

長野地裁諏訪支部

一九八一年四月二十八日(火曜日)

小泉湧水流水使用権の妨害排除  
並びに予防等仮処分申請事件判決文

(いづゆる水裁判)

森田

目次

主文	二
事実	二
双方の申立	二
申請の原因	二
申請の原因に対する答弁	二
証拠関係	二
理由	二
当事者間に争いのない事実	二
認定事実	二
判断	二
当事者目録	三〇
水系図	三三

昭和五三年(昭)第五五号、同五四年(昭)第一一号、第一二号、同五五年(昭)第七号 流水使用権の妨害排除並びに予防等仮処分申請事件

判 決

当事者 別紙当事者目録記載のとおり

主 文

- 一 債務者らは別紙水系図記載諏訪郡富士見町境字大泉九二三番地から湧出し、同図面青線部分を流れるいわゆる小泉湧水及び流水の現状を変更し又は変更するための工事その他の行為をしてはならない。
- 二 債務者らは債権者らの前記湧水及び流水の使用を妨害してはならない。
- 三 申請費用は債務者らの負担とする。

事 実

第一 双方の申立

債権者ら 主文一、二項と同旨。

債務者ら 本件申請を却下する。

申請費用は債権者らの負担とする。

第二 申請の原因

(昭和五三年(昭)第五五号事件、同五四年(昭)第一二号事件、同五五年(昭)第七号事件)

一 債権者らはいずれも諏訪郡富士見町大字境高森区に

居住する農民その他の住民であり、主文記載のいわゆる小泉湧水の水を使用することによって約二五町歩の水田を灌漑して農耕し、水かけ探草地ないしは「川汲戸」において小泉湧水を使用し、日々の生活を維持しているものである。

二 債務者高森区(以下区という)は行政区画上は諏訪郡富士見町に属するが、独立した一個の部落を形成しており法人に非ざる団体であつて代表者を区の選挙によつて選んでいるもので、いわゆる人格なき団体である。また債務者同友興産株式会社(以下会社という)は肩書地に本店を持ち、不動産の売買、観光開発事業等を営む株式会社である。

三 当時の債務者区代表者区長小林三雄は昭和五三年一月六日、債務者会社との間で小泉湧水を日量二、〇〇〇トンの限度で一時金二、〇〇〇万円、毎年三〇〇万円とし、三〇年間売却する契約を結んだ。

四 小泉湧水は太古から債権者らの祖先によつて崇敬されその努力によつて保全され、その水系の住民(高森区、池袋区、信濃境区)の農業用水及び生活用水として反覆継続して使用されてきたものであつて、債権者らは小泉の一切の湧水及び流水の古くからの水利権者又はその承継者である。

## 五 水利権の法理

1 水はあらゆる生命の源であり、人の生活によつて飲用、生活面は勿論、農業その他産業の維持のためにもあらゆる面で絶対的に必要不可欠のものであり、かつ水は有限である。そこで人は一定地域ごとに、そこにおける水利利用者間で集団を作り、水利利用者全員のための集団的なルールを形成して相互の水利利用の関係を調整し、また水資源の維持、管理を行うようになる。右「水利」集団は、そこにおける水利利用者全員のために、水利秩序を維持管理していくことを目的とし、またその範囲内において存在しており、その目的と範囲を超えて、水利利用者の総意とは別個独立に、水に関する管理や処分の権能を有しない。即ち右集団は、その構成員とは別の権利主体であるのではなく多数構成員の集合そのものであり、その構成員たる個々の水利利用者は、互いに独立、対等の立場に立つものであり、右集団の意思決定は構成員全員の一致によるのが原則であり、右集団の存在理由及び人の生活維持に絶対不可欠であるという水の性質上、多数決をもって少数者から水利利用を奪うことは許されない。

現に我国における種々の慣行的水利集団をみても、それぞれの水利集団の特性に応じ、水利の調整、維

持、管理に関する慣行は種々様々であるが、いずれも水自体の処分や個々の水利利用者の利用形態に変更を及ぼすような管理は、水利利用者総員の同意を要するものが慣行である。現実に水利集団の一部構成員やその一部機関が水の管理等を行つていても、それは、構成員の委託によるものであり、以上の水利集団としての特質は、入会権における入会集団のそれと同じと言える。

講学上、水利集団や入会集団における権利関係に「総有」という概念が用いられ、当該集団を一実在的総合人」とし、その集団と構成員との関係につき、利用権能は個々の構成員に属し管理、処分の権能は集団に属する（管理処分の決定には構成員全員一致によることを必要とする）としたが、水利集団を、構成員たる水利利用者の集合そのもの以外に「団体」を考え、そこに独自固有の権能を概念構成する必要はない。

2 人々が流水等の水を、多くの場合前述の如き集団的規制のもとに、長期間、継続反覆して利用し、かつその水利利用が社会的承認を得た場合、法例二条に基づく慣習法上の権利として水利権が成立する。右社会的承認の成立要件として、水利施設物の設置、維持管理、補修の責任の有無、その費用の負担、労働負担の有無等が重要ファクターとされる。そして成立した右水利

権は、その水利利用者全員に、水利集団としての団体関係において、その特性が反映した形態において、即ち権利の総手的帰属（総有）という形態において、私法上の権利一種の財産権として帰属する（水利集団自体が独自に団体として有する権利という概念構成は不必要である。）

3 かつて農村部落は全構成員がいずれも農家で、行政的作業を営む部落ないし区と水利集団は構成員が全く同じで、水利集団と部落との区別は明確に意識されることなく、水利に関する決定も、部落一般の物事の決定と同一機会に行われ、また部落ないし区の一機関として、例えば水路部の如きものが設けられ水利に関する一定の事務を行うようになるが、社会の変化に伴い、やがて部落内に非農民等が生じ、当該水が必要としない者がその部落の構成員に含まれるようになってくると、それまで事実上一致していた部落ないし区の水利用とは、分離されてくる。

従つて、水利に関する法律関係を論ずる際、その両者は明確に区別して論ずべく、その場合、水利利用に関する事務の一部を行う機構が部落ないし区に残存していても、それは従前の時代の残存であり、これをもって相変らず部落ないし区が水利集団であるとの根拠とすべきでない。

また、当該部落において、水源として二つ以上のものが存在し、それぞれの利用者が異なるときは、当該部落には二つ以上の水利集団が觀念上併存していることとなり、当該部落自体を一つの水利集団とみれないことは当然である。

## 六 小泉湧水における慣行水利権の成立

1 小泉湧水は既述のとおり、太古から債権者らの祖先によつて崇敬され、その努力によつて保全され、今日まで水系住民の灌漑用水をはじめ全ての生活用水として、その全量が支配下におかれて、反覆継続して使用されてきた。

### 2 小泉湧水の維持、管理の慣行

(1) 春になると、田への通水の準備として、冬期間切られていた水路を整備し、そこにたまった枯葉、土砂等を取り除くなどのため、日時を定めて、水田耕作者全員が一度に出払いで行う「汐さらい」と呼ばれる水路の修理、保全、清掃等の作業を行う。そして同時にそれまで冬期の間通水させていた水かけ採草地への通水を切り（春のべ切）田への水路に通水させる。

(2) 湧水は、以後秋の水田耕作終了までの間、水田への灌漑用水として使用させる。

特に、四月末頃から五月初旬にかけて行われる田

の「代掻き」(田に水をかけ稲耕作可能な状態にすること)に際しては「水番」制度により水の管理を行う。この「水番」は、古くより湧水を利用する水田耕作者全員によって承認され慣行上形成されてきた一定の申し合せ事項に基づき実施され、水田耕作者全員の中から約二〇名位の働き盛りで水利に詳しい者が水監督者に選ばれ、この水監督者の会議によって水利に関する全てが決定され、全ての耕作者に公平、平等な管理が行われることとされ、水田耕作者全員が毎日監督一名、一般耕作者二名宛交番で田に立ち、水利の状況を管理する。

(3) なお、この代掻きに際しては、小泉湧水の水量が少ないため、湧水全部を使用しても一度に一枚ないし二枚の田しか「代掻き」が出来ず、従っていくつもある水路のうち一つを残して他を $\pi$ 切 $\pi$ って湧水の全量をそこに回し、かつその水路筋の田においても、それを各水路毎に順次繰り返して行くという方法がとられる。

この「水番」実施中は、水番以外の者が水を管理することは一切許されず、またそれ以外の時でも、他人に影響を与えるような不正な水利用は一切許されない。

(4) 秋、水田耕作期間が終ると、それまで通水してい

た田への水路を $\pi$ 切り(秋の $\pi$ 切)、冬期間は水かけ採草地(「あれま」)に通水する。

(5) 農業用水以外の一般の生活用水に関しては、各戸がその家の横を通る水路に面して、いわゆる「川汲戸」と呼ばれる水利利用施設を設け、一年を通じてそこにおいて必要量を使用する方法によってなされている。この「川汲戸」の施設、水路等の維持管理は、その利用者の責任においてなされる慣行である。

3 以上債権者ら水利用者は、小泉湧水につき慣行上の水利権を有し、かつその管理支配は、その全量に及んでいるもので、従って、債権者らは、小泉湧水の全量につき水利権を有している。

#### 七 水利権の主体

水利権の対象たる水は、多数人が一定の共同体の構成員として共同体による強い規制のもとにこれを使用し、構成員は通常持分権も分割請求権も有しない。既述のとおり、従来の通説判例は、このような多数人の権利関係を総有と称し、そこにおける共同体を「実在的総合人」ととらえていたが、近時の有力説は、当該共同体につき、それをその構成員とは別の権利主体ではなく、多数構成員の集合そのものに外ならないとみる。

債権者らは、本件小泉の利用権は、債権者らに属するが、管理処分権は水利共同体に属するとし(一応正しい)

次にその水利共同体は現在でも高森区であるとし(過去そうであったが現在では疑問がある)更に、その高森区の總會において他の一般の議案と同様に過半数の議決によりこれを処分できるとする誤解をしている。

仮に従来の通説に従い、債権者らに小泉湧水の利用権があり、その管理処分権は水利共同体にあるとしても、債権者区の主張の如く、その共同体を高森区とすることに問題がある。

かつての高森区は、その構成員の殆んどが農家で、その全員が湧水を使用していたが、その場合でも、大泉湧水と小泉湧水の各利用者が存在したのであり、現在においては、右二者に加え、それら両湧水とも全く使用しない構成員が存在する以上、高森区を一つの水利集団とみることは明らかに不当である。

#### 八 水利権の処分要件について

1 水利権を処分するには、共同体の構成員全員の同意が必要でこれは法理論面でも、また実際の慣行のうえでも当然である。

このことは、水利権と同様の権利形態である入会権で論じられ、立法上も明確にされ(「入会林野等に係る権利関係の近代化の助長に関する法律三条」)また処分自体に権利者全員の同意が必要なのは共有の場合(民法二五一条)と同じである。

また、入会権について慣習上、全員の同意を必要とするものであることの調査研究結果がなされており、水は人の生活、農業等にとって絶対必要不可欠のもので、我国農村の人々にとって入会同様ないしそれ以上に重要なものであったことは明らかであるから、水利権について同様の慣習のあることは推定できる。

2 小泉湧水については、過去処分例はないが、同じ高森部落より湧出する大泉湧水について(昭和三五年以降ではあるが)、いずれも水利用者全員の同意のもとに処分してきている。

總會での決議に際し、数人の反対者はいたとの証言もあるが当時の議事録に反対者があったことや、そこで議事が紛糾した旨の記載はなく、平穩に議決されたことが窺え、処分の内容からして、水利用者に何らの影響もないものであり(明治大学に売った水は当時誰も使っていない水であった)、また上水道としての処分はいずれも水利用者自身ないしその子弟の利益になることであって誰も反対する理由はないものであり、これら各処分例について何らトラブルは起っていない。

債権者ら主張の処分例のうち

他部落への灌漑用水の利用許可は高森区に耕作田圃を有する他部落の農家に対し水利権を認め、「 $\pi$ さら $\pi$ 」等の水路の管理、維持等の共同作業に参加する代

りに耕作面積に応じて反当り五七〇円の割合による水路管理費を徴収しているもの

#### 4.のうち

②は、富士見町の行政指導により、高森区を含む流域四区の全区民に対し、衛生的な飲料水を確保するという公共的見地から行われ、全区民がその恩恵を受けているもの（大泉簡易水道）

③は、大泉湧水のうち、もれ水として山林間を通って切掛川にこぼれ落ちていた誰も使用していなかった水を明治大学の負担において集水工事を行い使用することを認めたもの

④は、富士見町当局からの要請により、既設の前記大泉簡易水道から、つつじヶ丘団地への給水を認めたもの  
⑤は、前記大泉簡易水道の水を、水利権者らも加入している富士見町農業協同組合に対し、出荷大根等を洗うのに必要だからということで、給水を認めたもの  
⑥は、大日ハウジングより、同社が高森区内に設置する別荘へ前記大泉簡易水道の水の給水を求められ応じたもの

であり、水利権者が特に反対したことはなく、仮に総会でごく少数の反対があったとしても、その趣旨は、あくまで反対という強固なものではなかったものであり、また決定後何らの問題も起らずに時が経過してい

ることからみて、少くとも事後的に黙示に同意したものとみられる。要するに、あくまで反対者が有在するのに、これを数で押し切って強行した例はない。なおこれら事例で高森区が形式上契約当事者となっているが、これは、水利権者全員の総意に基づき区がこれを代行しているとみるべきである。

3 高森区集会規約三条に従い総会で過半数の議決により水の処分を行うことはできない。

高森区では従来水の処分など全く考えておらず、右集会規定も水の処分まで考えて制定されたものではない。即ち、小泉湧水についてはこれまで一回も処分例がなく、大泉湧水についても昭和三五年頃処分例が生じたもので、高森区集会規約等が制定されたのは昭和四一年で、当時水の処分は全く念頭に置かれておらず、高森区は従来より、水に限らず区有財産は、すべて基本財産としてこれを永久に維持し処分はしないとすべしと意識されていたとしても、それは当然永久に維持すべきものと考えられていたはずである。ちなみに高森区関係規約では、高森区民は区有財産について分割請求権や共有持分権を有しないことを規定しており、これは正に総有的権利関係に他ならない。

権利者の同意なしに当該権利を他人が勝手に奪うこ

とはできないものであり、個々の構成員による利用権の行使が団体的統制に服し、かつ個々の構成員が持分権や分割請求権を有しない管理処分権が団体に属するということは、決してそれらの権利を構成員の過半数で処分できることは結びつかない。

なお、高森区は人格なき社団であることは争いがなく「人格なき社団の財産はその構成員の総有に属し、その処分は全員の同意を要する」ことは確定した判例である。

4 小泉湧水は、区総会の多数決で処分できるものではないが、そもそも昭和五三年三月一日の区総会自体、小泉湧水の売却を確定的に承認したのではなく、売却の方向で交渉してみることが決議されたに過ぎず、その交渉の結果、実際に売却するにあたっては、当然再度区総会の議を経ることが前提とされていた。従って本件売却はその再度の総会の議決も得ておらず、この点でも無効である。更に、総会には小泉水系の水利用に全く関係のない者二九名が含まれている。

また、小泉湧水は、一人高森区の区民の独占物ではなく、下流の信濃境、池袋等の地域の人々もまた、同様に長年に亘り右湧水を利用してきたものであり、処分に当たってはこれら下流域の水利権者総員の承諾も必要であって、この点からも高森区のみ議決では

何ら有効な処分をなし得ない。

更に高森区において、小泉湧水を特に本件の如く大量に区民以外の第三者に処分するなどということは、かつて慣行上も予想だになかったことで、むしろ区有地等と同様、区民にとってかけがえのないものとして、永久にこれを維持していくことが当然の前提となっていたものである。

#### 九 小泉湧水の水は余っていない。

1 大泉水系と小泉水系の耕作面積の比較を根拠とする債務者らの主張は失当である。

(1) 小泉水系一〇町歩余というのは、高森区のみ数値で、下流の信濃境、池袋等の地域の田圃面積を加えれば小泉水系は約二五町歩となり大泉水系のそれと大差ない。

(2) 小泉水系はデコボコで起伏に富み、水路も長く曲りくねっており、その間漏水し、同一面積の田を耕作するのに大泉水系より余分の水が必要である。また、大泉水系の水路は、全てコンクリートのU字溝であるのに、小泉水系はU字溝は一割前後で、漏れ水が多い。

(3) 大泉水系の田は互いに隣接しているのに対し、小泉水系の田は、宅地や畑に混って点在し、一つの田に使用した水が他の田に浸透していくことがなく、

それだけ余分に水を必要とする。

(4) 大泉水系の土質が黒土で水を含みやすいのに対し、小泉水系の土質は灰土で水になじまず、水がしみ込んで底漏れする。

(5) 大泉水系の田が湿地地帯で土を掘らなくても水が出る位なのに、小泉水系の田は土を掘っても水は出ない状態で、従来より乾燥している土地という意味で「干沢」と呼ばれていた。

(6) 大泉水系の田は、大泉湧水だけでなく、小丸戸堰の水、鷹の巣堰の水、にげ堰の水、湿地帯からの湧出水もあわせて使用しているものである。

2 前述の如く、田の「代掻き」に際し、湧水全部を使用しても一度に一枚ないし二枚の田しか「代掻き」ができない状態で、順次いくつがある水路のうち一つを残して他を締切り、湧水の全量をそこに回して、上の田より順に水を流していくという方法をとっている実情にあること

8 天候により雨の多い年は田圃の必要とする水の一定部分をまかなえるが、逆に干ばつの際は、その全量を湧水に頼らざるを得ないのであり、高森区でも、大正三年頃と昭和二年頃の干ばつの際には、水が非常に不足し、田植えが七月にずれ込み、その年の収穫も半減した。

4 かつて高森区民が流域に開田を計画し、区総会に申

入れたが水が不足するというので、賛成を得られず、また十数年前、流域に開田した者が、下流の滝坂耕地組合の反対により水を引くことが出来ず、結局開田に至らなかつたことがある。

5 小泉湧水より水量の多い大泉湧水においてすら、大泉簡易水道水としての給水について、現に水が余っていないことを前提とした次の如き措置を講じている。  
(1) 甚だしく灌漑用水に支障を生じた場合は断水できる。

(2) 烏帽子区に対する給水量と同量の水を同区側の負担で高森区側のために切掛川の流水より揚水し、大泉水系に還元する。

(3) 富士見農協は水利利用に当り水資源の現況を見極め特に節水に努める。

6 前記の如く、大泉湧水の普段誰も使用していない落水について、高森区は、緊急の必要を生じた場合は、明治大学との契約を解除できると定めた。

7 牛の数約四〇頭、広さ約三町歩（債務者会社の開発予定地域に比べはるかに狭い）の小林牧場にすら、かつて水を引くことを認めていない。

8 富士見町水道課の調査は、一回的に一つの地点において簡易な方法で行ったもので必ずしも正確ではない。

一般に、湧水流水の量は、季節天候時期等により変化するもので、相当期間に亘る連続的な調査を要し、

また流水量は途中で漏水や土質による地下への浸潤等の影響により各地点間で異なることが予想されるのであり、一つの水系でも、上流、中流、下流の数ヶ所における測定がなされなければならない。

9 債務者会社に売却された一〇〇〇トンという数字は、同社の開発の必要性からはじかれた数字であって、小泉湧水が余っているかを科学的に調査研究した結果出たものではない。

10 水が余っているか否かは現に田圃を耕作している者にとって死活問題であり、この水を取水しようとする者の側において、十二分に時間と費用をかけ、農学、地質学、水理学、気象学その他関係分野にわたる科学的、社会的な十二分の調査研究を行い、その影響を事前に調べるべきである。

しかるに本件では、そのような調査、研究は全く行われず、その為の努力もなされた形跡がない。一方債権者らは、長年に亘る水田耕作の苦心と経験に基づき、現在でもなお水が不足していることを直接目で見、肌で感じてきているものであり、前掲各関係事実も債権者らの長年の経験に裏付けられた間違いない事実である。これらにより、小泉湧水が現在の状態において

もなお不足していることは明らかである。

なお、小泉湧水は部落内を流れる防火用水としての役目も果しており、その水量が減ると、防災上の観点からの心配も生ずる。

11 債務者区は、契約において揚水の五〇パーセントを還元することとなっているので水不足を来たさない旨主張するが、揚水量の多量さからして水不足を来たさないとは到底言えないばかりか、汚染された雑排水（し尿処理水も含む）が放出されることになり、小泉湧水が汚染され、農作物その他に重大な影響を与え、新たな損害を発生させることが確実である。

水利権とは、単に現に利用している湧水等に対する支配権と言うにとどまらず、その利用の用途に適した従来よりの水質においてこれを支配する権利と言うべきである。

(昭和五四年(四)第一号事件)

一 本件債権者ら（以下滝坂耕地の債権者という）は、諏訪郡富士見町境信濃境区に居住する農民その他の住民で、小泉湧水の水利権を有する。

1 滝坂耕地の債権者らは、昭和初年頃より任意組合たる滝坂耕地整理組合を組織し、この組合としての団体的統制のもとに、現在まで小泉湧水を継続反覆して使用してきている。

2 右湧水は、一部は直接、一部は溜池に貯水したものである。夫々田に掛けて使用し、高森区と同様水審制度によっている。

3 水の維持、管理

(1) 貯水池は昭和九年頃、組合員の費用、労力負担で作られ、現在まで 組合員の費用、労力負担で維持管理補修がなされてきた。また貯水池の水門管理のための番小屋が設置され、前同様維持管理されてきた。

(2) 毎年五月初頃、組合員全員の出払いにより水路のせんぎさらいをなし、秋の稲刈りの後、同様に泥を流す作業をしてきている。

4 以上により、滝坂耕地の債権者らは、長年に亘る慣行として小泉湧水を使用し、かつこの慣行は、社会的承認を受けているものである。

二 一つの流水につき、複数の水利用共同体がある場合の水利権の様態は一つの問題ではあるが、滝坂耕地の債権者らの有する水利権を仮に余水利権であるとしても、上流者はその必要をこえて下流者の権利を害してまで水流を処分することはできない。

三 滝坂耕地の債権者らが債務者区の債務者会社に対する小泉湧水の売却処分にあたり、これに同意したことはなく、昭和五十一年に書面をもって反対した。

四 滝坂耕地の債権者らにとっても、小泉湧水が余っておらず、否現状において不足していることは、高森区内の債権者らと同様ないしそれ以上である。

(1) 耕作にしても干あがる田が出ること

(2) 水が足りない為、耕作を控えている田があること

(3) 高森部落の人が約二反の田を新たに開田しようとしたとき水不足を理由に異議を述べ開田させなかったことがあること

(4) 高森部落の人から組合に養魚池を作りたいので水を使わせてくれとの申出があつたときも、水不足を理由に断わっていること

(5) 代かきの時期以外にも水番が行われることがあること

(6) 水不足のため水争いが起きることがあること

五 その他高森区内債権者らの主張と同一である。

仮処分保証金について  
本件の審理内容は、実質的には本案訴訟におけると変わらず、本件請求は無保証で認容されるべきである。

債権者らはその多くが零細農家である。  
債務者会社は、未だ具体的開発に着手しておらず、開発計画も行政当局と事前協議の段階でその細部も決定されていない状態であり、小泉湧水からの取水ができなくとも、富士見町より開発に必要な水の供給を約束されている。

いる。同社は以前より一旦区総会で売却が否定されたことを合め従来の経緯を熟知し、かつ債権者らからも湧水の処分に反対である旨の申入を受けていたもので、本件請求は十分予想していた。

第三 申願の原因に対する答弁  
債務者区

(昭和五十三年(四)第五五号事件、同五四年(四)第一二号事件、同五五年(四)第七号事件)

一 申請原因事実一のうち「債権者らはいずれも」「約二五町歩の水田」の部分是否認し、その余を認める。

債権者洪川宏子は、未だ高森区民でなく、同小林一夫は一家をあげて松本市へ転居し、いずれも高森区内の流水に対する特別使用の権利を有しない。債権者小林きの江は、同園幸の妻で当事者適格を欠く。

二 同二を認める。

三 同三を認める。

四 同四を否認し争う。

五 同五の1ないし3につき、斯様な学説があることは認めるが、学説以前に区々にわたる慣行が詳細に検討されなければならず、規範化されている慣行を無視して学説をもって論断することは失当である。

同3につき高森区は未だ区と水利集団との分離は全く見られない。

六 同六の1、3を否認し、同2は後述のとおりである。

債権者らの主張は、湧水、流水の管理保存処分行為の主体その責任の所在即ち、それらが区民の意思表示による区の設定(区総会の決議)とこれを体した区の執行機関による指示、監督によってなされて来たことを看過している。

七 同七を否認する。

高森区における湧水の管理処分権は区に帰属する。

八 同八を否認する。

九 同九を否認する。  
本件の湧水売買によって灌漑用水、生活用水に不足をきたすことはない。

1 高森区内には、大泉東湧水、大泉西湧水、小泉湧水があり、これらによって灌がいする水系は大泉水系と小泉水系とに分けられ、大泉水系は、大泉西湧水のみによって、小泉水系は小泉湧水と大泉東湧水の中の三割によって灌がいされる。夏場の各湧水量は、大泉西湧水約二三〇〇トン、大泉東湧水二〇〇〇トン、小泉湧水約二九〇〇トンで、従って大泉水系の灌漑用水量は二三〇〇トン、小泉水系のそれは三五〇〇トンとなる。

一方、大泉水系の水田面積は約四〇町歩、小泉水系のそれは約一一町歩である。

富士見町水道課が昭和五十一年二月一日(a)及び同五

三年五月二十九日(b)行った水量(日量)調査による

と

大泉西湧水

■ 一三〇〇トン b 二二三六トン

大泉東湧水

a 一五〇〇トン b 約二二五〇トン(調査結果

不明のため冬場の一・五倍と推定)

小泉湧水

a 二四〇〇トン b 二九五三トン

そして大泉東湧水のうち冬場はその全湧水が、夏場はうち三割が小泉湧水系へ流入する。従って大泉湧水系は冬場日量一三〇〇トン、夏場同三八一トン、小泉湧水系は冬場同三九〇〇トン、夏場同三六二八トンとなる。

3 本件売買契約によると、債務者会社が揚水量の五〇パーセントを還元水として放流することや灌漑用調整地が二ヶ所設置されるほか、灌漑用水路の一部につき水路の改修が約束されている。

債務者会社が開発を行って後、当分の間必要とする揚水量は三〇〇トンであり、現在予定している全開発を完了しても日量五〇〇トンである。そしてこれら揚水にかかわる水量のうち七〇ないし八〇パーセントは排水処理されて水路へ放流される。

行っている。

② 高森区民は区が行う水の管理、保存についての右決定に従い、その作業に賦役を負担して灌漑用あるいは生活用にこれらの水を使用できるのであるが、ある一定期間の一定利用については区の決定による規制を受ける。

則ち、あれまへの放流は水路部長によって行われ、区会へ報告されその締切りは区会で決定された日に水路部長によって行われ代播時の水番制度も、区長が最高責任者となり、区会で決定した期間中、区会で選任する監督のもと、三名が水番にたち、毎日水番日誌を記載し、区長に提出されて区がこれを保存するという形で行われてきている。

3 高森区は、区総会の決議によって湧水、流水の処分を行ってきた。古くからの水処分の形態は、開田と近隣他部落の農家への灌漑用水の利用許可(売却)であり、開田をして新たに灌漑用水を利用しようとする者は区に申出て、区長が区総会に諮り総会がその可否を決定し、他部落への灌漑用水利用の許可は二五戸、約一町六反歩に対し大泉湧水につき既に明治以前からなされておき、その水代金は区の年度予算という形で決定され区へ納入(昭和五三年度年五万五〇〇円)されてきている。

従って、小泉水系の水田の「水もち」の若干の悪さを考慮しても灌漑に支障をきたすことは全くない。

1 〇 高森区における湧水の管理処分権は区に属する。

1 債権者らの小泉湧水利用権は高森区の慣行によって認められたものである。

高森区には、区有地に大泉、小泉の両湧水が存じ、区内を貫流している。高森区にはこれら区内に湧水しあるいは流水する水について、区がその管理、保存、処分の可否及び方法を決定し区民はこの区の決定に基づく区の執行機関の指示、監督に従って始めてこの水利用の利益を享受するとする慣行があり、その一部が徐々に成文化されてきた。

2 湧水の具体的管理保存等は次のとおりである。

(1) 水源地の涵養、管理の為の湧水地の下払い、草刈り、流水の管理の為に汐さい、U字溝の設置、その他の漏水防止作業が夫々区の行事として行われる。即ち、汐さいは区の年間行事として毎年四月に総出払いとして、下払い草刈りは右総出払いの際にあるいは区の間接である老人会(以前は青年団)によって、また漏水防止作業は区の指示と出損による小廻り等によって夫々行われてきている。右作業の決定並びに指示、監督は区会(区役員で構成)区長及び区の執行機関である林野部長あるいは水路部長が

4 近時区総会で湧・流水の売却処分の可否が決定された事例

(1) 昭和三〇年前後頃八ヶ岳山麓に存したユースホテルへ売却

(2) 昭和三六年高森区を含む四部落が大泉湧水による上水道施設のための大泉水道組合を設立したが、高森区は総会においてこれの設立並びに大泉湧水からの引出(売却)を可決し、同年三月一日区長が右大泉水道設置委員長との間に引水(売買)契約を結んだ。現在その水量は一ヶ月約七六〇〇トン、うち三分の二は高森を除く三部落に供給され、三部落は規定の水道料金の他高森区に対し一昨年六〇〇円の負担金を支出している。

右大泉水道組合に烏帽子部落が遅れて加入するにつき高森区は昭和三六年二月二六日開催の総会においてそれを承諾する決議を行った。

右大泉水道が町営水道に移管されるに伴い区長は総会の決議を経て昭和三八年四月一日富士見町々長との間に売買契約を結んだ。

(3) さきのユースホテルの施設を買受けた明治大学より水売却の申込を受け、総会の議決を経て区長は昭和三八年一〇月一日同大学との間に「水利用契約」を結んだ。



(4) つつじヶ丘(信濃境)団地への大泉水道引水につ  
富士見町よりその申入を受け昭和四六年一月二四日、  
同年六月一九日の各総会で審議され、右申込を承諾  
する決定がなされた。

(5) 富士見町農協より大泉水道引水の申込を受け、区  
総会の議決を経て、区長は昭和五〇年四月一日富士  
見町農協組合長との間に使用(売却)契約を結んだ。

(6) 昭和五一年東京に本社を有する株式会社ハウジング  
より貸別荘への上水道用水売却の申込を受け、区総  
会の議を経て売買契約を結んだ。

(7) 富士見町より町立南中プールへの大泉水道引水の  
申込があり区総会においてこれを承諾する決議をし  
た。

(8) 区民である小林三雄よりその経営にかかる小林牧  
場へ小泉水道引水の引込申込があり、総会が否定し区は  
右申込を拒否した。

5 右湧水・流水の管理、保存、処理の仕組は、高森区  
誕生以来永年に亘って慣行として行われてきたもので、  
すでにこれらは規範化し、その成文化も幾度か行われ、  
昭和四一年に「高森区制」の制定をみ、「財産管理規  
約」等のほか、古来からの慣行として特に重要であっ  
た「開田」「水番」に関する規定を「申合せ規約」の  
中に置いている。

そして、幾度か行われた湧水・流水の処分は、区古  
来からの慣行に則り、また区制の「従来の慣例を参酌」  
し、「予算事項」として総会に諮られ、区民総員の半  
数以上の出席のもと、その出席者の過半数によって議  
決され(区集会規約)た。

6 本件湧水売却問題は高森区内において十分検討され、  
区総会決議を経て売買契約がなされた。

(1) 高森区は昭和五一年三月三十一日、債務者会社より  
湧水の上水道用水としての借用申込を受け、区長小  
林一美は、水資源の処分の是非を同年春の区総会に  
提案し、同総会は、水資源活用対策委員会を設置し  
てこれを研究検討させることとし委員の選任を区会  
に一任し、区会によって選任された同委員会は、水  
売却による区内灌漑、生活用水の不足の事態の発生  
の如何、公害問題、売先等について研究検討を重ね、  
同年秋の区総会にその結果を報告し、総会は汚水処  
理問題の一層の研究を指示し、その後、委員会の報  
告を受けて審議の結果、総会は水売却を否決した。

(2) 富士見町開発委員会は昭和五二年、大泉、小泉両  
湧水を含む町内の全水源を町が掌握する方向の検討  
をはじめ、この動きを見て、高森区の長老有志から  
区長に対し区の財源確保の為に水資源の有利な処分  
を検討すべしとの提案があったが、区会は、前年度

の総会決議を踏まえてこれに慎重に対処することとし暫時静観することに決定した。しかるに区内長老有志から再度同趣旨の提言があり、区長は町開発委員会が全町の水源掌握を検討していることを確認してこれを区会にはかったが、区会議員一名の反対があった為、区総会への提案を見合せた。ちなみに区会から区総会への議案提出は区会議員一致を要するとする慣行が存した。

(3) 同年初、区総会で区民より水売却問題を再度検討すべしとの動議が提出され、審理の結果、区会で検討する旨の議決がなされた。区会はこの議決を以て報告し、同総会は、審議の結果、研究検討して有利かつ問題のない条件が得られれば売却しても良い、その為の水資源研究委員会を設置して検討を進めようとの決議が為された。

研究委員会は、売却先、売却水量、汚水処理、売却代金等の検討を行い、町水道課の水量調査結果を入手し、売却代金について町当局及び債務者会社と折衝し、排水処理施設を見学するなど検討、研究を重ね、日量一千トンを一時的に二〇〇万円とする町当局を交渉対象から外し、以後債務者会社とその開発計画に基づき具体的な条件の交渉を行い、一八ヶ

条の売却条件をまとめ、これを区内の組(葬式組)毎に示して説明会を行ったうえ、同五年二月二十五日の区総会に検討、研究結果を報告した。

(4) 区総会は、二月二十五日、三月一日審議し、売却条件及び売却の可否について採決の動議が出され、採決の結果可六〇票、否三〇票、無効五票で、委員会のまとめた条件で売却することを決定した。三月十一日の総会は、右の決議に基づく具体的契約締結の作業をするため交渉委員会を設置することも決議し、委員の選任は区会に一任した。

(5) 交渉委員会は、総会が更に相手方と交渉せよとする附加条件について債務者会社と折衝し、それについて当事者間で一定の合意を得た上で、同年一月六日代表者を区長小林三雄として債務者会社との間に湧水売却契約を結んだ。

(6) ちなみに、湧水・流水の処分は、従来の慣行も区制の規定からも予算事項として区総会の議決事項とされており、昭和五年三月十一日の区総会における決議は区集会規約に則って適正になされたものである。

(昭和五年(昭)第一号事件)

一 申請原因事実一のうち債権者らが信濃境区の住民であることを認め、その余は否認し争う。

- 二 同一を否認する。
- 三 同一を否認する。
- 四 同一を否認する。
- 五 その他昭和五年(昭)第五号事件と同一である。

債務者会社

(昭和五年(昭)第五号、同五四年(昭)第一二号事件、同五五年(昭)第七号事件)

- 一 申請原因事実二、三を認め、その余の各事実を否認し争う。
- 二 本件小泉湧水の債行水利権は、債務者区がその権利主体である。

(1) 債務者区は、もと高森部落と呼ばれ、その住民が古来より大泉、小泉各湧水を、田用水、生活用水として利用し、法例二条にもとづく債行法上の水利権として慣習の存在が認められてきたもので、本件水利権は、高森部落が管理、処分の権能を有する権利主体となつていゝもので、その構成員たる住民は利用権能を有するのみである。

仮に、かつては、高森部落の構成員である住民の個々に本件水利権の処分権限が存在する慣行があったとしても、住民の個々の右権能は、時代の変遷の中で、住民の本件水利権に対する管理権及び処分権は、放棄もしくは高森区へ移譲されている。このことは「高森

区公有財産に関する管理規約」第四条、第六条に明記されている。

三 水資源は、これを大切に利用しなければならないことは当然であるが、水利利用の様子は時代の推移の中で大きく変わり、かつては小泉湧水の水も農業用水、川汲戸としてその大半が利用されてきたが、現在では田の耕作面積も大巾に減少し、川汲戸として利用する者も殆んど無い状況にあり、大切な水資源であるが故に、これを高森区の発展の為に最大に利用しなければならぬ現状にある。

債務者会社は、小泉湧水を地域の発展の為に利用しようとしていたのであり、実際に使用する水量は日量約三〇〇トン前後であつて、七〇〇トンは農業用水に還元できるのであり、雑排水の処理についても慎重に検討してきており、いやしくも高森地域の水利利用秩序を破壊し混乱をもたらすが如き慮れは全くない。

(昭和五年(昭)第一号事件)

- 一 申請原因事実を否認する。
- 二 その他昭和五年(昭)第五号事件と同一である。

第四証 拠 関係

一 債権者ら

疎甲第一ないし第三号証、第四号証の一、二、第五号証、第六号証の一ないし五、第七ないし第三号証の一ないし九、第三五、第三六号証、第三七号証の一ないし



期の四月から九月までの間、その水量のうち七ないし八割を大泉水系へ残三ないし二割を小泉水系へ分水しその他の時期は全量を小泉水系に流している。

2. 小泉水系の水は高森区内を流れ、灌漑用水、冬期間の水樹採草地「あれま」用水、日常洗い物等の生活用水「川汲戸」、防火用水等に使用され、別紙水系図の水流をなし下流の池袋区、信濃境区に至っている。

3. 大泉水系の水は、小丸戸堰、鷹の巣堰、にげ堰の水を集め（これらの水は全量約四分の一）高森区梨木原地区（西田圃）を潤し、更に下流へ流れている。

4. 「川汲戸」は宅地前後や宅地内を流れる水路を利用した洗い場で、昭和三六年に後記簡易水道が出来るとは流水を飲用に用いていた者もあった（疎甲第一八号証明治二年判決主張中に「烏帽子飲用水田両用水」「高森村は飲用水を宇小泉なる泉水に仰ぐ」なる文言がある。）。

5. 「あれま」は、冬期間牧草、堆肥用の草を作る田地（水樹採草地）で、凍結しないように生草を覆うだけの流量を必要としている。

### 三、債権者らの小泉水系の利用形態

#### 1 昭和五三年(回)第五号事件

(1) 水田、あれま、川汲戸利用  
小林秋雄、小林秀一、小林春美、小林はなゑ、小

小林秋雄、小林秀一、小林春美、小林はなゑ、小

同小林一徳はあれまをも有し、小泉水系を利用している。

### 三、小泉水系の維持管理の履行等

#### 1 昭和五三年(回)第五号事件申請の原因第二の六の2

(1)、(2)、(4)、(5)の各事実および債務者区の申請の原因に対する答弁一〇の2の(1)、(2)の各事実

#### 2 同五四年(回)第一号事件債務者区の申請の原因一の1.2.3.(1)、(2)の各事実

3 高森区での春の「夕さらい」の際は同時に区内の道路整備も行い、水田耕作者以外の区民も世帯毎に出払う。

4 昭和五三年(回)第五号事件の債権者らの代掻きに際しては、小泉水系の水路筋のうち一つを残して他を切り、湧水の全量を当該水路筋に回し、その水路筋の細水路毎に同様のことを繰り返しながら、上流の田から一枚宛順次代掻きを行い、水量の関係で一日四反ないし五反位しか代掻きができない。

### 四、大泉水等の処分例

1 高森区内に存する大泉水等の処分例については、昭和五三年(回)第五号事件債務者区の申請の原因に対する答弁一〇の4(1)ないし(8)の各事実、なお水道水の揚水は大泉水湧水からである。

2 右は、いずれも区総会の議決事項として審議され、

林俊一、小林弥久、小林春樹、小林一徳、小林なつみ

(2) 水田利用

小林務人

(3) あれま、川汲戸利用

小林捷治、山谷明。

(4) 川汲戸利用

小林よしえ、小林すまよ、渋川宏子、小林秀雄、

小林君子、宮島竹七郎、小林たかの

(5) 水田、川汲戸利用

その他の債権者

#### 2 同五四年(回)第一号事件

債権者らは、池袋区、信濃境区の水田耕作者で構成する滝坂耕地整理組合の組合員で、昭和九年頃小泉水系の下流に灌漑用溜池を造成し、ここに小泉水と大花汐の水が流入し、小泉水からの水は貯水量の七割を占めており、この貯水を債権者小林泰はあれまにその他の債権者は水田に各利用している。

#### 3 同五四年(回)第一二号事件

債権者らは高森区内に水田を有し、小泉水湧水を灌漑に利用している。

#### 4 同五五年(回)第七号事件

債権者らは高森区内に水田を有し、債権者小林清文、

債権者らは高森区内に水田を有し、債権者小林清文

高森区内の全世帯が水田耕作者、非耕作者及び大泉水系者、小泉水系者の区別なしに世帯毎に議決に参加しかつ高森区限りの議決で総て処理された。

3 明治大学に処分した水は、前記いずれの水系にも属せず、当時高森区民で使用している者はいなかった。

4 以上の各可決議案について、最後まで強行に反対し続けた者が存在したことは窺えず、また下流の高森区以外の水利用者が反対抗議等が出たことも窺えない。

5 高森区は前掲各契約に基づき毎年富士見町（昭和三八年に大泉簡易水道組合は町営水道に移管）明治大学富士見町農協境界事業所から水代金を徴収し、これを区の基本財産収入とし（かつては各戸に分配した）区の事業に支出し、また共用水路の改修費も区から支出している。

### 五、新田の開田等

大泉・小泉水系流域では古くから新水田の開こんについては、区総会の承認を要するものとされ（その旨の高森区申合せ事項がある）過去に区総会の承認が得られなかった例があり、また無承認の耕田も現存し、また上流たる高森区内での開田や養魚池用の新利用について下流の滝坂耕地整理組合の反対により実現しなかった例がある。

六 本件小泉水湧水売買について

- 1 昭和五三年(同)第五号事件債務者区の申請の原因に對する答弁一〇の6、(1)ないし(3)、(5)の各事実。
- 2 昭和五三年二月二十五日の高森区臨時総会では同五年九月一七日付總會での議論のむし返し及び売却反対の意見再出をみながらも、水資源研究委員会がまとめた売却条件一七ヶ条の検討を順次行い、再交渉すべき事項の提案もあり、時間切れ継続審議となった。
- 3 同年三月十一日の臨時総会では売却条件の審議を一通り終り債務者会社との再交渉の余地を留保しつつ、採決事項についての議長の混乱はあったが、結論として一七ヶ条原案を呑めるか否かについて、区集會規定に則る過半数採決を行い、異例の記名投票の結果、賛成六〇、反対三〇、無効五となり、債務者会社と今後交渉すべき委員の選任を理事者へ一任した。
- 4 債務者区が同年一月六日、債務者会社と湧水売買契約を調印する直前、約二時間に亘り交渉委員会が總會から契約調印の権限をも与えられたかについて三月十一日の總會の録音テープを再生して検討したり、同年一月九日の契約締結報告の總會において、調印前に再度交渉の結果について總會にかけるべきであったとの意見が出たりした。
- 5 本件湧水売買契約では次の事が定められている。
  - (1) 湧水日量一〇〇〇トンに限度とする量を売買する。
- 2 大泉東湧水の大泉・小泉水系への分流、他の堰からの大泉水系への合流については既述のとおり。
- 3 大泉水系の水田耕作面積は、高森区の西田圃が大部分を占め、約四〇町歩で、耕地整理により田地が集出し、水路、沓が整備され、U字溝が全面に入っており水持の良い土質の田である。
- 4 小泉水系の水田耕作面積は高森区が約一ないし一二町歩、池袋地区約一〇町歩、滝坂耕地整理相合地籍五町歩で、田地が分散し地形に凹凸があってU字溝は一割程度で水路が整備されておらず、灰土で水持ちが悪く土質の田である。
- 5 大泉湧水の水道水売買につき、富士見町との間で、「甚だしく灌溉用水に支障を生じた場合は断水できる」と定め、「烏帽子子の負担で同区の所要水量と同水量を切掛川から揚水して大泉水系(高森区新野第一号水路)に還元する」と定め、明治大学は高森区及び富士見町に緊急必要を生じた場合は契約解除に同意する旨約している。
- 6 大泉水道の取水量は富士見町管となり、高森、信濃境、池袋、烏帽子の四区が使用中の昭和三八年当時毎

- (2) 雑排水の処理は集中浄化方式により、浄化還元水は法令の基準内とし、揚水量の五〇パーセント以上を区の指定水路に放流する。
- (3) 債務者会社は田用水に不足を来さない為、多目的調整池を二ヶ所以上設置し、万一田用水の不足が生じた時は、協議の上、揚水の調節、調整池の貯水の放流等の措置を講ずる。
- (4) 債務者会社は小泉湧水水源地より中央道迄の水路の漏水防止及び集水工事を行う。

七 債務者会社の計画によると、関係者の協議は要するが小泉湧水水源の直上部に位置する上藤木区からの借地約二一万坪(ほぼ長方形)の開発地につき、最上部に位置する配水池へ、水源直近の受水槽からポンプで揚水した水を貯めそこから別荘等各施設に配水し、これからの排水を最下部の汚水処理場で浄化し、浄化排水を開発区内の三ヶ所の遊水池に貯めこの水を小泉水源の直下に放流するというもので、使用水量は一日初期(三年)五〇〇トン、完成時八〇〇トン、最盛期一〇〇〇トン以内としている。

- 八 小泉湧水、大泉湧水の水量と流水使用水量等
  - 1 富士見町水道課の調査によると、各湧水の一日の湧水量は昭和五一年二月一〇日大泉西湧水一三〇〇トン、東湧水一五〇〇トン、小泉湧水二四〇〇トン、同五三

秒三・二立(一日二七六・四八トン)で、同四六年に大泉水道の水をつつじヶ丘団地一三〇戸に送る為、平地の送水パイプを七五ミリから一〇〇ミリに変え(大泉水道からの揚水量を増加したか明らかではない)同五〇年、高森区農耕者が全員加盟している富士見町農協事業所が使用することになった大泉水道水の量は一日一〇立方メートル、月三〇〇立方メートル以内と定めている。但大日ハウジング及び町立南中プールの大泉水道使用量は疎明上明らかではないが、前者は別荘一〇戸位への給水である。

九 富士見町は町内に存する湧水の掌握を検討した際、高森区のはか、小六区、葛窪区とも交渉を持ち、債務者会社も独自に葛窪区と交渉したが、下流の先達区と田端区が利益分配を要求した為、小六区の水は農業用ボーリング水であった為、債務者会社は断念し、高森区及び富士見町と交渉を続けたもので、富士見町は五二年八月債務者会社に対し、町が八ヶ岳地区開発計画水量の確保の見通しが出てきた時点で、最大限一日一〇〇〇トン以内の水を給水する旨回答している。

一〇 高森区は旧境村の部落で、かつては全世帯が農家で、水田、畑所有者であったが、現在は農家(水田所有者)が八五戸、畑所有のみ二戸、非農家二七戸となっておりまた大泉水系のみに関する農家は一二戸で、大泉・小泉

### 第三判 断

両水系に係る農家が多い。

一、以上の事実によれば、各債権者はいずれも本件小泉湧水の流水を灌溉用水、あれま用水、川汲戸用水としてこれらを単独で又は重複して長年利用してきているもので慣行的な権利としての社会的承認も得られているものと認められる。

なお、債権者中水田ないしあれま田につき賃借人たる者もいるが、法律構成はともかく賃借人も水利に関し賃借人たる田所有者と同一の権利を有するものであり、また川汲戸も水道普及以後はその必要性と重要性が小さくなったとはいえず、本件地域において過去に果してきた叙上役割に照し、単に流水が宅地内や附近を通過することの反社会的利益のみとは断じ難い流水利用権があるといえる。

三、流水について権利関係は、河川法の適用ないし準用のないものについては専らその間に成立した慣習により規律する他なく、本件小泉湧水系はこれに属する。

ところで、自然流水の権利関係なるものは元來慣習的に成立したものと考えられ、個別的具体的流水における特殊な慣習がある場合はともかく、一般的には時間的に早くまた場所的に上流に権利関係を設定した者が他の者に優先すると共に流水の各利用者は各自の使用目的を充

つたものであることから、本件小泉湧水の権利関係考案に際しては別異のものとして度外視してよいと考えられる。

2 小泉湧水について過去に一回区総会の議題となったことはあり、議題となる以上、権限の存在を推測せざるの考え方もあるが、結局否決されてしまい、権限所在方向での先例性はなく、従って本件以外に売却例はなく、処分権の帰属に関する直接の慣行なるものはない。

3 大泉西、東湧水は小泉湧水と同じ高森区内に存し、同じく区有地内に湧出し、下流の他区へも流れ、灌溉用水等同種の使用に供されているもので、そのうち大泉東湧水の処分例はないが大泉西湧水の処分例は一応先例としての価値を有し、その意味合いが検討されなければならぬ。

4 大泉西湧水からの揚水によりその流水量に直接影響を及ぼした上水道用水としての売買や当初予定されなかった上水道水の大口使用(つつけヶ丘団地、農協、大日ハウジング、南中)について高森区総会がしかも自己区限りでその可否を決し区が売主となり、売買代金ないし水代金が区に納入され、これが区の経費として区民全員のために支出されていることは、前記の

たすに足りる最小必要限度の流水を支配しうるに過ぎず右の権限で確立した権利を何人からも侵害されることはなく、また上流の利用者といえども自己の必要を超えて下流利用者の必要量の水利利用を妨げることはできない一方、水の恩恵を公益的見地から万人に及ぼす必要がある場合には、その有効かつ合理的な利用が図られなければならないものといえる。そうした意味においては、河川法三八条以下の水利調整の考え方が参考となる。

前記認定事実のうち、五の事例は「区総会の承認」との点はともかくとして、右古田、上流優先原則の具体的現われといえる。

なお、高森、烏帽子、平岡、境村、落合村間で明治九年に大泉下出口水について協議した規定書が存する(疎甲第一八ないし第二一号証)にある大泉下出口水は八対二の分水を規定しているから大泉東湧水のことと、大泉上出口水は、大泉西湧水のことかと思われる。なお疎第一九号証の地図六葉によっても「大泉、下出口小泉」と区別されている。

本件では、債務者高森区が債務者会社に対し前記経過を経て、区総会の過半数の決議で小泉湧水を一日一〇〇〇トンの割合で売渡しているが、以下その可否を検討する。

1 明治大学に使用させている水については、その流水

1 明治大学に使用させている水については、その流水

如き個々の水利権者の権利を超えて、あたかも、湧水の処分権が高森区に属する如くであり、新規水利利用となる新田の開田についても区総会の承認を要するとの慣行(申合せ)があることもその証左の如くである。

ところで、前記大泉下出口水規定書二条の大泉下出口水が、現在の大泉東湧水のことと、第二〇号証高森分第七条と第二一号証境村分第八条の各但書にある「大泉水」「大泉上出口水」が現在の大泉西湧水のことだとすると西湧水は「高森ノ自由可為事」とあるから、高森区の住民が少くとも契約関係者に対しては高森区限りで引水、処分等を行うことは何ら問題ないことになるが、右大泉上、下出口水が、現在どの湧水に当るかについて、本訴上争点にもならず、他に確証もないところから、当裁判所が明確に判断しようところではなく、仮に右の通りだとすれば、西湧水の処分例は小泉湧水の権利関係の先例とはなり得ないし、然らざるとしても、各処分例について後記のとおりの方見方も成立し、前記古文書の究明(五通のうち二通のみ提出され、後二通も必ずしも一致せず、添付図も提出がない)は本件裁判の結論を変える方向には働かないので、これ以上立ち入らない。なお小泉湧水についての古文書の存在は本訴上観えない。

5 大泉西湧水の各売買例と本件小泉湧水の売買とを対

比するとき前者につきその水利者と認むべき人々から何ら反対がなく従ってその処分に同意もしくは権利放棄をしたと認むべき事情があったことは大きな差異である。

大泉水道設置に伴う大泉西湧水からの取水が最初の処分例で、これが最も重要であるところ、その使用目的は、泉源地の高森区をはじめ下流地周辺の信濃境、池袋地区を含めた上水道用水であつて公共的目的を有しており、特別反対者が内外になつたことはその限度で高森区内外の大泉西湧水利用者は、流水減を甘受したともいえるし、疎明上明らかではないが、必要流量に影響を及ぼさない程度の取水量であつた（河川法三八条但書、四〇条一項一号参照）可能性もある。

また、高森区総会が売買決議を行い区が売主となり当然の帰結として代金は区に納入となつてゐる点は一つの問題ではあるが、次の様に考えることもできる。即ち、湧水の湧出口が区所有地であり、その湧出量が必ずしも多量とは言えず従つて下流関係区も限られてゐることから、井戸水的要素を帯びるところがあり、区有湧水との意識が強いのかとも推測される（疎乙第一号証兼之発言）が恐らく歴史的には古人が八ヶ岳山麓に水を求めて湧水を発見し、順次住みついて農耕を営み個々の水利用権を確立しつつ集落を形成し水利利用

て、大泉水系と小泉水系という二つの異なる水系があり、当然二つの水利集団が成立しても良いと思われるが、両湧水源が同一区内にあり、大泉東湧水が両水系に分流する関係上、高森区農家の場合、大部分が両水系に利害関係を有し（大泉西湧水のみ農家は八七戸の内一二戸である。）更に疎甲第三〇号証、別紙目録水系図のとおり、小泉湧水の水路は、これが本流と言えるような幹流は見当らず、区内を網の目の様に細流が流れており恐らく大泉水系の水流も同様と推測され以上のことなどから各水系毎に水利集団を形成するとの区別を明確に意識させる流水状態ではなかつたのではないかと窺え、かつ夕さらい、代掻き、水番等の農事は水系の区別なく、区内農家各戸の利害は殆んど同種で一致し、両水系による違いは全くなく又違える必要もなく、区を挙げての行動で支障はなかつたものと認められる（なお、小泉湧水系を用水筋、大泉湧水系を汐筋として区別している部分も認められる。）。

従つて、高森区が農事、水利に関し、農家、非農家大泉水系、小泉水系の区別なしに行動し、大泉水道の取水売買に関し区総会で取上げ、全世帯議決に参加しているのではあるが、それには右の如き背景事情があつたとも考えられ、本来、大泉水道の取水は、大泉水系利用者のみが利害関係者とも言えるものの、水道と

の調整を図りながら集団生活を営んできたと推測できかつ本件全疎明資料によるも、債務者会社主張の如く各水利権者がその権利を区に移譲したとの事実も認め難いのであつて前記認定のとおり、全世帯が水利者である状態から時代の変遷に伴い順次非農家が出現し現在では四分の一程度の非農家が区を構成するようになってゐることを考えると、高森区における前記各湧水の管理、売買等は水利者と区民との構成が一致していた時代から、若干両者の構成にずれが生じ、しかもなお水利者が大多数を占めてゐるため、両者が未分化の状態にあり区民も両者の区別を余り意識しない状況のもとに行われてゐるものと認められる。春の汐さらいに道路整備も同時に行い、非農家も出払う形式を採るのも数少ない非農家を農家集団に組み入れ従来のしきたりを保持する工夫とも考えられ、非農家が増加するに従い、非農家には農事扶役を免除すると明定せざるを得なくなつてきてゐる状況になりつつあるとも言える（昭和四四年申し合せ規約）。しかも、いわゆる水利集団なるものを仮に考える場合、流水利用という性質上、当然利害関係を有する流水毎に一つの集団を形成するものと認められ、（小泉湧水が流れこむ貯水池の水を利用する滝坂耕地整理組合員が一つの水利集団として良いことは明らかである。）本件高森区におい

いう使用目的から今後全世帯に係わるものであり、その利害も全世帯一致してゐたことや、初めての事例で一般慣例に従い、区会という場を利用したまでで、その区別の意識も余りなかつたのではないかといえる。更に、現実に高森区内の大泉西湧水利用者のうちに反対者があつたとは窺えず、本件疎明上高森区より下流の大泉西湧水利用者がどの程度いるかは明らかではないが、それらの反対者も窺えないから、いずれにせよ各水利権利者の同意ありとみられ、その限りでは問題はなかつたものである。

以上、高森区が区総会の決議で大泉西湧水を売買した事実から直ちに高森区に同湧水の処分権があるとは断じ難いところがある。

なお、売買代金、水代金は区に納入されているが、区の受領権はともかく支払側から見れば、大泉西湧水流域の高森区西田圃地域は昭和四八年耕地整理が行われ、用水施設の近代化、合理化等により余剰水を生み出したとすれば、その余水売買に対しては、対価を支払ふ必要はあり（これは時期的に、昭和四八年以後の売買について）権利者の同意のもとに、取水による西田圃地域の水不足に対する補償の意味の水代金ともみれる。

6 烏帽子区が大泉水道に加入した際は、所要水量と同

豊の水を切掛川から揚水して大泉水系に還元したのであるから、流水量を増減なく、恐らく水質にも変動はなかったものと推測され、果して高森区に処分権限があったかはともかく従来の水利者の権利を侵害するものでは無かつたといえるので、この際の高森区総会決議は後記のとおり、債権者らの権利侵害となる本件処分権の所在を究める上で重要性を持たないと共に意識の未分化は前回同様で、当初の決議方法を単に踏襲したのみともいえる。

7 つつじヶ丘団地への大泉水道引水に際し、揚水量を増加したのか揚水量は同一で単に水道使用者を増加したのみか明らかではないが、高森区総会決議の意味あいほ、前示大泉水道開設の際と同様でありかつ前例を踏襲したものといえる。農協、大日ハウジング、南中プールについては、単に水道水の配給先の増加の問題で、揚水量に影響はなく、仮にあつてもその水量から推して水利者に対する影響は少いものといえ、特段異議者も無かつたと思われる。

なお、以上の各決議は高森区が当初各水道利用者から一定の負担金を徴収するやり方を採つた為に、その都度議案となつたとみられる。

8 以上のとおりで、高森区では、主として大泉水道設置に端を発し、該水道の関連で処分例がみられるが、

伊に端を発し、彭才達の段道で処分例がみられるが、

おいて豊富で有り余っているとは認め難く、債権者らは灌漑期において一応小泉湧水の全量を把握しているものと認められ、五月の小泉湧水約二九五〇トンから一〇〇〇トンを揚水し残余と大泉東湧水の二ないし三割の流水で、小泉水系の各債権者らの灌漑に何ら支障を来たさないとは断じ得ないし、その使用目的が私企業たる債務者会社の別荘地等開発であり、従つて区の処分権の問題はともかくとして債権者らがその不利益を甘受すべき特段の理由はない。本件売買契約において、前示二、六、五、七のとおり、揚水量の五〇パーセントの還元、揚水の調節、水路の漏水防止工事等について規定はされているがこれをもって債権者らの必要量を充たすものか更に等質性について保障はなく、また一日一〇〇〇トンという揚水量は、債務者会社の開発上の必要性から算出された量であつて、小泉水系水利者の必要水量を考慮し、湧水量を厳密に測定した結果割出された数字ではない。本訴上、債務者らにおいて、余剰水のあることを十二分に立証すべき疎明関係にあるといえる。また売買代金を流水量の減少に対する補償とみることは区に処分権があることと債務者らの同意なりこれを甘受すべき特別の事情が一応前提となるべきであり、区がこれを受領すること、高森区以外の下流者が無視されていることは、本件の如く水利者に反対者がいる以上、疑問とされる。

その処分の意味合いは叙上の如く考える余地があり、これらをもって湧水の処分権が区にあり区世帯の過半数で処分しうるものが慣行として規範化しているとは断じ難い。

三 本件小泉湧水の債務者会社への売却に際しては、高森区内の小泉水系関係世帯は、七三戸前後で、昭和五三年三月十一日の区総会の採決の際、賛成六〇票のうち何世帯の小泉水系者があつたのか不明である（記名投票であつたから確定はしうる）が、債権者らのうち、高森区住民は反対したものとされる。ところで、水利関係につき一定の水利集団なるものを認めるか認めるとして、その範囲その法律関係を如何にするか、本件の場合どのように規定するのかについて困難を極め、結論し難いが少くとも、既述のとおり、水利者個人は特別の事情のない限り社会的に長年承認されてきた自己の必要最小限度の水量を現状の状態を利用するという権利を意に反して奪われることはないといえる。その反面必要量を超えた部分については、誰が権利を有するかはともかく該水利者は文句を言う筋合ではない。

しかしして本件小泉湧水について、債権者らの最小必要限度の水量を確定するだけの資料はないが、前記第二、三および八の各事実を照し、大泉東湧水の季節的台流を含めた小泉水系の水は、少くとも灌漑用水として現状に含めた小泉水系の水は、少くとも灌漑用水として、現状に

更に一日一〇〇〇トンの揚水は、あれま用水、川汲戸用水としての水利用に対し灌漑用水程の影響は与えないとは窺えるが、皆無とは断じ難い（なお川汲戸については特に水質も重要であり、浄化されているとはいえず、一日最大五〇〇トンという汚水、雑排水が混入するようになることは重大であるが、これは、本件売買による直接の水利権侵害というより、排水処理に関わる派生的問題といえる。）。

第四 以上のとおりであつて、本件疎明上、債務者区と債務者会社は、本件小泉湧水の売買によつて債権者らの小泉湧水の流水に対する慣行水利権を侵害するものであり、今後源泉からの揚水を前提とした工事が予想されるから売買契約成立段階とはいえず、債権者らの請求はいずれも理由がある（諸般の事情に照し立保証はさせない。）。

なお本文の内容につき債権者毎に自己の水利点に至るまでの水路のみにするとか、水利集団の範囲、権利関係等未だ不分明のところはあるが、本件売買の対象が小泉源泉地の水であるので、小泉水系総てにかかわるものとして、申立のとおり認めることとする。

よつて民法八九条、九三条により本文のとおり判決する。

長野地方裁判所諏訪支部

裁判官 山崎 健 二



池袋落岩湧水群の流量面積の推定

番号	湧水名	流量面積 km <sup>2</sup>	個人流量の平均標高
01	大泉 (西)	2.33	9.15
02	" (東)	3.10	13.13
03	井尻道跡 (西)	0.12	10.8
04	" (東)	1.09	14.76
05	下池下 (西)	0.93	11.0
06	" (東)	0.11	11.53
07	下葛木 (下流)	0.09	12.3
08	" (上流)	0.17	1.006
	小泉湧水	1.58	
	計	9.52	

\* 流量面積の高低上より年間平均流量面積の個人流量

は 0.645 m/year (資料) 上、湧水量に等しい。

\*\* 平添図上より、八ヶ岳上より年間流量平均降水面積より

推定 < 信州工科大学地質学研究室報告 >

1. 八ヶ岳山系湧水群の流量面積は 12.33 + 3.10 + 1.58 = 17.01 km<sup>2</sup> 也

1. 流量面積 1 km<sup>2</sup> 以上と見られるものは、流量は 1 km<sup>2</sup> 以上 1 km<sup>2</sup> 以下

流量は、流量面積の約 3 km<sup>2</sup> 以上。

< 注 > 押田の推定

