

温泉と法に関する考察

安 藤 雅 樹

(目次)

第1 はじめに

第2 温泉の意義

1 温泉とは何か

2 温泉の法令上の定義

第3 温泉の湧出

1 温泉の湧出方法

2 温泉の掘削

第4 温泉権の発生

1 温泉権の性質

2 温泉権の取得

3 温泉権の効力

第5 温泉権の利用

1 源泉地の利用

2 引湯

3 分湯・配湯

第6 温泉権の維持

1 物権的請求権

2 相隣との関係

第7 温泉権の処分

1 温泉権の移転

2 担保の設定

3 温泉権と執行

4 温泉権の消滅

第8 温泉の利用

1 入浴施設の設置

2 入湯

第9 おわりに

第1 はじめに

温泉はわが国の社会生活に密着した身近な存在である。古来より浴用に供され、現在においても療養・地域の交流・観光など様々な形で広く利用されている。わが国は源泉数が世界一であって、温泉文化が古くから発達してきた温泉先進国であるといえる。

私は弁護士業の傍ら温泉巡りを趣味としており、これまで長野県内の約550、長野県外全国の約200の温泉施設を巡り、平成22年夏には長野県の日帰り温泉を取り上げた本^{*1}を刊行した。

かかる経験も踏まえ、「温泉と法」に関して、裁判例の分析も含め、考察を加えようと考えた次第である。

第2 温泉の意義

1 温泉とは何か

(1) 検討の視点

温泉とは何か。実はその答えは、一様ではない。

法的に「温泉」を定義するためには、社会生活上、わが国の国民にとって「温泉」がどのように捉えられているかについて歴史も含めて検討する必要がある。温泉は独自の慣習の元に古来より現代に至るまで利用されてきており、温泉の権利としての客体性を認め、あるいは規律の対象とするためには、「温泉」の定義についても、国民一般の「温泉」に対する意識ないし認識が反映されるべきであるからである。

^{*1} 安藤雅樹『信州日帰りでゆく温泉』（しなのき書房、2010）

(2) 温泉利用の目的

ア 温泉の利用方法

温泉の利用方法は、大きく分けて浴用と飲用がある。

日本は源泉数が世界一であって温泉文化が古くから発達してきた温泉先進国であるが、日本において温泉は古来より浴用に供されてきた。これは湿度や温度といった気候的な要因の他、仏教の施浴等の習慣も影響しているものと思われる*²。

ヨーロッパ等でも温泉利用がなされている国があるが、飲用に供していることが多い*³。この点日本においても飲用（飲泉）の価値が認められつつあるところである。

イ 温泉の療養的效果

温泉に入浴あるいは飲用する目的は人それぞれではあるが、一般的には療養的效果を得るためという目的が通常であると考えられ、そこに通常の温水とは異なる考慮が必要となる所以がある。

温泉の効果には、①物理効果（i 温熱効果、ii 水圧効果、iii 浮力効果）、②薬理効果、③転地効果があるとされる*⁴。

①物理効果のうち i 温熱効果は温かい温泉に入浴することで血行が良くなるという効果である。高温泉は交感神経を刺激し、ぬるめの温泉は副交感神経が優位に立つとされる。ii 水圧効果は水圧によって全身に圧力がかかり内

*² 日本人は古来より心を清めるために「禊」を行う習慣があった。さらに仏教の教典「仏説温室洗浴衆僧經」に温浴は七病を除き七福を得ると書かれており、「施浴」すなわち寺などにおいて病気の人や困窮した人に対し入浴を施すことが行われた（特に一遍によるものなど有名）。これらの宗教的素地が日本人特有の「入浴」文化を産み、さらには温泉に対する親和的素養を産んだものと考えられる。

*³ 温泉は全世界に存在する。ヨーロッパでは、イギリスに bath の語源となったバースに温泉があり世界遺産に登録されている他、ハンガリーのブタペストやドイツのバーデン・バーデンなどの温泉が有名である。ただし、ヨーロッパでは飲泉が中心であって、日本と比較すると浴用に供することは多くはない。

*⁴ 療養泉（後述する）は、泉質別に禁忌症と適応症が浴用・飲用それぞれについて定められている。これは、上記の物理効果（特にそのうちの温熱効果）と薬理効果を合わせ考慮して定められたものである。

臓が刺激されるという効果である。iii浮力効果は浮力によって体が軽くなるという効果であり、運動機能の低下した人のリハビリなどに資する効果である。②薬理効果は、温泉の成分を皮膚（飲用の場合は経口）から吸収することにより得られる効果のことである。③転地効果について、日常生活を離れて日頃の環境と異なる環境豊かな温泉に行くことによって、日々のストレスを忘れ、自律神経のバランスを正常化する効果がある。

(3) 温泉の要素

ア 水・水蒸気

温泉が生成される要素としては、まず、水・水蒸気が必要不可欠なものとして要求される。

通常は水である^{*5}が、ここで注意すべきは水蒸気も含まれるということである。わが国においては、俗に蒸気造成温泉と呼ばれる、高温の蒸気に人工的に水を通すことによって浴用に供する温泉を造成するという温泉があり、これも社会生活上温泉として認められている^{*6}。

イ 熱エネルギー

次に、温泉という語句上「温かい」ことが一つの要素とされ、温泉の療養的效果を得るためにも高温であることが一つの要素であると考えられる。この「温かい」状態にするため、熱エネルギー^{*7}が必要である。

つまり、温泉は「熱エネルギーが加えられた水・水蒸気」のことであると一応言えるが、定義する上ではさらに細かい考慮が必要である。

まず、地表に湧出した後の（人為的であっても非人為的であっても）熱エネルギーを加えて温めた水（温水）について、「温泉」と捉えることは、国民の意識としては一般になされていなかったため、除外すべきである。これは法的には「水」として扱えば足りる。

^{*5} 水は、i 循環水と ii マグマ水（岩漿水）に分けられる。i の循環水には天水（淡水）と海水があり、海水は現海水と化石海水がある。

^{*6} 箱根の一部の温泉が有名である。長野県内では志賀高原の発哺温泉などがある。

^{*7} 熱エネルギーは、i マグマ熱源と ii マグマ熱源に分けられる。ii の非マグマ熱源として、地温上昇による熱エネルギーなどがある。

したがって、「地中の」熱エネルギーが加えられたことが必要である*⁸。

次に、地中であっても人為的な熱エネルギーを加えたものを温泉の範疇に加えることは妥当ではない。現代の科学技術では可能であろうが、地表湧出後に熱エネルギーを加える場合と療養的效果上の違いはないものと考えられ、国民の一般意識からは温泉としては認められないと考える。

したがって、「非人為的な」熱エネルギーが加わったことが必要である。

以上を合わせると、「地中の非人為的な熱エネルギーが加えられた水・水蒸気」が温泉と認められる。

その加わる熱エネルギーの量、端的に言うとも熱エネルギーが加わった結果の水の「温度」を何度あれば温泉として認めるかについては、個別の判断によることになる*⁹。

ウ 成分物質を含んだ水・水蒸気

既に検討したとおり温泉は療養的效果が期待されるところに単なる水とは異なる特徴があり、温度が低くても療養的效果（特に薬理効果）の期待できる成分物質*¹⁰を含んだ水・水蒸気については、国民一般の意識上、温泉の範疇に加えて解釈されている。

すなわち、「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」が温泉と認められる。温泉の成分物質と認められる物質であるかどうかは、療養的效果（特に薬理的效果）があるかどうかといった観点から定められることになる*¹¹。

(4) 温泉の定義

以上を合わせ考えると、温泉とは、「地中の非人為的な熱エネルギーが加

*⁸ よって例えばゴミ処理の廃熱利用として温水を作り、それをプールなどで供することがあるが、これは温泉の範疇から除外される。

*⁹ 日本の温泉法上は、摂氏25度以上と設定されている（温泉法別表）。

*¹⁰ 成分物質は、i マグマ水成分、ii 岩石溶出成分、iii 海水成分、iv 有機成分（炭酸水素など生命活動によって作られるもの）に分けられる。

*¹¹ 温泉法上は、「物質」は溶存物質（ガス性のものを除く。）が1000ミリグラム以上の他、イオンなどの物質ごとに基準が定められている（温泉法別表）。

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」と定義される。

なお、地上に湧出しないものでも、人の支配に属する場合には権利の客体性を考え、また規律の対象とする必要があるから、地上湧出を温泉の定義に入れる必要はない（川島武宜『温泉権』8頁（岩波書店、1994）同旨）。

このような対象について国民は「温泉」として独自の価値を見いだして利用し、また実際に温泉利用に伴う経済活動が行われている。温泉の権利としての客体性を考え、あるいは規律の対象とすることを考えるに当たっても、上述の定義を前提にすべきである。

2 温泉の法令上の定義

(1) 温泉に関する法令

温泉に関する法令には、温泉法およびその関連法令（温泉法施行令、施行規則）がある。この温泉法は行政法規であって、「温泉を保護し、温泉の採取等に伴い発生する可燃性天然ガスによる災害を防止し、及び温泉の利用の適正を図り、もつて公共の福祉の増進に寄与することを目的とする」（1条）のものであり、行政的監督ないし取締を内容とするものである^{*12}。

専ら温泉について定めた法律は温泉法以外になく、温泉の私法関係、すなわち財産権としての温泉権の権利関係を規律した法令は存在しない。

(2) 行政法規における温泉の定義

ア 温泉法における温泉の定義

温泉法において、「温泉」とは、「地中から湧出する温水、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」と定義されている（2条1項）。そして、既に述べたとおり、別表において、「温度」は摂氏25度以上^{*13}、「物質」は

^{*12} 温泉法その他関連法令については、環境省自然環境局のHP「温泉の保護と利用」が詳しい（<http://www.env.go.jp/nature/onsen/index.html>）。また省庁担当者との質疑応答、通知も掲載されたものとして(株)日本温泉協会『温泉必携』（改訂第9版、2004）がある。

溶存物質（ガス性のものを除く。）が1000ミリグラム以上という基準の他、イオンなどの物質ごとに基準が定められ、そのうち一つでも満たす場合には温泉法上の温泉と認められる。

イ 鉱泉分析法指針における定義

鉱泉分析法指針は、昭和26年旧厚生省により定められた後改正が重ねられ現在は環境省が発している行政指針であり、温泉を科学的に分類している他、成分分析の方法などを定めている。

鉱泉分析法指針は、「鉱泉」を、「地中から湧出する温水および鉱水の泉水で、多量の固形物質、またはガス状物質、もしくは特殊な物質を含むか、あるいは泉温が、源泉周囲の年平均気温より常に著しく高いものをいう」と定義している。

そして、「療養泉」を、「鉱泉のうち、特に治療の目的に供しうるもの」と定義し、これも温度と物質により定義している。温度は、温泉法と同様に25度であるが、物質については温泉法上の温泉とこの療養泉では一致していない。

そのため、療養泉には含まれないが、温泉法上の温泉に当たる温泉という

*13 温泉法上、泉温が温泉源において25度以上あるものは（成分の如何を問わず）すべて温泉に当たると定義していることには、議論の余地がある。

鉱泉分析法指針において、鉱泉の定義として「泉温が源泉周囲の年平均気温より常に著しく高いもの」と定義されていることから分かります。この25度という温度は、日本の年平均気温を基準に定められたものである。50年以上前に定められた基準をもとに現在も温泉であるか否かを判断しているが、沖縄や台湾の平均気温まで視野に入れて定められた温度が適切であるか、昨今の地球温暖化による平均気温の上昇を考慮に入れないか、掘削技術の向上により相当程度の深度まで掘削が可能となっていることを考慮に入れる必要がないか、という問題がある。1000メートル掘れば（現在の掘削技術ではその程度掘削することは容易な状況であり、2000メートルを超えるものも散見される。）地温が20～30度上昇し、水脈さえ得れば、どんな所でも「温泉」の湧出を得ることが出来るということになる。すなわち、成分物質をごく少量しか含んでいなくても、25度という温度のお湯を得れば、それで「温泉」を名乗ることができるというのが現状である。

*14 例えば、メタケイ酸を多く含む水は療養泉には当たらないが、温泉法上の温泉には該当することになる。温泉分析表上は「温泉法2条による規定泉」などと記載される。

ものが存在することになる^{*14*15}。

療養泉については、その含有する化学成分に応じて、泉質名（単純温泉、塩化物泉、炭酸水素塩泉、硫酸塩泉、二酸化炭素泉、含銅－鉄泉、含鉄泉、含アルミニウム泉、酸性泉、硫黄泉、放射能泉）が付される^{*16}。

(3) 民事法上の温泉の定義

温泉の私法関係、すなわち財産権としての温泉権の権利関係を規律した法令は存在しない。よって、温泉に関する民事上の紛争解決は、民法等一般法や慣習法の規律にしたがって行われることになる。

温泉法はあくまで行政法規であるから、法的権利義務の対象となる「温泉」を同じ定義として解釈する必要はない。

法的権利義務の対象となる「温泉」は、前項(4)において検討したとおり、「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」と定義すべきである。

これは温泉法2条1項において規定された「温泉」を包含するが、これにとどまらない。

例えば、温泉法別表に定められた成分物質に当たらなくても有効成分を含むと認められる鉱泉について、一定の療養的效果が認められることから慣習上あるいは経済的に独自の価値を有しているものであれば、温泉法上の温泉に当たらなくとも温泉権の対象となる温泉として認めてよいと解される。これは温泉権を、慣習や温泉の独自の経済的価値を根拠として権利性を認める

^{*15} 鉱泉分析法指針という行政指針に「療養泉」という類型が設けられ、これと「温泉法上の温泉」との範囲の不一致が生じているが、これに合理的な根拠はない。

温泉法上の温泉に当たるが療養泉でないという類型の「温泉」にも、十分な医学的効果が認められる。温度のみ基準を満たすことによって温泉かつ療養泉と認められる単純温泉より、よほど成分が濃厚であるとも言える。

したがって、今日においては「療養泉」という概念を法律外のところで設ける必要はなく、混乱を招くだけであるので、これを一致させるべく鉱泉分析法指針の一部を取り込むなどして温泉法を改正すべきであると考ええる。

^{*16} 郡司勇『日本全国マル秘湯112選』136頁（辰巳出版、2003）。温泉ファンの視点から、経験的に泉質別の色・匂い・味などの違いが詳しく分析されている。

こととも整合する。

第3 温泉の湧出

1 温泉の湧出方法

温泉の湧出方法は大きく分けて3つある。

すなわち、①岩盤の割れ目などから地表に温泉が湧出してくる「自然湧出」、②ボーリングにより地中に管を埋めその管を通して水圧により温泉が湧出する「掘削自噴」、③地中に管を埋めた後ポンプを取り付け地下からポンプの力で温泉を汲み上げる「掘削動力揚湯」である。

古来より温泉は自然湧出温泉が用いられてきたが、明治以降ボーリングの方法も使われるようになり、さらに高度経済成長以降、温泉需要の高まりに加え、掘削技術の向上により相当程度の深度まで掘削が可能となったことから、現在では掘削により温泉湧出を得る②③の方法（特に③の方法）が多く用いられている。これは古くからある温泉地においても例外ではなく、自然湧出泉の枯渇ないし減少に伴い新たな温泉の湧出を求めてボーリングしたり、継続的かつ安定的な湧出を求めてボーリングして温泉をポンプアップすることも増えている。

2 温泉の掘削

(1) 温泉掘削許可

ア 知事による許可

温泉を掘削する際には、温泉法3条に基づき、都道府県知事の許可を受ける必要がある。また、既存の温泉について温泉の湧出路を増掘し、また源泉の湧出量を増加させるために動力を設置しようとする場合も許可を受けることが必要である（同法11条）。

これらについて、都道府県知事は、「当該申請に係る掘削が温泉のゆう出量、温度又は成分に影響を及ぼすと認めるとき」「当該申請に係る掘削が公益を害するおそれがあると認めるとき」などの同法4条1項各号に該当しな

い限り、許可をしなければならないとされている。

同法4条1項各号に該当するとして温泉掘削不許可処分が出されることがあり、その場合これに対して、不許可処分を受けた掘削許可申請者がその処分の取消訴訟を提起して争うことがある。

イ 掘削不許可処分の取消を認めた裁判例

名古屋高裁金沢支部平成21年8月19日判決（判タ1311号95頁）は、知事が申請について「公益を害する恐れがあると認めるとき」に該当すると判断して、掘削許可処分申請に対し不許可としたことは、「新たな温泉の掘削により既存源泉へ影響を及ぼす危険性を指摘するにすぎず、その影響の内容・程度、具体的機序、蓋然性の程度等は何ら示されていない」ため合理的な根拠を欠き、処分行政庁の裁量権の範囲を超えるものであって違法であるとして、取消を認めた。さらに、行政事件訴訟法3条6項2号の義務付けの訴えも認容した。

岐阜地裁平成14年10月31日判決（判例地方自治248号50頁）は、「温泉掘さく後の開発行為による環境への影響や、周辺住民の意向のような事情は、同項の「その他公益を害する虞がある」場合には当たらないと解するのが相当である」として、不許可処分の取り消しを認めた。

ウ 掘削不許可処分の取消を認めなかった裁判例

福岡高裁平成4年10月26日判決（行政事件裁判例集43巻10号1319頁）は、第一審の福岡地裁平成3年7月25日判決（判タ783号99頁）を維持し、温泉審議会が既設温泉からの距離制限に関する内規を適用として不許可処分相当とした答申をし、これを受けて不許可とした知事の処分について、手続的違法があるとはいえないとして、取消を認めなかった。

東京高裁昭和53年12月19日判決（訟務月報25巻2号437頁）は、温泉源枯渇化防止の見地から、掘削許可既得権者からの温泉法8条による増掘及び動力装置の許可申請に対しては、許可揚湯量の80パーセントを限度として許可を与え、一方で、新規掘削者からの土地掘削許可申請に対しては許可を与えないという行政指針に基づいて、静岡県知事が新規掘削者からの右申請を不

許可とした処分について、裁量権の逸脱は認められないとして、取消を認めなかった。

(2) 温泉掘削業者の責任

自然湧出温泉が減少し、掘削自噴あるいは掘削後動力揚湯による温泉が大半を占めるようになった現在において、温泉を利用しようとする者が温泉掘削業者の責任を問う判例も散見される。この点、文献上表れている裁判例は、いずれも否定例である。

東京地裁平成8年11月26日判決（判タ941号211頁）は、注文主が予想していた質・量の温泉が湧出しなかったとした事案について、一定の質・量の温泉の湧出を契約内容としたものではないとした上で、業者の行った予備調査の相当性を肯定し、温泉掘削を実施した業者の債務不履行責任を否定した。

札幌地裁平成19年11月13日判決（判タ1266号231頁）は、湧出の有無にかかわらず代金を支払う内容となっている温泉掘削工事契約でも、掘削業者は掘削や検層の結果を踏まえ、発注者と適宜協議をしながら、発注者の経営目的を前提として、最もそれに沿う湧出が得られると思われる深度にストレーナーを設置する義務を含むと前提を置きながら、温泉の掘削工事において、ストレーナーの設置位置が適切ではなかったため、結果として発注者の希望に沿う湧出が得られなかったとしても、ストレーナーの設置に関する判断が不合理といえなければ、掘削業者は債務不履行責任を負わないとした。

第4 温泉権の発生

1 温泉権の性質

(1) 温泉権の意義

温泉権は、温泉専用権、湯口権、源泉権、温泉利用権、温泉源を利用する権利、湧出地から引湯して利用する権利など、学説および判例において様々な呼び方がなされ、またその含まれる範囲も統一されていない。

温泉に関する権利は、①温泉湧出箇所が存在する地盤の土地所有権、②湧出箇所での温泉を採取・利用・処分するための設備に対する採取設備所有権、

③湯口において直接湯を採取し管理する権利（湯口権・源泉権）、④引湯しまた分湯・配湯を受けて利用する権利（引湯権・分湯権等）などが考えられる。

この点、「温泉権」の中心は、上記③湯口において直接湯を採取し管理する権利（湯口権・源泉権）であり、これを第一次温泉権と称する。さらに、温泉権の概念としてはこれにとどまらず、上記④引湯しまた分湯・配湯を受けて利用する権利（分湯権と配湯権に分けられる）（第二次温泉権）まで含まれると解すべきである。

これに対し、①温泉湧出箇所が存在する地盤の土地所有権及び②湧出箇所では温泉を採取・利用・処分するための設備に対する採取設備所有権については、温泉権の概念に含めることは混乱を招くため妥当ではない。

温泉権は水脈や水源についての権利ではなく、仮に地下水脈や水源が地質学的に同一の根源と評価される場合でも、温泉湧出場所が異なる場合には別個の源泉として別個の温泉権の客体となる（仙台高裁昭和63年4月25日判決（判タ676号109頁）参照）。

（2）温泉権の物権性

ア 総説

判例および学説上、温泉権は、源泉地の地盤の所有権から独立した物権的権利として認められている。

したがって、温泉権は、直接支配性、法的保護の絶対性、排他性といった物権の効力を享受する。

この点、権利性を認める根拠について、学説および判例は、旧慣や多年の慣習を理由とするものと、源泉が地盤たる土地とは比するべくもない高価な経済的価値を有し、地盤とは別個の取引客体として譲渡されていることを理由とするものに分かれる（判タ676号109頁）。

イ 判例

大審院判例は、最初は掘削禁止の慣習が立証されない限り妨害排除請求権を否定したが（大判明治38年12月20日民録1702頁）、後に肯定した（大判昭

和7年8月10日新聞3453号15頁)。

そして、大審院昭和15年9月18日判決(鷹の湯温泉事件、大審院民事判例集19巻1611頁^{*17})は、湯口権を取得した者と、源泉地の所有権を取得して登記した者との間の権利の優劣について、①温泉専用権を土地所有権と離れた独立の物権的な用益権とする慣習法があればこれを認めなければならない、②ただし、その権利に排他性を与えるためには、何らかの公示方法を備えることを要件としなければならないと判示し、温泉権について慣習上の物権として認めるに至った。

その後裁判例について、独立の権利と認めないもの^{*18}、独立の権利として認めつつも債権的な権利でしかないとしたもの^{*19}もあるが、概ね物権的な権利とするのが裁判例の傾向であるといえる。

ウ 一物一権主義・物権法定主義との関係

ところで、物権については一物一権主義が原則であるところ、温泉権に関してはその客体が「一つの物」とは言い難いため問題となるが、温泉権については独自の譲渡価値があつて独立の物権を認める社会的必要があり、また明認方法を施すという公示方法が認められること(後述する)から、一物一権主義の例外として認められると解される。この点、立木に対する取扱と同様に解しうる。

また、物権法定主義(民法175条)との関係も問題となるが、同主義は近代所有権を確立する、すなわち封建的な物権を認めないことと、取引の安全を図るという趣旨で定められたものであるが、温泉権に関しては封建的な権

^{*17} なお、第一審は長野地方裁判所松本支部であり、浅間温泉における紛争を裁いたものである。

^{*18} 東京地裁昭和54年12月17日判決(判タ415号128頁)は、温泉を使用収益処分する権利は、少なくとも奥多摩地方においては、その湯口の土地所有権又はその土地使用権の内容をなすにすぎず、慣習法上の物権となっているとまではいうことができないとした。温泉権を認める根拠を経済的価値に求める見解からは、慣習法の存在を認めることができる地域という限定を付ける必要性はないと批判されるところである。

^{*19} 大分地裁昭和29年6月28日判決、仙台高裁昭和43年7月15日判決(栗駒新湯事件、判タ226号161頁)などがある。

利とは言えず、また明認方法を施すという方法による一定の公示方法が認められて取引安全を害することはないと認められるから、例外として認めて良いと解される。

エ 学説

学説も温泉権の物権的権利性を肯定しており、現在異論は殆ど見あたらない（我妻榮『新訂物権法（民法講義Ⅱ）』（有斐閣,1983）202頁等）^{*20}。

温泉権に関する研究の第一人者である川島武宜は、温泉権の物権性を肯定した上で、「旧慣温泉権」と「近代法的温泉権」に分類して論ずる（前掲川島『温泉権』22頁）。すなわち、旧慣温泉権は、明治初期における私有財産制度の導入によって確立された近代法の大系の枠の外において、近代法以前の権利の枠の中での慣習によって成立して今日に至っている温泉権を指し、近代法的温泉権は、明治期に確立された近代法の大系の枠の中で近代法的な権利関係として成立した温泉権を指すとする。

しかしながら、川島自身も「両者のあいだの差異は流動的」と認めるとおり、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。

現在においては旧慣温泉権についても近代法の枠内で構成検討することが可能であり、またそれが必要であると思われる。例えば、野沢温泉は江戸時代から湯仲間という制度によって源泉を維持管理してきており、川島の上記分類に従えば旧慣温泉権の典型ということになるだろうが、これについても温泉権の共有ないし総有という近代法的構成が可能である。

また、逆に、近代法の支配下に置ける温泉利用関係についても、慣習法上の物権としての温泉権が成立しうる。この点、山形地裁昭和43年11月25日判決（下級裁判所民事裁判例集19巻11・12号731頁）は、「被告は近代法の支配の下において成立した温泉利用関係については慣習法上の物権の成立する余

^{*20} 但し、大村敦志は、温泉権の物権性を認めることは物権法定主義を軽視したものであり、温泉権を「物権」としなければ十分に保護されないか、再検討が必要であるとする（『基本民法Ⅰ』（有斐閣）274頁，2001）。

地がない旨主張するのであるが、しかし、温泉権ないし温泉利用権が夫々一個の財産権としての交換価値を有し、また利用権としてのそれらの権利が、債権の如く権利当事者の変更により一挙に覆滅させるべきでないとする社会的、経済的要請の強いのかかわらず、未だ温泉の採取および利用の私法関係について何らの立法がなされていないことを考慮すると、それが近代的所有権を中心とする物権の体系に悖るものでない限り、現行民法の下においても一定の慣行にもとづいて発生し、法的確信を得るに至り、慣習法たる物権としてその存立を認めることは決して法の理想に反するものでないと解する。」と判示する。

以上より、本稿においては旧慣温泉権と近代法的温泉権とに区別して論ずることはしない。

(3) 温泉権の対抗要件

ア 公示方法

かつて大審院判例は公示方法を不要と解した（大判明治28年2月6日，東京控判昭和14年10月16日）。

しかし，前出の大判昭和15年9月18日（大審院民事判例集19巻1611頁，鷹の湯事件）は，「温泉専用権ニシテ地方慣習法ニ依リ排他的支配権ヲ肯認シ得ル以上第三者ヲシテ其ノ権利ノ変動ヲ明認シ得ヘキ公示方法ヲ構スルニ非サレハ該権利変動ヲ第三者ニ対抗シ得サルモノトス」と判示し，温泉権に排他性を与えるためには，明認方法を備えることを要件としなければならないとした。

このように，温泉権は「明認し得べき公示方法」を講じなければ第三者に対抗し得ないということは判例上確定している。

ここで問題となるのは公示方法の具体的内容である。

イ 判例における例示

明認のための公示方法として，上記大審院判例は例示として「温泉組合乃至ハ地方官廳ノ登録等ニシテ右公示ノ目的ヲ達スルニ足ルヘキモノ」（温泉台帳登録），「立札其ノ他ノ標識」（立て札等標識），「温泉所在ノ土地自體ニ

對スル登記」(鉱泉地の登記)を挙げている。

また、中尾・判例時報1300号193頁の整理によると、裁判例は①保健所備え付けの温泉台帳へ記載、②温泉組合備え付けの温泉台帳へ記載、③湧出施設への看板(立て札、擁護建物への表示)、④湧出口及び採湯場その他温泉擁護建物の所有権保存登記、⑤引湯施設・浴槽の設置、旅館営業などという方法があるとする。

ウ 温泉台帳

温泉台帳は、保健所および温泉組合に備え付けられている温泉の状況等を記載した台帳である^{*21}。

保健所の温泉台帳について、昭和24年12月22日付「温泉源泉台帳用紙送付について」と題する厚生大臣通知等に基づき整備するものとの行政指導がなされている(『温泉必携』(改訂第9版)72頁以下。台帳の様式も掲載されている)。台帳は公衆衛生等のためのものであって、「温泉土地所有者」「温泉所有者」「温泉利用権者」という記載欄はあるものの、記載の正確性を担保するものではなく、登録制度ないし登記制度に代わるような信頼性を有しているわけではない。

また、温泉組合が常に存在するわけではなく、その台帳が常に備え付けられているわけでもない。

これについて、戦前においては登記に変わりうるものとする学説もあったが^{*22}、裁判例は、一般に温泉権の公示の機能を果たしているとはいえないとしている。

例えば、福岡高裁昭和34年6月20日判決(下級裁判所民事裁判例集10巻6

^{*21} 温泉台帳について、大分地裁昭和36年9月15日判決(下級裁判所民事裁判例集12巻9号2309頁)は、温泉権の所有者から温泉台帳上権利者と表示されている者に対して温泉権の真正な帰属を台帳に登録するための申請手続を求める訴えの利益を認め、さらに登録抹消に代わって名義変更認可申請手続をなすべき方法によることも許されたとした。

^{*22} 杉山直治郎『温泉権概論』(御茶の水書房、2005)は昭和16年頃記された論文であるが、登録(温泉組合および温泉台帳)を対抗要件として認めるべきであるとする(同書65頁以下)。

号1315頁)は、温泉台帳への登録がされている等の事実を認めた上、「右台帳制度は温泉の濫掘防止や公衆衛生保健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つて温泉に関する権利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」とする。

エ 鉱泉地の登記

地域によっては温泉の湧出する周囲の僅少な土地を分筆して「鉱泉地」とし、その登記によってその上の権利の変動を公示する方法が行われている(我妻榮『新訂物権法(民法講義Ⅱ)』202頁(有斐閣, 1983))。

ただし、この登記は温泉地盤の土地所有権の対抗要件となるのみであり、この登記によって直ちに温泉権が認められるわけではない。

オ 立て札等標識

立て札等標識は、対抗要件として有効である。

例えば、東京高裁昭和51年8月16日判決(判時837号47頁)は、温泉権が譲渡され、譲受人が県知事に温泉動力装置許可の申請をただけの場合、明認方法として十分でなく、源泉地に譲受人が温泉権を取得した旨を記した立札を立てるなど、譲受人が温泉権の取得を公示するに足る明認方法を施したことが認められない限り、第三者に対して温泉権の取得を対抗することはできないと判示した。

カ 管理・支配の事実

上記昭和15年大審院判決(鷹の湯事件)に対し、川島武宜は、公示方法たる明認方法として例示された各方法について、いずれも実際には明認方法としての性質を備えていないとして批判し、「権利者が源泉における温泉の採取・利用・管理のための施設によって、および(または)源泉から現実利用箇所まで温泉を移動させるための導管やタンク等の施設によって、現実には温泉権を継続して管理・支配しているという事実」が明認方法に他ならないという説を唱えた(注釈民法(7)640頁以下)。

戦後現在に至るまでの裁判例は、上記川島の説に概ね沿ったものが多

い^{*23}。

①山形地裁昭和43年11月25日判決（判時543号70頁）は、送湯管の設備と営業施設等による温泉の現実支配という事実を対抗要件として認め、被告の地役権登記が対抗要件となるとする主張を退けた。②東京地裁昭和45年12月19日判決（判タ260号290頁）は、掘削用のポンプ小屋や作業所などを建築し維持管理して登記をしたことや所有権を示す看板を設置したことを明認方法たる標識として認めている。③高松高裁昭和56年12月7日判決（判時1044号383頁）は、温泉権者によって引湯管、貯水槽の各施設が設置されていることや旅館営業等により、温泉の継続的な管理支配が外部から認識できるような場合には、対抗要件が具備されているものということができると判示した。④仙台高裁昭和63年4月25日判決（判タ676号109頁）は、「表示板」等による明認方法によって公示がなされたものと認めた。

2 温泉権の取得

(1) 泉源（未発見温泉）

温泉が泉源として地下にある段階においては、土地所有権の一部ということになる（民法207条参照）が、地下に泉源としてある状態では、直接に人間の支配の対象となりえないし、特定の排他的支配の対象としての客体が未だ発生しているとはいえず、温泉権も発生し得ない。

(2) 発見

ア 掘削による発見

前述の通り、現代においては、温泉の湧出は掘削により得ることが多い。

その場合、掘削により温泉の湧出が認められるが、その湧出の段階で掘削者あるいは掘削を命じた者が原始取得することになる^{*24}。掘削者あるいは掘削を命じた者が土地所有者であれば問題は生じないが、そうでない場合、

^{*23} 昭和53年度民事主要判例解説（判タ390号臨増）46頁に、高知地裁昭和53年1月26日判決に関連し、島田清次郎判事補による判例の変遷に関する解説がある。

^{*24} 東京地裁昭和45年12月19日判決（判タ260号290頁）は、温泉掘削に際しての合意内容から、温泉掘削者に原始取得を認めた。

掘削行為は土地所有権を侵害することになるから、掘削の段階で土地所有権者から掘削に関し何らかの権利の設定を受ける必要がある。これを受けずに掘削行為を行い温泉の湧出を得たとしても、温泉権を取得することはできないと考えるべきである。

イ 自然湧出温泉の発見

また、自然湧出温泉を発見することによって温泉権の取得をすることもあり得る^{*25}。

自然湧出温泉については、土地所有権の当然の効果として地盤所有権者がその源泉を原始的に取得する。大審院大正4年6月3日判決（大審院民事判決録21輯886頁）は、「土地より湧出したる水が其土地に浸潤して未だ溝渠其他の水流に流出せざる間は其土地所有者は特約、法規若くは慣習等に依る他人の権利の存在せざる限り自由に之を使用し其余水を他人に与へざることを得るものとす」と判示している。

なお、民法241条の埋蔵物発見に関する規定に従うとの見解もあり（杉山直治郎『温泉権概論』（御茶の水書房、2005）86頁以下）、これによると、温泉権は土地所有者と発見者の共有に属することになる。しかし、そもそも慣習上温泉権にそこまでの所有権からの独立性を認めるべきか疑問があるし、例えば偶々立ち入った山中で自然湧出温泉を発見した場合などに、発見者を共有者として認めることは権利関係をいたずらに複雑にするものであることが容易に想像されるから、この見解には与さない。

(3) 時効取得

また、温泉権を時効取得することも可能である。その場合、民法162条の要件を満たすことが必要となる。

なお、慣習法による物権としての温泉利用権の存在を対抗要件を欠くために否定し、取得時効の主張も排斥した事案として福岡高裁昭和34年6月20日

^{*25} 平成23年3月11日の東日本大震災の発生後、松本市浅間温泉の民家の駐車場で温泉が湧き出したという報道がある（平成23年3月16日付け『市民タイムス』）。現在も地殻変動等様々な要因により、新たな温泉の自然湧出があり得るものである。

判決（下級裁判所民事裁判例集10巻6号1315頁）がある。

3 温泉権の効力

温泉権の効力としては、①温泉を採取し管理する「利用権」、②妨害排除請求権などの「物権的請求権」、③譲渡等をする「処分権」が挙げられる。

章を変えて、①温泉権の利用、②温泉権の維持、③温泉権の処分として、順に論じる。

第5 温泉権の利用

1 源泉地の利用

(1) 源泉地利用権の設定

ア 問題の所在

温泉権を土地（源泉地）所有権とは別個の独立した物権であると解することから、源泉地所有者と温泉権者が別人に帰属することがありうることになる。

具体的には、源泉地所有者が他者に温泉の掘削および温泉権の取得を許諾した場合、源泉地所有者とは別の他者が温泉権を原始取得した場合（発見・取得時効）、源泉地所有者が従前同人に帰属していた温泉権のみを他者に承継取得させた場合などが考えられる。

イ 源泉地利用権の設定

そうした場合、温泉権者は、まずは、源泉地について地上権、地役権などの物権を設定するか、あるいは賃借権、使用貸借権といった債権的利用権を設定することによって、源泉地を利用することが可能になる。

一般には、賃貸借契約を締結することが多い。すなわち、温泉権者は源泉地所有権者から土地賃貸借契約によって源泉地を借りることによって、土地を利用する権利を得ることになる。

賃貸借契約の場合、民法の規定が適用されるから、温泉権者は存続期間、対抗力、解約事由、更新拒絶などにおいて、不利な地位に置かれることにな

る。温泉の掘削に莫大な投下資本が必要になることから、源泉地利用権の法的保護のため、借地借家法による建物所有のための借地権と同じような、あるいはそれ以上の物権的保護を与える立法解決がなされるべきであるとする有力な学説がある（渡辺洋三「温泉契約と立法」『契約法大系Ⅶ補巻』141頁（有斐閣，1965））。

ウ 温泉権の内容としての源泉地利用権

次に、上記のような源泉地利用権が存しない場合に、温泉権の効果，すなわち温泉権の具体的実現ないし内実として，他人所有にかかる源泉地を利用する権利があるといえるかが問題となる。すなわち，温泉権と源泉地利用権とを分けて考えず，温泉権に当然源泉地利用権（源泉施設管理権を含む）が含まれると解されるか，問題となる。

この点につき，仙台高裁昭和63年4月25日判決（判タ676号109頁）は，否定する。すなわち，温泉権者は，その温泉の採取・利用・管理をなすべき権能が妨害された場合には，温泉権に基づきその妨害排除請求をなし得るが，慣習があれば別として当然には土地使用権は含まずその土地使用権を別に用意するのが通常であり，温泉権者は土地所有者の土地使用妨害を排除する権利を有しないとする^{*26}。

これは注釈民法(7)626頁，川島他『温泉権の研究』426頁以下など，学説においても同様に解されている。前掲渡辺論文においても，「源泉権と源泉地利用権とは，これを二つの権利に分けて考えず，両者を不可分一体の権利として扱い，源泉権の中には，源泉地利用権が当然にふくまれているとすることが一番妥当である」としつつ，これは立法論による解決が図られるべきとする（渡辺・前掲書143頁）。

以上の見解によると，源泉地の土地使用権を持たない源泉権は，具現化し得ないものであり，抽象的観念的な権利にとどまることになる。

他方，東京地裁昭和45年12月19日判決（判タ260号290頁）は，温泉権の効

^{*26} 昭和63年度主要民事判例解説（判タ706号臨増）34頁以下に，木下徹信判事による解説がある。

力として、土地所有者に対する関係で引き続き温泉の採取、利用、管理のために必要とする土地の使用権限を有するものと解するのが相当と判示している。

(2) 源泉地立入権

源泉地利用権を設定した場合でも、他人の所有地を通して源泉地に至るまでの通行権の確保が必要となる。

この点、源泉地利用権は源泉地に至るまでの通行権を当然に含むものであると構成することは可能である。また、他人の所有地内にある源泉地は一種の袋地であり、民法上の相隣関係の規定に準じ、囲繞地通行権のような権利を解釈上認めることも不可能ではないと思われる（渡辺・前掲書146頁）。

(3) 敷地所有権の価値

温泉権と源泉地利用権、施設管理権が別人に帰属し、権利関係が錯綜している場合の権利相互の関係と財産権の割合について判示した判例があるので、ここで触れておきたい。

大阪地裁平成17年3月29日判決（判タ1200号229頁）は、温泉採取権、鉱泉水所有権又は使用権、給湯設備がそれぞれ別の権利者に帰属する場合に、鉱泉水所有権のみの現在価値は、「永代使用権が存在する基地の底地の比率に類似するものとして、本件各温泉採取権をも含めた現在価値の10%程度とみるべきである」と算定した。権利相互の関係と財産権割合を経験則に基づいて算定したものであって、実務上参考になる。

2 引湯

(1) 引湯の必要性

温泉の利用について、入浴の用に供されることが通常であるが、湧出地で直ちに入浴することは稀である^{*27}。そのため、温泉権を利用するためには、泉源地から利用する場所への「引湯」^{*28}が必要となる。

^{*27} 例外として湧出している場所に浴槽を設ける「足下湧出温泉」がある。長野県内では渋御殿湯、本沢温泉など数カ所であり、全国でもせいぜい数十カ所と数少ない。

引湯については、今日においては引湯管（パイプ）によるものと、タンクローリー等の車両による運搬の方法がある。この点、タンクローリー等車両による運搬の場合は、公道あるいは通行権のある私道を通行するものであるから、権利上は特段の問題を生じない。

他方、引湯管は地中あるいは地上を通るが、温泉権者と異なる者が所有する土地の地中あるいは地上を通過する場合、土地の所有権者との関係で、利用権の設定が必要となる。

(2) 引湯地利用権の設定

まず、引湯管の設置に当たっては、通過地の所有権を取得するか、あるいは地上権、地役権、賃借権、使用貸借権等の利用権を設定することが考えられる。通常は賃貸借契約の方法によるが、この場合、民法上の賃貸借の規定が適用され、保護が弱いことについては、源泉地利用権の設定の場合と同様である。

この点、大審院昭和10年10月5日判決（大審院民事判例集14巻1965頁、いわゆる宇奈月温泉事件判決）が引湯について判示している。富山県にある宇奈月温泉は7.5キロ先にある黒薙温泉から地下に埋没させた木製の引湯管を用いて引湯していたが、利用権を得ていない2坪の土地を通過していた。その土地所有者が起こした引湯管の妨害排除請求について、大審院は権利濫用として、引湯管の撤去を認めなかった。権利濫用の実例として著名な判例である。

また、温泉利用権に合わせて、引湯管設置のための使用借権の譲渡について承諾したものと認め、温泉利用妨害禁止仮処分を認めた事例がある（高知地裁中村支部昭和48年5月10日決定）（判時728号88頁）。

(3) 温泉権の内容としての引湯地利用権

*28 川島は、後述する「分湯」「配湯」と区別して、「引湯ということばは、温泉を或る個所から他の個所に導管によって移動させる、という場所的移転のみを意味する」と定義している（前掲川島『温泉権』35頁）が、本稿においてもほぼ同趣旨の用語として用いる。但し、今日においては「導管」のみならず、タンクローリーなどの車両による移動方法を用いている施設も見られることに留意が必要である。

上記のような利用権が存しない場合に、温泉権の効果、すなわち温泉権の具体的実現ないし内実として、他人の所有地上（あるいは地中）を利用して引湯することができるかが問題となるが、源泉地利用権以上に、これを肯定することは困難である。なぜなら、引湯は単なる財産権の行使に過ぎず、引湯地所有者に受忍を求めることはできないからである。

3 分湯・配湯

(1) 問題の所在

温泉権者（湯口権者）が、直接温泉を利用する場合のみでなく、源泉地に湧出する温泉のうちの一定量に付き、他人にこれを引湯の上利用することを認めることがある。現代においては、自家源泉を用いた温泉施設の他、源泉を集中管理して、それを各施設に分配する源泉地も多い^{*29}。

その場合、分湯ないし配湯を受ける権利が問題となる。

分湯は、源泉権者がその管理・支配する温泉の一部の管理・支配を他の者に譲渡することを指し、配湯は、単に特定の量の温泉を動産として継続的に配給することを指す（前掲川島『温泉権』34頁、注釈民法(7)621頁以下）。分湯は物権性が認められ、債権として認められるに過ぎない配湯とは区別される。

(2) 分湯

温泉のうち一定量を引き湯利用することを内容とする温泉利用権（分湯権）について、慣習法上の物権と認められることがある。

山形地裁昭和43年11月25日（判時543号70頁）は、源泉権者が分湯を途中で止めようとした事案について、分湯を受けていた者の温泉利用権を慣習法上の用益物権として認め、恒久的な施設の設置などから公示方法による對抗要件も認めて、源泉権者が所定量の温泉を配湯給付すべき義務を負担してい

^{*29} 源泉の集中管理は、源泉の保護と安定的供給を目的として行われるものであって、下呂温泉や昼神温泉など、比較的規模の大きい温泉地等において行われているシステムである。安定的供給に資する反面、複数の源泉を混合することもあり、その場合各源泉の個性が失われることなどから、反対する意見もある。

るとして、温泉の供給を継続するよう命じた。

前橋地裁昭和31年7月17日判決（下級裁判所民事裁判例集7巻7号1932頁）は、伊香保温泉における分湯をめぐる紛争について、分湯使用権を認め、分湯升における分湯使用量を認定した。なお、認定された「分湯使用権」が物権であるか債権であるかは、この判決においては明確には判示していないが、物権的に認めているものと解される。

(3) 配湯

分湯と区別されるものとして、源泉権者と利用者との間で債権的温泉供給契約を締結して、お湯の配分供給を受けることがある。この「配湯」を受ける債権的温泉供給契約は、一種の継続的供給契約に当たると解される。

東京地裁平成12年11月8日判決（判タ1073号167頁）は、別荘地売買契約の附帯契約として締結された温泉供給契約があるという事例において、10年間の有効期間とその期間に付き当事者間の協議により更新できる旨の条項がある場合につき、温泉の供給は別荘地の主要なセールスポイントとなっていたこと、その有効期間は別荘の通常の存続期間に比して短いことなどから、更新条項は別荘購入者に更新権を付与する趣旨と解すべきであり、特段の事情のない限り更新を拒絶できないとした。温泉供給契約に基づく供給を受ける権利について、借家権にも似た保護を与えたものとして注目される。

東京地裁平成3年5月29日判決（判タ772号212頁）は、温泉付別荘について契約の成立を認めず、温泉を使用していた分について不当利得として返還を認めた事例である。温泉供給契約の成否が問題となっている。

なお、町が新たに第三者との間で給湯契約を違法として、町の温泉旅館業者等であり、源泉の管理等を目的とする温泉開発の株主である原告が差し止めを求めた訴訟において、監査請求期間の徒過を理由として訴えを却下した判決がある（盛岡地裁平成12年6月16日判決）。

第6 温泉権の維持

1 物権的請求権

温泉権は独自の物権ないし物権的権利として認められる場合（明認方法による対抗要件具備が要件となる）、温泉権を侵害する行為について妨害排除請求ないし妨害予防請求権が可能である。

東京地裁昭和45年12月19日判決（判タ260号290頁）は、「源泉権とは、それに基づいて温泉を採取・利用・管理することができる一種の物権的権利であると解するから、その権利の行使を妨害するものに対しその妨害の排除を求めることができることはいうまでもない。」と判示する。

また、高松高裁昭和56年12月7日判決（判時1044号383頁）は、原告について対抗力ある温泉権を有することを認め、土地所有者に対する対抗権を認め、湧出口に設置していた引湯管を土地所有権者が除去した行為について、妨害禁止請求を認めている^{*30}。

さらに、温泉の使用が侵害された場合に、不法行為に基づく損害賠償請求も可能である。

2 相隣との関係

(1) 相隣の掘削との関係

ア 民事上の対応

他人の掘削によって温泉量が減少するなど既得の温泉権が侵害された場合、その差止および損害賠償を求めることが考えられる。

これにつき、裁判例は、一般論として新しい掘削が権利濫用に当たる場合に差止が認められるとしつつ、結論としては種々の事情を認定して権利濫用に当たらないとして否定するものが多い。

福岡高裁昭和27年10月25日判決（高裁民事判例集5巻11号540頁）は、温泉法第3条の規定による都道府県知事の許可は、いわゆる不作為義務を解除する行政処分であつて、これによりあらたな私権が創設されるものではない、

^{*30} なお、温泉使用妨害禁止の仮処分について、債務者の不作為を命ずるほか、執行吏にその禁止事項を公示する為適當の方法をとるべき旨定めることが適當であるとした裁判例（東京地裁昭和30年1月10日判決，法曹新聞96号13頁）がある。

したがって、当該許可に基づく掘削行為が権利の濫用と認められるときは、既存の温泉権者は右掘さく行為の禁止を訴求することができるとし、差止請求がありうるものとした。しかしながら、「知事より掘さくの許可があつた場合は、格別の事情の存しない以上、当該許可に基づく掘さく行為は、既設温泉の湧出量、温度若しくは成分に影響を及ぼし、その他公益を害する虞があるとは認められないものと推認され」とした上で、温泉の湧出量や温度に常に影響を及ぼすとは限らないと事実認定し、結論として差止の仮処分を認めなかった。

福岡高裁昭和31年11月8日判決（下級裁判所民事裁判例集7巻11号3156頁）は、新しい温泉井の掘削による影響は著しいものではなく、若干の手当をして温泉利用による営業を支障なく継続し得ていると認定し、「控訴人等の方が早く許可を得て、早く掘さくしていたからといつて、控訴人等が地下の原泉について排他的独占的な利用権を有するものではなく、本来被控訴人も知事の許可さえあれば控訴人等と同様土地所有権の効力として平等に原泉を汲み上げ利用する権利を有するものである」とするなどして、新しい温泉井の掘削利用は権利濫用には当たらないとした。

イ 行政上の対応

既得温泉権が、他人の掘削によって侵害される恐れがある場合、あるいは侵害された場合、紛争としては、その他人に対する温泉掘削許可処分の取消訴訟としても現れる。

前述したとおり、温泉を掘削するためには、温泉法3条に基づき、都道府県知事の許可を受ける必要があるが、これに対し、都道府県知事は、「当該申請に係る掘削が温泉のゆう出量、温度又は成分に影響を及ぼすと認めるとき」「当該申請に係る掘削が公益を害するおそれがあると認めるとき」などの同法4条1項各号に該当しない限り、許可をしなければならないとされている。

許可が原則となるため、裁判例として現れた事案では、許可処分の取消を認めない裁判例が多い。

広島高裁昭和57年6月10日判決（行政事件裁判例集33巻6号1269頁）は、「公益を害する虞がある場合とは温泉源を保護しその利用の適正を図るという公益の見地からこれに反すると認められる場合を指すものであつて、知事が右規定により許可をするかどうかの判断は、主として専門技術的な判断を基礎とする裁量により決定すべきことがらであり、右決定が違法となる場合は右裁量権の限界を超える場合に限るものと解するのが相当である」とし、裁量権の逸脱はなかったとして、取消を認めなかった。なお、同裁判例は、工事完了後においても許可処分取り消しを求める訴えの利益を認めている。

また、大分地裁昭和29年6月28日判決、福岡地裁昭和29年6月2日判決も許可処分の取消を認めなかった。

(2) 相隣の動力装置設置との関係

ア 民事上の対応

温泉の湧出量を増加させるために、動力を設置することがあるが、この場合も泉脈を同じくする既得温泉権が、この設置によって侵害される可能性がある。

甲府地裁昭和32年1月24日判決（下級裁判所民事裁判例集8巻1号77頁）は、自噴量を増加させるための電動力装置の設置の差止を求めた事案について、温泉法8条（現11条）の許可を受けていない違法があることを認めつつ、温泉法は「温泉の利用権を保護することを直接の目的とするものでなく同法に基く各種取締の結果として既設温泉の利用者はその反射的な利益を享受するに過ぎないものである」と判示し、専ら他人の権利を害することを目的としてなされた場合でなければ、不法行為は成立しないとした。

イ 行政上の対応

温泉の湧出量を増加させるために、動力を設置する場合、掘削許可と同様に、温泉法11条に基づき都道府県知事の許可が必要となる。

最高裁昭和46年1月22日判決（最高裁判所民事判例集25巻1号45頁、判タ259号154頁）は、温泉法20条（現32条）に基づき温泉審議会の開催および意見聴取が必要となること、審議会の開催がなされず持ち回り決議がされて、知

事による動力装置許可処分がなされたという事案について、当該意見聴取は利害関係人の利益保護のための手段ではなく、適切な処分のための参考であるから、当該瑕疵は無効原因とまではならないとし、また、施設を改善すれば湧出量の減少を補うことができるとして無効および取消を否定した。

なお、松江地裁昭和30年9月8日判決（行政事件裁判例集6巻9号2189頁）は、温泉動力装置許可処分の執行停止を求めたところ、償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があることの疎明を欠くとして却下された事例である。

(3) 相隣の引湯との関係

草津温泉においては「万代鉱温泉給湯臨時措置条例」を定めており、この条例に基づいて出した温泉引用許可処分について、争われた事例がある。前橋地裁平成2年4月19日判決（判タ743号143頁）は、住民訴訟の対象が財務会計上の行為に限られる（最高裁平成2年4月12日判決）ところ、温泉引用許可処分はその目的、内容、損害の発生いずれの見地からしても、町の財務会計上の事務の処理とはいえず、住民訴訟の対象とはならないとした。

第7 温泉権の処分

1 温泉権の移転

(1) 土地と共にする処分

土地が譲渡される場合、特段の意思表示がない限り、土地に湧出する温泉の温泉権も共に譲渡されることになる。

温泉権が土地所有権から完全に独立していない場合、その処分には土地所有権の処分についての公示方法を備えれば足り、特に泉源地所有権と分離して温泉利用権だけを処分する場合に限り、特別の公示方法を必要とすると解される（我妻・判民昭和15年度93事件評釈，松坂佐一『民法提要物権法』（有斐閣，1984）145頁）。

(2) 温泉権のみの処分

温泉権の独自の物権性を認める場合、土地所有権を所有権者のままとしつ

つ、温泉権のみを他人に譲渡することが可能である。また、そもそも土地所有権者と別の者が温泉権を有していた場合、その温泉権者が独自に温泉権を他人に譲渡することが可能である。

譲受人は譲渡人に対し契約に基づき温泉権の引き渡しを求めることになるが、第三者との関係では、温泉権のみの譲渡を受けた者は、既に検討した公示方法を採用し対抗要件を備えることが必要となる。

温泉権の譲渡について、温泉権譲渡を認め、譲受人に温泉採取権を認めた事例判決として、大分地裁平成21年4月28日判決（裁判所ウェブサイト）がある。

温泉権が譲渡された場合、温泉権者が有する源泉地利用権は、温泉権に付随する権利として、別段の意思表示のない限り当然に温泉権の処分に従うことになる」と解される。

2 担保の設定

(1) 抵当権

温泉権は登記・登録などの制度がないから、温泉権を単独で抵当権の目的とすることはできない。しかし、観光施設財団抵当法4条4号で財団抵当の組成物件の一つとして「温泉を利用する権利」を認めているので、温泉権も組成物件に組み入れることで抵当権の目的とすることは可能である。

なお、東京地裁昭和46年8月12日判決（判タ270号329頁）は、旅館建物および敷地に対する抵当権の効力が旅館施設内の上陸用栈橋・通行用トンネル・プール・岩風呂・温泉源ポンプ室および源泉から湧出する温泉の利用権能に及ぶとした。

(2) 譲渡担保

温泉権を単独で担保に取る方法としては、質権による方法があり得るが、多くの場合、温泉権について担保に取るときは譲渡担保の方法によることが多いと思われる（仙台高裁昭和63年4月25日判決（判タ676号109頁）参照）^{*31}。

その場合の公示方法は、温泉権の登記の制度がないため、悩ましいところである。明認方法を施す方法によることになり、立て札の設置などや保健所・温泉組合に設置された温泉台帳への登録などが考えられるが、温泉権者の公示方法以上に事実上困難な問題を含むことになる。

3 温泉権と執行

温泉権の公示方法が法律上制度化されていないことから、温泉権の差押に当たっても困難な問題が生じる。

釧路地裁平成11年3月16日判決（判タ1039号130頁）は、温泉権に対する差押命令が発せられた場合において、執行裁判所の裁判所書記官が右差押えにつき公示方法をとらなかったため、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して、差押債権者が提起した国家賠償請求につき、執行裁判所書記官には温泉権の差押えにあたり公示方法をとるべき法律上の根拠がないとして、請求が棄却された事例である。立て札等の設置等については、「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考えられない」とし、また温泉台帳への登録については、「公衆保健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」としている。

また、競売による温泉所有地の取得にあたって、執行官の現況調査の違法が問われた裁判例がある。宇都宮地裁平成17年12月22日判決（裁判所ウェブサイト）は、不動産競売において土地建物を買い受けた原告が、物件明細書等には、土地から温泉が湧出すると記載されていたにもかかわらず、温泉の湧出を得られなかったとして、担当執行官の現況調査等に違法があったと主張した事案で、執行官が、現況調査にあたって、通常行うべき調査方法を採用

*31 鈴木正和「温泉権の担保取得と実務上の留意点」『旬刊金融法務事情』1239号19頁。
銀行実務の立場から、譲渡担保設定に当たっての留意点等も記している。

らず、あるいは、調査結果の十分な評価、検討を怠ったなど、その調査及び判断の過程が合理性を欠き、その結果、現況調査報告書の記載内容と目的不動産の実際の状況との間に看過し難い相違が生じたものとは認められないとし、請求を棄却した。

4 温泉権の消滅

温泉権は、その性質上、温泉の湧出がなくなり、それが一定の期間続くことによって、消滅する。

第8 温泉の利用

1 入浴施設の設置

(1) 入浴等利用許可

温泉は、前述の通り、日本においては入浴の用に供されるのが通常の利用法である。

この点、温泉法15条は、「温泉を公共の浴用又は飲用に供しようとする者は、環境省令で定めるところにより、都道府県知事に申請してその許可を受けなければならない」と定めている。

(2) 掲示

ア 掲示内容

また、温泉を公共の浴用又は飲用に供する者は、施設内の見やすい場所に、温泉の成分、禁忌症、入浴または飲用上の注意、その他入浴又は飲用上必要な情報として環境省令で定める事項を掲示しなければならない（温泉法18条。なお、30万円以下の罰則も定められている、41条2号）と定められている。

平成16年、白骨温泉を発端として温泉偽装問題が発覚したことを受けて、平成17年5月温泉法改正によって、温泉に加水・加温・循環装置の使用・入浴剤添加・消毒処理を行っている場合は、その旨とその理由を掲示しなければならないこととなった（温泉法施行規則10条2項）。さらに、平成19年10月改正において、10年ごとの定期的な分析と掲示内容の更新が義務づけられ

た（温泉法18条3項、温泉法施行令1条）。

イ 評価

しかしながら、消費者が適切に判断するという観点からは、現在温泉法等が義務づけている掲示の内容は改正後も未だ不十分であると考ええる。

毎分当たりの湧出量や、湧出の方法（自然湧出か掘削自噴か動力揚湯か）、温泉源から浴用に供するまでの経路・方法（パイプによるものかタンクローリーによるものか、集中管理によるものか独自源泉か、移動距離等）なども掲示を義務づけるべきである。なお、湧出量等については従来掲示が義務づけられていたものを、昭和57年の改正で掲示義務から外したという経緯がある。不当な改正であったと評さざるを得ない。

また、掲示の内容となる成分分析が湧出地で採取されたお湯で行うことが多くの慣行とされていることについても疑問がある。この点、平成14年3月29日付環境省による通知第2、2項では「この掲示は、利用施設における分析結果に基づき行うことを原則とするが、ゆう出口と利用施設との間でその成分に差異がないと認められる場合は、ゆう出口における分析結果に基づき行って差し支えない」としている（『温泉必携』（改訂第9版）65頁）。

しかしながら、「実際の温泉は、湧出後、温度、気圧等の物理化学的条件の変化に加え、温泉成分の化学反応等を通じて、成分の蒸発、沈殿および化学種等が、時々刻々変化しているダイナミック（動的）な存在」である（日本温泉科学会編『温泉科学の最前線』211頁（ナカニシヤ出版、2004））。温泉は湯船に入って初めて浴用に供されるものであって、タンクローリーで長時間運んできたり、何日も換水せずに循環させているお湯の成分は、湧出地の成分とは明らかに異なっているはずであって、利用者保護の観点からは、浴槽内での成分分析および掲示を法律上義務づけるべきであると考ええる。

(3) 設置管理の瑕疵

温泉利用に当たって、施設の設置管理の瑕疵が認められた事例がある。

仙台地裁昭和50年3月28日判決（判タ325号257頁）は、供給装置を設置してもらい温泉の供給を受けていた自宅風呂場において硫化水素を吸引し中毒

死したという事案において、設置・管理上の瑕疵を認めて損害賠償責任を認め、その上で6割の過失相殺をした。

その他、大分地裁昭和47年7月21日判決（判タ286号356頁）は、道路管理者の責任を認めた。なお、後で温泉所有者に対する求償も認められている（大分地裁昭和51年3月16日判決（判時841号93頁）。広島高裁昭和57年8月31日判決（判時1065号144頁）も肯定例である。

2 入湯

(1) 入湯権

入湯権は、温泉に入浴する権利と定義される。

入湯権は温泉権者との債権的入湯許諾契約により生ずることが原則であるが、温泉入会権に基づいて入湯権が発生することもあり得る。

すなわち、古来よりの温泉地においては、地元の人が共同で管理する共同浴場を設けていることがある^{*32}。共同浴場は、一般に周辺の地元民が費用を出し合って施設を建立し、地元の人が掃除を当番制で行うなどして源泉および施設を維持管理し、そして入浴する権利を得るのが通常である。かかる権利の内容は、その地域の慣習によるが、その実態内容からして、温泉入会権に基づく入湯権と構成すべき場合がある。

この点、温泉入会権の存否が問題となった裁判例がある。

大分地裁平成15年11月27日判決（裁判所ウェブサイト）は、地区住民である原告らが温泉入会権を有すると主張して、被告である市による給湯停止によって、温泉入会権に基づく入湯権が侵害されたとして、被告に対し給湯の再開等の措置と引湯・入湯権の確認を求めた事案である。これについて、裁判所は、かつては原告らの主張する温泉入会権は存在したと認める余地はあ

^{*32} 長野県では、野沢温泉、渋湯田中温泉郷、山田温泉、上山田温泉、別所温泉、鹿教湯温泉、浅間温泉、下諏訪温泉、上諏訪温泉などに共同浴場がある。全国では別府温泉、草津温泉などのものが有名である。

共同浴場は地元の交流の場ともなっている。大塩温泉や松代温泉のように、地域の公民館を兼ねている温泉もあり、地域社会の拠点ともなっている。

るが、過去に温泉施設の土地建物が被告の前身の村に売却された時点で共に譲渡されたものであり、現在の原告らの権利の存在は認められないとした。温泉入会権を物権として一応認めつつ、譲渡されたと判断して棄却したものである。

(2) 入浴拒否

入湯許諾契約は債権契約であって諾否の自由があるが、差別的な入浴拒否は認められない。

最高裁平成17年4月7日決定（一審は札幌地裁平成14年11月11日判決，控訴審は札幌高裁平成16年9月16日判決）の一審判決において，公衆浴場の経営者が外国人の入浴を一律に拒否するという方法により外国人及び外国人に見える者の入浴を拒否することは，人種差別にあたるとして，不法行為の成立が認められている。

(3) 温泉による治療

温泉には，医学的・療養的效果が認められている。このことから，交通事故等の治療として温泉に入湯して治療に当たることがあるが，温泉療法に伴う損害と事故との因果関係が認められるかについて判断した裁判例が散見される。

温泉療養につき，後遺症状の軽減及び機能回復に効果があると認め，因果関係を認めた事例（福岡高裁昭和47年4月24日判決，交通事故民事裁判例集6巻6号1701頁），医師の勧告による温泉治療につき相当因果関係を一部認めた事例（東京地裁昭和44年1月20日判決，交通事故民事裁判例集2巻1号51頁），医師が温泉療養の必要を認めたものではなく，損害とならないとした事例（東京地裁昭和38年10月14日判決，判タ154号124頁）などがある。

第9 おわりに

温泉はわが国において社会生活上定着した存在であるが，これに関する法的整備は遅れていると言わざるを得ない。行政法規である温泉法は温泉の利用の適正化（同法1条）のために十分かつ適切なものであるとはいえない。

またそれ以上に、温泉権を規定する法律が存しないことは問題である。

温泉の権利関係に関する私法関係を規律した法律の制定は古くから望まれている。厚生省の温泉法制定担当者も「更に研究しなければならない温泉権に関する規定等が漏れていて、理想的な温泉法とは大分へただりがある」としているところであり（拙日本温泉協会『温泉』昭和23年11月号，24年1月・2月号），また渡辺『契約法大系Ⅶ補巻』141頁（有斐閣，1965）においても「おそかれ早かれ，温泉紛争を処理するための法的規準が定められねばならない」と書かれているが，それから半世紀近くが過ぎた今になっても制定されていない。

この間，温泉に関する紛争は増加しており，裁判所の判決も少なくない数出されている。慣習法上認められる概念であることから統一した温泉権を規定することは困難であるようにも思われるが，その慣習も現代において変容し，ある程度の共通部分は見いだせる。例えば温泉権に関する登記制度を設けることなど，一定部分において温泉の権利関係を定めることは可能であると考ええる。また，譲渡・処分や担保設定の関係などでも，温泉権に関する規律は必要である。

しかしながら，そのような法律が存在しない現在においては，温泉をめぐる紛争解決には，現行の民法その他一般法の解釈と，従前の裁判例の分析によることになる。

本稿で検討してきた通り，裁判例は概ね温泉権の物権性を肯定し，温泉権の効力として，温泉を管理し採取する利用権，妨害排除請求権などの物権的請求権，譲渡等をする処分権などを認めているといえる。

温泉に関する紛争は，爆発的に増えることはないであろうが，今後も一定数継続的に起きることが予想される。さらなる検討が必要となる所以である。