

控訴人村上某は第一審の判決棄却を求め次の如く主張した。

(一)係争の水道水源は従来より控訴人に於て使用し、控訴人はこれを引用して水車を運轉し、牧場を經營して來た。しかるに、京都市が係争の水道を設けることとなり、控訴人に交渉したから、營業に支障なき限り給水することの承諾を與へた。

(二)被控訴人等は水を濫用し、水槽は破損の儘放置し、水の放流に委せて控訴人の自家用水を不足せしむるに至つたから給水口を閉鎖した。

(三)本訴請求の原因は不法行為であるが、不法行為に基く権利侵害の救済は損害賠償であつて、妨害排除を求むる本訴は原因に副はない請求である。

裁判所は控訴人に係争水道の専用權なしとして控訴理由の一たる水利權の存在を否認し左の如き判決を下した(前掲)。

判決要旨

市町村住民ハ當該市町村ノ設置ニ係ル營造物ヲ利用シ以テ直接ニ生活上必須ナル經濟的利益ヲ獲得スル場合ニ於ニハ其權利ノ性質トシテ私法上保護セラルヘク此權利ハ一般ノ人ニ對抗シ得ヘキモノナリ。

被控訴人等モ大津市ニ對シ其使用權ヲ有シ同時ニ一般ノ人ニ對シ其利用關係ヲ侵害セシメサル私權ヲ有スルコト洵ニ明ナリ。而シテ控訴人カ右水道ノ給水口ヲ閉鎖シ以テ被控訴人等ノ給水ノ途ヲ杜絶シタルコトハ水道利用ヲ妨ケテ經濟的利益ヲ侵害シタルモノナレハ控訴人ニ於テ妨害物ヲ除却シテ以テ原狀ニ回復スルノ義務アリ。

被控訴人カ妨害排除ヲ求ムルハ民法第七〇九條以下ニ規定スル不法行為ヲ原因トシテ救済ヲ求ムルモノニ

アラサルコトハ明瞭ニシテ其ノ請求ハ權利ノ效力トシテ生スル一種ノ請求權ナリ控訴人ノ抗辯ハ當ヲ得ス被控訴人等は水流に對して權利を有するものではなく、唯水道設備を利用することを得るに止まる。水流に對して權利を有するものは水道の經營者たる大津市であつて、大津市が水流を引用し得る權利は、水流の特別使用權である。控訴人は給水口を閉鎖することによつて大津市の水流特別使用權を妨害し、その結果として水道を利用する被控訴人等は飲用水の涸渇に苦しむことになつたのである。故に本來なれば水流の特別使用權を妨害された大津市より訴を提起すべきであつて、被控訴人等は水道の主體たる大津市に向つて完全なる給水を要求すべきであるが、本件の場合には水道の利用者より妨害者に向つて直接妨害排除の訴が提起せられたのである。隨つて本訴の請求が、水流の特別使用權に基くものでなく、水道利用の利益ある地位をもつて權利と認めらるならば、水道の利用權に基くものなること勿論である。しかして、水道の利用は固より河川の使用にあらざれども、その一般使用たるの點に於ては、水道と河川との間に區別すべき理由なきをもつて、水道の一般使用權に關する本訴は河川の一般使用に關するものと認めて差支ないと思ふ。

右に擧げた二つの判例は孰れも一般使用をもつて權利と認めた點に於ては一致するが、一はこれをもつて公權なりと認め、公權の妨害に對しては、司法裁判所に向つて妨害排除の訴を提起し得ずと認めたるに反し、他の一はこれを私權と認め妨害者は妨害物を除却し原狀に回復するの義務ありとの判決を下し、司法裁判所に出訴して救済を求め得るものと認め各々相反する判決を下してゐるのである。

河川の一般使用は學說のみならず判例に於ても亦區々に分れ歸一するところがないと謂はねばならぬ。

第十六節 河川使用の許可範圍

第一 新規使用の範圍

河川の使用は本來何人のためにも自由であるべき筈である。けれども、使用方法の如何によつては、河川の維持保全上重大なる影響を及ぼすものであるから、これを使用者の自由に委せることは出来ない。河川の使用は河川の維持保全上から見て支障なき範圍に於てのみ認容せられるものであるから、この點より或る程度の制限を蒙ることあるは免れ難いところである。河川の使用は、右の如き制限を受くるのであるが、更に他の河川使用者との關係に於ても使用上の制限を免れ得ぬ。故に河川の使用は何人のためにも自由ではあるが、その使用は右の如き制限の下に認められるところのものである。

河川は如何なる範圍に於て使用することが出来るか。これは河川の維持保全上と、他の使用關係との二方面から見なければならぬこと前述の如くであるけれども、茲では河川の維持保全上の關係を離れ、他の使用者との關係に於て新たに河川を使用し得べき範圍について判例の示すところを見ようと思ふ。

上流ノ沿岸所有者ハ下流ニ在ル者ノ河川使用權ヲ害セサル範圍内ニ於テ河川ノ水ヲ使用シ得ルニ止マル

(明治三十二年大審院判決。)

古くより甲が引用して田地の養水として來た溪水は、甲の使用にも足りない水量であつた。然るに乙が田地を開墾し、上流に於て新に引用するに至つたがため、甲の灌漑は不能となり、茲に引水差止の訴を提起したの

判決の一

が本訴である。

判決要旨

裁判所は「吾カ國古來ノ慣行ニ依レハ溪水ノ如キ流水ニ付既ニ一定ノ使用者アリテ之ヲ以テ田家ノ用水ト爲セル場合ニ於テハ上流ノ沿岸所有者タリトモ後日ニ至リ新ニ田地ヲ開キ擅ニ其流水ヲ使用シ以テ從來使用シ居リタル下流沿岸所有者ノ養水使用權ヲ害スヘカラサルモノトセリ而シテ此慣例ハ裁判々例ニ於テモ亦是認スル所ナリ(中略)故ニ溪水ヲ以テ其田地養水ト爲ス者アルニ於テハ上流沿岸所有者ノ溪水使用權ハ下流所有者ノ使用權ヲ害セサル範圍内ニ止マリ擅ニ之ヲ使用シ以テ下流所有者ノ從來ノ使用權ヲ害スルヲ得サルモノトス」と判示し(前掲)、新に河川の水を使用し得るの餘地は、他人の既得權を害せざる範圍内に限るものと認めた。

これと同じ趣旨の判例は、その後にも多數ある。判決の示すところによれば河川の水は他のもの、既得權を害せざる範圍内であれば新に使用することが出来ない。隨て新に河川の水を使用することの出来る餘地ありや否やを定むるには、先づ(一)既に行はれてゐる他のもの、使用が權利と認むべきものであるか否や、權利と認むべきものであつても、權利として認め得べき範圍を越ゆることなきや否や、(二)新なる使用が既得權を害することになるや否やの三點を明にしなければならぬ。しかして、茲では主として第三の點について判例の示すところを求むる。

第二 水車新設の影響

水車ノ新設ノ爲在來ノ水車ノ運轉ニ遲緩ヲ來スコトアルモ非常ノ際ニ生スル例外的ニシテ水車營業ニ妨害ヲ與ヘサル程度ナルニ於テハ水車新設處分ヲ取消スヘキ理由トナラス(明治四十年十月行政裁判所判決)。

判決の一

北原某は、長野縣下の藤澤川に水車を設置してゐる。しかるに、長野縣知事はその下流二十二間の地點に於て新に水車を設置することを許可した。北原某は水車の新設ありたるがため、自己の水車の運轉に支障を及ぼし、使用を妨げられたものとして、不當處分取消の訴を提起するに至つた。

本件は、水車の新設が從來の水車に支障を及ぼすか否やが問題になつたのである。

原告北原某は、(一)新設の水車は從來より存在する原告所有の水車より二十二間の下流に在ること。(二)増水の際には原告の放水口と新堰の間に多大の湛水を來たし、水車の運轉を遅緩ならしめ、増水の程度によつては全く運轉が出来なくなる事。(三)藤澤川は山間の急激河川であるから、新堰附近は自然土砂の堆積を來たし、増水の際湛水を大ならしむること。(四)原告放水口と新堰間の湛水は冬季の結水を一層大ならしめ、放水口を閉鎖して水車の運轉を不可能ならしむることを故障の理由として述べた。被告長野縣知事は、(一)平常の場合には湛水してもそれが水車に接觸しないから運轉に支障を及ぼすことはない。(二)増水の場合湛水が水車に接觸することあるもその影響は些少であるから原告の營業に支障を及ぼし、其權利を害するものと認め難い(三)水車を運轉してゐる間は車輪下の水は常に流動してゐるから、結水のため水吐口を鎖し運轉を止むることがないであらう。(四)若水車の運轉に支障ありと認むる場合には、一時許可の效力を停止し、工作物を除却せしめ、寒氣の減するに及んで工作物を設置せしむるも妨げないから許可を取消する必要がないと辯明した。

裁判所は鑑定人の意見に基き「被告ノ許可シタル新堰引水路水面ハ原告所有ノ水車輪下端ヨリ約一尺五寸下位ニ在ルカ故ニ湛水スルモ平水ニ於テ新堰ハ水車ノ運轉ヲ遅緩ナラシムル實況ナク増水一尺以上ニ於テ始メテ水車ノ運轉ヲ遅緩ナラシムルモ非常ノ高水ニ非ラサル以上停止スルニ至ラストノ趣ナレハ被告ノ許可シタル新

判決要旨

堰ノ爲ニ原告ノ水車ハ何等故障ヲ受ケサルヲ常トスルコト明ナリ但シ一尺以上ノ増水ニ於テ水車ノ運轉ニ遅緩ヲ來スヘシト云フモ這ハ素ヨリ例外ニ屬スルノミナラス遅緩ノ程度タル原告ノ營業ニ妨害ヲ與フルモノト認ムヘキ證據ナキヲ以テ單ニ非常ノ際ニ生スル運轉遅緩ノ事實ハ被告ノ處分ヲ取消スヘキ理由トナラス(中略)氷結ノ程度明ナラサルノミナラス土砂ノ堆積ハ水位ニ著シキ變化ヲ生スル程度ノモノニアラサルコトハ鑑定人ノ鑑定ニ依リ明ナレハ原告ノ主張ハ採用スルコトヲ得ス」と判示した(明治四十年十月行政裁判所判決)。

この判例に於て特に注意すべきところは、水車の運轉を遅緩ならしむることあるも、非常時に於ける例外に屬し、水車營業に妨害を與ふるものと認め難き程度のものであれば、從來の水車所有者はこれを忍ばねばならぬと認めた點である。

第三 灌溉水の制限

慣習ノ引用方法ニ依リテハ不足スルコトアルモ適當ナル方法ヲ設ケテ引用スルニ於テハ灌溉水量トシテ十分ナリ(大正二年十二月行政裁判所判決)。

金子某は北海道石狩國に於て水田開墾のため幌内川の河水を引用してゐる。しかるに、北海道廳長官は引用水量を一秒時につき十七立方尺五と定め、その他の水量を他の開墾希望者に與へた。金子某はこれを不當として水利權不當制限の處分取消の訴を提起したのである。

本件は金子某の灌溉に要する水量が十七立方尺五では不足するや否やが問題になつたのである。

原告は、水田豫定面積を五百町歩となすことは争はぬが、一町歩に付一秒時〇、〇三五立方尺の水量では不

判決要旨

充分である。我國に於ける水田所要水量は原則として最小量〇、〇五立方尺は必要であると主張した。これに對して、被告北海道廳長官は、一町歩に付一秒時〇、〇三五立方尺としたのは、技術官を派遣して土質を調査せしめ、原告所有地を灌漑するに十分なる水量と定めたもので違法の點はないと辯明した。

裁判所は「原告ノ援用スル鑑定書ニ依ルモ原告農場ニ於ケル用水量ハ普通ノ慣習ニ依リ引用スル場合ニハ少クモ一町歩ニ對シ一秒〇、〇五立方尺以上ヲ要スルモ川向土切組合ニ於テ引用シツツアル如ク適當ナル方法ヲ設ケ引用スルニ於テハ被告ノ確定シタル水量即チ〇、〇三五立方尺ヲ以テ耕作ヲ爲シ能ハサルニ非サル旨記載シアルヲ以テ〇、〇三五立方尺ハ原告農場ニ於ケル灌漑水量トシテ十分ナリト認定ス」(前掲)と判示した。

本件は純然たる技術上の認定問題に屬するようであるが、慣習によつて行はれたるが如き従來の引用方法では〇、〇五立方尺の水量がなければ灌漑に不足するが、川向土功組合に於けるが如く、適當の方法によつて引水するに於ては〇、〇三五立方尺の水量で十分である場合に、何れの水量を適當と認めるかは重要な事項である。争點もまたこの點にあつたことと思ふが、判例は後者を探り、現在の設備では不充分であるにしても、設備改善後に於て適量であれば差支ないと認めたのである。

第四 溜池の養魚

判決の一

溜池ニ於テ漁業ヲ經營セシムルモ水利上支障ナシ(大正四年七月行政裁判所判決)。

大山某は茨城縣下のある溜池に於て鮎鯉を養殖する區劃漁業權を有した。存續期間が來たから期間更新の申請をなしたところ、茨城縣知事はこれを拒否處分した。よつて、知事の處分を不當としてその取消を求むる訴

を提起したのである。

本件は溜池で養魚することが水利に支障を及ぼすや否やにあつた。

原告は、漁業をなすも水利上支障なき旨を述べ、被告茨城縣知事は、(一)係争の溜池は田地灌漑のための水源であるから、漁業をなさしむるときは水利に支障を來たし、公益上害がある。(二)灌漑の必要に應じ引水すれば、涸渴し、漁業をなすこと能はざるに至ると辯明した。

裁判所は水田灌漑の水源なることを認めて「二箇ノ流下口ハ共ニ水底比較的高ク係争溜池内ニハ井戸ト稱スル數個ノ面積稍廣キ深處アリテ夏期減水ノ際水利ノ爲水路ヲ浚深スルモ右井戸ハ涸渴スルニ至ラスト認め得ヘキカ故ニ本件漁業ヲ經營セシムルモ必スシモ水利上支障アルモノト認ムルコトヲ得ス又必要ニ應シ引水スルモ本件漁業ヲ經營スルコト能ハサルニ至ラスト認ムルコトヲ得ヘシ」(前掲)と判示した。

第五 水道用水に支障を及ぼすや

判決の一

發電用取水ノ爲所要水量ヲ害セラレ水質ヲ惡化シ給水ニ不安ヲ感セシムヘキ事由ナシ(昭和二年五月行政裁判所判決)。

福島縣平町は水道敷設の認可を受け、好間川より所要水量引用の許可を得て平町の住民に上水を供給して來た。しかして、好間川の取入口より約二百六十間の間は上野原江筋の用水路を共有するものである。しかるに福島縣知事は、小田炭鑛株式會社に對し、發電のため好間川の河水を使用することを許し、その放水口は右上野原用水路の取水口よりも下流に定めたから、好間川の水量は右取水口の位置に於て著しく減少するに至つた。

よつて、平町長は水道用水に支障を生ずるものとして、福島縣知事の右小田炭鑛株式會社に對する許可處分の取消を求むるに至つたのである。

本件に於て問題になつたのは、小田炭鑛株式會社の新規使用のために、從來の引用關係たる上水道に支障を來たすや否やにあつた。

原告平町長は取消を求むる理由として、(一)發電計劃書によれば、上野原水路の必要水量を十個に定めたものようであるが、これだけでは同江筋の澆灌にも不足し原告上水道は取水し難きに至る。(二)右十個の水量の内五個は、榊小屋用水路より還流するもので、右用水の水は約二十尺の下水を混入するから、好間川の水を不良ならしめ、水道用水としては不適當のものとなる。(三)發電事業のために任意に調節を行ふから水道用水を不安ならしめ、水利權を侵害するものであると主張した。

被告福島縣知事は、(一)小田炭鑛株式會社に對しては、從來引入れつゝある用水路の必要水量を放流せしむるものであるから、原告の所要水量に不足を來すことはない。(二)發電用水として取水する結果として好間川の流量を減少し、幾分淨化作用を減ずるかも知れないが、一面には流速を減じ、運搬力を減少するから、浮遊物が沈澱し河水を清淨ならしむる。よつて水質が不良になるとは認め難い。(三)好間川の水質が多少不良になるとしても、沈澱池、濾過池の設備によつて淨化するのであるから、飲用水として障害を來すことはないと辯明した。

裁判所は「上野原江筋ノ必要水量ヲ十個ト限定シタルモノニアラス故ニ原告ハ其主張スル如ク好間川ノ流水引用ノ水利權ヲ有ストスルモ其所要水量ノ引用カ本件許可ニ依リテ當然害セラル、モノトハナシ難ク好間川ノ

判決要旨

流量ハ減少スルモ之ニ因リテ原告所要水質ノ悪化スルコトノ認ムヘキ證據ナク又之カ爲ニ原告ノ給水ニ不安ヲ感セシムヘキ事由ノ存在ヲ認ムルヲ得ス」(前掲)と判示した。

第六 灌溉及飲用に支障を及ぼすや

使用上通常ノ場合ニ於テハ支障ナク旱魃ノ年ト雖其使用ニ付多少ノ注意ヲ加フルニ於テハ差シタル障害ナシ(昭和二年行政裁判所判決)。

長野縣下水内郡柏原村外八ヶ村は、鳥居川の水を引用して飲料及灌溉に用ひて來たのであるが、長野市がその水源たる越水澤より水道用水として引用することを出願し、長野縣知事はこれを許可した。よつて、右の處分を不當として取消を求むる訴を提起したのである。

原告主張の理由は(一)越水澤の水量は全部原告村に於て引用して來た。(二)鳥居川の全水量を原告村に於て一滴残らず引用しても渴水期には尙不充分で旱害を蒙る狀況であるから、右越水澤の引水許可は原告の水利權を侵害するものであるといふにあつた。

被告長野縣知事は、(一)鳥居川の流水を使用する水田中旱害を蒙りたる個所があつたのは、水量不足の爲ではなく水の分配方法が良くなかつたからである。(二)鳥居川の全水量に比すれば、越水澤の水量の如きは極めて少量で最渴水期に於ては〇、二五立方尺に過ぎない。而して越水澤と原告の取入口との距離は三里半乃至八里であるから、滲透蒸發することが尠くない。假りに越水澤の全水量が各用水に流入したとしても、之を三十一個の各用水路に分配するときは僅かに〇、〇〇八立方尺に過ぎず、事實上影響を及ぼさざる程度のものであ

判決要旨

ると辯明した。

裁判所は原告村に鳥居川の全水量を引用する事實なしと認定したる後「原告村内ノ灌溉飲料等ニ支障ヲ生スト云フニ依リ此點ニ付按スルニ被告カ長野市ニ許可シタル水量カ〇、五個ナルコト明ナリ之ヲ原告村カ鳥居川ヨリ使用シ得ヘキ水量ト比較スルニ(中略)數百分ノ一ニ過キサルモノト謂フヘシ更ニ右許可ノ水量カ原告村ノ灌溉水量ニ影響スル程度ヲ見ルニ(中略)右水量ハ原告村ニ於ケル灌溉面積千八百七十六町四反歩ニ必要ナル灌溉水量ノ百二十五分ノ一ノ少量ナルヲ知ル然レハ使用上通常ノ場合ニ於テハ何等ノ支障ナク旱魃ノ年ト雖其使用ニ付多少ノ注意ヲ加フルニ於テハ本件許可ニ依リ差シタル障害ヲ生スルモノニ非ス」(前掲)と判示し、原告の權利を毀損するものと認め難しとの理由によつて原告の主張を斥けた。

以上に掲げた判例は、新に河川の水を使用するに當りて、それが從來の使用に障害を及ぼすや否やの事實問題に關するものであるが、判例は從來の使用關係に些少の妨げとなる程度のものであれば、新なる使用を禁止し、その處分を取消すべき理由はなく、從來の使用者は、これを忍ばねばならぬと認めて來たのである。即ち(1)の場合に於て判例は水車新設のために、從來の水車に運轉の遲緩を來たすことを認めながら、非常の際營業の妨げにならざる程度のものゝ處分を取消すべき理由なしと認め、(5)の場合に於ても、越水澤の水を上水道に引用することは、旱魃の際灌溉水を一層不足せしむることを認めながら、使用につき多少の注意を加ふるに於ては差したる障害を生ぜずと認め、從來の使用者が通常忍び得る程度の妨げは不當處分と認めなかつたのである。

第十七節 兩立すべからざる二個以上の出願の許可

第一 河川使用の出願權

出願權

法律が人民に其の權利又は利益を要求する權利を與へてゐる場合には、之を拒否することは、權利を毀損する違法の處分たるを免れぬ。普通これを出願權の侵害と言つてゐる。河川法第十七條及び第十八條が、かくの如き、權利を認めたるや否や、これと同様の疑問は、府縣令を以つて定めたる河川取締規則などについても生ずるのである。

河川法若し河川取締規則等に基づき、河川使用の出願ありたる場合に、地方行政廳は、支障なき限りこれを許可せざるべからざる拘束を受くるものであるか、或ひはこれを許可すると否とは其の自由裁量に委せられ、許可を與ふべき義務を負はないのであるか。換言すれば、河川使用の許可は學者の所謂羈束行爲であるか、或ひは自由裁量の行爲であるかについて、學說と判例とは一致しない。

學說に依れば、「人民の爲に新なる權利を設定し、其の他人民に利益を供與する處分は、法律が特に人民に其の利益を要求する權利を與へてゐる場合を除くの外原則として自由裁量の行爲である。」警察許可も人民に利益を與ふる行爲であつて、右の原則から言へば當然自由裁量の行爲であるべきやうであるが、併し警察許可は警察禁止を解除する行爲で而して警察禁止は公益上の障害あるに因つてのみ維持せらるべく、若し障害の虞が無ければ當然解除せられねばならぬことを本則とするものであるから、警察許可を拒否するのは、其の行爲が公

益上の障害を生ずる虞ある場合でなければならぬ。障害の虞の無い限りは、行政廳は其の出願に對して許可を與へねばならぬ拘束を受くるものである。それであるから、警察許可だけは他の種類の許可又は特許と異つて、常に羈束された行爲であり、人民は許可を要求する権利を有する。判例には公有水面埋立の許可、河川の使用又は占用の許可、漁業免許などを以て羈束行爲と爲してゐるけれども、「此等は新なる権利の設定であるから行政廳は之を與へなければならぬ拘束を受くるものではないと信する」となし、河川使用の許可を以て自由裁量の行爲と認め、判例とは異なる見解を採つてゐる⁽²⁾。

註

(1) 美濃部達吉博士行政裁判法(現代法學全集第九卷一八七頁—一九〇頁)

(2) 武井、安田編著『水に関する學說・判例・實例總覽』七〇頁以下参照。

(1) 長野縣河川取締規則の出願

判決の一

長野縣河川取締規則第一條ニ掲クル事業ハ公益上障害アリテ不許可ヲ必要トスル場合ヲ除クノ外ハ其ノ出願ヲ許可スヘキ法意ナリト解セサルヘカラス(明治三四年三月行政裁判所判決)。

公益上障害ナキ限りハ原告ハ當然許可ヲ得ヘキモノナルヲ以テ之ヲ權利ノ毀損ニ非スト謂フヲ得ス(同上)。

望月某等は野底川の流水を使用して電力を發生せしめんが爲長野縣知事に出願したが、長野縣知事はこれを聞届け難き旨指令した。けれども、右の出願は公益を目的とするもので、流水の使用については關係村に於て

異議なきものであるから、許可を與へぬは違法であるとして出訴したのである。

被告長野縣知事は次の如く辯明した。

(一) 出願の計畫によれば、發生電力は飯田町の附近に供給せんとするものであるが、飯田町に於ては既に電燈電力の供給を營むべき許可を受けたるものがあり、それ以外に増設の必要を認めぬから不許可處分した。

(二) 水流使用に付ては關係村に於て異議なきところなるに、之を聞届けざるは違法なりと謂ふも、本件は明治三十年長野縣令第五十二號河川取締規則第一條に依り出願すべきもので、之を許可すると否とは知事の職權に屬するものであるから、假令不許可處分するも違法でない。

(三) 原告は河水引用に關し當然許可を得べき權利を有するものでないから、本件處分は權利を毀損したものでない。

行政裁判所は長野縣知事の答辯を斥け、次の如き判決を下して原告を勝訴せしめた(前掲)。

一 長野縣河川取締規則第一條ニ「各川筋ニ於テ左ニ掲クル事業ヲ爲サントスル者ハ許可ヲ受クヘシ一、堤防川除其他各種工作物ノ設置改造及修繕」トアリ又其第四條ニ「公益上必要ト認ムルトキハ堤防川除其他各種工作物ノ取拂若クハ變更改造ヲ命シ又ハ既ニ與ヘタル許可ヲ取消シ云々」トアリ之ニ依リテ之ヲ觀レハ同規則第一條ニ掲クル事業ハ公益上障害アリテ不許可ヲ必要トスル場合ヲ除クノ外ハ其出願ヲ許可スヘキ法意ナリト解セサルヘカラス。然ルニ被告ノ理由トスル所ハ單ニ該事業ヲ營ムモノアルヲ以テ増設ノ必要ナシト云フニ止マリ別ニ公益上障害アルモノニ非サレハ之ヲ許可セサルハ違法ノ處分タルヲ免レス。

二 前段ニ於テ説明スル如ク本件ノ事業ハ公益上障害ナキ限りハ原告ハ當然許可ヲ得ヘキモノナルヲ以テ之

判決要旨

ヲ權利ノ毀損ニアラスト謂フヲ得ス。

二

判決の二

明治三十八年長野縣令第一號河川取締規則ハ公益ニ害アル場合其ノ他特殊ノ事情アル場合ノ外一般ニ行政廳ノ許可ヲ得テ河水ヲ引用スルコトヲ許サレタルコト明ナリ(明治四十一年二月行政裁判所判決)。

名古屋電燈株式會社は、木曾川本流の河水を使用して發電事業を行はんがため長野縣知事に出願したが、長野縣知事は、その出願を拒否し、後願者たる關某等の出願を許可した。これがため長野縣知事の許可を取消し、名古屋電燈株式會社に許可すべしとの判決を求むといふのが本訴である。原告は次の如く主張した。

(一)被告は原告の主張に對し原告の出願を許可すると否とは被告の職權に屬する裁量處分であるから、假令不許可の指令を與ふるも違法でないといふが、明治三十八年長野縣令第一號河川取締規則第四條及同年縣訓令第七十六號第一條の規定は、公益上障害なき限り不許可の指令を與ふべきものでない。

(二)被告は原告が本件につき當然許可を得べき權利を有するものでないから、被告の處分は毫も原告の權利を毀損するものでないといふ主張するが、公益上支障なき限り原告の出願は許可さるべきものであるから、被告の處分は原告の權利を毀損したものである。

これに對し被告長野縣知事は次の如く辯明した。

(一)明治三十八年長野縣令第一號河川取締規則には出願の先後に由りて決すべき規定なく、従つて先願に由りて取得すべき權利を生ぜぬ。

(二)出願を許可すると否とは被告の職權に屬する裁定處分であるから假令不許可の指令を與ふるも敢て違法

でなく、原告の權利を毀損したものでない。

(三)従て行政訴訟を提起し難きものである。

行政裁判所は原告の主張を容れ次の如く判決を下した。

判決要旨

一 明治三十八年長野縣令第一號河川取締規則ニハ河水引用ノ許可ニ付出願ノ先後ニ由リ之ヲ決スヘキ規定ナク從テ先願ニ由リ當然許可ヲ得ヘキ權利ヲ生セス出願ヲ許可スルト否トハ被告ノ職權ニ屬スル裁量處分ナルヲ以テ本件原告ノ出願ヲ許可セサル處分ハ違法ノモノニ非ス又原告ノ權利ヲ毀損シタルモノニアラス從テ本件ハ行政訴訟ヲ許スヘカラサルモノナリト云フト雖河川取締規則ニ依レハ公益ニ關スル場合其ノ他ノ事情アル場合ノ外一般ニ行政權ノ許可ヲ得テ河水ヲ引用スルコトヲ許サレタルコト明ナリ。

二 該取締規則ニハ先願權ヲ認メタル明文ナキモ之ヲ否認シタル明文モ亦ナキニヨリ先願者ニ許可スヘキハ當然ナリ被告ハ先願者タル原告ニ許可スヘキヲ後願者ニ許可シタルコト「原告主張ノ如シトセハ是明ニ違法處分ニヨリ權利ヲ毀損スルモノナルコト前説明ニヨリ明ナリ然ラハ本件ハ明治二十三年法律第一〇六號第四ニ該當シ之ヲ受理スヘキモノナリ。

(2)河川使用許可の拘束

縣知事ハ兵器ノ研究試驗ノ爲メ河川ノ水流ヲ使用セントスル者ニ對シ之ヲ許可スヘキ法令上ノ義務ヲ有スルモノニアラス(大正八年十二月行政裁判所判決)。

加賀美某は、兵器研究場に充つる目的を以て、桂川及小佐野川の使用を出願したが、これに對し山梨縣知事は不許可の指令を與へ、別途出願に係る忍野水力電氣會社の河川使用を許可した。よつてこれを不當として其

判決の一

の許可の取消を求むる訴を提起したのが本訴である。

被告山梨縣知事は次の如く答辯した。

(一)軍器の研究試験等は専ら當該官署の經營に屬し、民間の者の行ふものに對しては、土地の使用其他に付土地收用法以外に特別の保護を與ふる法令がない。よつて、原告の出願を認可せざるも違法なく、權利を毀損しない。

(二)忍野水力電氣株式會社の出願は、適法の手續に依りたるもので、これを許可したるは不當でない。行政裁判所は原告の請求を斥け次の如き判決を下した(前掲)。

一 原告ハ兵器ノ研究及試験ノ用ニ供センカ爲メ本件土地河川使用ノ出願ヲ爲シタルモノニシテ原告出願ノ區域中ニハ縣知事ノ管理ニ屬スル土地水流アリト雖縣知事ハ原告出願ノ如キ使用ニ對シ之ヲ許可スヘキ法令上ノ義務ヲ有スルモノニアラス

二 訴外忍野水力電氣株式會社ノ出願ハ法令ノ規定ニ基キ適法ノ手續ニ依リタルモノナレハ此ノ出願ヲ許可シタリトテ原告ノ權利傷害ヲ生スルモノニアラス。

(3) 北海道土木工事取締規則の出願

明治三十八年北海道廳令第五十五號土木工事取締規則ハ第十條ノ各號ニ牴觸セサル限り許可スヘキ法意ト解釋スヘキモノトス(大正十二年上月行政裁判所判決)。

大正硫黃株式會社は、北海道磯谷川の河水を使用して發電事業を行はんがため、北海道廳長官へ出願したが、北海道廳長官はその出願を拒否し、後願者たる函館水電株式會社の出願を許可した。よつて、これを取消し大

正硫黃株式會社の出願を許可すべしとの判決を求むるに至つたのである。

この訴訟事件に於て原告大正硫黃株式會社は次の如く主張した。

(一)公益に害なく、而も法規上行政官廳に自由裁量の權限を與へられたる場合、又は法規上許可すべからざる場合に非ざる限り、當該官廳は之を許可せざるべからざることは河川法、鑛業法の精神に鑑み疑なきところである。

(二)本件出願は明治三十八年北海道廳令第五十五號土木工事取締規則に基き出願したものであるから、公益に害なき限り先願者たる原告に許可しなければならぬ。

(三)被告は自由裁量の權限あることを認めたる法規なく又使用を許可すべからざることを定めたる明文なきをもつて、被告が原告の出願を拒否したるは、原告の權利を毀損す 違法の處分である。

これに對し、被告北海道廳長官は次の如く辯明した。

(一)公物の使用の特許を與ふると否とは法規に別段の規定なき限り管理者の自由裁量に屬するものである。

(二)原告の出願が公益上有害ならずとするも、他に適切なる出願あるときはこれを許容し、原告の出願を拒否する職權を有す。故にこれがため權利を毀損したといふを得ず。

行政裁判所は原告の主張を認め次の如く判決した(前掲)。

一 本件出願及ヒ之ニ對スル處分カ明治三十八年北海道廳令第五十五號土木工事ノ取締規則ニ依リタルモノナルコトハ當事者間ノ爭ナキ所ニシテ其第一條ニハ官有土地水面ニ於テ左ニ掲クル土木工事ヲ施行セントスル者ハ特別ノ規定アルモノヲ除ク外當該官廳ニ出願許可ヲ受クヘシ云々、五、水利云々トアリ其ノ第十

條ニハ左ノ各號ノ一ニ該當スル者ハ當該行政廳ニ於テ許可ヲ取消シ又ハ其ノ效力ヲ停止シ命令條件ヲ増減變更シ尙既設工作物並物件ヲ除却改造又ハ原形ニ回復セシメ其ノ許可シタル工事ニ依リテ危害豫防ノ設備ヲ爲サシメ若クハ代テ之ヲ執行シ又ハ第三者ヲシテ之ヲ執行セシムルコトアルヘシ、一、法律命令ノ結果ニ依リ必要ナル時、二、法律命令又ハ許可ノ條件ニ違背シタル時、三、交通治水其他行政廳ニ於テ公益上障害アリ又ハ障害ノ虞アリト認ムルトキ、四、願書及ヒ其ノ附屬書類ニシテ詐欺又ハ錯誤ノ事實アリタルトキトアリ是レニ由リテ之ヲ觀レハ同規則ハ第一條ニ掲クル原告出願ノ事業ハ第十條列擧ノ各號ニ牴觸セサル限り之ヲ許可スヘキ法意ト解釋セサルヘカラス。

二、原告ノ出願ハ第十條ノ各號ニ牴觸セサルコトハ當事者間ニ争ナキ所ナルヲ以テ其ノ出願ヲ許可スヘキコト勿論ナリ。

判例は長野縣河川取締規則及び北海道土木工事取締規則を以て出願權を認めたるものとなし、公益上の障害其他特殊の事情によりて許可することの出来ない場合の外は、その出願を許可しなければならぬもので、これを許可すると否とは官廳の職權に基く裁量の處分ではないと判示した。從て公益上の障害なく、其他許可すべからざる特殊の事情なきに拘らず不許可の指令を與ふことは、出願者の權利を毀損する違法の處分であるから、明治二十三年法律第一〇六號第四に該當し行政訴訟を提起し得ると云つてゐる。しかるに、大正八年十二月の判決が「縣知事ハ兵器ノ研究試驗ノ爲河川ノ水流ヲ使用セントスル者ニ對シ之ヲ許可スヘキ法令上ノ義務ヲ有スルモノニアラス」と謂つて出願權を認めなかつたのは解し難きところである。

第二 河川使用の先願權

河川使用の出願は、公益上障害ありて不許可を必要とする場合、または其他特殊の事由ある場合の外は、一般に行政廳はその出願を許可すべき法意なりとは、長野縣河川取締規則又は北海道土木工事取締規則について判例の認めたるところである。河川使用の許可の如きは、行政廳の自由裁量の行爲でなく、行政廳はこれに許可を與ふべき義務を有するところの羈束行爲であると認むるときは、その當然の歸結として先願權を認めねばならぬ。出願權を認めたる判例が先願權を認むるは當然である。

同一箇所に二者兩立すべからざる競願者ありて、一の出願を許可し他の出願を不許可處分せざるべからざる場合に、先願權を認め先願者に許可すべきものとなすも、先願順位の決定、出願の目的を異にするものに對し先願權を認むべきや否や、凡そ先願なる以上は他に公益上優越する出願、または目的遂行の資力、工事設計に於て優れる出願あるもこれを排除して先願者に許可すべきものなりや否や等について多くの問題を生ずる。

(1) 出願順位の前後の決定

出願順位の前後は如何にして定むるか、長野縣知事は、縣廳に於て出願を受理した日の先なるが先願であると主張したが、判例は關係地元村長を経由すべき規定のある場合には、村長に提出した日の先なるが先願であると認めた(明治四十一年二月行政裁判所判決)。

(2) 添付書類

願書に添付すべき圖書を遺漏したるが如き出願は有効の出願と認むべきや否や。添付圖書の完備したるときに有効なる出願ありたるものと認むべきや否や。長野縣知事は、願書に添付すべき水路縦断面圖等を漏らした出願は適法の出願と認めず、添付書面の完備したる日に適法の出願ありたるものと認むべきであると主張したが、判例はこれを斥け「明治三十八年長野縣告示第四百十號ハ願書ニ添付スヘキ書類ヲ示シタルニ止マリ之ヲ缺キテハ出願ヲ無効トスル趣旨ニアラス」と判示し、當初出願のときより有効なる出願があつたるものと認められた(明治四十一年二月行政裁判所判決)。

(3) 出願の目的を異にするものの先願権

異なる目的の出願がありて二者兩立し難き場合に、先願者に許可すべきや否や。判例は「先ニ出願ヲ爲シタルコト明白ナリト雖」兩者ノ出願ノ目的及法令適用範圍ヲ異ニスルヲ以テ「先願者トシテノ權利ヲ主張シ得ルモノニ非ス」と判示し、出願の目的が異なるときは先願権を認めてゐない(大正八年十二月行政裁判所判決)。

(4) 先願者の權利

凡そ先願なる以上は他に公益上優越する出願、または目的遂行の資力、工事設計等に於て優れる出願あるもこれを排除し先願者に許可すべきものなるや。或ひは事業の目的これを遂行する資力等全く同等にして其の間選擇を加ふべき何等の事情なき場合には先願者に許可すべきも兩者の出願に差異ありて選擇を加ふべき餘地ある場合にはその優越せる出願を許可すべきや判例は「事業ノ目的之ヲ遂行セル資力等全く同等ニシテ其ノ間ニ選擇ヲ加フヘキ何等ノ事情ナキ以上ハ先願者ニ許可スヘキハ當然ナリ」と判示した(明治四十一年十二月行政裁判

所判決)。

この判決は選擇を加ふべき餘地ある場合には先願者を差措いて優秀なる出願を許可すべきものなるが如くに解し得ぬでもないのであるが、大正十二年の判決は「被告は明治四十年第五十四事件ヲ援用スレトモ同判決ハ同一箇所ニ二者兩立スヘカラサル競願者アリテ其ノ事業ノ目的之ヲ遂行スル資力等全く同一ニシテ其ノ間選擇ヲ加フヘキ何等ノ事情ナキ場合ニ先願者ニ許可スルハ當然ナリト判示スルニ過キスシテ其ノ間ニ差アルトキハ事情ニ依リ後願者ニ許可スヘキ旨ヲ判示シタルモノニアラス」と判示し、判意を明にした。けれども、この判決は前判決の判意を明白にしたまでであつて、如何なる場合にも先願に許可すべきものなることを認めたものではない。先願に比して後願が優越する場合にも尙先願に許可すべきものなるや否やに付ては未だ判例の示さざる所である。然るに昭和三年の判決はこの問題に觸れ「假ニ原告カ參加會社ニ比シ目的遂行ノ資力工事設計等ニ於テ優レリトスルモ行政廳ハ必スシモ先願者ヲ措キテ之ヲ許可セサルヘカラサルモノニ非サルカ故ニ云々」と謂ひ、後願が先願に優越する場合には先願を差措いて後願に許可してもよいがまた必ずしも優越する後願を許可しなければならぬものではなく先願に許可しても宜いと極めて曖昧なることを謂つてゐる。

以上の判例が示すところによれば、

- (一) 事業ノ目的之ヲ遂行スル資力等全く同等ニシテ其ノ間ニ選擇ヲ加フヘキ何等ノ事情ナキ場合ニハ先願者ニ許可スヘキモノナリ。
- (二) 先願ニ比シ後願カ優越スルトキハ先願ヲ差措イテ後願ニ許可スルコトヲ得ルモ必スシモ後願ニ許ササルヘカラサルモノニ非スシテ先願ニ許可スルモ亦差支ナシ。

となり、後願の方が優越する場合には先願に許可すると後願に許可するとは全く行政廳の自由裁量に委せられたるものの如くなり、河川使用の許可をもつて竊東行爲であると認めて來た判例と矛盾するようである。

二

判決の一

縣令ニ依リ關係地方村長ヲ經由スヘキモノナル以上其ノ村長ニ提出シタル日ヲ以テ出願アリタルモノトナスヘキナリ(明治四十一年二月行政裁判所判決)。

明治三十八年長野縣告示第四百十號ハ願書ニ添付スヘキ書類ヲ示シタルニ止マリ之ヲ欠クトキハ出願ヲ無効トスル趣旨ニアラス(同上)。

同一箇所ニ二者兩立スヘカラサル競願者アリテ其ノ目的之ヲ遂行スル資力全ク同等ニシテ其間ニ選擇ヲ加フヘキ何等ノ事情ナキ以上ハ先願者ニ許可スヘキハ當然ナリ(同上)。

名古屋電燈株式會社は、木曾川本流の河水を使用して發電事業を行はんが爲め、長野縣知事に出願した。この出願は關某等の出願と競願の關係にあつたが、長野縣知事は名古屋電燈株式會社を斥け、關某等の出願を許可した。よつて、その許可指令を取消し、名古屋電燈株式會社に許可すべしとの判決を求むといふのが本訴である。原告名古屋電燈株式會社は次の如く主張した。

(一)原告の出願は明治三十九年九月二十二日、關某等の出願は同年十月下旬である。原告の出願は明治三十八年縣令告示第四百十號第一條に規定したる水路縦断面圖潰地調査を添付せざる不備があり、被告は之を返付した。故に原告は書類を整備し直ちに縣廳へ提出した。しかるに被告は郡役所を經由すべきものとして返付したから、同年十一月中更に郡役所を經由して縣廳へ進達した。

(二)前顯告示第四百十號は注意的要求を規定したるもので添付書類を脱漏した場合には之を補足すれば可、偶々添付書面を遺脱したとしても出願を無効とすべきものではない。

これに對して、被告長野縣知事は次の如く辯明した。

(一)原告及び關某等は共に本事業を確實に遂行し得ると認められたから、此の點二者同一なりとすれば、先願者に許可するを條理上適當と認め、先願者たる關某等の出願を許可した。

(二)原告が郡役所に提出した願書には水路縦断面圖等の添付なく、同郡役所より申請を返付した。原告は書類を整へ直接縣廳に提出したが、郡役所を經由すべきものであるからこれを返付した。原告が郡役所を經由して被告廳に提出したのは十一月二十四日である。然るに關某等の出願は郡役所を經由し被告廳は十一月五日これを受理したから先願者は關某等である。

行政裁判所は原告の主張を容れ、被告の處分は之を取消す、次の如く判示した(同上)。

判決要旨

一 被告は明治三十八年長野縣告示第四百十號ヲ援用シ前顯原告ノ出願ヲ無効ナリト論スレトモ告示第四百十號ハ願書ニ添付スヘキ書類ヲ示シタルニ止マリ之ヲ缺ケハ出願ヲ無効トスル趣意ナリト認ムルヲ得ス。

二 本件出願ハ明治三十一年長野縣令第五十一號第一條ニ依リ關係地方村長ヲ經由スヘキモノタル以上ハ其ノ村長ニ提出シタル日ヲ以テ出願アリタルモノトナスヘキハ當然ナリ而シテ原告カ河川使用願ヲ村長ニ提出シタルハ明治三十九年九月二十二日ナレハ原告ノ出願ハ關某等ノ出願ヨリ後ナリト云フヲ得ス。

三 該取締規則ニハ先願權ヲ認メタル明文ナキモ之ヲ否認シタル明文モナキニヨリ同一箇所ニ二者兩立スヘカラサル競願者アリテ其事業ノ目的ヲ遂行スル資力等全ク同等ニシテ其ノ間ニ選擇ヲ加フヘキ何等ノ事情

ナキ以上ハ先願者ニ許可スヘキハ當然ナリ

三

判決の二

法令中先願者ニ許可スヘキ明文存セサルノミナラス兩者ノ出願ノ目的及法令適用範圍ヲ異ニスルヲ以テ先願者トシテノ權利ヲ主張スルコトヲ得ス(大正十年十月行政裁判所判決)。

加賀美某は兵器研究試験の目的をもつて、河川の使用を出願したが、山梨縣知事はこれを拒否し、後者に屬する鐘ヶ淵水力電氣株式會社に許可した。よつて、これを不當としてその取消を求むる訴を提起したのである原告加賀美某は次の如く主張した。

(一)先願者にして國家的なる原告の出願を無視し鐘ヶ淵水力電氣株式會社に許可したるは不當である。被告山梨縣知事は原告の主張に對して次の如く辯明した。

(二)原告の出願は何等法令の規定に依らざる出願であるから、これを認可し難きは當然である。これに反して鐘ヶ淵水力電氣株式會社の出願は、山梨縣令水力使用出願手續に依りたるもので、この規定に基き認可したるもので違法でない。

行政裁判所は次の如き理由に基き、原告の請求を斥けた(前掲)。

判決要旨

一 原告ハ本件係争ノ訴外鐘ヶ淵水力電氣株式會社ノ出願ヨリ先ニ被告ニ對シ土地及水利使用ノ出願ヲ爲シタルコト明白ナリト雖法令中此ノ如キ出願ニ對シ先願者ニ許可スヘキ明文存セサルノミナラス右兩者ノ目的及法令適用範圍ヲ異ニスルヲ以テ原告ハ先願者トシテノ權利ヲ主張シ得ルモノニ非ス

二 被告カ明治三十九年山梨縣令第二十三號水力使用出願手續ニ基ク訴外會社ノ出願ニ對シ許可ヲ與フルモ

之カ爲メ原告ノ權利ヲ傷害スルモノニアラス。

四

判決の三

工事設計ニ不當ノ點アリトスルモ許可ノ際必要ナル條件ヲ附スルコトヲ得ルヲ以テ許可ノ支障トナルヘキニ非ス(大正十二年十一月行政裁判所判決)

明治四十年第五十四號事件ノ判例ハ其ノ出願ニ差アルトキハ事情ニ依リ後願者ニ許可スヘキ旨ヲ判示シタルモノニ非ス(同上)。

大正硫黄株式會社は硫黄鑛業に充つる目的をもつて、北海道磯谷川の河川を使用して發電事業を行はんとし北海道廳長官に出願した。然るに、北海道廳長官はこれを拒否し、後願たる函館水電株式會社の出願を許可した。よつてこれを不當としてその取消を求むるのが本訴である。原告は次の如く主張した。

(一)被告は原告出願の目的は自家用なるに反して函館水電株式會社の出願は一般供給を企圖し公益的意義を有する如く主張するも、硫黄鑛業は公益的意義に於て電氣事業と等差を設くべきものでない。

(二)被告は原告の水力使用の設計が函館水電株式會社の設計に比し劣れることを出願拒否の理由の一に算へたが、不備の點は被告に於て何度にも訂正を命じ、以てその出願を許可しなければならぬ。

これに對して、被告北海道廳長官は次の如く辯明した。

(一)他に適當の出願ある場合にはこれを許容し、原告の出願を拒否する職權がある。

(二)原告の營む硫黄鑛業は硫黄の市價低落し、現時殆ど挽回の見込なき状態なるに、函館水電株式會社は電力不足し、火力發電によつて補ひつゝあるものである。

(三)原告の設計は實際に適合せざるものなるに、函館水電株式會社の設計は、工法容易に且安全にして公益上優秀と認む。

(四)原告の資力は函館水電株式會社に比し遜色がある。

(五)原告の發電は自家用なるに反し、函館水電株式會社の發電目的は一般供給を企圖するものであつて公益的意義を有するものである。

以上の理由によりて原告の出願を拒否し、函館水電株式會社の出願を許可したもので正當の措置である。行政裁判所は原告の主張を容れ、次の如く判決を下した(前掲)。

- 一 原告ノ工事設計ニ不適當ノ點アリトスルモ之ニ付テハ許可ノ際必要ナル條件ヲ付シ得ルヲ以テ許可ノ支障トナルヘキニ非ス。
- 二 函館水電株式會社ハセメント製造用ノ電力需用者ニ供給スルモノニシテ函館水電株式會社ニ許可スルモ之ニ依リテ生スル電力ハ一般多數ノ需用者ニ分配セラルヘキモノニアラサルノミナラス函館水電株式會社ニ許可セルニ依リテ生スル電力ヲ全部原告ニ供給スル場合ヲ假定スレハ原告ノ出願ヲ許可シ直接ニ原告ノ經營ニ委スト毫モ徑庭アルコトナキヲ以テ原告ノ企業ハ函館水電株式會社ノ企業ニ比シ公益上必スシモ劣レルモノト云フヲ得ス
- 三 被告ハ當廳明治四十年第五十四號ノ判例(明治四十一年二月判決ノモノ前掲参照)ヲ採用スレトモ同判決ハ同一箇所ニ二者兩立スヘカラサル競願者アリテ其ノ事業ノ目的之ヲ遂行スル資力等全ク同一ニシテ其ノ間選擇ヲ加フヘキ何等事情ナキ場合ニ先願者ニ許可スルハ當然ナリト判示スルニ過キスシテ其ノ間ニ差

判決要旨

アルトキハ事情ニ依リ後願者ニ許可スヘキ旨ヲ判示シタルモノニアラサルカ故ニ之ヲ以テ前示説明ヲ覆ス先例トナスニ足ラス之ヲ要スルニ原告ノ出願ヲ排斥シタル被告ノ處分ハ違法タルヲ免レス。

五

先願者タル以上假リニ後願カ目的遂行ノ資力工事設計等ニ於テ優レリトスルモ行政廳ハ必スシモ先願者ヲ措キテ之ニ許可セサルヘカラサルモノニ非ス(昭和三年七月行政裁判所判決)。

三共株式會社は大正七年四月黒部川の河水使用を出願したが同年九月名義を東洋輕銀株式會社發起人に變更する旨の届出をなし、その後大正十三年十一月長富電力株式會社發起人よりも同川河水使用の出願があつたし、富山縣知事は大正十五年九月東洋アルミナム株式會社に右の出願を許可し、長富電力株式會社發起人の出願は不許可の處分をなした。今井某等はこれを不當として處分の取消を求むる訴を起したのである。原告今井某等は次の如く主張した。

(一)原告は假令後願者なりとするも許容を受くべき第一位の優等出願者である。資力、發生電力の消化、送電の難易、水電工事に着手し得る時期の遅速等は、東洋アルミナム株式會社の出願に比して數多優越の地位に在るから先願後願の如何に拘らず許可を得べきものである。これに對し被告富山縣知事は次の如く辯明した。

(二)資力、發生電力の消化、送電の難易、工事業着手及竣功の時期の遅速等が、東洋アルミナム株式會社の出願に比して數等の優越するが如く高唱するも、無稽虚妄にして辯駁の價値なし。行政裁判所は次の如き理由に基き原告の主張を斥けた(前掲)。

判決の四

原告ハ其計畫スル本件ノ企業ハ參加會社ノ企業ニ比シ目的遂行ノ資力工事設計等ニ於テ數等優秀ノ地位ニ在ルモノナルヲ以テ假令後願ナリト雖原告ニ於テ許可ヲ受クヘキモノナルニ拘ラス被告カ本件不許可處分ヲ爲シタルハ違法ナリト云フモ參加會社(東洋アルミナム株式會社)ノ設計ハ實行不能ノモノト認ムルコトヲ得ス而モ參加會社カ先願ナル以上假ニ原告カ參加會社ニ比シ目的遂行ノ資力工事設計等ニ於テ優レリトスルモ行政廳ハ必スシモ先願者ヲ措キテ之ニ許可セサルヘカラサルモノニ非サルカ故ニ被告カ參加會社ニ對シ本件許可ヲ爲シタルハ違法ト云フヘカラス。

第三 競願の許可處分

これまでの判例は、ある程度まで河川使用の出願権があるが如く認め、先願者に許可すべきものとなして来たのである。それは次の如き理由に基くものと思はれる。

「行政官廳に於て、出願に基き設権處分を與ふべきかを否かを定むるに當り斟酌すべき事由は、之を大別すれば、公益上の障害の有無、經濟的價値の有無といふが如き出願者の一身に專屬するに非ざるものと、出願者の資力信用其他其の一身に專屬するものとの二種となる。別言を以て之を謂へば、一は客觀的事由であり他は主觀的事由である。前者に於て最も主要なるものは、公益上の障害の有無であること勿論である。さて行政官廳は客觀的事由に於て支障ありと認めれば設権處分をなすべからざることを勿論であるが、その支障なしと認めれば常に設権處分を爲すべきであらうか。將た又、客觀的事由に於ては支障なきものを主觀的事由に於て支障ありと認めれば、其の處分を爲さざるべきであらうか。一般の通念としてはまさしく後の見解を以て正當とす

べきこと疑を容れざる所である。此の意味に於て設権處分は羈束せられたる行政行為ではなく、自由裁量の行政行為である。此の點より觀て設権處分は本義の許可とは全く其の性質を異にする⁽¹⁾。」

「然るに時としては法規の明文又は精神に於て客觀的事實に支障なき限り設権處分を爲すべきものと爲して居ることがある。而して行政官廳に於て支障なきや否やを審査すべき客觀的事由の何たるかを法規に掲げて居ることがある。此の場合に於ては行政官廳は既に一般に又は當該法規に掲げたる客觀的事由に於て支障なしと認めたる以上設権處分を爲さざるを得ぬ⁽²⁾。」

「羈束せられたる行政行為たる設権處分の一の適例は鑛業の許可である。鑛業法第三十二條に「公益ヲ害スルモノト認メタルトキ又ハ鑛業ノ價値ナシト認メタルトキハ鑛業ノ出願ヲ許可セス」とあり、同法第三十三條を簡略に言へば、出願地重複するときは先願者に優先權を認むる旨の明文があり、その他同法中の數多の條項より推考して出願に係る鑛業が公益を害するものに非ず、且鑛業の價値なきものに非ず、その他同法の規定に抵觸するものに非ざる限り、其の出願は許可せざるべきであると解するを妥當とする⁽³⁾。」

「漁業法施行規則第十七條第一項に「水産動物ノ蕃殖保護其ノ他公益上必要アリト認ムルトキ又ハ漁業ノ價値ナシト認ムルトキハ漁業ノ免許ヲ與ヘス」とあり、其の他關係法令の幾多の條項より推考して、其の漁業が法令の規定に抵觸せざる限り、これを與へらるべきものと解することが出来るであらう。行政裁判所の判決例に於ては、公有水面埋立の免許に付て同様の見解を示して居る。なほ河川使用の許可に付ても同様の見解を示して居る。明治三十三年第二〇七號事件判決、明治四十年第五四號事件判決、大正十一年第一八二號事件判決これは長野縣河川取締規則又は北海道土木工事取締規則の法意の解釋に關するものである。

繰返して言ふ。設權處分は自由裁量の行政行為なるを以つて本來の性質とし、其の羈束せられたる行政行為たるは、法規に依つて特に其の性質を變更せられたる場合に限る。されば或る場合に於て設權處分を以て羈束せられ行政行為なりと解するには、關係法規の明文又は精神に於て、其の解釋を支持するに足るべき相當の根據あることを要する(4)。

註

(1) 村上恭一氏自治研究第九卷第一號四七頁。

(2) 前掲四九頁

(3) 前掲四九頁

(4) 前掲五〇頁

以上の引用によつて明なる如く、河川使用の許可に關し、明治三十三年第二〇七號事件判決、明治四十年第五四號事件判決及大正十一年第一八二號事件判決は、長野縣河川取締規則又は北海道土木工事取締規則を解して客觀的事由(公益上の障害の有無、經濟的價値の有無)に支障なき限り、設權處分を爲すべきものと解し、羈束されたる行政行為なりとの見解の下に行はれたのである。

然るにこの見解に對しては、肯定し難きところがあり、反對説が少くはなかつたのであるが、行政裁判所もこれに鑑みるところがあつてか、遂ひに前判決を翻して、「出願ノ順位ニ依ラス公益上ノ價値ノ大小、企業能力ノ優劣等ヲ斟酌シテ之カ許否ヲ決シ得ヘキモノト」解するに至つた。

(1) 廣島縣令第八號は設權處分を羈束する規定なりや否やの點

明治四十一年廣島縣令第八號土木工事出願規則第一條ニハ單ニ「特別ノ規則ニ依リ縣知事ニ出願シ許可ヲ受クヘシ(中略)一、官有土地水面ニ附着シ又ハ横過シ若クハ地下ニ施設スル工作物ノ新設、變更廢止(中略)四、河海ト陸地トノ交界及ヒ其ノ附近ノ狀態ヲ變更セントスル工事」トアルニ止リ同規則中之カ許否ノ標準ニ付特ニ規定スル所ナキモ該處分ハ其ノ性質上原告主張ノ如ク同規則第六條各號ニ牴觸セサル限り必スシモ先願者ニ許可スルコトヲ要スルモノニ非スシテ出願ノ先後ニ依ラス公益上ノ價値ノ大小、企業能力ノ優劣等ヲ斟酌シテ之カ許否ヲ決スヘキモノト解スルヲ相當トス(昭和三年第八十一號(昭和六年七月十日行政裁判所判決)。

本件之事實は甲が廣島縣下に於て水力發電事業のため河川の流水を使用せんとし、廣島縣知事にその許可を出願したるところ、乙もまた同様の出願を提出したるため、茲に兩會社の競願關係を生じたのであるが、廣島縣知事は乙の出願を許可し、甲の出願を拒否したるため甲より行政訴訟を提起するに至つたものである。この訴訟に於ける問題の核心は、廣島縣令第八號(1)は設權處分を羈束する規定なりや否やにあつたのであるが、この點に關して原告甲は次の如く主張した。

(一) 本件の出願は明治四十一年廣島縣令第八號土木工事出願規則により處分せらるべきものである。

(二) 該縣令は第一條各號に該當するものは、第六條各號に牴觸せざる限り之を許可すべしとする法意である。これに對する被告廣島縣知事及參加人乙の主張は次の如くであつた。

(一) 第六條各號に牴觸する場合は、之を許可せざること勿論であるが、不許可の場合は第六條列記のみではなく、行政廳は右各號列記以外に汎く出願事業の公益上、經濟上の價値、企業者の信用及企業の能否等、苟も事案に必要と認むる事項は盡くこれを調査考察して許否を判定する自由がある。

(二)第六條は許可の取消若は變更を命ずる場合の規定であつて、既得權の剝奪又は制限である。
 (三)競願の場合に單に先願なるの故をもつて、これを許可せざるべからずとの法規はない。
 (四)條理に於ても先願に許可すべき理由はない。
 (五)行政裁判所の判例は、企業能力、目的とする事業の公益の價值同等なる場合は、先願者に許可すべきものなりとの趣旨であり、先願後願の關係は、これ等の事情を條件として始めて行政處分を羈束するに止まり、無條件に之を拘束する判意ではない。
 以上によつて明なる如く、原告は廣島縣令第八號第一條に基く出願は、第六條各號に牴觸せざる限りはこれを許可すべき法意なりと主張し、被告廣島縣知事はこれを否定したのであるが、判例は前示の如く、縣令第八號中には許可を決すべき標準を規定するところなく、同規則第六條は、この規定に牴觸せざる限り先願者に許可するを要すとなすものに非ずと判示したのである。

これを明治三十三年第二〇七號事件及明治四十一年第一八二號事件に於ける長野縣河川取締規則の出願(四)に對し、判例が「長野縣河川取締規則第一條ニ掲クル事業ハ公益上障害アリテ不許可ヲ必要トスル場合ヲ除クノ外ハ其ノ出願を許可スヘキ法意ナリト解セサルヘカラス」となし、大正十一年第二〇七號事件に於ける北海道土木工事取締規則の出願(五)に對し、判例が「明治三十八年北海道廳令第五十五號土木工事取締規則ハ第十條ノ各號ニ牴觸セサル限り許可スヘキ法意ト解釋スヘキモノトス」となしたると對比すれば、判例がこれまでの見解を翻して、前記の各道府縣令は、設權處分を羈束すべき規定にあらざることを認めたものと言はねばならぬのである。

註

(1) 土木工事出願規則(明治四十一年廣島縣令第八號)

第一條 特別ノ規定アルモノノ外右ノ土木工事ハ此ノ規則ニヨリ縣知事ニ出願シ許可ヲ受クヘシ之ヲ變更セムトスルトキ亦同シ

一 (省略)

二 官有土地水面ニ附着シ又ハ横過シ若クハ其ノ地下ニ施設スル工作物ノ新設變更廢止

三 蒸汽力、電氣力、水力、瓦斯力、空氣力ヲ原動トシ官有水面ヨリ引水シ又ハ官有水面ニ排水スル工事

四 河海ト陸地トノ交界及ヒ其ノ附近ノ状態ヲ變更セムトスル工事

第六條 當該官廳ハ左ノ事項ニ該當スルモノト認ムルトキハ許可ヲ取消シ原形ニ復セシメ又ハ施設シタル工作物ヲ變更セシメ若クハ工事施行ニ依リテ生スル危害ヲ豫防スル爲メ必要ナル設備ヲ爲サシムルコトアルヘシ

一 願書又ハ添付ノ書類及圖面ニ事實ヲ隱蔽シ又ハ虚構シ若クハ錯誤アルコトヲ發見シタルトキ

二 法律命令ニ依リ必要ヲ生シタルトキ

三 公益上必要ト認メタルトキ

四 本則又ハ命令書ノ條件ニ違背シタルトキ

五 設計及工法ニ違背シタル工事ヲ施行シタルトキ

六 期限内ニ工事ニ着手セス又ハ竣功セス若クハ竣功シ難シト認メタルトキ

(2) 長野縣河川取締規則(明治三十八年一月長野縣令第一號)

第一條 本則ハ河川法準用區域ヲ除クノ外總テノ河川及湖ニ之ヲ適用ス

第二條 左ニ掲クル行爲ヲ爲サントスル者ハ當廳ノ許可ヲ受クヘシ

第四章 水法判例の研究

第十七節 兩立すべからざる二個以上の出願の許可

四〇六

- 一 河水ヲ停滯セシメ又ハ河水ノ害ヲ豫防スル爲メニ施設スル工作物ノ新築改築又ハ除却
- 二 河川ノ敷地ニ固着シテ施設スル工作物又ハ河川ニ沿ヒ若クハ河川ヲ横過シ若クハ其床下ニ於テ施設スル工作物ノ新築改築又ハ除却

第四條 左ノ場合ニ於テハ許可ヲ取消シ若クハ其ノ效力ヲ停止シ若クハ其條件ヲ變更シ又ハ既ニ施設シタル工作物其他ノ物件ヲ補修變更若クハ除却セシメ又ハ原形ノ回復ヲ命シ又ハ許可セラレタル事項ニ依リテ生スル危害ヲ豫防スル爲メニ必要ナル設備ヲ爲サシムルコトアルヘシ

- 一 工事施行後ニ於ケル管理ノ方法公安ヲ害スルノ虞アルトキ
- 二 河川狀況ノ變更其他許可ノ後ニ起リタル事實ニ依リ必要ヲ生シタルトキ
- 三 河川ニ關スル工事ヲ施行スル爲メ必要ナルトキ
- 四 本則ノ規定又ハ許可ノ條件ニ違背シタルトキ
- 五 公益ノ爲メ必要ト認ムルトキ

(3) 土木工事取締規則 (明治三十八年六月北海道廳令第五十五號)

第一條 官有土地水面ニ於テ左ニ掲クル土木工事ヲ施行セントスル者ハ特別ノ規定アルモノヲ除ク外當該行政廳ニ願出許可ヲ受クヘシ其ノ之ヲ變更若クハ除却セントスルトキ亦同シ

- 一 (省略)
- 二 (省略)
- 三 (省略)
- 四 (省略)
- 五 水利、治水、堤防、護岸、砂防、運河並其ノ附帶工事

六 (省略)

七 (省略)

八 其ノ他港灣、埠頭、河川、堤防、運河、用悪水路、溜池及道路ニ固着シ又ハ横過シ若クハ地下及床下ニ於テ施設スル工作物

第十條 左ノ各號ノ一ニ該當スルモノハ當該行政廳ニ於テ許可ヲ取消シ又ハ其ノ效力ヲ停止シ命令條件ヲ増減變更シ尙既設工作物並物件ヲ除却改造又ハ原形ニ回復セシメ其ノ許可シタル工事ニ依リテ生スル危害豫防ノ設備ヲ爲サシメ若クハ代テ之ヲ執行シ又ハ第三者ヲシテ之ヲ執行セシムルコトアルヘシ

- 一 法律命令ノ結果ニヨリ必要ナルトキ
- 二 法律命令又ハ許可ノ條件ニ違背シタルトキ
- 三 交通治水其ノ他行政廳ニ於テ公益上障害アリ又ハ障害ノ虞アリト認ムルトキ
- 四 願書及其ノ附屬書類ニシテ詐偽又ハ錯誤ノ事實アリタルトキ

(2) 企業能力の比較

原告(甲)ハ資本金四千五百萬圓、拂込金額金二千七百七十五萬圓ニシテ積立金ハ金四百萬圓ヲ超エ大正十年以來一割五分ノ利益配當ヲ繼續シ來レル事實ヲ認ムルニ足リ参加人(乙)ハ資本金三千八百四十三萬圓、全額拂込済ニシテ社債金三千萬圓ヲ有スルモノナル事實ヲ認ムルニ足ルカ故ニ其ノ企業能力ノ點ニ於テハ兩者殆ト優劣ナシ(同上)。

(3) 公益上の價値の優劣を決定する基準

二個以上ノ電氣事業ニ付公益上ノ價値ノ優劣ヲ決定スルニハ先ツ其ノ電氣事業自體カ直接公衆ニ影響ヲ及

判決の一

ホス點ヲ基準トシテ考量セラルヘキモノニシテ其ノ電氣事業ニ依リ他ノ事業ヲ經營スルカ如キ場合ニ於テハ假令其ノ目的トスル事業カ公益上ノ價值ヲ有スルモノナリトスルモ其ノ公衆ニ及ホス影響ハ間接ニシテ之ヲ直接公衆一般ニ影響ヲ及ホス電氣供給事業ニ比シ公益上ノ價值寡少ナリト謂ハサルヘカラス(同上)。

公益上の價値の優劣は本件に於ける争點の一であり、この點に關し原告甲は次の如く主張した。

(一)原告は無水安母尼亞、硫酸安母尼亞等を製造するものであるが、業務上の必需品たる硫酸安母尼亞の生産を増加して、市價を低廉ならしむることは、現在の疲弊せる農民の狀態を改善する上に於ても必要なことである。

(二)原告の營業に屬する諸安母尼亞製品は、火藥原料として必要なものであり、輸入も少くない。輸入は國産品をもつて驅逐し、平時及戰時共に其の供給の獨立を計る必要がある。

(三)原告の事業は、農業必需品及軍國の必需品を生産し、國防に寄與する上に於て公益上最も必要な事業なれば、區々たる一地方の事業にして、而も必ずしも生産的に使用せられず、動もすれば娯樂又は奢侈に使用せらるゝ電氣供給事業に比し公益上の價値著大である。

これに對して被告廣島縣知事は次の如く辯明した。

(一)公衆に及ぼす影響は、自家用電氣供給を目的とするものは間接的なるに反し、一般電氣の供給を目的とするものは直接的である。従つて一般電氣供給事業をもつて公益上の價値最大なりと斷するを妥當とす。

(二)参加人乙の事業内容は、一般電力の供給を目的とするもので、その供給區域は廣島、島根、鳥取、岡山の四縣に互り、包容戸數三十九萬餘戸、人口百八十一萬餘を有し、電力は専ら乙の供給するところである

から、其の經營の良否は公衆の日常生活及區域内産業の消長に多大の影響あるものである。しかるに五年後に於ては三萬五千餘キロワットの電力不足を生ずるものであるから、水力使用の許可を要望する程度は甲に比して緊切である。

(三)参加人乙は平時に於ても陸軍方面、海軍方面にも多量の電力を供給して居る。殊に一朝事あるときは一層多量の電力を供給しなければならぬが、乙以外にこれを求めることは出来ない。従つて乙の發電設備の完否は、甲に比して軍事上緊切の程度遙かに大きい。

判決は以上原告の主張に對して次の如く判示した(前掲)。

一 乙ノ送電供給ハ廣島縣全部其ノ他近縣ニ及ヒ需用電力ハ専ラ乙ノ供給スル所ナルヲ以テ之レ等公衆ノ日常生活及右區域内産業ノ消長ニ多大ノ影響ヲ及ホスモノト云ハサルヘカラス。

二 乙ハ本件水利使用ノ許可ヲ得タルトキハ料金ヲ相當低減スルコトヲ得ヘキ事實ヲ認ムルカ故ニ乙ノ出願ハ其ノ目的トスル事業ノ公益上ノ價値ニ於テ原告ニ優ル所アリト謂ハサルヘカラス。

三 需用者タル多數公衆ノ日常生活ニ於テ電氣ヲ娯樂又ハ裝飾ニ使用スルコトアルモ之ヲ以テ無用トナスヘキニアラス。

又乙ノ事業狀況ヨリ觀察スルトキハ電力ヲ一括シテ販賣スルコトノ有リ得サルコト明ナルカ故ニ原告ノ主張タル乙ノ目的トスル事業ノ公益上ノ價値僅少ナリトノ理由ト爲スニ足ラス。

(4) 電源を發見したる者の利益

本件に於て原告甲は先願權を主張し、その理由として電源を發見したる者の利益を次の如く主張した。

常に電氣の一般供給業者に水利使用を許可すべきものとせば、電源を發見し、數萬の費用を支出して調査をなし、其の確實なるを認めて先に出願したる自家用電氣業者の利益は、常に大小の一般供給業者に奪はれ、その結果として電氣を必要とする産業は發達せず、國家のため痛嘆すべき状態を生ず。

原告の右の主張に對して判決は次の如く言つた。

公益上ノ價值ニ於テ参加人乙ノ事業カ原告ノ事業ニ優レル以上原告ノ調査費用ノ損失ノ如キハ止ムヲ得サル所ナリ(前掲)。

(5) 企業能力の優劣を決定する標準

前掲の昭和三年第八十一號事件に於ては、甲と乙との企業能力は殆ど同等であつて、兩者の間に殆ど優劣がなかつたのであるが、企業能力の優劣を決定したものに次の如きものがある。

本件處分當時原告ノ資本金ハ僅カニ三萬圓ニ過キス自ラ其ノ出願事業ヲ經營シ之ヲ遂行スルノ能力ナカリシニ反シ乙ハ資本金三千八百餘萬圓社債金三千萬圓ヲ有シ廣島縣下唯一ノ電力業者トシテ事業ヲ遂行スルノ見込確實ナリ其ノ企業能力ハ原告ノ比ニ非ス(昭和三年第百十號(昭和六年七月十日行政裁判所判決)資本金ノ多寡ハ企業能力ノ優劣ヲ決定スルノ主ナル標準タルコト勿論ナリ(同上))。

第十八節 慣習に依る特別使用權

灌溉、水車などのために河水を引用することは、河川の特別使用に外ならぬから、現行河川法上河川管理廳たる府縣知事の特許を要する。かくの如く、特許によつて始めて河川使用の權利を取得するものにおいて、

それが公法上の權利なることは明瞭であつて、一點疑問の餘地はないのであるが、河川法の適用なき河川に於て從來よりの慣習によつて、灌溉、水車などに流水を引用するものに在りてはそれが權利なりや否や明瞭を缺く。總て公法上の權利は國家より與へられるによつて成立するのを本則とするものであり、河川の如き國の公物については永年使用の慣行があるからと謂つて、慣行より使用の權利が發生すると認むることは出来ないのである。隨て假令灌溉、水車などのために、河川が多年平穩且公然に使用され、慣行上の行爲として認められてゐる場合に於ても、これをもつて直ちに河川使用權たりと認め難く、茲に河川使用の權利ありや否やにつき疑問を生ずる餘地が認められる。しかし、判例は例外なくこれを權利と認めてゐるようである(1)。

註

(1) 大審院は河水を灌溉、水車などのために慣習によつて引用するものに對し流水使用權を認め、これを一つの裁判慣例として來た。

行政裁判所の判例にも灌溉のために慣習によつて河水を引用するものを權利と認めたものがある。

我國古來ノ慣習ニ依レハ田地養水ノ如キ既ニ一定ノ使用者アル場合ニ於テハ上流ノ沿岸所有者タルトモ擅ニ其流水ヲ使用シ以テ養水使用者ノ權利ヲ害スルコトヲ得サルモノトス(明治二十九年十月大審院民二部判決)。

河川溪水等ノ沿岸所有者ハ其流水ヲ使用シ得ヘキハ勿論ナルモ我國古來ノ慣行ニ依レハ溪水ノ如キ流水ニ付既ニ一定ノ所有者アリテ之ヲ以テ田地養水ト爲セル場合ニ於テハ上流ノ沿岸所有者タリトモ後日ニ至リ新ニ田地ヲ開キ擅ニ其流水ヲ使用シ以テ從來使用シ居リタル下流沿岸所有者ノ養水使用權ヲ害スヘカラサルモノトセリ此慣行ハ裁判々例ニ於テモ亦是認スル所ナリ(明治三十二年二月大審院民二部判決)。

凡ソ河川ノ沿岸所有者ハ他人ノ權利ヲ害セサル範圍ニ於テハ田地ニ灌溉シ水車ニ利用スル等各自其水流ヲ使用スル

一〇〇〇。一種ノ權利ヲ有スルコトハ法律ノ明文ナキモ慣習上認め来リタル所ナリ而シテ此權利ヲ侵害セラレタル者ハ加害者ニ對シテ損害ノ賠償又ハ妨害ノ排斥ニ因リテ其救済ヲ求メ得ヘキコトモ亦兩院ノ判例ノ是認スル所ナリ(明治三十八年十月大審院民二部判決)。

井手ヲ設ケテ田用水若クハ飲用水等ニ用ヒタル場合ハ勿論公共物タル溪流其モノト雖一旦或者ニ於テ其流水ヲ専用スル慣習ヲ生シタルトキハ茲ニ其者ニ權利ヲ生シ他人ノ之ヲ侵スコトヲ容サ、ルハ我國一般ニ古來ヨリ認ムル所ノ原則ナリ(明治四十二年一月大審院民一判決)。

多年河川ノ流水ヲ田地ニ灌溉シ水車ニ利用スル等ノ慣行アルトキハ其使用者ニ流水使用ノ權利ヲ生スルコトハ古來我邦ノ慣習上認め来リタル所ニシテ當院ニ於テモ從來屢々判例ヲ以テ之ヲ認容セリ(明治四十五年五月大審院刑事部判決)。

河川ノ水流ヲ從來ノ慣習ニ從ヒ使用シ来リタル者ハ田地灌溉ノ爲ナルト水車運轉ノ爲ナルト問ハス各之ヲ利用スル權利ヲ有スルコトハ當院判例ノ存スル所ナリ(大正五年十二月大審院民三部判決)。

土地所有者又ハ村民力之ヲ灌溉飲用等ニ使用シ来レルニ止マルモノト認めサルヘカラス此ノ如キ場合ニ於テハ土地所有者又ハ村民ハ河水ノ全部又ハ其一定量ニ付特種ノ權利ヲ有スルモノニ非スシテ他ノ用途ノ使用者ト共同互讓シテ流水ヲ使用スルノ權利ヲ有スルニ過キササルモノトス(昭和二年十一月行政裁判所第一部判決)。

判例は右の如く、慣習によつて行はるゝ灌溉、水車などの如き河川の使用を權利と認め、この權利を侵害せられたものは、行政處分の取消、損害賠償の請求、または妨害の排除を求むることによつて、救済を求め得るものと判示して来たのであるが、これを權利として保護すべきものとすれば、その權利の内容は如何なるものであるか。この點の關係を明にすることは水利上最も必要なことである。

この問題は、河川の水が未だ用水路、その他に引用せられず、河川の区域内に在る場合の關係と、既に用水路その他に引用せられて、用水路、その他の内に入りたる場合の關係とに區分して考ふることが出来る。

第一 河水引用權の内容

河川の水につき慣習上の使用權ある場合と雖、その權利は多くの制限の下に認容せらるゝものであつて、決して絶對的のものではない。河川の使用が未だ一般に行はれず、水量が豊富であつて、使用に差支を生ずることのなかつた場合には、これを自由に使用して差支なつたのであるが、河川の使用が繁多を加ふるにつれて、かくの如く自由なる使用は認むることが許されなくなり、漸次制限を蒙るに至ることは免れ難きところである。河川を一人のものが専用し他人の使用を排除して許さざるが如き慣行あるも、これを認容すべきものはなく、從來の使用者に障害を及ぼさざる限りは、他人の新たな使用を認むべきものであり、現在必要以上の水量を引用しつゝあるものが、必要の限度に制限を受くべきことは條理上當然のことである。判例は慣習によつて河水を引用してゐるものが必要とする程度まではこれを權利として認めて来たのであるが、河水を使用するものにとりて必要な水量と雖も、他に使用するものがあるときは、ある程度の制限を受くるも忍ばねばならぬと判示するに至つた。

(1) 河川専用の慣習

他人ノ使用ヲ排除シ河川ヲ専用スル慣習アルモ之ヲ權利ト認ムルコトヲ得ス(明治二十九年大審院民二部判決)。

ある者が河川を使用する慣習上の権利を有し、その者の許諾なき限り他人の新なる使用を許さざる慣習があった。かくの如く、河川を専用し、若は独占するが如き慣習はこれを権利として認むべきや否や、判例はこれを否認した。その内容は次の如きものである。

甲は朽木縣に於ける小瀧川を慣習によつて使用する権利を有する。然るに乙が新に用水路を開鑿して右小瀧川の水流を引用するに至つた。甲は乙の行爲をもつて水利権を侵害するものとなし、用水分流差止請求の訴を提起した。しかるに原審に於て甲の要求を斥けたから大審院に上告するに至つたのである。

甲が上告理由として擧ぐるところは、(一)小瀧川は甲に於て専用の権利を有し他人の使用を許さざる慣習がある。然るに原判決は甲の専用権を否認し、乙に小瀧川の使用権あることを認めた。(二)新に河水を使用せんとするものは、從來使用して来た水利關係者の承諾なき限り猥りに使用し能はざる慣習である。然るに原判決は乙の水路が新設なることを認めながら、なほ乙に使用権あるを認めた。これは不當の判決であるといふにあつた。

大審院は「小瀧川ハ公共ノ水路ナリト認定シタル原判決ヲ以テ訴訟ノ主旨ヲ誤レルモノト爲スヲ得ス。小瀧川ニシテ公共ノ水路ナルトキハ他人ノ既得權ヲ妨害セサル限りハ、何人ト雖適意之ヲ使用シ得ル理合ニ付從來使用スル者ト新ニ使用スル者トノ間ニ其權利ニ等差アル理ナシ。被告人(乙)ノ爲シタル新工事カ、上告人(甲)ノ用水ヲ妨害スヘキヤ否ヤハ小瀧川ノ水量如何ニ依ルモノニシテ新工事ハ常ニ必スシモ妨害アリト謂フヲ得ス」(前掲)と判示し、甲の上告を棄却した。

この判決に於て、大審院は他人の新なる使用を認容せざるが如き河川専用の慣習を否認し、既得の権利を侵

判決要旨

害せざる限は何人と雖河川を使用し得ることを明にしたのである。

(2) 河水の概括的使用

判決の二

上流ノ使用者ハ下流ノ使用者ニ對シテ優越ノ權利ヲ有スト雖其使用ノ範圍ハ各自ノ必要ヲ充タス程度ニ止ムルヲ要シ概括的ノ水利權絶對ノ優越權ヲ認ムルコトヲ得ス。
他ニ水流ヲ利用スルモノアルトキハ其權利ヲ害シテ他人ヲシテ他ノ用途ニ新ニ使用セシムル權能ヲ有スルモノニアラス(大正五年大審院判決)。

某湧水の流域に田畑を所有する甲部落は、慣習によつて右の湧水を灌漑のために引用して来た。用水路の管理、修繕等は甲部落によつて行はれて来たから、該用水を飲用に供するには、甲部落の許諾を要することになつてゐた。乙は甲部落の下流にあつて該水流を水車に使用する権利を有し、引用工事の幾部を負擔して来た。然るに甲部落は乙の上流に於て新にその水流を引用することを丙に許したから、乙の水車はこれがために用水を減じ、運轉に支障を生ずるに至つた。よつて乙は水利権を侵害されたるものとして水利妨害排除の訴を起し、第二審を経て大審院に上告するに至つたのである。

乙は上告理由として、(一)甲は田畑の灌漑に必要な程度に於て水利権を有するものであるから、この程度を超ゆることは出来ない。田畑が宅地に變ずれば、これに隨つて使用の権利を失ふものである。然るに原判決は、甲の有する水利権は廣汎なる概括的の利用權で、需要の増減によつて、その範圍を變更すべきものでなく甲の水利権は灌漑のみを目的とするものではないと説示し、乙の請求を斥けた。(二)原判決は甲の権利は前述

の如く概括的のものであるから、何人と雖その意に反して流水を使用することは出来ない。けれども甲は流水につき所有權を有するものでないから、絶體に他人の利用を禁止することが出来ない。唯甲は乙の水利權に優越するに過ぎない。と判示した。この判示によれば、甲は本來の用途たる灌漑以外に乙に不利益を及ぼすべき利用方法を探り得ざるものでなくてはならぬ。然るに原判決は乙の水車の運轉を困難ならしむる事實あることを認めながら、乙の請求を斥けた。この判決は不當であるといふにあつた。

大審院は「上流使用者ハ地勢上下流ノ使用者ニ對シテ優越ノ權利ヲ有スルヲ原則トスルモ、其水流使用ノ範圍ハ其水流地ニ於テ各自ノ必要ヲ充タス程度ニ止ムルヲ要シ、特別ノ慣習又ハ下流使用者トノ間ニ特別ノ契約ノ存セサル限りハ上流使用者ノ爲ニ絶對ノ優越權ヲ認ムルコトヲ得ス。隨テ田畑灌漑ノタメ水流ヲ利用スルモノト雖他ニ田畑灌漑ノ爲ニ又ハ水車運轉ノ爲ニ利用スル者アル場合ニ於テハ其權利ヲ害シテ迄モ田畑灌漑ノ必要以外ニ水流ヲ處分シ他人ヲシテ他ノ用途ニ新ニ之ヲ利用セシムル權能ヲ有スルモノニアラス」(前掲)と判示し、原判決が甲部落に流水の概括的利用權あるを認め、甲部落は乙に優越して水流を引用することを得べく、その優越的利用權に基き、利用權の一部を丙に讓渡し丙をして湯屋營業のために利用せしめたものであると判示したのは不法であると原判決を破毀した。

この判決は用水路の水流使用權に關するものであつて、河川の水に關するものではないが、判決が河川の水の使用についても同様に取扱つたであらうことは疑の餘地がない。これに類する判例は、行政裁判所によつても示されてゐる。

判決要旨

(3) 必要以上の水量の引用

引用水量ヲ必要ナル限度ニ確定シ其餘水ヲ他ニ使用セシムルコトハ公益上必要ナル處分ト認メラレ違法ニアラス(大正二年行政裁判所判決)。

甲は北海道石狩國に於て水田開墾の目的をもつて幌向川より引水するため用水溝開墾の許可を受けた。その後北海道廳長官より引用水量確認の手續きをなすべき旨命ぜられたので、甲は三十八個半なる旨届出でた。然るに北海道廳長官は、引用水量を十七立方尺と定め、且將來水源の水量減少したるときは引用水量を制限すべきことを指令した。よつて甲はこれを不當として水利權不當制限の訴を提起したのである。

原告甲は(一)被告北海道廳長官の指令は、使用水量を新に決定したものでなく曩に與へた許可を變更したものである。何故ならば、許可書には水量に付明言なきも、願書には豫定反別の灌漑を目的とすることを明記してあるから、許可に條件なき限りは該面積の灌漑に必要な分量の水を引用することを許したものと謂ふべきである。(二)北海道廳長官の制限したる水量では、原告の水田灌漑に不足するから既得權を侵害する不當處分であると主張した。

被告北海道廳長官は、用水溝開墾の許可は公有水面の使用を許可したるに止まり、河水使用の許可を與へたものではない。(二)假に該許可によつて水利權が生じたとしても、原告は幌向川の全水量につき引用の權利を有するものではない。従來は水田開墾の希望者が少なかつたから引用水量に制限を加へなかつたが、近年に至り著しく増加して來たから無制限に使用を許すことは出来ない。原告の灌漑に必要な水量を確定し、余水を他の開墾者に使用せしむることは公益上必要であるから、命令書の條項によつて、水量を確定したもので、違

判決要旨

法の處分ではない。と辯明した。

行政裁判所は「用水溝開鑿ノ許可ハ用水溝ヲ開鑿シテ幌向川ヨリ引水スルコトヲ許可シタルモノト解スルヲ相當トス」と認め「命令書第十條ニハ「北海道廳長官ニ於テ公益上必要アリト認ムルトキハ本免訴ヲ解キ若クハ本命令書ノ條項ヲ更改スルコトアルヘシ」トノ規定アルヲ以テ許可ニヨリテ所要水量確立シタリトスルモ、被告カ公益上必要アリト認め、之ヲ制限シタルハ違法ニアラス、(中略)原告ノ引水量ヲ必要ナル限度ニ確定シ、其餘水ヲ廣ク他ノ開墾希望者ニ使用セシメ開墾事業ヲ獎勵スルコトハ公益上必要ナル處分ト認メラルヲ以テ原告ノ主張ハ之ヲ採用セス(中略)被告ノ確定シタル制限水量ハ原告農場ノ灌溉水量トシテ充分ナリ」(前掲)と判示し原告の要求を斥けた。

この事案は、慣習上の引用水量の制限に關するものとは稍趣を異にするが、從來よりの引用水量を必要の限度にまで制限することが適法の處分であつて、既得權の侵害とならぬことは慣習上のものについても同様に考へて差支ないと思ふ。

判決の一

(4) 水源に対する支配權の範圍

水利權者ノ引用ニ影響ナキ限り水源ノ水ヲ他ノ目的ニ使用スルコトアルモ水源ノ水利權者ハ之ヲ拒ムコトヲ得ス(明治四十一年五月行政裁判所判決)。

河川をある地點に於て堰留め、引用する權利あるものが、堰留箇所の上流及びその水源たる湖沼に水利權を有し、他人の引用を排除して來た場合には、その權利の効果として湖沼または河川の水を他の目的に利用する

ことは絶対に出来ないか。判例はかくの如き場合に、引用水量に影響なき限り、他の目的に使用するも水利權の侵害とならずと判示した。

中江用水普通水利組合は、關川及びその水源たる芙蓉湖に水利權を有し、水上村地内に於て關川の全水量を堰留め耕地へ配水して來た。然るに新潟縣知事は、右堰留箇所の上流に於て新水路を設け關川の水流を引入れて電氣事業に使用する許可を與へた。しかして、その計畫は引用した河水を再び關川に放流するものであつて、その放水口は中江組合の取入口の上流約六里の地點であつたから、中江組合の取水には何等影響なきものであつた。しかるに、中江組合は取入位置の上流に於て水利權を有し、他のものゝ使用を許さざる關係にあつたから、知事の處分は違法に組合の權利を毀損したるものとして、許可處分取消請求の訴を提起したのである。

原告中江組合が理由として擧ぐるところは、組合は關川を堰留めて全水量を引用する權利を有するが、從來に於ても早魃となれば用水に不足を告ぐる情況であつたから、關川の上流及びその水源の水を他に引用を許さざるものである。然るに本件許可のために益々水量に不足を告ぐることになり、從來享有して來た既得の權利を侵害せられたものである。といふにあつて、組合が關川の上流及びその水源に水利權を有する證據として、右の地點に於て用水工事の執行を公許せられたこと、及び芙蓉湖に對し水利權を有することを證するに足るべきものを提出した。

これに對して、被告新潟縣知事は、(一)原告中江組合は關川水流の專用權を有するものでない。(二)電氣事業のために、關川の使用を許すも引用したる水は再び之れを原告取水口の上流に於て放流するものであるから、原告の取水量に増減はない。(三)取入口の水量に影響なき限り、組合は流水の使用に關して何等の權利を主張

判決要旨

し得るものではない。と辯明した。

行政裁判所は、中江組合に關川堰留引用の権利あることを認め「原告ノ用水取入口ニ於ケル關川水量ハ本件許可ニ依ル使用ノ爲ニ影響ヲ蒙ルコトナシ(中略)違法ニ原告ノ権利ヲ毀損シタル處分トシテ本件許可ヲ取消スヘシトノ原告ノ主張ハ之ヲ認ムルコト能ハス」(前掲)と判示し原告の要求を斥けた。

中江組合は、その取入口の上流に於ける關川及芙蓉湖は組合の水源として重要な關係があるから支配権を有し、他人にその水源の水を使用せしむるが如きことは、既得権の侵害であると主張したのであるが、裁判所は組合が有する水源支配権は、畢竟取入口の水量を確保すること以外には出でないものであるから、取水口に於ける水量に影響なき限り権利の毀損とならないと判定したのである。

(5) 河水使用権の性質及其制限

土地所有者又ハ村民ハ河水ノ全部又ハ一部ニ付特種ノ権利ヲ有スルモノニアラス他ノ用途ノ使用者ト共同互讓シテ流水ヲ使用スルノ権利ヲ有スルニ過キサルモノトス(昭和二年十一月行政裁判所判決)。

河川ノ用途ハ益々繁多ナルヲ以テ舊來ノ使用者ハ或程度迄不便利益ヲ忍ハサルヘカラス(同上)

長野縣下水内郡柏原村外九箇村は、慣習により鳥居川の流水を飲料及灌溉に使用して來た。然るに長野市に於て上水道の水量補給のため、鳥居川の水源たる越水澤の河水使用を出願し、長野縣知事はこれを許可した。柏原村外九箇村は、権利を侵害する違法の處分として行政處分取消請求の訴を提起したのである。

原告は理由として、柏原村外九箇村は、古來より鳥居川の流水を飲料及び灌溉に使用し、慣行によつて同流

判決の一

水全部の使用権をもつてゐる。随つて、その水源たる越水澤の水量は、全部原告に於て使用して來たのであるが、長野市が越水澤の全水量の引用を出願したるに對し、長野縣知事はこれを許可した。右の處分は不法に原告の権利を侵害したものであると主張した。

被告長野縣知事は、(一)原告村は鳥居川全部の使用権を有すといふも、原告村各用水引入設備は、大部分轉石を堆積し、不完全な引水路によつて引水するもので、該河川の全水量を引用することは不可能であるから、現に引用しつある範圍の水量に對して使用権があるに過ぎず、河川の全水量に對して権利を有するものではない。(二)長野市に許可したる越水澤の水量は、從來中社組に於て引用してゐたもので、中社組より引用権の讓渡を受けた長野市に同量の引用を許可したとて原告の権利を侵害するものではない。鳥居川は河川法準用河川であるから、施行規程第十一條第一項但書の規定に基き發したる縣令により原告は許可を受くべきものなるに、指定の期限内に許可を受けざりしものであるから、原告は鳥居川に對して水利権なきものであると辯明した。

行政裁判所は原告村に於て鳥居川の全水量を引用する権利なきものと認め、鳥居川ノ流水ハ原告村内ニ古來存在スル水路ニ流下シ原告村内ノ土地所有者又ハ村民カ之ヲ灌溉飲用等ニ使用シ來レルニ止マルモノト認めサルヘカラス。斯ノ如キ場合ニ於テ村民又ハ土地所有者ハ河水ノ全部又ハ其ノ一定量ニ付特種ノ権利ヲ有スルモノニアラスシテ他ノ用途ノ使用者ト共同互讓シテ流水ヲ使用スルノ権利ヲ有スルニ過キサルモノトス。隨テ其權利モ亦右ノ如キ範圍ヲ出ツルモノニアラス。世態ノ變遷ニ伴ヒ河川ノ用途ハ益々繁多ナルヲ常トスルカ故ニ舊來ノ使用者ハ從來ノ如ク豊富自由ニ流水ヲ使用シ得サルコト、ナルモ是公共ノ用ニ供セラル、物ノ性質

判決要旨

上止ムヲ得サル所ニシテ、舊來ノ使用者ハ或程度迄ノ不便利益ハ之ヲ忍ハサルヘカラサルモノトス。(中略)原告村内ノ灌溉飲用其他ノ使用上通常ノ場合ニ於テハ何等ノ支障ナク旱魃ノ年ト雖其使用ニ付多少ノ注意ヲ加フルニ於テハ本件許可ニヨリ差シタル障害ヲ生スルモノニアラス隨テ原告ノ權利ヲ毀損スルモノト認ムルコトヲ得ス」(前掲)と判示した。

第二 用水路の水に関する権利

河川の水は何人の所有にも屬せず、公共の利用に供せられるものであるから、他人の使用を妨げず且他人の既得権を侵さざる限りは、何人と雖も自由にこれを使用し得るものと認められてゐる。然るに河川の水が一旦用水路その他に引用せられると、それが特許による場合と慣習による場合とを問はず、その水流は最早公共の水流たる性質を失ひ用水権者の絶體的獨占的の支配に服するものゝ如くに考へるものがある。そして、用水路その他の管理者は、特約、慣習なき限りは水流を如何ように使用し、處分するも絶體に自由なる權利を有するが如く認め、他人の使用を排除して憚らざるものがある。固より用水路の如きは自然公物たる河川と異り、特別の目的のために設け、人為的に河水を引用するものであるから、河水の如く公共の利用に供せられ、本來何人も自由に使用し得べきものとは、性質上同様に認むることは出来ない。けれども、絶對的無制限の權利を認め、濫りに他人の使用を排除するが如きことはこれを認むることが出来ない。何故ならば用水路の水流は本來特定の目的のために引用することを許容されたものであつて、その權利は一定の限界を有しその限界を超へて權利を有するものでなく、其の限界内の使用と雖も、使用の妨げとならざるに拘らず濫りに他人の使用を排除

するが如きことは權利の亂用と認むべきものであるから、故に判例も亦これを否認して來た。

(1) 用水路の流水の支配權

田家用ノ堰水ハ其水利組合ニ於テ所有權ヲ有スルモノニアラス。唯其水ニ付使用ノ權利ヲ有スルニ止マルモノニシテ其使用ハ組合員ノ田家ニ必要ナル丈ノ水ヲ使用スルニ過キス。水車ヲ設置スルモ組合ノ使用ニ妨ケトナラサルニ於テハ之カ爲ニ權利ヲ侵害シタルモノト謂フヲ得ス(明治三十一年十一月大審院判決)。

長野縣小縣郡に於ける吉田堰は、養老年間吉田堰組合に屬するものが、私費をもつて築造したもので、神川より揚水し、灌溉、飲用のために充つる延長四里餘の細流である。右の細流は吉田堰組合の管理に屬し、毎年組合費をもつて修繕を行ひ、組合の許諾なくして他の目的に使用することを許さざる慣例を有するものである。然るに坂口某外七名は、吉田堰の支流に沿ふて製糸用の水車を建設し、組合の許諾なくして組合の管理する水流を使用した。よつて坂口某外七名の行爲は、吉田堰の使用權を侵害するものとして、用水使用差止請求の訴を提起し、第二審を経て大審院に上告するに至つたのである。

吉田堰側が理由として擧げたところは、(一)該堰は水利組合専用之流水で社會の公共物ではない。(二)組合の許諾なくして水車を建設し、用水を使用するは組合の權利を侵害するものである。(三)水車に堰の流水を使用することは組合に實害を及ぼすものであるといふにあつた。

これに對して坂口某外七名は、水車に使用する水は吉田堰の水量の一部ではあるが、谿に放流し不用に屬するものを用ふるのだから干渉を受くる限ではない。水車が吉田堰に實害あるとの主張は不當であるといふ

判決要旨

にあつて、権利の侵害と實害とは兩々相伴ふもので、實害を離れて権利の侵害はない。故に實害を生ぜざる限りは吉田堰の許諾を経べき慣例又は契約であつても本件請求の原因とはならないと主張した。

大審院は、「本件ノ如キ田家用ノ堰水ハ其水利組合ニ於テ之カ所有權ヲ有スルニ非ス。唯其水ニ付權利ヲ有スルハ之ヲ使用スルニ止マルモノニシテ其使用ハ本件水利組合員ノ田家ニ要スル丈ノ水ヲ使用スルニ過キサレハ被上告人(組合)カ使用シタル余水ニシテ本件堰ノ下流ニ流下スルモノ迄權利ヲ有スルニ非サルヲ以テ上告人(水車設置者)ノ使用カ實際被上告人(組合)ノ使用ヲ害セサルニ於テハ之カ爲毫モ被上告人(組合)ノ權利ヲ侵シタルモノト謂フヲ得ス。假令本件ノ如キ慣習アリト雖其慣習ハ條理ニ適セサルモノナルヲ以テ之レニ服従スルヲ要セス」(前掲)と判示し、水利組合の堰水支配權の範圍を明かにした。

この判例によれば、水利組合はその管理する水流につき所有權を有するものではなく、唯その使用權を有するに過ぎない。その水流使用權も無制限のものではなく、組合員が田家のために必要とする限度に於てのみ認められるのである。故にそれ以外の水流は余水であつて、組合はこれに對して權利を主張し得ない。隨てその余水は他人がこれを使用しても組合の權利を侵したことはないならず、水流の使用につき組合の許諾を求むべき慣例があつても、それには服する必要がないのである。

(2) 流水の概括的使用權

上流ノ使用者ハ下流ノ使用者ニ對シテ優越ノ權利ヲ有スト雖其使用ノ範圍ハ各自ノ必要ヲ充タス程度ニ止ムルヲ要シ概括的ノ水利權絕對ノ優越權ヲ認ムルコトヲ得ス(大正五年大審院民二部判決)。

判決の一

争點は甲が管理して來た灌溉用水は、甲に於て概括的利用權を有するや否や、甲は下流の利用者を妨げてまで他のものに新なる水流の使用を認め得るや否やの二點にあつた。

大審院は甲にかくの如き水利權あることを否認し、水流使用の範圍は其水流地に於て各自の必要を充たす程度に止むるを要し、下流に水流を使用するものがあるときには、その權利を害して迄も灌溉以外に水流を他人に利用せしむる權能はないと判示した。

(3) 引用したる水の支配權

土地所有者カ流水ヲ自己ノ土地ニ引用シタル場合ニ於テハ其使用權ハ絕對ニ自由ナルモノニアラス上流ノ土地所有者ハ流水ノ使用ニ關シ下流ノ土地所有者ノ利益ヲ保護スル爲種々ナル制限ヲ受クルコトアルヲ免レス(大正四年六月三日大審院民二部判決)。

乙は甲の所有にかゝる山口縣吉敷郡仁保村字仁保田三百番の余水を引用して自己の所有する二百九十八番の田の灌溉に充てゝゐた。ところが甲は乙の引用を排して自己の所有する二百九十番の田の灌溉に充てようと計り山口區裁判所へ引用權確認の訴を起した。山口區裁判所は甲の要求を認め乙は引用權なしとの判決を與へた。乙はこれに服せず山口地方裁判所に控訴した。山口地方裁判所は、兩者の争點が(一)甲の所有にかゝる三百番の土地の余水は湧出した水であるかまたは流水を引用したものであるか、(二)三百番の余水は乙の所有地たる二百九十八番の田に引用する慣習があるか否か、(三)甲は三百番の余水を一旦溝渠に流入せしめその上二百九十番の田へ引用したものであるか否かの三點に在るものと認め、甲の所有にかゝる三百番の余水はその土地よ

判決の一

り湧出するものであること、乙は甲の所有地たる三百番の田よりその余水を二百九十八番の田に引用する慣習あることを認め、乙は従来より甲の所有地たる三百番の余水を引用してゐたとの理由によりて甲の要求を斥けた。よつて甲は大審院に上告したのである。

甲の請求原因とするところは、土地所有権の効果として土地より湧出し又は自然に浸潤する水の支配権を有するものであるから、その土地所有者は水の使用収益及び處分をなすの権能がある。然るに原判決は甲は三百番の田地所有権の効果として其余水を他に引用する権利なしと論じたのは不當であると謂ふに在つた。

判決要旨

大審院は「土地ヨリ湧出シタル水カ其ノ土地ヲ浸潤シテ未ダ溝渠其ノ他ノ水流ニ流出セサル間ハ土地所有者ニ於テ自由ニ之ヲ使用スルコトヲ得ヘク其ノ余水ヲ他人ニ與ヘサルモ他人ニ特約、法律ノ規定又ハ慣習等ニ依リ之ヲ使用スル權利ヲ有セサル限リハ之ニ對シテ何等異議ヲ述フルコト能ハサルモノトス即チ此ノ場合ニ於ケル土地所有者ノ水ヲ使用スル權利ハ絶對ニ無制限ナリ。然レトモ之ニ反シ土地所有者カ流水ヲ自己ノ土地ニ引用シタル場合ニ於テハ其ノ使用權ハ右ノ如ク絶對ニ自由ナルモノニ非ス上流ニ位スル土地所有者ハ流水ノ使用ニ關シ下流ノ土地所有者ノ利益ヲ保護スル爲種々ナル制限ヲ受クルコトアルヲ免レス」(前掲)との前提のもとに、甲がその所有する三百番の田の余水を二百九十番の田に引用する権利ありや否やを判定せんとするならば、先決問題として右三百番の田地に於ける係争の水がその田地より湧出して未だ溝渠に流出せざるものなるか、または流水を引用したものなるかを確定しなければならぬ。然るに原判決がこの點を明確にせざるに拘らず甲の引水權なき旨を判示したのは不當であると原判決破毀の判決を下した。

以上掲げて来たところの數個の判例は、孰れも慣習上の水利權の内容に關するものであるが、これ等の判例

によつて示されたところによれば、ある者が河川または用水路などの水に對して慣習上の使用權を有するとしても、その權利は特定の目的のために、必要を充たす程度に於て使用し得るに止まり、必要以上の水を使用し、または濫りに他人の使用を排除し得るが如きものではない。殊に最近の判例は、河川の用途は世態の變遷と共に益々繁多となるから、舊來の使用者は或る程度まで不便利利益は忍ばねばならぬと判示するに至つたのである。

かくの如く、不分明なる關係として殘されて来た慣習上の水利權が明かになり、その限界が定まると、新に河川を使用することの出来る範圍も亦自ら分明になつて来る。即ち他人の既得權を毀損せざる限り、河川は何人もこれを使用し得るのである。

第十九節 特別使用權の性質並にその保護

一

河川使用權の性質

河川使用權の性質及び第三者の不法侵害に對する保護について現行法制は規定を缺く。故にこれを法令の解釋に求めねばならないのであるが、その結果は解釋が區々に分れ學說、判例の一致を缺くこととなり、權利の保護に缺くところあるを免れぬ。これ畢竟法制上の缺陷たるを否み難い。

河川使用權は如何なる性質の權利であるか。河川使用權が第三者によつて不法に侵害されたる場合に法律上如何なる救済の途があるか。これを學說について見るに、或る者は公權說を採り、「公物使用權ノ特許ハ唯公物

公權說

主體ニ對抗シ得ベキ公法上ノ權利ヲ設定スルニ止マル。特許ヲ受ケタル者ハ特許ノ内容ニ從ヒテ自己ノ目的ノ爲ニ公物ヲ占有シ之ヲ使用スル公法上ノ權利ヲ取得スルナリ。其ノ權利ノ内容ハ法律ニ依リテ定マレル外特許命令書ニ依リテ指定セラル、ヲ通常トス。其ノ權利ハ物權ノ效力ヲ有スルコトナク、之ヲ民法上ノ權利ニ比較スレハ恰モ賃借權ニ類スル公法上ノ債權ナリ。其ノ民法上ノ權利ト異ル所ハ主トシテ其ノ權利ノ變更又ハ取消ニ關シテ民法ノ契約解除ニ關スル規定ノ適用ヲ受ケスシテ公益上ノ必要ニ依リ公物主體ノ一方的意思ヲ以テ之ヲ爲シ得ヘキコト及ヒ權利ニ關スル争アル場合ニ於テ民事裁判所ノ管轄ニ屬セサルコトノ二點ニ在リ。但シ其ノ權利カ財産上ノ價格ヲ有スル權利ニシテ特別ノ制限アル場合ノ外ハ讓渡及ヒ相續ノ目的ト爲ルコトヲ得ヘク、又公用徵收ノ目的トナルコトヲ得ヘキコトニ於テハ民法上ノ權利ニ同シ」となす⁽¹⁾。

また或る者は、同じく公權説を採リ、「特別使用權は典型的なる公法上の制度たる賦與處分に依りて設定せらるゝ權利にして、而も其の權利たるや半面に於て不可分の義務を負荷せられ、權利の内容として一定の行爲をなし得る權能を有すると共に、同一内容の行爲はこれを爲さざるべからざる義務を隨伴するものである。之れ公法上の權利の特質であつて、權利を行使すると否とが權利者の自由に放任せらるゝ私法上の權利と全く選を異にする。又特定の人を目あてに特に其の者に對して賦與せられたる權利であるが故に、特許官廳の許可を受くるにあらざれば、之を他人に移轉することが出来ない。加之權利の内容は公益上の理由に因り變更せらるべきことを要件とし、且公益上の理由に因り取消すことを得べきものである。之れ公法上の權利の特質であつて、かくの如き性質を有する特別使用權は到底之を私法上の權利として支持することは出来ない。」特別使用權は物權に酷似する權利である。若し民法上の物權より其の民法的の附加物を除去し、特別使用權より其の公

法的の附加物を除去するならば、兩者は正に一致すべき一種の財産權である。「されば河川法は第四一條を設け不法行爲に因る損害賠償の責任を定め、隨つて第三者の特別使用權侵害に對しては、本條の適用に依り損害賠償を請求し得べきものとしたのである」となす⁽²⁾。

公法學者に公權説を採るものが多い⁽³⁾に反して、私法學者には私權説を採るものが多い。

或る者は、私權説を採り次の如く説明する。「河川の特別使用權は私權たる性質を有するや。行政處分によりて許可を得たる場合に私法上の權利を取得するや。これは河川法の適用ある河川と、その適用なき河川とに分ち考究しなければならぬ。

河川法の適用ある河川に於ける河川使用權は私法上の權利である。

河川法第三條に「河川並其ノ敷地若ハ流水ハ私權ノ目的トナルコトヲ得ス」との規定の一般的解釋は、河川は全然私權の目的たることを得ざるものと解するが如し。然れども、他の規定と對照すれば、此規定は單に河川が私人の所有權の目的たるを得ざることを定めたものと解せねばならぬ。何故ならば、河川は絶對に私權の目的たるを得ずとするならば、河川は國の所有にも屬せざるものとなさねばならぬ。然るに明治七年太政官布告「地所名稱區別」に依れば河川の國有なるを認めねばならぬ。故に河川法第三條あるがために私法上の占有權を取得することを得ざる理由はなく、河川占有の許可を得たるものは、河川の使用に關して財産上特別の利益を受けるのであるが、この利益は一般人が等しく享受するところのものとは異なる。故にその性質は一般私權と異なる。更に河川使用の許可は、一般に禁止する事項を指定人に對し禁止を解くものであつて特許の性質を有し、漁業權、鑛業權と異なる。占有權が公權であるならば河川法第二一條の規定は無用である。

原則としては公権の移轉は認められないのであるから、占用権が公権なりとすれば特に明文をもつて移轉を許さざる旨を規定するを要せぬ。同條を設けることは私権なるを認めたものと解せねばならぬ。更にまた土地收用法第七條は「水の使用に關する權利」を收用する場合に準用すべきことを定めてゐるが、茲に「水の使用に關する權利」とは契約によりて生じたる權利ではなく、河川占用権を云ふものと解せねばならぬ。故に河川占用権は私権である。

右の如き根據に基き、河川占用権を以つて私権なりとすれば、如何なる種類の權利に屬するや。物權の一種と認めねばならぬ。民法第一七五條との關係に於いて、これを物權と認むるは、河川法によりて定められたるものであるからである。

河川法の適用なき河川に於いて河川占用の許可を受くるもこれを物權と認むることは出來ぬ。何故ならば、河川法の如き根據がないからである。

河川占用権を私権として認むることの實益は、主として其使用の侵害に關し民法第七〇九條の適用を生ずるや否やにある。適用河川の占用権は物權であるから不法行爲を成立するが、適用なきものは物權其他の絶體權でないから、第三者の侵害は不法行爲を成立せぬ⁽⁴⁾。

或る者は「特別使用カ公權ナリヤ私權ナリヤハ河川法第三條ノ關係上疑問ナリト雖同條ニ「河川並其ノ敷地若ハ流水ハ私權ノ目的トナルコトヲ得ス」ト謂フハ單ニ所有權ノ目的トナルコトヲ得ザルモノト解スルヲ正當トスベキガ故ニ私權タル特別使用權ヲ認ムルヲ正當トスベク隨ツテ其侵害ハ不法行爲タルベキモノトス⁽⁵⁾。」となす。また或る者は、同じく私權説を採り「特別使用權ハ特別ノ法律的原因ニ依リテ特ニ其ノ利用ヲ許サル、

ニ因リテ發生スルモノナルガ故ニ尙一種ノ私權ニシテ之ガ侵害ハ不法行爲トナルベキモノト解スルヲ正當ト信ズ」となす⁽⁶⁾。

特別使用権は公権であるか、或ひは私権であるか。その効力は公物主體にのみ對抗し得るところの公法上の債權であるか。將又河川使用権の侵害は民法の不法行爲となるべきものか。この點に關して茲に研究する餘裕を持たないが、今日通説とせらるゝが如く、河川使用権は直接第三者に對抗することの出來ない公法上の債權であつて、唯公物主體に對してのみ對抗し得るところの權利たるに過ぎないものならば、河川に使用権を有するものゝ地位は極めて不安定なものと謂はねばならぬ。或ひはまた一説の如く、河川法第四一條の規定によつて權利を侵害したる者に損害を賠償すべき責任があり、同法第六一條によつて損害賠償を司法裁判所に訴求し得るにしても、權利者は唯損害の賠償を求め得るに止まり、直接第三者に向つて侵害の排除を求むることは出來ないのである。今日河川使用権が第三者によつて不法に侵害されたる場合に、損害賠償の責任を認むるだけで果して權利の保護を全ふし得るであらうか。社會の全般に電燈、電力を供給すべき水力電氣事業または飲料水の供給を目的とする水道の如き河川の使用が、侵害排除の途なくして權利の保護全きを得るであらうか。河川使用権は性質上公權であらう。これを公權と認めざる限り論理の満足は得られぬかも知れぬ。けれども、公權説は權利侵害に對する保護の點に於いて困難に逢着しなければならぬ。

河川使用権が第三者によつて不法に侵害されたる場合に、侵害の排除その他の救済が得られねばならぬとは實生活上の強き要求である。社會生活上の必要から觀ても、この要求を満たすことが望まれる。私權説は何等理由なき獨斷にもせよ、河川使用権を私權と認むることによつて、社會生活上の要求が満たさるゝならば無下

にこれを斥けることは出来ない。論理の満足を得んがために實情に背馳するが如き結論を求むることは決して妥當なりとは思はれぬ。判例の觀る所果して如何。

註

- (1) 美濃部達吉博士日本行政法各論上卷(三七四頁以下)
同博士行政法撮要下卷(一八八頁)
- (2) 岡田文秀氏河川法(法學全集第二四卷二四一頁以下)
- (3) 織田萬博士ハ其著行政法講義各論中に左の如く述べてゐる。
「河川並ニ其敷地及流水ハ前ニ述ヘタルカ如ク私權ノ目的ト爲ルコトヲ得サルカ故ニ行政處分ニ依テ設定シタル使用又ハ占用ノ權利カ公權タルコトハ明ナレトモ一般公權ト異ナリ權利者其人ニ專屬スヘキ性質ノモノニアラサルカ故ニ相續又ハ讓渡ニ因テ移轉スルコトヲ妨ケス」
市村博士も亦公權説を採り次の如く述べてゐる。
「特定人カ許可ニ依リテ得タル營造物ノ特別使用權ハ私權ナリヤ。公權ナリヤ余ハ之ヲ公權ト解スルモノナリ。其然ル所以ハ必スシモ特別使用權カ行政處分ニ因リテ設定セラル、カ爲ニアラス。何トナレハ公法行爲タル行政處分ハ必スシモ常ニ公權ヲ設定スルニ止マラス又私權ヲ設定スルコトアレハナリ。然レトモ處分ニ依リテ私權ヲ生スルハ必ス私人ト私人トノ間ニ接觸ヲ生スヘキ關係ヲ設定スルコトヲ要ス。若シ然ラスシテ單ニ國家又ハ公共團體ト私人トノ接觸ヲ生スヘキ關係ヲ設定スルニ止マルモノナラハ決シテ私權ヲ設定スルコトナシ。營造物ノ特別使用許可ニ付テ見ヨ。行政處分ハ果シテ此ノ如キ關係ヲ生スルカ。例ヘハ公園地ノ一部ニ家ヲ設クル許可ヲ得タル者ハ決シテ他ノ私人ト接觸スルニ非ス河川ノ特別利用ニ付テモ亦然リ」(市村光惠博士行政法原理七〇三頁以下)。

尙同博士は特別用權については私人たる第三者に權利侵害を生ぜず侵害を生ずるは特別使用權より生ずる財産權のみとなし、財産權の侵害に對して民法第七〇九條の不法行爲を生ずとなす(同前掲七〇三頁)。

「公物の特別使用の許可を得たる者は其特別の方法に於て公物を使用することを得。此關係も亦後に營造物の利用の説明に於て明なる如く公法關係なり。其の權利なるか又は單純なる權能なるかは一概に之を決すべからず。先づ許可に依るものに付ては使用者が特別使用の許可を受くるの權利を有し之を出願して許可を得たる場合には常に之を使用するの權利を有す。然らざる場合は行政主體は裁量に依て任意に許可を取消すことを得るも之を取消さざる間は右の權利なりとす。

次に公法上の契約に依るものにおいては、使用者は之を使用するの契約上の權利を有すること論なし。其の何れの場合たるを問はず、其權利は公物の主體に對して公物を使用し得るの地位を主張するものにして公權たるなり。唯場合に依ては之と共に私權を生ずることなきに非ず。例へば漁業の許可を得たる者の有する漁業權の如し。然れども是れ前述の公權たる性質と共に有するものなり(佐々木惣一博士日本行政法總論二七五頁)。

- (4) 石坂音四郎博士「河川使用ノ法律關係」(京都法學會雜誌第六卷第六號)
- (5) 鳩山秀夫博士日本債權法各論(八七二頁)。
- (6) 末弘嚴太郎博士債權各論(一〇二五頁)。

(1) 水流使用權の侵害に對する救済

水流使用權ヲ侵害セラレタル者ハ加害者ニ對シテ損害ノ賠償又ハ妨害ノ排除ヲ求ムルコトヲ得(明治三十八年十月大審院判決)。

慣習上一種ノ權利ヲ主張スルモノニシテ不法行為ニ因ル損害賠償ヲ求ムルモノニ非ラス(同上)。
 稻垣某は往古より愛知縣東春日井郡片山村地内に於て、西行堂川の流水を使用して水車營業を営んで来たが、その下流に於て一尺五寸餘を超へざる板堰を設けて水車營業を開始することを吉田某等に承諾した。吉田某等は漸次之を高めて四尺余に垂んとし、上流にある稻垣某の水車は運轉を妨げらるゝに至つた。よつて稻垣某は侵害を豫防するため吉田某等の設置した板堰の低縮を求むる訴を起し、第一審第二審共稻垣某の勝訴に歸し、大審院に上告するに至つたものである。第二審名古屋控訴院の判決要旨は次の如きものであつた。

凡ソ共公ノ河川流水ハ特別ノ法令又ハ慣習ノ存セサル限りハ何人ト雖之ヲ使用スルノ自由ヲ有スルヲ以テ既ニ其流水ヲ使用シツ、アル他人ニ妨害ヲ加フル時ハ其妨害ヲ受ケタル者ハ損害賠償又ハ妨害排除ヲ求メ以テ救済ヲ求ムルヲ得ヘク其請求權ノ性質タルヤ民法ニ所謂不法行為ニ因ル請求ニ非ス
 河川使用ヲ妨害シタル者ニ對シ損害賠償ヲ求メ又ハ妨害排除ヲ求ムルハ民法ニ定ムル不法行為ニ基クモノニ非ス又物權ニ因ルモノニ非ス古來本邦ニ成立セル特殊ノ權利ニ基クモノナリ
 被控訴人ハ慣習上一種ノ權利ヲ主張スルモノニシテ不法行為ニ依ル損害賠償ヲ求ムルモノニアラス
 上告人吉田某等は上告の理由として次の如く主張した。

(一) 流水使用の自由を妨害したる場合は、損害賠償を求むるは私權の侵害に因り、其損害賠償を求むるものに外ならずして、民法第七〇九條、第七一〇條の不法行為に依るものである。然るに、原判決が斯る請求をもつて不法行為に非らずとなしたるは違法である。

(二) 第一審の法廷に於いて被告人稻垣某は、「本訴ノ原因如何」の問に對し、「不法行為ニ基クモノナリ」と答辯し、原告主張ノ要點ハ地役ニ基クモノナリ」と答辯し、「原告主張ノ要點ハ地役ニ關スルモノナリヤ」の問に對し、「地役上ノ主張ヲ爲スモノニ非ス。被告ハ原告ノ使用權ヲ侵害シタルヲ以テ不法行為ニ基ク請求ニ及ヒタルモノナリ」と答辯したるに徴すれば、被告上告人の訴が不法行為を原告となしたることは明である。然るに、原判決が民法の物權に基くものにあらずして慣習上一種ノ權利に基きたるものと爲したるは違法の判決である。

本訴の主たる争點は、民法の不法行為を原因とする損害賠償の請求をなすものであるか否やにあつたのであるが、大審院はこれを單なる不法行為の損害賠償を請求するものに非ずとなし次の如き判決を下した(前掲)。
 「凡ソ河川ノ沿岸所有者ハ他人ノ權利ヲ害セサル範圍ニ於テハ田畑ニ灌溉シ水車ニ利用スル等各自其水流ヲ使用スル一種ノ權利ヲ有スルコトハ法律ノ明文ナキモ慣習上認め來リタル所ニ係リ而シテ此權利ヲ侵害セラレタル者ハ加害者ニ對シテ損害ノ賠償又ハ妨害ノ排除ニ因リテ其救済ヲ求メ得ヘキコトモ亦當院ノ判例ノ是認セル所ニシテ但不法行為ニ因ル損害賠償ヲ求ムルニ當リテハ金錢ヲ以テスルノ外他ノ賠償方法ヲ許サ、ルヲ通例トナスト雖モ妨害ノ排除ニ依リテ侵害セラレタル權利ノ回復ヲ求メ得ル妨ト爲ルヘキモノニ非サレハ原院カ如上被告ノ訴旨ニ基キ被告ハ慣習上一種ノ權利ヲ主張スルモノニシテ不法行為ニ因ル損害賠償ヲ求ムルモノニ非スト爲シタルハ不法アルモノニ非ス。

二

流水使用權ノ侵害ハ民法ノ不法行為ヲ以テ論斷スヘキモノナリ(明治三十九年三月大審院民二部判決)。

野呂某等及藤原某は、秋田縣檜山町地内に設けある堰によつて水流を分流し、各自の所有反別に應じて平等

に引水する慣習上の権利を有する。然るに或る年の分水方法は藤原某等にとつて不利益なものとなつた。その原因は野呂某等の設けた堰止工事が不當であつたからである。よつて藤原某は流水使用権を侵害されたものとして、不法行為を原因とする損害賠償請求の訴を起し原告の勝訴に歸した。野呂某等はこれを不當として上告するに至つたのである。上告人野呂某等は上告の理由として次の如く主張した。

(一)被上告人等は上告人に對して平等に給水を受くる債権を有するに過ぎぬ。

(二)上告人等が平等に分水するに適合せざる工事を施したとすれば債務を履行せざりしのみであつて不法行為ではない。原院が上告人に不法行為ありとなしたるは不法である。

大審院は上告理由を排斥し次の如く判決を下した(前掲)。
上告人被上告人等ハ上告人所有ノ流水ヲ被上告人ニ給付スヘキ債權關係ニ在ルモノト異ナリテ互ニ流水ヲ使用スル一種ノ權利ヲ有シ此權利ヲ侵害シタル上告人ハ自己ノ給水スヘキ債務ヲ履行セサルモノニ非スシテ民法第七〇九條ノ不法行為ヲ以テ論斷スヘキモノナリ。

(2) 堤防使用権の性質並權利侵害の救済

一

堤防敷使用権ハ公權ニ非ス私權ナリ。財産權ナルモ地上權ニ屬セス。賃貸權ニ非ス、物權又ハ債權ニモ非サル一種ノ財産權タルニ止マル(明治三十七年十二月大審院判決)

一種ノ權利タル以上使用命令ノ範圍内ニ於テ何人ニ對シテモ其權利ヲ主張シ得ヘキモノニシテ他人ノ侵害

ヲ受ケ其權利ヲ行使スルコト能ハサル場合ニ於テ其救済ヲ求ムルハ民事ノ裁判ニ屬ス(同上)。

地所使用ノ目的ヲ達センカ爲其土地ニ不當ニ所有スル他人ノ家屋ノ取除ヲ求ムルハ相當ナリ(同上)。

宮山某は熊本縣八代町地内に於て堤防敷占用の許可を受けたが、坂本某の所有する建物がその土地に存在し堤防敷占用の目的を達することが出来ないから、その取除きを求むる訴を提出した。第二審はその請求を正當と認め坂本某を敗訴せしめた。坂本某はこれを不當としてその毀却を求めたのが本訴である。

上告人坂本某は理由として次の如く主張した。

(一)原判決には「堤防敷使用免許ハ行政處分タルコト疑ナシト雖控訴人(宮山某)カ本件地所ニ建物ヲ建設スル權利ヲ得タルハ一種ノ私權ヲ取得シタルコト疑無キヲ以テ民事裁判所ニ向テ救済ヲ求ムルハ相當ナリ」とあるけれども、堤防敷使用の許可をもつて私權を得たものと認むることは出来ない。行政處分の目的を達するがための訴は司法裁判所の管轄に屬さない。

(二)原判決には「控訴人(宮山某)ハ使用免許ノ範圍内ニ於テ何人ニ對シテモ其權利ヲ主張シ得ヘキモノナルニ依リ本件地所使用ノ目的ヲ達センカ爲被控訴人(坂本某)ニ對シ其建築セル家屋ノ取除キヲ求ムルハ固ヨリ相當ナリ」とあるけれども、上告人は被上告人が賃借以前より正當の原因に依り本件地所に建物を所有するものであるから、被上告人は本訴をもつて建物の取除を求むる權利はない。

(三)假りに被上告人は地上權を設定したとしても、登記を経ないから物權の取得者なりとの原因により上告人に對抗することは出来ない。

(四)原判決の「何人ニ對シテモ權利ヲ主張スルコトヲ得ヘキナリ」との斷定より考ふれば、被上告人を物權

の取得者と認めたる判旨のようであるが、民法上如何なる物權を取得したのか判意を知るに由なし。大審院は、上告人が正當の原因により家屋を所有すること、及び登記に關することの二點は、原院に提出せざりしことを漫りに掲げ來りて原判決を攻撃するもので理由なしと斥け、堤防敷の使用を免許するが如きは、明治二四年内務省訓令第四六二號の規定するところであつて、一の行政處分に屬すと判示したる後、行政處分によつて取得したる堤防使用權の性質及びこれを侵害されたる場合の救済に關し次の如き判決を下し、上告の理由なきものとして毀却敗訴を申渡した(前掲)。

行政處分ニ依り免許セラレタル使用權其物ノ性質如何ヲ審案スルニ右使用ノ權ハ行政處分ナル使用命令ノ趣旨ニ從ヒ其範圍内ニ於テ公用地タル堤防敷地ヲ自己ノ私用ニ供シ之ヲ使用シ得ル權利タルニ過キサルヲ以テ公權ニアラスシテ一種ノ私權ニ屬スルコト多言ヲ要セサル所ナリ。私權中何種ノ權利ニ屬スルモノナリヤヲ勘フルニ單ニ公用地ナル堤防敷地ヲ自己ノ利益ノ爲メ使用スルコトヲ得ル權利タルヲ以テ其財產權ニ屬スルコト疑ヲ容レス。而シテ財產權中何種ノ權利ニ屬スルヤヲ按スルニ其地上權ニ屬セサルコト上告論旨ノ如クナルモ其賃貸借ニアラサルコト是亦疑ヲ容レス。何トナレハ行政ノ處分ニ依り發スル所ノ使用命令ナルモノハ一人ニ對シテ堤防敷地ノ使用及ヒ收益ヲ爲サシムルコトヲ約シ其債務ヲ負擔スルモノニアラサレハナリ。然リ而シテ行政處分ニ依り許與セラレタル本件使用ノ權利ノ如キ權利ヲ以テ一ノ物權ナリト定メタル法規ナキカ故ニ本件使用ノ權ヲ以テ一ノ物權ナリトスルヲ得サルコト言フ俟タサル所ナルノミナラス前顯説明ノ如ク命令者自ラ債務ヲ負擔スルモノニアラサルカ故ニ債權債務ノ法律關係ヲ生スル理ナシ。左スレハ右使用ノ權ヲ以テ一ノ債權ナリトスルヲ得サルハ是亦言フ俟タサル所ナリ。

判決要旨

之ヲ要スルニ行政ノ要分ニ依り許與セラレタル本件使用ノ權ハ一ノ私權ニシテ而モ一種ノ財產權タルニ止マリ之ヲ以テ一ノ物權又ハ債權ナリト云フヲ得ス。

既ニ一ノ私權タル以上ハ他ノ一人ヨリ之カ侵害ヲ受ケ其權利ヲ行使スルコト能ハサル場合ニ於テ其救済ヲ求ムルハ即チ民事ノ裁判ニ屬スルカ故ニ裁判所構成法第二條ニ基キ被害者ハ侵害者ニ對シ司法裁判所ニ訴ヘ其救済ヲ求ムルコトヲ得。

然ラハ原院ニ於テ「被上告人カ本件地所ニ建物ヲ建設スル權利ヲ得タルハ一種ノ私權ヲ取得シタルモノナレハ民事裁判所ニ向テ其權利ノ救済ヲ求ムルハ相當ナリ」ト判斷シ又「被上告人ハ右使用命令ノ範圍内ニ於テ何人ニ對シテモ其權利ヲ主張シ得ヘキモノナルニ依リ本件地所使用ノ目的ヲ達センカ爲上告人ニ對シ上告人カ本件地所ニ建造セル家屋ノ取除ヲ求ムルハ相當ナリ」ト判斷シタルハ當ヲ得タルモノナリ。

二

判決の三

河川敷堤防敷占用權ハ物權ニモ屬セス又債權ニモ屬セサレトモ許可ノ範圍ニ於テ私益ノ爲之ヲ占用使用スルコトヲ得ル權利ニシテ一種ノ財產權タル私法上ノ權利ニ屬ス。占用權ハ一種ノ財產權トシテ對世的性質ヲ有スルモノナレハ之ヲ侵害シタル第三者ニ對シ侵害ノ排除ヲ求ムルコトヲ得(大正十一年五月大審院判決)。岩田某は岐阜縣笠松町地内に於て河川敷地並に堤防敷地占用の許可を得たが、平野某は權限なくして右の土地を石置場となし、且その土地に家屋を所有して岩田某の占用權を侵害した。よつて岩田某はその取除きを求むる訴を提起し、平野某はこの訴に對して、岩田某の占用權は公法上の權利であるから、その侵害の救済を求むる訴は司法裁判所にあらずと無訴權の抗辯を提出したのが本訴である。

上告人平野某は上告理由として次の如く主張した。

(一) 行政廳の許可によつて取得すべき河川敷地又は堤防敷地占用權は、官廳の許可によつて取得すべき營業權と性質を同ふして公法上の權利に屬する。故にかゝる公法上の權利を主張してその侵害排除及これに關する利益返還を請求することは司法裁判所の管轄に屬せぬ。然るに原判決は上告人を敗訴に至らしめた。

(二) 假りに右占用權が公權でなく私權であるとしても、物權にあらざること疑ひないから當該行政廳と被上告人との關係に於ける所謂契約乃至許可により、被上告人が當該行政廳のみに對して享有する河川敷及堤防敷を占用し得べき債權若はこれに準すべき請求權であると謂はねばならぬ。故に債權者たる被上告人は債權者たる當該行政廳のみに對して、占用をなすの必要上係争の河川敷及堤防敷の引渡を請求し得るが、その他の第三者に對しては占用權を主張してその引渡または妨害の排除を求むることが出来ない。

判決要旨

大審院は前記上告人の主張を斥け、次の如き判決を下して上告人の敗訴に歸せしめた(前掲)。

河川法第三條及第四條第二項ニ依レハ河川敷地並堤防ハ私權ノ目的ト爲スコトヲ得ス。從テ之ニ付物權ヲ設定スルコトヲ得スト雖同法第十八條及第四條第二項ニ依レハ地方行政廳ノ許可ヲ受ケタル者ハ占用スルコトヲ得ヘキモノニシテ其占用權カ物權ニ屬セサルコトハ同法第三條及第四條第二項ノ規定ニ依リテ自ラ明ナリ。而シテ債權ニ屬セサルコトハ其占用權カ其目的地ノ占用ヲ爲サシムル行爲ノ要求權ニ非スシテ之ヲ占用スル權利ナルコトニヨリテ明ナレハ其占用權ハ物權ニモ屬セス又債權ニモ屬セサレトモ地方行政廳ノ許可ノ範圍内ニ於テ私益ノ爲メ之ヲ占用使用スルコトヲ得ル權利ニシテ一種ノ財産權タル私法上ノ權利ニ屬ス。然ラハ此權利ニ關スル訴ハ司法裁判所ノ管轄ニ屬スルハ勿論ナレハ之ヲ公法上ノ權利ニ屬ストナス理由ナ

シ。何人ト雖他人ノ權利ヲ侵害スルコトヲ得サルモノニシテ苟モ權利ナル以上反對ノ規程ナキ限り其種類ノ如何ヲ問ハス總テ對世的性質ヲ有スルモノニシテ對世的性質ヲ有スルモノハ唯物權ノミニ限ルモノニ非ス。本權占用權モ一種ノ財産權トシテ對世的性質ヲ有スルモノナルヲ以テ之ヲ侵害シタル第三者ニ對シ侵害ヲ排除スルニ適當ナル行爲ヲ求ムルコトヲ得ヘキモノナルヲ以テ第三者ニ對シテハ金錢賠償以外ノ請求ヲ爲シ得ヘキモノニ非ストノ論者ハ理由ナシ。

(3) 結 論

右に掲げた數項の判例は、河川使用權の性質、及び河川使用權が第三者によつて不法に侵害された場合に、法律上如何なる救済を求め得るかの特點に關するものである。

先づ河川使用權の性質について判例の示すところを観るに、判例は堤防占用權又は河川敷地占用權をもつて私權と認め、公權なりとの主張を斥けた。河川使用權が私權なれば如何なる種類に屬する權利であるか。判例はこれに答へて、物權に屬せず債權にも屬せざる一種の財産權であると説明し、流水使用權は法律上の明文なきも慣習上認め來りし一種の權利なりと判示した。しかして、流水使用權が公法上のものであるか私法上のものかについては何等言及するところがなかつた。

次に河川使用權が第三者によつて不法に侵害された場合に、法律上如何なる救済を求め得るかについて判例の示す所を観るに、判例は河川の使用につき權利を有する者は、權利を侵害したる第三者に向つて、直接損害の賠償又は侵害の排除を求め得ると認めた。河川使用權は許可したる當該官廳のみに對抗し得る權利であつ

て、その他の第三者に向つて占有権を主張することは出来ないとの主張を斥け、占有権は一種の對世的性質を有するものであるから第三者に對抗することが出来ると判示したのである。

裁判管轄については、公権であるから司法裁判所の管轄に属しないと主張を斥け、既に私権たる以上は裁判所構成法第二條に基き司法裁判所に訴へ救済を求むることが出来ると判示した。

河川の使用権を侵害された者が、加害者に對し損害の賠償又は妨害の排除を求むるは、民法第七〇九條の不法行為に基くものか否か。この問題につき判決の一はこれを否定し、不法行為に基くものに非ず、又物權に因るものに非ずして古來本邦に成立せる特殊の權利に基くものとしたが、判決の二は流水使用権の侵害は民法の不法行為をもつて論斷すべきものとしてこれを肯定した。

第二十節 河川使用の取消

行政行為は絶対に取消し得ないのではない。一定の制限の下にこれを取消すことが出来る。行政行為を取消し得べき場合は、瑕疵ある行政行為と瑕疵なき行政行為とによつて大いに趣を異にする。瑕疵ある行政行為は一般に取消し得るのであるが、瑕疵なき行政行為は特殊の條件の下に於てのみ取消し得るに過ぎない。瑕疵なき行政行為が如何なる場合に取消し得べきかについては一概に斷定し難いのであるが、大體に於て、私人に義務又は不利益を課する行為は法規に牴觸せざる限り自由裁量によつて取消すことを妨げぬ。これに反して、私人に權利又は利益を賦與する行為は特別の事由なき限り自由に取消すことが出来ない。河川使用の許可は固より後の場合に屬する。

り後の場合に屬する。

河川使用の許可處分は私人に河川を使用する權利を賦與するものである。この權利を賦與されたるものは、河川を利用することによつて特別の利益を享受することが出来る。故にこの利益ある地位を賦與したる後に於てこれを取消すときは、取消されたるものはこれがために莫大の損失を蒙るに至る。従つてこの種の許可處分は濫りに取消すことが出来ぬ。

河川使用の許可の如く、私人に權利又は利益を賦與する行政行為は如何なる場合に取消し得るかといふに、法律に取消し得べき規定ある場合、または行政行為の附款に於て取消權を留保してある場合である。この場合に於て、法律の規定または附款に定めたる取消原因に該當する以上これを取消し得ること勿論である。法律や許可の際の附款に特別の規定なき場合は取消し得ないかといふに、特別の規定なき場合と雖、行政處分のありたる後に於ける事情の變更により將來にその効果を存続せしむべからざる公益上の理由ある場合などにはこれを取消し得るものと謂はねばならぬ。

河川法第二十條には許可を取消し若し制限すべき場合の規定があり、また河川使用許可の際に附款をもつて取消權を留保することは取扱上一の慣例となつてゐる。かくの如く、法律の規定若し附款によつて、許可を取消し得ることの明瞭なる場合と雖も、實際上の問題としては法律や附款の定むる取消原因に該當するや否やについて疑問を生ずることが尠くない。しかるに、法律や附款に特別の規定なき場合に於ては、如何なる場合をもつて取消を要すべきものと認むるかについての疑問に逢着することが頗る多い。この種の問題について判例はどう観て來たか。

第一 許可條項に違背する工事の執行と河川使用許可の取消

判決の一

許可條項ニ違背シタル工事ヲ施シタルカ爲許可命令書ノ規定ニ違背シタルモノトシテ水車ノ設置及ヒ水流使用ノ許可ヲ取消スモ不當ニアラス(明治三十五年六月行政裁判所判決)。

上田某は香川縣歌綾郡長炭村地内に於て札ノ辻用水を使用し水車建設の許可を得た。しかして、上田某が右札ノ辻用水を分流して自己の建設したる水車掛井手に流入せしむるには、札ノ辻用水を堰立て、流勢を移さねばならぬところから、上田某はその堰立工事を行つた。しかるに、香川縣知事は右札ノ辻用水堰立工事は特別の許可を要すべきものなるに、許可なくして工事を執行したる違法のものとして堰立工事の取拂を命じた。上田某は札の辻用水使用の許可中には用水路堰立行為の許可も包含し居るものと信じ堰立工事の取除を肯ぜざりし所、香川縣知事は突然水車建設の許可を取消した。上田某はこれが爲に權利毀損の違法處分としてその取消を求むる訴を提起するに至つたのである。

原告上田某の理由とするところは、(一)水車のため札ノ辻用水を使用すること及び本流を分岐しこれを引入るゝ水路を新設する許可ありしことは明である。この許可ある以上は、水流を水車掛井手に移すために水流を堰立つる行為も許されたものと認むべく、特別の許可を請ふべき理由はない。(二)假りに一步を譲りて札ノ辻堰立の許可なく、特別の許可を受くべきものとすれば該堰立工事の除去のみを強要すべく、これをもつて水車の建設者は營業の免許まで取消すべき理由はないといふにあつた。

被告香川縣知事は(一)原告が堰を設けて引水せしは計畫に違背した行為であるから命令違反の行為として取

判決要旨

消すべきであるが、豫防設備を講ずるに於ては敢て支障なしと認め計畫の不備を追願せしめんとしたるに、その手續をなさず引續き水車を運轉し、治水上支障があるから撤去を命じたところ、頑として應ぜざるにより止むを得ず許可を取消したのである。(二)水流を分岐するには必ずしも堰の設置を伴ふものでないから、堰の設置が水車設置の許可中に包含されると認むることは出来ぬ。(三)原告は堰の設置が特別の許可を要するとしても水車の免許を取消す理由とならぬと云ふも、堰の設置は水車建設の一部であつて、その設置について許可を受けざりしことは命令書に違背する行為であるから、免許を取消したのは失當でないと辯明した。

裁判所は「第一原告ハ堰ノ設置ヲモ許可シタルモノト謂フモ原告ハ出願ノ際堰設置ノ計劃ヲ表示セサルニ依リ併セテ之ヲ許可セラレタルモノト認ムルヲ得ス。第二原告ハ若シ堰ノ設置カ右命令ニ包含セサル別事項ナリトセハ之ヲ設置スルモ該命令ニ違背シタルモノト謂フヘカラス故ニ其設置ニシテ許可シ難キモノナレハ其取拂ヒヲ命スルニ止ムヘク之カ爲ニ既ニ與ヘタル水車營業免許ヲ取消スヘキ理由ナシト謂フト雖既ニ前項ニ説明スル如ク原告カ願書ニ添附セシ書類中堰設置ノコト之ナキ以上ハ原告カ之ヲ設置セシハ即該命令書第二條ニ所謂「願書ニ添附セシ設計書工法ニ從ヒ工事ヲ施スヘシ」トアルニ違背スルモノニシテ被告カ其第七條ニ依リ免許ヲ取消シタルハ不當ニアラス」と(前掲)判示し原告の主張を斥けた。

第二 公益上の理由による水門の撤去及河川浚渫の命令

判決の一

公益上害アリト認め河川取締規則ニ依リ河川ノ浚渫及水門ノ撤去ヲ命スルモ違法ニアラス(明治三十六年四月行政裁判所判決)。

土橋某は長野縣下の大清水なる水流に水門を設け水車營業を續けて來たが、長野縣知事は土橋某の設けた水車は泥土を沈澱堆積せしめ、河床を高め、出水の場合には沿岸耕地に氾濫するの虞あるものと認め、年々河床の浚渫をなし、出水に際しては右湛を撤去すべしとの命令を下した。土橋某はこれを不當としてその取消を求むる訴を提起するに至つたのである。

原告土橋某の理由とするところは、(一)大清水の水流は舟筏の通航すべき河流でなく單に灌漑用の細流に過ぎないから河川取締規則によるべきものではない。長野縣知事が河川取締規則により右の命令を發したのは適當でない。(二)水門のため土砂の堆積する事實はない。(三)假りに水門のため土砂堆積したりとするも、其救済方法は民法上の關係に屬するから、行政權をもつて處分し得べきものではない。(四)河川取締規則には河床の浚渫を命じ得べき明文がない。(五)長野縣知事が浚渫の命令を下したのは不法であるといふにあつた。

被告長野縣知事は該命令は河川取締規則によつたものであるから不當でないを辯明した。

裁判所は問題の水流に河川取締規則を適用したること及び土砂沈澱堆積し河床を高むるとの知事の認定を相當と認めたる後「縣知事は於テ土砂堆積スルヲ公益上害アリト認メタル以上ハ河川取締規則ニ依リ行政上適當ノ處分ヲ爲スハ相當ノコトト謂ハサルヘカラス。曩ニ知事は於テ原告ニ許可シタル水門設置ノ爲メ其上流ニ土砂ノ沈澱堆積ヲ來シ河床ヲ高メ沿岸ノ耕地ニ河水氾濫ノ害ヲ蒙ラシムル虞アルモノト認メ之カ復舊ヲ命シタルモノニ外ナラス。然ラハ公益上必要ト認ムルトキハ工作物ノ取拂又ハ既ニ與ヘタル許可ノ取消ヲ命スルヲ得ヘキコトハ河川取締規則ノ明ニ規定スル所ナリ。而シテ公益ヲ害スル程度甚シカラスシテ工作物ノ取拂若クハ許可ノ取消ヲ命スルニ至ラサルモノト認ムルトキハ公益保護ノ爲其取締若ハ許可ノ取消ヨリ輕キ浚渫ヲ命シ得ヘ

判決要旨

キコトハ當然ナルヲ以テ被告ノ處分ハ不法ナリト謂フヲ得ス」と判示し原告の申立を斥けた(明治三十六年四月行政裁判所判決)。

第三 重大なる錯誤に基く許可處分の取消

重大ナル錯誤アル行政處分ハ假法令ニ特別ノ明文ナキモ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノトス(大正十一年七月行政裁判所判決)

埼玉縣知事は身馴川に河川法の規定を準用し、同法施行規程第十一條の規定に依る命令をもつて従前に許可を得たもの又は慣行に依り權利を有するものは更に許可を受くべき旨を命じた。よつて、北泉村長は身馴川の流水占用工作物設置、流路掘鑿、堤防敷占用の許可を出願し許可を受けた。然るに埼玉縣知事は、その後に至りて該許可の内堰堤施設並河川敷占用の許可を取消した。北泉村長はこれを不當として右取消處分不服の訴を提起するに至つたのである。

原告北泉村長の理由とするところは、(一)埼玉縣知事は大正六年縣令第二十二號(河川法施行規程第十一條に依る命令)は許可又は慣行を要件とするものなりと主張するが、河川法第十七條及第十八條により許可を受くべき事項中には一も慣行を要件とするものがないから、これが施行を目的とする縣令に於て河川法以上の要件を設けて出願を拒否することを得ざるや論を俟たぬ。故に大正六年縣令第二十二號が慣行を出願の要件としたものとなれば明に無効である。(二)原告の出願は大正六年縣令第二十二號によりたるものではなく、河川法第十七條第一項並に同第十八條によつたものであるから、堰施設の慣行なきもこれを理由として許可を取消

判決の一

し得ない。(三)原告は堰施設の慣行を有する。(四)埼玉縣知事は原告に堰施設の慣行あるものと信じて許可したる後慣行なきこと明となり、堰を設置することは下流の灌漑に支障を及ぼし、上下流村民の論争を生ずるから公益上の必要より撤廢を命じたと主張するが、原告の水利使用権は古來慣行上の支配權を河川法によりて公認したるものであつて、原告が上流に於て堰を施設し引水することは原告用水權の効果である。下流村が古來身馴川の流水使用権を有したりとするも、埼玉縣知事は下流村の權利を留保することなく原告に許可を與へ、その許可處分に對して法定の期間内に訴願訴訟なかりしものであるから、其許可處分は既に確定したのである。故に今更これを理由として原告に與へたる許可を取消すことを得ないのは勿論この點のみをもつて公益を害すると爲すを得ないと主張した。

被告埼玉縣知事は、(一)原告は身馴川につき慣行上の權利を有するものとして出願したから許可したのであるが、その後に至り慣行上の權利を有するものに非ざること明になり、前示縣令に反するのみならず、これを存続せしむることは下流に支障を及ぼし上下流村民の論争を生ずる虞があるから、これを撤去することは公益上必要なりと認めしたのである。(二)前示縣令に慣行を出願の要件としたるは違法でない。(三)原告の出願は前示縣令によつたものである。(四)原告は身馴川の流水使用の慣行を有するものではない。(五)河川法第二十條に規定せる取消原因ある以上假令處分確定の後と雖これを取消すことを得べきは當然であると辯明した。

裁判所は原告の出願が前示縣令によりて出願したるものなること、前示縣令が慣行を出願の要件としたること、前示縣令に慣行を出願の要件とするも妨げなきこと、原告は堰を施設する慣行を有せざることを認めたる後「原告ニシテ大正六年縣令第二十二號ニ所謂慣行ニ依り權利ヲ有スルモノニ非サル以上其出願ハ該縣令ニ適合

セサル違法ノモノニ屬シ從テ被告カ之ニ對シ許可ヲ與ヘタルハ重大ナル錯誤アルモノトシテ此ノ如キ重大ナル錯誤アル行政處分ハ假令法ニ特別ノ明文ナキモ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノト解スヘキカ故ニ被告カ河川法第二十條第五號ヲ適用シタルハ妥當ナラサルモ其取消處分ハ結局正當ナリ」と判示した(前掲)。

第四 許可の目的を達し難き埋立占用の取消

判決の一

河川敷地埋立占用ノ許可カ其許可ニ依ル目的ヲ達シ難キトキハ許可ノ效用ヲ廢シタルモノニシテ許可命令書ノ規定ニ依リ之レヲ取消スコトヲ得(大正四年十月行政裁判所判決)。

大阪市山中某等は青物市場に充つる目的をもつて淀川沿岸の埋立占用願を提出し大阪府知事の許可を受けた。その後埋立占用の工事は竣功を告ぐるに至つたから、同人等はその竣功認可を申請し、併せて道路建物等の工作物設置願を提出した。これに對して大阪府知事は工事竣功の認可を與へたが工作物施設願は却下し、占用地は青物市場に貸付べしとの命令を下した。山中某等は大阪府知事の右命令通り青物市場に貸付せず、命令に従はなかつたから、大阪府知事は許可命令書第十七條、河川法第二十條第二號、第三號、第六號並大正二年大阪府令第三十二號第十號によつてこれを取消した。山中某等はこれを不當としてその取消を求むる訴を提出するに至つたのである。

原告の理由とするところは、(一)埋立占用の目的は青物市場に貸付くるためではなく、自ら工作物を設け各個の營業者に貸附せんがためである。大阪府知事の命令は許可に反する不當處分であるが、原告は平穩なる解決を望み大阪府知事の命令に従ひ埋立占用地貸付につき青物市場側と協議した。しかるに、その協議は不幸に

も成立しなかつたまで、あつて知事の命令に反する行爲はない。(二)被告が援用する許可命令書第十七條、河川法第二十條第二號、第三號、第六號並大正二年大阪府令第三十二號第十四條第一號、第三號に該當する取消原因はないと主張した。

被告大阪府知事は、(一)埋立占用地は市場擴張用地に充つるものとして許可したものであつて、これを市場に貸附せしむるにあつた。(二)原告は被告の命令に基き賃貸料の協議に至らざりしものであるから、埋立占地を市場擴張用地に供する意思なかりしものであつて、命令書第十七條に所謂命令書の條件に違背したるものに該當する。(三)青物市場の擴張を遅延せしめ、埋立地が青物市場の用地に供せられざるに至るから、命令書第十七條に所謂工事の效用を廢したものに該當す。(四)埋立によつて青物市場と河流とは隔離したから市場の廢滅を招來し、公益上至大の害がある。埋立地を市場擴張の用地に供せしめんがために新に市場組合に占用を許可する必要がある。よつて、河川法第二十條第二號、第三號、第六號並大正二年大阪府令第三十二號第十四條第一號、第三號により取消したものであつて至當の處分であると辯明した。

行政裁判所は、河川敷地埋立占用の許可が埋立地を天満青物市場擴張の用地に充つる目的をもつてなされたことは當事者の間に争のなきところで、兩者の争ふところは埋立地を市場用地に供する方法に付てあるが、原告主張の如く工作物を設置して各個の營業者に貸付するにあつたと認むることを得ないと同時に、被告主張の如く埋立地の全部をその儘若は工作物を設けたる上市場組合に貸付せしむる趣旨であつたと認むることも出来ない。けれども、原告主張の如く工作物を設置しこれを任意に貸付け賣買取引をなさしむるにあつたとすれば、天満市場に隣接して新に別個の市場を設立する結果となり、天満市場の擴張に充てんとする許可處分の趣

旨に反することとなるから原告の主張は採用し難い。原告等ハ占用地貸付ニ關スル協定ニ付テ始ヨリ調和ノ態度ヲ缺キタルモノト認ムヘク(中略)被告ノ命シタルカ如キ方法ニヨリテ埋立地ヲ市場擴張ノ用地ニ供スルコトヲ欲セザリシモノト認ムルヲ相當トス(中略)既ニ原告ニ於テ埋立地ヲ天満青物市場擴張用地ニ供スルコトヲ實現スルノ意思ナキ以上許可命令書第十七條ニ所謂許可工事ノ效用ヲ廢シタルモノニシテ許可處分ハ同條ニ依リ取消ヲ免レサルモノトス(前掲)との理由により被告の取消處分は失當にあらずとの判決を下した。

第五 無許可工事の取拂命令及破壊處分

許可ヲ受クルコトナク漫リニ設ケタル堰球ヲ取拂ハシメタルハ權利ヲ毀損スル違法ノ處分ニアラス(明治三十二年十二月行政裁判所判決)。

瀬戸某は宮崎縣都城市内に於て水車新築を出願し宮崎縣知事の許可を受けたが、その上流に於て水車を設置する鎌田某から水流を遅緩せしむるからといつて堰球撤去要求の訴を提出した。この訴訟事件は控訴上告の末、瀬戸某の堰球は水車建設の許可の結果であつて、自儘に建設したるものにあらずとの判決確定し、爾來營業を繼げて來た。然るに、その後に至り、宮崎縣知事は、右の堰球は許可を受けず漫りに設置したるものとして取拂を命じ破壊せしめた。瀬戸某はこれを不當として堰球取拂命令の取消を求むる訴を提起するに至つたのである。

原告瀬戸某の主張するところは、(一)堰球は當然水車に附隨するものであるから、宮崎縣知事に於て水車の新設を許可した以上は堰球の設置も承認したものと謂はねばならぬ。然らば宮崎縣知事の右取拂命令及破壊處

分は、原告が完全なる許可を得て行使して来た水利権を毀損する違法処分であるといふにあつた。

被告宮崎縣知事は、(一)原告設置の堰埦は許可を得て設けたものでなく、原告が自儘に設けたものであるから取拂を命じてゐたものであつて、平穩無事に設置して来たものではない。(二)堰埦は必ずしも水車に附随するものではなく、土功修築規則により出願許可を受くべき事項であるから、原告の援用する司法裁判所の判決は正當でない。(三)假りに土功修築規則を適用すべきものにあらずとするも、原告の堰埦は官有地第三種の上に掲りに設置したものであるから、取締上取拂を命ずることは違法でないといふにあつた。

行政裁判所は「凡ソ水車ヲ設置セントスルニハ必スシモ堰埦ヲ設ケナケレハナラヌトノ理由ナケレハ水車設置ニハ堰埦ハ當然之ニ附隨スルモノト謂フヲ得ス左スレハ水車新設ノ許可ヲ得タレハトテ之ニ堰埦設置ノ許可ヲモ包含スルモノト認ムル能ハス。故ニ原告ニ於テ水車運轉上必要ト認メ本件ノ如キ官有地ニ特ニ堰埦ヲ設置スル場合ニハ更ニ之カ許可ヲ受ケサルヘカラス。而シテ水車設置願ニシテ堰埦設置ノ願意アル文詞ナキヲ以テ被告ノ與ヘタル許可ハ單ニ水車新設ニ對スルモノナルニ付原告カ本件堰埦ヲ設ケタルハ全ク許可ヲ得シテ爲シタル工事ニ係ルモノト謂ハサルヘカラス。故ニ被告カ無許可ノ工事トシテ本件争訟ノ堰埦ノ取拂ハシメタルハ原告ノ權利ヲ毀損スル違法ノ處分ナリト謂フヘキニアラス」(前掲)と判示した。

第六 結 論

前に掲げた數項の判例は、孰れも河川使用の許可を取消し又は工作物の撤去を命じたる處分に對するものであるが、第一と第二とは、許可命令書に規定したる取消原因に該當し、第二は河川取締規則の取消原因に該當

するから取消したもので、主たる争點は、許可命令書または河川取締規則などに定めたる取消原因に該當するや否やが問題になつたのである。これに反して、第三の場合は、法令に取消し得る規定がなかつたにもかゝわらず、判例はこれを取消し得るものと認めたのである。この處分は慣行上の權利を有することが出願の要件となつてゐたのであるから、慣行なきことが處分の當時明であつたならば、當然不許可の處分さるべき筈のものが、偶々慣行ある事項と誤認されて許可されたのである。従つて重大なる錯誤に基く處分として取消し得べきことは當然のようにも思はるゝが、原告村の主張する如く、この許可處分に對しては訴願訴訟の提起なかりしものであるから、行政處分は形式的に確定したのである。これを取消し得るや否やも亦一の疑問であつたのであるが、判例はこの場合に取消し得るものと認めたのである。

第四の判例について特記すべきことは、判例が許可命令書に規定したる取消原因に關する條件を有效と認めたと點である。この處分は河川法施行河川の埋立占用に關するものであるから、河川法第二十條の規定する取消原因に該當する場合の外は取消し得ないのではないかとの疑問がある。若しも、かくの如き解釋が正しいとすれば、その條件は無効であると思はれる。然るに判例は許可命令書の條項によつて取消したことを適當と認め、結局河川法第二十條以外に取消原因を設けた命令條件を有效と認めてゐるのである。この意味に於て前掲の判例第三と第四は特に興味がある。

第二十一節 地下水に関する権利關係

地下水

一般に地下水といふのは、發掘して湧出せしむるにあらざれば目撃することの出来ない水のことであつて、地表下に流れ、滲透し、若は靜止する水である。

地下水について生ずる問題は、それが土地の一部をなして土地の所有權に屬するか、或は土地とは獨立したる存在であるかについてであるが、從來の學説は前説を採り土地所有者は、法令に別段の規定若くは之と效力を同じふする反對の慣習の存在せざる限りは、土地を掘鑿して地下水を任意に利用する權利があるから、これがために他の土地に於て、他人が利用する水に影響を及ぼすことあるも、權利の侵害とはならぬといふのである⁽¹⁾。

判例がこの問題を如何に取扱つて來たかといふに、判例も學説と同様の見解を採り、「土地ノ所有者ハ其ノ土地ノ上下ニ及フヘキモノナレハ土地所有者ハ其ノ所有地内ニ於テ井泉ヲ穿テ其井泉ヨリ湧出スル水ヲ使用スルノ權利ヲ有ス」となして來た。

註

(1) 末弘博士物權法上三七二頁。

小林氏農業經濟研究一四三頁以下。

市村博士京都法學會雜誌第五卷第二號五四頁。

我妻氏物權法一九四頁。

(2) 明治三十七年三月大審院判決。

武井、安田編著『水ニ關スル學說・判例・實例總覽』六七七頁以下參照。

二

湧出溫泉に對する權利關係如何を見るに、これもまた從來の學説は地下水に對する關係と同様に考へ、土地の一部として土地所有者に屬し、他の土地に於て他人が利用する溫泉に影響を及ぼすも權利の侵害とならざるものとなして來た⁽¹⁾。

判例もまた學説と同様の見解をもつて來た。

土地ノ所有者ハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其ノ土地ヲ使用收益處分スルノ權利ヲ有シ其ノ權利ノ範圍ハ土地ノ上下ニ及フモノナルコトハ民法第二百六條及第二百七條ノ規定スル所ナリ故ニ法令ニ別段ノ規定若ハ之ト效力ヲ同フスル反對ノ慣習存セサル限りハ其ノ土地ヲ掘鑿シテ地中ノ水ヲ利用スルコトハ其權利ニ屬スル所ナルヲ以テ之カ爲メニ他ノ土地ニ於テ他人カ利用スル水ニ影響ヲ及ホスコトアルモ法律上許サレタル權利行使ノ結果ニ外ナラサレハ之ヲ以テ法律ニ違背シテ他人ノ權利ヲ侵害スルモノト云フヲ得ス此ノ法理ハ溫泉ノ利用ニ付テモ異ルコトナシ(明治三十八年十二月二〇日大審院判決)。

土地ノ所有者カ其ノ土地ヲ掘鑿シテ溫泉ヲ湧出セシムルコトハ之レカ爲メニ其ノ泉脈ヲ同フスル各所湧出ノ溫泉ニ影響ヲ及ホス他ノ土地ニ於テ從來之ヲ利用スルモノ、利益ヲ害スルコトアルモ之ヲ禁止若クハ制限スル特別ノ慣習存セサル限りハ其ノ土地所有者ノ自由ナリ(同上)。

判決の一

地中より出づる湯は、自然物たる性質に於ては地中より出づる水と異るところがなく、一の泉脈をなして地表下を流れるものと、滲透し若は静止するものゝあること地下水と異らないのである。しかして前記の大審院判例は泉脈をなして地表下を流るゝものと、然らざるものとの間に區別を設けず、總て土地と一體をなして土地所有權に屬すとなしたことは注意せねばならぬ。

註

(1) 末弘博士前掲
吉田氏民法九〇三頁。

三

地下表に於ける水若は湯にして、流動せざるものは、土地の所有者が、その權利として自由にこれを掘鑿湧出せしむるも、他に影響を及ぼすことはない。しかるに、水脈若は泉脈をなして、地表下を流動するものは他の利用者に直接の影響を及ぼすものなること、地表を流るゝ流水と異らざるものである。故に地表に於ける流水が土地の一部をなすものでなく、土地とは獨立したるものであり、これに對して公法上の取締をなすが如く、地表下に於ける水脈若は泉脈も、それが土地と獨立したるものたるを問はず公法上の取締をなすの必要がある。殊に泉脈については濫りに掘鑿を許すときは温泉の涸渇となり、温泉營業者に大なる營業上の損害を與ふるものであるから、この點に關する取締は特に必要とせられ、府縣令をもつて掘鑿その他の利用に一定の制限を加へ、土地所有者の申合せ、若は協定によつてその弊を除かんとするものも見受けられる。土地所有者の申合せ、若は協定によるものは暫く別とするも、地表下に於ける水脈若は泉脈の利用に對し府縣令をもつ

て公法上より制限を加ふることが出来るであらうか、議論の存するところではあらうが積極的に解すべものと思ふ(2)。

註

(1) 松本博士註釋民法一卷一七九頁。

第二十二節 水利及土木に關する事件の意義

水利及土木に關する事件とは、明治二十三年法律第五號又は同年法律第六號に依り、訴願または行政訴訟をなし得る事項であるが、その意義は極めて不明瞭である。學說について見るに、水利については、水利とは水に關する行政を意味すと言ひ(1)、また水面、水地、水流に或る作用を及ぼすもの、即ち引水、水面の占用、埋立、水の疏通の如きもの(2)となすのである。土木については、土地に關する行政を意味すと言ひ(3)、また土地に或る作用を及ぼすもの、即ち鐵道の敷設、橋梁の架設、堤防の築造等である(4)となすのである。學說の言ふところも亦明瞭ではないが、要するに水利とは水に關係する事項のことであつて、常に水の利用に關する事項のみでなく、治水即ち洪水氾濫の防止等を始め、悪水の排除等に關する事項をも包含するものと思はれる。また土木とは廣く土地に關して或る種の施設をなす一切の事項を指稱するものと思はれる。如何なる事項が水利及土木に關するものなりや否やは、これまでの判例によつて略その概要を知ることが出来るであらう。

註

(1) 美濃部博士行政裁判法八九頁。

- (2) 佐々木博士日本行政法論總論七一七頁。
- (3) 美濃部博士前掲。
- (4) 佐々木博士前掲。
- (5) 以上の外の學說については武井、安田編著「水ニ關スル學說・判例・實例總覽」六二五頁以下參照。

(1) 水利土木に該當する事項

土地收用法第九條ニ基キ河ノ流量調査ノ許可處分ニ依リ其ノ河ノ流水飲用權ヲ違法ニ侵害セラレタリトスル主張ハ水利ニ關スル事件ナリ(大正三年十月二十三日行政裁判所判決)。

明治三十二年法律第八十二號耕地整理法ニ依ル耕地整理力灌漑排水等ニ關スル設備並ニ工事ヲ行フヘキモノト認ムヘキ場合ニ於テハ耕地整理事業廢止ノ認可ハ水利及土木ニ關スル事件ナリ(大正八年十二月四日行政裁判所判決)。

本件係争ノ事實ハ溫泉使用ニ關スル問題ニシテ明治二十三年法律第六號所定ノ事項ニ該當セサルヲ以テ行政訴訟ヲ提起シ得ヘキ性質ノモノニアラスト云フモ本件係争ノ事實ハ溫泉源地浚渫ノ工事ノ認否ニ關スルモノニシテ該工事ノ目的ハ溫泉使用ニ關スルモノナルモ其實質ハ水利土木ニ關スル事件ニ外ナラス(明治四十四年二月二十四日行政裁判所判決)。

明治二十三年法律第六號ニハ單ニ水利及土木ニ關スル事件トアルノミニシテ工事ノ目的如何ニ依リ何等制限セラルル所ナキヲ以テ被告ノ妨訴抗辯ハ採用スルヲ得サルモノトス(同上)。

墓地ハ特定範圍内ノ人ヲシテ埋葬ノ爲ニ使用セシムルコトヲ目的トスル土地ノ區域ニシテ其ノ施設ノ許可ハ該土地ニ對スル施設ヲ伴フモノナルニヨリ土木ニ關スル事件ニ該當スト認ムルヲ相當トス(昭和五年六月二十四日行政裁判所判決)。

東京市區改正土地建物處分規則ニ依リ水道事業擴張用地トシテ土地ヲ徵收スル内務大臣ノ決定ハ明治二十三年法律第六號ニ所謂土木ニ關スル事件ナリ(大正十一年五月十三日行政裁判所判決)。

専用軌道敷設工事竣功期限伸長ノ出願ニ對シ不許可ノ處分ヲ受ケタル者ハ之ニ對シ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得(昭和六年十二月十七日行政裁判所判決)。

(2) 水利土木に該當せざる事項

森林法第三十二條ニ依ル開墾制限ノ解除處分ニ付テハ行政訴訟ヲ提起スルヲ得ス(大正十四年一月二十九日判決)。

法律勅令中公有水面埋立免許ニ基ク埋立成功所有權認定ノ處分ニ對シ行政訴訟ノ提起ヲ許シタル規定ナシ(大正八年十二月一日行政裁判所判決)。

知事カ國有財産法ニ所謂公共用財産タル公有水面ト認メ其ノ上ニ家屋架造ノ目的ヲ以テ其ノ使用ヲ許可シタル處分ハ水利土木ニ關スル事件ニ該當セス(昭和二年七月五日行政裁判所判決)。

郡長カ私有山林ノ樹木ヲ削リ又ハ樹木ヲ削リテ墨書シ標識ヲ設ケタル處分ハ土木ニ關スル事件ニ非ス(大正十一年二月三日行政裁判所判決)。

第二十二節 水利及土木に關する事件の意義

四六〇

縣知事力爲シタル河水使用許可發企人變更ノ許可處分並ニ發企人ノ除外申請發企人總代ニ對スル委任解除屆會社成立屆及事業資金變更屆ノ却下處分ハ水利土木ニ關スル事件ニ該當セス(昭和七年七月十三日行政裁判所判決)。

土木事業ニ付町會ノナシタル決議及道路擴張ノ爲ニ町理事者力爲シタル住宅ノ買收金支出ヲ無効トスル判決ヲ求ムル訴ハ水利土木ニ關スル事件ニ該當セス(大正十四年九月十日行政裁判所判決)。

水利權
出版會承認庫い6118號
499部



版權所有

不許複製

昭和八年七月二十日初版印刷
昭和八年七月二十五日初版發行
昭和十一年十月十五日再版印刷
昭和十一年十月二十日再版發行

水利權

定價參圓五拾錢

送料三十錢

<p>著者 安田正麿</p> <p>發行者 新井武之輔</p> <p>印刷者 河田保治</p>	<p>發兌 松山房</p> <p>電話 神田二三四一 振替東京六八四〇六番</p>	<p>賣捌 巖松堂書店 有斐閣書房</p> <p>東京 本郷區 神田區 大塚區</p>
---	---	---

東京市神田區猿樂町一丁目六番地

東京市神田區猿樂町一丁目六番地

東京市深橋區戸塚町一丁目二二〇番地

東京市早稲田區 社會式株刷印立明

絶冠に書群裝外容内

朝鮮總督府判事 野村調太郎編著

新案 朝鮮六法

司法生活卅年の體驗に成る、内鮮共用の六法！

- 1 内鮮法令の關係を明にし、依用法律に付朝鮮に於ける變更を逐一明示す。内鮮共に用ゐるものは勿論、朝鮮に於ては是非共本書に依らざるべからざるものである。
- 2 所載法令は編者が卅年間從事せる司法事務の實驗に基き、獨得の編成方に依つて一般社會生活に必要なるものを豊富に採擇せるものである。
- 3 新編に依る大活字全編一段組とし、披閱至便を眼目とした。主要法令は九ポイント活字、附屬法令乃至參照條文に至るまで六號以上の活字を使用せるが故に、机上に置きたるまゝ容易に讀下し得られる。
- 4 主要法令の名條下に引用せる他の條項又は參照條文は其條項を指摘するに止めず全文を掲記した。
- 5 印刷鮮明、校正嚴密、用紙精良、製本堅牢、裝幀豪華、價格又至廉にして、徹頭徹尾、最新・最良・最善以て業務用・研究用として劃期的六法たらしむ。

四六列總革豪華特製函入
全一冊・總紙數二千餘頁
定價 五圓

好評重版

送料内地卅三錢・外地六十二錢

32.5.14
調查局

拓開の踏未界學法

陸軍書記官 法學士 日高巳雄著

滿洲國公法大意

第一分冊(憲法篇)出づ！ 第二分冊 續刊

新刊發賣

菊判並製
定價壹圓參拾錢
送料十八錢

本書は序論に於て、平易明快裡に、國家の組織・國家根本法たる憲法の觀念を敘述し本論に於て、公法中最も重要な憲法・行政法規に關する滿洲國現行法制大意を詳述したるもので、本篇は實にその第一分冊である。職に滿洲國に在る人・滿洲國に就職せんとする人は勿論苟も滿洲國に關心を持たるゝ各位には、斯法の眞髓を把握する上に於て蓋し好箇の伴侶たるべきを確信する。

著者は吾が國軍部法制の權威として令名高く而も滿洲國建立以來研鑽久しきに互つてその完璧を期せられ、茲に本書を公にせられたのである。

工學士 河野 誠著

好評重版

都市か田園か

四六判ポプリン特製函入

定價 參圓五拾錢

送料書留二十二錢

近代社會に於ける奇蹟的現象の一つは人口の都市集中である。都市必ずしも自由境に非ず、農村心すしも束縛の巷ではない。本書は著者が専門的立場から公にした力作である。尙露西亞の都市改造並に田園都市運動、英米の自由空地問題等多数のコロタイプ版を掲げて参考に供しておる。

都市の田園化・田園の都市化はやがては住み良き社會の建設となることは言ふ迄もない。敢て新時代に處せんとする人に一讀をお薦めする。

内務土木事務官

安田正鷹著

好評噴々

河川法論

菊、判上製

定價 貳圓八拾錢

送料二十一錢

現行河川法の新解釋成るノ

第一章總論 第二章總則 第三章河川の管理 第四章河川の使用 第五章河川の公用負擔及び公用制限 第六章河川に關する費用 第七章河川より生ずる收入 第八章河川に關する不行為 第九章廢川敷地處分 第十章監督強制及び罰則 第十一章訴願及び訴訟 本書は複雑而も難解なる現行河川法を徹底的に明快裡に解説したもので、眞に本邦唯一の最高峰である。苟も實務に携はる人は勿論、農・漁・山・村に利害關係ある人の一讀を仰ぐ次第である。

内務書記官 武井群 編著
内務事務官 安田正鷹

好評重版

水に関する判例學說 實例總覽

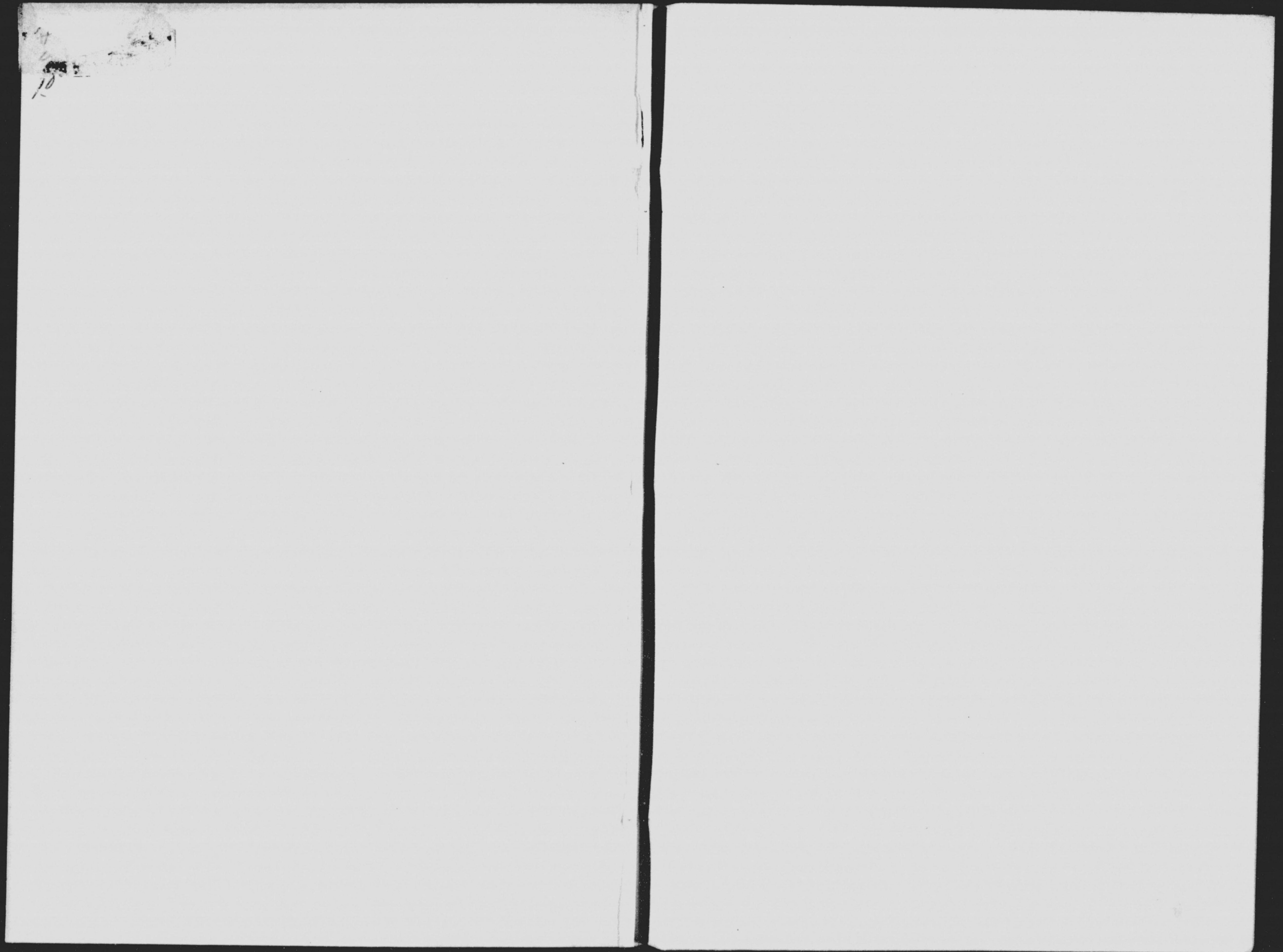
菊判・背草特製・全一冊
函入・九ポイント活字
定價六圓・送料卅三錢

治水・利水・土木の法律顧問！

- 1 行政裁判所及び大審院以下各裁判所の判例
- 2 官省の訓令・通牒・回答その他省議決定
- 3 著書・雜誌・その他に發表されたる公私法學者の學說

水法研究の指針

本書は複雑なる水法問題の指針ならしめんとするものであつて、隨所に散見する學說・判例・實例を配列して荷も水に關するものは洩れなく之を蒐録し且學理と實際に照應して適當に之を分類し信するが故に、治水・利水・土木の行政又は實務に従事する士は勿論、之が争訟に關與する法曹各位は多く本書を座右に備ふべく敢て茲に推賞する次第である。斯界の權威として令名高い。著者は多年内務省にありて、河川行政の權威に參與せられ、



10

