

擔分配を圖るの方法は困難でない、受益者負擔制度を活用する途もある、沿道兩側の一定の區劃に付簡易な土地區劃整理を施行し未建築地は分合換地既建築地は之と合せて精算配當に依り利害の公平なる分配を圖る事が出来る、偏に無事を希ひ舊習を迫ひ責任を財政窮迫に歸して苟且偷安に自己の地位を維持するが如き無爲の當局者はいざ知らず夙夜行政改善を

念とし邁往勇進するの積極施設を心懸くる有爲の當局者は廣く道路用地無償提供の機運を起し之を助長し我道路行政の方針とする事に努むべきであると思ふ、敢て當局者の一考を煩はす所以である。——本稿中の英國の事例は友人岡田復興局書記官所藏の Town Planning Conferences Manchester, 1923 に依る、茲に記して岡田君の好意を謝す、(一三七)

公物使用特許に關する行政裁判を評す

北海道廳土木部長 古宇田 晶

はしがき

道路其の他公物の特別使用に付競願ある場合に於ては公物管理者は競願者中何れの者に特許すべきやは、由來學者間の議論の存する所であつて、行政廳が常に此種處分を爲すに方つて、多大の考慮を拂ふのも當然である、頃者行政裁判所は發電用水利使用事件の競願に付先願者に許可すべきことを判示した、果して適當な判決であるうか、吾人は此判決に對し多大の疑を抱いて居たのであつたが、古宇田土木部長が私見を余に語る、を聞き行政裁判が一層行政の實際に適合して居ないことを感知した、事件は發電用水利使用であるが道路の特別使用である占用の許可に付いても同様であるから、茲に同氏の意見を登載することとした、

(田中幹事)

發電用の目的を以て磯谷川河水使用の件に付大正十年中大正疏黃株式會社及函館水電株式會社より競願ありたるに付(一)兩者の公益上經濟上等の關係、(二)出願河水使用地點と實地、(三)會社の現況及實力、(四)設計の内容並り河水流量との關係、(五)企業の確否、等の詳細調査し甲乙比較を遂げたるに願書の受理順は大正疏黃株式會社第一地點出願は大正十年四月一日第二地點出願は同年十月十五日にして函館水電株式會社の出願は大正十年七月六日なるを以て第一地點の出願期

日に比し三ヶ月餘の相違あるも函館水電株式會社の出願は企業設計精確河水の利用も充分にしてよく實地と符合し且會社の社會に於ける信用も厚く本事業遂行の資力亦充分なるのみならず河水使用の目的も現在事業地地方の最も不足を告げ苦痛を訴へつゝある電燈電力の一般供給なるに反し大正硫黃株式會社の出願は机上設計にして重要な點は殆ど皆實地と符合せず出願の設計にては到底實行不可能と認められ殊に之が企業に要する資力も薄弱にして社會の信用も函館水電の比にあらず尙河水使用の目的も規模小なる自家鑛業用に供するに過ぎず故に出願順位に拘はらず函館水電株式會社の出願を許可し大正硫黃株式會社の出願を排斥したるに對し同會社より

行政訴訟を提起し大正十一年七月以來四回の口頭審問を経て昨年十一月二十九日を以て判決あり、先願の故を以て原告の勝訴に歸したるも其の判示は地方行政廳の自由裁量處分を爲し得べき權限を無視したる判決にして若し如斯判決を正當なりとせば將來此種の出願に對しては絶對先願權を認めざるべからざることとなり其の河川に於ける發電が理論上絶對不可能ならざる限り出願の實際に適應せんと否と企業の確實と否と又事業の公益上必要の程度如何に拘はらず苟も形式的出願あるたるときは行政官廳自ら適當なる地點を取調べ發電に適當

なる設計に變更訂正せしめて許可すべきこととなり行政廳許可權存在の本旨を没却し由々敷問題を惹起するなきを保せず依て右判示に對する事實及意見を述べ識者の批判を仰かんとす

裁判宣告書

右當事者間ノ大正十一年第百八十二號發電水利使用出願ニ對スル不許可指令取消ノ訴審理ヲ遂ケ判決スルコト左ノ如シ

主 文

原告ノ大正十年四月一日附北海道渡島國茅部郡白尻村大字熊泊村字磯谷所在磯谷川發電水利使用出願ニ對シ被告ノ爲シタル大正十一年五月五日附指令ハ之ヲ取消ス

被告ハ原告ノ右出願ヲ許可スヘシ
訴訟費用ハ被告ノ負擔トス

事 實

原告請求ノ要旨ハ原告ハ北海道渡島國茅部郡白尻村大字熊泊村字磯谷ニ於テ從來經營セル硫黃鑛業用ノ爲メ舊式ノ精鍊法タル薪炭ノ使用ニ代ヘテ電熱利用ノ新式計畫ヲ樹テ右磯谷所在ノ磯谷川下流使

用ノ義大正十年四月一日附テ以テ出願シタルニ被告ハ大正十一年五月五日附テ以テ許可シ難キ旨ノ指令ヲ爲シ原告ノ出願後函館水電株式會社ノ爲シタル磯谷川水利使用ノ出願ヲ許可シタリ然レトモ原告ハ既ニ大正九年十二月前示硫黃鐵業用ノ電燈並ニ索道用動力トシテ磯谷川上流ニ於テ百馬力ノ水力使用ノ許可ヲ受ケ自家用電氣工作物ヲ施設シアリタルニ頃者硫黃精鍊業沈衰不振ノ狀態ニ陥リタル力故ニ精鍊費用ヲ減シテ本企業ヲ繼續シ援テ多數勞働者ノ失職ヲ阻止スル目的ヲ以テ本件出願ニ及ヒタル次第ニシテ元來發電用水力使用ノコトタル縱令一私人ノ企業ニ係リ直接公益上ノ施設ニ非ストスルモ苟モ一般ノ經濟ニ多大ノ關係ヲ有スル事業タル以上其事業カ公益ニ害ナク而モ法規上行政官廳ニ自由裁量ノ權限ヲ與ヘラレタル場合又ハ法規上許可スヘカラサル場合ニ非サル限リ當該官廳ハ之ヲ許可セサルヘカラサルコトハ一般法タル河川法鐵業法等ノ精神ニ鑑ミ疑ナキ所ナルノミナラス本件出願ノ如キハ明治三十八年北海道廳令第五十五號土木工事取締規則ニ基キ大正十年北海道廳告示第六十八號所定ノ手續ヲ經タルモノニシテ公益ニ害ナキ限リ先願者タル原告ニ許可セサルヘカラサルコト右第五十五號第一條第十條ノ解釋上當然ナリトス而シテ其公益ニ害ナキコトハ出願ノ際灌漑其他ノ水利事業ニ及ホス影響舟筏ノ通行木材ノ流送漁業ニ及ホス影響名勝舊蹟等ニ及ホス影響堰堤ノ爲メ洪水時ニ於ケル水面隆起ニ起因スル影響ノ程度並ニ之ニ關スル施設ノ大要ヲ叙述シテ明白ナラシメタル所ニシテ別ニ本件水利使用ニ付被告ニ自由裁量ノ權限アルコトヲ定メタル法規ナク又使用ヲ許可スヘカラサルコトヲ定メタル明文ナキヲ以テ被告カ原告ノ出願ヲ拒否シタルハ原告ノ權利ヲ毀損シタル違法處分ナリ況ンヤ函館水電株式會社ノ水力使用ノ出願ハ本件河川ノ外大舟川常呂川ヲ包含シ居リ本件河川ノ分ヲ除クモ其利便ヲ毀クル事ナク且ツ原告ハ電力使用ノ急ヲ迫マレルニ反シ函館水電株式會社ハ現在以上ノ電力ヲ要スルモノニ非サルニ於テチヤ若シ夫レ將來電力需用增加ノ見込ノ如キハ處分ノ理由トナルヘキモノニ非スシテ需用ノ程度ハ處分當時ノ狀態ニ依ルヘキモノトス被告ハ原告出願ノ目的ハ自家用ナルニ反シ函館水電株式會社出願ノ目的ハ一般供給ヲ企圖シ公益的意義ヲ有スルモノナルヲ以テ同會社ノ出願ヲ許可シ原告ノ出願ヲ拒否シタル旨主張スレトモ原告ノ事業タル硫黃鐵業ハ公益事業ナルコト鐵業法令ノ認ムニル所シテ其公益的意義ニ於テ電氣事業ト等差ヲ立ツヘキニ非ス特ニ本件出願ハ米國產硫黃ノ輸入ニ拮抗シ斯業ノ維持發展ヲ圖リ以テ我國產業上ニ貢獻セントスル趣意ニ外ナラサルヲ以テ被告カ冷眼ニ斯業ノ死滅ヲ看過セントスルカ如キハ當テ得タルモノニ非ス被告ハ原告ノ水力使用ノ設計方面函館水電株式會社ノ設計ニ比シ劣レルコトヲ以テ原告ノ出願拒否ノ理由ノ一二數ヲト雖モ不備ノ點ハ被告ニ於テ何度ニテモ訂正ヲ命ジ以テ其ノ出願ヲ許可セサルヘカラス仍テ被告カ原告ニ對シテ爲シタル指令ヲ取消シ被告ハ原告ノ出願ヲ許可スヘシ訴訟費用ハ被告ノ負擔トストノ判決ヲ求

ムト云フニ在リ立證トシテ甲第一號證乃至第四號證ヲ提出シ當廳明治三十三年第二百七號事件明治四十年第五十四號事件ノ各判決ヲ援用シタリ

被告答辯ノ要旨ハ本件經過ニ關スル事實及本件磯谷川ノ水利使用ヲ函館水電株式會社ニ許可シタル事實ハ原告主張ノ如ク又原告出願ノ手續カ適法ナルコトハ之ヲ認ム然レトモ由來公物使用ノ特許ヲ與フルト否トハ法規ニ別段ノ規定ナキ限り管理者ノ自由裁量ニ屬スルモノニシテ唯發電用水利使用ノ如キハ縱令一私人ノ企業ニ係ルモノト雖モ公益上支障ナキニ於テハ其ノ出願ヲ許可スヘキハ勿論也而シテ曩ニ原告ニ對シ磯谷川上流ニ於テ九十二馬力（原告カ百馬力ト云フハ誤）出力ノ河水使用ヲ許可シタルハ其計畫適當ト認メタルニ外ナラス然レ共本件出願ノ如ク原告ニ於テ其公益上絕對ニ有害ナル結果ヲ生セサルコトヲ明白ナラシメタルモノト雖モ他ニ適切ナル出願アル場合ニ之ヲ許容シ原告ノ出願ヲ拒否スル職權ヲ有スルハ勿論ナリ原告ハ被告ニ自由裁量ノ權限アルコトヲ定メタル明文ナク原告ニ對スル不許可處分ハ原告ノ權利ヲ毀損シタルモノト云フモ本件處分ハ明治三十八年北海道廳令第五十五號土木工事取締規則第一條ニ依ルモノニシテ其根本法規ハ大正十一年三月三十一日以前ハ官有地取扱規則第十一條同年四月一日以後ハ國有財産法第一條乃至第四條及同施行令ニ基ク大正十一年內務省訓令第十號內務省所管國有財産取扱規程第一條乃至第三條第九條第二十條ナリ而モ如上法規ニハ水

利權ノ出願ニ對シ先願者ニ許可スヘキ明文ナキ以上數個ノ出願者中其一ヲ選擇シ之ニ許可スルハ被告ノ隨意ナリトス故ニ原告ノ出願ヲ拒否セルモ其權利ヲ毀損シタルモノト云フヲ得ス函館水電株式會社カ磯谷川ノ外大舟川常呂川ノ水利使用ヲ出願シタルコトハ認ムルモ其出願ハ各河川各別ニ爲シタルモノニシテ大舟川常呂川ニ關スルハ審理中ニ屬シ此分カ當然許可セラル、モノト決シ難キ限り先ツ磯谷川ニ關スル分ニ付許可ヲ與ヘタルハ不當ニ非ス又原告ノ營ム硫黃鑛業ハ硫黃ノ市價低落シ現時殆ント挽回ノ見込ナキ狀態ナルニ函館水電株式會社ノ現況ハ許可當時九千五百八十八馬力六千七百五十七「キロワット」ノ電力需用ニ對シ水力ニ依ル發電力ハ五千九百四十五馬力四千四百三十五「キロワット」ニ過キササル爲メ其不足分三千百十三馬力二千三百二十二「キロワット」ハ火力發電ニ依リ補充スル狀態ナレハ同會社ニ許可シタル磯谷川ノ發電力二千二百七十四馬力ハ此不足ニ充當セントスルモノニシテ尙ホ同會社ノ毎年電力需用增加率ハ電燈ニ於テ一割六分電力ニ於テ八分ト見ルヘキヲ以テ現在以上ノ電力ヲ要セストスル原告主張ハ採ルニ足ラス而シテ原告ノ設計ハ實際ニ適合セサル點尠カラサルニ函館水電株式會社ノ設計ハ工法容易ニ且ツ安全ニシテ公益上ノ見地ヨリ優秀ト認ムヘク前者ノ資力ハ後者ニ比シ甚シク遜色アルニ反シ後者ハ大正十年五月三十一日現在ニ於テ六百三十四萬餘圓ノ巨資ヲ擁シ又前者ハ自家用ナルニ後者ハ一般供給ヲ企圖シ公益的意義ヲ有スルモノナルニ因リ原告ノ願意ヲ拒否

シ函館水電株式會社ニ許可シタルモノニシテ正當ノ措置ナリト信ス
原告ハ出願ノ内容不備ノ點ハ被告ニ於テ何回モ出願人ニ訂正ヲ命ス
ヘキモノナリト云フモ此ノ如キコトハ競願ナキ場合又ハ競願者中許
可スヘキモノト決シタル者ノ願書ニ對シテノミ爲ス取扱例ニシテ原
告主張ハ探ルニ足ラス仍テ原告ノ請求相立タス訴訟費用ハ原告ノ負
擔トストノ判決ヲ求ムト云フニ在リ立證トシテ乙第一號證ヲ提出シ
當廳明治四十年第五十四號事件ノ判決ヲ援用シタリ

理 由

本件出願及ヒ之ニ對スル處分カ明治三十八年北海道廳令第五十五
號土木工事取締規則ニ依リタルモノナルコトハ當事者間ノ爭ナキ所
ニシテ其第一條ニハ官有土地水面ニ於テ左ニ掲グル土木工事ヲ施行
セントスル者ハ持別ノ規定アルモノヲ除ク外當該官廳ニ願出許可ヲ
受クヘシ云々五水利云々トアリ其第十條ニハ左ノ各號ノ一ニ該當ス
ルモノハ當該行政廳ニ於テ許可ヲ取消シ又ハ其ノ效力ヲ停止シ命令
條件ヲ増減變更シ尙既設工作物並物件ヲ除却改造又ハ原形ニ回復セ
シメ其ノ許可シタル工事ニ依リテ生スル危害豫防ノ設備ヲ爲サシメ
若クハ代テ之ヲ執行シ又ハ第三者ヲシテ之ヲ執行セシムルコトアル
ヘシ一、法律命令ノ結果ニヨリ必要ナルトキ二、法律命令又ハ許可
ノ條件ニ違背シタルトキ三、交通治水其ノ他行政廳ニ於テ公益上障
害アリ又ハ障害ノ虞アリト認ムルトキ四、願書及其ノ附屬書類ニシ

テ詐偽又ハ錯誤ノ事實アリタルトキトアリ是ニ由テ之ヲ觀レハ同規
則ハ第一條ニ掲グル原告出願ノ事業ハ第十條列舉ノ各號ニ抵觸セサ
ル限り之ヲ許可スヘキ法意ト解釋セサルヘカラサルコト猶原告援用
ノ當廳明治三十三年第二百七號事件ノ判決ニ說明セル所ト同様ナリ
トス而シテ原告ノ工事設計ニ不適當ノ點アリトスルモノニ付テハ許
可ノ際必要ナル條件ヲ附シ得ルコト前示第十條ノ規定ニ徴シ明白ナ
ルヲ以テ許可ノ支障トナルヘキモノニ非ス而シテ原告ノ出願カ第十
條ノ各號ニ抵觸セサルコトハ當事者間爭ナキ所ナルヲ以テ其出願ヲ
許可スヘキコト勿論ナリ被告ハ後願者ナル函館水電株式會社ノ事業
ハ一般供給ヲ企圖シ公益的意義ヲ有スルモノナリト云フモ甲第四號
證ノ一大正十一年度上半期函館水電株式會社ノ事業報告書ノ電力需
用者及供給馬力數明細表ニ依リ明ナル如クセメント製造用ノ電力需
用者ニ付二千八百九十五馬力ノ電力ヲ供給スルモノナルニ本件原
告出願ニ於ケル理論馬力ハ甲第二號證ノ一磯谷川水利使用許可申請
書ニ據レバ平水時一千三百七十八馬力又被告カ函館水電株式會社ニ
許可シタル磯谷川水利使用ノ發電力ヲ以テスルモノ二千二百七十四馬
力ニ過キササルニ鑑ミ函館水電株式會社ニ許可スルモノニ依テ生スル
電力ハ必スシモ一般多數ノ需用者ニ分配セラルヘキモノニ非サルノ
ミナラス前示甲第四號證ノ一ノ例ノ如ク函館水電株式會社ニ許可セ
ルニ因リ生スル電力ヲ全部原告ニ供給スル場合ヲ假定スレハ原告ノ
出願ヲ許可シ直接ニ原告ノ經營ニ委スルト毫毛徑庭アルコトナキヲ

以テ原告ノ企業ハ函館水電株式會社ノ企業ニ比シ公益上必スシモ劣レルモノト云フヲ得ス從テ先願者タル原告ノ出願ヲ許可スヘキハ當然ナリ被告ハ當廳明治四十年第五十四號事件ノ判例ヲ援用スレトモ同判決ハ同一箇所ニ二者兩立スヘカラサル數願者アリテ其事業ノ目的之ヲ遂行スル資力等全ク同一ニシテ其間選擇ヲ加フヘキ何等事情ナキ場合ニ先願者ニ許可スルハ當然ナリト判示セルニ過キスシテ其間ニ差アルトキハ事情ニ依リ後願者ニ許可スヘキ旨ヲ判示シタルモノニ非サルカ故ニ之ヲ以テ前示説明ヲ覆ス先例ト爲スニ足ラス之ヲ要スルニ原告ノ出願ヲ排斥シタル被告ノ處分ハ違法タルヲ免レサルモノトス仍テ主文ノ如ク判決ス

大正十二年十一月二十九日行政裁判所第二部公延ニ於テ宣告ス

一 河川水利使用願許否に關し行政廳は果して自由裁量の權限なきや

本訴訟に於ける原告訴訟提起の理由中重要なる部分は「元來發電用水利使用のことたる縱令一私人の企業に係り直接公益上の施設にあらずとするも苟も一般經濟上に多大の關係を有する事業たる以上其の事業が公益に害なく而も法規上行政官廳に自由裁量の權限を與へられたる場合又は法規上許可すべからざる場合にあらざる限り當該官廳は之を許可せざるべからざること一般法たる河川法鑛業法等の精神に鑑み疑な

き所云々」とありて原告は本件出願許否に關する自由裁量の權限を與へたる明文なしと謂ふも

大正十年四月法律第四十二號國有財産法

第三條 國有財産に關する事務は各省大臣之を管理し云々

大正十一年六月内務省訓令第十號内務省所管國有財産取扱

規程

第二條 本規程に於て部局長と稱するは内務大臣官房會計

課長、土木出張所長、千住機械工場監督、土木試験

所長、衛生試驗所長、神宮大宮司、造神宮副司、明

治神宮造營局長、警察講習所長、營養研究所長、警

視總監、北海道廳長官及府縣知事を謂ふ

第三條 部局長は其の部局所管の國有財産に關する事務を

分掌すべし

第九條 部局長國有財産の使用若は收益を爲さしめんとす

るときは其事由を詳具し契約書案、隨意契約に依る

ものに付ては國有財産法施行令第二十二條の規定に

依る調書（土地又は建物にありては圖面共）を添付

し内務大臣に稟請すべし但し左に掲けたる事項は認

局長限り之を行ふべし

一 公共用財産の使用若は收益を爲さしむること

二公共財産の一時使用を爲さしむること

第十條公共用財産の用途の廢止は部局長之を行ふべし

とありて河川の公共用財産なることは明なるを以て（國有財産法第二條）河川水利使用願に對し行政廳は其の自由裁量による許否權を有すること誠に明白なりとす、然るに原告は只北海道廳令土木工事取締規則のみを見て自由裁量の明文なしと云ふは畢竟根本法たる國有財産法及内務省所管國有財産取扱規程を究めざるに因るものなりと雖も、行政裁判所判決理由の示すところ甚だ曖昧にして被告の抗辯あるに拘はらず、此の點に關し直接明示するところなく、只廳令土木工事取締規則第一條を以て「同條列擧の各號に抵觸せざる限り之を許すべき法意なり云々」と解せるにより之を見るに、或は被告に自由裁量の根本權限あるも廳令土木工事取締規則により自ら其の權限を制限せるものなりとせるものならんか、然れとも同取締規則第十條は文辭上明白なる如く出願に對する、許否權の限定規定にあらずして事後に於ける取消權に對する制限規定なり、由是觀之行政裁判所の所謂「同條列擧の各號に抵觸せざる限り之を許可すべき法意なり」とは行政廳の自由裁量權を認めたるにあらずして却て或は取締規則第十條により僅に裁量權を附與せられたるものと解せるものにあ

らざるか、些感を存す、果して然りとせば、其の根本に於て誤れること原告の謬見と同様なり。

二北海道廳令土木取締規則は果して第十條列擧の各號に抵觸せざる限り第十條に掲ぐる出願事項は之を許可すべき法意なりや

明治三十八年六月十三日 土木工事取締規則
北海道廳令第五十五號

第一條 官有土地水面に於て左に掲ぐる土木工事を施行せ

むとする者は特別の規定あるものを除く外當該行政廳に出願許可を受くべし其の之を變更若は除却せむとするとき亦同じ

一 水面埋立工事

二 軌道條例に依らざる軌道敷設工事

三 道路、棧橋、橋梁、物揚場並其の附帶工事

四 港灣、船入瀾、防波堤、埠頭、船渠、岩礁破碎並

其の附帶工事

五 水利、治水、堤防、護岸、砂防、運河並其の附帶工事

六 鐵、陶、木管其の他各種の樋管設置並其の附帶工事

七 溜池、用惡水路並其の附帶工事

八 其の他港灣、埠頭、河川、堤防、運河、用惡水路、

溜池及道路に固着し又は之を横過し若は地下及床

下に於て施設する工作物

第十條

左の各號の一に該當するものは當該行政廳に於て許可を取消し又は其の效力を停止し命令條件を増減變更し尙既設工作物並物件を除却改造又は原形に回復せしめ其の許可したる工事に依りて生ずる危害豫防の設備を爲さしめ若は代て之を執行し又は第三者をして之を執行せしむることあるべし

一 法律命令の結果に依り必要なとき

二 法律命令又は許可の條件に違背したるとき

三 交通、治水其の他行政廳に於て公益上障害あり又は

は障害の虞ありと認めたるとき

四 願書及其の附屬書類にして詐偽又は錯誤の事實ありたるとき

(イ) 規則第十條は事後に處する規定なり

北海道廳令土木工事取締規則第十條は明文示せるが如く許可處分後に於ける許可の「取消し」効力の停止「命令條件の増減變更」等を規定せるものなり、即ち事後に於ける取消權の制度をなせるものにして之を以て事前の許可權に對する限定と解するは不當なり、若し第十條の規定を缺如せんか、一日與へたる許可は後日第十條列舉の各號の如き事

由生ずることあるも、行政處分としては之を取消し、停止し又は變更する途を失ひ、公益の上にする土木工事取締規則は却て公益を害する結果となるを以て、特に第十條に於て既認可處分に對する取消其の他の制限を留保すると（學者によりては第十條一、二、四號の如き場合は取消を要せず當然無効なりとなすものあるも議論あり）同時に一旦與へられたる許可は既得權として充分之を尊重し第十條列舉事由以外は行政官廳の都合により濫に破壊せらるることなきを確保せるものなり

(ロ) 規則第十條各號は出願に對する不許可の場合の全部に
あらず

一旦與へられたる許可を取消する、が如き事由の其の許可以前に存在せし場合には出願の許可せらるべからざるは勿論なり、此の意味に於て取締規則第十條列舉の各號は豫め不許可の場合の一部を示すものなり（即ち許可の一部の制限）と雖も之を以て不許可の全部（即ち第一條に對する許可の消極的限定）を示すものと解するは否なり、換言すれば第一條の出願ありたる場合は當該行政廳は第十條列舉各號以外廣く出願事業の公益上經濟上の價值、資力、信用、設計其の他必要と認むる事項を充分調査し、其の自由なる

判斷を以て許否を決すべきものにして、決して其の自由裁量の範圍を列擧各號以内に限定せらるゝものにあらざるなり、要之一旦甲に與へたる許可は其の後甲の事業にして縦令公益的價値に著しき低下ありとするも又甲の資力、信用、

其の他に著しき變化を生ずることあるも若は後日如何に總ての點に於て優越したる競願者乙現はるゝことありとするも、第十條列擧の各號に牴觸せざる限り絶對に甲の前許可

を取消し又は變更を加ふることを得ざるものなりと雖も、第一條前願の當初に於ては、甲事業にして公益的價値少

く又は其の信用資力等事業遂行の見込なしとするときは之を不許可し乙の出願事業甲の出願事業に比し優越せりと認むるときは甲の出願事業假令第十條各號に牴觸せずとするも甲を排斥し乙に許可を與ふるは行政廳の自由なりと信ず

(ハ) 規則第十條は出願資格の消極的制限なり

規則第十條列擧の各號は行政官廳の取消權の制限なること前述の如し、之と同時に出願者側より之を看るときは規則第十條は其の出願資格の消極的制限と看做すことを得べし、少くとも規則第十條列擧各號に牴觸するものは出願の許可せられざるものなり、換言すれば規則第十條各號牴觸者は出願資格なきものなり。然れども、出願資格ある者と雖

も必しも全部許可せられざるべからざる理なし。採用者は一人なり、多數有資格出願中最適任者にして最優秀なる者より採擇せらるべきは論を俟たざるなり。

公有水面埋立法施行令第五條には明に「同一區域に亘る埋立出願にして免許すべきもの數件あるときは公益上及經濟上の價値最大なるものを免許すべし」云々とありて所謂規則第十條列擧の各號の牴觸せざる有資格埋立出願數件あるときは、その中に就き施行令第五條の明示するところに從

ひ許否を決すべきものなること明なり、廳令土木工事取締規則によれば絶對に許可さるべき先願者も公有水面埋立出願に付ては彼此選擇せらるゝこととなり、右土木工事取締規則は公有水面埋立工事に付ては適用せらるゝことなし、

即ち行政裁判所の解釋に従はんか、土木工事取締規則第一條中より第一號は第十條の關係上抹消又は除外せざるべからざることとなる、何故に土木工事取締規則第一條を此の如く區別せざるべからざる如く第十條を解釋せざるべからざるか了解に苦しむところなり、畢竟規則第十條は只出願資格の消極的制限に過ぎざるを知らざる結果此の如き矛盾又は困難に陥入れるものと信ず

(二) 規則第十條は先願權を保障せる規定にあらず

規則第十條列舉の各號に牴觸せざる限り第一條に掲ぐる出願事項は之を許可すべき法意なりと解するの誤れること前述の如し、之を強て行政裁判所判決理由に倣ひて説明すれば「北海道廳令土木工事取締規則は第十條列舉の各號に牴觸せざる限り第一條に掲ぐる出願事項は之を許可し得る法意なり」と解釋すべきなり、「許可し得」とは「許可すべし」にあらず、行政廳の自由意思に基き許可せんと欲すれば任意に許可し得と云ふ意に過ぎず、許可するとせざるとは行政廳の自由なり、規則第十條列舉の各號に牴觸せざる限り特に之を排斥せざる可からざる理由なきと共に、牴觸せざる資格者数人あるときは其の兩立の許されざる限り自ら其の間に選擇の必要を認めざるを得ざるべし、(公有水面埋立法施行令第五條参照) 例之兩立すべからざる競願者あり出願期日亦同一なるときは其の間如何にして許可せんとするや、既に其の間選擇の必要を認むる以上「許可すべし」と解釋するの矛盾あること説明を要せずして明なるべし、而して右選擇に當り何故出願期日の早きもの所謂先願者にのみ最優先権を與へざるべからざるや、「公益上の價值」「經濟上の價值」「資産の狀況」「信用の程度」「設計の確否」「出願期日」等皆均しく選擇に際し判定を助くる資料の一たる

のみ、就中「出願期日」のみ他に優越したる條件又は資料なりとなす必要又は理由何處にありや、鑛業權の如く特別の必要上明文を以て先願者に優先権を與へたるものは格別、近時の如き社會的經濟的考慮を重大視する時代に於ては、出願期日の前後の如きは他の條件に比し其の保護價値の寧ろ低下せるを思はざるべからず(公有水面埋立法施行令參照)

大正十一年四月
勅令第一九四號 公有水面埋立法施行令

第五條 同一區域に亘る埋立の出願にして免許し得べきもの數件あるときは、公益上及經濟上の價値最も大なるものを免許すべし

前項の事情に優劣なきときは先づ沿岸土地所有者の出願に係る埋立にして其の土地の利用に著しき關係あるもの、次に出願受理の日先なるものを免許すべし以下略

行政裁判所明治四十年第五十四號の事件判決に「同一ヶ所に二者兩立すべからざる競願者ありて、其の事業の目的之を遂行する資力等全く同一にして、其の間選擇を加ふべき何等事情なき以上は先願者に許可すべきは當然なり」とあり判例自ら示す如く「事業の目的」「遂行する資力」等全く同一にし

て只出願期日より外は何等其の間選擇を加ふべき事情なき場合
 合換言すれば出願期日のみが唯一の選擇標準となるべき場合
 には先願者に許可すべきは自明の理なると共に、出願期日以
 外兩者の間に「事業の目的」遂行資力」其の他に選擇を加ふ
 べき事情存在する以上は、必しも先願者に許可せざるべから
 ざるものにあらずと解釋するは正當にあらざるか、然るに行
 政裁判所は右判例を解し「其の間選擇を加ふべき何等事情な
 き場合に先願者に許可するは當然なりと判示せるに過ぎずし
 て、其の間に差あるときは事情に依り後願者に許可すべき旨
 を判示したるにあらざるが故に先例となすに足らず云々」と
 説明せるは些強辯の嫌なきにあらざるか、右は「後願者に許
 可すべし」との判示にあらざるも「必しも先願者に許可せざ
 るべからざるものにあらざらず」との意あるものと解するは果し
 て不都合なりや如何。

要之北海道廳令土木工事取締規則は第十條列擧の各號に抵
 觸せざる限り第一條に掲ぐる出願事項は之を許可すべき注意
 なりと解すべき何等の理由を發見する能はざるのみならず、
 文辭解釋よりするも、近時の法制の實際より見るも、亦行政
 裁判所自ら下せる判例より類推するも、行政廳は鑛業法等明
 文の制限なき限り第十條列擧の各號以外の事項に涉り當然審

査考慮し其の自由なる判斷を以て公益上適當と信する者に許
 可し支障なきものたるを疑はず。

三電力の一般供給と自家用に供すると其の間公益的 價值に差異を認め得ざるか

公益的價值を定むるに絶對的標準なき以上如此問題を截然
 と決定するの困難なはる勿論なり、例之非常に大規模の企業
 に使用する電力の自家用は、規模小にして僅かに一部落一字
 に止まる如き電力一般供給に比し其の公益的價值必しも劣れ
 りと稱することを得ざるべし、然れども茲に言はんとすると
 ころは企業の規模に於て大差なき場合に於ける兩者の比較な
 り此の場合は先づ社會的一般供給を以て自家用に比し其の公
 益的價值優越せるものと認むるを妥當とすべし、況んや資本
 金數百萬圓を投じ函館市及外數ヶ町村に對し一般電燈電力及
 一般交通の爲電車軌道輸送用に供する函館水電株式會社の一
 般電力供給の爲にする水力利用の價值が資本及收益に於て十
 分の一にも及ばざる小規模の天正硫黃株式會社の自家用電力
 供給の爲にする水力利用の價值に比し優れりとせる行政廳の
 認定は果して不當なりや、況んや函館水電株式會社の使用せ
 んとする水量及其の發電力(第一地點、第二地點)は、大正
 硫黃株式會社の使用せんとする水量及其の發電力(第一地點、

第二地點)に比し遙に大なるものにして、國有財産使用上の經濟的價値に於ても多大の相違あるに於ておや、然るに行政裁判所は單に「函館水電株式會社に許可するも之に依て生ずる電力は必しも一般多數の需要者に分配せらるべきものにあらざるのみならず……(中略)……函館水電株式會社に許可せるに因り生ずる電力を全部原告(大正疏黃株式會社)に供給する場合を假定すれば、原告の出願を許可し直接に原告の經營に委すると毫も徑庭あることなきを以て原告の企業は函館水電株式會社の企業に比し公益上必しも劣れるものと云ふを得ず、從て先願者たる原告の出願を許可すべきは當然なり」と判定せり如何に實情に迂遠なりとは云へ何たる奇抜の説明ぞや、電氣電力の一般供給とは社會多數の需要者に供給するものたるを意味するものにして必しも需要者各人平等の供給を意味するものにあらず、偶々一人若は一會社に對し比較的多量の動力を供給する事實ありとするも是單に一般供給上に於ける電力供給の配分方法に過ぎず、萬一其の供給方法にして配分の度を過り依之所謂一般供給の公益上障害を生じ又は障害を生ずる虞ある場合こそ規則第十條に依り許可行政廳に於て取消、制限、變更等適當の匡正を加ふべきものにしてか、る場合の假想せらるゝが故に公益的價値に差異なしとせるは

一般供給の性質論と業務執行上に於ける監督論とを混淆せるの論なり、此の如くんば竟に萬ての問題に付公益的價値の優劣を分つ能はざるべし次に又電氣電力の一般供給と家用との公益的價値は國家の之を保護する程度如何によりても之を窺ふを得べし、即ち一般供給の如き公共的の場合之に要する土地の收用權をも認められざるに(土地收用法第一條、第二條參照)其の家用なるものに付ては絶對に土地收用の權を認められざるなり、如此國家的保護に厚薄あるは一般供給の公益的價値家用に比し優れるものたるを認むるが故なりと謂ふべし、又大正八年六月九日內務省土木局長及逓信省電氣局長通牒に於て電氣事業法に依る電氣事業にして其の出願計劃の大規模なるものと其の他の家用發電水力事業との競願に付ては、可成供給事業者に許可すべしとせり、其の主旨とすると電氣事業法に依る電氣電力の一般供給は家用發電水力事業に比し其の公益的價値大なりと看做せるが故に外ならざるべし

大正八年六月九日電監第三、〇三二號

土木局長
電氣局長

地方長官宛

第三項 電氣事業法に依る電氣事業又は其の事業者を電氣の供給を爲す事業にして其の出願に係る計劃の大規模なるものと其の他の自家用發電水力事業との競願に付ては可成供給業者に許可すること但し左の場合はこの限に在らず

(一) 供給事業者の木の利用方法不經濟なるとき

(二) 供給事業者が充分他に電力を發生すべき地點の許可を受け其の工事成功の時期及電力需給の狀況等に鑑み新水力地點の許可を必要とせずと認むるとき

(三) 其の他特殊の事由あるとき

大正八年二月 電氣事業法の準用を受けたる事業に對し土地收用土木局長通牒 法適用に關する件

明治四十四年勅令第二百三十七號に依り電氣事業法の準用認定を受けたる事業に對し往々土地收用法により土地を收用又は使用し得るものとして事業認定申請書御進達の際も有之候處右準用認定は單に當該事業に付電氣事業法の準用を許すに止まり之を土地收用法の適用を許すへき事業とする議には無之候條御了知相成度爲念及通牒候也

右土木、電氣兩局長通牒の主旨に従ふも、函館水電株式會社は其の計劃大規模にして電氣事業法に依る電氣事業者なり、反之原告たる大正硫黃株式會社は硫黃精煉に要する自家

用發電水力事業にして規模も函館水電株式會社に比し小にして又但書に該當する如き何等の事情も存在せず、故に此の場合に於ては當然函館水電株式會社の出願に對し許可を與ふべきものにして、若し反之行政裁判所判決の如く大正硫黃株式會社の出願に對し許可を與へんか監督官廳の主旨方針に反するの結果監督官廳の職權を以て其の許可を取消さるべきものと信ず、況んや理論上に於ても取消の正當なるに於ておや。

行政裁判所は曩に「北海道廳令土木工事取締規則は第一條に掲ぐる原告出願の事業は第十條列舉の各號に抵觸せざる限り之を許可すべき法意なり」とせる以上何故に公益上の價値の比較論に耳を傾くるの必要ありや「原告の企業は函館水電株式會社の企業に比し公益上、必しも劣れるものと云ふことを得ず從て先願者たる原告の出願を許可せざるべからず」と稱し、寧ろ公益上の價値の優劣が出願期日と同等以上に必要なる條件たるが如き説明を與ふる必要何處にありや、第十條には消極的に「公益上障害あり又は障害の虞ありと認むるとき」とあり之に抵觸せざる以上積極的に公益上何れか有利なるやを決することは更に其の間ふところにあらざるべきなり、然るに殊更奇抜の論を爲し大正硫黃株式會社の事業の函館水電株式會社の企業に比し公益的に劣らざることを主張す

るが如きは心中自ら行政廳の許可が積極的に公益上の價值如何により決せらるゝことの不當にあらざることを是認するものにあらずして何ぞや、既に心中公益的價値の優劣が許否を決定する一標準たるを認むる以上何故進んで出願者の資力、企業の確否、設計の善惡等が許否の一標準たることを認諾せざるや了解に苦しむところなり

四 行政廳は不適當なる出願設計に對しては常に訂正條件を附し許可せざるべからざるか

行政裁判所は其の判決理由に於て「原告の工事設計に不適當の點ありとするも之に付ては許可の際必要な條件を附し得ること前示第十條の規定に徴し明白なるを以て許可の支障となるべきものにあらず而して原告の出願が第十條の各號に抵觸せざることは當事者間争なき所なるを以て其の出願を許可すべきこと勿論なり」と云ふも、設計の適否が行政廳の許否を決する必要な要件の一たること前述せるところの如し、設計にしてよく實地に適合し工法亦確實安全なるに於て初めて優良なる工事設計と稱するを得るなり、行政廳は出願者の工事設計を審査するものにして出願により行政廳が工事設計の任務を負ふものにあらず、出願許可には其の提出設計の適切なるを要するは勿論にして明白なる錯誤微細なる誤謬

の如きは便宜行政廳にて許可の際之を訂正し又は事項を指示して出願者をして訂正せしめ或は訂正するの條件を附して許可を與ふること多く見るところなるも、これ事務簡捷の趣旨により徒に照會往復の繁を省くが爲の便宜に出づ、法規上の行政官廳の必須事項にあらざるなり、反之判決理由示すが如く行政廳は凡ての工事設計の不適當なるものに付ては之を適當に更正せしめ之を許可すべきものなりとせば、苟も理論上絶対不可能ならざる限り如何なる工事設計にても必ず許可せざるべからざる者たると共に行政廳は凡ての要許可工事の設計請負所となるべし。天下豈如此理あらんや、設計は出願者の工事設計たること、此の工事設計の良否が出願許否の必要な要件の一たるを思はゞ判決理由の示すが如き説明をなし得ざるものと信ず、況んや訂正の條件を附し得るが故に許可の支障となるべきものにあらずと云ふが如きは設計が出願許否上必要な要件たることを無視せる謬論なりと言はざるべからず

冒頭表示せる如く函館水電株式會社の出願工事設計のよく實地に適合し工法亦適切安全にして其の使用水量發電力等の關係に於ても優良なる設計たるに反し、大正硫黃株式會社の工事設計は杜撰なる机上設計に止まり何等實地と適合せず其

の重要な點に於て設計上の誤謬多きを以て到底其の儘工事を執行するに堪へざるものなり、如此設計に對しても行政廳に於ては一々多くの年月と多額の經費とを投じ（函館水電株式會社にては其の設計調査に數千圓の實費を要せり）て其の出願設計を訂正許可せざるべからずとせば而して若し如此判決理由の天下に周知せらるゝに至らんか、最初より企業の意思なき所謂權利賣買を業とする徒擧つて各地到る所の千百の河川に對し訂正を豫期して机上の想像的水利出願をなすに至るべく、終には眞摯なる企業の發達を阻害し延て國家社會の經濟的發達に大障礙を招致することゝなるべし、如此は豈國有財産管理の精神ならんや

五 行政裁判所は公益的價値を定むる行政廳の認定に對し批判を與ふる權限ありや

行政廳の裁量にして法規裁量に屬する場合に於ては行政裁判所は行政廳の裁量の果して法規に違はざるや否やを審理する權限あるは明なりと雖も、如此法規裁量に屬せざる限り其の公益的なる否と又其の公益的價値の大小比較の認定は全く行政廳の權限に屬し、萬一其の行政廳の認定にして不當なるものなりとせば監督權ある上級行政廳に於て之が取消又は更正を命ぜべきものにして行政裁判所に於ては行政廳の認定に

對し何等批判を加ふべき權限なきものと信ず、然るに今回の判決理由の示すところを見るに行政廳に於ては函館水電株式會社の出願水利事業の價値大正硫黃定式會社の出願水利事業の價値に比し公益上優れたるものなりと認定し従て函館水電株式會社の出願を許可すべきものなりとの決定に對し兩者其の公益的價値に優劣なし従て先願者たる大正硫黃株式會社の出願を許可すべきものなりとせるは、明に此の行政廳の公益認定權を無視せる權限外の判決なりと思料す況んや其の行政裁判所の公益的價値の認定の誤なるに於ておや

六 北海道廳は何故後願者たる函館水電株式會社の出願を許可したるか

行政廳の河川水利使用出願に對し自由裁量による許否權を有せること前述の如く廳令土木工事取締規則第十條の意義に關し行政裁判所の解釋の誤謬なること亦論述せるところの如し、茲に於て北海道廳は國有財産法、内務省所管國有財産取扱規程及廳令土木工事取締規則の主旨により左の諸點に於て函館水電株式會社の出願を以て優れるものと認め之を許可したるものなり

(1) 函館水電株式會社の出願は電燈電力の一般供給並公衆交通の爲にする軌道輸送用なるを以て大正硫黃株式會社の出願

が硫黄精煉の爲にする自家用たるに比し公益上の價值大なり
(土木局長電氣局長、通牒參照)

(2) 函館水電株式會社の事業は地元市町村民に對する利害關係直接にして現在及將來に於て益々電力の不足を訴ふる場合なるに反し大正硫黄株式會社の事業は單に小數なる株主の利害關係に止まり地元市町村民の利害に直接の關係なし所在地市町村の公益に直接大關係を有する函館水電株式會社の出願は公共的に急務なり

(3) 函館水電株式會社と大正硫黄株式會社との企業の現況を比較するに出願の水利使用の經濟的價值に相違あり

(4) 函館水電株式會社の水利使用出願地點は其の取入口は自己所有地内にあり其の水路は自己が鑛業權を有する地上なるに反し大正硫黄株式會社の水利使用出願地點は凡て他人所有地内にかゝり而も其の取入口は函館水電株式會社の所有地附近にして其の水路も函館水電株式會社の鑛業權を有する土地と重複する箇所多し即ち土地利用に關する關係は函館水電株式會社の方關係深し(公有水面埋立の場合には施行令第五條に於て土地所有者の出願の權利を尊重しあり)

(5) 資力の點に於て函館水電株式會社は大正硫黄株式會社に比し著しき相違あり從て函館水電株式會社の出願は企業確實

なり

(6) 設計の内容に於て函館水電株式會社の出願設計はよく實地に適合し工法亦適切安全にして使用水量發電力よりするも優良なる設計なるに反し大正硫黄株式會社の出願設計は所謂机上設計にして實地に適合せず工法亦不合理の點多く其の儘實施不可能なるのみならず使用水量發電力に於ても函館水電に劣る

以上の如き理由により函館水電株式會社の出願が出願期日を除きては凡ての點に於て大正硫黄株式會社の出願に比し優秀なること明白なりと信するを以て、其の自由裁量により函館水電株式會社に許可を與ふべきものなりと認定せり。

然れども河川等の水の使用處分に就ては其の水力百馬力以上のもは事公益に關係すること重大なるを以て地方長官は其の許否に際し特に遞信大臣の認可を受くるを要するものなり從て今回の處分に當つては其の許可處分前に於て豫め詳細各般の關係を調査せる調査書を添へ特に主務省へ稟伺の上函館水電株式會社の出願に對し許可を與へしものなり即ち主務省に於ても今回の許可處分の適當なることを認可せられたるものなり如此重大慎重を要する行政處分なるに拘はらず行政裁判断所に於ては前掲各種の事情につき何等考慮を拂ふ事なく只

單に先願者なりとの理由の下に其の權限を超え行政廳の自由裁量權を無視せる判決を見たる事寔に遺憾に堪へざるなり。

水底道路に就て

内務技師 佐藤利恭

道路と云へば直に地表にある普通の道路のみを連想するけれども、道路は世を文明に導く先驅である、良好の道路は眞直で且つ平坦でなければならぬ之が爲めには山を削り谷を埋め曲りを直にせねばならぬ、かくてこそ人も馬も勞少なくして大なる利益を得民富み國榮える基となるのである」と誠に驚くべき卓見と云はねばならぬ、今日と雖も此の豫言者の提言は動かし事の出來ぬ道路築造上の原則の一なる事は何人も否む可からぬ。けれども斯る河底道路は世界に於て未だ甚だ其の例が少ないし我國には皆無の情態であるから一寸奇異の感を懐く者もあるかも知れぬ。

道路路線の設定法及其の構造は之を利用する交通用具の變遷發達に伴つて所と時代とに依り差異あるは當然であるが然し之が原則は恰も道理に二途なきが如く決して變化するものではない。大凡二十年前西洋の某著名なる豫言者曰く「良好

最少の費用を投じ最大の効果を收むる計畫を建つるのが吾人技術家の責務であると共に吾人技術家にして初めて實行し得べき特權である、此の意味に於ては某豫言者の主張は必要なる提言の一たるを失はずと雖も未だ充分なるものとは言ひ難い即ち經濟上に就ての考慮を拂はなかつたのが一大缺點で