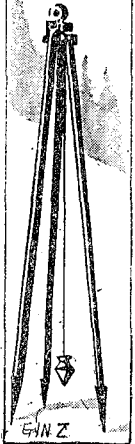


研究



道路の使用に關する學說に就いて

— 故丹羽七郎氏を偲びつゝ川島羽幌氏の說に答ふ —

武井群嗣

はしがき

本誌の四月號に「道路の用方上の使用及用方外の使用」と謂ふ題で、川島羽幌氏の論文が出てゐます。それを讀んで見ると、屢々私の所説が引合に出され、而かも種々の批評が加へられてあります。批評は寔に感謝する所であり、斯くして路政の研究も次第に進歩發達するのでありますから、私は氏の説かゝるゝ所を熟讀したのです。然し、遺憾ながら氏の論説には私の言はんを欲する所を十分に領會されないと思はれる節があり、否寧ろ私の説明に不十分の點があると思はれるので、茲に本誌の餘白を借りて、氏の學說に對する私の見解を略述することに致します。

私が土木行政に關する著述を世に問ふたのは、昭和三年の春「道路及道路交通」を土木行政要義の第一編として上梓したのが其の始であると記憶して居ますが、此の書は其の序文に斷つて置いたやうに「其の趣旨偏に土木行政に従事する者の爲に其の概説を試みんとするに在るので、之が記述は全編を通じて現行法令例規の解説を主とし、濫りに

私見を加ふるが如きは努めて之を避くることとした」ので
す。従つて、法第二十八條に所謂道路の占用に關する解説
に於ても、川島氏の所謂佐上説に従ひ（同書五一頁）、敢て
私見を試みることはなかつたのです。而して、此の佐上説
なるものは道路諸制定以來の通説であつて、恐らく今日と
雖も道路の占用に關する通説と見て差支ないでせう。此の
ことは、行政裁判所が昭和十年三月六日の判決に於て、道
路法第二十八條ニ所謂道路ノ占用トハ路面、上空、地下ノ
何レナルヲ問ハス一般交通用以外排他的ニ之ヲ使用スル意
義ト解スルヲ相當トスと宣告して居る事實に徴しても明瞭
であると思ひます（昭和八年第二八號鐵路占用料徴收處分ニ對
スル訴願裁決不服ノ訴）

を挙げれば、その當時に於ける路上交通機關は牛車、馬車
其の他の車輛が主たる地位を占め、自動車の如きは全國を
通じて僅に七千五十一臺を數へるに過ぎなかつたのである
から、その當時の人々に現代の交通情勢を豫測させること
は、寧ろ難きを求めるものでありませう。従つて、當時の
當局者が道路の使用に關する規定を設けるに當つて、僅に
第二十八條を明文に現はし、其の他の規定は總て命令を以
て定めることとしたのは、蓋し已むを得ざることでありま
せうが、道路交通の質及量が逐年複雑化する趨勢に鑑みる
ときは、道路の使用に關する規定を斯かる状態に置くこと
は、到底忍び得るものではなく、又法第二十八條の解釋を通
説の儘に承け繼ぐことは事情が許さなくなつたのです。而
して私達が道路の使用に關して用方上の使用とか用方外の
使用とかを論じ始め「道路の使用に關する規定を整備する
こと」の緊要なるを提唱したのは、斯かる情勢を感得した
ことに發足してゐる譯なのです（拙稿、道路法中改正私論――
本誌第十二卷第二號）。

思ひ出せば昭和三、四年の頃です。故丹羽七郎氏が道路課長の職に居られた時、私は事務官としてあのバラタク建の廳舎の一室に卓を並べ、日夕同氏の教を受けることが出来たのですが、其の頃偶々現代法學全集の中に收める爲の「道路法」の執筆方を依頼された丹羽さんは、其の腹案を練る傍、私の著書に對して親切なる批評を下され、それが口火となつて道路法上の諸問題に關する幾多の議論が闘はされたものです。道路の使用に關する學說として用方上の使用及用方外の使用が研究されたのも其の時です。丹羽さんの説は川島氏が丹羽説として紹介された數行で其の要領を盡したものは思へないが、さりとて今茲に其の全貌を記すことは本稿の目的でもなく又それは私の能く爲し得る所でもないから、總ては同氏の道路法三五五頁の邊に譲ることとします。

そこで、次には私の見解を記す順序となるのですが、右

様の次第で、道路の使用を大別して用方上の使用及用方外の使用の二種とすることは、謂はゞ當時の道路課長室に於て見解の一致した學說であるから、私の所説には川島氏の言はれる如き何等の「進境」もある譯ではありません。否寧ろ丹羽さんの教に従つて、之を纏めたのに過ぎないのですから、其の内容に於ては兩者の間に何等の區別も差異もない筈なのです。唯聊か異なる所は之を表現する用語の點に存するのみです。従つて、私の見解も亦茲に記す必要はない譯ですが、便宜上其の要旨を記せば概ね次の如くなると思ひます。即ち

道路の使用を其の本質に照して考ふるときは、大別して用方上の使用及用方外の使用の二種となる。用方上の使用とは道路を其の目的の範圍内に於て使用することを謂ひ、用方外の使用とは其の目的の範圍外に於て使用することを謂ふのであるが、用方上の使用は更に之を分ちて普通使用及特別使用の二種と爲すことを得べく、用方外の使用を獨立使用と稱するときは、結局道路の使用を分ちて右の三種

と爲し得るのである。依つて左に各種の使用を解説すれば

(一) 普通使用 道路の普通使用とは私人が道路の目的

の範圍内に於て、同等の程度に於て之を使用することを謂ひ、其の内容は二重の方面より限定されてゐる。即ち(イ)其の使用が道路の目的の範圍内なること、換言すれば一般交通の範圍内なること(ロ)何れの私人に對しても同等なること、詳言すれば同様の事情の下に於ては何人も同様に使用し得ることである。普通使用の法律上の性質が權利なりや否やに關しては學說立法例の歸一する所なきも單に法の反射的利益に過ぎずと解するを通説とするが故に、國家が行政の必要上私人に對して道路の使用を禁止又は制限するも、之が爲に道路使用權の侵害なるものはない。

(二) 特別使用 道路の特別使用とは私人が道路の目的

の範圍内に於て一般の私人に比して一層利益ある方法に於て之を使用することを謂ふ。従つて、特別使用の内容をそれ自體は道路の用方上の使用の範圍に屬し、唯其の使用の程度が一般私人の使用の程度に比して大なるが故に、實質的

には道路そのものに對して普通使用よりも一層大なる影響を及ぼし、其の結果又形式的には他の一般私人の使用價值に對して普通使用よりも一層大なる影響を及ぼすものである。然らば、如何なる狀況を以て特別使用なりと見るべきかは道路法上特別の規定なきを以て、事實問題として判斷するの外はないが、道路の使用に付固定的の設備を設け又は著しき損傷を及ぼすが如き場合は之に屬すべく、運輸事業を經營する爲に道路に軌道を敷設し若は無軌條電車を運轉し又は自動車運輸事業を經營し、又は建築材料運搬の爲に道路に足場を設くるが如きは其の例であらう。特別使用は理論上又は立法論としては特許に依りて開始すべきものであるが、之と行政廳の許可を要する普通使用(警察許可)とを混同してはならぬ。

(三) 獨立使用 道路の獨立使用とは私人が道路の用方

に屬せざる方法に於て之を使用することを謂ふ。此の使用は道路の目的に屬せざるを以て、當然に認めらるゝものではなく、一般公益の爲己むを得ざる場合に於て交通を阻害

せざる限度に於て認められるのであるから、特別に許可を受くることを要する。が然し、此の場合に於ける使用の許可と雖も、道路管理権の作用として行はれるものなることは疑を容れない。獨立使用は交通に屬せざるものであるから、其の範圍は限定されぬが、例へば道路敷地に電柱、測量標、自動電話所、交番等を建設し、地下に水道管、瓦斯管、電纜を埋設し、地上に電線路を架設するが如きは皆之に屬する。

私の解する道路使用の三態様は以上の如きものですが、(詳細は拙著土木行政六二頁以下参照)言ふ迄もなく、此の分類は理論上觀念上に於てするものであつて、道路法其の他の法令に基くものではありません。従つて、此の分類法と異なる學説が他に存在することは冒頭にも述べた通りであつて、佐上氏(道路法之概要五七頁)田中氏(土木行政九〇頁)の如きは、道路の使用を一般使用と特別使用とに分つて私の所謂特別使用を認めないのですから、是等は私と道路使用の觀念を異にするものであります。然るに、丹羽氏(道路

法三五五頁)は私は所謂普通使用を一般使用と稱し、特別使用を用方上の特別使用と唱へ獨立使用を用方外の特別使用と稱するのですから、是は唯私と其の用語を異にするに過ぎないものであります。従つて、私の所見は川島氏の言はれる如く、丹羽氏の「示唆を受けたであらう」程度のもではなく、全く同氏と同意見なのであつて若し他から示唆を受けた點があるならば、それは私の使用する普通使用、特別使用、獨立使用などの用語が佐々木博士のそれに従つたことに在ると思ひます。

扱て道路の使用を以上の三種に分つた私達は、進んで道路法第二十八條に所謂占用の意義を闡明せねばなりません。通説に従へば、右に所謂占用とは道路を其の目的たる交通以外の爲に使用するの義と解し、従つて私の所謂獨立使用に該當するものとなるのですが、軌道法第四條に於て軌道の敷設を道路の占用と稱するのを見れば、道路法の占用中には獨立使用の外尙私の所謂特別使用に屬するものをも包含する如く思はれます。何故ならば、軌道經營の爲に

する軌條の敷設は交通以外の爲にする使用ではなく、而かも一般公衆の自由に爲し得る普通使用にも屬しないからです。果して然らば、道路の占用とは道路の特定箇所に於ける有形的固定的使用なりと解すべきであつて、普通使用の範圍に屬しないことは明かであるが、其の自的に従つて、或は特別使用となり或は獨立使用となるものであります。従つて、占用は必ずしも普通使用を阻却するものでなく、又必ずしも普通使用に對して排他的獨占的のものではありません（拙著土木行政六七頁参照）

三

私の信ずる學說に照して解釋する所の道路占用の意義は概ね以上の如きものでありますから、此の見解も亦丹羽さんの説かれた所と全然同主旨の筈です。従つて、川島氏の非難される如き「肝甚な道路占用の觀念については、却つて之を不明瞭に陥らしめた感がないでもない」とは考へられません。従つて又「道路占用の觀念がかゝる權威ある指

導階級の上に、尙ほ動搖をつゞけて居ると云ふ事實が、はつきりうかがはれるのである」とは、どうしても首肯することが出来ません。殊に氏は「軌條の敷設を占用にあらざと斷ずることは何と云つても輕率である」と非難され、武井説なるものを摘記して居られるが、私の記憶にして誤がなければ私は斯様な斷定を下した覺はありません。軌條の敷設は私の所謂特別使用に該當するが、軌道法に於ては之をも道路の占用と稱する所から見れば、道路法の占用中には用方外の使用即ち私の所謂獨立使用の外尙特別使用に屬するものをも包含する如く思はれる」と述べて居ることは前段の説明にも現はれてゐることです。又同氏の指摘される如き「道路を交通以外の目的に使用する所謂用方外の使用」を占用と稱する所の通説に従はぬことも、今迄の説明で十分と思ひます。

繰返して申しますが、道路の使用に關する學說及占用の觀念に付ては假令用語上の差異こそあれ、丹羽氏と私とは全然同意見であります。従つて私の所説は丹羽氏のそれよ

り「進境」もなければ、「却つて之を不明瞭に陥らしめた感」もなく、又「動搖をつゞけて居ると云ふ事實」もなければ「輕卒である」と非難される謂はれもないと信じて居ます。私達は道路交通の質及量が逐年複雑化する趨勢に鑑み、道路法が道路の使用に關する規定を不備缺陷の儘に放置するを許されずと爲し、茲に道路使用の態様に關する攻究を試み、道路の本質に照して用方上の使用及用方外の使用の別あることを斷じ、更に之を分ちて前述の三種としたのであつて、其の念願とする所は道路法上に於て主として私の所謂特別使用に關する規定を整備することの急務なるを叫ばんとするに在るのです（拙稿、道路の使用に關する法規の整備——自治研究第八卷第一號）

而して是等の論究に照せば道路法に所謂道路の占用は如何なる意義を包藏することになるかを明かにしたのに過ぎないのです。

四

次に川島氏は私が自動車運輸事業の經營を以て道路使用の關係に於ては私の所謂特別使用に該當するものと認めたのを否定して居られるが、此の點は私の所謂特別使用の觀念を熟讀すれば自ら氷解することと思ふので、敢て再び説明を繰返さぬつもりですが之とても決して私の獨斷ではないのであつて、是亦故丹羽七郎氏が夙に本誌第十卷第六號（乗合自動車の道路使用の關係に就て）に於て教示された所を祖述したのに過ぎないのです。否私は此の點に就ては深き自信を有して居ります。それ故に、川島氏が「現に行はれて居る有權的な見解によつても」と言はれることは全然反對に、私は道路課長時代に於て「鐵道大臣は自動車運輸事業の免許を爲さんとするとき豫め内務大臣に協議すべきものなり」との主張を堅持し、内務鐵道兩省に於ける數次の折衝を経て、遂に自動車交通事業法施行令の制定を鐵道側に同意せしめ、其の中に右の一ヶ條を明定することに協議が纏まつたのです。道路の特別使用に關する規定を整備する必要の一點は實に茲に存するのであつて、私をして

言はしめれば、乗合自動車の運行を特別使用として取扱ふことは路政上必至の要求であり、而して右勅令の制定こそ、却つて「現に行はれて居る有權的な見解」を表現するものであると信じます。

尙川島氏は道路占用の客體たる軌道を軌條、車輛、諸設備に分ちて各々別個の物件として考へ、或は道路と通路との取付部分の使用關係を穿鑿し、或は横の交通等の他諸種の交通状態を箇々に吟味されて居ますが、凡そ道路の使用關係を論究するに當りては箇々の雜多なる特異の状態に拘泥することなく——それを研究することは勿論必要ですが——偏に事實問題となれる道路使用の状態を統一的綜合的に觀察して、その用方上の使用なりや用方外の使用なりやを判斷し、用方上の使用なるに於ては更にそれが普通使用なりや特別使用なりやを斷定すべきものと思ひます。尤も、氏の主張される所の主旨も亦強いて之に拘泥されるのではない様ですが、斯かる細かい點まで研究された同氏が「如何に特異の状態に於て使用するにせよ、それが交通である

限りには、單にそれだけを以て特別使用なりとは云ひ得ない。等しく一般使用である」と斷じて居られるのは、領會に苦しむ所です。私達が道路使用論を試みる場合には、決して斯かる「特異の状態に於て使用する」ものを標準としては居ないのです。

又同氏は「だから乗合自動車も、電車の運轉も、みな一般使用であるといはねばならぬ。特定人の専用に屬する所謂専用軌道ですらが……等しく用法上の一般使用である」と説き、更に「だからといつて、それらの使用が、たとへ用方上のものであるにせよ、こゝに路上に固定した何らかの有形的な設備を有する場合に於ては、その施設そのものこそは、明かに特別使用である」と斷定して居られる故から見れば、氏は交通である限り、總て之を一般使用と呼び、何らかの固定的有形的な施設があればそれを特別使用と稱するのであつて、兩者區別の標準は施設の有無に在る如く見えるのであるが、私達が道路使用の體系論を試みる趣旨は上來屢々述べた通りですから、氏の分類法も一つの意見

として研究の値はあるがそれは私達の企圖する所の道路交通行政上就中私の所謂特別使用の監督統制を爲すが爲には役立たぬものであると言はざるを得ないのです。尙序に一言しますが、私が乗合自動車を特別使用なりと言ふのは、決してそれが「一定時刻に於て、一定線路を交通するが故に」然りと斷するのではないことは、前述したる特別使用の觀念を玩味すれば自ら明瞭になることと思ひます。

むすび

以上記した所で、川島氏の所見就中武井説なるものに對する私の見解及答案は一應終つたものとしますが、私の學説として氏の引用されたものの出所が明示されてないで、之に對する説明も的確に記し得ないことを遺憾とします。然し私が従前書き記した上述の著書又は雜誌の何れかを更に熟讀すれば、氏の論ぜらるゝ所と私の理解する所とは著しき隔りのあることが納得されると思ひます。又私の領會する所の丹羽説なるものも亦氏の理解せらるゝ所と

は差異あるやうに思ひますが、此の點は同氏の著書に就てお互に研究理解するより外はないこととせう。

最後に川島氏が「道路の工事を伴ふ道路の占用」に關する所謂局派の學説を批評された點に就ては、頗る傾聽すべきものがあると思ひます。此の點に就ては從來私も疑問を懷いて居るのですが、未だ確信を得るに至らないので、暫く通説即ち所謂局派の學説に従つて居ますが、將來更に十分の攻究を盡して見たいと思つて居ます。

夢中吟

(邵康節)

夢中說夢猶能憶
 夢覺夢中還又隔
 今日恩光空喜歡
 當年意愛難尋覓
 水成流處豈無聲
 花到謝時安有色
 過此相逢陌路人
 都如元未會相識