従ヒ遺棄物トシテ先占ノ物体タルモノトス。鉱業権者ガ遺棄シタル鉱滓ハ未採掘ト同視スベキ状態ニ在ラザル限リ国ノ所有ニ属スルコトナリ且之ニ関スル所有権ノ帰属ニ付テ別段ノ規定ナケレバ無主ノ動産トシテ先占ノ物体タルヲ得ルモノトス」などとして、ほぼ、廃鉱に対するものと同一の立場を示している。また、鉱さいについての学説も、ほとんど以上の判例の立場を支持している。たとえば、美濃部「鉱業法原理」二八頁、阪本「日本鉱業法」九二頁、塩田「鉱業法通論」一六頁、平田「鉱業法要義」一二頁などが、それである。

三

一　以上において、検討したところによると、「廃鉱」についての、従来の判例の立場は、「いわゆる廃鉱とは、鉱業権者により所有権を抛棄された未精錬の鉱物で、同法の規定による相当の制限、監督及び保護の下にこれを掘採させることが適当と認められる程度の状態にあるものをいう」のであり、結局、「廃鉱」が既掘採の未精錬鉱物で、鉱業権者により所有権を抛棄され、かつ、未掘採鉱物と同一の状態、ないし土地と附合したものを意味していることが理解された。

ところで、「廃鉱」について、かかる見解を採用するのは、たんに従来の判例のみではなく、実は、これまでの殆んどの学説においても、この立場が支持されているのである。たとえば、美濃部説[一]によると、「廃鉱及び鉱滓は、何れも一たび掘採せられたる鉱物が廃物として遺棄せられ、年月の経過に因り、未だ掘採せられざるが如き状態を為し、且つその品質数量等が再び之を掘採するだけの鉱業上の価値あるに至ったものを謂い、その中、廃鉱とは未だ製錬に付せられないもの、鉱滓とは既に製錬に付せられたものをいう」とされており、また、同趣旨の阪本説[二]によれば「廃鉱又は鉱滓とは、製錬前又は製錬後抛棄せられ、土地と一体を為したる鉱物を謂う」とされているなどが、その例である。つまり、学説においても、多少の差異はあるが、ある既掘採の未精錬鉱物が、いわゆる「廃鉱」となるかいなかは、すくなくとも、その鉱物について所有権の抛棄がなされていること、および、その鉱物が土地と一体となっていることの二条件を要する点においては、すべて変りはないといってよい。したがってまた、前述の「廃鉱」についての判例の立場は、同時に従来の通説[三]の立場ということになるわけである。

二　ところで、以上の判例、したがって、また通説に対して、前掲の「判例批評」においても指摘したように、わたくしは、かなり疑問をいだくものである。しかし、以下、ただちに、疑問点、および私見を述べる前に、問題を、すこし整理しておく必要があろう。というのは、これまでの説明からも理解されるように、以上の判例、通説は、すべて昭和二五年の改正に至るまでの鉱業法――旧鉱業法――第三条、すなわち、「未タ掘採セサル鉱物（廃鉱及鉱滓ヲ含ム）ハ国ノ所有トス」と規定する場合の「廃鉱」についてであるのに対して、「問題の提起」においても述べたように改正鉱業法――鉱業法――第三条第二項は、「前項の鉱物の廃鉱又は鉱さいであって、土地と附合しているものは、鉱物とみなす」と規定して、全体の趣旨には変りがないが、問題の「廃鉱」自体には、やや異なった意味を与えているからである。つまり、このことは、旧鉱業法[四]のもとにおける「廃鉱」が、すくなくとも規定の上からは、かな

り明確を欠いでいたため、改正により、従来、主として解釈に任されていた点を、むしろ立法的に解決したためである。[五] すなわち、旧法のもとでの「廃鉱」とは、前述の判例・通説からすれば、未精錬鉱物について、すくなくとも、その所有権の拋棄されていること、および土地と一体化していること、であったから、その後者の点のみを立法的に、つまり、「土地と附合しているものは、鉱物とみなす」と規定することにより解決したわけである。そこで、以上のような旧鉱業法から現行鉱業法への経過を前提として、「廃鉱」について、旧鉱業法、および現行鉱業法を統一的に、そして、特に現行鉱業法における「廃鉱」を理解しようとすれば、前述の判例・通説の立場のうち、主として未精錬鉱物の、所有権拋棄の点[六]を問題として取りあげればよいこととなるわけである。したがって、以下には、おもに、この点を中心として、いわゆる「廃鉱」の法律的性質を考察してみることとしたい。

三　そこで、現行鉱業法との統一のもとにとらえられる従来の判例・通説[七]は、いわゆる「廃鉱」を、すくなくとも基本的には、鉱業権者により所有権を拋棄された未精錬の鉱物、として理解することとなるわけであるが、これに対して、わたくしは、次のような疑問をいだくのである。すなわち、炭田地帯に少なくない、たとえば、放置された、ある未精錬鉱物が土地と一体となり、いわば未掘採の状態となった場合を例にとろう。そおすると、この場合、さきの判例・通説の立場からすれば、その未精錬鉱物の所有権を、明示、黙示をとわず鉱業権者が拋棄しないかぎり、それは「廃鉱」とはなりえないのである。したがって、その結果、現在の民法の通説を前提として考えれば、この未精錬鉱物の所有権は、附合により従物を取得する土地所有権者に帰属[八]することとなる（民二四二条）。つまり、その未精錬鉱物の放置された土地が、鉱業権者の所有地であれば鉱業権者の、借地であれば賃貸土地所有者の、それぞれの土地所有権に帰属することとなるのである。そして、また、その未精錬鉱物の掘採が、原則として、それぞれの土地所有権の効果として、行われることとなることも、いうまでもあるまい。そこで、問題となることは、以上のように、「廃

鉱」について、未掘採の状態となった未精錬の鉱物を、土地所有権の効果として利用せしめる結果となる理論が、はたして「廃鉱」についての正しい理解といえるであろうかということである。そして、特に、本来の未掘採鉱物についての鉱業権と土地所有権との関係からして、この点について疑問をいだかざるをえないわけである。けれども、もちろん、ここで未掘採鉱物に対する鉱業権と土地所有権との関係を深く掘り下げることは必ずしも当を得たことではあるまい。しかし、必要の限度でわが国における鉱業権制度の発展のなかから両者の関係を簡単に見ると、ほぼ以下のことを指摘しうるのである。

いうまでもなく、明治以前の未掘採鉱物の利用は、原則としてすべて幕府、または諸藩の行うところであるが、(九)明治に入るに及んで、同二年の行政官布告（第一七号）は、まず「鉱山開拓之儀ハ其地居住之者共故障筋無之候ハヽ其支配ノ府藩県へ願ノ上掘出不苦候府藩県ニ於テモ旧習ニ不泥速ニ差免可申事。但是迄掘来リシ分共総テ鉱山司へ府藩県ヨリ可届出事」と定めている。しかし、この布告が、未掘採鉱物に対して、いかなる規範内容をもっていたかは、当時の資料が、きわめて乏しいため必ずしも明らかでない。たとえば、この布告の規定内容、および、それが主として従来の未掘採鉱物に対する幕府、藩等の独占的支配の解体のために出されていること、(一〇)次の四年布告において始めて、私人の掘採を政府に対する請負事業として認めたこと、(一一)さらには、布告当時に、特に石炭鉱においてなされた広範な自由掘採の事実、(一二)などからすれば、あるいは、この布告が、素朴ないわゆる土地所有者取得主義(一三)を示しているようにも考えられるが、反面、金属鉱においては、かなり強い政府の支配が存在(一四)しており、また、さらには当時近代的土地所有権が存在していたかどうかも疑問視される点などからすれば、この点はさらに今後の研究に譲らねばならない。

ところで、明治初期における急速な近代化への要請は、以上の二年布告の弊害ともあいまって、やがて、未掘採鉱物の利用について、極端な鉱業専制(一五)(Bergregal)のもとにおける未掘採鉱物国有主義—近代法上の所有権ではない—

へと移行する。すなわち、明治四年の太政官布告（第一七三号）、同五年の鉱山心得（布告第一〇〇号）、同六年の日本坑法（布告第二五九号）などの一連の鉱業立法が、その過程にほかならない。そして、反面においては、資本の原始的蓄積の一方策として、重要鉱山の官営が行われたのも、この時代である。[一六] そして、これらの過程をへることによって、わが国における鉱業資本は育成されてゆくのであるが、したがって、この段階は、同時に、わが国における近代的鉱業権制度の成立過程ともなるわけである。

以上の背景にたって、明治二二年、いわば、わが国における最初の近代的鉱業権制度ともいうべき鉱業条令（法律第八七号）が出されている、この条令は、主としてブロイセン・ザクセンなどの鉱業法を範として、いわゆる鉱業自由の制（Bergbaufreiheit）に基づくものであるが、[一七] この鉱業条令における未掘採鉱物の取りあつかいは、当初、金鉱、銀鉱以下の一六種類の未掘採鉱物を、同法上の鉱物としている（二条二項）。したがって、それ以外の未掘採鉱物は、原則として土地所有権の効果を受けるわけで、つまり、この条令下における未掘採鉱物の利用は、鉱業権と土地所有権との二権原に基づいてなされたこととなる。そして、未掘採鉱物に対する鉱業権、土地所有権の二権原による利用が、やがて漸次一方の、つまり鉱業権のみによる利用へと移行する過程が、その後の鉱業条令、旧鉱業法、および現行鉱業法などの各一部改正ないし成立の過程である。[一八] すなわち、鉱業条令に代って、次の旧鉱業法が立法化されたのは明治三八年（法律第四五号）であるが、この旧鉱業法の下では、鉱業条令の一部改正（明治三三年法律第七四号）により増加された五鉱物をも含めて、さらに七種類増加されて、つまり二三種類の未掘採鉱物が鉱業法上の鉱物とされた。したがってまた、それだけ土地所有権の及ぶ未掘採鉱物の範囲がせばめられたわけである。[一九] そして、その後、明治四四年、昭和九年、昭和十五年などの各旧鉱業法一部改正による法定鉱物増加の過程――これらの改正で法定鉱物は三〇種に及ぶ――を経て、昭和二五年改正の現行鉱業法においては、すべての未掘採鉱物が土地所有権の効果から排除されて、鉱業権に基づい

てのみ利用されることとなった点については、すでに当初の「問題の提起」において述べたところである。(二〇)

以上、簡単に、わが国の鉱業権制度の発展のなかから、未掘採鉱物をめぐる鉱業権と土地所有権との関係を素描したのであるが、それらを要約すれば、結局、未掘採鉱物に対する利用の、部分的には推則の域を出ないけれども土地所有権から鉱業権への、さまざまな移行の過程が、わが国における鉱業権制度の発展過程にほかならないということであり、そして、そのような発展過程をたどる現行鉱業権制度のもつ実質的機能は、あらゆる未掘採鉱物の利用を、その利用の範囲にかぎり、土地所有権から排除して鉱業権によってのみ可能としているということである。そして、同時に、以上のような考察は、窮極において、鉱業権が本質的には、未掘採録物に対する土地所有権の発展、転化したものであり、土地所有権とは独立して、しかも土地――鉱区――を客体とする支配権であるという考え方を助長するものであって、したがって、また、かかる権利を内容とすることとなる鉱業権制度のもとでは、同じ土地を客体とする土地所有権と鉱業権とは、それぞれ「一筆ノ土地」、「鉱区」という法技術的な地表区分によって両者の権利領域を区別することが要求されることとなるわけでもある。(二一)

そこで、未掘採鉱物に対する鉱業権と土地所有権との関係を以上のように眺めてくると、さき程の判例・通説には、かなり疑問をいだかざるをえないように思える。なぜかというと、以上の両者の関係、および、それとの比較からすれば、旧鉱業法第三条、ないし改正鉱業法第三条第二項によって、いったん掘採された未精錬の鉱物が、ふたたび鉱業法上の鉱物とされるためには、その未精錬の鉱物が、本来の未掘採鉱物と同様、ないしは、それに近い状態にあること、そして、それのみが要求されねばならないからである。そして、ここにいう本来の未掘採鉱物と同様、ないしは、それに近い状態とは、結局、その未精錬鉱物が土地と一体化して、いわば附合の状態にあるものを指すといってよいから、つまり、いったん掘採された未精錬鉱物が、ふたたび鉱業法上の鉱物となるのは、それが土地と附合

した場合であり、かつ、それにつきることとなるからである。　したがってまた、かかる立場からすれば、従来の判例・通説のように、「廃鉱」について、基本的に、少くなくとも、権利者により、その所有権の抛棄されていることを必要とすることは、かなり反省を要するもののように思えるわけであって、同時に、「廃鉱」について、あえて、その構成を試みるとすれば、新・旧両法統一のもとにとらえられる、そして特に現行鉱業法第三条第二項にいう、いわゆる「廃鉱」とは、結局、権利者により放置されている未精錬鉱物ということとなるわけである。(一二)

(一)　美濃部「日本鉱業法」九二頁以下。

(二)　阪本「日本鉱業法原理」二八頁以下。

(三)　以上と同趣旨の学説としては、たとえば、塩田「鉱業法通論」一六頁以下、平田「鉱業法要義」一二頁以下、中村「日本鉱業法」四〇頁、水谷「日本鉱業法論」一一〇頁。

(四)　旧鉱業法に至るまでの各鉱業法における廃鉱の取りあつかいについては、日本坑法には「廃鉱ヲ採製スルニモ一年間ノ事業ハ……」(同法二〇条)、「廃鉱ヲ採取スル坑区……」(同法三一条)などの規定があったが、次の鉱業条令は全然規定を欠き、かなり異論がでたため旧鉱業法では、ふたたび明文を置くに至った(平田・前掲書一二頁参照)。

(五)　たとえば、芹川「新鉱業法精義」八二頁は、ここに、「未掘採のものとは、土地と附合して一体をなし、不動産の従物と化し、さらにあらたな掘採行為を必要とする状態になったものという意義であって従来の判決例によるものを明文化したのである。ここにおいて従来の論争を、ある程度解明し得られることは、この規定の意義の重大さを計り得られるものである」とされる。なお、加藤・上村・小林「鉱業関係法」一九頁も同趣旨。

(六)　現行法の廃鉱の解釈についても通説は、所有権の抛棄を問題とする。たとえば、芹川・前掲書八二頁、加藤・上村・小林・前掲書一九頁など。

(七)　通説・判例が所有権の抛棄を問題とする根拠については、たとえば、水谷・前掲書一一〇頁は「所有権ハ慢然トシテ消滅時

効ニ帰ルモノニ非ルヲ以テ明示又ハ黙示ヲ以テ所有権ノ抛棄ノ意思表示アルニ非ズンバ之レヲ以テ未タ廃鉱ト言フベカラザルモノナリ」とするわけであるが、しかし、反面、民法は、取得時効、および添附などの各制度を設けていることを理解すべきである。

（八）我妻「物権法」（民法講義Ⅱ）二〇三頁、末弘「物権法」上巻二〇五頁、末川「物権法」三〇二頁、川島「所有権法の理論」一八二頁。

（九）たとえば、徳川幕府の山例五三個条、御山法一七個条（阪本・前掲書五七頁参照）、福岡藩の仕組法（遠藤「九州経済史研究」一〇頁参照）などが、その例である。そして、明治以前の未掘採鉱物の法理については、土地支配と鉱物支配とは一体をなしていたものと考えられており、たとえば芹川・前掲書七六頁は、「要するに徳川時代によって完成した封建制度下にあっては、国土はすべて国王（我国の場合は幕府）のものであり、諸侯が土地を領有している場合も、幕府所有のものを借りているだけであり、従って鉱物の掘採取得する権利も土地の所有権と一体をなしていたものであって法制としては、鉱業は国家独占主義であった」とされる。つまり、「御用アルトキハ何時ニテモ土地セシメ」のもとでの御直山、請負山の制は、いわば封建的土地所有者取得主義を示したものともいうべきものであろうか。

（一〇）栢野「明治前期炭鉱官営の特質」（産業国管と労働者階級所収）二〇頁。

（一一）たとえば、明治四年布告は、「鉱山開採ノ儀願出席輩ハ其地方官ニ於テ身元取調相応ノ仕法相立候分ハ伺ノ上御差相成相当ノ税為相納請負可申付候条願人有之候ハヽ早々可申出事」としている。なお、栢野・前掲論文二一頁、平田・前掲書三頁参照。

（一二）浅井「日本石炭読本」二七九頁、遠藤「日本近世商業資本発達論」一一七頁、三井鉱山「田川鉱業所五十年史」五頁以下、なお太田「鉱害問題の概要」二九頁は「明治二年鉱山開放原則の宣布が、筑豊の野に無数の自由掘を開始させ、それが日本坑法の国家専占主義によってどこまで覊束されたかについては問題があろう。従って明治十八年には県当局をして、乱立す

る小炭坑統轄のために坑業人組合準則を施行せしめざるをえなかった」のであるとされる。

（一三）ここにいう土地所有者取得主義とは、英法におけるように、土地の所有者が、その地下の mining property を取得する制度をいう（R. F. Macswinney, The Law of mines, qnarries and minerals, 1922, p. 31.）。そして、一般に大陸法の鉱業権制度に対して the system of accesion とも呼ばれる（O. Walmesley, Guide to the mining Laws of the World, 1894, p. 16.）。英国においても、古くは、未掘採鉱物は、すべて君主や、地方領主の独占的支配の下にあったわけであるが、ほぼ一六世紀の中頃から漸次土地所有者（the owner of the surface）の手に移り、その後、この主義が、普通法上の原則となっているわけである（O. Walmesley. op. cit. p. 20.）。ただ、石炭については一九三八年の石炭法（Coal Act, 1938.）、および一九四六年の石炭産業国有化法（Coal Industry Nationalizztion Act, 1946.）によって国有となっているが（角田「英国炭鉱の国有」〔産業国管と労働者階級所収〕一三九頁以下参照）、英国におけるこの石炭の土地所有者取得主義から国有化への過程は、鉱業権制度の比較法的考察に当って興味ある問題であり、今後の課題としたい。

（一四）栢野・前掲論文二〇頁は、当時、政府が特に金属鉱に対しては支配的であった点について、「これは、維新政府の当面の目標が、徳川封建制下において最も重要鉱物であり、また、維新政府にとってもまずその財政的確立のため是非とも確保しなければならなかっ金、銀、銅に対してむけられた」ためであるとされる。

（一五）Bergregal は、国家が鉱物について独占的所有権を有するとする考え方で（W. Schlüter, Preussiches Bergrecht, 1928, S. 6.）、国家が鉱物採掘について、経済的技術的に指揮監督をする Direktions-prinzip とともに、近代的鉱業権制度への過程における鉱業制度である（A. Arndt, Zur Geschichte und Theorie des Bergregals und der Bergbaufreiheit, 1916, S. 51.）。そして、本文の各立法が、わが国での Bergregal の成立過程だと一般に考えられており（平田・前掲書五頁）、たとえば、日本坑法第二条はこの点について「凡ソ日本国中ニ於イテ発見スルモノハスベテ日本政府ノ所有ニシテ独リ政府ノミコレヲ開採スル分義アリ、築石、土砂、粘土、其ノ他建築耕作所用ノ諸物品ハスベテ地主ナル者ノ所有トスベシ」と

規定しており、鉱山心得第一条も、ほぼ同趣旨の規定となっている。

（一六）高橋「明治大正産業発達史」五二頁、土屋「日本財閥」二六頁各参照。

（一七）一八六五年のプロイセン鉱業法、および一八六八年のザクセン鉱業法で、これらは、いずれも Bergregal に対し、いわゆる鉱業の自由稼行を内容とする Bergbaufreiheit に基づくものとされる（A. Arndt, a. a. O. S. 55 f.; W. Schlüter, a. a. O. S. 6.）。なお、ここで、西ドイツの現行法でもあるプロイセン鉱業法における廃鉱について一言すると、当初は、その一六条で廃鉱を目的とする鉱業出願を規定していたが、後にかかる規定は無意味との理由で一九〇七年六月一八日の鉱業法の改正法律で排除した（A. Arndt, Allgemeines Berges:sz für die Preussischen Staaten in seiner jetzigen Fassung nebst Kurzgefasstein Kommentar, 1924, S. 19.）。

（一八）鉱業条令、旧鉱業法などの一部改正については、芹川・前掲書一五頁、水谷・前掲書一〇九頁、江川「改正鉱業法」一二四頁各参照。

（一九）鉱業条令、および旧鉱業法のもとにおいて、未掘採鉱物が鉱業権と土地所有権との二権原に基づいて利用されていたことについては、当時の学説が、鉱業法上の鉱物を、制限列挙だと解する点で一致していたことから少なくとも理論上は明らかなことであるが（平田・前掲書一一頁、水谷・前掲書一〇八頁、坂本・前掲書七八頁）、同時に、上述のように未掘採鉱物の法理をめぐる各学説の対立、および、各法律改正により鉱物が追加される過程での、土地所有者の既存利益の侵害をめぐる議会および国会での論争は、たんに理論上のみならず、現実においても土地所有権による未掘採鉱物の利用、したがって、また、その利用範囲の縮少がなされたことを示している（芹川・前掲書八五頁、吉田「新鉱業法改説」八五頁参照）。

（二〇）現在では、未掘採鉱物のほか、岩石についても、ほぼ鉱業権制度と同じ方法がとられるようになり、そして、昭和二五年法律第二九一号で採石法が立法化されている（我妻「鉱業法改正案における私法問題」〔私法五号〕八一頁参照）。なお、昭和三二年法律第一八六号の原子力基本法により、核原料物質に関する鉱業権、又は租鉱権は例外となった（菊地「原子力法学の

展望」〔九州大学法学部創立三七周年記念論文集所収〕二八六頁参照)。

(二一) 舟橋「鉱業権の法律的性質」(九州大学法学部創立三十周年記念論文集所収)四一二頁以下、末弘「鉱業権ノ本質」(法協三一巻一〇号)九〇五頁以下各参照。なお、以上の鉱業権についての素描は、さらに前述の英米法における accesion system と大陸法の Bergrecht System との比較法的考察をまっていえることであり、今後の研究としたい。ただ、ここで指摘されることは Bergrecht System のもとにおいても、Grundeigentümerbergbau System があること (G. Dapprich, Leitfaden des Bergrechts und anderer für den Bergbau wichtiger Rechtsgebiete, 1953, S. 15 f.)、フランス鉱業法のように、国家を経て、鉱業権者から土地所有者に鉱区地代が支払われていること (O. Waimesley, op. cit. p. 38.)、また、さらには英国の石炭国有化が、直接には鉱区地代の廃止を契起としてなされたこと (角田・前掲論文一三八頁) などを比較考察するとき、ある程度本文の考へ方は前進されるであろう。

(二二) 山主・前掲判例批評六六頁以下は、所有権抛棄の点について、「つまり、所有権抛棄をそれほど重視しなくてもよいのではないかと思うのである。さらにいえば、廃鉱なりや否やの判断について、所有権抛棄という行為をとくに要件とすることは疑問だと思はれるのであり、少くとも鉱業権者の行為でなく、目的物の遺棄ないし放置といった客観的状態あれば足るのではなかろうか。いわんや鉱業権者の抛棄の意思表示を要すると議論は、ウェイトのおきかたを誤っているようである」として、私見と、ほぼ、同結論であるが、なぜ、そのような結論に至るかについては必ずしも明らかではない。

四

一 以上、いわゆる「廃鉱」について、従来の判例、および、それを支持する通説に対して疑問を提起するとともに、主として未掘採鉱物をめぐる鉱業権と土地所有権との関係から私見を述べてみた。すなわち、従来の判例・通説は、「廃鉱」について、基本的にすくなくとも権利者による所有権抛棄を問題とするのであるが、未掘採鉱物をめぐ

る鉱業権と土地所有権との関係、および、その関係の発展過程からとらえられる「廃鉱」は、必ずしも、その必要はなく、つまり、いったん掘採された未精錬鉱物が、さらに鉱業法上の鉱物たるためには、ただその未精錬鉱物が土地と附合しているかいなかによってのみ、またその限度で決定されるべきであり、したがって第三条第二項のいわゆる「廃鉱」も、あえて構成すれば「権利者により放置されている未精錬鉱物」ということとなるのである。

二　そこで、おわりに附言したいことは、「廃鉱」について以上のように理解する立場からすれば、第三条第二項において問題となる点は「廃鉱」自体の構成よりも、むしろ、未精錬鉱物と土地との「附合」をいかに理解するかということになるわけである。しかし、ここで、この問題を取りあげることは、本稿の課題からして、かならずしも適当とは思われないので、この点については、ただ問題を指摘するにとどめ機会をあらためて取りあげることとしたい。