

四日杉村前編評釋は民集一〇卷四
號七十四頁 私見と結論同旨

この點について判旨すべきである。

(一橋大學大學院學生)

慣習による公水使用權の性質、範圍

平井 孝

昭和三年五月二八日長野地方裁判所判決和
二七年(行)第四號行
政命令取消請求事件行政裁判例集第八卷第五號九
一一(一一二四)頁

(事實) 被告長野縣知事は、訴外昭和電工株式會社の自家發
電計畫に基く本件各河川(麻川支高瀬川支鹿島川支小冷澤次
電計畫に基く本件各河川(川瀬大才瀬及び高瀬川支鹿島川)
の使用・水の使用・工作物設置許可申請並びにその變更の許可認
可の再度の申請に對し、三次に亙り、夫々、右許可認可處分を
した(七・一〇・昭二七・四・三三、第二次、昭三〇)
(七・一〇・昭二七・四・三三、第三次、昭二九・五・二〇)。

これに對して、(一)原告等は慣習法により成立した水利權を有
する。これは河川法・その附屬法令・都道府縣知事の水利使用
許可處分によるものでなく私法上の物權的用途權である。従つ
て、右權利は本件河川全流量に及ぶものであるのに、右各行政
處分は右權利を一定數量に制限し殘餘を發電に使用することを
許可の内容としているから水利權を侵害する。併せて、(二)和解
契約に違反し、(三)飲用水混濁、(四)差別待遇をし、(五)財産權收用

の補償をせず、(六)求意見、通知、公示を缺き、(七)職權濫用の違
法があるから、本件各處分の取消を求めらる。これに對し被告は
(一)原告等の有する慣習法上の水利權は、明治二九年勅令第二三
六號河川法施行規程第十一條により、河川法又はこれに基く命
令により許可を受けたものとみなされ、従つて、國又は公共團
體と私人との間に存する權利としての公權であり、その效力は
完全排他的でなく、使用目的、公益上の必要によりある程度の
制約に服するものであるから、原告主張の權利侵害及び(二)乃至
(七)の違法はなく、右請求の棄却を求めらる。

(判旨) 棄却。一、管理者の設定行為によつて成立する公水
使用權は、管理者が行政廳としての公益判斷に基き、優越的權
力作用としてこれを設定するものである點にかんがみ、公法上
の權利と解すべく、右權利が慣習によつて成立したときも、こ
れと別異に解する理由はない。二、慣習による公水使用權は、
當該河川に河川法が準用される場合には、河川法施行規程第十
一條により、河川法またはこれに基く命令により許可を受けた
權利とみなされ、また、當該河川に縣條例が適用された場合に
は、明文はないが、條理上同じく右條理によつて許可を受けた
ものとみなされ、以後これらの法令に従つて規制されるに至る
と解せられるところ、河川法の準用または條例の適用によつて
とくにその河川に存する公水使用權の效力に消長をきたすこと
はなく、したがつてこれにより公水使用權が侵害されるものと
…することはできない。三、省略。四、公共用物は、一般公
衆の共同使用に供せられ、公共の福祉に奉仕すべき使命を有

し、特定人がこれにつき完全に排他的獨占的な使用権を有する
とすることは、公共用物としての性質に相反するから、公共用
物使用権の及ぶ範囲は、その使用目的達成のため必要な限度に
とどまるものと解すべきである。五、六、七、省略。

(評釋) 公水使用権の成立は、特許による場合と慣習法によ
る場合とにわかれる。(イ)特許による公水使用権の性質。從來、
私權説、公權説の對立がある。前者は主として判例により(大審
○(オ)八〇九號同二・五・四民二判、民集一卷三五頁(大審二(一)一五六
頁、札幌地昭九八七八四號同二(オ)二八民二判、新開四一五三號七頁、大審
二(一)一五六頁、大審昭二(オ)三〇七號同六・一八民二判、新、後者
間四一四一五號一六頁、大審二(一)一五六頁、美濃部 摘要四二六頁)、後者
は學說により(美濃部 摘要二五四頁上、原部 行政法論中四三二頁、
論二五) 夫々、主張されてきている。私權説は、その論據を、一

種、財産權性(河川占用權ハ物權ニモ債權ニモ屬セザレトモ地方行政廳ノ許可
ノ範圍内ニ於テ益ハ爲私之ヲ占用スルコトヲ得ル權利ニシテ
大審大(一)〇(オ)八〇九號判決)讓渡(移轉)性(其ノ流水ノ使用者カ有ス
ル特種ノ權利ニ外ナラサルカ故ニ其ノ土地ノ所有權カ他ニ移轉シタル場合ニハ占有
權モ亦地方行政廳ノ許可ヲ條件トシテ土地所有權ニ隨伴シテ他ニ移轉スル(前掲大
審昭二(オ)三〇七號判決)に求めている(傍點筆者、以下同じ)。これに對し
て公權説の代表的見解である美濃部博士の論據は、「國ノ公物
タル公水ハ公共ノ用ニ供セラルルコトヲ其ノ本來ノ性質ト爲
シ」「完全ナル排他的獨占的效力ヲ有スルモノタルコトヲ得ズ」
(前掲書四二七頁)「公物使用權ハ、債權的性質ノ公權ニシテ、
公物主體ノミニ對抗シ得ベク、總テノ第三者ニ對抗シ得ベキ私
權ニ非ズ」(前掲書二五四頁)「公益上ノ必要ニ因リ、公物主體ノ
一方的意思ニ依リ」「其ノ權利ノ變更、取消、條件ノ改定ヲ」

爲シ得ベキコト(同二五四頁)にある(田中、上掲書四三九頁使用
公益のためにするある程度制限ありとする。同、總論・三三六頁)。惟うに、
同頁、原、上掲書七九頁上、原論・八六頁、河川法二〇條參照)。惟うに、
私權説は、公權をもつて、一般に讓渡性を有しないとの前提に
立ち、公水使用権をしいて私權として概念構成し、その讓渡性
を認めようとする趣旨に出ているものと思われるが、公權必ず
しも移轉性なしとせず(田中、公物の法律の構造、公法と私法二六)、従っ
て、かかる考え方は正當といえないであろう(原、高田、公物の法律
關係における公法と私法、時報二九卷七號五八頁は「公物の上に私權、ともに共存
する比較的幅の廣い弾力性ある公權の觀念を認めるならば、公權説的考え方は、
公物の法理を説明するに、私權説に比して巧みであるように思える」と説かれる。
但し次の批判あり。禮屋「公權説は、權利發生の過程、ひいては許可行政廳と水利權
者との關係に私權説は、水利權の内容そのもの、すなわち利益に重點を置き、
ている」と、時報一八卷七號四九頁、電源開發に伴う水利權の檢討(論議會)。
蓋し、河川が公水として(六審明三三三・二・二六民二判、明三三(オ)九
五・九・三〇民二判、大四(オ)四六六號新聞一八〇號二六頁東整大)、その物性
上及び水利經濟上「直接に公共の福祉のために」その管理主體
による規律を受けるべきことは、まさしく、その公共用物性、
換言すれば、河川自體の性質上、當然に、現在、將來に互つて
公衆に解放されるべきことを豫想させる、自然公物としての河
川に基くが故に、かかる公共用物上に設定された使用權が公權
となることは明白である。かく解するならば、特許による公水
使用權が、美濃部博士の説かれるように、公權であることに疑
いなく、従つて、判旨第一點の結論は正當と言つてよい。併し
ながら、美濃部博士の論據は、第一に、河川の公共用物性(本
來的實質的理由)第二に、使用權の公法上の制限(派生的理由)

にあると思われるから、判旨第一點が掲げた「管理者が行政廳

としての公益判断に基き、優越的權力作用として……設定する」の論旨につき、次の疑問が生じる。第一に、「公物主體としての行政廳が、優越的權力作用として使用權を設定する」とは、既述論據の第二である派生的理由を指すものであり、公權說採用の論據としては弱いのではあるまいか。第二に、優越的權力作用により設定される權利は常に公權であるかどうか。第三に、「優越的權力作用として使用權を設定する」の何處に公權性を認め得るのか。疑問(一)は、判旨第四點において「河川は一般公衆の共同使用に供せられて公共の福祉に奉仕すべき使命を有するから、特定人がこれにつき完全に排他的獨占的な使用權を有することは公共用物としての性質に相反する」と説かれているから、これを判旨第一點と併せ考察すれば正當といつてもよいが、右第四點は、第一點と同一の判断事項に屬しないから、公權としての論據としては、やはり、不充分的感を免れないであろう。疑問(二)、優越的權力作用により公權以外の權利の設定される場合がある。例えば、發明特許、鑛業免許、漁業免許(美濃部博士は、國に對する關係では、一種の公物使用權とみるべきだが、法律がとくにこれに物權としての效力をみとめているために、第三者に對抗しうべき財産權として、私權の性質を併有す)。疑問(三)は前述によつて明らかのように、權利の設定行為そのものに權力作用を認めることなく、權利設定後において、當該權利につき、一方的な取消變更が留保されている點に公權性を見出すべきであり、では何故にかかる留保が認められるかは、結局、疑問(一)で觸れたような實質的理由によるものと解さねばならないであろう。

(四) 公水使用權は特許によるものと慣習によるものとで同一で

あるか否か。河川法施行規程十一條により許可を受けたものとみなされる慣習上の右權利は、慣習法上合理的な範圍・内容を有するものと考えられ、このことは、特許による右權利の範圍・内容と必ずしも一致することを意味しない。蓋し、慣習上の權利の内容は専ら慣習により定まる(田中、行政法(中)四二九頁、原、前條の慣行により市町村住民中、特に財産又は營造物を使用し、その權利を有する者があるときは、その舊慣による)とされるからである。従つて、或いは、これを、國家若しくは地方公共團體において、公共の利益の必要から制限すべき事態が生じえよう。即ち、この限りで、地域的公共の福祉と國家的公共の福祉の對立がある。河川法施行規程十一條にいう「みなす」の意味はかかる内容を指摘するものであろうか。とすれば、判旨第二點は「……その河川に存する公水使用權の效力に消長をきたすこととはなく」とはいえないのではないか。ただ、多くの見解は、大體、兩者を同一のものとして解しているようである(原、前掲書九二頁、國部、前掲書八七頁、美濃、前掲書四二六頁)。その論據は、被告判旨の主張のように、「使用目的達成のため必要な限度」が公共用物使用の合理的範圍に屬するもので、これを超える使用は權利の枠外であり、事實使用にすぎないとする點にある。惟うに、これは、既に(一)において述べたように、河川の實質的側面から判断すべきもので、河川法適用の有無は公共用物性の前に異なる効果を及ぼすものと解せられず、従つて、この見地からすれば、判旨正當といえよう。

(一) 橋大學大學院元學生