

専用軌道を道路に敷設せむとするときは、地方長官の許可を受くることを要し(大正十二年内務省令第四十五號第一條)此の許可を申請するには申請書に(1)起業目論見書(2)工事方法概略書(3)全線路の豫測平面圖(縮尺は一寸三十釐とし、沿線の地勢、市街村落附近の道路及既設又は未設の鐵道又は軌道及其名稱を附記)、及道路上に敷設すべき線路の豫測圖(豫測圖は豫測平面圖及豫測縱斷面圖の二種とす)、並説明書(沿線の地勢及線路選定の理由を附記し、附近の道路、市街村落、池沼、河川、港灣、社寺、公園、名所、舊蹟、學校、病院、兵營、工場等重なるものとの關係を説明すること)(4)道路上に於ける建設費の概算表(總額及用地、橋梁、溝渠、伏樋、隧道、軌道、土工、雜費其他各種の項目に區別し金額を記載すること)、を添附するの外運轉信號に關する方法を記載することを要する(同第二條)。

地方長官其の許可を爲さむとするには、軌道の敷設に關し關係道路管理者の意見を徵することを要し(同第三條)、許可には工事の着手及竣功期限を附し、經營者は此の期限内に工事に着手し竣功せしむることを要する。

天災事變其他已むことを得ざる事由ある場合に於ては、期間の伸長を申請することが出来る。工事に着手したとき又は運輸を開始したときは届出づることを要し、許可を受けた者は當然に道路の占用權を有するのではなく、更に占用に付道路管理者の許可を受くることを要する。許可を受けたときは軌道間の全部及其の左右各二尺を限り道路の維持及修繕を爲す義務を有し、又監督官廳の認可を受くるに非ざれば使用の目的を變更し又は専用軌道を讓渡することが出来ない。

地方長官は公益上必要ありと認めるときは、工事方法書、運轉信號又は列車保安方法の變更を命ずることが出来る(同第四條)。又専用軌道を國又は公共團體が公益上の必要によつて買収する場合に於ては之に應ずるの義務を負ふ。此の場合に於ける補償價額の算定に付ては軌道の買収と同一の方法に依るのである。

第四章 河 川

第一節 總 論

第一目 緒 言

水が人類生活の必需品として利用せられ、農業生産の要素とし將た亦交通機關の利用物として經濟上重要な地位を占むることは今更言を俟たない。殊に近時電氣事業の用に供せらるゝに至つて、工業經營上亦重要な地位を占むるに至つた。斯の如く人類生活上缺くべからざる水は流動性を有するが故に、一朝豪雨に際會と強大な破壊力を生じ國民經濟上に多大な損害を與へ、時に人の生命を奪ふの慘する害を惹起するのは吾々の屢々體驗する所である。

従つて古來水を治むることは政道の要諦とされ、明主賢相の計畫した治水政策で今も尙其の效績を収めてゐるものが尠くないのであるが、固より封建時代に統一的治水策を望むことが出来ないのは當然である。近代文化生活の爲には以上述べた水の齎す慘害を事前に防止し、水の利のある所を採つて國民生活の資に供することは、國力の増進を圖る所以であつて、治水行政の目的とする所も亦茲にあるのである。

治水行政をして完全ならしむるが爲には水に關する法規を制定して、各人の水に對する權義を明確にし、之に對する國家干涉の範圍を定め、水の自然力を國民生活に利用せしむるのを理想とするのであるが、我國に於ては未だ水法の制定を觀るに至らない。纔に河川法、砂防法及運河法等の規定があるのと、民法が私水に關し規定するだけであつて、治水行政は是等の制定法規と慣習とに依つて行はるゝの外なく、近代生活の要求に伴はないのは遺憾とする所である。

河川法施行以前に於ける河川に關する規定は、藩制時代に於て大小の各藩が定めた規範に従ふの外、舊慣を墨守するだけであつて其の制度は地方毎に區々に岐

れ、河川管理の方法及工事の施行又は費用負擔等一定してゐなかつた。明治の時代と爲つて府縣行政の區劃を定めたが、治水のことに關しては藩制時代の舊慣に依らしめたから、一府縣内に始終する河川であつても東西利を異にするもの、又は河川の利害が其の所在府縣と他府縣と相反するもの等があつて、治水行政上容易ならざる結果を惹起するの虞があつた。仍て是等を統一せむが爲に河川法の制定を觀るに至つたのである。然るに河川法を從來舊慣に依つて支配され來つた總ての河川に對し適用することは困難な事情があつたから、河川の狀況に依つては其の規定の全部又は其の一部を適用するの方針を採つた。即ち河川法を適用すべき河川を選擇する主義の下に立法したのである。故に我國の河川には(一)河川法を適用する河川と、(二)河川法の規定を準用する河川と、(三)河川法を適用若は準用せざる河川の三種ある譯であるが、本章に於ては、河川法を主として説明するのであるが、必要ある場合には河川法を適用若は準用せざる河川に論及する。

第二目 河川の意義

河川法に於ては、主務大臣に於て公共の利害に重大な關係ありと認定した河川に對し河川法を適用し夫れを河川と言ふ^(第一條)。併しながら行政上の便宜よりするときは、總ての河川を統一して規律することが適當である。本法が選擇主義を採用するに至つたのは、假令當時に於て舊慣に依る費用負擔等を變更することの困難があつたにしても、現在地方に於ける河川法規に關する命令の内容を觀ると本法と殆ど同一の内容を有するもの頗る多く、唯費用負擔に關し土木費負擔所屬區分に關する明治十一年七月太政官無號達の規定に依つてゐるのであるが、其の定め方が當を得ないのである。故に河川の利害關係の範圍を標準として河川の種類等級を定め、其の費用は利害關係を有する地方公共團體の負擔に歸せしむることを確立することが肝要である。現在に於ては漸次河川法の規定を準用する河川増加し、河川行政統一の傾向を觀るに至つた。従つて行政統一の必要からして

河川法を改正する必要はないが、現行法制の内容を改正することが寧ろ現時の要求である。

河川法を適用する河川は次の要件を具備することを要する。

一 河川なること。河川法を適用する河川は其の適用當時に於て河川なることを要する。普通に河川と稱するときは自然水の通路を言ふのである。固より水は低きに就くが故に、水の通路と言ふときは流水を前提とするは勿論である。従つて(イ)河川は流水の通路なることを要する、即ち流水と通路所謂川床とを以て構造せらるゝものである。或は河川は水流であると説明し川床と切離して流水を考察することが出来ないから流水と言へば河床を包含するものと説くが、何が故に自然流水の通路なることを避くるの必要があるか吾人の解する能はざるところである。(ロ)流水の通路なるが故に水面に屬する海湖沼池の類と異なる。固より是等水面に於ける水も、公水としての性質を具備するのであるが河川ではない。又(ハ)自然流水の通路なることを要するが故に、彼の人工を加へた流水の通路たる運河又は用悪水路とも相異なる。

或は河川を分つて自然水流と、自然水流の快疏を圖る爲に人工を加へて築造した所謂人工水流も亦河川なりと説明する者がある。併しながら吾々の社會觀念に於て河川と目すべきものは、往古より現在に至るまでの間に於て幾等かの人工を加へたものが多いのであつて、所謂原始的河川は尠いのであるから特に之を區別して論ずることは法律上何等の實益がない。故に假令自然水流の快疏を圖る爲に設けた水流も自然流水の通路であるものは河川と言ふべきである。是等の流水の通路の内如何なるものを公物である河川とするかは、各國法制の定むる所に依らなければならぬ。蓋し流水の通路を公物たる河川として規律するの要不要は各國同一に論ずべきでないからである。或は舟筏を通じ得べきや否やに依つて公物たる河川所謂公川と私川とを區別し、舟筏を通じ得べきものが公川であつて然らざるものを私川とし、或は流水の終歲存する河川を公川とし然らざる間歇川を私川

とし、或は水流水面であつて私人の権利の目的物たらざるものを公川とし然らざるものを私川とする等立法例は區々に岐れるのである。併しながら或河川を以て公物とするの必要ある所以は、河川の流水が國民共同生活の利害に反映するものであるから、之に對する私人の權利行使を排し、公衆の共用物たる實を擧げしめむとするのに外ならない。故に河川の效用が獨り舟筏を通過せしむるに止まらざることに鑑るときは、舟筏の通ずるや否やを標準として公川と私川とを區別するの不適當であることは言ふを俟たない。又不斷流水を見ざる河川でも、降雨に際會して出水するものがあるから、其の出水に依つて國民生活に與ふる災禍に鑑るときは之を公川とするの必要がある。又公物を構成する物に對する私權の存否は河川の效用と何等關係のないことであるから、以上述べた立法主義は何れも適當なものではない。故に最近の立法主義はこの實際に即して機械的に公川私川を分類せむとする傾向に在る。

我國に於ては如何なる立法主義に依つたか明確を缺くのであるが、之を法制の沿革と現行規定とに參酌して判斷するの外ないのである。明治七年太政官布告第二百十號地所名稱區別に關する規定に依れば、土地を官有と民有とに區別し官有に屬するものを列擧して河海等が官有地第三種に屬することを規定し、民有に屬する河川敷地を認めないのと、地租條例^(明治十七年太政官達第七號)に於て有租地に屬する民有土地が川成と爲つた場合に於て、其の被害の年より十五箇年以内免租し、其の年期を經過するも尙原地目に復せざるものは更に二十箇年以内免租し、其の年期明に至り尙原形に復せず他の地目に變ぜざるものは官有地第三種即ち河に歸するものと規定したことに徴するときは、河川敷地の私有を排し國有とするの主義を採つたことを窺知することが出來た。従つて此の制度の下に於ては官有地第三種川敷に歸した流水の通路が河川であると解することが正當であつた。然るに地租法^(昭和六年法律第二十八號)を制定し右地所名稱區別に關する太政官布告を廢止し同時に地租條例の規定した免租制度を繼承し^(地租法第五十五條)、免租年期滿了するも尙海湖又は河川の

狀況に在るものは、本法の適用に就ては海湖又は河川と爲りたるものと看做すべき旨を規定するに至つた。即ち地租法の適用に就ては夫等の土地は河川として取扱を受け地租を課せざる土地と爲るだけのことで、其の土地が河川行政上如何なる取扱を受くるかに關しては規定する所がない。此の制度の改正は河川制度に於ける重要な改正であつて、從來に於ける河川敷地の國有主義を拋棄して民有主義に改めたのである。従つて或一定の土地が河川と爲るや否やは前に述べた自然流水の通路なりや否やの點を標準として決定することを要し、其の土地が官有なりや民有なるやを問ふ必要がないのである。併しながら其の土地が河川と爲つたからと言つて直に公川と爲るのではない。此の點に就ては後に之を説明する。

我國に於ては公川のみ存在し私川なきことを主張する者あるが、必ずしも私川を許さない法意ではない。蓋し土地が川成と爲つた場合に於ける流水の通路は、河川であつて唯だ公川と爲らないに過ぎないのである。故に我制度に於ても私川の存在を否認すべきではない。民法第二百十九條は溝渠其他水流地の所有者は對岸の土地が他人の所有に屬するときは、其の水路又は幅員を變更するを得ざる旨を規定し、兩岸の土地が水流地の所有者に屬するときは、其の所有者は水路及幅員を變更することが出來るが、下口に於て自然の水路に復すべきことを規定し又民法第二百二十二條が水流地の所有者は堰を設くる需要あるときは、其の堰を對岸に附着せしむることを得べき旨を規定するに徴するときは、私川を認めたものと言はねばならぬ。論者或は民法の此の種規定は、沿岸土地所有者が公川に對し爲し得べき權能を認めたものであつて、此の規定あるが爲に我法制が私川を認めたものでないと言ふのであるが、公物たる河川に對し民法が河川の變更堰堤の設置權を認めたと爲すが如きは誤と言はねばならぬ。

茲に所謂河川は公物たる河川を言ふのである。此の河川の法律上の性質に關しては學說岐れ、或は國の營造物とし或は河川に關する費用を負擔する公共團體の營造物とし一定しないのであるが、是等は道路に關し説明したと同一であつて營

造物の主體を定むる標準を異にするに依つて生ずる結果に外ならない。河川法に依る河川は、主務大臣に於て認定するものであるから國の營造物であることは疑を容れない。

二 公共の利害に重大な關係ある河川なること。河川の作用が公衆の共同生活に密接の利害關係を有し、一面に於て國民の經濟生活に寄與する所多いと同時に、他面國民生活を脅威するものであることは既に之を述べた。河川法に於ては此の利と害の兩方面より觀て、公共の利害に重大な關係あるものに限り河川法を適用するのである。利害が重大であるか否かは内務大臣の認定する所に依るのであるが、其の利は河川の流域及航路の延長、又は其の河川の流水に依つて灌漑する土地の反別、若は流水を利用する事業の效果等に依つて判斷すべきものである。其の害は堤防欠止の延長、又は其の河川に依る水害區域と水害に依る損害價額、又は其の河川の治水費等を斟酌し決定すべきである。或は現行河川法が河川利用の點を忘却して専ら治水即ち洪水防禦の爲に立法したかに非難する者があるが、法は利害の双面的考案を怠つたのではない。唯だ河川法の規定に依つて施設されたことが治水に重く利水に輕かつたに過ぎない。蓋し利を興すよりは害を除くを以て急務としたからである。

三 主務大臣に於て認定すること。主務大臣が特定の河川を公共の利害に重大な關係ありと認定すれば足るものであつて、特定の河川に河川法を適用することを宣言するのではない。而して現行官制に於て河川行政の主務大臣は内務大臣であるから、内務大臣に於て特定の河川が公共の利害に重大な關係ありと宣言すれば足る。内務大臣が認定したときは區域及其の時期を官報を以て告示するを要し(第六十四條 施行第一條)、此の告示は認定する河川を告示するものであつて河川法に依る河川の區域を認定告示するものではない。蓋し河川認定の場合に於ける河川區域は既に一般河川として定まつた河川區域に限定せらるゝことが當然であるからである。或は此の認定は河川の上下流間の地點を認定し、河川の縦の區域を認定する

ものであつて、河川の横の區域を包含せずと爲す者があるが、唯だ河川法に依る河川の區域を認定しないだけであつて、河川の區域は認定前の從來の區域に依るべきは當然である。或は河川を系統的に觀察し、水系に依つて河川の單位を決定せむとする見解からすれば、河川の縦の區域も横の區域も之を認定せなければならぬ。然るにも拘はらず、唯だ主務大臣は縦の區域のみを決定するものと論ずるが如きは何等の論據がないのである。蓋し河川の單位は社會觀念上定まつてゐるのであつて、或は水系に依り定められたるものもあれば、地理學の見地に依り又は統治的見地からして往古より既に定められてゐるからである。例へば何々川と稱せられてゐるのが、夫れが一河川としての社會の通念であるから、主務大臣は其の社會通念に基き既に定められてゐる區域を確認すれば足るのである。

河川法に關係なき河川の認定に關しては何等の規定なく慣行に依る。即ち明治四年太政官布告第六百四十八號は治水修路のことは擧げて國家の政務に歸せしめ特定の事由ある場合に限り此の種事業の執行を私人に特許する制度を認め、既に述べた如く明治七年太政官布告第二百十號地所名稱區別は河川敷地を官有地第三種に編入せしめ、河床たる敷地の國有主義を採用し、又明治六年大藏省番外邊河港道路修築規則に於ては、河川の利害敷縣に關するものを一等河とし其の利害關係が一縣に關するものを二等河とし、市街郡村の利害のみに關するものを三等河とし、此の等級に依り其の費用の負擔を、或は官に或は部落に屬せしめたが其の改修及修繕工事は地方官の權限に屬せしめ、明治十一年太政官無號達を以て土木費負擔所屬區分の件を定めて、地方税を以て支辨すべき事件と町村又は區限りの協議費を以て支辨すべき事件とを區分し、地方一般の利害に關すべきものは地方税支辨に、其の町村限り區限り又數町村共同の利害に關するものは、其の町村又は區内限りの協議費の支辨に屬せしめ、明治十三年に至り太政官布告第四十八號を以て土木費官支辨の制を廢止したが、河川に關する費用負擔者を定むるの權限は依然として地方長官の權限に屬し、修築負擔を公共團體に屬せしむるも河川管

理の権限は地方長官の有するところであつて、地方長官は従來の右慣行に基き特に河川認定の處分をすること無く其の管内に屬する河川を管理するのである。併しながら此の制度の爲に國家の河川は何れも、地方長官の管理に屬すとは言い難い。即ち市街郡村の利害に關せざる河川も存在する譯であるからである。

第三目 河 川 區 域

第一 河川區域

河川法を適用すべき河川は主務大臣に於て認定するのであるが、此の認定に依つては河川が確認されたに過ぎないのであつて、未だ本法の支配する河川の區域が確定しないから地方行政廳は更に其の區域を認定することを要する（第二條）。其の認定は地方行政廳の自由裁量に屬するのであるが、河川の形狀は自然的作用に依り又は人工に依つて永久不變のものでなく常に變化するものであるから之を確定する行爲を必要とする。其の裁量を爲すに當つては一定の標準に依ることを要するのである。其の標準に關しては河川法上直接の規定がないが、河川法第二條第二項は流水河川の區域外に出でて永期に亘るべきものと認むべきときは地方行政廳は其の河川の區域を變更すべきことを規定したから、此の規定の精神を類推して河川の區域を定むる標準を判斷せなければならぬ。之に依るときは永期に亘り流水の存在する土地又は存在することあるべき土地の範圍に限定すべきものである。故に此の標準に該當せざる土地を河川區域に認定したときは違法の認定と爲る。併しながら認定した後、河川形狀の變更に依つて流水が存在せざるに至つても直に河川區域を離脱するものではなく、地方行政廳に於て河川區域を變更せざる以上は河川區域たるを失はない。或は河川臺帳に關する細則に於て、河川臺帳に記載すべき事物の所在區域を限定して、無堤部に於ては洪水の達する區域、氾濫すべき土地に於ては相當と認定した區域であると規定したから、河川の區域は堤防を以て限界とするを原則とし、堤防なき部分に在つては最高水量の達する程

度を標準として河川區域を定むべきであると説明する者があるが正當ではない。

地方行政廳は以上の標準に依つて河川區域を認定するのであるが、河川法に於ては特別の規定を設け、流水が河川の區域外に於て永期に亘るものと認めたときは河川の區域を必ず變更すべきことを規定した。即ち其の状態あるときは必ず區域變更をなさなければならぬのである。之が普通公物に於けると違ふ點である。普通公物例へば道路等に於ける區域を認定するに方つては、夫れを公物として公共の用に供するに付、管理者が物の支配者としての權利を取得した上でなければ區域を認定することが出来ないことは既に説明した所であるが、河川法に於ては右の手續を履行せずして河川區域を認定することを必要とするのである。蓋し永期に亘つて流水が存する土地は、地租法の規定如何に拘はらず河川と爲るべき運命に置かれた土地であるから、之を直に河川區域とすることが河川行政上必要であるからである。故に地租法の規定に依り河川と爲つた土地は勿論、河川と爲らざる土地も河川區域に認定することが出来る。

河川法に關係なき河川の區域は前にも述べたやうに、地租條例に所謂川成と爲つた區域を指し、必ずしも流水の存する區域に限定すべきものではなかつた。即ち土地の地目の設定に依つて確定したのであるが、地租法は地所名稱區別に關する太政官布告を廢止したが爲に、川床の民有に屬する河川を觀るに至つた。従つて河川法第二條第二項の如き法の明文が無いのであるから、管理者は假令其の土地に永期に亘つて流水が存在し、又は地租法に依つて河川に編入されたとしても其の土地の支配權を取得せずして、其の土地を河川の區域に認定することは出来ないのである。然るに此の土地の上に存する水其のものに就ては公水としての法律關係が成立すると説く者あるが、此の規定を要せずして私所有權を制限することは許されないのである。

第二 河川區域認定の手續

河川區域の認定手續に關しては河川法は何等規定して居ないが、區域の認定は

行政處分であるから、地方行政廳が河川區域を認定した意思を外部に表示するを要するは勿論である。唯だ其の表示方法及手段は、地方行政廳の自由に決定する所に依る。或は河川臺帳の公告を以て河川區域の認定處分と解する者あるが、河川臺帳は既に認定した河川區域を表示するものであつて、河川臺帳の公告と河川區域の認定とは別個の行爲に屬するから混同すべきでない。地方行政廳が河川區域を認定した場合に於て其の土地が既登記のものであるときは遅滞なく其の登記の抹消を登記所に囑託することを要し^(不動産登記法 第一百二條ノ三)、又其の土地が未登記のものであるときは其の旨を所轄稅務署に通知することを要する^(土地臺帳規則施行細則第五條)。

第三 河川區域認定の効果

河川區域の認定は地方行政廳が一定の土地を、河川の區域なりと宣言する行政處分であつて、其の認定した事實は確定力を有し次の効果を生ずる。

一 河川區域内の土地は河川敷地と爲り土地所有權は消滅する。公物を開設する場合に於ては、之を開設する者に於て公物を構成すべき土地物件に對し、正當の權利を取得した上でなければ公物の公用を開始することが出来ないのが原則である。然しながら河川法に於ては此の原則に従はずして、地方行政廳は河川敷地と爲るべき土地に對し何等の權利を取得することなく、河川區域の認定處分に依つて法律上權利は消滅することとした。然しながら、此の特別規定を設けた爲に河川管理者が土地收用法の規定に依つて河川敷地と爲るべき土地を收用し又は任意賣買の方法に依つて土地を取得することを禁止したのではない。地方行政廳が以上の方法に依るか又は本條の方法に依つて土地を取得するかは地方行政廳の自由である。然しながら斯の如き立法が適當であるか否やは議論の存する所であつて、他の公物に對する國家の制度に比較するときは、私權を輕視するの嫌があるばかりでなく、河川區域に認定せられた土地の所有者のみが過重の河川負擔に任すべきことゝ爲つて、負擔の公平を失するから矢張り道路法等に觀るが如き立法を適當とする。併し河川法も亦全然無償で所有權を消滅せしむることを目的とし

たのではない。河川區域と認定した土地が河川法適用前私人の所有權を認めたまのであるときは、荒地に非ざる限り従前の所有者若は其の相續人の請求に依つて公益を妨げざる限度に於て其の敷地の占用を許可することとし^(施第 九條)、其の占用を許可せざるとき又は之を禁止するときは相當の補償金を下附することとした^(施第 十條)。蓋し荒地は事實上利用價值尠きものであるから、其の占用權を認めない趣旨であつて、事實上土地を利用したものに對しては假令河川區域に認定しても其の利用を妨げざることを期し、之を妨ぐる場合に於て補償制度を採つたのである。荒地なりや否やは土地の事實上の形狀に依つて判斷することを要し、土地臺帳等の地目に依つて判斷すべきものではない。又其の土地の形狀を判斷すべき時期は河川法適用前なることを要するから、主務大臣が第一條の規定に依る認定をした時であるやうであるが、主務大臣の認定は直に河川法に依る河川の區域を確定するものではなく、地方行政廳の區域認定に依つて確定するのであるから、河川區域認定時を標準として判斷することを要する。區域認定當時荒地であつたものが後日に至つて非荒地と爲つた場合に於て、従前の所有者又は其の相續人は之を占用する權利を有するや否やは議論の存する所であるが、立法の趣旨に稽へ積極に解すべきである。河川敷地の舊所有者に對し河川敷地の占用を許可せざるとき又は之を禁止するときに下附すべき補償金は相當のものなることを要する^(施第 十條)。相當の補償金を要することを要するから、民有地が河川敷地と爲つたが爲に土地所有者が受くべき通常の損失を補償せなければならぬ。河川法は是等二個の手段に依つて河川區域認定の爲所有權を喪失した者を救済せむとするのである。

此の規定に依つて所有者の得た占用權も、第十八條に所謂占用であつて行政廳は第四十二條の規定に依り、占用料を徵收することが出来るやうであるが、占用を許可せざる場合に於て補償を要する立法の趣旨に鑑るときは、假令占用を許可しても之に對し占用料を徵收すべきでないことは、占用を許可せざる場合との權衡上當然のことである。

二 河川区域内の土地を目的とする抵當權、地上權及永小作權等の權利は消滅する。河川区域内の土地は其の認定と同時に私權の目的と爲ることを得ざるに至るのであるから、此の土地を目的とする抵當權、地上權及永小作權等の權利も亦當然消滅する。此の場合に於て抵當權は其の目的物の滅失に依つて消滅するのであるが、抵當權者は目的物の滅失又は毀損に依つて、債務者が受くべき金銭其の他のものに對しても抵當權を行使することが出来るから(民法第三百七十
二條第三百四條)、土地所有者が河川法施行規程第十條に依り補償金を受くる場合に在つては、其の補償金に對し抵當權を行使することが出来る。併し土地所有者が其の土地の占用權を得た場合に在つては、抵當權は占用權に追隨すべきものでないから、抵當權を實行することが出来ないのである。

行政廳が河川敷地の占用を許さざる場合に於て地上權、永小作權等の權利が消滅するのは當然であるが、反之占用を許した場合に於て地上權者又は永小作權者が所有權者に代つて其の占用を出願すべき權利を有するか否かは疑の存する所であるが、特別の明文なき限りは是等權利者は占用を出願することが出来ないものと解する。蓋し是等の權利者は所有權者に代位する權能がないからである。

三 河川區域の認定は確定力を生ずる。地方行政廳が河川區域を認定したときは其の区域内に存する土地は、何等の手續を要すること無く直に河川敷地と爲る。若し地方行政廳が河川區域認定の標準を誤つて、河川區域と爲すべからざる土地を河川區域とした場合と雖、其の認定は取消あるまでは依然效力を有するから河川區域たるを失はない。又認定は行政處分であるから假令違法の認定があつたとしても、之が爲に私權の侵害を理由として其の認定の取消を司法裁判所に出訴することが出来ない。之と同様に河川區域に認定した土地が民事々件の目的と爲つた場合にも、民事裁判所は其の區域の認定に付裁判するの權限がない。

第四目 河川及其の敷地若は流水と私權との關係

河川は敷地及流水を以て構成すべきは、河川が流水の通路たる當然のことであるが、流水が敷地即ち川床の所有權に包含するものであるか或は獨立のものであるかは議論の存する所であつて、或は流水は土地に停留するものでなく不斷流動するものであるから、之を繼續的に支配することが出来ない、従つて所有權の目的と爲らぬと言ひ、或は水を利用し得る權能は川床を利用し得る權能を伴はなければ水利經濟上の目的を達することが出来ない、故に水の利用に付いては水其のものと川床とは分離すべからざる一體であつて、之を分離し川床のみに對する權利又は水のみに對する權利の存在を認むるは意味を爲さないと爲す。然しながら流水も亦川床と獨立した有體物であるから所有權の目的物たり得ることは疑の存せざるところである。唯だ其の性質上繼續的に同一物を占有することが出来ないに過ぎない。蓋し所有權の目的物が物理學的見地に於て變質することがあつても所有權の觀念に反するものでないからである。或は有體物が總て所有權の客體と爲るものではないとし、所有權の完全支配權に服從し能はざる有體物は所有權の客體たり得ずとし、流水を形體的に支配するときは直に流水たるの本質を缺くに至り、最早流水と言ふを得ないと主張する者があるが、問題は流水を形體的に支配し得るやの問題であつて、支配後に於ける水の性質を論議するのではない。水が或る一定の土地に入れば其の支配に屬し其の土地を去ると共に其の支配を脱す、即ち土地に入りてより脱するまでは完全に支配權に服從するのであつて所謂所有權の客體たるものである。従つて第一説の採るべからざるや明かである。

後説は流水は川床を離れて利用することの出来ないものであるから、流水を川床と一體と見るのであるが、獨立した有體物を一體と爲すことは法の特別規定があつて始めて言ひ得ることである。然らざる場合に於ても尙同一體と爲すは獨斷である。故に流水と雖川床と獨立した有體物であつて所有權の目的物たることを得るものと解する。然しながら流水が所有權の目的物たり得ることは直に川床の所有權に服すべきものと解すべきではない、川床の所有權に服せしむべきや或は

又流水のみを特別の規定に従はしむべきやは一國立法の問題に屬し、無主物主義、公有主義及私有主義の三立法例が在る。

河川又は河川を構成する敷地若は流水は以上述ぶるやうに、物本來の性質上當然に私權の目的物たることを得る適格を有するものである。然しながら是等の物件に對し私權の存在を認むるときは河川行政上困難を生ずる場合があるから、河川法に於ては河川が私權の目的と爲るを得ざる旨を明かにすると共に、其の敷地若は流水も亦私權の目的と爲ることを得ざる旨を規定した。河川が公共物たる性質を有することからすれば理論上私權の目的物たらざるものであつて、河川法の規定を俟つ迄も言ふ議論も成立し得るのであるが、之を構成する敷地若は流水に對しても私權を排斥する立法が適當であるか否かに關しては議論の存する所である。或は河川を構成する敷地若は流水に對し私權を認め、河川の公用を妨ぐべき行爲を禁止若は制限するのも一方法である。或は道路法が採用した主義と同一に、河川敷地其の他河川を構成する物件は必ずしも營造物主體たる者の所有に屬することを必要とせず、唯だ河川の效用を妨げざる限度に於て私權の存在を許容するの亦一方法である。

立法論からすれば公共物の目的を達する上に於て障礙なき限りは、其の公共物を構成する物件に對し私權の存在を認め、公共物の目的に反する私權の行使を禁止制限すれば足るのである。河川法に於ては此の主義を採ることなく、河川の敷地若は流水は私權の目的物たるを得ざらしめたから、是等の物件は法律上如何なる地位を占むるやに關し學説岐る。

國家私有説の説明する所に依れば、物は性質上所有權の物體たることを得るのであつて、假令物の存在に依つて行政の目的が實現せらるゝ場合に在つても、物本來の性質上よりして其の所有權を否認すべき理由がない、假令夫等の物體が行政の目的に供せらるゝことに依つて特定の制限を受くることがあつても、其の制限は行政權の作用に基くものであつて所有權の作用に依るのではない。故に公

物を構成する物に在つては、民法の規定する所有權以外に行政權の作用に依つて其の物に對する第三者の關與を妨止する二個の作用があるのであつて民法の所有權の目的物たることに於て異なるべきでない。従て河川法第三條が河川並其の敷地若は流水は私權の目的たることを得ずと規定したのも、其の私權とは私人の有する私權の意味であつて國家が私法上に於て有する權利の意味ではないから、河川敷地若は流水は國家の私法上の所有に屬すると言ふのである。

公有説の説明する所に依れば、國家又は公法人が物を公の目的に供し或は一般公衆をして自由に之を使用することを得しめ、或は特定人の爲に特別の使用權を設定する等、之を支配する方法は公法的であつて是等の作用は公法上の所有權の效果に屬するのであると言ひ、河川も亦性質上所有權の目的物たるを得ざるものではない、河川法が河川並其の敷地若は流水は私權の目的たるを得ずと規定したのは、河川が公物として民法上の意義に於ての不融通物であつて、私人が之に對し所有權其の他の私權を取得するを得ざることを示したに止まり、全然無主物たらしむる趣旨ではない。河川法は唯だ河川の私有主義を排斥して其の公有主義を明言したに外ならないと言ふのである。

無主物説の説明する所に依れば、河川並其の敷地若は流水は其の本來の性質上私權の目的たる適格を有するのであるが、河川法に於ては私權の目的と爲すことを得ずと規定したから、私人は勿論公共團體又は國家と雖之を所有することが出来ない。河川の效用を廢止したときは民法第二百三十九條に依り國家は民法上の所有權を取得すると言ふのである。

想ふに河川法が河川並其の敷地若は流水を私權の目的とすることを得ざる旨を規定したのは、河川を私權の目的に供するときは或は時効等に依る權利義務の發生消滅を招來し、爲に河川の效用を害する結果を惹起することなきを保し難いのと、又河川の敷地若は流水は實際上河川其のものゝ構成部分であつて之に對し私權を認むるときは、結局間接に河川に付私權を認むることゝ爲ると、若し敷地

に付所有權を認むるとせば、河川に關する工事を施行する毎に敷地所有權者との間に權利の取得に付交渉を要し、一河川の敷地に付數多の所有權者を生じ、是等に對し交渉することは、河川行政執行上困難な問題を惹起するものと認めたるに因るものであらう(河川法理由書)。固より是等立法の動機若は緣由に付いては遽に贊成することが出來ないのであるが、法は固より公物に於ける所有權の存在を許さずと規定するの自由を有するから、其の立法緣由の適當でないことを理由として法の規定を離れて權利の目的たり得るや否やを論議する如きは無益のことに屬する。

國家私有説は河川の敷地若は流水は國家の私有に屬すと言ふのであるが、權利に國家と私人との有する二種類の私權があるべきものでないから、河川法が私權の目的たることを得ずと規定した以上は、國家の私權たると私人の私權たると其の主體に依つて區別すべき根據がない、殊に不動産物權の得喪に付登記主義を採用した我國に於て、既登記の土地が河川の敷地と爲つたときは、論者の見解に従へば登記制度の原則に基き國家の所有に歸したことを登記すべきものであるに拘はらず、此の場合に於ては地方行政廳は遲滯なく其の登記の抹消を登記所に囑託することを規定し、此の囑託を受けた登記所は登記用紙中表示欄に河川の敷地と爲つたことを記載し、土地の表示、表示番號及登記番號を朱抹し其の登記用紙を閉鎖すべきことを規定した(不動産登記法第百二條ノ三)趣旨からするときは、國家私有説の正當でないことが判る。加之廢川敷地處分令は河川敷地の效用を廢止した場合に於て、其の土地を國有と爲す必要があるときは、府縣知事をして國有地に編入せしむべき旨を規定した趣旨からしても、廢止前に於ける河川敷地若は流水が國家の所有に屬してゐないことを知ることが出来る。従つて國家私有説は法上に根據がないのである。

公有説は公所有權の存在を前提とする學説であつて、公所有權は物が公物として公用に供せらるゝ間私法上の作用を停止し、公物の目的に適合する如き公法上の取扱を受くることを説明する便宜に出たもので、此の特別の取扱を受くること

が公所有權の作用に外ならないと言ふのであるが、物と之を支配する人との關係を規律する場合に於て公法と私法との區別があるべきものではない、従つて此の説は結局國家私有説と同一である。例令國家私有説に於けるが如き不動産登記法との牴觸を避けて説明することが出來ても、廢川敷地處分令に於ける矛盾を説明することは出來ない。況んや此の説を採用する學者が河川敷地、若は流水が河川費用を負擔する府縣の所有に屬することを説明するに至つては、其の論據を疑はしむるのである。結局無主物説は以上説明した法上の矛盾を避け、國民生活の實際に適合してゐるから現行法制の下に於て正當な見解と言ふべきである。

以上の三説とも何れも不合理のものと爲し、河川は公物なりと言ふ外はないと説明するものがある。固より河川が公物なることは何人も異論はない、併しながら其の公物は流水と川床とを以て構成せらるゝ物であつて觀念上の想像物ではない、従つて有體物なるが故に之に對する所有權に關する議論を生ずるのである、故に單に公物なりと言ふだけでは問題の核心に觸れた説明と言へないのである。

河川敷地若は流水が無主物である結果、是等の物件は國有財産法に所謂財産に屬しない、従て同法の支配を受けないのは勿論である。又公有水面の埋立に付いて規定した公有水面埋立法も、其の目的とするところは國有に屬する水面の埋立であるから、河川水面の埋立に關し適用されないのは當然であつて、是等は専ら河川法に依りてのみ支配されるのである。是等の物が竊盜罪の目的物たり得るや否やは議論の存する所であるが、或は竊盜罪の目的物は常に他人の所有に屬するものなることを要件とするから、河川敷地に於ける砂礫を竊取しても竊盜罪を構成しないで、唯だ河川法第五十八條に規定する犯罪を構成するに過ぎないと論ずる者がある。併しながら竊盜罪は概念上領得罪であるから其の目的物は必ずしも他人の所有に屬する物たるを要しないで、他人の所持し管理するものである以上は盜罪の目的物たり得るから河川の生産物を竊取したときは竊盜罪を構成する。

河川法の適用ある河川の水面に漁業權を設定するを得るや否やも亦議論の存す

る所である。自由漁業は漁業法の適用を受けずして一般河川の使用であるから、問題と爲らないのであるが、免許漁業は行政官廳の免許を得て一定の水面を獨占し漁業を爲す私権であるから、漁業を免許することは河川敷地若は流水に對し私権を設定するものゝやうである。併しながら漁業權は漁業を爲す行爲權に屬し、唯だ其の行爲を爲す範圍が水面に限定せらるゝに過ぎないから、此の免許があつても河川敷地を私権の目的に供するものと解すべきではない、唯だ漁業の爲に一定の水面に漁具その他の工作物を施設して爲す定置漁業に在つては、漁業の免許には當然水面を占用する權利の免許を包含し、漁業と河川使用權とが一體と爲つて一種の權利を構成してゐるが、此の種漁業權者が水面を占用する場合に在つては、更に河川法第十八條に依る河川占用の許可を受くべきものと解する、蓋し漁業權は一種の行爲權であつて河川の支配權を包含しないからである。

河川法に關係なき河川の敷地は從來國有に屬し、私人の所有權を排したること及び地租法の制定に依つて私有に屬する敷地を見るに至つたことは既に述べた。従つて其の敷地は官有に屬するものもあれば民有に屬するものもある譯である、而して是等河川に於ける流水に關しては河川法の如く特別の規定がないのであるから、無主物なりや或は公有私有に對するやは矢張り議論がある。然しながら前にも述べたやうに流水も亦私権の客體たるを得べき資格を有するものであるから、敷地に關し所有權を認むる以上は流水に對する私権を認むるのは當然である。想ふに地租法制定以前に於て我國法が河川敷地を國有に屬せしめたのは、其の敷地の上に存する流水が公共の安寧幸福と至大の關係を有し、其の利用を私人の欲する所に放任するときは公衆共同の利益を擧ぐる能はざるものと認めたと爲に、流水を國家の有に歸せしむべく其の敷地を國有に歸せしめたるものである。然るに其の制度を廢止して敷地の私有制度を認めた以上は、流水も亦其の所有權に従ふべきは勿論であつて、流水のみが國家の所有に屬し若は公法上の支配に屬すとは言ひ得ないのである。固より土地の所有權は法令の制限内に於て、其の土地の上

下に及ぶは民法の大原則であつて、其の權利は土地と別個の物である流水にまで及ぶべきに非ざるは勿論であるが、之が爲に流水が公法上の支配に屬するとは言ひ難い、矢張り我國に於ては流水は土地の支配に屬するものと解せなければならぬ。故に民有に屬する河川敷上の流水を、私人の自由處分に放任することが公衆共同の利益に反する場合に在つては、河川管理者は其の敷地を買收して河川の區域に認定するか、或は警察命令を以て其の所有權行使の自由を制限するより外ないのである。

第五目 河川法の領域

河川法は主務大臣の認定した河川に適用するものであるが、其の河川に流入する支川若は其の河川より分岐する派川及河川の公利を増進し、又は公害を除却輕減する爲に設けた工作物は、主務大臣の認定した河川の利害と密接の關係を有するから是等に對しては河川法の規定を適用し、又將來河川と爲るべきものに對しても河川法を適用するの外、主務大臣の認定せざる河川及水面に對し、河川法の規定を準用する途を設け河川行政を完全ならしむることを期した。

一 河川の支川若は派川。 河川法の適用を受くる河川に注流する支川、又は幹川より派流する派川は、共に幹川に於ける公共の利害と重大な關係を有し、従て獨り幹川に河川法を適用しても、是等の支川派川に對し相當の取締を爲すのでなければ、河川行政の目的を達することが出来ない場合があるから、是等に對しては河川法の規定を適用する制度を採つた。然れども河川の狀況に依つては、必ずしも總ての支川派川が幹川に重大な關係を有するものと限らないから、地方行政廳に於て其の支川派川の齎すべき利害の輕重を判斷し、河川法の規定を適用するの必要があるものと認めたる支川派川に限り河川法を適用するのである(第四條第一項)。而して其の適用すべき規定の範圍も又支川派川の狀況に依り、必ずしも河川法全部の規定を適用するの必要がないから、地方廳の發する命令を以て特別の規定を

設けしめ、其の特別の規定を設けない場合に限り河川に関する規定を適用する。地方行政廳が支川派川を認定したときは地方の公布式に依り告示することを要する(施策_二條)。

二 河川の附屬物。河川より生ずる害を防止し、河川の善良な状態を維持するが爲に堤防護岸水制等を施設し、河川の效用を増進するが爲に河津舟曳道等の工作物を設置する。是等の施設に依つて原始的河川は始めて完全なる河川の效用を爲し、治水行政の目的を達することが出来るのである。故に是等の工作物其の他流水に因つて生ずる公利を増進し、又は公害を除却若は輕減する爲に設けたものであつて、地方行政廳が河川の附屬物と認定したものに對し、河川法の規定を適用する制度を採つた(第四條_{第二項})。故に河川の附屬物たるには河川の公利を増進し又は公害を除却輕減する爲に設けた工作物なることと、地方行政廳が河川の附屬物と認定したことの二要件を具備することを要する。従て(イ)附屬物は流水に因つて生ずる公利を増進し、又は公害を除却若は輕減する爲に設けたものたるを要し、自然物は附屬物たるの資格がない、又之を施設した者が私人だと公共團體たるを問はないのである。(ロ)認定することを要するから假令河川の公利を増進する爲に設けた工作物と雖、地方行政廳が之を河川の附屬物と認定せざる時は、單純な工作物であつて河川法の支配を受けない。併しながら是等の工作物は、河川行政執行上必要あるものに限り、地方行政廳は附屬物に認定せなければならぬ義務を有する。道路法に於ては其の附屬物の範圍を法律に於て規定し、所謂法定主義を採用したのに反し、河川法に於ては認定主義を採用した。前主義は附屬物の範圍を明確ならしむることに於て特質があるが、一面事の便宜に處するに缺くる缺點がある。認定主義は前主義に見る如き缺點はないが、其の特點たる附屬物の範圍を不明確ならしむるの缺點があつて一利一害を存する。河川法は附屬物認定の主義を採つたが、其の認定は地方行政廳の自由に任せないで、其の工作物の效用が流水に因つて生ずる公利を増進し、又は公害を除却輕減する目的

を有するものに限り認定すべきことに制限した。従つて此の範圍を超過して附屬物を認定したときは違法の認定と爲るのである。地方行政廳が河川附屬物を認定したときは、地方の公布式に依り告示することを要し(施策_三條)、河川附屬物に對しては地方行政廳に於て特別の規定を設けた場合を除くの外、總て河川に関する規定を適用する。

河川の附屬物が二府縣上に跨る場合に在つては、統一して管理することが出来ない。又地域に従つて獨立に管理することを不得策とする場合があるから、此の場合に於ては協議に依つて關係府縣知事の一を以て、其の附屬物の全部又は一部を管理せしめ、協議調はざる場合に於ては内務大臣の指揮を受けて決定する。管理すべき附屬物及其の管理者確定したときは、關係府縣知事は之を告示することを要し、確定した管理者は、其の附屬物に関する工事を施行し其の維持を爲す義務を有する。其の費用に就ては管理者たる府縣知事の統轄する府縣に於て、其の全部を負擔すべきものであるが、附屬物の效用如何に依つては必ずしも管理者の統轄する府縣が負擔するの必要ない場合があるから、他の關係府縣をして其の一部を負擔せしむるの制度を採つた。又其の附屬物より生ずる収入は管理者たる府縣知事の統轄する府縣に歸することゝしたが、費用の一部を關係府縣に負擔せしむる制度を採りながら、其の収入の全部を管理者の統轄する府縣に歸せしめたのは、支出の存する所収入も亦之に伴ふ主義に相反する。河川臺帳は管理者に於て調製するを原則とするのであるが、此の場合の河川臺帳は關係府縣知事に於て其の管轄區域に屬する部分のものを調製する(明治三十五年内務省令第十六號)。

三 堤外地。河川に関する工事の爲必要あるときは、地方行政廳は堤外地に對し公用負擔又は公用徴收を爲すことを得べき途を設けた(第三十九條_{第一項})。併しながら河川法上に於て堤外地の何たるやを規定しないが、次に述ぶる河川附近地に對稱するときは、堤防と河川區域との中間に位する土地であつて河川區域に屬せざるは勿論附屬物でもない、普通の土地であることを推定することが出来る。堤外

地の制度を認めたのは其の土地の占むる位地の關係からして公用負擔公用制限を爲す必要があるからである、従つて是等土地の區域は認定するの必要はない。

四 附近地。前に述べた堤外地に非ざる沿岸若は沿堤土地に關しては、其の地先に施行すべき工事の爲必要な場合に限り、公用負擔又は公用徴收を爲し^(第三十九條第二項)、河川附近の土地に對しても河川に關する公利を増進し、又は公害を除却若は輕減する爲に必要な制限を爲すこととした^(第四十五條)。是等の土地を堤外地の關係に鑑て判斷するときは、堤外地は河川區域と堤防との中間に在る土地であるから夫等の土地の制限は第三十九條第一項の規定に依つて規律すれば足るのであるから、茲に言ふ沿岸若は沿堤地は堤外地でなくして護岸に沿ひ、若は堤防に沿ふ所謂堤内地を言ふものと解すべく、又廣く河川附近の土地と言ふときは、堤外地は勿論沿堤地に屬しない河川附近の土地を指すものと解すべきである。此の土地の區域は府縣知事之を決定し内務大臣の定むる方法に依り告示することを要する^(施第三條)。此の土地の制限に關しては第五節に説明する。

五 土砂扞止地。河川に土砂を流出する虞ある土地の所有者に對し、一定の義務を命じ得るの途を設けた^(第四十六條)。河川附近地に關しては既に述べた制度があるから、此の制度は河川の upstream 山地に適用する趣旨であるが、砂防法の適用に依つても砂防の目的を達する譯であつて、法は兩法の何れを適用するも問はない趣旨と解する。

六 新に河川と爲るべき區域及其の附近土地。近く河川と爲るべき土地の區域若は其の附近の土地をして、土地所有者又は其の権利者の自由處分に任ずるときは、其の土地が近く河川區域若は附近地と爲るが爲に土地の不經濟的使用を招來し、所有者に對して意外の損害を與ふるばかりでなく、河川工事の執行を澁滞ならしむる虞があるから、河川に關する工事に因り新に河川と爲るべき區域若は其の附近土地に對しては命令の定むる所に依り、河川若は河川附近の土地に關する河川法の規定を準用することを得しめた^(第四十六條)。然しながら公物に關する規

定を將來公物と爲るべきものに準用せむとするのであるから、漫然河川と爲るべき區域を決定し、河川法の規定を準用するが如きは許さざる所であつて、其の前提として河川に關する工事の存すること、即ち工事の計畫が決定したことを必要とし、自然の作用に依り河川と爲るべき區域等に關し適用すべきでないのは當然である。之に關しては明治三十年勅令第三百七十七號の規定する所である。

(1) 區域の決定。河川と爲るべき區域並に其の附近の土地の區域は、府縣知事に於て内務大臣の定むる方法に依つて之を告示することを要する^(同勅令第二條)。

(2) 行爲の禁止制限。河川と爲るべき區域に於て其の土地に固着して施設する工作物又は之に沿ひ、若は之を横過し又は其の地下に於て施設する工作物を新築改築若は除却せむとするときは府縣知事の許可を受くることを要し^(同第三條)、工事營業其他の行爲であつて、河川と爲る區域の現状若は新に生ずべき河川に影響を及ぼすの虞あるものに對しては、府縣知事は命令を以て其の行爲に付禁止若は制限し又は許可を受けしむ^(同第四條)。又府縣知事が必要と認めるときは、河川附近の土地家屋若は其の他の工作物に關し、公利を増進し又は公害を除却若は輕減する爲に必要な制限を爲とことが出来る^(同第九條)。是等の禁止制限に依つて受くる許可は河川法第十七條等に於ける許可と違つて禁止制限を解除するものであつて權利を附與する處分ではない。故に是等の許可に因つて生ずる事項の廢止變更若は移轉等に關しては、河川法の規定に依るべきでないから、同勅令は第五條第六條等の特別規定を設けた。

(3) 作爲及受忍負擔。府縣知事は命令を以て新に河川附近と爲るべき土地若は工作物の所有者に對し、土地の缺壞若は土砂の流出を豫防する爲に必要な設備の全部若は一部を爲すことを命じ、土地及工作物の所有者は此の命令に依る義務を負ひ又は其の費用の全部若は一部を負擔する義務を負ふのである^(同第九條)。河川に關する工事の爲必要あるときは府縣知事は、河川と爲るべき區域に立入り又は其の土地を材料置場等に供し、又は已むを得ざるときは其の土地に現在する建設

物其の他の障害物を除却することが出来る。河川と爲るべき區域に沿ふた土地の地先に施行すべき工事の爲必要ある場合に於ても、亦其の土地に立入り之を使用し障害物を除却することが出来る（同第七條）。

併しながら是等の爲に土地及工作物の所所有者が、損害を受けたときは之が補償を請求する権利を有し、其の補償金に對し不服ある者は民事訴訟を提起することが出来る（同第七條第三項）。

七 河川法を適用せざる水流若は水面又は河川。總ての河川に對し河川法を適用するのは河川行政上理想とする所であるが、久しきに亘る地方の慣行あると河川敷地に對する私權又は河川費用負擔等に影響する所から、河川選擇主義を採つたことは既に述べた。併しながら第四條の規定に依つて支川派川と認定するの必要のない支川派川でも適用河川の管理を十分ならしむるが爲、河川法の規定に依らしむる必要があるのと、河川法適用河川に關係のない河川に關しても河川法中河川取締に關する規定を適用し、漸を逐ふて理想に近からむことを期するの必要があるから、特定の水流水面又は河川に、河川法の規定を準用するの制度を採用した（第五條）。

河川法の規定を準用すべきものゝ範圍は、第一條の規定に依り主務大臣が認定した河川に流入し若は其の河川より分岐する水流若は水面と、主務大臣の認定せざる河川の三者に限るのである。河川に流入し若は分岐する水流とは常に流動する水流を謂ひ、河川に流入し若は分岐する水面とは静止する水面を謂ふのであつて、何れも河川よりは其の範圍が廣汎であつて用悪水路及湖沼等の如き類を包含するのである。前者は河川法第四條に依り河川法を適用すべき支川若は派川と其の形態同一のものであるから、夫等と區別する便宜の爲に水流と稱するに外ならないのである。従つて支派川に河川法を適用するや或は準用するやは支派川の公共の利害に關係する程度の厚薄を標準として決定すべきものである。第一條に依り主務大臣の認定せざる河川も既に説明した如く國の營造物であつて唯だ公共の

利害に重大な關係を有せざるが故に、河川法の適用を受けないのである。故に河川行政の見地からすれば、此の河川も亦河川として規律さるべきであるから、河川法に規定する河川取締と同一の制度を以て規律せむことを所期したのであつて、河川法は特定河川即ち認定河川のみを目的として制定されたのではなく、廣く一般河川に關しても考慮したことは注意すべき點である。河川法の規定を適用若は準用する河川と然らざる河川とは、其の河川の公共の利害に關係する程度に厚薄がある結果であつて、其の厚薄を標準として區別されてゐる。現在に於ては流域、流路、船の航路、本堤の延長、閘止を要する延長、灌漑反別、水害區域、治水費及水害損失價額等を標準として決定する。準用すべき水流若は水面又は河川を府縣知事が認定せむとするときは、内務大臣の認可を受くることを要し、此の認可は府縣知事に對する監督上の作用である。

準用すべき規定の範圍は明治三十二年勅令第四百四號の規定する所であつて、府縣知事が河川法の規定を準用すべき水流水面若は河川と認定したときは當然準用あるべき規定と（同令第二條）、内務大臣又は府縣知事が命令を以て準用すべきことを規定し始めて準用あるべき規定との二種に分類することが出来る。

前者は河川並其の流水が私權の目的たらざる規定（第三條）、附屬物に關する規定（第四條第二項）、行政廳の工事請負禁止の規定（第十條）、請負の制限に關する規定（第十條）、河川の使用に關する制限並警察に關する規定（第十六條乃至第二十三條）、受命者費用負擔に關する規定（第三十條）、公用徴收公用制限に關する規定（第三十八條、第四十條）、損害の賠償、使用料占用料及通航料徴收に關する規定（第四十一條乃至第四十三條）、公用負擔に關する規定（第四十五條乃至第五十條）、河川行政監督に關する規定（第四十九條第三項、第四十四條）、私人の義務強制に關する規定（第五十二條乃至第五十八條）、訴願及訴訟に關する規定（第五十九條乃至第六十三條）及是等の規定に基いて發する命令の規定を包含し、後者は河川法中前者の規定を除いたものを準用するのであるが、河川の敷地が私權の目的となることを得ざる旨の規定（第三條）、主務大臣に於て河川を管理維持し又は工事を施行する規定（第六條、但書第八條、第二十四條第二項）、河川費

用に對する國庫補助及負擔に關する規定^(第二十六條乃至第二十八條)、河川工事費受益公共團體負擔に關する規定^(第三十條)は準用することを許さないのである。而して此の場合に於て内務大臣又は府縣知事が、命令を以て準用すべき規定を定めたときは、其の定めた命令が河川行政を規律するのではなくして、河川法其のものが規律することゝ爲るのである。

河川法に關係なき河川の堤防護岸も亦河川でないことは勿論であつて、河川附屬物たる地位を占むることは、後に説明する明治二十四年五月内務省訓令第四百六十二號の規定が、流水の存する所謂河川と堤塘とを區別して規定したことに徴し疑のない所であるが、是等河川は附屬物たる堤防護岸に依つて其の效用を完うするのであるから、河川と不可分離の關係を有する物に限り、原則として河川に關する規定に従ふを條理とする。故に河川は國の營造物でありとしても、堤防護岸は之に要する費用を負擔する公共團體の營造物とする説は吾人の採らざる所である。然らば如何なる範圍のものを以て附屬物と爲し、河川に關する規定に従はしむべきやは、河川の效用と離るべからざる效用を有する物なりや否やに依つて判斷するを要し、河川法の規定の準用あるときは附屬物に關する規定が準用さるゝのである。

第二節 河川の管理

第一目 河川の管理機關

河川は地方行政廳に於て其の管内に係る部分を管理する^(第六條)。國家機關たる地方行政廳をして管理せしむるのは河川が國の營造物たる當然の結果である。蓋し國家は河川の利害が其の統治する國民の生活に重大な關係を有するから、統治權の作用として河川行政を執行し河川を管理するのであつて、河川を所有するから河川管理權を有するのではない、行政の手段として河川を支配する故に國家機關が管理するのは言を俟たない。或は河川に關する費用を負擔する府縣なる公共

團體が管理すると説く者がある。其の論據とする所は、河川に關する費用を府縣が負擔し、河川の管理權が原則として府縣を代表する府縣知事の権限に屬し、河川の公用を廢した場合に於て河川敷地たりし土地を府縣の有に歸せしむる點からして府縣の管理に屬すると言ふのであるが、河川の管理が河川の性質上からして當然國家に屬し、之を府縣の自治權に屬せしめた法の根據がないばかりでなく、地方行政廳をして管理せしむることは却つて自治事務でないことを有力に説明するのである。又費用を府縣に負擔せしめたことは、國政事務であることを前提としたのであつて、若し自治事務なりとすれば、府縣が河川費を負擔すべき規定は無用のことを規定したことゝ言はねばならぬ。又廢川敷地を府縣に交付する主義を採つたのは費用負擔との權衡を圖つたのであつて、何れの點よりしても府縣をして管理せしむるの法意でないことが判る。之を又既に述べた我國古來の河川管理の沿革に徴しても明白である。故に河川管理權の主體は國家であつて、國家は其の機關たる地方行政廳をして管理せしむるものと解すべきである。従つて管理に關する争訴等は管理者を相手方と爲すべきものである。茲に謂ふ地方行政廳は如何なる國家機關を指すものであるかに關しては河川法上直接の規定はないが、第六條に於て河川の管理が他府縣の利益を保全する爲必要なときは、主務大臣に於て管理することを規定し、河川の單位を府縣に採つたことを窺知するのみならず、第二十四條又は第二十七條等が河川に關する費用は府縣の負擔に屬すべきを規定し、河川法施行規程第二條第三條等が府縣知事をして支川派川、又は河川附屬物の認定及沿岸沿堤河川附近地の告示を爲さしむることを規定した點から觀るときは、地方行政廳は府縣知事と解すべきである。

府縣知事は其の職權として河川を管理するものであるから、地方官々制の定むる所に依つて其の部下を指揮監督して河川管理の職務を執行すべきは當然であるが、特に必要あるときは河川管理吏員を設けることが出来る^(第十條)。此の吏員は道路管理職員に付説明したと同じく、國政事務に屬する河川行政を執行するもの

であるから、實質上の官吏であつて形式上の官吏ではない。又河川費用を負担する府縣の吏員でもないのである。

是等の吏員は地方土木職員制に依り官吏の待遇を受け、府縣知事は地方官々制に依る部下の官吏と河川管理吏員とをして其の職權を行使せしむるのであつて、公共團體の吏員をして執行せしむることは違法である。河川管理吏員を置くことを要するときは、其の定員給料手當職務權限並其の費用負擔等に付いては、府縣令を以て規定するを要する^(施第十)_(四條)。蓋し吏員の性質上當然のことであつて府縣令を以て規定したときは、其の費用は河川法に基く府縣の義務支出と爲るの外、是等の費用は第五十五條第三項の規定に依つて強制豫算、強制支出を爲すことが出来る。

府縣知事が河川を管理する原則に對しては例外を設け、主務大臣が自ら河川に關する工事を施行したものに付必要あるとき、又は他府縣の利益を保全する爲必要あるときは主務大臣は府縣知事に代つて之を管理し、又は維持管理を爲すの途を設けた^(第六條)_(但書)。蓋し主務大臣自ら工事を施行した河川に於ては府縣知事をして管理せしむることが不適當な場合がある故に特例を設けたのである。又河川が一府縣内に始終するものに在つては、其の府縣を統轄する府縣知事に於て管理するのが適當であるが、流域二府縣以上に跨る河川の如きに在つては、其の管轄内に於ける河川の管理方法如何は他の府縣の利益を害する場合がある。又假令一府縣に始終する河川と雖、其の管理方法が他府縣の利益を不安定ならしむる場合がないとも限らないから、是等府縣の利害關係が一致せざる地位に在る河川は、他府縣の利益を保全するため主務大臣に於て府縣知事に代り之を管理することとしたのである。主務大臣が河川を管理し又は維持修繕を爲すのは河川の管理を自己の職權とするものであつて、河川管理者の權限を代位するものではなく管理者と爲るのである。内務大臣が河川管理者と爲つたときは内務省直轄工事の例に準じ内務省土木出張所をして執行せしむる^(施第五條)_(五條)。

河川管理權は河川の維持權能と利用權能とを包含することは次に述ぶる所であるが、近時河川利用に關する事業漸く多きを加ふるに至つたので、維持又は利用に關し特別機關を設置する議が提唱さるゝに至つたが、物を維持管理することゝ其の物を利用することゝは常に統一され、始めて事の圓滿を期し得べきものであるから、之を分離することは河川行政の不統一を招來することゝ爲つて採るべからざる議論と言はねばならぬ。

第二目 河川管理者の權限

第一 河川の管理

河川管理權の内容は、河川行政上必要な一切の行爲を爲すことに在るのであつて、河川を支配し河川の良好なる状態を維持して河川の公利を増進し、公害を除却軽減する爲必要な一切の行爲に及ぶのである。或は河川管理權を廣狹二義に解し説明する者がある、即ち法第六條が河川は地方行政廳に於て其の管内に係る部分を管理すべき旨を定めながら、其の但書に於て主務大臣が自ら河川に關する工事を施行したるものに付必要と認めるときは、主務大臣に於て代て之を管理し又は其の維持を爲すべき旨を定め、又第七條に地方行政廳は河川に關する工事を施行し其の維持を爲す義務あるものと規定したから、第六條に規定する管理の内には河川に關する工事を包含しないと説明するのであるが、河川管理權は主務大臣が河川を認定した以後河川行政上必要な一切の行爲を包含するのであつて、第六條但書又は第七條に工事又は維持のことを規定したのは、管理權の内一作用に付規定したものと解さなければならぬ。従て管理權の範圍は、物的設備に屬する河川の維持權と、河川利用上必要な特許の附與又は命令權と、警察權とを包含するのであるが、茲には法第二章に收むる管理に付説明し、其の他は各節に於て説明する。

第二 河川の工事施行及其の維持

河川の多くは其の河底絶えず移動し、其の流路亦一定しないのであつて、今日の淵は明日の瀬と變じ、右岸に來り左岸に去るを流水の常とするのである。故に是等河底の移動を止め、流路を一定せしめて所謂河川の永久性を保持するの必要がある。是等は河川工事を執行することゝ其の維持に俟たねばならぬ、固よりは是等河川に不安定の原因を與ふるのは、水源の不完全な爲に砂泥を流下し、河底に變化を與ふることに原因するのであるが、其の原因たる水源を涵養することは一朝一夕の業ではないから、之が原因に對應して必要な河川工事を施行し、河川工事の効果を持続せしむるが爲に維持を必要とするのである。故に地方行政廳をして河川に關する工事を施行し其の維持を爲さしむるを原則とする^(第七條)。併しながら特別の事由が存する場合に在つては、必ずしも此の原則に従はしむる必要がないから例外を設けた。

一 通航料徴收者の負擔する場合。第四十三條の規定に依り舟筏の便を圖る爲、河川に關する新築改築工事を施行し、通航料徴收の許可を受けた者は、料金徴收期間中通行する舟筏から料金を徴收する権利を有し、利益を取得するのみならず、其の河川に關し工事を施行することは、通行料徴收權者の利益に影響するから、是等の者に、河川に關する工事若は其の維持の一部を負擔せしむるのである^(第七條但書)。然しながら負擔を命ずるのは、叙上の理由に基くのであるから、通行料徴收の許可を得た河川に限定すべきは勿論である。而して此の場合に於ても私人が河川管理者と爲るのではなく、管理者の權限に屬する事實行爲を執行するのである。

二 國の負擔する場合。河川に關する工事が特殊の性質を有するもの又は改良に屬するものは主務大臣自ら其の工事を施行することが出来る^(第八條)。河川に關する工事が特殊の性質を有する場合は、法は四の場合に之を限定した。蓋し河川に關する工事にして利害の關係する所一府縣の區域に止まらざるべき如きは、其の施行に依つて他府縣の利害に至大の影響を與ふるから河川の屬する地を

管轄する地方行政廳の自由施設に任すべきではない。工事至難なるときの如きも亦上級官廳たる主務大臣に於て執行するを得策とする。又工事至大なるときの如きは工事費巨額に達し經濟の豊富ならざる地方の施設に任ずるときは、往々にして其の施設姑息に陥り易く河川行政の實を擧ぐることが出来ない嫌があるから主務大臣に於て執行し、又河川の全部又は一部に付大體に亙る一定の計畫に基きて施工する改良工事は、地方行政廳の職務としては過大なものがあるから主務大臣に於て施行することゝしたのである。是等のことは地方分權の思想に反するものであるが、河川の性質上からして上級廳の直接施行を得策と認めたるに由るのである。故に是等のものに該當する工事なりや否やは、主務大臣の認定する所に依らしめ、其の工事を施行するときは官報を以て工事を施行すべき河川並其の區域及起工年度を告示し、工事の終了したとき亦告示するを要する^(施第四條)。

主務大臣が河川に關する工事を施行するは、地方行政廳の有する河川管理の權限を執行するに外ならないのであつて管理者と爲るのではない。唯だ管理者の職權を代位するのであるから、地方行政廳は其の職權の代位せらるゝ間其の代位せらるゝ事項に關しては、本來有する職權を行使することが出来ないのが原則である。例へば主務大臣が改良工事を施行する場合に於て、地方行政廳は代位せらる改良工事を執行することが出来ないが、代位外に屬する河川の維持の如き事實行爲又は河川占用許可の如き法律行爲は、地方行政廳の職權に屬するが如きである。然しながら此の原則を墨守するときは、代位して執行する事業の効果を遂ぐるが爲不得策な場合もあるから、主務大臣は地方行政廳の有する職權を直接施行することの途を開いた^(第八條第二項)。然しながら此の場合に於ても管理權中主務大臣に於て直接執行するを工事の執行上、便宜とするものに限り主務大臣をして自ら執行せしむる法意であつて、管理權の全部を執行せしむるのではない、かゝる場合は河川管理權は主務大臣及河川管理者に分屬するものと解する。

三 下級行政廳の負擔する場合。河川に關する工事であつて其の工事の施行

が一地方の利害に關係を有するものに在つては、必ずしも地方行政廳に於て之を執行するの必要がない。例へば堤防の修繕を地方部落民が執行する慣行ある場合の如きは夫れである、斯の如き場合に於ては寧ろ利害關係を有する者をして執行せしむるを至當とする。殊に本法施行前に在つては、堤防の小修繕の如きを地元町村に於て施行せしめた慣習があるのであるから、地方行政廳は其の管内の下級行政廳をして、河川に關する工事の一部を施行せしめ、又は其の維持を爲さしむることが出来ることとした^(第九條)。併しながら法は其の一部に制限し全部を執行するを許さないのである、蓋し一方的に過重の工事を負擔せしむることを避くる法意に外ならない。主務大臣が自ら河川に關する工事を執行する場合に在つても、其の工事に因り特に利益を受くる公共團體があるときは、其の公共團體の行政廳に命じて工事を執行せしむることが出来る^(第八條)。前者にあつても地方行政廳は無制限に負擔を命じ得べきものではなく、命令を受くべき下級行政廳は其の河川に付直接の利害關係を有する公共團體の行政廳なることを要し、關係なき公共團體に下命するを許さないのである^(明治三十二年内務省令第十六號)。又其の負擔せしむべきものゝ範圍は、河川に關する工事の一部なるを要し、此の規定に基き河川又は其の附屬物の全部又は一部に付、大體に渉る一定計畫に基き施行する改良工事に屬する一部を執行せしめむとするときは、内務大臣の認可を受くることを要する^(明治三十二年内務省令第十六號)。

四 工作物管理者の負擔する場合。河川の附屬物が他の工作物の效用を爲すとき、例へば河川の附屬物たる堰堤が用水路の堰堤たる效用を爲すが如き場合に在つては、一工作物が二の效用を兼ねるものであつて、之に關する工事の効果は雙方の利益に歸するものであるから、地方行政廳は其の工作物の管理者をして、其の附屬物に關する工事を施行し又は其の維持を爲さしむることが出来る^(第十條)。他の工作物が道路法に依る道路である場合に於ても、道路法の規定に依らずして此の規定に依り負擔を命ずるのである。

五 河川工事原因者の負擔する場合。河川に關する工事は管理者たる地方行政廳が専ら公益上の見地に基き、必要とする場合に於て施行すべきものであるが他の工事に因り必要を生じた河川に關する工事の如き、例へば用悪水路を附替へた爲に堤防の變更工事を要するに至つた場合等に於ては、本來河川行政の爲に必要を生じた工事と言ふことが出来ない、故に是等の工事は必ずしも地方行政廳に於て其の工事を執行するの必要がないから、其の工事の原因を與へたる他の工事の施行者をして河川に關する工事を執行せしむるのである^(第十一條第一項)。此の負擔を命ずるが爲には其の前提として他の工事の存在することを要し、他の工事と河川に關する工事とは因果關係を有することを要する。

河川法は管理者の河川管理に關する權限を定め、其の權限に屬する事實行爲を他の者に執行せしむべき場合に付規定したのであるが、管理者は私人の出願に依つて、河川に關する工事を許可承認する權限を有するや否やは疑の存する所である。固より私人が自己の負擔に於て河川に關する工事を執行し得べきは第十七條第四十三條等の規定する所であるから、此の場合に管理者が許可承認を爲すべき權限を有することは疑のない所であるが、夫れ等法の列記以外に屬する河川改良工事を施行する場合に之を許可承認することを得るや否やは疑がある。然しながら河川法に於ては此の場合に處する規定を設けなかつたのは法の許さざる所なりと解せなければならぬ。蓋し河川改良工事を執行すべきは地方行政廳の責務であつて、之を他人に執行せしむる場合は法の明許した場合に限るべく、法に規定がないと言ふことで私人の出願を認容すべきではない。或は是等の許可承認は第六條に規定する管理權の範圍に當然包含すと爲すものがあるが正當ではない。

地方行政廳が河川に關する工事を執行するのは、河川法に依り管理者の權限に屬する行政作用を行ふのであるが、是等の作用は河川工事なる事實行爲であつて法上の行政行爲ではない、或は工事を施行するは其の施行の意思を決定し工事の施行に依つて其の意思を表示するものであるから、工事施行も亦行政處分である

と説明する者がある。併しながら法上の概念に於て言ふ行政行為は、精神作用に基く法的行為たることを要し、事實行為は行政行為を含まないと解するのが通説であるから其の説明は採るべきではない。

地方行政廳が河川工事を執行するには、自ら直接施行するも又は第三者をして之を執行せしむるも地方行政廳の任意である。故に河川法に於ては道路工事の如く其の執行方法に付統一的規定を設けなかつた。唯だ河川に關する工事を請負に附する場合に在つては、工事施行の完全を期し河川の狀態に不良の結果を生ぜざらしめむが爲に請負を制限し、其の制限は府縣令を以て規定せしむることとした(第十三條施第十四條)。而して法は請負の制限と謂ふから、請負契約其のものゝ制限の如く解せらるゝのであるが、此の規定を設けた趣旨が叙上の如き精神であるから其の命令は行政廳の契約の自由を制限したものと解せなければならぬ。即ち其の府縣令は請負契約を締結するに付行政廳に對する命令であつて、其の命令に基き行政廳が締結する請負契約は私法上の契約であつて、此の命令あるが爲に其の契約が公法上の契約と爲るのでないことは道路法に付述べたと同一である。或は此の請負契約を公法關係とし契約不履行の場合に於ては河川法第五章に規定する強制方法を用ひることが出來ると説明し、又其の契約は訴願及訴訟の目的と爲ると説明する者があるが、請負契約其のものは私法行為に屬するのであるから訴願訴訟の目的と爲るべきでないことは説明するまでもない。此の命令は地方行政廳が國の河川行政を執行するが爲に制定するものであるから、府縣制等の規定に依る工事執行方法とは違ふのであるが、府縣令を以て府縣制に依る工事執行方法を準用することを規定するのは違法ではない。此の場合に於ては府縣令が效力を有するのであつて、府縣の工事執行方法が命令の效力を有するのではない。請負に關連して疑問と爲るのは第十二條の規定であつて、同條は行政廳は河川に關する工事の請負を爲すを得ずと規定したが、行政廳と言ふのは純然たる行政官廳と公共團體の代表者に國政事務を執行せしむる場合に於ける、其の代表者とを併稱する言葉

であつて、是等の者は其の權限を與へらるゝことに依つて始めて能力を有するのである。河川工事請負の權限を附與せざる場合に於て、公共團體の代表者たる行政廳に對し請負契約の當事者たることを禁止するのは無意義のことである、從て此の規定は畢竟するに所謂地元請負を禁止したるものと解すべきである。

第三 河川臺帳の調製

河川の形狀は常に變化するものであつて、一朝洪水等に遭遇するときは其の形態一變する場合が尠くない。此の變動性を有するに拘はらず河川並其の敷地及流水若は其の附屬物は、私權の目的たることを得ざる制度を採り私權に重大な關係を持たしむるの外、河川附近土地等に對しては第三章以下に於て、河川に原因して私權に諸般の制限を加へ私人に義務を負担せしめ、之が監督強制警察等の規定を設け、河川行政の活動を自由ならしめたが爲に、河川の形態を明確ならしめ河川法の支配を受くべきものと然らざるものとを區別し判然ならしむる必要がある。又河川行政の迅速正確を期するが爲には河川の現状を明かならしむる必要がある。仍て管理者たる地方行政廳をして河川臺帳を調製せしむ(第十四條第一項)。臺帳の調製、保管、記載事項に關しては明治二十九年勅令第三百三十一號及大正十年内務省令第二十九號の規定する所である(第十四條第二項)。

一 臺帳の調製。 河川臺帳は帳簿及實測圖を以て組成し(同勅令第一條)、之を調製したときは地元市町村長の意見を徴し、且つ之を市町村役場に於て七日以上の期限を定め公衆の縦覽に供し、利害關係者は河川臺帳の記載事項に付縦覽期間經過後十五日以内に意見を申立つることの途を設け(同第三條)、府縣知事は其の意見書類と之に對する辯明書を添附して内務大臣の認可を申請することを要し(同第四條)、内務大臣の認可に依つて河川臺帳は確定する。府縣知事其の認可を得たときは七日以内に其の旨を地元市町村長に通知することを要する(同第九條)。

二 臺帳の保管。 河川臺帳の原本は内務大臣に於て保管し、府縣知事は其の原本に就て正本を調製し之を保管する(同第六條第七條)。市町村長は、府縣知事の保管す

る正本に基き、其の管内に屬する部分の副本を調製して之を保管し、之を調製したときは其の旨を公告し、公衆の請求あるときは之を縦覽に供するの義務を有する(同第十條)。而して之に要する費用は市町村の負擔である(同第十一條)。

三 臺帳に記載すべき事項。 臺帳には市町村別に區別して、(一)河川敷地及堤外地の區域、(二)河川の附屬物及河川に影響を及ぼすべき工作物の種類、數量、構造及位置形状、(三)河川に影響を及ぼすべき水流及水面の種類、數量及位置形状を記載することを要し(同第十條)、河川に影響を及ぼすべきものと認むる工作物其他のもの、記載事項の範圍は、(一)有堤部に於ては堤外及堤防附近、(二)無堤部に於ては凡そ洪水位の達する區域、又は氾濫すべき土地に於ては相當と認定した區域内に於けるものを記載することを要する(省令第一條)。

河川臺帳調製の正確を期するが爲に、河川の兩岸凡そ五千メートル毎に、少くも一箇所、安全の地點に東京灣中等潮位を水準基面とする、水準基標を設置若は選定し之を保管することを要し(省令第五條)、此の水準基標の標高は小數點以下三位迄とし、河川の附屬物及工作物の標高、大小竝距離、水位等は小數點以下二位迄記載するのである(省令第三條)。

此の如く水準基標は治水行政に、最も必要な水位の標準と爲るべきものであるから、其の記號、番號、所在地名及標高を河川臺帳の帳簿に記載し、尙河川平面圖の區域内に存在するものは其の位置、記號、番號及標高を河川平面圖に記載することを要する(省令第六條)。

臺帳を構成する圖面は平面圖横斷面圖及構造圖の三種とし、平面圖は縮尺千二百五十分一とし其の尺度はメートルを單位とする(省令第二條第三條)。之を調製するが爲にする測量は三角法に依ることを要し、之に必要な三角標は府縣知事に於て安全の地點を選定して設置し保存することを要し(省令第四條)、三角點は測量の基準と爲るものであるから、其の位置、記號、番號、經緯距及隣接三角點との角度を平面圖に記載することを要する(省令第七條)。又眞南北を經とする經緯線を記入し、經緯

線は三角點の一を原點とし、經緯とも其の間隔を〇・四メートルとし、原點は一河川(支派川を含む)に一點とし、二府縣以上に跨る河川に在りては關係府縣知事協議の上之を定むるのである(省令第六條)。

平面圖の記載に關しては河川及其の附屬物の敷地は總て折線を以て區劃することを要するのであるが、堤防以外の附屬物の全部若は一部が川敷内又は堤敷内に在るときは其の川敷内又は堤敷内に在る部分に付いては、其の敷地を區劃することを必要としない。折線の交叉點は二箇の三角點を連結する直線若は之に準ずる直線に基き支距法に依り測定することを要し、川敷の區域は青色實線、附屬物敷の區域は褐色實線、三角點連結線及之に準ずる線は朱色實線、支距線は朱色點線を以て記入し、川敷線と附屬物敷線と重複する部分は、青色實線及褐色實線の交互線を以て記入することを要する(省令第九條)。又堤外地若は堤外地以外の河川附近の土地の區域であつて、川敷線若は附屬物敷線に依り限られた部分の外、堤外地の區域は紫色實線、河川附近の土地の區域は、綠色實線を以て記入することを要する(省令第十條)。

河川の附屬物及河川に影響を及ぼすべき工作物は其の位置、形状を記載するの外、(一)附屬物に付いては記號、種類、番號等、(二)堰堤、堰埭に付いては種類、構造、天端標高及敷標高等、(三)樋管、水閘等に付いては種類、構造、内法寸法及敷標高等、(四)橋梁に付いては路線名、橋名、種類、構造、徑間長竝其の數及桁下端の標高等を記載し、(五)其他の附屬物又は工作物に付必要と認めたる事項、特に河川の附屬物は記號を附し他の工作物と區分記載するを要し(省令第十二條)、此の外重要な地物、流水の方向、地名及境界及梯尺を記載するを要する(省令第十三條)。

横斷面圖は縮尺横二千五百分一縦百分一とし、河口を起點として百メートル毎に本丁杭を設置し、丁杭に基き少くも四百メートル毎の河川横斷面を示すことを要し(省令第十一條)、構造圖は重要な附屬物若は工作物に付適宜調製するのである。

以上は臺帳調製に關する原則であるが、之を調製するが爲には尠なからざる費

用を要するのであるから、府縣知事は内務大臣の認可を経て其の記載事項を省略し又は變更することが出来る(省令第_{十四條})。之を普通に省略臺帳と言ふのである。

四 臺帳の效力。内務大臣が河川臺帳に關する認可をしたときは、河川臺帳は確定し、河川並其の附屬物に關する唯一の公正力ある證據物と爲るのである。従て其の臺帳が調製された以後に於て、事實の變更あつたことを證明する場合は格別であるが、其の臺帳に對して事實の相違又は記載事項の眞偽等、苟も臺帳に記載した事項に關しては其の然らざることを立證を許さない(第十四條_{第三項})。此の如き嚴重な制度を採つたが、利害關係人が臺帳の記載に關し意見を提出したにも拘はらず、其の意見が採用せられずして臺帳が確定したときも尚、利害關係人は之に對し異議の申立を爲すの途が設けられてゐないのは、制度の缺點と言はねばならぬ。

第四 管理者の權限擴張

地方行政廳は河川の管理を爲すことを以て本務とするのであるが、其の權限行使の爲に他の工事を執行するを便宜とする場合が尠くないから、他の工作物が兼ねて河川の附屬物の效用を爲すものあるときは、地方行政廳に於て其の工作物に關する工事を施行し又は其の維持を爲すことの途を設けた(第十條_{第二項})。此の場合に於て他の工作物が道路である場合に於ては、道路法の規定に依るべきことは既に述べた。

河川に關する工事に因つて必要を生じた他の工事、例へば堤防を變更したが爲其の結果として施行する用悪水路の附替工事、又は河川に關する工事を施行する爲に必要な他の工事、例へば河川工事を施行するに方り材料運搬の爲道路の改築を要する場合等に於ける道路工事は、地方行政廳に於て之を施行することが出来る(第十一條_{第二項})。此の場合に於て他の工事に關し特別の規定ある場合に在つては其の規定に依るべきは當然である。

河川法に關係なき河川の管理に關しては、完全な法規が存してゐないから之を

決定することは困難であるが、屢々説明したやうに、明治四年太政官布告第六百四十八號は治水修路の事業を以て國家の事業と爲し、特定の場合に於て私人に河川に關する工事を特許すべきことを規定したから、河川に關することも亦國の事務としたことを窺知するに難くない。同六年に制定された河港道路修築規則に於ては、市郡町村の利害に關する工事と雖、其の費用を關係市郡村住民に課して地方官之を執行すべきことを規定し、右規則は明治九年廢止せられたが、工事及費用の儀は従前の慣行に依るべきを定め、府縣會規則及地方稅規則の制定に伴ひ、明治十一年太政官達を以て土木費負擔所屬區分に關する規定を設け、町村限り區限り又は數町村共同の利害に係るものは、其の町村又は區内限り協議費の支辨に屬せしむることとし地方長官をして之を指定せしめた。此の如き數回の布達ある所以は、河川が國の營造物として是認せらるゝの證左である。故に河川は其の河川の利害關係に鑑み府縣又は市町村をして修築を爲さしむるも、修築維持以外に屬する事項は地方長官の權限に屬するものと言はねばならぬ。従て是等のものゝ爲す維持修築行爲は、河川に關する費用を負擔する公共團體の本來の事務ではなくして國政事務である。

第三節 河川の使用

第一目 河川の一般使用

河川は公衆の一般使用に供するものであるから、公衆は河川の目的の範圍内に於て河床及流水を自由に使用することが出来るのであるが、其の使用が河川の目的の範圍内に於けるものであるや否や、換言すれば其の使用の限界を定むることは困難な問題である。河川の一般使用と稱するときは河川を、河川の儘に於て使用することであつて、舟筏に依る交通、流木、水浴、洗濯水の汲取等を擧ぐる事が出来るが、水を獨占して使用することは河川の公共性非獨占性を阻却することゝ爲るから、河川の一般使用に屬しないのである。併しながら人智の進むに従

つて、其の使用方も同一でないことゝ爲るのである。又其の使用は河川所在地方に於ける慣習等に依つて異なるのであるから、河川の一般使用の限界は、其の時代に於ける一般の社會觀念と、河川所在地方に於ける慣習とに依つて定むるの外ないのである。従つて川床に残留する設備を要せざる使用が、一般使用であると言ふが如き標準は何等の根據がないのである。一般使用の範圍を擴張して河川を自由に使用せしむることは、河川の効果を擧げしむる所以であるから、公益上障害なき限りは公衆の自由使用に放任するを適當とするのである。

或は河川は自然公物であることを論據として、目的を有しない公物であるから河川の目的の範圍内に於ける使用なるものはあり得べきものでないと論ずる者がある。成る程自然公物なることに於ては間違はないのであるが、夫れは自然に設定された公物であると言ふに止まつて、自然公物の齎す害を除却轉滅し、其の利の在るところを國民公衆に利用せしむるのが、河川を對象とする行政の特質であるとすれば、公衆に利用せしむること夫れ自身に目的が發生し存在するのでは無からうかを疑ふのである。故に一般使用と然らざる使用との限界は困難な問題であるとしても、目的の範圍内の使用なりや否やに依つて一般使用と特別使用とを區別するのが通説である。

公衆の河川使用は道路の一般使用と同じく、他人が河川を使用することを妨害せざる範圍に於て各人平等に使用することを許容せらるゝのである。従つて使用する者は相互的に使用を制限せらる。河川法は河川の一般使用に付規定しなかつたが、夫れは河川の性質上當然のことゝしたからである。公衆の有する一般使用が権利なりや否やに關しては學說の岐るゝ所であつて立法例亦區々であるが、之に付何等の規定なき我國に於ては理論に依つて解決するの外ないのである。或は河川又は其の流水は本來公共の使用に供する性質のものであるが、國家が之を公用に供する間は、各人は他人の同等權を害せざる限り、之を使用し得る權利を有すと爲す。併しながら公衆が河川を自由に使用し得るのは、行政作用に依つて河

川を施設し、公衆の自由使用を許した結果に外ならないのであるから、公衆は其の反射作用に依つて、河川を使用するの自由を有すると解するのが通説である。従つて權利でないが爲に、一般人が之を侵害しても私權の侵害として損害賠償の目的とは爲らないのである。

公衆の有する河川使用の自由は、使用者間相互的に制限を受くるのみならず、一般警察權の制限に服すべきは當然である。河川法に於ては舟筏の通航及流木に關しては命令の定むる所に依るべきことを規定した、蓋し是等は河川の狀況と河川所在地方の慣習とに依り、地方長官をして適宜其の自由を禁止制限せしむるの趣旨に出てゐるのである（第十六條施第十四條）。

地方長官の定めた命令に基き爲す舟筏の通行及流木の許可權は、權利なる場合ありと解する者があるが、假令夫れが事實上排他獨占的に行はれても、舟筏の通航及流木が一般的方法に依るものなる以上は一般使用であつて、警察權は夫れを制限するものと解する。蓋し一定の路線を乗合自動車排他獨占的に交通してゐるも、其の交通方法が一般的である以上は、矢張り道路の一般使用と同一であるのと同じ理論である。

河川の使用が其の水の使用又は敷地の使用に在る場合に於ても、其の使用は河川本來の儘に使用することを要する。故に流水其他工作物の使用であつて、河川の現状を變化せしむべき行爲に關しては、公衆の自由使用を妨ぐることゝ爲るのみならず、河川の管理にも影響するのであるから、流水の方向、清潔、分量、幅員若は深淺又は敷地の現状等に影響を及ぼす虞ある工事、又は營業其他の行爲は命令を以て之を禁止若は制限することを得るの外、地方行政廳の許可を受けしむるのである（第十條）。此の命令に依る許可は第十七條に規定する河川の特別使用權の許可と同一であるやうであるが、是等は河川の特別使用に屬せざる河川の一般使用に關する禁止制限の解除として、第十七條又は第十八條の規定に關係なく獨立して行はるゝものである。

流水の清潔又は分量等に關する制限は、河川管理者が管理する河川の管内に係るものに付命令を發し得ることゝしたが、其の河川の上流が河川法を適用せざる河川である場合、又は上流を管理する河川管理者が異なる場合等に於て、夫等河川に於ける行爲を併せ禁止制限せざるとき、立法の不用意である又は禁止制限の方法が相反するときは其の目的を達することが出来ないことになる。

第二目 河川の特別使用

河川は公衆の共同使用を許容されたものであるから、之を公衆に使用せしめ國民經濟の發達に資すべきは言を俟たない。故に之が目的を達するが爲には河川警察權の作用に依つて公衆の一般使用を禁止制限し、特定人の使用獨占を避け、河川の非獨占性を維持せなければならぬ。併しながら他人の一般使用を排除しても尙特定人の爲に特別使用權を設定することを認むることのあるのは、河川の效用を擧げしむる所以であるから、河川法は河川の特別使用制度を認めた。河川特別使用制度の態様は、工作物に關する工事と河川敷地若は流水の占用との二種に分類することが出来る。

一 工作物に關する工事。法定の工作物を新築、改築若は除却せむとする者は、地方行政廳の許可を受くることを要する^(第十條)。

(イ)流水を停滯せしめ若は引用し又は流水の害を豫防する爲に施設する工作物。流水を停滯せしめ養魚する爲に設くる堰堤又は流水を引用して灌溉若は發電の原動力とする爲に設くる堰堤閘門樋管等を指し、流水の害を豫防する爲に施設する堤防護岸水制等を謂ふのである。(ロ)河川に注水する爲に施設する工作物。河川に農工業餘水を放流する下水管又は排水路等を謂ふ。(ハ)河川の区域内に於て敷地に固着して施設する工作物又は河川に沿ひ若は河川を横過し若は其の床下に於て施設する工作物。渡船場、荷揚場、橋梁、繫船、浮標、電線、水道鐵管及隧道等であつて敷地に固着して施設する工作物を謂ふ。斯く廣義に言ふときは前

(イ)、(ロ)に説明した工作物等を包含することゝ爲るのであるが、是等工作物の新築改築若は除却は、直接間接に河川に影響を與ふることゝ爲るから、是等のものゝ總ての施設に許可を受けしむる趣旨であつて、前記工作物以外の總ての工作物を指すものである。

河川に工作物を設置した場合に於ける其の工作物は無主物と爲るのであるか、疑があるのであるが、第三條は河川並其の敷地若は流水が私權の目的たらざることゝを規定し、此の規定は附屬物にも適用せらるゝから^(第四條第二項)、第十七條に依つて許可を受け施設した堤防護岸堰堤其の他の工作物が、私權の目的たることを得ざるに至るやの問題である。固より河川附屬物たる工作物を改築除却する場合に在つては、無主物たる工作物を改築除却するのであつて、之に附屬せしめた工作物は當然私權の目的たることを得ないのは勿論であるが、反之河川と獨立した工作物を設置する場合に在つては、當然無主物と爲るのではない。地方行政廳に於て之を河川附屬物として認定することに依つて、始めて私權の目的たらざるに至るのである。

二 敷地及流水の占用。河川の敷地若は流水を占用せむとする者は地方行政廳の許可を受くることを要する^(第十條)。河川の敷地と流水とは各獨立した別個の物體であることは既に述べた。故に本條に於ても亦別個のものとし、敷地と流水とを區別して規定した。

河川敷地及流水を占用することは、許可を受けた者が敷地及流水を占有し、許可の範圍に於て之を自己の用に供するのである。敷地を占用するは普通土地に地上權等を設定すると異なる所がないのであるが、流水を占用することは流水を許可を受けた範圍に於て、自己の用に供するに在つて、流水を流水の儘使用するものと、流水を引用するものとに區別することが出来る。

後者の場合に於ては流水が河川を離るゝことに依つて公水としての制限を離脱するも、占用權者は其の流水の所在に應じて流水に對して所有權を有するのでは

なく、又其の流水に對して河川管理者が管理權を有するものでもない。唯だ私水として放任せらるゝのである。例へば發電用の目的を以て流水の占用許可を受けたる者が、河川より引水するときは其の流水が河川より離るゝことに依つて私水と爲る、私水も亦固より土地と別個の物であつて土地ではない。従て土地の所有權が其の土地の上下に及ぶ結果として當然土地の所有者が流水を所有すべきではないのであるが、私水に關し規定なき我國に在つては、土地所有者が之を支配すべきものとする慣習が存するのであるから、流水が發電用の引水路を構成する土地に在るときは其の土地の所有者たる發電權利者の權利に服し、放水路に在るときは放水路敷地所有者の權利に服従するものと解するのである。固より私水に關しても國家は公益上必要ある場合は之に干涉するの權能を有する。併しながら是等は流水の所有者又は管理者として干涉するのではなく、國家の統治權の作用に基き私權の行使を禁止制限するのである。故に是等の權能に基かずして私水を規律することは出来ないのである。

河川法に於ては河川區域に於ける流水を規律することを規定したが、區域外に出でたる流水に關し何等規定する所がない、然るにも拘はらず河川に於ける公水が其の區域外に出ても尙公水として流水に追隨し、河川管理權の支配すべきものと説明する如きは何等根據のない説である。従つて河川に在つた流水が私水と爲つた場合に於ては私水に關する慣習に従ふ。

流水を占用する爲に工作物を施設する場合に於ては、第十七條の許可の外第十八條の許可を必要とするやも疑の存する所である。或は工事を施行せずして河川の敷地若は流水を占用する場合には、第十八條の規定に依るべく、然らざる場合に於ては流水の占用は、第十七條の規定に包含するものと解する説があるが、固より流水を占用するが爲に工作物を施設し、工作物を施設したが爲に流水を占用するを得るに至るもので、兩者緊密の關係を有するのであるが、是素より別個のことに屬し、工作物を施設することは當然に流水を占用することに包含せざるも

のと言はねばならぬ。

工作物の施設又は河川敷地若は流水の占用は、河川の特別使用に屬するから、地方行政廳の許可を受くることを要する(第十七條第十八條)。地方行政廳の許可は、自由裁量に依る行爲であるが、固より公衆の自由使用物に對して特定人が獨占することの特權を附與する行爲であるから自由裁量の範圍は法律上當然制限せられ、(一)河川の一般使用を不可能ならしむるを得ざる制限を受く。特定人に對する許可に依つて一般使用を不可能ならしむるは、河川の公用を廢止して河川を私物とするに等しいから當然のことである。或は占用は河川の敷地若は流水の本來の目的に従はざる利用を指稱すと爲す者があるが、其の意味は河川の效用に妨げなき利用のことであつて、河川の目的に反する利用は本來許すべからざることである。故に舟筏の通航及流木の行はるゝ河川に於て、流水全部を引用するが如き占用は許すべきではない、之を許せむとする場合に在つては舟筏又は流木の爲に適切な施設を爲さしめなければならぬ。(二)許可に依つて他の權利者の權利を侵害するを得ざる制限を受く。故に是等權利者の存する河川に在つては、既存權利者の權利に對し侵害なからしむるものでなければ許可することが出来ないのである。蓋し是等の許可は警察許可と異り權利を附與するものであるから、第三者に與へた權利と兩立せざるものは權利として特許すべきでないからである。(三)河川法施行前に私人の所有權を認めた河川の敷地であつて荒地にあらざるものは、従前の所有者若は其の相続人の請求に依り公益を妨げざる限度に於て其の占用を許可すべき義務があるから、此の制限に従はねばならぬ。然しながら従前の所有者若は相続人の出願する占用と、他の者の出願する占用と競願に屬する場合に在つては所有者若は相続人の出願に對し許可すべきは勿論であるが、他の競願に屬するものが公共の利益と爲るべき事業であるときは、事業許可の條件として他の競願者をして其の補償金の全部、又は一部を負擔せしめ所有者若は相続人の出願に對し許可しないことが出来るのである(施第十條)。

地方行政廳は右に述べた三點に付自由裁量の範圍を制限せられるのであるが、其の他に關しては出願者の資産、信用の程度、事業の計畫の適否其他公益に關する事項を審査して可否を決定すべきものである。或は法令に是等の斟酌すべき事由に付特別の規定なき場合に於て競願あるときは、先願者に許可すべきものと爲す行政裁判所の判決があるが、裁量處分の性質を無視した判決であつて正當ではない。地方行政廳の許可した河川占用權は、河川管理者に對し自己の目的の爲に河川敷地若は流水を占用することを主張し得る公法上の權利であつて私權でないとするを通説とする。或は河川占用權を以て地方行政廳の許可の範圍に於て私益の爲之を占用使用する私法上の財産權であると解する者があるが、敷地若は流水占用の目的が私益の爲に在りとしても、占用する物夫れ自身は公物たる敷地及流水であつて既に私法上の關係外に存在するものであるから、之に私法を適用するを得ざると同一に、其の占用に付ても私法を適用すべからざるは自明の理である。若し論者の如く占用權を以て私權なりと解するときは、河川法第三條が敷地若は流水に對して私權を排し、河川の公共物たる目的を達せしめむとした趣旨と矛盾するに至るから、占用權は公法上の權利と解すべく、之に關連する訴訟は假令財産的價値を有する場合であつても、司法裁判所の管轄に屬しない。従て其の權利義務は地方行政廳の許可を受くるのでなければ他人に移すことも出来ないものである(第二十條)。

河川の特別使用權の設定は、地方行政廳の許可を受くるを原則とするのであるが、既存河川に河川法を適用する際に現存する權利又は事實は、舊河川管理者の許可を受けたものたるを問はず、又慣行に依つて權利として存在するものなるを問はず、河川法施行の日より三箇月以内に府縣知事に於て更に許可を受くべきことを命じた場合の外は、河川法若は之に基きて發する命令に依り許可を受けたものと看做され、河川法施行前許可に附した條件は河川法若は之に基きて發する命令に牴觸せざる限り效力を有する(施第十條)。蓋し河川法施行

の爲に既存の權利又は事實は、公益に反せざる限り變更せしめざらむとする趣旨に外ならないのである。

特別使用權は公法上の權利として保護を受け、法上の事由なくば管理者と雖紊りに廢止變更することが出来ない。又河川警察上の取締からして禁止を解除せられたものでも、其の處分に依つて特別の地位を獲得したものであるから、濫りに其の地位を廢止變更すべきものではない。併しながら河川行政上必要ある場合に於ても尙一旦與へた權利を維持し、又は警察上の處分を廢止變更することが出来ないとしたならば、遂に河川行政は其の目的を達することが出来ないこととなる。仍て一定の場合に限り既に爲した處分を廢止變更することとし(一)工事施行の方法若は施行後に於ける管理の方法公安を害するの虞あるとき、(二)河川の場合の變更其他許可の後に起つた事實に因り必要を生ずるとき、(三)河川に關する工事を施行し又は許可を與へたものゝ外に工事、使用若は占用を許可する爲に必要なるとき、(四)河川法に基き發する命令の規程に依り必要を生ずるとき、(五)法律命令に違背したとき、(六)公益の爲必要あるとき等に於ては處分を廢止變更することの途を講じた(第二十條)。蓋し許可した設計其のものには違反しないのであるが、工事施行の方法宜しきを得ざるが如き、又工事は許可の通り施工したが管理方法宜敷を得ずして、公共の安寧を害するが如きは許可の精神に反し、又許可後に起つた事實は許可當時豫見する能はざりし所のものであるから、之亦許可の精神に反するものと言はねばならぬ。故に許可後起つた事實が、許可を受けた者の行爲に出づると、天災其他第三者の行爲に出でたとを問はず處分を廢止變更するのである。唯だ(三)の場合に在つては、曩に與へた許可を後より生じた工事、使用若は占用の爲に處分するものであるから工事若は許可の競合と言はねばならぬ。此の場合に於ては曩に爲した許可若は工事と、後に起るべき許可若は工事との公益上の輕重を圖つて、後に起るべき工事若は許可が、前者に勝る場合に於てのみ處分すべきものである。其の他の事由に關しては道路法に付説明した

ところに依る。

行政廳が許可を廢止變更する場合は右に述べた場合に限定せらるのであるが、是等は正當な行政處分に依つて爲された許可の廢止變更であつて、行政行爲の要素に錯誤ある場合等に於ては河川法の規定を俟つまでもなく、條理上取消し得べきは勿論である。

處分の態様は許可を取消し、若は其の效力を停止し、條件を變更し、又は既に施設した工作物を改築却除せしめ、原狀の回復を命じ、又は許可せられた事項に因つて生ずる危害を豫防する爲に必要な施設を爲さしむることに在つて、道路法に付説明したと同一である。又法律命令若は許可の條件に違背したものに對しては、第二十條に依つて許可を廢止變更することが出来るが、許可を廢止變更すると否とを問はず、又許可を受けたる者なると否とを問はず行政廳は其の違背に因つて生じた事實を更正し、且つ其の因つて生ずる損害を豫防する爲に必要な設備を爲さしむることが出来るのである(第二十條)。

第三目 河川法に關係なき河川の使用

河川法に關係なき河川の一般使用に關しては、河川法に付述べたと同一であつて、其の一般使用の範圍は河川所在地方の慣習と其の時代に於ける社會觀念とに依つて定むべく、其の使用の法律上の關係は公衆が河川使用の權利を有するのではなくして行政廳のした河川施設の反射的利益と解すべきである。公衆の河川使用の自由の禁止制限に關しては河川法の如き特別の規定はないが、一般警察權に依つて其の自由を禁止制限することを得べきものである。其の特別使用に關しては河川の非獨占性に反する使用であるから、管理者の特權附與行爲を必要とするは理論上當然であるが、之に關し成法なき現代に在つては専ら條理と地方慣習とに依つて判斷するの外ないのである。

一般公衆の使用に供する公物と雖其の公物の性質に反せざる限りは特定人の私

益の爲に使用せしむることは、物の利用價值を擧げしむる所以であつて寧ろ之を獎勵するとも禁止すべきではない。明治二十三年に制定された官有地取扱規則に於ても之を許し、此の規則を廢止した國有財産法も亦此の制度を認むるのである(同第四法條)、加之河川法に於て此の制度を認むるに拘はらず、同一性を有する河川にして唯だ河川法の適用なきが爲に此の制度の存在を否認すべきでないから、河川法に關係なき河川の特別使用は法の明文を要せずして當然許さるべきものである。唯だ其の使用に付必ずしも管理者の授權行爲を必要とせざることが我國に於ける慣習であつた。

我國に於ける河川特別使用の實情に徴するに、各地其の事情を異にしてゐるが農業立國の國是に基き、河川流水を灌漑に利用するは當然のこととしたのみならず、夫れを以て河川の本來の使命としたものゝやうである。故に特別使用の觀念は一般使用の範圍に屬したものと認めらるゝ點があるのである。従て我國に於ける裁判例が一般使用に屬する事項に付、古來よりの慣習に依つて權利を取得したのものゝ如く判示するのは強ち咎むべきでない。事情此の如きを以て明治の初年に當り地方縣令が布告、布達を以て河川の特別使用と認むべきものゝ取締に關し命令する所があつたが、命令制定前に於ける特別使用に付規律せず、制定後の特別使用を取締つたに過ぎない。従て永年に互る此の慣習は遂に權利として認めらるに至つたものである(法例第三條)。蓋し此の慣習は叙上のやうに我國古來からのものであつて公序良俗に反せないものであるから、法律と同一の效力を有するものと解すべく、従つて水利關係に於て合理的の特別使用なるに於ては、之を權利として是認さるべきである。命令制定後に許可された特別使用は河川管理權を有する地方長官が、地方官官制に依り發する命令に基き許可したものであつて、合法的のものであるから特別使用たるに疑はないのである。

特別使用權の性質に關しては學說岐れ、私權に屬するものとし、或は公權に屬すると爲す。私權なりと爲す者に在つても之を物權なりとする者と債權なりとす

る者があるが、物權は民法其の他の法律に定むるものゝ外創設することを許されないのは我民法の大原則であるから(民法第百七十五條)、慣習法に依つて物權を創設することが出来ない。故に物權説は當らざるものと言ふべく、又債權なりとせば、其の權利は河川管理者に對してのみ主張し得べきものであるから、特別使用權に合致しない。故に河川法施行河川の特別使用に付述べたと同じく公法關係に在るものと言ふべく、結局公權説を以て正當とするのである。

特別使用權であつて慣習に依り發生したのも矢張り公權である。併しながら絶対的自由のものではない。河川管理者が河川法の規定に依り河川敷地若は流水の占有を許可する場合に於て、他の者の權利を侵害することを得ざるの制限を受くと同一の條理に従ひ、上流の者と雖下流權利者の權利を侵害することを得ざる制限を受け、其の使用の範圍も亦必要な程度に制限を受くるのである。故に管理者たる地方長官が其の範圍を侵さざる限度に於て他の者に特別使用を許可するも違法ではない。

第四目 河川の使用料及通航料

河川の使用に對し使用料又は通航料を徴収するの可否に關しては議論の存する所である。河川の性質が公衆共同の使用に在ることより觀るときは、其の使用に對し使用料又は通航料を徴収するは適當ではない。併しながら特定人が公衆共同使用の程度を超過して河川を使用し、經濟上の利益を受くる場合に在つては其の者より使用料を徴収することは公平觀よりして當然のことと言はねばならぬ。又河川管理の義務を有せざる者をして、河川に關する工事を執行せしめ其の河川を通航する者より一定の料金を徴収せしめ、聊もすれば公共團體が財政難の爲に河川に關する工事の施行を遲疑するの實情を緩和することは、賃取橋梁又は渡船に付述べたと同一の理由に依つて河川行政上已むを得ることである。

一 河川の使用料。 第十七條の規定に依り流水を停滯し若は引用する爲にす

る工作物の施設、第十八條に依る河川の敷地若は流水の占有又は第十九條の規定に依り地方行政廳の許可したる河川の使用は、其の性質特別使用權に依ると使用の禁止若は制限の警察處分に依るとを問はず、河川の使用若は占有を許可するときは使用者若は占有者より使用料若は占有料を徴収することが出来る(第四十二條第一項)。法は河川の使用若は占有を許可するときは、使用料又は占有料を徴収すべきことを定めたから、河川の普通使用に對しても使用料を徴収することが出来るのである。即ち一般的禁止制限事項を特定の者に許可するときは、此の者より使用料を徴収することが出来る。或は第四十二條に所謂使用は第十七條に掲ぐる事項を例示してゐることに依つて明かであるから、普通使用に對しては徴収することが出来ないと解する者あるが、第四十二條は廣く使用と言ふが故に狹義に解するの理由はない。使用料占有料の區別は、許可した事項が河川の使用に在るや占有に在るやに依つて區別するのであるが、何れも廣義に於ける河川の使用料に外ならない。而して其の使用料は、公物たる河川の使用に對し河川管理者が徴収するのであるから、公法上の収入たることは言を俟たない。又其の収入が府縣に歸屬しても府縣が徴収權を有するのではない、管理者が徴収すれば夫れが府縣に歸屬するに過ぎない。

使用料若は占有料は、河川の使用若は占有に對する報酬であつて手数料ではない。之を徴収するが爲には、河川の使用若は占有に付許可ありしことを要する。

従つて許可を受くべき事項を、許可を受けずして使用若は占有するときは、夫れに依る損害を賠償せしめ又は處罰することあるも、之に對し使用料若は占有料を徴収することを許さないのである。反之許可あるときは、許可を受けた者が事實上河川を使用すると、否と又占有すると否とを問はず料金を徴収することが出来る。

使用料若は占有料は許可の事實に對し徴収するものであるから、其の徴収には許可ありしことを前提とするも、夫れを徴収することは使用若は占有の許可處分

と全然別個の處分であつて、許可處分に使用若は占用料の徴收を免除すべきことを積極的に定めた場合の外何時にても之を徴收することを妨げないのである。或は第四十二條に依る使用料若は占用料の徴收は許可の當時條件として定むべきものと解する者があるが、使用若は占用料の徴收は其の許可の處分と別個の行爲に屬するから許可處分の條件たるものではない。若し許可處分の當時使用料の徴收を定めたときは、其の定めは許可の條件ではなくて使用若は占用の許可と占用料若は使用料の徴收に関する二個の處分があつたものと解せねばならぬ。又許可處分に對するものであるから許可が二個に出でた場合、例へば發電の爲流水を引用するに必要な堰堤設置の爲に河川敷地の占用と、流水使用との處分があつたときは既に述べた如く二個の處分であるから、敷地及流水の占用に對する二個の使用料を徴收し得べきものである。

使用料若は占用料は河川の使用若は占用に對する報酬であつて、其の額に關しては法は何等の制限を加へないから、行政廳の自由裁量に依り報酬たる性質を失はざる限度に於て決定すべきものである。然しながら報酬たる性質上其の使用料は使用する物其のものゝ價值を判斷して定むべく、其の價值は主觀的のものではなくして、客觀的價值を標準として定むべきものである。物の價值を標準とすべきものなるが故に、物の使用に依つて生ずる效果に應じて定むべきではない。蓋し河川の如き公物の使用は何人が如何なる目的を以て如何なる用途に供するかは使用料を決定する標準の外に措き、物其のものゝ價值のみに依つて決定するのとなければ公物使用料賦課の公平を期することが出来ない。故に水の使用料金を定むるに當つては、灌漑の用に供すると發電の原動力に供するとを問はず單一料金を基礎として使用水量に依つて使用料を決定するを要する。

二 河川の通航料。 私人若は下級公共團體に於て舟筏の便を圖る爲、河川の新築若は改築工事を施行する場合に限り、其の河川を通行する舟筏より通行料を徴收せしむ^(第四十條)。通航料の徴收を停止すべき場合に於ける補償其他通航料

の制限等に關する規程は明治三十三年内務省令第二十八號の定むる所であつて、許可の主義は道路法の採用した元資銷却主義、即ち河川の新築若は改築に要した所謂元資及其の利子の償還を標準として通航料の金額及其の徴收期間を定むべきものであるが^(同省令第二條)、其の年限は當初許可したときより三十箇年を超過することを許さない^(第四十條)。地方長官之を許可したときは其の金額及徴收期間を定むる事を要する^(同省令第一條)。併し元資銷却主義を採つた以上は、夫れに依つて計算上定まるべき期間を與ふるのが當然であるに拘はらず、法が期間を限定したのは元資銷却主義に依らざる法意と言はねばならぬ。従つて省令の規定と立法趣旨とは一致してゐない。

通航料徴收權は公法上の權利であつて、其の性質及第三者に對する法律關係は道路の賃取橋梁に就て説明した所と同一である。而して之に依つて生ずる權利義務は府縣知事の許可を受けなければ他人に移轉することを得ざるは勿論^(同省令第七條)、此の權利を濫に廢止變更することは出来ないが、公益の爲必要あるときは府縣知事は通航料徴收の許可を取消し又は其の效力を停止し若は其の條件を變更することが出来る^(同省令第三條)。然しながら通航料徴收の許可を取消したときは許可を受けた者は損害を受くるから、通航料徴收權者の申請に依り河川管理者の統轄する府縣に於て補償金を下附すべきものとし、其の補償金は原資の未償還額を超過することを許さないのである^(同省令第四條)。又通航料徴收の許可の效力を停止し若は其の條件を變更するに因つて其の收入を減少したとき、又は更に河川の新築若は改築工事をしたときは府縣知事に於て通航料の増額又は徴收期間の伸長を許可することが出来るが^(同省令第五條)、其の期間は當初許可したときより三十箇年を超過することを許さない。通航料徴收の許可を得た者は河川を通過する舟筏より通航料を徴收することを得るのであるが、(一)河川の視察其の他公務の爲通航する船舶、(二)行政廳の使用する船舶、(三)國及府縣以下の公共團體の所有に屬する筏、(四)自家耕作用の肥料を積載する船舶、(五)府縣知事に於て特に定めた舟筏の通

航に對しては料金を徴収することが出來い(同省令第六條)。許可を得ずして通航料を徴収した者は河川法の規定に依り處罰せらるゝが、此の許可を受けた後許可の效力停止期間内に通航料を徴収した者、又は通航料を徴収すべからざる者に對し通航料を徴収した者は五圓以下の罰金に處せらる(同省令第八條)。

河川法に關係なき河川の使用に關しても使用料を徴収し得べきは條理上當然のことである。是等の河川に關しては國有財産法の適用があるが、同法第十六條が國有財産は帝室用又は公共團體若は私人に於て公共用公用若は、公益事業の爲必要ある場合及勅令に特別の規定ある場合を除くの外、無償にて之を貸付することを得ざる旨を規定したのは當然のことを規定したのであつて、其の規定の趣旨に徴するも使用料を徴し得べきことは明かである。唯だ其の収入の歸屬に關しては第四章に説明する所に依る。又私人に使用料の徴収を特許する場合に在つては前に説明した明治四年太政官布告第六百四十八號の規定に依つて行政さるゝのである。

第四節 河川に關する費用

第一目 河川費用の範圍

河川に關する費用とは其の範圍甚だ廣くして之が限界を定むることは困難であつて、之が爲に爭議を生ずること稀ではない。例へば附屬物たる堤防であつて道路の效用を兼ねるもの又は水制護岸であつて用悪水路の用を兼ねるもの如きは、如何なる範圍までを以て河川に關する費用と觀るべきかに付疑問がある。故に其の費用の範圍に關しては主務大臣の定むる所に依ることとした(第二十四條第三項)、併し現在に於ては未だ其の規定の公布を見ないのである。従つて府縣の負擔すべき費用の範圍は法上の根據を有しないのであるが、是等は條理と慣習とに依つて解決するの外ない。之に依るときは道路に關し説明したと同じく河川に關し必要を生じた一切の費用を包含するものであつて、河川の新築改築に要する費用は勿論、

維持修繕に關する費用及河川管理職員に要する費用を包含するのである。或は法が主務大臣の定むる所に依ると規定したのは、一般抽象的に命令を以て定むる法意でないから、本法に特別の定ある場合又は之に基き特別の處分をし場合を除いては原則として河川に關する費用を府縣に負擔せしむべき趣旨であつて、府縣に負擔せしむべき費用の範圍に關し疑ある場合に主務大臣が個々に之を決定する法意であると説く者があるが、河川に關する費用に關しては既に廣狹の二意義があつて、論者も亦之を認めてゐる所である如く、其の範圍は明確ではないのである。故に法は命令を以てするか其の手段を問はないが、之を確定するの法意であることが判る。唯だ決定の方法を示さないと云ふことを理由として疑の存する場合に主務大臣が決定すると解するのは無理である。

第二目 費用負擔者

河川法が河川を國の營造物とし、地方行政廳をして管理せしむることとしたことに徴するときは、之に關する費用も亦其の營造物の主體たる國に於て負擔するを理論上當然とするのであるが、河川の利害は、河川所在地方に著しき影響を有するのと、國庫財政が此の理想を容るゝ餘裕を有せざるとに依つて、本法に於ては河川の屬する府縣をして、其の河川に關する費用を負擔せしむるのである(第二十四條第一項)。併しながら國庫が負擔すべき責務を全然免除すべきものでないから國は此の府縣の負擔に屬する河川費用に對し、補助政策を採用し費用の負擔を緩和する。即ち府縣が負擔すべき河川の改良工事に要する費用の豫算が、其の府縣内に於ける其の年一月一日現在に於て地租を徴収すべき土地の地價總額千分の二箇半を超過するときは其の超過額の三分の二以内を、又地價總額百分の二箇半を超過する部分に付いては其の超過額の四分の三以内を國庫より補助する(第二十六條)。

併しながら其の工事が、災害に因つて必要を生じたものであるときは、府縣災害土木費國庫補助に關する法律(明治四十四年法律第十五號)に依つて補助するから、本條の規

定に依つて補助しないのである。補助は公法上の贈與契約である。而して本法の補助は精算補助の主義に依るのであるが、工事費用が精算の結果豫算より減じても既に與へた補助金は必ずしも還付せしめない、事情の如何を斟酌して補助金を決定するのである（第二十六條第三項）。

以上述べた河川費用府縣負擔の原則に對しては左の例外がある。

一 主務大臣に於て管理する場合。 他府縣の利益を保全する爲主務大臣が河川を管理し又は其の維持を爲すことを得べきは第六條の規定する所であつて、此の場合に於ては國庫が之を負擔する（第二十四條第二項）。併しながら主務大臣が管理することに依つて本來府縣の有する費用負擔義務を免除すべきでないから、管理維持の狀況に鑑み府縣は其の費用の一部を負擔せなければならぬ。

二 通航料の徴收を許可した場合。 私人若は公共團體が舟筏の便を圖る爲、河川の新築若は改築工事を施行し、通航料徴收の許可を受けて施設した工作物の爲に要する費用は、其の徴收期間許可を受けた者に於て其の費用を負擔する（第二十五條）。蓋し是等のものを管理する爲に要する費用は、所謂元資の銷却に於て當然計算せられ、其の費用は通航料として通航舟筏より徴收するが故である。

三 主務大臣に於て工事を施行する場合。 第八條に依り主務大臣に於て河川改良工事を施行するは河川管理者の職權の代位であるから、此の場合に於ても其の費用は府縣の負擔に關するのを原則とするが、主務大臣に於て施行する工事は主として著大な河川改良に關するものであるから、國庫補助の精神に則り其の割合（第二十條第六條）に依つて國庫と府縣とが費用を分擔し、府縣は其の負擔すべき豫算金額を國庫に納付することを要する（第二十條第八條）。此の負擔は府縣の義務支出に屬し、國庫に對する寄附金ではない、法律に依る義務支出である。府縣が納付したものは當然國庫に屬するから、工事竣功の後に於て工事費不足額の補充又は殘餘金の處分等に關しては主務大臣に於て自由に決定する（第二十七條第二項）。府縣が費用の一部を負擔した場合に於て生じた殘餘金の處分は、會計法等に拘束せらるゝことなく

本條の規定に依つて主務大臣が處分する。

第三目 費用負擔命令

河川に關する費用は以上述べた例外を除き府縣に於て負擔するのを原則とするのであるが、地方行政廳は左の場合に於ては、他の者をして其の費用の全部又は一部を負擔せしむる權限を有する。之を河川費用負擔命令と言ふ。

一 下級公共團體をして負擔せしむる場合。 河川に關する費用全部を府縣が負擔することは、府縣經濟の許さざる場合がある。又假令府縣財政が之を許しても河川の所在する地元團體は、其の河川又は工作物に對して直接の利害關係を有するものであるから、地方行政廳は其の管内の下級公共團體をして河川に關する費用の一部を負擔せしむることが出来るのである（第十九條）。或は叙上の理由を以て地方行政廳は其の管内の下級行政廳をして、河川工事の一部を施行せしめ又は維持せしむる場合もあるから（第九條）、其の場合に於ける費用を負擔せしむるときに限り、本條を適用すべきものであると説明する者があるが、法は負擔せしむる場合を限定しないから制限解釋を爲すべきでない。併しながら下級公共團體をして負擔せしむるには、之を負擔せしむるの合理的理由の存する場合でなければならぬ。即ち負擔せしむべき費用の原因たる工事と、公共團體とが直接の利害關係を有する場合に於てのみ負擔せしむることを得るものと言はねばならぬ。

二 河川の附屬物の費用を負擔する者に負擔せしむる場合。 河川の附屬物が兼ねて他の工作物の效用をなすものなるとき、例へば附屬物たる堤防が道路の用に供せらるゝ場合等に在つては、其の工作物の管理者即ち道路管理者の直接に統轄する公共團體をして、其の附屬物に關する費用の全部若は一部を負擔せしむることが出来る（第三十條）。蓋し一物が兩效用を兼ねる場合に於て、河川附屬物に關する工事を施行したことに因る利益は、亦他の工作物の爲に利益と爲るのであるから兩者に於て其の費用を分擔するのは當然である。其の工作物の管理者が行政廳

である場合に於ては、其の利益は公共團體に歸するのであるから公共團體に直接負擔せしむるのである。

三 營業の爲に必要な河川工事の費用を負擔せしむる場合。 營業の結果に因つて特に河川に關する工事の必要を生ぜしむるものあるとき、例へば川船營業者が汽船通航の爲に護岸工事の必要を生ぜしめたが如き、又汽船營業者が通航の爲著しく護岸堤防等を毀損するが爲必要を生じた護岸工事は、其の營業の結果に外ならないのであるから其の營業者をして工事の費用の一部を負擔せしむ^(第三十條)。

營業の爲に必要な場合に於て其の營業者が護岸工事を自ら施行するのは、第十七條の規定に依つて出願人が當然負擔すべきものであるから本條の適用を受くべきものではない。固より河川は公衆の利用に供すべきものであるから、私人が之を利用するの利便を圖るのは河川管理上當然であるが、此の場合に於ける費用も亦河川費用として其の全部を府縣に於て負擔することは、負擔の公平を期する所以でないから、營業の結果其の利用が通常の利用以上に顯著なる場合に於ては營業者をして費用を負擔せしむるのである。

四 河川工事の原因者に負擔せしむる場合。 河川に關する工事が他の工事に因り必要を生じたものであるときは、其の費用は其の原因たる工事の費用を負擔する者をして、其の必要を生じたる程度に於て、河川工事の費用を負擔せしむ^(第三十二條第一項)。即ち河川工事の必要を生ぜしめたのは他の工事の爲であるから、其の原因を與へたものをして、其の必要の程度に應じて費用を負擔せしむるのは負擔の公平を期する上からして當然であるからである。

五 利益を受けた者に負擔せしむる場合。 河川に關する工事に因つて他の府縣、若は他府縣内の公共團體に於て著しく利益を受くるものあるとき、又は河川に關する工事若は其の維持であつて、主として他府縣内の住民の河川の使用に因り必要を生ずるものなるときは、其の府縣若は其の府縣内の公共團體をして其の費用の一部を負擔せしむることが出来る^(第三十條)。蓋し河川は地方行政廳に於て

其の管内に係る部分を管理し、地方行政廳の統轄する府縣が其の費用を負擔するのであるが、之を負擔せしむる所以は、河川の利害は主として其の河川の存する府縣に及ぶものと認められたからである。故に地方行政廳に於て執行する河川に關する工事の爲に、他府縣若は他府縣内の公共團體が著しく利益を受くる場合、又は河川に關する工事若は維持が、他府縣内の住民の河川使用に依り必要を生じたるもの、如きに在つては、其の利益を受けた者に對し費用の一部を負擔せしむるのことは當然なことと言はねばならぬ。

公物を施設する行政作用は固より國民の利益を圖ることに在るのであるが、之れが反射作用に依つて他府縣内の特定人、若は公共團體が著しき利益を取得する場合に於て、之に對し特定の負擔を命ずるのは費用負擔の公平性に胚胎するのであつて妥當なことと言はねばならぬ。此の理由に依つて道路費用に關する受益者特別負擔金制度等の是認せらるゝ所であるから、河川費用に付同一の制度を採つたことは當然である。而して其の負擔を命ずるには道路費用負擔金制度に付説明したと同一の要件を具備することを要する。唯だ河川に關する費用に在つては受益者が住民なる場合に於ても眞の受益者たる住民に負擔せしむるのではなく、住民の屬する公共團體をして負擔せしむる點に於て相異なるのである。負擔に必要な手續は命令を以て定め^(第五條)、其の手續に關しては明治三十二年內務省令第二十二號の規定する所である。

他の府縣又は他の府縣内の公共團體をして河川に關する費用を負擔せしめむとするには、地方行政廳は先づ以て其の府縣知事に協議し負擔金額及納付期限を定む^(同省令第一條)。協議調はざるときは內務大臣の指揮を請ふ^(同省令第三條)。負擔金額及納付期限確定したときは其の府縣知事に通知し、通知を受けた府縣知事が其の府縣内の公共團體をして負擔せしむる場合は、更に金額及納付期限を其の公共團體を直接に管轄する行政廳に通知することを要し^(同省令第四條)、斯くして確定した金額を期限内に納付せざるときは府縣知事は其の旨を內務大臣に具申し、若し他府縣内の

公共團體が納付せざるときは其の公共團體を管轄する府縣知事に通知する。前者の場合に於ける納付の強制は内務大臣に於て適當と認むる方法に依つて措置すべきものであるが、後者の場合に於ては府縣知事は公共團體の豫算表に其の金額を掲げ即ち強制豫算の方法によつて支出せしむるのである(同省令第五條)。内務大臣が自ら河川工事を施行し又は河川の管理維持を爲す場合に在つては、負擔金額及納付期限は内務大臣が定むるのである(同省令第六條)。

第四目 河川費用に関する公共團體の特権

河川の良否は河川所在地方の利害に重大な關係を有するから、河川の費用支辨に付き河川所在公共團體の協力を必要とし、公共團體は河川に関する工事若は費用の爲寄附を爲し(第三十條第五條)、又は河川に関する費用に付き私人若は其の区域内の下級公共團體に補助することを規定し(第三十條第六條)、之を制限することとしたが(第四十九條第三項)、此の如き寄附又は補助は公共團體の自由に爲し得る所であつて、河川法に特に規定を設くるの必要がないのである。又公共團體は河川に関する費用に付き利害關係の厚薄を標準として、其の区域内に於て不均一の賦課を爲すことが出来る旨を定めたが(第三十條第七條)、此の如きは公共團體に関する規定に依つて措置することが出来ることであつて特に規定するの必要がないのである。或は此の如き規定を設けた所以は、第五十五條第三項の規定に依つて強制豫算を命ずる爲であると説明する者があるが、此の如き寄附若は補助は、河川法又は河川法に基きて發する命令に依る公共團體の負擔すべき費用と言ふことが出来ないから、其の説明は適當ではない。

想ふに河川法制定當時に在つては、公共團體が補助又は寄附の如き贈與行爲を爲すことを得べきや否や疑があつたから、此の規定を必要としたのであらうが、現在に於ては公共團體に関する規定に於て何れも、此の制度を認めてゐるから本條を適用するの餘地がない。

第五目 他の工事に關する費用

河川に關する工事に因つて必要を生じた他の工事の費用は、本來河川に關する費用ではないのである。故に之が費用を負擔すべき者を決定する必要があるので本法は他の工事の管理者たる行政廳の直接に管轄する公共團體若は管理者たる私人の負擔とすることに定めた(第三十二條第二項)。即ち河川に關する工事の爲用水路改築工事を必要とする場合等に於ては、其の用水路を管理する行政廳の直接に管轄する公共團體をして其の費用を負擔せしめむとするのである。他の工事又は行爲の爲に河川工事を施行する原因を與へた者に對し、河川費用の負擔を命ずるに拘はらず、河川に關する工事に因つて他の工事を必要とするに至つた場合に、尙他の工事の費用負擔者をして費用を負擔せしめむとするのは、負擔の權衡を失するものであつて、立法上非難の存する所である。法は此の非難を緩和する爲に河川工事の爲必要を生じた他の工事の費用に對しては、河川に關する費用の内より他の工事の費用の全部若は一部を補助するものとし、明治三十二年勅令第二百二十二號の規定する所である。

此の勅令に依るときは、補助を爲すべきものゝ範圍は、(1)河川法第十七條に記載する工作物の新築改築若は除却なること (2)工事の必要を生じた程度に於ける工費が其の管理者たる行政廳の直接に管轄する公共團體又は管理者たる私人の資力に比し大なるものに限らる。其の補助は工費の三分の二以内であるが、他の工事の管理者が私人であるとき又は特別の事情ある場合に在つては此の制限に拘はらず補助することが出来る。而して内務大臣の直接施行する河川工事に依り補助するものに就ては、明治三十二年内務省令第二十一號及同三十六年内務省令第八號に依つて其の手續を定めてゐる。即ち補助は精算主義に依り工事竣功したときは内務大臣の竣功認可を受くることを要し、補助の基本と爲つた工事費が、精算の結果減少したときは管理者は内務大臣の命を受けた日より二箇月内に補助金を

還付することを要する。然れども特別の事由あるものに對しては、既に與へた補助金は返還せしめざる場合がある。又他の工事の管理者が不明な場合は河川に關する費用の内より其の工費の全部を支出することが出来る。

第六目 河川より生ずる収入の歸屬

河川に關する費用は原則として府縣の負擔に屬せしめたのであるから、支出の在る所収入も亦之に伴ふ主義に則つて、河川の使用料若は占用料其他河川より生ずる収入は、其の公法上の収入たると私法上の収入たるとを問はず總て府縣に歸することとした^(第四十二條第二項)。

公法上の収入に關しては既に述べたところであるが、河川生産物の採取料は私法上の収入なりや公法上の収入なりや議論の存する所である。殊に砂利を採取する場合に於て問題と爲るのであるが、砂利を採取することは砂利なる物件を賣買するのではない、河川敷地を構成する土地の一部を掘鑿して其の所有權を得せしむるのであつて、土地の一部を掘鑿することは公法上の關係に於てのみ爲し得ることであるから、砂利採取權は行政行爲であつて民法上の契約ではない。故に之より生ずる収入も亦公法上の収入と言はねばならぬ。

河川法を準用する河川には本條の規定は當然準用されるのであるが、第二十四條第一項の規定を準用せざる場合、即ち河川に關する費用の負擔者が、府縣以外の公共團體なる場合に於て、河川より生ずる収入が費用負擔者たる當該公共團體の収入に歸するや否やに就ては疑がある。法文の文字解釋に従ふときは矢張り此の場合に於ても府縣の収入に歸するものと解せねばならぬのであるが、河川に關する費用を府縣が負擔するが故に、収入も亦府縣に歸屬せしめた立法趣旨よりするときは、府縣以外の公共團體が河川費用を負擔するときは、支出の存するところ収入も亦之に伴ふの原則に依り、當該公共團體の収入に歸するものと解せねばならぬ。

河川法に關係なき河川に於ける河川より生ずる収入の歸屬に關しては、由來議論の存する所であるが、地盤の官有に屬するものと民有に屬するものとに區別して考察することを要する。其の官有に屬するものは、國有財産法の支配を受くべきは當然であるから、其の収入は國庫の収入に歸屬するのであるが、官有に屬する河川の堤塘の使用に關しては、明治二十四年五月内務省訓令第四百六十二號の規定に依つて、河川費用を負擔する公共團體の處分に任せ、其の収入も亦當該公共團體に歸屬せしむるのである。右訓令は國有財産法の制定に拘はらず效力を有するや否やは疑問なるも、行政の實際は右訓令に依り措置されつゝあるのであるから、官有に屬する河川敷より生ずる収入のみが、國有財産法の規定に依り國庫に歸屬するのである。地盤の民有に屬するものは、其の土地所有者の収入に歸すべきは當然であつて法の規定を俟つ迄もない。右訓令に基く収入の徴收權は地方行政廳の權限に屬し徴收したものが府縣の収入と爲るべきは道路より生ずる収入に付説明したと同一である。

第五節 河川の爲にする公用徴收及公用制限

河川行政の完全を期するが爲に特定の場合に限り物件を強制徴收し又は特定人若は特定物の所有者に對し特別の負擔を命ずることが出来る。前者は所謂公用徴收であつて後者は公用負擔である。

第一目 公用徴收

公用徴收を爲し得べき場合は法律特に之を規定し、洪水の爲危険切迫せるとき及河川に關する工事の爲必要なるときに限つた。

一 洪水の爲危険切迫せるとき。洪水の爲河川の危険切迫せるときは地方行政廳又は其の委任を受けた官吏は、其の現場に於て直に防禦の爲に必要な土地を使用し、土砂竹木其他の材料車馬其他の運搬具及器具等の物件を使用若は徴

收し、其の現場に在る者を使役し又は家屋其の他の障害物を破毀する事が出来る(第二十三條第一項)。固より天災地變に際し急施を要する事業の爲、土地を使用する場合に在つては、土地收用法第十五條の規定に依つて土地を使用することが出来るのであるが、洪水の爲危険切迫せる場合に於ては此の手續を採るの迫なき場合が多い。故に土地收用法の例外を認めたのである。又土地以外の物件の如きは代替し得べきものであるから本來強制徴収を許すべき性質の物件ではないが、特に之が強制徴収若は使用を許容した所以は、事の急に應ぜむとするの趣旨に出づるのである。故に此の規定の適用に方つては嚴格に解し(1)公用徴収を爲し又は負擔を命ずる場合は、洪水の危険現に存在し切迫せる時に限らなければならぬ、將來の危険を防止する豫防的施設を爲すが如き場合に徴収することは許されない。(2)其の收用物體は洪水防禦の爲に必要な物件に限る。併しながら其の物件の範圍は唯だ例示したに過ぎないのであるから、防禦の爲必要な物件なるときは如何なものでも收用若は使用することが出来るのである。併しながら右二要件を具備しないときは違法の行爲となる。

公用徴収又は公用負擔に付き被徴収者又は負擔者は、損害を蒙るのであつて是等の損害は一部の被徴収者又は負擔者に負擔せしむべきものではない。是等は河川に關する費用として府縣の負擔に屬せしむべきものであるが、河川法に於ては之に對して補償を爲さざる事を原則とし、唯其の處分に因つて著しく損害を受けた者あるときに限り之を補償することとし、地方行政廳は其の管内の市町村、町村組合若は水利組合をして、地方行政廳が定めた其の物件の價額を補償せしむることとした(第四十條)。

蓋し洪水防禦の如きは其の河川に關係ある地元の利害に直接影響するものであつて、其の費用を市町村其の他の組合の負擔に屬せしめたのは事宜に適した制度であるが、水利組合が非常災害の場合に行ふ公用徴収(水利組合法第五十條)及土地收用法に依る收用若は使用に付いては何れも損失補償の途を設けたに拘はらず、河川法

が損失の著しきものに對してのみ補償する特別の制度を採つたことは立法上非難すべきである。補償の手續に關しては明治三十二年内務省令第三十六號の定むる所であつて、府縣知事が市町村、町村組合若は水利組合に補償を命ずる時は、補償すべき物件の種類、員數及補償金額並其の支拂期限を定め、補償金を受取るべき者の氏名住所と共に市町村其の他の公共團體に通知し(同省令第一條)、通知したるときは補償金を受取るべき者に其の旨を通知することを要する(同省令第二條)。通知を受けた市町村其の他の公共團體は、法律上の義務支出として補償金を支出せなければならぬ。故に公用徴収權を行使する者は地方行政廳であつて、補償義務者は市町村其の他の公共團體である。

以上の外洪水の危険切迫せるときに於ては、地方行政廳又は其の委任を受けた官吏は、其の管内に於て夫役を命じ又は下級公共團體に命じて土地、材料、運搬具、器具及夫役を供せしめ、又は市町村長其の他の市町村吏員等を指揮して必要な處分を爲さしむることが出来る外、平時に在つても地方行政廳は下級公共團體に命じて豫め洪水防禦の爲必要な準備を爲さしむることが出来る(第二十三條第二項第三項)。此の場合に於ける費用は其の命を受けた公共團體に於て負擔する。

二 河川に關する工事の爲必要あるとき。 河川に關する工事の爲必要あるときは、地方行政廳は管内の土地若は森林の所有者に命じ時價相當の補償金を下附して、其の所有に係る土石、砂礫、芝草、竹木及運搬具を供給せしむることが出来る(第三十條第六條)。此の場合に於ては少くとも五日前に其の供給せしむべき物件の種類、數量及補償金額等を其の所有者に通知することを要し(第六條)、物件の收用は地方行政廳の一方的行爲に依るのであるが、其の補償金に付いては當事者間の協議に依らしめ、協議調はざる時又は所有者不明なときは所有者の所在不明なときは地方行政廳は相當と認むる金額を供託して物件の供給をなさしむ(第三十條第八條)。補償金の拂渡は物件の提供と交換的に行はるゝものであつて、前項に述べた徴収とは其の取扱を異にする。此の補償金額に對し不服ある者は行政廳に於て補償金

額の通知をした日より六箇月以内に民事訴訟を提起する事が出来る^(第六十條)。補償金額の決定は收用當時に於ける時價即ち市場價格に依り算定すべきものであつて、判決當時の價格に依るべきではない。

第二目 公用制限及負擔

河川管理者の權限の行使を容易ならしめ、河川より生ずる公害を除却輕減し又は河川の公利を増進する爲に、一定の土地又は工作物の所有者、若は占有者に對し其の權利を制限し一定の負擔を課する。之を河川の爲にする公用制限及公用負擔と言ふ。

一 河川に關する工事の爲必要あるとき。堤外地即ち河川兩側の堤防に依り包圍せらるゝ土地であつて、河川區域に屬せざる土地は殆ど事實上に於て河川敷地と其の狀態を同じうするものであるから、是等の土地に對しては特別の制限を賦課し、河川に關する工事の爲必要あるときは、地方行政廳は其の堤外地に立入り、又は其の土地を材料置場に供し、已むを得ざるときは其の土地に現存する建設物、其の他の障害物を除却することが出来る^(第三十九條第一項)。

堤外地にあらざる沿岸若は沿堤土地に在りても其の地先に施行すべき工事の爲必要な場合に限り堤外地と同一の制限に服す^(第三十九條第二項)。府縣知事に於て是等の行爲を爲さむとするときは少くとも五日前に、又建設物其の他の障害物を除却せむとするときは少くとも十五日前に其の場所若は建設物等の所有者に通知することを要し^(第七條)、其の何れの場合を問はず之が爲に損害を受けた所有者は、使用若は除却後三箇月以内に府縣に對し補償金を請求することが出来る^(第三十九條第三項)。其の補償金の算定等に關しては法律は何等規定しないが、一般の理論に依つて現に生じた損害の補償を爲すべきものである。若し其の補償金額に對し不服あるときは、行政廳に於て補償金額の通知をした日より六箇月以内に民事訴訟を提起することが出来る。補償金請求の後三箇月以内に其の金額の通知なきときは、其の

期限經過後六箇月以内に民事訴訟を提起することが出来る^(第六十條)。併しながら此の規定に依つて不服を主張することを得るものは所有者に限り、地方行政廳の處分に依つて土地又は工作物の占有者若は其の他の權利者が損失を蒙るも何等補償せざるは立法の缺點である。

二 公害防禦の爲必要あるとき。河川の損害を惹起すべき原因は、河川自體に關する施設の如何と、河川以外の土地工作物の維持管理如何とに依りて發生する。河川自體に關する施設は、地方行政廳が管理權を行使して其の完きを得ることが出来ても、河川以外の土地工作物の維持管理をして河川に害なからしむることを要し、之が爲には法律に於て之を規定するを要する。

仍つて(イ)河川附近の土地、即ち府縣知事が河川法施行規程第三條に依り河川附近の土地と決定し告示した區域の土地の所有者若は其の土地に在る工作物の所有者は、其の土地の缺壞若は土砂流出を豫防する爲、又は其の工作物の河川に及ぼす損害を豫防する爲に、必要な設備の全部若は一部を施行し、又は其の費用の全部若は一部を負擔する義務を有する^(第四十條)。(ロ)河川附近の土地以外のものであつて河川に土砂の流出するの虞ある土地と地方行政廳が豫め告示した土地の所有者は、行政廳に於て其の土地に竹木芝草を植附け、若は培養し、又は其の他土砂扞止の設備を爲し、若は之を維持することがあつても之を拒むことが出来ない。地方行政廳が植附けた竹木芝草は地方行政廳の所有に屬すべきものでなく、其の土地所有者の所有に歸すべきものである。然るにも不拘、法は地方行政廳は其の植附けた竹木芝草より生ずる收益の全部若は一部を土地所有者に取得せしめ、又は培養するの義務を負はしめたから、其の物の所有權は移轉せざるものと言はねばならぬ。又土砂扞止の爲必要な土地は河川工事に必要なものではないが、公害防禦の爲必要あるときは土地收用法に依り之を收用することが出来る^(第四十條)。(ハ)尙此の外河川附近の土地家屋若は其の他の工作物に對しては河川の公害を除却若は輕減する爲に一定の制限を爲し^(第四十條)、其の範圍及制限に關

する事項は明治三十三年勅令第三百號の規定する所であつて、河川附近の土地形状又は家屋其の他の工作物であつて、河川に害を及ぼし又は及ぼす虞あるときは、府縣知事は其の土地の形状を變更し又は家屋其の他の工作物を改築若は除却することが出来る。又是等のことを所有者をして爲さしむることも出来るのである(同勅令第一條)。府縣知事が之を執行する場合に於ては十五日前に所有者及占有者に通知することを要し(同勅令第六條)、是等の爲に損害を受けた者あるときは其の損害は府縣に於て相當補償金を下付することを要する(同勅令第七條)。併しながら其の補償金に關し不服ある場合に於て之が救済の制度を認めなかつたのは立法の缺點である。又河川附近の土地に在る土砂竹木等であつて河川に害を及ぼし又は及ぼす虞あるときは、府縣知事は其の所有者をして之を除却せしめ(同勅令第二條)、其の他河川附近の土地に於ける家屋以外の工作物の新築改築又は除却、土地の掘鑿其の他土地の形状の變更、堤外地に於ける家屋の新築、改築若は除却又は竹木の栽培若は伐採に付いては府縣知事の許可を受くることを要し、之に反するときは所罰さる(同勅令第四條第十條)。

三 公利保全の爲必要あるとき。河川の公害を豫防し又は除却若は軽減する外更に河川の公利を保全する爲河川附近の土地に標柱を設置し(同勅令第三條)、沿岸土地の所有者は其の土地を曳舟道に供し(同勅令第五條)、沿堤土地の所有者は堤防より雨水の自然に流れ来るを妨げ又は其の土地の水を堤防に注流せしむる設備を爲すことを得ざる義務を負ひ、之に反するときは所罰さる(同勅令第六條第十條)。

第六節 廢川處分

河川の公用を廢止すること即ち河川の資格を喪失せしむる處分を廢川處分と謂ふ。廢川處分は二の場合を想像することが出来る。即ち河川法の適用ある河川に對し河川法を適用せざることとする場合と、河川區域の公用を廢止する場合とである。前の場合に於ても、河川法上に於ては廢川と言ひ得られざるに非ざるも、

河川法に於ては河川を認定した後は河川の存在する限り河川法を適用すべきものと爲し、此の如き廢川の制度を認めない。併しながら行政の實際に在つては河川の締切工事を爲し、派川の全部に對し河川法を適用するの必要なきに至り、其の效用を廢止する場合がある。此の場合に於て其の一部を尙普通河川として存在する必要がある場合に於て、之が措置の方法を規定しなかつたから、一度廢川處分をした上、更に普通河川として新に用地を取得せざるべからざるは立法の缺點である。茲に謂ふ廢川は後の場合であつて、河川區域を變更した結果公用を廢止する場合と、工事を施行した結果公用を廢止する場合とがある故に、河川資格の喪失原因は自然的作用と人爲的作用とに區別することが出来る。前者は即ち流水が河川の區域外に出で、永期に亙るべきものと認め、河川の區域を變更する場合であつて、後者は河川改良工事等を施行し従前の河川敷地の公用を廢止する場合である。其の何れの場合たるを問はず廢川處分である、行政の實際に徴するときは、現に河川たるの實體を具へてゐるものを河川の區域より除外する爲河川の公用を廢止せむとする場合がある。即ち河川幅員を縮少し他の用途に供する場合であるが、此の場合に於ては幅員縮少工事の結果區域を變更して實際の要求に應じてゐるが、法の豫想しなかつた點である。河川の公用を廢したときは河川を構成した敷地及其の附屬物は當然私物と爲り民法上に於ける所有權の物體たる地位を占むるのであるが、其の土地は固と無主の不動産であつたのであるから、公用を廢止すると同時に民法第二百三十九條の規定に依り國庫の所有に屬することゝ爲るから、河川法に於て其の特別規定を設けた。其の廢川處分に關しては、廢川敷地處分令(大正十一年勅令第三百三號)の定むる所であつて、地方行政廳に於て處分することを要する(第四十條)。

一 處分官廳。河川は主務大臣に於て認定し、地方行政廳は其の認定に基き區域を認定したに過ぎない。故に河川の全部に亙り河川法を適用するの必要なきに至つた場合は主務大臣が認定の廢止を爲す譯であるが、既に述べたやうに此の

如き制度は河川法の認めざるところであるから問題はない。河川区域の公用廢止に付いても何人が其の職權を有するや法上明かではないが、府縣知事は河川の實體を決定する權限を有し、河川區域を認定するのであるから、此の權限を有する府縣知事の職務に屬するものと言はねばならぬ。而して廢川敷地を處分することは河川管理權の範圍外に屬する事項であるから、河川及其の附屬物を構成した物の所在地を管轄する府縣知事をして之を行はしむ。

二 處分手續。 廢川敷地は府縣知事に於て内務大臣の認可を受け告示することを要し(同令第二條第三條)、其の敷地の處分は府縣知事の自由裁量處分に依るのであるが、其の裁量の範圍は制限され、廢川敷地であつて河川法施行前私人の所有權を認めた證跡あるものは其の私人に下付することを要する(第四十四條但書)。即ち従前所有權を有した私人は下付を受くるの權利を有し、地方行政廳は之を下付するの義務を有する。河川法施行前と云ふのは河川法を施行した明治二十九年四月以前と言ふ義ではなく、特定の河川に河川法を施行した日以前の義と解すべきである。而して施行前私人の所有權を認めた土地であつても管理者が土地收用の規定又は任意賣買に依つて所有權を取得し、之を河川敷地に供したものは本條但書に該當しないのは勿論である。蓋し相當の補償金を支出して其の土地を管理者が取得したる場合に於て之に特權を付與すべき理由がないからである。此の場合に於て土地收用法を適用し取得した土地に對しては本條の規定に關係なく土地收用法第六十六條の規定を適用すべきは勿論である。此の權利は買戻權に類似し物權的性質を有する公法上の權利である。此の權利を有する者は廢川敷地告示の日より三月内に下付を申請することを要する。此の期限内に下付を申請せざる時は下付を受くる權利を失ふものなるや疑がある。筆者は曩に失效するものとし期限經過後の申請を受理されたときは(同令第六條)權利は消滅せざるものと解したが、後に説明する如く私人に下付すべきや否やは廢川敷地處分令に於て之を制限することを得ざるものであるから期限に關係なく權利は存続するものと解する。

廢川敷地であつて御料地又は内務省所管以外の國有地に編入する必要あるものは、廢川告示の日より三月内に内務大臣に對し宮内大臣又は主務大臣より協議することを要し、協議成立したときは内務大臣は府縣知事をして其の土地を御料地又は國有地に編入せしむる(同令第五條)。又廢川敷地にして現に他の公用又は公共の用に供するものについては、特別の處分を爲すことが出来る(同令第八條)。河川法施行前に私人の所有權を認めた證跡ある廢川敷地を國有地に編入し、又は現に他の公用又は公共の用に供する爲に特別の處分を爲し私人に下付せざることを得るや否やは廢川敷地處分令の規定に於ては多少の疑があるが、私人の所有權を認めた證跡ある土地は、第四十四條但書の規定に依り必ず私人に下付することを要し、假令公用又は公共の用に供しつゝあるものであつても、之を私人に下付し更に之を國有地に取得することを要するものと言はねばならぬ。蓋し下付申請權は法律の認めた權利であつて、命令を以て處分することを得ざるものであるからである。而して法は此の如く舊所有者に下付の請求權を附與したが、舊所有者であつて其の所有地が河川敷地と爲つた場合に於て占用の許可を受けなかつたものは、相當の補償金を受くるにも拘はらず尙廢川敷地下付請求權を有することゝ爲つて不當に利得せしむるやうであるが、所有地を河川敷地に編入することに就ては所有者の意思は何等顧みられない。即ち土地收用の場合と同一であるから、土地收用に於ける買受權と同一に取扱つたのである。國有地に編入せず又は私人に下付せざる廢川敷地は府縣に歸屬する。蓋し河川に關する費用を負擔するものは原則として府縣であるから、之に關する費用を負擔した者に下付するのは當然である。従つて廢川敷地處分に要する費用も亦府縣の負擔に屬せしむる(同令第四條)。府縣以外の公共團體が費用の全部又は一部を負擔して、河川に關する工事を施行したに因つて生じた廢川敷地に付いては、内務大臣の認可を受け其の歸屬を定むることが出来る(同令第七條)。

三 所有權の取得。 河川敷地に對しては何人と雖、所有權を有せず無主の不

動産であることは既に説明したが、廢川處分をした場合に於ては其の敷地は無主の不動産と爲り民法第二百三十九條に依つて國庫の有に屬し、國庫は更に之を舊所有者又は府縣に下付するのが順序であるが、此の如き手数を省略するが爲に廢川敷地を取得した者は、公用を廢した日より其の土地の所有權を取得したものとし、所有權は河川の公用を廢した日に遡つて下付を受けた者の所有に歸するのである(同令第九條)。故に廢川敷地の所有權の取得は原始取得であつて、繼承取得ではない。従つて河川敷地に編入前其の土地に抵當權を有したのも何等の權利を有しないのである。或は廢川敷地は、河川の公用廢止と同時に府縣に歸屬し、府縣が之を處分するものであると説明する者があるが根據のない論である。府縣知事の爲した廢川敷地處分に對しては、訴願若は行政訴訟を提起することが出来る。

河川法に關係なき河川の敷地は民有に屬するものを除く外國家の所有に屬するものであるから、之が效用を廢したときは、其の敷地は公共用財産たる資格を失ひ、國有財産法に規定する雜種財産と爲る。此の場合に於ては内務大臣は豫め大藏大臣に通知し用途廢止後遲滞なく大藏大臣に引繼ぐことを要する(同法施行令第二條)。其の財産は之を其の維持保存の費用を負擔した者其の用途に代るべき他の施設をした者其の他の緣故者又は關係者に讓與することが出来る(同法第五條)。

其の處分方法は同法施行令の規定する所であつて公共團體に於て維持保存の費用を負擔したときは之を其の公共團體に讓與することが出来るのであるが、特別の事由ある場合を除く外費用負擔の義務を負ひたる期間が十年に滿たざるものには讓與しない(同法施行令第八條)。公共用財産の用途に代るべき他の施設をした爲其の用途を廢止した場合に在つては、之を其の施設をした者又は其の相続人其の他の包括承繼者に讓與することが出来るが、其の財産の見込價格が其の施設に要した費用の額を超過するときは超過額に相當する部分は讓與されない(同法施行令第九條)。公共用途廢止財産中寄附に係るものは之を其の寄附者又は其の相続人其の他の包括承繼者に讓與することが出来る。寄附の際特約をしたもの、外寄附を受けた後二十

年を経過したものに付いては讓與しないのである(同法施行令第十條)。民有の河川敷地は公用廢止と同時に河川に關する規定の支配を離脱する。即ち地租を課する土地と爲るのである。

以上の原則に對しては大正十二年勅令第三百十號の例外規定が存し、河川法に依る河川工事の爲河川法に依らざる河川、水流又は水面であつて不用に歸したものに付いては内務大臣の指定するものに限り、河川法第四條第二項及第四十四條の規定並廢川敷地處分令を準用し處分すべきものとした。此の規定は勅令施行の日より一年内に於て内務大臣の指定した廢川敷地に限り適用せらる。此の勅令は河川法の規定に依る工事に原因して不用に歸した國有雜種財産の處分に關する特別規定であつて、河川法第四十四條の規定の範圍外に屬するに拘はらず勅令を以て特別規定を設けたのは違法と言はねばならぬ。讓與處分に對し行政訴訟を提起することを得るや否やは疑の存する所であつて、河川法の規定に依る廢川敷地處分に付行政訴訟を許すに拘はらず、河川法に關係なき河川の敷地處分に付之を認めないのは理由がないと論ずる者があるが、成法の解釋としては正當ではない。

第七節 強制手續

河川法又は河川法に基き發する命令に依る義務及是等の規定に依り行政廳の命じた事項は特別の規定を設けた場合の外、其の命を受けた者の負擔に於て之を執行するを要し(第三十四條第一項)、若し此の義務を履行せず若は之を履行するも必要の期限内に終了する見込なきとき、又は其の履行の方法宜しきを得ざる時は主務大臣又は地方長官は直接執行又は代執行の方法に依つて執行し(第五十條)、之に要した費用は義務者より追徴する(第三十四條第二項)。又義務を怠るときは、主務大臣又は地方長官は一定の期限を示し、若し期限内に履行せざる時若は之を履行するも不十分なきときは、千圓以内に於て指定した過料に處することを豫告して其の履行を命ずることが出来る(第五十三條)。法律命令若は許可認可の條件に違背した工事、設

備、使用、占用若は工作物の管理によつて損害を受けしめた者は、私人たると行政廳たるとを問はず其の損害を賠償すべき義務を有する。此の場合に於て行政廳の下付すべき賠償金は行政廳の統轄する公共團體の負擔とする^(第四十條)。

此の賠償義務に關し争あるときは民事裁判所に出訴し得べきは勿論であるが、普通民事事件と異なるのは、出訴期間を三箇月と限定し此の期間の経過に依つて訴權を消滅せしめたこと及賠償義務に關する争が行政廳の處分の違法なりや否やに係る場合に於ては先づ訴願若は行政訴訟を提起し、其の違法なることが確定した後でなければ損害賠償の訴を提起するを許さざる點である^(第六十條)。其の他納付せしめた保證金は納付の目的又は過料に充用し、保證金は他の債權の爲に差押を許さない^(第五十條)。私人の負擔すべき費用及過料は特に民事訴訟を許した場合の外國稅滯納處分法に依り徵收し、其の費用及過料に付行政廳は國稅に次ぎ先取特權を有する^(第五十條)。私人の義務不履行に關しては命令を以て、二百圓以内の罰金若は一年以下の禁錮の罰を設くることを得しめ^(第五十條)、其の所罰に關しては明治三十三年勅令第四百四十八號の規定する所であつて、許可を受けずして河川法第十七條に記載する工事を施行し又は詐偽の手段を以て其の許可を得た者は、二百圓以下の罰金又は一年以下の禁錮に處し^(同勅令第一條)、許可を受けずして河川の敷地若は流水を占用し、又は詐偽の手段を以て其の許可を受けた者、河川法第二十三條の場合に於て正當の事由なくして、地方行政廳又は其の委任を受けた官吏の命に従はざる者、許可を受けずして舟筏より通航料を徵收し、又は詐偽の手段を以て其の許可を受けた者は、五十圓以下の罰金又は三月以下の禁錮に處するのである^(同勅令第二條)。

河川法は行政廳に對し各種の職權を附與したのであるが、其の職權を有する者が行政官廳なる場合に於ては、行政執行法の規定する方法に依つて其の處分を強制する事が出来るのであるが、行政官廳に非ざる行政廳が處分を強制する場合には特別規定を必要とするのであるから、此の場合にも亦行政處分と同一の強制方

法を認めた^(第五十條)。又公共團體に對する強制方法を認め、公共團體が河川法若は之に基きて發する命令に依つて負擔すべき費用を支出せざるとき、例へば河川改修の場合に於て公共團體が其の負擔に屬する費用を支出せざるが如きことあるときは、之が爲に河川改良計畫を實行する能はざるに至るから、主務大臣若は地方長官は必要な金額を定めて公共團體の豫算表に掲げ、その他必要な處分を指揮し直に其の金額を支出せしむるのである。併しながら民事訴訟を許した支出に關しては民事訴訟法の規定する強制方法に依るべきは勿論である^(第五十條)。

河川法に關係なき河川行政の處分の強制に關しては大正三年法律第三十七號の規定する所であつて、管理者たる行政廳に於て強制することを得べく、第五章に於て説明する所に依る。

第八節 河川行政の監督

河川に關する行政の監督は主務大臣たる内務大臣に屬し、監督すべき事項及監督方法に關しては命令を以て定め^(第四十條)、河川行政監督令^(大正十五年勅令第二百九十號)の定むる所である。河川法又は之に基きて發する命令に依り市町村、市町村組合、町村組合、又は水利組合の行政廳に於て執行する河川行政及府縣知事の命じ又は許可した事項に關しては、第一次に府縣知事之を監督し第二次に内務大臣之を監督する^(同令第一條)。

監督の爲認可を受くることを要する事項は、内務大臣の認可を受くるものと府縣知事の認可を受くるものと二つある。

前者に屬するものは(1)河川の區域、河川の支川及派川並河川の附屬物の認定(2)河川^(支川及派川を含む)又は河川の附屬物の全部、又は一部に付大體に涉る一定の計畫に基き改良工事及河川又は河川の水量に著しき影響を及ぼすの虞ある工事の計畫並施行、(3)河川法第十七條及第十八條の規定に依る許可であつて、河川又は河川の水量に著しき影響を及ぼすの虞あるもの^{(其の範圍は内務大臣の定むる所に依るものにして、(一)河川法第十七條の工作物)}

に関する工事の許可にして、(一)橋梁の新設及其の改築工事に於て、最大高水位より桁下端迄の空間隔又は流水断面積を縮小するもの、(二)河川又は其の附屬物の敷地内に於ける家屋其の他の建物、電柱、鐵塔の築設及電纜、瓦斯管、水道管等の埋設、(三)流水を停滞せしめ若は引用し又は河川に注水する爲に施設する工作物の新築改築又は除却にして、河川又は河川の水量に著しき影響を及ぼすの虞あるもの、(四)閘門、水門、樋門、陸閘其の他に類するもの新設、(五)其の他河川又は河川の水量に著しき影響を及ぼすの虞ある工事

(二)河川法第十八條に依る河川の敷地又は流水の占用の許可にして、(一)發電の爲にする河川使用に關する、(1)河川法施行河川又は其の流域に屬する河川法準用河川に付理論馬力百馬力以上の水力發生の爲にするもの、(2)其の以外の河川法準用河川に付理論馬力一千馬力以上の水力發生の爲にするもの及理論馬力百馬力以上の水力發生の爲にするものにして、掘鑿土砂二千坪以上のもの、貯水を爲し又は主として落差を得る目的を以て堰堤を築造するもの、甲河川より引水し乙河川に放水するものにして治水利害關係の著しき物、堰堤以外に於て舟筏の通航、木材の流下若は魚族の遡上に關し特別の施設を爲すもの、灌漑其の他の水利事業に著しく障害を及ぼすの虞あるもの、(二)其の他河川又は河川の水量に著しき影響を及ぼすの虞あるものに限る、其の他河川に關する工事、河川法第十七條の工作物に關する工事又は同法第十八條に依る流水の占用にして對岸他府縣に屬し、又は上流若は下流他府縣に連接する場所に係るもの及他府縣に影響を及ぼすの虞ある物に付ては關係府縣知事に協議を爲し、協議調はざるものは内務大臣の認可を受くることを要す(大正十五年内務省令第四十三號)

(4)河川法第二十條の規定に依る處分であつて内務大臣の認可を得て許可した事項に關するもの、(5)河川法第二十九條の費用であつて河川法第八條第一項又は(2)の工事に關するもの、負擔方法、(6)河川法第三十二條第一項の費用であつて國に於て施行する工事に原因するもの、負擔方法、(7)河川法第四十二條の規定に依る使用料又は占用料の徴收であつて、發電の爲にする河川使用に關するもの等である(同令第二條)。

後者に屬するものは河川法第二十二條及第四十六條第一項の規定に依る下級行政廳の處分並に其の變更停止及廢止である(同令第三條)。其の他認可を要する事項に付ては内務大臣の定むる所に依り輕易な事項に限り認可を受くることを要しないのである(同令第四條)。

河川法に關係なき河川の監督に關しては大正十一年内務省訓令第六號の規定する所であつて、(一)河川の全部又は一部に付大體に渉る一定の計畫に基き施行する改良工事であつて府縣費支辨に屬するもの、(二)河川法を施行若は準用する河川の流域に屬する河川に付流水を停滞せしめ若は引用し又は河川に注水する爲に施設する工作物の新築改築又は除却であつて、河川の水量に著しき影響を及ぼす

の虞あるもの、(三)流域二府縣以上に跨る河川に付他府縣に影響を及ぼすの虞ある工事であつて關係府縣知事の間協議調はざるものについては、内務大臣の認可を受け處分することを要し(同訓令第一條)、内務大臣の指定する以外の河川を縣費の支辨と爲す場合又は河川法を施行若は準用する河川の水流若は水面に付、府縣知事自ら河川法第十七條若は第十八條に規定する工事を爲し、又は同一行爲に付行政廳の協議に應ぜむとするときも亦、内務大臣の認可を受くることを要する(同訓令第四條、第五條)

第九節 訴願及訴訟

河川行政執行の爲に私人の權利益を毀損した場合に、之を救済する制度を設け、河川法又は之に基きて發する命令に依り、主務大臣若は地方行政廳のした處分、又は地方行政廳の委任に依り下級行政廳のした處分に對し、不服ある私人若は公共團體は主務大臣に對し訴願することが出来る(第五十九條第一項)。併しながら地方行政廳の委任に依り下級行政廳の處分に不服ある者は地方長官に訴願し、其の裁決に不服ある場合に限り主務大臣に訴願することを得べく、河川法が行政訴訟の提起を許した場合に於ては主務大臣に訴願することを得ざらしむるの外、其の他は一般訴願法の定むる所に依る(第五十九條第二項、第三項)。

河川法若は之に基きて發する命令に規定した事項に關し、行政廳の違法處分に依り權利を毀損せられたりとする私人若は公共團體は、訴願の裁決を経た後行政訴訟を提起することが出来るが、主務大臣若は地方行政廳の處分に對しては直に行政訴訟を提起することが出来る(第六十條)。是等訴訟提起の要件は既に説明したる所である。

民事訴訟に關しては第四十一條第一項に依る損害賠償、第三十八條又は第三十九條に依り下付すべき補償金額に不服あるときに限り之を認むるのであるが、其の訴訟は行政廳に對し提起することが出来ないのである。又第四十一條第一項の

場合に在つては法律命令若しは認可許可の條件に違背したりや否やに付、争あるときは訴願又は行政訴訟に於て其の違背の事實確定した後でなければ提起することが出来ないのである(第六十一條、第六十二條)。河川の占用權に關する訴は司法裁判所の權限に屬すと爲す判決あるも正當ではない。

河川法に關係なき河川行政の違法處分に對しては水利土木に關する事件として訴願訴訟を提起することが出来る。水利土木に關する事件の意義に關しては由來議論の存する所である。蓋し水利土木に關する事件とは文字明確を缺くのみならず、行政處分其のものが水利土木に關するものなりや、又は處分に依り影響を受くる權利々益が水利土木に關することを要するものなるや明かでない。想ふに水利とは水の利用に關し水流水面に影響を與ふることを言ひ、土木とは土地其のものに影響を與ふるものであつて、建築を除いたものを言ふことは殆ど定説であるから、暫く其の説に従ふとするも後者に關しては疑を存する。併しながら行政處分に依つて水利又は土木に關する人民の權利を侵害することを救濟する目的の爲に訴願又は訴訟の制度を設けたものであるから、水利及土木其のものに影響する行政處分に對しては總て行政訴訟又は訴願を提起し得るものと解すべく、従つて行政處分自體が水利土木に關するものと限定すべきではない。

第五章 港 灣

第一節 總 論

第一目 緒 言

水運を國民生活に利用することは古來夙に行はれたところであつて其の起源は道路交通と同じやうに人類の起源と同時であると言つても過言ではない。併しながら其の水上運送の要素である船舶が交通機關として經濟上の効果を擧ぐるに至つたことは、左程古いことではないが、夫れが帆船から汽船に進歩し、尙進んで推進機と機關との改良に依つて船體が改造され水運の效用更に大を爲すに至つたことは今更言を俟たないところである。

併しながら船舶のみの改造を以てしては水運の効果を擧げ得べきではない。船舶の交通し利用すべき航路港灣の設備と共に、相倚り相俟つて始めて其の效用を達成するのである。而して運送の目的物は常に陸上に存在するのであるから水運の効果を收むるが爲には水陸の連絡を司るべき港灣の設備を必要とするのは當然である。然るに水上交通用具である船舶又は航路等に關しては、不完全ながら既に法則が備はつてゐるが、獨り港灣に關しては統一的法規の存するものなく、纔に明治の初年に制定された太政官布告其他斷片的の規定と地方慣習とに依つて規律さるゝの状態であつて港灣行政上遺憾とする所である。此の如く統一的法規の制定を見ない原因は多々あるのであるが、主として明治維新以前に於ける封建制度と鎖國主義とに禍されて海外通商に重きを置かなかつたのと、沿岸貿易の發達が幼稚であつたことに起因するのである。之が爲に四面環海の我國に於て人工を加へない天然港灣多きに比し水運の效果甚だ擧がらない實狀に在るのである。

政府に於ては夙に港灣改良の必要を認め明治三十三年港灣政策を諮問すべき港灣調査會を設置して港灣制度に關する調査及特定港灣に關する重要事項を密議せ