

私設公道論

田中君の批評の一部に答ふ

武井群嗣

私は昨年の本誌第二號に道路法中改正私論を試みて (一)私設公道に關する規定を設くること (二)路線認定の意義を明確ならしむること (三)道路の使用に關する規定を整備すること (四)地元工事、地元負擔の原則を認むることの四點を擧げ、其の必要なる所以を略述した所、早速其の翌月號に於て路政の權威者たる畏友田中好君から懇切なる批評を辱うした。斯論詳細に亘り啓發された點の妙から存するを感謝するが、不幸にして未だ氏の論旨に賛意を表し難い點も無い譯ではない。而して斯かる結果を招來した原因の一は私の用語正確な缺き表現拙劣を極め論旨徹底せざるに在り、と考へるので、心中大に恐縮しつゝ之が釋明の機會を待ち、而かも能ふべく、氏は同年第八號に於て其の蘊蓄を傾けたる路政の研究を發表し、道路政策の理論に出發して其の對照物に及び、公果せるの別を明にして私道の公道化を論じ、進入で自動車道の考察を試みられてゐる。而して氏の研究は是から益々深淵に赴くものと信じ、又それを期待するが、不幸にして未だ其の續きを拜見しない間に昭和六年を迎へればならぬ。是れ全く氏の熟掌せらるる公務の極めて多端なるの致す所であつて、事情寔に已むを得ぬことと思ふが、幸にして前の「批評」と後の「研究」とに依り氏の懐いて居られる私道論の輪廓が略々明瞭となつたので、私は先づ道路法中改正私論の第一項に掲げたる私設公道論に對して氏の與へたる批評に答へようと思ふ。昨年三月に戴いた批評に對し、歳を越してからお答へするの怠慢は甚しく禮を失した仕業であるが、それには斯様な事情もあつたことと御諒察を願ひたいのである。

れるからである。

本論に入るに先立ち、此の機會に於て私は、私が嘗て公にしたる「國の爲すべき土木事務の限界」に對し氏の加へられたる批評にお答へせねばならぬ。蓋し、氏は私の道路法中改正私論に對する論難の筆を先づ此の點に發して居ら

私は現行道路法が總ての道路を以て國の營造物と爲し其の經營を國政事務なりと定むる見解に對して多大の疑問を懷き、寧ろ道路行政は截然之を二分して國の行政に屬するものと公共團體の行政に屬するものと爲し、主として地方的利害關係に立つ道路は之を地方公共團體の營造物とし

て専ら公共團體をして之が管理經營の任に當らしむべく、之と共に其の性質上國の行政として存立せしむることを要し又は之を便宜とするものは、名實共に國の營造物たる本質に背かざる管理經營の方途を講ずるのが至當である」と述べ、之を具體的に言へば、國道指定府縣道の如きは所謂國の重要幹線であるから之を國の營造物と爲し國家的見地に基きて管理經營すべきも、一般府縣道以下市道町村道の如き地方道路の管理經營に至りては之を地方公共團體の自治に任せて然るべきものであると主張した。

然るに氏は之に對し「道路行政の目的とする所は一般公共交通の利便に供する爲に道路を設備し交通を規律するに在るのであるから、其の當然の結果として道路施設は一方の利害關係にのみ拘泥せず廣く國家的見地に於て施設を要する營造物たる性質を具備す」と前提して「道路の效用全く地方的たるに止まるものも、夫れは唯だ現時の一現象たるに過ぎないのであつて、夫れを根據として道路の性質を察せず路政の一部を公共團體の行政たらしむることは、

營造物主體決定の根本理由に適合しない」と非難され、更に道路の効用の點から考察して「道路所在地を統轄する公共團體の住民のみが其の道路を利用すると云ふ概念乃至實情は漸次薄らぎつゝある又薄らが無ければならぬことに徴するときは、道路を府縣若は市町村住民の公共事務處理の手段として行政することは許すべきでない」と斷言して居られる。

○

然しながら、道路行政の目的とする所が一般交通の用に供する道路を設備するに在るとしても、「其の當然の結果として」道路は國家的見地に於て施設を要する營造物たる性質を具備すと斷言することは聊か早計ではあるまいか。思ふに、「一般交通の用に供する」と謂ふことは道路の有する普遍的觀念であつて、唯それらは「誰でも通らせる」と謂ふことを意味するに過ぎない。従つて、斯かる性質を有する各個具體的の道路を如何に按排整理して一般交通の需要に應すべきやは偏に道路行政の考慮すべき所であつて、其の

交通機關たるの性質に鑑み各般の道路が脈絡相通するの
 は洵に望まじきことであり又區々たる一地方の利害關係に
 のみ拘泥すべからざるは固より其の所であるけれども、さ
 ればとて總ての道路を悉く國家的見地に基いて施設經營せ
 ねばならぬと云ふ筈は無からう。之を譬へば、地方鐵道又
 は軌道の如きは等しく一般交通の用に供する設備であるが
 其の目的とする所は専ら地方交通の需要に應ぜんとするも
 のに外ならず、何人と雖之を國家的見地に於て經營せしめ
 なければならぬと考へるものはあるまい。果して然らば、
 道路と道路行政とは各其の性質を異にするものなることに
 注意せねばならぬ。

凡そ交通機關には其の性質、形態又は效用の點より觀て
 主として國家的交通の爲にするもの、外に主として地方的
 交通の爲にするもの、存することは疑を容れざる所であつ
 て、鐵道に地方鐵道なるもの、存在するが如く、等しく道
 路であつても國道の外に府縣道と呼び市道町村道と謂はる
 名稱區別の存する事實を見て其の然る所以を察知すべ

きであらう。然るに氏は之に對し「夫れは唯現時の一現象
 たるに過ぎないのであつて、夫れを根據として道路の性質
 を察せずして路政の一部を公共團體の行政たらしむることは
 營造物主體決定の根本理由に適合しない」と論難されるが
 斯かる現象こそ寧ろ營造物主體決定の理由となるのではあ
 るまいか。

抑々營造物の主體なるものを定むることは法上如何なる
 意味を有するかを考ふに、是れ全く其の營造物に關する行
 政を當然に行ひ得る者の何たるかを定むるが爲に必要なの
 である。蓋し、當然に或る營造物に關する行政を行ひ得る
 ものは理論上其の設備を公共の利用に供したる者であつて
 其の他の者に於ては別に法に依つて認めらるゝに非ざれば
 其の營造物に關する行政を行ふことを得ないからである。
 果して然らば、主として地方的交通の用に供せらるゝ叙上
 の道路を其の設備の存する地方公共團體の營造物と爲すこ
 とは、之に要する費用の負擔關係と相俟つて理論上正當な
 るのみならず、極めて實際に適合する措置であらう。誰か

一小都市内の交通を國家的見地に於て規律すべしと考へ、農漁山村の小徑を國の營造物なりと觀念し、以て國家の施設經營に一任し然るべきものと思惟する者があらう。

氏は又「道路所在地を統轄する公共團體の住民のみが其の道路を利用すると云ふ概念乃至實情は漸次薄らぐ」と論じて居られるが、地方道路を地方公共團體の營造物たらしめんとすることは決して其の道路を該公共團體の住民のみの使用に供せしむることを意味するものではない。蓋し、住民は其の屬する公共團體の營造物を共用するの權利を有するが、さればとて其の營造物は決して住民以外の使用を拒むものではないのである。従つて、「住民のみが利用する道路」と云ふが如き觀念は營造物の理論に反するのみならず、氏の高調せらるゝ一般交通の用に供する「道路の性質」にも矛盾するであらう。

○
次に私が路政の一部を公共團體の事務に移管するとして、それは同時に國家の之に對する監督權の離脱を意味す

るものでなく、適當なる助成策を講ずることも亦決して之を拒否するものに非ざる旨を述べたのに對し、氏は「夫れは監督權の亂用乃至は自主權の輕視であつて此説は理論上に矛盾あるもの」と難じて居られる。然しながら、公共團體の處理すべき事務が法律勅令に依りて與へらるべきことは言を俟たぬ所であつて、所謂自治が放任に非ざる以上、國家が法令を以て其の行政を監督し乃至は之を左右することとは、假令不當の問題は起り得るとしても其處に何等理論上の矛盾はあるまいと思ふ。然るに、之を矛盾なりと非難するのは、苟も道路と名のつくものは總て之を國家に於て施設することを要すと考へるか然らざれば自治は官の監督をも排除すと爲す思想の上に立てるが爲ではあるまいか。

○
最後に私が「假令道路と云ふ道路を悉く國の營造物と爲し國の行政廳をして管理せしめても、現行法制々度に於て之が實效を擧ぐることは、之に要する費用の負擔關係上、頗る困難である」と述べたるに對し、氏は極めて簡單に「斯

く言ふ理由を發見することが出来ない、と片付けて居られるが、其の根據は「道路の主體を國にするか公共團體にするか」と言ふ問題と費用負擔の問題とは餘り關係のない問題である」と言はれる所に存するのであらう。勿論、營造物の主體と之に要する費用の負擔者とは必ずしも一致することを要するものに非ざるは現代營造物理論の教ふる所である。然し、氏の言はるゝ如く兩者の間は「何等干渉なき」ものでなく、又「餘り關係のない問題」ではなからう。

思ふに、理論上に於ては管理者が是と信ずる道路の管理行為に要する費用は必ず其の統轄する公共團體をして之を負擔せしめ、又法制上に於ては之が支出を強制することを得るであらうが、實際に於ける行政の運用に在りては、斯く單純に事務を處理することを許されず必ずや該公共團體の意思に従ふことを餘儀なくされるであらう。而して斯の如きは、道路を國の營造物と定めたる主旨に悖ること實に甚しと謂はねばなるまい。又市町村會等に於て自ら費用を負擔する市町村道の占用許可其の他道路の管理に關する議

決を爲すことは往々にして見らるゝ實例であるが、斯かる場合に右は無權限の決議なりとして之を取消させても、其處に何等の實益をも見出さないであらう。果して然らば、總ての道路を國の營造物と爲すの主義は、之に要する凡ての費用を公共團體の負擔と爲す限り、到底貫徹し得るものでなく、又其の必要もないことであらう。

私は以上述べたる理由に依り、田中君の懇篤なる指導と教示あるにも拘らず尙自説を維持し、主として地方交通の需要に應ずべき道路の事務は之を公共團體に移管し、此の範圍に於て國家は若干の後退を爲すと共に、國の營造物として存立せしむることを要する道路に關しては國家は更に數歩の進出を試み、其の管理經營を國家的見地に於て爲すは勿論之に要する費用の如きは須らく國庫之を負擔するを原則とすべく、約言すれば國の爲すべき道路事務には一定の限界を設くべしと主張するものである。

私は道路法中改正私論の第一項として私設公道に關する規定を設くべきことを主張し「我が國路政の實際に於ては等しく一般交通の用に供する道路でありながら全く道路法の支配外に屬して而かも何等依るべき法規なく専ら私人の管理經營に放任されるものが尠くない。然るに國の行政廳が施設經營する道路の如きは假令之を放任するも大局に於て支障はないか、營利會社や私人の施設する道路こそ特に之を指導するの見地に於て規律統制するの必要」ある旨を力説し、次に今日私道として現存するものゝ實際を調べ、所謂自動車専用道路も亦私道の一種なりと斷じ「然らば私道に關する制度を如何に定むべきや」に就ては「私道と雖公道と共に之を同一法典に規定することを妨ぐるものではない」と前提し、私道に關する立法の要綱としては、其の昔第十回帝國議會に提出されたる公共道路法案に於ける私設公道に關する規定の要領を其の參考として掲げ、同法案の後身たる現行道路法が故らに右の規定を除外したのを惜んだ所、之に對し田中君から數々の批評があつた。

今それを拜見するに、氏は「私も國家が須く私道對策を講ずべき必要あることを痛感する一人である」と言明して居られるので、私道に關する法規を整備せんとする私の根本思想を是認された點に對しては先づ深甚の謝意を表して置きたい。然しながら、氏は「併し現行道路法が私道に付言及し無かつたことを、夫れ程に非難する者ではない」と述べ「公道私道を同一法典に規定することを躊躇する」と言はれてゐる點から察すると、私道に關しては特別の立法を爲さんとするものゝ如く、就中自動車専用道路に付ては「其の性質上企業形態として特別の立法を必要とする」旨を明にして居られるから、結局私の主張との相異は其の立法の形式に於て之を見るものと考へる。尤も、私の私道觀なるものも未だ確定してゐる譯ではなく、前稿に於ても唯その參考として公共道路法案の要領を紹介したに止まる程度なのであるから、氏の私道觀との差異は或は其の内容に迄も及ぶかも知れない。

筆を進めるに當つて一言お断りして置きたいことは、私

の所謂私道なるものゝ概念である。私は私設道路にして一般交通の用に供せらるゝものを指して私道と呼ばんとしてゐる。即ち私道とは私設公道の略稱に外ならない。思ふに一般交通の用に供する公設道路に付ては現行道路法の規定がある。尤も、公設公道と雖行政廳の認定がなければ道路法に所謂道路とならないことは勿論であるが、之れに對しては同法制定當時以來の方針の勵行と法第五十三條の運用とに依りて之を認定せしむれば足りる。又私設道路であつても特定人の交通の用に供するものは純然たる私道即ち私設私道であつて、是は交通政策の對象外に置かるべきものである。果して然らば、私の所謂私道對策として取扱はれんと欲するものは、右の私設公道であつて而かも是以外には無いのである。従つて、氏が「私道法以外にも亦私道の存在することを許さなければならぬ」と述べられた點は、私の解する所に依れば全然無意味なのである。蓋し、私は私道法以外に私道の存在することを許さざる立法を爲さん

と念するのであるから。

氏は私道對象を交通政策の見地に於て樹立することを力説された。私も此の説には全然同感であるのみならず、寧ろ一般道路政策を此の見地に於て樹立せんと欲するものであつて、嘗て菊池愼三氏が「道路を交通機關として觀察するのは當を得て居らない」と主張せらるゝ點に對し夙に異論を述べて置いた。而かもそれは前稿道路法中改正私論の中に收めてあるに拘らず田中君は私も亦菊池氏の説に賛同するものと解するが如き感想を漏らされてゐるので、茲に其の然らざる所以を一言して置く。夫は兎に角、私は氏の所説に對して解し難きを覺ゆるものがある。即ち何故に氏は「交通政策上の見地のみからする道路觀」を私道對策に於てのみ採用し、之を一般公道に及ぼさないのであるか。氏は「現行法の目的とする所は所謂公物たる道路であつて、假令私道が公共性を有するにしても、私物たる道路を同一に規律することは法の大系を亂る」と述べて居られる。慥かに現行法は公物法である。公物法であるが故に私物た

る私道を同法中に規律することを躊躇したのであらう。而して氏は現行法の此態度を無條件に養成して居られるが、若し氏の採らせる交通政策上の見地のみからする道路觀に従へば、寧ろ公物たると私物たるとを問はず苟も一般交通の用に供する道路なるに於ては、交通政策上の見地に於て之を同一法中に規律すべきが當然ではなからうか。固より私は、氏が現行法の制定に際し拂はれたる苦心と努力とを無視するものではない。又公物法たる道路法を一概に非難せんとするものでもない。唯私は、交通政策上よりする道路觀が何故に一般公道上に存立し難いのか、又假令私道政策を樹立するにしても現行道路法を改正せず、特別法を制定することが「理論上又は行政上當然である」とするのは何故であるかを知りたい。「現行法は所謂公物法であるから」と謂ふ説明だけでは聊か物足りない感があるのである。

○

最後に私は、所謂自動車専用道路も亦私道の一つであるから、公共道路法案に於ける如く私設公道を二種に分ち、

其の使用料を徴收するものを第一種とし、之を徴收せざるものを第二種と爲すに於ては、自動車専用道路の如きも右の第一種に包含せらるべきものなる旨を述べたが、之に就ては私自ら「道路無償使用主義の大原則を破り所謂買取道路の昔に逆轉する結果を招來する」と反對され、又既に自動車道法案なるものを存し而かも現在明治四年太政官布告第六四八號の律する所となつてゐるのであるから「今強いて是等の私道までも道路法中に網羅すべし」と主張するのは、却て極端に起り實際を顧みざる議論である」と非難されることを覺悟して居た。果せる哉、田中君から特別の立法を必要とする意見を聞いたので、私は格別之を意外とも考へないのみならず、寧ろ氏の提示せらるる意見に對しては深甚の敬意を表するものである。が然し、私が斯かる提案を試みるに至つた動機に付ては此の際一言することを許されたいのである。

私は道路法制定の際、明治四年太政官布告第六四八號は道路法に依る道路に之を適用せざる旨の規定を設けること

なく、却て該布告の主旨を採擇したる規定を爲し置くべきであつたと思ふ。若し同法中に斯かる規定の一箇條があつたならば、今日存在すと噂される醜き官場の權限争議などは起り得る餘地なく、自動車専用道路に關する規定の如きは右の法條に基く命令として既に樂に之が發布を見たであらう。大正十五年に出來上つた自動車道法案が今以て法律と爲り得ない原因の半面には斯かる事情の存することも考へぬばなるまい。私設公道に關する規定を道路法中に容れなかつた爲に、明治四年の太政官布告を活用するの餘儀なきに至り、之を運用して自動車専用道路を取扱つた爲に「時代錯誤も甚しい」などとあらぬ非難の聲を聞かざるを得なくなつたのである。貨取橋梁の制度を公認したる道路法は何故に貨取道路の制度を拒否するのであらう。私は、晩近米國の路政界に貨取道路の論議が行はれるから、それを眞似て兎角の議論を弄ばんとするのではない。私が「私設公道に關する限り公共道路法案の昔に歸ることを切望せざるを得ない」のは、叙上の事情に顧みての事であることを御

諒察願ひ度いのである。

三

現行道路法は所謂公物法であるが、道路政策上それで完全無缺なりと考へる者ならばいざ知らず、苟も私道に關する法制の完備を必要と信ずる者は、道路法を改正して之が規定を新設するか然らざれば私道に關する特別法を制定するの途に出づるの外はあるまい。而して私は道路法施行十周年に際し敢て同法の改正を提議したのであるから、勢ひ前者の手段に出でんことを主張し「道路法を改めて總ての公共道路に適用するの主義を採るに於ては私道と雖公道と共に之を同一法典に規定することを妨ぐるものではあるまい」との前提に於て、若干の私論を試みた次第である。従つて私は、丹羽七郎氏が其の著「道路法」に於て「私道に關しては別個の立法を必要とする」と主張されたのに賛成される田中君の意見を「夫れ程に非難する者ではない」のみならず、今日に於ては、私道の制を道路法中に收むると

否とは「夫れは枝葉の問題である」とさへ思つてゐる。蓋し、要は私設公道に關する法規の整備に在るからである。依つて、此の見地に於て更に私の所謂私道に關する若干の考察を試みることにしよう。

私は前稿に於て「私道に關する立法の要綱を示さねばならぬ」結論に立至つたとき、未だ確乎たる思慮の定まらざる故を以て、唯其の參考として公共道路法案に於ける私設公道に關する規定の要領を記すに止めた。其の爲に、右法案に所謂認定なる用語の意義に關し私の豫想せざる解釋論を生じ、それが却て公道私道を同一法典に規定するの不可なることを理由づける結果を招來したことを甚だ遺憾に思ふ。而して、今日に於ても尙私の私道觀は確定の域に達しては居らぬが、氏が「私道政策に關して基本的に考察せねばならぬ問題は私道が土地の権利者の權利行爲として開設せらるゝことである、言はゞ土地の権利者が固有の權能に基いてする自由を如何なる理由に依つて禁止制限すべきかの問題である」と前提し、それは「土地使用の方途が公衆

の利害に影響するから交通政策の見地に於て、自由を拘束するの必要を生じて來るのである」と述べられた點に對しては、全然賛意を表するものである。蓋し、私の所謂私道には特定人の爲に開設したる道路を包含せしめざること既に述ぶるが如くであるから。

○

私道に關する現行制度に就ては田中君の「路政の研究」中に詳かなるものがあるから、茲に私が改めて叙述を試みる必要はあるまい。而して現在に於ては、地方長官の權限に基いて發する土木工事の取締に關する府縣令を以て、私道の開設、改築、廢止等の行爲を取締りつゝある筈であるが、之を其の實際に就て見るに、滋賀縣令又は岐阜縣令の如く「公共の用に供する道路」又は「公共の利害に關する道路」の新築、改築又は廢止に付ては知事の許可を受けしむと定むるものあり、或は茨城縣令の如く私有地に施設する以外の道路橋梁に付許可を要すと定むるものもあるが、多くの府縣令に於ては唯「道路」の新築、改築又は廢止に

付知事の許可を要する旨を定むるに止め(大阪、京都、神奈川、兵庫、島根、宮城、岩手、徳島、香川)、甚しきに至りては之に關する何

等の規定をも設けざるものが尠くない(例之、埼玉、千葉、長野、新潟、福井、鳥取)

熊本、沖繩、群馬)。是れ蓋し、現行根本制度の徹底を缺けるに因る

のであるが、「吾人の生活は此制度を以て満足す」べきに非ざること及現在私道開設の實際に於て弊害又は缺陷の尠からず存することは田中君の示された通りである。

依つて私は、私道に關する根本法制を確立し、交通政策の見地に於て之を規律統制すべく、従つて一般交通の用に供する道路を開設せんとする者は地方長官の許可を受けしめ、其の構造及維持管理に付ても亦適當なる監督取締を爲すべきものと考へる。而して公共道路法案に所謂私設公道は「私設道路にして公衆交通の用に供するものと認定したる道路」を指すものであつて、認定なる用語の意味に多大の疑義を存するけれども、其の大體に於ける思想は右の主旨に反せざるものと思はれる。蓋し、斯かる私設公道と雖其の管理は依然として之を開設したる私人をして爲さしむ

るのであつて、右に所謂認定に依りて私物が變じて公物と爲るものとは解せざるものゝ如くであるからである。

○

私道の維持管理を其の經營者の義務たらしむることは當然の儀である。然しながら、之に對しては異論を存し、田中君は「此の如き政策を採るときは私人は遂に私道を開設するに至らずして却て私道防止策に陥るのは當然である」と説き、故に吾人は私道の政策として夫れを開設した者をして維持管理を爲さしめ、公共團體は維持修繕に要する費用を負擔し、之に代るに公共團體に維持修繕の命令權を保有せしむるのが最も妥當な政策であると主張されてゐる。

至極實際に適した政策のやうであるが、不幸にして私は之に對し若干の疑問を懷かざるを得ない。

思ふに、私道開設者は其の動機如何に拘らず、苟くも一般交通の用に供する設備を經營するの許可を得た以上、之が維持管理を其の義務として爲すべきは當然であつて、若し其の經濟状態と利用効果とに於て交通政策の見地上保

護助成するの必要あらは、該私道所在地の公共團體をして其の費用の一部を補助せしむるか又は一定期間を限りて該私道の通行者より一定の料金を徴收することを許可するの策を採るべきであらう。若し然らずして、私道の維持修繕に要する費用を公共團體の負擔たらしむるに於ては、却つて私道濫設の結果を招來するに至るべきは想像に難からざるのみならず、私道經營の理論及實際にも反するものではないからうか。

殊に氏が其の理由として「公道に關する費用でさへ公共團體の負擔たらしめて居る現在に於ては、公道に反し著しく利用範圍の狭小なる私道に於ては殊に然りと説かれてゐるのは、不幸にして私の解し難い所である。更に私は、氏が「公共團體に維持修繕の命令權を保有せしむ」と提唱せらるゝ點に至りては、多大の疑問を懷かざるを得ない。蓋し、道路行政に付行政廳主義を一貫し、従つて私道に付ても地方行政廳の監督取締を必要として居られる氏が、其の維持修繕に關しては公共團體に之が命令權を與へんとする

のは、明かに矛盾であると考へるからである。

卑見に依れば、私道にして既に其の維持修繕費を公共團體に負擔せしむるの要ある域に達したものは、須らく氏の提唱せらるゝ「私道の公道化」なる政策に従ひ、之を國又は公共團體の經營に移すべきであらう。公共道路法案に於て「行政廳は私人の管理に屬する私設公道を自己の管理に移すことを得」る途を開いてゐるのは正に此の要求に合致するものであつて、現行道路法に於ても、營造物の理論に従ひ、夙に私有公物たる道路の存在し得る規定を設けてゐるのであるから、維持修繕費を公共團體に於て負擔することを要するが如き道路を、依然として私道の儘に存置せしむるの必要又は理由は毫も存在せざるのみならず、それこそ「私道と公道とを區別する標準を何に求むるか惑はざるを得ない」こととなるであらう。