

道路使用理論の序説

坂 口 軍 司

は し が き

私は此の一編に於て「道路使用理論の序説」を書くがそれは事實の認識から出發する。然らばその所謂事實の認識のためには先づ方法の確定を必要とせざるか。否、然らば方法なき認識の努力とは何か。曰く、彷徨である。模索である。私は過ぐる十年土木行政に携つた。が併し學問としてと言ふよりも實務としてと言ふ方がより正確である。此の序説を書くことが事實の認識から出發する理由は茲にある。又私の今までの境遇からみても、學問の第一歩は事實の認識からと言ふ考へが段々深刻となつて來た。それは餘りに形式論理に飽きたばかりでなく、個々の法律制度を

其の制度が實際生活に在るが儘に描き出す事に特に重點を置くべきであると言ふ考へに深く影響せられたに依る。従つて此の一編元より科學的討究から初まるのではなく、實際生活から理論への彷徨、模索への過程である。故に最後の論定も考へたと言ふよりも感じたのである。併しこの感じが一應固定した。これは次の理論への彷徨、模索からみて一つの階段であるため現在の感じを明らかにすることに、今後私の考へが如何に變化するか一つの記録となる。更らにまたこれにより私のとる立場に關する可能的過誤を一般から訂正して貰ふ機會を作ることにもなる。これは獨り私個人の利益と言ふよりも一般の利益ともならうと思ふ。希くは大方の叱正あらんことを。

一 道路の機能

私は本論に入るまでに一應道路の機能を明かにして置く必要を認める。道路の機能を明かにすることは、道路使用と盾の両面の如き關係をもつからである。

稍古き學說ではあるが、水野鍊太郎博士は道路の機能を次の如く解されてゐる。

道路とは一般交通の用に供せらるる設備なりと云ふを以て足れりと爲すべし。是れ常識上の觀念たると同時に法律上の説明となすに妨げず(法學協會雜第三十二卷第九號道路制度)

と言ふ學說は當時の思想であつた。而して此の思想は道路法の立案者に影響を與へたものである。即ち現行の道路法が其の第一條に於て「本法ニ於テ道路ト稱スルハ一般交通ノ用ニ供スル道路(略)ヲ謂フ」との條文を設けたのがそれである。氏の思想が法制となつて現れたのみならず今尙此の思想の傳統を受けてゐる者が尠くない、例へば佐上信一氏(道路法之概要七頁) 田中好氏(土木行政一六頁) 武井群嗣氏(道路及道路交通四頁)

丹羽七郎氏(道路法「法學全集」の如き實務家は元より、織田三〇〇—三〇四頁) 萬博士(行政法講義各論二七七頁) 美濃部博士(行政法撮要下卷一六四—一六六頁) 京大渡邊教授(行政法講義各論一八五頁) の如き古き學者も新らしき學者の考へも更に一步も出てゐない。

然しながら私の直感からすれば道路を單に交通機關として觀察することは當らないと思ふ。それは私の都會生活の體驗からの直感である。然るに私は道路法を讀むとき私の直路と法制との間に大きな離りのあることに氣づいた。さはいへ、私が道路行政に深入りして行くに従つて私の直感が誤つてゐるのではなく、法律が誤つてゐるのだと言ふ風に考へられて來た。私の考へを斯様に強く深くしたのは他の影響も手傳つてゐる。

先づ私は石田海市博士の「都市の報償契約問題」(商業及經濟研究第二〇冊六頁參照) に依つて或る暗示を受けた。其の後ウイリアムスの街路の説明——市街地に於ける道路は一般社會と沿道土地所有者の受益の爲に施設せられるのである。一般社會は之を交通機關として使用す。沿道土地所有者は街路に依つ

て光線空氣觀望を得及其の土地に對する出入をなすことが出来る——を聞くことによつて刺劇せられた。更に菊地愼三氏の。

道路は單なる人畜物資の交通運輸の機關たるに止まらない。電車を通じ地下鐵道を通ぜしむるに止まらない。上下水道を容れ瓦斯管を容れ電線を通じ、水路たり瓦斯路たり電線路たるに止まらない。人口稠密なる密集住宅地域に於ては、光線空氣の流通路として、市民健康の源泉となる。商業街路倉庫地帯に於ては、或は商品取引授受の場所として縦の交通より横の交通の重要な作用を爲す。道路は住居の延長となり、道路は住居の延長なり道路は市民のサロンなりなどと謂ふものがあるが、一層適切に道路は店舗の延長である(都市計畫と道路) (行政三七二頁)。

此の一節を讀むことによつて、私の直感に誤りどころか今は寧ろ正しいと言ふ感じに移つた。そこで、私は此の法制と事實との矛盾を如何にして調和せしめねばならぬかの問題にかかつて來ると思ふ。これこそ吾々道路路行政を取扱

ふ者の性格でなければならぬ。果して然らば、道路路行政に携る者の考も變つて來なければならぬ道理である。

例へば地上文明の行詰りの對策としての地下への進出の如きがそれである。即ち道路を單に交通機關として見る事は既に時勢の後れである。菊地氏の上の一節が言ひ盡してゐる——否或は言ひ足らないかも知れない——程道路の機能は多種多様である。彼のベルリンの歩道が地下埋設物の關係から特に廣く造られてゐる(土木學會雜誌 第一六卷第六號)のが雄辯に之を證明するのみならず、今や日本の都市計畫に依つて作られて行く街路の遊歩道公園式道路や廣路に於ける綠地帯を觀念して道路は一般交通の設備なりと言ふが如き思想では最早道路の説明が出来ない時代に進んでゐるのではないか。

道路の機能が一般交通の設備なりと言ふ從來の觀念を排撃するの前提に於て私は本論を進める。従つて私の考は從來のアリフレタ法律解釋とは大きな離りを生ずるかも知れない。併しそれが若し實際生活の要求とピッタリ合つたと

すれば、アリフレタ考へは今が捨て時ではないかとも思ふ。

二 道路使用理論の序説

現行法制に於ける道路の使用に關する規定を見るに、其の根本を規律すべき道路法に於ても、其の占用に付き僅に二條の規定を設けたるの外、道路ノ使用又ハ道路若ハ其ノ交通ノ保全ニ關スル規定ハ命令ヲ以テ之ヲ定ム」と規したのみで(第四十、九條)、頗る物足らぬ心地がするのみならず、道路を使用し又は使用することあるべき事業を規律する法令中に散在する道路の使用に關する規定も亦不整備であつて、前記の主旨に副はざるものがある様に思はれる(道路

用に關する法規の整備
自治研究第八卷第一號)

以上は武井氏の論文の一節を引用したのであるが、氏をして斯様に不満を抱かしめ歎ぜしめた理由は勿論道路は一般交通の用に供する設備なりと言ふが如き根本觀念の誤に胚胎せることは勿論であるが、假に本法の當初に於て一應完全と認めらるが如く規定せられたりとするも時の経過と

事情の變更は法律を不完全とする。況や立法の遺漏おいておやである。とはいへ吾々は欺するに先つて解釋に依る補完であり最後に改正立法へのあゆみへでなければならぬと考へる。私は他日事態の變遷乃至社會觀念の推移に伴ひ、成文法規を以て制度を變更するに依らざれば洵に己むを得ない時まで現行制度を解釋に依つて補足して行き度い。以上一應私の態度を明かにして於いて論述を本論へ復歸する。

通説に従へば道路の使用には用方上の使用と用方外の使用があり。用法上の使用は更に用方上の普通使用・用方上の特別使用とに分類される而して用法上の使用とは道路を其の機能の範圍内に於て使用するものであり、用方外の使用とは其の機能の範圍外に於ける使用を謂ふものである。

且又用方上の普通使用とは行政客體(一般人)が道路の機能の範圍内に於て同等の程度に於て使用する關係であり、用法上の特別使用とは行政客體が道路機能の範圍に於て使用する關係に於ては前者と同様の關係にあるが一般の行政客體に比して一層價值多く使用する態様を謂ふ點に於て異

なる。然り而して、其の使用價值判斷に於て何をか普通と爲し何をか特別と爲すかは、こは事實問題にして一に社會通念の決する所である。(註)私は此の通説の分類に従つて道路使用理論に關する若干の考察を試みよう。

註 拙稿、道路損傷負損金制度に關する若干の考察法律時報第五

卷第一二號

三 用方上の使用

用方上の使用が道路の機能の範圍内に於ける使用態様であることは上述の如し。之を行政主體(管理者)の側から觀察するとき用方上の使用は行政目的の實現である。行政客體の側から觀察するとき機能の範圍内に於て現實に之を使用する事實である。故に此の法律關係は公法上の關係である事は勿論行政主體と行政客體との間に何等の特別行爲を必要とせざること亦當然である。然らば此の當然の理論は如何にして觀念し得るか。謂ふまでもなく。行政主體の道路設定の意思表示に基くものである。之は行政主體(道路管理權と交通警察權を含む)は管理權の作用に於て或は

公益の要求を考慮し機能の範圍内に於ける使用の態様を伸縮することは出来るが一度その範圍を決定したる以上任意に行政客體の使用を排撃する自由を有するものではない。又行政客體もかゝる一般使用を法律上の權利として享受するものではない。之を權利なりと解するものあらばそれは誤解である。私は之を法律の反射作用であると理解する。通説も亦然り。

(A) 用方上の使用が行政主體の管理權の作用或は、警察許可を必要とせざる普通使用の場合に於て上述の通説に沿ふものであるが、それが用方上の特別使用である場合私とは異つた考へを持つ。用方上の特別使用は原則として法律上の特別行爲を必要とする。蓋し此の種の使用は行政主體の道路設定の意思表示によつて行政客體に當然與へらるる地位ではない。それは二つの方面から拘束される。第一は交通警察權である。特別の使用の禁止ある場合にその制限の解除を受くる警察許可がこれであり、第二は道路管理者と行政客體との間に於ける特別使用の許可が之れである。

此の點に於て從來の通説と著しき離りを見るのである。

通説は用方上の使用は普通使用たると特別使用たるとを問はずそれは警察禁止の解除である。即ち一般使用の禁止の解除によつて其の使用關係が一般使用となると言ふのであつて其の根據を道路法第四九條に求めるのである。然るに私は此の使用關係は第四九條の關係ではなく第二八條の關係であると理解するものである。例へば通説の用方上の特別使用として設備される。軌道の布設、無軌道電車の經營、乗合自動車の經營の如きが理論的に道路管理者の道路占用の許可を必要とせないと云ふ奇觀を生ずる。かゝる解釋は寧ろ不可解の妄説なりと評するも強ち過言ではあるまい。尤も軌道法第四條はかゝる特別使用を道路の占用として規定してゐるのであるが左法の意思は甚だ疑はしい。それは自動車交通事業法や無軌道電車を運轉し運輸事業の經營に關する明治四年十二月太政官布告第六四八號に基く通牒(昭和二年一月二一日
内務省土木局長通牒)の如きに依つて推論することが出来る。軌道法は特許を受けたる軌道經營者は軌道布設に要す

る道路の占用につき道路管理者の許可又は承認を受けたるものと看做す(第四條)關係上——此の法律の當否は今漸く之を別とするも——道路法第二八條の占用となせることは疑ひがない。果して然りとせば後の二者の如き主務大臣の特許に依つて經營權を取得したるに止り末だ以て道路の占用權を取得したものと見ることは出来ないといふ私は解するものである。道路の占用を理解して、占用とは道路を其の目的たる交通以外の爲めに使用することを言ふ(佐上氏前掲五七頁)の如きは最も誤まれる者の代表的解釋である。又多くの論者が用方外の特別使用と見るものの中に實は用法上の特別使用が幾多存在することである。假へば電線の布設、瓦斯管の埋設の如きが用法外の特別使用として理解されてゐるが(武井氏前掲論文)謂ふまでもなく之は誤りである。本編の冒頭に於て論述したるが如く道路の機能を單に交通の設備なりと言ふ誤れる思想に捉はれて此の如き誤解を生じたものである。一體電線路の布設や、瓦斯管の埋設が何故に用方外の特別使用となるのか吾々の不可解とする所である。昔市民

は薪炭油を得るために道路を交通輸送の用に使用した。然るに現在では電氣、瓦斯を得るために道路を使用するのではないか。道路を交通輸送に使用することと線路、鐵管敷設のために使用することが社會的に如何なる差異があるのか。吾々の解するに苦しむ所である。私は強く提唱したい。

道路は單に交通の設備なりと言ふが如き傳統尊重説の破壊を背倫的傳統の打破は刻下の急務である。

「人は概ね不精なもので、思考並行動に於て最も抵抗少なき途を辿らんとし、重大な問題の起る毎に、新に工夫をめぐらすよりは、従來自身の頭の中にある格言を應用することを安易な道と考へる。一々新に考へなほすことは餘りに生活を煩瑣ならしめる。其の所に役立つものが習慣である」

これはブライス卿の「近世民主政治」の一節であり、傳統の勢力を物語るものであるが、無批判の傳統からは眞理の光明は現れない。理論と實際との間に大なる分離の存在を認めながら、此の矛盾を是正しない諸弊の根源が茲に在

るのである。金森徳次郎氏は「傳説は、各人の固有の判斷識見を蔽ひ隠して之に代るものであり、之に支配せられては賢者も遇者となると同時に低能者も高能者となり、結局人間能力を平均化する魔力を有して居る。として傳統を天の聲なりとして自然法化したり歴史法化するのではなくて夫れの正きし批判をなすことが傳統の權威を増す所以である(行政に於ける傳統の補強と)。と謂はれてゐる。私は此(破壊自治研究第十卷第一號)の意味に於て一つの捨石を打つ考へで憶説を掲げて見た。

四 用方外の使用

用法外の使用とは學者の所謂獨立使用で此の使用關係が道路の機能の範圍外に於けるものであることに異説はない。私も使用關係の分類方法として此の通説に沿ふものであることは曩に述べた通りであるが、用法外使用の法理論に就て通説と異つた考へを持つ。

用法外の使用が道路法第二八條の道路の占用であると通説は解するのである。「佐上氏(前掲五七)田中氏(前掲七二)武

井氏(前著五〇)丹羽氏(前掲三六一—三五八頁)美濃部博士(前掲一八五—一九〇頁)が私は左様に考へない。

惟ふに公法關係、私法關係の區別はローマ法以來の沿革の理由に支配せらるるものなり。學理的に自覺的に其十分なる根據を把握せるものとは考へられない。のみならず公法と私法との原理を系一し法律生活の主體を平等とし、公法理論の民主化を提唱する者(遊佐博士民法概論總則篇一六頁)もあるが茲では現行制度を承認する立場から公法關係と私法關係を認むと論述を進める。

或る關係が公法關係なりや私法關係なりやは行政主體が一方又は双方の當事者となるや否やに依つて決せらるるのではなく、或る關係が統治關係(政治的生活關係)なるや否やに依つて決せらるるのである(渡邊氏前掲一〇九頁)。此の理論の立場から用方外の使用が第二八條の公法上の關係なりとは即斷し難い。假りに第二八條が用法上の特別使用の許可と用法外の特別使用の許可との二つの内容を包含するものとせば用方上の特別使用の點に於て公法關係であり、用方

外の特別使用の點に於て私法關係である。公法説を辯護するものは、然らば第二八條は公法規なりや私法規なりと反問するであらう。假りに公法規からは公法關係が生れると言ふ非科學的説明を其儘受け容れたとしても、私の答へは斯うである。道路の使用手續を規定したものであると。故に用法上の特別使用を許可する場合は此の規定を遵守して公法關係として是認すればいゝ。然るに用法外の特別使用は第二八條に依つて使用せしむるか否かの價值判斷を爲し、公益上其の他の立場から使用せしむるも可なりと言ふ結論に達したるときは私法への轉換である。即ち民法に依るべきである。第二八條は民法上の契約を否定せるものと認むべき何等の根據となる條文でないからである。その關係は恰も私人の土地を行政主體が道路敷となす場合私法關係に於ける契約の締結によつて行政主體は私人の土地を使用し得るの權利を取得する關係と同一法理である。之等の關係が民法上の契約を以て足り、之を公法上の行政處分又は公法上の契約なりと解すべき必要は毫も存せぬ(清水博士公法上の

契約否定論自治研究。
第一〇卷第一號參照。

用法外の使用即ち何等の行政目的實現に關係のない使用を公法上の使用なりと見るべき理據は全くないものと謂はねばならぬ。斯く提唱したならば從來の道路法の解釋を死守するものは第五二條に於て使用料(占用料)を決定する場合監督官廳の認可を受けなければならぬ。契約自由の原則を認むる立場から行政主體が私法關係として働く場合左様な制限を受くべき筋合でないと抗議されるかも知れない。併し、その抗議は當らない。何んとなれば私法理論で行く場合第五二條の認可の如きは受くる必要を認めない。賃貸借の場合に於ては其の地、其の時、に於ける相當の價格を以て行政主體獨自契約をすればいいのである。假りに百歩譲つて第五二條の認可を受くるとするも其の事によつて私法關係を否定する理由とはならない。利息制限法の如く契約自由を否定せる法規が存すると共に公の機關が私法關係を公の權威を以て定める場合は頗る多い(瓦斯事業法、電氣事業法、藥法、金錢債務調停法等)。故に此の批難も亦當らない。

む す び

はじめに書いた通り此の一編はすべて私の直感から來た感じを思索して實際生活に當嵌めて更に夫れを法律制度の上に現はして歸納的に得た結論である。私の考への正否を批判されて御高教を受くることに依つて法の不備が解釋に依つて補完されて行くことに役立つであらう。又一面公法關係が私法關係かの區別を明かにすることは學問の理論を満足せしむるのみでなく、事實問題に當つて其の必要が屢々生ずる。即ち此の關係に争を生じたる場合司法裁判所の管轄に屬すべきか行政裁判所の管轄に屬すべきかの管轄を決定する立場から見ると痛切にその必要を感じる。

本編では今少し具體的問題を多く提供して論述の根據を明かにする必要を認めたのみならず、説明も尙詳細にした希望であつたが私の思つたより以上に紙數を費したから一應擱筆して稿を新にする。最後に一言せなければならぬのは使用料の問題に殆んど觸れなかつたことである。此の點も他の機會に譲る。(一九三四、一、五稿)