

入会権確認訴訟における最近の動向

——「固有必要的共同訴訟論」見直し最高裁判決後における——

矢野達雄

はじめに

一 鹿児島県馬毛島訴訟

(1) 本件の概要

(2) 差戻審の推移

二 山口県上関町神社名義地訴訟

(1) 原発立地予定地をめぐる訴訟の経過

(2) 差戻第一審判決とその問題点

三 和歌山県岩出市溜池訴訟

(1) 本件の概要

(2) 溜池の所有権をいかに把握するか

(3) 差戻第一審判決の検討

(4) 本件溜池はなぜ「根来村」に払い下げられたか

むすび

はじめに

平成二〇(二〇〇八)年七月一七日に言い渡された最高裁第一小法廷判決は、画期的な判決であった。

入会権の確認訴訟において、それまで判例の採用してきた「固有必要的共同訴訟論」は、実質的審理に入るのを阻止する役割を演じてきた。リーディング・ケースとされてきたのは、昭和四一(一九六六)年一月二五日最高裁第二小法廷判決であった。同判決は、「入会権は権利者である一定の部落民に総有的に帰属するものであるから、入会権の確認を求める訴えは、権利者全員が共同してのみ提起しうる固有必要的共同訴訟といふべきである」として、その一部の者によって提起されている請求は当事者適格を欠く不適法なものであるとして却下した。

しかしこの理論を徹底すると、部落民の間に利害の対立その他の事情から原告に名を連ねたくない者がいる場合、確認訴訟の提起そのものが不可能になる。このような隘路を打開するため、入会権の確認を求める原告は、訴訟に参加したくない権利者の一部を被告に加え、権利者全員が訴訟に参加している体裁を整え、実質的審理に入る道を追求めてきた。しかしながら裁判所は、これらの訴訟提起も前記固有必要的共同訴訟の要請を満たしていないとして、却下し続けてきたのである。⁽¹⁾

このような状態が継続してきたところ、前記平成二〇(二〇〇八)年七月一七日の最高裁第一小法廷判決は、入会権確認訴訟が固有必要的共同訴訟であることは維持しつつ、権利者全員が原告として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っていれば、要件を満たしているとして、従来の判例理論を変更した。判決はいう。

特定の土地が入会地であるのか第三者の所有地であるのかについて争いがあり、入会集団の一部の構成員が、当該第三者を被告として、訴訟によって当該土地が入会地であることの確認を求めたいと考えた場合において、訴えの提起に同調しない構成員がいるために構成員全員で訴えを提起することができないときは、上記一部の構成員は、訴えの提起に同調しない構成員も被告に加え、構成員全員が訴訟当事者となる形式で当該土地が入会地であること、すなわち、入会集団の構成員全員が当該土地について入会権を有することの確認を求める訴えを提起することが許され、構成員全員による訴えの提起ではないことを理由に当事者適格を否定されることはないというべきである。

本判決は、鹿児島県西之表市馬毛島を舞台とする入会権確認事件であった。本判決によって、事件は鹿児島地裁に差し戻され、改めて審理がやり直されることとなった。本判決の効果は、それだけにとどまらない。本件と同じく「固有必要的共同訴訟論」に基づき門前払いされていた他の訴訟もそれぞれ差し戻され、審理がやり直されることになった。

全国的な動向は知悉しないが、西日本の入会訴訟において、私の知りえたかぎりでも、山口県熊毛郡上関町四代地区の神社名義地を舞台とする訴訟と、和歌山県岩出市の大門池という溜池をめぐる訴訟が同様に差し戻された。

言うまでもなく、訴訟を提起した当事者たちが裁判所に求めたのは、審理が開始されることではなく（もちろん審理が開始されなければそれ以後の展開は望むべくもないのであるが）、入会権が存在するか否かの審理を通じて自分たちの権利の確認を求め併せて開発をストップさせることなどを求めたものである。それゆえ、入会権の動向に関心をもつ者にとっては、これらの訴訟において今日裁判所が入会権をどのように捉え判断しているかこそが、注視されなければならない。本稿は、「固有必要的共同訴訟論」によって門前払いされてきたこれら三件の入会権確認訴訟事件について、差し戻し後今

日までのように審理が展開してきたか、検討しようとするものである。

一 鹿児島県馬毛島訴訟

本件は、平成二〇(二〇〇八)年の最高裁第一小法廷判決「固有必要的共同訴訟論」の適用見直しを引き出した当該事件である。この事件については、牧洋一郎氏が訴訟の提起から今日まで詳しい報告と検討を適時発表している。本章の記述は、牧氏の研究⁽²⁾に多くを依拠していることをお断りしておく。

(1) 本件の概要

本件の係争地は、鹿児島県西之表市馬毛島(面積約八・五平方キロメートル)の葉山港周辺の漁港として利用されてきた漁業用地(三字四筆総面積約二・二ヘクタール)である。原告は、この土地は、あまじまり壺泊浦(西之表市壺泊集落)の集落住民六〇余名が管理・利用している共有入会地であると主張している。登記簿上では三字四筆の土地であり、代表者四名の共有名義となっていた。

この土地に目をつけた開発業者旧馬毛島開発株式会社(のちにタストン・エアポートと名称変更、以下「業者」と称する)が、採石の運搬基地とすることを目的としてこの土地の買収を図ったことが事件の発端となった。開発業者は、本件開発目的はあくまでも採石運搬の便を図るためであると述べているが、軍事基地利用地への転用の影がちらついている。すなわち馬毛島は、在日米軍空母艦載機の陸上離着陸訓練(FCLP)の移転候補地として名があげられたことが一再ならずあった。また鳩山内閣時には、普天間基地の移転候補地として一時名前が浮上したこともあった。その意味で、国家

の軍事・防衛政策の如何と密接な関連を有している係争地なのである。

事件の経過は、以下のごとくである。平成二三（二〇〇一）年五月、登記名義人四人は、権利者約四〇人の同意を取り付け、地盤総面積の約六四％を総額二一六万円で馬毛島開発株式会社へ譲渡した。そして、登記名義人四人から業者へ持ち分の三分二の所有権移転登記がなされた。

これに対して住民等二〇余名は、本件譲渡は島の自然環境破壊につながるとして採石工事に反対し、次々に訴訟を提起した。

〔甲事件〕平成二三（二〇〇一）年一月提起、売買無効確認・妨害排除請求事件、対象―言葉山、原告―住民二二名（漁民二二名、非漁民一〇名）、被告―業者、登記名義人二名（A、B）

〔乙事件〕平成一四（二〇〇二）年四月提起、土地所有権移転登記抹消手続請求事件、対象―字蟹泊小屋および字八重石、原告―住民二三名（漁民一二名、非漁民一名）、被告―業者、登記名義人二名（C、D）

〔丙事件〕平成一四（二〇〇二）年九月二日提起、入会権確認請求事件、対象―三字、原告―住民二六名（漁民一二名、非漁民一四名）、被告―業者、登記名義人四名を含む住民三六名（売却賛成派）

原告が、係争地は原告住民らの入会地である、登記名義人四名による本件土地の売却は、各入会権者が有する処分権・議決権への侵害であり、入会地の処分は権利者全員の同意がないので無効であると主張したのに対し、被告等は「当該各土地は民法上の共有地であり、権利の譲渡は各権利者の意思のみで可能である」と抗弁した。

① 第一審判決

鹿児島地裁は、平成一七（二〇〇五）年四月一二日、判決を言い渡した。甲事件および乙事件が棄却、丙事件は却下で

あった。

甲事件では、入会権の存在を認めたが、侵害が受忍限度内にとどまっているとして差し止めを認めなかった。乙事件では、使用収益権を根拠としては移転登記の抹消を請求することはできないとした。そして丙事件は、最高裁昭和四一(一九六六)年一月二五日判決を引用して、固有必要的共同訴訟の要件を満たしていないとするものであった。

② 控訴審判決

原告らは、乙事件については控訴を見送り、甲事件については一旦控訴したものの「第一審以上の妨害事実の立証が困難である」として、控訴を取り下げた。かくして控訴され裁判所の審理をおおぐことになったのは丙事件のみとなった。

そして丙事件について、控訴審の福岡高裁宮崎支部も、平成一八(二〇〇六)年六月三〇日、一審判決と同旨の却下判決を言い渡した。

③ 上告審判決

これに対し原告らが上告し、平成二〇(二〇〇八)年七月一七日、最高裁において原判決が破棄され、第一審に差し戻す旨の判決があったことはさきに記した。

(2) 差し戻審の推移

丙事件は第一審に差し戻されたが、その後審理は進んだのであろうか。牧氏の報告によると、実質的審理は全く進まなかったのである。

差し戻しを受けた鹿児島地裁の審理の様子は、つぎのごとくであった。裁判官は、「原告の二六名と被告の三六名が入会

権者の全員であるのか、もし一人でも欠けていれば却下する」「集落の住民中入会権者でない者がいるが、これは如何なのか」などと、入会権者の全員が訴訟の当事者になっているかにこだわる姿勢を強く示した。

そして平成二三（二〇一一）年六月一日、鹿児島地裁は、「入会権者で原告・被告いずれにもなっていない者が少なくとも三名いる」として、本件を却下する旨の判決を言い渡した。

牧氏によると、裁判官が当事者になっていないと指摘した者三名中の一名は原告となっているのを誤認したものである。また裁判官は「種子島漁業協同組合員一覧表」にもとづき入会権者であるかどうか判断したというが、これは正確には「遼泊小組合員一覧表」であるなど、全く杜撰な認定に依拠したものであった。判決が当事者となっていない入会権者として指摘した者たちは、「積極的に自分たちが入会権者であることを主張しているわけではなく」「原被告どちらが勝訴しようが、利益・不利益に全く関係ないと考える者たち」であった。

このように裁判官が入会権者の範囲に強くこだわり、実質的審理に入ろうとしない姿勢を示すことについて、牧氏は、「ある個人（世帯主）が入会権者であるか否かは、入会集団がその慣習に基づいて決定することであり、裁判所といえども公序良俗に反する場合を除いて訴訟当事者でない者の入会権者の地位に言及することはできないはずである」と批判している。

差戻審の却下判決は、原審提起時の二六名と三六名が入会権者の全員であるかどうかを強く意識したものとと思われる。しかし、最初の提訴から今日まで一〇年近くの歳月が経過している。今日までの間に、住民の死亡・転居その他の事由等で、移動が生じるのは容易に想像できる。もし権利者の移動があるのであれば（その後権利者であることが判明した者も含めて）、原告および被告双方に確認をとりつつ、当事者の補正をすればよいのではないかと私は考える。前記最高裁判

決の意義は、原審および控訴審が「固有必要的共同訴訟論」を武器に却下の門前払いを繰り返して本案の実質審理に入ることを妨げたのに対し、入会権ありと主張しその確認を求める人びとの裁判を受ける権利を尊重し、実質審理に入るよう促したところにあった。差戻審に求められたのは、「固有必要的共同訴訟」の要請を満たしているかどうかにかかわらず再度実質審理の進行を妨害することではなかった筈である。

(3) 再提訴

開發反対を主張する原告たちは、改めて入会権確認請求訴訟を提起することとした。原告たちを駆り立てたものは、差戻審判決の不当性に対する怒りと、新たに馬毛島に生じた軍事基地としての転用の危険の増大であった。すなわち平成二三(二〇一一)年七月二日西之表市を訪れた防衛副大臣は、馬毛島を米軍FCLPの移転候補地としていることを地元一市三町に正式に伝えた。採石事業の先には軍事目的の基地問題が浮上してることが誰の目にも明らかになってきたのである。

平成二三(二〇一一)年八月二六日 第二次入会権確認訴訟が提起された。「権利者全員の同意を得ない(共同)所有権の(売買)移転は無効である」とするのが請求趣旨である。入会権利者の確定は困難をきわめたが、訴訟当事者となる入会権者を精査し直し、改めて提訴に踏み切った。原告は二四名、被告は、被告住民四二名と業者となった。原・被告とも新たに加わった(加えた)者がいる一方、原告から被告に転じた者がいるなど、前回とは異なった構成となった。

今後は、新たな原・被告のメンバーが入会権者のすべてを満たしているかなど、ふたたび入り口論を繰り返すのではなく、本件各土地が入会地であるか否か、すなわち集団的に管理されていたか実質審理が進むことが望まれる。

二 山口県上関原発予定地神社名義地訴訟

(1) 原発立地予定地をめぐる訴訟の経過

中国電力は、山口県上関町を原子力発電所立地予定地と定め、一九八〇年代半ばから計画を進めてきた。同町は、推進派と反対派に分かれ、三〇年余にわたって両者の攻防が続けられてきている。

上関町は、山口県南東部の熊毛郡南端に位置する。原発の立地予定地とされた四代地区しだいは、同町長島（かつては島であったが、現在は上関大橋で本土とつながっている）のほぼ西端に位置する漁業を中心とする地区である。原子炉建屋の建設予定地は、海に面した同地区最西端に位置している。四代地区内にある原発立地用地は敷地面積で約三十万平方メートルにのぼる。中国電力による用地買収はほぼ完了しているが、このうち二カ所をめぐる⁽³⁾は、反対派から入会権に基づく訴訟が提起されて裁判が行われてきた。

① 四代「共有地」訴訟

ひとつは、いわゆる四代地区の「共有地」約一万平方メートルをめぐる訴訟である。四代地区の住民である四名は、これらは共有入会地であるとして共有入会権の確認と、同地の中国電力への所有権移転は権利者全員の同意を得ていないので無効であるとして所有権移転登記の抹消を求める訴訟を提起した。第一審山口地方裁判所岩国支部判決（平成一五（二〇〇三）年三月二四日）は、所有権移転登記の抹消は認めなかったものの、四代住民の入会権にもとづく使用収益権を認め、被告中国電力は現状を変更して原告らの使用収益を妨げてはいけなと、原告の一部勝訴を言い渡した。しかし控訴審広島高裁判決（平成一七（二〇〇五）年一〇月二〇日）は、原告らは入会権の行使たる使用収益権を有していたが、四

○年余り行使しなかつたので時効により消滅した。また当該地の所有権は権利能力なき社団たる「四代区」に移行しており、その処分は役員のみで決議できるとして原告の逆転敗訴を言い渡した。⁴

上告審最高裁第一小法廷判決は、平成二〇(二〇〇八)年四月一日に言い渡された。判決は三対二に分かれた。多数意見は、控訴審の判決理由は覆したものの、入会集団の構成員全員の同意を要件としないで処分を認める慣習も、公序良俗に反しない限り有効であるとして、結論として控訴審を支持するものであった。これに対し少数意見は、本件部落に、役員会の全員一致で入会地を処分できるとの慣習が存在していたと認定することはできないと反対したが、結局多数意見が制するところとなり、本件訴訟は原告の敗訴で決着した。⁵

② 四代八幡宮名義地訴訟

もうひとつが、登記簿上「四代八幡宮」名義の神社有地約三万平方メートルをめぐる訴訟である。⁶

四代八幡宮は、四代地区に所在する神社である。四代地区に原発立地の計画がもちあがった頃の四代八幡宮宮司は林春彦氏であった。同宮司は八幡宮名義の土地を中国電力に売却することに当初慎重な姿勢をとり、後に明確に反対するようになった。

四代八幡宮の責任役員会は、代表役員を含めて四名で構成され、代表役員(法律上の地位)は神社規則で宮司(宗教上の地位)をもって充てると規定されている。この結果、宮司は自動的に代表委員に就任し、また役員会の招集権もつ、林宮司が役員会を開かないので、買取交渉も進まなかった。そのため売却推進派は、林宮司の解任を策してさまざまな工作をめくらせるようになった。この結果、神社本庁(東京)は平成一五(二〇〇三)年三月一七日付けで林宮司を解任するとともに、新たに宮成恵臣氏(山口市朝田神社宮司)を任命した。新たに任命された宮成宮司のもとで売却話はスムー

スに進められ、同年一二月、八幡宮の責任役員会は多数決で売却を決定、翌平成一六（二〇〇四）年八月の売買予約・仮登記を経て、同年一〇月七日に所有権移転の本登記が行われた。

林宮司は、自己の解任は不当であると主張し、「宮司地位・代表役員執行権停止仮処分申立」訴訟などを提起し、また林宮司の退職届偽造に対して、刑事告訴と損害賠償訴訟も別途提起して闘っていたが、平成一九（二〇〇七）年三月三日死去した。これにより、これらの訴訟は事実上終了した。

さきに「共有地」の入会権を争っていた四代地区の住民三名（四名のうち一名は死去した）は、神社名義地についても入会地であるとして、平成一六（二〇〇四）年一月、同一七（二〇〇五）年三月山口地裁岩国支部に所有権移転登記抹消請求・入会権確認訴訟を提起することになった。固有必要的共同訴訟の法理から門前払いされる危惧のあることを配慮して、中国電力の他に入会権者のうち訴訟提起に賛同しない者たちを被告に加えた。

原告の請求は、神社名義地は、四代部落住民の共有の性質を有する入会地であることの確認を求め（主位的請求）、仮にそうでないとしても四代部落住民の共有の性質を有しない入会地である（予備的請求）ところ、本件入会地の処分は全員一致の賛成がないから無効である。中国電力への登記は抹消せよというものであった。

これに対し、被告は、本件土地は四代地区住民が入会権を有していた土地ではない。仮に入会権を有していたとしても、既に時効により消滅している。それゆえ原告らは、中国電力に対し妨害排除又は妨害予防を請求する根拠がないと主張した。

山口地裁岩国支部判決は、平成一九（二〇〇七）年三月二九日に言い渡された。判決は、「固有必要的共同訴訟論」にもとづき入会権者全員が参加していないとして却下するものであった。また、入会権の確認を求める部分は、確認の利益

を欠くとして棄却された。

しかしその一年後に最高裁は従来の判例を覆して、安易な「固有必要的共同訴訟論」の適用に釘を刺した。これによって本件訴訟にも新たな展望が開けてきたのである。

控訴審に入り、原告は三名から一名に減少した。これは女性原告二名が高齢と病氣療養のため町外に転出し、入会権者たる資格を喪失したからであった。原告にとどまった男性は長らく外国航路の船員をつとめた人物で、高齢のため仕事からは引退し地元にとどまり入会訴訟を継続する意欲を示した。中国電力に加え原告以外の入会権利者を被告とした。

平成二二(二〇〇九)年六月二五日、広島高裁判決があった。判決では、入会権確認訴訟に関する部分を取り消し、山口地裁に差し戻した。この結論は、平成二〇(二〇〇八)年七月一七日の最高裁第一小法廷判決によっていわば予想された判決であった。原被告双方とも不十分として上告したが、平成二二(二〇一〇)年九月九日最高裁は上告を棄却した。これによって、舞台は山口地裁に移り、裁判は文字通り振り出しに戻ったのである。

(2) 差戻第一審の判決とその問題点

二〇一二(平成二四)年二月二六日、差戻第一審の判決があった。

原告は、原告らが本件土地に対し入会権(主位的請求として、共有の性質を有する入会権、予備的請求として共有の性質を有しない入会権)を有することの確認を求めたが、判決は、いずれの請求も否定し、原告の敗訴を言い渡した。

本件土地(合筆前九筆、合筆後一筆)は、土地台帳および登記簿の上で見ると限りつぎのような複雑な経過をたどっていた。

土地台帳所有者欄― ID 弥太郎

明治三八年三月二十九日受付 ID 寅平所有権保存登記

(大正六年～十二年 抵当権設定と抹消を繰り返す)

大正一二年八月二〇日受付 所有権移転(売買) 四代村社八幡宮

大正一三年八月一七日 上関村長島字前浦村 名義人表示更正

大正一三年一〇月三〇日 神社財産登記

昭和三年六月二十九日 所有権移転(宗教法入法付則第一八項) 八幡宮

このような登記名義の動きをどのように把握するかは、ひとつの争点であった。またこれら土地の利用実態についても争われた。

原告は、本件土地はもとといわゆる村持山であった、明治三八年のID寅平名義での所有権保存登記は素封家であったID家において衆議院議員選挙の選挙権を得るためであったとし、実態は従来通り四代地区住民が支配し利用してきたと主張した。また、大正一二年の八幡宮への所有権移転は、四代地区で集会を開き、家業が傾き地区を去ることになったID家から金二〇〇〇円で買い受けたものである、当時の八幡宮はこのような資金がなかったところから、この金は住民の出捐によって調達したものと考えるのが相当である、と主張した。また本件土地には固定資産税が賦課され、これを四代区が支払っていたこと、また賃貸借契約⁷⁾に基づく賃借料も神社ではなく四代区名義の口座に振り込まれていたことなどは、本件土地が四代地区の土地であることを示していると主張した。

これに対し判決は、本件土地は今田家の個人所有地であったところ、大正一二年売買により八幡宮の所有地となったと

入会権確認訴訟における最近の動向(矢野)

四四〇(四四〇)

認定した。I D家の所有期および同家の所有からはずれた時期のいずれにおいても、四代住民の共有地となったことはなく、原告および被告住民らが本件土地に共有の性質を有する入会権を有することは認められないと判示した。⁽⁸⁾

また判決は、第二の争点すなわち共有の性質を有しない入会権の主張も退けた。判旨は、つぎのように述べる。「I D家所有の時期、入山利用した事実が認められない」「神社有地になった後、入山利用していたが、それは共有入会地である地下山と接続し、境界の表示標などなかったため、他人（この場合は八幡宮）持の土地で収益する権利だという認識はなかった」「本件土地は神社の土地として崇められ個人的な使用収益は禁じられていた。本件利用の管理利用について四代地区住民による共同体規制の存在が認められない」「四代住民が火災や土砂防止のために保全管理してきたことは認められるが、それは神社の氏子の管理保全行為として認められるので、入会慣行によるものではない」と。

かくて差戻し後の第一審判決は、原告の主張する共有入会権および地役入会権のいずれも否定し、原告の全面敗訴であった。しかし、本判決は結論を急ぐあまり、事実認定が強引かつきわめて杜撰であり、前後に撞着も目立つ。

まず、判決は共有入会権を否定するが、その根拠は一にも二にも登記名義なのである。すなわちI Dから四代八幡宮へ移転しているから、I D名義の時代はI D家の個人所有地であり、四代八幡宮名義になった時以降は四代八幡宮の神社財産と受け取るべしと述べているに過ぎない。これに反する原告の論証はすべて斥けるが、その際裁判所は被告も述べていない想像を繰り返している。曰く、神社は二〇〇〇円という多額の金額を支出できる財産を有しなかったという点に対しては、金額は二〇〇〇円よりも低額であったとか、「四代組」から寄進したのかも知れないと述べている。また、固定資産税が賦課されその支払いを「四代組」がおこなっていた、また神社役員が被告会社から賃料を受領している点について

は、「四代地区の住民のほとんどが八幡宮の氏子である」から格別不自然とはいえないと強弁して、神社という宗教法人の財産ということにこだわった判決の根幹部分たる論旨をあつさりと投げ捨てて顧みないのである。また、大字・部落名義の登記ができなかつたので神社の名義を借りて部落財産を保全したとする原告の主張に対して、判決は周辺に「四代組」名義の土地があることをあげ、組名義で登記することも不可能ではなかつたとしている。しかし、大正一二（一九二三）年前後は政府が率先して部落有林野統一政策を進めていた時期であり、組・大字名義の所有権登記が認められることは不可能であつたことを忘れている。

つぎに地役入会権の否定の所では、更に牽強付会と強弁を繰り返した結果、前後矛盾に陥っている。

まず判決は、地役入会権の成立には、「当該土地に対する入会的使用収益の事実」と「ある程度の内部規律」の存在が必要だと一般論を述べる。しかし裁判所の事実認定は、この言明をことごとく裏切っている。

判決は、ID家所有時代には、本件土地についての使用収益がなされた事実はないと述べる。「他人所有の山に入つて薪などを採取すると文句を言われる」というKT証言⁽⁹⁾から、「他人所有の山林から枯木等を採用することは禁止されていた」と述べこれがID家所有山林への使用収益がなかつたという認定の根拠とされている。しかしKT証言は、部落民はID家名義山林を自分たちの山と認識していたから立ち入つたという趣旨で述べたものであり、発言の趣旨を曲解している。

また、村社八幡宮が所有権獲得した時代について、KT証言を引用して「本件土地について薪の採取が行われ始めた」と認めている。しかし四代組名義の入会地と本件土地を区分する表示がなかつたから、「四代住民らにとつて本件土地が他の個人の土地であるという意識を強く持つことはなかつた」ことに由来し、「それを越えて入会権としての実体を有す

るもの」は発生していないとする。そもそも、住民は村社八幡宮名義の土地は自分たちの土地と認識し利用してきたとするのが原告の主張であるから、いわゆる「共有地」と村社八幡宮名義の土地に境界を表示するものがなかったのも当然だし、「他の個人の土地」という認識が生まれるはずがない。「それを越えて入会権としての実体を有するもの」というのは一体何を意味しているのか、理解不能である。判決の意図をあえて忖度すると、「ここは他人の土地なのだけれども、自分たちには地役入会権という利用権があるから、利用するのだ」という意識とそれにもとづく入会利用がなかったと言いたいのもかもしれない。しかし住民たちが、このような観念的思弁的な法律家的思考をするはずがない。原告は、住民たちは村社八幡宮名義の山も自分たちの山だという意識があつたから、自由に立ち入り薪を採取してきたに過ぎないと主張しているのだから、全く反論となっていないのである。

また判決は、本件土地の管理利用について四代地区住民らによる「共同体的統制の存在を認めるに足りる証拠もない」と述べている。しかし判決は別の箇所で、「他人所有の山に入つて薪などを採取すると文句を言われる」というKT証言から、「他人所有の山林から枯木等を採用することは禁止されていた」という事実を認定し、また同じく「八幡山の枯れ木なら根っこから切つてもかまいませんが、しかし割り木は採つてはいけません」というKT証言を採用している。これらは、いずれも四代部落の「共同体的統制」が存在したことを立証するものに他ならない。

さらに判決は、「薪の採取は、神社地として本件土地が管理保全される中で、薪の採取等であれば誰からも咎められることなく黙認されてきた」ことを認めながら、「そこに入会権が成立していたとか、入会慣行的な使用収益に昇華したなどと評価することはできない」とする。しかし薪の採取は、文字通り使用収益行為である。入会集団構成員が「誰からも咎められることなる黙認されてきた」というのであれば、立派に入会慣行が成立している。「入会慣行的な使用収益に昇

華」するためには、それ以上に何が必要と考えているのだろうか。

また判決は、「八幡宮の維持運営は四代地区住民らの資力や労働力によってまかなわれてきたもので、本件（八幡山）について土砂崩壊や無秩序な伐採等は認められないことからしても四代地区住民らの手によって管理保全されてきたものと認められる」としながら、「それは神社地としての管理保全」であり「入会慣行による管理保全とは認められない」とする。しかし、四代地区住民の手によって土砂崩壊や無秩序な伐採等から山を守り維持・管理してきたのは、「入会慣行による管理保全」にはかならない。判決は「神社地としての管理保全」と「入会慣行による管理保全」とは違うという見解のようである。だが四代の場合「四代地区の住民のほとんどが八幡宮の氏子」であることは判決も認めている。どこまでが「神社地としての管理保全」で、どこからが「入会慣行による管理保全」なのか線を引くことはできないであろう。

三 和歌山県岩出市大門池訴訟

(一) 本件の概要

本件は、和歌山県岩出市に所在する大門池・新池とよばれる溜池の共有入会権および地役入会権をめぐる訴訟事件である。

和歌山県岩出市に所在する根来寺は、そもそもは覚鑿^{かまこ}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。

さて、本件係争の溜池は、根来寺大門の前に所在するところから、通称大門池とよばれてきた。同池は、数百年にわたつ

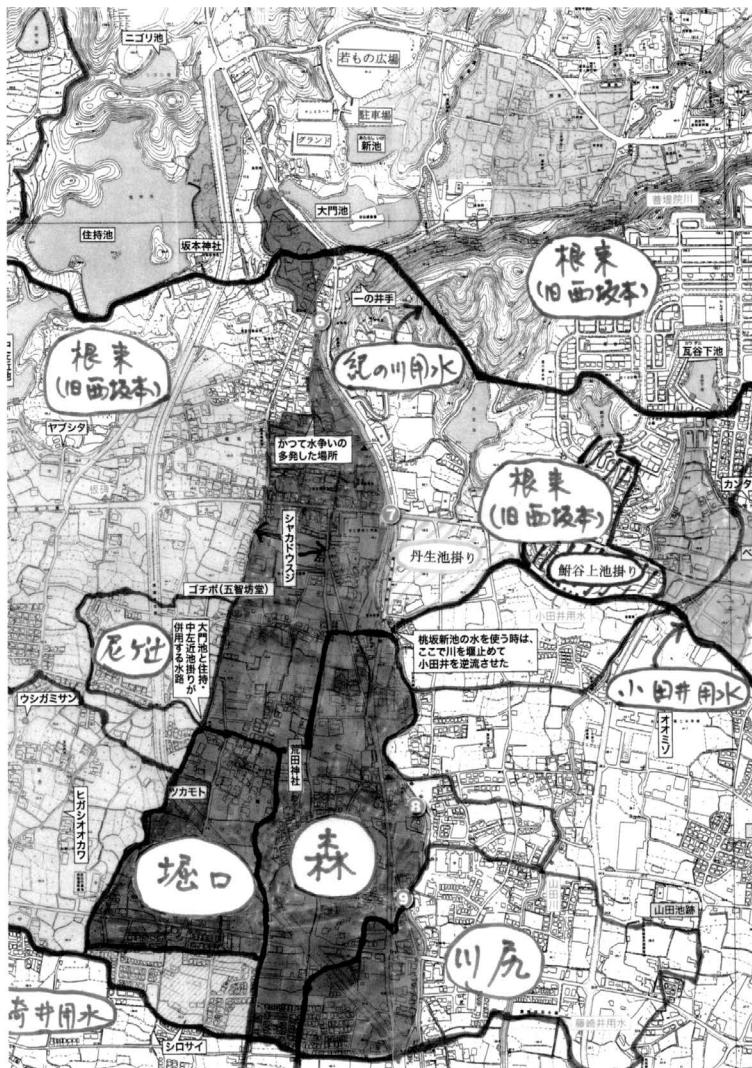


図 大門池の水掛図

(大門池・新池は、西坂本村・森村・堀口村・川尻村の各一部を灌漑してきた。)

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。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。また新池は、あたらしいけ大門池の真上に位置し、大門池の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。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）。

大門池・新池の築造は、根来寺蔵「根来寺伽藍古絵図」等から一五世紀ころとみられる。

藩政期にはいると、大門池、新池は西坂本村、森村、堀口村、川尻村の四ヶ村の各一部から成る水利集団によって「所持」支配進退されてきた。四ヶ村の支配進退については、これを物語る史料が多く残され、これらは原告によって証拠として法廷に提出された。⁽¹¹⁾

さて明治期に入り、地租改正およびその後の土地政策によって、近代的土地所有権制度が導入され、名義は転々変遷したが地元水利集団による用水の利用と管理は基本的にかわっていない。⁽¹²⁾

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。⁽¹³⁾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。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、これは後に検討することにする。

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った。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、和歌山県の溜池で周辺の地区では地元水利組合名義に払い下げられたところもあったが、¹⁴⁾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」に移転したことになった(次ページ表を参照)。これが今次一連の紛争の契機となったと考えられるのであるが、これについても後に論じることにする。

その後、両池の維持・管理・利用に関して、行政村たる根来村は全く関与することなく、依然として地元水利組合によってなされてきた。

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。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。同町は大門池の半分の埋め立てを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が紛糾することとなった。すなわち町は、それまで根来村のままだ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。

平成一八(二〇〇六)年一二月六日 水利組合員七〇名(選定当事者―NおよびKの二名)が岩出市と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。

表 西坂本に所在した官有地名義の溜池の払下げ状況（大正11年3月）

名 称	所在地	所有者	譲与日	譲与を受けた者	参 考
大門池	西坂本	官有地	大正11. 3. 23	根来村	数ヶ村入会
新池	西坂本	官有地	大正11. 3. 23	根来村	数ヶ村入会
丹生池	西坂本	官有地	大正11. 3. 23	根来村	村の一部 二ヶ村入会
ニゴリ池	西坂本	官有地	大正11. 3. 23	根来村	村の一部
瓦谷上下池	西坂本	官有地	大正11. 3. 23	根来村	数ヶ村入会
鮒谷上下池	西坂本	官有地	大正11. 3. 23	根来村	数ヶ村入会
住持池	西坂本	官有地	大正11. 3. 23	住持中左近 両溜池水利組合	数ヶ村入会 組合結成
中左近池	西坂本	官有地	大正11. 3. 23	住持中左近 両溜池水利組合	組合結成

（注）右は、西坂本所在の溜池のうち、当初官有地であったものの一覧であるが、これ以外に、当初から根来寺、小田井所有等のものがある。

和歌山地裁で、平成一九（二〇〇七）年一月二〇日に判決があった。昭和四一（一九六六）年一月二五日の最高裁判決（固有必要的共同訴訟）を引用して、訴え自体が不適法として却下するものであった。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は棄却であった。

入会権確認訴訟における最近の動向（矢野）

四三二（四三二）

ところが、「はじめに」で述べたように平成二〇(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。本件にも同判旨が適用され、平成二二(二〇〇九)年一二月八日、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。

以上のような経過を経て、本件訴訟は再び和歌山地裁で実質審理をやり直すことになった。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った。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)は認めなかったが、共有の性質を有しない入会権の成立(予備的請求)を認めるものだった。これに、原告・被告双方が控訴し、目下大阪高裁で審理が続けられている。

差し戻し第一審判決は、一見原告・被告の痛み分けのように見えるが、その結論を導き出した論旨と事実認識は妥当だろうか。以下、検討しよう。

(2) 溜池の所有権はいかにして判定するか

判決の検討に入る前に、一般論として、溜池や水路・溝渠のような水利関連施設(以下溜池等と称する)に関して、水利利用の問題(水利権)とは別に、かかる施設の敷地・底地の土地所有権が誰にあるかを判定する場合の問題点を考えてみよう。

時期的には、中世ないし近世に築造・建設された水利関連施設を近代以降も維持している場合を主たる考察の対象とする。この場合まず考慮されなければならないのは、近代的所有権の観念すなわち抽象的・観念的所有権と物の現実的支配・利用の分離したあり方は中・近世には存在しなかったことである。まして溜池等は、ただ水田耕作の便としてのみ構

築され、他の用途に使用されることはほとんどない。⁽¹⁵⁾溜池等の築造だけでなく、大雨・台風等で損壊されたときの修理・保全には多大の費用と労働力の抛出が要請された。また自然災害だけでなく、渇水期における水盗みや水路破壊など人為的妨害から水利施設を守る監視も不可欠である。水が豊富に存在し順調に推移している場合にも、その水を組合員に万遍なく供給し利用させるには、番水や水路の清掃など日常的な維持・管理労働とその体制が重要である。それゆえ、溜池を維持・管理・利用する主体がそれら施設を「支配・進退」する主体であるという意識が広範に存在したと思われる。⁽¹⁶⁾

したがって、地租改正およびその後の官民有区分において、抽象的・観念的所有権と物の現実的支配・利用を分離して捉える近代的所有権制度が導入された時、多くの地方において水利施設等は地元にあつて日常的にそれら施設を維持・管理・利用する主体Ⅱ村や水利集団のものすなわち民有地に認定されたのは、当然であつた。しかし、和歌山県の官民有区分においては、これら水利施設等が官有地に認定されたところが少なくない。これは和歌山県に派出された官員の官民有区分認定の実態が大いに影響をもつたことが考えられるのであるが、いまそれを明らかにする材料を持ち合わせない。おそらく山林原野の官民有区分における「官没」認定と同様の力学が働いただろうと想像されるのみである。

それではつぎに、溜池等水利施設における地盤の所有主体を判定する際、登記名義は決定的な材料となるであろうか、この問題を考えてみよう。

本件は溜池の所有主体をめぐる問題であるが、原告はこれを入会権の問題すなわち民法二六三条の「共有の性質を有する入会権」の問題として提起している。入会権は山林原野に対する権利と理解されることが多いが、その本質は村落共同体の支配権（利用権ないし所有権）を指すものとして民法起草者によって用いられたものであり、集団が集团的に支配する慣習の権利であれば、溜池はもちろん温泉や漁場についても入会権の成否を論ずることができる。この点は、学説・判

例ともに支持するところである。

入会権と登記名義との関係では、「入会権の成否は登記名義とは無関係である」という理論が、入会権をめぐる多くの研究者による長年にわたる調査・観察・研究の結果、学説・判例多数の支持を受け、今日では確立された理論となっている。⁽¹⁷⁾

入会権は民法上の物権であるが、これを登記する道は開かれていない。不動産登記法第一条は登記可能な権利を列挙するが、そのなかに入会権は含まれていないからである。その結果判例は、入会権は登記なくして第三者に対抗できるという⁽¹⁸⁾ことを早くから明示してきた。このことは、地役的入会権であるか、共有の性質を有する入会権であるかを問わない⁽¹⁹⁾のが判例の立場であり、学説もこの点を支持しないものは皆無に近い。⁽²⁰⁾

要するに、共有の性質を有する入会権であれ、地役の性質を有する入会権であれ、その成否が争点となっている場合は、登記名義がどうなっているかではなく、その実態に即して判断しなければならぬのである。

山中永之佑氏は、『民事裁判の法史学―村と土地の裁判と法―』の中で次のように述べている。⁽²¹⁾

土地台帳・登記簿など、公簿の記載・登録事項・登記事項は、その記載・登録事項・登記事項自体に問題がないとは言えないし、「その記載は一応の推測的効力を有するに過ぎないもので、わが国の法制のもとでは、公簿の記載が所有権を創設することのないことは議論の余地はない」。

そこで池敷・堤塘等の所有権は、池の創設・築造事情が明白で、容易に所有権者を確定できる場合は問題ないが、その創設・築造等の歴史的沿革が不明で、所有権者が確定できない場合には、記述したように、地券の記載内容や土

地台帳（土地共有者台帳）・登記簿などの公簿の登録事項・登記事項によるほか、その地方における伝統的・歴史的な池敷・堤塘所有者の所有権行使の態様・慣行等を調査・検討し、それによって得られた判定基準によって、池敷・堤塘等の所有権者を確定する以外にみちはない。

私もかつて愛媛県吉田町の溜池の所有主体を判定する鑑定を依頼された時に、同様の見解を披歴したことがある。⁽²²⁾

一般論として、登記簿面の記載は、所有権の所在についてこれを推定する手がかりを与えることは確かである。しかし、登記に公信力を認めていない本邦法制のもとでは、登記さえ備えていれば名義人の所有であることが確定できるといった性質のものではない。特に山林原野などの場合、実態としては部落共同体の所有であるにもかかわらず、部落名義の登記が不可能であるところから、代表者名義・数人もしくは多数の共有名義・神社や寺院のほか法人名義で登記されているとか、部落有財産統一政策の過程で旧町村名義もしくは新町村名義に移行していても、実態としては依然として部落有の場合があることなどは、顕著な事実である。山林原野の場合、その真実の所有主体が誰であるかを確定するには、あくまで実態に即して検討し決しなければならぬとされている。溜池や水路等についても、この点は同様である。

このように、溜池等の所有主体の判定にあたっては、登記名義のみが決定的な判定材料とされてはならず、実態に即して検討されなければならないことは、多くの研究者が一致して述べているところである。

(3) 差戻第一審判決の検討

再び、本件にもどって、原告・被告の主張および裁判所の判断を検討しておこう。

本件の争点は、さきに見たように原告らが本件溜池に対して共有入会権、もしくは地役入会権を有していたかというものであった。

原告は、本件水利集団構成員らは官民有区分以前・以後を問わず、共有入会権を有していたと主張している。その根拠として、多くの史料を提示しているが、そのうち特に重要と思われる史料を以下に示す。

i 『南紀徳川史』の記述

『南紀徳川史』においては、溜池等の普請は郷役米(在所の村々が支出するの意)にてまかなわれていたことが示されている。

「池井関等の普請所並新田畑通り為出来致普請候分は自今は其所の掛り下之高を坪詰人足帳之雇書に為致可被申付事
右郷役米、弘方諸色之仕形念入可被申付事」⁽²³⁾など。

ii 享保六(一七二一)年「奉願口上覚」

干魃の年森村五兵衛の池水盗取を契機に三村(西坂本を除く三か村)が五兵衛の処罰と「池下法式」(水利慣行)の強化を願いだした文書。

iii 享保一一(一七二六)年「大門池水定書」

西坂本村、森村、堀口村、川尻村の間で取り決められた、大門池の利用に関する定書。水減少時に池水の配分をめぐつ

て下三ヶ村と西坂本村が出入りに及んだことがきっかけとなっている。

ii・iiiの両史料を通じて、四ヶ村が大門池を実質的に管理していることが分かる。

また原告は、明治以降も水利組合が大門池の維持管理全般を行ってきたことを、史料をあげながら論じている。

iv「大門池下聯合申合規則」(明治一五年)

大門池下に係る土工水理の便益を謀り経費を予算しその賦課法を設けるため四ヶ村(西坂本村、森村、堀口村、川尻村)から毎村委員を選出して申し合わせた規則である。池守人・監督人・水廻人の仕事や給与などを規定している。

v「大門池下受負申合規則」(明治一六年)

大門池下養水のため毎村から受負人一名を選出、池守人と併せて仕事や給与およびその負担方法などを規定したものの、受負人は常に池を管守する任務があることがわかる。

vi大正一四年九月、和歌山県が実施した「溜池灌漑調査書」(根来村提出)では、大門池・新池の「摘要欄」に「組合」と記載している。他の溜池では、「個人有」「村有」と記されているものもあるところから、調査書の同欄は根来村が所有主体をどう認識していたかを示すものといえよう。

vii「土地賃貸借契約書」(昭和五九年一二月)

岩出町が大門池水利組合の管理する土地(溜池の一部を埋め立てたもの)を駐車場用地として借り上げるため、水利組合理事長と賃貸借契約を結び、借地料を支払っていた。すなわち岩出町は溜池を水利組合の所有地と認識していたことを示す。

原告は、具体的事実を挙げながら、本件溜池につき、原告水利組合が池の保存や修理に際し、費用や労働力を負担し、また池下四カ村で規約を制定して日常的に維持・管理してきたことなどを主張している。上記のとおり、原告水利組合が本件両溜池敷地の所有者であることは、根来村や岩出町も承知し、そのような取扱をしてきたのである。⁽²⁴⁾

これに対して、被告は、「本件両溜池敷地は、官民有区分によって官有地に区分され、本件払い下げによって根来村に所有権移転登記手続きがされた。この登記によつて、本件構成員らが入会権を有していなかったことが事実上推定される」⁽²⁵⁾「所有権の恒久性、観念性からすると、仮に原告等が主張する事実があつたとしても、本件構成員等が入会権を有していたことになるわけではない」(原告の)維持管理行為は、本件両溜池の水を耕作に利用する者がその反射的效果として当然に行うもの」などと述べるだけで、行政体たる根来村―岩出町―岩出市が池の維持・管理に具体的にどのように関わつてきたのか立証するところがない。要するに被告市側の主張は、登記名義が市にあることの一点張りなのである。

本件判決は、原告水利組合の主張のうち、地役入会権の存在は肯定した。判決は「明治時代以前から、本件両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四か村に属し、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」とした。

しかしながら判決は、共有入会権の主張を認めなかった。「本件両溜池自体が、本件構成員らによつて築造されたこと

を認めるに足りる証拠はない。……取り決めは、大門池の水利に関する事項に限られている」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りる証拠もない」として共有入会権の成立を否定した。

要するに裁判所の認定は、「官民有区分以前に、本件両溜池の水の利用および管理に関し、慣習に基づく排他的な支配権を有していたと推認することができる」としながら、「本件土地については、所有者としての排他的な支配権を有していたと推認することはできない」としたのである。判決は、本件水利集団による「排他的な支配権」を認定しつつも、それは「(水の利用についての) 慣習に基づく排他的な支配権」であって、「所有者としての排他的な支配権」ではないと結論づけている。しかし、先にも述べたように近代的所有権観念を有しない江戸時代の人びとに、(所有の意識をもたない単なる利用についての) 排他的な支配権と、(所有の意識にもとづいた) 排他的な支配権を分けて捉える考え方があったとは思われない。「(水の利用についての) 慣習に基づく排他的な支配権」こそが「所有者としての排他的な支配権」の権原であり、両者は一体と判定されるべきものだった。判決は、水を管理・利用している水利集団とは異なる何らかの主体、たとえば紀州藩とか行政体としての四カ村とかが「所有者としての排他的な支配権」を行使しており、それが官有地の認定や根来村への譲与につながったと考えたのかもしれない。しかし紀州藩が池の築造に関与したとか、修理保存の費用・労力を調達したとかを示す史料は存在しない。また、生活共同体としての村と分離された行政体としての村や村連合もいまだ存在しない。さらに本件の場合、池の管理に関与したのは、農耕のためその池の水を利用する池掛りにある水利集団構成員であって四カ村の住民全部ではない。いかなる意味においても、行政体としての村や村

連合が所有の主体となることはありえないのである。

(4) 本件溜池はなぜ「根来村」に払い下げられたか

大門池・新池が官民有区分時になぜ官有地に編入されたか、詳細ないきさつは分からない。和歌山県においては、周辺にも官有地に区分された溜池が少なからずあったから、当時の派出官員の認定によるものと思われる。

ところで、大正一〇(一九二一)年 国有財産法成立を契機とする不要存置国有地の払い下げの際、同じく官有地であった周辺溜池には地元水利組合に払い下げられた所があったにもかかわらず、大門池・新池は、「根来村」に譲与された。

なぜ、大門池・新池両溜池に関して、地元水利組合ではなく行政村たる「根来村」に所有権が移転されたのかは、本件について重要な論点である。これについて原告は、払い下げを受けた水利組合は法人格を有する普通水利組合であったのに対し、原告組合は法人格のない組合であったためではないかと推測している。

本件払い下げが依拠したのは、大正一一(一九二二)年一月一四日「国有土地水面処理ニ関スル件」(内務大臣官房、地理課長會計課長依命通牒第三号)であったと見られる。同件には、「溜池、溝渠(用悪水路トモ)土居敷水道墓地火葬場ノ如キ公共ノ用ニ供シアル土地水面ハ一旦其ノ公用ヲ廢シテ官有地特別処分規則第三条ニ依リ之ヲ其ノ修理保存費負担者タル地方公共団体ニ譲与スルコト」と記されており、公用を廢止した溜池、溝渠等は、「官有地特別処分規則」第三条に則つて、その修理保存費の負担者たる地方公共団体に譲与することになっている。

上記「官有地特別処分規則」とは、明治二三(一八九〇)年に勅令第一三五号として発せられた規則である。同規則第 三条は、「府県郡市町村又ハ公共組合ニシテ直接公用ニ供スル官有地ノ修理保存費ヲ負担スルモノハ其公用ヲ廢スルトキ

官有財産管理上必要ノモノヲ除ク外之ヲ其費用負担者ニ無代下付ス」というものであった。すなわち、費用負担者に無代下付するというのが原則であったということが判明する。ところで、無代下付される相手は「府県郡市町村又ハ公共組合」と例示されている。府県郡市町村という地方公共団体はそれとして、「公共組合」にはどの範囲の者が含まれるかこれだけでは明確でない。水利組合に限っても、法人となつてゐる水利組合もあれば、法人組織をとつてゐない水利組合もある。また町村内の大字が水利施設の維持・管理の役割を果たしてゐる所も少なくない。

この件に關して、旧内務省文書『自明治十四年 至同四十四年 諸法令指令録 達・勅令・省令 中』（国立公文書館所蔵）が注目されねばならない。「官有地特別処分規則」の部につきのような「注意」が付されている。

第三条ノ公共組合トハ水利組合ノ如キモノヲ指シ大字以下ハ包含セサルモ直接公用ニ供セシ官有地ニシテ町村内大字等ニ於テ修理保存費ヲ負担セシモノハ町村ノ負担セシモノトシ本規則ヲ援用シ其町村へ下付スル義ト心得有度旨廿五年十月島根県伺ニ対スル通牒本指令録雜ノ部ニ記載アリ

すなわち譲与の受け皿となる「公共組合」は、「水利組合ノ如キモノヲ指シ大字以下ハ包含」しないとしてゐるのである。それでは、「町村内大字等ニ於テ修理保存費ヲ負担」した場合は、どうなるのであろうか。そのような場合は、「町村ノ負担セシモノトシ本規則ヲ援用シ其町村へ下付スル」と、記してゐる。

これを、払下げを受けた町村の（名実ともに）所有地となると理解してはならない。なぜならそう解釈すると、それまで維持管理の労もとらず「修理保存費ヲ負担」したこともない地方公共団体たる町村が公法人たる資格を有するというこ

とのみで所有権の下付を受けることになる。これは、「修理保存費を負担した団体が払い下げを受ける」という原則と抵触するのみならず、「修理保存費を負担した」大字や法人格のない水利組合がその権利を剥奪されるという著しく権衡を欠いた結果を招来することになるからである。いったいだれが水利施設等を維持管理してきた主体であったか、修繕費用を負担したかは、地元であればだれでも承知していた。しかし内務省の立場として、国有財産を直接払い下げの場合、個人や大字、また（法人格のない）水利組合に所有名義を譲与するわけにいかないという事情がかいま見えるのである。したがってこの場合下付を受けた町村の所有名義はあくまで中継的なものであって、いずれは町村から地元のしかるべき権利者に移転するか、もしくは仮に名義を移転しない場合であっても、実際の地方行政の場面では費用負担者である大字・水利組合等を所有者として扱うことを予定したものであったと言わなければならない。それを名義が地方行政体になっているから、名実ともに地方行政体のものであると主張するとすれば、それはあまりにも形式に固執し実態を顧みない主張と言わざるをえない。

林野に関して、明治初年の官民有区分に多くの問題点があった、すなわち本来民有に区分されるべき土地が官有に区分されたことは顕著な事実である。そこで入会集団や構成員によって、明治三〇年国有林野下戻法やその他の機会を利用して官有地の払い下げ運動が展開されてきた。そして下戻が成功した場合は、決して行政村ではなく、地元部落や大字に所有権が付与されてきたのである。例えば『入会権の解体』I、IIに⁽²⁵⁾そのような例を拾ってみよう。

『入会権の解体』 Iから

① 熊本県阿蘇郡内牧町、「国有林野下戻法でこの官有原野は下戻されることになる。…この申請の結果、旧来の慣行

がみとめられ、原野は関係部落に下戻されることになった（明治三八年）。同書二三頁。

② 熊本県阿蘇郡小国町、「下戻申請は明治三八年に許可され、各大字所有となった」。同書一六九頁。

③ 岩手県二戸郡荒沢村、「昭和九年、それまで賃貸利用していたこの地に、御料局より、区域の四〇%の無償払下げとひきかえに、六〇%の返還が申しこまれた。…むしろ全部の払下げを、しかも価格をさげた上で年賦償還でみとめられるよう、運動した。これが成功し、全部の払下げがうけられることとなった。しかし数カ村の「生活共同体としての村」では法的主体になりえないので、払下げ出願の名義人は荒沢村とするが、実は「従来縁故者」である旨の特約が、村と、当時の借地人たちとの間でかわされた。…牧野組合であるならば直接払下げをうけられることがわかり、村会の承認をへて、払下げ名義人を牧野組合に変更し、…完全に組合有となったものである」。同書三三三頁。

『入会権の解体』Ⅱから

④ 群馬県利根郡片品村、「明治三二年四月一日、国有土地森林原野下戻法が公布され、官有地に編入された土地、森林、原野の下戻のみちがひらかれた機会に、農商務大臣に下戻の申請をした。…この下戻申請に対して、明治三七年二月許可の決定がなされ、大字戸倉、土出、越本が所有権を取得した。」同書三四七頁。

林野と水利施設という違いはあるものの、農業を生業とする地域集団にとって自分たちの生存に必須不可欠の環境資源であったという点において、両者は共通の性質を有している。地租改正―官民有区分時に官有地と誤って認定された林野について、地元住民は必死かつ執拗に下戻し運動を展開したことはよく知られている。そのような運動に手を焼いた結果、明治政府も国有森林原野下戻法を制定して、（一年と期限は切ったものの）下戻し申請を受け付けざるをえなかった。こ

のような歴史的事情に鑑みると、下戻し運動が奏功して土地が再び地元に戻ってきたときの取扱について、山林原野であろうと、水利施設であろうと取扱を別にすべき理由は存在しない。地方行政体たる市町村も事態は充分把握していたはずなのである。

む す び

既述のように、平成二〇(二〇〇八)年七月一七日最高裁判第一小法廷判決は、入会権確認訴訟における「固有必要的共同訴訟論」の適用を見直し、判例変更を行った。その理由として、判決は、「入会集団の構成員のうちに入会権の確認を求める訴えを提起することに同調しない者がいる場合であっても、入会権の存否について争いのあるときは、民事訴訟を通じてこれを確定する必要があることは否定できず、入会権の存在を主張する構成員の訴権は保護されなければならない」と述べている。およそ国民には裁判を受ける権利が存在し、これは憲法上保障されている権利であることを強く意識した判旨であったと言つてよからう。

これまで裁判所は、入会権の存在を主張する者に対して、実質審理をすることなく、入会集団構成員の全員が原告に同調していないという形式論で門前払いを喰わしてきた。これに対して前記最高裁判決は、入会集団構成員の全員を原告側に組織しえなかつた者たち(そして現在の時点では、入会集団内の利害分立によってこのような事態は常態となっているのである)にも、実質的な審理を受ける権利を保障せよというメッセージを、入会権確認訴訟を取り扱う全国の裁判所に對して発したように思われる。この意味において本判決は高く評価される。

この結果、いくつかの訴訟は息を吹き返し、事実審に差戻され再び審理が開始されることになった。しかし差戻し後の

訴訟の状況は、どうだろうか。前記判決の趣旨を没却する状況が進行しているように思えてならない。

鹿児島県馬毛島訴訟では、裁判官が依然として「固有必要的共同訴訟論」に拘泥したあげく、再び却下されるという仕儀となった。上関の神社名義地訴訟・和歌山県大門池訴訟の判決は、いずれも登記上の名義にのみ重点を置き、実態を踏まえない結論を引き出した。裁判官の観念的思考の産物というほかはない。

三つの訴訟を通観して感じることは、国や公共団体の利益の前に人民の私的権利が等閑視されているのではないかという点である。和歌山大門池訴訟は、文字どおり私人（水利組合）と地方自治体の訴訟である。馬毛島訴訟や上関神社名義地訴訟は、形の上では私人（入会集団構成員）と私人（開発業者もしくは電力会社）の争いとなっているが、いずれも軍事や原子力発電という国の政策がからんでいる。ここにおいて、入会権という私的権利はひととつとしてあげられよう。これら三つは、入会権に通曉した裁判官・弁護士が僅少になっていることも原因のひとつとしてあげられよう。これまで長年にわたって積み上げられてきた入会権に関する学問的調査・研究の成果が放棄されてしまっているのである。

しかし、軍事や原子力発電というみせかけの公共目的と入会権という環境保全にも資する私的財産権を尊重すること、いずれが真の意味で公共の利益に合致することになるのか、考えてみる必要があるのではないだろうか。

- (1) 野村泰弘「共有入会地の慣習に反する処分に対する訴訟」（島根県立大学総合政策学会『総合政策論叢』一三三号、二〇〇七年）は、「それは裁判所の責任放棄ゆえといってもよく、それもたんなる責任放棄ではなく、実体的な判断をしないという不作為によって、違法処分に加担する結果を招いている」と述べる。

- (2) 牧野一郎「開発と地域住民―馬毛島浦持入会地裁判を中心として―」（鹿児島国際大学『地域総合研究』三七巻二号、二〇一〇年）、同「地域開発と入会紛争―馬毛島入会権確認請求訴訟事件―」（東京市政調査会『都市問題』一〇二巻六号、二〇一二年）、入会権確認訴訟における最近の動向（矢野）

同「入会裁判と軍事基地問題―馬毛島入会権確認訴訟を素材として―」(沖縄大学地域研究所『地域研究』一〇号、二〇二二年)など。

(3) 上関原発計画をめぐることは、さまざまなかたちで訴訟が取り組まれている。これに関する文献は多いが、とりあえず室田武「瀬戸内海北岸における入会地、神社有地、漁業権の危機―上関原発計画をめぐる司法判断の批判的検討―」(『経済学論叢』同志社大学)一六〇巻三号、二〇〇八年)、鈴木龍也「環境保全と入会訴訟―山口県上関町原発建設予定地入会訴訟を素材として―」(丸山徳次・宮浦富保編『里山学のまなざし』昭和堂、二〇〇九年)をあげておく。

(4) この判決に対しては、筆者も批判的見解を公表している。矢野達雄「山口県上関原子力発電所予定地訴訟控訴審判決の批判的検討―入会地の処分をめぐる問題を中心に―」(『愛媛法学会雑誌』三三巻三・四合併号、二〇〇七年)。

(5) この訴訟および判決にかんしては、さまざまな問題点が存するが、今回の主題からはずれるので、深く追求しないこととする。なお、同判決を批判した論考として、野村泰弘「上関原発共有入会地訴訟最高裁判決について」(『島大法学』第五二巻第一号、二〇〇八年)がある。

(6) 本件訴訟の経過と問題点を検討した論考として、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―」(鳥根県立大学総合政策学会『総合政策論叢』一四号、二〇〇八年)がある。

(7) これは、林官司には全く相談なしに、氏子総代兼責任役員の某が本件土地について被告会社との間で締結した賃貸借契約である。

(8) 判決は、「その価額は二〇〇〇円程度と原告は主張するが、それは伝聞にすぎず、それより低額であったと推認できる。また四代住民から寄進されたものと考えられることもできる」などと余計な推測をめぐらせている。また判決は、原告は四代組共有入会地であったと主張するが、周辺に「四代組」名義で登記した土地が存在する(これはおそらく、いわゆる「共有地」をめぐる訴訟の係争地を念頭においたものであろう)ので、本件土地が四代組共有入会地であったとはいえないとした。

(9) KTは、「共有地訴訟」の原告当事者の一人であった。その後差戻審の開始前に、町外に移転している。

(10) KT証言は、「地下山と同じように八幡山も、個人の山と違って、誰が入っても文句を言う人はいません」と述べている。

- (11) 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「根来寺周辺の莊園と開発」(『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。
- (12) 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。
- (13) 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」(太政官布告一二〇号)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。
- (14) 本件ため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、大正一一年三月二三日付で国から「根来村山崎村住持中左近両溜池普通水利組合」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、同年四月四日付で「山田普通水利組合」に贈与がなされている。
- (15) この点について、渡辺洋三『慣習的権利と所有権』(御茶の水書房、二〇〇九年)は、「農地や宅地ならば、土地の売買・質入などがおこなわれるのに応じて、ある程度観念的な所有権が発生することはありえたとしても、水路施設については、入会林野と同じように、地上の水路施設や毛上の利用をはなれて地盤だけを処分するということは何ら意味をなさず、したがって、かかる事態は原則として起こらなかったのである」(同書二頁)と述べている。
- (16) 渡辺洋三『農業水利権の研究(増補版)』(東京大学出版会、一九五四年、一九七〇年)一八五頁は、農業水利権と溜池等の地盤所有権の関係につき、「二個以上の水利利用者が共同して同一の水源ないし水路等を使って用水の利益を享受している場合、これら水源や水路等の地盤に対する所有(抽象的支配権としての)意識は、明治以前の旧時代においてはいまだ存在せず、ただこれらのものに対する具体的支配のみが存在していたと思われる」、「言うまでもなく、右の弁明にみられるような・具体的利益から独立した地盤所有権の意識は、裁判所―上からの近代化を企図しそれを少なくも法制の上では実現しようとした国家―の意識

入会権確認訴訟における最近の動向(矢野)

四一六(四一六)

であつて、従来の慣行と伝統の中に、具体的な利益を基本とする秩序の体系のもとで生活してきた人民の意識ではなかつた。」と述べている。

- (17) 中尾英俊『入会林野の法律問題(新版)』(勁草書房、一九六九年)一六八頁以下、同『入会権』(勁草書房、二〇〇九年)一九一―二四頁、など。川島武宜『入会権』〔注釈民法〕七、一九六八年、有斐閣。
- (18) 大判明治三十六年六月九日民録九輯七五九頁、大判大正六年一月二八日民録二三輯二〇一八頁。
- (19) 大判大正一〇年一月二八日民録二七輯二〇四五頁。
- (20) 青島敏『入会権と登記』(『中日本入会林野研究会会報』一四号、一九九四年)。川島武宜『入会権』〔注釈民法〕七、一九六八年、有斐閣)五八五―五九〇頁。
- (21) 山中永之佑『民事裁判の法史学―村と土地の裁判と法―』法律文化社、二〇〇五年、一六三―一六四頁。
- (22) 矢野達雄『溜池敷地の所有権と村落秩序―愛媛県北宇和郡吉田町の溜池を例として―』(黒木三郎先生古希記念・現代法社会学の諸問題(上))『民事法研究会、一九九二年、三〇一―三〇二頁)。
- (23) 堀内信編『南紀徳川史』第十冊(清文堂出版、一九三三年)四六八頁。なお郷役米について、平山行三氏は、「即ち紀州藩には、用水工事など―普請のため―郷役米の制度が存在した。承応二年から創まったと伝えられるこの制度は、高百石につき米一石三斗ずつを在々より納めさせて、普請に使役する人足への給付やその他諸費用に宛てるものであつたが、これは郷組単位で徴収される役米であつたから、支払その他の経理の面で大庄屋が中心になつて活動したと考えられる」(平山行三『紀州藩農村法の研究』吉川弘文館、一九七二年、二〇〇頁)。
- (24) 岩出町『岩出町誌』(一九七六年)も、「溜池は大体関係有田者の共有となつてゐるが、その養水の配分方法などの契約は、文書でしたもの」と口伝えによる取り決めとがある」と記述している。岩出町(のち岩出市)が、溜池の所有について、水利組合の所有を否認し、町のちの市の所有を主張するようになるのは、図書館建設問題が生起して以降なのである。
- (25) 川島武宜・潮見俊隆・渡辺洋三編『入会権の解体』Ⅰ(岩波書店、一九五九年)、『入会権の解体』Ⅱ(岩波書店、一九六二年)。

〔付記〕 本稿を草するにあたり、牧野一郎・野村泰弘・西洋氏はじめ各位の協力を得ました。改めてお礼申し上げます。なお、本稿は、平成二五〇二七年度日本学術振興会科学研究費補助金基盤研究（C）「日本近代法のゆらぎ―土地・家族・村の実証的研究」による研究成果の一部である。

入会権確認訴訟における最近の動向（矢野）

四一四（四一四）