

I 温泉とは何か

日常で「温泉」と言う場合の「温泉」の意味と温泉法に言う「温泉」の意味とは必ずしも一致しない。一定温度（摂氏25度）以上の地下からわき出る地下水だけでなく、一定の鉱物を一定量地下水が含めば、温泉法では「温泉」の定義に入るからで、詳細は第3章で説明する。したがって、温泉法に言う「温泉」は鉱物を含む冷たい地下水も含まれる。冷たければ、鉱泉と言う方がわかりやすいかもしれないが、本書で「温泉」という場合は、特段の説明をつけない限り、温泉法で定義される「温泉」の意味で用いる。以上のとおり、大まかに言うと、温泉法で言う「温泉」が日常用語で言う「温泉」よりも広い。なお、日常「温泉」と言う場合、その身体に対する治療の効果を期待する場合もあるが、温泉法で言う「温泉」は、かかる効果の有無とは直接には関係がない。

ところで、「温泉法」ということばも多義的である。広い意味では温泉に関する法一般を指すが、狭い意味では制定法としての「温泉法」を指す。本書では、書物タイトルの「温泉法」は広義であるが、それを除くと狭義の意味でこのことばを使う。

また、「温泉権」ということばも多義的である。広義では温泉を利用する権利（以下「温泉利用権」という）を意味するが、狭義では対世的な温泉利用権を意味する。つまり、誰にでも主張できる物権としての温泉利用権が狭義の「温泉権」である。ただ、かかる狭義の「温泉権」がどの程度存在するのかについては、議論がありうる。この点については本章の「Ⅲ 温泉利用権について」で説明する。

日本にどれだけの数の源泉があり、それらの温泉の湧出形態がどのようなものであり、それぞれにどのような特徴があり、それぞれどのような歴史を有するかについては、さまざまな文献があり、本書であえて取り上げる必要

はないと思うが、統計的な重要データについて、巻末の資料に一定程度掲載した。

本書では温泉を論じるが、温泉は地下水の一種である。地下水は、地下を何層にも流れ、また、さまざまに分かれ、統合され、また、分かれ、あたかも地表に川が流れているように、低きを求めて地下を網の目のように流れており、あるいは地下深く滞留し、あるいは河川に合流しまたは直接海洋に流れ込むものである。もっとも、地下水は地表水に比べて流れは遅い。河川の水の流速が毎秒数センチから速くても数メートル、1日では数キロから数十キロであるのに対し、帯水層の中を流れる地下水の流速は1日に数センチからせいぜい数百メートル程度で、平均的には1日1メートル程度であるとのことである¹。このような大きな水循環のなかに地下水があることをまず正しく認識しなければならない。鉱物成分を含み、また、高温を有する温泉もしかりである。地下水を考える場合に、所有土地に雨が降り、その雨が地中に浸潤し、地下水脈に到達し、隣地へ移動するという、限られた視野で地下水を考えると、このような大きな水循環のごく一部しか目に入らず、所有土地の地下を流れる地下水であろうと、高地の広大な水源地に降った雨水が地下に浸透し流れてきているものであることを見過ごしかねない。

温泉は、地下のマグマの熱で地下水が熱せられる火山性温泉と火山とは無関係の非火山性温泉とがある。後者の温泉には、いわゆる地温勾配（日本では100メートル地下を掘れば地温が3℃ほど上昇するとされており、1000メートル掘ると約30℃地温が上昇することになるが、このように深くなればなるほど地熱が高くなることを言う）によるものと、原因不明のものがあるとされている。火山性温泉には火山性ガス起源の物質が溶けており、非火山性温泉でも海水起源その他原因が十分解明できていない物質が含まれていることがある²。

温泉も地下水の一種であるから天然の地下水涵養量以上に消費すると温泉脈は枯渇する。戦後の急速に増大した温泉需要がかかる温泉枯渇現象をもた

1 日本地下水学会他『見えない巨大水脈 地下水の科学』（講談社 2009）106頁等参照。

2 詳細については、例えば、白水晴雄『温泉のはなし』（技報堂出版 1994）35頁以下、54頁以下参照。

らし、加温、加水、循環風呂、薬品投入等いわゆる温泉の加工というべき現象をもたらしている。1000メートルを超えるいわゆる大深度掘削がめざらしくなくなったのも、主として温泉枯渇が原因であるが、深く掘って地下水脈に当たれば温泉法の定義する温度（源泉にて25℃以上であること）の温泉をどこでも揚湯できることも原因である。かくして、今や一般の市街地でも「温泉」がくみ上げられている。このように温泉の掘削及び利用形態に近年大きな変化が表われていることも念頭に置く必要がある。

温泉が日本に住む人々に与えてきた利益ははかりしれないものがある。癒しを求めて過去も現在も多くの人が温泉を訪ねる。日本で最高のリラクゼーション資源と言える。そのため、希少な温泉資源をめぐる紛争が起きることは当然のことであり、訴訟となった事例も決して少なくない。本書は、日本人が過去にどのような知恵を出して温泉資源を守り、紛争を回避し、発生した紛争を解決してきたかを探求し、現代がかかえる温泉資源ひいては地下水資源をめぐるさまざまな法的課題について、考え方の整理を行おうとするものである。

II 温泉法について

温泉は、地下水の一種ではあるが、希少性があるとともに、他の水資源と同様に、使用量が自然涵養量を超えると、資源の枯渇現象（湧出量の減少、温度の低下、成分の変化）を生みだす。既に明治以前から、既存の源泉に近いところで新たに温泉の掘削を行うと、既存の温泉に対して湧出量、温度、成分において悪影響をもたらすことがしばしば問題になったことから、温泉の新たな掘削を禁じるという慣習が成立していた地域も少なくない。このように温泉の争奪現象は、古くからの問題である。また、これは、資源の争奪という意味では温泉に限らない水資源一般の問題であり、農業用水の水争いというものがどれほど熾烈をきわめることがあったかはあらためて指摘するまでもないだろう。温泉は、水資源の中でもひととき希少性があり、温泉をめぐる争いは時に社会的な騒乱を招くこともあった。そのため、明治時代の早くから、地方によっては、府県令による温泉取締規則の制定を行い、新規の掘削と使用を厳しく許可のもとに置いた。戦後、これに代わって全国的な

法律的規制を担ったのが温泉法であり、これが新たな温泉の掘削等を規制することで、温泉の枯渇現象からくる紛争を防止してきた。この温泉法は、温泉源の保護、すなわち温泉の枯渇現象の発生防止を目的とするが、新規の掘削等を抑制するため、資源配分としては、結果として既存の温泉利用者に温泉資源を優先して配分してしまうことにもなり、その意味では、既存の温泉利用者の温泉利用権をもっとも有効に保護してきた規制であるとも言える。このような温泉法の規制が、ほかの水資源である河川水に対する河川法の規制と比較してどのように考えられるかは後述する。また、温泉法の詳細は第3章で解説するが、このように温泉法という存在が、温泉利用権者の権利保護の観点で大きな役割を果たしてきたことにまず注意を払う必要がある。

以上においては、制定法としての「温泉法」について述べたが、温泉に関する法は、制定法としての「温泉法」だけではない。制定法としての「温泉法」は行政法規であり、直接に温泉に関する私的権利を規律するものではない。温泉に関する私的利用の利益は、温泉法が制定される以前から、温泉利用権又は温泉権その他の名称で呼ばれ、裁判所でも保護されてきたが、その権利の性質については議論があり、後述するように、大きく分けて土地所有権に基づく権利であるという考え方と土地所有権とは独立した物権的権利であるという考え方がある。この点についての議論は、従来、十分には整理されていない。本書の目的のひとつは、このような温泉利用権の法的性格の解明である。

筆者の基本の考えは、温泉は、地下水の一種である以上、地下水一般と不連続な法的整理には問題があるというものである。しかしながら、温泉は希少性がきわめて高いために、地域ごとにその利用権が特に保護されてきたということも見逃せない。したがって、慣習を軽視すべきではないし、地域ごとに望ましいとされてきた行為準則は、温泉の歴史とともに探求すべきであるとも考えている。この探求が権利の濫用の判断要素にもなりうるからである。しかしながら、慣習を強調しすぎることも弊害を伴いうる。すなわち、不合理な因習を守るだけで合理的対策を検討しなくなるおそれがある。このような状況は反省的に見直しが迫られるべきものである。なぜならば、多くの慣習又は地域ごとの望ましい行為準則は、一定の事実関係が前提になっている場合が多く、事実関係が変更すればルールも変わることが合理的な場合

も少なくないからである。しかしながら、ルールの変更はルールを前提にして行動してきた人々の期待を裏切り、思わぬ損害を与えることもあるので注意を払う必要がある。したがって、ルールを変更する場合は、このような不都合がありうることを念頭に置いた配慮が必要となる。本書では、国レベルで共通に議論となり得る論点を議論するにとどまり、地域ごとのルールとでも言うべきものの詳細に分け入って議論することができないが、決して、地域の慣習や望ましい行為準則を軽視しているものではないことを、最初におことわりしておきたい。

なお、前述のとおり、温泉も地下水であり、地下水も河川水と密接に関係がある以上は、河川を含めた表流水一般をも視野に入れて、地下水の法的性格を検討することが有益であると思う。しかしながら、表流水と地下水とでは、同じ流水とはいえ、地下水はその上に地表を支配している土地所有者が多数存在しているという点で、表流水とは根本的に差がある。そこで、本書では、地下水（温泉を含む）の法的性格の理解に必要なと思われる範囲で河川法に言及するにとどめた。また、地下の鉱物資源は、鉱業法により、土地所有権の対象からはずれている。しかも、それを取得するには地下を掘削する必要がある。したがって、鉱業法の理解も地下水利用権の理解に役立つと考えるが、本書では、鉱業権者が地表を利用する場合に土地所有者の承諾が必要とされている点に言及する程度にとどめた。鉱物資源と地下水とではさまざまな違いがあり（鉱物資源は原則として動かないが、地下水は流動する点は大きな違いである）、この両者を同様に扱える部分は限定的であると考える。

III 温泉利用権について

1 問題の所在

温泉利用権についてはいくつかの問題がある。裁判例も少なくない。また、古い裁判例も多い。詳細については、第2章で網羅的に紹介するが、温泉利用権については、これを法的にどのように見るかについて争いがある。そこで、まず、ここではその概略を整理しておきたい。単純化すれば、温泉利用

権は土地所有権に基づく権利なのか、それとも土地所有権からは独立した物権又は物権的性質を有する権利（以下、単に「物権的権利」という）なのかの争いである。先に筆者の考えを示すと、それは特別な慣習が後者を支持しない限り、前者であると見るべきだというものである。後者には数多くの問題があるからである。また、後者が温泉地の取引の実情を反映しているとか、後者が判例であるとか、紛争を適切に解決できると思うのは、十分な法的考察を欠く思い込みではないかと考えるからである。そこで、以下に、これらの点を明らかにしたい。もっとも、以下の検討が適切か否かは、実際の裁判例において確認される必要がある。そこで、第2章では、以下の検討でふれた論点について意識的にコメントするように努めた。また、第3章では、Q & A の方式で、法律上の論点を再整理しているので、併せて参照されたい。なお、後述するように米国においては、地下水利用権について、土地所有権に基づく権利と見る見方（地表水についての riparian rights という沿岸権と呼ばれる考え方に影響を受けているもの）と土地所有者とは別に先に使用した者が取得する権利と見る見方（地表水についての prior appropriation という先行取得権と呼ばれる考え方に影響を受けているもの）のふたつがあり、州によって基本的考え方が異なっているが、このことと、日本でも温泉利用権については上記のとおり土地所有権を根拠にする見方と土地所有権を根拠にしない見方と分かれることとを対比すると興味深い。

ここでは、よくありそうな一般的な事例を想定して、検討の大枠を設定してみたいと思う。

まず、自分で利用する場合を考える。つまり、土地所有者が土地にわき出る温泉又は土地を掘削して温泉を利用する場合である（以下、土地所有者本人が温泉を利用するという意味で、「本人利用形態」という）。温泉をくみ上げる場合は、近隣の温泉に影響を及ぼしうるので、その権利の範囲が問題となる。土地所有者ならば土地を掘削して地下の温泉を利用することは本来自由であるとも言える。ただ、その利用が他の土地所有者の温泉利用の利益を奪うことになれば、果して許されるのかが問題となる。したがって、どこまで自由に温泉をくみあげることができるかが法律上問題になる。

次に、他人に利用させる場合を考える、これは、土地所有者 A から温泉採取のために土地の掘削権限を B が得て、掘削したところ、地下から温泉

がわき出たような場合である（以下、土地所有者以外の者が温泉を利用するという意味で、「他人利用形態」という）。この場合、B の温泉利用権は、A の土地所有権に由来する地下水利用権を根拠にするものなのか、それとも B は A からただ土地を借りて掘削権限を与えられただけであり、A の土地所有権とは独立した権利を取得したと見るべきなのかという問題がある。このような温泉採取に着目した権利を「湯口権」と呼ぶことが多い。どこまで温泉をくみあげられるかは本人利用形態と同様の問題がある。

なお、温泉をくみあげた者から温泉のエンドユーザーまでは、さらに何段階かの契約行為が介在しう。このように温泉をくみあげた者から直接又は間接に温泉の供給を受ける権利を「引湯権」と呼ぶことが多い。

以下にこれらの利用形態があることを念頭に置いて、温泉利用権の法的性格を検討することにする。

2 温泉利用権の根拠

温泉利用権のよってきたる根拠については、土地所有権を根拠とする考え方と温泉そのものに対して土地所有権とは独立に支配を及ぼせる慣習法を前提とした物権（又は物権的権利）を根拠とする考え方とがある。

(1) 土地所有権説

温泉が地下水の一種であることに異論はないところであるから、地下水利用権の根拠が温泉利用権の根拠でもあるという論理は理解しやすいものである。地下水利用権は、土地所有権の内容そのものであると言うか、土地所有権の効力の及ぶものであると言うか、土地所有権に付随するものであると言うか、その表現には多少の差があるが、一般に、その根拠は土地所有権に求められる。したがって、温泉利用権の根拠を土地所有権そのものであると整理することは自然なことである。

この考えを土地所有権説と呼ぶと、土地所有権説は、本人利用形態には適切な構成であるが、他人利用形態の場合の権利関係をどのように説明するのかという問題がある。土地所有権説に立つ場合、その整理は、土地所有権から派生する物権構成と債権構成とがありうる。

物権構成は、地上権、地役権の構成を考え得る。つまり、地上権構成の場合は、地上権の内容に温泉採取権も含めて地上権を設定するものである。地

役権構成の場合は、源泉のある土地を承役地とし、他の土地を要役地として、地役権の内容として承役地にある源泉からの温泉採取権とその源泉から採取した温泉を要役地に引湯するための設備の設置を含めて地役権を設定するものである。また、物権に準じるものとして借地借家法上の借地権がある。この場合は、温泉採取の設備を設置した建物所有目的の土地賃貸借ということになり、その借地権の内容に温泉採取権も含めて借地権を設定するものである（建物が無い場合は土地賃貸借と言っても民法上の賃貸借であり、純粹の債権債務関係となる）。

一方、債権構成は、土地所有者との温泉採取に関する権利設定を単なる債権関係とする場合である。その権利の譲渡の第三者対抗要件は債権譲渡の対抗要件による。

物権構成又は債権構成のいずれとするかは、その関係当事者間の合意に従えばよく、合意内容が契約文言だけでは判然としない場合はその合意がどの構成に近いかを探究して決めることになる。

(2) 独立物権説

一方、本書第2章で見るように、温泉は希少性があるために、通常の地下水とは異なって、温泉利用権が土地所有権から独立したものとして判例上保護されることがある。判例上のかかる取扱いは、温泉利用権を土地所有権から独立して保護する慣習があることを前提にするもので、物権的権利として認められているところである³。

この考えを独立物権説と呼ぶと、独立物権説は、他人利用形態には適合的な構成であるが、本人利用形態の場合をどのように説明するのかという問題がある。これは、その温泉利用権が物権として構成されるので、土地所有権と温泉利用権とが併存し、温泉利用権の範囲で土地所有権が制限されると見ることになるであろう。しかしながら、慣習の存在を前提にした、土地所有

3 川島武宜教授は、温泉利用権を物権として認めるには慣習は必要ないという。すなわち、独立した物権と認められるべきは「経済的必要によるのであって『多年の』慣習を要するものではないと認むべきであり」（川島武宜他『注釈民法（7）』（有斐閣 1968）619頁）と言うが、かかる理解は判例と異なるうえ、法令上の根拠もない。また、温泉利用権を地上権、借地借家法上の借地権、地役権として権利構成することもできるし、少なくとも債権構成は可能なのであるから、慣習がない中で、本文中に述べるような数多くの問題を引き起こしかねない物権の成立をあえて認めなければならない合理的根拠は見いだしたい。

権から独立した物権的権利としての温泉利用権を認める場合は、以下の問題を有する。

第一に、物権法定主義（民法第175条）から、法定されない物権の存在が認められるのかという問題がある⁴。鷹の湯事件（本書第2章13事件：大審院昭和15年9月18日判決）で大審院は「物権的権利」を認めているが、物権は民法その他の法律に定めるもののほか創設できないと定めた民法第175条から、かかると解釈が許されるのかが問題となる。なお、鷹の湯事件では、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点については本書第2章を参照されたい。

第二に、物権というからには、何らかの利益を支配できる必要があると思われるが、温泉利用権が果してこのような実態を有するのかという点である。常に流動する地下水の性格をもつ温泉をどのようにして支配できるかという問題である。どの程度温泉をくみ上げることができるのかという最も重要な点ですら、その内容が不明であれば、これを土地所有権と独立した物権と呼んでいいのかという問題がある⁵。

第三に、温泉利用権を土地所有権と独立して認めるとなると、両者が別人

4 大審院は、鷹の湯事件で、「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於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」とした。詳細は本書第2章13事件参照。この判決を民法第175条からどのように理解するかが問題になる。これについては、「判例は、本条（筆者注：民法第175条のことである）と正面から抵触しないような形では、實際上、慣習法上の物権を認めている場合が少なくない。たとえば、後述するように慣習法上の流水利用権や温泉権などについては、これを物権としないまでも、一種の物権的権利とか、慣行上の一種の権利などの名目のもとに、実質上、その物権性を認めているものが多い。」「現在の学説は、本条の法律のなかに、直接、慣習法上の物権が含まれるとするかいはともかくとして、原則として、民法上、慣習法上の物権が効力を有するとする点では、ほとんど異論のないところといえよう。」（以上、舟橋諄一他『新版注釈民法（6）』（有斐閣 2009）218、219頁（徳本篤執筆）参照）と説明されている。筆者は、民法第175条の「法律」には慣習法を含むとする学説（例えば、我妻榮著・有泉亨補訂『新訂物権法』（岩波書店 1983）26頁）に従って、慣習法で物権を認めることは物権法定主義に反しないと考えるが、あくまでも慣習法が公示方法まで生成させている限りであるとの考えをとる。鷹の湯事件の大審院判決もそのように解しようと思う。このように考えることで、「慣習法による物権を認めても、物権法における公示の原則の破壊されるおそれはない」（同書27頁）ことになる。なお、温泉権を慣習による物権的権利とする裁判例の多くが、公示方法については慣習を探索して確定させているとは言えないことについては、第2章で述べる。

に帰属することがあり、その場合、温泉利用権者が源泉から温泉を採取するために使う土地の部分は土地所有者から何らかの使用権限を認められなければならないはずで、その使用権限は一体何なのかという問題である。温泉利用権を物権と認めるならば、源泉部分の土地の温泉採取に合理的に必要な範囲の土地使用権とそこから他の土地へ引湯するルートを合理的に確保する権利がセットで排他的に認められると考えないと意味がない。なぜならば、そう考えないと、排他的な温泉利用は不可能であり、温泉利用権を物権と言うこと自体無意味だからである⁶。

第四に、温泉利用権はいつ発生し、いつ消滅するのかという問題がある。土地所有権と温泉利用権とが独立していると観念するならば、いつ温泉利用権が発生し、いつ消滅するのが明らかでなければならないはずだが、明らかではない場合も少なくないように思われる。慣習上かかる温泉利用権が成立していると言える場合は、成立時期は議論の実益がないかもしれないが、温泉を利用しなくなっても温泉利用権は存在するのかという問題はありうる。これも慣習によると言うことができるかもしれないが、少なくとも理論的問

5 我妻は、「物権の本質は、「一定の物を支配して利益を受ける排他的の権利である」ということができる」（我妻『新訂物権法』6頁）と言う。このように言いながら、一方で、判例が温泉専用権に物権的効力を認めることを正当であるとも言う（同書27頁）。確かに一定の地域で、ある源泉からの温泉くみ上げの自由がある特定の者に認められ、かつ、同源泉に影響を及ぼす温泉掘削が他の者に一切認められない慣習が存在すれば、このように言うこともできるであろう。そのような場合は当該源泉の温泉を支配していると評価できるからである。我妻は、本書第2章で引用する評釈から見ると、公示手段が確立していれば、物権の成立を慣習で認めることにも積極的である。しかし、物権の成立を認めるには、公示手段とは別に支配の内容も明確でなければならない。慣習でこの点が明確な温泉利用権がどれほどあるのか疑問である。

6 このように考えると、温泉利用権に物権的権利があると言いつつ、源泉部分の土地使用権が備わっていないとして、その温泉利用権者の温泉利用を認めないことは背理である。しかし、土地利用権を温泉利用権から根拠づける理由が何かは解決しがたい問題として存在している。参考までに、土地所有権の対象とならない鉱物資源の採掘の場合の土地の使用について、鉱業権者がいかなる権限が必要かを見ると、通説は、鉱区内の地下使用権は鉱業権の内容をなす（つまり、土地所有者の承諾なく採掘に必要な限度で地下を使用できる）が、「鉱区内の地表の使用については、土地所有権又は使用権を取得しなければならない。」（我妻榮・豊島陸『鉱業法（法律学全集）』（有斐閣 1958）10頁参照）としている。鉱物資源採掘においては、地上の活動に影響を及ぼさないかたちで掘り進む場合があるので、地表から離れた地下利用を議論する意味があるが、そのような鉱物掘削の場合ですら地表の出口の土地利用については、土地所有権又は使用権を取得しなければならないとされていることに留意すべきである。このことの対比からも、温泉利用権者が土地所有者の承諾なく地表を利用することができるという結論は導きたい。

題としては存在する。

第五に、公示手段である。温泉利用権を土地所有権から独立した物権であるとした場合、かかる温泉利用権が対抗要件を具備すれば、第三者（土地所有権の譲受人を含む）に対抗できることになるが、その対抗要件が法定されていないために、その公示方法が問題になる。温泉台帳とか立木の場合を類推した明認方法が公示手段として論じられることはあるが、定まった公示方法があるわけではない。公示方法が定まっていない権利は物権と呼ぶに値いするののかという問題がある。

このように考えると、慣習を前提にした、土地所有権から独立した物権的権利としての温泉利用権を認める場合は、問題が山積みであり、それゆえ、誰が権利者か、その権利の内容とは何かで、解決しがたい混乱が生まれうることは容易に想像できる。

3 各地のかつての慣行について

以上のとおり、慣習を前提とした独立物権説は、多くの問題をはらむが、現実に独立物権説で処理するしかない地域がどの程度あるのだろうか。この点については、第2章で見る各種裁判例も参考になるが、最も望ましいのは、現時点で幅広く実態調査を行うことである。しかし、それを行う余裕がないので、ここではかつて法社会学的観点から行われた調査として名高い、川島武宜・潮見俊隆・渡辺洋三『温泉権の研究』、同『続温泉権の研究』の文献（以下、総称して『温泉権の研究』と呼び、以下の引用においては前者を「正」、後者を「続」と表示する）において、全国の著名な温泉地で温泉利用権がどのような法的性格を有していると整理されていたかを概観することにする。『温泉権の研究』（正）が出版されたのが1964年であり、既に約50年を経過しており、この書物自体が言わば現在では骨董品の存在になっており、そこに書かれていることが当時の実情を反映しているとしても、各地の現状を反映していることにはならないことは言うまでもない。しかし、これまで論じられてきた独立物権説の根拠とされた社会実態は、当時の各地の慣行によるものであるから、当時の各地の慣行が果して独立物権説を当然に導くものであるのかという論点の検討としては、『温泉権の研究』を素材にすることは意味がある。また、約半世紀前の社会実態と言っても、現状の理解に有

用な情報を与えるものには違いがないので、対象各地それぞれについて少し立ち入って、『温泉権の研究』を紹介しようと思う。

(1) 熱海

熱海では市有温泉の占める割合が多いが、また、民法上の組合が源泉権（湯口権）をもち、組合員に湯を分配している例が非常に多いとのことである（正 47 頁）。このような組合の場合について、「K 温泉組合の場合でいうと、前述のごとく、源泉権と源泉地盤共有権と引湯している土地の所有権とは三位一体であるから、源泉権だけの譲渡は認められない。」（正 69 頁）、「M 温泉組合の場合も、分譲地からはなれて温泉権だけを処分することができないことは、K 温泉組合の場合と同じである。」（正 69 頁）という紹介があり、さらに、共有温泉の取引における対抗要件の問題について、「温泉権の取得にさいして、源泉地盤共有権を同時に取得したときには、その共有権登記をもって温泉権の取得を対抗できると考えられている。このような温泉権は、しばしば『登記してあるもの』と呼ばれている。」とされ、「これに対し、温泉権の取得が源泉地盤共有権の取得を伴わないとき、このような温泉権は、『単なる引湯権にすぎないもの』と呼ばれ」、単なる引湯権では第三者に対抗力がないということで決着したという紛争事例が紹介されている（正 70 頁）。したがって、少なくとも独立物権説が一般に妥当する状況にはないと考えられる。

(2) 鬼怒川

鬼怒川では温泉が河川敷にあるために、掘削にあたっては、温泉掘削の許可と河川敷地占用許可との二重の許可を受けなければならない（正 77 頁）。土地利用権はこの占用許可ということになる。温泉利用権も、したがって土地所有権に基づくことはできない。『温泉権の研究』の著者ら（鬼怒川については、三藤邦彦、和座一清、渡辺洋三、宮田量司である）は、「以上みたように、源泉支配のための河川敷占用権は、その公法的構成にかかわらず、実態からみれば、私法上の財産権にちかい。事実上、この権利は、長期にわたってつづき、譲渡も相続も可能である。」（正 83 頁）としている。もっとも、別のところでは、「この源泉権については、金融機関は、従来、これを担保としてとりあげず、温泉旅館の不動産、有価証券を担保にとるにとどまっていた。」（正 108 頁）と報告している。『温泉権の研究』の著者らが言う

ように公法上の許可が私的権利に事実上従属する状況にあるのであれば、独立物権説が成立する状況があるとも言えるが、担保価値がないという報告からもそのように見ることができるのかは疑問もある。

(3) 土肥

土肥では源泉の数はひとつで、町有であるが、源泉地の地盤所有権と温泉との関係は土地賃貸借である（源泉地盤所有者である私人から町が土地を賃貸借している）との報告がある（正 134 頁）。そこで、ここでは温泉利用権と源泉地の地盤所有権との関係をこれ以上詮索する意味もない。温泉受給権の担保について報告があるが（正 147 頁以下）、土肥町に対して温泉の受給を求める権利の担保であり、債権としての受給権に代物弁済予約がなされた事例のようである（正 148 頁）。したがって、ここでは独立物権説が成立する社会状況にはない。

(4) 修善寺

修善寺では源泉地盤所有者と源泉権者とが異なる場合の両者の関係は土地賃貸借であるとされ（正 160 頁以下）、そのため源泉権者の源泉地利用は物権的保護を受けない（正 164 頁）。担保についての報告もあるが、銀行は、「源泉権の場合には、源泉権者が同時に源泉地盤所有権者である場合が多いから、源泉地を担保にとって登記することができるのであり、また、事実、そうしている。」（正 175 頁）とされる。引湯権の担保は譲渡担保のようであるが、土地建物と独立した価値を見出しはならず、「引湯権のような、いつなくなるかわからない不安定なものは、危険で評価できないが、念のため、弁済をいっそう円滑にさせる効果をねらって担保としてとるだけはとっておく」と銀行が説明していることが報告されている（正 176 頁）。したがって、ここでは独立物権説が成立する社会状況にはない。なお、修善寺の現在の温泉の集中管理については、本書第 3 章Ⅲ、3 で述べる。

(5) 片山津

片山津は温泉の開湯が明治初期という新しい温泉である。ここは、湖底から温泉が湧出していたという事情があり、湧出湖面を埋め立てて源泉を掘削したようである。使用されている源泉はひとつで、源泉地の利用は賃貸借である（正 220 頁）。温泉利用権の基礎はこの賃貸借にあるようで、独立物権説が成立する社会状況にはない。

(6) 和倉

ここでは合資会社に鉱泉使用権と源泉地二か所に対する共有持分が現物出資され（正 234 頁）、この合資会社から社員たる旅館営業者に温泉を配湯している。したがって、独立物権説が成立する社会的状況にはない。

(7) 四万

「今日の四万では湯場を所有していても、源泉を支配したことにはならないのである。温泉は土地の一部と考えられ、温泉の支配は源泉地の地盤所有者に与えられているからである。」（正 252 頁）とあり、ここでは独立物権説は成立しない。

(8) 草津

「ここで第一次温泉権とは、湯口にたいする直接的管理権のことを意味し、地盤所有権とはかならずしも一致せず、また温泉をみずから引湯利用する引湯権とも区別される。草津では、公有地源泉における第一温泉権は町にある。私有地源泉ではほとんどすべて地盤所有者がみずから湯口権を保持しており、契約によって湯口権を譲渡している例はすくない。」（正 289 頁）としている。公有地源泉については、「まず、明治 9 年から 12 年にわたる官有民区分のさいに地盤所有権が官有に編入され、県の実際の管理下におかれて、町が国から貸し下げをうけるという形をとり、ついで大正 11 年に県に地盤が払下げられたときに、町と県とのあいだに源泉地の賃貸借契約がむずばれて、現在の法律的構成ができあがった。」（正 290 頁）と説明されている。以上の説明から見ると、独立物権説を裏づける事情は存在しないように思われる。

(9) 伊香保

伊香保では、源泉の温泉を集めて温泉営業地まで導く一本の水路が大堰と呼ばれている。大堰からの温泉の取り入れ口が小間口と呼ばれる。ひとつの小間口から引用された温泉で、小間口権者が自ら使わずに、その屋敷内居住者に使用を許しているものを屋敷湯と呼ぶ。小間口権つき土地（屋敷）の所有者が大屋である。大屋が土地と温泉の独占を続けた。

「伊香保において、源泉地盤の地積は小さいが、そこから湧出する温泉の所有権ひいては利用権は、これとは全く別個のものとしてとり扱われている。この権利が、いわゆる小間口権である。」との説明があり（正 357 頁）、源泉地盤所有権と温泉利用権とは明確に分けられているとされる。したがって、

ここでは源泉地盤所有権と独立した物権的権利として温泉利用権が存在するように思われる。なお、前橋地裁昭和 31 年 7 月 17 日判決（本書第 2 章 15 事件参照）では小間口権から屋敷湯に分湯する割合が争いになったものである。

(10) 城崎

城崎では財産区によって独占的な温泉利用権が認められており（正 394 頁）、源泉地盤所有権と独立した物権的権利としての温泉利用権はない。なお、城崎の現在の温泉の集中管理については、本書第 3 章Ⅲ、3 で述べる。

(11) 洞爺湖

洞爺湖では、温泉が出たときには地主が鉱泉地の登記をして、温泉利用権者が地上権の設定を受けたり、土地賃貸借契約を行ったりしているようである（続 51 頁）。鉱泉地としては 1 坪半の実例が紹介されている。土地所有者は鉱泉地を売買等処分しない特約が結ばれるのが普通とのことである。引湯管の敷設に関しては、その敷設部分の土地の賃貸借契約が結ばれている事例が紹介されている（続 52 頁）。ここでの紹介は、調査時点で通常行われる法的処理の紹介であると思われる、古い慣習が別に残っている場合もあるのかもしれないが、洞爺湖地域においては既に調査時点（昭和 38 年頃）の温泉利用権の新たな設定は、土地所有権説で処理されていると見てよいと思われる。

(12) 浅虫

「浅虫では従来、鉱泉地地盤所有権と離れて源泉権だけを独立して取引する慣行はなく、鉱泉地（大部分は一坪として登記されているが、半坪のものもあり、また七坪、八坪というものもある）の売買によって、地盤所有権とともに源泉権を売買することが行われており、鉱泉地賃貸借も両者の賃貸借も含むものである。」と紹介されている（続 73 頁）。したがって、これによると、浅虫では土地所有権説で処理されていると見るべきであろう。

(13) 大鰐

大鰐については、川島武宜による報告（続 88 頁以下）があり、大鰐の「引湯権」は物権であるとされている。ただ、この報告だけを読んでも、そこで言う「引湯権」とはどのようなものが不明で、別に使われている「源泉権」のことばとの違いも不明であるが、文献の資料（続 284 頁以下）に「大鰐町温泉事業条例」が掲載されている。その第 3 条には「既存温泉の所有者（以下「受給権利者」という。）」とあり、第 6 条では「受給権利者には権利

証を交付し」とあり、「温泉受給権利証」の様式には、「この権利証は、大鰐町温泉事業の存続する限り有効である。」とか「この権利証は、譲渡することができる。ただし、この場合は大鰐町温泉事業条例に定める手続をとらなければならない。」とある。「温泉の所有者」という表現はあいまいだが、その地盤の所有者とは別の概念であり、温泉を支配している者の意味と思われることから、大鰐地域では源泉からの温泉利用権が土地の所有権とは独立して処分されている慣行があったのだろう。そうであれば、かかる権利は独立物権説で説明しないと説明が困難な状況がたしかにありえたように思われる。

(14) 天童

天童については、源泉の所有者が天童温泉協同組合に対して昭和31年に次のような誓約書を出したことが報告されている（続107頁）。

誓約書

私儀定款並びに源泉管理規約に基き、私所有鉱泉水天童町大字山元1481番地の源泉を金14万5千円にて貴組合に譲渡します。従って私所有の源泉を如何ように使用されても異議なく且つ湯湯施設又は配管の為必要ある場合は、いつでも土地を賃貸いたします。

小林三衛は、「これによって源泉の所有権が組合に移り、組合は、源泉管理規約にもとづいて、管理することになった。」としている（続107頁）。「源泉の所有権」ということばの使用があいまいであるが、確かに、土地所有権は留保しつつ温泉利用権は譲渡していると読めるので、独立物権説が妥当するように思われる。

(15) 湯河原

湯河原は町営の集中管理が進んでいる。湯河原町温泉事業条例（続314頁以下に当時の条例が掲載されている）で集中管理の権利関係が規律されているが、同条例は理解が容易ではない。

同条例第4条では、「温泉所有者は温泉利用の合理化をはかるため、町と契約して、送湯施設に温泉を流入することができる。」とある。温泉所有者とはあいまいな表現であるが、源泉から温泉を採取できる権利者を指していると思われる。かかる「温泉所有者」のうち、集中管理に同意する者は、町

の温泉施設に温泉を一旦流入させ、流入させる対価として町から温泉買上料の支払いを受けることになる。

温泉の種類として、「権利温泉」、「保証貸与温泉」、「臨時貸与温泉」の区別がある。このうち、「権利温泉」とは、条例上は、「温泉の受給権利を有する者に配湯する温泉」としか定義されておらず、これが何かは条例上はまったく判然としない。北條は、「権利温泉とは、町営温泉事業が開始される以前に、（イ）源泉所有者と温泉使用者（受給権者）との間で、供給契約を結んで温泉を送湯している場合と、（ロ）源泉所有者が何んらかの方法で直接温泉を使用していた場合とに別れている。」（続134頁）と説明しており、また、「源泉所有者が町に温泉を流入するについては、従来、源泉所有者と受給権者との間で行われていた温泉供給に関する義務を町が継承することによって解決している。」（続134頁）とも説明している。

この「権利温泉」の「権利」の意味が明確であれば、湯河原で温泉利用権がどのような法的性格を有していたのかがわかるが、この点について、北條は、「湯河原温泉においては、（イ）温泉権が地盤所有権と附着して売買されている例、（ロ）温泉権が地盤所有権と別個独立した権利として売買されている例、（ハ）温泉権が地盤所有権と別個独立の権利として売買されておりながら、内容的には（ロ）の例よりも弱いという例、（ニ）引湯権として取引されている例、（ホ）貸借関係となっている例、（ヘ）温泉一定量を売買しているかたちの例、などがあり、これらを一括したかたちで権利温泉として『条例』で規定し、『条例』に準拠させようとするのは無理なことである。」（続141頁）とする。したがって、さまざまな「権利」がこの「権利温泉」で想定されているようである。

町の施設に温泉を流入させることができるのは「温泉所有者」ではあっても、この流入させる行為は町と結ぶ契約上の義務の履行にすぎず、何らかの権利の譲渡が町に対して行われるわけでもない。結局、湯河原町の温泉集中管理とは、源泉から温泉を採取できる権利者（条例上は「温泉所有者」と呼ばれる者）から温泉を町の施設に流入させてもらったうえで、かかる権利者から温泉供給を受けることの約束をとりつけている者らに対して町が効率的に温泉を供給する仕組みをつくりあげているものではあるが、これらの私人間の権利関係には町は介入できず、温泉利用権の法的整理はされてはいない

ということになる。

上記のとおり、湯河原では「温泉権が地盤所有権と別個独立した権利として売買されている例」があるとのことであるから、その限りでは独立物権説によらなければ説明できない状況もあると思われる。しかし、他方で北條は、「源泉地盤の所有権が登記によってその公示性をもち、かつ、絶対的な効力を発生すると人々に意識されていたことが、温泉権を土地所有権の一部としてしかみられなかった原因を生んだものと思われる」（続134頁）という説明も行っている。したがって、そのような「温泉権を土地所有権の一部として」見る見方が実際に支配的であったのかもしれない。

なお、湯河原町温泉事業条例は、北條が「続温泉権の研究」記載の論考を書いた昭和44年以降現在まで存続しており、基本的な構造に大きな変更はないように思われる。

(16) 伊東

伊東では、「他人の土地に温泉権をもっているという例はごくまれであり、温泉権と源泉地所有権とは、同一人に帰属している。また取引の場合にも、源泉土地所有権と別個に、温泉権だけが独立に取引されることは原則としてないという。」と説明されている（続147頁）。そうである以上、慣習を前提とした独立物権説の成立の余地はない。

(17) 山中

「山中では源泉の掘さくに対する集落共同体的規制が強く維持され、これまで個人による掘さくの例は存しないが、現在でも町よりの受湯者が町となす契約（中略）で、まず第一に受湯者は温泉の掘さくをしないことがうたわれている。」（続165頁）とされ、源泉はすべて町有地にあり（同頁）、受湯権の譲渡も条例で認められず、温泉事業の承継も受湯権については新規契約が必要とされる（続168頁）。ここでは、独立物権説の成立する可能性はない。

(18) 那智勝浦

那智勝浦では、「温泉権のみを譲渡するということはなく、借地内に地主の承諾を得て掘さくすることも稀である。しかし、一坪程度の土地を借りて掘さくし、湧出した温泉を旅館に引湯する例はあり、この場合には掘さく者と地主との配分率は五対五または三対七に当事者間で定めている。他人の土地を掘削するときは、大抵の場合、掘さく者が一坪の土地を買って自分の土

地としてから掘さくすることが普通に行われている。」（続172頁）とされており、ここでは独立物権説の成立する余地はない。

(19) 皆生

「皆生温泉の大きな特色は、これまで泉源の掘さく維持、需要者への配湯、温泉街の建設など、温泉地開発に関する一切の事業が皆生温泉土地株式会社（中略）によってなされてきたことである。」（続182頁）と言われており、ここでは独立物権説の成立する余地はない。

(20) 道後

道後では「すべての源泉地地盤ならびに源泉は財産区有であり」（続201頁）とあるので、ここでは独立物権説が妥当することはない。

(21) 別府

別府に関しては、中尾英俊が、その温泉権は土地とは別個の独立した権利であり、その公示方法は温泉台帳の登録であるとする（続215頁）。中尾は、このことを大分地裁昭和36年9月15日判決（下民集12巻9号2309頁）も明示しているとして、同判決（なお、この判決については本書第2章21事件で詳細に紹介する）を引用している。たしかに、同判決では、「大分県別府市地方においては湧出温泉につき増掘浚渫ないしは引湯等の利用をなしうる直接排他的な支配権が温泉権又は鉱泉権と称せられ、そしてこの権利はその鉱泉地と離れた独立の財産権であることは当裁判所に顕著な事実であり」とか「温泉台帳に温泉権利者として登載を受けることによって、恰も物権につき登記をうけるのに類似した事実上の公示作用を営んでいることは当裁判所に顕著である」と判示している。この事件で、裁判所は温泉台帳の登載者変更手続を温泉権者が温泉権がないながら温泉台帳に温泉権者として登載されている者に対して求める訴えの利益があることを示す根拠として、以上の説示を行っている。中尾は、大分県温泉条例によると、「温泉権移動の認可申請には土地所有者からの使用権証明書が必要とされる。温泉権の移動に土地所有者の同意を有することになり、債権的効力しか有しないように解される。しかし、實際上温泉権の譲渡は必ずしも土地所有者の同意を得た上で行われるものではない。賃借権のように土地所有者の同意がない譲渡によって権利が消滅するならば、その権利は債権的効力を有するにすぎない。けれども、温泉権は土地所有者の同意がない譲渡も有効であって、土地所有者が同

意しないからといって温泉権が消滅することはない」とまで言い切っている(続218頁)。この部分の指摘が中尾の意見ではなく、実際に、別府でそのような規範で社会が動いているならば、まさに独立物権説が妥当する社会がここに存在することになる。しかしながら、確かに大分県の温泉台帳は温泉利用権の移転を記載することに熱心であるように思われるが、温泉台帳の役割は、今や大分県の温泉行政のためにしか機能していないように思われ(大分県の現在の温泉台帳の役割については本書第3章Ⅲ、2参照)、別府という特別な地域でも果して当時においても公示の機能を果たしていたのかは疑問がある。別府市において温泉台帳の記載をもって温泉に関する権利変動の公示方法とする一般的慣行がないと明示した判決が複数あるからである(大分地裁昭和29年6月28日判決：本書第2章14事件、福岡高裁昭和34年6月20日判決：本書第2章20事件参照)。

(22) 雲仙

中尾によると、調査当時(昭和38年頃)、温泉地盤のほとんどが国有であり、県営公園にあり、長崎県が管理しているとのことである。また、「雲仙では温泉源が少く、それを譲渡処分することはほとんどない」(続254頁)とのことであるから、独立物権説が妥当することはないものと思われる。

(23) まとめ

以上に見たように、全国の著名な温泉地においても、慣習を前提とした独立物権説の妥当するようになる場合は限定的かつ特殊であり、なおまた法的に明確でないものである。すなわち、以上にとりあげた22の温泉地のうち、鬼怒川、伊香保、大鰐、天童、湯河原、別府の6温泉地については独立物権説の成立の可能性がありそうであるが、他の16温泉地では独立物権説は成立しそうもない。ただ、これまで概観した22の温泉地は代表的な温泉地ではあるが、日本の温泉地全体から見るとごく限られた数であり、地域によっては慣習を前提として独立物権説を採用しなければ十分な対応ができない地域もあるかもしれない。そのような地域に関して独立物権説の適用を排除しなければならぬ理由はないと考える。しかしながら、慣習がない地域では土地所有権説によって処理することがよほど関係権利者の予見可能性を高め、紛争を回避できると考える。

土地所有権説に従っても、温泉の価値は源泉が存在する土地の価値とは異

なっていることから、源泉部分を1坪又はそれに近い狭い土地に区画割りし、そこを鉱泉地として登記し、その所有権(もともとの土地所有者と共有形態にする場合もある)により、この温泉利用権の存在を公示できるし、他人利用形態の場合も、既述のとおり、地上権、賃借権、地役権設定と、それらに用意されている権利の公示手段により、権利の対抗要件を具備できるからである。

それにもかかわらず、川島武宜を中心として法律学者の中には慣習の前提がなくとも、温泉利用権を物権とし把握すべきであると主張し、その点をより明確にする立法が必要であるとする者がいる。川島は、「源泉に対する近代法的な管理・支配の主体は、その成立のはじめ(すなわち、掘さくの時)から、源泉の所在する土地(源泉地盤)の所有者とは別の主体である場合が多いのみならず、当初においてはこれら両者の主体が同一であつても後になつて源泉に対する管理・支配が源泉地盤の所有者とは別の主体に譲渡される場合も少なくない。このような事実は、源泉の掘さくが多額の資本を要すること、および源泉自体が高額の商品価値を有すること、によつて言わば必然的に発生したものであり、したがつて、このような実際の事情を法の次元にも反映させて、近代法的源泉権を、源泉地盤の所有権とは別の独立した物権として承認すべきものと考える。」⁷と云う。しかし、温泉利用権が源泉地盤所有権とは別の主体に譲渡されることが少なくないという指摘が事実として正しいのかは、少なくとも川島が中心となってまとめた『温泉権の研究』にて報告されている各地の実態からは上記のとおり疑問がある。また、資本を投下した者と地盤所有者とが同一である必然性はなくとも、だからといって、地盤所有権とは独立した物権としての温泉利用権を認めることが温泉の利用に伴う諸問題を適切に解決するとは思えない。

資本を投下した者の利益を適正に守るには、かかる物権の成立を認めて保護することが不可欠であるという前提が川島にはあるように見える。しかし、このような者の正当な利益をどのように守るべきかについては、第一に、このような者の温泉利用権を、土地所有者から土地所有権を取得した者(又は土地所有者から何らかの土地の利用権を認められた者)からの妨害から守る

7 川島他『注釈民法(7)』618頁。

ためには、温泉利用権を土地所有権とは独立した物権的権利としなければ困難なのか、第二に、このような温泉利用権に土地所有権とは独立した物権的権利を認めなければ、第三者（離れた土地で温泉を掘削して、従来の温泉利用権者の温泉利用を妨害する者を想定する）に対して、妨害排除又は損害賠償を求められないのかという二つの問題について、検討を加えなければならない。既に述べたように、独立物権説はさまざまに解決困難な問題があるから、土地所有権説でも以上の二点を解決する方法があるならば、あえて、解決困難な問題を引き起こす独立物権説をとる合理性はないからである。そこ

8 本書では独立物権説については、専ら川島武宜教授の説を引いて論じるが、それは川島教授がその学説の代表者と見られるからである。川島教授が「温泉権」の研究をさかんに発表されていたのは、既に半世紀近くも前になるので、その後の社会の変化や技術の進歩を基礎に温泉利用権を再検討することが必要である。ただ、その後の温泉に関する法的研究は、川島教授が中心となって組織された温泉権の研究グループ以外のものは非常に少ない。同グループの研究者の温泉に関する新たな研究も少なく、わずかに北條浩教授が精力的に『温泉の法社会学』（御茶の水書房 2000）や村田彰教授と共著の『温泉法の立法・改正審議資料と研究』（御茶の水書房 2009）等を出されている程度である。同研究グループ以外の研究者の研究としては、河津八平教授の「温泉と法律問題」(1)、(2)（下関市立大学論集第31巻第1・2合併号（1987年）71頁、同第33巻第1号（1989年）25頁、但し、(2)は、太田周二郎教授との共著である）がある。河津教授の上記論文は、本来継続を予定されていたようであるが、上記(1)と(2)の掲載で中断されている。河津教授は、その論文の中で「判例は、全体の流れとしては、湯口権は一種の慣習法上の物権とするものようであるが、その中でもその物権性を否定する例もある。」(1)の文献90頁)とされ、裁判例を適切に引用されている。ただ、その結論は、論文の展開からすると、物権と見るべき慣習が確認できない場合は、温泉利用権は土地所有権に基づくものと見るべきということになりそうだが、なぜか、慣習の有無と無関係に、「温泉の湯口権（源泉権、温泉採掘権）は、土地所有権とは別個の独立の権利、しかも物権性を有する権利である」という結論を出されている（(1)の文献112頁）。この点など筆者には異論がある見解が少なくないが、河津教授は、温泉利用権の保護の問題は、対抗の問題と妨害排除の問題と適切に問題を設定され、これらに関する裁判例を紹介されており、参考になる記述も多い。なお、「温泉権」を物権と見ても「先掘者は、ある者が後掘者であるという理由だけでは、後掘者を全面的に排除することは」できない（(2)の文献58頁）とされて、その権利者間の調整をどのような理論で解決すべきかを検討されているところは、「温泉権」を物権と見るべきであると主張する川島教授の前記グループの研究では議論が薄いところであったので、参考になるものである。また、伊藤高義教授の「温泉権の原始的帰属」（名古屋大学法政論集142号（1992年）97頁以下）も数少ない論文のひとつで、温泉権と言う慣習上の物権というものを認める場合に、それはいつどういう根拠で生じるのかを検討された興味深い論考である。そのような温泉権も原則として土地所有者に原始的に取得され、温泉権者に帰属する場合は、土地所有者と温泉権者としてそのように合意するからではないかとされる。なお、最近の研究として、安藤雅樹弁護士「温泉と法に関する考察」（信州大学法学論集17:291 - 326（2011））がある。これも、温泉に関する各種問題を幅広く扱っており、裁判例の引用も豊富で参考になる。ただ、同論文でも、「裁判例は概ね温泉権の物権性を肯定」していると結論づけられているが（同論文326頁等）、筆者は賛成できない。

で、以下に、この点を検討する。前者の問題は、物権の二重譲渡についての議論をふまえて論じる必要があり、後者の問題は、債権侵害による妨害排除請求権又は損害賠償請求権についての議論をふまえて論じる必要があるのか、かかる一般論にも必要に応じて言及することにする。また、当然のことながら、かかる検討は、具体的な紛争の解決にあたっても有効でなければならない。この点については第2章の各裁判例の評釈において意識的に言及した⁸。

4 温泉利用権の保護

(1) 温泉利用権の源泉地の所有権取得者等に対する対抗問題

独立物権説は、温泉利用権を土地所有権と独立した物権的権利として位置づけ、その公示方法は、慣習で認められる方法で備えられるので、土地所有権の移転を受けた者らに対抗できるという論理で温泉利用権を保護する。ただ、第2章の裁判例を見ても、慣習を探究して公示方法を確定させたものはほとんどないように思われる（わずかに別府温泉における21事件程度であり、しかも、そこで慣習で認められた公示方法とされる温泉台帳への登載が同じ別府温泉において慣習と認める立証がないとする14事件、20事件がある）。したがって、独立物権説が公示方法の要件をみだして温泉利用権者ほどの程度保護し得るのか甚だ心もとないのであるが、それならば、土地所有権説で温泉利用権を守ることができるのか問題となる。

これまで見たように全国の代表的な温泉地でも、温泉利用権を土地所有権説のもとでも確実に保護できるように、源泉地を1坪ほどの土地に分筆して（特にこのように源泉地を分筆してできた土地を、本章では以下「鉱泉地」という）、温泉利用権を有する者が鉱泉地の土地所有権を取得したり、鉱泉地に共有持分を取得したりすることで、温泉利用権を実質的に土地所有権に格上げする手法（換言すれば温泉利用権を土地所有権として結晶化させる手法）がよく用いられ、これにより温泉利用権の確保は可能である。問題は、仮に、温泉利用権者が鉱泉地の共有持分の取得も許されずに、単に、鉱泉地に賃借権を認められたにすぎないとか、鉱泉地の分筆も認められず、源泉を含む土地に賃借権を認められるにすぎないような場合である。

この問題を考える場合は、土地所有者甲が乙に土地を賃貸し、乙が土地賃借権を有する場合に、甲から土地を購入し土地所有権の移転登記を受けた丙