

# 温泉権の物権的権利性に関する基礎的諸問題

弁護士、甲南大学法科大学院特別講師 黒根祥行

## 1 はじめに

わが国においては、古来から温泉に入浴することが広く行われてきた。環境省の平成30年度温泉利用状況によれば、日本には2,982もの温泉地（宿泊施設のあるもの）と27,283もの源泉地が存在している<sup>1)</sup>。それぞれの温泉の成り立ちや歴史も様々である。古くは、日本書紀に記述が残っている温泉もあれば、明治以降は、技術の進歩により、掘削によって湧出する温泉が増加している。環境省の調査によれば、昭和42年度から平成30年度にかけて、自噴源泉の数（未利用含む）はほとんど変化ない（昭和42年度7,476本、平成30年度7,625本）が、動力源泉の源泉数（未利用含む）はほぼ3倍になっている（昭和42年度6,087本、平成30年度19,672本）<sup>2)</sup>。温泉地数についても、昭和42年度（1,479箇所）から平成30年度（2,982箇所）までに、ほぼ倍となっている<sup>3)</sup>。したがって、現代においては、温泉に関する権利関係を考えるにあたっては、旧来の慣習が無い、もしくは慣習が希薄化した新しい温泉地を意識しなければならない。また、政府が掲げる観光立国の実現に向けた取り組みなどにおいても、温泉の活用が意識されている<sup>4)</sup>。このような観光産業の拡

大により、旧来の慣習が存在する既存の温泉地であっても、今後更に、外資、大企業や新規の投資家が参入してくることが考えられ、温泉に関わる取引において法的紛争が増加する可能性は高いといえるだろう。取引の安全や紛争の予防という見地から、現代の社会通念に則した温泉の私法上の権利関係についての統一的な基準が求められるところだが、温泉に関して直接的に定めた法律は、今のところ行政的取締り内容とする温泉法とその関連法令（温泉法施行令、温泉法施行規則）のみであり、私法上の温泉に対する権利を内容とするものはない。

本稿は、実務家の見地から、現代における私法上の温泉に対する権利（以下、「温泉権」という）を取り巻く諸問題や統一的基準の必要性について問題提起を行うものである。

## 2 温泉の定義

### 1 多義的な「温泉」

温泉権についての統一的基準を設けるにあたっては、当然、「温泉」という言葉の定義を明確にする必要があるが、これが非常に難しい問題である<sup>5)</sup>。日常的な意味であれば、入浴できる程度の温度を有する状態で天然に存在する水とされ<sup>6)</sup>、国語辞典に

1) 環境省「平成30年度温泉利用状況」温泉に関するデータ（2020年6月）  
[https://www.env.go.jp/nature/onsen/pdf/2-4\\_p\\_1.pdf](https://www.env.go.jp/nature/onsen/pdf/2-4_p_1.pdf)（参照2020年8月30日）。

2) 環境省「温泉利用状況経年変化表」温泉に関するデータ（2020年6月）  
[https://www.env.go.jp/nature/onsen/pdf/2-4\\_p\\_3.pdf](https://www.env.go.jp/nature/onsen/pdf/2-4_p_3.pdf)（参照2020年8月30日）。

3) 環境省 前掲注2

4) 「観光資源の活用による地域の特性を生かした魅力ある観光地域の形成の中」の小題として、「温泉その他文化、産業等に関する観光資源の保護、育成及び開発」が挙げられている。  
国土交通省観光庁「観光立国推進基本計画」25頁（2017年3月28日閣議決定）  
<https://www.mlit.go.jp/common/001299664.pdf>（参照2020年8月30日）。

よれば、地中から湧き出る温水<sup>7)</sup>などとされる。また、公衆浴場の中には、薬効がある薬剤や鉱石を機械的に投入・設置することによって薬効を得ようとする人工温泉というものもあり、日常的意味では温泉に類するものとして親しまれている。

温泉法第2条（定義）の条項によれば、「この法律で『温泉』とは、地中からゆう出する温水、鉱水及び水蒸気その他のガス（炭化水素を主成分とする天然ガスを除く。）で、別表に掲げる温度又は物質を有するものをいう。」とされる。「別表に掲げる温度」とは、摂氏25度以上である。摂氏25度未満の温度であっても、別表に掲げる物質のうちいずれか一種でも含有していれば、温泉法上の温泉である。日常的な温泉概念からは温泉と言い難い単なる地下水が湧出したものであっても、前述の定義を満たせば、温泉法上の温泉に該当し得る。

## 2 温泉権の対象となる「温泉」

では、温泉権の対象となる「温泉」をどう定義すべきだろうか。

そもそも温泉が、大きな財産的価値を有することから、温泉権に関する紛争が生じ、それら紛争を解決する法的手当が必要となるのである。したがって、取引の実情に鑑みて、財産的価値があつて取引の対象となり得るものを対象とすべきである。

そして、単なる地下水と温泉とを区分するという観点も必要であろう。その点では、温泉法第2条に

よる温泉の定義は、区分として一応明確なものといえる<sup>8)</sup>。

もっとも、温泉法は、先にも述べたように、行政的取締を内容とする法律であることから、私法上の温泉権の対象となる「温泉」と必ずしも同じ定義として解釈する必要はないとする見解もある<sup>9)</sup>。

ただ、温泉行政が温泉法に沿って行われており、温泉法第2条の「温泉」の定義を満たすものが、公的に温泉として扱われている以上、温泉法第2条の定義を無視することはできないだろう。また、温泉法第2条の「温泉」の定義を満たさない地下水ないしガスであれば、取引上大きな財産的価値を有することもないとみるのが妥当だろう。そして、温泉法第2条の温泉に該当するものであっても、中には取引の対象とはならないものや、取引上財産的価値を有しないものも存在するであろう。したがって、温泉権の対象となる「温泉」の定義<sup>10)</sup>としては、「温泉法第2条に定義される『温泉』のうち、財産的価値を有し取引の対象となるもの」というのが妥当と考える。

## 3 温泉権

### 1 温泉権とは

「温泉権」という権利がいかなる権利を意味するのかということについても、「温泉」の定義と同様に統一基準が定まっていない。

5) 「温泉の定義は、医学、薬学あるいは地質学、水文学等それぞれの観点によって異なるものである。」という見解として、環境省自然環境局自然環境整備担当参事官室編「逐条解説温泉法」(2015年6月)3頁  
[https://www.env.go.jp/nature/onsen/pdf/2-5\\_p\\_2.pdf](https://www.env.go.jp/nature/onsen/pdf/2-5_p_2.pdf) (参照2020年8月30日)。

6) 川島武宜(初出『温泉権の研究』1964年 勁草書房)「温泉権」(1994年 岩波書店)8頁と同旨。

7) 三省堂「デイリーコンサイス国語辞典」三省堂ウェブディクショナリーによる検索  
<https://www.sanseido.biz/> (参照2020年8月30日)。

8) 前掲注5によれば、温泉法第2条は、「国民の保健休養上、国が積極的にこれを保護し、可燃性天然ガスによる災害を防止し、及び利用の適正を図る必要があるかどうかという観点からこれを定義している。もちろん、このような観点に立っても、医治効能のあること等を温泉の要件として加えるべきではないかという問題は残るが、温度及び成分こそが温泉を他の一般地下水から区分する最も本質的な要件であり、この点を誤りなく規定すれば、温泉の法律的定義として十分であろうとの理由で本条の規定ができたものである。」とされる。

9) 川島武宜 前掲注6 8頁及び安藤雅樹「温泉と法に関する考察」信州大学法学論集第17号(2011年)298頁。

10) 安藤雅樹「温泉と法に関する考察」信州大学法学論集第17号(2011年)298頁では、法的権利義務の対象となる「温泉」を、「地中の非人為的な熱エネルギーが加えられた水・水蒸気又は一定の薬理効果の認められる成分物質を含んだ水・水蒸気」と定義している。

温泉に関する権利には、多種多様なものがあるが、温泉に関する権利として使用される権利の呼称には、温泉所有権<sup>11)</sup>、源泉権、湯口権<sup>12)</sup>、温泉専用権、第一次温泉権、引湯権、分湯権、配湯権、温泉地役権、温泉利用権などがある。

土地所有権と分離し得る権利であり、源泉（湯口）から湧出する温泉を直接・排他的に支配する権利が、狭義の温泉権であるといえるだろう<sup>13)</sup>。このように考えると、狭義の温泉権と、温泉所有権、源泉権、湯口権、温泉専用権、第一次温泉権は、同義のものと理解できる。この狭義の温泉権についてどの呼称を用いるかについては、様々な見解があるだろうが、源泉に対する支配権と捉えるのが理解しやすいであろうから、ひとまず、本稿においては、この狭義の温泉権を「源泉権」と呼称する。

## 2 源泉権の物権性

源泉権は、大きな経済的価値を有するものであり、地盤所有権とは別個の権利として取引される（地盤所有者とは別の者が源泉を掘削する場合もある）ことから、地盤所有権者と源泉権者が異なる者となることが生じる。地盤所有権者と源泉権者の間で、源泉の利用や権利関係について取り決めがなされ、それが守られているうちは、当然紛争は生じない。しかし、地盤所有権又は源泉権が売却されるなどして、当初の権利者とは異なる第三者が権利を主張してき

た場合には、紛争が生じうる。紛争となった場合、源泉権に物権性が認められれば、第三者に対しても源泉権者の権利を主張しうることになる。

民法においては、物権法定主義（175条）が採用されており、民法その他法律において源泉権を規定する条文はない。しかし、裁判例<sup>14)</sup>や多くの学説<sup>15)</sup>は、源泉権を地盤所有権とは独立別個の物権的権利として認める傾向にある。

### (1) 判例・裁判例の動向

(A) 大判昭和15年9月18日（民集19巻1611頁）は、温泉専用権（湯口権）について、温泉が所在する長野県松本地方において、温泉湧出地（源泉地）より引湯使用する一種の物権的権利に属し、源泉地の所有権と独立して処分される地方慣習法が存在するとしうえで、排他的支配権を是認する以上は、第三者にその権利の変動を明認させるに足りるべき特殊の公示方法が必要だとして、源泉権の物権的権利性を認めた<sup>16)</sup>。

(B) その他の裁判例としては、高松高判昭和56年12月7日（判時1044号383号）が、「引湯管の敷設及び旅館営業によって、明確に外形的に認識しうる」明認方法の存在を認めうえで、泉源地である「山林の所有権とは別個独立に慣習法上の物権としての温泉権が成立」することを認めている。

(C) 仙台高判昭和63年4月25日（判タ676号

11) 温泉の湧出口から出てくる温泉を支配する権利（源泉権、湯口権、第一次温泉権と称するもの）を、温泉所有権と呼称する見解として、渡辺洋三「温泉取引の基礎知識」（初出『温泉の取引』1990年 日本温泉協会）北條浩・村田彰編『温泉権論』（2012年 御茶の水書房）127頁

12) 温泉が、未だ土地から分離されていないが、何時でも人がこれを土地から分離しうる状態にある場合には、そのような温泉を「源泉」と呼び、源泉の所在する場所を「湯口」と呼ぶ見解として、川島武宜（初出『注釈民法（7）』1968年 有斐閣）『温泉権』（1994年 岩波書店）22頁。

13) 川島武宜 前掲注12 26頁、安藤雅樹 前掲注10 302頁、渡辺洋三 前掲11 127頁も同旨。東京高判令和1年10月30日（金融・商事判例1587号22頁）では、判決理由中において、「第1審原告が主張する温泉権は、温泉地から湧出する温泉を湯口から直接採取して排他的に支配する物権であり、温泉専用権又は湯口権などとも呼ばれるものである。」と述べている。

14) 木下徹信「昭和63年度主要民事判例解説 民法9」判タ706号35頁は、「源泉権と地盤所有権との関係やその取引関係において生ずる紛争について、裁判例が温泉権を物権として承認し妥当な解決を図る方向に進んでいることが指摘できる。」と示している。

15) 川島武宜 前掲注12 26頁、渡辺洋三 前掲注11 129頁、安藤雅樹 前掲注10 302頁

16) 木下徹信 前掲注14は、本判決について、「大判昭15・9・18は温泉権につき慣習上の物権として認めている。」と指摘している。逆に、「公示手段が何かを確定できていないので、果して同事件をもって、判例が温泉利用権に物権的権利を認めたものとして扱っていいのか疑問がある」と、本判決が温泉権に物権的権利を認めたことに疑問を呈する見解として、小澤英明「温泉法 地下水法特論」（2013年 白揚社）11頁。

109頁)は、源泉権は、「その加工のために多大の資本を投下するのが通常であるうえ、地盤自体の持つ経済的価値とは別に、それ自体独自に格段に高度の価値を有し、社会的な見地からも地盤とは別個の取引客体と観念されているものと思料されることなどに照らし、地盤たる土地所有権と離れた別個の権利であり、権利者の排他的支配に服する」として、源泉権に物権的権利性を認めているものの、前述(B)高松高判昭和56年12月7日が認めた「慣習法上の物権」とは異なるアプローチである。すなわち、仙台高判昭和63年4月25日は、源泉権の経済的価値の高さに着目していることから、古くからの慣習が存在しない新しい温泉地においても、地盤所有権とは別個の源泉権が物権的権利として認められ、明認方法を施して権利の公示をしていれば、第三者にその権利を対抗しうる可能性を示したものと見えるだろう。

(D) 近時の判例では、東京地判平成26年1月28日(Westlaw Japan 文献番号2014WLJPCA01288032)においては、結論として温泉権の持分を有することの確認を求めた原告の請求を棄却しているが、判決理由中において、「源泉地の土地所有権又はこれに基づく土地使用権から独立した物権(温泉権)として、独立の取引対象となるような特別の慣習があるとの主張立証はない。」としている。この文言から、本裁判例は、前述(A)大判昭和15年9月18日や前述(B)高松高判昭和56年12月7日と同じように、物権的権利としての源泉権が認められるためには、源泉地の所有権と独立して処分される地方慣習法の存在が必要であり、源泉権の成立を主張する者にその主張立証責任を課しているとみることができる。しかし、この理論に立脚すると、源泉地の所有権と独立して処分される地方慣習法が存在しない地方では、物権的権利としての源泉権が認められないということになってしまう。また、地方慣習法が存在す

るかどうかが微妙な地方においては、その立証が成功するかどうかによって同じ地方であっても結論が異なることになりかねず、法的安定性を欠く。旧慣上の源泉権については、その沿革から入会権(民法294条)類似の性格を有するものとして各地方の慣習に従うという理論を採用することが親和的ということも可能だろう。しかし、本稿の最初に述べたように、温泉地数は、昭和42年度(1,479箇所)から平成30年度(2,982箇所)までに、ほぼ倍となっており、動力源泉の源泉数が自噴源泉のほぼ3倍になっており(昭和42年度6,087本、平成30年度19,672本)、旧慣が存在しないであろう新しい温泉地が多くなっている。また、旧慣が存在する地方であっても、居住者の変化、土地や温泉に関する権利の移転、外部からの資本算入などで旧慣が希薄化している<sup>17)</sup>状況を考えれば、物権的権利としての源泉権が認められる要件として地方慣習法の存在を要求することは、社会の趨勢に即していないと言わざるを得ないだろう。前述(C)仙台高判昭和63年4月25日のように、源泉権の経済的価値に着目し、地方慣習法の有無にかかわらず物権的権利性を認めたいうえで、第三者への対抗要件として権利の公示を要求する理論の方が現代の実情に即しており、妥当と考える。

(E) 近時の裁判例である東京高判令和1年10月30日(金融・商事判例1587号22頁)は、判決理由中において、温泉権の物権的権利性について、かなり踏み込んだ判断をしていることから、少し長くなるが、以下引用する。「第1審原告が主張する温泉権は、温泉地から湧出する温泉を湯口から直接採取して排他的に支配する物権であり、温泉専用権又は湯口権などとも呼ばれるものである。成文法上の根拠はなく、物権法定主義の例外の一つとされる。このような温泉を湯口から採取して利用する権利は、湧出地の土地所有権の権利の内容の一つに含まれ、

17) 渡辺洋三「温泉権の成立」(初出『温泉権の研究』1964年 勁草書房)北條浩・村田彰編「温泉権論」(2012年 御茶の水書房)19頁においても、「日本の温泉の一般的傾向としては、人口掘さく泉が増大するにつれて、温泉の私的支配がすすみ、それに伴って総有的支配に基礎を置く旧慣上の温泉権は変質し、あるいは解体する。」と示されている。

土地所有権とは別の独立した物権としては成立しないのが原則である。通常は、湧出地の土地所有者以外の者が温泉を利用する権利は、債権的法律関係により形成される。例外的に温泉権が所有権とは別の物権として成立するのは、温泉権を湧出地の所有権とは別の独立した物権として認める慣習法が成立している地域に限られる。」「慣習法上の物権としての温泉権が湧出地の所有権とは別に独立の権利として成立しているのは、歴史の古い温泉であって、地表又はその近くに自然に湧出し、たいした地下掘削工事もせずに引湯できる場合が多いと考えられる。高度な温泉掘削技術の必要もなく、江戸時代、明治時代から引湯が行われてきたが、明治時代の民法施行後に、温泉利用権の地域慣習法上の取り扱われ方が、債権法的構成によるよりも、物権法的構成による方がふさわしいと判断されたものが、慣習法上の物権として認められてきたものと考えられる。慣習法上の物権を認めるというのは、明治民法施行前の慣習法が明治民法と合致しない場合において、明治民法の規律よりも慣習法上の規律の方が社会経済の実態に適合しているときの緊急避難的な措置にすぎない。」「現代の高度な掘削技術をもって何十メートルも地下を掘削し、新たに湧出させた温泉については、原則として、慣習法上の温泉権を掘削地の所有権とは別の物権として成立することは、ないと考えられる。掘削地所有者の所有権の一部を構成するものと考えれば足り、所有者以外の者が温泉を利用する権利は、賃借権や温泉利用契約などの債権的法律関係として構成すれば足りるからである。」ここまでが裁判例の引用である。

本裁判例によれば、明治期以前からの歴史の古い

自噴源泉の温泉地であって、かつ地方慣習法が存在している場合にしか、源泉権の物権的権利性は認められず、他の場合については債権的権利しか認められないことになる。

本裁判例は、「所有者以外の者が温泉を利用する権利は、賃借権や温泉利用契約などの債権的法律関係として構成すれば足りる」とするが、一般的に、源泉権の財産的価値が、単なる地盤所有権の財産的価値よりもはるかに高く<sup>18)</sup>、源泉権が地盤所有権から独立した別個の権利として取引の対象となっている社会的実態を直視していないと言わざるを得ない。源泉権者と地盤所有者が別の者であったり、共有となっていたり、源泉権が地盤所有権とは別の権利として取引されている実態があるからこそ、地盤所有者の所有権の一部を構成するものと考えのでは足りないのである。また、民法上の賃借権の法律構成では、存続期間、対抗力について源泉権者にとって不利な要素が多い<sup>19)</sup>(借地借家法は適用されない)。また、実情として賃借権の登記がなされる例は、まれである<sup>20)</sup>。そのため、物権的権利性を認める必要がある。

更に、細かい話にはなるが、本裁判例は、「現代の高度な掘削技術をもって何十メートルも地下を掘削し、新たに湧出させた温泉については、原則として、慣習法上の温泉権を掘削地の所有権とは別の物権として成立することは、ない」とするが、古くからの温泉地においても温泉の掘削は、明治期でも行われており、明治35年に深さ11間(約20m)が掘削された記録も残っている<sup>21)</sup>。また、自噴源泉が枯れ、近くに掘削自噴源泉や動力湯揚源泉を設ける場合もある。自噴源泉についてのみ物権的権利性の

18) なお、本裁判例で争点となった各温泉権については、再生手続きの過程における財産評価において、0円(回収可能性なし)と評価されている。本裁判例は、わざわざ温泉権の物権的権利性を原則として認めない立場を示さずとも、本件の各温泉権に財産的価値がないという側面から温泉権成立を否定することで足りたのではないかと考える。

19) 渡辺洋三「温泉権と立法」(初出『日本温泉協会誌』1965年 日本温泉協会)北條浩・村田彰編「温泉権論」(2012年 御茶の水書房)91頁以下も同旨。

20) 渡辺洋三 前掲注19 94頁

21) 別府温泉地球博物館「別府温泉辞典 最初の掘削」

<http://www.beppumuseum.jp/jiten/saishonokussaku.html> (参照2020年8月30日)。

対象とし、掘削して湧出させた源泉を対象から除く理論的根拠も定かではない。

このように、本裁判例の示した源泉権に対する理論には、首肯し難い部分が多く、本裁判例の判決理由としては、注18でも記載したように、温泉権の物権的権利性に触れることなく、本件の各源泉権の財産評価が0円であったことや、第三者への対抗要件として権利の公示が備えられていない<sup>22)</sup>ことを理由として、第一審原告の主張を退けることで足りたのではないかと考える。

## (2) 学説の動向

学説は、概ね源泉権の物権的権利を承認しているようである<sup>23)</sup>。学説の中には、旧慣により一定の主体が源泉に対し排他的に支配することに起因する「旧慣源泉権」と、近代法体系の下で旧慣上の権利主体ではない者が源泉を管理・支配することに起因する「近代法的源泉権」に分類する見解<sup>24)</sup>がある。この見解は、旧慣源泉権について、明治維新の諸改革は、旧来の社会組織と結びついた旧慣上の権利を存続させる政策的意図を持っていたのであり、温泉の権利関係に関する慣習は、「法律ト同一ノ効力ヲ有ス」のものとして法的保護を受けるべきものであることは明らかであるとする。他方、従前には管理・支配がなかった源泉に対し、近代法体系の下で、旧慣上の権利主体ではない権利主体が管理・支配を開始する場合には、近代法的源泉権が成立している。近代法的源泉権のほとんどすべては、人工掘削により成立し、源泉の掘削が多額の資本を要し、源泉自体が高額の商品価値を有すること、によって言わば必然的に発生したものであり、このような実際の事情を法の次元にも反映させて、地盤所有権とは別の独立した物権として承認すべきとしている。

## (3) 今後の課題

源泉権の財産的価値が、単なる地盤所有権の財産的価値よりもはるかに高く、源泉権が地盤所有権から独立した別個の権利として取引の対象となっている実情からみれば、源泉権者保護のために源泉権の物権的権利性を認める必要性があるのは明らかだろう。源泉権の物権的権利性を認めるにあたっては、経済的価値に着目すべきであり、自噴源泉か掘削源泉かという区別や旧慣の有無については考慮すべきではないと考える。令和の現代においては、旧慣が存在する地方であっても、居住者の変化、土地や温泉に関する権利の移転、外部からの資本算入などで旧慣が希薄化しているだろうし、法的安定性に欠ける旧慣をそこまで尊重する必要があるのかについても疑問である。また、実務の観点からは、実際の裁判において、旧慣をどのようにどのくらい主張立証すべきなのかについても難しい問題がある。まず、旧慣を裏付ける物的証拠が残っているのか、残っていたとして、それらを収集・証拠提出できるのかという問題があり、また、旧慣に関して当事者や証人のいうことが区々な場合、果たして何が本当の事実なのかということが判明せず、裁判官の心証を形成できずに敗訴してしまうといった問題にも直面するだろう。

円滑な経済取引の発展という見地からも、新規に温泉事業に資本算入する者にとって、旧慣というのが隠れているというのは大きなリスクファクターになりかねず、予測可能性の確保という点では、法的に地域による差異が極力生じないのが理想である。したがって、現代においては、旧慣源泉権と近代法的源泉権に区別することなく<sup>25)</sup>、近代法的源泉権もしくは新たな現代法的源泉権からの視点に統

22) 本裁判例の原審（東京地判平成30年12月12日 金融・商事判例1587号31頁）は、明認方法による対抗要件を具備していないとの理由等により原告の請求を棄却している。

23) 川島武宣 前掲注12 22頁、渡辺洋三 前掲注11 129頁、木下徹信 前掲注14 34頁、安藤雅樹 前掲注10 304頁

24) 川島武宣 前掲注12 26頁以下

25) 安藤雅樹 前掲注10 304頁は、「近代法の枠内か枠外かを、現代において泰然と分類することは困難である。またあえて区別する実益にも乏しいと考える。」としている。

一し、明確な基準を定める法整備を進めるべきと考える。

### 3 源泉権を第三者に対抗するための対抗要件

源泉権の物権的権利が認められるとしても、それを第三者に対抗するためには、権利の変動を明認させるに足るべき公示方法が必要であると大判昭和15年9月18日（民集19巻1611頁）が示しており、以来この判例を否定した最高裁判例は現れておらず、下級審の裁判例においても基本的にこの立場に沿っていることから、この理論が確立しているといえるだろう<sup>26)</sup>。取引の安全の見地から、もっともなことだといえる。

では、具体的にいかなる公示方法が考えられるだろうか。

#### (1) 判例・裁判例の動向

前述の大判昭和15年9月18日（民集19巻1611頁）は、「温泉組合乃至ハ地方官庁ノ登録等ニシテ右公示ノ目的ヲ達スルニ足ルベキモノ」、「立札ソノ他ノ標識」、「温泉所在ノ土地自体ニ対スル登記」を例として挙げた。

その後の裁判例において対抗要件として認められるものを示したものとしては、東京地判昭和45年12月19日（判時636号60頁）の温泉擁護建物の保存登記、高松高判昭和56年12月7日（判時1044号383号）の引湯施設の設置及び旅館営業、仙台高判昭和63年4月25日（判タ676号109頁）の源泉擁護施設への氏名の表示及び源泉採取擁護建物の保存登記などがある。

逆に、裁判例が対抗要件として認められないと示したものとしては、福岡高判昭和34年6月20日（下民集10巻6号1315頁）が、県の温泉台帳について、温泉台帳の制度は、「温泉の濫掘防止や公衆衛生保険に関する取締等を主たる目的とするものと認めら

れ、本件温泉所在地方において右台帳の記載をもって温泉に関する権利の変動の公示方法とする一般慣行の存する事実は未だ認められない」としている。同様に、東京地判平成26年1月28日（Westlaw Japan 文献番号2014WLJPCA01288032）も、県の温泉源泉台帳について、「公衆衛生上の観点から温泉の保護と利用の適正を図る行政上の目的として作成されるものであり、温泉の権利関係を公示する目的及び機能を有するものとは認められない」としている。更に、近時の裁判例である東京高判令和1年10月30日（金融・商事判例1587号22頁）は、(i) 温泉法3条1項に基づく県知事の許可、(ii) 温泉法9条1項に基づく県知事の許可、(iii) 温泉法13条1項に基づく保健所長の許可、(iv) 浴用上の禁忌症及び適応症及び入浴上の注意に関する保健所長の決定について、これらの許可は、「その許可を得たものが私法上の権利である温泉権を保有していることを直ちに示すものとはいえず」、「温泉を湧出させる目的での土地の掘削をする際などの過去の一時点においてこれらの許可又は決定がされたことを示すにとどまり、少なくとも、現在の権利関係を示すものではないから、何ら公示としての機能を果たし得ないものである」として、(i) から (iv) の全てについて、対抗要件としての明認方法であることを否定している。また、東京高判昭和51年8月16日（判時837号47頁）は、県知事に対する温泉動力装置許可の申請だけでは明認方法として不十分としている。

また、少し珍しい事件の中で温泉権の公示方法に言及された裁判例として、釧路地判平成11年3月16日（判タ1039号130頁）がある。本裁判例は、温泉権に対する差押命令が発せられた場合において、執行裁判所の書記官が差押えにつき公示方法を取らなかったため、温泉権が転々譲渡されて差押えの効力が及ばなくなったことにより損害を被ったと

26) 大判昭和15年9月18日（民集19巻1611頁）以前には、対抗要件の具備を不要とする判例・裁判例もあった（大判明治28年2月6日など）。

して、差押債権者が国家賠償請求訴訟を提起した事件であり、請求は棄却されている。本裁判例の判決理由の中で、温泉権の公示方法について、「温泉権の公示方法については、法令の根拠を有する登記、登録制度が存在しないため、取引通念上、温泉権の得喪及び変更を第三者に了知させるに足りる明認方法として、立札等の設置等をする方法を考えざるを得ないが、かかる明認方法による公示手続を取り扱う嘱託先はおよそ考えられない」、保健所備付の温泉台帳は、「公衆保険上の観点から温泉の保護と適正な利用を図るという行政上の目的として作成されるものであって、温泉の権利関係を公示する目的も機能も有しないものと認められるから、本件台帳は、民事執行法167条5項所定の『登録等』にあたらぬ」と示している。

## (2) 学説の動向

川島武宜<sup>27)</sup>は、明認方法が問題となる取引一般について、「単にこれらの物の引渡という・過去の或る時点において完了した行為だけでは足りず、さらにそのほかに、これらの取引客体について新たに法的利害関係に入ろうとする第三者が、それらの権利客体について既に権利変動があったことを知る手がかりとなるような継続的な事実が存在することを要する」としたうえで、温泉権の明認方法の解釈論について、「温泉の引渡—すなわち、権利者が温泉を採取できる状態の変更—があったこと、および温泉を取引の客体としようとするものがそのような状態の存在することを知る手がかりとなり得るような継続的な事実があること、でなければならない」とする。すなわち、取引をしようとする者がそれを見た際に、現実に温泉権を継続して管理・支配していることを把握できる外観を備えていなければならないということであろう。また、川島武宜は、立法論として、特別の温泉権登記簿の制度を創設す

べきとしている<sup>28)</sup>。

渡辺洋三<sup>29)</sup>は、「現行法の下でも、明認方法、土地登記簿、温泉台帳等の表示があれば温泉権のための土地利用権を、新地主その他の第三者に対して主張しようという解釈を取る余地がないわけではないが、それにしても、これらの手段は、いずれも確実ではない。」とし、「確実に保証するためには、やはり、新しい法律による解決が望まれるのである。」として、立法的な解決を志向している。

## (3) 今後の課題

裁判例上は、温泉擁護建物の保存登記、源泉擁護施設への氏名の表示などの明確な外形的表示があれば、対抗要件として認められそうではあるが、確立された基準が無く、同様の裁判が起こった際に認められるか否かは定かではない。逆に、温泉台帳への記載、都道府県知事への申請、許可や決定では、対抗要件として認められないという裁判例の傾向は確立したものになっているといつて良いだろう。

このように、現行法の下では、この手段を取れば確実に裁判所に対抗要件として認めてもらえるという方法が定かではないので、現実には、裁判例で認められている方法のほか、明認方法として立札を立てるなど、取れる限りの方法を全て取っておくことで、万が一訴訟になった場合に備えておくしかないだろう。地役権設定登記を使う方法も考えられるが、要役地が必要となるので、源泉権だけを把握するという意味では使えない。また、源泉湧出地を1坪ほどの土地に分筆して鉱泉地（不動産登記事務取扱手続準則68条7号）の登記をしていることが多く、この登記を利用することも考えられるが、この登記は源泉地の地盤所有権の登記であり、課税上の便宜から施された課税地目上の分類であって、登記名義人と源泉権者とは必ずしも一致しないものであるから、この方法も源泉権の公示としては

27) 川島武宜 前掲注12 38頁以下

28) 川島武宜 前掲注12 42頁

29) 渡辺洋三 前掲注19 96頁

使い勝手が良くない<sup>30)</sup>。確実かつ明確な公示方法としては、前掲の学説の指摘するとおり、立法的な解決によるほかないと考える。立法により、温泉登記簿を設けることによって、本件課題を解決することが可能になるだろう。

#### 4 分湯権・配湯権

ここまで、狭義の温泉権である「源泉権」について論じてきたが、広義の温泉権には、いわゆる第二次温泉権である「分湯権」・「配湯権」という権利も含まれる。これらの権利は、源泉権よりも多義的であり、また、物権的権利である源泉権の権利者から分割ないし配分されることによって生じる権利であり、債権的性格を主とするものである。本稿では、紹介程度にとどめる。

分湯権について、それが源泉権そのものを分割する態様であれば、いわば源泉権の準共有として観念することになるだろう（ただし、源泉という物の特性上、現物分割には馴染まない<sup>31)</sup>）。したがって、このような場合には、その権利性について、源泉権と同様の問題を生じることになるだろう。

他方、分湯権が、源泉から湧出する温泉の一定湯量を利用するような態様のものであれば、それは継続的債権関係である温泉供給契約にほかならず、配湯権も、これと同様なものと考えられる。これらの権利については、契約の相手方である源泉権者に対しては債権的権利として、第三者に対しては、源泉権者の物権的請求権を代位行使することで権利の保護をなしうるだろう。もっとも、このような債権的権利を考えるにあたっては、大元の源泉権の権利性によって左右される部分がある（源泉権が債権に過ぎないということであれば、源泉権者の物権的請求権を代位行使するという観念できなくなる）ため、源泉権の物権的権利性を認めることが重要となる。

## 4 今後の課題

温泉権に関する裁判例の数は、それほど多くない。昭和期以前においては、確固たる旧慣が存在する地域や住民の繋がりが密な地域においては、問題が起こった際に、村落集団の旧来の秩序により訴訟提起前の段階で解決してきたということも少なくなかったであろう。しかし、先にも述べたとおり、外部資本の参入や居住者の変化等により旧来の地域の慣習は希薄化の途をたどっている。今後、観光産業の拡大により、旧慣の残る地域にも更に外部資本が参入してくることが予想されるうえ、逆に、景気が悪化した際には、源泉地盤所有者の破産などによる法的整理の際に、温泉に関する権利関係の処理が問題となる場面も増加することが予想される。

裁判例の多くは、地域の慣習法を根拠に源泉権の物権的権利性を認めている。東京高判令和1年10月30日（金融・商事判例1587号22頁）のように、歴史の新しい温泉について源泉権の物権的権利性を認めないことを明言している裁判例も現れている。しかし、源泉権が取引や担保の対象となっている実情を考えれば、積極的に源泉権の物権的権利性を肯定していくべきであり、その根拠は、慣習法ではなく、源泉権の財産的価値に求めるべきということはいくまで述べてきたとおりである。そして、源泉権の物権的権利性とその内容を明確にするためには、立法的解決が望まれる。少なくとも、源泉権についての登記による公示制度を導入できるような法的整備をすべきだろう。狭義の温泉権である源泉権の物権的権利性とその内容を明確にすることにより、分湯権などの広義の温泉権についての権利関係の明確化にも繋がるだろう。ただ、立法措置に向けては、「温泉」の定義といったところから始まり、解決していかなければいけない課題が多く存在す

30) 安藤雅樹 前掲注10 307頁も同旨。

31) 川島武宜 前掲注12 35頁も、「源泉権について分割請求の自由を認めるべきではない」とする。

る。地下水（地中水）との関係についても配慮が必要になるだろう。

立法的な措置がなされるまでは、源泉権者は、現行法の下で最大限の権利保護を受けるための対策を取って備えるしかない。地盤所有者と源泉権者が異なるに至るような場合や権利を承継するような場合には、口約束や定型文の契約書ではなく、事前にしっかりとした内容の契約書を巻き、温泉擁護建物の保存登記、鉱泉地の登記や温泉地役権の登記を活用できるケースであれば、それらを活用せざるを得ないだろう。また、明認方法として、立札や立て看板を設置したり、外部から権利関係が判別できる工夫も必要である。

我が国の貴重な資源である温泉が、より一層活用されていくよう、法的な権利面についても、一層の検討が必要であろう。