

## 道路自由使用権の性格と利用者保護（一）

畠山武道・土居正典

はじめに

第一章 道路自由使用をめぐる判例の展開

第二章 学説の対応

第三章 ドイツにおける判例・学説の動向

（以上本号）

第四章 アメリカ法の構成

第五章 公物利用と利用者の権利保護

（今後の課題と展望）

第六章 まとめ

はじめに

本研究ノートは、執筆者二名が現在進めている公物法研究の一環として、特に公物の自由使用をめぐる法律関係に焦点をあて、公物自由使用をめぐる日本の判例学説を整理するとともに、あわせて西ドイツとアメリカ合衆国の法制度や利用者保護の現

状にも言及し、今後の公物自由使用をめぐる議論のための基礎作業をしようとするものである。

周知のように、公物の利用関係は、特許使用や許可使用のような例外を除くと、一般に利用者に特別の保護のあたえられない公物管理権の反射的效果と考えられてきた。しかしながら、このような考えは、公物あるいは公共施設が、今日の市民生活においてはたしている役割や市民生活に与えている影響を考えると、いかにも一面的であるという印象をまぬがれないように思われる。

また、公物は、単に国や地方公共団体等が公の目的のために公衆の利用に供した有体物という定義以上に、より豊かな広がりをもって考察することができる。すなわち、公物は、一方で人々の市民生活に不可欠の社会資本を形成するとともに（この点については、西谷剛・計画行政の課題と展望二〇三―二〇五

頁、遠藤博也・行政法Ⅱ（各論）二二六―二二七頁）、特にその利用を考えるにあたっては、慎重な考慮を必要とする公共的な資源をも形成しているように思われるからである（この点については、本稿第五章参照）。特に、海浜、空地、森林、河川、山林などの自然公物は、人工公物に比べて、その管理関係や利用関係が真剣に検討されることがなかったが、これら自然公物は、将来の世代の利用あるいはそのための保全ということも考えて、特に慎重な政策判断のもとに管理されるべきであると思われる。このように、公物を公共的資源という点からとらえる、その管理や利用のあり方は、広範な市民の意思を反映し、民主主義的過程を通して意思決定されなければならないのである。この点からも、従来の利用者の有している地位を単なる反射的利益にすぎないものとして、意思決定過程から除外してしまうのは適当でないといえる。

さて執筆者の一人（畠山）は、こうして公物法を公共資源管理法に構成すべきであるという素案を有しているが、この点は、今のところデッサンの段階にとどまるのであって、これをさらに具体的に理論構成するためには、いくつかの準備作業が必要である。そこで本研究ノートでは、これまで主にドイツ公物法の研究に従事してきた土居正典と共同作業で、公物の自由使用関係の中でも、比較的多くの判例学説の蓄積がみられる道路の自由使用関係を取りあげ、判例学説、および西ドイツとアメリカ合衆国の現状を概観することにした。今後は、この基礎

作業をふまえ、素材をさらに国有地、国立公園、森林などにまで拡大して、利用と保全・管理のあり方、およびそのための意思決定過程のあり方を検討してみたいと考えている。

さて、ここで本研究ノートの執筆分担を明らかにしておく。本研究ノートの作成にあたっては、それぞれのこれまでの研究実績を考慮し、まず第一章・第二章は、畠山と土居がそれぞれに作成した準備ノートを持ちより、判例学説の分析、位置付け、記述の際の構成、配列などについて数回の共同討議をおこなった後に、土居が討議内容に則してそれを文章化した。第三章は土居の、第四章は畠山の独立の筆になる。最後に第五章と第六章は、同じく共同討議の結果をふまえて、畠山がそれを文章化し、さらに若干の私見を加えたものである。本稿は、未だ研究ノート段階のものであって、共同研究として十分にまとまったものではないが、読者諸賢が、今後の道路自由使用権に関する検討資料として利用され、さらに内容面についても、忌憚らない御意見をおきかせ願えれば幸甚である。

## 第一章 道路自由使用をめぐる判例の展開

### (1) 本章でとりあげる判決

本章では、まず道路自由使用をめぐる、これまでに下されたわが国の判決を網羅的に検討することにした。そこで、まず、本章で取りあげる判決を、次に掲げることしよう。判決に付された記号のうち、○は原告が勝訴した事例を、△は本案

前の主張が認容された事例を、×は原告適格・申立適格が否定された事例を示している。なお、執行停止申立事件で、申立適格が認められたにもかかわらず申請が却下されたものは、△の中に含めてある。

- 一 大判明治三十一年三月三〇日民録四輯三卷八五頁 認容
- (村道の共同使用権の妨害)
- 二 大判大正八年六月一八日民録二五輯一〇五四頁 却下
- ×(村道の廃止と通行の自由)
- 三 東京地判昭三〇年九月一二日下民集六卷九号一九六七頁 認容○(参道使用権と圍繞地通行権)
- 四 岐阜地判昭三〇年一二月一二日行裁例集六卷一二号二九〇九頁 棄却×(市道の路線変更と通行権)
- 五 高知地判昭三五年四月二七日行裁例集一一卷六号一八三〇頁 却下×(露店の占用許可と歩行者の通行妨害)
- 六 東京高判昭三六年三月一五五行裁例集一二卷三号六〇四頁 棄却△(道路の廃止と圍繞地通行権)
- 七 最判昭三九年一月一六日民集一八卷一号一頁 破棄・差戻○(村道共用の妨害排除)
- 八 水戸地判昭四一年六月二九日行裁例集一七卷六号六九七頁 却下×(路線変更と旧慣使用権)
- 九 東京地決昭四二年一月二二日判時五〇〇号三九頁 却下×(歩道橋設置と執行停止申立)
- 一〇 広島地決昭四四年三月一九日行裁例集二〇卷二・三

号二五六頁 却下×(歩道橋設置と執行停止申立)

- 一一 東京地決昭四五年一〇月一四日行裁例集二二卷一〇号一一八七頁 却下△(国立歩道橋反対訴訟 執行停止申立、(本案訴訟) 東京地判昭四八年五月三一日行裁例集二四卷四・五号四七一頁(判時七〇四号三一頁) 却下×、東京高判昭四九年四月三〇日行裁例集二五卷四号三三六頁(判タ三〇九号一五五頁) 棄却×
- 一二 福井地決昭四六年一〇月一六日行裁例集二三卷一〇号一六一八頁 却下△(横断歩道の廃止)
- 一三 名古屋地判昭四七年九月二二日判時六八二号七頁(判タ二八二号一五三頁) 棄却△(歩道橋設置と平面通行権)
- 一四 金沢地判昭五二年五月一三日判時八八一号一三六頁 認容○(市道使用の妨害排除)
- 一五 大阪地判昭五二年五月二七日判タ三六五号三〇〇頁 棄却△(歩道橋設置と圍繞地通行権)
- 一六 名古屋地判昭五二年九月二八日判時八七七号三〇頁 棄却・却下△×(歩道橋設置と損害賠償・損失補償・取消訴訟等の請求事件)
- 一七 松山地判昭五三年五月三〇日行裁例集二九卷五号一〇九五頁 却下×(里道・水路の用途廃止処分)、高松高判昭五四年八月三〇日行裁例集三〇卷八号一四四四頁 棄却×
- 一八 宇都宮地判昭五五年一月一八日判時一〇一〇号四〇頁 却下×(水路の用途廃止)

一九 東京高判昭五六年五月二〇日判時一〇〇六号四〇頁  
控訴棄却〇（市道の路線廃止）

二〇 水戸地判昭五八年四月一四日判タ五〇三号一二七頁  
却下×（道路の廃止と代替道路の存在）

二一 東京高判昭五九年一月二五日判時一一四二五五六  
頁 控訴棄却〇（町道の通行妨害）

二二 名古屋地判昭六一年三月一四日判時一九三三七三  
頁 棄却△（古出来町横断歩道橋事件と身体障害者）

三二 京都地判昭六一年五月八日行裁例集三七卷四・五号  
六六七頁（行裁例集三七卷四・五号六六七頁・判時一二〇六  
号二六頁） 却下×（道路供用廃止と原告適格）

二四 東京高判昭六二年一月二七日判例地方自治三五号八  
三頁

(2) 道路法のあらまし  
さて、判例の分析に入る前に、簡単に、道路法の構成にふれ  
ておきたい。

道路通行権は、道路が公用開始されること（人工公物・公共  
用物たる道路の成立）によって成立する。換言すると、法律の  
定めるところにより、路線の指定又は認定（道路法第五条第一  
項、七条第一項、八条第一・二項、九条。以下、法という。）  
及び道路の区域の決定（法第一八条第一項、九一条第一・二  
項）を経て、行政主体の意思表示たる供用開始の公示（法第一  
八条第二項）という行政処分（公用開始行為 Widmungsakt）

によって成立した道路の開設の反射的效果——いわゆる反射的利  
益——であると捉えるのが、従来の判例・学説であった。

そして、公物管理法である道路法上、道路の自由使用ないし  
道路の廃止処分による通行不能は、行政法学上、一般的には公  
物の成立・消滅の問題として論じられている。即ち、公用開始  
行為（Widmungsakt）によって公物の成立となり、公用廃止行  
為（Entwidmungsakt）により公物の消滅となるわけである。

更に、道路の廃止処分は大別して、路線の廃止（廃道処分・  
法第一〇条第一項）と供用の廃止（公用廃止処分・法第九二  
条、一八条第二項）があり、明示の公用廃止行為が原則である  
が、例外的に黙示の公用廃止行為を認める場合もある。<sup>①</sup>

### (3) 民事事件

公物使用、とりわけ、道路の自由使用（一般・普通使用）を  
めぐる紛争は、一方で、行政庁の行った道路の廃止処分（路線  
廃止・供用廃止処分）を訴訟の対象として争う流れと、他方  
で、道路の「通行の自由」を妨害する行為の排除・禁止を求め  
る流れに集約できる。共に、道路通行権を侵害する行為である  
が、前者は行政法的手法によって、後者は民事的手法によって  
裁判的コントロールを専ら求めるものといえよう。その他、国  
家賠償法（以下、国賠法という）第二条等を根拠とする、主に歩  
道橋設置に起因した平面通行権（歩行権）等を被保全権利の一  
つにおく一連の裁判例もある。そこで、本稿では、道路使用を  
めぐる裁判例を、訴訟形式によって、①民事事件、②行政事

件、③国賠等請求事件の三つに区分し、検討することにした。ここでは、まず①の民事事件の系列をとりあげよう。ここには、一、二、三、七、一四、一五、二一の各判決が含まれる。

さて、民事事件において、道路通行権を妨げられた者がこれを争う場合、一般的には通行権の妨害排除・禁止を請求する手法が採られている。これは民法七一〇条の「使用の自由権」より通行の自由権という考えを導き出し、これに対する不法行為の排除をいわば求めるわけである。古い事例では一の判例がその典型である。その他、七、一四、二一がこのパターンに属する。

更に、民事事件でよく問題となる圍繞地通行権（民法二一〇条所定の）に基づく通行権の妨害排除等を請求してゆくパターンがある。これに該当する事例は三、一五である。

又、本来、行政事件で争われるべき廃道処分を民事事件で争った古い事例二がある。これについては、道路使用は反射的利益であるという古典的反射的利益論の克服問題が関係している。詳しくは、行政事件の事例においてその点は触れる。そこで、民事事件の判例整理の端緒（Ansatz）として二つの大審院判決をまずみてみる。

(i)道路通行権を民事事件で争った大審院判決の一方の事例二は、村道の廃止に対し原告が、当該村道は自己所有の宅地に通ずる唯一の通路であることを理由として、その通行権を妨害する村道廃止行為を争ったものである。判旨は、「村道ハ公の営

造物ニシテ各人ハ土地ノ所有者タルト否トヲ問ハス自由ニ之ヲ通行スルコトヲ得ルニ止マリ通行権其他私権ノ目的タルヘキモノニ非ス」として、村道の通行の自由を、いわゆる反射的利益と捉え、かかる通行権を私権ではないと見做して、訴えを斥けている。

これに対して、一の事例は道路通行権||反射的利益という図式でも救済される場合があることを示した典型例で、個人が他人の村道の共用使用権を妨害したことに對しその排除を求め、加害者に損害賠償を命じた事件である。即ち、判旨は「：一個人人ニシテ他ノ一個人ノ共同使用ヲ妨害シタルトキハ當ニ公用物ニ関シ公ケノ秩序ヲ紊乱シテ公益ヲ害シタルノミニ止マラス併セテ他ノ一個人ノ自由ヲ侵害シタルモノナルヲ以テ此侵害タルヤ所謂不法行為ナルニ依リ忽チ其当事者ニ民法上ノ關係ヲ生シ被侵害者ニ於テ司法裁判所ニ出訴シ之力為メ既ニ被リタル損害ヲ其侵害者ヨリ賠償セシメ又侵害者ヲシテ其侵害物ヲ排除セシメルコトヲ得ベキハ勿論ナリ」と判示している<sup>(2)</sup>。

以上が二つの古い判例の判例要旨である。次に、この二つの道路通行権に関する判例の考え方がその後どのように展開していったかを、一の判例の流れ、すなわち道路通行権に基づく妨害排除等の請求事例を中心に概観してゆく。又、二の判例の流れは行政事件の中でとりわけ問題となってくるので、そこで概観してゆくことにする。

(ii) さて、道路通行権に基づく民事事件は、①「通行の自由」

の妨害排除・禁止を求める事例（妨害排除請求事例）と②囲繞地通行権による通行妨害等を争う事例（囲繞地通行権事例）に分類できる。

① まず、妨害排除請求事例のリーディング・ケースたる最高裁判決の七により、道路通行権に対する妨害行為が民法七一〇条（使用の自由権）により保護されている権利への妨害行為（不法行為にあたる）として、これに対する妨害排除請求が認容された。これにより、一の大審院判決を戦後追認することとなった七は、道路通行権の妨害行為を民事事件においてはこれを権利侵害として認める姿勢を示したといえる。同じく妨害排除請求の認容された一四、二一の各事例も、リーディング・ケースたる七の延長事例といえる。そこでそのリーディング・ケースたる七の判旨を引用すればこうである。原判決及び第一審が村民の村道通行権を単なる「通行の自由」であって、その利用は反射的利益である旨判示したのに対し、上告審は、「…しかしながら、思うに、地方公共団体の開設している村道に対しては村民各自は他の村民がその道路に対して有する利益ないし自由を侵害しない程度において、自己の生活上必須の行動を自由に行い得べきところの使用の自由権（民法七一〇条参照）を有するものと解するを相当とする。勿論、この通行の自由権は公法関係から由来するものであるけれども、各自が日常生活上諸般の権利を行使するについて欠くことのできない要具であるから、これに対して民法上の保護を与うべきは当然の筋合であ

る。故に一村民がこの権利を妨害されたときは民法上不法行為の問題の生ずるのは当然であり、この妨害が継続するときは、これが排除を求める権利を有することは、また言を俟たないところである」と判示している。

同じく妨害排除請求が認容された一四、二一の判例は、一四が市道使用につき、被告の玄関敷地の一部喰込み部分を黙示の公用廃止による時効取得を認める一方、原告に対する被告（Y<sup>2</sup>）の本件道路の使用妨害（ブロック石積み設置）が原告の受忍限度を超えているとして、市道使用の自由権に基づく妨害排除請求を認めた事例で、他方、二一は、養鶏場建設に反対の町道沿接地の所有者である控訴人らが行った工事請負業者の車両の通行妨害行為につき、被控訴会社とその排除・禁止の仮処分を求めたもので、判旨は「被控訴会社は、保全の必要性が存する限り、公道たる町道一七〇五号線に対する通行の自由権を被保全権利として、仮処分により、控訴人らの前記通行妨害行為の排除・禁止を求めることができる」旨判示している。

② つぎに、囲繞地通行権事例の一二及び一五の判例について紹介・整理を行う。

まず、一二の判例は、寺院が国道敷を参道として専用してきたことにより慣行による使用権取得を認められた場合、参道使用の妨害排除・禁止を目的とする被告会社（Y<sup>1</sup>）への請求、並びに被告人（Y<sup>2</sup>）に対する、参道使用権に基づく通行地役権等の消滅確認請求が認められるか否かが、争点となった事例であ

る。

そこで、本件争点の前提となる参道使用权の存否についてであるが、通常、道路法上の許可使用权は法三二条一項の各号所定の占用許可（講学上の設権行為たる特許）によるが、慣習上の使用权については具体的定めはない。

これにつき、判旨は、「国道その他道路法所定の道路上に私権の行使の許されないことは同法第三条の明定するところであり、一旦道路として公用の開始がなされた以上、道路敷の状況、利用関係等に如何なる変動ありとするも、公用廃止の宣言がなされない限りは道路たる性格を失わないものいふべきであるから、…国道敷については私権の成立するに由なきものといわなければならない」。

しかし、「原告寺は年代を遡ること遠くその開山以来前記国道敷に当る部分を参道として専用してきたものであり…今日に至るまで引続き右参道は原告寺へ出入、檀信徒の参詣用等の唯一の通路として使用されてきていることを認めることができる。原告寺の沿革に徴すれば、原告寺は永年に亘る慣行により前記国道敷上に公法上の参道私用権を取得しているものといふに妨げない（公の流水等については慣習による使用权例例えば灌漑水利権、流水権等の取得がとくに肯認せられているが、道路についても慣習による使用权の取得を特に排斥すべき理由はない。）而してかかる公法上の権利はその性格上妨害排除の機能を具有するものといふべきである」と判示している。<sup>(3)</sup>

ついで、被告会社に対する請求部分についての判旨は、「被告会社は自社内に表電車通りに面した自動車用の通路があるにかかわらず、営業上の便利のため、ことさら右参道とこれに直結する…原告寺境内地の一部…を利用して貨物及び乗用各自動車<sup>(4)</sup>の運行、運搬をはかり、或いはその駐車または存置をなし、またはその修理、加工等の作業を行い、将来もかかる所為を繰返すおそれのあることが窺知せられ、かくては幅員六・一五米に過ぎない前記参道としては交通の妨害となることはいうまでもなく、原告寺檀信徒の参詣のための通行及び葬儀、法要等の際における霊柩車、乗用車の通行に障碍を来すことは明からであるから、原告寺は前記参道の使用权及び境内地の所有権に基づき被告会社に対し右の如き如所為の禁止を求め得るものといわなければならない」旨述べている。

そして、被告A所有の宅地は元原告寺の所有境内地の一部であり、それを競落取得した訴外Bより取得したものである。この宅地は、訴外Bが所有権を取得した際、袋地となった。これにつき、被告Aに果たして通行権ありや否やの点であるが、判旨は、袋地の所有者が民法第二一〇条所定の囲繞地通行権を取得するに至るべきことは法律上自明のことであるから、右訴外人は原告寺の境内に対し右袋地のために通行権を取得したものだといわなければならないと。

更に、判旨は「而してかかる袋地のための通行権は袋地の所有権に伴って当然に移転せられるものといふべきであるから

：被告Aは随伴して当然に移転せられるものといふべきであるから：被告Aは当然に前記通行権を承継取得したものといわなければならぬ」とし、通行地役権設定契約の存否については、これを否定し、既に存する法定通行権の範囲等を確定したにとどまる旨判示している。

従って、被告Aに対する請求のみ棄却されている。

つづいて、囲繞地通行権事例の一五は、原告たる大型トラックやトレーラーを含む事業用車両の運行を必要とする建設会社らが囲繞地通行権に基づく横断歩道橋の撤去を求め（通行妨害物撤去請求事件）、斥けられた事例である。本件は、原告側の「従来車両の通行に利用していた私道の幅員が、歩道橋設置により縮小されたため生じた大型車両運行の困難性により、企業活動が危殆に瀕した」という主張に対し、車両道路としての利用の必要度を原告ら使用車両の種類、運行頻度等により吟味し、原告らの必要性は歩道橋設置による利益にまさるものとはいえない旨、判示している。

とりわけ、「本件歩道橋設置による本件私道の有効幅員の縮小ないし橋脚の存在等は、残存幅員および橋脚の位置等からみて、これらのトラックの運転に関し多少の不便を与えらるゝといえ、歩道橋の存在がその通行妨害する程度にまでは至っていないものといふべきである」という判旨にそれは代弁されている。

#### (4) 行政事件

行政事件に含まれるのは四、五、六、八、九、一〇、一一、一二、一七、一八、一九、二〇、二三、二四とその数も多く、訴訴形態や請求内容も多岐にわたる。そこで、一応、次のように分類してみよう。

##### 「訴訟形式別分類」

無効確認等請求事件 五、六、八、一七、一九、二〇、二二の各事例

取消請求事件 四、一一、一八、二三、二四の各事例  
執行停止申立事件 九、一〇、一一、一二の各事例

##### 「訴訟の対象別分類」

路線の廃止（廃道処分） 六、一七、一九、二〇、二三、二四の各事例

##### 二四の各事例

路線の変更 四、八の各事例

供用の廃止 二三の事例

横断歩道橋の設置 九、一〇、一一の各事例

横断歩道の廃止 一二の事例

占用許可と歩行者 五の事例

里道・用水路の用途廃止 一七、一八の各事例

さて、行政事件の判例整理に際しては、右記の分類中、「訴訟の対象別分類」に則しながら、尚、訴訟形式の点も考慮に入れて以下、整理してゆく。従って、行政事件の一四のケースは、

(i) 道路の公用廃止等を争う行政事件、(ii) 道路の公用廃止等



を争う行政事件に大別して分類・整理を行う。

(i) 道路の公用廃止等を争う行政事件

ここでは、①路線の廃止（廃道処分）、②路線の変更、③供用の廃止に関する判例の分類・整理を行う。が、その前に、道路法上、①②③の点がどのような仕組みになっているか簡単に言及しておく。

道路法上、人工公物（公の営造物）たる道路が講学上の「公物の消滅」に該当する場合は、路線の廃止及び変更並びに道路の供用の廃止である。つまり、法一〇条一項の路線の廃止は道路を道路法上の道路でなくする行政行為（廃道処分）であり、法九二条の供用の廃止は、道路が道路としての機能を喪失し、当該道路を一般交通の用に供する必要がなくなった場合に、当該道路を一般交通の用に供することを廃止する意思的行為（行政行為）である。従って、供用の廃止は明示の公用廃止行為であると通常説明されている。

ところが、かかる供用の開始の公示を規定した法一八条二項を根拠に、明示の公用廃止行為しか認めない一方の考えに対し、黙示の公用廃止行為を一定の要件の下で認める判例・学説もある。尚、黙示の公用廃止行為には公物の時効取得の問題が随伴してくる。以上が公物の消滅等に関する予備知識である。<sup>(4)</sup>

① 路線の廃止（廃道処分） 六、一七、一九、二〇、二三、二四の各事例（六ケース） 道路の廃止処分中、廃道処分の無効確認等——取消請求を併せて求めている場合もある——の

請求事件の典型事例である六、一九の事例を中心に、ここでは紹介してゆく、

さて、六の判例は、道路の公用廃止処分によって自己の住家の唯一の出入口が塞がれたことに対して、同処分の無効確認等を求めたもので、控訴人の本訴を求める「法律上の利益」は認めたものの——原告適格の肯定——、本案事項については斥けている（この点については棄却している）。その他の取消請求などは却下している。

原告適格を認めた判旨部分は次のごとく判示している。すなわち、「行政庁がその管理する道路について公物としての供用を廃止する処分をなし、その処分が無効な場合その無効確認を請求することができる者を当該道路について道路法による占有使用権とか地方自治法第二〇九条所定の慣行による使用権を有する者にかぎるとなすは狭きにすぎるものであって当該廃止処分の無効につき直接の利害関係を有する者は、みぎ廃止処分の無効確認をもとめるにつき利益あるものとして広くその訴を許容し、その利益を保護すべきである」と。

そして、「控訴人はみぎ所有宅地上に住家を有し、道路に向って出入口を設け、みぎ道路を利用することによってのみ外界と交通する状況にあったことがわかれ、自己の住家の唯一の出入口が廃道処分によって塞がれたことにより直接生活上重大な支障をこうむった者として前示無効確認を請求していることがあきらかである。そうすると控訴人は被控訴人が当該道路

部分を廃道としたことについて直接の利害関係があるものといふべきであるから、みぎ廃道処分を無効ならしむべき違法があればその無効確認をもとめる法律上の利益があるものといふべきである」旨述べ、控訴人の原告適格を肯定している。

つぎに、市道（横須賀市道一〇一六号線）についての路線廃止処分が無効とされた一九の事例を紹介する。控訴会社の付近住民である被控訴人（第一審原告）が使用していた市道に控訴会社が工場を新築し、さらに、本件道路にまたがって工場を建築してからは、右道路の通行も不能となった。そこで、第一審原告は右道路が市道であることの確認、妨害排除などを求めた訴えを提起し、その被告側からの控訴したのが本件である。本件自体は民事上の妨害排除請求の性質を有しているが、路線廃止についての判旨部分が前述した六の事例の延長線上にあると思われるので、ここで一括して紹介しておく。

前提問題たる本件路線廃止処分の無効性について、判旨は、「本件市道については道路法第一〇条第一項の要件が満たされていないのであり、又、路線廃止に際して必要な調査確認を行ったとはいえない。…本件市道路線廃止は、控訴市が市道上の建物を建築確認したという自ら犯した違法を、事務的に免れるためになした処分であるものと指弾されてもやむを得ないものである。かような路線廃止処分は明白に道路法第一〇条第一項に違反するのみならず、その処分までの経過をみても権利の濫用にあたるとの評価を免れず重大かつ明白な瑕疵を帯び、当然

無効である」旨述べ、よって、「現に存在する市道の利用を妨げられている被控訴人としては、…控訴市に対して、本件市道が市道であることの確認を求める訴訟上の利益がある」として、市道上に建物を所有してこの自由を違法に妨害する者に対しては、本件市道に接する被控訴人借地の利用に対する妨害として、被控訴人はその妨害を排除する請求権を有する、と判示している。勿論、本案事項についても被控訴人の主張を認める判示を行い、結局、本件控訴を棄却している（上告）。

その他の事例一七、二三、そして、二四の各事例は別のところで紹介する。又二〇の判例は、他に利用できる公道があるなどの事情にある者の原告適格を否定した事例である。

② 路線の変更 四、八の各事例 路線の変更それ自体を争う判例は少ない。専ら、路線の廃止や供用の廃止行為を主位的に争う訴訟の中で路線の変更は争われている。

従って、その事例も少ないが、ここでは四の判例を中心に整理する。

さて、四の判例は、岐阜市の市道路線変更処分の取消請求事件で、道路利用権を反射的利益論よりアプローチし、その結果、本件の原告適格を否定している。その判旨によれば、まず、「道路は、一般公衆の共用に供されることを本来の性質とするから、各自は、道路が公衆の共用に開放された結果の反射的利益として、道路管理者の許容の範囲内および他人の共用を妨害しない限度において道路を使用する自由を有するにとどま

り、かかる使用関係につき特別の権利を有するものと認めることはできない」とし、市道路線変更処分による道路の廃止によって、その権利を毀損されたのではなく、単に道路が公衆の共用に開放された結果としての反射的利益を害されたにすぎない者が提起した市道路線変更処分取消の訴は、原告適格を欠くものとして不適法である旨判示し、本訴を棄却している―棄却判決であるが、判決の説示を窺うかぎり却下となるべき事例かと思われる。又、判旨の「原告等が本件道路そのものにつき占有使用権等の如き特別の権利を主張立証した場合とはかく…」という理由付けで、原告の道路利用権を反射的利益と見做した点も、本件並びに他の行政事件の道路利用権解釈の支配的見解を示すものである。

同じく路線の変更を争った八の判例も請求を斥けられているが（却下・市道路線変更無効確認請求）、本件の特徴は、地方自治法第二三八条の六所定の「旧来の慣行による使用権」が原告に認められるかどうかである。が、本件では同主張は認められず、結局、四の判例同様に反射的利益論に基づいて原告適格が否定されている。即ち、判旨はこう言っている。「本件市道路線変更処分および市道区域決定処分並びにこれに続く道路供用廃止処分等の処分によつては、本件旧道路敷は単に道路として一般通行の用に供されなくなつたというにとどまり、公有財産としての性格は依然として失われていないのであるから、旧来の慣行によりこれを使用するものの権利はこれらの処分によ

りいささかも侵害されるものではなく、したがって原告らに本件各処分の効力を争う法律上の利益はないといふべきである」と。

③ 供用の廃止 二三の事例 二三の判例は、市道の利用者が行った右市道の路線廃止及び供用廃止処分の取消し並びに無効確認を求める訴えにつき、右利用者は、その住居又は所有地等が右市道に近接しているなどにより右市道の利用が生活上不可欠である者とはみとめられないとして、原告適格を有しないとされた事例である（却下判決）。

これにつき、本件判旨は原告適格の存否については、「道路法により道路の路線が認定され、供用が開始されると、その道路は公共用物となり、近隣住民のみならず、何人も、その道路の用途に従つてこれを自由に使用することができることになる。道路法一〇条一項も、『一般交通の用に供する必要』を、路線を廃止するかどうかの要件として定めている。このことからすると、道路を利用する利益は、国民一般の利益であつて、これが道路の路線廃止、供用廃止処分を争う原告適格を直接に基礎づけるものではない。しかしながら、住居又は所有地がその道路に近接しているなどにより、その道路の利用が生活上不可欠である者に限つては、例外的に、その道路を廃止する処分を争う原告適格を有すると解すべきである」旨の一般論を述べ、次に、それを本件に適用した場合どうかを判断している。

それにつき、判旨は、「原告らの住居は、本件市道とは、最も近い原告Aでさえ約一五〇メートル、最も遠い原告Bに至っては約二五〇メートルも離れていたのであって、そのほかに原告らが本件市道の近隣に土地を所有するとか、生活の基礎となる営業所を有しているとかの立証もない。原告らの本件市道の利用方法は、…週二回ないし月一回程度の間隔で、本件市道を散歩、ジョギング、サイクリング、日光浴や、子供を遊ばせ、友人と語り合い、宝ヶ池公園内への子供の樂園への通行等のために利用して来たというものである。しかしながら、…原告らは本件市道を利用できなくとも、他の道路により子供の樂園に至ることができ、あるいは、宝ヶ池公園を利用することができることは明らかである。また、通行以外の方法による道路の利用が道路を廃止する行政処分取消し、無効確認を求める訴えの原告適格を基礎づけるものとは解されない」として、訴えを斥けている。

尚、供用廃止処分を争った他の事例としては、前記路線変更処分を争った四の事例とほぼ同趣旨の判示を行った千葉地昭三九・九・一四行裁例集一〇巻九号一八一二頁の判例を挙げることができ。

同事例は道路供用廃止処分の無効確認請求並びに道路敷地であった土地の地形を原状に回復することなど——県所有地の私下行為の取消請求も行っている——を求めた事件で、道路利用を反射的利益である旨判示し、訴えを却下している。

## (ii) 道路の公用廃止等を争う行政事件

さて、ここでは主に、道路の廃止処分を直接対象とするのではない道路通行権に関する判例の分類・整理を行ってゆく。内訳は、④横断歩道橋・横断歩道、⑤露店と歩行者、⑥里道・水路の用途廃止で、以下、順次これにそって分類・整理を行う。

④ 横断歩道橋・横断歩道 九、一〇、一一、一二の各事例  
 ここでの歩道橋訴訟（横断歩道も含む）は執行停止申立を中心とした事例の紹介で、国賠等請求事件（三ケース）は除外している。ただし、一一の本案訴訟たる取消請求はここで一括して整理しておく。

さて、歩道橋訴訟は、従来、設置されていた横断歩道を廃止し、そのうち、その場所に歩道橋を設置することに対し、歩行者である原告らが階段歩行に対する平面歩行権（平面通行権）や、環境権等の侵害を理由に、その設置処分の執行停止申立や取消訴訟を請求するものである。従って、かかる訴えにつき、行政事件訴訟法（以下、行訴法と呼ぶ）三条所定の「公権力の行使に当たる行為」（抗告訴訟の対象<sup>11</sup>処分性）に該当するかどうかや行訴法九条所定の、いわゆる原告適格の存否が主たる争点となっている——執行停止申立については申請人（申立人）適格が争点となる。以下、その点を中心に一一及び一二の事例を主に整理してゆく。

一一の判例は国立歩道橋訴訟として有名であるが、本件は横

断歩道橋設置処分取消事件（第一審、控訴審判決）の本案訴訟並びにその執行停止申立事件よりなっている。従って、判例の整理にあたっては、処分性・原告適格（申請人適格）ごとに判決・決定を引用してゆく。

#### 「処分性」

▼東京地決 判旨はこれにつき、「横断歩道橋の設置自体は、もとより、地元住民を名宛人としてなされる行為ではなく、これを構成する個々の行為もまた、行政庁の内部的な手続上の行為および行政庁が私人との間に対等の立場にたつて締結する私法上の行為ないし私人の右契約の履行行為にほかならず、いずれの点からみても、行政庁の住民に対するいわゆる高権的権力の行使に当たる行為とはいえない」が、「横断歩道橋の設置は、…地元住民に対して当該施設による利益を供与する行為であつて、前記私法上の行為も、右の行政目的達成の手段たる意味を有するものであるから、利益の供与を受ける住民との関係においては、前記起工決定と私法行為との複合した一体的行為として観念することが可能である。…しかも、地元住民の日常生活に広い係わり合いをもつものである以上、これを個々の行為に分解して行政庁の自律や私法法規の規律にゆだねるよりも、前述のごとくこれを行政庁の一体的行為と把握して、公法的規制に服せしめるとともに、権利救済の面においても、行政事件訴訟法三条にいう『公権力の行使に当たる行為』と解してこれに抗告訴訟や執行停止の途を開くのが、高度に成長・複雑化した

現代社会の实情に則して法治主義の要請を貫く所以である」旨述べ、本件申立の処分性を認めている。

▼東京地判 被告東京都は、本件横断歩道橋設置処分が取消訴訟の対象たる処分性に欠ける旨主張しているが、判旨はそれによらず、直接原告適格の判断を行っている。従って、処分性については認めたものと推測できる。

▼東京高判 判旨は処分性を否定し、次のように判示している。

すなわち、「右歩道橋設置の法律的性質は公物たる道路（都道）の管理行為に属し、昭和四五年四月二八日なした歩道橋の設置決定は被控訴人の内部的意思を確定する手続行為であり、被控訴人とA会社との間の契約は公益的色彩が強いとはいえ民法上の請負契約と異なるものではなく、工事そのものは右契約の履行としての事実行為であつて、本件歩道橋の設置に関する右一連の行為を全体として評価しても、行政事件訴訟法第三条の規定する行政庁の処分その他の公権力の行使に該当しないものと解するのが相当である」と。

#### 「申請人適格・原告適格」

▼東京地決 判旨は申請人適格を認め次のように判示している。

「申請人らは、本件横断歩道橋が設置される都道一四六号線（通称大学通り）の近隣に居住する国立市の住民であつて、本件横断歩道橋の設置によりその設置箇所において有していた従

来の方法による道路通行権の行使が妨害されるばかりでなく、自動車の交通量と速度の増加に伴う排ガスの増大によって、健康の損傷、風致・美観の破壊等の損害を被り、環境権が侵害されるにいたるというのであるから、その主張の限りにおいては、一応、申請人適格においても欠けるところはないものというべきである」と、判旨は述べている。

▼東京地判 判旨は原告らの平面歩行権・環境権の各侵害の主張につき、受忍限度論に基づきこれら全ての主張を斥け、却下判決を下している。それにつき、判旨は、「たしかに、道路の横断のつど、歩道橋への昇降を強いられ平面歩行を妨げられる歩行者の労苦は無視できないものがあるから、そのような不利益を日常受忍すべき限度をこえてこうむる者は、その歩道橋の設置およびそれに伴う横断歩道の廃止を争う法律上の利益を有すると解する余地があるにしても、具体的にそのような関係にない単なる付近住民というだけの者は、それを争う法律上の利益を有するということはできない。…原告らは、とくに、本件歩道橋設置場所付近で大学通りを横断しなければならぬ具体的な日常の必要性があることについては、何ら主張立証しない」と判示し、又、環境権侵害の主張についても判旨は、まず、風致美観の侵害については、「付近の風致美観が害されるところと感ずるかどうかは、多分に主観的、情緒的価値評価の問題であって、歩道橋の設置による風致美観の損傷なるものは、通常、付近の住民の健康にして快適な生活を害するという性質の

ものではなく、したがって人の生活環境をその受忍すべき限度をこえて破壊するものとはとうてい考えられないところである」とし、大学通りの交通量の増大等に伴う交通事故や大気汚染などの被害の発生についても、これを認められない旨判示している。

▼東京高判 判旨は原判決の判断をそのまま認容し、原告適格を否定し、本件を斥ける棄却判決を下している。原告適格の説示は以下の内容である。「…本件歩道橋設置以前において、控訴人らが通常の横断歩道により大学通りを横断していたということは公物たる道路を利用するうえでの反射的利益に過ぎないものであり、これが事実上歩道橋を経由して横断しなければならなくなったとしても、これをもって控訴人らの権利乃至法律上の利益が害されるものということはできない」として、原判決と同趣旨の理由付けにより原告適格を判旨は否定している。

#### 「執行停止申立の本案事項について」

これにつき、判旨は、「…道路通行権なるものが、当該道路の管理者に対してその違法な道路管理の是正を請求しうる意味においては、単なる反射的利益ではなくて一種の具体的権利であり、申請人らが都道一四六号線についてかかる権利を有している」が、「本件横断歩道橋の設置によって申請人らが従来の方法で道路を通行する権利が妨げられることは否定しえないが、かかる程度の権利侵害は、住民として当然に受忍すべきで

あって、司法救済に値しないものというべきである」とし、環境権侵害についても、「本件横断歩道橋の設置そのものによつて大学通りの風致・美観が客観的に害されるものとは認められず、この点の申請人らの主張もまた、排斥を免かれないものというべきである」として、本件申立を却下<sup>(5)</sup>している。

その他の歩道橋訴訟中、一〇の判例は一一の前に決定された執行停止申立事件で、とりわけ道路通行権による設置反対を主張している事例ではない。専ら、申請人らの所有している土地の利用価値の激減・広告の観望などを理由に争ったものである。歩道橋設置処分の処分性につき、「歩道橋設置の一連の行為は抗告訴訟の対象たる行政庁の処分にあらず、申請人らの本案は不適法とみえるので、本件申請は行政事件訴訟法二五条三項後段の『本案につき理由がないとみえるとき』に当たると一〇の判旨は判示している。又、九の判例は、歩道橋設置に際して、申請人らが駐車場の利用上不便さや設置後に生ずる日照妨害・砂ぼこりの発生等を理由に本件設置処分の執行停止申立を行い、これらが「回復困難な損害」に当たらないとして、却下されている。

つぎに、一二の判例は横断歩道の廃止処分につき同処分の執行停止申立を行った事例で、横断歩道の近くに居住する住民が、日常生活上横断歩道を通行利用していること、横断歩道の廃止処分により通行人が減少し、営業上の収入に影響を受け、あるいは地価低下の損失を被るおそれがあることを理由に、横

断歩道廃止処分の効力の停止を求めるにつき、申請人適格を有するとされたものである。勿論、本件処分の処分性についても、道路交通法一二条二項、三八条、一一九条より公安委員会<sup>(5)</sup>のなす横断歩道の廃止を行政処分である旨説示して、処分性ありとしている。

そして、本案については、「申請人らが、本件横断歩道廃止処分により、該横断歩道を通行利用できなくなったため、道路通行上の利便を阻害されていることは著明であるが、(A)横断歩道、(C)地下道が近くに在ることが認められるので、申請人らが歩行者として回復困難な損害を受け、それを避けるために本件横断歩道廃止処分の効力を停止する緊急の必要がある」ということはできない」とし、「前述のとおり申請人らが本件横断歩道を廃止されたために、営業上の収益が減少するなど経済上の損失を受けることが認められるけれども、…右損害が回復困難な損害に該当し、かつ、該損害を避けるため本件横断歩道廃止処分の効力を停止すべき緊急の必要があるとみとめるに足りない」と判示し、結局、本件を却下している。

⑤ 露店と歩行者 五の事例 本件は、露店業者への道路占用許可を歩行者で、同露店業者者によって営業上の損害を蒙っている青果小売商たる原告が争った事例(道路占用許可無効等請求事件・却下)である。ここでいう道路路占用許可は、講学上、設権行為たる特許であり、道路法上、法三二条一項各号所定の事項に際して同許可を必要としている。その六号に該当す

る露店の占用許可は、道路交通法七十七条所定の「所轄の警察署長の許可を要する」という規定により、特許たる占用許可と、いわゆる講学上の警察許可（禁止の解除）たる許可を併せて用いるシステムになっている<sup>⑥</sup>。

本件の争点は、露店業者の占用許可を第三者である歩行者で、営業上損害を蒙る旨主張している原告に、果たして訴えの利益があるか否かである。これにつき、判旨は、露店業者に対する道路占用許可処分について、当該道路占用者以外の者は、自己の店舗の売上げが減少して損害を受けていること、または当該道路の通行・使用が妨げられていることを理由として、その無効確認の訴えを提起することは許されないとし、「…これは単に事実上又は経済上の損害が生ずることを主張するに止まり、原告の法律上の権利が毀損されたものと認めることはできない」として訴えを却下している。更に、通行の妨げとなる露店業者を高知警察署長は道路交通取締法に基づいて取締るべきである旨の判示事項二についても、裁判所の権限の埒外として斥けている。

#### ⑥ 里道・用水路の用途廃止 一七、一八、二四の各事例

さて、里道・用水路も公物であるが、他面財産管理法たる国有財産法においては行政財産中、公共用財産に該当する（国有財産法三条二項所定）。そして、里道は道路法の適用のない、いわゆる認定外（法定外）道路であり、河川法上は普通河川がこれに当たる。

従って、国有財産法九条三項並びに建設省所管国有財産取扱規則三条（昭和三〇年四月三〇日建設省訓令第一号）により国有財産に限っては都道府県知事にその管理を機関委任しているが、その維持・管理につき空白部分が多く、法定外（認定外）公共用物についての法制は極めて不備であるといわれている<sup>⑦</sup>。かような状況が里道について、多くの裁判事例を生み出している原因でもある。以下、(a) 里道の用途廃止処分、(b) 用水路の用途廃止処分、(c) 里道の黙示の公用廃止による時効取得の順序で各判例を分類・整理してゆく。

(a) 里道の用途廃止処分 まず、一七、二四の判例であるが、両ケースとも同趣旨の判示をおこなっているので、里道の用途廃止処分に際しては、一七の第一審判決を中心に紹介してゆく。

一七（第一審 松山地裁判決）の事例は、被告愛媛県知事が本件里道を訴外四国電力株式会社に対し、原子力発電所用地として売り渡す目的で、その用途廃止処分をなしたもので、原告らは、本件里道につき慣行通行権又は入会権的通行権がある旨主張して同処分の無効確認等を請求した事件である（却下）。

判旨はまず、行訴法三六条所定の無効確認を求める法律上の利益につき、その一般論として、「一般に公共用物は、その管理者がこれを公共の用に供していることから、一般公衆は、これを利用する自由を享有するが、一般公衆はその利用によって特定の権利又は法律上の利益を有するに至るものではないもの



と解される。もっとも特定人の公共用物の利用が、特定の権利又は法律上の利益に基づくものであることを認めるべき特別な事情のある場合は、右と別異に解することも許されるものと考えられる」と判示している。

そして、本件里道について「特別な事情が存在するか」否かにつき、判旨は、「本件里道は、同地区（伊方町九町地区）の住民らが、農林業、漁業、又は行楽の用等に使用してきたこと、なお、原告Aは別紙二掲記の土地を所有していて、そこに植栽しているみかん等の栽培のために本件里道の一部を利用して年間五、六回位水運びをしていたこと、本件里道は、古くから右地区住民らにおいて補修、改良等の作業がなされていたことが認められるが、これらの事実をもってしてはまだ前記特別な事情があると認めることはできない」とし、また、「原告らにおいて本件里道を利用する必要がある土地、立木等を所有しているとはいえないのである。したがって、前記原告らには本件里道の利用について特定の権利等を認めるべき特別な事情がない」として本案前の原告らの主張をいずれも斥けている。原告らの主張していた本件里道についての慣行通行権または入会権的通行権は、結局、具体的説示のないまま、「特別な事情の存否」の基準により否定されている。尚、控訴審も同趣旨の判決を下している。

他方、同じく里道の用途廃止処分を争った長野県の事例である二四は取消請求事件である。控訴人は本件土地の一方の出入

口正面に永年にわたり居住し、本件土地の通行の必要性があるとして本件処分を争ったものであるが、本件は他に通行可能な道路があることを理由に原告適格を否定している。本件判旨も一七の判旨同様に、「特定個人の日常生活に個別性の強い具体的利益をもたらして、その廃止によって日常生活上著しい支障が生ずるという特段の事情が認められる場合については、その使用利益をもって法的に保護された利益とみて」よい旨の基準を採用し、本件はこの場合に該当しないと判示している。

(b) 用水路の用途廃止処分 前記一七及び一八の判例がこれに属するケースであるが、宇都宮地裁判決の一八の事例を中心にここでは紹介する。

国有財産法上の公共用財産である本件水路を生活用水、雨水等の排水路として利用している原告に、本件水路の用途廃止処分の取消しを求める法律上の利益があるか否かが、本件の争点である。判旨はこれにつき、前記一七の採った原告適格の判断基準と同様に次のように判示している。即ち、「特定個人の生活に個別性の強い具体的利益をもたらして、特定個人においてそのような利益を享受することが公益的観点からも実質的理由を有すると認めるに足りる特段の事情がある場合には、国有財産法上保護されている利益と解すべきである」と判旨は説示している。が、本件の場合には、本件財産が既に水路としての形態・機能とも喪失しており、原告の生活用水の排水につい

では十分な代替排水路が設置され、それを原告が使用している点を斟酌して、判旨は結局、「以上の事実によれば、原告が本件財産によって得ていた利益は、先に説示したところに照らし、国有財産法規上保護されている特別の利益と目するにはほど遠く、関係法規の保護法益のうちの事実上の利益の域を出ていないというべきであり、しかも、原告は、本件処分によりそのような事実上の利益すら別段損なわれていないことが明らかである」として、本件を却下している。一七の水路部分の判示もほぼ同様の判断を下している。<sup>(8)</sup>

(c) 里道の黙示の公用廃止による時効取得

時効取得に関する判例は、本来、前記一四の判例のように民事事件のところに分類・整理されるべきであろうが、里道の公用廃止に際して、黙示の公用廃止を認めた事例としてここで分類したほうがよからうという判断で、敢えて、ここで紹介しておく。<sup>(9)</sup>

〔里道等の黙示の公用廃止による時効取得に関する判例〕

- ①最判昭四四・五・二二民集二三卷六号九九三頁（公園予定地）、②最判昭五一・一二・二四民集三〇卷一一号一一〇四頁（公園上水路として表示されている国有地）、③金沢地判昭五二・五・一三判時八八一号一三六頁（一四の判例・市道）、④最判昭五二・四・二八裁判集民事一二〇号五四頁（公共用財産）、⑤山口地判昭五五・一・二三訟務二六卷三三三頁（里道）、⑥広島高判昭六一・三・二〇訟務三三卷四号八三九頁（里道）

公共用財産（公共用物）につき、その黙示の公用廃止による時効取得を認める要件は、リーディング・ケースたる②の最高裁判決によって明定されている。本件は公園上水路として表示されている水田・畦畔（本件係争地）を上告人（国）から自創法に基づいて売り渡しを受けた際、本件田に本件係争地が含まれると被告が思ったことに起因している。これにつき、判旨は、公共用財産が「(1)長年の間事実上の目的に供用されることなく放置され、(2)公共用財産としての形態、機能を全く喪失し、(3)その物のうえに他人の平穩かつ公然の占有が継続したが、そのため實際上公の目的が害されることもなく、(4)もはやその物を公共用財産として維持すべき理由がなくなった場合には、右公共用財産について、黙示的に公用が廃止されたものとして、取得時効の成立を妨げないものと解するのが相当である」旨判示し、原審の判断（本件被告入訴人＝被控訴人・原告の本件係争地の所有権確認請求の認容判断）を是認している。従って、黙示の公用廃止による時効取得が認められる要件は、最高裁判決で示された四つの要件を具備したときということになる（①の判例も公園とされている市有地につき民法一六二条による取得時効を認め、上告（京都市）を棄却している。）。

さて、そこで里道の黙示の公用廃止について判例の⑤と⑥につき、時効取得がどのように判断されたかを簡単に紹介しておく。

まず、里道のうち建物敷地部分について時効取得を認めた⑥

の広島高裁の判決は、前記最高裁判決の四要件に従って判示しつつ、黙示的公用廃止により公共用財産を時効取得するためには、自主占有開始時までに黙示的公用廃止があったものといひ得る客観的状況が存在することを要するという視点を付加して、本件敷地部分については時効取得を認めたものの、本件通路部分についてはこれを認めなかった―控訴人国は上告し、上告棄却の判決を受けている。第一審は原告の主張どうり本件通路部分についても時効取得を認めている。

本件は、被控訴人の近隣住民から、本件土地はそもそも里道ではないかとのクレームに対して、被控訴人が本件土地の所有権確認の請求を提起したもので、亡父であるAが大正一三年一月二五日に右二筆の土地を買い受けて以来、本件土地を右二筆の土地の一部であると信じて本件土地上に倉庫、農具小屋などを建てて占有を継続し、控訴人国はこれを黙認してきたものであるから、本件土地については黙示的に公用が廃止されたというべきであつて、Aは、占有開始から二〇年を経過した昭和九年一月二五日をもって本件土地を時効取得し、被控訴人は、昭和五〇年一月二一日Aの死亡によりこれを相続した旨主張し、これにつき第一審は請求を認容し、控訴審は本件通路部分につき、被控訴人の主張を斥けている。

判旨は本件通路部分につき、「本件土地のうち本件敷地部分を除くその余の部分（以下『本件通路部分』という。）は、明治時代からこれに面する宅地の居住者であるB家の人々らの一

般通行の用に供されて来ており、その後、B家の人々が本件通路部分を日常通路として使用することはなくなつたが、なお、B家では、屋根の葺替え、溝掃除、家の修繕などの際には、本件通路部分を通行して利用しており、右に照らすと、被控訴人が亡父Aにおいて本件土地の自主占有を開始したと主張する大正一三年一月二五日の時点においては勿論、その後、の時効期間進行中においても、里道である本件通路部分につき黙示的に公用が廃止されたものと評価しうるような前記要件に適合する客観的状況が存在していたと認めるのは困難である」として、被控訴人の主張を斥けている。

他方、里道の黙示の公用廃止による時効取得を認めなかった⑤の判例は、本件里道部分が永い間、里道の目的に供されていなかったことについては認めるものの、その間、その里道に隣接する私有地が里道と誤認されて里道同然の利用がなされていたため、公の目的に特段の支障を生じていなかったとして、このような場合、「右形態機能を失った部分のみを独立に取上げてその部分を公共用財産として維持すべき理由がなくなったものとする」とは、現況里道として存続している北方部分の利用価値を殆ど失わせることに帰する点において正当でないと解され、形態機能を失った部分を回復し公共用財産として維持すべき理由は失われないままであつたというべきである」旨判示し、本件里道部分が公共用財産たる国有里道につき黙示的に公用廃止されたものではないとして訴えを斥けている（棄却・土

地境界確定事件）。

(5) 国家賠償等請求事件

さて、最後に歩道橋の設置に関する国家賠償請求事件をとりあげよう。このグループには、一三、一六、二二の各事例が該当する。この三つの事例は、いずれも横断歩道橋の設置による平面歩行権（通行権）ないし環境権の侵害を主な理由に道路の管理上の瑕疵を問う国賠法二条一項（營造物の設置または管理の瑕疵）に関する紛争である。これらの事例に際しては、一三と二二（古出来町横断歩道橋事件）を中心にして紹介するが、一六（蟹江町歩道橋訴訟）は、歩道橋の設置が将来、国道沿いの自己の土地にレストランを開店しようとする、いわば土地の利用価値の激減をもたらすとして——勿論、公道利用の自由権も主張しているが——、被告建設大臣に歩道橋設置行為の取消と撤去、被告国と被告町に損害賠償及び損失補償を求め、本件歩道橋の設置が原告の受忍限度を超える損害ないし特別の犠牲を課するものとはいえない旨判示している。

まず、一三の判例は、クルマ優先の交通政策の産物たる歩道橋に反対する歩行者であり、女性の名古屋市住民四名が、同市内の五つの歩道橋の設置管理者、費用負担者である名古屋市内および国を名宛人として、国賠法二条により慰藉料請求を行ったものである。

「本案前の判示」この点については、「国民の公道利用が行政庁のなす公道設置、管理等の行政措置による反射的利益であ

るか否かによって訴の利益の有無に関する結論が左右されるものではないのであって、仮りに国民の公道利用が行政措置の反射的利益であるとしても、国民はその社会生活維持のために公道を利用することは不可欠であるから、公道利用が法的に保護されうる国民の生活利益であることは当然である。もっとも原告らが主張する国民の歩行権なる概念は未だ法的に十分形成されたとはいえず、また憲法第二五条によって国（または地方公共団体）が国民に対し道路設置、管理の義務を負っており、従ってその反面国民は公道を利用する憲法上の権利を有するとはにわかに断定できないのであるが、そのことは国民が国または地方公共団体に対し具体的な道路設置等の請求をなさないというにすぎず、国民の公道利用を事実上奪うに至る行政措置について行政処分の取消を訴求したり、こうむった損害につき賠償を求めることをおよそ否定すべき理由は存しないのであって、前記の如き国民の公道利用に対する法的保護の程度、態様は実定法に従って判断すればよく、本件については原告らの主張する事実が国家賠償法第二条、第三条の法律要件を充足するものであるか否かを判断すれば足りるはずである」として、判旨は原告らの訴えの利益を認めている。

「本案事項について」本件歩道橋の設置瑕疵があるか否かにつき、判旨は、歩行者からみた本件歩道橋を利用するうえでの不便さをもって国家賠償法第二条第一項に定める道路の設置または管理上の瑕疵であると認めるにはなお幾多の点を検討しな

ければならないとし、次の六の点を挙げる。即ち、1当該場所を通行する車両等の量と横断しようとする歩行者の量との関係およびいわゆる交通渋滞の程度、2歩道橋の構造上その利用によって歩行者の受ける肉体的な精神的な負担の程度、損失する時間の長さ、3当該場所から最も近い横断歩道までの距離、4横断歩道を廃止し歩道橋を設けたことによる交通事故の減少の程度、5歩行者が安全に道路を横断しうる他の施設（例えば地下横断歩道）の利用の可否、難易、6その他当該箇所の特殊事情、等の諸点である。

判旨はこれらの点を勘案し、「本件横断歩道橋を利用する歩行者に与える肉体的な負担を判断するに、これを直接判断しうる証拠はなく、前掲《証拠略》によれば、本件歩道橋と構造、規模等がほぼ類似すると思われる歩道橋についてなした前記実験結果から間接的に推認すれば、六〇歳以上の健康人においては脈搏、血圧等についてある程度の負担を与えており、横断歩道を利用するときにくらべ肉体的な負担が明確に大きいことが推認されるが、自覚症状を訴えるほどのものとも認められない。……少なくとも本件においては証拠上右に述べた以上に出るところは認められない。そして、本件歩道橋の利用に伴う肉体的精神的負担以外の点については原告らは何ら具体的な主張をせず、また前掲各証拠以外に本件歩道橋の設置によって道路が瑕疵ある道路となるに至ったことを証明するに足りる証拠はない」として、結局、本件を棄却している。

つぎに、同じく請求を棄却された二二の古出来町横断歩道橋事件につき、簡単な紹介を行う。本件は身体障害者である原告が通勤途上無理な姿勢で横断歩道橋を昇降することを余儀なくされ、横断歩道を通行する権利を侵害されたとともに、迂回通行によって健康を害されて勤務先を退職せざるを得なくなったと主張して、本件横断歩道橋の設置者たる名古屋市および本件横断歩道の廃止処分を行った愛知県を被告として一二三万円の損害賠償を請求した事例である。

「本案前の判示」判旨は、道路利用権につき平面歩行権が憲法上（二三条・二二条）保障された権利ではないとしつつ、「公道利用が人の社会生活にとって重要な意味を持つ場合があることを考えると、およそ公道利用の利益につき不法行為法の保護の対象となることを否定すべきではなく、個別・具体的事情のもとで公道利用が人の社会・経済生活上必要かつ重要であるような場合には法的に保護に値する利益として不法行為法による保護の対象たり得ると解すべきである」と判示している。従って、二二の本案前のアプローチは先例たる一二三の判旨の論理構成を踏襲したもので、問題は本案事項の判断である。

「本案の判示」これにつき、判旨は、被侵害利益の性質と内容、侵害行為の態様と程度、侵害行為のもつ公共性ないし公益上の必要性の内容と程度等を比較衡量しながら、次のように判示している。

まず、判旨は、原告の挙げる三つの被侵害利益（通行権、健

康・就業の利益）に際しては、後者を通行権侵害から派生した二次的侵害であるとして、通行権侵害による損害に対し、不法行為責任が成立するかどうか限定して審理を進めている。それにつき判旨は、路上横断の利益が原告の通勤等社会生活上一応重要であると認めつつ、「原告にとって路上横断することとは通勤に際しより時間的損失・肉体的負担が少ない方法ということにとどまり、必ずしも原告の社会生活上必要不可欠な利益であるとはいえない」と判示し、一連の各措置（本件歩道橋の設置・本件横断歩道の廃止・本件中央防護柵の設置・本件横断禁止処分）については、「所期の目的である交通事故減少及び交通流の円滑化の効果があつたのであるから、その公益の必要性、合理性が認められ、これを比較し原告が迂回通行によって蒙る多少の時間的損失、肉体的負担は未だ社会生活上受忍すべき限度を超えたものと認めることはできない」として本件請求を斥け、棄却の判決を下している。<sup>(10)</sup>

(1) 道路法上の供用開始の公示（法一八条二項）や道路の廃止処分（法一〇条一項、九二条等）については、道路法研究会・道路法解説（全国加除法令出版刊）、建設行政実務研究会・道路法（新建設行政実務講座六巻第一法規）、田中二郎・土地法（法律学全集昭三五年）四〇頁以下、原龍之助・公物營造物法「新版」（法律学全集昭四九年）六九頁以下、荏原明則「公物の成立と消滅」（雄川一郎／塩野宏／園部逸夫編・現代行政法大系第九巻所収）二六三頁以下、外間寛「道路使用の法律関係」（金子芳雄／広岡隆／山本徳栄・行政法下巻「法学書院」昭五〇年所収）七五九頁以下等の文献参考。  
(2) この大審院判決に言及する主な文献として、まず、美濃部達

吉・評釈公法判例大系下巻（昭八年）二八四頁、同「公物使用の法律関係」法学志林一八巻三頁以下（大五年）、特に七七八頁が挙げられる。戦後の主なものとしては、田中・前掲書六九頁注（二）、原・前掲書二五四頁、原田尚彦「公物管理行為と司法審査——自然公物の利用権と環境権に関連して」（同・環境権と裁判「弘文堂」昭五二年所収）九三頁、同・行政判例百選Ⅰ二六・二七頁、吉田秀文「道路法にいう道路の通行妨害とこれに対する道路利用者の救済——主として私法上の保護について——」判夕三三〇号五八頁以下、特に六〇頁などがある。

(3) 道路法上、慣習上の使用権が認められるのは希有のことであり、本件はその唯一の事例かと思う。道路の使用は特別使用——許可使用と特許使用を併せていう概念である——を除いて、自由使用であるが、判例・学説は一般的にこれを公道として一般の用に供されていることの反射的利益であると捉える。従って、道路の自由使用において、自己の道路通行権を主張して当該妨害行為を排除する場合は、道路法上の占用許可的な権利以外のものに——勿論、慣習上の使用権による権利があれば別であるが——基づいて、訴訟を追行しなければならぬ。民事事件においては民法二一〇条（囲繞地通行権）や同法七一〇条（使用の自由権）に基づいて、当該妨害行為の排除・禁止を請求するのがより直截的な争い方といえよう。ところが、行政事件で道路通行権の侵害行為を争う場合は、国賠等請求事件以外、本案前の問題である処分性・原告適格の存否が大きなウェイトをしめ、裁判上概ね消極的に解されている。

さて、かかる行政事件の現況はさておき、同じく慣習上の使用権に関する判例がある。これは河川法の事例ではあるが、比較の意味で挙げておく。河川法上、慣習法上の水利権は法的にも認められた権利であるが（法八七条・八八条等）、発電用許可水利権（法二三条・流水の占用許可）に対して、農業用の慣習上上の水利権のその排他的公水使用権の存否が問題とされた事例である（最判昭三七・

四・一〇民集一六卷四号六九九頁行政命令取消請求事件・上告棄却。これにつき、判旨は、「公水使用権は、それが慣習によるものであると行政庁の許可によるものであるとを問わず、公共用物たる公水の上に存する権利であることにかんがみ、河川の全水量を独占排他的に利用しうる絶対不可侵の権利ではなく、使用目的を充たすに必要な限度の流水を使用しうるに過ぎないものと解するのを相当とする」旨判示している。結局、昭和電工の発電用許可水利権を許した長野県知事の処分が取消事由に当たらないというのが本事例である。尚、水利権の法的性質については、公法学者は公権説で、許可権者に対する公法上の債権と捉え、他方、私法学者はこれを私権と見做し、物権説をよしとしている、金沢・原両教授は折衷説を採られている。これについての文献は、金沢良雄・水法（法律学全集昭三五年）八三―八四頁、原・前掲書二九〇―二九九頁などが挙げられる。又、水利権の要件や判例等については、三本木健治「河川の管理」（前掲現代行政法大系九卷所収）三九七―四〇二頁、金沢良雄／三本木健治・水法論（共立出版一九七九年）八一頁以下・九九頁以下が参考となる。

（４）この部分の道路法制についてのコメントとしては、田中・前掲書四八頁以下、同・新版行政法中巻「全訂第二版」（弘文堂）二二二頁以下、三一四頁以下及び注（２）、原・前掲書「新版」八〇頁以下、同・前掲書「旧版」一三頁以下等が参考となる。

（５）国立歩道橋訴訟関係の参考文献については多くのものがあるが、必要最小限に言及する。執行停止申立事件判決に概ね賛成するものとして、原田「歩道橋反対訴訟の訴訟要件——昭和四五年一〇月一四日東京地裁決定を中心として——」（同・訴えの利益「弘文堂」昭四八年所収）一二二頁以下、渡部吉隆「行政訴訟の現代的課題」法曹時報二三卷七号一頁以上、伴義聖「道路工事の差止の方法」別冊判例タイムズ第二号（一九七六年）一七七頁以下、特に一七八頁、木村実・本件第一審判評（加藤一郎／淡路剛久編・公害・

環境判例「一九七四年版」一七七頁、近藤昭三・本件控訴審判評（前掲公害・環境判例「第二版」）一七七頁などがある。これに対し、処分性拡大よりは民事的手法で争ってゆくべきだとするものに、村田哲夫弁護士（控訴審判決判評・前掲別冊判タ第二号一九八頁）等が挙げられる。又、本件も含めた行政事件の処分性・原告適格については、法的保護利益説に基づいて捉えるのが判例・学説の通説である。参照遠藤博也・行政法スケッチ（有斐閣昭六二年）二九六頁以下、泉徳治「取消訴訟の原告適格・訴えの利益——広義の訴えの利益——原告適格——狭義の訴えの利益」（新実務民事訴訟講座九卷・日評）五三頁以下、雄川一郎「訴の利益と民衆訴訟の問題」（田中二郎先生古稀記念・公法の理論中巻「有斐閣」所収）一二五九頁以下、越山安久「抗告訴訟の対象」前掲新実務民事訴訟講座九卷二七頁以下等。更に、公共事業の裁判的コントロールにつき、民事的手法と行政法的手法の交錯の中より、当該処分をどのように争ったらいかににつき、示唆に富んだ文献として、塩野宏「国土開発」（山本／奥平／塩野／下山・未来社会と法「筑摩書房」昭五一年所収）一七二頁以下がある。

（６）道路法三二条一項各号所定の占用許可と道路交通法上の警察許可（法七七条）についての詳細は、前注（１）の文献中、道路法コメントール（全国加除法令出版二二三頁以下）や田中・前掲書七三頁―八〇頁などが参考となる。

（７）原・前掲書「新版」三五二頁以下、塩野宏「法定外公共用物とその管理権」行政法の争点一六〇頁以下参照。

（８）本件の評釈として、木村実・判時一〇二三号一五三頁（判評二七六号七頁）があり、一七の判例評釈としては、多賀谷一照・自治研究五六卷一〇号一四〇頁がある。

（９）田中二郎「公物の時効取得」（同・公法と私法「有斐閣」昭四四年所収）一八三頁以下、原・前掲書「新版」一五八頁以下、荏原・前掲論文二八一―二八五頁、本多清二「公物の時効取得——判例を

中心に——」日本法学五一巻一号九八頁以下参照。

(10) 道路使用の判例を論じている文献として、松島諄吉「公物管理権」(前掲現代行政法大系九巻所収) 三〇五頁以下、荏原・前掲論文二七四頁以下、原田・前掲論文(環境権と裁判) 九三—九四頁、外間・前掲論文七六二—七六四頁、そして、前注(2)の各文献などがある。

## 第二章 学説の対応

前章の裁判例の分類・整理において、道路の自由使用は反射的利益であって、権利ではない旨の判示を行政事件の判例の中で多く窺知した。そこで、本章は公物使用、とりわけ、自由使用に関する学説を客観的に辿りながら、道路の自由使用における反射的利益論克服の途を探ってゆきたい。<sup>(1)</sup>

### (1) 戦前の学説

我国の戦前における公物学説は、早くとも、恐らく明治三〇年代に淵源を求めることが可能であるが、<sup>(2)</sup>公物管理法たる実定法が制定されたのは、治水三法たる旧河川法が明治二九年(法律第七一号)、砂防法が明治三〇年(法律第二九号)、さらに、旧森林法が明治四〇年(法律第四三三号)である。他方、道路法に至っては、大正八年に旧道路法(法律第五八号)が制定され、財産管理法たる旧国有財産法は同じ大正の一〇年に制定された(法律第四三三号)、これをもって一応、公物立法が整備されたことになる。<sup>(3)</sup>

さて、かような時期に公物法理論並びに——勿論、行政法学

全体においても——我国を代表する学説は、美濃部達吉・織田万・佐々木惣一の各学説ということになる。<sup>(4)</sup>

ここでは、公所有権論の美濃部学説と公産論の織田学説に限定して、しかも、公物使用についての考えのみを簡単に紹介する。

まず、戦前の美濃部・織田両博士の公物使用についての見解は、道路等の自由使用は権利たる性質を有しない反射的利益である、という立場を採っている(①美濃部達吉「公物使用ノ法律関係」法学志林一八巻三三頁(大正五年)、特に、七一—八頁以下、②同・評釈公法判例大系下巻(昭和八年)二八四頁、③同・日本行政法下(昭和一六年)八一七頁、④織田万・行政法講義上巻(「第七版」大正八年)一九〇頁、⑤同・日本行政法原理(昭和九年)四一—八頁)。

(i) そこで、次に、美濃部説の公物使用についての考えを若干引用すれば、次の如くである。公衆が自由に公物を使用できるのは、法律上保護された利益を享有するからであると。そして、それは権利でなく、「公衆ハ唯公物カ自由使用ニ公開セララル結果トシテ反射的利益ヲ享クルニ止マル」のであるから、これは一般の自由権と同じである、と美濃部は説示する(前掲論文①七一—八頁)。しかし、かかる自由使用が違法に妨害された場合、一般的権利(自由権・人格権)の毀損たることを妨げないと美濃部は述べ、「随テ行政庁ノ処分ニ依リ違法ニ其ノ自由使用ヲ妨害セラレタルトキハ若シ他ノ条件ニシテ備ハレルト



キハ訴願及行政訴訟ニ依リ其ノ救済ヲ求ムルコトヲ得ヘク、若シ私人ノ不法行為ニ依リ之ヲ妨害セラレタルトキハ、民事訴訟ニ依リ損害賠償ヲ請求スルヲ得ヘク、又ハ妨害行為禁止ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ」としている（前掲論文①九頁）。

従つて、前記二の判例（大判大正八年六月一八日民録二五輯一〇五四頁却下）のように、村道の廃止処分（行政処分）を民事事件として争う手法は美濃部説の射程距離内ではなく、反対に、前記一の判例（大判明治三十一年三月三〇日民録四輯三卷八五頁認容）のように、村道の共同使用権の妨害を民事事件による損害賠償請求のような手法によつて争う場合は同説に符合するといえる（前掲書②二八四頁参照）。

(ii) 最後に織田説への一瞥であるが、これについては旧道路法が制定された大正八年を契機として、営造物たる道路の帰属をめぐる論争が活発になっている最中の（織田―池田論争、織田「道路ノ所属」法学論叢二卷二号一頁以下（大正八年）、池田宏「道路ハ国ノ営造物ナリ」(一)(二) 京都法学会雑誌九卷九号・一〇号（大正三年）<sup>(5)</sup>）、道路の自由使用についての織田の考えを一部引用する。

これにつき、織田は沿道居住者の権利及び義務に関して、権利とは観望権、出入権、注水権の三つであり、その義務とは公用制限に起因する義務であると説明する（⑥同・行政法講義下巻「第七版・大正八年」二八〇頁）。そして、なかならず、廃道処分に対する沿道居住者の権利（私人間の）につき、織田は、

「此場合ニ於テ民法ノ地役關係存在スルコトナキヲ以テ對抗權ヲ認ムルコトヲ得サレトモ損害賠償ヲ請求スル權利ハ尚ホ之ヲ認ムヘキモノト為シ裁判例亦此通説ヲ採用スルモノノ如シ」として、損害賠償請求のみは認める見解を示している（同・前掲書⑥二八一頁）。このことから、織田説も美濃部説同様に、廃道処分の際には民事事件による争い、とりわけ、囲繞地通行乃至地役権による通行権に基づく廃道処分の違法を争う手法は、認めない趣旨が窺える。従つて、民事的手法によつては、損害賠償の請求のみが廃道処分に際して許容されるということになる。

## (2) 戦後の公物法学説(1)（田中二郎・原龍之助の学説）

戦前・戦中をとおして、公物法学説の公所有権論対公産論の議論も、基本的には、公物管理権の性格付けを中心とした議論である、という集約も現時点から評価した場合、恐らく、可能であろう。何故なら、公物使用に際しては既に、美濃部・織田の両説の概観から明らかである。従つて、公物管理権を公所有権論で捉えてゆくのか否かは別として、公法上の管理権たる公物管理権が公物の所有権とは別個であるという私所有権説も、公物管理権を公法上の支配権（美濃部Ⅱ公所有権説、渡辺宗太郎Ⅱ行政的支配権説、原龍之助Ⅱ公法上の物権的支配権説（旧版）、柳瀬良幹Ⅱ公法上の支配権説、杉村章三郎Ⅱ統治権に基づく一種の支配権説等々）と見做す考えに、学説上一致があつた。<sup>(6)</sup>このことから、戦後の公物法学説が、公物管理権について

はどのような構成を採るのか確認する必要があるとともに、公物使用をどのように捉えているかも明らかにする必要があるだろう。そして、それが戦前の公物使用の考え方とどう変わったのかはつきりするはずである。

(i) まず、田中二郎博士の学説について以下、検討する。

田中は公共用物たる自由使用と公物管理権につき、次のように説明する。即ち、道路の管理権については、「道路法で道路の管理というのは、……その作用の性質からいえば、公法上の行為であることがあり（道路の占用の許可、公用負担を課する行為のごとし）、私法上の行為とみるべきものもあり（道路敷地の所有権の取得のための売買契約のごとし）、また、単なる事実行為にすぎないものもある（道路工事の施工、障害物の除去のごとし）。これらの作用は、原則として、道路管理者が行うが、これらの作用を行う道路管理者の権能を道路管理権という。道路管理権は、これを内容的にみれば、右に述べたように、種々の異なる性質の作用を包含しているが、全体としてみると、道路の敷地等の所有権からは完全に独立した別個の、道路をその本来の目的に従って一般交通の用に供するために法律上に認められた特殊の包括的権能ということができるとして、従来の「公法上の支配権」から高権性の濃淡を弱める「特殊の包括的権能」説を田中は主張する（⑦田中二郎・土地法（法律学全集・和昭三五年）五四頁及び注（一））。かかる田中説の見方は、W・イエリネックの本来的な公法関係（ursprüngliche

Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechts) [「権力（支配）関係に該当する」と伝来的公法関係（abgeleitete Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechts）] [「管理関係に該当する」] の区分より、管理関係を嚮導さす思考の典型であり、なかならず、公物管理領域においてそれが顕著である。<sup>(7)</sup>

次に、田中は道路の自由使用につき、これを反射的利益であるとし、「道路の自由使用は、道路がその供用の開始により一般交通の用に供された結果、その反射的利益として、これを享受するに止まる関係であって、別に権利としての使用権が与えられているわけではない。……したがって、道路管理者が路線の廃止・変更又は供用の廃止をなすことは、別に妨げられることなく、仮に、道路の廃止、付替等によって、交通の便を閉ざされ、不利益を受けることがあっても、一般公衆の自由使用が不可能になったことを理由として、道路の廃止等の違法を主張したり、損害の賠償を請求したりすることは許されない」として、道路の廃止処分等を道路の自由使用者が争えるか否かにつき、消極的態度を示している（同・前掲書⑦六七―六八頁）。この点に関する限り、田中説は戦前の通説を踏襲した見解と評せる。

しかしながら、道路通行権につき、民事上の妨害排除請求を認めた前記七の判例（最判昭三九年一月一六日民集一八卷一号一頁）を契機として、田中も道路通行権を民事的手法で争うことについては、これを認める旨の見解を示すに至っている。即

ち、廃道処分等に対して、行政法的手法を認める前記六の判例（東京高判昭三六年三月一五日行裁例集一二巻三号六〇四頁・原告適格肯定）のアプローチに対し、田中は、「私は、右の場合には、民法（二一〇条）の定める袋地所有者の囲繞地通行権の問題として適当な解決を図るべき問題であって、道路の自由使用権を根拠に、廃止処分は無効確認を求めることについては、疑いなきを得ない」旨の見解を示し（⑧同・新版行政法中巻「全訂第二版」（弘文堂・昭和五一年）三二二頁）、従前の見解を一步前進させている。

従って、この点においては、田中説は戦前の道路の自由使用の通説と訣別し、戦後の道路通行権についての学説の転換期に至ったといえる。このように、判例・学説上、道路通行権が反射的利益であると見做しつつ、このような道路通行の自由を妨害する行為に対しては、民事上の妨害排除請求権や囲繞地通行権に基づく民事的手法を肯定する段階にあるということである<sup>(8)</sup>。次は問題は、これが行政法的手法に括るか否かである。

(ii) 次に、戦後の公物法理論に際して、田中博士と共に、学説上、支配的見解とされる原龍之助教授の学説を紹介し、道路の自由使用についての考えを検討してゆく。

話は逆になるが、まず、原説の公物法学説を総括すると、こう評せるのではなからうか。つまり、田中説と多少ニュアンスの差はあるものの、公物管理権についての「特殊の包括的権能」説を田中同様に支持する考え（⑦原・公物營造物法「新版」

昭和四九年（法律学全集）二一九頁）に代表される如く、概ね、田中説の発展学説であり、田中学説を継承する考えといえよう。

さて、そこで、原の公物管理権についての考えの変遷をまず確認しておく。前掲書⑨の旧版はこの点につき、「公物管理権は、物を公の目的に供用することにより、その所有権の効果を制限して構成される、それ自身独立の公法上の物権的支配権（傍点筆者）であると解すべきである」と説明しているが（⑩同・公物營造物法「旧版」昭和三二年（法律学全集）五八頁）、前掲書⑨は、「田中博士の指摘されるように、公物管理権の本体は、公物を公物として公用又は公共の用に供するためにする、いわゆる管理作用を行なうことにあるのであって、公物管理権の本質を公の支配権又は行政権と解することには疑問がある。……このように公共用物の管理権は、これを内容的にみれば、右にのべたように、種々の異なる性質の作用をふくんでいるが、全体としてみると、公共用物管理権そのものは、公共用物をその本来の目的にしたがって、公共の用に供するために認められた特殊の包括的権能（傍点筆者）と考えるのが妥当であろう」として、従前の見解を改め、田中説を支持している（同・前掲書⑨二一九頁）。

次に、かかる公物管理権の考えを示す原の自由使用に関する考えであるが、前掲書旧版⑩の原は、道路通行権に対する侵害を「その使用の自由を違法に侵害された場合においても、それ

は単に、いわゆる自由権の侵害があるにすぎない」と述べ（⑩六八頁）、反射的利益論を採る前記田中説の三〇年代の見解（⑦土地法六七―六八頁）と軌を一にするものであった。それに対し、前掲書新版⑨の原は、「公共用物の設置又は廃止に関し、従来反射的利益にすぎないと解されてきた自由使用上の利益について、これを法的保護に値するものとして、訴えの利益を認めようとする傾向にある」が、「ただ、将来、公共用物の新設又は廃止によって自由使用の利益又はその他の生活利益を侵害されることを理由として出訴する場合には、この予防的不利益の発生が、ある程度、確実であることを要件として、原告適格を承認すべきではないかとおもわれる」旨述べている（⑨二五八頁）。

このことより、原は、田中説をさらに行政法的手法の可能性へと進め、道路通行権が民事的手法以外に、行政法的手法によってもこれを被侵害利益として救済されるか、或いは、そのような請求の適格性を認められてしかるべき旨考えている。この点をさらに敷衍すれば、原は、妨害排除請求の前記七の最高裁判決のような事例でも、村道の自由使用が管理者たる村の行政措置によって侵害された場合、「法的に保護される利益の侵害として、その取消の訴えの利益を認めるべきである」（前掲書⑨二五九頁）と明言している。以上の田中・原両学説の概観より、戦後の道路使用権、なにかんなく、道路の自由使用についての理解は、単に反射的利益論により裁判的救済の途をふさぐ

時代ではなくなりつつあることがここに窺知できた。

そこで、次には、田中・原両説以降の学説の推移を辿るが、ここでの視点は、道路通行権が反射的利益であると見做しつつ、裁判的統制上、いかなる考えの下、これに救済の途を見出ししているか等の点を中心にみてゆく。

### (3) 戦後の公物法学説(2)

(2)においては、古典的反射的利益論の訣別過程が多少なりとも明確になったと思うが、ここでは田中・原両説以外の公物使用についての学説を概観しながら、さらなる反射的利益論の克服過程を一瞥する。

さて、公物法理論においては、公物管理と公物使用という二つのファクターをどのように捉えてゆくかにより、前述してきた道路通行権の法的評価も大きく異なってくる。その公物管理権についての通説的学説である田中・原の「特殊の包括的権能」説（田中・前掲書⑦五四頁、同・前掲書⑧三一六―三一七頁、原・前掲「新版」書⑨二一九頁）につき、塩野宏教授は「自然公物利用の基本的あり方」という視点より次のような見解を示している。

即ち、「通説である包括的権能説は、自然公物を公共用物であると定義づけてはいるものの、公物の廃止又は利用の変更に於いて有効なチェック機能を理論の内部に用意していなかったし、よりすすんでいえば、立法政策的にせよ、かかる問題意識は稀薄であったといえよう」と（⑪塩野宏「自然公物の管理の

課題と方向」(建設省編・国土建設の将来展望「建設省三〇周年記念」昭和五四年所収)一一三七頁)。従って、要は利用のあり方そのものが公物法の観点から問題にされることであると、塩野は続ける(同・前掲書⑩一一三八頁)。

次に、塩野は、公物利用のあり方を資源としての自然公物とその司法的統制問題という視点ではこう述べている。

まず、「資源という認識は、それが有限であることを基礎におくと共に、一度廃止(これも一つの利用方法ではあるが)された以上、復元が甚だ困難であることを含んでいる。…むしろ、利用相互の公益に従った衡量がなされなければならない」と。次に、「とりわけ、わが国においては、利用の方法についての管理者の誤りを裁判上訴求する者の原告適格をどのように構成するかという点がある。また、利用方法の比較衡量には、わが国のシステムでは、司法的統制が及びにくく、結局のところ管理者の判断にゆだねられる結果となるのである」が、自然公物の利用についてはこれを、「単に反射的利益(略)」とみることは、大いに疑問がある。そういうものとして自然公物が存在するのであるから、むしろ、それは、法的な利益というべきではないかと、塩野は提言する(同・前掲書⑩一一三九頁)。

この提言に対し、他の教授は公物使用を如何に考えているであろう。この点、まず、公物乃至公共施設の使用を反射的利益論から訣別させようとする学説につき、遠藤博也教授の見解をみよう。

遠藤は、公共施設の利用の種類・態様からこれを六つに區別し、公共施設の本来の利用が何んであるかを確定しようとする。そして、更に、遠藤は、「公共施設の利用が、人の生存、日常生活、経済的活動、精神的活動等に対してもつ意味は、それぞれその公共施設によって異なるし、また、代るべき公共施設や代替的手段の入手可能性によっても異なる。他面、ある人の公共施設の利用が他の人の公共施設の妨げとなり、または、管理の目的に対する障害となりうるかどうか、公共施設の種類、形態などの事情によって異なってくるのである」(⑫遠藤博也・行政法Ⅱ(各論)「青林書院新社・昭和五二年」二五三頁)と述べられる。故に、公共施設の公用廃止により利用が不能となった場合は、「道路、学校のような生活上重要な施設の廃止があり、代替的公共施設ないし代替的手段の利用が著しく困難であるときには、公用廃止行為を争い、また、違法に生ぜしめられた損害の賠償を求めることができる」、と遠藤は結論付ける(同・前掲書⑫二五五頁)。

これに対し、原田尚彦教授は、同趣旨の見地から、公共用物の使用が反射的利益であるという従来の見解に対し、「公物管理に関する公物主体の具体的判断は、何がもっとも行政目的に適合するかという公益的判断事項であって、行政庁のいわゆる便宜裁量に属するものとされ、公物の利用者である公衆の側には行政庁の公物管理行為の非違を追及する法的権能は一切否定されてきた」という認識の下、公物利用者の地位を法的に無力

化したと分析する（⑬原田尚彦「公物管理行為と司法審査——自然公物の利用権と環境権に関連して」（同・環境権と裁判（弘文堂）昭和五二年所収九二—九三頁）。その結果に対し、原田は、公物使用者の公物管理への住民参加の確保と行政庁の公物管理に関する裁量権への統制が反射的利益論克服の解決手段であるとしている（同・前掲書⑬九五—九六頁）。結局、かかる反射的利益論克服の基礎として、原田は、「公物は公物主体が民衆のために民衆の信託を受けて管理するものとする、公共信託を基本とする公物理論の構成が強く要請される」ことを強調する（同・前掲書⑬一一六頁）。

以上のことから、公物使用（利用）者の法的地位を確立してゆくことが反射的利益論を克服してゆくことであり、それには実体的な側面と手続的な側面を具有している。

他方、田村悦一教授はこれにつき、こう述べる。

反射的利益論の克服は、「利用者の地位を実体的に法的利益ないし権利化するばかりでなく、利用者の、公物管理行政への『参加』という立場から、手続的な利益の保護をはかり、あるいは利益そのものを手続化する課題」を重要視することであると（⑭田村悦一「公物法総説」《雄川／塩野／園部編・現代行政法大系九巻所収》二五五頁）。そして、そのことは、「利用者の自由が違法に妨げられたときは、抗告訴訟ないし損害賠償請求訴訟による救済のほか、管理者による事実上の利用拒否に対しては、妨害排除請求等の手段もあり得よう。利用関係が契約

と構成されるときは、民事救済手続の途がひらかれる。また、第三者によって利用が妨害された場合に、管理者がその権限を行使してこれに対処するほか、利用者も民事訴訟上の妨害排除請求が可能である（同・前掲書⑭二六〇頁）という方向に嚮導しうることを意味している旨、田村は説示する。

以上、概観した塩野、遠藤、原田、そして田村の各教授の述べる公物使用の反射的利益論克服の課題がこれから如何に実践されてくるかにより、とりわけ、道路通行権を行政事件で争った各事例などの将来の方向性ないし、争い方の道しるべが示唆されうらと思う。又、原告適格の審査において、その基準となつた「特別（段）の事情のある者」の存否が、ここでいう道路の自由使用における反射的利益論を克服する一つの課題であり、いわゆる法的保護利益論の射程距離内での、裁判上のクリアすべき要件でもある<sup>（9）</sup>。

（１）公物法分野以外の裁判例においても、例えば、既存の質屋営業者の利益（最判昭三四年八月一八日民集一三卷一〇号一二八六頁却下）や文化財保護法による特別名勝の指定による住民の利益（東京地判昭三〇年一〇月一四日行裁例集六卷一〇号二三七〇頁）が反射的利益であると判示された反面、公衆浴場の営業許可に際しては、これを「単なる事実上の反射的利益というにとどまらず、公衆浴場法によって保護せられる法的利益」である旨、判示している（最判昭三七条一月一九日民集一六卷一号五七頁）。更に又、主婦連ジュース表示事件においては、いわゆる景表法上の一般消費者の保護利益は反射的利益である、と捉えられている（最判昭五三年三月一四日民集三二卷二号二二頁）。

尚、公物学説史として、最近のものに、磯村篤範「一九世紀プロイセンにおける道路行政の法構造」(完) 法学論叢(京大) 一一八巻一四三頁(一九八五年)、同「一九九巻四九五頁(一九八六年)、同「ドイツにおける公物法理論の形成」(完) 法学論叢二二一卷五号五六頁(一九八六年)、一二二巻三七八頁(一九八七年)、同「公物管理権の検討」(京院一五号)、高野修「国家法秩序と私的当事者の自主秩序」(完)——道路の建設維持及び地方自治行政に関するプロイセン上級行政裁判所の判決を素材として「自治研究五六巻九号五一頁、五六巻一一号一一頁、五六巻一二号九四頁(一九七二年)などがある。又、未公刊のものとして、拙稿「公物法理論史——ドイツにおける成立と日本行政法学への影響——その(1)萌芽期と成立期編」がある。

(2) 明治三〇年代前の公物に関するものとして、一木喜徳郎「日本行政法ニ於ケル營造物ノ觀念」国家学会雑誌八巻九三三頁八六三頁以下(明治二七年)、穂積八束「公用物及民法」法協一五巻九号九一〇頁以下(明治三〇年)、同「公産の所有権」法学新報七〇号(明治三〇年)(上杉慎吉編・穂積八束博士論文集(大正二年)三八〇頁以下)ぐらしかなく、我国の公物法理論の萌芽については、早くても、恐らく、明治三〇年以後、とりわけ、美濃部・織田・佐々木の各博士の登場期とみてよいと思う。この時期の主な文献としては、美濃部達吉に際しては、O・マイヤー原著／美濃部達吉訳・独逸行政法第三巻一〇七頁以下(明治三六年)、同「公有物ノ性質ニ関スル学説」国家二二巻七号八七三頁以下(明治四〇年)、同「日本行政法第四巻(大正五年初版)などがあり、織田万については、織田「公産論」法学志林一一巻四号一頁以下(明治四二年)、同「日本行政法論(明治三三年)、同「行政法講義(全)〔明治四三年〕一七二頁以下、同「行政法講義(総論)改訂・増補〔大正六年〕第四版一七二頁以下等がある。佐々木惣一については、佐々木「公物ヲ論ズ」国家二三巻九号八一頁以下(明治四二年)、同「日本行政法

原論(明治四三年初版)、同書再版(明治四四年)、同「日本行政法論(総論)〔大正二年〕二五二頁以下が挙げられる。營造物についての明治・大正期の各博士の文献は省略する。又、他の論者のこの時期の行政法の教科書として、明治期に穂積八束が行政法大意(明治三六年)、上杉慎吉・行政法原論(明治三七年)を公刊しているが、公物法理論としては詳細に欠けるであろう。

(3) 他の立法例としては、明治三三年に旧下水道法、大正二年に運河法、大正八年に旧都市計画法、大正一〇年に公有水面埋立法などが制定されている。我国の明治・大正の公物管理法、財産管理法のアンザツは地租改正に求められると思われるし、官有地の明確化をめざした太政官布告一二〇号(地所名称区分・明治七年)などがその淵源となる。又、河川についての法制は、明治元年(一八六八年)に、行政官布九三九号によって設置された治河使、明治四年の太政官布告八八号による九条からなる治水条目(大蔵省達番外)、明治六年の河港道路修築規則等がその淵源となる。他方、道路については、前述の明治六年(一八七三年)の河港道路修築規則により、河川・道路が三級に分けられているし、明治九年の太政官達六〇号は道路の等級を廢し、国道・県道・里道の三種類を定めている。これらが公物法のアンザツ(発端)である。又、財産管理法の地方公共団体についての根拠法は、明治二一年の市制町村制、明治三二年の府県制がそれぞれ制定され、營造物の帰属について等につきその根拠となる。参照岡田文秀・水法論(昭和六年)、長倉司郎・国土建設の政策と立法(教育出版昭四六年)一八七頁以下等。

(4) 前注(2)参照。本文で論じていない佐々木惣一博士の公物法理論について、そのアウトラインをここで引用しておく。

まず、明治四二年の「公物ヲ論ズ」という論文は専ら、ドイツ等の公物法学説の紹介である。従って、ここでは省く。従って、佐々木の公物法学説については、日本行政法論(総論)〔大正一二年版〕に限って言及する。佐々木はまず、国家私有権説の立場から、公物

の所有権と管理権を区分し、美濃部の公所有権説をよしとしない（同書二五六―二五八頁）。次に、公物使用については、佐々木は、用方上の使用と用方外の使用に大別し、自由使用を「用方上の使用に分類している。そして、自由使用たる普通使用について、「…単なる権能にして、権利ではない。…公衆は之を使用するの利益を有するもこの利益を有することは単に行政の主体が物を公物としたる作用の反射たるに止まり、決して公衆が之を主張しえるものではない。故に行政の主体が公物の使用を禁止し又は之を制限するも、之がために公物使用権なるものの侵害ありと云うを得ず」として、反射的利益論を採っている。しかし、公物使用の禁止又は制限が同時に自由使用の自由権の侵害を伴うが、これは決して公物使用権そのものの侵害ではない旨、佐々木は述べている（同二七一―二七二頁）。従って、佐々木学説も、美濃部・織田学説と公物使用についての考えでは大差はないといえる。

尚、佐々木学説については、広岡隆・行政法閑談（ミネルヴァ書房一九八六年）六四頁以下が簡明で、解りやすい紹介を行っている。

（５） 営造物たる道路（勿論、公共用物たる公物でもある）の所属につき、織田万と池田宏の有名な論争がある。結論を言えば、織田は道路の帰属は委任事務たる地方に帰属するものと論じ、池田は国の営造物である旨主張している。参照、織田万「道路ノ所属」法学論叢（京大）二巻二号一頁以下（大正八年）、同「営造物ノ所属」京都法学会雑誌一〇巻七号一四六頁以下（大正四年）、同「営造物ニ関スル問題」京都法学会雑誌一卷八号二二頁以下（大正五年）、池田宏「道路ハ国ノ営造物ナリ」・「」京都法学会雑誌九巻九号二一五頁以下、九巻一〇号一八一頁以下。

（６） 原・公物営造物法「新版」二一八頁―二一九頁参照。尚、公物使用については、講学上、単に、自由（普通・一般）使用、許可使用、そして特許使用の三つに分類したり、大きく、一般使用と特別使用に分けるなど、様々である。四分類の場合は、公物使用を一

般・許可・特許の各使用、及び私法上の使用権に分けている（田中二郎）。

因に、それら（二・五分）の分類をとる論者は次の如くである。（二分）原龍之助（旧版六五頁）、（三分）柳瀬良幹・行政法教科書「再訂版」二二六頁、磯崎辰五郎・行政法総論（一九五三年）二四九頁、（五分）美濃部達吉・日本行政法下八―一六頁等々である。尚、織田は二分論（共同使用・特別使用、日本行政法原理「昭和九年」四一―八頁以下）、佐々木は勿論、二分論（用方上、用方外の使用）と共に、三分論（普通・特別、そして独立使用）を採っている（前掲書二六七頁以下）。

（７） 田中二郎・行政法総論（法律学全集第六巻・昭和三二年）二一四頁以下、同・新版行政法上巻「全訂第二版」（弘文堂昭四九年）七一頁以下、原田尚彦・行政法要論「全訂版」（学陽書房昭和五九年）一七頁以下、塩野宏「公法と私法―日本国憲法下における学説の変遷と課題」法学協会百周年記念論文集第二巻一八五頁以下（昭和五八年）、藤田宙靖・行政法Ⅰ（総論）「青林書院新社・昭和五二年」二八頁以下等々参照。

（８） 原田は、道路通行権に対する妨害排除を求める私法上の権限根拠を三つ挙げ――（１）慣習による公道使用権説（地方自治法二三八条の六）、（２）所有権に基づく妨害排除説、（３）「公道の利用が妨げられ、生活上著しい支障を蒙った者にはその生活妨害の程度・態様が一定の限度をこえた場合に人格権ないし生活権侵害に基づく道路通行の妨害排除請求権が生じる」とする考え――、第三説をよしとしている（原田尚彦・行政判例百選Ⅰ（一九七九年）二六―二七頁）。

（９） その他、荏原明則「公物の成立と消滅」（雄川一郎／塩野宏／園部逸夫編・現代行政法大系第九巻所収）二六三頁以下、松島諄吉「公物管理権」（同書同巻）三〇五頁以下、外間寛「道路使用の法律関係」（金子芳雄／広岡隆／山本栄・行政法下巻「法学書院・昭和五〇年」所収）七五九頁以下等が道路の自由使用について参考とな



る。

### 第三章 ドイツにおける判例・学説の動向

担当 土居

本章では、ドイツにおける公物使用、とりわけ道路の一般使用——日本でいう自由使用と同義である——を中心に、その学説をまず紹介し、その後、判例をいくつか紹介する。この作業を通して、ドイツの道路利用権——一般使用たる道路利用権のみ——の現況を明らかにするのが又、本章の狙いである。従って、学説の紹介も戦後を中心に述べてゆくが——しかし、言及部分は戦前が多い、ドイツの公物法理論の推移を理解する上で、戦前の学説を確認することも必要である。そこで、極力、道路の一般使用に関する戦前の公物法理論に限定して——萌芽期・成初期初めについては公物法一般についても言及、簡単にその学説史を辿ってゆく。

(1) 序（プロローグ）——ドイツ公物法理論のあらまし・戦前の学説

ドイツにおける公物法理論の萌芽は、通常、バーゼル城壁問題を契機としたパンデクテン法学 (Pandektenwissenschaft) 者の(1) (法律) 鑑定書に起因する公物論争に求められる。一八三三年のバーゼル分割・仲裁裁定に端を発し、スイスの一カントのバーゼル市が行った、バーゼル州とバーゼル市の共有物であるバーゼル城壁 (Festungswerke) の取り壊しに対するバーゼ

ル州側の追加的分与請求、或いは賠償につき、それを却下したスイス連邦裁判所判決(一八六二年一〇月二九日の判決)並びに一八六三年の和解協定といった国家分割・城壁取壊し過程がバーゼル城壁問題であり、それに対し、負訴した州側の鑑定書を担当したJ・リュッチマン (Joh Jacob Rüttmann)、H・デルンブルヒ (Heinrich Dernburg)——国家私所有権説(公所有権類似説)の公物法理論があり、他方、勝訴したバーゼル市側の鑑定書を担当したF・L・v・ケラー (Friedrich. L.v. Keller)、R・イエーリング (Rudolph Jhering)——国家高権説の各公物法理論があつた。(2) 城壁そのものは勿論、狭義の公物たる公共物ではないが、とにかく、当代きつてのパンデクテン法学者がバーゼル城壁問題を法律的側面から鑑定書において、それも真正面から公物法論争を行った点は、やはり、ドイツにおける公物法理論の萌芽と見做してよからう。(3) しかし、それに対する判決は公物法の議論には正面から応答していない。(4) が、本件の争点だけここに整理すると次のようになる。

要は、城壁の公物管理権とその所有をどう見るのか、そして、城壁を取壊した後の土地につき、共有とみるのか、(公法上の) 債務とみるのか否かである。これにつき、州側は、城壁を国家の所有の下にあると見做し、共有 (Miteigentum) に基づく州の持分権 (Anteilsrecht) より、市に対する城壁跡地への請求権が発生すると捉える。(5) これに対し、市側は、かかる公物

について所有権を認めず、国家の高権 (Hoheitsrecht) とし、このような不融通物 (res extra commercium) はローマ法上の放棄された——無主物的な——公共用物 (res usus publicis derelictae) 乃至公物 (res publicae) であるとして、州の有するものは、共有財産による持分権ではなく、単なる債権であると捉えるのである<sup>(6)</sup>。

以上がドイツにおける公物法理論の萌芽である。

次に、ドイツ公物法理論の成立期についてそのアウトラインを述べる。一九世紀後半はドイツ公法学にとって一つの転換期を迎えていた頃である。

つまり、一九世紀前半期は G・W・F・ヘーゲル (Georg Wilhelm Friedrich Hegel)・O・v・ギールケ (Otto von Gierke) などの人倫的有機体説 (sittliche Organismus)・水平的協同体的 (社会法的) 有機体説に代表される如く——ゲルバー (C.F.v. Gerber) も初めは同説である——、国家観としては国家有機体説が支配的であった<sup>(7)</sup>。ところが、一九世紀後半に至っては、ゲルバー、P・ラーバント (Paul Laband)・G・イエリネック (Georg Jellinek) 等の国家法人説が国家観の主流となったことは周知の如くである<sup>(8)</sup>。このような国家法人説に立つ国家観の台頭と共に、一九世紀後半は法実証主義 (Rechtspositivismus) の下、法律学的方法 (juristische Methode) による国法学の体系化 (国家学的方法からの脱皮) がゲルバー、ラーバント以下で遂行された時でもある<sup>(9)</sup>。

(O・マイヤーの公所有権説) さて、かかる法律学にとつてまさに、新たな創造への真只中であって、O・マイヤー (Otto Mayer) は一九世紀後半に、まず「フランス行政法理論」(一八八六年、次に、「ドイツ行政法」初版第二卷(一八九六年)をシュトラスブルグ大学期に公刊している<sup>(10)</sup>。このうち、前者の公物法理論はフランス行政法、なかならず、一九世紀後半のプワティエ学派 (公権力的行政観) のデュクロック (Ducrocq) やパリ学派 (社会的行政観) のバトビー (Batbie)・オーコック (Aucoc) らの影響を受けた公所有権説であり、後者の公物法理論はもはやフランス行政法の影響——公産 (domaine public) から訣別し、公所有権説を専らドイツ法固有の問題と認識しつつある段階であろう<sup>(12)</sup>。

さて、O・マイヤーの公所有権説は、前記デルンビルト等のパンデクテン法学者の考え及び彼に同説を間接的に嚮導させたスイスの民法学者 F・アイゼン (Friedrich Eisele)<sup>(12A)</sup>、さらに一九世紀後半のフランス行政法の影響がその基礎となつて、古典的国庫理論 (alte Fiskustheorie)——警察国家時代の理論で国家を二つの人格に分ける考え<sup>(13)</sup>を凌駕する際の、公行政イデーの強調として現われたものである。

次に、O・マイヤーの公物法理論中、一般使用の考え方について簡単に言及する。O・マイヤーの国家財産 (Staatsvermögen) の分類は、K・F・シュテンゲル (Karl F. Stengel) の三分類 (財政財産 [Finanzvermögen]・行政財産 [Verwaltung-

gsvermögen』そして狭義の公物 [Die öffentlichen Sachen] に起因するもので、<sup>(14)</sup> 公共用物 (Sachen im Gemeingebrauch) を行政財産から区分してこれを狭義の公物 (第三のグループ) に編別している。そして、O・マイヤーは公物を次のように定義付ける。「公物は公法上の物件 (Sachen öffentlichen Rechtes) を意味している。(即ち) 公共物 (res publicae) は公法物 (res publici juris) である。換言すれば、その目的設定のために公法によって判断されるべき法律上の支配下にある物件である」<sup>(15)</sup> (Vgl. O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I. Aufl., Bd. II 1896, S. 72.)。その公物についての使用権をマイヤーは三分類 (一) 般使用 [Gemeingebrauch]・許可使用 [Gebrauchserlaubnis] として特許使用たる、特別利用の特許 [die Verleihung besonderer Nutzungen] dazu vgl., O. Mayer, a.a.O., S. 110 ff., 137 ff., 147 ff.)、公共使用たる一般使用の権利の性質については、これを固有な権利ではなく (S. 112) として、「各人に対する原始的な、(そして) 許与されたものでもなく、当然存在する権利であり、公物を使用するための生来の権利や人権 (Menschenrecht)」といった意味合いで、「私生活の自由も又、このような公物使用の自由も又同じ」であると説明し (S. 114, 118.)、一般使用の権利性を否定している。かかる捉え方はドイツ公物法理論上、支配的見解であり、G・イェリネックの反射的利益説<sup>(15A)</sup>、マイヤー・シュレーの F・フライナー (Fritz Fleiner)、J・ハッチェック (Julius Hatschek)、

そして W・イェリネック (Walter Jellinek) など私所有権説に立つ支配的学説 (通説) においても権利性を認めていない。<sup>(16)</sup> ただし、囲繞地通行権の侵害に対する考えについては、マイヤーは、「…近隣者はその家屋前の道路部分に対して特別の關係にあり、道路への出入の通路を有すること、その他道路の公共用権によってその家屋に対して与えられるべきところは、即ち、その家屋の財産価値の一部をなすものである。もしその家屋より道路を取り去るときは、これはその財産価値に対する直接の侵害に該り、家屋の価値を減少させるものである」と捉えている (O. Mayer, a.a.O., S. 135 f.)。かかる考えはペンデクテン法学者の F・レーゲルスベルガー (Ferdinand Regelsberger) の見解にも窺知できる。即ち、彼は道路の廃止・移転に伴う隣人の損害賠償請求権の有無 “ob die durch die Aufhebung oder Verlegung eines öffentlichen Weges geschädigten Anlieger nicht einen Anspruch auf Schadenersatz gegen Staat oder Gemeinde haben” につき、次のような見解を示す。彼は、個人の一般使用へのお上の措置権 (obrigkeitlichen Verfügungs-rechts—行政庁の措置 (処分) 権) の行使、例えば廃道処分なるものは、個人の権利を脆弱化するもので——私法的観点から反対しえないので、かかる侵害に対しては行政手段によるところの保護を請求するという手法を採ることになる、と言う。そして、官庁による共同利益上講じられる措置 (Maßregel) に起因した私法領域の損害は、全体によって償わ

れるべきだ——いわゆる「特別の犠牲」論のこと、すなわち、今日の法原則（公平の原則 *ein Grundsatz der Billigkeit*）に従うべきだと。更に、「公道の敷地での建築変更によって（道路本体の回復、土木工事）沿道住民の所有権が侵害される場合、隣人権（*Nachbarrechts*）の原則が解決する」と彼は説明する。その結果、変更が公益に合致している場合、なるほど妨害或いは除去の要求を遮断するが、損害賠償義務は遮断しないとも彼は言う（F. Regelsberger, *Pandekten*, Bd. I, 1893 S. 422 f.）。以上がO・マイヤーの公所有権説のアウトラインである。次に、通説たる私所有権説の道路等の一般使用について言及する。

（私所有権説） ここでは、前記O・マイヤーの公所有権説に対し、通説たる私所有権説を論じるが、これに際しては反マイヤー・シュレーの旗頭E・カウフマン（E. Kaufmann）とマイヤー・シュレーのJ・ハッチェック及びW・イエリネック等を中心に、一九世紀後半から二〇世紀初期のプロイセンの道路法・水法についての簡単な学説・法制等の紹介を行う<sup>(17)</sup>。

まず、公物の所有権の所在をめぐる論争は結局のところ、（古典的）国庫理論をどう位置付けるかに関係しており、それとの訣別を標榜するO・マイヤーの二元論にあっては公所有権説を唯一のイデーとする訳である<sup>(18)</sup>。

そこで通説の依拠する国家の人格についての二元論から私所有権説を眺めてみたい。

一九世紀後半以降のこの二元論の代表格はG・イエリネックの「一般国家学」（G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., 1905 S. 381 ff.）での考えに求められる。G・イエリネックはまず、「領土（*Gebiet*）に対する支配は公法的であり、それはドミニニウム（*Dominium*）——所有（支配）権・物に対する権利——ではなく、インペリウム（*Imperium*）——命令権（絶対権）・人に対する権利——である」とし、命令権（*Befehlsgewalt*）たるインペリウムと物に対する直接的な法支配である所有権とは区別されるべきであるから、いかなる公所有権（*öffentliches Eigentum*）も存在しないと論じる（S. 386）。そして、O・マイヤーの公所有権に対しては、彼は、「…それ故に、もし一定の法秩序においてこのような公所有権が私所有権と区分され、そしてそれと対比さすならば、それによってフランス法の公産（*domaine public*）に際しての如く、しかし、その内的性質が物権法的な、或いは訴訟法的ないずれの規定によっても拘束されない（Z.B. 行政裁判権への服従）、あの特別権（*Sonderrecht*）に関する名称が工夫されているだけである」と論駁する（S. 388）。

又、マイヤー・シュレーのハッチェックはこう述べる。即ち、マイヤーの理論は、「ドイツ法独特のインペリウム（命令権）とドミニニウム（所有権）の対比を無視して」おり、「インペリウムは人に対する公的支配であり、ドミニニウムは私法的な物支配である。そして両者は公物について明確な分離の中で

共存する」のである、とマイヤーの所説に反駁する (Julius Haseck, Institutionen des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, 1919, S. 487.)。そして、ハッチェックは、国家やゲマインデがある程度まで高権の主体として、そして国庫としてのヤヌースを与えられていることを忘れてはならない旨述べ、「この区別が行政行為を公物についての物利用により、公法の側面と私法の側面を有している混合的な法律関係になる」と説く (S. 487)。

次に、二元論 (Dualismus) に依拠する私所有権説の公物使用について概略する。

E・カウフマンとマイヤー・シュレーのW・イエリネック、F・フライナー、そしてJ・ハッチェックの各学説を引用するが、その参考資料としてプロイセン道路法並びに水法につき、学説上の視点から若干コメントを付しておく。

(プロイセン道路法) まず公共用物たる道路は、公共の交通目的のための利用に主眼を置くもので、これがとりわけ一般使用 (gemeine Gebrauch) として現われる。それを担う「公の手」の道路高権 (Wegehoheit) は道路レガール (Straßenregal... 国家の至上 (収益) 権的なもの) の古い理論からきている (F. Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 2. Neudruck der 8. Aufl., (1928), 1963 S. 367.)。そのような道路につき、行政法上問題となるのは、道路の公用開始 (Widmung, Indienststellung)・公用廃止 (Entwidmung, Au-

rgendienststellung = Kassierung) や道路建設負担 (Wegebau last) など、道路警察 (Wegepolizei) 権の問題とプロイセンでは論じられている。<sup>(19)</sup>

道路法上、道路は三つに区分され、国道 (Staatsstraßen)、上級地方公共団体道 (Straßen höherer Kommunalverbände)、そしてゲマインデ道 (Gemeindewege) にそれぞれ種別されている。が、プロイセン内の各州においては、例えば、一九一一年六月一〇日の東プロイセン道路令 (Wegordnung) 一四条以下は州政府管区 (県) 道 (Provinzialwege)、郡道 (Kreis——)、ゲマインデ道 (Gemeinde——) に分類し、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州の道交令二条 (Wege VO.v.L. März 42 §2.) では主要ラント道 (Hauptlandstraßen)、副ラント道 (Nebenlandstraßen)、そして脇道 (Nebenwege) という分類を行っている。これはプロイセンが国道行政を分散 (地方分権化) したことに起因しており、一八七五年六月八日法律第一八条により地方公共団体にそれを委託している (Vgl. W. Jellinek, a.a. O., S. 507.)。<sup>(20)</sup>

(プロイセン水法) 次に、プロイセン水法について言及する。

一九一三年四月七日のプロイセン水法 (Preuß. Wassergesetz von 7. April. 1913) は水流 (Wasserlauf) を流水 (fließende Wasserwelle) 及び河床 (Flußbett) も含めて一体と捉えて、これを私法上の所有権の対象と見做し、更に、公水の経済的利

用を促進することを念頭においている（Hatschek, a.a.O., S. 498 f.; Fleiner, a.a.O., S. 372 f. und Anm. 28, 29.）。そして同法は水流を三種（級）に区分し、航行可能な水流を第一種水流（Wasserläufe erster Ordnung）、水利上非常に重要で、第一種的水流に属さない自然及び人工水流の区域を第二種水流、そして、第三種水流はそれ以外の全ての水流をいうものと法上規定している<sup>(21)</sup>。

以上をもって、プロイセンの主たる公物管理法の紹介を終え、学説の検討に入る。

さて、私所有権説にあつては、公物の所有権と日本でいうところの公物管理権に当たる道路警察（権）とは区別する。従つて、道路法上の論点としては、道路の公用開始・公用廃止そして道路建設負担に集約される道路警察が挙げられる。そして、その問題は道路使用の中でも顕在化してくる。以下、後者の道路使用から学説を辿ってみる。

まずカウフマンは、「公所有権」という概念はドイツ行政法に欠け、そのことは、「公所有権概念をすでに決定の基礎にしてきたザクセン高等行政裁判所（OVG）が新たにそれを放棄したことより（Vgl. Jahrb., Sächs. OVG 15, S. 175 f.）窺知済みである」と述べる（Dazu vgl. E. Kaufmann Art. „Verwaltungsrecht“, im WBSStVR. III, 1914 S. 707.）。更に「カウフマンは公物とレガールにつき、こう述べる。収益権（Regalität）はプロイセン道路法においては廃止され、公共団

体の私所有権においてか、国家官庁の警察的活動において廃止されている。しかも一般使用を保護し、規制する警察において、そして、いわゆる建設義務や維持義務を課せる道路建設警察においても廃止されている」と。又、プロイセン水法に際して、彼は、すべての水流についての私所有権が承認され、実施されている旨説示し、ザクセン法（道路法）を例に挙げ、且つ、ヴェルテンベルク法についてはゲマインデの下にある私所有権によつて、一般使用を超えた使用につき私法的な契約の可能性が承認されている、としてO・マイヤー説の反駁を試みている（Kaufmann, a.a.O., S. 707.）。

次に、マイヤー・シュレーの各学説を一瞥する。

フライナーの所説は、まず一般使用の保護は警察の義務と捉え、その警察は、「個々の命令の發布（発令）によりその職務を遂行するばかりでなく、安全性・快適さ、そして清潔さの維持や、公道・街路・公園、或いは水路の安全性についての警察命令の制度によつて管理する権限を与えられている」と説く（Fleiner, a.a.O., S. 376.）。

次に、一般使用に対する侵害の争い方につき、古い普通法上の民事裁判を排除している現在では、個人が任意に行政不服審査及び行政訴訟という手法で争えばよい旨、彼は述べ、そして一般使用において第三者を違法に妨害してきた私人（BGB § 823 Abs. 2）、或いは公務員（BGB § 839）に対する私法上の損害賠償請求訴訟が留保されていると付言する（S. 376.）。他方、増

大する一般使用という視点で、沿道・沿岸住民の一般使用についてはこれを権利と認めない考え、即ち、「沿岸住民はあらゆる他の地方居住者として、一般使用へのよい高い権利の主張を何も有しえない」という考えを述べ、かかる事実的な要因に基づく特別扱いは、増大する公物使用として警察許可（(Polizeilichen Bewilligung) である（禁止の解除）、許可（Erlaubnis）に係らしめるべきだとしている（a.a.O., S. 377 ff.）。

つぎに、W・イエリネックの所説につき言及する。

W・イエリネックは一般使用を「一般的な方法で使用できる全ての人々に帰属する自由であり、その目的設定に相応しい、或いは目的設定がないか、はっきりしないもの」と定義付け、道路の歩行・走行、歩道の利用等を挙げる。ただ、裁判上、一般使用のカテゴリーにつき、乗合い自動車による道路使用はこれに含まれると判示されたり（ザクセン行政裁判所判決 Sächs OVG, 26. Febr. 26. Jahrb. 29, 115 ff.）、西プロイセンの路面電車（Straßenlokomotive）による国道（Chaussee）の走行はこれに含まれない（Pr. OVG 5. Juni. 13, Entsch. 64, 494 ff.）と判示したりで、このカテゴリーも明確でない旨彼は指摘する（W. Jellinek, a.a.O., S. 510.）。

最後に、ハッチェックの所説を紹介する。

ハッチェックは一般使用を国民の個人の自由以外の何ものであるものとして次のように説示する。即ち、一般使用とは、「いかなる主観的公権（権利）でもなく、一般的に言われている如く、客観的な法規範の反射である。即ち、公物を管理する警察の反射である」と（J. Hatschek, a.a.O., S. 488.）<sup>(23)</sup>。

以上をもって戦前の私所有権説の流れ及び学説の簡単な紹介を終える。

さて、最後に、戦前のドイツ公物法理論の総括も含めて、T・マウンツの所説をここに引用し、戦後のドイツ公物法理論の橋渡しを行いたい。T・マウンツの「公物法の主要問題」なる文献（Theodor Maunz, Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, 1933）はハイデルベルク大学学長W・イエリネックの下での学位請求論文の公刊化されたものである。従って、マウンツの同論文の意図は、「公所有権説がドイツ国家のラント、ハンブルクの現行法と一致しうることを証明する」ものであったし、彼自身公所有権説を採らないものの、彼の分析結果は公法的要素を非常に強調することに嚮導されてしまっている（Vgl. Maunz, a.a.O., S. 136 Anm. 286, 313.）。そことは別にして、公所有権への批判は、まずドイツの実定法に合致しない点、そして公物警察権——公物管理権と読みかえてよいであろう——と公物の所有権を符合さすことに起因する公用開始行為の法的性質と他有公物——又、公占有についても——に、マイヤーの公所有権説の最大の弱点があるということに集約できる（S. 125, 129.）。かかる二元論から一元論への批判をフランスの公産論も含めてマウンツは検証しているが、前述した如く、彼自身私所有権説に立つものの、マイヤーの所説の法

ドグマから完全に訣別しえない分析結果になった、と評せる。

## (2) 戦後ドイツの公物法理論

前記戦前ドイツの公物法理論については、T・マウンツの示唆に富む文献より、公所有権説との対比での戦前の公物法学説を通観することができたし、問題点も各学説の検討より明らかとなった。そこで、次に戦後の公物法理論をいくつかの学説を通して整理してゆく。

まず、戦後学説の到達点を理解するため、①H・ハーディングス（Herbert Hardinghaus）の公物法所説、②W・ウェーバー（Werner Weber）<sup>24</sup> K・シュテルン（Klaus Stern）の各公物法所説を概観し、次に公物使用、なかならず道路の一般使用を中心に、③E・フォルストホフ（Ernst Forsthoef）の公物法所説、④J・ザルツヴェーデル（Jürgen Salzwedel）の公物法所説等を概観する。

① H・ハーディングガウスの公物法所説      ハーディングガウスは一九六六年の「公物支配と公物管理」（Öffentliche Sachherrschaft und öffentliche Sachwaltung）の中で、従来の限定的公物理論（Die Theorie der beschränkt öffentlichen Sache）、すなわち、公用開始目的へ固執する見解を批判し、ドイツ公物法の新しい概念構成を試みている。彼の見解によれば、限定的公物理論は公用開始に合致した利用を強調し、そしてそれを保障している。しかし、このような考えは時代遅れで、公用開始目的に役立つものの以外の利用も認めるべきだと。そのこと

は、「道路が決して交通に利用されるばかりでなく、全ての可能な行政の他の給付の媒介物としても利用され」、そして道路が「配慮嚮導（Versorgungsleitungen）」と解され、それが商売とか配慮（給付）産業に労働の場合への発展可能性を生じさせている」ことから理由付けられると、彼は言う（H. Hardinghaus, a.a.O., S. 109.）。このことから、彼は、「…それ故に、公用開始に合致した一般使用或いは行政使用ばかりでなく、公用開始と関係のない公衆の使用も又、公物目的に合致している」と捉え、かかる一般使用も公物目的に適合するという考えの下、例えば、法律上の要請或いは禁止に違反する利用などは公共の福祉と矛盾するものであるという限定を加えながら、新しい概念構成を試みる（S. 111 ff., 118 ff.）。

次に、ハーディングガウスはその新しい概念につき、「新しい概念（構想）はまずもって、従来支配的であった限定的公物理論の欠点への解答である」という認識の下、公所有権説を道具概念として以下の構想に至っている（S. 147.）。

即ち、「新しい概念は（Konzeption）、それが公用開始と関係のない公衆の利用のより広い公物目的を公用開始目的と同列に置くことによって、公物管理に公用開始に合致した利用の促進へのその制限の責任を負っている」という理解を前提に、ドイツ公物法の新しい概念が公所有権理論と本質的には区別されるものの、それは公所有権理論の優先に分与するのだと、彼は説明する（S. 148.）。



尚、それが公所有権理論と区別される理由は、新しい概念が

公用開始を所有権の中に根拠付けるのではなく、公物法の十分な妥当範囲をそれによって維持するからであり、そして新しい概念が公所有権理論に対して、私所有権を支持し、それによって公物の取引能力——融通性——を維持するという点にある(S. 149.)。

しかし、そのように両者は区別されるものの、彼は又、「新しい概念は公用開始と関係のない利用に対する公用開始に合致した利用の優位によって公的な利用利益に向けられるが、法治国家原理上危険な公物管理者の不当な要求を公所有権理論によって回避する」のであると論を進め、公所有権は結局、法律によって地位が与えうるのだと説く(S. 149.)。その具体例として、ハンブルク道路法(Hamburger Wegegesetz)とバーデン・ヴュルテンベルク水法(Baden-Württembergische Wassergesetz)の公所有権条項を挙げ、これらが私所有権を排除するものなのか、彼は以下吟味してゆく。それによれば、自由ハンザ都市ハンブルクの所有権の下にある公用開始されている公道の土地表面が公所有権であると法四条は規定しているが、これは、「公物についての私所有権を排除することによって公所有権を生み出したのではなく、ただ公物管理を承認したにすぎず、そしてこのことから公物法の二元的体系から一元的体系に移行したのである」と説明し、この公所有権により公共の福祉の利益上、利用を規制する権限が担保されると、彼は理解

する(S. 149 f.)。

又、バーデン・ヴュルテンベルク水法四条一項(§ 4 I WassG BW)の公所有権規定についても、彼は、「∴純粹の公所有権が存するのではなく、所有権から何かある形式の除外の下で公物管理の一元的体系が存するのである」と理解し、基本法(BG)八九条の下連邦水路——私所有権を採る——との整合性に欠けるものではないという(S. 151.)<sup>(25)</sup>。

以上がハーディングガウスの一般使用についての所説である。

② W・ウェーバー/K・シュテルンの公物法所説 一九六二年のミュンスターでの国法学者大会報告を行ったW・ウェーバー及びK・シュテルンにおける公物法所説を概観するが、それに対するJ・ザルツヴェーデルの評価も含めて、以下これにつき紹介してゆく。<sup>(26)</sup>

まず、初めに両者の報告骨子を整理すれば次のようになる。  
〈ウェーバー報告〉——アンシユタルト的公物観 彼は、従来の一般使用を営造物利用として捉え、私有財産を丸く覆い包む公法的地位を、公法の法的性格と捉える考え方(いわゆる私所有権説)を支持する。そして、国家の水利規制(水管理 Wasserhaushalt)に関する公的責任を新しい構想の下に置き、水法上の一般使用について、ドグマ的基礎をはっきりと排除すべきであると述べる。更に、彼は、道路法上の一般使用についてはこれを今日ではむしろ、「公物使用の古風な形式」と評す<sup>(27)</sup> (Weber, a.a.O., S. 145 ff.; Salzwedel, a.a.O., S. 241.)。

〈シュテルン報告〉 彼は、公物に社会的法治国家の指針（Leitbild）による一般的な公法的秩序を与え、公用開始の整備に際しては、「組織行為（Organisationsakt）」や「独自な性質をもった法律行為（Rechtsakt eigener Drängung）」という考えの下、道路法・水法をフォルストホーフのいう「制度的な公的地位（institutionell—öffentlichen Status）」の下に置くことを提唱する（Stern, a.a.O., S. 183 ff.; Salzwedel, a.a.O., S. 241 f.）。

〈ザルツヴェーデルの評価〉 ザルツヴェーデルはウェーバーを「公物の部分的营造物化（Veranstaltungsgestaltung—营造物的擬制化）」により、国家・地方公共団体の道路と公水の管理を強化する傾向を許容する」者と捉え、シュテルンについては「裁判例に内在していた交通空間或いは公水管理の要請についての行政上の総合計画を妨げることになる個人の保護を整理する使用権体系に達する」と見做し、一般使用を营造物利用と考える手法は採らないものの、ウェーバーの公物観に近い立場を両報告に対して示している（Salzwedel, a.a.O., S. 242.）。

次に、両報告につき、公物の一般使用についての説示のうち、重要な箇所のみ簡単に引用しておく。

この点について、ウェーバーは次のように言っている。

道路・水に関する使用を一般使用（Gemeingebrauch）と特別使用（Sondernutzung）の対比から捉え、連邦長距離道路法（Bundesfernstraßengesetz）によって導入された新しい道路立

法につき、「それは特別使用と特別使用権について境界設定の中で又、一般使用の時代にあった限定を得ようと努力するときにはまずもって、新しい時代へと導いてゆく」と。そして、ここで問題となる点は、「動的なそしてそれに最も近い静的な交通（§ 7 Abs. 1 BFStG）での新しい法律上の一般使用の定義の集中は、従来許可なしにそして無償での沿道住民や誤解した、いわゆる『高められた一般使用（gesteigerten Gemeingebrauchs—増加した一般使用）』の構成要素、即ち、我々の都市や村の生活にとって生業生活に不可欠と考えられうるその要素を、許可を必要とし、使用料を必要とする特別使用（Erlaubnis—und gebührenpflichtigen Sondergebrauchs）の側からあくまで主張されている点だ」ある（Weber, VVDStRL 21, S. 174.）。

最後に、ウェーバーは、「既に明らかにされた如く、公道についての特別使用は連邦長距離道路法以来、完全に公物の公法的支配の中へ引っぱり込まれている」という現状認識の下（S. 175.）「行政法は全てをアンシュタルト（Anstalt—营造物）」と捉え、そして……従来の一般使用を公物のアンシュタルト的使用と捉える。自動車専用道路（Autobahnenアウトバーン）や航行可能な運河（Schiffahrtskanälen）に際して、アンシュタルトについての境界が明らかに踏み越えられている旨述べている（S. 179 f.）。ウェーバーのいうアンシュタルトとしての一般使用の理論的メリットについては筆者も消極的評価をするが、更に、彼の道路使用について述べている考えの全体的感想は、日

本での自由使用と特許使用たる占用許可の調和問題と軌を一にするだろうし、「高まった一般使用」については、これを許可に係らしめるのか否の論争と符合するであろう。

次に、シュテルンの見解はこうである。

シュテルンはまずもって、公物をアンシュタルトと捉える見解に反対し、ウェーバーの考えにも対峙する(Stern, VVDStR-L21, S. 190 f.)。そして、彼は私所有権説の立場より、公物管理権行使の一形態である公用開始(Widmung)をいわゆる「制度的な公的地位 (institutionell öffentlichen Status)」の中へ移す組織行為(Organisationsakt)と見做す(S. 198 f.)。

最後に、彼は一般使用を配分的参加(Teilhabe)より位置付け、次のように結論付ける<sup>(27)</sup>。

即ち、「一般契約的に証明される利用としての組織行為による範囲の中で、国家の給付への配分的参加(Teilhabe)への一般的権利の特別な具体化としての一般使用への主観的公権(権利)がある」と述べ、その論拠として彼は、道路交通許可法(StVZO)一条以下、連邦長距離道路法(BfemStrG)七条一項、水利規制法(WHG)二三条一項(共同使用)、連邦水路法(WStRG)五条、そしてラント法の水法や道路法の当該規定を挙げる(S. 219 und Anm. 206.)。又、抗弁権(Gegendrechten)によつて保護されない剝奪や侵害は、行政裁判所により(Art. 2 Abs. 1 GG, §§ 40, 42 VwGO)、そして民事裁判所により保護されている、と彼は説明する(S. 219.)。以上のシュテルンの一般使

用等の考えは、裁判的救済などの面でウェーバーに比して興味ある所説と思う。以上をもつて②の紹介を終える。

③ E・フォルストホーフの公物法所説 生存(生活)配慮(Daseinsvorsorge)のカテゴリーの中に公物法を位置付けるフォルストホーフの所説の特徴は、通説が一般使用を反射的利益であつて、権利ではないと説明するのに対し、これを権利と捉える前述のK・シュテルンの思考と軌を一にする点にある。その点について以下、言及してゆく。

フォルストホーフは「行政法教科書」において、この点につき、個人は一般使用についてのTeilnahme(参加)は妨げられず、それを個人が妨害されたとき、一般使用についての個人の参加(Teilnahme)が問題となると。つまり、「一般使用についての個人のTeilnahmeは、それが権利と見做されうるような法的に確固たるもの」<sup>(28)</sup>「Teilnahmeは、国家の給付に関する配分的参加(Teilhabe)への一般的権利のある特別な具体化を意味する」<sup>(29)</sup>のびあると、フォルストホーフは説明する(Lehrbuch, S. 392.)。更に、彼は、裁判所も又一般使用への権利を一時的に認めてきたし、その一般使用の種類と範囲は公物の性質に従つて区別されており、形式において捉えられるべきではない旨述べる(S. 392.)。

次に、彼は道路の一般使用に関し、「自動車交通の発展によつて、道路の要請はあらゆる伝来的な一般使用の観念」を変更してしまつたと認識し、かかる状況下での一般使用が一般的調

和・性の限界（die Grenzen der Gemeinverträglichkeit）を維持しなければならない点を指摘する（S. 393.）。これに関する問題として彼は、道交令（StVO）一二条関連の駐車場と継続駐車一般使用カテゴリーへの妥当性と有料駐車たるパーキングメーターの問題を挙げる（S. 394.）。この議論を中心に特別使用の許可・特許使用の区分問題へと彼は更に敷衍してゆく。

以上でフォルストホーフの所説の紹介を終え、判例の若干の検討の前提として、最後に、ザルツヴェーデルの道路の一般使用について、その所説を見てゆく。

④ J・ザルツヴェーデルの公物法所説 基本法二条に基づく制度的保障（institutionelle Garantie）説 ザルツヴェーデルは一般使用（Gemeingebrauch）と共同使用（Gemeinschaftsgebrauch）・個人の一般使用（individueller Gemeingebrauch）をそれぞれ明確に区分・定義し、全ての者が特別な許可なしに自由である本来的な（eigentliche）一般使用は、共同使用より狭いと説明する<sup>(31)</sup>。

次に、権利（subjektives öffentliches Recht＝主観的公権）としての個人の一般使用の存否につき、前述のフォルストホーフの権利性を認める部分（Forsthoff, Lehrbuch, S. 341 ff.）をザルツヴェーデルも引用し、権利としての個人の一般使用を肯定する論理を展開している。そしてかかる権利を侵害された者は異議申立乃至取消請求を求めることができ、その根拠の一例として自治体の営造物利用権（vgl. Z.B. §18 GONW＝ノルト

ライン・ヴェストファレン州市町村（自治）法）を彼は挙げている<sup>(32)</sup>。

さて、かかる権利たる一般使用の根拠につき、彼はさらに、基本法よりこれを求め、それが制度的保障であり、「この一般使用の制度的保障は航行或いは水利上の公水の使用にはほとんど関係しない」旨説明する（S. 246 f.）。即ち、「基本法二条一項（Art. 2 Abs. 1 GG）において保障された人格の自由な発展への権利（Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit）は、他者と任意に取り引きを始めたり、ある場所からあらゆる所望する他の場所へ公道によってその場所に赴く可能性を全ての者に保障している」し、基本法二条二項二文（Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG）にいう人身の自由（Freiheit der Person）の保障も又、市民に道路使用のあらゆる権利を賦与するものである<sup>(33)</sup>とし、この自由は身体の移動の自由（körperliche Fortbewegungsfreiheit）を意味する、とザルツヴェーデルは説示する（S. 246.）。

従って、公用開始されている全ての道路について、個人の一般使用権は憲法上保護され、公道のみがその対象となり、公水は保護の域外である旨彼は述べるが、その理由として、水利上の水使用への賦与された個人の一般使用を立法者が制限できることから、基本法二条一項、同条二項二文の各自由が公水の使用に従属しない点を挙げる（Salzwedel, DöV 1963, S. 247.）。

最後に、連邦と州の道路の一般使用に関して、基本法七四条

(競合立法 [konkurrierende Gesetzgebungständigkeit] 条項)

が問題となるが、とりわけ、道交法 (StVG)・道交令 (StVO) 各と州の道路法につき問題が顕在化する。これにつき、ザルツヴェーデルは、「道路法は連邦を連邦長距離道路に<sup>(35)</sup>ついてのみ規定することができ、他の道路については規律できなかった」ことより、憲法は公物法と交通法との間の厳密な実体法上の境界設定を前提としている」と解説する (DöV 1963, S. 250.)。このことから、プロイセン一般ラント法二五条二項一五号 (§ 25 II 15 Pr. ALR) の継続規定の道交令 (StVO) 一条と州道路法上の一般使用の問題は、一般的(性)の調和の原理の問題であり、大型車両の交通、路線バスの停車、継続駐車 (Dauerparken) 等が一般使用のカテゴリーに入るか否か、道交令一条より争点となる旨、彼は説示し、継続駐車が同令一条違反であると判断する (S. 251.)。この問題は、交通を静的・動的に区分し、静的(止った)交通が一般性の原理に反することより、道交令一条違反と捉える手法に起因している (S. 251.)<sup>(34)</sup>。

以上をもって、ザルツヴェーデルの所説の紹介を終える。

さて、戦後ドイツの公物法理論につき、主たる所説の中から窺知できた点は、O・マイヤー流の公所有権説を支持する者は他の所説においても少数であるが、私所有権を採る論者の中においてもハーディングアウスのように、公用開始目的への固執にこだわる限定的公物理論をクリアーするその一つの道具概念として、公所有権説に目を向ける手法があった。この手法により

一般使用に拡がり生成されると見る訳である。

他方、公物の一般使用を単なる反射的利益でなく、権利と見做してゆく二つの流れがあった。一つの流れが配分的参加 (Teilhabe) によるもので、もう一つの流れは基本法の自由権に根拠を求めるものであった。但し、後者の考えは、道路法のみ<sup>(36)</sup>に妥当し、それも制度的保障としてのみ機能しようという限界を有していた。このことより、一般使用を権利乃至訴訟上追行しうるものに理論構成してゆくには、道路以外の公物使用を勘案した場合、後者にはなお若干検討を必要としなければならない。又、配分的参加についても、日本との比較で法制度上、どのように位置付けるか等、考慮を要するだろうが、いずれにしても、一般使用の権利性につき参考となる議論であることは確かである。

### (3) 道路使用 (一般使用) の判例

ここではドイツの道路法上の一般使用に関する裁判例を分類・整理する。

その前提として、ドイツの主たる公物管理法の紹介を連邦、州に分けて簡単に行っておく。

〈道路法制〉 道路法上、連邦法としては連邦長距離道路法 (FStrG) があり、同法一条二項においてアウトバーン (一文) と連邦道路 (二文) に道路を区分している。そして同法七条において一般使用条項を設けている。FStrG が裁判においてよく問題となるケースは計画策定 (一七条) (Planfeststellung) に

についてであり、建築詳細計画 (Bebauungsplan) やその手続等が争点となっている（一七条、一九条二項、三項など）。又、連邦法上、継続駐車 (Dauerparkens) などの、いわゆる静的交通 (ruhenden Verkehr) が一般使用のカテゴリーにはいるのか否か問題となるが、これについては道路法が問題となるのではなく、道路交通法が関係する。これについては、道交法 (Straßenverkehrsgesetz StVG) と道交令 (Straßenverkehrsordnung StVO) がそれぞれ整備されている。

これに対し、州の道路法（八つの州と三つの都市州の合計一州）は、連邦と州の競合的立法 (konkurrierende Gesetzgebung) についての権限分配 (Kompetenzverteilung) 条項 (基本法七二条一項、七四条二二号) より、各州毎に道路法が制定されている。従って、後で紹介する判例も、道路の一般使用を当該州道路法と道交法令 (StVG-StVO) 上、どのように解釈するか一つの争点になっている。因に、他の争点は一般使用を基本法のどの基本権に基づいて権利化するかである。

〈水法〉 日本という河川法に該当するのは水利規制法 (Wasserhaushaltsgesetz WHG=水管理法とも呼ぶ) があるが、ドイツではその他に河川交通の根拠法として連邦水路法 (Bundeswasserstraßengesetz WStG) がある。又、州レベルにおいては各州の水法が制定されている。

他の公物法については割愛するが、港湾法 (Hafengesetz) について一言付け加えておく。ドイツにおいて連邦レベルの港湾

法はない。従って、ハンブルクやブレーメンなどの港湾法などがそれに代わる法律として存在するが、連邦水路法上の河川港 (Binnenhafen) などの例の如く。連邦水路法によってもこの点はカバーされている<sup>(37)</sup>。

尚、ドイツの主要な公物法制を以下、図にまとめておく。

#### 【判例】

ドイツにおける道路の一般使用に関する判例の分類・整理を行う。ここで扱う一二の判例は、A 駐車及び駐車場、B その他の一般使用、C 廃道処分<sup>(38)</sup>に分類して紹介する。又、最後の判例は道路の事例ではないが、水法上の特別使用の判例として示唆的なので紹介する。

#### (A・駐車及び駐車場)

①(バス) 一九七〇年三月三十一日のリュンネブルク高等行政

裁判所 (OVG) 判決—Schl. H

②(トラック) 一九六九年十二月一二日の連邦行政裁判所

(BVerWG) 判決—Bay

③(駐車場) 一九六九年十一月二八日の連邦行政裁判所

(BVerWG) 判決—NW

④(駐車場) 一九五四年九月二四日のハンブルク高等裁判所

(OLG) 判決

⑤(同) 一九五四年十一月一九のハンブルク高等行政裁判所

(OVG) 判決

⑥(歩行者地帯) 一九八五年一〇月九日のバイエルン高等裁

ドイツ主要公物管理法一覧

作成・工居

A (連邦法制)

※改正については、一部のみ記す。Verordnung・Ordnung は施行令又は令と訳しておく。

道 路 法	水 法	そ の 他
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 連邦長距離道路法 Bundesfernstraßengesetz (FStrG) 1961. 8. 6 (BGBl. IS. 1742), 1974. 10. 1 (BGBl. IS. 2413)</li> <li>2. 道路交通法 Straßenverkehrsgesetz (StVG) 1952. 12. 19 (BGBl. IS. 837)</li> <li>3. 道路交通令 Straßenverkehrsordnung (StVO) 1970. 11. 16 (BGBl. IS. 1565)</li> <li>4. アウトバーン等財産関連法 Gesetz über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs. 1951. 3. 2 (BGBl. IS. 157)</li> <li>5. 鉄道交錯法 Gesetz über Kreuzungen von Eisenbahnen und Straßen (Eisenbahnkreuzungsgesetz) 1971. 3. 21 (BGBl. IS. 337)</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 水利規制法 Wasserhaushaltsgesetz (WHG) 1957. 7. 27 (BGBl. IS. 1110), 1976. 10. 16 (BGBl. IS. 3017)</li> <li>2. 連邦水路法 Bundeswasserstraßengesetz (WaStrG) 1968. 4. 2 (BGBl. II S. 173)</li> </ol>	<p>&lt;空法 Luftrecht&gt;</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 航空法 Luftverkehrsgesetz (LuftVG) 1968. 11. 4 (BGBl. IS. 1113)</li> <li>2. 航空令 Luftverkehrsordnung (LuftVO) 1969. 12. 14 (BGBl. IS. 2118)</li> </ol> <p>&lt;港湾 Hafen&gt;</p> <p>なし</p>

B (各州法)―1

道路法 (Straßen—und Wegerecht)	水法 (Wasserrecht)	そ の 他
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. バーデン・ヴュルテンベルク道路法 Straßengesetz für Baden-Württemberg (Bad Wttbg StrG) 1964. 3. 20 (GBl. 1964, S. 127)</li> <li>2. バイエルン道路法 Bayerisches Straßen—und Wegegesetz (Bay StrWG) 1974. 7. 2 (GVBl. 1974, S. 610)</li> <li>3. ベルリン道路法 Berliner Straßengesetz (Bln StrG) 1964. 6. 9 (GVBl. 1964, S. 693)</li> <li>4. ブレーメン道路法 Bremisches Landesstraßengesetz (Brem L StrG) 1976. 12. 20 (GBl. 1976,</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. バーデン・ヴュルテンベルク水法 Wassergesetz für Baden-Württemberg (Bad Wttbg WG) 1960. 2. 25 (GBl. 1960, S. 17)</li> <li>2. バイエルン水法 Bayerisches Wassergesetz (Bay WG) 1975. 3. 7 (GVBl. 1975, S. 39)</li> <li>3. ベルリン水法 Berliner Wassergesetz (Bln WG) 1960. 2. 23 (GVBl. 1960, S. 133)</li> <li>4. ブレーメン水法 Bremisches Wassergesetz (Brem WG) 1962. 3. 13 (GBl. 1962, S. 59)</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. ハンブルク港湾法 Hamburgisches Hafengesetz (Hamb HG) 1954. 12. 21 (GVBl. 1954, S. 169)</li> <li>2. ハンブルク港湾法施行令 Verordnung zur Durchführung des Hafengesetzes 1955. 1. 7 (Hbg GVBl. III 9501-d-1 S. 1)</li> <li>3. ハンブルク堤防法 Gesetz zur Ordnung deichrechtlicher Ver-</li> </ol>

B（各州法—2）

道路法（Straßen—und Wegerecht）	水法（Wasserrecht）	そ の 他
<p>S. 34)</p> <p>5. ヘッセン道路法 Hessisches Straßengesetz (Hess StrG) 1962. 10. 9 (GVBl. 1962, S. 437)</p> <p>6. ニーダーザクセン道路法 Niedersächsisches Straßengesetz (Nds StrG) 1962. 12. 14 (GVBl. 1962, S. 251)</p> <p>7. ノルトライン, ヴェストファレン道路法 Straßengesetz des Landes Nordrhein Westfalen (Nordrh West LStrG) 1961. 11. 28 (GVBl. 1961, S. 305)</p> <p>8. ザールラント道路法 Saarländisches Straßengesetz (Saarl StrG) 1977. 10. 15 (ABl. 1977, S. 969)</p> <p>9. シュレスヴィヒ・ホルシュタイン道路法 Straßen—und Wegegesetz des Landes Schleswig-Holstein (Schl H StrWG) 1962. 6. 22 (GVBl. 1962, S. 237)</p> <p>10. ハンブルク道路法 Hamburgisches Wegegesetz (Hbg WG) 1974. 1. 22 (GVBl. 1974, S. 41) = {1961. 4. 4 (GVBl. 1961, S. 117)}*</p> <p>11. ラインラント・プファルツ道路 Landesstraßengesetz für Rheinland-Pfalz (RhPf L StrG) 1977. 8. 1 (GVBl. 1977, S. 274) = {1963. 2. 15 (GVBl. 1963, S. 57)}*</p>	<p>5. ヘッセン水法 Hessisches Wassergesetz (Hess WG) 1960. 7. 6 (GVBl. 1960, S. 69)</p> <p>6. ニーダーザクセン水法 Niedersächsisches Wassergesetz (Nds WG) 1970. 2. 1 (GVBl. 1970, S. 457)</p> <p>7. ノルトライン, ヴェストファレン水法 Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Nordrh West WG) 1962. 5. 22 (GV. NW, S. 235)</p> <p>8. ザールラント水法 Saarländisches Wassergesetz (Saarl WG) 1960. 6. 28 (ABl. 1960, S. 511)</p> <p>9. シュレスヴィヒ・ホルシュタイン水法 Wassergesetz des Landes Schleswig-Holstein (Schl H WG) 1960. 2. 25 (GVBl. 1960, S. 39)</p> <p>10. ハンブルク水法 Hamburgisches Wassergesetz (Hbg WG) 1960. 6. 20 (GVBl. 1960, S. 335)</p> <p>11. ラインラント・プファルツ水法 Landeswassergesetz (LWG) für Rheinland-Pfalz (RhPfWG) 1960. 8. 1 (GVBl. 1960, S. 153)</p>	<p>hältnisse</p> <p>(Hamb DOG) 1964. 4. 29 (GVBl. 1964, S. 79) = {Hbg GVBl. II 232-e S. 1}</p> <p>4. ブレーマーハーフェン港湾法 Hafengesetz für Bremerhaven 1884. 3. 30 (Brem. GBl. S. 23) = {Sammlung des bremischen Rechts 9511-a-1 S. 1}</p> <p>5. ブレーメン港湾法 Bremisches Hafengesetz 1966. 9. 27</p> <p>6. ブレーメン港湾規則 (令) Bremische Hafenordnung 1966. 11. 18</p> <p>7. ノルトライン・ヴェストファレン一般港湾令 Allgem. Hafen VO NW 1973. 10. 31 (GVBl. NW. 1973, S. 516)</p> <p>(USW)</p>

※GVBl.=Gesetz—und Verordnungsblatt（法令集）；GBl.=Gesetzblatt（法律集）

ABl.=Amtsblatt（官報）；GV.=法令 尚，Ordnung=規則と訳す場合もある

\* 筆者のコピー法令と異なる期日を記載した州法について，併記した。参照 E. Forsthoff, Lehrbuch, 10. Aufl., 1973 S. 375ff.



判所 (OLG) 決定

⑦(トレラー) 一九八五年九月五日の連邦行政裁判所

(BVerwG) 判決—Bad Wtbg

(B・その他の一般使用)

⑧(歩行者地帯) 一九八一年六月二六日の連邦行政裁判所

(BVerwG) 判決—Schl. H

⑨(タバコ自動販売機) 一九六八年九月二五日の連邦行政裁

判所 (BVerwG) 判決—Rh Pf

(C・廃道処分)

⑩一九六九年六月二五日の連邦行政裁判所 (BVerwG) 判決

—Nordrh West (NW)

⑪一九五六年五月一日のブレーメン行政裁判所 (VGH) 決

定

(道路以外の事例)

⑫(温水の取水) 一九七二年一〇月二〇の連邦行政裁判所

(BVerwG) 判決—Bay

さて、以上の一二の判例を簡単に紹介してゆくが、紹介に際しては次の視点から整理してゆく<sup>(38)</sup>。

つまり、道路の一般使用についての考えは二つの流れがある。一方の流れは、交通には二つの区分があり、それは動的交通 (fließenden Verkehr) と静的交通 (ruhenden Verkehr) である、という考えである。他方の流れは、一般使用というものは単なる一般使用 (schlichten Gemeindegebrauch) もあれば、

高められた一般使用 (gesteigerte Gemeindegebrauch) もあるという捉え方である。この二つの流れがそのまま判例にも投影されてくるのであるが、更にこの点を敷衍すればこう説明がつく。

即ち、前者の問題は日本でいうところの公物管理権と公物警察権の交錯問題に近似しているが、ドイツ法では州の道路法と連邦の道交法令 (StVG-StVO) の交錯問題である。換言すれば、静的交通たる継続駐車 (Dauerparkens) は道路法ではなく、道交法上の問題であるという点に集約される。他方、後者の問題は、基本法 (GG) 上、基本権 (GR) の根拠規定により単なる一般使用と高められた一般使用に区分され、基本法二条一項、三条一項が単なる一般使用の問題で、基本法一四条一項が沿道住民の高められた一般使用であるという解釈に起因している。更に、一般使用に関する争点はかかる二つの流れの中でその調整原理たる一般的調和性 (Gemeinverträglichkeit) により交通整理がなされ、かつ一般使用の無償性もこのようなプロセスの中で判断される<sup>(39)</sup>。以上の点に留意しながら、判例を整理してゆく。

(A・駐車及び駐車場) ①と⑦(七ケース)

Aグループの七つの判例は大別して、三つに分けられる。すなわち、(i)一般使用の無償性に関する事例(①、③)、(ii)駐車場使用料の徴収と財政調整法一三条の抵触関係に関する事例(④、⑤)、(iii)道交法違反事例(②、⑥そして⑦)の三つに分けられ

る。そのうち、主たる部分のみ判旨を引用する。

(i) ①は従来、広場として公に供されていた場所に路線バスのバス発着駅 (Omnibushof) を被告 (Bekl.) の市長が設置し、その利用者に対して使用料を徴収することが一般使用の無償性に反するか否かが争われた事例である。判旨は、本件バス駅の設置により原告 (Ki.) の一般使用が侵害されていないとして結局、バス駅使用料の徴収を正当と見做している。

これと反対に、③は監視付駐車場施設の設置を道交法令（特に、StVO）よりアプローチし、次のような結論に達している。

即ち、「道交令 StVO 一六条は駐車を StVO 一五条所定の停車に限定し、一定の時間的継続をこえる駐車が許されるか否かについて何ら規定していない」と捉え、この点から道交法上監視付駐車場による有料化は承認しえないし、StVO 四条一項所定の交通の安全性と容易性からも本件設置は齟齬をきたしているから、その設置は許されないと。

(ii) ④と⑤は同じ事件であるが、本件は、ハンブルク市が従来広場であった敷地に、増加する自動車の駐車スペースを確保する手段として、同敷地での日中の駐車場の監視営業を民間の駐車場協会に占有許可したことにつき、道路使用税 (Wegegeld) の徴収を禁止した財政調整法 (Finanzausgleichsgesetzes) 一三条上、駐車料金 (Parkgeld) を徴収することが許容されるか否かが争点である。ハンブルク OLG の判決④は、協会は財政調整法一三条により駐車料を請求できない旨判示し、ハンブルク OVG の判決⑥は駐車料の徴収を道路利用者の受忍限度内の

制限と捉え、同料金を協会は請求できると判示している。⑤の判決 (OVG) をさらに詳しくみてゆくと、次のような理由から駐車場の有償性を認めている。即ち、一般使用は公権の反射 (ein Reflex des objektiven Rechtes) である——Teilhabe の生じる場合もある旨は説示している——、継続的駐車は交通妨害となり、一般使用の範囲内ではない——道交法上ハンブルク市内においては三〇分より短い時間のみが違反とならないと——、という判旨からそれが窺える。

(iii) ②の自宅前での夜間、日曜日やに休日についてのトラックの継続駐車、歩行者地帯 (Fußgängerzonen) での自動車の駐車に関する⑥、そしてトレーラー (Kraftfahrzeuganhängern) の継続駐車 (Dauerparkens) に関する⑦は共に StVO 違反である旨判示された事例である。これらの事例は、一般的調和性に欠ける継続駐車が道交令の各規定 (②道交令一条、一六条違反、⑥道交令一二条一項六号 b に違反し、⑦道交令一二条三項 a 違反) に違反する静的交通である点に共通性を有する。

(B・その他の一般使用) ⑧、⑨の二ケース

⑧のケースは写真屋である Ki. が顧客の車の出入りのため、歩行者地帯となっている部分の時間に無制限に車で出入りできる措置をラント道路交通庁に義務付ける請求、いわゆる義務付け訴訟 (Verpflichtungsklage) を提起した事例である。かかる交通規制的措施 (verkehrsregelenden Maßnahmen) が道交令

及びシュレスヴィツヒ・ホルシュタイン道路法上許容されうるのか、そしてそれは一般使用のカテゴリーにはいるのか否かが本件の争点である。

これにつき、判旨は、「道交法は道路法上の道路の公用開始の範囲を超えて他の利用の種類を許容する交通規制的措施権限を与えられていない」と判示し、KI. 主張のこの問題は道交令四五条（交通標識と交通施設条項）、四六条（例外的認可と許可条項）に関する問題ではなく、同州の道路法二一条六項（特別使用の許可条項）についての問題である旨述べている。又、道交令二九条（過度の利用）と同州道路法二一条六項の授權関係については、「かかる授權は道交令二九条の許可という狭い範囲についてのみ同州道路法二一条六項を含む」が、原告が請求しているような道交令とは異質の特別な、或いは例外的な認可については同州道路法二一条六項を含まない」として訴えを斥けている。

次に、⑨の事例は家の正面に据えたタバコ自動販売機(Zigarettenautomaten) に対する市側の除去命令に起因した道路の一般使用の事件である。判旨は、「連邦長距離道路以外の道路の一般使用 (§ 7 Abs. 1 FStrG) は、連邦法上、一般使用が基本法二条一項、三条一項、そして一四条一項の基本権保障の本質において理解されるその点においてのみ規制される」として、原告の取消請求 (Anfechtungsklage) を認容している。結局、本件自動販売機が一般的調和性 (Gemeinverträglichkeit) に欠

けるものでないという認定が、かかる一般使用を肯定する要因である。

#### (C・廃道処分) ⑩、⑪の二つのケース

廃道処分に際しては、原告は沿道住民 (Anlieger) たる地位において、基本法一四条一項（所有権の保障）を根拠に、高められた一般使用 (gesteigerte Gemeingebrauch) の侵害を争うわけで、⑩はそれを肯定し、⑪は否定した事例である。

まず、⑩の判旨は、「基本権 (GR) によって保障された一般使用についての参加は、それが基本法 (GG) 一四条一項に遡及される限り、道路の廃止 (die Einziehung der Straße) によって侵害される権利を含む」と判示している。判旨の論理構成は一般使用を二つに区分し、単なる一般使用 (人格の自由な発展 GG 二条、活動・移動の (人身の) 自由 GG 三条に基づく使用) と、高高められた一般使用 (GG 一四条一項の所有権の保障に基づく使用) を挙げ、後者に属する沿道住民の使用 (Anliegerbrauch) は道路の廃止に対する方向にも関係し、かかる公用廃止は基本法一四条一項違反になる、とするものである。

反対に、⑪のケースは、建築詳細計画 (Bebauungsplan) 上の、旧 A 道路敷地にあたる所に印刷・出版の建物の新 B 道路上の建築許可を、A 道路の沿道住民がその建築許可及び A 道路の公用廃止 (Entwidmung) の取消を求めたもので、原告の請求が反けられた事例である。判旨は道路管理 (Straßenführung) たる公用廃止処分を沿道住民が争えない旨述べている。この判

旨の意味するところは、沿道住民の権利は日本でいう囲繞地通行権（民法二一〇条）で、それを超えた公用廃止処分を争える権利ではないとしたところにある。

（道路法以外の⑫の事例）——WHGの事例

⑫の争点は、温水の取水につき許可を受けている原告らが第三者である本件訴訟参加人に与えられた温水の取水のための制限的許可につき、取消請求を行いうるか否かである。

これにつき、本件判旨はまず、水利規制法（WHG）上の許可と特許の区分に関して、「水法上の許可（Erlaubnis, §7 WHG）と特許（Bewilligung, §8 WHG）の区別は、水利利用の対象や範囲によるのではなく、それらによって保護される法的地位の種類による」と判示している。

次に、原告ら主張の「特許手続（Bewilligungsverfahren, §9 WHG）にのっとる WHG の規定が第三者である原告らの手続的参加（Verfahrensbeteiligung）の保障により、直接的な公法上の近隣保護（Nachbarschutz）を認めている」については次の如く判断している。

即ち、「公法上の隣人保護は許可によって許容された水利に対して直ちに起こるものではない」という控訴審（ミュンヘンVGH）の見解を是認している。

最後に、判旨は「近隣の受忍義務のもつとも外的な限界は許可や特許に対し、等しく基本法一四条一項の『所有権の保障』によって形成される」とし、それは、「もし許可或いは特許に

よって、又はそれによる過度の利用によって既存の許認可所有者の水利上の状況が永続的に変容させられ、そして隣人がそれによりひどく耐えがたい状況においやられた時、公法上の隣人保護は、恐らく基本法一四条一項によって惹起されてくる」とし、本件はそのような法的地位にある者の請求ではないとして訴えを斥けている。

（1）ドイツ公物法理論史において、その萌芽期と見做しうるのは、O・マイヤーの登場前であり、近代法が形成され、公物法としてドイツ法の中で位置付けられるのは、一九世紀初めから一八五〇年代頃のパンデクテン法学者の所説に代表される公物法理論であろう。とりわけ、バーゼル城壁問題を契機としてドイツ公物法理論の萌芽期が形成されたと本稿では認識している。勿論、一九世紀以前においても、一七九四年のプロイセン一般ラント法（ALR）が存在し、これを萌芽と考える見解もあるであろうが、単に法律の存在だけでなく、学説の形成発展の Ansatz として、やはり、前述の時期を本稿では萌芽期とする。

又、ドイツ、日本での一九世紀後半期の文献をみるかぎり、公物法理論の発生史をこの時期に求めている著述を多く窺知し得ることも、その根拠となる。フランスの公産論については、ここでは度外視する。

バーゼル城壁問題について詳しく述べている文献としては次のものが挙げられる。

Vgl. Heinrich Wappäus, Zur Lehre von den Rechtsverkehlentzogen Sachen, 1867, S. 86 ff.; Max Layer, Principien des Enteignungsrechtes, 1902, S. 616 ff.; Bernhard Windscheid, Pandekten, I, 1963 S. 726 Anm. 17.; Ferdinand Regelsberger, Pandekten, Bd. I, 1893, S. 423 f. und Anm. 17.; Otto Mayer,

Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, 1. Aufl., 1896, S. 64 ff. und Anm. 8; Heinrich Dernburg, Pandekten I, 1884, S. 161 Anm. 1, 5; Eduard His, Eine historische Staatsteilung, in Festgabe für F. Fleiner, 1927, S. 75 ff. 尚「日本といふことについて参考となる主な文献としては、柳瀬良幹「公物の所有権」(同・行政法の基礎理論「清水弘文堂昭和八年」所収)二八七頁以下、美濃部達吉「公有物ノ性質ニ関スル学説」国家二巻七号八七三頁以下(明治四〇年)、佐々木惣一「公物ヲ論ズ」国家二三巻九号一二六七頁以下(明治四二年)などがある。

最近のものとしては、磯村篤範「ドイツにおける公物法理論の形成」(完)法学論叢二二巻五号五六頁以下(一九八六年)、一二二巻三号七八頁以下(一九八七年)、又、未公開のものとして、拙稿「公物法理論成立史—ドイツにおける成立と日本行政法学への影響」が挙げられる。

(1-A) バーゼル城壁問題の経緯については、まず、一八三三年八月二六日のスイス連邦議会(eidgenössischen Tagsatzung)の分割決定(Trennungsschluss)により政治的決着が計られ、それと前後して、チューリヒの上級裁判所長官ケラー(F.L. Keller)の仲裁人(Obmann)による決定投票により、一票差で確定した一八三二年三月一五日付、バーゼル(Basel)州とバーゼルの財産の分け前(Vermögensquote)に関する分割標準「バーゼル市三六%、バーゼル州六四%、人口数の割合による」が両者間の合意事項であった。ところが、一八三三年二月一九日の仲裁裁定後の一八五九年にバーゼル市が新たににより良い住居周辺の環境整備のための、同年六月二七日の都市拡張法(Stadterweiterungsgesetz)により、交通の妨げとなる城壁の取壊しを行ったことで、再度、バーゼル州側と紛争状態になった。その後の和解交渉も整わず、結局、州側の一八六一年七月三十一日のスイス連邦裁判所への城壁の具体的な分割請求等を行うことになったのが本件請求である。vgl. E. His, a.a.O., S.

75 ff.

(2) Dazu vgl. His, a.a.O., S. 92 ff.; Wappäus, a.a.O., S. 87 ff. USW. 柳瀬・前掲論文二九二頁以下、磯村・前掲論文一五八—一六頁参照。

(3) Hisはバーゼル城壁問題につき、「バーゼル国家分割と城壁破壊過程の僅に喜しい結果は、法学を、特に公物理論を豊かなものにしたこと、そして興味深い詳細や実際の適用に際して、ここでそれに固執することは我々に法律的な、そして法学的な欲求を満足してくれるように思われる」という感想を述べている(一〇〇頁)。(4) Hisは本件判決は(法律)鑑定書で言及されていた理論上の、そしてローマ法学上の論争問題と係り合うことを避けた旨評している(九八—九九)。

(5) Vgl. dazu His, a.a.O., S. 94 ff.; Wappäus, a.a.O., S. 87 ff.; Layer, a.a.O., S. 617-620.; Windscheid, a.a.O., S. 726 Anm. 17.

(6) Vgl. oben Anm. 5.

(7) ヴーゲルについては笹倉秀夫・近代ドイツの国家と法学(東京大学出版会一九七九年)一九九頁以下、碧海純一/伊藤正己/村上淳一編・法学史(東京大学出版会一九七六年)一三七頁以下、ギールケについては、村上淳一・ゲルマン法史における自由と誠実(東京大学出版会一九八〇年)一三三頁以下、上山安敏・憲法社会史(日本評論社一九七七年)一四四以下、ゲルバーについては笹倉・前掲書一二八頁以下、上山・前掲書一二七頁などが参考となる。又、O・マイヤーの行政法学の国家観の分析に際して、アンシュタルト的国家観よりこれに言及している示唆的文献として塩野宏・オートー・マイヤー行政法学の構造(有斐閣昭和三七七)八三頁以下が挙げられる。

(8) Z.B. Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., 1905, S. 382 ff. 又「この時期の国家法人説については」上山・前掲書一

一九頁以下、一四四頁以下、特に、一二七頁（国家観）、碧海／伊藤／村上・前掲書一五八頁以下、R・H・マイニア著／佐藤幸治／長尾龍一／田中成明訳・西洋法思想の継受―穂積八束の思想的考察（東京大学出版会一九七一年）四三頁以下（ラーバントの理論―国家法人説）、塩野・前掲書八三頁以下を見よ。

(9) この点についての詳しい分析は、塩野宏・前掲書五三頁以下、鈴木義男「行政法学方法論の変遷」〔美濃部教授還暦記念・公法学の諸問題第二巻「昭和九年」所収〕一四―一六頁、二四頁―二六頁、碧海他・前掲書一五八―一六一頁が参考となる。又、ドイツにおいて、この点を言及し、参考になる次の文献が挙げられる。vgl. Alfons Hueber, Otto Mayer Die „Juristische Methode“ im Verwaltungsrecht, 1982, S. 18 ff.; Rehm, Besprechung, AöR 12 (1897), S. 590.; Wittmayer, Besprechung, AöR 37 (1917), S. 473.

(10) Dazu Otto Mayer, Theorie des Französischen Verwaltungsrechts, 1886; derselbe, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, 1. Aufl., 1896. 尚、この時期について、塩野・前掲書九頁以下参照。

(11) マイヤーの公所有権説がドイツにおいて受け入れられない第一の理由は、正にマイヤーがフランス公産論の影響を受けている点に集中している。例えば、P・ラーバントは「フランス行政法理論」の書評で次のように評している。約言すれば、マイヤーが公營造物法（ここでは公物法と読み換えてもよい）を国家の権力表示関係の中で構成したことは誤りである旨ラーバントは述べている（vgl. P. Laband, Besprechung, AöR 2 (1887), S. 155）。又、A・カウフマンやジーアマンがドイツ法に適合しないフランス法的考えであると評している。vgl. E. Kaufmann Art. „Verwaltungsrecht“, im WBSStVR III, 1914, S. 703 ff., 707 f.; C. Behr, Besprechungen (J. Biemann, Die öffentlichen

Sachen, 1905), AöR 21 (1906), S. 349. マイヤーのフランス行政法からの影響については、兼子仁・行政行為の公定力の理論〔第二版〕（東京大学出版会一九七五年）一九五頁及び注④、塩野・前掲書六九頁以下に詳しい言及がある。この点について兼子は、行政権の外延を決するにバトビイ、オーコックらの社会的行政観を、行政権の内包についてはデュクロックらの公権力的行政観をマイヤーが採用した旨分析する（一九五頁）。塩野も同趣旨である。

(12) マイヤーとフランス行政法との訣別は、「ドイツ行政法」初版の時に生じていると思う。即ち、公所有権説を構成してゆく一八八六年の時は、フランスの公権力的行政観がなかなか斟酌されたとされるが、マイヤー流に公法的衣の中に公物法を包摂した後は、もはやフランス行政法より吸収する所以は消滅したと思うし、マイヤーが最も精力を傾けたのは、ドイツ行政法学説内での自己の学説を流布せしめることである。この点を証明する論拠として、マイヤーの教科書からフランス行政法への言及ないし引用がほとんど姿を消したこと、そして、一九〇五年には自己の「ドイツ行政法」初版の公物法部分をフランス語版で公開している点（四分冊本中、第三巻）などが挙げられる。V. O. Mayer, Le droit administrative allemand, Tome 3, 1905, pp. 87 et S.

(12-A) アイゼレは公物の法律関係を公法（*jus publicum*）とし、公所有権の理念を実定的に捉える。とりわけ、アイゼレは目的要因（Zweckmoment）をシエーマに、公共用物（*res publicae in publico*）の法律関係を説明し、公物に対する国家の権利を公法上の所有権と呼ぶ。但し、マイヤーとアイゼレの決定的な違いは、アイゼレが一般使用をその法律上の性質より、権利と見做す点である。尚、アイゼレの文献（F. Eisele, Über das Rechtsverhältnis der *res publicae*, 1873, S. 21 ff.）は直接見るに及ばなかった。従って、アイゼレの考えはT・マウンツ、ライヤー等の引用箇所より間接的にのみ窺知した。vgl. Theodor Maunz, Hauptprobleme

des öffentlichen Sachenrechts, 1933, S. 101-105; Layer, a.a.O., S. 623 und Anm. 1.

又、マイヤーの所説については、磯村前掲論文(六三頁以下)で詳しく述べられている。

- (13) マイヤーの反国庫論については次のマイヤーの文献が参考となる。 dazu vgl. O. Mayer, Theorie, S. 224 f.; derselbe, Verw.-R<sup>1</sup>, 1896, S. 65 ff.; derselbe, Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums, AöR 21 (1907), S. 510 ff., 522; derselbe, Neues vom öffentlichen Eigentum, AöR 39 (1920), S. 77 ff., 90. かかるマイヤーの公権性イデオの強調がラーバント、カウフマンからも、又、マイヤー・シュレーのF・フライナー、J・ハッチェック、W・イエリネックからも公所有権説を拒絶する原因となっている。

- (14) Vgl. Karl F. Stengel, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1886, S. 49 ff.

- (15) マイヤーは一八八六年の「フランス行政法理論」においては公營造物法として公物法を扱っているが、そこで公營造物につき次のように説明している。即ち、公營造物の定義については、一定の公目的の遂行について規定し、そしてそれと結合している物的並びに人的な国家手段は、公營造物 (service public = 公役務) を形成する (二二五頁)。次に、公所有権の点については、国家の所有権には二種あり、それは私所有権 (domaine privé de l'Etat 私産) と公所有権 (domaine public 公産) である (二二七頁)。公産はそれ故に、公法に支配されている国家の所有権であり (二二九頁)、所有権と高権的なものの結合したものを公所有権という (二三〇頁)。(15-A) G・イエリネックのいわゆる「公権論」中、公物營造物の使用につき、彼は反射効にすぎない旨述べている。 vgl. „blosse Reflexwirkungen sind ferner in der Regel die „Recht“ auf den Gebrauch öffentlicher Sachen und Anstalten“ (Georg Jellinek,

System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905 S. 74.)°

- (19) Vgl. Fritz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 2. Neudruck der 8. Aufl., 1963, S. 374.; Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1948, S. 510.; Julius Hatschek, Institutionen des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, 1919, S. 488; Georg Meyer/T. Dohow, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 4. Aufl., 1910, S. 237-251.

- (17) プロイセンの道路法について言えば、プロイセン道路法上の一般使用も単なる自由と捉えられている。尚、プロイセン道路法についての最近の文献としては、高野修「国家法秩序と私的当事者の自主秩序」(二)完——道路の建設維持及び地方自治行政に関するプロイセン上級行政裁判所の判決を素材として「自治研究五六巻九号五一頁以下、五六巻一一号一一頁以下、五六巻一二号九四頁以下(一九七二年)」、磯村篤範「一九世紀プロイセンにおける道路行政の法構造」(二)完「法学論叢一一八巻一号四三頁以下(一九八五年)」、一九巻四号五五頁以下(一九八六年)、さらに、同前掲注(1)の論文(法学論叢一二二巻三号七八頁以下(一九八七年))などが挙げられる。

- (18) 前注(18)のマイヤーの文献参照。尚、ドイツの国庫理論の紹介としては、林田和博「国庫論」法政研究九巻一号五七頁以下(昭和三年)、山内一夫「国庫説の歴史的発展」(二)「国家五五巻四号三四頁以下、五五巻五号四二頁(昭和十六年)」がある。

- (19) Dazu vgl. Fleiner, a.a.O., S. 367 ff.; W. Jellinek, a.a.O., S. 509; Hatschek, a.a.O., S. 489 ff.

- (20) ハッチェックは道路建設負担 (Wegebau last) を論じるに際して、道路の種類によつていろいろなその管理主体、道路建設義務が生じている旨述べ、次のような区分を行っている。即ち、一、国道

（Chausseen）<sup>21</sup>、ラント道、三、ゲマインデ道の三つである。このラント道について、一般ラント法（ALR）一条のⅡの一五は、「州の一方の境から他方の境、或いは一方の市から、又一方の郵便局や或いは税関から他方のそれら、或いは海や主要な水流に至る道路は、ラント道或いは軍用道路と呼ばれる」と規定している（Hatschek, a.a.O., S. 491 f.）。

（21）プロイセン水法二条一項、三条一項、四条二項、五条三項、七条、そして八条一項参照。尚、第一種は国の所有権に、第二種は沿岸住民の所有権の下にある。そして、第一種の維持義務は国、第二種は水組合になっている。又、あらゆる水流に存している私所有権は公的な目的拘束によって、一般使用との調和が図られている。vgl. Hatschek, a.a.O., S. 499; W. Jellinek, a.a.O., S. 507. 尚、プロイセン水法の紹介として、武井群嗣・比較水法論（昭和十一年）、岡田文秀・水法論（常磐書房昭和六年）などの文献が挙げられる。

（22）フライナーは増大する一般使用の例として、公道・公園の足場（Baugerüsten）、露店（Marktuden）の設置、公道の空中に突き出たショーウィンド、公水への工場の排水、そして公水からの砂利の採取などを挙げ、これらは警察許可たる日本という許可使用に該する旨述べている（三七八—三七九頁）。

（23）ハッチェックは、許可使用の例としてソーダ水屋台施設、市場の商売の施設（Marktstandes）、排水目的のための道路下水溝の利用を挙げ（四八八頁）、特許使用の例としては、軌道の敷設、ガスパ、ケーブル、そして下水施設の埋設に対する特許を挙げている（四八八頁）。

（24）Vgl. Herbert Hardinghaus, Öffentliche Sachherrschaft und öffentliche Sachwaltung, 1966, S. 107 ff., 147 ff.

（25）かかる公所有権規定への捉え方の同趣旨のものとして W・ウェーバーが、vgl. Werner Weber, Die Öffentliche Sache,

VVDStRL 21 (1964), S. 157 ff., 162 f. 又、ハーディングハウスは公物管理の考えにつき H・J・ヴォルフ（Wolf）の機関管理（Organverwaltung）の概念を引き合いに出して、公物管理を特色付けようとしている（一五三頁）。

（26）Dazu Werner Weber, Die Öffentliche Sache, VVDStRL 21 (1964), S. 145 ff.; Klaus Stern, a.a.O., VVDStRL 21 (1964), S. 183 ff.; Jürgen Salzwedel, Gedanken zur Fortentwicklung des Rechts der öffentlichen Sachen, DöV 1963, S. 241 ff.

（27）Teilhaber についての訳語上の問題がある。これについては、「参加」と「請求権」のいずれにウェイトを置くかによっても論者により様々である。戸波論文によれば、これについては配分請求権、持分権、参加権、参与権などの名称がある旨指摘なされている。参照、戸波江二「西ドイツにおける基本権解釈の新傾向」（未完）自治研究五四巻七号—一〇号中、七号八五頁注四、同。その他、村上武則「Teilhaber（配分参加）」について（杉村敏正先生還暦記念・現代行政と法の支配〔有斐閣昭和五三年〕所収）七三頁以下、塩野宏「紹介・フォルストホーフ『給付行政の法律問題』」国家七三巻一一・一二号八四頁以下、特八六頁、九四頁（嚮導概念たる配分）。因に、前掲村上論文は、前掲戸波論文（実体的参加請求権の問題）に対して、手続的参加権の問題も含めて総合的に検討した点に特色がある旨、指摘しておられる（同論文九六頁付記参照）。尚、本稿では「配分的参加」と訳しておく。

（28）シュテルンは「支配的な見解によれば、いかなる実体的な主観的公権（権利）も特別使用許可に固執するものではなく、恐らく形式は瑕疵なき裁量の決定に固執する」と述べている（二二〇頁）。

（29）Vgl. Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 10. Aufl., 1973, S. 392 ff.

（30）前注四参照。又、配分的参加についてのフォルストホーフの見解は、次の文献においても参照される。vgl. E. Forsthoff, Begriff



und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl., 1976, S. 74 f. フォルストホフは同書において次のように配分的参加を捉える。即ち、

法治国家と配分的参加についての考慮は、社会的法治国家の問題に関係があり、社会的保障 (Sozialrechtliche Gewährleistungen) はまずもって、制限にはなく、実定上の給付にかかわり、自由ではなく、配分的参加にかかわる問題である (七四—七五頁)。自由と配分的参加は今日、国家に対する個人の関係を規定する主要概念 (Kardinalbegriffe) である。権利や請求としての配分的参加は、個人にその社会的地位を委ねるのではなく、個人に保障によって扶助する給付的、分配的、配分的国家 (Teilenden Staat) であり、社会国家 (Soziale Staat) である (七五頁)。その他これにつき次のみで参照。vgl. derselbe, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, S. 41 f.

(15) Vgl. Jürgen Salzwedel, Gedanken zur Fortentwicklung des Rechts der öffentlichen Sachen, DöV 1963, S. 244 f.

(22) Salzwedel, DöV 1963, S. 246.

(23) Dazu vgl. Salzwedel in Erichsen / Martens, Allg. VerwR, 3. Aufl., 1978, S. 368 f.; deslbe in von Münch, Bes. VerwR, 5. Aufl., 1979, S. 566 f.; Hartmut Maurer, Gemeingebrauch und Anliegernutzung im Straßerecht, DöV 1975, 217 ff., 222 ff., 226 ff.

(34) 道路法の一般使用に際しては、公物管理権と公物警察権の境界問題と連邦と州の権限分配が基本法七二条一項、七四条二二号 (競合立法) により問題となる。詳細は判例・法制のところで述べる。

(35) 戦後ドイツでは、P・ヴァイツェルなどが挙げられるが、彼の見解は、「公所有権は公物の範囲を限定しうる。それは、公物がその有体性によって社会の目的に直接役立つ場合のみ許され」、「公物との関係を結ぶ個人に関して、公所有権の採用は原則として、公

なる損害を与えない」との意味するものでなく」という点に整理される。vgl. Peter Witting, Das öffentliche Eigentum, DVBl. 1969, 680 ff., 687. 自然公物などについて、限定的に公所有権説的な考えを主張する例は、日本の学説においてもある。塩野宏「自然公物の管理の課題と方向」(建設省編・国土建設の将来展望「建設省三〇周年記念、昭和五四年」所収) 一一三頁以下、特に一一三五頁以下、来生新「海管理」(雄川／塩野／園部編・現代行政法体系九巻所収) 三四七—三四八頁参照。又、公共信託理論の考えも、O・マイヤー的公所有権説に依拠しない限り、共通な部分もあるのではなからうか。

(36) ザルツヴェーデルの制度的保障説については、道路の一般使用のみにしか妥当しない点に、その理論的欠点があるものと評価しうる。この点について、原田尚彦「公物管理行為と司法審査——自然公物の利用権と環境権に関連して」(同・環境権と裁判「弘文堂昭五二年」所収) 九一頁以下、特に、一〇五頁参照。

(37) 諸外国、特にドイツの港湾については、成田頼明「西ドイツの港湾法制」(運輸経済研究センター・港湾に関する比較法制度「昭和五二年」所収) 一頁以下、日本港湾協会・米欧諸国の港湾管理とその財政 (昭和五二年) が参考となる。又、道路法制については、欧米主要国道路事情調査特別委員会報告書 (日本道路協会)・欧米主要国の道路事情に関する調査研究 (一九八〇年) などがある。

(38) ①OVG Lüneburg, Urteil vom 31. 3. 1970, DVBl. 1970, S. 588 ff.

②BVerwG, Urteil vom 12. 12. 1969, DVBl. 1970, S. 586 ff.

③BVerwG, Urteil vom 28. 11. 1969, DVBl. 1970, S. 584 ff.

④OLG Hamburg, Urteil vom 24. 9. 1954, BB 1954, S. 884 ff.

⑤OVG Hamburg, Urteil vom 19. 11. 1954, BB 1954, S. 1047 f.

⑥Bay OLG, Beschl. vom 9. 10. 1985, DöV 1986, S. 524. DVBl. 1986, S. 410 f.

- ②BVerwG, Urteil. vom 5. 9. 1985, DöV 1986, S. 523.
- ③BVerwG, Urteil. vom 26. 6. 1981, DVBl. 1982, S. 31 f.
- ④BVerwG, Urteil. vom 25. 9. 1968, DVBl. 1969, S. 308 ff.; BVerwGE 30, 235 ff.
- ⑤BVerwG, Urteil vom 25. 6. 1969, DVBl. 1969, S. 696 f.
- ⑥VGH Bremen Beschl. vom 11. 5. 1956, DöV 1956, S. 541 f.
- ⑦BVerwG, Urteil. vom 20. 10. 1972, BVerwGE 41, 58 ff.
- ⑧) Vgl. Friedrich Adolf Jahn, Gemeindegebrauch und Sonder-  
nutzung nach den neuen Straßen—und Wegegesetzen, NJW  
1961, S. 2196 f.; Maurer, a.a.O., DöV 1975, 217 ff. 222 ff., 226  
ff.