

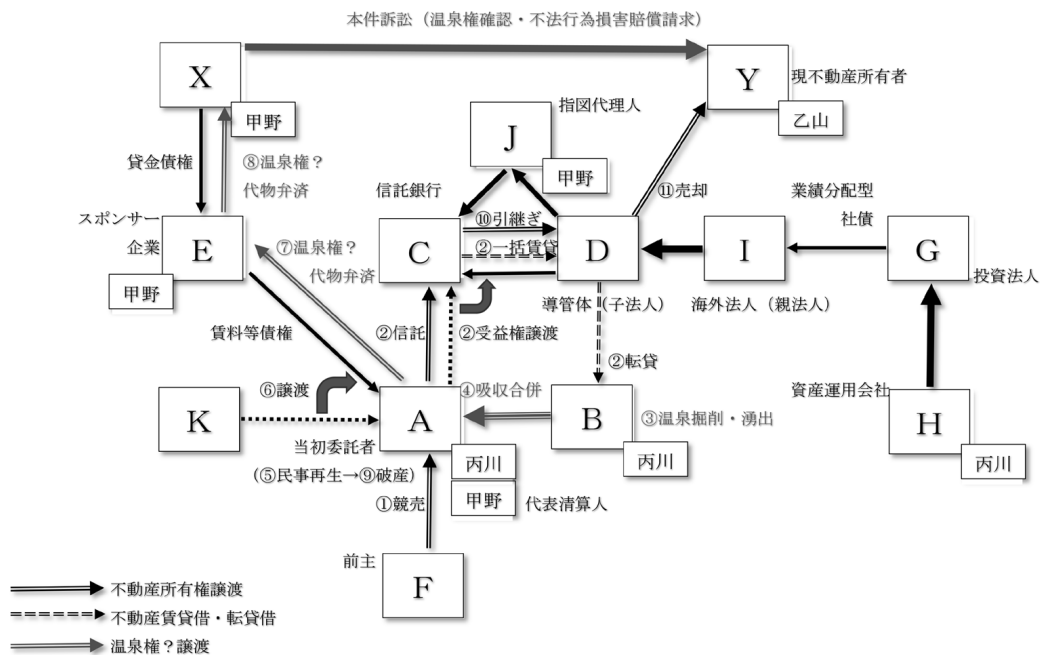
掘削泉における温泉権の成否

〔令和元年10月30日東京高裁判決、平成31年(ネ)第304号損害賠償請求控訴事件、控訴棄却、判例時報2485号12頁、金融・商事判例1587号22頁〕

清水 恵 介

【事実の概要】

図・当事者関係図



(1) Aは、国内外の提携ホテルの旅行代理店へのマーケティングの受託業務、国内におけるホテル経営等を目的として、平成6年12月27日に「A株式会社」の商号で設立された株式会社である（なお、平成

22年12月22日に商号が「株式会社 A」に変更され、平成23年3月28日に株主総会の決議により解散して清算手続に入り、現在も清算手続中である。平成27年2月18日、X 代表者である甲野春夫（以下、「甲野」という。）が代表清算人に就任している。）。

A は、平成16年4月2日、競売による売却によって、当時の所有者であった有限会社 F から、本件土地及び同土地上にある本件建物（以下、両者を併せて、「本件不動産」という。）の所有権を取得した。

- (2) A は、平成16年4月1日付けで、B に対し、本件建物を、瀬戸内海国立公園宮島宿舎事業の施設として使用すると目的で賃貸した（以下、「本件賃貸借契約」という。）。

B は、その後間もなくして、本件建物において旅館「弁天の宿いつくしま」⁽¹⁾（以下、「β」という。）の営業を開始した。

- (3) 一方で、A は、C 信託銀行との間で、平成16年7月6日、A が C 信託銀行に対して本件不動産を信託により譲渡し、その受益者を A とする旨の合意をした。そして、A は、同日、D に対し、上記信託に係る受益権を譲渡した。

C 信託銀行は、同日、上記信託譲渡により、A から、本件不動産の所有権を取得した。これに伴い、B との間の本件賃貸借契約の賃貸人たる地位は、A から C 信託銀行に移転した。その上で、C 信託銀行は、同日、本件建物を D に一括賃貸し、D から B に対して転貸するという形式をとる（D が新賃貸人となる）ことについて、B の承諾を得た。

- (4) 上記信託譲渡は、不動産投資スキームの一環として行われたものであった。すなわち、A の当時の代表者丙川秋子は、当時、G 投資法人の資産運用会社である H 株式会社のファンドマネジャーを務めていた。丙川は、A において本件不動産を取得し、これを C 信託銀行に信託譲渡し、その受益権を A から導管体（資産から得られた利益を投資家に配分するための機能）である D に譲渡し、D の親会社である海外法人 I が発行する業績分配型社債を G 投資法人が引き受けるこ

とで、最終的に G 投資法人の投資家に利益が配当される投資スキームを作り上げた。そして、本件建物における実際の旅館経営は、丙川が代表者を務める B が行うこととした。また、受益者である D が有する指図権の行使については、甲野が代表者を務める J 投資信託株式会社が代理人（以下、「指図代理人」という。）となった。

- (5) B は、「β」を温泉旅館としてその宿泊施設としての価値を高めるべく、平成16年7月26日、本件土地において温泉を掘削することについて温泉法に基づく広島県知事の許可を得た。そして、同年10月14日までの間に、温泉（神の湯）を湧出させ、同日、広島県知事に対し、温泉掘削工事完了届を提出した。B は、同年12月22日、睦月の湯の湧出量を増加するために動力を装置することについて、温泉法に基づく広島県知事の許可を得た。

上記の温泉掘削及び動力装置については、受益者である D の指図代理人である J 投資信託の承諾を得て行われた。

- (6) A は、平成17年3月1日、B を吸収合併した。これに伴い、A が本件賃貸借契約の賃借人たる地位を承継した。
- (7) A は、平成17年6月29日、本件土地において温泉を掘削することについて温泉法に基づく広島県知事の許可を得た。そして、平成18年3月23日までの間に、温泉（龍神の湯）を湧出させ、同日頃、広島県知事に対し、温泉掘削工事完了届を提出した。A は、同年6月21日、如月の湯の湧出量を増加するために動力を装置することについて、温泉法に基づく広島県知事の許可を得た。
- (8) A は、平成18年11月2日、「β」内の各場所において本件各温泉を利用することについて、温泉法に基づく広島県広島地域保健所長の許可を得た。また、A は、同日、上記各場所において本件各温泉を利用することについて、浴用上の禁忌症、適応症及び入浴上の注意に関する広島県広島地域保健所長の決定の通知を受けた。
- (9) A は、温泉旅館として「β」を経営するほか、ビジネスホテルや教会式結婚式場を運営していたが、サブプライムローン問題に端を

発した不動産事業資金融資の縮小とこれに伴う不動産市況の悪化を受け、業績及び資金繰りが急速に悪化していった⁽²⁾。

A は、平成21年1月5日、再生手続開始の申立てをし（東京地方裁判所平成21年（再）第2号）、同月16日、再生手続開始決定を得た。A の再生にあたっては、E（甲野が全額出資して同月に設立した株式会社）がスポンサー企業として資金援助等を行うことになった。A の再生計画案の検討過程において、仮に A が破産した場合の想定配当額が検討された。その過程で A の保有資産の価値評価が行われた。別紙温泉権目録記載1及び2の各温泉権（以下、「本件各温泉権」という。）は、A の貸借対照表上、「無形固定資産」の欄に商標権やソフトウェアと共に計上され、約3500万円と評価されていた。しかしながら、破産を想定した場合における本件各温泉権の清算貸借対照表上の評価は、回収可能性なしと判断され、評価額は0円となった。他の無形固定資産（商標権など）の全部も、同様に、回収可能性なしとして0円と評価された。同年7月15日、再生計画が認可され、同年8月12日、同認可決定が確定した⁽³⁾。

- (10) A 及び E は、上記民事再生事件の再生計画実行中に、再生計画とは別に、平成23年2月22日（後に新設分割無効判決が確定する新 A' を新設分割した日）付けで、次の内容の本件代物弁済契約①に係る契約書を作成した。

A は、E に対し、平成23年2月22日、下記の債務の弁済に代えて、新 A'（後に新設分割無効判決が確定）が発行する株式40株（評価額20万円）、本件各温泉権（揚水ポンプ動力装置一式を含む。評価額52万6470円）及び A が有する商標権（上記再生計画案検討過程における破産想定価値評価では、回収可能性なしとして0円と評価された。）全て（評価額24万0243円）を譲渡する。

記

A と破産者株式会社 K との間の平成14年4月3日付け建物賃貸借契約に基づき、K が民事再生手続中の A に対して有していたホテル

「マークスイン西川口」に係る未払賃料債権等合計1408万0007円（民事再生計画認可決定により減額変更される前の金額）につき、KとEが平成22年9月1日に締結した債権の売買契約（代金額40万円）により、AがEに対して負うこととなった未払賃料等の債務102万3761円（民事再生計画認可決定による減額変更後の金額）

- (11) EとXは、平成23年3月20日付けで、次の内容の本件代物弁済契約②に係る契約書を作成した。

Eは、Xに対し、同日、本件各温泉権（揚水ポンプ動力装置一式を含む。）を代金500万円で譲渡し、その譲渡代金をもって、EがXから平成21年4月13日に借り受けた500万円の借入金債務の弁済に充当する。

- (12) Aは、再生計画に定められた再生債権の10回の分割弁済のうち、3回目（平成22年12月末）までの支払を実施したが、資金繰りが悪化し、4回目（平成23年6月末）以降の支払の見込みが立たなくなった。Aは、平成23年2月22日、本店所在地を東京都千代田区〈略〉（同日までのAの本店所在地）とするA'株式会社（新A'）を新設分割設立会社とする会社分割をし、事業の全部を新A'に承継させた。この会社分割は、Aの再生手続の監督委員への事前報告がされないままに実施されたものであった。その後、Aは後記のとおり破産手続に移行したことから、Aの破産管財人は会社分割無効の訴えを提起し、新A'は、平成23年12月17日、東京地方裁判所の分割無効の判決の確定により、解散した。

- (13) Aは、平成23年3月28日、株主総会の決議により解散したが、再生債権はもとより、優先債権（公租公課）の弁済の見込みもないため、Aの再生手続は、平成23年6月6日、廃止となり、同年7月5日確定した。そして、同日午後5時、Aについて、破産手続開始決定が出された（東京地方裁判所平成23年(フ)第9557号）⁽⁴⁾。Aの破産手続は、平成26年8月25日、異時廃止となった。

- (14) Xは、平成23年11月28日、広島県知事に対し、本件各温泉につい

て、同年3月20日付けでAから可燃性天然ガスの濃度の確認を受けた者の地位の譲渡を受けたとして、温泉法14条の6第2項に基づく承継届を提出した。

- (15) Dは、平成23年12月20日、信託財産の引継ぎにより、C信託銀行から本件不動産の所有権を取得した。これに伴い、Aとの間の本件賃貸借契約に関して、C信託銀行が有していた賃貸人たる地位は、Dに移転した。
- (16) Aは、平成25年3月27日、「 β (月の庵)」において本件各温泉を利用することについて、浴用上の禁忌症、適応症及び入浴上の注意に関する広島県廿日市市長の決定の通知を受けた。
- (17) Aは、Dに対する本件賃貸借契約に基づく賃料の支払を怠っていたことから、Dは、平成25年頃、Aを被告とする本件不動産の明渡請求訴訟を提起し、仮執行宣言付勝訴判決を得た。Dは、同年、上記判決に基づく強制執行を申し立て、平成26年2月、本件不動産のDへの明渡しが完了した。その後、Yが後記のとおり本件不動産の所有権を取得するまで、本件建物において旅館営業をした者はいない。
- (18) 一方で、平成25年頃、Dと、A、その代表者である甲野個人及び甲野が代表者を務めるXを含む5社との間で、本件不動産に関して支出した費用の償還等について紛争が生じ、Aは、同年10月、Dを被告として修繕費等の支払を求める訴訟を提起した（東京地方裁判所平成25年(ワ)第27224号事件）。

また、平成26年2月3日、Xは同社が本件各温泉権を有しており札による明認方法を施していることを、甲野が代表者を務める株式会社Lは同社が本件各温泉に関する機械設備を所有しており札による明認方法を施していることを、それぞれ主張する内容の通知書をDに対して送付した。平成27年7月27日、上記訴訟において、DがA及び上記利害関係人らに一定の解決金を支払う内容の和解が成立した。この和解には、甲野個人及び甲野が代表者を務める複数の株

式会社（Xを含む。）が利害関係人として参加し、和解条項第10項に、XはDに対し、本件各温泉の温泉湯口権以外に主張し得る何らの権利もないことを確認する旨の確認条項が設けられた。

- (19) D及びYは、平成28年8月25日、DがYに対して本件不動産を合計1億4000万円で売却する旨の本件売買契約を締結し、Yは、本件不動産の所有権を取得した。Yは、同日、本件売買契約を原因として、本件各登記を具備した。

なお、本件売買契約の締結に際して作成された重要事項説明書には、不動産の表示として、本件不動産（本件建物の附属建物符合2の浴場を含む。）及び「その他設備」として「温泉井戸2基」と記載されていた。また、「前不法占有者関連会社による温泉湯口権に対する所有権主張の可能性あり。」との本件記載があった。これは、上記和解条項第10項の確認条項があることを受けてのものであった。

- (20) Yは、平成29年3月13日、本件土地を温泉採取場所とする可燃性天然ガス濃度について、温泉法に基づく広島県知事の確認を得た。

また、Yは、同年6月30日、本件土地上の営業施設「リブマックスリゾート安芸宮島」（以下、「 α 」という。）において公衆浴場営業を行うことについて、公衆浴場法2条1項に基づく広島県廿日市市長の許可を得た。さらに、Yは、同年7月3日、「 α 」内の各場所において神の湯を利用することについて、温泉法に基づく広島県廿日市市長の許可をそれぞれ得るとともに、同日、上記各場所において本件各温泉を利用することについて、浴用上の禁忌症、適応症及び入浴上の注意に関する広島県廿日市市長の決定の通知をそれぞれ受けた。

- (21) Yは、平成29年7月10日から、本件土地上において、本件各温泉を利用した浴場設備のある宿泊施設「 α 」を開業した。

- (22) そこで、本件各温泉権を有していると主張するXが、Yに対し、Xが本件各温泉権を有していることの確認を求めるとともに、Yが平成29年7月10日から上記2つの温泉をXに無断で使用していると

して、不法行為に基づき、同日以降平成30年4月25日までの確定使用料相当損害金1691万6904円の支払と、同月26日以降 Y が本件土地の所有権若しくは賃借権その他の利用権を喪失し、又は X が本件各温泉権を喪失するまでの使用料相当損害金として1日当たり5万8536円の支払を求めて訴えを提起した。

なお、本件訴訟提起時は、株式会社 A が共同原告となっていたが、同社を原告とする訴えは、第一審係属中の平成29年11月1日、取下げにより終了した。

- (23) 第一審裁判所（東京地裁平成30年12月12日判決、平成29年(ワ)第23409号、判例時報2485号22頁、金融・商事判例1587号31頁、後掲【原判決判旨】参照）が X の請求を棄却したため、X が控訴。

【本判決判旨】

控訴棄却。

「以上の認定事実を踏まえて、本件各温泉権が物権として成立したか及び A がこれを取得したかどうかについて検討する。

ア 本件において X 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1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1つに含まれ、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に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。

イ 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。なお、本件各温泉のうち、睦月の湯は深さ150メートル…であり、如月の湯は深さ379メートル…である。

Xは、温泉を湧出させるためには多額の資本投下を必要とし、温泉権自体に極めて高い価値があるから、土地所有権とは別に、人工掘削によって物権としての温泉権が発生すると主張する。しかしながら、多額の資本投下をしたから、債権的法律関係でなく物権が発生するとはいえない。また、当該土地について無権利者である者が、掘削して温泉を掘り当てさえすれば物権としての温泉権を原始取得するとはいえないことも明らかである。土地所有者から温泉掘削の承諾を得ていた者であっても、掘削により温泉を掘り当てれば当然に物権としての温泉権を原始取得するものではない。温泉の利用、管理等については、債権的法律関係で処理することが通常は可能であるからである。土地所有者と温泉掘削者が異なる場合は、両者の間に債権的關係が存在することが通常であるから、温泉を掘り当てるための投下資本の回収等については、その債権的關係の中で処理すべきものと考えられる。

したがって、慣習法の成立が肯定されない限り、土地所有権と離れ

た物権としての温泉権は認められず、温泉を利用する権利は、土地所有権の一内容をなすものとして湧出地の所有者に帰属し、それ以外の者は、土地所有者から債権的に温泉の利用を許されるにすぎないと解するのが相当である。

ウ 本件各温泉が存在する地域において、温泉に関する権利を土地所有権とは別の独立した権利として認める慣習法があることを認めるに足りる証拠はない。

温泉掘削業者である日本フロンティア株式会社の専務取締役宮城吉久の陳述書は、広島県及び近県では温泉権は独立した権利として扱われる慣習法があるというが、同陳述書は一個人の認識を示すものにすぎない上、同陳述書においても温泉権は『土地の所有権に対して永年利用を認めさせる債権』であるとの記載もあるなど、債権ではなく物権であることの論拠が十分に示されていないから、採用できない。また、Xの主張によっても、本件土地が存在する安芸宮島は、国内有数の観光地であり、多数のホテルや旅館が存在する地域であるものの、温泉設備を有する宿泊施設は、Yが経営する「α」を含めて島内に3軒しか存在しないというのである…⁽⁵⁾。平成16年に神の湯を掘り当てるまでは、最大でも2軒しか存在しなかったことになる。このような状況の下では、温泉権に関する地方的慣習法が成立していたということは困難である。

以上によれば、本件各温泉権が物権として成立していたとはいえないから、Xの温泉権確認の請求は全部理由がないことに帰する。

エ 本件各温泉権がAの再生手続の過程における財産評価において0円（回収可能性なし）と評価されたことも、本件各温泉権が土地所有権とは別の独立した権利としては成立していないことを推認させるものである。

A又はBは、かつて本件各温泉を掘削して掘り当て、本件土地上で本件各温泉を利用して温泉旅館「β」を営業していた。しかしながら、これは当時の本件土地所有者（C信託銀行又はD）及び本件賃貸借契約

における賃貸人（C信託銀行）及び転貸人（D）との間の債権的關係…に基づき利用にすぎないというべきである。そして、この債権的關係についても、遅くともAが本件不動産のDへの明渡しを完了した平成26年2月の時点では、Aは、既に本件各温泉を適法に利用できる権限を喪失していたというべきである。

オ 念のために、Xが本件各温泉権の取得原因として主張する本件代物弁済契約①及び②の成否について、検討する。

前記認定事実によれば、本件代物弁済契約①及び②の締結時期（平成23年2月及び3月）より前に、Aは資金繰りの悪化により再生手続開始決定（平成21年1月16日）を受けており、その後の再生計画案の作成過程における破産を想定した場合の配当額の検討において、本件各温泉権は0円（回収可能性なし）と評価されており、代物弁済財産として相応の価値がないのではないかと考えられること、本件代物弁済契約①及び②の当事者であるEは、X代表者である甲野が全額出資して再生手続開始決定のあった平成21年1月に設立した会社であること、本件代物弁済契約①及び②は平成21年8月12日に認可決定が確定した再生計画の実行中に再生債権者の平等という再生計画の趣旨に反する内容を実行しようとするもので、他の代物弁済資産（後に新設分割無効判決が確定する新設会社発行の株式及び0円（回収可能性なし）と評価された商標権）も難のあるものばかりであり、真実代物弁済契約を締結する意思があったかどうか疑問があること、本件代物弁済契約①及び②の直後である平成23年3月28日にAは株主総会の決議により解散して清算手続に入っており、本件代物弁済契約①及び②の締結時点においては、事業の継続や再生計画履行の意思を失っていたと推認されること、Aは、平成23年6月から7月にかけて再生手続廃止決定及び破産手続開始決定を受け、本件建物の賃料不払を続けながら、任意の明渡しを拒否し、平成26年2月にDから強制執行を受けてようやく明け渡したこと、その後も甲野が代表者を務めるXが本件各温泉についての湯口権をDに主張し続けたこと、が認められる。

以上によれば、本件代物弁済契約①及び②は、債権を消滅させる意思も代物弁済対象財産の所有権を移転させる意思もなく、実体のない本件各温泉権の存在を主張して、D 又はその承継人から故なく経済的利益を取得しようという意図の下に締結されたものと推認するのが相当である。

そうすると、仮に本件各温泉権が物権として成立していたとしても、契約当事者が本件代物弁済契約①及び②により本件各温泉権を移転する意思を有していなかったというべきであるから、この観点からも、X の温泉権確認請求は理由がない」(下線部は、掲載誌に付されているもの)。

【原判決判旨】

「X が、Y による本件土地の所有権移転登記の具備に先立って、本件各温泉権について明認方法を施し、その明認方法が本件売買契約成立の時点まで存在していたか否か」について検討する。

〔(1) 明認方法について〕

土地の所有権はその地上及び地下の全てに及ぶのが原則であるところ(民法207条)、仮に、温泉権が地盤である土地の所有権と離れた別個の権利であると解することができるとしても、それは、所有権に関する上記の原則に対する例外を認めることになるから、取引の安全を図る見地に照らして、温泉権をその権利者から取引によって取得する者は、第三者である地盤の土地所有者に対して自己の権利を主張するためには対抗要件を具備することが必要であると解するのが相当である。

そして、仮に、明認方法によって温泉権についての対抗要件を具備することができる^{五五}と解され^(七七五)るとしても、取引の安全を図る見地に照らし、明認方法は、第三者が容易に温泉権を認識することができる手段であり、かつ、第三者が利害関係を取得する当時にもそれだけの効果をもって存在することが必要というべきである。したがって、一旦明認方法が行われたとしても、第三者が利害関係を取得する当時において消失その他の事由で、明認方法が上記の公示としての働きを失っている場合には、当該明認方法をもって温泉権を第三者に対抗すること

はできないと解するのが相当である（最高裁昭和32年(オ)第355号同36年5月4日第一小法廷判決・民集15巻5号1253頁参照）。

(2) 本件掲示について

Xは、本件掲示をもって、本件各温泉権について明認方法による対抗要件を具備したと主張する。

しかし、証拠（甲17）によれば、本件掲示が存在した時期があることは認められるものの、本件売買契約が締結された当時、本件掲示が存在していたことを認めるに足りる証拠はないから、本件掲示に係る明認方法をもって本件各温泉権を第三者であるYに対抗することはできないというべきであり、Xの上記主張は、採用できない。

(3) 本件各許可及び本件各決定に関する保健所への記録及び記載について

Xは、本件各許可及び本件各決定に関する保健所への記録及び記載をもって、本件各温泉権について明認方法による対抗要件を具備したと主張する。

しかし、〔評釈者注：原判決要旨中の温泉法の条文は、いずれも平成19年4月25日法律第31号（いわゆる第二次改正）による改正前の条文であり、以下、【 】内に現行の条文を付記する。〕温泉法4条1項1号及び2号【4条1項1号及び3号】並びにこれらの規定の準用を定める温泉法9条2項【11条2項】の文理等に照らすと、温泉法3条1項及び9条1項【11条1項】は、温泉源を保護する目的で、温泉の掘削や温泉の湧出量を増加させるために動力を装置しようとする場合等には都道府県知事の許可を受けなければならない旨を規定したものとどまり、また、温泉法13条3項【15条3項】の文理等に照らすと、同条1項は、温泉が種々の成分を含有しており、用法等によって人体に害が与えられる可能性があることから、温泉を公共の浴用又は飲用に供しようとする場合には都道府県知事の許可を受けなければならない旨をそれぞれ規定したものとどまるというべきである。

したがって、これらの規定に基づく許可の存在は、その許可を得た

者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ない。

また、本件各許可及び本件各決定は、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。

以上のとおり、本件各許可及び本件各決定に関する保健所への記録及び記載は、そもそも、私法上の温泉権の権利者を直接示すものではなく、その公示としての機能も極めて不十分なものといわざるを得ないから、取引の安全を図るとい見地に照らし、本件各許可及び本件各決定に関する保健所への記録及び記載を本件各温泉権についての明認方法であると認めることはできない。したがって、Xの上記主張は、採用できない」。

【評 釈】⁽⁶⁾

1 はじめに — 本判決の意義と本評釈の構成

掲載誌の匿名コメントが記すように、「温泉権が争点となる事例は珍しい」（金判1587号24頁）といえる上に、本判決は、今日の温泉の主流ともいえる掘削泉につき、高裁段階において、一般論の形で原則的な成立否定論を展開したものである。それゆえ、温泉実務に及ぼすインパクトは大きいと思われる。そこで、その判示内容を、従来の判例・学説との対比において慎重に読み解く必要がある。

原判決は、別個独立の温泉権を仮定しつつも Y に対抗できる明認方法がないことを理由に X の請求を棄却したが、これに対して、本判決は、前提問題である温泉権の成否につき、「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」と積極的に判示し、温泉権

の成立自体を否定することで、他の論点を判断するまでもなく前提問題のレベルで請求を棄却できるとした。本判決は、他方で、「念のため」として、「仮に本件各温泉権が物権として成立していたとしても、契約当事者が本件代物弁済契約①及び②により本件各温泉権を移転する意思を有していなかった」としているのであるから、いずれにせよ、裁判所の心証としては原判決と同様の請求棄却の結論であったと思われるが、そうであるならば、なぜそこまで積極的な判示を行う必要があったかが問われよう。

以下では、本判決における温泉権の法的構成を確認しつつも(2)、その判示内容を仔細にみるならば、戦後に有力化した川島説に対する過度の否定的言説となっていることを明らかにする(3)。そして、本判決が、川島説や、さらには戦前の鷹の湯事件判決との関係でも全面的依拠を避けている理由として考えられる点を踏まえ、他の先行業績も参照しながら、これら学説・判例の今日的評価を試み、あるべき温泉権の法的構成を素描する(4)。最後に、これらの考察に照らし、本件事案に適合的な判断は何であったのかを検討したい(5)。

2 本判決における温泉権の法的構成

温泉権は、明文の規定なき概念であるがゆえに、その内容を法的にどう構成するかはそれ自体が重要な争点であるとともに、論者ごとに微妙に異なる構成を示す概念でもあるため、まずはこの点を確認したい。

本判決における温泉権の法的構成は、以下の各判決文から読み取ることができる。すなわち、温泉権は、①「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、②「物権法定主義の例外の1つ」であり、③「湧出地の土地所有権の権利の内容の1つに含まれ、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」こと、また、④「例外的に温泉権が所有権とは別に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」こと、である。以下、説明を加える。

①では、温泉権という概念が、論者によっては継続的債権関係としての配湯権を含んだ広義のものとして説かれているところ⁽⁷⁾、これを物権としての源泉（湯口）支配権、つまりは源泉権といった狭義のものに限定している。

②では、明文なき温泉権を物権法定主義（民法175条）⁽⁸⁾との関係でどう正当化するかについての一定の立場を吐露している。つまり、論者によっては、温泉権を基礎づける慣習法もまた、法の適用に関する通則法（法適用通則法）3条を通じて「法律と同一の効力を有する」ため、温泉権は物権法定主義に何ら反しないとの立場もみられるところ⁽⁹⁾、本判決はあくまで「物権法定主義の例外の1つ」としている。これは、形式的には物権法定主義に抵触するものの、実質的には、物権法定主義の趣旨（封建的支配からの所有権の解放、公示原則の保障など）に抵触しない限り例外として許容されるといったニュアンスを含んでいる。

③では、温泉権は源泉地盤所有権の内容に包含されており、原則、独立の物権として承認されないとの立場を表明している。これは、温泉権が源泉地盤所有権から常に切り離された独立の物権であるとの立場は少なくとも採らないことの表明であるとともに、独立の物権であることは否定するが源泉地盤所有権の内容にも包含されず、あくまで源泉地盤所有権に付随する権利にすぎないとする近時の論説⁽¹⁰⁾にも沿わない立場とみられる。

④では、上記原則に対する例外として、温泉権を独立の物権として認める地域慣習法の成立を許容している。これは、温泉権に関するほぼ唯一の最上級審判決である、いわゆる鷹の湯事件判決⁽¹¹⁾の立場を踏襲するものと思われる。なぜなら、同判決は、「本件係争ノ温泉専用権即所謂湯口権ニ付テハ該温泉所在ノ長野県松本地方ニ在ツテハ右権利カ温泉湧出地（原泉地）ヨリ引湯使用スル一種ノ物権的権利ニ属シ通常原泉地ノ所有権ト独立シテ処分セラルル地方慣習法存スル」と述べ、

温泉専用権ないしは湯口権が、地方慣習法の存在を前提に、源泉地盤所有権から独立して処分可能な物権的権利であることを認めているからである。

3 川島説に対する否定的言説の分析

本判決のこうした法的構成は、上記鷹の湯事件判決に比較的忠実であるとみられる一方で、戦後に有力説化し、一部の裁判例⁽¹²⁾にも採用された川島武宜博士の見解（以下、「川島説」という。）には必ずしも従わないことを示す結果となっている。

すなわち、川島説は、とりわけ本件のような民法成立後の掘削泉に対する権利、いわゆる近代法的温泉権については、多年の慣習を要することなく独立した権利の成立を認めていることから、慣習法の存在を前提とする本判決は川島説の否定⁽¹³⁾としての意義をもつ。実際、Xからは、書証として、川島博士執筆の2論考⁽¹⁴⁾が提出されていたものの、その見解を採用しなかったことから、これを意識しつつあえて否定したものとみられる。序論で触れた掘削泉に関する積極的な判示事項も、その反映であろう。

そして、川島説をあえて否定した背景には、小澤英明弁護士執筆の『温泉法—地下水法特論』（白揚社、2013年5月）における川島説批判（以下、自説の主張を含めて、「小澤説」という。）の影響があるように思われる。本件では、勝訴したY側から小澤説が書証等で提示されたわけではないものの、近時において入手もし易く、しかもそれまでの学説や裁判例を相当網羅的に調べた上で明確な主張を展開している同書は、温泉権に関する研究資料が軒並み相当古くなっている中では突出して目立つ近時の研究業績であり、裁判官の側で独自に参照していた可能性は高いと考えられる。

同書が、「慣行上温泉利用権を土地所有権とは独立した物権的権利として見なければ適切な解決ができない場合（筆者〔評釈者注：小澤弁護士を指す。〕はほとんどそのような事例は少ないと考えている）を除いて」は、

土地所有権を基礎にした権利で保護すべきであると述べ⁽¹⁵⁾、つまりは、かかる慣行の存在をかなり例外的なものと評価している点などは、表現は異なれども、本判決が、「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」と判示している点と、その価値判断において共通性が感じられる。

もっとも、他方で、より仔細に検討するならば、本判決は、小澤説にも表れないような、いっそう強い川島説への否定的言説を含んでいることがわかる。

(1) 高度な技術による掘削泉の原則否定

第1に、序論で触れた、「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」との判示は、小澤説にはみられないものである。

しかし、こうした判示に対しては、大きく2つの疑問が生じる。

(a) 鷹の湯事件判決との整合性

第1の疑問は、本判決が踏襲するとみられる前記鷹の湯事件判決との整合性である。

鷹の湯事件でその帰属が争われた鷹の湯源泉は、実際のところ、大正14(1925)年、鷹の湯旅館の経営者であった鈴木豊蔵氏が自己所有の水田で掘削することとし、30mぐらい(100尺)の井戸を上総掘りの方法で掘削したところ湧出したものとされる⁽¹⁶⁾。上総掘りは「現代の高度な掘削技術」ではないと解すれば整合するが、そうであるならば、上総掘りによる「何十メートル」もの掘削と、それを超える「現代の高度な掘削技術」による「何十メートル」もの掘削とで区別することの合理性が問われよう。つまり、同じ深さでありながらも掘削技術の高低によってなぜ区別できるのかとの疑問が生じる。

他方で、本判決が、完全な手掘りで「何十メートル」も掘削することは困難であるとの前提のもと、それを除外する趣旨で「現代の高度な掘削技術」という限定を加えたにすぎず、上総掘りもこれに含まれるとの理解であったとしたならば、今度は、かかる経緯で成立した鷹の湯源泉の実態を本判決が捉えていなかったのではないかとの別の疑念を生ずることとなる。上記の経緯は鷹の湯事件判決自体には記されておらず、後世の現地調査に基づく記述にすぎないため、そもそも鷹の湯事件判決自体が鷹の湯源泉の実態を捉えていなかった可能性すら否定できず、そうした経緯を踏まえなかったとしてもやむを得ないとはいえるものの、結果的には、本判決が鷹の湯事件判決と整合しないものとなっているきらいがある。

また、鷹の湯事件そのものから離れることが許されたとしても、鷹の湯事件判決が下された昭和15（1940）年当時すでに相当数の掘削泉による新興温泉地が出現していたという社会的実態⁽¹⁷⁾との整合性についてはなおも追及を免れないであろう。すなわち、すでにそうした温泉地が出現している客観的状況において下されたのが鷹の湯事件判決であり、川島説のように旧慣温泉権と近代法的温泉権とを特に区別することなく判示している点に鑑みるならば、「現代の高度な掘削技術」による掘削泉について、慣習法上の温泉権を原則論とはいえ強制的に否定することは、やはり鷹の湯事件判決との抵触を否定できないのではないかと思われる。

(b) 自然湧出泉等の場合

第2の疑問は、「現代の高度な掘削技術」による「掘削」泉についてかかる規範を定立することは、反対に、自然湧出泉や、いわば簡易な掘削技術による温泉については温泉権が原則的に肯定されることになるのかとの疑問である。

前記のとおり、鷹の湯源泉自体は掘削泉であったものの、鷹の湯事件判決において前提とされていた長野県松本地方における湯口権の慣習は、元来、自然湧出泉に関して形成されてきたものであった⁽¹⁸⁾。そ

れゆえ、自然湧出泉についてこそ慣習法の成立が温泉権の存立条件になると捉えたのが鷹の湯事件判決であり、それを踏襲する本判決もまた、慣習法の成立を不要とする趣旨ではないと考えられる。

しかも、本判決は、「現代の高度な掘削技術」による掘削泉についてでさえ別物権としての温泉権を「原則」否定したにすぎず、例外の存在を許容している。実際にそのような掘削泉に属する本件の2つの源泉について「慣習法」の有無を検討しているところをみれば、やはりここでも「慣習法の成立が肯定され」る場合こそが別物権としての温泉権を認める例外として捉えられている。結局、「現代の高度な掘削技術」による掘削泉か否かを問わず、慣習法の立証が必要とされているのであり、そうであるとするならば、鷹の湯事件判決に親近性のある前記の一般的判示に加えてこのような判示を重ねることには裁判規範としてどれほどの意味があるのか、との疑問が生じよう。

(2) 債権的法律関係としての構成

第2に、かかる法的構成を採用した理由の1つとして本判決が掲げる、「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」との点も、小澤説にはみられないものである。

この点、小澤説は、独立した物権的権利としての温泉利用権の承認に否定的ではあるものの、そうであるからといって、それを常に債権的法律関係として構成すべきと主張しているのではなく、あくまで、「土地所有権を基礎にした権利、すなわち、土地所有権、土地所有者から土地使用権の設定を受けた地上権、土地賃借権、地役権で保護すべき」と主張するにとどまる⁽¹⁹⁾。そのため、源泉地盤所有権を有していない者であっても、地上権や地役権の設定を受けた者でありさえすれば、その者が有する温泉利用権は、これらの物権に付随する権利として物権的に保護されることとなる。

したがって、本判決が、かかる形での物権的保護の余地をも否定する趣旨で債権的法律関係としての構成を指向するのであるとするなら

ば、小澤説以上に強い川島説への否定的言説として捉えられることとなる。果たしてこうした構成のもとでは、たとえ物権的な権限に基づく温泉利用であったとしても、あくまで債権的法律関係として処理されるにとどまるのであろうか。

このような言説を正当化できるとすれば、おそらくは、物権法定主義（民法175条）の例外を極力認めない厳格な解釈姿勢を貫いた場合のみとなる。しかし、かかる解釈姿勢を選択する以上、その姿勢が、譲渡担保権のような他の例外と説かれるものとの関係でも一貫させられるかが問われざるを得なくなるように思われる。

4 鷹の湯事件判決と川島説の今日的評価

このように、厳密には、鷹の湯事件判決とも、あるいは川島説の否定に立脚する小澤説とも異なる立場であることを表明する本判決の出現は、そのいずれの判例・学説もが、今日的には全面的に依拠するに値しないと裁判官が考えたことを示している。これらのうち、小澤説については、その見解の公表から比較的日が浅く、価値判断の方向性の共有にとどまったといえるが、すでに80年以上が経過している鷹の湯事件判決や、『温泉権の研究』の公表からは半世紀が経過している川島説への全面的依拠が回避されたのはなぜであろうか。以下、考え得る点を掲げて考察に付したい。

(1) 鷹の湯事件判決の今日的評価

昭和15（1940）年に鷹の湯事件判決が出現した背景には、昭和4（1929）年12月の日本温泉協会設立に伴う法律研究の委嘱により、温泉に関する法律研究が急速に進展したという事情があったと思われる。同判決前年の昭和14（1939）年には、主として昭和5（1930）年から同13（1938）年までに公表された温泉をめぐる法律論考を集成した、鉄道省国際観光局編『温泉法に関する文献』（鉄道省国際観光局、1939年9月）が発刊され、つまりは各種業界雑誌に分散していた諸論考を一書にまとめることで、その参照へのアクセスを著しく容易にしたことは、鷹

の湯事件判決の形成要因を考察する上で無視できない事実であったと思われる。

そして、同書に掲載された諸論考のうちで、圧倒的な説得力をもって鷹の湯事件判決の出現に寄与したと考えられるのが、当時現役の裁判官でありながらも日本温泉協会の委嘱を受けて次々と諸論考⁽²⁰⁾を公表した武田軍治判事であったことは推測に難くないところである。

その職歴や叙述に照らすと、武田判事は、明治30（1897）年に山形県東置賜郡高畠町に生まれ、東京帝国大学卒業後、昭和2（1927）年3月に長野地裁松本支部予備判事となり、翌3（1928）年10月から昭和5（1930）年3月までは同支部判事として勤務していた⁽²¹⁾。ちょうどこの頃、裁判官としての執務上、温泉権には、土地と離れて独立に取引されているような場合が実際民間にあるという経験を初めてしたとのことであり、おそらくは鷹の湯事件と同様に、浅間温泉における湯口権の慣行を見聞したことから、昭和5（1930）年3月に司法研究12輯6号として発刊された「地下水利用権に就て」（前記『温泉法に関する文献』にも採録。）等を通じて、慣習法上独立の温泉権を提唱するに至った⁽²²⁾。この見解に示唆を得て下されたのが鷹の湯事件判決であったとみられる。

また、鷹の湯事件判決自体やその素地を形成した武田判事の見解は、同判事と同郷の先輩であった民法学者の我妻栄博士によって評価されて体系書等で広く紹介され⁽²³⁾、鷹の湯事件判決の理解につき、土地所有権からみた温泉権の独立の程度（建物のような完全独立型か立木のような半独立型か）に関する議論の余地があるほかは概ね支持を受けて、特段の批判を浴びることなく画期的判例として今日なお参照すべきものとして紹介され続けている。

もっとも、同判決が下された80年以上前の状況と今日とを対比するならば、当時は、1000mを超えるような大深度の掘削泉もなく、いまだ自然湧出泉が主流を占めていたとみられる点と、温泉法が未制定の状況において、温泉の規律が各都道府県の取締規則に委ねられていた点が大きく異なっていた。つまり、その後に見られた掘削泉の飛躍的

増加に伴う権利関係の衝突や源泉の枯渇による深刻な利害対立を懸念する場面が、戦後の高度成長期と比べれば圧倒的に少なかったと考えられる上に、温泉権の具体的規律については、当時より立法に向けた強い要望や提言が出されていたこと⁽²⁴⁾から、やがて制定されるであろうことが予測されていた温泉法（ないしは鉱泉法）によって成し遂げられることが期待されていたといえ、それゆえ、裁判所の役割としては、差し当たり旧慣温泉権の規律を明確化すべく、慣習法の存在を要素とすれば足りると考えていた可能性も考えられよう。

ところが、戦後間もなく制定された温泉法には、温泉権の実体規定がついに入れられることはなかった。正確には、温泉法立案事務官であった牛丸義留^{よしと}氏により、「温泉権、その他温泉に関する権利」という章がいったん立案されたものの、権利関係は非常に難しいのもう少し研究するとの理由から削除に至ったとされる。また、戦後の連合国軍占領下における総司令部（いわゆるGHQ）との折衝の過程では、土地所有権の絶対性から、掘削の許可自体がけしからんという当初の評価であったことから、許可制度を認めてもらうので手一杯で、当時の状況においては温泉権規定の立法どころではなかったとの事情も存していた⁽²⁵⁾。ともあれ、温泉権の立法回避は、少なくとも当時の状況においては、温泉支配者の利益保護を不要とする趣旨ではなかったといえる。

それゆえ、戦後の最高裁判所において温泉権を正面から検討する判例がいまだ存在しないことを理由に、鷹の湯事件判決の文言を現代的な文脈の中で無理に理解しようとするのはかえってミスリーディングとなるのではないかが省察されてよいであろう。一部の裁判例⁽²⁶⁾にみられるように、温泉権の独立性や、さらには温泉権の明認方法についてまで地方慣習法の立証を必要とすることは、戦後の掘削ラッシュで次々と現れる新興温泉地にとっては不能を強いるものであり、事実上温泉権の主張を封じる結果となることが懸念される。現に、川島説に依拠するいくつかの裁判例がみられる一方で、近時もお、慣習法の立証ができない中で温泉権の主張者が敗訴する裁判例⁽²⁷⁾がみられる

が、こうした後者の裁判例群が温泉権主張者に対する安易な請求棄却事由として援用され、定着するおそれが懸念されよう。

また、鷹の湯事件判決が想定する完全独立型の温泉権のみならず、立木のように土地と切り離れた取引の経済的需要を受けて独立が承認される、いわゆる半独立型の温泉権であっても慣習法の立証が必要かはなおも議論の余地がある。

その意味では、本判決が鷹の湯事件判決からやや離れた判示を行おうとした、その試み自体は評価されてよいように思われる。

(2) 川島説の今日的評価

他方で、戦後の現地調査に基づく学者の共同研究に依拠する形で展開された川島説については、研究の分担ないし関心が温泉権の処分や対抗要件に集中していたこともあり、必ずしもその権利体系の全体像が明らかでなく、ともすれば、投下資本回収の観点から、多年の慣習を要せずして掘削の事実だけで土地所有権から独立した物権としての温泉権を原始取得できるとする見解の表面部分のみがクローズアップされ、批判の矛先となっていたように思われる。

しかし、土地所有者と異なる掘削者や温泉利用者がいた場合における当事者間の内部的な利用関係については、川島説が多く語るどころではなく、いわば川島説の欠落点であって、この点は、当時の共同研究者であった渡辺洋三博士の見解（以下、「渡辺説」という。）その他の学説的考察により補完せざるを得ない。

この点、渡辺説は、温泉権と源泉地盤との関係性を整理し、特に近代法的温泉については、源泉地盤に対する所有権ないし利用権が温泉権にとって不可欠な構成要素をなすとする⁽²⁸⁾。そして、温泉権者において源泉地盤の所有権・利用権を取得するための手段として、源泉地の売買や共有化のほか、地役権設定や借地の契約といった具体的方途を提示する。すなわち、ここでは、温泉権者の保護を所与の前提として源泉地盤の利用権等を導くのではなく、あくまで利用権等は、源泉地盤所有者との契約を通じて引き出されるものとされている。それゆ

え、理念的には、たとえ温泉権が掘削者によって原始取得されたとしても、源泉地盤の利用権を伴わなければおよそ意味をなさないこととなる⁽²⁹⁾。

また、掘削者による温泉権の原始取得という問題についても、民法学者の伊藤高義は、源泉地盤所有者と掘削者との間で湧出時における温泉権の帰属に関して明示・黙示の合意がない限り、温泉権は源泉地盤所有者に帰属するのが原則であると論じ⁽³⁰⁾、あくまで当該合意を通じて源泉地盤利用等の調整がなされるべきものとする。

加えて、川島説は、他方で、債権的な温泉利用権であっても、明認方法なくして第三者に対抗できず、逆に明認方法さえ備わっているならば第三者に対抗できるものと説いており⁽³¹⁾、現にこの立場を採用する裁判例⁽³²⁾もみられる。こうした立場に従うならば、少なくとも第三者との対抗問題に関する限り、温泉権を物権とみるか債権とみるかは本質的な違いをもたらさないこととなる。この点は、本判決や先行する本判決の評釈がいずれも踏まえていない点でもあり、あらためて強調しておきたい。

以上の検討を踏まえるならば、一般には多年の慣習に支えられている旧慣温泉権については、必ずしも源泉地盤の利用権を伴わずとも、場合によっては入会権の成立や所有権・地上権・地役権の時効取得等によって地盤利用を正当化する余地があるのに対し、掘削泉が念頭に置かれる近代法的温泉権については、あくまで源泉地盤の所有者との契約に由来する利用権原を伴わなければ実効性のない権利にとどまることとなる。しかし、このことは、裏を返すと、源泉地盤の利用権原を伴わせる以上、いったんは所有者に帰属するものとして、源泉地盤所有権に包摂された温泉権であっても、利用権設定とともに温泉権を所有権から独立させることもまた、所有者との契約によるならば可能であると解すべきこととなろう。そして、この理は、(投下資本の回収というやや射程の狭い需要ではない) 独立取引に向けた経済的需要に由来し、古来の地方慣習法に依拠するものではないから、慣習法の立証は不要

と解されよう。

5 本件事案に基づく評価

最後に、以上の理解のもとで、本件事案はどのように解決されるべきであったかにつき検討を加える。

本件事案の特色は、温泉の掘削が土地ではなく、建物の賃借人（厳密には転借人）によって行われた点にある。2箇所の源泉はいずれも当該建物の外部にあるため、広い意味では当該建物を含む旅館施設の一部としての敷地内にあるため、これも付随的には賃借の対象であるといえたとしても、その敷地を掘削することは本来的には当該建物賃貸借の用途外利用になると思われる。そこで、本件でも、掘削にあたり、当初の賃借人 B が信託受益者 D の指図代理人 J からの承諾が取られた（事実の概要(5)第2段落）。

ただ、問題は、当該承諾が実質的に所有者自身の承諾と同視できる⁽³³⁾と解し得たとしても、当該承諾により、湧出後の源泉に対して賃借人がいかなる権限を有することとなるのかについては、前記のとおり、掘削による温泉権の原始取得という川島説の表面的な見解を採用しない限り、必ずしも明らかとなるものではない。

そこで、評釈者が確認した当該承諾を示す書面（甲14号証）の内容を以下に掲げる。

B を甲とし、J を乙とし、本日下記のとおりの内容で甲及び乙は承諾した。

記

広島県佐伯郡宮島町〇町×番地所在乙信託管理に係る土地に、甲が、地下水取水に係る工事並びにそれらに関する許可申請をすることに同意した。又、上記の一連の許可の申請費用及びボーリング工事に係る費用を甲が全額負担することを条件に甲に地下水取水後の権限の一切を甲に与えることに乙は同意した。

これによれば、掘削費用は賃借人が全額負担することを条件に、「地下水取水後の権限の一切」を賃借人に与えたことがわかる。このような対価関係のある取引には一般に合理性があるといえるため、実際に費用を B が全額負担していたとしたならば、ここでの「地下水」である温泉の権限の一切が B（及び吸収合併後の A）に付与されることとなりそうである。

もっとも、ここにいう「温泉の権限」が、X の主張する独立物権としての温泉権であるとは限らないであろう。一般には、所有権以外の土地の利用権原として、物権としての地上権等のほかに、継続的債権としての土地賃借権があり得るところであり、そのいずれであるかは文面上も明らかでない。地上権と賃借権の具体的相違としてはその譲渡性が挙げられるところ、「地下水取水後の権限の一切」を与えることが、第三者への譲渡が自由な権限として与えることを当然に意味するとは思われない。むしろ、賃借（ないしは転借）の一環として、温泉宿泊施設としての価値を高めるべく行われた掘削であって、いずれ賃貸借が終了すれば賃貸人に返還せざるを得ないはずの源泉であることも併せ考えるならば、あくまで賃借権（ないしは転借権）に付随した権限であって、賃貸借の終了とともに当該権限も消滅し、あとはせいぜい賃貸借終了時に現存する増価額を有益費として償還させ得る（民法608条2項）にとどまるのではないかと考えられる。

それゆえ、本件では、当該承諾によって付与された権限を温泉権と称し得たとしても、賃借権に準じた債権的権限にすぎず、吸収合併後の転借人 A が当該温泉権を E や X に代物弁済の形で譲渡すること自体、賃貸人の承諾がない限り行い得ない（民法539条の2 参照）⁽³⁴⁾との理由で、請求を棄却すべきであったように思われる。

6 おわりに

本件はいわば執行妨害的な事案といえ、いずれにせよ請求棄却の結論を免れなかったとすれば、いずれの裁判例・学説とも整合しない新

見解をあえて打ち出してまで温泉権に関する正面からの判示を行う必要性はなかったと考える。本判決の出現により、近時の掘削による源泉に関しては物権としての温泉権を主張することに対してある種の抵抗が生じることとなり、この手の紛争を予防する効果は期待できるゆえ、それが本判決の狙いとも考えられるが、その反面、正当に保護すべき温泉権はますます衰退することが懸念される。

本判決を踏まえるならば、温泉権者側での今後の対応としては、差し当たり温泉権を一種の継続的債権と構成しつつ第三者対抗力を認めさせる方向性等が考えられるものの、根本的にはやはり、最高裁判決による解釈の統一が強く望まれるものといえよう。

- (1) 本判決の各掲載誌では旅館や源泉等につき仮名が用いられているものの、Yが全面勝訴している本件では、現在本件土地上でYが経営する旅館等の名を記したところでその社会的評価を下げることにほならないことにも鑑み、本評釈では、筆者が閲覧した訴訟記録に従い一部実名を用いることとした。
- (2) 丙川は、平成20年10月15日、Aの代表取締役を辞任した（以下、注(4)までは、本判決中の認定事実としては記されていないものの、書証や他の外部情報に照らして認められる事実を掲げる。）。
- (3) 事実の概要(1)にも記されているが、この頃までA'株式会社であったところが、平成22年12月22日、株式会社Aへと商号変更した。
- (4) G投資法人の資産運用会社Hは、平成23年7月8日、純財産額が最低限5000万円を下回る状況を理由として、金融消費取引業に対する監督上の行政処分により、金融商品取引業者の登録が取消しとなった（金融商品取引法29条の4第1項5号ロ、52条1項3号）。これを受けて、G投資法人もまた、同年9月13日に解散となった。
- (5) 他の2軒として、「岩惣」と「錦水館」がある。各宿のホームページによれば、「岩惣」は、1854（安政元）年の創業であるが、温泉自体は1885（明治18）年に掘った井戸の水にラドンが含まれていたのが始まりとされ、「錦水館」は、かつてあった冷泉が公共下水道工事のために泉源が埋められて廃止となった後、2004（平成16）年10月、掘削により新たに冷泉を湧出させたものとされる。本件の「神の湯」も含めて、弱放射能を含んだ冷鉱泉という点で泉質は共通するが、「岩惣」が若宮温泉、「錦水館」が宮島潮湯温泉と称しており、“宮島温泉”などといった3軒共通の温泉地名が定着しているわけではない。

- (6) 先行する本判決の評釈として、宮崎淳「判批・掘削して湧出させた温泉と慣習上の物権としての温泉権の成否」新・判例解説 Watch27号77頁(2020年10月)、田中淳子「判批・現代の掘削技術により湧出させた温泉に慣習法上の物権としての温泉権は成立するか」民事判例21号98頁(2020年11月)、黒根祥行「温泉権の物権的権利性に関する基礎的諸問題」甲南法務研究17号11頁(2021年3月)がある。また、本判決の簡単な解説として、拙稿・温泉89巻3号26頁(2021年8月)、渡辺晋・不動産鑑定58巻10号38頁(2021年10月)があるほか、温泉地域学の観点から、3つの時代区分における掘削泉の状況を踏まえた本判決の評価を行うものとして、拙稿「判批・掘削泉における温泉権の保護—第2の東京高裁判決をめぐって」温泉地域研究37号49頁(2021年9月)がある。
- (7) 川島武宜「温泉権に関する基礎的諸問題」『温泉権』34頁以下(岩波書店、1994年1月)[初出、川島武宜編『注釈民法(7)』621頁以下(有斐閣、1968年12月)]は、かかる配湯権を第二次温泉権の一種と位置づけている。
- (8) 道垣内弘人「物権法定主義」鎌田薫=加藤新太郎=須藤典明=中田裕康=三木浩一=大村敦志編著『民事法I(総則・物権)[第2版]』246頁(日本評論社、2010年4月)参照。
- (9) 法適用通則法3条の前身である法例2条の解釈論として、川島武宜「近代法の体系と旧慣による温泉権」・前掲注(7)温泉権59頁以下[初出、法協76巻4号437頁(1960年5月)]参照。
- (10) 後記の小澤説参照。
- (11) 大判昭和15年9月18日民集19巻19号1611頁。
- (12) 山形地判昭和43年11月25日(山形県・上山温泉)、東京地判昭和45年12月19日(和歌山県・白浜温泉)、高松高判昭和56年12月7日(高知県・安並温泉)、仙台高判昭和63年4月25日(岩手県・繋温泉)、東京地判平成23年4月25日(静岡県・伊東温泉)。
- (13) 宮崎・前掲注(6)判批では、当初の判例の立場への「回帰」と説かれる。
- (14) 第一審提出の甲40号証として、川島武宜「第三者への対抗要件」川島武宜=潮見俊隆=渡辺洋三編『温泉権の研究』506~529頁(勁草書房、1964年2月)が、控訴審提出の甲49号証として、川島・前掲注(7)温泉権26~34頁が提出されていた。
- (15) 小澤英明『温泉法』458頁(白揚社、2013年5月)。
- (16) 川井健「温泉権の取引と明認方法—鷹の湯事件を中心として」『不動産物権変動の公示と公信』164頁(日本評論社、1990年3月)[初出、遠藤浩ほか監修『現代契約法大系第3巻』347頁(有斐閣、1983年11月)]参照。
- (17) 鷹の湯事件判決が下された昭和初期や、川島グループによる温泉権研究が展開された昭和中期における掘削泉の時代状況については、拙稿・前掲注(6)掘削泉における温泉権の保護参照。

- (18) 拙稿「浅間温泉の歴史と湯口権一鷹の湯事件を起点として」温泉地域研究36号13頁(2021年3月)参照。
- (19) 小澤・前掲注(15)温泉法458頁。
- (20) 武田軍治『地下水利用権論』(岩波書店、1942年3月)など。
- (21) 大日本司法大観編纂所編『大日本司法大観〔昭和15年版〕』221頁(大日本司法大観編纂所、1940年7月)参照。
- (22) 牛丸義留=真田秀夫=青木義人=河野鎮雄=武田軍司=森本潔=大山正「『温泉法制定当時の思い出と温泉権をめぐって』座談会(1)」温泉研究11号16頁(1958年3月)。
- (23) 我妻栄の執筆にかかる武田・前掲地下水利用権論の序文のほか、我妻栄「判批」『民法判例評釈I』202頁(コンメンタール刊行会、1965年12月)、同『新訂物権法』202頁(岩波書店、1983年5月)参照。
- (24) 清水澄「鉱泉法の制定を望む」温泉2巻6号(1931年6月)〔鉄道省国際観光局編『温泉法に関する文献』(鉄道省国際観光局、1939年9月)所収]など。
- (25) 牛丸ほか・前掲「温泉法制定当時の思い出と温泉権をめぐって」座談会(1)14頁。
- (26) いずれも大分・別府温泉に関する、大分地判昭和29年6月28日下民集5巻6号985頁、大分地判昭和31年8月9日下民集7巻8号2151頁、福岡高判昭和34年6月20日下民集10巻6号1315頁など。
- (27) 東京地判昭和54年12月17日判タ415号128頁、東京地判平成15年11月21日判例集未登載(LLI/DB参照、平成14年(ワ)第21944号、平成15年(ワ)第1256号温泉所有権確認等本訴請求事件、同反訴請求事件)、東京地判平成26年1月28日判例集未登載(WestlawJapan参照、平成25年(ワ)第18082号温泉権等確認請求事件)。
- (28) 川島編・前掲注(7)注釈民法(7)626頁〔渡辺洋三〕、渡辺洋三(北條浩=村田彰編)『温泉権論』196頁(御茶の水書房、2012年5月)参照。
- (29) 本判決掲載誌の匿名コメント(金判1587号24頁)が言及する、仙台高判昭和63年4月25日判タ676号109頁(岩手・繋温泉)は、川島説に沿って独立の温泉権と明認方法の具備を認めたものの、当然に源泉地盤を使用できるものではないとして、地盤所有者に対する妨害禁止請求を棄却している。
- (30) 伊藤高義「温泉権の原始的帰属」名古屋大学法政論集142号110頁(1992年5月)。
- (31) 川島編・前掲注(7)注釈民法(7)640頁〔川島武宜〕。
- (32) 東京地判平成23年4月25日判例集未搭載(LLI/DB参照、平成20年(ワ)第18181号損害賠償等請求事件)。拙稿「伊東温泉における配湯権と明認方法」温泉81巻6号24頁(2013年11月)、同「温泉利用権の明認方法をめぐる序論的考察—配湯権裁判を契機として」村田彰先生還暦記念『現

代法と法システム』561頁（酒井書店、2014年12月）、同「配湯権の明認方法を認めた事例」温泉地域研究28号39頁（2017年3月）参照。

- (33) 指図代理人による承諾を所有者の承諾と同視できるかがそれ自体問題となり得るものの、本評釈ではその問題に立ち入らない。
- (34) 賃借人の掘削にかかる温泉権はすべて賃借権に準じた債権的権限にすぎないと論じる趣旨ではない。例えば、土地所有者ではない者が掘削を行う場合、温泉の湧出が不確実であることに鑑み、いったんは掘削地に対する使用貸借や賃貸借の契約を締結し、その際、温泉の湧出を条件として源泉地と温泉に関する湧出後の権利関係を取り決めるといった実務がみられるが（熱海温泉に関し、川島ほか編・前掲注(14)温泉権の研究35頁以下参照）、その中には、使用借人や賃借人にすぎない掘削者に物権的保護を与えるのがふさわしい取決めがなされているケースもあり得よう。

