

和歌山県岩出市大門池訴訟の総括的検討（一）

——試練にさらされる入会裁判——

矢野達雄

目次

はじめに

一 和歌山県岩出市大門池訴訟の経過

(1) 訴訟に至るまでの経過

(2) 第一次訴訟——固有の共同訴訟——論をめぐる形式的審理

(3) 第一次訴訟——差戻後の実質審理

(4) 第二次訴訟——地役入会権の権能……………(以上本号)

二 大門池訴訟一連の判決をどのように見るべきか……………(以下次号)
むすび

はじめに

入会（いりあい）権は、慣習にもとづいて成立する権利の代表的な形態である。近年、入会権のあり方が環境保全の機

能を営むとして、脚光をあびつつある。持続可能性のある地球環境を保全するため、公共財としての自然を大切にしようとするいわゆる「コモンス論」の潮流も、この傾向をあと押ししている。

しかし他方で、この入会権の環境保全¹¹開発抑制作用を何とか薄めようとか、あるいはより積極的に入会権の弱体化・消滅を図っていこうとする動きも強まっているように感じられる。

私は、「入会林野近代化法の五十年と研究者の軌跡」⁽¹⁾において、二〇〇一年「森林・林業基本法」の成立を皮切りに、森林・林業政策および法制の変貌が進行しており、二〇一六年「森林組合法改正」(生産森林組合制度の抜本的改正)もその流れの延長上に位置づけることができることを論じた。さらにその後も、二〇一八年「森林経営管理法」⁽²⁾、同年「所有者不明土地特別措置法」⁽³⁾、二〇一九年「表題部所有者不明土地の登記及び管理の適正化法」⁽³⁾の制定と、その流れは急速に勢いを強めつつある。

このように、国家の森林・林業に関する立法・行政分野の変貌は顕著である。はたしてこれに呼応しようとの意図からか、それとも別の要因が働いているのか定かではないが、入会からの訴訟事件の司法判断にあたって、入会権の認定に高いハードルを課してその認定を拒否したり、入会権の機能を減縮する一方、逆に入会地の処分については要件を緩和して開発を容易にする判決が増えているように感じられる。訴訟事件においては、各事件ごとの個性や特殊な事情もからみ一概に論じることはむづかしいが、なぜそのような司法判断がなされたか、各事件の精査を踏まえううえで、全体的傾向を論議することが重要である。

本稿において取り上げようとするのは、和歌山県岩出市に所在する溜池をめぐる足かけ一五年にわたる訴訟事件である。古くからこの両溜池を利用しかつ管理してきた水利組合を原告とし、両溜池の所有者であると自認する市を被告として争

われてきた。

本件訴訟は、二〇〇六（平成一八）年に提起された。一連の訴訟は、二〇二〇（令和二）年一〇月最高裁第二小法廷の上告不受理によって、一応の決着がついた。最終的には、原告水利組合の訴えは全面的に斥けられ、市側の主張がほぼ認められた形になった。しかし、この事件は果たしてどのように決着をつけることが適切・妥当であったか、長らく入会権を研究してきた者として疑問を抱かずにはいられない。

訴訟の概要⁴を紹介するとともに、判決の問題点を指摘したい。

一 和歌山県岩出市大門池訴訟の経過

さきに述べたように、本件訴訟は足かけ一五年の永きにわたって争われてきた（一連の経過は、表1および2に掲載したので参照されたい）。一五年もの歳月を要したのは、第一次訴訟―入会権確認訴訟と第二次訴訟―駐車場の明渡と損害賠償請求訴訟と二次にわたる訴訟を経ているからである。そのうち第一次訴訟は、原告の当事者適格をめぐる争いが最高裁まで行ったあと地裁への差戻が命じられ、改めて本案（入会権が存在するか否か、入会権が存在するとしてそれは共有の性質を有する入会権かそれとも共有の性質を有しない入会権か）の实质審理が行われ、これも最高裁まで争われた。さらに第二次訴訟では、共有の性質を有しない入会権が存在することを前提に、同入会権の権能をめぐる論戦が展開された。これも最高裁まで争われた。

このように本件訴訟は、第一次訴訟（形式論争と实质審査）と、第二次訴訟と、表見的には三次にわたって訴訟が係属した外観をとり、いずれも地裁―高裁―最高裁とフルに争われた難事件となったのである。

表1 訴訟までの経過

<p>15世紀ころ 大門池・新池の築造（築造主体は不明）。 遅くとも天正13（1585）年ころには池の存在が確認できる。 藩政期 西坂本村、森村、堀口村、川尻村の4ヶ村の各一部から成る水利 集団が構成され、本件両溜池はこの水利集団によって支配進退されてき た。 享保6（1721）「奉願口上覚」、享保11（1726）「大門池水定書」の史料があ る。 明治期 地租改正段階 官民有区分の結果、官有地に区分された。 明治22年様式の土地台帳 「官有地」と記載。 明治22年 町村制施行、西坂本村、森村、堀口村、川尻村、押川村、奥安 上谷村、尾ヶ辻村、今中村を合併し根来村誕生。 明治23（1890）年7月21日 官有地特別処分規則（勅令第135号） 大正10（1921）年 国有財産法が成立（大正11年4月1日同法施行） 大正11（1922）年3月23日、国は根来村に対し、両溜池敷地を贈与。 同年11月7日付 贈与を原因とする「那賀郡根来村」名義の所有権移転登記 手続。 昭和31（1956）年9月30日 根来村は周辺町村と合併し、岩出町となる。 昭和52（1977）年 大門池・新池両溜池水利組合設立。 昭和59（1984）年12月25日 新池駐車場用地について、岩出町と組合の間 で賃貸借契約を締結。 昭和63（1988）年4月1日 大門池の一部について、釣堀業者との間で賃 貸借契約を締結。 平成4（1992）年4月1日 釣堀業者との上記賃貸借契約を更新。 平成6（1994）年12月25日 岩出町との新池駐車場用地の賃貸借契約を更 新。 平成14（2002）年7月 大門池を埋め立てて町立図書館を建設する計画が スタート。 平成15（2003）年8月11日 「根来村」の登記名義を「岩出町」に書き替え。 平成16（2004）年3月24日 - 17年3月31日 岩出町は大門池の一部を埋め 立て。 平成16（2004）年12月22日 - 17年10月31日 埋立地に図書館を建設。 平成16（2004）年12月 新池駐車場の賃貸借契約終了。市は更新を拒否。 平成18（2006）年4月1日 市制施行によって、岩出町は岩出市となる。</p>	<p>八論 説 ▽</p> <p>修道法学 四四卷 二号</p> <p>七三一 （二五三）</p>
---	---

表2 訴訟提起後の経過

和歌山県岩出市大門池訴訟の総括的検討(一)(矢野)

○第1次訴訟【入会権確認訴訟—差戻前】原告適格をめぐる争い	
平成18(2006)年12月6日	水利組合員70名が岩出市と原告に参加できない17名を被告として訴え—主的に水利組合員87名の共有入会地であること、予備的に共有の性質を有しない入会地であることの確認を求め—を和歌山地裁に提起。
平成19(2007)年11月20日	和歌山地裁判決—却下(固有必要的共同訴訟論)
平成20(2008)年5月30日	大阪高裁判決—控訴棄却
平成21(2009)年12月8日	最高裁判決—原判決破棄、和歌山地裁に差戻
○第1次訴訟【入会権確認訴訟—差戻審】実質審理	
平成24(2012)年5月29日	和歌山地裁判決—共有入会権の成立は認めず、共有の性質を有しない入会権の成立を認める。
平成25(2013)年11月20日	大阪高裁判決—控訴棄却
平成26(2014)年9月2日	最高裁第三小法廷決定—上告不受理
○第2次訴訟【駐車場明渡と損害賠償請求訴訟】	
平成27(2015)年12月28日	水利組合代表者は訴え—駐車場の明渡と損害賠償請求—を和歌山地裁に提起。
平成31(2019)年3月27日	和歌山地裁判決—原告の損害賠償請求を却下(鍵撤去は認める)
令和1(2015)年12月13日	大阪高裁判決—原告控訴棄却、被告敗訴部分取消。
令和2(2020)年10月2日	最高裁第二小法廷決定—上告不受理

(1) 訴訟に至るまでの経過

和歌山県岩出市に所在する根来寺は、そもそも覚かく鑱ばん上人が高野山から独立して創建した新義真言宗の総本山である。広大な伽藍を配置していたが、天正一三(一五八五)年豊臣秀吉によって焼き討ちにされ、大塔・伝法院など一部を残して焼失した。江戸時代に紀州徳川家の援助のもと復興がはかられ、今日に至っている。⁽⁵⁾

本件訴訟の対象となった溜池は、根来村の大門の門前に所在することから、古くから「大門池」と呼ばれてきた。同池は数百年にわたって当地の水田耕作者たちに農業用水を供給する役割を果たしてきた。⁽⁶⁾ 同池主要部分の面積は、二九、六〇〇平方メートル、他に堤塘部分六、四二七平方メートルを含む。また新あたらし池は、大門池の真上に位置し、大門池の

七三〇(二五二)

補助水源としての機能を果たしてきた。新池の面積は、一八、七六〇平方メートル、堤塘部分は二、四六九平方メートルである。「大門池」および「新池」を利用しかつ管理してきたのは、藩政期における複数の村々の農民たち（西坂本村、森村、堀口村、川尻村の四か村にわたり、しかもその全農民ではなく、両池の水かかりに位置しこれを農業用水として利用してきた農民たち）であつた。⁽⁸⁾

明治期に入り、地租改正およびその後の土地政策によつて、近代的土地所有権制度が導入され、名義は転々変遷することとなつたが、地元水利集団によつて管理され利用されるという形は基本的にかわつていない。

地租改正段階においていかなる地券がだれに発給されたか、詳細は不明である。⁽¹⁰⁾ただ、明治二二年様式の土地台帳（法務局保存）によると、大門池・新池の所有者欄に「官有地」と記載されているところから、両池は官民有区分の最終結果として官有地に区分されたことが知られる。⁽¹¹⁾

大正一〇（一九二一）年国有財産法が成立し、同法の施行（同一一年四月一日）に先立ち、国有財産とされているものうち不要存置財産は民に払い下げられることになつた。このとき、〈贈与―大正一一年三月二三日、保存登記―大正一一年八月二九日、移転登記―大正一一年一月七日〉の日付けで両池は官有地から「根来村」に譲与された（土地台帳記載）。根来村は、明治二二（一八八九）年町村制施行により誕生した（西坂本村、森村、堀口村、川尻村、押川村、奥安上谷村、尼ヶ辻村、今中村を合併）行政村である。この国有財産払い下げに関し、和歌山県内の溜池では地元水利組合名義に払い下げられたところもあつた⁽¹²⁾一方、地元払い下げられなかつたものもあつた。本件両溜池に関しては、地元水利組合ではなく行政村としての「根来村」に譲与されたことになつた。これが今次一連の紛争の契機となつたと考えられるのであるが、これについては、後に論じることにする。

溜池の登記名義は「根来村」となったが、行政村たる根来村は、両池の維持・管理・利用に関して全く関与することなく、また所有主体であるとの主張もしてこなかった。第二次大戦後の昭和三一（一九五六）年、根来村は周辺町村と合併し、岩出町の一部となった。岩出町も根来村と同様、両溜池については水利組合に権利があるとの態度に終始し、「根来村」の登記名義も放置されてきた。これを「岩出町」名義に書き換えたのは、大門池の埋め立てと図書館建設によって水利組合との紛争が持ちあがった平成一五（二〇〇三）年八月に至ってであった。ついで平成一八（二〇〇六）年の市制施行によって、岩出町は岩出市となり、現在に至っている。

ところで岩出町時代の平成一四（二〇〇二）年七月、大門池を埋め立てて町立図書館を建設する計画がスタートした。同町は図書館用地として大門池の半分を埋め立てたいと水利組合に申し入れた。水利組合は図書館建設それ自体の意義は認めたが、その後岩出町の態度が一変したことから事態の紛糾を招いた。すなわち町は、それまで根来村のままであった登記名義を岩出町に書き換え（平成一五年八月）、町有地であるから水利組合の同意は不要であるとの態度をとるようになり、池の埋立と図書館建設を強行したのである。

（２）第一次訴訟―「固有必要的共同訴訟」論をめぐる形式的審理

平成一八（二〇〇六）年二月六日、水利組合員七〇名（選定当事者―NおよびKの二名）が岩出市および原告に参加できない一七名を被告として大門池が水利組合員八七名の共有入会地であること、予備的に共有の性質を有しない入会地であることの確認を求める訴えを和歌山地裁に提起した。

和歌山地裁では、平成一九（二〇〇七）年一月二〇日に判決があった。入会権確認訴訟においては、すべての権利者

が原告となつてゐる必要がある(いわゆる「固有必要的共同訴訟」論)⁽¹³⁾とて、本件には原告となつてゐない権利者が存在するとして、訴え自体が不適法であるとして却下するものであつた。原告は大阪高裁に控訴したが、平成二〇(二〇〇八)年五月三〇日の大阪高裁判決も棄却であつた。

ところが、平成二〇(二〇〇八)年七月一七日最高裁第一小法廷判決において、入会権確認訴訟における「固有必要的共同訴訟論」適用の見直しがなされた。⁽¹⁴⁾本件にも同判旨が適用され、平成二一(二〇〇九)年一月一日、最高裁は原判決を破棄し、和歌山地裁に差し戻す旨を言い渡した。

(3) 第一次訴訟―差し戻後の実質審理

前節で紹介したように、第一次訴訟の前半は、固有必要的共同訴訟論をほとんど唯一の争点とする形式論に終始し、内容面にわたる実質的審理はほとんどなされなかつた。最高裁の判決において、原判決が破棄され和歌山地裁に差し戻されたことによつて、出発点にもどつて実質審理が開始されることになつた。

① 和歌山地裁判決(平成二四(二〇一二)年五月二九日)

二年半余の審理の後、平成二四(二〇一二)年五月二九日、和歌山地裁で判決の言い渡しがあつた。判決は、原告の請求のうち、本件溜池に水利組合の共有の性質を有する入会権の成立(主位的請求)は認めなかつたが、共有の性質を有しない入会権の成立(予備的請求)を認めるものであつた。

判決は、「明治時代以前から、本件溜池の下流域にあつた西坂本村、森村、堀口村及び川尻村の4か村に属し、本件水

利集団を構成していた本件構成員らが、本件両溜池の水を灌漑水として利用し、本件水利集団が、各村間の水利の調整方法等を決めていたこと、明治時代以後、本件構成員らが、大門池の水の利用に関する役割を決め、本件水利集団が、費用を出して、池の設備を維持管理していたことが認められる。……本件水利集団を構成していた本件構成員らが、官民有区分以前に、本件両溜池の水の利用及び管理に關し、慣習に基づく排他的な支配権限を有していたことを推認することができる」と述べ、「本件構成員らは、官民有区分以前に、本件土地の地役入会権を有していたと認めることができる」と地役入会権の存在を肯定した。

しかし、共有入会権の存在については、「本件両溜池自体が、本件構成員らによって築造されたことを認めるに足る証拠はない。……取り決めは、大門池の水利に関する事項に限られるものであった」また、「官民有区分により官有地に区分された他の近隣の溜池の敷地は、大正時代に各溜池に係る水利組合に払い下げられたが、本件両溜池敷地は、本件水利集団に払い下げられず、本件水利集団が払い下げを受けようとしたことを認めるに足る証拠もない」「本件構成員らが、官民有区分以前に、本件土地について、所有者としての排他的支配権限を有していたことを推認することはできない」と述べ、また時効取得の主張についても「本件払い下げの前後を通じて、本件水利集団に属していた本件構成員らが、……所有者としての排他的な支配権限を有していたことを推認させるような事実認められないから、時効取得に必要な所有の意思があったとは認められない」として、共有入会権の成立を否定した。

〔地裁判決に対する筆者のコメント〕ここで判決は、原告水利集団には、「所有者としての排他的な支配権限」が存在しなかったと断定している。「所有者としての排他的な支配権限」とは何か。他に競合者―同様の権利を主張する者がいた場合、他の権利者を排して自己の支配権限を認めさせる権能のことを言うのであろう。しかし本件に關し、近世においてはそ

のような競争的権利を主張する者はいなかったのであり、排他的権限を行使するまでもなく、水利集団の「支配・進退」が自己のみならず周辺諸団体においても認識されてきたのである。

②大阪高裁判決（平成二五（二〇一三）年一月二〇日）

前記地裁判決に対し、原・被告双方が控訴し、大阪高等裁判所で審理が続けられた。本審理中の出来事として特筆すべきは、審理の途中において裁判所側が当事者に対し積極的に和解を勧めたことである。この和解案を以下に示しておく。

和解案（骨子）

大阪高裁 民事第5部

- 1 1 審原告ら、1 審被告岩出市及び被控訴人（当初、訴訟に加わらなかった方）らは、大門池及び新池（以下「本件両溜池」という。）のうち現に溜池として存在している部分について、大門池・新池両溜池水利組合（以下「本件水利組合」という。）が共有の性質を有しない入会権（以下「地役人会権」という。）を有していることを確認する。
- 2 1 審原告ら、1 審被告岩出市及び被控訴人（当初、訴訟に加わらなかった方）らは、大門池及び新池（以下「本件両溜池」という。）のうち現に溜池として存在していない部分について、1 審原告らが何らの権利も有していないことを確認する。

- 3 1 審被告岩出市は、本件水利組合に対し、本件解決金として三〇〇〇万円を支払う。

上記和解案提示の理由

（1 審原告らに対し）

1 原審は、1審原告らが本件両溜池について、共有の性質を有する入会権（以下「共有入会権」という。）を有することの確認を求める旨の主位的請求を棄却し、地役入会権を有することの確認を求める旨の予備的請求を容認した。本件両溜池が明治期における官民有区分の際に官有地に区分されたこと等の事実を照らせば、主位的請求を棄却した原審の判断は相当であると考えられる。

他方、予備的請求に関する判断については、農地面積の減少や紀の川用水の通水により、組合員らが本件両溜池の水を利用する頻度は大きく下がったものと認められる。現時点における本件両溜池の水の利用者は、大門池、新池のそれぞれについて各1名ずつであり、水利組合としての組織的利用といえるかどうかも疑問の余地がある。これらの事情からすると、本件水利組合の地役入会権を認めた原審の判断を見直す余地も十分に考えられるところである。

2 もっとも、本件水利組合が本件両溜池について、少なくとも従前は地役入会権を有していたことが認められるから、1審被告岩出市が大門池の一部を埋め立てて図書館を建設したことは、本件水利組合の地役入会権を侵害する性質を有する行為であったものと認めるのが相当である。また、原審の判断を前提とする限り、1審被告は現在に至るまで、本件水利組合の本件両溜池に対する地役入会権を侵害しているものと評価すべきこととなる。

3 これらの点を考慮し、当裁判所は、上記の和解案を双方に提示する。なお、1審原告らは和解案として、1審被告岩出市から本件水利組合に対する将来にわたつての賃料支払を提示しているが、紛争を将来に残すことになりかねないため、上記提案は相当ではないと考える（なお、解決金の額については、双方の受託可能性も含め、諸般の事情を総合的に考慮した結果であり、土地の評価額等から積算したものではない）。以上¹⁵⁾

この和解案は、基本的に前審和歌山地裁の結論を踏襲することを匂わせながら、双方の妥協を促している。その中で、「被告巨石出市が大門池の一部を埋め立てて図書館を建設した行為は水利組合の入会権を侵害する」と明確に言い切っており、さらに「一審被告は現在に至るまで、本件水利組合の本件両溜池に対する地役入会権を侵害している」と述べているのは、注目に値する。そして本件紛議解消のための解決金として三〇〇万円という額を提示しているのも裁判所の相場感を示すものとして、興味深い。

原告側は和解案受諾の意向を示したが、被告が拒否したため結局和解は成立しなかった。平成二五(二〇一三)年一月二〇日大阪高裁で判決の言渡しがあった。

本件の争点である共有入会権の成否について、高裁判決は原審和歌山地裁の判断を維持し、その成立を否定した。まず、池の築造について、「本件両溜池が純然たる民有地内に本件水利組合の私費で築造されたとまで認めるに足りる証拠はない」とした。ついで、維持管理の態様については、原告が、「水配分や維持管理の定め、樋や余水吐^{うてび}等の維持管理費用の支出、維持管理のための賦役を課し管理費を徴収していることは、共有入会権を有している」と主張したのに対し、判決は、「これらはいずれも本件両溜池の取水のための諸施設維持や取水・利水のための賦役ないし管理費の徴収という限度では認められるが、その範囲を超えて、溜池それ自体の底地管理とか、溜池と一体を成す底体・堤塘全体の排他的維持管理に及ぶものとは認められない」とした。また原告が、「池モリ止メ」への支出、「ガードレールの設置」など、堤塘の保護の為費用の支出を行っていることを指摘したのに対し、判決は、「池モリ止メ」の支出は取水に支障がある場合にそれを除く限度、ガードレールの設置は局所的な対応に止まっていると、述べる。結論として、「本件構成員らが、本件両溜池及びその敷地に対し、所有者として継続的かつ排他的支配をしていたとは認め難い」、「用水路を分水して給水する行為は用水

路の敷地利用と密接不可分のものであるが、溜池から取水する行為は溜池の底地所有権とは関係が薄い」として、共有入会権の成立を認めなかった。

なおこの点に関連するが、大正一年の両溜池の払い下げに際し、水利組合に払い下げられなかったのは、原告水利組合に法人格がなかったので払い下げの受け皿たりえなかったためであると原告が指摘した点について、判決が関説しているのは注目される。この点はやや込み入った解説を要するので、続稿(二)で述べることにする。

こうして本判決は、共有入会権の主張を否定したのであるが、他方地役入会権の成立については、原審地裁判決と同様にこれを肯定した。

「本件水利集団は、本件両溜池の「水掛かり」として、古来から取水施設を設けた上、その維持管理費用を団体として支出し、本件構成員らから賦役ないし管理費の徴収を行い、本件構成員らに水の配分や調整を行っていたことが認められること、また本件両溜池につき、その池水の利用の範囲で他人にこれを得させるときには利用権を設定した上、その対価を收受するなどしていることが認められること、このような利用態度は、本件両溜池が官有地に編入される以前から継続していることが認められるから、本件水利集団ないし本件水利組合は、本件両溜池につき、地役入会権を有していると認められる。」

〔高裁判決に対する筆者のコメント〕この大阪高裁判決は、地役入会権の成立を認め、かつ「利用権を設定した上、その対価を收受する」慣習が成立していることを認定したのは、評価に値する。しかしこの判断は、第二次訴訟において、根底から覆されてしまうのである。なお、この高裁判決も共有入会権の成立を認めなかった点において、十分とは言えない。ため池の築造について、「純然たる民有地内に本件水利組合の私費で築造されたとまで認めるに足りる証拠はない」とする認

定は、本池の築造時点すなわち前近代において近代的所有権の制度があったという前提から説かれていて、まったく不適当な叙述である。その点は措くとしても、大正十一年の払い下げが明治二十三年「官有地特別処分規則」に依拠したとの認識に至っていないながら、その解釈を誤ったのは残念である。この点についても、(二)で述べることにする。

③ 最高裁決定

右の大阪高裁判決に対して、原告被告双方が上告したが、最高裁は、平成二六(二〇一四)年九月二日上告不受理の決定を下した。これによって入会権の確認を求めた第一次訴訟については、原告水利組合の共有入会権の成立を否定し、地役入会権の成立は認容するという形で結着することとなった。

(4) 第二次訴訟―地役入会権の権能

岩出市は、新池の一部を埋め立てて駐車場用地として利用する目的で、昭和五九(一九八四)年から水利組合との間で期間一〇年の賃貸借契約締結して利用してきた。この契約は平成六(一九九四)年に更新された。しかしながら、再度の契約期間満了を迎えた同一六(二〇〇四)年には、市は更新を拒否した。おそらく、図書館建設等をめぐる水利組合との確執が背景にあったものと推察される。しかしその後、依然として駐車場の利用を続けていた。

水利組合の立場からすれば、市の駐車場運用は、無権限による新池の占拠であり不法行為を構成するとして、平成二七(二〇一五)年二月二十八日、駐車場の明け渡しと損害賠償を求める訴訟を和歌山地裁に提起した。第一次訴訟で認められた地役入会権が請求の根拠である。また原告は、鍵の撤去要求¹⁶⁾を前記訴えに付け加えた。

①和歌山地裁判決（平成三一（二〇一九）年三月二七日）

平成三一（二〇一九）年三月二七日の和歌山地裁判決は、原告の損害賠償請求を却下した。ただし、鍵の撤去は認めた。まず判決は、地役入会権に基づく明渡請求に関して、「地役入会権の内容は、各地方の慣習に従うほか、民法の地役権に関する規定が準用される（民法二九四条）、地役権には、土地所有者による使用収益権能を全面的ないし広範囲に制限する性質は、当然には認められない」と一般論を述べる。

前述の文章に続けて判決は、「原告の被告に対する地役入会権に基づく明渡請求（厳密には、被告の占有を排除するため、返還請求に当たるものと解される。）が認められるか否かは、原告の地役入会権について、原告と被告との特段の合意がなくとも当然に、被告の本件土地に対する使用収益権能を制限し、上記明渡請求を正当化するだけの慣習が存在すると認められるか否かによって決すべきである」と述べる。

そして、判決は慣習の有無についての検討に入る。

「確かに、大門池については、原告は、遅くとも昭和一五年以降、従前の耕作のための水利以外の利用も行っており、被告もそれに対して何ら異議を述べていなかったことから、耕作のための利水という本来的な共同利用のほかに、入会地を第三者に利益させる利用形態も事実として行われていたと認められる。

しかし、新池については、全証拠を総合しても、本件土地の埋立て及び本件駐車場の造成以前に、耕作のための池水の利用を超えた利用形態を取っていたとは認められない。新池と大門池は、近隣に位置し、水路によって接続しているものの、あくまで、別個の溜池であるから、大門池の上記利用方法の変化をもって、新池について、同様の利用形態が慣習になったとまでは認められない。

他方、新池について、埋立てによって本件土地が造成された後、前提事実(4)及び上記(1)ウのとおり、原告と被告は、昭和五九年一月二十五日から二〇年間、原告が被告に本件土地を賃貸する形式の本件賃貸借契約を締結し、同契約に基づき、被告が原告に対して、賃料を支払っていた事実が認められる。

しかし、本件賃貸借契約は、昭和五九年以降に締結されたに過ぎないほか、本件土地の造成のため、新池の約半分が埋め立てられることをきっかけに締結されたものであつて、原告が地役入会権に基づいて利用することができる池水の貯水量が減少することに対する補償の趣旨でなされたものと解することも可能である(実際に、上記1(1)エ(ア)のとおり、被告は、本件図書館建設の際も、大門池の貯水量を減少させることを根拠に、原告に対し、一定金額の補償を申し出ている)。そうすると、上記事情をもつて、直ちに、特段の合意がなくとも当然に被告の本件土地に対する使用収益権能を制限し、上記明渡請求を正当化するだけの慣習が形成されたものと認めることはできず、ほかに同慣習を認めるに足りる証拠はない。

原告は、原告が本件両溜池を維持管理してきた慣習があると主張するが、このことをもつて、本件両溜池について地役入会権を有することを超えて、被告の所有権による使用収益権能を制限し、上記明渡請求を正当化するだけの慣習があつたことを十分に根拠付けることはできず、上記認定を左右しない。」

ただしこの地裁判決は、地役入会権に基づく鍵の撤去請求については、これを認めている。

〔(前略)したがつて、原告の地役入会権には、大門池の池水を耕作のために取水する前提として、大門池の開樋(大門池外の水路への池水の放水や、原告組合員が必要とする水量に応じた開樋の段階の調整などを含む。)及び水量調整(耕作

において大量の水が必要になる時期や、複数の原告組合員の農作業が集中すると見込まれる時期に備え、貯水しておくことなどを、被告の関与なく原告の裁量において行うことができる権能が、慣習によってふくまれていたものと認められる。

したがって、原告の地役入会権には、大門池の池水を耕作のために取水する前提として、大門池の開樋（大門池害の水路への池水の放水や、原告組合員が必要とする水量に応じた開樋の段階の調整などを含む。）及び水量調整（耕作において大量の水が必要になる時期や、複数の原告組合員の農作業が集中すると見込まれる時期に備え、貯水しておくことなどを）、被告の関与なく原告の裁量において行うことができる権能が、慣習に拠って含まれていたものと認められる。

（前略）原告は、地役入会権に基づき、本来、原告が被告の関与なく自由に開樋や水量調整を行うことができる権能を有しているのであるから、被告が、大門池の開樋及びその水量調整を行うのに必要な設備である樋に鍵①や鍵②を設置し、原告の操作を妨げ、被告に依頼しない限り、開樋や水量調整を行えない状態にしていることは、上記内容の原告の地役入会権に対する侵害行為であると解するのが相当である。

したがって、原告は、被告に対し、地役入会権に基づく妨害排除請求として、大門池の入口扉（鍵①）及び樋のハンドル（鍵②）に設置された鍵の撤去を求めることができる。」

〔地裁判決に対する筆者のコメント〕

本判決を通読して感ぜられるのは、前訴において原告が地役入会権を有することがすでに確定しているから、これを前提としたうえで、いかにその権能の範囲を狭めるかに腐心していることである。すなわち地裁においては、原告の有する地役入会権は、ただただ水田耕作に資するため池の水を利用すること、すなわち「利水」機能のみに止めようとしている

のである。

その第一のあらわれが、地役入会権を単なる利用権の範疇にとどめる解釈である。

まず判決が述べる一般論「地役入会権の内容は、各地方の慣習に従うほか、民法の地役権に関する規定が準用されるところ（民法二九四条）、地役権には、土地所有者による使用収益権能を全面的ないし広範囲に制限する性質は、当然には認められない」がきわめて問題である。

前半部分は、民法二九四条の規定を祖述するだけであるから、問題はない。しかし、後半部分になると、いつの間にか共有の性質を有しない入会権（＝地役入会権）を地役権と同一視して、地役入会権の権能を地役権の権能にすり替えて論じている。民法二九四条の規定によれば、共有の性質を有しない入会権の第一次法源は「各地方の慣習」であり、当該地方に該当する慣習が存在しないとき地役権の規定が「準用」されるにすぎない。当該地方の慣習を精査することなく、地役権の規定に依拠して安易に判断しようとする態度は、民法学の解釈論として明らかに誤りである。

さらに原告の明け渡し要求を認められるかどうかの基準として述べた「原告の地役入会権について、原告と被告との特段の合意がなくとも当然に、被告の本件土地に対する使用収益権能を制限し、上記明渡請求を正当化するだけの慣習が存在すると認められるか否かによって決すべき」という文章は、何度読んでもその意味を理解しえないきわめて奇妙な文章である。本件においては、すでに特段の合意（契約書）が存在したことが周知の事実となっている。ここでは賃貸人は水利組合であり、市が賃借人となっている。被告たる市は、原告水利組合が本件土地を賃貸すべき法的地位にあることを承認したうえでこの賃貸借契約を締結して、はじめて本件土地の使用収益権を得たのであって、その逆ではない。要するに裁判所としては、この契約書が有効に存在すると困るから、この特段の合意をなきものにして考えようと言っているのだ

ある。もし本当にこの契約書をなきものにしよとすれば、この契約は無効であると言いつてもいいのであるが、そこまでの蛮勇は持てないので、このあとの箇所で、「(本件賃貸借契約は) 池水の貯水量が減少することに對する補償の趣旨でなされたものと解することも可能である⁽¹⁷⁾」と、きわめて自信のない言い廻しで辻褃を合わせようとしているのである。

ところで、前訴大阪高裁判決は、原告の地役入会権には「その池水の利用の範囲で他人にこれを得させるときには利用権を設定した上、その対価を收受する」慣習が含まれていることを認定していたから、本判決は、被告が賃貸借契約の更新なしに(すなわち賃借料の支払いなしに) 駐車場用地を利用できるという結論を導くために、さまざまな技巧を勞している。第一に、昭和五九年以来の近々の慣習であること、第二に、この契約にもついで支払われた金員は賃借料ではなく、「池水の貯水量が減少することに対する補償の趣旨」でなされたものと解することも可能であるとのレトリックである。しかしこれは単なる「推論」に過ぎない。民事裁判において、当事者の権利関係を証拠づける契約文書について、これを当該文書の文言を離れて別の趣旨に読みかえるべきであるとの論断は、軽々にはできないはずである。本件の場合、賃貸借契約書の文言を離れて、これを補償の趣旨の契約であるとするためには、それ相応の論拠が必要であろう。「解することも可能である」旨の文言は、その論拠も示せず論証もできなかったことを糊塗しているように見える。そして第三が、大門池と新池の分離論である。「入会地を第三者に利益させる利用形態も事実として行われていた」大門池と、本件駐車場が設置されている新池は、「あくまで、別個の溜池である」として、前者に契約利用形態の慣習が認められるからといって、後者にはこれを認めないというのであるが、いかにも苦しい。両池は同じ水利組合の管理のもとに維持されてきたのであるし、「近隣に位置し、水路によって接続している」ことを本判決も認定しているのである。高裁段階にはいつて原告水利組合側の反論を受けたからであろうか、この両池分離論は、高裁判決では全くふれられなくなるのである。

最後に被告が勝手に付けかえた鍵について、これの撤去を命じた部分は、きわめて納得できる論述である。この部分は、本判決にたずさわった裁判官の一片の良心を示したものと評価できるであろう。

②大阪高裁判決(令和元(二〇一五)年二月二三日)

前記和歌山地裁の判決に対し、原・被告ともに控訴した。被告岩出市の控訴は、被告敗訴部分Ⅱ鍵の撤去請求が認められたことの取り消しを求めたものである。

令和元(二〇一五)年二月二三日 大阪高裁で言い渡された判決は、原告控訴を棄却するとともに、被告敗訴部分を取消すとの判断であった。

まず判決は、地役入会権の内容に関して、前記和歌山地裁の一般論を繰り返す。「地役入会権の内容は、各地方の慣習に従うほか、民法の地役権に関する規定が準用されるところ(民法二九四条)、地役権には、土地所有者による使用収益権能を全面的ないし広範囲に制限する性質は、当然には認められない」と。したがって、「一審原告の地役入会権に基づく明渡請求が認められるか否かは、一審原告の地役入会権について、一審原告と一審被告との特段の合意がなくとも当然に、慣習上、一審被告が本件土地を駐車場として使用することによって一審原告の地役入会権が侵害されているといえるか否かによって決すべきである」と原審の記述をくり返し、このような慣習が存在したかどうかの検討に移っている。ここまで原審を踏襲しながら、高裁判決は地裁判決の両池分離論はまったく援用せず別のルートに踏み込んでいく。

そして判決は、慣習の有無についてつぎのような判断を展開する。

「(前略) 他方、それら水利集団における取決めは、大門池の水利に関する事項に限られており、費用を負担して維持管

理していたのも本件両溜池の取水のための諸施設の維持や取水・利水のための費用にとどまる。確かに、1審原告は、大門池の堤体工事の地元負担金を負担し、ガードレールを敷設し、草刈りをするなど、堤体の関係にも一定の費用を支出している。しかし、前二者は一時的、部分的なものであり、草刈りも池水の取水・利水を適切に維持するためであると考えられるから、池水の利用に必要な範囲を超えて、溜池それ自体の底地の管理とか、溜池と一体をなす堤体、堤塘全体の排他的管理に及ぶとは認められない。これらからすると、原告の有する地役入会権は、本件両溜池の水の利用について認められてきたものであつて、それに必要な範囲での使用を超えて、溜池や堤体、堤塘を排他的に占有し、支配する権能を含む慣習が存在するとは認められない。

これに対し、1審原告は、その地役入会権について、本件両溜池の池水の利用を越えて、溜池や堤防敷地を第三者に賃貸する契約の利用の形態も慣習となつていと主張する。(前略)しかし、釣り堀、貸しボート及び養漁場としての賃貸は、地役目的である灌漑用水としての利用を害しない範囲で本件両溜池の池水を釣堀業者等に利用させ、その収入を1審原告の運営の経費に充てようとしたものであり、池水の副次的利用というべきものであつて、堤体、堤塘の利用に及ぶものではない。(中略)1審原告によるこのような利用について1審被告が何ら異議を述べて来なかつたとしても、そのことから直ちに1審原告の地役入会権が池水の利用と無関係に溜池や堤体、堤塘を排他的に占有し、支配する権能を含むものとなつたと解することはできない。

(前略)しかし本件賃貸借契約は、本件土地の造成のために、新池の約半分が埋め立てられることをきっかけに締結されたものであつて、それ以後、賃料名下に合計4700万円の金員が支払われたことからすると、1審原告が地役入会権に基づいて利用することができる池水の貯水量が減少することに対する補償の趣旨でなされたものと解することも可能であ

る。(中略)したがって、本件賃貸借契約の締結の事実によっても、1審原告の地役入会権が、本件両溜池の水利に必要な範囲での利用を超えて、溜池や堤体、堤塘を排他的に占有し、支配する権能を含む慣習が存在するとは認められない。(後略)

1審原告の入会権が本件両溜池の池水の利用を超えて、溜池の土地(底地、堤体、堤塘)の排他的な占有使用にまで及ぶとすれば、それは共有の性質を有する入会権(共有入会権)にはかならないというべきであるところ、前訴において1審原告の共有入会権の主張が認められなかったことは、前記のとおりである。」

〔高裁判決に対する筆者のコメント①〕

判決の論理を要約すると、「原告らの入会権は、共有入会権ではなく、地役入会権である↓地役入会の権能は水の利用に限定される↓水の利用を越えて堤体・堤塘の管理に及ぶとすればそれは地役入会権ではなく共有入会権である↓原告らの入会権は共有入会権ではなく、地役入会権であると前審で認定された↓……」と、見事な循環論法を提示している。本件の慣習を検討するとはいうものの、「大門池の堤体工事の地元負担金の負担や、ガードレールの敷設は、一時的・部分的なものである」「草刈りも池水の取水・利水の維持のためである」「釣り堀・貸しボート・養漁場としての賃貸は、池水の副次的利用である」と、すべて「水の利用」カテゴリー内に収めて処理しようとしている。では、「池水の維持」のためでもなく、その「一時的・部分的利用」でも「副次的利用」でもない、本件賃貸借契約について判決は何と述べているか、「池水の貯水量が減少することに対する補償の趣旨でなされたものと解することも可能である」との前審の根拠薄弱な「推論」をくり返すにとどまっているのである。

さらにこの高裁判決は、前記鍵の撤去問題について、驚くべき論理を展開する。

〔前略〕したがって、1審原告の地役入会権には、大門池の池水を耕作のために取水する前提として、大門池の水量調節を行う権能が慣習によって含まれてきたと認められる。

一方、(中略)豪雨等により溢水や堤防の決壊が生じた場合は、付近住民や公共施設に大きな被害が生じることになる。そして、このような被害の発生を防止すべき第一義的な責任は、住民の安全を守る責務を負う地方自治体であるとともに、本件両溜池の所有者としてその管理責任を負う1審被告にある。(中略)したがって、1審被告が大門池の水位調整を直接管理する必要性は高く、特に震災や豪雨災害の危険性が高まり、住民の防災意識や権利意識も高まっている近年の状況の下においては、1審被告が大門池の水位調整を直接管理する必要性は以前にも増して高まっているといえる。(中略)

また、1審原告は、1審原告は古来より本件両溜池を適切に管理しており管理能力があると主張するが、1審原告が行ってきた管理は水利のためのものであるから、防災上の管理について1審原告が1審被告よりも適切に行い得るとは認めがたい。(中略)

以上のとおり、1審原告の地役入会権には大門池の水量調節を行う権能が含まれていると認められる一方、1審被告には大門池の所有者としての溢水等による周辺住民の被害を防止するために水位調整を行う権限と責任がある。また、大門池の現在の樋は1審被告が設置した施設であり、その管理の責任も1審被告にある。1審原告が行う大門池の水量調整と1審被告が行う水位調整とは、その目的を異にしており、前者の権能が当然に後者に優先するとはいえない。(中略)したがって、地役入会権に基づく大門池の樋の鍵の撤去請求は理由がない。

〔高裁判決に対する筆者のコメント②〕

この判決は、大門池の現在の樋およびそれにつけられた鍵は岩出市が設置した施設としているが、それは、原告が設置

したものをその承諾なしに不当にも取り壊して設置したものである。それに至る過程として、大門池の樋の鍵の取り換えがあった。これに関し、前訴大阪高裁判決は、「予備鍵が賃借人であった釣堀業者において保管されていたことを奇貨として1審被告岩出市が鍵を交換してしまった」と認定している。近代法の大原則の一つに、「自力救済の禁止」という原則がある。仮に溜池の所有権が被告岩出市にあり、原告水利組合の権利は地役入会権にとどまるとしても（この点は当時係争中であった）、自己を所有者であると信じる市が、原告において平穩に占有し管理してきた水利組合の鍵を強引に撤去しこれを新しい鍵によって置き換えてよいはずはない。判決は行政体としての防災上の責務を理由にあげるが、防災上の責務があれば法的手段によらず実力行使してよいという結論にはならない。岩出市の行為は、地方行政体であれば法を踏みこじつてもかまわないという態度に他ならず、これを容認した高裁判決は行政体の意向をそのまま貫徹させようとする権威主義的忖度にもとづく判決と言わねばならない。

③最高裁第二小法廷決定（令和二（二〇二〇）年一〇月二日）

原告は上告したが、最高裁から、上告事件として受理しない旨の通知があった。本決定は「本件上告の理由は、違憲をいうが、その実質は事実誤認又は単なる法令違反を主張するものであって、明らかに上記各項に規定する事由に該当しない」とだけ記したいわゆる三下り半判決であった。

(1) 『修道法学』第四〇巻第一号、二〇一七年。

(2) 森林経営管理法については多くの論考が存在するが、ここでは三木敦朗「森林経営管理法の課題と入会林野・生産森林組合」

- (中日本入会林野研究会『入会林野研究』第三九号、二〇一九年)をあげておこう。
- (3) この法についても多くの研究が存在するが、高村学人「所有者不明土地問題と入会権——表題部所有者不明土地の登記及び管理の適正化法の実施に求められること——」(中日本入会林野研究会『入会林野研究』第四〇号、二〇二〇年)をあげておく。なお私はこの論文のコメント「表題部所有者不明土地適正化法の投げかける問題——高村学人氏の問題提起に接して」を(中日本入会林野研究会『入会林野研究』第四一号、二〇二一年)に寄稿した。
- (4) なお私は、「入会権確認訴訟における最近の動向——固有を必要的共同訴訟論」見直し最高裁判決御における——」(『修道法学』第三六巻第一号、二〇一三年)において、本件訴訟がまだ終局に至らない中間段階において本件訴訟の状況を紹介した。また西洋「市所有名義の入会溜池所有権の帰属」(中尾英俊、江淵武彦編著『コモンズ訴訟と環境保全——入会裁判の現場から——』法律文化社、二〇一五年・所収)も本訴訟の全貌を紹介している。併せて参照いただければ、幸いである。
- (5) 根来寺の歴史については、中川委紀子『根来寺を解く』(朝日選書、二〇一四年)を参照されたい。
- (6) 大門池・新池の築造は、根来寺蔵「根来寺伽藍古絵図」(朝日選書、二〇一四年)を参照される。
- (7) 以上の数字は、明治期の土地台帳による(ただしメートル法に修正している)。
- (8) 藩政期における、大門池の支配進退を物語る史料として、梅田志保「根来寺周辺の荘園と開発」(『中世根来の内と外』二〇〇九年)、同「大門池・住持池に関する新史料」(和歌山地方史研究会編『和歌山地方史研究』五〇号、二〇〇九年)は、享保六(一七二二)年「奉願口上覚」、享保一一(一七二六)年「大門池水定書」の二史料を紹介している。
- (9) 本件水利集団は、江戸期の四カ村(西坂本村、森村、堀口村、川尻村)を基盤とするが、明治期には「大門池下聯合」と称し、のち昭和五二年「大門池・新池両溜池水利組合」を設立した。
- (10) 明治五(一八七二)年壬申地券の段階では、両池は「村持公有地」に該当したのではないかと推測される。ところが明治六年以降の地租改正、その後の明治七(一八七四)年「地所名称区分改正」(太政官布告一三〇号)によって、公有地の名称は廃止され、官有地もしくは民有地のいずれかに区分されることになった(官民有区分)。両池に関して確かなことは、官民有区分の結果「官有地」に認定されたことのみである。
- (11) 両池の官有地編入が妥当な措置であったかどうかの問題は残るが、これを解明することは将来の課題とせざるをえない。

(12) 本件溜池の近隣に所在し官有地に区分されていた住持池および中左近池の敷地は、大正十一年三月三日付けで国から「根来村山崎村住持中左近溜池普通水利組合」に贈与がなされている。また、口の池、中の池および奥の池の敷地は、同年四月四日付けで「山田普通水利組合」に贈与がなされている。

(13) 本判決では、昭和四一年一月二五日の最高裁判決を先例として引用する。

(14) 最高裁は、鹿児島県西之表市馬毛島の漁業用地をめぐる事件において、入会権確認訴訟が固有の共同訴訟であることは維持しつつ、権利者全員が原告に名を連ねる必要はなく、原告もしくは被告のどちらかにはいつていれば要件をみたしているとした。本件は、その後同種の多数当事者訴訟のリーディング・ケースとなった。

(15) 本文書には、年月日の記載がないが、平成三五(二〇一三)年七月二二日の提案と考えられる。

(16) この鍵とは、原告水利組合が水量調整のために大門池に樋を設け、管理してきたものである。岩出市は、図書館建設のため水を抜いて工事するためがあるため、釣り堀業者が保持していた予備鍵を利用して池の水を抜き、ついには組合の設置した鍵を破壊して別の鍵に取り替えたものである。

(17) 「補償の趣旨でなされた」という「推測」の補強材料として裁判所は、被告が「本件図書館建設の際も、大門池の貯水量を減少させることを根拠に、原告に対し、一定金額の補償を申し出ている」ことをあげている。しかしこの補償額の提示は、「平成一四年七月大門池の一部を埋め立てて、図書館を建設する計画を立て」た時であることを判決は認定している。どうして平成一四年時点における補償額の提示が、昭和五九年一月二月に結んだ賃貸借契約(これは平成六年にも更新されている)の契約意思の「推定」の根拠となりうるのか、さっぱり分からない。

(18) 「昭和五九年以来の近々の慣習である」との言い方は、慣習と認定するには経過年月が短いとの含意に聞こえる。では何年経過すれば、慣習と評価できるのであるか。判決は、これについて何も言及しないのである。