法政大学学術機関リポジトリ
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-05-10

〈判例評釈〉温泉の掘削が権利の濫用にならないとされた事例、温泉法四条の趣旨 : 温泉法第三条二項にいう 「掘削に必要な土地を掘削のために使用する権利」の意義

ADACHI, Mikio / 安達, 三季生

(出版者 / Publisher)
法学志林協会
(雑誌名 / Journal or Publication Title)
Review of law and political sciences / 法学志林
(巻 / Volume)
57
(号 / Number)
1
(開始ページ / Start Page)
237
(終了ページ / End Page)
251
(発行年 / Year)
1959-07
(URL)
https://doi.org/10.15002/00010814

Hosei University Repository

安達三季生

◎温泉の掘鑿が権利の濫用にならないとされた事例

〔参照条文〕民法一条

昭和三三年七月一日第三小法廷判決（昭和三二年(オ)第一二九号、国際バイヤー指定ホテル株式会社大丸別荘外一名対武石源太郎温泉掘鑿禁止請求事件）民集一二巻一一号一六四〇頁

◎温泉法第四条の趣旨　温泉法第三条二項にいう「掘鑿に必要な土地を掘鑿のために使用する権利」の意義

〔参照条文〕温泉法三条・四条

昭和三三年七月一日第三小法廷判決（昭和三二年(オ)第一二八号、国際バイヤー指定ホテル株式会社大丸別荘外一名対福岡県知事土屋香鹿・温泉掘鑿許可取消請求事件）民集一二巻一一号一六一二頁

〔事実〕

X′（原告・控訴人・上告人）Y（被告・被控訴人・被上告人）ともに福岡県二日市町の温泉旅館業者であるが、Yが昭和二十七年五月に県知事の許可をうけて温泉井の掘鑿を始めたのに対し、X′は、それによってX′の既設温泉が悪影響をうけるおそれが強く、従ってX′の温泉利用権が侵害されるに至るのは明らかであるとして、Yの温泉井掘鑿及び温泉採取の禁止を求めて訴を提起した。第一審X′敗訴。第二審では、その結審に至るまでにYの温泉井掘鑿は完了し、温泉の利用がすでに開始され、そしてYの温泉井掘鑿後、X′の既設温泉の湧出量その他に多少の変化が見られたのであるが、第二審でも同様にX′敗訴。これに対して上告したのが本件である。なお、X′は右の訴提起と一緒に福岡県知事を相手どって、知事がYに対して行った温泉井掘鑿許可処分がX′の温泉利用権を侵害する違法な処分であるとして、その取消を求める抗告訴訟を起している。この抗告訴訟でも一審二審ともにX′敗訴して、X′より上告している。この事件は本件と同号の判例集に並べて収録され、本件と密接な関連をもっているので、これについても簡単に評釈することにしよう。

ところで本件の事実関係を、第二審の認定した所に従ってやや詳細に述べるならば、

(1) 係争温泉井の存する福岡県二日市町地方においては温泉の湧出するもとになっている地下の原泉について排他的独占的な利用権を保有することを認めるような慣習法は存在せず、X′

Hosei University Repository

はこのような他人の所有地の地下にも及んでいる地下の原泉に対する独占的な利用権を有しない。(従ってYも知事の許可を得る限り、同様に自己の所有地を掘鑿して温泉を採取する権利を有する関係にあるが、但し権利の行使については信義誠実の原則・権利濫用の法理による制限をうけるという)

(2) X'Y両者間における温泉井掘鑿の前後関係及びYの満泉井掘鑿をなすに至った事情(イ)昭和二十五年頃二日市町にて新規温泉井を無許可で掘鑿する者があったが、それに刺戟されてX'・Yを含む温泉旅館業者十八名も無許可で新温泉井掘鑿に着手した。そしてこれら旅館業者の大部分は、X'Yを含めて既設の温泉井を有していたから、増設になるわけであった。そこで県当局はかかる無許可の掘鑿を制止するとともに、X'Yを含む温泉旅館業者の組織する組合に対し、温泉井の濫掘が結局は旅館業者自らの不利益に帰する旨の注意を促し、その自主的な対策を立てるよう勧告した。そこで同組合は協議の上次の条件で掘鑿を許可されたい旨県当局に上申した。即ち、従来より温泉井を有する者は新温泉井掘鑿の代りに旧温泉井を埋めること。従来温泉井を有していなかった者は、既設温泉井及び既設温泉井を有する者が今回掘鑿せんとする新温泉井に対して影響しないよう掘鑿すること。従来より温泉井を有していた者相互間においては、新温泉井の掘鑿により互に影響を及ぼすことがあっても異議をいわないこと。今後たとえ新掘鑿の許可申請があっても許可しないこと。県当局はこれを諒承し、今後は特別の事情ある場合のほかは新温泉井の掘鑿は許可しない方針のもとに昭和二十七年中に、新温泉井の掘鑿を許可した。(ロ)ところがYが申請書に記載し許可をうけた掘鑿の地点は、Yの有する旧温泉井の近くであったが、その旧温泉井は湧出量温度ともに著しく低下していたので、その近くに新温泉井を掘鑿しても効果を期待できないこと、また建物が建てこんで掘鑿に不便であることなどの理由で、そこを止めてその代りにX'鑿温泉井に比較的近い地点を他人から借りて新温泉井の掘鑿に着手した。これに対し県当局より注意をうけたので改めてその掘鑿について許可申請を行った。そこで県当局は温泉審議会の諮問に付したところ、同審議会では(i)Yは久しい以前からの温泉旅館業者であるのに温泉井が一つしかなく、その温度湧出量ともに低下して営業に支障を来していること(ii)既設温泉井を埋め立てて新規掘鑿をなさんとするものであること(iii)若し前の申請の際に掘鑿地を旧温泉井の近くにせず現在掘鑿しようとしている地点としたならば当然許可したはずのものであること(iiii)現在地はX'の温泉井に近いけれども、しかしX'の温泉井にさしたる悪影響はないと思われること、たとえあったとしても前の申請の際旅館業者の組合で、新温泉井の掘鑿により相互に影響をう

Hosei University Repository

けても異議を言わない旨の協議が出来ていたこと等の事情を考慮し、結局十対三の多数決で許可然るべしとの答申がなされ、それに基いて県当局は、旧温泉井を埋め立てることを条件に係争温泉井の掘鑿を許可した。そしてYは二八年二月係争温泉井の掘鑿を完了し、現在それを旅館営業に使用している。

(3) Yの新温泉井掘鑿がX'の各温泉井に如何なる影響を与えたか。(イ)九州大学理学部教室の測定の結果によると、Xの温泉井については、掘鑿の前と後とで泉温が低下した事実は認められない。またXはYの掘鑿後、その温泉井において泉源から湯を汲み上げるためにポンプ座の位置を従来よりも下げ、モーターを若干強力なものに取替えることによって所要量を汲み上げうるに至った事実が認められるから、泉源の水位低下と湧出量の若干の減少を推認しうる。(ロ)X'の温泉井については、Yの掘鑿後泉温が漸次低下し、四六度から四二乃至四三度に低下した。そして共同浴場に使用のため温度が低下しやすい事情もあって、冬期は加熱して使用している。(ハ)しかしいずれの温泉井についても、温泉の成分に変化を来した事実は認められない。(ニ)以上の如き水位・湧出量・泉温の変化について、X'はいずれもYの新温泉井掘鑿が原因だと主張するが、その根拠とするところは、これらの変化がYの掘鑿後生じたという事実や、Yの新温泉井が距離的にX'の温泉井に近いという事実等にすぎないのであって、根拠薄弱である。むしろ右の如き変化の原因は、二日市町地方の温泉が地下において一つにつながった水脈をなしており、従って最近当地方で全般的に温泉旅館が増加し、温泉の浴槽が増設され或は浴客が増加したために、温泉の湯の消費量が増加したことによるものと考えた方が合理的であり、Yの温泉井掘鑿だけがその原因とは考えられない。また、X'の温泉井の近くには、Yの温泉井掘鑿と前後して相当多数の新温泉井が掘鑿されている事情を考えれば、少くともこれらが一体となってX'の温泉井に影響を与えたと見るべきであり、結局の所Yの温泉井掘鑿だけがその原因をなすものと見るべきではない。

(4) 右の限度で被告の掘鑿がX'の温泉井に影響を与えたとしても、それは前述のようにX'の設備の改善によって除去しえたわけであり、また特に泉温低下の点については、当地方の大部分の温泉旅館業者が温泉の湯を加熱して利用している状態であって、X'の温泉の場合だけが特別にそうだというわけではない。

(5) 原審は右の如き事実を認定して次のように判旨する。「Yの新温泉井の掘鑿はX'の各温泉井に前認定の如き影響を及ぼしているけれども、その影響は著しいものではなくXにおいてはポンプ座の位置を変更し、X'においては温泉湯を加熱する等

Hosei University Repository

若干の手当をすることによって温泉利用による営業を支障なく継続し得ている程度である上に……X′の方が早く許可を得て早く掘鑿していたからといってX′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Yも知事の許可さえあればX′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点等を綜合し、なおYは古くから既設温泉の所有者として原泉利用権を有していた事実、Yの新温泉井掘鑿とX′の本件温泉井掘鑿との先後関係について前認定の如き若干の特殊事情あることをも背景として、考えて見るとYの本件新温泉井の掘鑿利用は正当な権利行使として許容せらるべく、これを以て権利濫用或は信義則に反する権利の行使ということはできないし、その他その権利行使を禁止すべき理由を見出すことはできない」

〔上告理由〕

二名の上告代理人からの上告理由を綜合すると(1)原審が泉温変化の状態を判断するにあたって根拠とした九州大学理学部教室の温度測定は、係争温泉井掘鑿の前と後とで行われたものであるがその際測定の場所・方法・時刻を同一にして為されたものでなく、従って（Xの温泉井について）泉温低下がなかったと認定するのは妥当でない。また、成分の変動が皆無であったというべきでなく、温泉汲み上げ量の増加により温泉に地下水の混入が著しいことが認められる以上、成分変動は当然に推認せらるべきである。(2)Yの温泉井掘鑿は、X′の温泉の泉温低下や湧出量減少について、他の温泉井と共同の原因をなしているばかりでなく、主要な原因をなすものといわねばならない。(3)原判決はYの温泉井掘鑿が知事の許可を受けているが故に、またその悪影響が軽微なるが故に権利侵害とならずというが「然れども知事の許可なるものがX′の権利を侵害し得る効力なきは勿論其許可（侵害の誤か？）が軽微なるが故に許容すべき余地を与ゆるものにあらず、地下水利用は他人の権利を侵害せざる限度内に於てのみ許さるものにして、此程度を逸脱するときは権利の濫用として許されざることは夙に大審院の判例（昭和一三・六・二八日判決、昭和七・八・一〇日決定）の存する処」である。

〔判決〕

棄却「原審の認定する事情の下ではYの温泉掘鑿が権利の濫用になるとは考えられず、所論は、原審の認めない事実を前提とするものであるか、もしくは、権利濫用の成否につき右と異なる独自の見解を主張するに帰する。なお、論旨の引用する大審院判例は、原審の判断と矛盾するものではない。」

なお、知事の掘鑿許可処分の取消を求める抗告訴訟について簡単に述べる。ここでは、原告は前の当事者訴訟にお

Hosei University Repository

ける原告と同一人であるが被告は福岡県知事、そして前の当事者訴訟における被告がここでは補助参加人となっている。

㈠原審では、次のような理由で原告の控訴を棄却している。即ち、特別の慣習のない限り、各土地所有者はその所有権の内容として平等に温泉掘鑿の権利を有しているはずであるが、温泉法は公益上の見地からかかる土地所有権本来の効力に制限を加え、濫掘による泉源の涸渇を防止し、各自の自由な権利行使による衝突摩擦を調節し、もって公益に反する事態の招来を防止するために一応一般的に掘鑿を禁止し、その禁止の解除を都道府県知事の許可にかからせている。温泉法のかかる趣旨から、たとえ「新に温泉井を掘鑿することによって、それが既設温泉の温度・湧出量若しくは成分等に何等かの影響を及ぼす場合であっても、その影響が軽微であって、これが為に泉源の枯渇を招来し、或は既設温泉の所有者に著しい損害を与え、又はその温泉による営業に支障を来さしめる等、公益上より見るも好ましからざる結果を生ずる虞のない限り、知事はその許可を与えなければならない。」従って本件の場合、被告たる知事が補助参加人に与えた許可に基いて同人が新に行った掘鑿が原告らの温泉に与えた悪影響の軽微なる点からいって、その許可は当然与えるべき場合に該当する。

㈡これに対する上告理由の第一点は、温泉法の規定はいやしくも既設温泉に悪影響ある新温泉井の掘鑿を許可すべきでないという趣旨であること。第二点、温泉法によれば温泉井掘鑿の許可を受けようとする者は掘鑿に必要な土地を掘鑿のために使用する権利を有するものでなければならないとしているが、補助参加人は新掘鑿地を使用貸借する者にすぎない。ところで使用借主は一応使用権を有する者であるけれども、これは法律上最も弱い権利であり、借主死亡によって消滅するものである。温泉井掘鑿には数十万円を要することを考慮すれば、温泉法の土地使用権者には単なる使用借主は含まれないと解すべきである。

㈢判旨　棄却　右の第一点について「温泉法が温泉の掘鑿を知事の許可にかからせた趣旨は、温泉源を保護しその利用の適正化をはかる公益的見地から出たものであって、既存の温泉井所有者の既得の利益を直接保護する趣旨から出たものでないことは明かである。同法第四条は「都道府県知事は温泉の湧出量・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認めるときの外は、前条第一項の許可を与えなければならない。」といっているが、湧出量の減少・温度の低下若しくは成分の変化は、いずれ

Hosei University Repository

も「公益を害する虞がある」場合の例示と解すべきものであり「公益を害する虞がある」場合とは、ひっきょう、温泉源を保護しその利用の適正化を図るという見地からとくに必要があると認められる場合を指すものと解すべきである。すなわち、同条はこの見地からとくに必要と認められる場合以外は掘鑿の許可を拒み得ないとの趣旨を定めたものと解すべきである。従って同条は、新規の掘鑿が物理的意味においていやしくも少しでも既存の温泉に影響を及ぼす限り、絶対に掘鑿を許可してはならないとの趣旨を定めたものと解すべきではない。」

第二点について。「温泉法第三条第二項が温泉掘鑿の許可申請者が掘鑿に必要な土地を掘鑿のために使用する権利を有することを許可の要件とした趣旨は、私法上の土地利用関係に関する紛争が延いて許可処分の内容の円滑な実現を妨げ、温泉利用の適正化の見地から有害な事態を惹起することがありうることにかんがみ、土地利用関係が当事者間で調整ずみであることを条件として許可を与うべきものとしたに過ぎず、行政庁としては、私法上の権利関係の内容を問題としなければならない必然的な理由は存在しないわけであるから、同項にいう「掘鑿に必要な土地を掘鑿のために使用する権利」は民法上の使用貸借であっても差支えないものと解すべきである。」

〔評釈〕

(一)まず地下水利用権の制限に関する従来の学説・判例・立法の大要を概説しよう。初めは土地所有権の絶対性の観念から、土地所有者がその土地を掘鑿して地下水を利用することは土地所有者の自由であるとする考えが支配的であり、従って、たまたまそれによって他人の地下水利用を害する結果になっても、何等の責任を負わないとするのが原則とされた。しかし、かかる無制限な土地所有者の地下水利用権の自由は次第に制限を受けることとなる。

(イ)判例の変遷についてこれを見ると、明治三十八年の山形県上之山温泉の事件では、大審院は「其泉脈ヲ同ウスル各所ノ温泉ニ影響ヲ及ホシ他ノ土地ニ於テ従来之ヲ利用セル者ノ利益ヲ害スルコトアルモ……他ニ特別ノ慣習アラサル限リ土地所有者ノ自由ニ属スルモノトス」と判示し（明治三八年一二月二日大審院判決民録一一輯一七〇二頁）地下水利用権に対し慣習による制限のありうることを認めている。これについで昭和四年、灌漑用の井戸水に関し大審院は「土地所有者ガ其所有地内ニ井ヲ穿堀シ之ヨリ湧出スル水ヲ必要ニ応シテ使用スルコトハ……特ニ地方ノ慣習ニ背反セサル限リ適当ノ範囲ニ於ケル其権利行使タルコトヲ失ハサルヘク」と判示し（昭和四年六月一日大審

Hosei University Repository

院判決法律新聞三〇〇〇号一〇頁）地方の慣習による制限のほかに、必要性という限界をこれに設けている。（もっとも右の二つの大審院判決は、いずれも土地所有権の自由の方により重点をおいており、結論的にも所有地下水利用による他人の既存の地下水利用の侵害を正当な権利行使として是認したものである。）ところが昭和七年に至って、石川県山代温泉の事件について、大審院は土地所有者の地下水利用権にいわば内在的な限界があることを認め「地下水ノ利用ハ温泉ノ如キ場合ニアリテモ……其ノ通過スル土地ノ所有者ニ於テ之ヲ利用スル権限ヲ有スルコト勿論ナレトモ其ノ利用ハ他人ノ有スル利用権ヲ侵害セサル限度ニ限ラル可キハ論ヲ俟タス若シ故意又ハ過失ニ因リ他人ノ利用ヲ侵害シタルトキハ不法行為者トシテ其ノ責任ヲ免レス而シテ不法行為ノ状態ノ存続スルモノアルトキハ被害者ニ於テ其ノ不法行為ノ現状ノ除去ヲ請求シ得ル権利ヲ有スルヤ勿論ナリ」と判示している（昭和七年八月一日大審院判決法律新聞三四五三号一五頁、なお上告理由で引用している二番目の大審院判決はこれを指しているものと思われる）更に昭和一三年六月の大審院判決においても「土地ノ所有者ハ他人ノ権利ヲ侵害セサル限度内ニ於テノミ其ノ所有地ヲ掘鑿シテ地下水ヲ利用シ得ヘキ権利ヲ有スルモ其ノ権利ノ行使カ社会観念上他人ニ於テ之カ忍容スルヲ相当トスル程度ヲ逸脱スルトキハ権利ノ濫用即チ不法行為者トシテ之カ為メ他人ノ被リタル損害ニ付賠償ノ責ニ任セサルヘカラス」と判示し（昭和一三年六月二八日大審院判決法律新聞四三〇一号一二頁、なお上告理由で引用する一番目の大審院判決はこれに該当する）地下水利用権に同じく内在的な制限を設けているが、この判決は前述の昭和七年判決に比べて、侵害者の故意過失を必しも不法行為責任の要件とせず、また、権利濫用の観念をはじめて用いている点において注目すべきものがある。なお、この判決の事案は、東京市内の某地にて井戸水を利用して料理店営業をしていたのを、隣地所有者が多数の掘貫井戸を作り、そのため前者の井戸水の湧出量を減少せしめ、ために井戸の掘下・給水設備の改修工事を余儀なくせしめたものであるが、前述の如き理由のもとに損害賠償義務を負わせている。もっとも、次の同一三年一一月の大審院判決は、所有権の自由を強調し、いささか、もとの態度に逆行したかの感があるが（事案は、京都市内某地における古くからの灌漑用の井戸水が、隣地の灌漑用井戸の掘鑿により涸渇した事件であるが、大審院は、いやしくも隣地所有者にして慣習又は法律によつて地下水利用の権利を制限されていない限りは地下水利用を妨げられず、それによつて他人の既設の地下水利用に害を与えても権利濫用にならないという。法律新聞四三〇六号一七頁、なお武田軍治「地下水利用権論」二二〇頁は、この判決

Hosei University Repository

前の昭和十三年六月二八日判決に従って今後の判例が統一さるべきことを説く）しかしともかく判例の変遷を見るならば、大体において裁判所は、土地所有者の地下水利用の自由を次第に制限し、これに一定の限界を設け、これを超える場合には権利濫用として扱い、損害賠償義務ないし、原状恢復義務の発生を認めるに至っているのである

(ロ) 学説も末弘博士以来、土地掘鑿の方法による温泉その他地下水利用については、当然権利濫用の法理の適用あることを認め、（同博士「物権法」三七三頁）また特に我妻教授は、地下水の人工的利用は地上流水の利用に準じて取り扱うべく、従って、一定の者が法令又は慣習によって地下水専用権を有する場合には、他の者は余水利用権しか持ちえず、地下水専用権者の利用を何等害しない限度でのみ地下水利用権をもつ、そして次に何人も地下水専用権を有しない場合には、地上流水の場合におけると同様に、各人が共用権をもち、各土地所有者は平等に利用する権利を有するものとされる（我妻「物権法」一八四頁）。「地下水利用権論」の著者である武田軍治氏も同じく、地下流水の利用権を地上流水のそれに準じて扱うよう主張しつつ、地下水専用権者なき場合における各共用権者の権利の割合は、その所有土地の範囲や利用目的等により各場合に付き慣行もしくは条理に従って決すべきであり、その利用権の侵害は土地所有を強く非難し権の濫用として不法行為となり、それに対して、妨害行為の排除及び損害賠償請求権を行使しうると説く（同書一八頁）。

本件の判決及びその前提となっている原審の判決は、結論においては権利濫用の成立を否定しているが、その理論の進め方は、大体において、右に述べた如き従来の学説及び判例の線に沿ってなされたものであることはいうをまたないであろう。

(ハ) なお念のために外国の立法例を見ると、一八〇四年のフランス民法典では、自己の所有地に泉源を有する者は、その所有地の必要に応じて自由にこれを使用することと得るとなっている。（同法六四二条一項）ところが、其の後制定された一九〇七年のスイス民法典また、ドイツ民法典に基いて一九一三年に制定されたプロイセン水法（Preussisches Wassergesetz）はいずれも地下水利用権の制限を強化し、例えば前者では、泉源又は井戸が建築その他の工事のため阻害され又は汚染されたためにその所有者又は利用者が損害を蒙ったときは、損害賠償を請求し、また事情の許す限り原状恢復の請求をなしうることを定め、その際侵害者の故意過失の有無をとわない。また、後者では、他人の使用井泉の水を奪い又は著しく減少せしめるときは、土地使用権者は地下水を家事用及び家業用に必要なる限度をこえて使用してはならないとして、被害者に原状恢復及び一

Hosei University Repository

定範囲内の損害賠償請求権を与えている。

(ニ) 以上述べた所は民事上の関係における地下水利用権の制限の問題であるが、更に、これと並んで、公法上の取締規定による地下水利用の制限が問題になる。この点について考察すると、我国では当初これに関する何等の取締規定はなかったが、温泉或は鉱泉の利用について次第に地方長官の命令による取締規則が作られるようになった。明治年間に静岡県等の四県、大正末年までに一九県、昭和一六年までに合計三〇府県がこれを設けている。その内容は勿論同一ではないが、その府県内の一定地域を限り、または限らずに、その地域内の温泉或は鉱泉の掘鑿利用については府県知事の許可を要するものとし、既存温泉鉱泉に著しい影響を与えるとか、衛生上もしくは公益上障害ありと認められる場合には許可を得られず、或はこれが取消され、その違反に対しては原状恢復義務、あるいは一定の制裁が科されるとするものが多い。そして、これらの地方長官命令による取締規則をうけついで、戦後昭和二十三年に全国的に適用される法律として、温泉法が制定されることになったのである。なお、外国でも、鉱泉保護のための取締規定が設けられている例は少くないようである。一八五六年のフランスの「鉱泉の保存及び管理法」一九〇八年の「プロイセン泉源保護法」がその例であるが、いずれも、一定地域内で泉源に影響を及ぼす虞ある土地の工事を行うについては行政庁の許可を要するとしている。

なお、右の如き公法的な取締規定（特に二三年の温泉法の規定）の制定によって、民事上の地下水利用権が如何なる影響を受けるかについては後に考察することにする。

(ニ) 次に本件の判旨をもう少し細かく分析して検討を加えよう。

判旨は、原審の認定した事情の下では被告の温泉井掘鑿が権利濫用にならないというのであるが、原審の認定した事実のそれぞれの点が、法律上いかなる意味をもつかを検討しなくてはならない。

(イ) まず原審は、二日市町地方においては地下の原泉について排他的独占的支配を認める慣習がないことを認め、そこから当然に導き出さるべき帰結として、土地所有者は元来平等に地下の原泉を汲み上げ利用できる関係にある旨を述べているが、しかし厳密にいうならば、他人の所有地下にも及ぶような地下の原泉それ自体について排他的独占的利用権ありということと、地下の原泉に対する専用権者があるということとは相異った事柄であり、前者の場合なら、独占的利用権者以外の土地所有者は無条件的に地下の原泉を汲み上げ利用してはならないが、後者の場合なら、専用権者以外の他の土地所有者は、専用権者の

Hosei University Repository

利用を何等妨げない限度においてならば、地下原泉を利用しうるのであり、いわゆる余水利用権をもつのである。そしてかかる専用権者もない場合にはじめて、土地所有者が平等に地下の原泉を利用しうるもの（共用権）といわなければならない。ところで、地下の原泉自体についての排他的独占的利用権を認める慣習が現実問題として存在するか否かは甚だ疑問であり、たとえあるものとしても、その慣習は、著しく他人の土地所有権を制限し、また土地ないし地下水の開発を妨げるものであつて、結局公序良俗に反する違法な慣習として法律上の効力を否定されざるをえないものと考えられる（なお兵庫県城崎温泉に関する行政裁判所昭和十年九月一〇日判決の事件において、城崎の温泉には、湯島区―特別財産区―が地下の原泉に対する排他的独占的利用権を有する慣習がある旨、湯島区が主張している。行政裁判所は、かかる慣習の存在を認めなかつたが、更にかかる慣習が存在するとしても法律上の効力は認められないと述べている）。このことは、あたかも地上流水についてかような排他的独占的利用権が認められていないと同様である（地上流水については昭和十二年十二月二十一日大審院判決および柳川真佐夫「農業用水権に関する研究」六〇頁参照）。しかし、次の専用権については、地上流水の場合における同様に地下水利用についても法律上認めうることになる。判例は

主として、水田灌漑用の地下水利用について、永年の慣行によりかかる権利が発生することを認めているが（大判、明治二九年一〇月七日民録二輯九巻一九頁、同明治四二年一月二一日民録一五輯六頁）温泉の場合についても同様に認めうるであろう。行政裁判所明治四四年二月二四日判決は、熱海温泉について、「間歇温泉ニシテ御料タル大湯」に影響を与えるような温泉井掘鑿を認めない慣習が存在することを認め、法律上の効力を与えたものと見ることができる。なお、地下水専用権の成立は、右のように慣習により成立するほか、当事間の契約によっても成立しうることはいうをまたないであろう（なお地上流水の場合についても、専用権の成立は慣習および契約によつて成立するとされる。大審院・大正五年十二月二日判決参照）。

(ロ)　ところで右の如き専用権のない場合に地下水を平等に利用する関係（共用権）が成立するが、しかし、この区別は観念的には成り立つけれども実際的には量的な差異にならざるをえない。即ち、いちおう慣習上の用権者でなくて単に共用権者であっても、時間的により早く地下水利用を始めた者は、おくれて始めた他の共用権者よりも多少とも優先的な立場に立ち、また、当事者間の契約の趣旨によっては、専用権を認めないまでも、他の共用権者よりも多少とも優先的な立場に立つことを認めざるをえない場合が考えられる。

Hosei University Repository

そこで本件の場合についても、X′とYとの間の温泉井掘鑿利用についての時間的な前後関係および当事者間の契約関係の内容が具体的に問題となる。ところで本件の場合、原審の認定するところによれば、X′・Yともに従来から温泉旅館業者として温泉井を有し温泉の利用をなしていた者であり、双方の現在の温泉井はそれぞれ従来の温泉井を埋め立ててその代りに新に掘鑿したものである。従って新旧温泉井の間に同一性を認めうるとする限りは、X′とYとは温泉利用の時間的前後関係において全く同一の条件に立つことになる。そして新旧温泉井の間に厳密な同一性がないとしても、X′の新温泉井掘鑿とYのそれとでは少くともその着手の時期において殆ど同時であり、単なる偶然的な事情によってYの方の完成の時期が遅れたにすぎない（なお抗告訴訟の原審の事実認定によると、X′・Yらでが最初無許可堀鑿を始めた際Yは係争地点で掘鑿を着手した。しかし許可申請の時は、別の地点に許可申請をし―係争地点は借地のため許可申請を避けたもののようである―係争地点の掘鑿を一旦中止した。そして後に改めて、係争地点の掘鑿許可を得て掘鑿をはじめた事情にあつた。そうして抗告訴訟の原審は、もしYが係争地点で最初から許可申請していたならば、何等問題を生じなかつたはずだという）。かように時間的前後関係においてX′とYがほぼ同一条件にある以上は、双方の採湯量が均衡のとれたものである限り、X′の温泉井がYの温泉井掘鑿によって多少の悪影響を受けたとしてもX′がこれを受忍すべきは当然といわねばならないであろう。しかも前にX′やYらが掘鑿許可の申請を同時に行った際、従来からの温泉井所有者相互間では新温泉井掘鑿によって相互に影響を受けても異議をいわない旨の協定＝契約がなされていたのであるが、この協定の効力はYの係争温泉井にも及ぶと解釈すべきが妥当であるから（右の協定が作られた時のYの許可申請地点ないし掘鑿予定地点は係争温泉井の地点と異つていたけれども、たとえ同一地点であつたとしても同様な協定が作られたであろうことは当時の事情から疑いえないから）、この点を考慮に入れるならば、双方の採湯量が均衡のとれたものである限りX′の温泉がいかなる悪影響をうけてもYに何等の責はないと考えるのが妥当であろう。そして双方の採湯量について見ればX′の採湯量は、或は公衆浴物としての温泉使用によって、或は大規模なホテル営業によって、著しく増大している事情にあり、Yの方の採湯量をはるかに超えていることは容易に推察しうる。

(ハ) 以上の諸点から考えて、本件の場合、X′の温泉がYの温泉井掘鑿によりどの程度の悪影響を受けたかということは、それ自体としては殆ど重要性をもたないのであって、極端にいえば、たとえいかなる悪影響があっても、被告は責を負わないも

Hosei University Repository

のと考える。もっとも実際問題として、XX′の温泉井の近くにはYの係争温泉井のほか第三者の新に掘鑿した温泉井が多数ある事情をも考えれば、Yの採湯量が過大でない限りは、Yの温泉井掘鑿によりXX′の温泉が著しい影響をうけるということは物理的にありえないであろう。

(二)　なおXX′は上告理由において、Yが知事の許可をえて掘鑿したから不法行為にならずと原審が解しているのは違法だというが、しかしこれは的はずれの批難であり、原審は、知事の許可があるからといって直ちにそれに基く掘鑿が権利侵害にならないといっているとは読みとれない。しかしこの問題について若干考察して見るならば、まず、知事の許可を得て掘鑿したものであってもその許可が違法であるとして後に至って取り消されることがある。そうすればその効果は遡及するから結局許可なくして掘鑿したと同様な関係を生ずる。従って許可それ自体の有無と、権利侵害の有無とはいちおう無関係であるといってよい。問題は、許可が適法であること或は違法であることが確定された場合である。

まず、許可が適法であることはその許可により他人の権利を侵害しないことを前提としているのであるから、許可が適法であるという確定は当然に権利侵害の不成立の判断をその中に含むことになる。従って本件の場合、もしXX′から提起した知事の許可の取消を求める抗告訴訟が先に確定したあとで本件（当事者訴訟）が争われたとするならば、本件のYは抗告訴訟の補助参加人となっている関係上、抗告訴訟判決の参加的効力を受け権利侵害を理由とする原告の妨害排除請求は当然に認められないことになる。逆に、まず許可の取消を求める抗告訴訟が提起されそこで、許可が違法であることが最終的に確定され取消された後では（その中にはYの掘鑿がXX′に対する権利侵害であるとの判断が当然含まれているから）その参加的効力によって、権利侵害を理由とする妨害除去ないし損害賠償の請求は当然に認められることになる。（もっとも、行政事件訴訟特例法一一条によって、裁判所は許可が違法であっても、一切の事情を考慮して許可の取消が公共の福祉に反すると認めるときは、その旨を明示したうえで、請求を棄却することができる。但し損害賠償の請求は妨げない（同条三項）とされている。かかる一一条適用の判決が確定した後においては、当事者訴訟による損害賠償請求が認められうるのはいうまでもないが、当事者訴訟による妨害除去の請求は、参加的効力によって当然に認められないことになろう）

しかしいうまでもなく、抗告訴訟によって知事の許可をまず取消したあとでなければ、権利侵害を理由とする妨害除去ないし損害賠償の請求をなしえないわけではない（抗告訴訟を省略

Hosei University Repository

しうる)。このことはあたかも地上流水の場合におけると同様である(たとえば、地上流水についての明治三八年三月一三日大審院判決。この事案は、郡長の許可を得て公川中に水車用水門を建設した者が、該工事により第三者の水利権を侵害したため、被害者より右水門取除の請求を受けて敗訴し、上告理由に於て、被上告人は行政庁の許可を得て建設した水門の除去を求むるものであるから、行政行為の取消を求めるのと同一に帰著し、先ずもつて行政庁の許可の当否を行政裁判によつて争うべきものであると主張したが、大審院は「行政庁許可ヲ得テ為シタル行為ト雖モ他人ノ権利ヲ侵害スルトキハ被害者ハ加害者ヲ相手トシテ之ガ救済ヲ司法裁判所ニ訴求シ得ベシ……以上ノ如キ訴ハ司法裁判所ノ管轄ニ屈スルハ疑ナシ従ツテ本件水門全部ノ取除ヲ命シタルハ相当ナリ」と明言している。なお柳川前掲書九六頁参照。地上の公水ですら右の通りであるから、私水たる性質をもつ地下水については一層このことが妥当すると考えてよいであろう)。

なお付言すれば、妨害除去の請求が認められないけれども損害賠償請求は認められるという場合は論理的には認めうる。(宇奈月温泉木管除去請求事件に関する大審院昭和十年十月五日判決は、妨害除去請求を権利の濫用の法理によつて棄却しつつ、損害賠償請求ならば認容しうると述べている。もつとも本件では(ハ)に述べた事情から考えて、たとえX'の請求が損害賠償請求であつたとしても到底認容しえない場合であろうが。)

そうしてかかる事情にある場合は、もし知事の許可の取消を求める抗告訴訟が提起されたとすれば、まさに前述の行政事件訴訟特例法一一条が適用さるべき場合に該当するであろう。

(ホ) 最後に右と関連する問題として、判例学説上従来認められてきた私法上の温泉利用権の内容が、取締規定たる温泉法の制定によつて、何等かの影響を受けたかを考察しなければならない。しかし、これは温泉法特に同四条の規定の趣旨如何の問題でもあるから、抗告訴訟事件を評釈しつつこれを明らかにしよう。

(ヘ) (イ) 温泉法四条は、新規の掘鑿が、湧出量の減少・温度低下・成分の変化等、物理的意味においていやしくも少しでも既存温泉に影響を及ぼす限り、絶対に掘鑿を許可してはならないとの趣旨でないとする抗告訴訟の判旨第一点は正当である。温泉法の判定に先行して設けられていた諸府県の温泉乃至鉱泉取締規則の中には、温泉法四条と同種の規定が定められるのが常であつたが、その中には「既設ノ温泉ニ著シキ影響ヲ及ホシ又ハ及ホス虞アリト認ムルトキ」に掘鑿の許可を与えず又はこれを取り消す旨定めているものも少くなかつたことは、温泉法四条の解釈に参考になろう。

Hosei University Repository

そして判旨が進んで、四条にいう温泉の湧出量の減少・温度の低下若しくは成分の変化とはいずれも「公益を害する虞がある」場合の例示と解し、かつ「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化を図るという見地からとくに必要であると認められる場合を指すものと解している点も大体において正当であろう。諸府県の旧温泉取締規則についてもほぼそのように解されていたようである（武田前掲書五九頁）。そして泉源を保護し、利用の適正を図ることが公益上必要な所以は、濫掘によって既存および新規掘鑿の温泉がともに悪影響を受け「所謂諸倒れの状況に陥り、之に依って損害を被るべきものは独り少数の付近温泉営業者又は温泉自家用者に止らず、延いては、同温泉地帯一帯の経済生活を破壊し、且又将来同温泉に来集使用して有形無形の効力を挙げ得べかりし不特定多数者の利益を失わしむることとなるべき可能性多大」（武田前掲書五九頁）だからとされている。

しかしながら他面において、濫掘の弊害を恐れることが、従来の判例学説において認められてきた私法上の温泉利用権の権利行使を不当に制限し、既設の温泉利用者を公益の名のもとに過大に保護する結果になってはならないというまでもない。ところで、ひるがえって歴史的に考察するならば、四条にいう公益の実質的内容は、従来判例学説上に認められてきた温泉利用権の内容と相覆うものでないかと考えられる。つまり、明治の半ば以降、諸府県で次々に、濫掘を防ぎ公益を維持するための温泉取締規則が作られるにつれて、一方ではこの規則の精神に沿って私法上の地下水＝温泉利用権の内容を制限する判例及び学説を形成していったとともに、他面では、かくして判例学説上に形成された私法上の温泉利用権を具体的に確保し、濫掘を未然に防止するために、逆に諸府県の温泉取締規則の制定を促していき、これが戦後全国的に施行される温泉法の制定にうけつがれていったものと思われる。そうだとすれば、温泉法四条は、従来、判例学説上認められてきた私法上の温泉利用権の内容を（それ自体濫掘を調節する内容を有しているから）改めて何等制限したり拡張するものでなく、むしろこれを前提とし、ただその具体的な行使にあたって知事の許可という手続を経させることによって、私的利益の衝突を未然に防止し、それによって濫掘を未然に防ぎ、ひいて公益に資することを目的とするものと解すべきことになる。（我妻前掲書が温泉法は既存の権利を保護することに偏するというのは、私見と異る見解に立つものと見るべきか）

右の見解に立つならば、第四条の温泉井掘鑿の許可の是非は、専ら申請者の有する私法上の温泉利用権の性質に従って判断すべきであり、余水利用権者の申請ならば、専用権者の既設

Hosei University Repository

温泉に少しの悪影響でも生ずる虞あれば許可すべきでないが、共用権者の申請の場合には、彼と、既設温泉を所有する他の共用権者との間の掘鑿に至るまでの時間的前後関係とか、その他の特殊事情を考慮した上で、かなりの程度の悪影響を既設温泉に与える虞があっても、申請を許すべきことになる。そして本件の場合はこの後者の場合に該当することはいうを俟たないであろう。

（なお、掘鑿許可によつて温泉採取を始めてから後に生ずる問題として、温泉法九条によれば都道府県知事は泉源保護のため必要があれば、温泉を採取する者に対し——一人の採取者だけでなく、多数の、或はすべての採取者に対しても——温泉の採取の制限を命じうるとなつているが、この場合それぞれの採取の制限量を具体的に決定するに際しては各採取者の有する私法上の温泉利用権の性格から判断すべきであろう。そして、そもそも知事の命令による採取の制限も、元来私法上の温泉利用権の効力として、一方の採取者から他方の採取者に対する当事者訴訟によつて採取制限を請求しうる関係を前提とし（もつとも具体的には他人に対して採取の制限を請求する者は、まず自ら採取を適度に制限していることを要するであろうが）かかる私法上の温泉利用権にもとづく私的利益の調節を、行政庁の後見的作用により積極的に、或は事前的に確保するものであり、またそれにとどまると解すべきであろう。）

(ロ) 温泉法三条二項にいう「掘鑿に必要な土地を掘鑿のため使用する権利」は民法上の使用貸借であっても差支えないとする判旨第二点は正当である。なお付言すれば(i)諸府県の旧温泉取締規則において、温泉掘鑿の許可申請の要件として「土地他人ノ所有ニ属スルトキハ其ノ承諾書」を提出することが要求される例は普遍的であったが、その承諾は使用貸借に基く場合をも包含していることは明文上疑いえない。そして温泉法三条二項が右の規定と特別異った意味を持つものとは考えられない。(ii)上告理由は、使用借権が極めて弱い権利であるというが、使用借主は使用借権終了の際、有益費用償還請求権（民五九五条二項）をもち、温泉井施設に投下した費用の償還を請求しうるから、実際上は貸主の返還請求権の行使はさほど容易ではない。(iii)更に地方的慣習によっては、泉源利用権が湯口権などの名で呼ばれ、湧出地の所有地と分離して取引の目的とされるが、判例も何等かの公示方法ある限り泉源利用権を慣習法上の独立した用益物権として認めている（大審院判決昭和一五年九月一八日民集一六一一頁）。従ってかかる慣習法が認められる地方では、使用貸借に基く泉源利用権であっても第三者に対抗しえ、また第三者に譲渡しうることになる（我妻物権法一二二頁参照）。〔了〕