慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	連邦制度における飛行の自由： アメリカとオーストラリアの場合をめぐって
Sub Title	Liberty to fly in federal states : cases of the United States and Australia
Author	栗林, 忠男(Kuribayashi, Tadao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1969
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.42, No.11 (1969. 11) ,p.40- 73
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19691115-0040

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

連邦制度における飛行の自由

――アメリカとオーストラリアの場合をめぐつて――

栗林忠男

一　序　説
二　連邦・州の空域管轄権と飛行公権
　一　連邦憲法における空域の地位
　二　州境を越える飛行公権の確立
三　土地所有権と上空通過権
　一　コモン・ローの現状
　二　「収用」理論の適用
　三　制定法による修正
四　結　語

一　序　説

何人も、法の明確に禁止しない行為に対して、刑罰を蒙り損害賠償を支払わされることはない。このことは、Dicey の言う如く、「法の支配」の下に人間の自由を保障する英国憲法制度の一特質であり、(1) 言論・集会等の自由と同様に、人間の飛

行の自由[2]についても妥当するであろう。飛行活動が法違反を構成する場合を除いて、その飛行の自由は保障されるのである。法が飛行を禁止又は制限して来たのは、基本的には飛行者と土地所有者の法律関係においてであり、コモン・ローは、制定法による修正を受けてはいるが、土地所有者の土地上の空間における権利を認め、一定の場合に、その空間における飛行の禁止のためもしくはその飛行から生じる損害に対して請求する資格を与える。もつとも、近代に於ては、航空に対する社会的需要と土地の継続的使用に対する土地所有者の要求を調和させることによつてのみ飛行の自由が確保されるとは限らない。むしろ、航空時代の到来と共に、公衆の安全と航空産業の発展に深い関心を払つて来た各国においては、航空の安全な、規則正しい且つ能率的な発達のために設定された諸種の詳細な行政的規則によつて飛行の自由は大幅な制約を受けており、其等の規則は、航空機の使用及び飛行に従事する免許・資格に関するものを含めて、実質的に飛行を禁止するに至るものであり得る。従つて、たとえ他人の土地上空の飛行が、空間における他人の権利を何等法的に妨害しない場合でも、飛行者が航空機・飛行・免許等に関する法規を遵守しなければ、その飛行は事実上禁止されることになるのである。飛行の自由を制約する此等の法規は、特に航空の性質から由来する統一化乃至標準化の要請から、国際立法の各国国内法規に対する影響が顕著である。[3]

しかし、本稿において分析を試みる飛行の自由は、此等の行政的な航空法規の側面からではなくて、より基本的な土地所有者の空間における権利の性質との関連においてであり、しかもアメリカとオーストラリアの連邦制度の特殊な背景においてである。即ち、此等英米法系の連邦国家においては、航空と土地所有権の基本的関係に加えて、またそれを条件づけるものとして、連邦と構成州の空域におけるそれぞれの主権の対立・競合の中に飛行の自由が確保されるという二重構造が認められるのである。空域は土地所有者の土地上空、構成諸州の領域上空、連邦国家の国家領域上空そして国際の空へと連続する普遍的一体性を有するから、各州内の土地上空の無害通過の権利、連邦全土に亘り州境を越えて行われる飛行のための通

過公権そして国際法上の飛行権は、それぞれ決して無関係ではあり得ない。但し、国際社会における飛行の自由の問題は、禁止法のない場合にその自由が積極的に保障される国内法の場合と異なり、国家が他の国家（及びその国民）に関して自からの主権の行使によつて自国の空域主権を制約する場合にのみ、またその限度においてのみ生ずる。国際法の分野においては、飛行の「自由」は「権利」と同意義である。国際法上の国家の空域主権並びに所謂「空の自由」の問題は本稿の直接の課題ではないが、此等の連邦国家の締結した国際協定により外国に与えられた飛行権に基いて行われる外国飛行者の飛行を国内的に確保するために、下土地保有者の空域における権限又は権利が影響を蒙る限り、問題視されなければならない。

そこで、本稿では先ず、両国の連邦憲法における空域の地位、換言すれば、連邦と州の空域管轄権と州境を越える飛行の自由を検討し、次に土地所有権と上空通過権に関する両国のコモン・ロー及び制定法の規則の現状との関連において、連邦制度における飛行の自由が如何に実現されているかを考察することにする。そして、この点に関してアメリカ合衆国が可成り整備された法制度を確立しているのに対して、オーストラリア連邦においては、この問題についての学説・判例の乏しさと共に、多くの未解決の問題が残されているように思われるので、本稿の論議もアメリカの法制度との比較及びその類推を通じて、オーストラリア連邦における飛行の自由のあり方についての立法論的考察にまで進むことになろう。(4)

(1) A. V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of Constitution, ninth ed., p. 183, et seq.

(2) 「自由」という言葉は、ここでは、Hofeld の定義する duty に対する privilege の意味、即ち、他人による法的妨害の可能性なく人が自分自身で為し得るという意味で用いる。この用語については、Cf. G. W. Paton, Jurisprudence, second ed., p. 224, et seq.

(3) 特に一九四四年のシカゴ「国際民間航空条約」第三七条は、各締約国内の航空規則・規制及び実行の統一を要請し、次のように規定する。「各締約国は、その統一が航空を促進・改善する事項のすべてについて、航空機・航空従事者・航空路及び付随業務に関する規則・標準・手続・組織につき実行可能な最高度の統一を確保することに協力する。この目的を実現するため、国際民間航空機関は（以下に列記された十一事項及びその他）随時適当と思われる航空の安全・規則性及び能率に関する事項についての国際的標準・勧告的実行及び手続を必要に応じて採択し修正しなければならない」。

(4) 我国においても英米法における航空と土地所有権の関係について次の優れた諸研究が著わされている。田岡良一「空域の領有権」、空法第二号一頁、伊沢孝平「航空の自由と土地所有権」、法学論集第十七巻第一号一頁、池田文雄「航空機の上空通過に伴う法律問題」、空法第三号五九頁及び第四号一五頁、城戸正彦「Cujus est solum の原則と空域主権」(一)(二)(三)、愛媛大学紀要第四部。中でも池田教授の論文はアメリカにおける法制度についても可成り詳細に論究されているが、本稿は此等の研究に示唆を仰ぎながらも、特に重点をアメリカの場合と比較したオーストラリアの連邦制度における飛行の自由に置くものである。

二　連邦・州の空域管轄権と飛行公権

一　連邦憲法における空域の地位

一九四四年シカゴで締結された「国際民間航空条約」[1]の第一条は確立された国際慣習法の原則を再確認して、「締約国は、各国がその領域上の空間において完全且つ排他的な主権 (absolute and exclusive sovereignty) を有することを承認する」ことを唱う。これは国家の陸域及び水域上の空域における排他的主権の国際的承認であるが、この原則自体は、連邦国家を構成する諸州のそれぞれの空域における主権を排除する力を連邦に付与するものではない。連邦国家がその領域内において、如何に国内的に主権を行使するかは、連邦憲法の規定するところによるからである。オーストラリアにおいては、最高権力は所謂「議会主権」(Parliamentary Sovereignty) の原則に具現されており、それはまた、各々が憲法権限内で主権的である七つの議会（連邦と六州）[2]の間に分割されている。[3]

空域に対する連邦と州の権限の対立について、かつてアメリカにおいて次のような論議が為されたことがある。即ち、今世紀に至るまで、航空にせよ無線通信にせよ、空域を実質的且つ継続的に利用しなかつたから、それ迄は世界中のどの国家も占有又は保護の必要によつて「上部空域」(upper airspace) ——往古より人類の使用して来た地表に近接する部分より上部の空域——に領域を取得しなかつた。従つて、合衆国は合衆国憲法の採択後長い間上部空域に主権を取得することはなかつ

た。このことは、原植民州は上部空域に領域を有さず、憲法採択時においてそれが植民州の領域部分ではなかつたことを意味する。そして、憲法採択後もいずれの州も上部空域に領域を取得し得なかつた。何故ならば、それは新領域又は追加領域の取得に相当し、そのような権限は合衆国政府にのみ付与された権限であるからである。従つて、古くから建造物の建築及び類似の使用のために人類によつて使用されて来た地上に近接する空間部分を別として、上部空域は合衆国政府が後に至り新たに取得した領域であつて、合衆国政府はそこに対内的にも対外的にも排他的主権を有する。加えて、上部空域の完全且つ排他的な国家的規制は、国際社会の単一の構成員としての国家にとつて必須的であるから、それに対する権限は合衆国に委ねられねばならない……と。[4] 右の連邦権限の排他性を主張する見解に対して州権の立場からの論議もある。州の判例の中には、州の領域上空の空域はその州の領域部分であり、連邦主権が認められるとすれば、それは合衆国憲法によつて合衆国政府に付与された権限の行使に関する限りにおいてであるという見解が呈示されたものがある。[5] この見解の根底には、原植民地の独立以前に空域主権は英本国政府に存在し、植民地の英国からの分離と共に原植民州に移行し、更に合衆国憲法の採択後僅かに「州際通商、郵便事業及び他の若干の事項」に関する限り、合衆国に移行したのであるという前提がある。この空域における州権保持の立場は州航空法の統一規準として、また現在若干の州で採択されている「統一州航空法」(Uniform State Law of Aeronautics) によつても立法的基盤を与えられている。即ち同法は「この州の陸域及び水域上の空間における主権 (sovereignty) は、この州の人民からの憲法的授与に従つて、合衆国に付与され且つ引受けられた場合を除いて、この州に存すると宣言される」と規定している。[6]

Cooper 教授は、今世紀初頭の航空技術の発明に至る迄いずれの国家も空域主権を獲得せず、従つてそこに領域を取得しなかつたという歴史的立場からの議論を次のように反論している。

「私は、一国の上空空域は常にその国の領域の不可分の部分であると感じて来た。このような空域は、諸国家がその領域に飛行し従つて

それを支配且つ占有する物理的能力を持つ迄は国家領域の一部とはならなかつた、という議論に決して印象づけられなかつた。初期における空域は、人類が登り得なかつた山頂や奥深い密林と正しく同様な地位にあると私には常に思われた。このような山岳や密林が、もしその承認された境界内にあると判明すれば、国家領域のその部分に到達し支配するための物理的能力を欠いていることは、一国の主権的領域の下にあることを否定する理由として主張され得ない。ある国家が自己の空域を支配する明白な必要性は、人類が最初に飛行の可能性に直面した最も初期の時代から存在したのである。(7)」

この見解は誤解を招き易い。領域に対する支配権は必ずしも物理的支配能力に依存しないということは正しいが、今世紀に至る遙か以前から国家の空域主権が確立されていたと言えば、それは明らかに歴史的事実に反する。国際法上国家の空域主権が実定法化したのは、今世紀に入つてから、それも第一次大戦を契機としてである。従つて、国家は地表上の領域とは不可分の空域に対して常に領域権を及ぼし得べき地位（必ずしも的確な表現ではないが）を有して来たと解する方がより適切であろう。そのような州主権は独立後の原植民州に固有なものとなり、連邦成立後も、連邦憲法によつて連邦に与えられた権限によつてのみ制約され得るのである。

ところで、Cooper はこの問題についての新らしい展開を示すものとして、州と連邦の空域におけるそれぞれの主権と管轄権について再考慮を要求するような比較的最近の二つのアメリカの判例を引用している。一九四六年のU.S. v. Causby(8)及び一九四七年のU.S. v. State of California(9)である。Causby Case については後に触れるとして、U.S. v. State of California においては、カリフォルニア州沿岸沖の低潮線と三マイル境界線の間の海底とその下の石油及びガスの所有権並びに其等に対する最高権力の所在を決定するために、合衆国最高裁判所に訴訟が提起されたのであるが、同裁判所は、カリフォルニア州が同州沿岸沿いの海洋帯の所有者ではないこと、そして、同州よりむしろ合衆国政府が当該海洋帯に最高の権利を有することを次の理由に基いて認めた。即ち、十三の原植民州は、英国国王から三マイル海洋帯及びその下土地に対する権原（title）を取得しなかつたし、合衆国が一国家となつた後、合衆国の中立を保護するために、明確な海洋区域上に国家領域を確立する

ことに関心を抱くようになつたが、その保護と支配は国家の対外的主権の機能なのであると。判決の第一の根拠となつている歴史的論議は、前述の如く、その妥当性は疑問であり、オーストラリアの連邦政府と諸州の場合についても同様に否定されるであろう。しかも、アメリカ（一七八七年）とオーストラリア（一九〇一年）の連邦発足時期の相違を考慮すれば、オーストラリアの場合には、より強い理由で、原植民州の主権が主張される。各植民地政府は、英国国王政府の一機関として、その領域内で最終的には国王の所有に帰属する土地に対して完全な imperium と dominium を有していたと共に、三マイルの領海に対する国家の領域権に関する慣習国際法は二〇世紀初頭には一般に確立されており、植民地はそれぞれの領水において各々の主権を有していたのである。オーストラリア連邦成立の時点においてそしてそれ以後も、此等の植民州は、連邦憲法に明記された場合を除いて、その領域権を決して連邦政府に授与することはなかつた。そして、原（現）六州が一九〇一年に足並み揃えて連邦を結成した歴史的事情から、新州が既存の諸州と平等の条件で連邦に参加する際に、三マイル海洋帯の下の土壌に対する主権と統治権を放棄したかどうかについて、合衆国で経験されたような事例[10]は生じる余地がないのである。

だが、右のカリフォルニア石油事件でより説得力ある議論であると思われるのは、裁判所の判決の第二の根拠、即ち、対外関係の処理に対する責任が排他的に連邦政府に存するということから導かれる裁判所の次のような見解である。

「海洋の何処においても、この政府が為すこと、もしくは州が為すことでさえ、国家が条約に入りあるいは他の類似の国際的義務を引受ける課題である。州と国家がここで争つている石油そのものは国際紛争と解決の課題に十分なり得る。かくて、海洋は、その三マイル海洋帯さえ、通商に従事し世界と平和に生活しようとする願望をもつ国家にとつて必須的に重要なのである。それはまた、その平和を保持することが再び不可能となるならば、絶対に重要なものとなる。そして、平和と世界通商は個々の州よりむしろ国家の主要な責任であるから、もし戦争が到来すれば、戦争は国家によつて戦われなければならない。我々の憲法制度においては、州はその要求する領域に付随する責任を行使するための権限も手段も備えていない。もし宣言された領域内の海洋帯の部分で、州が地方的警察権の機能を行使する権限をもつと譲歩しても、此等の機能は、この区域における連邦政府の優越的権利と権限を減少せしめはしない。」[11]

この見解は、上部空域の完全且つ排他的な国家的規制が国際社会の単一の構成員としての国家に必須的なものであるという前述の議論に類似しており、緊密化する国際社会の進展に対処するための必然的な連邦権限の拡大を示唆するものとして傾聴に値するが、このような考え方はそのままでは受け容れることが困難である。排他的な国家主権の原則が採用され宣言されたという単なる事実は、対内的規制並びに警察権の行使に関する限り、各州がその領域上の空域に主権を持たないことを必ずしも意味しないのである。それは、如何なる意味においても、諸州と合衆国との間の主権の配分に影響を与えるものではなくて、僅かに合衆国と世界の残部との間の関係に影響を及ぼすに過ぎない。[12] 同様な事情は、連邦憲法の作成に当つてその模範を合衆国憲法に仰いだオーストラリアについても言い得よう。もつとも、空域又は水域に対する連邦政府の先験的権限に関する議論から離れて、此等両国における連邦と諸州の間の主権のバランスは、連邦政府が責任を負う国際的義務を課す国際立法によつて多分に影響されることは否定出来ない。そして、これはアメリカにおいては合衆国憲法第一条第一〇節第一款及び第二条第二節第二款、オーストラリアにおいては連邦憲法第五一条第二九項の対外関係の処理に関する連邦権限の性質と範囲の問題に帰着する。航空に関する国際立法は近時急速に増大する傾向にあり、その国内法化の必要性と共に連邦権限が空域において優越的地位を占めるようになつて来たことは確かであるが、それによつて州主権が完全に抹殺されるわけではないのである。[13]

(1) Convention on International Civil Aviation. 一九四四年十二月七日採択、一九四七年四月四日発効。アメリカ・オーストラリアを含む世界の大多数の国家が加入している。

(2) New South Wales, Victoria, Queensland, South Australia, Western Australia. オーストラリアの領域は以上の六州と連邦直轄領域 (Commonwealth Territories) から成る。

(3) 立法事項として特に連邦憲法に明示的規定のない「航空」に関して、連邦議会がその関連権限（例えば通商、対外事務等）に基いてどの程度の管轄権を行使し得るかの問題については、既に拙稿「オーストラリア連邦憲法と航空」、法学研究、第四十巻、十号、二五頁以下に詳述した通りであるが、ここで問題となるのは、主として領域権の対象としての空域そのものをめぐる連邦と州の対立についてである。

(4) この見解については以下参照。F. P. Lee, The Air Domain of the United States, Civil Aeronautics Legislative History of the Air Commerce Act of 1926, Corrected to August 1. 1928. U.S. Gov't Printing Office (1943); C.L. Bouvé, State Sovereignty or International Sovereignty over navigable Airspace?, 3 J.D.C. Bar Association 5(1936); Bouvé, the Development of International Rules of Conduct in Airnavigation, 1 Air Law Review 1 (1930).

(5) Smith v. New England Aircraft Co., 270 Mass. 511, at 521, per Rugg C.J.; 170 N.E. 385, at 389, U.S. Av. R. 1, at 9 (1930).

(6) 上部空域に対する排他的主権を連邦に帰属させようとする見解は、空域が下方の土地から分離・区別される領域であるという前提において疑わしいし、また地表に近い空域部分と上部空域との間に正確な境界を画すことも至難であるとして批判する学者もいる。Cf. A. L. Newman II, Aviation Law and the Constitution, Y.L.J. Vol. 39 (1929～30), pp. 1121～1122.

(7) J.C. Cooper, State Sovereignty vs. Federal Sovereignty of Navigable Airspace, 13 Journal of Air Law and Commerce, 1948, p. 37. 同論文は Explorations in Aerospace Law, selected essays, by J. C. Cooper, 1946～1966, edited by I. A. Vlasic, 1968, p. 156 にも収録されている。

(8) 1946, 328 U.S. 256; 90 L.Ed. 1206.

(9) 1947, 332 U.S. 19; 91 L. Ed. 1889.

(10) 例えば、U. S. v. Louisiana, 1950, 339 U.S. 699; U.S. v. Texas, 1950, 339 U.S. 707 参照。後者のケースにおいて、原十三州は三マイル海洋帯の下の土壌を所有しないとされたのであるから、合衆国への併合以前にこの土壌を所有していたテキサス州は、既存の諸州と平等の条件で連合に加入する際に、当該土壌に対する統治権と主権を放棄したと判決された。

(11) 332 U.S. 35～6; 91 L.Ed. 1897～8.

(12) Cooper, op. cit., pp. 33, 38, citing from Legislative History, op. cit., at 38.

(13) オーストラリア連邦憲法における航空に関する「対外事務」(external affairs) 権限の性質と範囲については、前掲、拙稿「オーストラリア連邦憲法と航空」、二九頁以下参照。

二　州境を越える飛行公権の確立

U.S. v. Causby において、合衆国最高裁判所は、コモン・ロー上土地所有者が土地上の空間をその利用する限度まで所有すること、そして、合衆国に賃貸された空港に離着陸し、連邦議会の定義する「航行可能な空域」(navigable airspace) 以

下の高度を飛行する軍用航空機の騒音・爆風及び烈光が養鶏農場としての空港近隣農地の正常な使用を妨害する場合には、合衆国憲法修正箇条第五条の下における補償を受ける憲法上の権利をその所有者に与える「収用」(taking) があるという判決を下した。空間における土地所有権と「収用」理論に関する諸問題は後に論議するとして、ここでは、飛行者と土地所有者の関係を一応離れて、連邦政府と州政府の空域に関する主権及び管轄権に関連して、連邦議会が「公共の領域」(public domain) の中に設置した「航行可能な空域」の憲法的意義についてのみ考察することにする。一九二六年の「航空通商法」(Air Commerce Act)[1] は、一九三八年の「民間航空法」(Civil Aeronautics Act)[2] により修正され、現在では一九五八年の「連邦航空法」(Federal Aviation Act)[3] に統合されているが、同法の下で、合衆国は合衆国領域上の「空域において完全且つ排他的な国家主権」を有することが宣言されている。[4] 同法はまた、「合衆国の航行可能な空域を通じて行われる航空通商における通過の自由の公権」(public right of freedom of transit) をすべての合衆国市民に付与する。[5]「航空通商」(air commerce) は「州際・海外及び外国航空通商に直接影響を与え、もしくはその安全を危くする航空機のすべての作動又は航行」を含み、[6]「航行可能な空域」は「民間航空局 (Civil Aeronautics Authority) によつて規定された最低安全飛行高度上の空域」と定義されている。[7] Causby Case において、民間航空局は三〇〇～一〇〇〇フィートまでそれぞれの事態において異なる最低飛行高度のみならず滑空角度についても規定していたが、裁判所の見解によれば、問題の滑空通路も飛行も右制定法の意味における「航行可能な空域」内にはなかつた。しかし、裁判所は、土地に近接する上空部分とは異なる「航行可能な空域」は公共の領域の一部であり、連邦議会は連邦憲法中の通商条項その他の条項に基いて、空域の一定部分を合衆国市民により自由に使用されるべき公共の領域内に適切に設置したと述べた。連邦議会は、航行可能な河川に公水路を設定したのと同様に、空中にも公道を確立したのである。[8] この「航行可能な空域」の概念は、前述の「上部空域」に関する議論と密接な関連性を有するが、このように空中に国家的公道を確立することによつて、連邦政府が「航行可能な空域」を新らしい連邦領域として

取得したとは考えられるべきではないだろう。空域における主権は、「合衆国に授与され合衆国によつて引受けられた場合を除いて」州にもまた存するからである。だが、ひとたび「航行可能な空域」が「公共の領域」であると宣言されれば、諸州はその公道を使用する合衆国市民の飛行の自由通過に干渉し得ないのであるから、州権はその区域において大幅な制約を受けることになり、実際には合衆国の権限が圧倒的に優越することになる。Cooper がカリフォルニア石油事件に州権を否定するための、可能ではあるが不確実な根拠を見出すのに反して、合衆国における憲法解釈に特有な国際・州際通商と州内通商の「融合」(commingling) 理論に支援された通商条項の広汎な現代的解釈が、Causby Case におけるその適用に示されたように、連邦権限に実質的優越性を与えるものと看做していると考えられるのは、この意味においてであろう。

オーストラリアにおいて、連邦政府が州の領域上空の空域に対して何等かの領域的主張を行つても、そのような試みは、連邦が公共のためもしくは憲法上の何等かの根拠に基いて州の土地の一部を取得する場合を除いて、成功するとは思われない。オーストラリアの空域における連邦と州の主権関係は、アメリカの場合と同様に、一州上の空域を当該州の他の陸域及び水域と同様な法的地位に置くのであり、そこにおいて連邦政府がどの程度まで管轄権を行使し得るかという問題は、憲法中に列記された連邦権限の範囲に全く依存するからである。連邦「航空規則」(Air Navigation Regulations)[9] は永い憲法的紛争の過程を経て、現在ではオーストラリアのすべての民間飛行（国際・州際・州内を問わず）に適用されるようになつたが、この規則が安全のための最低飛行高度を規定しているとしても[10]、「航行可能な空域」又は「通過の自由の公権」の概念はどの連邦立法においても具現されていない。連邦政府により連邦空港を中心として全国土上空に張りめぐらされた「統制空域」(controlled airspace)[11] は、連邦の飛行の「安全」規則が作用する場所以外の何物でもないと解されている。それでは、オーストラリアにおいては、アメリカのような州境を越えて飛行する自由は全く確保されていないのか？　恐らくその自由は、連邦憲法第九二条の「州相互間の通商及び交流は、内国運送によると太洋航行によるとを問わず、絶対に自由とする」という

規定の下に、すべてのオーストラリア市民に保障されると考えられる。より一般的には、連邦又は州の制定法による禁止的規定のない場合に、コモン・ローにより保障されよう。そして、各州は、州境を越える飛行に関して、航空に関する連邦法規もしくは憲法権限から帰納される黙示的な連邦権限の優越性を暗黙裡に承認しているものと思われる。このことはまた、オーストラリアの締結した国際協定の規定に従つて各州の領域上を飛行する外国飛行者の場合についても同様である。即ち、領域主権に基くいずれの州の当該飛行に対する干渉も、国際協定で約定されたオーストラリア国内における飛行の自由に効力を与えようとする連邦法規によつて、明示的又は黙示的に妨げられることになるのである。

憲法権限の純法律的解釈に重点を置いて来た従来のオーストラリアの司法傾向に照らして、裁判所は「空の普遍的性質」とか「公衆の利益」の概念を積極的に憲法解釈に導入することに恐らく消極的であろう。しかし、此等のアメリカの概念は、少くとも航空に関する限り、オーストラリアの「通商」条項に等しく適用され得ると考えられる。[12] 確かに、オーストラリアの場合には空域における各州の主権に関して、州相互間の物理的境界がより強く主張されて来たが、少くとも地上から合理的な高度以上の空域を国家的公道として定義し、それが州際及び外国航空通商並びに国際航空交流の正当な行為を確保するのに必要な限りにおいて、全オーストラリア市民に航空通商における無害飛行権を付与し得ない理由は見出されない。そして、州政府の可能な妨害を排除してオーストラリア全土を通じて飛行権を明示的に確立することは、連邦「通商」権限の合法的な行使であり、憲法第九二条の趣旨にも合致するものである。しかし、連邦制度における「航行可能な空域」を通じて行われる飛行の自由の問題は、州権との対立の壁を超えて、更に州内空域における私人の土地所有権との関連においてこれを論じなければ十分ではない。

(1) 44 Stat. 568, 49 U. S. C. 171, 49 U. S. C. A. 171.
(2) 52 Stat. 973, 49 U. S. C. 401, 49 U. S. C. A. 401.

(3) 72 Stat. 739, 49 U. S. C. 1301, 49 U. S. C. A. 1301.
(4) 49 U. S. C. 176(a), 49 U. S. C. A. 176(a).
(5) 49 U. S. C. 403, 49 U. S. C. A. 403.
(6) 49 U. S. C. 401(3), 49 U. S. C. A. 401(3). 一九三八年の民間航空法（第一条）により「航空通商」の概念は更に拡大された。
(7) 49 U. S. C. 180, 49 U. S. C. A. 180. 一九三八年法（前掲）は、規則によつて規定される最少高度より上方の空域と定義し、現行の一九五八年法（前掲）も同様な規定を置く。
(8) Notes on Griggs v. County of Allegheny, 1962, 28 J. Air L., 311, 314.
(9) この連邦規則は一九二〇年の連邦「航空法」(Air Navigation Act, 1950. No. 50) より数次の改正を受けている同法の下の施行細則である。
(10) Reg. 133.
(11) 連邦権限は、連邦が「統制空域」として指定する空域における航空に及ぶ。「航空規則」によれば、「統制空域」は「統制地域」(controlled area) 又は「統制地帯」(controlled zone) を意味するが、これは同規則九五項に従つて（民間航空省）長官により指定される空域である。この場合、統制空域は必ずしも「統制空港」(controlled aerodromes) を含まないが、実際には種々の統制施設（例えば接近施設、通信施設等）が設定された重要な空港の上空を含み、更に其処から張り伸びて、其等の空港を結ぶ帯状の空域を指す。これによつて、オーストラリアにおける殆んどすべての航空活動がこの統制空域内で行われるかもしくはその空域を通過することになる。
(12) 航空に関するオーストラリア連邦憲法の「通商」条項の性質と範囲については、前掲拙稿四一―五七頁参照。

三　土地所有権と上空通過権

一　コモン・ローの現状

オーストラリアにおいては、英国の場合と同様に、土地所有者の土地所有権と航空機の飛行の関係に直接触れる判例は存在しない。土地上空の法律関係一般については、若干の州裁判所の判例があり、それ等は他人の土地を横断する照明用電線の架設 (Barker v. The Corporation of the City of Adelaide)[1]、隣家の土地に突出した換気管の設置 (Lowlor v. Johnston)[2]、隣接地内の小屋の屋根にいる隣人所有の猫に対する発砲 (Davies v. Bennison)[3] の場合である。此等のすべての事例において、当該

行為はそれ自体においてトレスパス（trespass per se）を構成すると判示された。この中、最後のタスマニア州の Davies v. Bennison（一九二七年）[4] では、航空機活動に関する裁判所の付帯意見が表明された。即ち、同州の最高裁判所は、地表の一部である土地の所有は動産の所有とは必然的に異なるものであり、一般的には「土地を持つ者は天涯及び地底まで持つ」（"Cujus est solum, ejus est usque ad coelum ed inferos"—He who owns the soil, owns it up to the heaven and down to the hell）の法格言の適用によつて記述されるとした。英法上航空がトレスパスにならないことを始めて示唆したと言われる Pickering v. Rudd[5] の Lord Ellenborough の付帯意見は、土地に命中した発砲と何物にも触れないで通過する発砲との間に区別を設け、前者はトレスパスであるが、後者はそれがニューサンスを構成しない限り、訴訟を提起し得ないことが示唆されたのであるが、右のタスマニア州の判決は、Lord Ellenborough の意見に反論して次のように述べている。

「もし私が他人の土地にいる動物に発砲し、命中させ、殺害し、従つてその動物の中に弾丸を残せばトレスパスを行つたことにならないで、もし動物に命中せず、土地に弾丸が当ればトレスパスを行つたというのは、いかにも不合理に思える。このような区分はコモン・ローの科学において何等の位置を占めるものではない。Lord Ellenborough の意見の論理的帰結は、航空機の旋回が行われた場合、人は隣人の土地の上に一ヤードでも一フィートでも一インチでも自分の望むだけ永い間徘徊しながらトレスパサーとならず、もし一秒でも土地に触れればトレスパサーとなるということであろう。人は自分の土地の上に高い塔を建築する疑問の余地のない権利を有し、その土地上の空間は、そのような目的のために排他的にその者のものなのである。とすれば、それ以外の法的目的にとつても何故そうではないのか？　真の唯一の困難は、（私がここで述べる必要のないことであるが、）〝天涯に至る〟（ad coelum）土地所有者の権利が、例えば飛行機械のような有益な発明の自由な使用をどの程度許容しなければならないかを述べることにあると思われる。機械的に言えば、私の気持としては、土地及びその上空を使用する能力が存在する限り、土地上空への侵入はすべて所有者の土地利用を妨げないという消極的義務の直接的な物理的違反であり、原則としてトレスパスである。いずれにせよ、所有者の権利は本件の事実を包含するのに十分な高度まで及ぶということに、私は何の疑問も持たない。[6]」

この付帯意見は、後述する英米法上の土地所有権と航空の問題点を可成り素直な形で提起していると思われるが、このケー

スを含めて、筆者の知る限り（一九六六年末迄）、オーストラリアの判例は、いずれも航空機以外の物体による土地上空への侵入乃至妨害の事例に限られている。従つて、英国の場合[7]のように、裁判所が航空機活動と土地所有権の関係を扱う場合には、此等の関連ケースからの類推に基いて判決の方向について示唆を得ることが先ず考えられる。アメリカにおいても、現在でこそこの問題について豊富なコモン・ローの判例が見られるが、かつては同様な状況からの種々のアナロジーがこの新らしい法経験を説明するために試みられたのである[8]。だが、これ等の類推のいずれも、土地所有者と飛行者の新らしい対立について、決定的乃至妥当なものと考えられなかつた。

航空時代の初期においては、学者は航空時代に合致させるために、Cujus 法格言の合理的解釈を確立するのに苦労したが、現在では、この法格言は、空間の使用が地表の妥当な享有にとつて必要である限りにおいて、地表上の空間は所有権に服するということより以上の広い前提を表わすものではないと理解されている[9]。英国の裁判所にとつて、Cujus 法格言に文理的効果を付与することは必要ではなかつたし、また実際にどの裁判所もそうしなかつたのであるが[10]、この法格言に関して直接に航空機を含むケースは、英国やオーストラリアの判例には見られず、北米の判例に見出される。例えば、一九四六年にアメリカ合衆国最高裁判所は次のように述べた。

「コモン・ローにおいて、土地所有権が宇宙の縁まで及ぶというのは古びた原則である。……この原則は近代世界においては何等の場も占めない。空は、連邦議会の宣言した如く、公共の交通路である。もしこれが真実でなければ、すべての大陸横断飛行は、その運航者をして無数のトレスパス訴訟に服させることになろう。常識はこうした思考に反する。空間に対するこのような私的請求を求めることは、此等の交通路を妨害し、公共の利益におけるその規制と発展を著しく妨げ、公衆のみが正当な請求を有するものを私的請求権に変えてしまうであろう[11]。」

同様に一九五三年、カナダの財務裁判所（Exchequer Court of Canada）は次のように述べた。

「この原則は、何人も我々の近代の発明と発達を予見しない時代に認められたものである。現存する事実と情況について何等の見当も

かなかつた過去の法規則を適用することは困難であろう。従つて、フランス、英国、アメリカ合衆国に於ては、所有者には自己の財産を完全に享有する資格があることに常に留意しつつ、上述の法格言と法規則の解釈を制約する傾向にある。」

恐らくコモン・ローにおいて最も議論のある点は、Cujus の法理自体にあるのではなくて、空間における土地所有者の利害の性質、即ちより単純な質問にこれを直せば、「空間は所有されるか」の問題であると考えられる。英国の裁判所は土地所有者の自己の土地に対する継続的使用と享受の一般的権利を常に認め、所有権の完全な享受の権利のコロラリーとして、通常の状況においては、所有者が自己の土地上空に建築するのを妨げる権利を何人も持たないことを明らかにして来たのであるが、上空の空間を使用する能力がなければ、土地の使用と享受は無意味であるという幾多のケースの根底にある推定が見受けられながらも、裁判所は必ずしも空間の「所有」を断言していない。この点について、McNair はかつて次の二つの理論を示唆した。一つは、土地所有者は一応空間の固定された内容物の所有権とその空間を内容物で充たす排他的権利を有する。そして他は右の第一の理論と同様であるが、更にこれに加えて、地表及び地表上のすべての建物を取り巻き且つそれに付随する「通常の使用区域」(area of ordinary user) の限界内における空間の所有権を有する。McNair は第一の理論をとり、単なる抽象的な空間がその内容物を離れて所有権の対象となり得るという見解をコモン・ローが認めることを疑問視する。[13] これに対して、Winfield は、もしその内容物の如何に拘らず、長さ・幅及び厚さの範囲の通常の意味でとられれば、何故空間が所有され得ないのか明らかではないとして、第二の理論を採る。彼によれば、空にされた受器の中の真空は、壜の中の空気と同様に正に所有され得ると言う。[14] 英国コモン・ローの現状においては、空間自体を個別的に考えても、また土地享有の結果としても、空間の所有について何等かの結論的な見解を採ることは困難であるように思える。[15] ただ、空気と空間は区別され得るものであつて、空気が流動的・漂流的且つ移動的な物体であるのに対して、空間は、もし固定的内容物によるか擬制的境界線によるかして包囲されれば、少くとも占有に帰せしめ得ない区域ではない。しかし、重要なことは、空間が物理

的に占有され得るものかどうかではなくて、それが法においてどのように看做されて来たかであろう。

この点に関して、アメリカの裁判所は、土地所有者は土地自体の完全な享有に必要な限度まで、もしくは、民間航空局により規定される最低飛行高度まで空間を「所有」し、従つて、此等の高度以下の飛行はトレスパスを構成するという見解を採つて来た。土地上空の飛行権を確認する一九二〇年代の諸判例[16]並びに空港所有者又は運営者と空港付近の土地所有者又は居住者との間の利害対立に関する一九三〇年代の諸判例[17]を通じて、この空圏理論（zone theory）はアメリカ判例の主潮を為して来た。一九四六年の U.S. v. Causby は土地所有者の空間所有権を明確に確立したと言える。

「土地所有者は、少くとも土地に関連して彼が占有乃至使用し得るだけの地上の空間を所有する。……彼が物理的意味において――建物や類似の構築によつて――それを占有しないという事実は、重要なことではない。……所有者は、通常の意味では空間のその部分を物理的方法により占有もしくは使用しないけれども、彼は光と空気のために建物の間に残されている空間が使用されるのと何かしら同じ意味において、それを使用するのである。この低高度での空間は、極めて土地に近接しているので、その継続的侵害は地表自体の使用に影響を及ぼす。我々は、土地所有者が彼の所有権に付随的なものとしてその空間に対して主張を有すること、そして、その空間の侵害は地表の侵害と同じカテゴリーにあると考える。[18]」

アメリカの判例の過程を見ると、このような空間の部分的所有に有利であるが、判例の中には裁判所のアプローチに若干の相違が認められる。Hinman v. Pacific Air Transport[19] は一つの興味ある例外である。即ち、このケースでは飛行が土地所有者の「現実的」（actual）使用の区域内で生じなければ、何等のトレスパスもないと判決されたのである。この見地に立てば、通常の飛行の場合には、救済はトレスパスにあるのではなくてニューサンスのみにあることになろう。そして、潜在的享有よりむしろ現実的享有を基準とすれば、土地所有者は自から現実に使用する空間の高度を高めることによつて（例えばより高い建築物を建てることによつて）、それ以下では飛行がトレスパスとなるような最低高度を高め得ることになるであ

う。[20] しかし、この「現実的」使用の理論がアメリカの主要な判例傾向であるかどうかは疑わしい。いずれにせよ、空間所有の理論を採るアメリカの裁判所は、論理的矛盾に直面せざるを得ない。裁判所は一定の高度まで空間の所有権があると言う。従つて、理論的には、所有権の対象である空間を通じて行われる侵入を含むすべての飛行に対して、トレスパスにおける救済を与えるべきであるにも拘らず、裁判所は、土地所有者の利害が不利に影響されるかもしくは脅かされるかしなければ、飛行を禁ずることを拒否するからである。このような事態は、特に空港周辺の飛行に関して生起すると考えられ、後述する「収用」理論の適用と密接な関連性を有する。

一九五三年のカナダの判例、Jean Lacroix v. the Queen[22] はアメリカの「所有」理論と著しい対照を為す。(国王)政府は、空港に離着陸する航空機を誘導するための照明系統設備のために、請願者の土地及び隣接地上に地役権を収用した。国王は照明施設によつて地表の現実の使用に対して与えた損害の補償を支払う責任を問題なく受け容れたが、請願者は更に、彼の土地の上空における航空機の定期的な通過によつて確立された「飛行路」(flightway) に対する補償も要求した。即ち、請願者によれば、この飛行路の確立及び彼の土地上空の飛行は、彼の財産所有権に対する干渉であると共にその完全な享有の妨害であり、国王は請求された損害の賠償責任を負うということであつた。Fournier 裁判官は、Cujus 法格言の現代における適用を拒否した後、空間における土地所有者の権利の性質について、次のような見解を表明した。

「照明系統のために地役権を収用することによつて、国王が請願者の土地の上空に飛行路を設定し、その空間を収用したという請願者の立場に同意することは、空気と空間は収用もしくは所有され得ることを認めることであろう。私の見解では、空気と空間は所有され得るとは思えないし、それは〝万人の共有物〟(res omnium communis) の範疇に入る。しかし、だからと言つて、それは土壌の所有者が農園や建造物のために、あるいは、法の禁止しない方法もしくは公共の利益に反しない方法で、彼の土地を使用する権利を奪われることを意味するものではない。土地所有者は、彼の財産上の空間において限定された権利を持つように私には思える、即ち、それは、彼が自分の土地の使用と享有のために所有又は占有し得るものによつて制限されるのである。所有者は、建物や他の建築物を設置することによつ

て空を所有するのではなくて、彼の土地に付加され統合されるこのものが、財産の一部となるのである。国王は所有されないものを収用することは出来なかつた。所謂飛行路の確立及び航空機の飛行によつて、請願者に属する財産を収用し、あるいは彼の所有権に干渉したというのは事実に反している。」(23)

以上の理由によつて、請願者は、彼の土地上空の飛行路の確立を理由とする損害賠償請求に成功しなかつたが、実際の地表上に収用された地役権の価値と残部の土地に対する有害な影響に対して補償を受ける資格があると判決された。空気と空間の物理的特性に照らして、我々の常識は恐らく、空中に任意的な境界を設定しようとする擬制的議論よりも、この「万人の共有物」の概念に強く惹かれると思われるが、コモン・ローにおいて、この概念の文字通りの適用を、空間における土地所有者の永く確立されて来た利害に調和させることは極めて困難であると言わなければならない。だが、それにも拘らず、もしこの概念が所有者又は占有者の土地所有権の十分な享有を損わないように解釈・適用され得るとすれば、それは McNair の選んだ第一の理論に近似するし、また前述の Lord Ellenborough の付帯意見に近似したものとなろう。

このように、英米法における土地所有者の空間における利害の性質に関するコモン・ローの現状は、可成り異なる事情が見受けられるが、英国の裁判所は、下土地の占有者の使用と享有に何等関係ない状況で、人が私有地上空を暫定的に利用することを禁止していないから、これを航空機の上空飛行との関係から言えば、私有地上空の単なる飛行は、それ自体では下土地所有者に対して訴訟の権利を与えないということが一般的に確立しているのである。いずれにしても、英米のいずれの裁判所も、最大公約的には、土地の継続的使用と享有に対する土地所有者の権利を十分に認め、この権利は土地自体の享有に付随するものとして、土地の上空を使用する権利を伴うのである。従つて、もし航空機自体又は航空機からの物体が土地上に落下乃至降下すれば、それは間違いなくトレスパスである。また、もし航空機の通過が土地の合理的な使用及び享有を妨害すれば、それはニューサンスとなろう。更に、もし殆んどあらゆる事情に応じて異なる意味を持つ「通常の使用区域」

内に航空機が立ち入るほど低空で飛行すれば、トレスパスかニューサンスのいずれかの訴訟が認められよう。オーストラリアにおいても、裁判所はこれ等の一般的法理に沿つて土地上空の航空機活動を取り扱うものと推定される。しかし、航空の必須的重要性と増大する大衆化に鑑み、裁判所が一定の高度まで土地所有者が空間を所有又は占有し得るという擬制的空圏理論又は類似の見解を拒けて、損害の証明に基くニューサンスにおいてのみ救済を与える法理を確立することは望ましいと思われる。この場合には、ニューサンスに関する通常の諸原則が適用されることになろう。即ち、ニューサンスとして法的妨害に値するためには、蒙る不快又は迷惑は実質的且つ不合理なものでなければならず、そして、その「実質性」及び「合理性」を決定する際、正常人を基準とする実生活に則した考慮に加えて、航空のもつ社会的価値についての考慮が払われなければならない。[24] 多くの場合、実質的危害を惹起するためには、ニューサンスの継続と反覆が必要であることは確かであり、裁判所としても、ニューサンスが僅かに一時的又は臨時的なものに過ぎない場合に禁止命令を与えようとはしないであろう。しかし、もしその請求が損害賠償に対するものであれば、妨害の存続期間は他のすべての関連要因と共に考慮されなければならない。単なる快楽に対する場合と異なり、身体又は財産に対する実際的損傷の場合には、その生起が瞬間的且つ再発可能性のないという事実は通常無関係である。Shawcross と Beaumont は、飛行によるニューサンスを構成するためには、苦情が出されている行為の相当な反覆がなければならないと言う。[25] しかし、McNair は、一回の飛行により惹起された妨害は 'De minimis non curat lex (The law does not concern itself with trifles)' の法格言が適用される程度に些少なものであることを認めながらも、一回だけの飛行がニューサンスを構成するほど土地の合理的使用と享有を妨害したと裁判所が判断する事態も起り得ると考えるようである。[26] 恐らく一九五〇年代の初期に此等の学者が上述の見解を表明した時には、彼等はジェット航空機により惹起される異常な騒音と振動を念頭に入れていなかつたのであろう。

(1) 1900, S.A.L.R. 29.

(2) 1905, V.L.R. 714.

(3) 1927, 22 Tas. L. R. 52. See also Williamson v. Friend, 1901, 1 S.R. (N.S.W.) (Eq.) 23, 27; Evans v. Finn, 1904, 4 S. R. (N.S.W.) 297.

(4) 1927, 22 Tas. L.R. 52.

(5) 1815, 4 Campbell 219. このケースについては、伊沢、前掲論文、一一一一二頁、池田、前掲論文（空法第三号）七〇頁参照。

(6) 判決においては、Lord Ellenborough の見解に反対する Blackburn (Kenyon v. Hart, 6 E. & B. 252, per Lord Blackburn) と Pollock (F. Pollock, Law of Torts, eighth ed., p. 347) の見解が言及された。Pollock は「その疑問の法的論理ではなくて良識は判る」と評している。

(7) 此等の英国のケースについては、A.D. McNair, The Law of the Air, third ed., by M.R.E. Kerr and A.H.M. Evans, p. 32, et seq. 参照。

(8) 其等の状況とは、例えば、土地を横切って張られた電線、発射された銃弾又は発射物もしくは投げられた野球ボール、土地上空を通過する無線電波、伝書鳩又は他の鳥類、牛の徘徊、空気及び光線の地役権等である。これ等の初期のケースについては、C. Zollmann, Law of the Air, 1927, p. 16, et seq. 参照。

(9) Cf. J. G. Fleming, The Law of Torts, second ed., p. 46. この法格言の歴史的考察並びに英米法における適用については、池田、前掲論文（空法第三号）六〇頁以下参照。

(10) J.E. Richardson, Private Property Rights in the Air Space at Common Law, 31 Canadian Bar Review (No. 2), 1953.

(11) U. S. v. Causby, 328 U. S. 256, at 261, 90 L. Ed. 1210. See also Swetland v. Curtio Airports Corp., 1930, U. S. Av. R. 21, p. 29.

(12) Jean Lacroix v. the Queen, 1953, 1954 U. S. and Canadian Av. R. (September No. 3), p. 259.

(13) McNair, op. cit., pp. 48—49.

(14) P. H. Winfield, Textbook of the Law of Tort, fourth ed., p. 321.

(15) Australian National University の Richardson 教授は、所有権 (ownership) よりも占有権 (possession) に重点を置くように思われる。「とにかく土地の使用と関連して、空間の現実的占有 (occupation) はあり得ると思われる。法は占有権が所有権に熟するとすれば、そうした事態については何も述べていない。……土地の所有権に関する限り、空間の占有が占有権と看做されようと所有権と看做されようと大して関係ないが、占有権の方がより現実的且つより纏つた概念である。土地上の建物は、その土地自体の一部を形成し、土地と共に移転する。即ち、それ自体では、建物は空間における権利と何の関わり合いも持たないのである。」Richardson, op. cit., pp. 135—136.

(16) 此等のケースについては、Cf. H. G. Hotchkiss, The Law of Aviation, second ed., pp. 20—23. 特に Johnson v. Curtis Northwest Airplane Co. et all, 1928 U. S. Av. R. 42.

(17) Cf. Hotchkiss, op. cit., p. 23, et seq. 特に、Smith v. New England Aircraft Co., Inc., 1930, 270 Mass. 511, 170 N.E. 385, 1930 U.S. Av

R. 1; Swetland v. Curtis Airports Corporation, *supra*.

(18) U. S. Av. R. at pp. 241—242, 382 U. S. at pp. 264—265.

(19) U. S. Av. R. 1; 1 Av. 640, 84 F. 2d. 755, 300 U.S. 654.

(20) McNair, op. cit., p. 55.

(21) Cf. Causby Case, Gripps Case, *infra*.

(22) 1953, Exchequer Court of Canada (December 29, 1953); 1954 U. S. and Canadian Av. R. (September No. 3), p. 259, et seq.

(23) Ibid.

(24) Fleming は迷惑又は不快の「実質性」及び「不合理性」を決定する際、「(単なる上品で優雅な生活様式や習慣に従うのみでなくて、人々の間の明白且つ穏当な諸概念に従って) 人間の存在の肉体的に通常の快楽を実質的に妨げる不便宜」、「特定の原告の個人的性癖ではなくて、特定の場所における正常人の反応」もしくは「被告がその活動により追求している目的に対して法が付与している社会的価値」に我々は考慮を払うべきであるとしている。Fleming, op. cit., pp. 361—370.

(25) C. N. Shawcross and K. M. Beaumont, Air Law, second ed., 1951, p. 418.

(26) McNair, op. cit. (2nd ed.), p. 45.

二 「収用」理論の適用

アメリカにおいては、土地所有者との関係において、合衆国憲法修正箇条第五条(及び第十四条)の、私有財産の「収用」に対する補償という特別の問題がある。Causby Case において、合衆国最高裁判所は、合衆国政府に賃貸された空港に離着陸する軍用航空機の騒音・爆風及び烈光が、養鶏農園としての空港近辺農場の正常な使用を妨げる場合には、農場所有者に修正箇条第五条の下での補償を請求する権利を付与するような地役権(easement)の「収用」(taking)があると判断したことは既述の通りである。もつともこの事件においては、「収用」の理論的存在を一応認めながらも、収用された地役権が永久的なものか一時的なものかについての原審の請求裁判所(Court of Claims)の事実認定が不明確であるとの理由で破棄差戻しの判決が下されている。修正箇条第五条の関連規定は、「何人も……正当な法の手続によらずして、生命・自由または財産

を奪われることなく、正当な補償なくして私有財産を公共の用のために収用されることはない」と規定する。この「収用」理論の適用に関して次の三点が注目されなければならない。第一に、Causby Case の時点においては、一九四六年の「連邦不法行為請求法」(Federal Tort Claims Act)[1] が未だ制定されていなかつたこと、従つて、当該ケースにおいて土地所有者が合衆国政府を相手とした救済を得るためには、「収用」理論を案出することが必要であつたことである。[2] さもなければ、それは通常の不法行為における訴訟であつたと考えられる。しかし、ひとたび Causby Case でこの理論が成功を収めると（もつとも理論的成功だけであつたが）、連邦政府（修正箇条第五条）又は地方政府（同第十四条）に対する損害訴訟を提起するこの方法は、合衆国最高裁判所が一九六二年の Griggs v. County of Allegheny[3] で適用したように、類似の事態においても適用されたのである。第二に、Causby Case の時点において、連邦議会はこのケースで問題となつた滑空又は飛行の通路を「航行可能な空域」の範囲内に設置していなかつたことである。「航行可能な空域」は後に至つて「航空機の離陸及び着陸における安全を確保するために必要とされる空域」を含むものとして再定義されたのであつて、[4] このケースにおいて「収用」理論を持ち出すためには、損害を惹起した飛行が「航行可能な空域」内で行なわれたか否かは無関係であつたことに留意しなければならない。Griggs Case においても、いずれの飛行も合衆国航空当局の規則を違反しなかつたし、また安全な離着陸に必要な高度以下の低空で行なわれたわけではなかつた。それにも拘らず、合衆国空港の滑走路付近に所在した原告の居住用地の占有者達に対して、継続的且つ極度に低空の飛行によつて惹起された騒音・振動及び恐怖が土地所有者の財産の使用を妨げる場合には「収用」であると判決されたのである。第三に、「収用」理論が適用される類似の事態は、Causby Case のように政府が所有又は運航する航空機によつて損害が惹起される場合であるか、もしくは、Griggs Case のように政府が所有する空港の所有者又は運営者によつて惹起される場合に限定されることである。つまり、私航空機又は私有空港の所有者は「土地収用権」(eminent domain) の権限を何等有しないから、「収用」理論の適用の余地はない。

「収用」理論の根底にある考えは、基本的には、土地所有者が少くとも所有地に関連して占有又は使用し得るだけの地上の空間を所有するという、空間における土地所有者の「所有権」理論に基いている。この空間部分の侵害は直接に地表の使用自体に影響を与えるのであつて、もしその飛行の頻繁性と低高度のために、いかなる目的にせよ、土地所有者がその土地を使用し得ないならば、その損失は、あたかも侵害者が地表に立入りその排他的占有を行つたかの如く完全なものなのである。ここで収用されるのは僅かに飛行の地役権に過ぎないが、この地役権は、単なる一時的のものでなく恒久的なものであれば、所有者が土地を完全に支配する権利は破壊されるだろう。従つて、もしその飛行が土地所有者の所有権の及ぶ空間部分の直接的侵害でなければ、その救済は不法行為に基くものであつたと考えられるのである。英法におけるコモン・ローのように、空間における土地所有者の利害の性質が必ずしも明確でない場合には、土地所有者は地表上の内容物に関連して占有又は使用し得る限度以上の空間を所有しないということであるかも知れず、既述の如く、これはオーストラリアの裁判所が採る方向の一つの可能な推定である。とすれば、通常の場合の単なる飛行路の確立及び航空機の飛行は、土地所有者に属する財産を何も収用したり、その所有権に干渉したりするものとは看做されない。この場合には、土地所有者の所有する空域部分の直接的侵害は、多分航空機が地表上の内容物の間の空間部分を飛行するという極めて例外的な場合を除いて、生起しそうもないし、飛行の地役権を設定する機会はより少ないと言える。しかし、ここで、このような土地所有者の「所有」する空域部分の侵害を一応別にしても、頻繁且つ極端な低空飛行（必ずしもトレスパスを行うものではないが）によつて、土地自体の享有及び継続的使用が完全に破壊される場合もあることは否定出来ない。特に飛行接近区域内で滑走路を離着陸する航空機が、航空法規を遵守しながらも、不可避的に騒音・振動等を惹起する空港近辺の場所では、そうした事態が起り得よう。従つて、空圏理論又は類似の立場の採否如何に拘らず、もし惹起された損害が下土地所有者の財産権の剝奪に至るほど深刻且つ頻繁であるならば、「収用」概念の喚起される可能性があるように思われる。そして、この意味において、「航行可

能な空域」の概念は勿論のこと、空圏理論も明確に採用されていないオーストラリアに於ても「収用」が問題とされる可能性があるのである。[5] 尚 Spater によれば、次の二つの条件がなければ、合衆国憲法の下での財産の「収用」はあり得ない。即ち、第一に、その財産の物理的又は直接的侵害（physical or direct invasion）、第二に、その侵害が排他的専有（exclusive appropriation）に至る形態のものでなければならない。この基準を航空の場合に適用して、Spater は、自己の財産上空に飛行路が設定された土地所有者のみが当該空間の使用を失つたのであり、近隣の土地所有者は同一の好ましからざる活動から生じる損害を回復し得ないと主張する。[6] しかし、近代航空機の高速度の可動性並びに生起する損害区域の広汎な範囲に照らして、収用理論が仮りに持出されるとしても、直接に飛行路下にある土地所有者の財産にのみそれが限定されるべき理由はないであろう。アメリカの判例は Spater の見解を裏付けているように見える（これは空圏理論と決して無関係ではない）が、収用理論の航空損害事件に対する適用は、更に司法的明確化を必要とするであろう。

オーストラリア連邦憲法第五一条三一項によつて、連邦議会は「州又は個人からの正当な条件による財産の取得（acquisition）であつて、連邦がそれに関して法律を制定する権限を有するもの」に関する立法権を有する。そして、第五二条一項によつて、「連邦政府の所在地及び公共のために連邦が取得したすべての土地」に関して法律を制定する専属的権限を有しており、この権限の下に連邦空港[7]の規制が行われている。土地所有者の土地使用に伴う空間における利害が、ここに言う「財産」（property）の概念から除外されるべき理由はない。[8] 連邦「土地取得法」（Land Acquisition Act）に定義される「土地」（land）は「天涯及び地底」（usque ad coelum et ad inferos）に至る権利の対象として広義に解釈され、また第五一条三一項（及び第八五条）の「財産」の意義には何等の制限も含まれておらず、「公共の目的」を遂行すべき連邦議会の権限は、「財産」という表現に十分な意義が与えられなければ効果的に行使され得ないことが指摘されているのである。[9] 以上のことから、第五一条三一項の保護を喚起する理由は、適切な接近航空路は空港の必須的一部であるから、連邦はその所有する空港を効果

的に運営するために、空港付近の私有地を取得することが出来たし、またそうすべきであつたということであろう。しかし、オーストラリアの裁判所がこの空港周辺の土地所有者の保護に関する問題を「取得」という憲法的基準で扱うか不法行為の基準で扱うかどうかは、「財産権の剝奪」にまで至るものかどうかについての事実的状況に大きく依存する程度の問題であると思われる。オーストラリアにおいては、第五一条三一項は財産権に対する保護であつて、通常の救済が過失又はニューサンスの訴訟であるような損害及び妨害に対する保障として意図されたものではないという有力な見解がある。(10)

(1) 60 Stat. 428 (1946).

(2) 伊沢教授は、Causby がこのような主張をしたのは、合衆国政府に対して請求権を有する者が満足を得られるような有効な手段を設けることを目的として設立された請求裁判所 (Court of Claims) へ訴を提起したからであり、この裁判所では政府に不法行為 (tort) の責任があると言つたのでは、訴が受け付けられない虞れがあるので、飛行は暗々裡の占有侵奪を生じ、従つて補償を受け得べきものであるとの構成をとつたのである、と述べられている。伊沢、前掲論文、三七—三八頁。

(3) 369 U.S. 84, 1962, 7 L. Ed., 2d. 585—592. この事件の概要は以下の通りである。被告である郡は、連邦規制を遵守し且つ合衆国「民間航空行政官」(Civil Aeronautics Administrator) の監督の下に、そしてその認可に従つて、離陸及び接近地域の設備を含む空港の計画を立てた。連邦政府により支払われる正当な費用は、土地又は空間を通じての地役権を取得する費用を含んでいた。定期的且つ極端に低空の上空飛行によつて、当該空港の滑走路近辺に所在する原告の居住用財産の占有者達に惹起された騒音・振動及び恐怖は所有者の使用を妨害し、同郡の Common Pleas において、裁判所は被告による原告の財産上空の地役権の「収用」(taking) があつたと認め、補償額を定めた。ペンシルバニア州最高裁判所は、もし憲法的意義における「収用」があつたとすれば同郡は責任がないと判決した。事件移送命令に基き、合衆国最高裁判所は次の理由で破棄した。第一に、原告の財産に対する妨害は憲法的意義における空の地役権の「収用」であり、それに対して、補償が為されなければならないこと、そして第二に、合衆国ではなくて被告である郡が補償を支払う責任ある「収用者」であること。第二点については二人の裁判官が反対意見を表明した。なお、この他、Gardiner v. Allegheny County, 382 Pa. 88, 114 A (2d) 491 (1955) 参照。

(4) これは最終的には一九五八年の「連邦航空法」により確定した。72 Stat. 739, 49 U.S.C. 1301 (24), 49 U.S.C.A. 1301 (24). これに至るまでの経過については、池田、前掲論文（空法第四号）、二二頁参照。

(5) もつとも、不法行為について連邦を有責とする連邦「裁判所法」(Judiciary Act) が制定され、不法行為に対する訴訟からの政府免除がないオーストラリアに於ては、Causby Case で採られた「収用」理論の案出方法は採られそうもない。

(6) G. A. Spater, Noise and the Law, 63 Michigan Law Review (No. 8), 1965, p. 1373, at p. 1385, et seq. 尚、合衆国憲法における「収用」の意味については、高原賢治「財産権の保障」、ジュリスト、英米判例百選、一三〇―一三一頁参照。

(7) 憲法第五一条三一項に言う「取得」は全面的権原 (title) のみならず占有の取得を含むと解されているから (cf. eg. Minister for the Army v. Dalziel, 1944, 68 C. L. R. 261)、「連邦空港」は連邦所有の空港もしくは賃貸借契約の下に連邦により保有される空港を含む。

(8) 強制収用の対象としての「財産」は、「法と衡平において認められた土地における特定の不動産及び利害、並びに、同様に認められた動産及び無体財産のみならず無名、変則の利害」を包含するものと理解されている。W. A. Wynes, Legislative, Executive and Judicial Powers in Australia, third ed., pp. 455―456.

(9) Commonwealth v. State of New South Wales, 1920～1923, 33 C.L.R. 1, at pp. 20, 23.

(10) R. W. Baker, The Compulsory Acquisition Powers of the Commonwealth, Essays on the Australian Constitution, second ed., p. 193, at p. 204.

三　制定法による修正

既に触れた如く、アメリカにおいては、一九二六年の「航空通商法」第十条は、第一項の「航行可能な空域」の定義に続いて第二項において、「このような航行可能な空域は本法の諸規定を遵守して行われる州際及び外国航空の自由の公権に服する」と規定する。そして、この規定の趣旨は、「飛行安全高度の範囲内にある前記空域における航空の自由の公権を、相反する諸種の目的のためにこのような空域を使用する下土地所有者の権利に優越するものとして主張する」ことであると説明された。[1] 一九三八年の「民間航空法」第三条も「合衆国のすべての市民のために、合衆国の航行可能な空域を通じて行われる航空通商における通過の自由の公権の存在することが、ここに認められ宣言される」と再確認している。[2] この「航行可能な空域」の設定と通過自由の公権の確立が、土地所有者との関係において、コモン・ローの規則を修正すると共に「空圏理論の有力な背景」[3] となりつつ上空飛行権を確立するばかりでなく、州権に対する連邦権限の優位において、州境を越える国家的公道を確立することによつて、飛行の自由を二重に確保するものであることは明らかである。このことは、多分合衆

国当局によつて定められた安全高度以上で行われる飛行に対しては、トレスパスの訴訟を提起し得ないことを意味するであろうが、ニューサンスの訴訟からは必ずしも完全に免除されるものではないと考えられる。但し、その場合には、憲法上の意義における「収用」にならない限り、所謂合法的ニューサンスとして合法化される場合が多いであろう。ここにアメリカの法制度のもつ論理的欠陥が見受けられる。即ち、土地所有者の所有する空間部分を侵害するいかなる飛行に対しても、少くともトレスパスにおける救済を与えるべきであるに拘らず、空港周辺の土地所有者は合法的な上空飛行に対して「収用」に基く訴訟の手段が残されているに過ぎないからである。なお、純粋な州内のみの飛行に適用される州航空法については、「統一州航空法」がその第四条で「飛行の合法性」としてこの関係を取り扱つているが、この規定は理論上は空圏理論に基づき、連邦法において単に「航行可能な空域」として包括的に表現されていたものを、詳細に規定したものに過ぎないと解されている。(4)

土地所有者の空間における利害と航空機の飛行に関するコモン・ローの規則は、現在英国においては一九四九年の「民間航空法」(Civil Aviation Act) 第四〇条(5)によつて、またオーストラリアにおいては、New South Wales, Victoria, Tasmania, Western Australia の四州で英国制定法と殆んど同一の規則内容をもつ制定法によつて修正されている。(6) 此等の制定法の規定は、土地上空の航空機の無害飛行権並びに航空機により惹起された地上損害に対する責任原則を定めるものである。それは第一に、テクニカルな法的侵害、即ち、法的権原 (legal title) の単なる侵害に対しては何等の責任もないこと、そして、第二に、航空機により地上に惹起された実質的損失又は損害に対する絶対責任を確立するものである。此等オーストラリア四州の制定法に共通な規定は次のようである。

「航空規則 (Air Navigation Regulations) の諸規定が正当に遵守される限り、風・天候及び当該事態のすべての情況を考慮した上で、合理的である地上からの高度における、財産上の航空機の単なる飛行もしくは当該飛行の通常の出来事のみを理由として、トレスパス又は

ニューサンスに関する訴訟を提起することは出来ない。

これは記述の諸条件を遵守する限りにおいて、飛行者に無害通過の権利を与えるものであり、この限りにおいて、コモン・ローの空間における財産権は修正され、コモン・ロー上あり得るトレスパス又はニューサンスの訴訟は否定される。しかし、この条項に合致した飛行でも、地上での実質的損失又は損害の場合に絶対責任を確立している第二項の下に有責とされることもあるから、土地所有者の利害はこの立法によつて抹殺されているわけではない。「当該事態のすべての情況」は、航空機が離陸したばかりであるかもしくは着陸しようとしている事実を含むとされ、また「当該飛行の通常の出来事」は、例えば一定量の騒音及び若干程度のプライバシーの侵害は不可避であるというような、航空機の正常な行動に伴う通常の結果と解釈されている。(7) しかし、若干の場合(8)においてこの制定法は適用にならず、従つて、コモン・ローの規則が適用されることは留意されなければならない。他の二州、Queensland と South Australia 並びに連邦直轄領域においては、依然としてすべてコモン・ローの規則が支配している。従つて、現実問題として、オーストラリアにおける多くの飛行者は、土地所有者との関係において、異なる州で異なる法的配慮が要求される立場にあると言えよう。

オーストラリアでは、このような立法は連邦法としては未だ制定されていない。関連する連邦法規としては、航空規則の規則第九〇項の次のような規定があるのみである。

「この規則の何れの規定も、土地の所有者もしくは土地に利害を有する者に反して、当該土地上に着陸する権利を与え、もしくは航空機により惹起された人又は財産に対する損害に関して、いかなる者の権利又は救済をも害するものと解釈されてはならない。」

従つて、たとえ航空機が航空規則（例えば低空飛行に関する規則）を遵守しても、土地所有者の権利はいずれにせよ保護される。ここで言う「損害」が単に「実質的（又は物理的）損害」のみを意味するのか、「テクニカルな法的侵害」をも含むのかは明瞭でないが、とにかくそれはニューサンスによる損害を含むものと思われる。現在の連邦「航空規則」を遵守する飛行

は、一般に他の諸点においては合法的であるけれども、規則第九〇項の効果は、空間の私法的地位との関連における飛行の自由が、連邦法ではなくて州制定法又はコモン・ローに依然として委ねられていることを宣明するものであろう。

以上の議論が明らかにするように、連邦制における飛行の自由が効果的に確保されていないオーストラリアにおいて、連邦政府が採り得る手段は二通りあると考えられる。一つは、アメリカ合衆国において明確に確立されているように、一定の安全高度以上の空域をすべての市民が通過の自由の公権を享有する「公共の領域」として宣言することによつて、「航行可能な空域」を設立することであり、他は英国の立法を模範とした四州の制定法が採用するように、「単なる飛行の事実のみを理由とした」土地所有者のトレスパス又はニューサンスの訴訟を排除して、飛行者の無害通行の権利を全国的に確保することである。この二つの解決策の実際的効果は類似している。即ち、「航行可能な空域」内で行われるいずれの飛行もトレスパスの訴訟から免除されるであろうし、他方で無害通過権のみの確立は上部空域における連邦権限に対する黙示的表明なのである。しかし、「公共の領域」の概念はオーストラリアにおいては次の理由に基いて受け容れ難い面をもつている。第一に、空間における土地所有権の性質が必ずしも明確ではないこと、第二に、「公共の使用」の概念より立法権限の形式的解釈がオーストラリアの判例上強調されていること（従つて連邦通商権限の拡大解釈はアメリカにおけるほどには期待出来ない）、第三に、「公共の領域」理論は、特に連邦空港近辺の土地の私有地所有者及び（国王の土地に関して）州政府によつて提起される無数の「収用」を理由とする補償請求訴訟に導く恐れがあることである。連邦政府は連邦直轄領域を除いて、そのいずれの憲法権限によつても州領域又は私有地上の空域全部を「公共の領域」であると任意に宣言し、損害賠償に対する請求から完全に免れることは出来ない。理論的には「土地収用権」(eminent domain) の完全な権限の下に、州だけがその領域境界内でこのような急進的政策を採用することが出来るが、現実に各州がそうするとは思われない。他方で、無害通過権の確立は単にテクニカルなトレスパス又はニューサンスから飛行を免除するに過ぎず、それは天候・高度・飛行規則の諸条件が順当

に遵守されるかどうかに依存するのであつて、真の意味で国家的公道をオーストラリアの空に確立するものではない。連邦憲法についてはアメリカ合衆国憲法に範を仰ぎながらも、歴史的・伝統的に英国コモン・ローと制定法の影響を強く受けて来たオーストラリアの背景において、連邦の採り得る最上策は上述の二つの方法を効果的に結合させることであろう。即ち、連邦の設定する飛行高度内を通過する権利を全市民に明示的に確保し、この高度内における私有地上空の航空機の単なる飛行の事実を理由として、トレスパス又はニューサンスに関する何等の訴訟も提起し得ないことを連邦法化することである。その場合、この空中公道における最低飛行高度の設定に、現行「航空規則」の低空飛行の禁止に関する規定を準用し得る。また、「航空規則」が正当に遵守される限り、連邦空港又はその近辺上空において航空機が惹起する騒音と振動のみの理由でニューサンスの訴訟を提起し得ないことを規定出来よう。このような飛行の無害通過権の確立を超えて、一応各州の立法管轄権内に保留されている飛行者と土地所有者の間の損害賠償関係を、連邦権限が一般的に規制し得るかどうかは疑わしい。連邦空港周辺の正常な航空機の運航から生ずる騒音と振動に関して、何が実質的にニューサンスを構成するかの解釈は裁判所に委ねられるべきであろう。そして、ここに示唆した立法論的制度は、連邦がその規制に優越的権限を有する飛行、即ち国際航空・州際通商及び連邦直轄領域等に関する航空機の飛行に一応限定されるが、最近のオーストラリアにおける航空に関する連邦権限の司法的拡張の傾向に鑑み、純粋の州内飛行にも適用し得る可能性は十分あると思われる。(9)

(1) Legislative History, op. cit., p. 42. この説明は一九二六年の航空通商法を審議した際の連邦議会下院の州際・外国通商委員会の報告でなされたものである。

(2) Sec. 3, 52 Stat. 980, 49 U.S.C.A. sec. 403 (Supp. 1947).

(3) 池田、前掲論文（空法第三号）八八～八九頁。

(4) 同上。

(5) これは一九二〇年「航空法」(Air Navigation Act) 第九条を再録したものである。

(6) N.S.W.: Damage by Aircraft Act, 1952.

Vic.: Wrongs (Damage by Aircraft) Act, 1953, as amended by Wrongs Act, 1958, (Part VI—Damage by Aircraft).
Tas.: Damage by Aircraft Act, 1963.
W.A.: Damage by Aircraft Act, 1964.

(7) Cf. McNair, op. cit., p. 109. See also Halsbury's Laws of England, third ed., Vol. 5, p. 246.

(8) McNair によれば、制定法の規定が適用されない場合とは、例えば航空交通規則が遵守されない（従つて制定法上の免除は不適用となる）場合又は風・天候その他当該事態のすべての状況を考慮した上で合理的である地上からの高度で当該飛行が行われない場合等である。McNair, op. cit., pp. 99—100.

(9) Cf. Airlines of New South Wales Pty. Ltd. v. New South Wales, (No. 1) 37 A. L. J. Report 399; (No. 2) 38 A.L.J. Report 388. 此等のケースの意義については、前掲拙稿論文参照。

四　結　語

オーストラリアの場合、国際協定によつて国際間に交換された飛行の自由は、構成州の領域内の空域における管轄権と土地所有者の土地上空の空域における私有財産権の両者に対して効果を及ぼす。例えば、ある州が、国際協定の規定に従つてその州の空域を通過する外国飛行者の飛行を防止又は妨害する措置を講じる場合を想定してみよう。航空機の飛行と旋回を含む航空安全規則は現在では全て連邦政府に委ねられているが、連邦法の反対規定がない場合には、州はその残存権限の作用によつて、航空安全上の事項以外の何等かの理由に基いて、当該州自身の若干の憲法権限の枠内でこのような措置を採る可能性がある。同様に、もしオーストラリアの連邦法が空域における土地所有者の利害に対して、外国飛行者の無害通過を保障しなかつたり権限を与えなければ、オーストラリア領域上を飛行する外国飛行者は、コモン・ローにおけるトレスパス又はニューサンスもしくは数州の制定法の下での潜在的請求の可能性に悩むことになるだろう。個人は単に適用される連邦法又は州法を遵守するのであり、国際義務の違反の直接的効果は単に他の関係主権国家に対して責任を負う政府の責任を生ずるに

過ぎないのであるから、国際的義務の文言を確保するために必要な限度において、連邦がオーストラリア内の土地所有者と外国飛行者の私法的関係を明示的に規制することは望ましいであろう。恐らく裁判所は、このような保護を現行の連邦制定法から推論するであろうが、暗黙の中にそれが認められている事態は決して望ましいとは言えない。この点に関連して、英国に於て、私有地上空の無害飛行権を制定法化した一九四九年の「民間航空法」第四〇条（以前は一九二〇年法第九条）が必要であると考えられた主要な理由が、国際法の分野において一九四四年のシカゴ条約（以前は一九一九年のパリ「国際航空条約」）によつて民間航空機の相互的無害通過の原則が採用されたからであることに留意しなければならない。単一国家としての英国の場合には、国際法規のこのような履行は、国際的飛行のみでなくすべての飛行を扱う単一の制定法により達成され得た。オーストラリアの場合には、その連邦政体の故に異なる考慮が必要とされるが、他の諸国家との飛行権の国際的交換は、例えそれが公法的性格のものであつても、オーストラリアの土地所有者と外国航空機との関係に必然的に影響を与えるのである。オーストラリアの見地からすれば、すべての種類の航空機によるトレスパス又はニューサンスに関する実質的な統一法を連邦議会が制定し得るような形で何等かの国際立法がこの問題に導入されれば、最も好都合であるに違いない。

オーストラリアの空域における連邦と州の主権は原則として共存している。そのそれぞれの範囲は連邦憲法により定義される。しかし、航空問題に関する連邦権限の重要性の増大に伴い、空域における管轄権のバランスは今や連邦に有利に変りつつある。「航行可能な空域」を通じての「すべての市民の通過の自由の権利」の概念を連邦はその立法に導入していないが、州の空域の壁を越える飛行の自由は、すべての航空機に対する実際上圧倒的に優勢な連邦権限によつても、また、連邦憲法によつても黙示的に承認されている。「公共の領域」のアメリカの概念を導入することは困難であるかも知れないが、国内の自由な空廊を国際の空に連結する国家的交通路を連邦が確立し、州領域上空の飛行者の飛行権についての残存する疑問を払拭することは望ましいことである。同時にこれは、また、英国国王の権利の下にある州政府所有の土地及びその上空

空域に対する州の財産権上の請求に基く妨害をも排除することになろう。

オーストラリアの立法は、コモン・ローにおける上空空間における私有地所有者の利害の性質に関するアメリカの司法理論に必ずしも追随する必要はない。オーストラリアの裁判所は、土地所有者の利害、航空者の利害及び社会的要請を異なる方法で調整することによつて、アメリカの事例とは異なる独自の立場を十分採り得る。現在、法は幾つかの管轄権内に分割されており、州制定法が四州に、コモン・ロー規則が残る二州と連邦直轄領域に支配している。しかし、国際立法が締約国間で飛行権を相互に交換し合い、空域の法的地位に関して国内私法の変更を暗黙の中に要求すると共に、連邦通商権限はオーストラリアの飛行者の無害通過権を確立し得る。従つて、以上本論で示唆した線に沿つて、連邦はオーストラリア全土に適用される制定法に於て飛行の自由を具体化することが可能であり、またそうすべきであることが結論として言えよう。