

道路による都市空間の創造および 管理における法的課題

三浦大介*

道路は一般交通の用に供される公物として道路法に基づいて管理されているが、近年、都市空間を創造する場として道路を活用することが期待され、とりわけコンパクトシティの発想は、道路利用の基本的あり方の転換を促すものといえる。これにより、道路による都市空間の創造を、ごく普通の道路の利用形態として把握し、現行の道路法における道路占用許可ないし道路交通法の道路使用許可等を再構成した上で、その管理権を基本的自治体である市町村および特別区に帰属させることが求められるであろう。

Legal Issues with Road Use for Creation of Urban Space and Road Management

Daisuke MIURA*

Roads in Japan are administrated according to the Road Act on the premise that roads are public property used for traffic. Recently, however, attention has been given to the idea of using roads to create urban space. In particular, the concept of the compact city will encourage a transformation in the basic role of roads. Therefore, to achieve better road management, using roads to create urban space should be promoted as a widespread purpose. Road occupancy permits under the Road Act and road use permits under the Road Traffic Act should be reconstructed, and the road management authority should belong to the municipal government as the administrator of local urban space.

1. はじめに

道路という公物（本稿では以下「公共用公物」を指すものとする）は、数ある公物のなかで、公物法の理論形成に最も貢献したものであるといっても過言ではない。

公物法理論が早くから成立したフランスにおいて、その根元に関わる大議論の対象となったのは、ほかでもない道路管理であり、そしてわが国においても、公物の使用関係その他公物管理権に関する論議等、公物法の中核をなす理論において、必ずといってよ

いほど道路が素材として取りあげられてきた。

道路はそれだけ、洋の東西を問わず、常に公物の主要要素であり続けてきたのであるが、それはひとえに、道路が本来的に持つ公共性の高さ由来のものであって、言葉の本当の意味において、われわれの生活において欠くことのできないものだからである。

しかし他方で、道路に固有の問題ないし現代的課題が、必ずしも道路法制あるいは道路法理論に反映されてきたわけではないように思われる。

道路が公物の代表格であり、公物法の主要な理論的素材であることに異論はないが、それゆえに、道路の現代的意義や管理の特殊性といった、道路法固有理論の発展が期待される諸要素があるにもかかわらず、道路法制は公物法一般理論ないしは行政法一

* 神奈川大学法学部教授
Professor, Faculty of Law,
Kanagawa University
原稿受理 2010年3月17日

一般理論に吸収されてしまった面もあるのではないだろうか。というのも、公物のなかには、道路のような人工的に造られた物のほかに、自然発生的に存在する河川や海も含まれるのであって、両者はその管理のあり方が全くといってよいほど異なるし、人工的公物のなかでも、例えば道路、港湾、都市公園とでは、それぞれの存在理由の点でこれもまた大きく異なる。公物法というひとつの法分野がそれとして存在することで、かえって統一的な理論構築が求められ、道路法に見られる特質が薄められる結果となり、また、公物法を包含する行政法、とりわけ行政法総論－公物法間の理論的キャッチボールのおかげで、道路に特有の法的課題解決を困難にする面もあるのかもしれない。

あるいはその逆に、日々進歩する行政法学上の理論に対し、道路法は十分に応えきれていないようにも思われる。道路法にはそれに固有の特質があるとはいえ、国・自治体という公共主体による管理権の行使が中心となることからすれば、行政法一般理論における先進的な課題に反応してしかるべきであろう。

要するに、道路法と公物法一般理論・行政法との間で一定の平仄をとりつつも、道路管理における諸問題に対応できる法理論・制度を、より積極的に構築することが要請されるのである。そこで本稿では、道路の現代的な意義、新しい道路利用のあり方としての「道路を利用した都市空間の創造」を考察した上で、道路の利用における許可制度を中心に、公物法たる道路法の伝統的な理論枠組みでは把握することのできない問題点を抽出し、検討を加えることとしたい。

2. 公物の使用関係

公物法理論においては、まずもって当該「公物の使用関係」の把握が重要であると考えられる。これは、公物利用にかかる許可等の法的性質を決定づけるものであると同時に、国民の公物利用における地位にも関わりを持つ理論である。

公物の使用関係を考察する際には、その公物の利用方法として、最もスタンダードなあり方を中心に据えることとなる。

例えば、公園であれば散策が主たる用途であり、公園敷地において飲食物を供する店舗を設置し営業する行為などは、特別な使用方法として捉えられる。そして公物の基本的な使用関係は、国民が公物を利

用するにあたり、管理者から許可等特別の許しを得る必要のない、いわゆる「自由使用（一般使用）」であって、上記のごとき特別な使用は、本来的な利用方法とはみなされない、まさに特別な方法をもって利用する場合であり、このような方法で利用する際に必要とされる管理者の許可等の法的性質は、講学上の「特許＝特別な権利の付与」に該当する－そしてこのような使用関係を「特許使用」ないし「特別使用」と呼ぶ－ものと解されてきた¹⁾。

この点で道路は、道路法2条1項が「道路とは、一般交通の用に供する道」として定義しているように、まさしく「交通の用」に供されることを、第一次的な目的とした有体物であることに疑いはない。その意味で、道路に電柱を設置したり、水道管、下水道管、ガス管等を埋設したりする行為は、自由使用の例外として、特別な権利を設定されて行われる特許使用ということになる²⁾。

ところが近年、この伝統的な思考方法に対しては批判が寄せられるようになった。

まずは、特許使用という概念的枠組みそのものへの疑問である。公物の利用にあたり、管理者から許可等を受けなければならないケースとして、特許使用のほか、利用形態としては原則として自由使用の枠内にあるが、あらかじめ当該利用を禁止し、複数による利用調整を経て、管理者の許可を受けた場合にそれをなしうる使用関係である「許可使用」が観念され、特許使用が公物利用に際しての特別な権利の付与であることに比し、許可使用は「自由の回復」であると把握されてきた。だが、行政法理論において、特許と許可の種別化については疑問が呈されて久しく、公物の使用関係においても特許使用と許可使用は、截然と区別化することは困難であると解されている。この問題は、公物の利用が通常の形態であるか、あるいは特別なそれであるかという、公物の本来的・非本来的用法に着目することを考察の出発点としているけれども、例えば道路敷に種々の導管を埋設するという行為ひとつとってみても、それらは現代的な道路の利用方法からすればむしろ通常であり、これをもって特別な使用方法と見ることについては違和感がある。そこで現在は、特許使用と許可使用を区別化するよりも、「許可使用の内容の種類別」として考察する方が適切であると解されている³⁾。

もちろん、許可等の法的性質がどのようなものであれ、公物の利用調整という観点から、ある利用に

について管理者の許可にかからしめる必要性は否定されるべきものでなく、法学的興味を中心は、今後もかかる許可制度の内容に向けられることとなるはずである。

3. 新しい道路の利用形態：コンパクトシティへの方向性と道路による都市空間の創造

道路が交通の用に供される物であることについて、異論を唱える者はまずいないであろう。高度経済成長期の急速なモータリゼーションと物流の増加を支えたのは、まさに全国に整備された道路網であって、現在においても、自動車と人の移動を支える主要な場であり続けている。

ただ、そこでの主役はやはり自動車であり、端的にいえば、道路は自動車による移動を迅速に行うためのものあって、道路法の目的である「道路網の整備を図る」(1条)ことというのも、自動車による移動のための道路網整備が主眼であると考えられる。自動車の交通が主たる利用であるという思考は、終戦後の経済成長率が高水準で推移し、それに伴う自動車台数の増加傾向に裏打ちされており、多くの自動車専用道路の建設が促進されてきたところである。

だが周知のとおり、近年の事情は様変わりしている。例えば、若年層の価値観の変化、あるいは経済不況を原因とする、新車販売台数・自動車保有台数伸び率の減少が指摘されている。それらは一過性のもに過ぎないかもしれないが、他方で、近年すでに街づくりの政策課題となっている「コンパクトなまちづくり」、いわゆる「コンパクトシティ」の発想により、自動車中心の道路利用という思考は、大幅な修正を余儀なくされることになるのではないか。

これまで、拡大し続けていく都市の交通を充足させるため、道路整備の充実化は常に中心課題となってきたのであろうが、その反面、住民の自動車利用を前提とした市街の形成が助長され、中心市街地の空洞化、スプロール化といった状況が生み出されてきた。

しかし現在、人口減少、少子・高齢化社会の到来という、わが国のかたち・構造の大転換をもたらす社会問題に加え、恒常的な財政難によるインフラ整備の限界により、これまでの無秩序で拡散的な都市の経営から都市のコンパクト化へと、まちづくりの基本方針は大きく舵を切っている。そして、このコンパクトシティの発想は、21世紀の今日においてすでに世界共通言語となっている「持続可能な発展」

の思想とも結びついており、向後も確固たる方向性を持つことになるであろう。中心市街地活性化法に基づく平成18年9月8日閣議決定「中心市街地の活性化を図るための基本的な方針」(平成21年4月24日一部変更)も、まさにかかる思想に基づくものであると評価できる。

そこで、コンパクトシティが持つべき空間的な基本要素として「高密度」「多機能・多用途で活気ある中心地区の存在」「自動車交通にできるだけ依存しない都市形態」が指摘されている点に注目すべきである*1。この3点目にあるように、都市がコンパクトになるということは、すぐれて整備された電車・地下鉄網を有する公共交通体系の確立を促すことになるわけであって、それにより自動車中心のライフスタイルの変容－脱クルマ社会－を指向し、少なくとも都市における交通手段としては、一層の自動車離れが進むことになるのは自然の流れであろう。

そうすると、このような都市のなかにある道路は、「交通の用に供される」ものであることのほかに、もっと現代的な利用が想定されてしかるべきであるように思われる。というのも、高密度ないし多機能・多用途といったコンパクトシティの残る基本要素が確保されるためには、道路を単に交通の場としてだけでなく、多様な都市空間を創造する場としても位置づけられるべきことになるからである。

そのような都市空間形成のひとつとして、本稿では「地域アメニティー空間創造の場としての利用」(以下、これを単に「アメニティー利用」という)を掲げたい。

アメニティーという言葉は、もともとは快適さや心地よさを表現するものであった。これが現在では、環境保護、都市計画、建築等の分野において頻繁に用いられ定着しているようであるが、それぞれの分野において異なる、実に豊富な意味内容を持つ語として成長している。

本稿ではこれを、都市生活の質を向上させる「快適さ・潤い・楽しみ」そして「地域コミュニティの連帯」として捉えることとしたい。

人々にアメニティーをもたらす空間は、地域自治体のまちづくり・まちおこしの素材であると同時に、日常生活の場における重要な付加価値である。このような空間はこれまでのところ、特に都市部において十分に確保されてきたとはいいい難く、コンパクト

*1 コンパクトシティに関する以上の記述については、参考文献4)を参照。

シティの発想においては、われわれの日常生活に近接している道路を、かかる空間として活用することが期待されるのではないだろうか。具体的には、沿道の植栽・緑化、景観形成、催事・祭礼、大道芸・出店等各種イベントの開催などがあげられるが、これらは、それぞれが単に一個の独立した事柄ではなく、都市空間を形成する一要素として把握されてきているように思われる。もとより道路はこれまでも、このような利用に供され、その必要性については各方面で認識されてきているが、コンパクトなまちづくりと相俟って今後なお一層、現代的な地域自治において最重要課題と考えられる、地域生活環境づくりや住民同士の連帯を促進する場として、もっと積極的に位置づけることができるはずである。

アメニティー空間創造の担い手として想定されるのは、NPO等地域住民団体、あるいは事業者住民といったところであろう。そして、当該担い手による道路のアメニティー利用の管理は、彼等との協働を前提に合理的な管理を施すことのできる基礎的自治体＝市町村および特別区（以下、特別区も含め市町村とする）が、最も相応しい主体であると考えられるところである。

平成19年都市再生特別措置法改正に伴う道路法の一部改正は、地域住民の日常生活の安全性、利便性の向上または快適な生活環境の確保を図るため、市町村が区域内の補助国道、都道府県道の歩道等の管理を一部代行することができることとし、また、道路交通環境の向上を図る活動を行うことを目的とするNPO等による道路占用の許可につき、「道路の敷地外に余地がないためにやむを得ないもの」とする許可基準（道路法33条1項、いわゆる「無余地性の基準」）の適用を除外するなど、都市の再生や地域活性化の推進をもたらす特例を設けている*2。

これらは本稿の提示するアメニティー利用に一部関係する制度であるが、しかし、特例はあくまでも特例であって、これにより道路法の基本原則に影響が及ぶことはないであろう。本稿では、これらを含むアメニティー利用にかかる道路利用に対する管理を、道路法上の一般的制度、さらにいえば道路法の

主要目的のひとつとして把握した場合の諸問題を検討するものである。道路法は、道路網の整備を図り、「交通の発達に寄与し、公共の福祉を増進すること」を目的として掲げるが、アメニティー利用が今後一層、都市に生きる人々にとって欠くことのできない生活の一場面を創出するものとなるなら、部分的な法改正では不十分であり、道路の目的をはじめ法の趣旨目的それ自体に手を加えなければ、結局のところ、交通の用に供されることを第一義とする道路に対し、その隙間をつく程度の、場当たりの利用に終始することになる。アメニティー利用は、すでに小手先の対応で満足することのできない程の内実があるものといえるのではないだろうか。

4. アメニティー利用に関する道路管理権限の法的性質

4-1 道路におけるアメニティー利用の性格

さて、アメニティー利用に関する道路管理権限の法的性質について、新たな視点から考察を加えることとするが、この課題を検討するにあたり、まずはアメニティー利用の性格ないし社会的効果について明らかにしなければならないであろう。

先にも述べたように、アメニティー利用は、地域住民の生活の質を向上させるものであるほか、まちづくり・まちおこしの発信源としての効果が期待されるものである。これは単にその場限りの催事などではなく、地域づくりという、現代においてはもはやそれ自体きわめて重要な、自治体政策の形成にかかる事項であるといえる。

高度経済成長期における都市自治体の役割は主として、頻発する公害被害から住民の生命・健康を防衛することにあつた。このような生活防衛的行政は、現在においても必要不可欠な事項ではあるが、21世紀をむかえ10年を経過した今、生活防衛を飛び越え、よりよい生活環境の確保、換言すれば、ただ単に現状を維持するのではなく、生活環境を積極的に創造する役割を担っていることについては多言を要さない。地域まちづくりは、その意味で昨今の自治体における主要政策であり続けているのであって、アメニティー空間の創造というのは、まさにそのような文脈で把握されるべき政策課題であるといえる。

さて、このような「古くて新しい」道路利用のあり方は、従来、交通の用に供される道路の利用方法としては特殊な形態であり、まさしく特別な使用＝特許使用として把握されてきた。確かに道路は、現

*2 以上については、参考文献5)参照。なお、改正前においては、都市再生整備計画に記載された場合のみ、市町村が国道または都道府県道の歩道等の整備を代行することが可能とされていたが、改正法により当該計画の区域外においても、かかる特例制度を活用することができるようになった（同書P.15頁参照）。

在、あるいはまた将来においても、自動車等の交通のために存在するものであり続ける。しかし、かつては「その他の利用」であったライフラインの埋設が、現在ではごくありふれた道路利用の一形態となったように、公物の利用方法は時代に応じて可変的なものなのである。

そもそも「みんなのもの」として存在する公物について、あらかじめ「特別な使用」を想定することは、少なくとも公物管理法の解釈においてミスリーディングを引き起こすことになるとと思われる。行政法学において伝統的に行われてきた許可と特許の種別は自由の回復と権利の設定に対応するが、万人のものである公物の利用については、国民は潜在的に権利を有するはずであるところ、自由使用として位置づけられることでその利用権が薄められ、逆に特許使用による権利性がそれを上回るという、本末転倒の状態に陥る^{*3}。また、利用形態の特殊性といっても、コンパクトシティの発想に内在する道路利用の可能性に見られるように、アメニティー利用は高密度の都市においてごく普通の利用形態となりうる。都市生活者にとっては生活を営む場として、交通以外の道路利用が必要とされるわけであって、そのような生活者の利益に応えるのも、公衆利用を前提とする公物と公物法の要請といえよう。

このようなアメニティー利用を公物の使用関係として類型することは難しいが、差し当たりは許可使用の一類型として把握することはできる。もっとも厳密には、許可使用にあたる公物利用は、大括りでは管理者の許可等を要しない自由使用にその原型が求められている。しかし、都市における道路のアメニティー利用という使用形態は、他の一般交通等との利用調整を経たうえで行われるのが宿命であることから、ここで誤解を招くことのないよう、アメニティー利用の原型については「通常の使用」という表現が適当であると思われる。この点に、新しい公物利用を伝統的公物法理論で把握することの難しさが表れていよう。アメニティー利用に必要な個々の道路利用を取り上げそれだけを見れば、特許使用としての側面があることは否定できないが、それらが都市空間の創造をもたらすことになる当該利用については、総体として通常の使用と見るべきである。また、公物法理論の基礎は自由使用にあるとされるが、アメニティー利用の使用関係が許可使用であるということと、これを通常の使用として個別公物管理法のなかで公物の本来の利用目的に位置づけるこ

とは、矛盾をきたすものではないであろう。

以上により、昨今のアメニティー利用はまさに「特別な使用から通常の使用へ」と位置づけられるべき道路の利用形態であるといえる。もちろん、そのような利用は、管理者の許可運用のもとで行われてしかるべきではあるが、それは「特別な権利の設定」という意味合いではなく、むしろ端的に「道路の利用調整」の要請によるものとして考えたい。アメニティー利用を通常の使用形態として位置づけたとしても、交通等其他の利用との競合を排除する必要が生じることに変わりはなく、あるいはまた、道路における当該利用が相応しいものか否かという判断も求められる。これらは、アメニティー利用の申請に対する道路管理者の許否判断を通して調整されることになる（その判断の要素となるべき事項については後述5章で若干触れる）が、この許可は、特殊な利用権を付与する性質のものでなく、道路の利用秩序を調整する目的でなされるものと解すべきである。

4-2 公物管理と公物警察の種別からの考察

道路法はこのような新しい利用を、道路の本来的な目的として管理対象とする受け皿をそもそも持つのであろうか、あるいはなぜか利用に対する管理が、これまでその中心となりえなかつたのかという問題をここで改めて検討し、管理権の法的性質を追究したい。この問題は、道路法を改正すれば解消されることではあるが、より根源的な次元において、道路法を含む公物管理法の射程を検討することで、その本質的性格を確認することにも繋がるであろう。そこで、まずは公物管理と公物警察の種別論を手掛かりに考察する。

道路を含む公物に対する行政の種別として、公物管理と公物警察の二区分が伝統的に認識されてきた。端的に公物管理とは、公物の効用を維持・増進せしめるために行われる公物の機能管理であり、他方で公物警察とは、公物の上に行使される、危険防止等安全の確保・秩序維持のための警察作用であるが、両者は同一の公物に対して行使されるものであることから、しばしば競合することがある⁷⁾。

道路については、道路法46条で定める道路管理者による通行の禁止・制限と、道路交通法4条、6条に基づく公安委員会または警察官による通行の禁止・制限が、競合の事例として論議の対象となっている。条文上、両者はともに、道路・交通の「危険防止」を目的に行われるものであり、一見すると、異なる

*3 参考文献6)の指摘を参照のこと。

権限の行使により同一の効果が発生するかのようであるが、両権限の間には何らかの特質の差異が存在するはずである。

公物管理の権限と公物警察のそれとの区別として伝統的に、「公物管理権は、公物主体が積極的に、公物本来の目的を達成せしめることを目的とする公の権能であるのに反し、公物警察権は、一般警察権の発動で、消極的に公物の安全を保持し、公物の使用関係から生ずる社会公共の秩序に対する障害を除去することを目的とする」ものであって、両者はその発動の範囲と、違反に対する制裁・強制方法が異なると主張されてきた⁸⁾。

ここでの消極・積極というのは、行政の類型である「警察規制」と「給付」の種別と結びつきやすい概念区分である。警察規制行政、すなわち危険防止・秩序維持を目的に国民の権利自由を制限する伝統的な行政—権限行使は必要最小限に留めるべきものとされる消極行政—の概念に対し、福祉の増進を図る目的で、国民に便益を供与する給付行政—福祉国家の実現に向けて積極的に介入する行政—は、まさに戦後の行政特質を示すものである。

しかし、社会的な利害関係が複雑化した今日において、警察規制・給付の種別は、そのままではさほど明快な解答を与えるものとはいえない。国民の権利自由を制限する警察規制についていえば、確かに、規制の客体である相手方国民に着目すれば、当該相手方の活動等を制限する作用として位置づけられる。だが、行政とその直接の相手方だけでなく、行政活動の影響を受ける第三者を含めた三面関係において法効果を考察し、行政作用の目的・効果を総体として把握することが、法に基づく適切な社会統制機能を把握すべき現代行政法学においても求められているところではないだろうか⁴⁾。

そうだとすると、公物警察としての、道路交通法4条、6条所定の通行の禁止・制限は、一面において、道路を利用する者にとっては警察規制であるが、他方、通行の禁止・制限措置で危険防止を図ることは、道路利用者その他に対して「安全の給付」という効果を生み出すことになる。逆に、概して公物管理は給付行政であり、その意味では道路の本来の目

的である自由使用の確保のため、これに対する障害を排除するためになされる道路法46条のそれは、危険防止を端緒に道路の通行を禁止・制限するという意味においては、警察規制的側面があるように思われる。このように、警察規制か給付かの二分論では、公物警察権と公物管理権の種別は不明確にならざるをえない⁵⁾。

むしろ両権限の特質の差異が強調されてしかるべきなのは、権限行使の際の考慮要素の広狭にあるのではないか。警察権限の行使である以上、道路交通法に基づく通行規制は、もっぱら危険防止の観点から行われるのに対し、道路法に基づく場合、公物管理権の発動として、「通行規制以外の道路管理作用全体的見地から通行規制の要否を判断」されるべきことがすでに指摘されている⁶⁾。上記のとおり、公物警察・公物管理権限の行使は、それがもたらす社会的効果につき、輻輳する諸個人の利害を前にして、ともに二重効果性を有することになる。しかし、公物警察権は「一般警察権の発動」と説明されるように、その権限行使の端緒ないし動因は、あくまでも危険防止、社会公共秩序の維持なのであり、特定の障害が現に発生しているか、発生することが相当の蓋然性をもって予測できる場合に行われる、その意味で考慮されるべき要素が限定された「消極」的権限行使である。他方、公物管理権については、権限の行使が自由使用の制限に至る場合には確かに慎重な判断が求められるけれども、本来的には公物の目的を達成、言い換えれば公物の効用を維持・増進させる観点から行われるものなので、権限行使の端緒・動因は、公物警察権との比較において広がりを持つ「積極」的権限行使であると指摘することができよう。

以上の権限の特質に基づく種別化を前提にして、道路に対する二つの行政作用を抽象化して対比すると、公物警察とは、公物およびその周囲の今ある状況を維持するために行われる「現状維持的な行政」であるのに比べ、公物管理は、公益の実現に向けた「創造的行政」であることができる。この理は、単に道路法上の通行規制に限定されたものではない。公物管理が、公益実現のために、公物の効用をいかに発揮させるために行われる創造的なものであることは、「国民・住民の信託財産として開かれた公物」に対する管理の方向性として、個別の法規の存在を超えた、公物法一般に妥当するメルクマールであるといえ、そしてこの点に、公物管理と公物警察の峻別要素を見出すことができよう。

* 4 規制行政と給付行政の概念について、参考文献9)参照。

* 5 フランス行政法の議論において、本文掲記のような安全の給付という観念が指摘されており、これを参考にした。参考文献10)参照。

* 6 以上について、参考文献11) P.289以下、特にP.293を参照。

差し当たり以上のコントラストを前提として、アメニティー利用とこれに対する道路管理の法的性質を追究していきたい。

アメニティー利用の場合、道路上に工作物等を設置したり、車両の通行を禁止して道路をイベント開催の場として利用することが想定されるのであるが、まずもって、このような都市空間の創造に寄与する道路管理は、その性格上、公物管理作用として位置づけることができる。

上記のとおり、公物管理、とりわけ道路の公物管理は、道路の効用を維持・増進させるために行われる管理作用である。ここでの「道路の効用」とは、道路本来の用途＝目的を意味するものと考えられるが、従来の「道路本来の目的」は、「一般交通の用に供されること」に尽きている。

繰り返しになるが、道路という構造物そのものに変化がなくとも、その利用は所与の時代における社会環境に応じて変わるのであって、公物管理法の規定と管理のあり方は、その変化に即応しなければならないはずである。従来の道路の目的である、一般交通への供用という狭い範囲における管理では、結局のところ、現実には、道路を敷設した後は「その構造物としての現状維持管理」が精一杯であり、アメニティー利用といった「副次的」な利用については、その管理もまた副次的なものに過ぎないことになる。

したがって、従来の道路管理はきわめて消極的・現状維持的な管理作用であったといえる。無論、このような管理は否定されるべきものではなく、道路管理においては必要不可欠な作用であることに変わりはない。ただ、従来の道路管理がこのような作用を主たる関心事としていたのは、交通の用に供されることが第一次的な利用として疑いのなかったことのほかに、国家賠償法上の営造物責任の法理が道路管理者に重大な責務を負わせ、道路は交通の用に供される物としての瑕疵のない状態を維持することが命題となったことが大きいのではないだろうか。あるいは、上述のとおり本質的に警察権限と区別されるはずの公物管理権が、行政法学一般を支配してきた、行政権の発動は必要最小限に留められるべきであるとする「警察行政的思考」により、道路管理においては「利用のコア部分」に主題が置かれ、使用制限をもたらすような付随的な道路利用については、あまり積極的に把握されてこなかったというのも、その原因のひとつかもしれない。

しかし目下の道路は、現行道路法の明示する目的以上の多様な公共性・公益性のある物であることは確かで、その効用を発揮させるため、もっと積極的な管理作用が期待される。この点少なくとも、公物警察との対比において浮き彫りになる、公物管理の特質であるところの、公物の効用発揮・創造的行政という側面を、道路法自身が十分に取り込むことができていることについては指摘できるであろう。

4-3 公物管理と財産管理の区別からの考察

ところで、これまで主たる道路管理作用と考えられてきた現状維持的管理のなかには、むしろ「財産管理」的な側面をも有する部分があることについても注意しなければならない。

それというのも従来、公物に対する機能管理（公物管理）作用、とりわけ里道のような道路法の適用を受けない法定外公共用物のそれについては、財産管理との競合の問題が指摘されてきた。例えば里道の補修などは機能管理の典型であるものの、他面において、当該作用により道路の形状変更を生じる場合には、道路の財産的管理の側面をも併せ持つことになり、また、道路に妨害物を置く者がいる場合、その撤去を求める行為は機能管理に属すが、長期の不法占拠により所有権侵害のおそれがある場合には、財産管理者が公共用財産の所有権を保存するための行為をなすべきことになる、とされている¹²⁾。このことは、道路法の適用可否という問題にかかわらず、本質的なレベルにおいて、道路の維持・修繕等の公物管理はそれ自体、道路の国有・公有財産としての財産管理行為、すなわち財産の維持ないし保存という現状維持管理にも連なる作用であることを示しており、したがって財産管理の側面からもまた、この種の維持管理行為＝公物管理作用をなすことが可能であることを意味するのではないだろうか。公物管理と財産管理は、先に見た公物管理・公物警察の異同と同じく、観念的な区別は可能であっても、実質的には区別しがたい点が存在するのである。

そうすると、公物管理が財産管理と明確に区別される標準はどこに求められるのであろうか。それは、公物管理の本旨が公物の持つ効用の維持・増進にあり、創造的行政であって、国・公有財産の維持・保存という「財産の静態的管理」に主眼を置くものでなく、それとの対比というならばむしろ、「公益の積極的実現」を目的とするものであるという点に見出されるであろう。財産管理との対比におけるこの点こそ、特殊な法制度としての公物管理法が成立する

所以であり*7、そうであるとすれば、アメニティー利用の管理は、まさしく真正の公物管理であるといえるのではないだろうか。

4-4 小括

考えてみれば、世にあまた存在する公物のなかで、道路ほど、われわれの日常場面において常に登場するものはないが、そのような道路の利用が、われわれのライフスタイルの変容に影響を受けないはずはない。

これまでの道路管理は、伝統的かつ現在においても枢要な管理作用であるところの、道路という「物」に着目した維持管理作用が中心であった。だが、公物警察ないし財産管理との対比からいえるように、現状維持的な管理作用とは明らかに質の異なる積極的要素があるからこそ、公物管理という枠組みを提示する意義があることを忘れてはならない。

そこで、公物管理は有体物そのものだけに着目した作用だけでなく、社会的に求められる利用のあり方に応じて、公物のもたらす、いわば「波及的効用」、道路についていえば、道路という物そのものの効用－円滑な交通の確保－だけでなく、道路の存在から派生する諸々の空間的効果をコントロールすることについても、主要な公物管理作用として位置づけることができるように思われる。

道路はその誕生においては、あくまでも交通の用に供されるためのものであり、その形状についても、まさに交通を円滑にならしめるための工夫に基づくものである。ただ、それが都市空間に存在する公共的空間であるという意義は大きく、その波及的効用を副次的なものではなくて、主たる管理対象として把握することは、公物の効用を發揮する創造的行政という、公物管理の本質的内容に合致するものではないだろうか。

公衆の利用に供されることが公物の本質であるならば、それは一片の立法をもって定められた、当初の利用目的にいつまでも拘束されるべきものではないことはむしろ当然である。とりわけ道路は、法律の制定されるはるか以前から存在し、人々の利用に供されてきた。そして時代の変遷に応じ、道路利用のあり方は変化しようとしている。

要するに、アメニティー利用にかかる管理は、地域自治体の政策形成にコミットするものであって、

*7 フランスの公物保存警察（公物の破損に対し財産の物理的完全性を保護する目的でなされる警察権の行使）の性質に関する学説を参考とした。参考文献13）参照。

従来のな道路管理におけるよりも、考慮されるべき事項が多面にわたる公物管理作用のひとつであるということになる。公物の管理にこのような政策的課題を取り込み、管理作用を一気に拡大させることについては違和感があるかもしれないが、しかしここでは、道路の持つ公共性の現代的內容が問われているのであって、その管理運営において、都市におけるまちづくりの意義や住民生活の質の向上確保を積極的に勘案することは、管理権の射程に含まれてしかるべきではないだろうか。そもそも道路は、都市に関わる諸々の政策的決定に基づいて生み出されるものであり、維持管理作用においてもかかる政策的考慮は十分に可能なはずである。これに対し、まちづくり・都市政策の現代的要請に基づく考慮が別の観点からここで新たに持ち込まれたとしても、両者はその根底において共通する事柄なのであるから、それにより特に問題が生じることはないはずである。

5. アメニティー利用をめぐる許可制度

現行法上、アメニティー利用について必要とされる道路法上の許可制度として、32条の道路占用許可がある。他方で道路を使用する以上、当該使用に対して警察規制が行使される。このような道路利用に関し、警察作用の介在する契機はどこにあるのか。

一般に、警察権限は危険防止や秩序維持の観点から行使されるものであることについてはすでに述べたが、ここで、道路における警察作用、とりわけ工作物等の設置や道路上の催事の際に必要な警察的取締は、法制度上いかなる観点からなされているのかについて、ここで特に検討したい。

道路交通法77条は、道路使用許可の制度を定めている。同法の解説書によれば、道路使用許可は、「道路をその本来の用い方である通行の場としてではなく、他の目的に使用する行為を対象とするものであって、これらの行為は道路の効用を害し、必然的に交通の妨害となり、その他一般の交通に著しい影響を及ぼすものである」から、本来は一般的に禁止行為としておくべきところ、社会実態に照らし、これらを相対的禁止状態に置き、警察署長の許可をもって、当該禁止を解除するものであるとしている¹⁴⁾。つまり、ここでの許可は、講学上の「警察許可」であり、許可の効果としては「禁止の解除」に当たるものと説明されているのである。

他方で、道路法32条の道路占用許可については、道路の本来の用法に従う自由使用に比し、これは「あ

くまでも道路の本来の機能を阻害しない範囲内でのみ認められるべき」特別使用関係に置かれるものであると説明されている¹⁵⁾。そして、占用許可の性質としては、自由使用との対比において特別な権利を設定するものであり、すなわち講学上の特許行為として考えられている。

そうすると、工作物等の設置を例にあげると、実務上、当該の行為が一方では「禁止の解除」を受けるものであって、他方では特別な「権利の設定」を受けるものである、として把握されていることがわかる¹⁶⁾。同一の行為に対してこのような性質の異なる二つの許可がなされるのは、それぞれの権限行使の根拠ないし方向性が異なるからであるが、これについて両者を比較すると、道路使用許可は、道路本来の用い方である一般交通の妨害を排除することが権限発動の根拠とされ、道路占用許可は、道路の本来の機能、すなわち一般交通と、その阻害要因となる非本来的行為との調整機能を有するとされる¹⁵⁾。

このように、道路使用における許可制度においても、公物管理と公物警察の競合があるが、前述の道路法における道路通行規制の場合には「自由使用の制限」となることから、警察規制との異同において難しい議論があるところ、現行の道路占用許可は、特別な道路の利用に対する「権利の設定」たる行為とされているので、通行規制の事例に比して差別化自体は容易であると考えられる。

しかし、ここでは次の点に注目したい。道路使用許可の「一般交通への妨害の排除」は、複数の道路利用に対する「利用調整」であるが、それが警察作用である限り、危険防止・秩序維持の面から行われる。他方、道路法に基づき、公物管理作用として行われる「一般交通とその阻害要因との利用調整」も、結果として一般交通の安全確保をもたらす面がある。警察作用の本質的内容としての危険防止等は所轄の警察署長の判断に委ねられるべきものではあるが、かかる判断が具体的にどの場合に、どの程度必要となるのか、あるいはこれによる権利自由への侵害の態様については実例ごとに異なる。公物管理の一環として、公物管理者が多角的な比較衡量をもってなしうる作用によりカバーされる部分もあるのではないだろうか。

道路の占用許可と道路使用許可の双方が適用対象となる場合には、道路管理者と警察署長との協議が行われる(道路法32条5項、道路交通法79条)。協議の場では双方の法律上の権限に基づいた主張が行わ

れるのであろうが、危険防止等のなかで、警察機関の権限行使が本質的に期待される内容について、整理する必要があるように思われる。そもそも、多くの道路管理を担う自治体は、地域の安全を確保すべき責務を有しているのである。

本稿では、アメニティー利用に必要なこれらの二つの許可制度を見直し、むしろ公物管理権限に重きを置く制度として位置づけるべきであると考えている。

先にも述べたとおり、アメニティー利用は地域の政策的課題と密接に結びついている。公物管理は、公物の「効用」を発揮させる管理であるが、公物は当該地域に存在しながら、万人の利用に供される公共施設なのであるから、その「効用」のあり方は、それぞれの地域が抱える現状と将来的課題に関連しないはずはない。

問題なのは、アメニティー利用の一形態(現代的にはむしろ核心の利用形態といえるかもしれない)である、道路に人が集まる状態-祭礼その他の催事等のために、車両を通行止めにした上で道路を利用する、いわゆる「歩行者天国」の状態-の創出は、道路交通法上の道路使用許可のみにかからしめている、という点にある(77条1項4号)。この場合、道路法上の道路管理者が権限を行使する余地はない。また、道路交通法の道路使用許可の運用は、まさに「警察許可」の運用なので、要件が充足されれば「許可をしなければならない」とこととなり、それはイベント等の主催者にとって都合がよい面もあるが、アメニティー利用は、単に主催者の意向が重視されるのではなく、地域のまちづくり行政需要に適合的であることが求められるのであって、その際の許可基準の設定のほか、条件の付加等、考慮されるべき事項はたくさんある。それにもかかわらず、アメニティー空間の創出において最も基本的なかかる道路利用につき、もっぱら警察署長による許可のみをもって決定される仕組みは、やはり疑問である。

さらに、このような道路利用は、一般交通を遮断して行われることから、それに対して著しい影響を及ぼすこととなる。しかしこれは、広く「交通政策」にかかわる事柄であるともいえるのであって、かかる判断は、もっぱら警察法上の警察機関の手に委ねられるべきものでないであろう。もっとも、このような利用において、道路交通上の危険発生ないし秩序混乱の可能性がすべて否定されるわけではないので、警察機関による許可の制度は残るとしても、

それ以外の、むしろ公物管理権限を持つ行政機関の考慮すべき事項の方がはるかに多い。他方で一口に警察規制といっても、前述の通行規制におけるのとこでのそれは、危険防止・秩序維持の要請と内容が大きく異なるはずである*8。

以上により、アメニティー利用の管理において必要な警察権限の内容を吟味し、警察署長と道路管理者との役割分担を明確にしたうえで、道路管理者による許可制度を構築・再生すべきであると結論づけた。そこでは、道路管理者の判断をもってアメニティー利用の方向性が決まる仕組みが必要である。さらに当該の許可の運営においては、画一的な基準によるのではなく、アメニティー利用による効果とそれによる一般交通の阻害とを比較衡量できるような柔軟な制度を想定すべきであろう*9。

6. 管理権の所在に関する検討

本稿で示す地域「アメニティー空間」の管理者は、市町村自治体にほかならない。

アメニティーという言葉は多義的であるから、内容に応じて、多様な空間管理者が想定されよう。もちろん、国や自治体という公共主体のみならず、民間事業者やNPO団体がその地位に就いたとしても何ら不思議なことではない。公共的事業の担い手については、かつてのように国家がこれを独占する時代は終わり、官と民による役割分担が主題となっているのが目下のところである。

ただし、市町村は、地方自治法上、機関によって構成されるひとつの行政体ではあるが、ただそれだけの存在ではなく、他面においては、地域住民と渾然一体をなす、真正の「住民自治体」としての性格

* 8 関連して、現行道路交通法77条1項の規定について最高裁は「道路において演説その他の方法により人寄せをすることは、場合によっては道路交通の妨害となり、延いて、道路交通上の危険の発生、その他公共の安全を害するおそれがないでもないから、演説などの方法により人寄せをすることを警察署長の許可にかからしめ、無許可で演説などの為め人寄せをしたものを処罰することは公共の福祉の為め必要であり、この程度の制限を規制した所論道路交通法取締法規、すなわち道路交通取締法(当時)等は、憲法21条に抵触しないと判示した(最高裁昭和35・3・3刑集14巻3号、P.253)。

* 9 参考文献17)は、道路法は道路の公共性を「交通の安全かつ円滑」の確保の観点から技術的に捉えているが、それによる道路管理権の画一性は、道路空間の多目的利用等の地域ニーズに対応しきれないことを主張している。

* 10 詳しくは参考文献18)、P.161以下を参照されたい。なお、住民自治体の概念については、参考文献19)、pp. 94-105を参照のこと。

を持つ*10。自治体構成員たる住民との関係性という面において、歴史的にも現実的にも、同じ地方自治体である都道府県=広域自治体とは同列に論じることができない。このような市町村自治体は、地元コミュニティの活性化を誘導する役割を本来的に担う主体であり、アメニティー空間の創造についても、それを管理する者としての立場にあることについて特に異論はないであろう。

しかし、いくら管理者としての実質的な適格性を市町村に見出したとしても、対象となる道路には種類があり、道路法でそれぞれ管理者が法定されている。市町村は指定都市を除いて、管理すべき道路はもっぱら市町村道であり、国道、都道府県道については、原則として管理権を行使しえない。

だが、あえて本稿では、道路の種類にかかわらず、アメニティー利用の管理については、市町村がこれをなしうるものとする。

道路法は管理の特例として、指定都市は、その区域に存する国道の一部および都道府県道について、管理するものとしている(17条1項)。このような特例を定めたのは、旧法以来の慣行を尊重、踏襲したことのほか、指定都市は地方自治法上、行為法的には都道府県として取り扱われていること、財政規模が都道府県のそれに匹敵するものであること、さらには、指定都市の区域内では国道、都道府県道であっても、「市道とともに街路を形成しているので都市交通の見地から当該市においてこれを統一的に整備、管理する方が道路の整備促進上適当であること」などの理由によるものとされている²⁰⁾。

このことは、道路は誰がつくり認定したものであるかにかかわらず、その後においては適切な者に管理権を委ねるべきことを、道路法自身が認めていることを意味する(都道府県の国道管理も同様)。もっとも、その理由として、指定都市の行財政力にも着目しているわけであるが、しかし本稿の立場からすれば、道路に関するすべての管理ではなく、一部の管理権が問題となるのである。アメニティー利用に供されるエリアはあらかじめ限定されるであろうし、道路管理の種類なり性質によっては、中小市町村もこれを担うことができるはずである。平成19年の道路法一部改正は、かかる市町村が国道・都道府県道の管理の一部(歩道の新設等)を行うことを可能にしており(17条3項)、この観点に即しているものと考えられよう*11。

およそ道路は、それが誰の手によって造られたも

のであるかにかかわらず、地域空間を形成する主要な要素であることに変わりはない。上記の理由にもあるように、国道、都道府県道も、それぞれの市町村地域内において「街路」を形成している。利用者や地域住民から見れば、それらは道路の種類にかかわらず、街路という地域空間の一要素なのである。

アメニティー利用を、これまでの枠組みにおける特別な使用ではなく通常の使用、あえていうならば許可使用の一態様として把握すべきであるとするのが本稿の基本的立場であるが、先に触れたとおり、公物法においては公物のもっとも基本的な利用形態である自由使用について、利用者の積極的な地位は認められてこなかったという事情がある。公物については自由使用の原則はあるけれども、その権利性は希薄であったといわざるをえない。

もとより公物は、国家の所有物にほかならないとし、国家による公物管理権の淵源は法律以前の、国家の所有権に求められるとする見解がある。そのことと、利用者の権利性が希薄であるということは直接関係するものではないかもしれないが、少なくとも、公物の所有者とその利用者という意味での、国家の優越的地位を導く要素にはなろう。

だが、国有財産として位置づけられてきた里道について、市町村が慣行的にその公物管理を行ってきたという歴史に実証されるように、所有権の所在とかかわりなく、公物は生まれながらにして公共の用に供されるものなのであり²²⁾、そしてこのような法定外公共用物の公物管理を市町村が担ってきたのは、法律規定以前に、公物は地域と密接な関係にあり、その主たる利用者である地域住民の存在を抜きに考えることのできない物だからであろう。

道路をはじめ公物は、広く国民の「共通の資産」であることは、理念として語られてきたところであるが、これは単に空虚な理念などではなく、実定法の解釈もしくは法の制定作用において機能されるべき鍵概念であると考えたい。つまり、公物が民法上「誰の物であるのか」という次元の問題ではなく、「誰のための物であるのか」から出発した制度づくりないし法解釈が求められる。

近年導入された自治体の「指定管理者制度」は、「公の施設の目的を効果的に達成させるため」の制度として位置づけられている(地方自治法244条の2第3項)。この制度の根底には、自治体公物利用者による利用の実態に着目し、その管理者としてふさわしい者を適及的に探究するという思考方法があるもの

と思われる。

この新しい公物管理のあり方は、公物は国家が用意するものであり、そして国家が国民にその利用を供する管理者であるという図式を超越し、利用の実態に知悉した者に管理権を委ね、その行政当局外の者に対し、管理上必要な権力行政権限の行使までも認めるものである。この制度は、公物は利用者「みんなのもの」であることを前提に、その潜在的利用権を最大限保障するための仕組み—すなわち公物利用権を合理的に確保し、特に利用調整という困難な任務を遂行するにふさわしい管理者を採求する仕組み—をつくりあげたものと考えられる。道路管理法制においても、このような視点が否定される理由はないのであって、アメニティー利用の道路管理は、基礎的自治体がその主役となるべきことについては検討されてしかるべき事項であると思われる。

すでに一部のNPO等地域住民が、植樹帯の維持等の道路環境整備を担っており、アメニティー空間の創造にコミットしている。これは、道路はまさしく自分たちの街路であって、その空間を自分たちの手で整備しようとする試みにほかならない。このような取り組みが先行している現状というのも、より適切な道路管理者を考察する上で重要な要素となろう。

市町村による道路管理権限の拡充は、地方分権の観点からも論証できるものである。里道の市町村への譲与は、まさしく分権改革の一環として現に行われている一大事業であって、分権改革の理念が既存の公物管理制度に影響を与える場面は、これから多く見られるであろう。

なによりも、分権改革によって国から移譲される権限は、ひとり自治体行政当局が抱えるべきものではなく、地方自治の本旨に即し、住民もまたその受け皿となるべき地位にある²³⁾。「住民と自治体との協働」という観念は分権改革との関係で論じられるものであり、その住民との協働を名実ともに果たすことのできる自治体は、基礎的自治体としての市町村においてほかにない。

*11 道路法は従前、政令市以外の市についても道路管理の特例(17条2項)が設けられていたが、これは市のみが対象で町村は対象とされていなかったこと、また当該特例制度によると、市は道路管理者として管理の全てを行わなければならない、その負担が大きいことから、地域ニーズに対応すべき道路の整備・管理を推進するうえで必ずしも使い勝手のよい制度とはなっていなかった。平成19年の改正は、この点を解消するものあることが指摘されている。参考文献21) 参照。

アメニティー空間の創造は、生活者・事業者住民と市町村の協働をもってはじめて実現されるものであり、市町村にその管理権を見出すことは、かかる分権改革の観点からも積極的に検討されるべきである。

むすびにかえて：人間重視の道路管理法制へ

この稿の主題は、アメニティー空間創造の場としての利用を、道路の通常の利用方法の一形態として位置づけ、それに相応した制度を創設すべきであるというものである。これは、従来の道路管理のあり方の一大転換を意味するものにほかならない。

これまでの道路は、主として自動車による道路利用が中心であり、道路関係法令も、そのことを自明のものとして編まれてきたように思われる。このような現状に対して、これからは人間による道路利用が、法制度の中心的仕組みに据えられるべきであると考えている。本稿では、「アメニティー利用」という全くこなれていない語を用いたが、これはまさしく人間重視の道路利用の一形態である。

具体的には、アメニティー管理に必要な道路占用許可と道路使用許可の二重性を可能な限り解消し、これを再構築した上で市町村の権限に重きを置くべきことを提案した。もちろん、これら二つの許可制度は、アメニティー利用以外の場面でも要されるのであるから、これらをすべてにわたり完全に整理し、市町村の管理権限を拡大することには無理がある。そこで「アメニティー利用のための許可制度」を新たに創設し、市町村長が当該許可を発給することで、その管理にコミットできる仕組みが必要であろう。

また、当該管理権限の所在を市町村に見出す本稿の立場からは、さらにNPO等、アメニティー管理における協働の主体についても、その地位をより積極的に位置づけることが求められる。

参考文献

- 1) 原龍之助『公物營造物法〔新版〕』有斐閣、P.252、1974年
- 2) 同上書、P.252
- 3) 塩野宏『行政法Ⅲ〔第三版〕』有斐閣、pp.348 - 349、2006年
- 4) 海道清信「中心市街地活性化とまちなか居住ーコンパクトシティの視点からー」『自治フォーラム』572号、pp.12-13
- 5) 道路法令研究会編著『道路法の解説〔改訂4版〕』大成出版社、pp.14-17、2007年
- 6) 磯部力「公物としての海域と海域利用権の性質」日本海洋協会『新海洋法条約に伴う国内法制の研究第1号』P.162
- 7) 前掲書3)、P.339以下
- 8) 前掲書1)、P.249
- 9) 小早川光郎「規制行政と給付行政」『ジュリスト増刊・行政法の争点〔第3版〕』pp.8-9
- 10) 三浦大介「フランスにおける行政警察の概念」渥美東洋編『犯罪予防の法理』成文堂、pp.266-267、2008年
- 11) 小幡純子「道路管理者の通行規制の方法についての検討」『道路管理の法と争訟』ぎょうせい、2000年、P.289以下
- 12) 寶金敏明『里道・水路・海浜〔4訂版〕ー長狭物の所有と管理ー』ぎょうせい、P.226、2009年
- 13) 前掲書10)、pp.261-263
- 14) 道路交通執務研究会編著、野下文生原著『執務資料・道路交通法の解説〔14-2訂版〕』東京法令出版、P.882、2008年
- 15) 前掲書5)、P.214
- 16) 前掲書5)、P.217
- 17) 小高剛「道路空間の機能回復と道路管理権限」都市問題研究38巻4号、pp.40-41
- 18) 三浦大介「自治体の公物と住民」兼子仁先生古稀記念論文集刊行会編『分権時代と自治体法学』勁草書房、2007年
- 19) 兼子仁、村上順『地方分権』弘文堂、1995年
- 20) 前掲書5)、P.98
- 21) 前掲書5)、P.15
- 22) 前掲書6)、P.46
- 23) 前掲書19)、pp.94-95