

# 溜池入会権と地域住民団体

——その所有権をめぐる裁判事例の法社会学的検討——

江 渕 武 彦

## 目次

- 一 まえがき
- 二 事例の概要
  - (1) 大阪高判平成九年二月一八日(戦後入会判決集第三卷二二二頁)
  - (2) 福岡地久留米支判平成一三年九月一四日(戦後入会判決集第三卷四四四頁)
- 三 旧村持財産の変遷に関する史的検討
  - 1 明治民法における入会権規定設置
  - 2 大正から昭和初期にかけての学説
  - 3 法定承継説の理論的問題
- 四 事例の個別的検討
  - 1 草部事件
    - (1) 事実関係の詳細
    - (2) 草部判決の位置付け
    - (3) 草部事件発生の原因
  - ① 草部事件における訴訟外的事实

- ② 大阪府による誤指導
- ③ 堺方式の特色

2 荒木事件

(1) 地域の沿革と概況

- ① 荒木町の沿革
- ② 各小組合の概況
- ③ 風呂組合
- ④ その他の共同体組織
- (2) 第一審判決から控訴審での和解にかけて  
事実関係の詳細
- (3) 係争溜池所有権の帰属に関する検討
- (4) 第一審判決の問題点
- ① 一部の共有持分登記抹消の是非
- ② 一部の共有持分登記に限定した保存登記申請の不可能性
- ③ 一部の共有持分抹消登記申請の不可能性
- (6) 自治会側弁護士の問題点
- (7) この紛争の実体

五 結びに代えて

## 一 まえがき

本稿は、灌漑用溜池の地盤所有権をめぐる二つの裁判例の実証的検討を目的としている。これらの溜池は、集団的に管理される一種の入会地である。いずれも、これらの裁判では、入会集団所在の地域に成立した非入会権者を含む地域住民団体がその所有権主体であるかどうかが争われている。

入会権の客体は、基本的には土地である。むろん、入会権に関する民法二六三条・二九四条は、何がこの権利の客体となるのかを規定していない。そのために、集団の事務所を置く集会所建物はもとより、入会地の処分によって発生した債権も入会権の目的たりうる。<sup>①</sup>あるいは、その弁済によつて集団が取得した金銭なども、構成員への配分決議など、入会廃止の合意がない限り入会権の目的として考えることができよう。しかし、その原初的な目的は、集団的土地管理にほかならない。

入会権の客体たる土地<sup>②</sup>入会地としては、一般には林野を想像するが、この点についても、右規定は制限していない。したがって、灌漑用溜池や村落共同墓地も入会地たりうる。共同造林という利用形態は商品経済的側面を有するが、この側面に眼を転じれば、炭坑敷地<sup>③</sup>、宅地<sup>④</sup>、スキー場用地<sup>⑤</sup>など、さらに多様化してくる。

今日、入会権といえ、それに興味を持たない民法学者から無視あるいは攻撃されがちな権利である。入会権については、とりわけ戦後は川島武宜を中心に、権利行使や訴訟における実体の把握を目的に、フィールドワークが積み重ねられてきた。<sup>⑥</sup>しかし、このような実証研究の経験のない民法学者は、通常、入会権をもつて農民による草刈り薪採りの使用収益権とイメージしており、現代社会ではすでにその役割を終えた、あるいは終えつつあると理解している。<sup>⑦</sup>多くの法学者は、農山漁村の法律問題研究が時代的役割を終えたとの印象を持っているようである。その傾向は、

とりわけバブル経済を契機に、民法学者や法社会学者の興味が金融や都市の土地問題に流れることよって促進されたように思われる。この傾向は、入会という集団的土地管理が、多くの場合、近代以前に成立していることと関係する。歴史的に見れば、入会は、第一次産業の中で営まれてきた。このことが、第二次・三次産業を以って第一次産業よりも進化した生産形態であるとする素朴な社会進化論の立場から「入会権という前近代の権利は時代的役割を終えた」という評価を生み出してきたようである。

このような素朴な社会進化論は、実は、かつて入会権に熟知した研究者の中にもあったようである。草刈り薪採りという入会権行使の形態を「古典的」と位置付ける<sup>⑦</sup>、その表現の中にそれが感じられる。むろん、かかる専門家が、かような形態をもつて現代的意義を有しないと認識していたわけではない。ただ少なくとも、現存している古典的入会利用形態は解体消滅に向かうという<sup>⑧</sup>、漠然としたイメージを、多くの入会権研究者が有していたということはいえよう。しかし、いま立ち止まって振り返れば、入会権における古典的利用形態は、地域社会における共同の生活と生産の場において、かような生活や生産が消滅しないかぎり、存続するであろう。そのような入会地の典型は、灌漑用溜池、村落共同墓地<sup>⑨</sup>、酪農地帯における入会放牧採草地である<sup>⑩</sup>。この中で、紛議の種となりがちな土地がある。それは、とりわけ都市近郊所在の灌漑用溜池である。

かつて稲作を中心とした農村の地域が都市住宅地化し、旧来の農家が離農すると同時に、外来の非農家が多く居住するようになる。わが国の各地に見られる現象である。ここで、旧来の住民と外来の住民の生活環境の違いから、意図的に、前者の住民による組織（村落共同体）とは別個に外来住民組織が設けられることがある<sup>⑪</sup>。しかし、つねにそうではない。かつての村落共同体組織が、生産を共にしない単なる居住世帯たる外来住民を当然のごとく受け入れることもある<sup>⑫</sup>。その場合、新旧の地域住民による組織は、共同生産を目的とした共同体の性格を失い、より近代的・個

人主義的な、いわば社团的な組織体へと変貌する<sup>13)</sup>。問題なのは、その変質を、とりわけ外来住民が気付かず、彼らが、共同体財産を変質後の近代組織たる地域住民団体が承継した、と誤解する点にある。これらの人びとの主張は、つねに次のような論理にもとづく。

① 明治二年・町村制施行以前の村が有していた山林原野、溜池、墓地などのいわゆる村持財産は、町村制施行後、大字有財産（いわゆる部落有財産）として、地域住民によって管理が継続した。

② 現在、外来住民を含めて当該大字（あるいはより広域的な地域）を中心に住民団体が組織されているが、この組織は、前記町村制施行以前の村に由来する。

③ したがって、かつての村持財産は、現在の住民団体に帰属する。

以上の論理が、旧村持財産は現在では財産区財産である、という誤った視点<sup>14)</sup>にもとづいていることもある。純粹な法理論の視点からのみいえば、旧村持財産が特定された人びとの一種の共有物であり、行政体としての村の性格とは無関係<sup>15)</sup>のみならず、近年の外来の非農家住民を含めた、共同体とは異なる現代地域住民団体とも関わりを持たないこととはいうまでもない。しかし、地域住民や地方行政に携わる人びとに、この論理が常識として知られているわけではない。また、場合によっては、法曹人はおろか、法学者でさえ、この点について無知であることがある。

右のような入会地についての誤解は、山林原野よりも、灌漑用溜池の方に多く発生するように思われる。以下、この誤解にもとづいて生じた灌漑用溜池をめぐる大阪府堺市及び福岡県久留米市における二つの裁判例を対象に、若干の現地調査の成果にもとづいて、紛争の実体と判決の位置付けを試みたい。なお、前者を対象とする調査は、後者と比較して不十分である。ただ、両者の紛争の実体はほとんど同一であるにもかかわらず、裁判所の判断が完全に分かれている。後者の判決には、裁判官の見識を疑うような非論理的な内容が含まれている反面、前者の判決には、常識

的な判断が示されている。不十分な調査ながら、あえて前者の事例を本稿で扱う所以である。後者においては、裁判官の判断のみならず、第一審原告の訴訟代理人たる弁護士の不見識により、本来ならば訴訟にまで至らないケースにおいて提訴されたという事情が認められる。この問題をも明らかにすることにより、本稿で、改めて法曹人の社会的責任について言及したい。

## 二 事例の概要

〔1〕 大阪高判平成九年二月一日（戦後入会判決集第三卷二三三頁）<sup>16</sup>

【事実】 大阪府堺市大字草部所在の鶴田池は、現在、光明土地改良区が管理する灌漑用溜池で、保存登記はされていないが、登記簿表題部所有者欄には「大字草部六大字共有地」と記載されている。この地域はもと農村であったが、すでに戦前から脱農化・住宅地化が進み、旧来からの住民が離農する一方で、外来の非農家世帯が増加した。農家は、現在では、右土地改良区の構成員として配水を受けている。近年、この土地改良区が別会社に対して、ゴルフ打放場施設としてこの溜池を貸し付けた。新旧住民を構成員とする住民自治会が同地域において地区別に三つ組織されているが、そのうちの二つの団体（草部太井地区住民自治会・石橋自治会）が、土地改良区および溜池の貸付を受けている会社を相手として、鶴田池が草部地区所在の三自治会の所有財産であることを前提に、土地改良区による鶴田池の右貸付を不当とし、土地明渡ならびに不法行為を理由とする損害賠償を求める訴えを提起した。この前提は、三自治会は大字草部と同一の団体であり、昭和一五年前ころ鶴田池の所有権を取得し、黙示的に光明土地改良区に同池の管理を委託していたが、右貸付は管理権の濫用であり自治会に対する背信行為である、という理由にもとづいてい

る。第一審はこの前提を否定し、原告自治会が鶴田池管理に関わってきた証拠はなく、「これまで水利に関わるものがなかったものが突然池の所有者となるわけでもない」としてその請求を棄却したので、原告自治会が控訴した。

**【判旨】** 棄却。「鶴田池を維持管理していた主体は、〈略〉七大字によつて組織された水利団体（水利連合体）であつたというべきである。そして、ため池に関する水利権と池敷所有権とは別個独立の権利であるとはいへ、本件においてはそれらがそれぞれ別個の法主体に帰属していたことを窺わせるような証拠はないので、本件土地を含む鶴田池の池敷は、それに対する所有権者としての意識の程度はともかくとして、土地登記簿（略）の表題部所有者欄の記載（略）に鑑み、法形式的にみると七大字（村落共同体）の水利団体の構成員（受益農家）の総有にかかるものであると認めるのが相当である」（この事例を以降「草部事件」とする）

〔2〕 福岡地久留米支判平成一三年九月一四日（戦後入会判決集第三卷四四四頁）

**【事実】** 福岡県久留米市荒木町所在の鷲塚池は、同地区の一部である大字荒木所在の農家が管理する灌漑用溜池である。大字荒木はさらに六つの区に分かれている。その農家は、区ごとに農事実行組合を組織し、集团的に溜池から取水している。鷲塚池もその一つである。この溜池については、旧土地台帳の上で、「荒木村持惣代甲野太郎、乙野二郎、丙野三郎」の所有とされている。これが登記簿表題部所有者欄へは、「荒木村持惣代」の肩書なしに右三名の氏名が転記された。その後、昭和五六年に、甲野太郎の末裔・甲野次郎（Y）が、自己の名及び他の二名の相続人の名によりこの溜池敷地につき保存登記をした。大字荒木地区を含むより広域的な荒木町の地域は、昭和三〇年代より住宅地化が進んでおり、荒木町全体においては、一七の区に分かれて外来非農家世帯をも構成員とする区自治会が設けられていた。平成一〇年に、荒木町全域に亘る荒木町住民自治会が組織された。この住民自治会（X）が、鷲塚池の保存登記名義人三名のうち、Yほか一名を被告として、同池の所有権は荒木町住民自治会構成員の総有に

属するとの理由で、自治会代表者への真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記を訴求。Yは、本件溜池は大字荒木における旧来の住民による入会地であり、より広域に亘る荒木町住民自治会（X）はこれには無関係であるとして争った。Yがこの主張を明らかにすると、この池を利用して農家らがZ<sub>1</sub>Z<sub>2</sub>を選定当事者として独立当事者参加をして、Yのみを相手としてその登記上の共有持分の抹消登記を求めた。Xは訴訟を取り下げた。Yによって全入会権者が当事者となっていない旨の抗弁が提出されると、上記溜池利用者らが組織する農事実行組合Z<sub>3</sub>がさらに独立当事者参加をした。XZ<sub>1</sub>Z<sub>2</sub>Z<sub>3</sub>の訴訟代理人は、すべて同一弁護士である。

【判旨】 認容。「久留米市荒木町荒木には、従前、農業協同組合の下部組織ないし連絡機関として、第1区から第6区までの農事実行組合があり、〈略〉旧上荒木村住民集団の共同体としての地位を継承しているのは、現在の久留米市荒木町荒木において農業に従事している者及び同所において農地を有している者の集団と認めるのが相当であり、その範囲は、他に特段の立証のない本件においては、上記農事実行組合の組合員と一致するものと認められる。したがって、本件各土地は上記農事実行組合の組合員の総有に属すると認められる」

〔略〕①実体的無権利者による所有権保存登記は無効であり、抹消されるべきこと、②土地所有権保存登記の一部の共有持分のみの抹消登記手続請求も、必要性があれば認められることにより、被告の主張はいずれも採用することができない（本件は控訴されたが、控訴審で和解が成立した。和解内容については後述する。この事例を以降「荒木事件」とする）



### 三 旧村持財産の変遷に関する史的検討

#### 1 明治民法における入会権規定設置

右二つの裁判例においては、いずれも、かつては農家集団が権利主体であった旧村持財産が、現在では、非農家を構成員とする地域住民団体の資産へと転換しているかどうか、が争点である。いずれの事例でも、第一審原告たる住民団体は、現在の同団体が、歴史的にはかつての村落集団を由来とするとの前提に立っている。本稿は、この前提の当否を主題の一つとしているので、この周辺の問題について、まず明治民法制定時における法典調査会での議論<sup>17)</sup>を踏まえ、入会権の性格を確認しておきたい。

共有の性質を有する入会権の規定（民法二二三条<sup>18)</sup>）の案を審議する過程で、内務省土木局長の都筑馨六が、旧村持財産を町村制一―四条における「町村内ノ一部」<sup>19)</sup>が有する財産（すなわち公有財産）であるとの立場からこの規定設置反対を主張し、穂積八束がこれを支持している（この都筑・穂積の立場を、本稿では便宜的に「公有説」としておきたい）。<sup>17)</sup> いうまでもなく穂積八束は、旧民法排斥の中心人物であるが、同法制定の一翼を担った磯部四郎が、むしろ立法者の案よりも詳細な規定を置くことを強く主張している。<sup>20)</sup>

旧民法排斥の理由の一つが入会権規定の欠缺であったことから、後世の民法学者の中には、入会権規定が国権主義的傾向の強い者の影響の下に明治民法の中に設けられたと錯覚している者がいるように思われる。しかし、当時の国権主義者が、入会という村落集団による財産管理を私法的に保障しようと考えるはずはない。むしろ、磯部のような、穂積八束らと対極にあった近代法専門家が、積極的な入会権規定設置の必要性を説いている。

おそらく、西欧近代市民法原理の体得に没頭していた磯部は、そして彼の師ともいべきボアソナードは、旧民法制定時点では、我が国において、入会権を私権として編成する規定の必要性を認識していなかった。そして磯部は、ボアソナードとともに築き上げた旧民法が排斥され、そのボアソナードが日本を去る中で、入会に關する自己の不明を悟つたに違いない。法典調査会速記録における磯部発言から、彼が旧民法の企画中に入会について無知であつたこととの後悔の念が読み取れるのである。<sup>(21)</sup>この問題は、旧民法制定過程や当時のボアソナードの思考傾向、大審院の入会権訴訟に対する姿勢、あるいは磯部四郎という人物を知る上で示唆に富んでいるが、これらは本稿の目的を超えるので、後日、稿を改めたいと思う。ここでは、公有説論者らの反対にもかかわらず、最終的に入会権に關する二か条が明治民法の中に置かれ、これによつて、入会権が慣習を第一次法源、民法の共有規定や地役権規定を第二次法源とするという抽象的な形で、しかし明確にこの権利が私権として、民法原理の中に編成されたことを指摘しておくに留めたい。

ただここで注意しておきたいのは、立法者は、入会私権論の旗の下に、穂積八束らの公有説に反駁して入会権規定設置を達成したのではないという点である。立法者らは、ひたすらに、権力中枢に籍を有する穂積・都筑に対して腰を低くし、「行政法二極マツテ居ルコトハ少シモ民法ガ其效力を妨ケルコトハナイ」と町村制の領分を侵さない旨の弁明をして了解を得ようとした。<sup>(22)</sup>穂積らは、この弁明に対して、その保障を求めているけれども、この点についてはあいまいなままで二六三条設置の決が採られた。その結果、反対者は少数に留まり、その設置が決まつた。<sup>(24)</sup>おそらくその反対者とは、穂積と都筑の二名だけではなかつたかと思われる。このように、公有説に対する有効な反駁がされないまま採決されたため、後々、この問題を引きずることとなる。

## 2 大正から昭和初期にかけての学説

民法の法文の中で用いられている「入会」は、村落共同体による財産の共同所有（二六三条）・所有権にもとづかない財産の共同管理（二九四条）を指す用語である。ただこの語は、明治民法制定以前はもとより、制定後、そして現代においても、現実の共同体における生活の中ではあまり使用されていない。前述の裁判例〔2〕における旧土地台帳上の記載にもあるように、古くは「村持」と呼ばれ、あるいは、行政はこれを「部落有」と称していた。この財産の主体たる村について、大正期に、日本法制史学の立場から論究を試みたのは、中田薫であった。中田は、まず明治以前の村について、次のように指摘している。<sup>25)</sup>

① 村は仮想的・擬制的なものではなく、実在的な存在である。

② しかしそれは、構成員たる村びとから独立した人格体である。

③ 右でいう独立人格は、村びとの人格から分離した抽象的人格ではなく、村びとの人格が総合した人格である。

この中田説を、私なりに説明しておきたい。村が仮想的・擬制的なものではない、との指摘（①）は、明治以前の村が近代法における法人とは異なることを強調する目的にもとづいている。近代法の下での社団法人は、社員の人格とは分離した独立人格体である。この立場から、当該法人資産は社員の共有物ではなく社団法人の単独所有物であると説かれる。自然人たる社員は、身体と精神を有する実在人であり、彼らの人格は、この実在を前提としている。これに対して、法人は身体を有しないから、法人の人格は、右のような実在を前提にしない抽象的存在である。中田は、明治以前の村の人格は、そのような抽象概念ではなく、実在人たる村びとの人格が総合したものだと言っている（③）。この概念は、その後、「実在的総合人」として、後述のように中田以外の研究者によって承認される。

なぜ、中田がそのように論ずる必要があつたのか。それは、明治以前の日本に近代法下の法人は存在していなかったという前提に立ちつつ、中田はそれでも、村の権利主体性(②)を主張する必要性を感じていたからである。中田によれば、村は「村として公課を負担し、村として訴訟を爲し、村として財産を所有し、村として法律行為を爲し得る」ところの組織であつたという。おそらくこれは、中田がそのような村による活動を古文書で確認していたからであろう。近代法上の法人が明治以前に存在せず、それでも村が一種の権利主体として機能したことを法理論的に説明する手段が、③の「村Ⅱ実在的総合人」説にほかならない。

この実在的総合人概念は、中田の独創ではない。中田は、「此人格は羅馬寺院法的法人の如く擬制人(persona ficta)では無くして、日耳曼獨逸法の(Genossenschaft)の如き實在的總合人(realte Gesamtperson)であると云ふべきである」として、そのことを明らかにしている。要するに中田は、右の①と②を調和させるために、洋学の知識をもつて説明(③)を試みている。これをそのまま継承したのが、石田文次郎であつた。<sup>26)</sup>

次に、明治維新後の村の性格について、中田はどのように理解していたのだろうか。中田は、明治九年年から一七一年にかけての大審院判決事例の中で、村が原被告として登場する裁判例に着目し、そのことから次のような指摘をしている。<sup>27)</sup>

- i 訴訟主体としての村は、「某村人民数十名」「某村全村民」「某村総体」として表れる。
- ii 右をもつて、当時の村が、村としての行政区域内に住む各個人の「総計」に過ぎず村の訴訟行為を単なる村びとの共同行為に止まるものとして理解してはならない。
- iii 大審院は村が村民の複多体であることを認めつつ、村民の新陳代謝とは相関しない独立単一体であることも明言しているので、維新後においても、村は「実在的総合人」であつたといふべきである。

明治二一年に町村制が制定され、地方行政の基礎が築かれていく。翌年の四月以降、この法令が施行されていくが、その前に、町村の合併が行なわれた。明治二一年段階では、全国の町村数は七万四三五に上ったが、翌年には一万三三四七に減じている。<sup>(28)</sup>平均すれば、およそ五か町村が合併して新しい町村が生まれたわけである。

中田は、前述のように、明治以前から維新を経て明治初年期における町村を実在的総合人と呼んで権利主体性を見出し、入会地の所有権の帰属をここに求めていた。その中田は、明治二一年・町村制二条における「町村ハ法律上一個人ト均シク權利ヲ有シ義務ヲ負担」するという規定を重視し、町村制という法令の解釈の下で旧村持財産をもって新町村財産へと帰したと解している。すなわち中田は、この法令が「従来の總合人としての村を一舉にして近代的擬制人たる地方團體に改造し、従来の町村總有財産を擧げて町村専有財産に變じてしまった」というのである。<sup>(29)</sup>石田も同様の立場にある。<sup>(30)</sup>ただ、この立場が穂積・都筑らの純粹な公有説と同一であるともいえない。公有説は、前述の通り、旧村持財産をすべて町村制一―四条における「町村内ノ一部」が所有する財産と解する立場であり、町村制以前の村が所有する財産をもって公有（すなわち当時の村をもって公法人として理解しその私的側面を認識しない立場）と解する見解であるように思われる。中田説の功績は、旧村の私的側面を明らかにしたところにある。ただ中田は、旧村におけるこの公私二つの性格が未分離であり、村持財産は、その融合した性格で村が所有した財産であると考えている。すなわち、中田によれば、村持財産は、公有でもあり私有でもある、ということになる。

福島正夫は、この問題については、やや複雑な立場にある。福島は、必ずしも、中田や石田のように、町村制施行により、かつての村持財産が何の処分も経ずに法人たる新町村の単独所有財産に帰した、という単純な考え方をしていないように見える。しかしそれでも福島は、旧村持財産をもって、町村制下における「町村内ノ一部」の財産と解している。

明治二一年・町村制一一四条は、町村内の一定区域において、特別財産の所有・营造物設置・当該区域内財産の費用負担者存在という事情がある場合には、郡参事會に條例制定・区會又は区總會の設置を認めている。すなわち右の事情があれば、町村の区域内に、独立公法人（現行地方自治法における財産区）の設置を許そうというのである。その対象となる一定区域として、一一四条は、次の三類型を掲げている。

① 町村制上の町村の区域が広濶であるか又は人口が稠密のため、六四条によつて同区域が数区に分けられた場合の当該区

② 町村内の一部

③ 町村制上の町村が四条にもとづいて合併した場合の以前の町村区域

右のうち、①③は、分区・町村合併の例であり、いずれも町村制によつて生じた新村村の問題である。これに対して②は、町村制以前の旧村域（町村制以後の大字）が事実上独立して財産を所有している場合を想定している。福島は、入会財産たる旧村持財産がこれにあたるとして、この財産を「部落有財産」と呼び、「この地方制度の再編成によつて、數百萬農家が死活的な利害關係をもつ四百萬町歩の林野は、部落農民ではなく、公共團體の所有に屬するものとして、従來のとはことなつた取扱をうけることとなつた」という。<sup>31</sup>

ただ福島は、政府が町村制を前提とした旧町村の合併を促進するために農民を内務大臣訓令三五二号（明治二一年六月一三日）で囑着したという。この訓令は、これまでの村持財産について各町村間の協議をさせ（七条）、不調の場合には、「民法上ノ権利ハ町村合併ヲナスニ就キ關係ヲ有セサルモノトス即各町村ニ於テ若シ町村タル資格ヲ以テ共有スルニ非スシテ町村住民又ハ土地所有者ニ於テ共同シテ所有シ又ハ維持共用セシ营造物又ハ山林原野田畑等アルトキハ従来ノ儘タル可シ」、すなわちこれまで通り、旧村持財産として扱ふと明言する（八条一号）。福島は、国は町

村制により旧村持財産を公有財産として扱う一方で、農民に対しては、これまで通り私有財産として扱うので安心して合併に応じよと騙したというのである。ただいずれにしても、結局、福島は、町村制の解釈として、旧村持財産Ⅱすべてを公有財産と解釈していることになる。<sup>(32)</sup>

町村制にもとづく新町村の公有財産か、あるいはその一一四条「町村内ノ一部」である部落の公有財産か、という違いがあるにしても、中田、石田、福島らの説は、いずれも旧村持財産は町村制施行の段階においては公有財産と解する。そこには、何らの処分も経由せず、町村制という法の効力によってそのような効果が出現した、という考え方が認められる。この説を本稿では便宜的に「法定承継説」と呼びたい。

戒能通孝は、これらの説に与しない。戒能は、「一つの法律が存在することにより、社会生活自體まで、直ちに變革せられると云ふ考へには反對で」ある、<sup>(33)</sup>として明確に法定承継説に反対する。戒能の説を説明すると、次の通りである。

- ① 明治以前の村は、生活協同体としての側面を有しており、入会財産は、この側面による私的財産である。
- ② 町村制にもとづいて新町村が成立し、それまでの村が行政体としての性格を失っても、私的財産たる入会財産は影響を受けない。

戒能説を徹底すれば、中田による旧村公私未分化説は誤りである。それは完全に分化した形で村に併存した性格であり、入会財産はその私的側面で所有されていた財産である。<sup>(34)</sup>

### 3 法定承継説の理論的問題

1 で述べた通り、公有説の主張があつたにもかかわらず、明治民法に入会財産に関する規定が設けられた。これによつて、入会財産の私権性が明らかにされた。問題は、前に述べたように、立法者が公有説に反駁し、これを克服した上で決着したわけでもないところにある。福島が農民を瞞着したという前述の内務大臣訓令三五二号をもう一度検討しよう。

この訓令は、明確に、「民法上ノ権利ハ町村合併ヲナスニ就キ関係ヲ有セサルモノトス」とする。この時点においては明治民法はまだ制定されておらず（旧民法制定過程にある）、ここでいう「民法上ノ権利」の内容が明らかでない。おそらくは、私人が財産を共有してきた場合、その財産については町村合併の影響なし、と宣言したのである。問題は、「町村タル資格ヲ以テ共有スル」財産は同合併の影響を受けるといふ前提が付されているところにある。これを文字通り読めば、複数の町村が共有していた財産は当該町村の合併によつて成立した新町村の単独財産となる、とされているように思われる。ただ当時は、前述の旧村公私二面性を説いた中田論文が公となる以前のこともあり、当然に、この訓令を発した内務大臣は、当時の村を公法人として理解していただろう。とするなら、この訓令は、公法人としての村が所有する財産（公有財産）は合併の影響を受ける（新町村による公有財産へと転換する）が私有財産はその影響を受けない、という当然のことを明らかにしたものと位置づけることとなる。その一方で、政府が村びとによる私有財産を公有へと取り込もうとしていたとしたら、福島説の指摘通り、政府は農民を騙そうとした、という表現が穏当でなければ、少なくとも、ダブルスタンダードであつたといえるだろう。

公有説に従えば、町村制施行後の旧村持財産については、必然的に法定承継説へ帰着する。したがつて、仮に旧村



が、今日でいう行政財産（地方自治法二三八条三項）に相当する財産を所有していた場合、町村合併により、何らの処分行為も伴わず、当該財産は新町村へと承継されることとなろう。

中田説のごとき旧村公私両面説は、本来ならば、法定承継説となじまないはずである。中田説に従えば、旧村持財産（行政財産や入会財産）に関する権利の中に、村びとの私権が融合していることになる。そうすると、旧村が今日の行政財産に該当する財産を所有していた場合ですらも、その権利の中に私権が融合しているということになり、このような財産についても、新町村への法定承継という効果は生じないこととなってしまう。この矛盾については、中田は何も説明していない。

戒能説に立てば、この点については明確に理解することができる。まず、行政財産は新町村へ法定承継される。しかし、私的財産たる入会財産は、村びとの私的共有物であるから、内務大臣訓令三五二号が宣言する通り、新町村財産へと帰着することにはならない。それは、村びとの私的共有財産としての性格を維持し続けることとなる。今日の裁判実務や、入会の沿革に関する学説は、概ねこの考え方を基本としている。<sup>(35)</sup>

#### 四 事例の個別的検討

##### 1 草部事件

###### (1) 事実関係の詳細

大字草部部落を始めとする七つの村落集団は、古くからこの池を中心に井組と呼ばれる水利連合体を構成し、同池を共同で管理してきた。この池については、その登記簿表題部所有者欄に「大字草部外六ヶ大字 共有地」と記載されている。この七か村は、草部村・上村・原田村・長承池村・北王子村・野代村・富木村である。おそらく、明治初期の地租改正時には、これら七か村あてに、村持共有地として地券が交付されたものと思われる。

明治一三年・区町村会法（明治一三年四月・太政官布告一八号）が制定されるが、その八条に、「水利土功」の規定が置かれている。これは、特定地域内の水利用を示す用語である。この地域が一町村内に留まる場合と数か町村に亘る場合の双方が想定されているが、同条は、かかる水利用については、利用者（又は町村会）の決議で規則を設けて府知事県令の裁定を受けよ、と定めている。明治一七年に区町村会法が改正され（明治一七年五月・太政官布告第一四号）、その一四条は、ある場合に、府知事県令が区域を定めて水利土功会を開設することを認めている。それは、水利土功に関する事項が「区町村会若シクハ連合区町村会ニ於テ表決スルヲ得サル」場合である。具体的には、水系が一区町村内の一部の地域に限定されている場合や、かような地域限定水系が区町村境界を超え、受益農地が複数の区町村に亘っている場合であろう。草部村を始めとした七か村の利水者を中心に、この水利土功会が設置されている。町村制にもとづき明治二二年に、これら七か村はそれぞれ新村下の大字となったが、これは地方行政上の編成に過ぎ

ず、右七か村に亘る水利土功会はこれに影響を受けなかった。明治二三年に、水利組合条例が制定され、その二条一号に普通水利組合の規定が置かれた。右の水利土功会は、この普通水利組合へと形を変え、戦後、土地改良区となった。これが、現在の光明土地改良区である。同土地改良区は、鶴田池の所有者として、同池の一部をゴルフ場打放練習場として観光会社に貸し付けている。

大字草部の地域は、昭和期に入ってから戦前戦後にかけて脱農化・住宅地化が進み、旧来からの住民が離農する一方で、外来の非農家世帯が増加した。これらの新旧住民を構成員とする住民自治会が同地域において地区別に三つ組織された。そのうちの二つの団体（草部太井地区住民自治会・石橋自治会）が、光明土地改良区および右観光会社を相手として、鶴田池が草部地区所在の三自治会の所有財産であることを前提に、土地明渡ならびに不法行為を理由とする損害賠償を求める訴えを提起した。この前提は、三自治会は大字草部と同一の団体であり、昭和一五年前ころ鶴田池の所有権を取得し、黙示的に光明土地改良区に同池の管理を委託していたが、被告土地改良区がこの池をゴルフ場施設として貸し付ける行為は管理権の濫用であり自治会に対する背信行為である、という理由にもとづいている。

## (2) 草部判決の位置付け

前述のように、第一審及び控訴審ともに、原告自治会のこの請求を退けている。このうち、第一審判決の指摘はきわめて重要である。その趣旨は、次の通りである。

- ① 明治初期においては、鶴田池の所有権は、地券の交付により、實在的総合人ともいわれる住民の総体である「むら」（水利共同体）の連合体にあるとされた。

② 農家のごく少数、特に皆無になつた場合を考えれば、その承継主体を單純に利水者の集合体と捉えることは不合理的である。しかしまた、これまで水利に関わることのなかつた者が本件溜池の所有者となると考えることもできない。

右第一審判決の②の指摘は、林野入会にない溜池入会特有の問題を明らかにしている。溜池入会の場合には林野入会と違つて、入会権者の離農が利用（取水）停止に繋がる。この場合、在村離農者は溜池入会権を喪失するのかが疑問となる。

入会権者の範囲は、民法二六三条の規定に従い、当該地方の慣習（すなわち当該集団における規範）によつて定まる。そのために、構成員の離農が溜池入会持分権の喪失に繋がるかどうかは慣習で決定されることになる。ただし、私の調査の範囲でいえば、在村離農者が溜池たる入会地につきその持分を喪失するという明確な慣習を有する集団は皆無である。とはいえ、明確に、利水者と離農者がまったく同等の権利を有するものとして扱われている例もない。以下、この問題について触れておきたい。

入会権のごとき共同体的権利は、近代市民法的な権利と異なり、集団維持を目的として、権利の維持のためにつき権利の裏返ししたる義務の履行を必要とするという特色を有している。すなわち、ある入会権者の義務の継続的不履行は、同人の失権に繋がる。その典型は転出失権であり、これを原則としない入会集団は存在しない。

溜池入会地についての在村離農者の問題は、かなりデリケートである。離農は、入会集団内部において、構成単位としての世帯の個別的事情にもとづく問題であり、集団全体が関与すべき性格の問題ではない。そして、離農者に対して、集団が溜池等の水利施設の維持管理を目的とした出役参加を促しにくい事情が（とくに離農が高齢を理由にしている場合に）ある。だからといって、離農者の溜池に関する作業の不参加を認容する、という慣習を明確化してい

る集団はあまり多くない。その少ない事例は、溜池の所有者組織と利水者組織を形式上分離するというケースである。<sup>96)</sup>

これは、溜池の地盤所有権の意識が明確な地域に認められる稀な例である。かような場合を例外として、通常は、在村離農者の扱いを明確に定めることはなく、この者の溜池に関する出役不参加をそのまま集団として黙認するというのが普通である。この扱いが、離農者の失権を意識したものでないことはいうまでもない。地域在住者の入会権喪失は、地域における共同生活からの離脱（一切の交流の断絶）を意味するからである。

右第一審判決は、明らかに、このような在村離農者における微妙な問題を念頭に置いた判断をしている。そのため、利水者だけを構成員とする被告（光明土地改良区）が所有者であると断定するについての躊躇が認められる。けれども、この訴訟においては、裁判所は本件溜池所有者が誰であるかを確定した上で判決を言い渡さなければならぬわけではない。原告自治会の本訴請求は、同自治会が本件溜池所有者であることを前提とする。その前提が覆滅すれば、裁判所はこの請求を認容できない。その覆滅は、裁判所の「これまで水利に関わることのなかったものが突然池の所有者となるわけでもない」という言葉によって論証されているのである。

### (3) 草部事件発生の原因

#### ① 草部事件における訴訟外の事実

この訴訟は、前述のように、大阪府堺市所在の溜池所有権の帰属をめぐる、住民自治会と呼ばれる地域団体により、溜池管理主体たる土地改良区を被告として提起された。この訴訟提起にあたり、自治会関係者において明らかに誤解がある。それは、同自治会が歴史的には、溜池の所有権主体たる旧村に由来するという誤解である。この訴訟に対する裁判所の姿勢は、その史的解釈が立証されていないことの指摘にほかならない。民事訴訟においては、立証責

任は原告が負担するのが原則であるから、その責任が全うされていないところに、原告自治会の敗因がある。もとより、社団法人の本質を有する土地改良区が同時に入会集団たる性格を併有しうるか、という、法社会学及び解釈法学に亘る問題があるが、少なくともこの訴訟において、被告たる土地改良区には、係争溜池が被告の所有に属することの証明責任は課せられていない。したがって裁判所には、立証責任負担の原則から、被告土地改良区が係争溜池の所有者といえるかどうかという点まで立ち入って審理する必要はない。本稿の目的も、その論究については範囲を超えるので、この問題については深く立ち入ることは控えるが、結論のみ述べれば、法人本質論における擬制説的解釈に依拠することにより、土地改良区による右の二つの性格の併有は是認されると思われる。

さて、議論を元に戻して、自治会関係者による前述の誤解について、さらにある事実を指摘しておくことにしたい。それは、かかる誤解が、このような入会財産に対する堺市の行政指導によって惹起された可能性が高いという事実である。

## ② 大阪府による誤指導

堺市のこの指導を見る前に、大阪府による、いわゆる部落有財産に関する行政指導の特色を指摘しておきたい。ただ、これについては、すでに比較的詳細に触れた論稿<sup>①)</sup>があるので、ここでは、要点のみを記述しておこう。大阪府による指導の特色は、府下の市町村に対して、部落有財産を財産区財産と強く印象付けるものである。大阪府総務部長は、昭和四二年に、府下市町村あてに「財産区有・部落有財産等の管理及び処分の適正化について（通知）」という文書を発しているが、その中に次の記述が認められる。

貴管内に所在するいわゆる部落有財産について土地台帳、不動産登記簿、地券、課税状況、権原移転の有無、市町村財産台

帳への登載の有無、古文書等によりその所有権関係を明らかにされたい。

〈略〉

いわゆる部落有財産のうち私的所有にかかる財産について、市町村長が管理処分権を有しないことはないまでもないが、財産区財産と認められるものについては、その管理の権限と責任が市町村長にあることを十分に理解し、下記の措置をとられたい。

(1) 未登記物件を登記することは勿論、不動産登記簿上、字持、村持、共有地等の表示になっているものについては、財産区名義に表示更正登記を行なうこと。

(2) 財産区財産の台帳を作成し、現況、異動状況を適確には握るとともに地方自治法第233条の規定にしたがい、決算の認定に際し財産調書等を議会に提出すること。

〈略〉

この通知の中に、明確な誤りがある。登記簿表題部所有者欄に「共有地」の表示があつたらこれを財産区名義に更正する申請手続きを執るようにと、大阪府は市町村長に対して指示する。私が少なくとも、この部分が誤りであるとする理由は次の通りである。

家屋台帳と登記簿の統合以前、最判昭和三三年六月二日（週刊法律新聞一〇一号一二頁）は、家屋台帳上の所有名義につき、推定力ありとの判断を示している。家屋台帳にそのような推定力が働くなら、土地台帳上の記載も同様のはずである。家屋台帳及び土地台帳は、昭和三五年に、登記簿と統合され、その所有名義人がそれぞれの登記簿表題部所有者欄へと転記されるに到った。したがって、右最高裁判決は、登記簿表題部所有者欄の記載に推定力が働くことを認めることと同一の判断をしていることになる。ここで、この欄に「共有地」という記載があつた場合、「共有」とは当然に民法典の中に示されている用語であることから、事実上、それは私有財産であるとの推定が働くこととな

る。それにもかかわらず、大阪府は、市町村長に対して、「財産区財産と認められるものについては」特別地方公共団体たる財産区の名義に更正登記申請せよ、と指示しているのである。そして、大阪府による財産区のとらえ方については、法社会学あるいは法史学の専門家から見れば嘩然とするような誤りが認められる。その誤解は、大阪府職員と推測される者が昭和四三年に『自治大阪』<sup>39)</sup>という刊行物に発表した解説文の中に表れる。この解説文は、右大阪府通知と一体をなすもので、そこには、次のような記述が見られる。

村の財産の中には、動産や建物などもあったが、重要な財産は水利権と入会林野であった。

当時の農村は、水と山の使用を中心として村民が強く結ばれた生活共同体（自然村）であったといえる。入会林野は、村民が村の規制に従って、肥料、飼料用の草の採取等の農業経営、生活用品としての燃料用雑木、建築用材などを共同的に使用収益され、農民の自給自足的な日常生活を継続させるうえに重要な財産であった。

この入会林野は、地盤の所有の相違によって、地益権チイケンに類似する入会権いかえれば、他人の土地を利用収益する権利だけのもと、村持ちの林野に村民が入会う共有の性質を有する入会権いわゆる総有ソウウとに分かれる。

村持ちの財産が総有であるということは、財産の管理権能が実在的総合人たる村に帰属し、収益権能だけが村民に分属するということである。

地方の慣習によって若干の差はあろうが、ほとんどの場合、村民は村の住民であるか、あるいは村内に財産を有するかの資格において財産の収益権能を有し、その資格を失ったときにその権利をも失った。したがって、村持ちの財産に対する村民の権利は、村民という資格をはなれてそれ自体独立の財産権ではなく近代的所有権としての性質を持たない。

徳川時代において、このような村民総有という形態で使用収益されていた財産が現在の財産区財産の母体となっているのである。

要するに、この解説文執筆者（結局は大阪府当局）は、総有＝財産区有と理解している。公私混同と批判すべき誤



解である。この解説文は、前記大阪府通知と一体をなすものであり、それを前提にすれば、同通知は、憲法二四一条に抵触する疑いがある。

その他の、右大阪府通知における、「共有地」の記載だけでなく、「字持、村持」という記載も同様である。結局、大阪府によるこの通知ならびにそれと一体をなす解説文は、法典調査会における穂積八束や都筑馨六と同一の立場にある。前述のように、この立場は、旧村の公私融合説を唱える中田によって修正されていたのではないのか。

### ③ 堺方式の特色

さて堺市は、いわゆる部落有財産について、形の上では右の大阪府通知に従っていない。堺市の方式は、部落有財産をもって財産区財産と呼称することを避けて「地区共有財産」と呼び、「地区共有財産の管理及び処分に關する要綱」を定めて、市が事実上のその管理に關与しているところに特徴がある(以下、本稿では便宜的にこれを「堺方式」とする)。以下は、その全文である。

地区共有財産の管理及び処分に關する要綱

#### (趣旨)

第1条 この要綱は、地区共有財産(以下、「財産」という。)の有効かつ適切な利用計画により、管理及び処分の適正化を図るため必要な事項を定めるものとする。

#### (管理責任)

第2条 財産関係住民(以下「住民」という。)は、財産である土地、建物、施設等について適正な管理運営を行い、溜池その他危険箇所の水難事故及び紛争の未然防止対策を講じなければならない。

#### (財産の利用)

第3条 住民は、原則として、財産を公用又は公共用に積極的に活用し、適正な計画的利用を図るよう努めなければならない。

(処分の基準)

第4条 住民は、財産の処分に当たり、土地台帳、不動産登記簿、共有者名簿、地券、財産台帳その他古文書等の記載内容、公租公課の賦課状況又は権利移転の沿革若しくは経過により所有者の確認を行い、次の各号に定めるところにより適正な処分手続をしなければならない。

- (1) 諸届出、許認可、確認等を要するものは、事前に処理すること。
- (2) 関係法令及び本市の指示事項等は、誠実に遵守すること。
- (3) 財産処分は、原則として、一般競争入札又は指名競争入札とすること。ただし公共事業用地として処分する場合及び本市が特に必要と認めたものについては、随意契約によることができるものとする。
- (4) 一般競争入札、指名競争入札及び随意契約を行う場合の予定価格の決定は、不動産鑑定士の鑑定書類その他これに準ずる資料を基礎とすること。

(一体性の確保)

第5条 財産の処分代金(以下「処分代金」という。)は、住民の福祉の増進を図るとともに、本市全域の一体性を損なわないため、本市及びその他公共団体の行う公共事業用地として処分するときは処分代金の10パーセント、その他の処分については20パーセントの額(略)を本市に納付するものとする。この場合において、債券等によって処分代金が支払われたときは、その債券等により本市に納付することができる。

(処分代金の管理等)

第6条 処分代金は、本市で保管し、その預託先は原則として本市が決定するものとする。

2 処分代金は、当該処分代金を有する地域において次の各号に掲げる費用に充当するものとする。

- (1) 公共事業費
- (2) 財産の維持管理費
- (3) その他本市で必要と認めた費用

3 前項各号に掲げる費用の支出は、月2回以内とし、当該処分代金を有する住民代表者からの請求により本市がその手続を行うものとする。

(雑則)

第8条 この要綱に定めるもののほか、この要綱の施行について必要な事項は市長が別に定める。

附則

この要綱は、昭和51年7月1日から施行する。

堺市財政局財務部管理課は、「地区共有財産の取扱要領——手続と様式例」(以下、「取扱要領」とする)という冊子を平成六年三月に刊行し、右の要綱をこの中に掲載すると同時に、堺市が定める方法での財産管理や処分をさせるための手引として、さまざまな解説文や様式を掲載している。その中で、取扱要領は、三頁に、「地区共有財産」につき次のように記述している。

財産は、現有の溜池を中心とした土地や建物及び本市で保管されている共有地処分金等に分類されます。

右の記述から、堺市における「地区共有財産」とは、灌漑用水源としての溜池を中心としていることがわかる。要綱六条一項は、その処分代金は市が管理するものとし、また同五条は、「本市全域の一体性を損なわないため」との理由で、処分代金の一部を納付させることにしている。

さて取扱要領は、第二章・管理の第二節・日常管理の必要性と注意事項、及び第三章処分の第一節売却処分の第一項売却処分の意義の中で、これらの財産について、次のように記述している(傍点は引用者)。

地区共有財産は、個人財産ではなく地区の総有財産という意識から財産の把握が疎かになりがちですが、関係町会(自治会)においては、町会(自治会)住民(略)ひとりひとりが自分の財産を扱う以上の注意を払って、適正かつ有効に管理を行うという自覚が必要です。

\*

また、やむを得ず一般民間に処分する場合は、地区共有財産が地区の総有財産であることを考慮し、処分後の土地利用が地域の発展につながることを第一に考え、処分先を決定して下さい。

右の記述の中に表れる「総有財産」の語の誤用は、大阪府による誤まった指導の中で認められる総有の語の誤用とほぼ同一である。結局、堺方式とは、大阪府方式における「財産区」の語を、「自治会」の語に置き換えたにすぎない。すなわち堺市は、部落有溜池は、現在では、自治会財産となっていると考えている。今日の自治会は、かつての溜池共有者集団たる部落の溜池に関する主体性を引き継いでいると、何の根拠もなく盲信している。この見解が誤っていることを、草部事件第一審及び控訴審判決が明確に指摘しているのである。

## 2 荒木事件

### (1) 地域の沿革と概況

#### ① 荒木町の沿革

福岡県久留米市所在の荒木町地区には、八か所の灌漑用溜池が存在し、現在も、一部が農業用水源として利用され

ている。明治二二年に制定された市制にもとづき、翌年に久留米市が誕生したが、この荒木町の地域はまだ同市域に属していない。

明治初年、荒木村は、三瀧郡に属する独立した行政体であると同時に、村びとの生活共同体としての私的側面を有していた。この荒木村は、明治八年に黒土村を合併吸収したが、公私の性格の二面性については変化がない。前者の村の有する権能は、徴税、戸籍、学事、兵事等に関するものであつて戸長が統括する戸長役場（連合の場合が少なくない）がこれらの事務を扱っていた。その一方で、生活共同体としてのむらの管理権能は、農事、利水、入会、祭祀等であつた。したがつて、溜池すなわち水利に関する事項は、行政体の管理事項ではなく、村びとの私的自治に委ねられた事項であつた。

これらの溜池については、土地台帳の上で、「甲野太郎、乙野二郎（又は乙野三郎）、丙野四郎」の三名名義とされているが、いずれも、「荒木持惣代」又は「荒木村持惣代」の肩書が付されている。

甲野太郎は、明治八年、現在の久留米市域に属する第一大区（三瀧郡）第五区内の荒木・黒土村の戸長（准等外一等）の職にあつた。<sup>(1)</sup> 明治二二年・町村制施行後の荒木村を構成する旧村（大字）の世帯数は、明治二二年町村合併調書によれば、次の通りである。<sup>(2)</sup>

荒木村	二五〇
白口村	一二五
下荒木村	一一九
今村	三〇

甲野太郎は、もともと荒木村のうち、鷺田（組）の庄屋であつた。同様に、乙野二郎は横小路（組）の、乙野三郎は野町（組）の、丙野四郎は豆塚（組）の庄屋であり、甲野太郎が主惣代であつたのに対して、他の二名は、村副惣代という立場で、土地台帳上に記載されたものと思われる。

明治二一年・町村制が制定され、翌年の施行に伴い、荒木村、白口村、下荒木村、今村の四か村が合併して新しく行政体としての荒木村が生まれ（以下、それまでの荒木村を「旧荒木」又は「旧荒木村」と称し、単に「荒木」とはより広域的な新荒木村の地域を指す地名として使用する）、それまでの各村は、この新村を構成する大字となつた。ただ、私的側面にもとづいて村持共有財産として管理されてきた溜池は、この合併の影響を受けることなく、従前通り、農業用水源としての維持管理が継続した。

戦後に到り、昭和二四年に、荒木村は単独で町村を敷いて荒木町となつた。さらに、昭和三〇年に荒木町と隣接する安武町が対等合併して筑邦町となり、同四二年に同町が久留米市に吸収合併された。現在の久留米市荒木町の地域は、旧荒木村ほか三つの旧村が合併して誕生した明治二二年以降の荒木村の村域を範囲としている。

昭和三五年、土地台帳と不動産登記の統合が図られたが、これらの溜池のうち五つについては、土地台帳上の表記が肩書を含めてそのまま（ただし三名の名義人の持分を各三分の一と明記して）登記簿表題部所有者欄に移記された。しかし、三つの溜池については、肩書が右所有名義人の氏名のみで、肩書が付されていない（何ゆえにこの三つが他の五つと異なる表記になっているのか不明である）。この三つの溜池につき、昭和五六年三月一〇日付で右表題部所有者甲野太郎の末裔であるYによって、全相続人名義で所有権保存登記がされている。その他の溜池については、保存登記されておらず、土地登記簿表題部所有者欄に、前述のような明治期における旧荒木持惣代の肩書が付された三名の所有名義となっている。

昭和三〇年代後半から、この地一帯の宅地化が進む一方、農業も曲り角にきて、農業経営の規模縮小あるいは離農する者が多くなった。耕作面積の縮小による灌漑用水需要の減少、それに加えて住宅地からの雑排水の流入により、農業用水池としての本件溜池のもつ役割は、次第に低下した。水利用の減少に伴い、その管理も十分とはいえない状態が続いたため、本来農業用溜池であったものが、すでに溜池としての用をなさなくなっているものもある。

しかしながら、管理状態が必ずしも十分ではないとしても、もともと本件溜池の所有者である旧荒木住民集団すなわち水利権者集団は、明治期ないし昭和二〇年までと比較すればかなり形を変えているが、現在も存続している。その溜池所有者である水利集団共同体は、現在では、旧荒木地区各区の農事実行組合もしくはその連合体である。

現在、荒木地区は、行政上、一七の区に分けられている。このうち、一区から六区までが、古くからの住宅地で、農家を含む旧来からの住民はここに住んでいる。他の地区は、かつて農地であった土地が宅地化して外来住民の居住区となったものである。

六区までの区は、さらに組に分かれる。これらの区または組ごとに、農家により農事実行組合が設けられている。各区、組、農事実行組合の状況は、以下の通りである。

組の名称	農事実行組合員数
一区 黒土	三九名
二区 古賀、豆塚	八〇名
三区 村中、鷺田	一六名
四区 横小路、立小路	五〇名

五区 御幸通

二〇名

六区 坂ノ上、野町

五〇名

以下、はじめに各組合の構成あるいは利水の概況を述べ、その後で各組合に共通する、共同体的つながり、構成員としての権利義務についてふれることとする（ただし、第五区は、現在農家数がきわめて少なく、その把握が困難なため省略する）。

## ② 各組合の概況

一区は、旧（明治八年以前）黒土村の地域で、広川の南に位置する。世帯数は五七のうち、農家数三九となつていゝる。同地区の灌漑用水源は東池であるが、広川から水を引き入れて貯留し、水源池としてゝいる。この池からさらにな流の地域に送水されてゝいる。

二区では世帯数約二〇〇を数える。同区は古賀と豆塚という二つの組から成り、農家は八〇戸ほどである。各組に農事実行組合（ほぼ四〇戸づつ）が組織され、農業に関する取決めは、この組合で行なわれてゝいる。その中で、さらに溜池管理を目的とした水利組合が組織されてゝいる。二区の農家には、井牟田池から取水する農家のほか、地域内を流れる河川（広川）から取水してゝいる者も多い。井牟田池の利用者は一五戸ほどであつたが、一〇戸が利用しなくなり、現在の利用者は、五戸程度である。しかし、利用しなくなつた者も水利組合を脱退することなく、利用者とともに、年二、三回の水路清掃や堤の草刈り等の出役を果たしてゝいる。組合の会合は、年三回行なわれてゝいる。

三区は、一一一世帯を数え、村中、鷺田の二つの区から成つてゝいる。しかし、そのうち農家は一六戸（村中九戸、鷺田七戸）である。これら農家は、かつては、鷺塚池や山ノ内池の用水のほか、広川からの引水を利用してゝいた。



四区は（世帯数一八九）は、横小路と立小路からなり、それぞれに農事実行組合（約二五戸づつ）が組織されている。同地区の農家のうち、溜池利用者は、二子塚池から取水している。現在、池や水路において葦の繁茂が著しく、田植え前に取水者によってその除去作業が行なわれている。

六区（世帯数約二〇〇）も同様に、野町・坂之上という組ごとに農事実行組合が置かれ、約三〇戸の農家がこれらに所属している。以前、この地域においては、主として車路池から取水されていたが、現在は河川からのポンプによる取水が多くなり、溜池の管理・利用は比較的少なくなった。それでも、なお水路清掃等は農家によって行なわれており、不参加者には三〇〇〇円の出不足金が課せられている。

これらの農事実行組合が単なる農業経営のための団体ということではなく、農事実行組合あるいは水利組合という組織を超えた共同体的つながりをもつ集団であるということである。たとえば、氏子集団や共同風呂組合という組織があつて、これらの活動ないし機能をもつて一個の共同体として結ばれているのである。その結びつきの強弱、行動様式は各組合によって必ずしも同一ではないが、大筋において、一致しているので、ここでは、一括して述べることにする。

### ③ 風呂組合

農業以外の分野において、昭和三〇年代まで、各区に共同風呂を運営する組織があり、ここにも旧来からの住民の共同体的なつながりを認めることができる。

管理のための組織単位には差があり、区長が管理者として名簿を作成・管理するなど、区が単位となっている場合や、区の中の組やその一部の者が組織を形作っている場合があつた。風呂焚きは、構成員の持ち回りで行なわれた。

この地域には日常生活に必要な燃料の供給源である共有地がなかったので、各人が、個人持ちの山から、あるいは、

他地区の個人山の立木を購入・伐採して、これを得ていた。その後、石炭が普及するようになったので、各区において、一括してこれを購入し、住民が対価を支払い必要量を配分するという方法が採られるようになった。この石炭の一部が共同風呂の燃料となった。

石炭購入費等を賄う会計は、区的一般会計とは切り離されて、特別に処理されることが多かった。各世帯が支払う費用は、家族数で決定されることが一般的であったが、一世帯から入浴できる人数がこれに限定されていたわけではなく、来客があればその入浴を認めるなど、この点の慣習は比較的緩やかであった。ただし、他の地域の住民が入浴することできなかった（というより地域に無関係の者が入浴に訪れることはなかった）。

この共同風呂については、各世帯に内風呂が普及するに従って利用者が漸減し、いずれの区でも、昭和四〇年ごろに廃止された。外来者が増加するのは、それ以降である。

#### ④ その他の共同体的組織

共同体的なつながりは、神社の氏子集団にも見られる。二区の天満宮がその例である。もともと、この神社の運営経費を賄うための水田（神田）があり、地区の農家が集団からこれを借り受けて耕作し、小作米を支払っていた。今日では、この水田は処分され、その代金が神社経費のための基金として管理されている。この地域では、外来者の加入を制限しているわけではないが、外来者自身が加入を望まないため、ほぼ旧来からの者だけで、神社の運営が行なわれている。このような神社の氏子集団は、ほかに、日吉神社（古賀組所在）を中心としたものがある。

旧荒木惣代等の肩書が付された財産としては、前述のように、本件溜池だけでなく、若干の林野、堀、溝、墓地なども見られる。

地域の共同墓地も同様に、共同体的な管理の下に置かれていた（ただし近年は納骨堂に遺骨を納めるのが一般的と

なっている)。溜池では、灌漑のほか、若干の川魚漁が共同で行なわれたこともあった。ただし、漁が認められるのは、当該溜池から取水する水田耕作者に限られていた。漁期（秋の彼岸以降）は、いわばその入漁権者の寄合いの場で決定されていた。このような共同体的財産を通じて、旧来からの住民は結ばれてきたのであった。

## (2) 事実関係の詳細

この間、荒木町域の都市住宅地化が進行し、同地域全体で三〇〇〇を超える外来世帯を数えるようになった。これらの世帯間に共同体的なつながりはなく、また、旧来からの住民の離農も進行し、溜池管理はますます行き届かなくなってきた。とりわけ、使用されなくなった溜池については、雑排水の流入で汚染がひどく、もとより、溜池の近隣が住宅地化することにより、生活上の危険性という問題も生じてきた。

さて、荒木町域内の一七の区においては、それぞれに区自治会が設けられ、その区長の相互連絡のため、荒木町区長会が組織されていた。この一七区の住民の共益的施設として、荒木コミュニティセンターが設けられており、この中に、社会教育法上の公民館（荒木校区公民館）が置かれている。ただ、荒木町域全体に亘る組織は置かれていなかった。そこで、平成に入って、全体に亘る住民自治会の設立が模索されるようになったが、これには、溜池の存在が関わっている。前述のように、これらの溜池の多くが、地域の脱農により利用されなくなつて汚染が進み、かつ、周辺が住宅地化して危険性が感じられるようになっていた。そこで、これらを久留米市に寄贈することにより地域の環境保全の向上を期すとの名分により、荒木町溜池対策委員会（以下、「委員会」と略称する）が、一七の区の自治会幹部によつて組織された。この組織については若干の問題があるので、以下にその規約を掲げておきたい。

荒木町溜池対策委員会規約

(名称)

第1条 この会は荒木町溜池対策委員会と称し事務局を荒木コミュニティセンターにおく。

(組織)

第2条 この会は荒木町の町民によって組織する。

(目的)

第3条 この会は荒木町にあつて私有とされている溜池を市有地とすることを目的とする。

(事業)

第4条 この会は前条の目的達成のために次の事業を行う。

- 1 荒木町に所在する溜池に関する調査
- 2 溜池の所有権を市に移転させる為に必要な折衝、及びその関連業務
- 3 その他この会の目的達成に必要な事項

(役員)

第5条 この会に次の役員をおき、役員は役員の互選によって選出する。

会長 (1名)

副会長 (3名)

事務局長 (1名)

会計 (1名)

監査 (2名)

(顧問、相談役)

第6条 この会に顧問、相談役(若干名)をおくことができる。

顧問はこの会の諮問に応じ助言する。

相談役はこの会の各種活動に関する相談に応ずる。  
顧問及び相談役は会長が委嘱する。

(解散)

第7条 この会は第二条の目的達成をもつて解散する。

(経費)

第8条 この会の活動に必要な経費は借入金をもつてまかなうものとする。但し借入金は市費によって弁済するよう市に要請する。

(決算)

第9条 この会の会計は解散時に決算を行うものとする。

付則 この規約は平成4年3月12日より施行する。

問題があるというのは、第二条、第八条、第九条である。第二条は、この会の構成員を「荒木町の町民」としていが、「町民」の定義が明らかでない。もとより、この「町民」による組織参加について意思が確認されていない。さらに、これらの構成員による同委員会創立総会が開催されたふしがない。第八条は、借入金をもつて活動経費をまかなうとするが、通常の団体では、構成員が出資した財産をもつてこれがまかなわれるものである。おそらく、事実上は活動に従事する者を取りあえず私費でその経費をまかなうのであろう。ただ、それを後に市に要求するというのはどういうことなのか。そもそも、解散時に決算を行なうという方法は何を意味するのか。

この委員会は、右の規定から見て、とてもではないが、地域住民団体として位置付けることはできない。これは、第四条二号に記載された目的（荒木町所在の溜池の市有化達成）のための、一部の地域幹部だけによる限定された組

織というべきであろう。この問題点については、さらに後述することとしたい。

ともあれ、同委員会は、直ちに、Yに対して、次のような申し入れをしている。

要望書

御尊家には益、御降昌のこと、とおよろこび申し上げます。

久留米市南部に位置する荒木町では現在まち作りに対する町民の要望が強くなり市の南部地域を含めてのまちの活性化の態勢作りが一段と強化されているところであります。

御承知の通り現在地域活性化の一つとして荒木町で遠く藩政の昔水田耕作の水源守り神として築かれた幾つもの溜池の活用が注目されているところであります。昭和六十三年既に当時の区長会や校区公民館が中心となつてこの問題に取り組み、特に老朽化が進み漏水もひどく貯水能力が低下して維持管理も不十分な鷲塚三段溜池の最下段のため池の甍生活用について市当局に陳情していますが諸般の事情により残念ながら採りあげられなかったという経緯があります。

この度荒木町民によつて荒木町溜池対策委員会を設立組織し荒木町の溜池を対象として郡誌、町誌等史実の調査、地域古老の話の聴取及び法務局での書類調査の結果を総合的に検討いたしました上でこれら溜池所有権者の方々に対して荒木町溜池対策委員会の立場や意見をお聞きいただくこといたしました。

つきましては御尊家御多用の折とは存じますが当委員会の趣旨について御理解後協力を賜りますよう要望いたします。

以上

平成四年三月十三日

荒木町溜池対策委員会

〈以下、役職名個人氏名略〉

この委員会は、同文書では、Yに対して話を聞いてほしいと求めるだけで、具体的な要求内容を明らかにしていない。おそらくこの時点では、委員会の中心メンバーにおいて、溜池の法律関係がよくわかっておらず、Yに対し

て話の持つて行き方に迷いがあつたからだろう。この文書をYに送つたあと、同委員会の主要メンバーがYを訪れ、溜池の市有化に協力してほしい旨の意思を示している。ここで、委員会メンバーは、登記名義人Yをもって「溜池所有者」と表現している。後述の通り、この名義は、入会集団の代表者としてのものであるが、同メンバーがこの時点でYを始めとする登記名義人をもって（そしてこの人びとのみが）溜池の所有者として理解していたことは無理ないであろう。

以下は、私のYからの聞き取りによるものである（したがって私自身が事実を確認したものではない）。そもそも、Yが昭和五六年に溜池の保存登記手続を採つた理由は、この地域所在の溜池について、あまり良くない話があつたことと関係しているという。前述のように、昭和三〇年代後半より、この地域において、激しく脱農化・都市住宅地化が進行し、旧来からの共同体的つながりを持たない住民が多数流入してきた。これに伴い、溜池の利用が衰退すると同時に、その土地の価格に着目する人びとが（とりわけ外来住民の中に）出てきた。良くない話というのは、誰が灌漑用水源として無用となつた溜池を入手するか、という内容だというのである。Yは、溜池を市有化すべきとの意見を以前から耳にしており、真偽はともかくとして、市をトンネルとして地元の有力者が広大な溜池跡地を入手する意図を有していると疑つていた事実がある。Yによる保存登記手続は、これに抗する手段であつたという。Yは、来訪した委員会関係者に対して、市有化はよいとしても、これらの土地についてどのような計画を考えているのか、もつぱら市にその立案を委ねるのか、それとも地域住民で考えるのか、といった基本的な質問をしたが、来訪者はただ協力せよというだけで、一切の回答はなかつたという。

その後、委員会は、A弁護士に対して、主として溜池所有権の帰属に関して見解を問うている。これを受けてA弁護士は、平成四年一〇月八日付で、以下の意見書を委員会あてに提出している。

次の問題点について、小職宛意見を求められましたので、小職の意見を次のとおり申し述べます。

一、問題点

(1) 別紙(土地の表示)記載の 8 筆の土地について、不動産登記簿謄本に「荒木村惣代甲野太郎」等と記載されている分(1) (5)の土地)と、「荒木村惣代」等の肩書の存しない分(6) (8)の土地)とがあるが、特にこの肩書の存しない土地の所有権を如何に考えるべきか。

(2) 登記移転手続について

二、意見

(1)

① 別紙目録記載の各土地は、いずれも昔からため池であり、当該部落(村)の灌漑・治水等のため利用(使用)されて来たもので、その管理も当該部落(村)が行なつて来たものと認められる。

② 右状況は、昔から(関係者が)聞知しうるところでは、約100年以上前から)続いていたもので、その間、現在に至るまで、その利用及び管理状況に何らの変化もなく、また、何らの変更があったとの事実も存しない。

③ また、8筆いずれの土地についても、旧土地台帳には、「荒木村惣代」あるいは「村持ち惣代」との肩書が付されて、甲野太郎、乙野一郎、丙野三郎(一筆につき丙野四郎となつているものがある)の3名の名前が記載されている。そして、右3名は、いずれも当時(市町村制が施行された明治22年頃)村の総代であつた者とのことである。

④ 以上に事実を勘案すると本件各土地は、いずれも村住民のための財産(住民の総有)であつたものと考えられる。そして、現在までのその現況に何らの変更が加えられたこともなく、利用・管理状況も従前通り全く変わつていないとのことであり、このことを考え合わせると、現在においても、その権利関係は変わつていない、即ち、村(地域共同体所属住民)の総有に属するものと考えられる。

⑤ なお、土地台帳から不動産登記簿に変わった時点で、別紙目録(6) (8)の土地については、「荒木村惣代」等の肩書が付かない、上記3名の個人名義で表題部に記載が為されている。



この点をどのように考えるかであるが、法務局からの回答でもその理由は明らかとなっておらず、その詳細は不明であるが、前述のような本件各土地の状況から見て（この3筆の土地について他の5筆と違う状況の変化があったことは認められない）、この3筆についてだけ権利関係に変更があったとは認められないことから、不動産登記簿作成時の記載漏れの可能性が高いと考える。

いずれにしても、土地の権利関係変更には実体が伴わなければならず、実質的権利変更の事実が現われていない本件については、右3筆の土地についても、未だ地域住民の共同所有（総有）であると考えられる。

また、右3筆について、現在、新たな者の登記（所有権保存）が為されているが、これは、肩書のない個人名義で登記簿が作成された結果によるもので、この登記自体に実質的権利関係の判断について意味が存するものとは言えない。

(2)

① 以上、本件各土地は、いずれも、住民の総有に属するものと考えられる。そして不動産登記簿は実体に合っていないなければならないという要請がある。

従って、現在の住民代表は現在の登記名義人（ないしその相続人）に対し、登記名義変更の請求権を有すると考えられる。ただ、一般的には、登記手続きについては共同申請という形が採られるので、現在の名義人（ないし相続人）から名義移転の同意が得られればよいと言える（この得られなければ、法的手続を取らざるを得ないであろう）。

② なお、本件各土地は溜池であり、町の方としても委員会を設けて、久留米市への移管を進めているところと聞き及んでいるので、現在の登記名義人（及びその相続人）の方々には、（権利関係について上記のように考えるので）本件各土地（8筆）についての久留米市への移管手続きに協力されるよう（移転登記に同意されるよう）希望したい。

以上

土地の表示（不動産目録）

〈略〉

これまで、明治二一年・町村制以降の荒木村の村域を範囲とする住民組織は設けられていなかったが、平成五年に入り、これが荒木町住民自治会（以下、「自治会」と略称）の名称で組織されることとなった。その中心となったのは、主として、前述の荒木町溜池委員会の幹部としての立場にある人びとである。以下に、その規約のうち、主要な規定を掲げておこう。

#### 荒木町住民自治会規約

##### 第1条【目的及び事業】

本会は、荒木町住民総有財産（溜池）の維持、管理を行なうことにより、良好な地域社会の維持及び形成に資することを目的とし、次に掲げる事業を行なう。

- (1) 荒木町内の環境の整備
- (2) 住民相互の連帯・協調
- (3) その他、まちづくりのための活動

##### 第3条【区域】

本会の区域は、久留米市荒木町の区域とする。

##### 第5条【会員及び賛助会員】

第3条に定める区域内に住所を有する個人は、全ての本会の会員となることができる。

2 本会は、正当な理由がない限り、第3条に区域内に住所を有する個人の入会を拒んではならない。

3 第3条に定める区域内に住所を有する法人、組合等の団体は、本会の賛助会員となることができる。

##### 第6条【会費】

会費は、一世帯あたりの会員の数にかかわらず世帯単位とし、総会において定める額を納入するものとする。

又、賛助会員は、総会において定める会費を納入するものとする。

①会費年額500円 ②賛助会費年額500円

#### 第7条【入会及び退会】

本会に入会しようとする者又は本会を退会しようとする者は、会長に届けなければならない。

但し、入会者が正規の会費を納入しない場合は退会したものとみなす。

尚、退会にあたっては会費の払戻しをしないものとする。

2 本会は、前項の入会の申込みがあった場合は、正当な理由なくこれを拒んではならない。

3 会員が次の各号に該当する場合には、退会したものとす。

(1) 第3条に定める区域内に住所を有さなくなった場合

(2) 本人より退会届が会長に提出された場合

(3) 会員が死亡したとき

(4) その他

#### 第8条【役員】

本会に、次の役員を置く。

(1) 会長 1名

(2) 副会長 2名

(3) 幹事 14名

(4) 庶務 3名

(5) 会計 2名

(6) 監査役 3名

2 上記役職のうち、賛助会員より副会長1名及び監査役1名を選出するものとする。

尚、この選任は賛助会代表者会において行なう。

3 この会に相談役及び顧問を置くことが出来る。

4 この会に事務局を置く。

第9条【役員を選出】

賛助会員選出以外の役員は、代議員の互選により選出する。

2 ただし、役員選出の効力は、総会の承認を以って生ずるものとする。

3 監査役と会長、副会長及びその他の役員は、相互に兼ねることはできない。

第10条【代議員の選出】

代議員は、荒木町全区の各区民総会及び津福校区内の荒木町住民総会において、各区居住人口比例に基づき選出する。但し、代議員は会員の中より選出する。

(1) 代議員は、居住人口300人につき1名とする。

(2) 居住人口が300人未満の地域は、代議員1名を選出する。

第10条の2【区民総会】

代議員を選出する区民総会は会長が招集する。

2 代議員は各区住民の過半数によって選出する。

第15条【総会の種別】

本会の総会は、通常総会及び臨時総会の2種類とする。

第16条【総会の構成】

総会は、代議員を以って構成する。

第18条【議決事項】

総会で、次の事項を審議し議決しなければならない。

(1) 事業計画及び事業報告

(2) 予算及び決算

(3) 資産及び回避に関する事項

(4) 規約の変更及び廃止

- (5) 代議員会において選出された役員選任の承認に関する件、及びこの役員選任を否決する場合における役員選任の件
- (6) 役員の解任に関する件
- (7) この他、本会の運営に関する重要な事項

第19条【成立要件並びに議長及び議決】

総会の議長は、代議員の中から選出する。

- 2 総会は、代議員の2分の1以上の出席がなければ開会することができない。

- 3 総会の議事は、この規約に定めるもののほか、出席した代議員の表決権の過半数を以って決し可否同数のときは、議長の決するところによる。

第27条【資産の構成】

本会の資産は、次の各号に掲げるものをもって構成する。

- (1) 別に定める財産目録記載の資産（保有資産・保有予定資産）
- (2) 会費
- (3) 活動に伴う収入
- (4) 寄付金品
- (5) 資産から生ずる収入
- (6) その他の収入

第32条【規約の変更】

この規約は、総会の4分の3以上の同意を得なければ変更することができない。

第33条【解散】

本会は、地方自治法第200条の2「地縁による団体」第15項において準用する民法第68条「法人の解散事由」第1項第3号及び第4号並びに第2項の規定により解散する。

- 2 総会の議決に基づいて解散する場合は、代議員の表決権の4分の3以上の承諾を得なければならない。
- 第34条【残余財産の処分】

本会の解散のときに有する残余財産は、總會において出席した代議員の表決権の2分の1以上の同意を経て、本会と類似した目的を有する団体に寄付するものとする。

右規定の二二条一号に定める資産として、この地区所在の溜池が（Yが保存登記した溜池についてはこの号にいう「保有予定資産」として）掲げられている。もとより、この組織の目的として、右規定一条にはつきりと、「本会は、荒木町住民総有財産（溜池）の維持、管理を行なう」と記述されている。明らかに、この自治会組織化は、前述の委員会の延長上にある。委員会は、この自治会の創立により解散するものとされている。もとより委員会は、借入金をもつてまかなわるものとされているが、要するに、これは委員らの自弁による。すなわち、委員会メンバーが、彼らが問題だと主張している溜池の件について、地域住民に広く薄く負担してもらうことにより、借入金に依らない活動資金を得たいと考えても不思議はない。これが自治会組織化の実質的理由のようである。

自治会には、旧来からの溜池入会権者を含めて八割を超える世帯が年額五〇〇円の会費を支払って加入した。それは、実質的には、これらの溜池の入会権としての性格を否定する闘争への協力をも意味するものといえよう。この問題について、入会権者らがある程度真実を認識するのは、もつと後のことになる。

平成八年一月一九日、自治会（X）は、保存登記された溜池についてその名義人、その他の溜池については表題部所有者に記載された者の承継人を相手方として、久留米簡裁に調停を申し立てている。その趣旨は、保存登記名義人に対しては、真正な登記名義の回復を原因とするXの代表者への所有権（正確には各人の共有持分権）移転登記、それ以外の者に対しては、該当する溜池が自治会が所有権を有することの確認である。その原因として、X自治会は、次のように述べている。

「右の土地は、ため池あるいは山林であり、古くからその所在する部落（村）の灌漑、治水等のために利用されて来っていたものであり、これらの土地は荒木村そして後の荒木町の所有するもの（総有）である」

「今般、荒木町住民自治会においては、これらの溜池等（本件土地）を久留米市へ移管し、総合的利用・管理を考えていたが、土地台帳で荒木持惣代として登記されていた三名の者の相続人（本件調停の相手方）の一部が、荒木町への登記の移転に同意しないため、本調停の申立に至ったものである」

この調停の場で、Yは、申立人は市に寄贈すべきとするのみで、具体的な土地利用について意図を明らかにしないので信頼できない等を主張したため両者の間で話し合いはつかず、結局、同調停はY及び他の一名については不調となった。

X自治会は、平成一〇年七月三日、調停不調となったYを相手として、Yが有する登記上の共有持分のX自治会代表者への移転登記を訴求した。すでに、この訴訟の概略を二の「2」で述べているが、ここではより詳細に当事者の主張と判旨を掲げておきたい。X自治会の請求原因は次の通りである。

① Xは住民総有財産の維持管理を行なうことにより地域社会の維持形成に資することを目的とした「権利能力なき社団」である。

② Yは、係争溜池の表題部所有者欄に記載された者の相続人であり、これらの土地の共有者として保存登記されたその名義人の一人であるが、これらの土地は、部落の灌漑あるいは治水等のために利用されてきたものであり、これら各土地は部落、荒木村、そして現在は荒木町の住民の「総有」財産である。

この訴えに対するYの主張は、以下の通りである。

① 本件溜池の土地台帳に所有者として記載された三名は、旧荒木村（町村制施行以前の村落共同体たる荒木村）

の惣代もしくは副惣代として記載されたもので、係争地所有者は、この三名が代表する旧荒木村住民総体である。当時（明治二〇年頃）の住民はほとんど農家であり、これら溜池を灌漑用水源として利用していた。すなわち、これら溜池は、農業共同体たる旧荒木村住民総体の「総有」に属していた。現在の本件溜池の所有者は、その子孫たるYら旧来の住民に限られる。

② 明治二年・町村制により、旧荒木村の区域は、新荒木村の一部である大字となった。現在のXの地域的な範囲は、この新荒木村村域に亘っており、溜池に関わりを持たない外来非農家をも構成員とする。したがって、原告が溜池の所有権を取得したと主張するのならば、その原因を証明すべきである。

\*

以上の当事者の主張について、説明を加えておこう。まず、Xは、本件溜池の土地台帳に所有者として記載された者を以ってすべて旧荒木村の代表者であったと主張し、Yはこれを争っていない。そしてXは、これら溜池は当時の「村」の財産であったとし、その所有権主体性を現在のXが引き継いでいることを自明のこととして、Yによる本件保存登記を不当と主張している。一方でYは、本件溜池を以って町村制以前の荒木村を構成する農家集団の総有であり、その本質は、現在においても変わりないという。ここで、X・Y双方がいう「旧荒木村」、及び「総有」の概念が食い違っているように思われるので、この点をここで述べておきたい。

旧荒木村は、町村制以前は独立した地方行政機関であると同時に、村びとの生活共同体としての側面を持つ。Xは、旧荒木村の財産たる本件溜池が明治二年・町村制後、新荒木村に承継されたことを前提にしている。ということは、Xは、同溜池が町村制以前は行政機関としての「荒木村」による所有（すなわち一種の公有財産である）であり、この「荒木村」が町村制により公有財産所有主体性を失ってより広域的な「荒木村」がその主体性を引き継い



だ結果、これら溜池はこの新しい「荒木村」の財産となったと主張していることとなる。それにもかかわらず、Xは、現在ではこの溜池が公有財産であるとは主張していない。このXの立場に矛盾が認められるが、ここではそれは保留しておこう。一方で、Yは、本件溜池を以って、旧荒木村のもう一つの側面、すなわち生活共同体としての側面で所有されている私的財産であると主張している。この立場からすると、町村制施行によって誕生した新荒木村が同施行を原因として本件溜池所有権を承継するいわれはない。

XY双方とも、本件溜池が住民の総有財産であると主張しているが、Xのいう総有論は、法人格なき社団の財産所有概念を説明するために学説や判決の中で頻繁に用いられている社団財産総有説<sup>(4)</sup>に由来するよう見える。一方で、Yは、明らかに、本件溜池が旧荒木村における農家の末裔である人びとの入会地であることを前提にし、その上で、これらが旧来からの住民だけの総有財産であると主張している。すなわち、Yによる本件溜池における総有概念は、入会権の法理から導かれている。

この提訴の翌年、前述のように、Z<sub>1</sub>Z<sub>2</sub>がYに対しその持分（六分の一その他）につき抹消登記を求めて当事者参加した。請求の趣旨がX（その請求の趣旨は真正な登記名義の回復を原因とする移転登記請求）とは異なるから、形式的には独立当事者参加であるが、実質的にはXを補助する参加である。事実、この参加人の訴訟代理人は、前述のように、Xの代理人と同じA弁護士なのである。

なお前述のように、A弁護士は、選定当事者Z<sub>1</sub>Z<sub>2</sub>のほか、集団たるZ<sub>3</sub>組合をも当事者として参加させているが、これはYから前示固有必要的共同訴訟の抗弁（すなわち全入会権者が当事者となっていないとの抗弁）が提出されたからである。この問題を突破するために、A弁護士は、全入会権者（溜池の所有権者）を確定して全員から委任状を受けるという手続を踏まねばならなかった。しかし実は、入会権者の中に、本心はYに好意的な人びとがいた。

その人びとから A 弁護士が委任状を受け取ることは、おそらくは不可能であつたろう。彼は全入会権者を確定し訴訟に参加させるといふ手續を厭い、つとり早く Z<sub>3</sub> 組合を参加人として付加するとの方法を採用したのである。しかし、後述のように、この地域に在住する離農者は失権してはいないと思われる。したがって、この組合に属さない入会権者は当事者となっていない。前述の Y に好意的な人びとは、この離農した入会権者であつた。このようにして、本訴訟参加については、手続法的な見地からも瑕疵を否定できない。

以上、整理すると、Z<sub>1</sub>Z<sub>2</sub>は選定当事者で、他の選定者ら一九名とともに、本件溜池から取水する農家であり（一九名の選定者の中には離農した者が若干含まれている）、他の独立当事者参加人である Z<sub>3</sub> 組合の構成員である。これら参加人の請求原因は、次の通りである。

① Z<sub>1</sub>らやその選定者らが取水する溜池は、いずれも古くから地域部落の灌漑用水あるいは治水のために利用されてきたもので、土地台帳に「荒木村持惣代」として記載されている三名の者は、部落の代表（惣代）であつたものである。

② 本件溜池は、これらを利用、維持管理してきた部落（水利権者集団）の住民の総有に属し、選定者・選定当事者らはいずれもその権利者である。

③ 本件保存登記は、Z<sub>1</sub>らの権利を妨害するものである。

Z<sub>1</sub>らによるこの主張にも問題がある。Y は、自らが溜池所有者であることを前提とする X の主張に対して、入会権を前提に、その権利者は、X の地域の一部（旧荒木村の村域）現在の大字荒木）の構成員に限定されると主張している。ここには、Y 自身がその一員であるという前提がある。

Y の先祖（本件溜池の土地台帳名義人＝表題部所有者欄名義人・甲野太郎）は、前述のように、当時、旧荒木村

庄屋であった人物で、入会集団としての旧荒木村の代表者であった。この名義は、当該溜池入会集団の代表者としての地位にもとづくものと思われるのである。この名義にもとづいて、昭和五六年に、Yが保存登記手続きを執った。ここでYがすでに入会権を喪失していれば、この手続は不当であり、その是正を求める訴えには理由がある。しかし、離農してはいるが地元<sup>2</sup>に在住し、溜池の清掃を自主的に行なっているYがその入会権を喪失しているとすべき証拠はなく、Yがかつての集団代表者の末裔として保存登記を経由した事実をもって妨害というわけにもいかないだらう。保存登記は、いうまでもなく、権利登記の基礎であり、その抹消登記請求にあたっては、それなりの根拠が必要なはずである。にもかかわらず、入会権者からの訴求とはいえ、Yの共有持分登記を妨害とする根拠は明らかにされていない。

Yは、右選定者・選定当事者以外に入会権者が存在しているとの主張をし、本訴は固有必要的共同訴訟であるとの理由で、Z<sup>1</sup>らの訴えの却下を求めた。Z<sup>3</sup>組合による参加は、この抗弁を受けてのことである。これら参加の後、Xは、Yの同意を得て訴えを取り下げている。

### (3) 第一審判決から控訴審での和解にかけて

第一審は、次の理由で参加人らによる抹消登記請求を認容する判決を言い渡した(福岡地裁久留米支部平成一三年九月一四日)。

「江戸時代には、町村が唯一の自治体であり、村は自然的村落を基礎としたものであった。村民は村入用として村政や行事に必要な事項を決定する場合、村民が集まって協議決定していた。〔略〕旧上荒木村は、行政体としての性格と、共同体としての性格を併有するところ、水利に関する事項は後者に属し、その場合、代表者を「惣代」と称し

ていた。甲野太郎は安政4年に同村の庄屋役となり、それ以降村の主惣代であり、乙野二郎、丙野三郎らは村副惣代という立場であった。〈略〉当時、村民のほとんどは農民であり、本件各土地の水を農業用水として利用し、協力してその維持管理に当たっていた。〈略〉これに前記争いのない事実等記載の認定事実、特に本件各土地の土地台帳の所有主住所欄に『荒木村持』の記載が存在することを併せると、旧上荒木村住民集団は、明治町村制施行以前の段階で、上記甲野太郎ら3名を代表者として、本件各土地を総有していたと認められる」

「久留米市荒木町荒木には、従前、農業協同組合の下部組織ないし連絡機関として、第1区から第6区までの農事実行組合があり、〈略〉旧上荒木村住民集団の共同体としての地位を継承しているのは、現在の久留米市荒木町荒木において農業に従事している者及び同所において農地を有している者の集団と認めるのが相当であり、その範囲は、他に特段の立証のない本件においては、上記農事実行組合の組合員と一致するものと認められる。したがって、本件各土地は上記農事実行組合の組合員の総有に属すると認められる」

「本件請求は総有権に基づいて所有権保存登記の抹消登記手続を求めるところであるから、被告とされるべき者を除き、総有権者全員が共同訴訟人となるべき固有必要的共同訴訟であると解されるところ、弁論の全趣旨によれば、Z<sub>3</sub>農事実行組合を除くその余の農事実行組合所属の口頭弁論終結時の組合員は、被告であった〔個人氏名略〕を除き、その全員が本件訴訟の参加人及び選定者となっているが、Z<sub>3</sub>農事実行組合については、〔個人氏名略〕のみ選定者となっていないことが認められる。」

しかし、入会権者である村落住民が数個の入会団体を形成し、その一つが権利能力のない社団に当たたる場合には、当該入会団体は、これに属する入会権者全員のために、他の入会権者と共同して、総有に属する不動産について登記手続請求訴訟を提起進行する原告適格を有すると解すべきである（最高裁判所平成六年五月三十一日判決・民集四八卷

四号一〇六五頁)。

そこで、Z<sub>3</sub>農事実行組合が権利能力なき社团としての実体を備えているかについて検討する。

証拠(略)を検討すれば、(略) Z<sub>3</sub>農事実行組合は、豆塚地区に農地を所有し、かつ、同地区に居住する者を構成員とし、平成一三年四月二日の段階でその数は四〇名であり、米及び麦等の作物について、刈取り及び出荷等の時期及び量等につき年八回程度、「寄り」と称する会合を開催して討議し、最終的には多数決によつて意思決定をする。(略)機関としては組合長、副組合長、会計があり、選出されるための資格要件が定められている。(略)農事実行組合には農協から振興費の金員が支払われ、これらが組合固有の財産を形成し、毎年決算の手續を経て管理されている。(略)これによると、Z<sub>3</sub>農事実行組合は、団体としての主要な点が確定しているといえるので、権利能力なき社团と評価することができる。(略)したがって、参加人Z<sub>1</sub>Z<sub>2</sub>及び兩名の選定者並びにZ<sub>3</sub>農事実行組合は、本件訴訟の当事者適格について欠けるところはなく、被告の主張は採用することができない」

「(略)①実体的無権利者による所有権保存登記は無効であり、抹消されるべきこと、②土地所有権保存登記の一部の共有持分のみの抹消登記手続請求も、必要性があれば認められることにより、被告の主張はいずれも採用することができない」

Yは、共有持分権のみの抹消登記請求が不当であることを理由として福岡高裁に控訴した。ただYは、A弁護士による自治会による訴えの取下げ・Z<sub>1</sub>らによる独立当事者参加という戦術転換を受け、和解の協議をA弁護士に提案し、同弁護士もこれに応じている。

この間、自治会幹部は、本件溜池所有権の久留米市への贈与を達成するために、同市産業部農地整備課との協議をしている。同課は、自治会幹部の要請を受け、次の文書を送付した。

甲野 次郎 殿

14農整第189号

平成14年6月11日

久留米市長白石勝洋

(産業部農地整備課)

荒木町ため池の利用方針について

久留米市荒木町のため池についての、市の利用方針は下記のとおりです。

記

1 所有権移転について、具体的に整備条件が付くものであれば、地方自治法第96条1項で定められている「負担付き寄附」にあたるため、議会の議決が必要となります。

このため、将来の整備を明記した寄附の受け入れは出来ません。

2 しかしながら、ため池が地域の方々のご努力・ご協力により市に寄附される財産であることに十分留意し、慣行水利権を尊重しながら、誠意をもって地域のために管理と将来の利用を行います。

3 前記の観点から、地域の状況を十分に考え、地域の方々のご意見や要望を尊重して将来の利用計画を策定するよう努力します。

4 また、各ため池について、現段階では市として処分することは考えておらず、寄附受け入れ後は公共的に使用する所存であります。

同審で、次の内容の和解が成立した（平成一四年六月一日）。その趣旨は、ほぼY提案通りである。

「1 YとZ<sub>1</sub>ら3名は、別紙物件目録記載1、2の各土地（以下、本件各土地」という。）が荒木町にある被控訴人Z<sub>3</sub>農事実行組合の連合体の総有に属すること及びYZ<sub>1</sub>Z<sub>2</sub>、同Z<sub>3</sub>豆塚農事実行組合が総有の構成員であることを確認する。

2 Yは、別紙物件目録1の土地についての所有権持分6分の1を、Z<sub>1</sub>Z<sub>2</sub>に対し、それぞれ持分12分の1の割合で、和解を登記原因とする所有権移転登記手続をする。

3 Yは、別紙物件目録記載2の土地についての所有権持分12分の1を、Z<sub>1</sub>Z<sub>2</sub>に対し、それぞれ持分24分の1の割合で、和解を登記原因とする所有権移転登記手続をする。

4 〈略〉

5 Z<sub>1</sub>ら3名は、第2項及び第3項の各移転登記手続終了後すみやかに本件各土地を訴外久留米市に寄付し、互いにその妨害となる行為をしないことを約束する。その際、訴外久留米市に対し、第1項記載の連合体の農業水利権を侵害しないこと、将来にわたって随意契約による処分をしないことを申し入れるものとする。

6 Y及びZ<sub>1</sub>3名は、前項の寄付に際しては、訴外久留米市が本件各土地を公共財産として有効に使用するように要請すると共に、以後、訴外久留米市の本件各土地に対する施策について、前項後段の趣旨に沿って鋭意監視するものとする。

7 Z<sub>1</sub>3名は、その余の請求を放棄する。

8 Y及びZ<sub>1</sub>ら3名は、本件に関し、Y及びZ<sub>1</sub>ら3名との間には、この和解条項に定めるものの他に何らの債権債務がないことを相互に確認する。

## 9 「略」

## (4) 係争溜池所有権の帰属に関する検討

私は、平成一年より、Y及び訴訟代理人の依頼を受け、現在、荒木町所在の溜池より取水を行なっている農家や、Yを含む離農者など旧来からの入会権者と思われる人びとを対象に聞取調査を実施し、また現在発掘されている古文書等を検討した。以下は、その成果から導かれた、溜池の権利関係に関する私の所見である。

旧荒木村持の溜池は、おそらく明治民法制定後においては、共同体の關係で結ばれた人びと（農家）の共同所有に属していたものと思われる。その後、これらの財産について明確な処分が行なわれた形跡がない。そのため、この所有形態は、現在も基本的に変わっていないと考えらるべきであろう。したがって、現在、溜池の所有者は、基本的に、その人びとの後継者によって組織される農事実行組合の組合員である。ただし、明治以降現在に到るまで、社会事情そして集落環境の変化も少なくないので、若干の修正を要する（後述のように、現に農事実行組合構成員は溜池共同所有者であるが、その人々のみが権利者であるともいえない）。

荒木村（町）地区は、行政上六区に分かれる。この区は、行政上の便宜によってつくられたものであるが、しかし、二ないし三の小組単位に区分されたため、その小組ごとの内部的連繫が強まり、一つの区が一個の共同体的性格をもっていた。事実、住民のほとんどが農家であったときは、区と農家集団の範圍が一致し、あたかも区が溜池所有者であるかの状態を呈していた時期もあったのである。

しかし、地域の都市化、外部からの来住者の増加により、区の住民と農家とは一致しなくなったので、農事実行組合が組織され（区から峻別され）、溜池所有者集団として独立するに到ったのである。農事実行組合は、小組ごとに



組織されているが、前述のように、区は行政的に区分されたものであるから、農事実行組合の連合体が本件溜池の所有者組織である。

農事実行組合員すなわち耕作者である農家は、本件溜池から取水しているもので、当然に溜池の総有権者である。そして、本件溜池ごとに水利組合が組織され、各自その組合員である。したがって、水利組合は、区ないし農事実行組合の組織と一致しない。すなわち、農事実行組合員によって、引水する溜池が異なり、また一つの溜池が二つ以上の組合員の水田に冠水している例があるからである。水利組合は、それぞれの溜池の引水、冠水時期、方法などを決定するほか、溜池の管理を行なう。また、後述のように、かつては溜池で川魚漁が行なわれていたこともあった。

農事実行組合の中には、溜池の用水ではなく河川（広川）から取水している者もいる。それらの人びとは、溜池を単位とする水利組合には属していないが、しかし、水源の異同で農家間において共同体的つながりに差があるわけではない。旧来からの農家の一部だけが水利組合に属しているのは、溜池や水路の清掃のためという便宜的理由にもとづくものであって、その組合員と非組合員の間には本質的な相違があるわけではない。もとより、溜池から取水するかどうかは、単に水系の問題に過ぎないのであり、共同体的つながりの有無とは必ずしも関係しない。したがって、溜池から取水しない（河川から取水する）水田の耕作者も、溜池所有権者というべきである。というのは、入会集団は、基本的には農業生産を維持するための共同組織であるが、それだけでなく、日常生活上のつながりの場でもある。したがって、溜池からの直接取水という生産の面で関係していない者も、ともに共同体の構成員として、集団の他の面で共同生活に参加していれば、当然に当該入会財産における権利者というべきである。このような溜池に限らず、入会財産一般において、一部の入会権者のみが当該財産を利用する形態はまれではない。

農事実行組合構成員が溜池所有者集団を構成していることは疑いないが、組合員でない者は、所有者集団の構成員

ではないのかという点が問題となろう。農事実行組合員は、明治時代からの村びとの後継者、およびその後村入り、なかま入りを認められ、農家として、風呂組合や氏子集団の一員として生活してきた人びと、もしくはその後継者である。それらの人々がかつては農家として溜池の共同所有者であつたが、それらの人びとでも、旧荒木村の外に転出して集団の生活から離れると共同所有者としての地位を失う。問題なのは、転出しないが農業をやめた人である。

一般的な慣習としては、離農が入会権喪失原因とされることはあまりなく、この地方においても、離農によつて完全になかま共同体からはずれるという明確な慣習がないかぎり、離農者でこの地区に留まっている者は、現在も溜池所有権者であると考えられる。

離農した溜池所有者者が農事実行組合から脱退して溜池等の管理に携わらなくなるのはやむをえないことであるが、神社の氏子としての活動を継続するなど、離農後もある程度の共同体的つながりを有する以上、やはりこれらの者も溜池所有権者の範囲に含まれるというべきである。また、これら旧来からの住民において、とりわけ離農者の中に、溜池所有権の認識を有しない者もいるが、これは本件入会財産が灌漑という現実の利用のために設けられた財産であることから生ずる現象である。

外来者のうち、当地に転入して農業に従事し、部落のつとめをはたして一戸前の農家として認められた者がいるとすれば、この者は、入会権を新規に取得したというべきであろう（ただし、そのような者はあまり多くないと思われる）。

一方、この六つの区が都市住宅地化する昭和四〇年頃より後に転入した非農家は、溜池所有権を取得したとはいえない。これらの者が農業に従事しない以上、溜池その他のいかなる水利施設に関与する余地はないからである。このようにして、旧荒木村（大字荒木）地区以外の住民は、本件溜池から取水することもなく、その管理に従事した事実

は認められないから、同地区以外の住民は溜池所有者と認めることはできない。

この地区における「区」は、外来者をも構成員としており、区そのものが入会集団ということではできない。また、農事実行組合に加わっていない溜池所有者も存在する。したがって、現在は、溜池所有者らが一つの組織形式のもとにまとまっているとはいえないが、前示の通り、戦後も共同風呂に関する住民の共同体的つながりは継続し、また、氏子集団にもこれが認められる。共同風呂の組織が解消したのは、各世帯に内風呂が普及したためであり、旧来からの住民による上記つながりが消滅したからではない。いわば、諸般の事情から、いろいろな組織の形式が生まれながら、それでもこれらの形式の枠を超えて、溜池所有者による共同体が潜在していると解せざるをえない。なぜなら、このような財産に関する権利関係を解消する合意がどこにも認められないからである。さらに、この裁判における第一審原告・荒木住民自治会は、本件溜池に関する主体性を、右の共同体から承継したふしは認められない。

旧土地台帳上の所有名義人三名には、前述のように、「荒木村惣代」等の肩書が付されていた。これらの人びとは、明治二二年以前の荒木村における各組の庄屋である。ここに記された「荒木」の地名は、明治二二年以降の新・荒木村ではなく、大字のそれ(旧村)である。すなわち、大字荒木所在の各溜池は、明治二二以前の荒木村の村持財産(村びとの共同所有財産)であったと思われる。となれば、村びとたちの有する権利は、共有の性質を有する入会権にほかならない。むろん一般には、入会権といえば林野を客体とする権利とイメージするが、共有入会権に関する民法二六三条は客体を林野に限定していないので、共同取水のための灌漑用溜池も入会財産たりうる。この入会権は私権の一種であるから、当然に、明治二二年に成立した純然たる行政体である新・荒木村は、旧荒木村がこの新村下の大字となった後も影響を受けない。その後、これらの財産について明確な処分が行なわれた形跡がない。そのため、この所有形態は、現在も基本的に変わっていないと考えるべきであろう。したがって、現在、溜池の所有者組織は、その

人びとの後継者によつて構成される農事実行組合である。そして離農して組合を脱退した人びとも、前述のように、組合員とともに、溜池の所有者として認められるべきである。

荒木村(町)地区は、行政上六区に分かれる。この区は、行政上の便宜によつてつくられたものであるが、しかし、二ないし三の小組單位に区分されたため、その小組ごとの内部的連繋が強まり、一つの区が一個の共同体的性格をもつていた。事実、住民のほとんどが農家であつたときは、区と農家集團の範圍が一致し、あたかも区が溜池所有者であるかの状態を呈していた時期もあつたのである。

地域の都市化、外部からの来住者の増加により、区の住民と農家とは一致しなくなったので、農事実行組合が組織され(区から峻別され)、溜池所有者集團として独立するに到つた。農事実行組合は、小組ごとに組織されているが、前述のように、区は行政的に区分されたものであるから、農事実行組合の連合体及び在住離農者が本件溜池の所有者である。

## (5) 第一審判決の問題点

### ① 一部の共有持分登記抹消の是非

Yは、参加人ZらによるYのみの持分登記抹消請求に対して、次のように反駁している。

「仮に右の抹消登記請求が認められるとすると、〈略〉の土地所有者が登記簿表題部と甲区欄保存登記とは異なることになり、同一記載の土地については〈略〉甲区における共有権者の持分の合計が六分の五にしかならず、この点は〈略〉の土地についても同様に持分の合計が三分の二にしかならず全く実体に反した状態が公示されることになる」

まず議論の前提として、次の点を明らかにしておきたい。この裁判当時の不動産登記法においては、登記手続を命

ずる確定判決は登記原因証書（現行不動産登記法においては登記原因証明情報）となる。その勝訴当事者は、この判決をもって単独で登記手続を執ることができるのである。ここで、登記手続が確定判決にもとづく場合と、当事者の共同申請にもとづく場合を比較して、本件における共有者一名の持分に限定した抹消登記手続の問題を検討したい。

登記簿表題部所有者欄に所有者でない者Aの氏名が記載され、A死亡後、相続人BCの名義で保存登記がされたという場合を想定しよう。当該不動産の真実の所有者をDとした場合、Dは、BCに対して当該保存登記の抹消手続を求めうる。ここでBのみ、当該不動産がA所有物でなかったことをDに対して認め、自己を抹消登記義務者とする登記申請書面作成に応じた場合、Dを登記権利者、Bを登記義務者とするBの共有持分のみの抹消登記申請はできるだろうか。本件第一審判決の趣旨によれば、これができることとなる。しかし、このような抹消登記申請をしても、おそらく登記官により却下されるであろう。その理由は、一部の共有持分のみの保存登記申請ができないことと関連する。以下、この問題を説明しよう。

## ② 一部の共有持分登記に限定した保存登記申請の不可能性

不動産登記法は、手続法としての性格を有するが、その実体法は民法にほかならない。したがって、不動産登記法上の手続は、民法上の原則を前提とした権利の実体によって定まるのであり、かかる実体と矛盾した登記手続はありえない。すなわち、権利登記の甲区に、ある者が単独で一未滿の所有権登記を取得するための手続は存在しない。たとえば、ある不動産が二名の持分平等の共有物であるところ、うち一名が自己の共有持分二分の一だけについて保存登記手続を採ることはできない。前橋地判平成一年六月二十五日（登記インターネット二巻一号一八八頁）はこの理を明確に認めている。このケースは、登記官を被告とした登記申請受理を求める行政訴訟であるが、当該申請の内容

は、共有者の一人による同人の持分に限定した保存登記である。登記官がこれを却下したため、同申請人が、不動産登記制度の目的は不動産上の権利の明確化にあるから共有持分権のみの保存登記をなすべしとして、その受理を求め訴えを提起している。前記地裁判決は、次の理由でこの請求を退けている。

「共有持分権の一部のみの保存登記を認めると、共有物の共有者が登記簿上明確にならないため、物権の实情を反映させるべき登記制度の趣旨に合致せず、法の許容するところではないと解される。また、共有者の一人又は数人は、民法二五二条ただし書の規定により共有者全員のために所有権保存の登記を申請することができるから、所有権（持分権）の保護に欠けるところはない。したがって、自己の持分権のみの保存登記をすることはできないというべきであり、本件申請は登記すべきものに非ざるものといわざるを得ない」

「すなわち、権利に関する登記は、物権の中心となる所有権を基礎とするものであり、物権の基本原理である一物一権主義の下においては、一不動産につき一個存在する所有権を、単独の所有権であれば単独の形で、共有の所有権であれば共有の形で、完全な所有権として保存登記しなければ、その後の権利に関する登記をすることはできない。仮に、各共有者が独自にその持分についてのみの保存登記をすることが可能であるとすれば、登記簿上、共有物が誰と誰の共有であるかが直ちに分からず、物権の实情が反映されるべき登記制度の趣旨に合致しないこととなる」

このことは、登記実務において、民法制定・施行からほどない明治三三年に、司法省民事局長により、「未登記共有地の共有者中の一人又は数人は、各自の持分につき所有権保存の登記を申請することはできない」として明らかにされている<sup>(4)</sup>。明治期にかような通達が出されるほどの、きわめて初歩的な問題であったといえよう。さらに、共有持分のみ保存登記が不可能なら、当然、移転登記によって共有持分のみ登記をすることもできないこととなる。戦後、民事局長は、「共同相続人のうちの一人の持ち分のみ相続登記は、することができない」として、この旨を

明らかにしている<sup>(45)</sup>。さらに民事局長は、共有持分のみの保存登記申請が誤って受理された場合には、その後の移転登記を含めて、登記官の職権で抹消すべしとする<sup>(46)</sup>。前述の下級審判決は、このような登記実務を前提にしたものであった。

### ③ 一部の共有持分抹消登記申請の不可能性

共有名義で保存登記されている場合にそのうちの一名の持分について抹消登記申請ができるか、という問題については、登記実務に関する先例はない。しかし、右のような諸先例や下級審裁判例の趣旨からするならば、当然にかかる抹消登記申請は登記官により却下されることとなる。

登記請求訴訟一般論としては、登記官が申請を却下するような登記を求める訴訟に対して、裁判実務ではこれを棄却するのが原則である<sup>(47)</sup>。すなわち、登記訴訟における裁判実務は、登記実務との齟齬を避けている。それにもかかわらず、この荒木事件においては、福岡地裁久留米支部担当裁判官はこれを無視しているのである。

仮に、共有地保存登記名義人のうちの一部の共有持分の抹消申請を登記官が受理すると、一物一権主義という実体法上の原則を無視した手続を登記官が執ることとなりかねない。あるいは、共有物について一部の共有権者の氏名住所が公示されないという、前記前橋地判平成二年六月二十五日が指摘する「登記簿上、共有物が誰と誰の共有であるかが直ちに分からず、物権の実情が反映されるべき登記制度の趣旨に合致しない」状況が出現してしまうこととなる。すなわち、本件のような共有名義で行なわれた保存登記の抹消登記請求は、全保存登記名義人を被告とすべき固有必要的共同訴訟にほかならない。

第一審判決が、参加人乙らが求めた抹消登記請求を認容した点で誤りを犯したことが分かる。なぜならば、共有名義人のうちの一名しか被告となっていないからである。本件において、Yが有している六分の一の所有権登記の抹

消登記請求を認容するにあたり、裁判所は、次のように理由を記載している。

「土地所有権保存登記の一部の共有持分のみの抹消登記手続請求も、必要性があれば認められる」

このような判決理由は、前代未聞である。所有者一名の不動態について当該所有権が一未満である、ということはいえぬ。抵当権においてもしかりである。たとえば抵当権者が債務者から半額の債務弁済を受けたからといって、その者の抵当権が二分の一に縮小することはない（不可分性の原則）。およそ、一個の物について、所有権は一個しか成立しない。むろん、この一個の所有権が複数人に分属することはありうる。これが共有である。この場合、各人が有する数分の一の所有権（共有持分権）の総和は、つねに一となる。ある不動産について所有者が一名しかいないという場合、その者の所有権は一を超えることはもとより、一に満たないこともありえない。これは、一物一権の原則から導かれる民法上の初歩理論である。この常識がなぜ裁判所で通用しないのか。

Yは準備書面で、裁判所に対して、右のような理論的な説明をしているが、担当裁判官はこれに耳を貸さず、「必要があれば認められる」と述べ、それ以外に一切の理論的な説明をしていない。これでは、事実上、抹消登記請求認容という判決主文に理由を付したことにならず、判決書に理由を記載すべきことを命じた民事訴訟法二五三条一項に違反するといわざるをえない。

はたして担当裁判官は、右で説明した下級審裁判例や登記実務に関する先例を知らなかったのか。Yは、少なくとも裁判例については準備書面でこれを示しているが、裁判官はこれを採用しなかった。ただ、仮にかような裁判例や登記実務を知らなくても、大学一・二年次生が物権法の講義で習う基礎的な法原則を考えれば、この裁判で参加人らがした共有者一名の持分抹消登記請求が理論的に困難であることは分かるはずである。それにもかかわらず、裁判所がこの判決を言い渡した背景には、ある理由が存している。



参加人らの代理人である A 弁護士は、Y の右理論的な主張に対して、準備書面をもって次のように答えている。

「参加人は、なにも六分の一の共有持分のみを抹消登記手続しようとしてしているわけではない。当然のことながら（Y 以外の）他の者については抹消の書面をもらった上で（登記手続を）為すだけのことである」

A 弁護士は、Y 以外の保存登記共有名義人とすでに協議を終え、六分の五については登記権利者と登記義務者の（任意的な）共同申請による抹消登記の用途を付けていた。しかし Y だけが A 弁護士との協議に応じなかった。したがって、A 弁護士は、Y だけを相手手として抹消登記を求める訴訟を提起し、これに勝訴した上で、その判決と、他の六分の五の共有名義人が任意に作成した抹消登記申請書を合わせて登記所に提出しようとしていたのである。しかし、前記前橋地裁判決からすれば、共有名義による保存登記の抹消登記請求は、前述のように、全名義人を被告とすべき固有な共同訴訟にほかならない。

本件において、このような A 弁護士の不見識だけに問題があるのではない。A 弁護士と同じく、この訴訟が固有な共同訴訟であることを無視した裁判官に問題がある。A 弁護士のこの提訴については、この問題に気付かなかったという点で過失があるが、裁判官の場合には、故意にほかならない。なぜならば、Y は、この問題を判決言渡の前に指摘しているからである。

おそらく担当裁判官は、A 弁護士の、Y に対する勝訴判決と他の共有者の登記申請書面を合わせて全体の保存登記の抹消手続を申請する、という説明に納得したのであろう。そのために裁判官は、本件で被告が不足しているという瑕疵にあえて眼をつぶった。それとも、この裁判官は、判決の効力が訴外には及ばず、Y 以外の保存登記名義人の任意の抹消登記申請が法的に担保されていないという事実を知らなかったとでもいうのであろうか。

(6) 自治会側弁護士の問題点

右のような問題のほか、この訴訟におけるA弁護士の見識ぶりを指摘しておこう。それは、明治二十一年・町村制の前後に亘る旧村持財産の法的位置付けについてである。ただ、弁護士がこれについて無知であることは稀ではない。A弁護士の問題は、自己がこの点について無知であることに気付いていない点にある。謙虚な弁護士であれば、旧村持財産の法律関係についての無知を自覚し、それなりの専門家の門を叩いて教えを請う。私は、このような、地域で共同管理されている土地をめぐる紛争について法律相談を受けた弁護士を何人も知っている。

ある弁護士は、地域集団資産をめぐる訴訟において、この集団を法人格なき社団と理論構成して、結果としては妥当な判決にたどり着いている。私自身、この弁護士の紹介で現地調査を行ない、係争地が入会地にほかならないことを確認した。<sup>(48)</sup>しかし同弁護士は、これが入会地であるとは思ってもよらなかつた。それは、この土地が農地だったからである。通常、民法学の教科書には、入会権は、農民による林産物採取権として解説されている。そのために、入会権は林野を客体とする使用収益権であると考えがちである。それは、入会権のごく一部の姿にすぎないのだが、かような解説が権威ある研究者によって記されていけば、通常はそのように信じてしまう。したがって弁護士が、農地が入会地であるとの着想を持たないことは、珍しいことではない。しかしまた、別の弁護士は、ある訴訟の<sup>(49)</sup>対象となつている墓地が入会地ではないか、との着想を得て、入会権を専門に研究する大学教員を探し出し、その意見を求めるという努力をした。このように謙虚で、勉強熱心な弁護士も存在しているのである。

A弁護士は、そのような努力を怠つた。自己の無知に気付くことなく、前述のような、本件溜池が現在の荒木町住民自治会の資産である旨の誤つた意見を依頼者に対して示した。おそらくこれは、そのような意見を望んでA弁護士を訪ねた依頼人の希望に迎合しようとしたのではないか。ここで、彼が依頼人に交付した意見書の問題点を指摘

しておく。

この弁護士は、その意見書の中で、灌漑用の溜池が「地域住民の共同所有（総有）である」としている。ここでいう「地域住民」とは誰のことか。それは明治二二年・町村制施行以前の旧荒木村の村びと（農家）であった世帯の末裔を意味するのか、それとも、現時点における荒木町に世帯を構える非農家を含めた住民全員のことなのか。A 弁護士は、旧荒木村の地域を大きく超える荒木町自治会を原告として、Y の登記上の共有持分のみの抹消登記を訴求した。とすると、A 弁護士のいう「地域住民」とは、この荒木町自治会を構成する（非農家を含めた）住民全員を指していることになる。はたして、何故に、実質的にこの溜池に無関係の非農家住民が、当該地域への転入により、その共同所有権を取得したことになるのか。

A 弁護士は、本件溜池の土地台帳に所有者として記載された者らを以つてすべて旧荒木村の代表者であつたと主張した。そして、Y 側はこれを争っていない。その上で A 弁護士は、これら溜池は当時の「村」の財産であつたとし、その所有権主体性を現在の自治会が引き継いでいることを自明のこととして、Y による本件保存登記を不当と主張している。一方で Y は、本件溜池を以つて町村制以前の荒木村を構成する農家集団の総有であり、その本質は、現在においても変わらないという。ここで、双方がいう「旧荒木村」、及び「総有」の概念が食い違っている。

旧荒木村は、町村制以前は独立した地方行政機関であると同時に、村びとの生活共同体としての側面を持つ。係争溜池は、後者の側面で管理される財産であつた。戒能、川島ら入会権に熟知した碩学が指摘する通りである。にもかかわらず、A 弁護士は、旧荒木村の財産たる本件溜池が明治二二年・町村制後、新荒木村に承継されたことを前提にしている。ということは、A 弁護士が、同溜池が町村制以前は行政機関としての「旧」荒木村」による所有（すなわち一種の公有財産である）であり、この「旧」荒木村」が町村制により公有財産所有主体性を失つてより広域的

な「新荒木村」がその主体性を引き継いだ結果、これら溜池は「新荒木村」の公有財産となつたと主張していることとなる。ところが、A 弁護士は、現在ではこの溜池をもつて公有財産としてではなく、総有財産（すなわち私有財産）と主張している。この立場は矛盾している。一方で、Y は、本件溜池を以つて、旧荒木村のもう一つの側面、すなわち生活共同体としての側面で所有されている私的財産であると主張している。この立場からすると、町村制施行によつて誕生した新荒木村が同施行を原因として本件溜池所有権を承継するいわれはない。

A 弁護士も Y も、ともに、本件溜池が住民の総有財産であると主張しているが、A 弁護士のいう総有論は、法人格なき社団の財産所有概念を説明するために学説や判決の中で頻繁に用いられている社団財産総有説に由来するものと推測される。一方で Y は、明らかに、本件溜池が旧荒木村の農家の末裔を主体とする共有財産、すなわち共有入会地であることを前提とし、その上で、これらが旧来からの住民だけの総有財産であると主張している。すなわち、Y が主張する総有概念は、A 弁護士の理解を超えた入会権の法理から導かれている。

私は、A 弁護士が、Y から、本件溜池はその所有権登記の通り登記名義人だけの個人資産にほかならぬ、という主張を受けるもの思っていたと推測している。この主張を崩すためには、本件溜池以外の溜池の旧土地台帳や登記簿の写しを証拠として提出すればよいと、彼は考えていたのだろう。そこには、前述のように、「荒木持惣代」等の肩書が、Y の先祖らの氏名に付されていたからである。ここで、次の登記実務上の扱いを掲げておこう。<sup>(1)</sup>

【六五一七】 表題部に「総代何某」と記載されている場合の総代の相続人名義とする所有権保存登記の可否

〔要旨〕 表題部に「総代何某」と記載されている場合の総代の相続人名義とする所有権保存登記はその者の相続人名義で申請することはできない。

問 表題部の所有者欄に「総代(惣代) 何某」と記載されている場合、その不動産の所有権保存登記をその総代の相続人名義  
のできるでしょうか。

答 できないと考えます。

本件において、Yが保存登記した溜池の土地台帳には、その名義人に「荒木持惣代」の肩書が付されていた。しかし何故か、当該溜池の登記簿表題部所有者欄には、土地台帳上の所有名義人の氏名のみ記載され、何の肩書も記載されていないのである。もしこのような肩書が本件溜池について付されていたら、Yによる保存登記は不可能であった。事実、Yは、肩書が付された他の溜池については、同様の名義人のものであっても保存登記していない。

A弁護士は、とある司法書士からサポートを受けていた。おそらく、この司法書士が、本件溜池における土地台帳と登記簿表題部における肩書の有無の問題をA弁護士に指摘したものと思われる。<sup>(52)</sup>

明治六年・地租改正条例が制定されて地券制度が設けられたが、明治二二年にこれが土地台帳制度へと変わる。<sup>(53)</sup>その管轄行政機関は、いうまでもなく大蔵省である。明治一九年に、司法省により登記制度が創られ、これ以降、土地について土地台帳と登記という二つの制度が併存する。前者は地積や地目といった現況を明らかにし、後者は権利の公示・対抗要件という役割を担ったのである。戦後、地租の制度が廃されて、市町村税としての固定資産税制が発行するが、土地台帳と登記簿の併存は続く。そして昭和三五年に到り、両者の統合が実現する。<sup>(54)</sup>この時、土地台帳にもついで、登記簿表題部が編成された。表題部所有者欄は、旧土地台帳における所有者欄に由来するのである。旧土地台帳所有者欄の記載は、表題部所有者欄へそのまま移されるのが原則であった。<sup>(55)</sup>それにもかかわらず、本件溜池においては、土地台帳所有者欄の記載と登記簿表題部所有者欄の記載が一致しない。前者には「荒木持惣代」の肩書が

付されているが、後者にはこれが付されていないのである。この点について、自治会幹部が福岡地方務局久留米支部に問い合わせているが、同支部は、その理由を不明と回答している。前記司法書士は、これが当時の登記官によるミスと考え、A弁護士にその旨を述べたのだろう。A弁護士は、準備書面でそのような主張をしている。

自治会・A弁護士からすれば、かかる「ミス」により、Yが保存登記をなしたのとは不当であるということなるう。すなわち、Yら名義の保存登記は、登記官のミスにより生じた不当なもので、抹消されるべきである。これが、「本件溜池は保存登記名義人らだけの共有物である」とのYの主張を攻撃するA弁護士の戦術であった。

ところが、Yは、意外にもかような主張をしなかった。本件溜池が地域住民の共同財産であり、表題部所有者欄の名義は、その代表者としてのものであるという点について、Yは争わない。ただ、これが、旧荒木村を含むより広域的な荒木町地区全体の財産であるという点が誤りで、その権利者は、ごく一部の者に限定されるとの主張を受けた。これが入会権の主張である。A弁護士としては、虚を突かれた思いであつたろう。Yが主張する入会権については、A弁護士は司法試験受験の際にも、また司法修習の過程においてもまったく学んでいなかったであろう。Y側が提出した準備書面には、入会権を前提にした論理的な主張が示されていた。この主張の前に、旧荒木村持財産が現在の荒木町全域に亘る総有財産であるとのA弁護士の立論に内在する矛盾は明らかである。この時にA弁護士は、自分が依頼人に示した意見が誤っていたことに気付いたはずである。

以上のようなこの紛争の実体を踏まえれば、自治会幹部とYとの間に、本質的な対立はないことは明らかである。問題なのは、Yが自治会幹部を信頼していないところにある。この幹部らは、本件溜池を久留米市所有とした後、随意契約によってこれを手し利益を上げようとしているのではないか。これがYの不信の理由であることは前述した。この問題が解消すれば、あとはYと幹部らとの間に障害はない。それにもかかわらず、A弁護士は、あくま

で訴訟続行にこだわった。その理由は何なのか。

Yと幹部らとの間に、明らかに、感情的なもつれが認められる。したがって、当事者相互が折り合おうとしないのはやむをえない。ただ、訴訟提起後、Yの訴訟代理人たる弁護士は、勝訴のために手段を選ばないという対応をせず、むしろ事実を明らかにするために、現地に赴いて調査し、本件溜池の入会権者を確定するという冷静な作業をして、その結果を裁判所に示している。A弁護士も、当事者双方の感情的対立にこだわることなく、冷静な立場でこれに対応すべきであった。少なくとも、Y側弁護士は、円満解決に向けた協議が可能な状況を作り出していた、というより、そのようなチャンスを与えていたのである。それにもかかわらず、A弁護士は、Y側弁護士と協議することなく、勝訴のために手段を選ばない対応をした。それは、Y側弁護士の調査結果を利用し、入会権者を自治会とは独立した当事者として訴訟に参加させるといふ方法である。その上で、A弁護士は、Yに対して、自治会による訴えの取下について同意を求めている。Yの主張により、本件溜池を自治会資産とする前提に内在する矛盾が克服できず、自治会敗訴が目に見えていたからである。Y側はこれに同意しているが、まさに敵に塩を送る好意というべきであろう。少なくともY側弁護士は、A弁護士と敵対するのではなく、彼に、入会権の法理論を示そうとした。また、A弁護士の不見識が明らかになる事態を避けさせてやろうという配慮なのか、前述のような塩を送るといふ好意を示した。この時、まさにY側は、話し合いのテーブルを用意していたのである。しかしA弁護士は、これに着くことをせず、訴訟を続行し、依頼人から成功報酬を得た。弁護士としての良識を疑わざるをえない。

第一審判決は、仮に担当裁判官に故意がないとしたら、明らかに、重過失にもとづいている。民法学の初歩理論を無視して本来なら棄却さるべき提訴をした弁護士も弁護士なら、これを認める判決を言い渡した裁判官も裁判官であ

る。この裁判官の故意又は重過失により、弁護士としての良識を顧みないA弁護士は、本来なら敗訴すべき訴訟において奇貨を得た。このような法曹人らが法治国家の中で存在していること自体、驚きというほかはない。

控訴審における和解は、業を煮やしたY側からのアプローチにもとづいている。後は、Yの不信感が現実とならないことを願うばかりである。

### (7) この紛争の実体

A弁護士が、本件訴訟の途中で訴訟戦術を転換した点についてはすでに述べた。Yによる入会権の主張を、いわば逆手に取って、その入会権者を当事者としてYの登記上の共有持分抹消請求しようという、勝つために手段を選ばない戦術転換である。要するに、この弁護士にとって真実などどうでもよい。

ここで、興味深い事実を指摘しよう。それは、この戦術転換後も、第一審から控訴審にかけて、当事者参加した入会権者の人びとは一度も出廷はおろか、傍聴にも来ていない。相変わらず、当事者の座から降りたはずの入会権者ではない自治会幹部の人びとが裁判所を訪れ、A弁護士と声を潜めて作戦を練っていたのである。とりわけ、控訴審において、Y側が和解案を提出した時、A弁護士は、当事者と相談の必要があるとして裁判長に中断を求めたが、この時の協議の相手は、被控訴人たる入会権者ではなく、すでに訴えを取下げたはずの自治会の幹部であった。

この和解案の中に、Yによる切り札があった。それは、Yが入会権者の一人であることを、Yに敵対している人びとが認めることである。仮に、自治会幹部らが、Yが危惧するように、本件溜池について穏当でない野心を抱いていたとしたら、この切り札は、その「野望」(あくまで仮定である)達成に障害とならう。Yが本件溜池につき共有持分登記を有していれば、「野望」を抱く者たちはこの溜池に手が出せない。これこそ、Yが本件保存登記手続



を執つた理由である。Yによる和解案提示は、別の方法でこの目的を達成しようという、A弁護士流の勝つための戦術転換であつた。入会権者らがこの溜池を市に譲渡する場合、これはいうまでもなく入会地処分当たたるから、Yを含めた入会権者の総意が必要となる。Yは、市がこの溜池につき随意契約にもとづく不適切な払下げをしないという確信を得るまで、市への処分の合意を留保するだろう。

Yを当主とする甲野家は、旧荒木村の庄屋であり、当地における名家である。この土地がかつての農村のままであれば、当然に、旧荒木村入会集団の合意により、その管理行為（民法二五二条本文）にもとづき入会地たる溜池の代表名義人が選出されるはずである。甲野家が離農せず、現在も密接な関係を他の入会権者らと保ち続けているなら、かつての惣代の末裔として、なお当地の指導層として責任を果たしていたことだろう。ここで、この溜池を久留米市に寄付するという合意が入会集団で成立した場合、この土地の登記簿表題部所有者欄の氏名に肩書が付されていない以上、どうしてもYらによる保存登記が必要となる。したがって、同保存登記を不当と考える自治会幹部やA弁護士のY批難は、的を得ていない。この土地の管理上、その所有権を市に寄贈する必要があるというのなら、まず入会権者らがこの点を協議し、その合意が適法に成立すれば、Yら登記名義人から市に対して、贈与を原因として移転登記すればよい。何も、入会権者でない人びとがこの問題につき主導権を掌握する必要はなく、まして、入会権に疎いA弁護士とその指示を受けている司法書士が出る幕はないのである。

本件和解案は、この方針にもとづき、Yと代理人弁護士が協議してこれを作成した。その中に、市による本件溜池随意契約による払下げを阻止する項目が入っている。この和解案をもって、A弁護士は、その依頼人らに、事実上こちらの勝ちだと宣言して体面を保つたであろう。Yの危惧が杞憂であつて、これらの人びとに前述のような野望がないのであれば、この和解案は、彼らの勝利だといつてよい。逆に彼らがその野望の持主であつた場合、完全敗

北ということになる。後は、久留米市による不適切な溜池処分が行なわれないことを期待するのみである。

この紛争をもう一度、振り返って整理しておこう。事の発端は、荒木町地区の外来住民らが、同地区所在の溜池の存在を問題にし始めたところにある。家庭からの雑排水の流入で汚染が進んでおり、水難の危険性もあるというのがその理由である。本来なら、その責任は、溜池所有者が負うべきであるが、その所有権帰属という法律関係が、住民にはよく分からない。この地区の指導層は、ほぼ外来住民であるが、彼らは、旧土地台帳上の所有者に付された「荒木惣惣代」等の肩書を見て、荒木町全体の財産ではないかと推測した。この時に、この「荒木」の地名について、どうも誤解があったようなのである。

指導層の人びとは、荒木町溜池対策委員会なるものを創設したが、その規定には、荒木町民を構成員とするといふくだりがありながら、一般住民はこれにまったく関与していなかった。本来なら、地域指導層は、農事実行組合に溜池対策委員会組織を働きかけ、彼らの利水の権利とその土地所有権を尊重しつつ、農家だけで管理することが不可能というのなら、さらに対策を荒木町全体で考える仕組みを作るべきだったのである。しかし彼らはそれをせず、自ら対策委員会を名乗って活動資金を自弁しつつ、A 弁護士の見解を問うたところ、同弁護士は、彼らの推測に沿う、誤ったアドバイスをしてしまった。専門家の「お墨付き」を得た右委員会メンバーは、活動資金を得るために、荒木町住民自治会を組織し、加入世帯に年額五〇〇円の負担をさせ、これを資金として裁判闘争に入ったのである。この間、彼らの見解を非とする Y は、入会権者らにこの溜池に旧荒木村とは何の関係もない人びとが関与することは適当でない、という意見を述べ、入会権者が中心となってこの土地の将来を考えるべきだとの考えを説明した。しかし、前述の Y に好意的な入会権者は別として、その他の入会権者らの対応は、(少なくとも表面的には) Y に冷たいものであった。その理由については、私にはよく理解できない面がある。ただ Y によれば、それは地域の指導層の力の

強さを恐れたことだという。これら指導層は、地元選出の国会議員の後援会を組織し、あるいは市政にも深く関与しているという。たしかに、上記溜池対策委員会に、とある市会議員が関与していることは事実であるが、それ以上ことは、部外者の私には推測の域を出ない。ともあれ、入会権者らは、Yの主張を聞いて、すでに五〇〇円を払ってYに対する戦いに参加してしまっているからどうにもならない、と回答している。自治会への加入は、すなわちYへの敵対の旗幟を明らかにする、政治的な振舞いを意味していたようである。かかる入会権者らの地域における利害はあまり単純なものではなく、本音と建前が相当に齟齬しているように思われるが、少なくともこの入会権者の姿勢が、A弁護士 of 戦術転換を容易にしたわけである。

Yが疑うことをやめない、これら地域の指導層の野心については、前述のようによく分からない。したがって、この問題を捨象して考えれば、かつ感情の問題を別とすれば、Yと地域指導層との間に、決定的な対立はない。本来なら、これらの人びとは、裁判で争う必要はまったくなかったのである。結果として、そのような必要のない訴訟提起を促進した人物は、結局、法律専門家として地域指導層が信頼した、A弁護士その人であったといわざるをえない。

## 五 結びに代えて

入会権は、多くの誤解と偏見に包囲されながらも、地域共同体の維持のために機能してきた。ただ、本稿で扱ったケースのように、多くの法曹人が入会権者やその他の地域住民に正確な情報を提供しえないために、本来ならば避ける訴訟が提起されることもある。入会地をめぐる訴訟において、草部事件を担当した裁判官のように常識的判断

力を有するのであればまだしも、入会権に関する文献をろくに調べもせず、誤った判断にもとづいて安易に入会権訴訟実務に携わる法曹人も存在しているのである。もとより、行政担当者の誤解や恣意的な判断によって、その実定法が蹂躪され、正当な利益が入会権者から奪われたことすらある。

「入会は時代遅れである」との前提で入会権を消滅させて、農村社会の「近代化」を図るために、碩学・戒能の危懼を残したまま、昭和四年に入会林野近代化法が制定された。戒能は、その九年後に物故する。そしてこの法律にもとづいて入会権の消滅が促進されたように見えつつ、生産森林組合の組織化によって、集团的財産管理が事実上継続した。現在、地方自治法二六〇条の二以下における「地縁による団体」という、入会とは異なる制度がこれに取って替わろうとしているように見えるが、現代の法社会学者は、この法現象をどう評価するのだろうか。それとも、入会は自分の専門ではないから意見なしとするのか。

入会林野近代化法による生産森林組合設立（乱立というべきか）という結果が教える教訓は、多くの法律学者が忌み嫌う農村の非個人主義的・共同体的規範を解体させることは不可能という事実である。この法律によって、法形式上、いくら入会権を消滅させても、集团的財産管理の必要性が存続するかぎり、入会は事実上存在し続ける。この法現象を、法社会学的にどのように位置付けるべきだろうか。また、この観点から入会林野近代化法を検討する時、この法律の意義を再び問いなおさなければならない。これを明らかにするのが、解釈法学と法社会学の双方の分野で活動して入会権の本質を明らかにしようとする法学者の任務であると思うが、それが実現するかどうかはわからない。かような法学者は、すでに高齢を迎えているし、その後継者は数えるほどしか育っておらず、彼らも還暦を迎え、あるいは間もなく迎える。そのようにして、少数の後継者らも、近いうちに現役を去る。加えて、入会権軽視の姿勢を示すベストセラー民法学解説書<sup>⑧</sup>を読んで法曹人となった者が入会権訴訟の実務に携わってゆくであろう将来を考える

時、入会権に関する正確な法的理解や判決は今後望めないといえれば悲觀的に過ぎるであらうか。

## 註

- (1) 入会地売却代金がなお総有に属すると趣旨で入会関係の存続を認めた裁判例として、最判平成一五年四月一日(判時一八二三号五五頁、判タ一一二三号八九頁)がある。これについては、以下の各氏による判例研究がある。鎌野邦樹(私法判例リマークス二九号一八頁)、上谷均(民商法雑誌二二九卷三号一一〇頁)、島田佳子(判例タイムズ一一五四号四〇頁)、高橋寿一(横浜国際経済法学一三卷一号一〇一頁)、西牧正義(法律のひろば五八卷四号五七頁)、原田剛(法学セミナー五九二号一一六頁)、山田誠一(法学教室号二七九号一三〇頁)。
- (2) 中尾英俊「筑豊産炭地における入会紛争」『入会裁判の実証的研究』昭和五九年、法律文化社、二五五頁以下。
- (3) 註(2)文献で扱われている福岡県穂波町忠隈地区の例のほか、江渕武彦「入会権確認訴訟を伴わない地域集団財産訴訟」『島大法學四九卷一号』(平成一七年)一頁以下で扱った福島県いわき市平地区豊間にその例が認められる(二五五頁から二七頁にかけて)。
- (4) 榎澤能生・名和田是彦「地域中間集団の法社会学——都市と農村における住民集団の公共的社会形成とその制度的基盤」『法における近代と現代』(平成五年、日本評論社)四〇五頁以下の中で、新潟県南魚沼郡塩沢町石打地区における国有地上の入会地が、地元主導にもとづくスキー場の敷地として使用されている事例が報告されている(同書四二三頁から四四一頁にかけて)。そのほか、榎澤「共同体・自然・所有と法社会学」『法社会学の新地平』日本法社会学会編(平成一〇年、有斐閣)一八二頁以下の一八七頁参照。
- (5) 川島武宜『ある法学者の軌跡』昭和五三年、有斐閣、二五一頁以下。『入会権の解体Ⅰ』昭和三四年・三六年・四三年、岩波書店)は、川島を中心としたフィールドワーク共同研究の成果である。この共同研究グループの一員・中尾による註(2)文献は、入会権をめぐる訴訟の詳細に踏み込んだフィールドワークの成果の一つである。
- (6) 民法学テキストのベストセラーであり、多くの司法試験受験生が読んでいると思われる内田貴『民法Ⅰ』『民法Ⅱ』に次のような記述がある(傍点は引用者)。

「入会権とは、村落共同体やこれに準ずる共同体の構成員が主として山林原野を共同で利用する権利のことである」〔民法Ⅰ〔第4版〕〔平成二〇年、東京大学出版会〕三二五頁〕。

この記述は、民法二六三条の解説としては不適切である。この規定が共有の章内に設けられている事実を、同書筆者は無視している。

「入会権は、慣習上の権利であつて、山間部などの村落共同体の構成員が、所有権や地上権を個々の構成員が有するわけではない。山等について、薪を採ったり草を採ったりする収益権を慣習上有するという場合が典型である。地盤については村落共同体が所有権を有する場合と、別の主体が有する場合がある。いずれにせよ、日本古来の慣習上の特殊な権利で、団体的側面が強い。最近でも裁判例に搭乘することがあるが、次第に重要性は小さくなっている」〔民法Ⅱ〔第2版〕〔平成一九年、東京大学出版会〕一七〇頁〕

この記述のうち、「所有権や地上権を個々の構成員が有するわけではない」とは、総有に持分なしとする通説を述べているものと思われるが、これを批判する川島ら入会権研究の専門家の説には一切触れていないところに問題がある（総有持分否定説が理論的に破綻している点については、江淵「社団財産総有説の功罪」島大法学四九巻二頁〔平成一七年〕三三頁から三八頁にかけて、「東北山村における村有地入会権訴訟と当事者適格」島大法学五一巻三三頁から五四頁にかけて参照）。共有の性質を有する入会地は、入会権者らが集团的に所有する土地であるはずだが、個々の構成員が所有権を有しないのなら、その個別的権利の正体は何なのか。また入会権について「次第に重要性は小さくなっている」の根拠は挙げられておらず、この部分は不確かな印象にもとづいているとしかいえない。

(7) 川島「入会慣習法の実態」川島武宜著作集「第八巻（慣習法上の権利Ⅰ）三頁。中尾「入会権」〔平成二一年、勁草書房〕九八頁。かくいう私も「古典的」の語を使用している（入会権の近代性と前近代性）『社会と法』〔平成七年、法律文化社〕八九頁。

(8) 川島は、『入会権の解体』シリーズの編著にあたり、「解体」の語を、共同体支配としての入会について、必ずしも、共同体及びその財産が崩壊消滅へと向かう過程を意味するものとして使用しているのではない。それは、数村入会が一村入会へと転換し、また一村入会が「種々の個別的権利の形態」へと変化した過程を示す語として、さらに、紛争が集団相互から集団内部のそれへと変わった過程を示す語として使用されている（入会権の解体Ⅰ）五頁）。そのため、この「解体」

の語の使用を理由に、川島が入会の運命をもって崩壊消滅と見ていたとすることはできないだろう。ただ、『入会権の解体』の序論において、入会の崩壊消滅を予見するかのような次の記述がみられる（七頁）。

「入会権の解体という法現象は、〈略〉前近代社会から近代社会への移行という歴史的過程の一側面であり、しかもわが国では、現代においてなおひきつづきわれわれが当面している問題である。西欧の資本制諸国はすでにこの過程を完了している。アジアにおいて、いわゆる「純粹に封建的な組織」を経過した社会であるところの日本が、その封建的組織のおそらくは最後の遺物の一つたる入会について現在たどっている変化をあとづけることによって、われわれは、この世界史的な意義をもつ歴史的過程について、法現象の側面から何らかの寄与をなし得るかもしれない」

(9) 中尾「共同墓地にたいする入会権——成田空港拡張反対事件」 西南学院大学法学論集二三卷四号〔平成三年〕三二頁以下参照。

(10) 中尾「阿蘇山村の町有原野と入会紛争」註(2) 文献三二九頁以下参照。

(11) 江瀨・註(3) 文献二二頁以下で扱った福岡県新宮町下府地区における第一部落が旧来からの住民と区別して設けられた外来住民の組織である。

(12) 江瀨・註(3) 文献一八頁以下で扱った名古屋市中川区東起町内会がその例である。その後、この組織は、構成世帯が増加したために一部と二部に分離された。

(13) テンニース (Ferdinand Tönnies 1855-1936) は、その古典的名著『ゲマインシャフトとゲゼルシャフト——純粹社会学の基本概念』(昭和二九年、理想社)「移之原寿一訳」の中で、ゲマインシャフトの一例として村落共同体を挙げ、それは、土地と必然的に結びついていると述べている。テンニースによれば、その共用地は、かかる組織の活動と関心の対象であつて、共同利用地(テンニースのいう「統一体のゲマインシャフト的目的」の対象地)はもとより分割利用地(同じく「成員の統合された同一目的」の対象地)でさえ、構成員は、ゲマインシャフト的秩序に従わしめられているという(前掲訳書五六頁)。かかる共同体は、明らかに、その構成員が生産によつて結合し一定秩序の下の管理財産を有する組織である。

現代日本における入会集団が、テンニースが生きたその時代と社会の下における村落共同体と同一のものとして認識することは非常に危険なのだが、それでも、生産のために入会権者が入会財産を中心に秩序をもつて結合しているという点を見る限りにおいて、(強いていえばテンニースのいう)ゲマインシャフトへ分類されよう。ところが、当該地域へ非農家(非

入会権者)たる外来者が多く転入し、彼らがその地域社会における最低限度の利益(生産から生ずる積極的利益ではなく生活の平穩という消極的利益)のために既存集落組織に参加するようになると、その組織は、生産単位として認識できなくなる。むしろそのような組織であっても、中川が指摘するような自然村原理(中川剛『町内会——日本人の自治感覚』〔昭和十五年、中公新書〕九六頁)が残存するであろう。しかしそれは、テンニースのいう実在的有機的な生命体たるゲマインシャフト(前掲訳書一六頁)とはほど遠いものであり、観念的機械的な形成物(前掲同頁)たるゲゼルシャフトとしての性格しか有してない。

- (14) 大阪府下の多くの地方行政において、この見解が信奉されている。詳しくは、江淵「表示登記における旧村等名義の性格——地方行政下の財産区問題に關連して」島大法学四八卷三号〔平成一六年〕一頁、矢野達雄「住民運動と公権論の交錯(1)(2・完)——大阪府箕面市小野原地区の財産区訴訟を中心に」愛媛法学会雑誌三二卷三・四号〔平成一七年〕五頁、三三卷三・四号〔平成一八年〕八五頁。

(15) 戒能通孝『入会の研究』〔昭和一八年、日本評論社〕二八五頁。

(16) 中尾編・平成一六年、信山社刊。

(17) これについては、中尾『入会権』〔平成二〇年、信山社〕八頁から一六頁にかけて詳しい。

(18) 明治二七年九月二一日審議時点での法案では、この規定は「共有カ入會權ノ性質ヲ有スルトキハ各地方ノ慣習ニ從フ」となっていた。

(19) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書2 法典調査会民法議事速記録二』一三三頁から一三四頁にかけて。

(20) 註(19) 文献一四六頁。

(21) 磯部は次のように述べている。「今日村方ノ訴訟二十中七八所デハナイ八九ハ入會權ノ訴訟デ一定ノ慣習ガナイ所カヲ判決ニ至ツテモ甲ノ裁判所ト乙ノ裁判所ト抵觸ヲシテ居ル日本全國ノ人民餘程苦ンデ居ルト云フ有様デアル(略)少シク人民ノ苦痛ヲ避ケラレル様ナ法文ヲ御起草ニナルコトヲ願ヒタイ」註(19) 文献一四六頁。

旧民法案策定過程では、磯部の眼はもっぱらその理想としたであろうフランス法に向けられ、彼の入会権に関する理解は十分ではなかったと思われる。そのために彼は、入会権訴訟が少なくない事実を認識していなかったであろう。ところ



が、ボアソナードを支えて築き上げた旧民法が、この日の会議の場で対峙している穂積八束らにより、施行無期延期の運命に追い込まれるに到った。磯部は、旧民法における入会権規定の不備の指摘（それは穂積や都筑らからではない）を受けて認識を改め、この日の会議に臨む前提として、入会権裁判事例を多少とも研究し「甲ノ裁判所ト乙ノ裁判所ト抵觸」している事態を知ったのではないか。この時、彼は、初めて当時の日本の農家が入会財産なしに生きていくことができな

- い事実を思い知ったに違いない。その不覚を恥じる思いが、右のような発言となったものと思われる。
- (22) 註(19) 文献一三三頁。  
(23) 註(19) 文献一三三頁から一三四頁にかけて。  
(24) 註(19) 文献一五六頁。  
(25) 中田薫「徳川時代における村の人格」『法制史論集第二卷』(昭和一三年、岩波書店) 九六三頁。  
(26) 石田文次郎『土地總有權史論』(昭和二年、岩波書店) 五二二頁。  
(27) 中田「明治初年における村の人格」註(25) 所収文献一〇〇四頁から一〇〇七頁にかけて。  
(28) 北島正元編『体系日本史叢書7 土地制度史』(昭和五〇年、山川出版) 二七九頁。  
(29) 中田・註(27) 文献七八八頁。  
(30) 石田・註(26) 文献五七四頁から五七五頁にかけて。  
(31) 福島正夫「部落有林野の形成」『土地所有の史的研究』(昭和三二年、東京大学出版会) 五六三頁以下。  
(32) 福島・註(31) 文献五七二頁。  
(33) 戒能・註(15) 文献三九九頁。  
(34) 戒能・註(15) 文献二七三頁から二八五頁にかけて。  
(35) 大昭和三年二月二四日法律新聞二九四八号一〇頁、千葉地判昭和三五年八月一八日下民集一卷八号一七二一頁、鳥取地判昭和三八年九月二七日日下民集一四卷九号一八八一頁、東京地判昭和四一年四月二七日日下民集一七卷三・四号三五三頁、我妻栄(有泉亨補訂)『新訂物權法』(昭和五八年、岩波書店) 四四〇頁、川島『注釈民法(7)』(昭和四三年、有斐閣) 五二二頁、中尾「入会林野の法律問題(新版)」(昭和五九年、勁草書房) 九五頁。
- (36) 福岡県春日市下白水地区の灌漑用溜池につき、このような扱いが行なわれている。詳しくは、江洲「地域の都市化と総

有（水利）集団の変化」西南学院大学大学院法学研究論集三号〔昭和五九年〕五七頁以下。

(37) 註(14) 文献参照。

(38) 登記の推定を占有のそれ（民法一八八条）のごとく法律上の推定と解すると、それは現在効力を有する権利登記名義人に極限され、登記簿表題部所有者欄には推定力が働かないということになる。しかし、登記の推定は、事実上の推定に留まると解すべきである。すなわち、その推定力は登記簿附属書面にまで及ぶのであって（最判昭和四六年六月一八日判時六三五号一〇頁）、まして、表題部所有者欄の記載に（事実上の）推定力を否定する根拠はない。詳しくは、江淵『委任の終了』と不動産登記法改正」島大法学——登記原因の推定力及び入会権推認機能との関連において」島大法学五一巻一号（二〇〇七年）一頁以下（関連箇所は二三頁から四七頁にかけて、とくに四三頁から四五頁参照）。

(39) これは、昭和二五年創刊によるもので、昭和四三年当時、大阪地方自治振興会より刊行されていた。現在の刊行元は、財団法人・大阪市町村振興協会となっている。

(40) 『自治大阪』昭和四三年七月号八頁。

(41) 久留米市史編纂委員会編『久留米市史第3巻』〔昭和六〇年、久留米市〕一五〇頁。

(42) 『福岡縣史資料第三輯』〔昭和九年、福岡縣〕六二八頁。

(43) 註(13) で述べたテンニースの社会学的な集団の観察態度を前提とすれば、入会権者による財産の共同体的共同所有をもって「総有」と定義するなら、法人格なき社團の財産関係を社團員の「総有」と解することは誤りである。詳しくは、江淵・註(6) 文献中「社團財産総有説の功罪」を参照。

(44) 明治三十三年二月一八日民刑一六六一号民刑局長回答・登記関係先例集上巻〔昭和三〇年、法務省民事局〕二〇一頁。

(45) 昭和三〇年一〇月一五号民事第二二一六号民事局長電報回答・登記関係先例集追加編I〔昭和三〇年、法務省民事局〕四八二頁。

(46) 昭和四〇年九月二日民事甲第一九三九号民事局長回答・登記関係先例集追加編IV上〔昭和三〇年、法務省民事局〕五一三頁。

(47) たとは、法人でない団体による抹消登記請求については、大津地判昭和四七年一〇月一六日（判時六九六号二二〇頁）は、かような団体の公証方法や団体の印鑑証明制度がないといった手続的・実務的理由で、これ認めていない。要するに、

登記官による却下事由のある登記申請をせざるをえないような登記請求は、裁判所もこれを棄却するということである。

(48) 名古屋地判昭和四六年四月六日判タ二六四号二二三頁。

(49) 江洲・註(3) 文献一八頁から二二頁にかけて参照。

(50) 註(9) 文献で扱われている訴訟がそれである。

(51) 登記研究四四五号一〇八頁。

(52) 友次英樹『新版土地台帳の沿革と読み方』(平成一四年、日本加除出版)一頁以下。

(53) 福島正夫『日本における不動産登記制度の歴史』法律時報二四卷三号(昭和二七年)二〇三頁、幾代通『不動産登記法』

(昭和三二年、有斐閣)四頁。

(54) 澤田省三「表示登記の本質に関する若干の考察」登記研究五〇七号(平成二年)八頁以下。友次・註(52) 文献四三頁。

(55) 友次・註(52) 文献四五頁。

(56) 入会林野近代化法に対する戒能の姿勢は、黒木三郎「入会林野近代化法制十六年をふり返って」『雑木林——社会・自然

法』(平成二年、敬文堂)一一四頁以下に詳しい。

(57) 山下詠子「入会林野における認可地縁団体制度の意義——長野県飯山市と栄村の事例より」林業経済五九卷八号(平成

一八年)一七頁、同「認可地縁団体による森林管理——生産森林組合との違いと問題点」村落と環境四号(平成二〇年)

九頁。木下美穂「生産森林組合と認可地縁団体——佐賀県富士町における入会林野の管理に関する考察」村落と環境五号

(平成二二年)一三頁。

(58) 註(6) 参照。