

自由使用の非権利性という神話

土 井 翼*

- I はじめに
- II 法的保護一般の否定
- III 公用廃止行為等からの保護の否定
- IV おわりに

I はじめに

公共用物¹⁾は公衆の利用に供された物と定義され、公衆による公共用物の原則的利用形態は自由使用（一般使用）とされる²⁾。したがって、公共用物に関する法について検討するためには自由使用の概念を精緻に彫琢しなければならない。しかし、現在の日本における自由使用の概念をめぐる議論には、その基本的部分において既に若干の混乱が存在する。具体的には、「私人は自由使用を権利としてなしうるわけではない」（自由使用の非権利性）という命題の意味が十分に明晰には把握されていない。本稿³⁾の目的は、論者が自説として援用する場合には、この命題が「私人は公共用物の廃止からの保護を求める権利をもたない」、より

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第21巻第2号2022年7月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科准教授

- 1) 本稿では自由使用の客体として公共用物を想定する。したがって、たとえば私道の通行は検討の対象としない。私道の通行に関しては、参照、牧賢二「通行の自由権について——判例を中心として」判タ48巻31号（1997年）26頁、岡本詔治『通行権裁判の現代的課題』（信山社、2010年）307-392頁。
- 2) 参照、塩野宏『行政法Ⅲ〔第5版〕』（有斐閣、2021年）394頁、425頁。
- 3) 本稿は、土井翼「名宛人なき行政行為の法的構造——行政法と物の法、序論的考察（1）」国家131巻9・10号（2018年）1頁、22頁註30を敷衍したものである。したがって、本稿の記述の一部はそこでの記述と重複する。

具体的には「私人は公共用物の公用廃止行為取消訴訟を提起したとしても原告適格を否定される」とか「私人は公用廃止行為に起因する損害の填補を行政主体に対して求めえない」とかいう意味（非権利性 α ）において理解されてきたこと、現在の学説及び裁判例が提起する論点もこの意味での非権利性に関わることの論証である。

もちろん、こうした理解はある意味では自明である。任意の行政法の教科書あるいは体系書の「自由使用」の項目を参照すれば、誰もが直ちにこうした理解をそこに見出すことができよう⁴⁾。それにもかかわらず以上のような目的を設定するのは、自由使用の非権利性がこれとは異なるより広い意味で理解され、またそうした理解が伝統的通説に帰せしめられてもきたからである。すなわち、自由使用の非権利性は、自由使用を妨害する者が存在したとしても私人は裁判所に救済を求めえないことをも含意するものとして把握されることがある（非権利性 β ）。非権利性 β は、公物管理者による公用廃止行為との関係での自由使用の法的保護を否定する非権利性 α に比して、より一般的に非権利性を語る。そして、学説は、こうした「伝統的通説」たる非権利性 β としての自由使用の非権利性を反射的利益論と同視して攻撃の対象としてきた。

この非権利性 α と非権利性 β が異なるものであることは自明であろうし、非権利性 β と異なる発想を伝統的通説が示していることも既にある学説が示唆していた⁵⁾。しかし、この示唆から四半世紀以上が経つにもかかわらず、伝統的通説に非権利性 β を帰せしめる理解は広く存在する。

そこで以下では、まず、自由使用の非権利性 β について語る学説及び裁判例を確認したうえで、非権利性 β が伝統的通説に帰せしめえないものであることを示す（Ⅱ）。そのうえで、自由使用の権利性を説く近時の学説は基本的に非権利性 α を問題としていることを確認する（Ⅲ）。

なお、以上のような問題設定の帰結として、以下の課題は本稿では扱わない。第1に、より精密な自由使用の概念の獲得それ自体は本稿では試みない。本稿は、

4) たとえば、参照、塩野・前掲註2) 427頁。

5) 参照、広岡隆「公共施設の利用関係」同『公物法の理論』（ミネルヴァ書房、1991年）116頁、119頁〔初出1990年〕。

自由使用の非権利性をめぐる議論の整理を通じて、この課題に関する今後の課題を示唆しうるとどまる。したがって、第2に、自由使用の概念が一定の嚮導的な機能を果たす論点、たとえばパブリック・フォーラム論⁶⁾の検討も本稿の対象にはできない。かくして、本稿には、こうした作業の前提を整理するための準備作業の一つにとどまるという限界が伴う。

II 法的保護一般の否定

「私人は自由使用を権利としてなしうるわけではない」という命題は、「自由使用が妨げられたとしても私人は裁判所に救済を求めえない」という意味で理解されることがある（非権利性 β ）。とりわけ、現に公共用に供されている公共用物の自由使用を妨害する者が存在するとき、当該公共用物の利用者による妨害排除請求を認めうるか否かが自由使用の非権利性の問題として論じられることがあり、実際にはこうした請求を否定するか否かが非権利性 β を採るか否かの分水嶺となる。そして、この非権利性 β は伝統的通説に帰せしめられてきた(1)。また、裁判例にも非権利性 β を示すものが古くから存在する(2)。しかし、日本の公物法の基礎を築いた美濃部達吉らの議論において既に非権利性 β は明示的に否定されていた(3)。

1 「伝統的通説」としての非権利性 β

ある村道を自由使用する者が当該村道の敷地上に納屋を建築するなどしてその通行を妨害する者を被告として提起した妨害排除請求訴訟に係る最判昭和39年1月16日民集18巻1号1頁に関する近時の評釈は、同判決「以前には、このような訴えを裁判所が認めるかについては、[……]不確定な(むしろ否定的な)面があった」とする⁷⁾。その論拠として挙げられるのが、「一般公衆が公物の自

6) パブリック・フォーラム論と自由使用概念との関係につき、参照、石川健治「文化・制度・自律——“Art pour l'art”と表現の自由」法教330号(2008年)56頁、58頁。

7) 参照、伊藤智基「道路の自由使用〔最判昭和39年1月16日判批〕」宇賀克也ほか編『行政判例百選I〔第7版〕』(有斐閣、2017年)36頁、36頁。

由使用によって享受する利益は、公物がその供用開始により一般公共の用に供された結果、その反射的利益として、これを享受するにとどまる関係であって、権利としての使用権が与えられているわけではないとされてきた」こと⁸⁾、同判決以前には「現に自由使用が認められている場合に、私人によりその自由使用が妨害されたならば、いかなる保護も与えられないかどうかについては、公物法一般理論においては、必ずしも明確に論ぜられていなかった」こと⁹⁾、当時の判例通説によれば、妨害排除請求権は「物権もしくは物権的権利ともいべき権利が対世的効力を有する債権より生ずる効力」であり、反射的利益たる自由使用の利益からは生じないと考えられていたこと¹⁰⁾などである。要するに、ここでは、①自由使用の権利性如何、すなわち自由使用の利益が権利と反射的利益のいずれであるのかという問題が非権利性 β を認めるか否かという問題と同視されたうえで、②当時の判例通説は自由使用が反射的利益であることを理由として妨害排除請求に対して否定的な態度を示していたとの理解が示されている。

自由使用の権利性に関する伝統的見解をこのように理解する立場は稀ではない¹¹⁾。たとえば、在来の公物法理論の「もっとも顕著な」問題を「もっとも肝心な公衆の公物利用についての権利性が完全に否定されてきたこと」に同定する¹²⁾論者は、戦前ドイツの通説的見解が「公共用に供用中の公物についてその自由使用の妨害がある場合には、民衆にはその不当な妨害の排除を求める権能を認めていた」ことは、「わが国の在来の判例・学説が、反射的利益の名において公物利用に関する国民の権能を一切法的に無力なものとして扱ってきたのと、まったく好対照をなす」という¹³⁾。また、公物法とりわけ水法領域に大きな足跡

8) 典拠とされるのは、原龍之助『公物营造物法〔新版〕』（有斐閣、1974年）253頁などである。

9) 典拠とされる引用部は、塩野宏『行政法Ⅲ〔第4版〕』（有斐閣、2012年）393頁である（同書第5版〔前掲註2〕では428頁）。

10) 典拠とされる引用部は、匿名コメント・判時362号26頁、26頁である。

11) 本文で検討する以外にも、田村悦一「公物法総説」雄川一郎ほか編『現代行政法体系第9巻』（有斐閣、1984年）239頁、255頁は、反射的利益論が第三者による利用妨害を「否定する意味を持つものであってはならない」として、その克服を第1の課題とする。

12) 参照、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、1977年）91頁、92頁〔初出1973年〕。

13) 参照、原田・前掲註12）102頁。

を残した碩学の行政官は、「通説」たる「一般使用の非権利性」を、諸外国にみられるという自由権などに基づく自由使用の権利性承認や昭和39年最判が認めた民事法領域における権利性の承認と対照してみせる¹⁴⁾。あるいは、戦後40年時点での「行政法、あるいは行政法学、あるいは行政法理論というものを一応多面的な角度から総括」¹⁵⁾するための一大事業において公物管理権の総括を委ねられた論者は、道路の自由使用を自由権として構成することが夙に認められてきたとしたうえで、「この自由権の侵害については、一般に、その救済は与えられないとされてきた」と説く¹⁶⁾。

また、現在の公物法研究を主導する論者も、自由使用は公共用物の基礎的な利用関係でありながら、「利用者に利用権が設定されるわけではないので、利用者の自由使用における利益の保護はほとんど図られ」ないとして、その原因の一部を「かつて確立した公物の使用関係論〔が〕時代に応じた公物利用の変化に対応できていない」ことに求めている¹⁷⁾。この論者は、「利用者の自由使用における利益の保護がほとんど図られ」ないことの例として用途廃止処分（公用廃止処分）取消訴訟の原告適格の問題を挙げているから、ここでは非権利性 α が念頭におかれているとも理解できる。しかし、「利益の保護がほとんど図られ」ないという一般的な文言が採用されていること¹⁸⁾から、非権利性 β が採られているとの理解が少なくとも文言上は排除されない。このように、伝統的通説が確立した非権利性 β が今日もなお公物法理論に悪影響を及ぼしていることが批判されているのである。

要するに、現在の学説は、非権利性 β を以下のような論理構成により、克服

14) 参照、三本木健治「公物法概念の周辺の諸問題」公法51巻（1989年）276頁、281-282頁。

15) 参照、雄川一郎ほか「座談会」『現代行政法体系』の意図するもの」書斎の窓328号（1983年）2頁、17頁。

16) 参照、松島醇吉「道路の自由使用〔最判昭和39年1月16日判批〕」塩野宏編『行政判例百選I〔第2版〕』（有斐閣、1987年）24頁、26頁。典拠とされるのは、磯崎辰五郎『行政法総論』（世界思想社、1953年）251頁及び柳瀬良幹『行政法教科書』（有斐閣、1958年）229頁（再訂版〔有斐閣、1969年〕237頁）である。

17) 参照、三浦大介『沿岸域管理法制度論——森・川・海をつなぐ環境保護のネットワーク』（勁草書房、2015年）39-41頁。同旨、磯村篤範「公物・公共施設の利用関係」高木光=宇賀克也編『行政法の争点』（有斐閣、2014年）226頁、226頁。

あるいは批判の対象として、構成している。①私人は行政が物を公共用に供したことの反射としてのみ公共用物を自由使用しうる。②ある事柄が権利の客体であると同時に反射的利益の客体であることはない。したがって、私人は自由使用を権利としてはなしえず、自由使用の利益は公共用物が公共用に供されていることの反射的利益にすぎない。そして、③自由使用の妨害に対するものを含む妨害排除請求権は物権のような対世的権利のみから生ずるものであり、反射的利益はそうした権利ではない。

2 裁判例における非権利性 β

上に掲げた最判昭和39年1月16日民集18巻1号1頁は、「通行の自由権」を根拠として通行を妨害する私人に対する妨害排除請求が認められうるとする。この意味で、少なくとも私人間紛争においては非権利性 β を採らないのが判例の立場である¹⁹⁾。しかし、行政訴訟においては非権利性 β の理解を示す裁判例が存在する²⁰⁾。

18) 用途廃止処分取消訴訟の原告適格の問題があくまでも「たとえば」という例示を示す語に続けて論じられていることも、非権利性 β が念頭におかれているとの解釈を支持するかもしれない。すなわち、「たとえば」という語が原告適格以外の問題の存在を示唆する、すなわち非権利性 β を含蓄しうると理解することも不当ではないのではないか。塩野・前掲註2) 427頁が、自由使用には権利性が認められないとしたうえで、これは「具体的には」道路供用廃止処分の原告適格が利用者に認められないことを意味する、と論ずるのと対照すれば、こうした解釈が浮上する。とはいえ、損失補償の否定のように非権利性 α からも原告適格以外のかたちで非権利性が具体化されることはあるため、やはり自由使用の「利益の保護がほとんど図られ」ないという一般性をもつ記述の方が論拠としては重要であろう。

19) 古くは大判明治31年3月30日民録4輯3巻85頁が同様の立場を示していた。

20) 私道関連のものも含めた裁判例を通行の自由という観点から検討するものとして、参照、牧・前掲註1) 28-30頁、畠山武道＝土居正典「道路自由使用権の性格と利用者保護(1)」立教法学31号(1988年)160頁、164-167頁、171-175頁及び179-181頁、金井恵里可「公道を通行する権利」文教大学国際学部紀要10巻2号(2000年)81頁、85-90頁。

また、荒秀「村民の村道利用権〔最判昭和39年1月16日判批〕」成田頼明＝磯部力編『地方自治判例百選』(有斐閣、1981年)30頁、30頁は、自由使用の利益を反射的利益にとどまるとする見解によれば「一応、妨害排除請求もなしえないということになろう」として、この見解を採るとする裁判例を列挙する。しかし、そこでは原告が公用廃止や路線変更の適法性を争うものと私人による自由使用の妨害を争うものとが、すなわち、公共用物の供用それ自体が争われているものと供用自体は前提としうるものとが特に区別なしに並列されている。

たとえば、高知地判昭和 35 年 4 月 27 日行裁例集 11 卷 6 号 1830 頁は、露天業者に対する道路占用許可により道路の通行が著しく阻害され、自身の通行権が侵害されていると主張する沿道住民たる一般商店経営者の原告が提起した占用許可無効確認請求につき、「道路は公衆の共用に開放された結果の反射的利益として、これを自由に使用することができるにとどまり、各人に対して道路の占用又は使用の権利を設定するものではない」と述べ、その原告適格を否定している²¹⁾。

あるいは、東京高判昭和 43 年 11 月 29 日判時 550 号 64 頁は、自宅に通ずる唯一の公道上に豚舎の板塀及び石塊を並べた私人に対して原告が提起した妨害排除請求訴訟につき、請求を棄却した原判決を以下のように述べて維持している。曰く、「一般公衆の共用に供されている公道は、管理者が公道として一般公衆の通行の用に供したため、一般通行者は、その行政措置の反射的効果として、公道を自由に通行できるのであるが、この場合、個々の通行者が管理者等に対して、いわゆる通行権とも称すべき権利を取得しているわけではない。従って、道路通行に支障となる状態が作為されても、個々の者の通行権が侵害されたことにはならない。もっとも、一般通行者が通行を拒否されないのに拘わらず、上告人だけが何人によってか通行を妨げられたというのが如き場合には、この妨害排除を求め得るけれども、それは上告人が通行権をもっているからではなく、上告人の自由権の侵害であるためである。されば、道路通行の妨げとなる施設をなした者があり、その者の行為に違法なものがあつたとしても、上告人が特に通行権を侵害されたとして、その者の行為の禁止又はその結果の排除を求め得ないものといわなければならない。上告人としては、公道を維持管理する権利・義務を有する道路管理者をして、侵害の排除、禁遏をなさしめるは格別、通行権の侵害があるとして、直接右妨害施設者に対し、法律上個人的にこれが排除は求め得ないものというべきである。」

近時にも非権利性 β の趣旨の一般論を述べる裁判例は存在する。やや特殊な事案ながら、オオクチバスの再放流を禁ずる条例規定は違憲かつ違法であるため

21) この判決を非権利性 β の脈絡に位置付けるものとして、参照、原田尚彦「道路の自由使用〔最判昭和 39 年 1 月 16 日判批〕」塩野宏編『行政判例百選 I』（有斐閣、1987 年）20 頁、20 頁。

に再放流回避義務のないことの確認を求める訴えにつき、大阪高判平成17年11月24日判自279号74頁は、「一般私人が公共用物（自然公物）である琵琶湖を使用することによって享受する利益（いわゆる自由使用）」を、「公共用物が一般私人の使用に供されていることによる反射的利益にほかならず、当該私人が公法上の権利として当該公共用物を使用する権利ないし法律上の利益を有するということはできない性質のもの」と定式化したうえで、訴えを却下している。

これらの裁判例のうちとりわけ前二者は、物が公共用に供された状態における自由使用の利益の裁判的保護を拒否する点で非権利性 β の発想をよく示している。しかし、自由使用の主体に道路の使用権が設定されていないことと自由使用に対する妨害についての救済を裁判所に求めえないこととの関係は判然としない。昭和43年東京高裁判決はその理由を公物管理者の権限の排他性に求めているようであるが、妨害に直面した私人の選択肢が実定法の根柢なく裁判所ではなく公物管理者に対して職権発動を求めなければならないというかたちで限定される理由は、少なくとも現在の視点からは、明らかではない。

3 非・非権利性 β としての伝統的通説

(1) 一般的自由権による自由使用の保護

そして、そもそも伝統的通説は、「自由使用が妨げられたとしても私人は裁判所に救済を求めえない」との非権利性 β とは異なる立場を明示的に採っていた。具体的には、行政が特定人に対してのみその自由使用を事実上拒否するとか私人が公道上に物を設置することで自由使用を妨害するとかいった場合であっても利用者は妨害排除請求をなしえない、とは考えられていなかった。

たとえば、美濃部達吉は、公衆は道路を通行し公園に出入する権利を有するわけではないものの、行政庁及び公衆には他者の通行を妨害してはならないという拘束力が一般的自由権の効果として発生するために、私人は「自由ニ之〔公物〕ヲ使用シ得ヘキコトニ関シテ法律上保護セラレタル利益ヲ享有スル」のであり、「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、〔……〕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若クハ侵害行為禁止ノ訴ヲ

提起スルコトヲ得ヘシ」と述べている²²⁾。美濃部が公物法、少なくとも利用関係論に関する伝統的通説の体现者とみられてきたことは否定しがたいが、この美濃部の見解を指して、「公共用に供用中の公物についてその自由使用の妨害がある場合には、民衆にはその不当な妨害の排除を求める権能を認めていた」戦前のドイツの通説と好対照をなす、「反射的利益の名において公物利用に関する国民の権能を一切法的に無力なものとして扱」う²³⁾見解と称しうるかには疑問がありえよう。そもそも、このように伝統的通説を批判するこの論者自身、美濃部が河川占用権の侵害が民事法上は不法行為として扱われうるとしていること²⁴⁾を、やや趣旨は判然としないが、自由使用としての道路通行権にも妥当する議論であるかのように参照しているのである²⁵⁾。

そして、如上の美濃部の記述は、自由権構成を採る場合でも「一般に、その〔侵害に対する〕救済は与えられないとされてきた²⁶⁾という理解が不正確であることを示している。また、そうした理解の典拠として引用される柳瀬良幹自身、「自由使用においては、ただ公物の使用が各人の自由に放任せられたに止まり、従ってその性質は単なる事実上の自由の発現であって、法律上の権利をなすものではなく、従って又、これを妨害する行為も、ただ一般的な自由権の侵害であって、特定の権利の毀損をなすものではない」としていた²⁷⁾。

(2) 反射的利益論と非権利性 β

そもそも、自由使用が反射的利益であるとは、「公物カ自由使用ニ公開セラルル結果トシテ²⁸⁾使用しうることの謂である。つまり、自由使用の利益が反射的利益であることは自由使用自体が廃止される局面においてのみ意義をもつから、

22) 引用部につき参照、美濃部達吉『日本行政法 第4巻』(有斐閣、1916年)552頁及び555頁。同旨、美濃部達吉「公物使用ノ法律関係」法学志林18巻3号(1916年)1頁、9-10頁、佐々木惣一『日本行政法論 総論〔改版〕』(有斐閣、1924年)244頁。

23) 参照、原田・前掲註12)102頁。

24) 参照、美濃部達吉『公法判例体系上巻』(有斐閣、1933年)31頁。

25) 参照、原田・前掲註21)21頁。

26) 参照、松島・前掲註16)26頁。

27) 参照、柳瀬・前掲註16)229頁。

28) 参照、美濃部・前掲註22)論文7-8頁。

公物が自由使用に公開されている場合には、自由使用の利益が反射的利益か否かを問題とする必要がない。これは、「自由使用は反射的利益である」とされる場合の反射的利益の概念は客観法との関係で規定されるものであり、利益の性質それ自体から規定されるものではないことの帰結である。したがって、自由使用の妨害が発生した場合に、自由使用が権利か反射的利益を論ずることは反射的利益論の本来の意義からすれば焦点がずれている。

それにもかかわらず、学説は、たとえば最判昭和39年1月16日民集18巻1号1頁を評するに際してしばしば反射的利益論を同判決と対照的な立場として摘示してきた。一例を挙げれば、今なお公物法研究の金字塔をなす体系書は、同「判決の趣旨は、村道の自由使用が単なる反射的利益にとどまらず、〔……〕法的保護に値する生活利益であることを前提として」いると説く²⁹⁾。しかし、繰り返せば、非権利性 β は反射的利益論の必然的な帰結ではないし、同判決の原審は両者の関係を基礎付ける論証を展開してもいない³⁰⁾。したがって、同判決それ自体の論理の中に自由使用の利益が反射的利益か権利かという対抗関係を見出す理由はない³¹⁾。そして、このような対抗関係を観念しないことは、以上のような反射的利益概念の布置連関から正当化できる。それにもかかわらず同判決を反射的利益論との脈絡のなかに位置付けようとする学説は、非権利性 β と反射的利益論との関係を正確に把握してこなかったとの批判を免れえない³²⁾。上に掲げた概念構成(1)でいえば、③自由使用の妨害に対するものを含む妨害排除請求権は物権のような対世的権利のみから生ずるものであり、反射的利益はそう

29) 参照、原龍之助『公物營造物法〔新版増補〕』（有斐閣、1982年）255頁。

30) 評釈類では、山本進一「〔最判昭和39年1月16日判批〕」判評69号（1964年）30頁、31頁が、「本件第一審の判決は、おそらくこの〔反射的利益論の〕考えをそのまま延長し」たとして、早くからこの点を正確に把握している。近時でも、牧・前掲註1）27頁及びこれを参照する伊藤・前掲註7）37頁は反射的利益論と昭和39年判決との関係を正解している。

31) 原判決は自由使用が「反射の効果」であるとしており、本判決はこれを破棄しているため、反射的利益が権利かという対抗関係を見出すことも正当化されるようにも思える。しかし、「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、〔……〕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」という文言は、同判決がむしろ、通行の自由権が存在することを前提として、その効果が公法関係にとどまるのか私法関係にも及びうのかという対抗関係を意識していることを示す。

した権利ではない、という部分がとりわけ問題だということになる。なぜなら、こうした理解は、反射的利益の概念がそもそも関係的なものであることを看過して、それに過度に一般的な、いわば実体的な意味内容を付与しているからである。

(3) 小括

要するに、美濃部達吉に代表される伝統的通説は、「自由使用は権利としてなしうるわけではなく反射的利益にとどまる」との命題が「自由使用の利益が法的に保護されない」旨を含意するとはしてこなかった。そこでは、一般的自由権の発現として自由使用は保護されうると論じられているからである。「伝統的通説」の批判者としての原田尚彦は正当にも、「道路使用权 [が] 人民の公権ではなく、反射的利益にすぎない、とする意味とその当否を、具体的な法律関係ごとに場合を分かって検討してみる必要がある」として、道路が公用に供されている間には差別的取扱いによりその利用を妨げられないことを求める権利が認められるべきとする³³⁾が、これはいわば車輪の再発明であった。

Ⅲ 公用廃止行為等からの保護の否定

「私人は自由使用を権利としてなしうるわけではない」という命題が「自由使用それ自体を不可能とする行為、たとえば公用廃止行為に私人は対抗する権利をもたない」旨を含意することは一般的に認められている（非権利性 α ）。そして、この非権利性 α は伝統的通説に正当に帰せしめうる (1)。また、裁判例も基本的には一貫して非権利性 α を示してきた (2)。しかし、近時の有力説は非権利性 α に対する批判を部分的に提供している (3)。

32) 本文で言及したものの以外にも、たとえば、石井昇「道路の自由使用と私人の地位」小早川光郎=高橋滋編『南博方先生古稀記念 行政法と法の支配』（有斐閣、1999年）13頁、21頁は「最高裁昭和39年判決以後においても、反射的利益論が裁判例における原則的立場であり、この点は最近の裁判例でも変わらない」とする（同旨、金井・前掲註20）85頁）。しかし、本文で述べたように昭和39年判決の論理は反射的利益論とは直ちにはつながらない。したがって、昭和39年判決以後に反射的利益論を採っていた裁判例が変化しえたという（この記述が前提とする）想定自体が純理論的には理由のないものである。

33) 参照、原田・前掲註21）20頁。

1 伝統的通説としての非権利性 α

「自由使用の利益は権利ではない」という命題は、公用廃止行為など自由使用を止めること自体をその効果とする行為がなされたことにより「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」³⁴⁾旨を意味するものと理解されてきた（非権利性 α ）³⁵⁾。したがって、たとえば公用廃止行為により自己の住家の唯一の出入口が塞がれたとしても、これは圍繞地通行権（民法 210 条）の問題として適当な解決を図るべき問題であるが故に廃止処分は無効確認訴訟を認めるべきではないとされてきた³⁶⁾。

2 裁判例における非権利性 α

そして、このような非権利性 α は裁判例の採る立場でもあった³⁷⁾。これを典型的に示すのが、たとえば、岐阜地判昭和 30 年 12 月 12 日行裁例集 6 巻 12 号 2909 頁である。この判決は、市道路線変更取消訴訟の原告適格を判断するに際して、「元来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が故に各人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において且他人の共用を妨害しない限度においてこれを使用する自由を享有するに止まり、これ何人も享有する一般自由権の効果たるにすぎず、特別の権利たるものではない。従つて原告等はこの関係においては本件道路について何等の権利をも有するものではない」として、単に反射的利益を害されたにすぎない一般公衆には原告適格が認められないとしている。これは、「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」³⁸⁾。近時でも、最判平成 22 年 2 月 23 日判時 2076 号 40 頁は、市営と畜場の廃止により他のと畜場を利用せざるを

34) 参照、田中二郎『土地法』（有斐閣、1960年）68頁。

35) 参照、磯崎辰五郎『公物・營造物法』（日本評論社、1936年）251頁、塩野・前掲註2）427頁、小早川光郎『行政法 上』（弘文堂、1999年）231頁。

36) 参照、田中二郎『新版 行政法 中巻〔全訂第2版〕』（弘文堂、1976年）323頁註1。

37) 裁判例につき、参照、畠山 = 土居・前掲註20）168-171頁及び175-179頁、石井・前掲註32）17-22頁。

38) 参照、畠山 = 土居・前掲註20）170頁。

えなくなる利用業者に交付された支援金の適法性が争われた事案に関して、当該利用業者が享受してきた利益はと畜場が公共の用に供されたことの反射的利益にとどまるとして、と畜場廃止による当該利用業者の負担増加は特別の犠牲（憲法 29 条 3 項）には当たらないとしている。

ただし、これと同時に、最判昭和 62 年 11 月 24 日判時 1284 号 56 頁は、明示されてはいないもののおそらくは非権利性 α を前提としつつも、里道から個別具体的な利益を享受してその用途廃止により著しい生活上の支障が生ずるという特段の事情が認められる場合には用途廃止処分取消訴訟の原告適格が認められると示唆している。そして、現在では、「多くの裁判例では、当該道路が原告に個別的具体的な利益をもたらしていて、路線廃止等により原告の生活に著しい支障が生ずるという特段の事情がある場合に限っては、原告適格が肯定される余地があると解されている」³⁹⁾。

3 非・非権利性 α としての有力説

近時の学説は基本的にこうした裁判例の傾向に好意的である。すなわち、そもそも非権利性 α を説く伝統的通説自身が、公用廃止は完全に管理者の自由になしうるわけではないとしていること⁴⁰⁾、実定法上も供用廃止の要件として「一般交通の用に供する必要がなくなつたと認める場合」（道路法 10 条 1 項）が掲げられるように利用者の利益が、少なくとも一般的には、考慮すべきとされていること⁴¹⁾、利用者と公物との関わり方は多様でありうることから、「利用者の中でも、生活上の特段の利益を有する者に着目して、この者に原告適格を認めることは、最高裁判所の原告適格の判断枠組みの範囲内にあると解される」とされる⁴²⁾。

ただし、利用者の中でも生活上の特段の利益を有する者に着目するアプローチ

39) 参照、石井・前掲註 32) 21-22 頁。同旨、新谷祐子「公物を使用する私人の法的地位」藤山雅行 = 村田斉志『新・裁判実務大系第 25 巻 行政争訟 [改訂版]』（青林書院、2012 年）475 頁、479 頁、塩野・前掲註 2) 427 頁。

40) 参照、美濃部達吉『日本行政法 下巻』（有斐閣、1940 年）795 頁。

41) 参照、新谷・前掲註 39) 481-482 頁。

42) 参照、塩野・前掲註 2) 427-428 頁。

が最高裁の原告適格の判断枠組み⁴³⁾と本当に整合的なのかは問題としうる。この判断枠組みが法律上保護された利益説あるいは保護規範説を基調としているのだとすると、公用廃止行為等取消訴訟の原告適格判断においてまず問われるべきは、当該行為の根拠規範において自由使用の利益が個別的に保護されているのか否かである⁴⁴⁾。しかし、「道路法や国有財産法〔……〕の規定には私人の個別具体的な通行権を保証する旨の直接的かつ明確な規定は見当たらない⁴⁵⁾。生活上の特段の利益に着目して原告適格を肯定する学説は、行政事件訴訟法9条2項が被侵害利益の内容及び性質を考慮すべきとすることが「利用者の一定範囲の者に原告適格を認めてきた裁判例に制定法上のよりどころを与えた⁴⁶⁾とするが、この説明は着眼点を示すにとどまり、生活利益に着目すると原告適格が肯定される理由はなお説明されていないといわざるをえない。

このことから、「実定法に根拠がない権利を急に創造（ねつ造）して、苦し紛れの無理な説明をするよりも、素直に、法律上保護された利益説＝最高裁判例理論は破綻し、法的保護に値する利益説が採用されたと言うべきである」との苛烈な批判が現れることとなる⁴⁷⁾。これに対しては、「時に実務家は実定法が想定していない事案を適切に処理することを迫られ、実定法の明文の有無にかかわらず、法体系全体から合理的な解釈によって法規範を発見することが常に求められていることからすれば〔……〕こうした解釈を行うことは実務家として当然のことであり、「苦し紛れの無理な説明」とはいえない」との反論が示されている⁴⁸⁾。しかし、如上の批判は、実定法に根拠がないことそれ自体というよりも、存在するとされた権利に十分な根拠付けがないことを問題視しており、実定法に根拠がないことはその徴表の一つとして挙げられていると理解するのが合理的である。そうだとすると、問われているのは、公用廃止行為等取消訴訟の原告適格を、少な

43) 参照、最大判平成17年12月7日民集59巻10号2645頁など。

44) 参照、太田匡彦「法規範が利益を一定の態様で保護する」という思考が行政法において意味するもの(上)」法時93巻10号(2021年)126頁、127頁。

45) 参照、新谷・前掲註39)481頁。

46) 参照、塩野・前掲註2)428頁。

47) 参照、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』(有斐閣、2009年)149頁。

48) 参照、新谷・前掲註39)484頁。

くとも一定範囲の、利用者に対して肯定する自由使用の権利化の根拠である。

この批判に対する応答は一定しない。一方では、自由使用を侵害される態様が日常生活の広範囲にわたり、その程度も著しい者の具体的な利用状況をまったく無視してされた道路廃止処分には裁量権の逸脱または濫用が認められる可能性があるという解釈を前提として、そこから逆算して、道路法等の実定法はそのような者の利益を個別具体的なものとして保護しているとの理解が示されている⁴⁹⁾。他方では、上記のような批判への直接の応答として提示されたものではないが、自由使用の内容それ自体を彫琢することでその権利性を肯定しようとする議論が存在する。たとえば、少なくとも公道が宅地に通ずる唯一の通路である場合には土地所有権の効果として当該公道の通行権が基礎付けられるという主張は、大判大正8年6月18日民録18巻1号1頁以来常に存在してきた。より一般的には、福祉国家化により公物管理における公衆の利用の便宜への配慮が強く要請されることとなったとして、「道路、公園などの人工公物の配置は最小限市民のシビル・ミニマムを保障するものでなければならず、また、河川、湖沼、海岸などの自然公物を廃止する場合には、在来の形態における民衆の自由使用の利益のほかに、環境権への配慮が不可欠に要求され」ることを「利用者の地位の権利化」と総括する議論がこれである⁵⁰⁾。

前者は、最判平成4年9月22日民集46巻6号571頁のような被侵害利益の性質や被害の程度を考慮する最高裁判例に正当に連なるものではある。しかし、ここでは生活利益が著しく侵害される者の利益を無視した処分が違法であ(りう)ることとその者に原告適格が認められることとのつながりが前提とされているところ、これは前提ではなく論証すべき結論である。そうすると、自由使用の利益

49) 参照、新谷・前掲註39) 484頁。

50) 参照、原田・前掲註12) 116頁。この論者が原告適格論に関して保護に値する利益説を強力に主張していたこと(参照、原田尚彦『行政法要論〔全訂第7版補訂2版〕』(学陽書房、2012年) 392頁)は、本文中上に掲げた批判とも併せて示唆的である。すなわち、実定法の規律密度が低く一般理論の果たす役割の大きい公物法を参照領域とする場合、取消訴訟等の原告適格に関する現在の判例理論に対する批判的な視座が容易に獲得されてしまう。これは、同様に実定法の規律密度が低い事案において最高裁自身が、少なくとも学説からみれば、それまでの判例の傾向から乖離した判断を示したこと(参照、最判平成21年10月15日民集63巻8号1711頁)とも符合する。

を権利化すべき理由の探究は避けられない。しかるに、後者については、「環境権、消費者権、健康権など、いわゆる「新しい権利」の提唱が行われたのも、基本的にこの反射的利益論を乗り越え、何とかこの住民らの地位を法的にもう少し強固に位置づけようとする努力であった」としつつ、「しかしそれらは、結局裁判所があまり認めてくれないという意味で、実定法理論としてはどうも成功していないと言わざるを得ない」との総括が存在する⁵¹⁾。この総括をする論者自身は、都市空間の公共性それ自体の包括的再検討を志し、都市空間や環境資源を一種の公物として把握するという視座を提示する。しかし、これも「一つの飛躍」⁵²⁾を含むものであり、議論はなお開かれているといわざるをえまい⁵³⁾。

IV おわりに

「残念ながら、読解の作法が守られないことから、過去に培われた知識の劣化は頻繁に生じている」⁵⁴⁾。伝統的通説としての命名高く、公物法の論文においてほぼ必ず言及される美濃部達吉らのテキストは、誰によっても代表されることのない「通説」としての非権利性 β に対する、他の誰よりも仮借なき批判を提供している。

ただし、本稿で検討した近時の学説のほぼすべては、非権利性 α と非権利性 β とが異なることをおそらくは把握している。利用者の保護を論ずるに際して、公

51) 参照、磯部力「都市空間の公共性と都市法秩序の可能性」法哲学年報1999号(2000年)51頁、55頁。

52) 参照、磯部・前掲註51)60頁。

53) 一つの方向性は、自由使用と憲法上の権利との結びつきを論証することであろう。道路については、たとえば道路が政治社会を成立させ、道路を介してわれわれは社会的存在として活動できるという脈絡を指摘できよう(文献も含めて参照、土井翼『名宛人なき行政行為の法的構造——行政法と物の法、序論的考察』〔有斐閣、2021年〕1-3頁)し、道路と並ぶ重要な公共用物である河川あるいは一般的に水資源については、生命としての人間の生存との関係を指摘できるかもしれない(v. Commissione Rodotà, *Per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici (14 giugno 2007) -Relazione*, https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?contentId=SPS47617)。

54) 参照、東京大学出版会『UP』編集部編『東大教師が新入生にすすめる本 2009-2015』(東京大学出版会、2016年)65頁〔樋口亮介〕。

共用物の利用妨害と公共用物の廃止とを区別して論じているからである。それにもかかわらず、それらの学説は、「自由使用の非権利性」、「反射的利益論」という一般論を論ずる際にはなぜか「自由使用の利益は法的に保護されないと解されてきた」と一般的に説いてしまっている。その理由は判然としないが、この小論は、学説にみられるそうした誤導的な表現の問題点を指摘することで、今後の学説及び判例の検討課題を多少なりとも見えやすいものにするためのものであった。

※ 本研究は JSPS 科研費 21K01143 の助成を受けたものである。