

温泉における総有と合有

村 田 彰
北 條 浩

はじめに

温泉の権利（温泉権）についての研究は、これまで様々なかたちで行なわれてきた。なかでも温泉権についての研究を飛躍的に前進させることとなったのは、第二次世界大戦後に川島武宜氏（当時、東京大学教授）を中心とするグループが行なった温泉地での実態調査および温泉権に関する判決例の研究である。その代表的成果は川島武宜・潮見俊隆・渡辺洋三編『温泉権の研究』（勁草書房、一九六四年）および『続温泉権の研究』（勁草書房、一九八〇年）であり、川島武宜氏自身による温泉権の集成としては『温泉権』（岩波書店、一九九四年）がある。

これらの研究成果によれば、温泉権は二類型に大別される。一つは、近代法導入以前から存在した慣習（旧

慣)の下で成立した温泉権であり、「旧慣による温泉権」とか「旧慣上の温泉権」等と呼ばれている。旧慣上の温泉権は、地下から自然に湧出する温泉が村落共同体の構成員に属するという伝統的な考え方に由来する権利であり、村落共同体内部の慣習規範がその法源となる。もう一つは、明治期に確立した近代法の下で近代法的な権利関係として成立した温泉権であり、「近代的温泉権」と呼ばれている。近代的温泉権は、主として資本を投下して土地を掘さくすることにより人工的に取得した温泉に対する権利であり、個人の私有財産権としての性格が強い。ここでは、温泉に対する旧慣上の制約も、温泉の権利関係を規律する特別の法令もないので、民法の一般原則の他には、各地域の温泉取引の慣行(近代法的慣行)に従うことになる。ただし、両者の関係はしばしば流動的・相対的であり、特に旧慣上の温泉利用関係が変容ないし解体する過程の中で、その変容・解体した新たな権利関係を近代法体系の中でどのように位置づけて法技術的に構成すべきか、という問題が重要である。

温泉権のうち、旧慣上の温泉権の典型の一つとされたものに群馬県伊香保温泉がある。⁽¹⁾伊香保温泉の場合には、中世的な身分階層性のもとで、土着した家臣団が土地支配を行ないながら総有温泉権を有するという特殊なかたちがとられていた。そして、遅くとも幕末期には、特定の土俗的・身分的支配をうけながらも、伊香保村に定着する村民が温泉を総有して身分制支配からしだいに独立するようになる。その結果、温泉の権利は紛争を媒介として総有権として次第に確立するようになり、時代は明治維新を迎えることになる。その後、昭和一〇年代に温泉の慣習的権利をめぐる紛争が生じ、第二次世界大戦後に裁判にまで発展した事件がある。⁽²⁾事案は、小間口(大堰から引湯する湯口)から引湯される温泉につき共同で小間口の権利を有する被告等に対し、原告等が小間口に付着する屋敷湯の共同権利者であることを主張して、分湯使用権を有することの確認を前橋地方裁判所に求めたというものである。前橋地方裁判所は、「被告等が原告等主張の小間口から引湯する温泉

につき共同で温泉使用权（小間口の権利）を有し、右引用にかゝる温泉を本件分湯桝において引湯樋により被告側に引湯していること、伊香保温泉に古来一般に屋敷湯と称する原告等主張のような慣習上の分湯使用权が認められていること、原告福田与重を除く他の原告等三名が右の小間口に附着する屋敷湯の共同権利者として分湯使用权を有し、これに基き本件分湯桝から原告側の引湯樋に温泉を分湯し、これを原告等主張の土地に引用した上ここに共同の浴槽を設けて、温泉旅館を経営していることは、いずれも本件各当事者間に争いが無い」とした上で、「永年の慣習から権利となつた伊香保温泉における屋敷湯の分湯使用权（多くの場合数人の総有に属したので数人共同の場合にはその共同権利者各自の権利が）は、時代の進むに従つて漸次一つの財産権として、且つこれを引用している土地に対する権利に当然附随するものとしてその土地の権利と共に取引の目的物として他に譲渡することが認められるに至つたこと」を認め、屋敷湯の分湯使用权は、時代の進むにつれて漸次一つの財産権として、これを引用している土地の権利とともに、取引の目的物として他に譲渡することが認められるようになったものである、と説示した。

本判決の右説示によれば、伊香保温泉では、「古来」から「屋敷湯」と称する慣習上の「分湯使用权」が認められ、この権利について、「時代の進むに従つて漸次一つの財産権として、且つこれを引用している土地に対する権利に当然附随するものとしてその土地の権利と共に取引の目的物として他に譲渡することが認められるに至つた」とされている。すなわち、土地と分湯使用权（屋敷湯）とが分離してないので、分湯使用权を得るためには、慣習に従つて土地を取得しなければならなかつたのである。換言すれば、古来から「屋敷湯」と称されてきた分湯使用权は、土地と不可分一体として温泉取引の対象となつていたのである。そして、本判決は、伊香保温泉における屋敷湯の分湯使用权について、「多くの場合数人の総有に属したので数人共同の場合はその共同権利者各自の権利」と傍論として説示している。このことがいかなる法律関係であるのかは明

らかでないが、今日、旧慣上の温泉権である総有的権利は「その共同権利者各自の権利」となって変容ないし解体するに至っているのであるか、それとも、旧慣上の温泉権としての法的性質を基本的に維持しているのであろうか、また、小間口権と「数人の総有に属した」分湯使用权とはどのような関係にたっているのであるか、については研究の余地があるように思われる。

今日、伊香保温泉のように旧慣上の温泉権がその法的性質を多かれ少なかれ変容するようになった地域は確かに存在するが、旧村持の温泉が部落の総有の形態として依然として維持している地域も数多く存在する。しかし、温泉権に関する従来の研究をみるかぎり、入会地を包摂する地域において合有的性質を有する温泉が存在しているという例はほとんど知られていなかったように思われる。そこで、本稿では、まず、総有および合有についての学説を紹介する。ついで、長野県北部の山間部に位置する沓野区（旧沓野村——財産区ではない）において、総有的性質を有する温泉と並んで合有的性質を有する温泉が存在することを明らかにすることを目的とする。

一 総有および合有についての学説

まず、総有についての学説をみる。

川島武宜氏は、「入会権とは、村落共同体もしくはこれに準ずる共同体が土地——従来は主として山林原野（ただし、これに限らない）——に対して総有的に支配するところの・慣習上の物権である³⁾」と述べている。ここでは、土地を総有的に支配する慣習上の物権として入会権を説明している。また、入会権の対象は、山林原野に限らず、多種多様であるとされる。総有地（入会地）に湧出する温泉の権利関係も同様である。温泉権に

ついで、川島武宜氏は、「仲間的共同体（オットー・ギールケのいわゆる Genossenschaft）としての性質を有する村落共同体（Gemeinde）は、その共同所有地とかその共同所有地の自然的生産物とかを総有していたのと同様に、ひとしく天然の産出物であるところの温泉をもその地域の住民の共同の支配（総有）の客体としていたものと推測される」⁽⁴⁾、と述べている。したがって、温泉には総有の性質を有する温泉があることになる。総有であるから入会にはかならず、民法の入会権の規定（二六三条・二九四条）が適用されることになる。

総有ということばは、川島武宜氏の説明にもあるように、すべての団体的あるいは集团的権利関係にあてはまるのではなく、特定の団体的・集团的権利関係（すなわち入会集団）にのみあてはまる。たとえば、渡辺洋三氏は、旧慣上の温泉について、「温泉団体が、その総有的支配に属する温泉を、団体の規制（旧慣）にしたがって個人に分配する場合、その権利関係は、なお基本的には温泉総有秩序の具体的実現形態と見られるべきであり、この場合の個人温泉利用権は、入会権における分割利用権と同一性質のものと解することができる」⁽⁵⁾、と述べて、「温泉団体」の「総有的支配」が入会と同じものであると指摘している。ここにいう温泉団体というの具体的には明らかではないが、大分県別府や兵庫県城崎（いずれも財産区）、あるいは前述の伊香保のように、温泉を基本財産としている団体を指すものであろう。しかし、温泉を所有し、これをもって温泉団体としている例は、一般的でなく、入会集団が温泉を所有しているか、あるいは、温泉を別に管理しているというのが一般的であろう。いずれにしても、部落共同体的な団体的所有は、総有として定義されることになる。

ところで、入会権をドイツ・ゲルマン法系の総有権（Gesamteigentumrecht）と比較して説明する法律学者は、中田薫氏が最初であるように思われる。

中田薫氏は、「徳川時代に於て村持地を、村民総体の総有地（Gesamteigentum）の如く見るの思想があった」といい、「村持地が一面に於て村自身の所有地たること、明白なる事実が存するに對して、他面に於て之

を以て、村民の総有地であるかの如く見る考が顕はれて居る」(傍点・圈点とも原文)、と指摘している。

続いて、中田氏の右の論文から二年後、末弘巖太郎氏は、民法概説書としては異例ともいえる多くの頁数を割いて入会権について解説し、中田薫氏に依拠して、「村持の林野の如きも今日の法律に所謂町村所有地とは全く異なつて、村持たることは同時に当然村民全体の共同利用地、即ち其総有地——「総持」Gesamteigentum——なりしものと推論せざるを得ない」と指摘した上で、「入会権の全体に通ずる本質如何を考へると、それは結局『一定の部落民が一定の地区に於て共同収益をする権利』だと謂ふことに帰着する。而して其権利は部落民全体の総有 Gesamteigentum に属するものと解すべきである」と結論づけている。

その後、たとえば遊佐慶夫氏もまた、民法概説書において、徳川時代の村の法律的性格は、「ゲルマン法流ノ Genossenschaft ニ似タルモノ」であり、「村民全体ノ共同利用ヲ可能トスル総有 (Gesamteigentum) トシテ理解スルニ便ナルモノアリトス。斯カル村民ガ共同ニ林野ヲ利用スルノ權利コソハ入会権ノ濫觴ナリ」と述べるにいたっている。

以上のことから明らかのように、入会権を総有というドイツ法系の用語を適用して説明する学説は、古くから存在していた。それでは、総有 (Gesamteigentum) とはどのような概念であろうか。

まず、中田薫氏は、ドイツの法律学者オットー・ギールケ (Otto Friedrich von Gierke) に依拠して次のように述べている。すなわち、

多数人の結合からなる公私の団体は Genossenschaft と総称され、その総体は各組員員に対して多少の独立を示していたが、「組員員と全然分離した独立体では無く、依然組員員の相結合した複合体であり、「単一 (Einheit) にして複多 (Vielfalt)」、複多にして単一なる多数人の結合体たるに止まった」¹¹⁾ Genossenschaft の典型である Markgenossenschaft をみると、「確かに其総体は組員員に対して、或程度の独立を示して居たけ

れども、其総体たるや組合員の外に独立するものにあらずして、組合員に依て組成されて支持さる、複合体であった。従て Allmende 其他の財産の如きも、独立の人格者たる Markgenossenschaft に属するのでは無くして、組合員が総体として所有する所の財産たるに過ぎなかつた⁽¹²⁾。この「組合員が総体として所有する」というのは、共有でなく、「所有権の内容を構成する諸種の権能が、単一的なる総体と複多的なる組合員との間に、特種の關係に於て分属して居ると云ふ意味である」⁽¹³⁾。近世の学者はこのような権利關係を「組合的、総有 (genossenschaftliches Gesamteigentum) と称している」⁽¹⁴⁾ (傍点は原文)。

Genossenschaft の多くは、「中世の後半以来、所謂 Körperschaft の性質を示す」⁽¹⁵⁾ ようになつたが、依然として Genossenschaft に特有の単一性と複多性との両面性を有していた。すなわち、「Körperschaft は総体の人格と組合員の人格とが、互に不即不離の關係を保持して居る所の総合人である。総体の単一的総体権と、組合員の複多的特別権との、結合を許す所の団体である。従て又 Körperschaft の財産も、其総体に専属するものは無くして、総体と組合員との間に、其所有権の内容が或關係に於て分属して居るのである。即此処には学者の所謂団体的、総有権 (körperschaftliches Gesamteigentum) が存在して居る」⁽¹⁶⁾ (傍点は原文)。すなわち、ギールケによると、「独逸の Körperschaft は、擬制人では無く實在的総合人であつて、各組合員に於て支持され彼等に付属する共同体である (Die deutsche Körperschaft ist als reale Gesamtperson das von den verbundenen Einzelpersonen getragene und ihnen zugehörige Gemeinwesen)。其特徴は genossenschaftliches Prinzip を骨子とすることに存する。即総合体と其構成分子たる組合員とが全然分離独立せずして、或種の人法的連鎖 (ein personenrechtlicher Band) に依て結合され、団体の単一的総体権と組合員の複多的特別権とが、組織的に有機的に相結合する」⁽¹⁷⁾。

これにたいして、マウラー (Maurer) に依拠し、ギールケを援用した石田文次郎氏の『土地総有権史論』⁽¹⁸⁾ に

において、古代ゲルマンの村落は次のように説明されている。すなわち、

「古代ゲルマンの村落は村の住民の家屋の存する狭義の村と、分割された耕地と、不分割地である総有地との三要素から成立してゐたのである⁽¹⁹⁾」、「古代ゲルマン村落が土地総有団体として独立の存在を有し、単一の団体として其れ自身の生活を営んだことは明であらう⁽²⁰⁾」、「総有地なくして土地総有団体の成立は不可能であつた⁽²¹⁾」、というのである。

以上によって明らかのように、総有ということばは、ともに団体的な性質を表わしながら、二様の意味において捉えられているのである。一つは、団体そのものの性格として、二つは、土地所有との関係においてである。

入会権は、民法上の用語でありながら、大正期において、中田薫・末弘巖太郎の両氏によってその法律上の性格についてドイツゲルマン法制における「総有」Gesamteigentum という概念で説明されるようになる。これは、民法の起草者が「共有の性質を有する入会権」(二六三条)、「共有の性質を有しない入会権」(二九四條)と規定するだけで、その法律的性格を明確に定めなかつたからであろうが、中田・末弘の両氏が入会をことさら総有と概念規定したのは、おそらく、入会という慣用的なことばが権利関係をあらわす用語としては漠然としたものであり、また、収益行為のみを想定させる「入会」ということばでは権利の本質を的確に示すことができなかつたからであろう。

次に、合有についての学説をみると、民法が合有に関する規定を置かなかつたからであろうか、合有が学説において本格的に議論されることはあまりなかつた。しかし、合有は確かに存在し、その法律関係は総有とも共有とも異なっている。

合有 (Eigentum zur gesamten Hand) についての確に述べるのは川島武宜氏である。同氏は、「合有とは

数人が一つの協同体 *Gemeinschaft* を構成し、そのような協同体の人法的関係の反射として構成員が全体として（手をつないで *Zur gesamten Hand*）有するところの物的支配の型態である⁽²²⁾、と述べ、さらに、合有の内容について、「合有者の現実的総体をこえた統一としての関係は存しないのであり、合有者は常に多数者 *Vieltät* として『手をつないで』そのまま、主体者なのである。したがって、合有者はその客体に対して持分を有し、合有関係の消滅またはそれからの脱退の場合にはその持分が現実化して彼の個人的所有に転換する。この点において合有は総有と区別せられる」（傍点は原文）、と述べている。これが合有の基本的原則であろう。

合有は、もともと、複数の者が利害共通する特定の物体を支配し、これを現実利用するために、仲間共同体を組織したものであるから、現実と遊離する権利でも概念でもない。

合有と総有との関係について、川島武宜氏は、「合有 *Eigentum zur gesamten Hand* は、合手的協同体 *Gemeinschaft zur gesamten Hand* の物的客体的側面であり、したがって、合有の内容は、その主体的関係としての合手的団体関係によって決定される。このような団体法関係と物権法関係の不可分な統一は、総有におけることとなるところはない。しかし合有においては、合有者の現実的総体をこえた統一としての団体は存しないのであり、合有者は常に多数者 *Vieltät* として『手をつないで』そのまま、主体者なのである」（傍点は原文、⁽²⁴⁾と述べている。このようにみると、総有は、合有と異なり、持分の分割請求権も精算請求権もない、ということになる。したがって、権利者の脱会・離村・処分（停止・失権）の場合にも、持分にたいする対価を請求することはできないことになる。そして、合有は、特定の財産にたいする共同の権利行使による現実的支配であり、現実的支配とは現実的利用にほかならない。現実的支配＝利用が行なわなければならないのである。このことをドイツ＝ゲルマン法理のことばを借りて「*zur gesamten Hand*」にほかならないのである。

二 財団法人所有地における温泉権

長野県北部の山間部にある「財団法人下高井郡山ノ内町和合会」（以下、「財団法人・和合会」あるいは「和合会」と略称する）が所有する土地（以下、行論の便宜上、「山林原野」、「林野」ということがある）においては、いくつかの温泉が湧出している。ここでの温泉は、第二次世界大戦前から湧出していた温泉と、第二次世界大戦後の掘さくによって湧出した温泉とにわかれる。このうち、前者は、和合会設立許可（一九二七〔昭和二〕年）以前から湧出していた温泉である。

これらの温泉湧出地を所有する和合会の法的性格およびその歴史的社会的背景については、和合会が刊行した多くの書籍⁽²⁵⁾の他にも、既に第二次世界大戦前において島田錦蔵氏の著した『森林組合論』⁽²⁶⁾（一九四一年）があり、これらをはじめとして数多くの刊行物によっても知ることができる。また、裁判を通じても明らかにされている⁽²⁷⁾。

財団法人としての和合会の設立の経緯をみると、明治末期（一九〇〇年代初頭）、旧農商務省・内務省による部落有林野の統一および公有林野の整理を受けて、この政策を強権的に展開した長野県によって、旧沓野村持の山林原野の大部分が沓野区（財産区）所有となり、これが平穩村の所有として編入され、公有財産として平穩村の基本財産とされたことからはじまる。すなわち、このことに沓野区の入会権利者全員が抵抗したために、平穩村所有となる山林原野を二分し、その一つに三〇〇年の地上権を設定し、これをもって財団法人の基本財産として和合会が発足したのである⁽²⁸⁾。もう一つには部分林を設けた。これによって財産区としての沓野区は解散するにいたった。和合会の『内規』の一つである『会員規則』をみると、和合会の会員が沓野部落入会集団であることは明らかである⁽²⁹⁾。

財団法人・和合会所有地から湧出する温泉のうち、第二次世界大戦前から湧出している温泉は、発^ほ噴^{ぽん}と熊の湯の二か所であり、今日では宿泊施設（ホテル・旅館）の中で湧出し、旅客の入浴に利用されている。発^ほ噴^{ぽん}と熊の湯の温泉は、徳川時代に湧出をみたといわれ、温泉利用の初期の段階においては、山仕事に入った村落（部落）の者は自由に無料で入浴していた。明治時代以後は、旅舎が建てられて旅客（湯治客）の宿泊が行なわれるようになったが、村落（部落）民は相変わらず自由に入浴していた。この沓野部落の山に湧出する温泉は、部落のものであると観念されていたからである。次第に湯治客や観光客が多く利用するようになると、宿泊施設の経営者が温泉を独占的に維持・管理するようになるが、それでも山仕事に入る部落の者は、比較的自由に温泉を利用することができた。

温泉が湧出する土地は、旧松代藩領の時代においては旧沓野村の所有であったが、明治政府の政権下に入るといったん官有地に編入されるものの、入会地が旧沓野村の所有であるとの法律論にもとづく返還運動の結果、下戻の形式によって沓野部落民の所有となる。温泉は、土地所有の属性として、旧松代藩領の時代には旧沓野村の所有であり、明治期以後は沓野部落の所有となる。前述したように、温泉湧出地において温泉旅館経営が定着しても、沓野部落の山稼人は温泉を利用することができたが、次第に温泉客が多くなると、温泉旅館が温泉を独占的に利用するようになるので、沓野部落の者達は次第に温泉の利用が困難となる。また、特定の者に温泉を独占的に利用させるのは、割り地的利用によって特定の者に土地の使用を認めただけにはかならない。特段の変更のないかぎり、旅館の温泉利用は継続するから、割り地といっても割り替えない土地の利用ということになる。しかし、温泉を独占的に利用しているからといって、その利用は、沓野部落から独立した権利を与えられたわけではない。旅館営業を廃止すれば、温泉を利用することは当然にできなくなる。また、旅館営業者が沓野部落から離村すれば温泉利用権も失われることになる（離村失権）。また、旅館営業者が規

範遵守に違反したり重大な過失があつた場合には、温泉の利用は停止されるか剥奪されることになる。さらに、沓野部落の入会権の資格を失えば、温泉利用の資格も当然に失うことになる。

旧沓野村持の林野は、明治維新（一八六八年）後において、形式上は、官有・沓野組有・沓野組共有・共有（二九三名）・財産区有・平穩村有となり、第二次世界大戦後は財団法人有となる。平穩村有の林野については、前述したように、沓野部落では林野にたいして、三〇〇年の地上権を設定してこれを財団法人の基本財産とした部分と部分林を設定した部分とに二分されたが、第二次世界大戦後は、平穩村に編入された林野はすべて財団法人に返還されている。

このように、所有形式の複雑な変遷をみるのは、旧沓野部落民が町村制と部落有林野の統一・公有林野の整理という政府の強権的な政策に対抗したことによる。しかしながら、その所有形式のいかんにかかわらず、旧沓野部落有地に湧出する温泉は沓野部落のものであつた。一九二七（昭和二）年に沓野部落入会集団の仮装されたかたちで設立された和合会は、財団法人という法形式をとっているが、実際には入会集団の規範によって管理・運営されている。すなわち、和合会は、その設立過程においてはもとより、現実の管理・運営の実態からみても、まぎれもなく入会集団の仮装されたかたちにほかならないのである。具体的には、徳川時代以来の伝統的な地域（沓野〔旧本郷〕・渋・横湯〔旧新田〕の三組）から入会権者によって選出された代表が評議員会を構成して和合会の財産を管理・運営している。

和合会が所有する土地は、その所有者の名義が財団法人となつていたので、法形式で見ると財団法人有ということになる。したがって、そこでの入会権は、土地所有の形式上の名義でみるかぎり、「共有の性質を有しない入会権」（民法二九四条）ということになりそうである。しかし、財団法人設立の歴史的経緯ならびに実態からみると、和合会は、入会集団の仮装されたものであり、入会集団がこれを管理運営している。したがって、

その入会権は、実質的にみて、「共有の性質を有する入会権」（民法二六三条）にほかならないことになる。

ところで、和合会は、入会集団が財団法人の形式をとったときに、部落有財産のうち特定の土地を基本財産とした。和合会はこの土地にたいして入会権をもつ。残余の土地は、区という・いわゆる権利能力なき社団の所有となる。また、このほか、沓野部落（沓野区）の土地上に存在している神社・寺・道祖神・祠・空闲地等については、和合会の土地上に存在するもの以外ものは、和合会の所有権が及ばず、和合会の管理・処分権も及ばない。したがって、和合会は、旧部落有財産のすべてを所有しているものではないし、そのすべてを支配ないしは維持・管理しているものでもない。しかし、和合会の会員である権利者（慣習規範の一部を成文化した『内規』によれば「入林権者」）は、沓野部落の三地域に居住していて、なんらかのかたちでそれぞれの集団（たとえば区・組）に所在して、和合会とは別のかたちで和合会以外の財産についてかわりを持っていく。したがって、沓野の場合には、この歴史的経緯を念頭に置いて部落ないしは部落集団とよぶのならばともかく、そうでない場合には部落集団という一般概念をそのまま適用すれば誤りをおかすことになる。

一般的概念としての村落共同体ないしは部落共同体は、生産手段を共同所有するのみならず、共同体にとって必要とするものを所有していた。したがって、部落内の道や、広場・神社・寺・祠・石碑なども村落共同体ないしは部落共同体が所有していた。沓野部落も例外ではない。一八八八（明治二一）年の町村制の制定にもなつて、部落有林野が平穩村へ編入されることをおそれ、林野のみを二九三名の共同所有として登記したが、登記をしない動産・不動産にたいしても、旧来と同様に沓野部落のものであった。

しかし、この所有形態が変化するようになるのは、内務省・農商務省・県による部落有林野の統一・公有林野の整理後に財団法人が設立され、部落有林野が平穩村に編入されて財団法人の地上権設定地と、区の名称によつて支配（所有ないし利用）するもの、（動産・不動産）とが明確に分離されてからのことである。分離

後、和合会は財団法人の基本財産とした林野とそこに存在するものを支配し、区は和合会の支配のおよばないもの——すなわち、和合会の基本財産ではない動産・不動産等——を支配する。区のものの中には神社・寺・祠・石碑なども入る。和合会では、年一回の総会が開かれるが、各地域から選出される評議員による役員会がしばしば開かれる。区では、沓野部落の各地域から選出される組長会議がしばしば開かれる。神社の祭祀や財産管理は区によって行なわれる。このように、和合会と区とは支配の内容と組織が異なっている。しかし、両者の構成員は、いずれも沓野区内の居住者であり、とくに、沓野区から転出したときには和合会の構成員（和合会員）から除名される（離村失権）。和合会員は沓野区民にはかならないが、沓野区民は必ずしも和合会員とは限らない。すなわち、沓野区へ来住した者は沓野区民になることができるが、和合会員は基本的に正会員である二九三名とその分家であり、既に和合会員であった家の代表者の地位を承継したり、分家（第三分家まで）が新たに和合会員となるには、評議員会の承認を得なければならぬ（『会員加入規則』二二条）。

一般に、慣習にもとづく社会的秩序や行事等は村落共同体によって行なわれる。しかしながら、沓野部落においては、同一地域において単一の集団を形成する村落共同体の基本概念とは異なり、前述したように、和合会と区という二つの組織が存在する。このうち、社会的秩序や慣習については、主として区によって行なわれる。区のもとに伝統的な三つの組があるが、これは各個独立した地域集団である。この社会的集団はどのようなものであろうか。

まず、和合会は、その歴史的過程において旧二ヶ村（沓野・湯田中）が共同所有する岩菅山、および旧沓野村持の林野の大部分を基本財産とする。この林野内に神社・祠があるが、これの維持・管理ならびに祭祀は、和合会——共同山林（岩菅山）による祠は旧二ヶ村——が行なう。和合会の基本財産となっている林野は、和合会員の総体としての所有である・いわゆる総有財産（Gesamteigentum）である。和合会の基本財産は、公

簿上の地目が主として「山林」という土地であるが、和合会が総有しているのは、この土地に存在するものすべてである。これらのうちには公簿上記載されていないものがあり、また、和合会の財産として財産表に記載されていないもの（たとえば祠や水、温泉）があるが、和合会のものにほかならない。これらは、和合会の所有にほかならず、いわゆる総有という所有形態である。

このほか、沓野部落には、徳川時代（松代藩領）以来の伝統的地域集団である組（本郷組・渋組・新田組）が存在する。それらは、いずれも、なんらかのかたちで社会的に共通する地域連合である。

このように、沓野部落においては複数の地域集団が存在し、これが沓野部落（区）を構成している。このうち、和合会が所有する林野は、前述したように、法形式上は財団法人の名義であるが、実質的には、和合会員が総体として所有するいわゆる総有財産である。したがって、ここに存在する温泉もまた総有財産を構成する。しかし、温泉は、和合会員の独占的な利用とならず、特定の和合会員が営利を目的としてこれを引湯し、これを不特定多数者の利用に供している。すなわち、温泉は、和合会の所有（形式的所有）であり、和合会員の総有（実質的な共同所有）にほかならないが、湧出した温泉の独占的利用権を特定の者が有するようになると、所有・総有は観念的となる。あたかも、土地から物産を手に入れる者がこれを消費または売却するのと同じである。温泉の独占的利用権者は、温泉の自然湧出地（たとえば一坪 \equiv 三三平方メートルの狭い面積）を独占的に支配し、他の者の利用を許さない。この土地の利用は、温泉の利用を放棄しないかぎり、あるいは温泉が涸渇しないかぎり、一般に温泉利用が継続するので、半永久的である。しかし、それにもかかわらず、温泉は、和合会の慣習的規範のもとに置かれているので、その慣習的規範に服する限りでの温泉の独占的利用権にすぎないのである。

和合会の所有する土地から湧出する温泉の一例として発晡温泉をあげる。発晡で温泉を利用して旅館を経

営するようになったのはおそらく明治中期頃である（それ以前に旅館の経営をしていたことについては確認できなかった）。もっとも、発睹に自然湧出している温泉を古くから温泉に利用しているといっても、和合会設立前には旧沓野部落の構成員（入会権利者）の資格において利用していたのであり、沓野部落から離れたならば入会権利者としての資格を失い、温泉の利用権も失われる。その後、入会集団が財団法人となっても規範は変わらない。したがって、沓野部落に在住し本籍を有し、「お天馬」と呼ばれる義務労働をはたしているかぎり温泉の利用は続けられることになる。しかし、発睹温泉の場合には、経営が破綻し、家屋・温泉ともに放置して沓野地域から離れ、家屋が廃墟となつていたので、入会規範ならびに土地使用規範によつて「離村失権」とみなされ、会員資格を喪失している。また、当然のことながら、温泉の利用権も喪失していることになる。

三 湯組における温泉の合有

沓野地区において、温泉を合有している例がいくつかみられる。

以下では、その例として、まず、和合会所有地を水源として、沓野区内を流路する横湯川沿いの地獄谷下流の右岸から湧出する温泉を引湯して、産土神である天川神社の近くの「字宮前」に共同浴場を開設した『弥生の湯』をあげる³⁰。沓野区内では、共同浴場は、一二か所あり、沓野（旧本郷）には一三か所、横湯（旧新田）には四か所、洪には五か所ある。横湯・洪の共同浴場は湯組の構成員のほかに観光客も利用することができるが、沓野の共同浴場は湯組の構成員しか利用することができない。

弥生の湯は、温泉の発見が一八九九（明治三二）年二月二〇日であり、翌年一月四日に長野県にたいして『鉱泉営業願』が提出され、同年三月一三日に許可されている。願書には鉱泉営業とあるが、実際には営業で

はなくて組合の者のみの利用であっても、県の定めた書式によらなければならなかったからである。

弥生の湯は、一九〇〇（明治三三）年に引湯により浴舎を建設して以来、湯組を形成する組合員の共同浴場として今日にいたっている。開設目的は、『鉱泉営業願』に「私共組合共用トシテ浴場設置致度」とあるように、湯組として共同使用することにある。

湯組の組合員は当初七名であり、この七名は、温泉の引湯および共同浴場の出資者であり、浴場を運営管理した。源泉から浴場に引湯するため、「引温泉同盟人物代」とこの地域の集団である杓野組との間で地役権が設定されている（明治三十三年九月 地役権設定契約書）。地役権設定の対価はなく無償である。地役権の存続期間は、「無期限」となっているが、温泉の流路がこの地役権の目的であるから、流路の必要なかぎり存続することになる。また、流路は「木樋」となっているが、当時は流路に木を使うのが一般的方法であるから、流路の材料がかわれば木樋でなくなることになる。当初の七名は、温泉引湯についての共同出資者であることよって、源泉ならびに土地・共同浴場を共有する。しかし、この共有は土地・浴湯を形式的に共同所有するにすぎず、個別に共有権を行使することができない（形式上の共有、実質上の合有）。すなわち、共有持分の清算や買取請求さらに組合員以外の者への譲渡もすることができないが、相続したり共有権を放棄することはできない。たとえば、つぎのような文書（二〇〇四〔平成一六〕年）が提出されたことがある。

「一、杓野弥生の湯役員の任を返上致したく御願ひ申し上げます。

尚以後一般組合員としての扱ひをお願い致します。

二、杓野弥生の湯組の一四名共有の山林二件、鉱泉地三件の権利証等の名義を抹消願ひます。
（ほかに名義抹消等の必要ある場合はこれに応じます。）」

この文書によつても明らかのように、単に共有権を放棄しているにすぎない。すなわち、放棄したのは共有権（名義）のみにすぎず、浴湯の利用はそのままである。実際、この者は、共有権放棄後においても、依然として湯組の地域内にとどまり、「一般組合員」となつて湯組の構成員であることを保持している。「一般組合員」は、共有者を役員とする「特別組合員」（名称は不確定であるが、「役員会」とも称されている）と區別されている。特別組合員は、役員会において温泉および共同浴場の維持・管理等を協議して決定する。特別組合員は共有者であるから、一般組合員は、共有権を譲り受けない限り、特別組合員となることができない。なお、組合では、右の役員会のほかに湯組構成員全体からなる総会が定期的に開催されている。

湯組は、共同浴場を中心とする特定の地縁の者によつて構成される。もちろん、湯組の構成員にならなくともよいが、湯組の構成員でなければ共同浴場を利用することができない。湯組の構成員は、輪番で共同浴場の掃除をする義務が課せられ、これを懈怠すると、湯組から除名されて共同浴場を利用することができなくなる。共同浴場の利用は家を単位とし、一定の料金を払うが、この金額は、家を入浴者の単位としているために、家族数のいかにかわりなく一定である。また、他地域から湯組地域に転住すれば、申請によつて湯組の構成員となることができる。

弥生の湯という湯組の特性を明らかにするために、次の文書を挙げておく。まず、一九〇〇（明治三三）年三月の『鉱泉営業願ニ対スル責任差出証』（明治三三年三月二四日）では、共有者が「温泉組合」にたいして、「素ヨリ温泉組合ニテ発見シタルモノニシテ私共ハ經（形）式上ノ願人ニ候得者元來責任等ハ毫毛無之ニ付該温泉ハ目論見元ニ於テ永遠使用進退致サレ度依テ私共責任及ヒ名義ヲ差出后日聊カ異議申問敷為念茲ニ連署差出候也」とあり、温泉が「温泉組合」の共同のものであることを明示している。この文書は、さきの共有者七名が温泉組合にたいして提出したものである。また、『鉱泉営業願』には、前述したように、「私共組合共用トシ

テ浴場設置致度」とあり、温泉の共同使用が述べられている。「私共組合」というのは、共有者七名のほかに、地縁による共同利用者が温泉組合の構成員であることを意味している。

さらに、『弥生温泉提出建議案理由書』（年代不明。明治三〇年代以降であろうか）には、「関係諸氏ノ御熱精ナル努力ニ依リ湯路ノ改修ハ勿論原区ノ所有入浴ノ土地買収等総テ基礎ハ茲ニ全ク完備セラレタリ当温泉仲間一同子孫永久ノ為ノ大ニ賀ス可キニ至レリ」とある。「温泉仲間一同子孫永久ノ為」とあるように、温泉は「温泉仲間」である温泉組合員（湯組）のものであり、これを「仲間一同」が「子孫永久の為」めに維持し利用することを明示しているのである。ここでは、共有者の権利は、「仲間一同」のなかに埋没していて、権利を主張する余地はまったく残されていない。

さらにまた、共有者の一人が書いた一文書（年代不詳。大正年間であろうか）には、「父ハ創立名義代表人ノ一人デアル事ハ深ク申シ上ゲマセンガ創立当時仲間一同ノ者へ差シ出シアル請書ノ仕末ニ付テ深ク研究シテモライタイ亦所有届連名者ハ自己ノ権利デ無ク仲間一般ノ権利デアル事ヲ証シテモライタイ〔改行〕私ハ権利ヲ主張スルモノデハアリマセン。〔中略〕仲間一同ト共ニ永久身分相当ノ義務ヲ盡シタイモノデアル朝夕供ニ入浴シテ互ニ新話ヲ語り合ヒ快樂ト健康増進シ将来ノ親和ト共存同榮ノ基礎ヲ組織シタイモノデアル」と述べている。

弥生の湯は、その引湯の始めから仲間の組織であり、まず、地縁的關係にある共有者七名が共同浴場による入浴を目的として仲間組織をつくり、これを基礎として隣人も湯仲間に入ることができる。ともに湯仲間であるから、共有者とそのほかの湯仲間との間には温泉利用の差異がない。仮に、湯仲間（湯組）がなんらかの都合で解散したとすると、土地・建物は共有者の共有となり、余剰金があれば、共有者に配分されるであろう。温泉も同様であろう。しかし、湯組は仲間として「子孫永久」のために存続するものと考えられているので、こ

のようなことは想定されていない。また、共有者（特別組合員）も一般組合員も、湯組の地域を離れて居住すると、組合員（湯組の仲間）としての資格を喪失し、共同浴場を利用することができなくなる。これは、入会における離村失権の原則と同じである。しかし、入会が部落共同体内の社会的な慣習規範の上に成り立っているのにたいして、湯組は、温泉利用のための仲間であり、したがって、仲間的規範はあるが、社会的規範とは関係がないのであり、この点において両者は異なっている。

共有者間の規範は、さきに示したような文書で確認することもできるが、多くは不文律である。例えば、共有持分権を他の組合員へ譲渡したり相続することはできるが、共有者は、その地域（弥生の湯の周辺地）に住しなければならない。現実の利用が前提であり、共有権がこの現実の利用のための手段だからである。そして、共有者である特別組合員と共有者ではない一般組合員とは、温泉の現実の利用は平等の関係である。

組合員は、湯組の地域から離れて転住する場合には、転住先が杳野地区内であっても、湯組の地域から離れることになるので、共同浴場を利用することができなくなる。組合員の資格を有するのは一戸の代表者であるが、この資格は原則として一律であるために、温泉の利用ということになると実質的に不平等となる。すなわち、家族の多い家では温泉の利用者も多くなり、一戸に一人しか居住していない場合においては、入浴数・入浴量という点では差が生じることになる。さらに「アカヒキ」（風呂場掃除）という義務労働も、一戸に一人が入浴しても一戸に多数が入浴しても、一戸あたり一人が原則なのであるから、利用度という点からは不平等である。さらに、入浴場の改修・補修費も組合員（一戸単位）から徴収している。しかし、権利にたいする形式的平等の原則に基づくものであるとして、こうしたことは当然のこととして受けとめられている。

以上のとおり、温泉の引湯および共同浴場の設置のために出資したのは特別組合員（土地・共同浴場の共有者）であるが、特別組合員も一般組合員も、等しく温泉の利用（入浴と洗濯）という温泉の使用価値をもとめ

て組合員となっている。組合は、湯仲間として人的結合のうえに成り立っている。もともと彼らは、地縁的隣人であったから、容易に仲間としての組合をつくることができたのである。湯（温泉）を利用するために温泉施設（種・共同浴場）を設置してこれを所有する者は、その当初において七名であった。彼らが財産を登記形式において所有するのは、浴場と土地である。源泉から浴場に引湯するために沓野組との間で地役権設定契約を設定しているが、沓野組が承役地の所有者でないので、このことを登記簿上公示することはできない。また、温泉権についても登記方法がないために、源泉を引湯するための簡単な施設が温泉の権利を公示する方法となっている。自然湧出の温泉を採取している段階においては、この温泉の量と質が権利の対象である。

四 財団法人有地における温泉の合有

合有のもう一つの例として総有地における湯組の温泉をあげる。すでに述べたように、財団法人・和合会が所有する土地・財産等は、和合会員（入会権者）が総有するものであり、この土地（上信越国立公園の志賀高原）で観光業を営む者は和合会から土地を借りて営業している。この営業者の多くは宿泊施設（ホテル・旅館）の営業者であり、こうした施設は、集落としていくつかに点在し、温泉地を形成して宿泊者に温泉を供している。

前述したように、温泉は、和合会の前身である旧松代藩領の時代から沓野村のものであり、部落入会集団を財団法人として組織した後においては、財団法人・和合会の所有となっている。部落入会集団が財団法人という法形式をとっても、土地は総有財産であることには変わりがないから、温泉もまた総有財産である。和合会の土地から湧出する温泉を利用するためには、温泉が自然湧出と人工掘さくによるとを問わず、利用組合を組

織しなければならぬとする定め⁽³¹⁾があるので、温泉利用者は組合を組織している。

和合会の所有する土地から湧出する温泉そのものが和合会の所有であるから、温泉にたいする組合の権利は引湯権にほかならない。引湯した温泉は、組合員にたいして個別に分湯するので、この点では、和合会所有地以外の土地で湯組を組織し、温泉を共同浴場で利用するのは異なっている。組合員は、分湯される温泉を組合員の営業する施設（ホテル・旅館）において、分湯される温泉の質・量ともに、施設利用客の利用に供することができる。

一九五八（昭和三三）年に開湯した丸池温泉地区にある温泉組合の規約をみると、「本組合は財団法人和合会より西発喃地区に湧出せる温泉の中志賀高原ホテル引湯の分を除き全量を借湯し、丸池地区に引湯し」（『丸池温泉組規約』二条、とある。「借湯」いうことばを明記していることから明らかなように、和合会の所有地にある温泉は和合会の所有であると観念し、この温泉を利用してもらうということの意味している。本組合は、当初二一名をもって構成する任意の団体であり、中小企業等協同組合法（昭和二四年六月一日法律一八一号）にもとづく組合でない。『志賀高原ホテル』は、志賀高原の観光開発のために長野県が外部から誘致したものであり、和合会員ではない。なお、現在は、廃業して沓野地域から去り、温泉を和合会に返上するとともに、和合会との間で結ばれた合意に基づいてホテルを解体して原状に復している。

和合会の土地における温泉の利用については、『温泉地ならびに温泉使用規定』（最新版⁽³¹⁾）をみると、「本規定は、和合会が所有する土地において温泉を湧出させ、使用することについて適用されるものである。和合会の財産は、周知のように入会権者である和合会員の総有に帰属するものであり、権利は土地の上下におよぶ。したがって、地下水（温泉・水）も和合会の所有するところであり、その法律上の権利は、民法第二六三条の入会権にほかならない。これを十分に認識したうえでなければ土地を掘削し、温泉を利用することができな

い」(前文)、となっている。

このように、丸池温泉地区から湧出する温泉は、和合会の所有であり、ほかならぬ和合会の総有財産である。丸池温泉組合の『組合規約』においては、「本組合の引湯権は抵当権質権の設定を認めず、第三者に転売を認めない」(二三条)として、引湯の権利は組合員の固有のものであることを規定しているが、「転売の要を生じた時は本組合に於てこれを継承する」(二四条)とある。「転売の要」とは、転売する必要性を生じたことであり、組合員はこの意思を組合に伝えなければならぬ。したがって、転売の必要性が生じたこととであり、組合員が認められないから、転売はできないが、組合は、転売する必要性を生じたことで、この意思を表示した組合員の引湯権を単に組合が「継承」するだけなのか、もしくはそれにはたいして対価を支払うというのであるのか。転売は、引湯権の放棄であり、かつ組合員資格を失うことになるのであるから、転売の意思を表示すること自体が問題である。組合の運営については、もともと、この『組合規約』に詳細な規定がなく、すべて「総会の決議による」(六条)としていているから、問題の生じるときには、その都度、組合総会で決定するのであろう。「組合規約」は別として、組合の設立時には、いろいろと話し合い、それが規範の基本的条件となっているのである。

丸池温泉組合は、和合会から引湯を承認され、温泉を分湯として利用することを目的として設立されたものである。したがって、引湯された温泉を組合が独占的に利用するという権利の取得が組合財産であり、その権利の対象は引湯する温泉の質と温度ということになる。これを組合員二一名が共同して利用しているのである。組合は、組合員が現実温泉を利用するために組織されたものであるから、『組合規約』には明記されていないが、組合員でなくなれば、温泉を利用することができなくなり、それまで温泉事業に投資した金員の清算を請求することもできず、組合員としての資格を第三者に譲渡することもできない、と解すべきである。

おわりに

以上のとおり、本稿では、沓野区（旧沓野村）において総有の性質を有する温泉権（総有温泉権）と合有の性質を有する温泉権（合有温泉権）とが存在していることを明らかにした。また、同じく合有といっても、弥生の湯のように温泉利用権を合有関係とする形態と、丸池温泉のように総有温泉から引湯するために組合を創設してこの引湯利用権を合有とみる形態とがあることも明らかにした。

そのほかにも、この地域においては江戸時代中期以降からはじまる温泉街（洪温泉）があり、合有の性質を帯びている温泉権を当地でみることができ、そこでの法形態は本稿で紹介した法形態と少しく異なっているように思われる。稿を改めていざれ紹介することを予定している。いざれにせよ、本稿を通じて、温泉権はその権利関係を前近代（旧慣）的¹¹総有的、近代的¹²私所有権的と二分しようるような単純な権利でない、と推論しても、このことは許されるように思われる。

注

- (1) 伊香保温泉に関する文献については、大野欣一「温泉共同体の研究」(一)一六)温泉研究九一四号(温泉研究会、一九五七—一九五八年)、川島武宜・潮見俊隆・渡辺洋三編『温泉権の研究』(勁草書房、一九六四年)、川島武宜監修北條浩編『日本温泉権史料叢書第一巻・伊香保温泉史料集』(日本温泉協会、一九六四年)等がある。
- (2) 前橋地裁一九五六(昭和三二)年七月一七日判決下民集七卷七号一九三三頁(温泉引用権確認請求事件)。
- (3) 川島武宜編『注釈民法(7)物権(2)』五一〇—五一二頁(執筆担当者は川島武宜)(有斐閣、一九六八年)〔川島武宜著作集八巻〕(岩波書店、一九八三年)所収)。
- (4) 前掲注(3)六一四頁(執筆担当者は川島武宜)〔温泉権〕所収(岩波書店、一九九四年)。

- (5) 前掲注(3) 六二三頁(執筆担当者は渡辺洋三)。しかし、温泉総有集団の温泉権については、その分湯の形式が「分割利用権と同一性質のもの」に限らないことに留意すべきであろう。
- (6) 中田薫「徳川時代に於ける村の人格」『法制史論集第二卷』九七七頁(岩波書店、四刷、一九九四年)〔初出は国家学会雑誌三四卷八号(一九二〇年)〕。
- (7) 末弘巖太郎『物権法』(下巻第一分冊) 六七三頁(日本評論社、一九三二年)。
- (8) 末弘・前掲注(7) 六九五頁。
- (9) 遊佐慶夫『新訂民法概論物権篇』三三二頁(有斐閣、一一版、一九三九年)。
- (10) 中田・前掲注(6) 九八六頁。
- (11) 中田・前掲注(6) 九八六頁。
- (12) 中田・前掲注(6) 九八六頁。
- (13) 中田・前掲注(6) 九八六頁。
- (14) 中田・前掲注(6) 九八七頁。
- (15) 中田・前掲注(6) 九八七頁。
- (16) 中田・前掲注(6) 九八七～九八八頁。
- (17) 中田・前掲注(6) 九八九頁。
- (18) 石田文次郎『土地総有権史論』(岩波書店、一九二七年)。石田氏が本書において参照したMaurerの著書は次のとおりである。
 ① Einleitung zur Geschichte der Markt-, Hof-, Dorf-, und Stadtverfassung und der öffentlichen Gewalt, 1854; Geschichte der Markenverfassung in Deutschland, 1856; Geschichte der Dorfverfassung in Deutschland, 1865.
- (19) 石田・前掲注(8) 五〇頁。
- (20) 石田・前掲注(18) 七五頁。
- (21) 石田・前掲注(18) 四九頁。
- (22) 川島武宜『所有権法の理論』二〇四～二〇五頁(岩波書店、一九四九年)。
- (23) 川島・前掲注(22) 二〇五頁。

- (24) 川島・前掲注(22)二〇五頁。なお、川島武宜氏は、入会権における「持分」の有無について、従来の学説と同様、これを否定していたが(川島・前掲注(22)二〇三頁)、入会権が仲間的共同体という共同関係において有する権利であり、しかも、その権利客体が個々の権利者に分割されていないことから、これを一種の「持分」として概念構成すべきであるとして、前説を覆し、入会権に「持分」の存在を認めるに至っている(川島・前掲注(3)五一五～五一六頁)。
- (25) 和合会編『和合会の歴史』中には、たとえば、『上巻・志賀高原の歩み』(一九七五年)、『下巻・志賀高原の歩み』(一九七五年)、『水利史編』(一九八五年)、『社会史編』(一九九二年)等がある。和合会設立の詳細な沿革については、前掲『上巻・志賀高原の歩み』を参照されたい。なお、一般向けに書かれた手引書として、和合会編『和合会の手引き——その歴史と性格』(二〇〇二年)、同編『財団法人・和合会の歴史』(二〇一一年)がある。
- (26) 島田錦蔵『森林組合論——部落共有地の実相研究を基として』四七三頁以下、四八三～四八四頁(岩波書店、一九四一年)。
- (27) 和合会編『和合会の歴史・裁判史編』(一九九七年)。
- (28) 地上権の設定期間は、「財団法人設立許可願」の段階では三〇〇〇年となっていたが、主務官庁の強い要求の結果、三〇〇年に短縮されたという経緯がある(前掲注(25)『上巻・志賀高原の歩み』六七六頁参照)。なお、一九五三(昭和二八)年六月一〇日、旧平尾村が志賀高原一帯の旧沓野部落の林野(土地)を和合会へ贈与——実際は返還——したので、地上権は消滅することになった(前掲注(25)『上巻・志賀高原の歩み』八四二頁以下参照)。その結果、『財団法人寄附行為』六条は、当初において「本財団法人ノ存立期間ハ参百年トス」と規定していたが、削除されることになった。
- (29) 「会員規則」四条「和合会の会員とは慣行によって和合会より和合会の所有地に対する入会権を附与された権利者を言う。」
- (30) 「弥生の湯」の調査にあたり、関佳宣氏のお世話になった。ここに記して謝意を申し上げる。
- (31) 最新のものは、『温泉地ならびに温泉使用規定』(二〇一一[平成二三]年三月作成、二〇一二年[平成二四]年一月一日施行予定)である。