

慣行により前記国道敷上に公法上の参道使用権を取得しているものというを妨げない」(東京地判昭和三〇・九・一二下民六卷九号一九六七頁)。

(一) この点については「公共用物使用権の限界」本書二九九頁参照。

第三款 特別使用関係の内容

公共用物の使用の特許を受けた者又は慣習法によってその特別使用を認められた者は、それぞれ、その特許の内容及び特許に付された条件又は慣習にしたがい、公共用物を使用する権利(占用権)を取得するとともに、これにともなう一定の義務を負担する。

第二項 公共用物使用権

一 公共用物使用権の性質

(1) 公共用物の使用権(占用権)の性質については、異論があり、公権説、私権説及び折衷説の三種に分たれる。

(イ) 公権説は、主として公法学者の主張するところで、一般に、道路・河川の使用権のごとく、特許によって設定される公共用物の使用権は、原則として、公物管理者に対する公権の性質を有するものと解するのが普通である。^(一)美濃部博士によると、公物使用権は、一般に公権の性質を有するもので、河川法が河川の流水は、私権の目的となりえないとする趣旨からみて、河川水利権は、公権としてのみ存立しうべきことを明示しているものであり、また、漁業権は、公有水面の上に設定せられる一種の公物使用権と見るべきものであるが、ただ、漁業法がとくに物権としての効力を認めているために、物権に関する民法の規定がこれに適用せられ、その点において私権たる性質を併せ有するものとされる。^(二)また、田

中博士は、公物使用権は公物管理者に対する公法上の権利の性質をもつものであり、たとえば、道路については、原則として私権の行使を認めない道路法の趣旨^(四七条)からいって、道路の占用権は一種の公権とみるべきで、私権のように絶対的排他的なものではなく、当然に、他の公益のためにするある程度の制約を受けるを免れないとされる。^(三)また、公水利用権につき、これを純粹の私権であり、しかも絶対権であって、あくまでこれを保護しなければならぬと主張する考え方に對し、公水利用権のごときも一種の公権の性質をもつものであり、公権は、本来、公共的な見地からの制約を内包したものと理解し、これを絶対権として主張するわけにはいかないとされる。^(四)私も、かつて、旧著において公権説をとったことがある。^(五)もっとも、この公権説も、後にのべるように公物使用権が財産権的性質をもつことにおいて、私権と類似の性質を有し、ある程度においてこれに私法規定の適用を認めようとするものである点において私権説と共通性を有する。

最近最高裁判所が、公水使用権の性質につき、「公水使用権は、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すぎないと解するを相当とする」と判示した例がある(最高判昭和三七・四・一〇民集一六卷四号六九九頁)。その趣旨は、必ずしも明瞭ではないが、他方、道路の一般使用の性質について、村民が他の村民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、公法関係から由来する通行の自由権を有するものと解している(最高判昭和三九・一・一六民集一八卷一号二頁)趣旨からして、一般に公共用物使用権、したがって、右の公水使用権についても、公権説をとるものではないかとおもわれる(同趣旨、長野地判昭和三二・五・二八行集八卷五号九一三頁)。

(ロ) これに対し、私法学者は、公物使用権、とくに流水使用権を私権と解するのが通説であり、^(六)旧憲法下大審院の判例は、いずれも私権説をとっている。たとえば、堤防敷地を使用しうる権利は行政処分である使用命令の趣旨に従い、その範囲内で堤防敷地を私用に供し使用しうる権利であり、公権ではなくて一種の私法上の財産権であると(大判明治三

七・二二・五民録一〇輯一五五一頁、同趣旨大正一・五・四民集一卷二三五頁)、河川の流水占用権は、一種の財産権たる私法上の権利であるとしている(大判昭和一二・六・一八新聞一四五号一六頁)。現行憲法のもとで、下級審の判決ではあるが、「公水に対する使用権が使用権者の私的な経済的利益を充たすものであるかぎり、その権利は、私権たる性質をもつ水利権である」とした例がある(東京地判昭和三六・一〇・二四下民一二巻一〇号二五一九頁)。

(ハ) 折衷説は、金沢教授の主張されるところで、「一般には、水利権の発生の地盤に即して考えるかぎり、水利権の本質を私権とみる」ことが妥当であり、「水利権が行政庁の許可によって与えられる法律制度のもとにおいても、水利権のこの本質には変りはなく、ただ、この場合は、許可庁に対しては公権としての性質をも併せ有することになる」から、結局、水利権は、公権と私権の混合的権利と解するのが適当であるとされる(七)。東京高等裁判所が、公水使用権につき、「公権説は権利の形式に着目し、私権説は権利の内容に着眼したものであって、いずれもその一面的把握であることを免れず、公水使用権の本質について私権説をとるにしても、私権たる水利権が公共的規律をも同時に受けるという公権私権の重畳性が指摘されるべきである」としている(東京高判昭和三五・一〇・一四行集一卷二〇号二九一七頁)のも、一種の折衷説といふことができる。

(2) 次に、公共用物使用権が、債権的性質を有するか物権的性質を有するかについて意見が分かれる。

(イ) 田中博士は、公物使用権は、公物管理者に対する公法上の債権としての性質をもつものと解される(八)。たとえば、道路占用権は、道路管理者に対する債権の性質を有するものとみるべきで、占用権を理由として、道路の廃止を拒否することはできず、道路の廃止があった場合にも、自己の占用権をもって第三者に対抗することはできないと解される(九)。これに対し、私法学者は、慣行上水利権につき、これを慣習法上の物権と解してその効力を認めている(一〇)。

(ロ) この点につき、多くの判例は、慣行上の流水使用権につき、慣習上認められた「水流ヲ使用スル一種ノ権利(大

判明治三八・一〇・一民録一輯一三二六頁)であるとか、「流水ヲ共用」する特種の使用権(大判明治三三・二・二六民録六輯二巻九〇頁)であるなどといい、それが慣習法上の物権であることを明言していない。しかし、あるいは、流水使用権の侵害に対し妨害排除請求権を古くから認め(大判明治三八・一〇・一民録一輯一三二六頁、同昭和九・一〇・二三判決全集(一四)九頁)、あるいは、地役権におけると同様に流水使用権がその田地とともに移転することを認め(大判大正六・二・六新聞一二四九号三〇頁)、あるいは、流水使用権は、「他人ノ之ヲ侵スコトヲ容サザル」権利であるとする(大判明治四二・一・二二民録一五輯六頁、同昭和六・一〇・九新聞三三二九号一六頁、同昭和九・一二・一二新聞三七九〇号一二頁)などからみて、それを物権類似の権利として、物権的効力を認めているものと解される。

(3) 第三に、公物使用権の財産権性についてである。公権説は、公物使用権は、公権の性質を有するとしても、その実質は、その物を使用し、占有することを内容とする財産権的性質を有するもので、この点において私権と類似の性質を有し、私権に準じて、これを譲渡することができるのみならず、第三者がこの使用権を侵害した場合には、民事上の妨害排除ないし損害賠償の請求をすることができるものとする(一一)。これに対し、前掲の判例は、河川敷地占用権、公水占用権のごとき公物使用権をいずれも私法上の財産権であると見、それを理由としてその譲渡性を認め、また、その侵害に対しては民事上の救済を認めようとしている。

(4) 上記の公共用物占用権の性質をめぐる学説及び判例の考え方について、次に、私の考えをのべる。

(イ) 公共用物については、個々の公物法の規定により、公の目的を達成するために必要な限度で、その物の上の私権が制限又は否定され、私法規定の適用を排除する旨を定めている例が少なくないことは、さきにのべたとおりである。たとえば、道路法は、道路を構成する敷地支壁その他の物件については、原則として私権を行使することができないことを規定し(四)、また、河川法は、河川の流水は、私権の目的となることができないことを規定している(五)。また、道路又は河

著者紹介

昭和5年 京都帝国大学法学部卒業
昭和19年 大阪市立商科大学教授
昭和24年 大阪市立大学教授
昭和40年 大阪市立大学名誉教授
昭和41年 帝塚山学院大学教授
昭和50年 帝塚山学院長
昭和54年 帝塚山学院長兼同学院大学長
平成元年 大阪市立大学名誉教授、帝塚山学院名誉学長

主要著書

企業行政法概論(昭15 日本評論社)
統制と行政法の理論(昭19 有斐閣)
行政法における法治国思想の展開(昭23 有斐閣)
地方行政改革の基本問題(市大法学叢書1)(昭26 有斐閣)
地方制度改革の基本問題(昭30 評論社)
憲法概説(新版)(昭34 評論社)
行政法概説(新版)(昭38 評論社)



法律学全集 13-II

公物营造物法〔新版〕

昭和32年8月25日 初版第1刷発行
昭和49年10月30日 新版初版第1刷発行
昭和57年5月10日 新版再版第1刷発行(増補) 定価6,180円
平成6年7月30日 新版再版第7刷発行

著者 原 龍之助

[101] 東京都千代田区神田神保町2-17

発行者 江 草 忠 敬

[198] 東京都青梅市根ヶ布1-385

印刷者 山 田 隆

[101] 東京都千代田区神田神保町2-17

発行所 株式会社 有 斐 閣

電話(03)3264-1314〔編集〕

3265-6811〔営業〕

京都支店(606)左京区田中門前町44

印刷 株式会社 精 興 社

製本 和田製本工業株式会社

本文用紙 新王子製紙株式会社春日井工場

クロス ダイニツク株式会社

© 1982, 原龍之助. Printed in Japan
落丁・乱丁本はお取替えいたします。

ISBN4-641-00763-2

本書の全部または一部を無断で複写複製(コピー)することは、著作権法上での例外を除き、禁じられています。本書からの複写を希望される場合は、日本複写権センター(03-3401-2382)にご連絡ください。

事項索引

え
—の内容 45-
—の意義 369
—の性格 369-
行政財産 66, 99-
—と私権 145-
—と普通財産 63, 65
公共用物 66
—の成立 69-, 77-
—の設置 256-
—の消滅 80-
—の廃止 257-
公共用物の管理
—の意義 213-
—の委託 230-
公共用物の管理権 218-
—の委任・代行 225-
公共用物の使用 251-
—一般使用(自由使用) 253-
—許可使用 263-
—特別使用(特許使用・占用) 270-
—特別使用関係の成立 271-
公共用物の使用権 290-
—の性質 290-
—の限界 299-
公共用物の使用者の義務 305
公共用物の占用 270-
公共用物の占用関係の消滅と更新 306-
公共用物の占用許可 271-
—の承継 312-
—の取消(撤回) 309-
公所有権と私所有権説 126-
公 物 55-
—と私権 130-, 138-
—と私物 55-
—と私法の適用 135-
—と取得時効 158-
—と取用 175-
—と相隣関係 188-
—と登記 182-