

公物管理権の根拠に関する考察

—公所有権概念を中心に—

なか の かつ や
中 野 勝 哉

目次

第一章 はじめに	179
第一節 問題関心について	179
第二節 本稿の目的及び研究の対象について	179
第三節 考察の方法について	179
第二章 問題の所在—日本の公物管理権の根拠に関する理論の現状と その問題点	180
第一節 日本における公物管理権の根拠に関する理論の現状について	180
1. 伝統的議論	180
2. 包括的管理権能説	181
3. 整理	181
第二節 問題点について	182
第三節 整理	182
第三章 オットー・マイヤーの公所有権説について	182
第一節 オットー・マイヤーの公所有権	182
1. 公物の認識と公所有権のイデー	182
2. 公法上の所有権について	183
第二節 「正当な法」としての公所有権—公物の歴史的発展の認識より	183
1. 正当な法としての公所有権が導かれるまで	184
第三節 公所有権とその他の物権—公所有権と公物の関係	186
第四節 整理	186
第四章 日本における公所有権理論の継受とその発展	187
第一節 美濃部達吉博士による公所有権説の把握	187
1. 公所有権の認識とその正当性の主張	187
2. 美濃部達吉博士の公所有権説—公物法理論と公所有権の関係を中心に	190
3. 整理	191
第二節 日本における公所有権論の展開	192
1. 田中二郎教授の公所有権説等に関する認識	192

2. 包括的管理権能説の端緒	193
第五章 検討	193
第一節 主要な問題点に関して	193
1. 諸説の整理	194
2. 考察	194
第二節 公物の新しい状況と公所有権の考え方	196
1. 新しい動向	196
2. 各指摘の整理と公物権根拠説の可能性	197
第六章 おわりに—今後の展望	198

第一章 はじめに

第一節 問題関心について

本稿の問題関心は、海というものの適切な管理、利用の形態に関し、法的にいかなるアプローチがあるのかという問題に端を発している。近年、海の利用形態は多様化し、また、それにつれて生じる、海に対する価値観の対立も複雑多様なものとなってきている。例えば、交通の場、漁業の場、レジャーの場、など従来の利用の形態に加え、海上に人工島を建設し、空港として利用したり、また浮体構造物を海面に浮かべ、そこに生み出された空間をさまざまに利用するといったものまで考えられている^{*1}。こういった事柄に対しては、法的にいかなるアプローチが可能なのであろうか。その一つの観点は、海を公物として捉える、というものである^{*2}。

ただ、ここに、従来の公物法の理論をそのまま適用できるかどうかは疑問である。というのは、海においては、その時々必要性に応じて制定された法律は存在するが、前述のような新たな問題、複雑な問題に対応可能な、海の特성에依りてこれを総合的に管理する法は存在せず、また、海は閉じた空間ではなく、河川や陸上の道路などとも密接に関わりをもつものであり、従来の公物^{*3}の捉え方では有効に対応できない恐れがあるのである。

また、以上のような事柄は、なにも海だけに限ったことではなく、法定外公共用物は、その他の公物においても多かれ少なかれ見られるものであり、さらに公物間の関係の問題については、前述の指摘は海の側から見たものであるが、これは陸の側やその他の公物の側からも言い得ることでもある。そして、海以外の、自然公物、人工公物が混ざった公物間関係の存在も容易に想像できる。ここに、海という一定の公物の検討を行う前に、一般的な公物に対する法的思考について、総合的な問題把握の視点からの再検討を行う必要性を見いだすことができるのである。

第二節 本稿の目的及び研究の対象について

以上より、第一の目標は、前述の視点を念頭に置いた一般的な公物法の理論の再検討ということになるわけである。しかし、一般的な公物法理論の再検討といっても、その内容は複雑多岐にわたり、これを包括的に論じることは困難である。そこで、本稿では、行政主体において、多様な公物を現状に即して総合的かつ適正に管理し、有効に公共の用に供していくためにはどのような法理が必要なのかということ、つまり公物管理理論に関する考え方に着目する。

公物全体についてみれば、そこには公物管理に関し公物法の制定されているものもあればそうでないものもあり、両者は混在した状況となっている。このような状況において、特に公物法の存在しないものはどのような根拠によって管理が可能となるのであろうか。また、この両者における管理権の根拠への考え方は、根本的にどのような関係にあるのであろうか。このように考えてくれば、公物管理理論に関する根本的問題は、公物管理権の根拠をどのように考えるか、そこに公物全体に通じるような一般的な法理は存在するのか、ということになるものと思われる。そこで、本稿では、この公物管理権の根拠について考察を試みることにする。

第三節 考察の方法について

本稿における考察は、いわゆる「公所有権」に関する理論を中心に据えることとなる。これは、この理論から、公物管理権に関する一般理論の存在可能性に関し、何らかの示唆を得られるのではないかと考えることによる。

また、考察の念頭に置く公物は、自然公物（特に法定外公共用物）とする。これは、問題関心の端緒が、海という自然公物に焦点をあてている、という理由からだけでなく、公物管理権に関する理論において、その指導理念、一般理論などの存在を考察していくためには、その最初の段階として、特有の公物法を持たない、自然公物（特に法定外公共用物）について考えることが必要である、

と思われるためである。

以上の事柄を前提として、本稿においては、まず、第二章において、日本における公物管理権に関する現状を把握し、そこで通説的見解とされるところの「包括的管理権能説」の問題点について触れ、問題の所在を明らかにする。次に、第三章において「公所有権説」主張の代表者とされるところの、オットー・マイヤーの所説の理解を試みる。ここでは、「公所有権」というものは如何なるものなのか、そして、その「公所有権」と公物はどのような関係にあるのかを中心に見ていくこととし、いわゆるマイヤーの「公所有権説」なるものが有する、公物法理論上の性質を明らかにする。さらに、第四章では、オットー・マイヤーの説を肯定し、日本において「公所有権説」の代表的主張者とされる美濃部達吉博士の所論を検討する。ここでは、特に、マイヤー、美濃部両博士の考え方に如何なる差異があるのか、という事柄に留意する。その上で、その後の日本の公物法理論の発展において、「公所有権」というものがどのように捉えられたのか、ということ把握するために、「包括的管理権能説」における主張を検討する。そうして、第五章においては、これまでに明らかになった事柄をふまえ、公物管理権に関する検討を行うとともに、その可能性についても言及することとする。

第二章 問題の所在—日本の公物管理権の根拠に関する理論の現状とその問題点

本章の目的は、公物管理権の根拠に関する理論の現状を概観するとともに、そこにおける問題点を指摘することにある。

第一節 日本における公物管理権の根拠に関する理論の現状について

本稿の問題関心は、公物管理に関する、その権利の根拠をどのように考えるかにあるのであるが、この問題に関しては、従来より諸説の分かれるところである。それは、公物における行政主体の権利の性質を如何に考えるかという観点から、伝統

的には公所有権説と私所有権説の間の論争として、どちらが正当であるのかが争われてきた。我国においては、私所有権説が通説的見解とされていたが、その後、これらの議論から切離された公物上の権利、の認識を基盤とした包括的管理権能説が主張されることとなる。

そこで、本節では、現状を把握するという目的から、まず、伝統的な議論に触れ、その上で現在日本における通説的見解である包括的管理権能説を見ていくことにする。

1. 伝統的議論

伝統的な議論は、前述のとおり、行政主体の公物における権利の性質について、公所有権説と私所有権説を対立させる、というかたちで行われる。しかし、こういった議論上における公所有権説、私所有権説の内容は、論者によってその認識は微妙に異なるようであり^{*4}、一般的に確立されたものとして一概に挙げることは困難である。そこで、ここでは包括的管理権能説を把握するための前提として伝統的議論の枠組みを知る、という目的に照らし、一般に各説において代表的とされるものを見ておくことにする。

(1) 公所有権説

日本におけるこの見解の代表としては、通常、美濃部達吉博士の主張が、オットー・マイヤーの影響を受けるものとして挙げられる^{*5}。その主張の要点は、公物に関する行政主体の種々の権利を公所有権に代表されるところの公物権と捉え、公物管理権は、これら公物権の現れであると考えるところにある^{*6}。

(2) 私所有権説

この説の代表者としては通常、佐々木惣一博士の主張が取り上げられる^{*7}。その主張^{*8}の要点は、次のとおりである。すなわち、公物は民法所定の有体物であり、そこにおける所有権は私法上の所有権であるとする。また、公物管理権に関しては、それは所有権とは別個の「行政権」の作用であり、この場合、その公物における所有権は、公物の目的を達するために必要な限度で私法の適

用の外に置かれる^{*9}、とすることである。つまり、ここでは公物管理権は所有権から分離されているのである。

(3) 整理

以上が、両説の特徴であるが^{*10}、ここで、次の包括的管理権能説に関する議論の前提として、重要であると考えられる事柄は、私所有権説においては、公物管理権と所有権が分離される、ということである^{*11}。このことを念頭に置きつつ、次に包括的管理権能説を見ていくことにする。

2. 包括的管理権能説

ここでは、まず包括的管理権能説がその理論の前提としている公物概念についての考え方を確認し、その上で、公物管理権とその根拠に関し如何なる主張が為されるのかを見る。

(1) 包括的管理権能説の前提としての公物概念について

この説は、公物の概念について、「行政主体により、直接、公の目的に供用される有体物については、一般私法規定の適用を受ける私物と異なり、その目的を達成させるために、これを私的取引の対象から除外する等—公物の種類によって多少の相違はあるが—これに特別の法的取り扱いを認めることが多い。公物の概念はこの特殊性に注意して構成された法律学上の概念である。」と述べ、このような公物に対し、「どういう範囲にその上に私権の成立を認めるか、さらに、これを一般私法の規律対象とするかは、立法政策の問題であって、個々の実定法について具体的に理解するほかはない。」とする^{*12}。

つまり、ここで、公物上の権利の性質については、公所有権、私所有権に関する、前述の伝統的議論からは切離されることになるのである^{*13}。そして、この前提に基づき、公物の管理権について述べられることになるのである。

(2) 包括的管理権能説

包括的管理権能説の主張は次のようなものである。すなわち、「公物の管理とは、公物の存立を維持し、これを公の目的に供用し、できるだけ完全

にその本来の目的を達成させるためにする作用をいう」とし、そこにおける公物管理権は「行政主体が公物について公物本来の機能である公共又は公用に供するという目的を達成させるために有する特殊の包括的権能である」とする。そして、その根拠に関しては、「物自体の所有権その他の私法名義の効果として認められるものではなく、公物法（実定法又は慣行）の定めによって与えられるものと解すべきである。」^{*14}、つまり、「公物を公物として成立させるためには、その物について、所有権・地上権・賃借権・公法上の使用权その他何らかの名義による権原を有しなければならないのが通例である。しかし、ここにいう公物管理権は、その物について存する所有権その他の権原の具体的表現と見るべきではなく、各公物本来の目的を達成させるために、各公物法の定めるところにより、一定の公物管理者に与えられる包括的権能と認めるのが相当である」^{*15}、とするのである。

そして、公物管理権をめぐる紛争等については、「個々具体的問題について、実定法に即して解釈判断すべきものであると考える」^{*16}、と主張する。

3. 整理

以上より、包括的管理権能説以前の伝統的議論の特徴及び、包括的管理権能説の主張が確認された。そこで、ここでは包括的管理権能説の特色を整理し、さらに、そこにおける考え方と伝統的議論との対比において明確になると考えられる、その思考の基礎となるものについて触れておく^{*17}。

(1) 包括的管理権能説の特色について

以上見てきたところから、包括的管理権能説の特色について整理すると、次のようになると考えられる。すなわち、

- ① 公物の上における権利の種類に関しては、個々の実定法について具体的に理解するほかはない、ということの基本としている。つまり、公物上の権利を如何なるものとするのかは、立法政策の問題に帰着させるのである。
- ② 公物管理権の根拠を、その公物における行政主体の権原と切離して考える。そして、管理権は

各公物法によって与えられる包括的な権能とする。

(2) 包括的管理権能説の管理権の根拠に対する考え方の基礎について

以上より、次のことが言い得るのではなかろうか。すなわち、包括的管理権能説は、「公物管理権を所有権などの権原に求めない」という点に関しては、私所有権説と共通性を有する、ということである。つまり、包括的管理権能説は、「公物の上における権利の性質をどう考えるか」、「公物における私権の妥当する範囲をどう考えるか」というレベルでは、立法政策の問題とするため、伝統的議論から切離して考えなければならないが、公物管理権に関しては、なお、私所有権説と同様の考え方に立っていることになるのである。

次に、以上のような包括的管理権能説について、本稿の問題関心である自然公物（特に、法定外公共用物）の管理に関し、どのような事柄が問題となるのかにつき指摘する。

第二節 問題点について

包括的管理権能説は、前節で見てきたとおり、公物上の権利の内容に関しては、「立法政策の問題であって、個々の実定法について具体的に理解するほかはない」と認識しつつ、公物管理権は、各公物法^{*18}によって与えられる、特殊の包括的権能である、とする。しかし、このこと故に、公物法の制定されていない公物、すなわち法定外公共用物の管理権の根拠をいかにして捉えるのか、に関して疑義が提出されることになる。すなわち、「それぞれの公物に関し公物管理法が制定されていれば、通常の法的問題の解決は、当該制定法の解釈に帰着するのであるから、その限りでは、包括的管理権能説的な説明で事足りるであろう。いいかえれば、実用法学上は、あえて、その根拠を問うまでもない。しかし、(中略)法定外公共用物について、国の包括的公物管理権能は、いかにして、法的に根拠づけられるのであるか。」^{*19}、と。

この問題点の原因は、まさに、包括的管理権能説が、管理権と所有権を切離して考えるところにあると考えられるのではなかろうか。

第三節 整理

以上の検討及び問題点の指摘より、自然公物(特に法定外公共用物)の管理権の根拠について考える際には、前述の「包括的管理権能説の管理権に対する基本的な考え方」が問題の根本となることがうかがえる。そしてここに、管理権の根拠を権原に求める公所有権説の検討の意義があるものと思われるのである。従って、この観点に立って、以下、公所有権に関する説の検討をすすめていくこととする。

なお、公所有権に関する説は、上記の問題点解決に関してのみならず、最近の公物に関する新しい状況に対しても、その考え方から有効な示唆を得られるものと思われるが、この点に関しては、第五章の検討において触れることにする。

第三章 オットー・マイヤーの公所有権説について

本章では、本稿の問題関心より、オットー・マイヤーが唱えた、いわゆる公所有権説を把握するために、以下、公所有権(Öffentliches Eigentum)に関する考え方を中心に、その論ずるところを見ていくことにする^{*20}。

第一節 オットー・マイヤーの公所有権

ここでは、マイヤーが考えているところの、公所有権というものがどのようなものなのかを明らかにしたいと考える。

1. 公物の認識と公所有権のイデー

マイヤーは、「ドイツ行政法」第二巻の「第1章 公物権法」の中、「第35節 公所有権；概念と範囲」において、まず、公物につき、「ある種の物には、その事実存在することをもって、公共団体(Gemeinwesen)の義務を果たすための一定の目的に直接、資するものがある」、「我々はこれを公物(öffentliche Sachen)と名付ける」^{*21}、と述べる。そして、そうした「公物の場合、その物に対する支配は、それだけで公行政の一部をなし、公法の領域にある」とし、「この公共団体の支配が、

公法に従って判断されなければならないのであれば、ここから、要請として、公の物権のイデーが、とりわけ、公所有権のイデーが生まれる。そしてそれは、公法上の、公法上想定された所有権にはかならない。』*22、と述べる。

そして、この考えをその根本におき、公物とその支配に関する公所有権のイデーの正当性を主張していくのである。

2. 公法上の所有権について

マイヤーは、公所有権が公法上のものであることを主張する。そこで以下のように、公法上の制度たりうるための要素を、「公権力の関与」と「両法主体の不平等」に求め、公所有権がこれらの要素にいかにか適合するものであるかを論述するのである。

(1) 公法制度と物権的権力

まず、公所有権を含めた、物権的権力と公法制度の関係についてであるが、マイヤーは次のように述べる。すなわち、「公法上の法制度(Rechtsinstitut)は、次のことによって認識できるようになる。それは、全ての単一性が、公権力の関与及び、両法主体の不平等の観点によって具体化されなければならない、ということである。」、とし、その上で、「我々の知っている、公権力の発現は、多様な形式を受け入れることができる」、それゆえ、「公権力は物権的権力としても現れることが出来る」*23、と。

(2) 所有権の法的意義と公所有権

次に、マイヤーは、(1)で公権力としても発現可能であるとした、物権的権力の中で、とりわけ所有権について考察をすすめる。ここでは、一般の所有権について、その法的性質が明らかにされ、その上で、私所有権、公所有権の別が論じられる。

所有権の法的性質については、次のように述べる。すなわち、「公権力は、物に対して法的に出現しない。つまり、物は、被支配者(Untertan)ではない」、また「物は、私法上の所有権の場合も法主体とはならない。物と所有者の間には、私法上においても、法関係は存在しない。つまり、法的

に秩序づけられた関係は存在しないのである。」、
「物に対する支配は、ここでは常に、事実上の事柄でしかない」、「所有権は、そうした支配を保障し、秩序づける法律関係の総括概念を意味する」、ものであると*24。つまり、マイヤーは、公法、私法の区別以前に所有権という概念そのものの法的性質が、「所有者と物との関係」にあるのではなく、「物の支配に関する、所有者とその所有者に対する者との関係」、にあることを明らかにしたのである*25。

そして、このような法的性質を備える所有権に公法、私法の区別が生じる理由を、前述の「両法主体の不平等」に求めるのである。すなわち、「この法秩序(所有権の法秩序:筆者)は、通常は、両法主体、つまり所有者及び所有者に対する者、の法的平等の上に生じる。その場合に、我々は、いわゆる私的所有権、つまり私法上の所有権と名付けるところのものを得る。」、また、「この法秩序は、所有者が公権力の主体としてその他の私人に対する、といった場合のごとく、法的に不平等な状態の上にも生じることができなければならない。この場合の所有権が、公の、つまり公法上の所有権である」、と*26。

以上、(1)、(2)の論述を通して、公法制度としての公所有権が主張されたのである。

次に、こういった公法上の権利としての所有権、つまり公所有権が、公物の支配との関係で、いかに正当なものであるのか、ということがどのように主張されるのか(いわゆる公所有権説の主張)を見てみることにする。

第二節 「正当な法」としての公所有権—公物の歴史的発展の認識より

マイヤーは、公所有権について、それは、「単なる名前を意味するのではない」、とし、さらに、「我々が主張するところのその概念が、我々の新しい行政法を支配する、根本理念から演繹されるのであれば、その場合には、意識するとしないうちに問わず、現行法をその考え方で、考え尽くさなければならない」、と主張する*27。そこで、次

に、マイヤーが公所有権を「正当な法」としてどのように主張していくのかを見ることにする。

1. 正当な法としての公所有権が導かれるまで

マイヤーは、公物の法に関する歴史的認識から、公所有権の正当性を説きおこす。

(1) マイヤーの公物の法に関する歴史的認識

(a) 公物の初期の段階とAllmendのイデー

中世においては、「公物の理念は、最も単純な、最も根源的な形態から、次第に発展する。その形態は、とりわけ農村共同体 (bäuerliche Ortsgemeinschaften) から生まれる。その共同体は、物について『主権 (majestas)』が姿を現す、高権的な公共団体ではない (それはゲノッセンシャフト的性質 (genossenschaftliche Natur) のものである)」。マイヤーがここで公物の中世的形態として取り上げるのは、供用地 (Allmend) である。それは、「仲間の誰の所有物でもなく、全ての人を利用できるところの、分配されていない財産」である。そして、「この公の物の特徴は、ローマ的思考に基づき、より高い種類の法主体への所属において示されるのではなく、むしろ、その本質は、二つの要素の結合にある。その二つの要素とは、全ての人利用に供されるという規定と官憲の監督権である」とする^{*28}。これが、マイヤーのいうところのAllmendのイデーである。

(b) 公物の発展とAllmendのイデー

さらにライヒ法、そして各領邦の法においては、新たな種類の公物が登場する。すなわち、「都市における共同の設備は発達し」、「比較的大きな町並みが生まれ、それに付属する交通施設、橋、渡船場が生まれた」。しかしそこでも、「まだ、さしあたり、二つの要素による、Allmendの根本の理念が重要である」とする^{*29}。

この二つの要素は、法学によって確固とした特色を持つようになる。ここで二つの要素は、次のように認識される。すなわち、第一の要素については、「公物は、共同使用の権利に従属する、物である」という共同使用権の観念に、そして、第二の要素、つまり「官憲によって監督されること」

については、「Allmendに対する官憲の監督権は、君主的高権、道路高権、通路高権になる」とする。そして、この二つの要素をあわせもつ物を、当時の公物と認識するのである^{*30}。

そして、このような公物の当時の法的思考に対し、マイヤーは、次のように述べる。すなわち、「より高い種類の法主体への法的所属は、依然として、前提条件として必要とはされていない」、「ここでは、公物は完全に無主物 (res nullius) なのである」、そして、「以上のような考え方によって、そのころは、間に合わせていた」、しかし、「それはなんら、不変の真理を与えるものではない」と^{*31}。

(c) 警察国家における国庫 (Fiskus) 理論とAllmendのイデーの変化

公物理論のさらなる発展にとって重要な意味を有したのは、警察国家における国庫の理論である。たしかにここでも、「二つの要素、すなわち共同使用と高権は、なくならない。共同使用が、次第に、広い『公益 (öffentliche Nützlichkeit)』と入れ替わられるだけである」。こうしてマイヤーは、「二つの要素」はなくならないが、公益と高権へ変化していくことを指摘する。しかし重要なのは、いまや国庫が公物を所有すると観念されることである。「警察国家は、その中に、国庫を想定する。公物は、国家及び、その下の地方自治体 (Gemeinde) の所有となる」と。つまり、ここに公物に対しての所有の考え方の一つの形態を見るのである。

そして、マイヤーは、このような「公益と高権」と「国庫の所有」という二つの観念は、「融合するのではなく、当時の法を満足させる、混合形成物」であり、ここでは、国家は「本来の国家 (eigentlicher Staat)」と「国庫」に分けられる、と指摘する。つまり、「前者、すなわち純粋な権力活動は、相変わらず所有の能力がない。公物についての所有権は、普通の私法的所有権として、その双子の兄弟の国庫に属するものとされる。そして、国庫はそれ自体、『普通の私人 (gewöhnlicher Privatmann)』にはかならない。」と。

以上から、マイヤーは次のように帰結する。す

なわち、「国家は、いまや、公物に関する二種類の権利を持つ。それは、高権と所有権である。」と^{*32}。

以上、(a), (b), (c)のマイヤーの論述より、次のことが明かとなった。すなわち、マイヤーは、Allmendの時代からの、公物の要素とその変遷、公物に対する行政主体の所有の考え方の発生、を歴史的発展の中で認識し、ここでの公物に関する法的状況を、公物は、「そのものとして公益に資するものであり」、「行政主体の所有権（国庫理論の下ではこれは私法上のものとする）に基づく支配を受けるもの」、であるとし、ここに、公所有権の主張のための対象を見出すのである。

次に、以上のように設定された、対象に対し、マイヤーがどのようにして公所有権の正当性を主張していったのかを見る。

(2) 公所有権の正当性の主張

(a) フランス法の影響

公物を公所有権の対象として捉える理論は、すでにフランス法では広く受け入れられていたとマイヤーは見る。それが、フランスにおいて発達してきた、*domaine public*^{*33}の考えである^{*34}。すなわち、「国家権力及び、それに関連した公法の発展において、我々の前をいっている、フランスは、*domaine public*を発達させていた。それは、私有財産 (*domaine privé de l'Etat*)、つまり、国家の私法上の所有権と対立することを意味する。」と^{*35}、そして、「*domaine public*は、我々の公物を含むものである」とし、その法学上の本質は、公法上の所有権、すなわち公所有権であるとする。このように理解した上で、マイヤーは、「ドイツ法学においても、この公物の法の考え方は、是認される」、とするのである^{*36}。

(b) 公所有権の正当性の主張

以上のような、公物の法的状況の認識、及びフランス法の影響を経て、マイヤーは、国庫理論に基づく考え方を批判しつつ、公所有権の考え方の有効性を説く。すなわち、「今日、公物の実際の支配的な考え方は、まだ、古い国庫説によって規定されている。確かに、人は、このことそれ自体を

もはや正しいものとして認めてはいない。しかし、この考えは、灰の下から燃え立つのである。そして、まさにいま、公物に対し、かなり細々とではあるが、その炎がゆらめいているのである」、「ここでは、公法と私法の矛盾は意識されない。しかし、公物の場合には、その矛盾を取り繕うことは許されない。ここで、私法上に、そして民法の規定に国家の所有権がおかれるのであれば、それは、公法への激しい拒絶を意味する。そして、他方で、同じ国家は、この自らの物に、極めて明白に高権的権力を表示するのである。」、「このことから、それが全く不可能であることがわかる。同じ法主体の国家が、同時に同じ物に対して、私法上の所有権者及び公法上の管理者として、座することはできない。」と述べる。そして、公物に対する、こうした国庫説からの考え方に対し、「公所有権は、このジレンマを解き明かす。それは、所有権と公法を和解させることによって為される。」と主張する^{*37}。

こういった認識のもとで、さらに、次のように、公所有権を「正当な法」として主張するのである。もちろん「正当な法」といっても、マイヤーは自然法を信奉するわけではない。曰く、「我々は、自然法や古い意味における理性法を信じない。しかし、我々は、法が理性的であり、合目的的であるという要請をあきらめない」、「この要請は公所有権のイデーに適合する。とりわけ公物はその目的を持ち続けるべきである。そのこと（目的を持つこと：筆者）に関して、無関心である私法上の法秩序は、まさにそのことをもって、閉め出されなければならない。ここで、その（排除された後の：筆者）位置に、一つの秩序がすすみであるのである。その秩序においては、基本的に、公物を支配し、そのために配慮しなければならないところの行政当局が、常に、すべての事柄を、かの目的に調和できるよう、規制し、状態を維持する権能を掌握し続ける。公物の法的宿命は、いりみだれて作用する私法上の諸力の自由な行動によってではなく、すべての公行政のごとく、内部から計画的に規定されるのである」、と。そしてさらに続けて、「公

所有権だけが、近代行政法の全体に適合するのである。その他のものは全て、不協和音を持ち込む」、というのである^{*38}。

第三節 公所有権とその他の物権—公所有権と公物の関係

前節では、公所有権概念が、公物をめぐる歴史的事実から生まれてきたものであり、しかもそれは「正当な法」である、という主張を見てきた。ここでは、マイヤーが、公物の上における権利について公所有権をどのように位置づけたのかを見ていくことにする。

まずマイヤーは、公物は、次の二種類の事柄の重合を前提とするものであるとする。すなわち、それは、「公行政の主体への物の従属と、決められた公目的に対し直接職務を担いうるものになること」^{*39}、である。ここでは、マイヤーが、「公所有権と公物の関係をどのように考えているのか」、つまり、「公物の上における権利について公所有権以外に何も認めはしないのか」、を知ることを目的とするので、とりわけ前者が重要となる。

「公行政の主体への物の従属」を考えるに際し、マイヤーはこれを、「行政の主体となりうるもの」、「行政の主体への公物の法的な従属の幅」、の二つに分けて説明する。

前者については、「まず第一に、全ての行政のおおもと、つまり国家自身が、取り上げられる。」とし、このほか公共団体及び特許企業者もその与えられた範囲内で主体たることを得る、とする^{*40}。

後者について、マイヤーは次のような見解を述べる。曰く、「公の行政主体、つまり通常は国家への、公物の従属は、完全なものであることも、不完全なものであることもある。理想的であると同時に通常なのは、物に対する国家の包括的、法的支配権である。それは、公所有権として現れるところの所有権である。」^{*41}、と。それに対して、「公物が限定的に国家に属するという場合、つまり、所有権者により、公の目的の為の必要な使用が許容されることによって、公物についての限定された権利を行政主体が獲得するということがあり

得る。このことは、他人の物への物権的権利、つまり役権 (Dienstbarkeit) を意味する。このことは、第一の場合 (マイヤーのいうところの理想的な状態、すなわち公所有権の状態：筆者) の所有権と同様、公法の性質を備えるのである。つまり、それによって直接公行政が、導かれるところの物についての権利なのである。その全体像は、第一の場合に対して、意味深い違いを見せる。ここでは、負担をかけられた物への所有者の権利は残っているのである。それは、所有者が、その立場で公行政とともに、行動するというのではなく、全く民法に属するものである。民法の規定に基づき、売却し、質に入れ、時効取得し、抵当に入れる、ことができる。もちろん、これら全ては、公の使用権と関わりはない。」^{*42}、とする。そして、この状態にある公物に関し、次のように述べる。すなわち、「そのように限定された根拠に基づく公物 (役権に基づく公物：筆者) は、かなり希にしか存在しない。」^{*43}、と。

以上の論述から、マイヤーは、公物の上における権利が、公所有権の状態にあることが理想的であるとしつつも、それを絶対的なものと考えていたのではないことが明かとなる。

そして、この私有公物を認めることが、公所有権の正当性に、なんら影響を与えるものではないことについて、次のように述べる。つまり、「ここで、制限された所有権を民法の規定に基づき、自由にできるということから、公物が、一般に民法に従属するという証拠を引きだそうとするのであれば、それは大きな間違いである。この特別の場合 (私有公物の場合：筆者) から、一般に公所有権の本質が、私所有権への公法上の負担にあるという、結論を引き出すこともなお間違いである。ここでいうそのような負担は、事実合致してはいる。しかし、公所有権は、全くそういうものではない。公物は、所有権がもう一方の種類 (公法：筆者) にあるところのものなのである。」^{*44}、と。

第四節 整理

以上、マイヤーの公所有権に対する考え方を、

見てきたわけであるが、ここで、マイヤーの考えた公所有権及び公所有権説について整理してみると、次のようになると考えられる。

すなわち、公所有権の特色としては、主として、次のようなものが挙げられる。

- ① いわゆる一般の所有権の「物の支配に関する、人と人との関係において生ずる法概念」という考え方をその基本的性質を持つ。
- ② 「両法主体の不平等な状態」において生じる所有権であること。
- ③ 実定法規に規定があろうがなかろうが、公所有権の考え方は、正当であり、それはあるべき法であると考えられている。

そして、以上のような公所有権の考えを、公物との関係で、次のように位置づけるものが、マイヤーの主張する公所有権説であると考えられる。

- ① 公物の内容如何によっては、私有公物もあり得る。そして、その場合は公所有権ではなく、その他の公物権が適用される。
- ② ただし、これは特別な状態であり、本来は、公所有権の状態を理想的かつ、通常の状態とする。

以上より、マイヤーの公所有権説の特色が明らかとなった。

第四章 日本における公所有権理論の継受とその発展

以上の如く、マイヤーの考える公所有権説を見てきたわけであるが、本章では、次の作業として、マイヤーの「正当な法」としての公所有権および、それに基づく公所有権説がいかに日本で受け止められたのか、そして受け止められた法思想が、どのように展開されるのかを見ていくことにする。

第一節 美濃部達吉博士による公所有権説の把握

ここでは、まずマイヤーの公所有権理論が、日本において如何に受け止められたのかを見る。そこで、マイヤーの理論を詳細に日本において紹介し、またその後の行政法学に多大な影響を与えたと考えられる、美濃部達吉博士の論述を見ていくことにする。

なお、以下では、第一に、美濃部博士の公所有権というものへの認識と主張を、ついで、博士の公物法理論における公所有権を順に見ていくことにする。

1. 公所有権の認識とその正当性の主張

(1) オットー・マイヤーの「公所有権」に対する認識

美濃部博士は、まず、明治四〇年に、その論文「公有物の性質に関する学説」^{*45}において、公物^{*46}の性質及びその法律関係については学説が一致せず、中でも、公物の上における所有権がいかなる性質を有するかが議論の焦点であること指摘している^{*47}。そこでは、「公有物は無主物には非ずして国家又は国家の下に於いて之と性質を同じうする公共団体の所有権に属する物件なることは今日の学者の略異議なき所なり。然れども之のみを以ては未だ問題を尽くしたるものにあらず其所有権の果たしていかなる性質を有するものなるか、民法上の所有権と同一のものなりや否やについては独逸の学者の間に学説甚だ區々たり」として、諸説の紹介^{*48}がなされており、オットーマイヤーの説については、次のような認識が示されている。すなわち、マイヤーに代表される説は、「国家又は公共団体が公有物の上に所有権を有することを認むることに於いては前の諸説と同じと雖も、この所有権は私法上の所有権とはその性質を異にするものにして純然たる公法上の権利なりと為す」と。

そして、上の論文の翌年に発表された論文、「公法上の所有権の思想について」^{*49}において、博士は、公物上の所有権を公法上の所有権と見る説を、少数説ではあるが大いに注目すべきものとしてとらえ、その当否の論評を試みる^{*50}。そこでは、まず、公法上の所有権が存在するとされる物件を、「国家又は公共団体に属し且つ一般公衆の使用に供せらるる物件なり」として限定し^{*51}、そのうえで、「公法上の所有権説」の検討を、その反対説との対比によって行っている。そこで、以下、博士の論述を、①学説の分析と問題の所在の指摘、②

公所有権の可能性への指摘，という二つの項目に分けて見ていくことにする。

① 学説の分析と問題の所在の指摘

博士は、まず、ドイツにおける通説として、公物に対する所有権は、「私法上の所有権にして、唯其の公共の用に供せらるるが為に其の目的を達するに必要な限度に於いて其の所有権は公法上の制限を受け、多くの場合に於いては所有権の効果は全く停止せらるるに至る」とする説を、また、これに対する少数説として、公物に対しては「所有権其の物がすでに公法の区域に在り、其の権利自身か全く私法の範囲を脱して公法に属す」る、とする説^{*52}を挙げて^{*53}、対比させる。そして、両説についてその当否を論ずるには、まず、両説の相違点を明らかにすることが必要であることを指摘する^{*54}。

そして、その分析によると、両説は、一見、正反対の地位にあるように見えるが、これを詳しく見れば、異なるのは外形のみであり、その実質上の主要な点においては、ほぼ一致するものであるとされる。つまり、「公有物に付いては国家が或る公法上の権利を有するものなることを認む」という点については、両説において異論がないというのである。そして、異なるのは、私所有権説が、この公法上の権利を公法上の物権であるとするのを否認するとともに、この公法上の権利のほか、別に、私法上の所有権が存続する、と考えるのに対し、公所有権説は、その物が公物となることによって、それまでは私法上の権利に過ぎなかった所有権が、公法上の権利に変化するのであって、国家がこの物を公共の使用に供し、また特別の使用の特許をするなどの行為は、この所有権の発動にほかならない、とする点にあると考えるのである^{*55}。

以上のことから、両説の当否についての問題は、公物についても私法上の所有権がなお存続すると認めるべきか否か、公物に関する国家の公法上の権利はこれを所有権と称することが適当か否か、という二つの問題に帰着する、という結果に達している^{*56}。

② 公所有権の可能性の指摘

博士は、①で見た、「二つの問題」について、「未だ確定の意見を主張するの地位に非ず」としつつも、「学者が公法上の所有権なる思想を否認するは或は主として旧来の因習に制せらるるが為なるに非ざるか」という疑問を提し、「余は、寧ろ普通の学説に反対して『オット、マイヤー』等の主張に従い公法上の所有権なるものを認むるの正当なるを信ぜんと欲す」として、同様の理論が日本においても適用され得る旨、述べている^{*57}。

そして、公法上の物権という思想が可能であることを、次のように指摘する。すなわち、「公権と私権とは往往これを区別すること甚だ困難なる場合あり、殊に財産権の性質を有する国家の権利に在りて其の困難の最も大なるものあり」とし、「財産権と雖も必ずしも常に私権なるに非ず、国家の統治権に基づくの権利にして同時に財産権の性質を有するものは必ずしも希なりとせず」として^{*58}、それゆえ、「公権と私権とを以て全く種類を異にし、内容を異にする権利なりとするのは誤りなり」、「公権と私権とが斯く互いに類似の内容を有するもの少なからずとせば又公権と私権とが相転換し公権より変じて私権となり私権より変じて公権となるの例また少なからざることは容易に想像せられ得べき所なり」、「されば公有物についても私法上の物権が転じて公法上の物権となるものと為すも亦必ずしも怪しむに足らざるべし」というのである^{*59}。

以上が、博士の公所有権説への認識である。このことから、博士が、マイヤーの公所有権なるものを正当なものと評価していることがわかる。次に、博士が、この公所有権について、その正当性をどのように主張していくのかを見る。

(2) 「公所有権」の正当性についての主張

博士は、明治四二年の論文、「公法上の物権及び公法上の債権」^{*60}において、「公所有権」の正当性に関し、詳しく論じている^{*61}。そこでここでは、この論文の論述を中心に、博士の主張する「公所有権の正当性」を見ていくことにする。

(a) 物権と公法上の物権

美濃部博士は、公法上の物権を論じるに先立ち、まず、一般の権利の本質、一般の物権の本質について述べ、その上で公権について分析し、そこに一般の物権と本質において同質なものを見だし、これを、公法上の物権主張の足がかりとする。その論述は次のとおりである。

① 権利の本質について

ここでは、まず、一般の権利の本質について、述べられている。すなわち、博士は、「権利は特定の利益を主張するがために法に依りて認められたる意思の力である」、と定義し、さらに、権利の本質は意思の力であり、利益は権利の目的であってその本質を為すものではない、と述べる^{*62}。なお、ここで言う「利益」とは、「法律が認めて利益と為すところのもの」とであるとされている^{*63}。そして、これらの事柄は、「千古に通ずる動かすべからざる真理であると信ずる」、とするのである^{*64}。そしてさらに、「権利の本質が意思の力であるという説を取ることから生ずる一の重要な結果は、権利は常に人（個人又は法人）と人との関係に於いてのみ存在するということ」、つまり、権利が意思の力であるというのは、「他の人に対して自己の意思を主張し得る力」であって、それは、「常に他の人に対する関係である」、と述べる^{*65}。

② 一般の物権について

博士は、「公法上の物権」につき、検討する前提として、一般の物権の権利の本質を次のように述べる。すなわち、「物権の本質は、全ての権利と同様に矢張り人に対する関係であると為すものである^{*66}、と。そして、このことは、「物権も亦権利の一種たることはいうまでもないのでありますから」、(①に見た)権利の本質の当然の結果として「物権も亦人に対する意思の力を以て其の本質と為すものといわねばならぬことは当然」である、と説明される^{*67}。

③ 公権における公法上の物権の位置づけ

博士は、公権と私権とは区別されるべきであること、国家は公権の主体であること、を詳細に論じ、さらに、公権を、「全ての第三者に対抗し得べき権利」としての「公法上の絶対権」及び、「特定

の人に対して行為不行為を要求し得べき権利」としての「公法上の相対権」の二種に大別し、前者の中の一つとして、「公法上の物権」を位置づける^{*68}。

なお、公法上の物権と私法上の物権の区別については、「公法上の物権が私法上の物権と区別されねばならぬ所以は、その権利が対等なる私人相互の間に存するものではなくして、優勝なる意思の主体としての国家（又は国家的公権を授與せられた者）と一般人民との間の不対等なる関係において存するものであることに在る。」^{*69}とする。

以上より、物権も、「人と人との関係において生ずるもの」であることが導かれ、この物権の公権における位置づけ、及びその必要性が指摘された。

次に、以上のような物権が、公法上に存在するや否やの問題についての論述を見る。

(b) 公所有権の正当性について

博士は、「公法上の物権」を正当なものとする。そこで、その正当とするところの主張について、とりわけ、「所有権」に関して見てみることにする。

所有権においては、「第一に、積極的効果としては、自己の任意に其の物を支配し又自己の任意に他人をして其の物を使用し支配することを得せしむることが出来ること、第二には凡ての第三者に対して自己の許諾に基かなければ其の物を支配せざることを要求し得ること、第三には凡ての第三者に対して自己が任意に其の物を支配することを妨げざることを要求しうること」、「此の三つの方面における他人との関係」が本質を為すものであるとする^{*70}。そして、「所有権者が、その所有地を或は抵当に入れたり、地上権を設定したり或は人に賃貸したりするのは、是は所有権の働きであることはもとよりいうまでもない、而して是は純然たる私法的関係である」とし、「然るに、翻て公の道路^{*71}などに付いて見ますと、これら凡て所有権の効果としてみるべき力が私法上の力ではなくして公法上の力として見られるのである」、とする^{*72}。つまり、「道路の特別使用を許可したり、その占用を特許したり或は一般に公衆の通行に供す

るといふような行為が公の権力の働きであって即ち公法上の行為であることは凡ての学者の意義のないところ」であり、これらの行為は、疑いもなく所有権の効果と見るべきものである、とするのである。そして、「其の所有権の働きとして行はるる行為が凡て公法上の行為であるとするならば、其の権利自身が矢張公法上の権利であると認むるのは論理上当然の結果である」とする。また、さらに続けて、所有権の消極的效果、つまり、「第一には、独占性、即ち、凡ての第三者に対して国家の意志に反する使用方法を禁止するの力」、「第二には、妨害禁止性、即ち、同じく凡ての第三者に対して妨害を為すことを禁止するの力」も、「道路については純然たる公法上の力として発現する」のであるとし^{*73}、これらのことから、「道路についての所有権の効果として見はるる力は凡て公法上の力であって、随って所有権自身が公法に属するものであることを証明し得た」^{*74}、とするのである。

以上より、物権的権力たる公所有権が、公法上にも生ずることが主張されたわけである。

(c) 公法上の物権の検討にあたっての指摘

なお、博士は、以上のように、「公法上の物権」、「公法上の所有権」を考えるにあたって、論文「公法上の物権及び公法上の債権」においては、「第一に注意を要しますのはこの如き問題については法律の正文は敢えて重きを置くに足らないこととあります」^{*75}、と述べ、また、後の論文、「公法上の物権」においても、「勿論、公法上の物権というような名称が法令によって定められているのではないが、法律上の各種の観念を定むるについては敢えて現行法令の規定のみを以て其の根拠と為すべきではない。」、「公法上の物権の観念を認むることが適當であるや否やに付いても、法令の規定においてこの如き名称が用いられているや否やは、敢えて重きを置くべきではなく、(中略)、我が国法の現に認むるところの権利であって、而も物権の本質を有し且つ公権としての性質を備え、私法上の物権とは明らかに区別せらるべきものが存在するとすれば、公法上の物権の観念を認むる

ことは当然の必要でなければならぬ」と^{*76}している。

これらのことから、博士において、「公法上の物権」という観念が、「あるべき法」として考えられていたということがうかがえる。

2. 美濃部達吉博士の公所有権説—公物法理論と公所有権の関係を中心に

以上から、おおよそ、美濃部博士が公所有権というものをどのように捉え、その正当性を如何に主張してきたのかが、明かとなった。そこで、次にその公所有権が博士の公物法理論の中で、公物管理に関し、どのように考えられているのか(すなわち、博士の「公所有権説」)を見ていくことにする。

(1) 公法上の物権の特色

公物に関して論じる前に、博士においては、まず、「公法上の物権」が述べられ、そして、これを前提として、公物に関する議論へとすすむ、と理解することが出来る^{*77}。そこで、ここでは、その前提としての、「公法上の物権」についてみておく。

博士は、「公法上の物権はこれを私法上の物権に比較すれば或は所有権に該当するものが有り、或は、使用物権又は制限物権に該当するものが有り、或は担保物件に該当するものが有る」とする。特に、所有権及び使用物権につき、その論述は次の如くである。すなわち、「所有権に該当すべき公法上の物権は、殊に海・河川其の他公の水面に付き国家の有する権利を挙げることが出来る。これらの水面は私有財産制度の外に置かれ、私法上には所有権の目的物とせられないものであるが、併しそれは決して無主物ではなく、国家は自己の意思に反して他の者がこれを支配することを禁止する対世的の権利を有つて居り、又ある者に対して其の利用を許容する権利を有つて居る。而して此等の禁止及び許容が不対等の関係に属し随って公法に属することは疑いを容れぬとすれば、其の権利自身も公法に属するものでなければならぬ。其の権利の内容に置いては、これを私権に比較すれば

所有権に相当し、唯其の権利の作用が専ら公法的であることに於いて、私法上の所有権と異なるのみである。これを公所有権又は公法上の所有権（*öffentliches Eigentum*）と称することは敢えて不当ではない。」、使用物権に該当すべき公法上の物権には、「殊に、私の土地所有者が其の所有権は自己に保留しながら其の土地を国又は公共団体に提供しこれを公の道路として供用することを承諾した場合を挙げることが出来る。この場合には国又は公共団体は其の土地を公の道路として共用する権利を取得するもので、其の権利は公法に属し、即ち他人の所有地の上に公法上の使用物権（*öffentliche Dienstbarkeit, öffentlichrechtliche Servitut*）を有するのである。」、と*78。

以上より、博士は、公所有権とその他の物権的権利を公法上の物権における一つの種類として扱っていることがわかる*79。そこで次に、このように捉えられた公所有権と公物との関係についての論述を見る。

(2) 公物と公所有権

博士は、公物の概念につき、「此処に述ぶる意義に於いての公物の観念としては、公物とは、国家又は公共団体が直接に公の目的の為に供用する有体物を謂うと定義することができる*80とし、そこにおける所有権の性質については、「所有権の観念及び効力は専ら民法の定むる所であり、随って所有権と言へば常に私権として思考せらるる傾向があるけれども、私物の所有権が純然たる財産権であり、性質上私権と見るべきことが当然であるに反して、公物の所有権殊に国有の公物の上に存する国の所有権は、公の目的の為にその物を支配し管理する権利であり、私権として見るべきものではなく、国家的公権の一種であって、これを公法上の所有権又は公所有権（*domaine public, öffentliches Eigentum*）と称することが出来る*81として*82、公所有権の観念を採用することを明らかにしている。

そして公物の管理権の基礎付けに関しては、「普通の学説は、公物の所有権も一般の所有権と同じく私法上の権利であり、唯それが公物となること

に依り所有権の効果が停止せられて、行政権によって管理せらるるものと為すのであるが、公物管理権は決して所有権以外の別個の権利ではなく、国又は公共団体が其の物の所有権を有するが故に、これを公物として管理し得るのであって、公物管理権は即ち所有権の現れに外ならない。公物となることに依って、所有権の効果が停止せらるるのではなく、所有権が其の公法的効果を発現するのである*83、として、管理権の根拠は所有権にあることを明確にしている。

さらに、これに加え、前に見た公法上の物権の種類の当然の帰結として、「しかしながら、公物は必ずしも公物主体としての国家又は公共団体の所有に属するものには限らず、時としては私人の所有に属することもあり得る、(中略)、この場合には、其の物の上に存する私人の所有権は純然たる私権であることは勿論であるが、国又は公共団体が其の物の上に公法上の使用権を取得し、この使用権の効果としてこれを公の目的に供するのであって、等しく公権の作用に外ならない。唯この場合は国又は公共団体が公法上の所有権を有するのではなく、公法上の使用権を有するのであって、所有権と使用権の差異はあるが、何れにしても国又は公共団体が公物の上に有する支配権は常に公権であり、その使用権の場合にも民法上の借地権又はその他の私権として見るべきものではない」ということが述べられている*84。

以上より、博士は公物における、公法上の所有権と、その他の物権との間に、特別の格差を設けていないと考えてもよいのではなかろうか。

3. 整理

以上、美濃部博士が、公所有権をどのように把握し、それを自らの主張として、どのように構成していったのかを見てきたわけであるが、これらを整理すると次のようになると思われる。

(1) 公所有権に関して

① 物権的権利の本質については、物権もその他の権利と同様、「人と人との関係において生ずるもの」であるとする。

② 公法上の権利の中に物権的権利の存在を認める。それは、法主体が不平等な状態において生じるものである。

③ 公所有権を「正当な法」、「あるべき法」とする。

これらの要素から考えて、博士の公所有権の考えは、マイヤーのいうところの公所有権と同一であると思われる。

(2) 公物管理に関して

① 公有公物に関しては、公所有権が管理権の根拠となる。

② 私有公物に関しては、公の使用権等の公所有権以外の公の物権が管理権の根拠となる。

③ 公所有権は公の物権の一つの種類である。つまり公物との関係で、特に公所有権に特別な意味を求めてはいない。

以上が、博士の考える公物管理に関する説の特色である。本稿ではこれを、マイヤーの「公所有権説」と区別して、「公物権説」と呼ぶことにする。

つぎに、現在の公物管理に関する通説的見解である、包括的管理権能説を唱える、田中博士の所説について、その包括的管理権能説を主張するに至る過程での公所有権説に対する考え方を中心に見ていく。このことにより、以上のような公所有権に関する観念が、その後どのように捉えられていくのかということが明らかになるものと考えられる。

第二節 日本における公所有権論の展開

公物管理権に関し、包括的管理権能説の代表的な論者である田中教授は、「公物管理権は、その物に存する所有権その他の権原の具体的表現と見るべきではなく、各公物本来の目的を達成させるために、各公物法の定めるところにより、一定の公物管理者に与えられる包括的権能と認めるのが相当である」^{*85}とする。そこで、何故このような見解に至ったのかを知り、それを以て後に公所有権説から得られる所の有無を検討する場合の材料の一つとするため、ここで、田中教授が、公所有権説

をどのようなものとして捉えたのかを見ておくことが必要であると考えられる。

1. 田中二郎教授の公所有権説等に関する認識

田中教授は、「公物は直接に公の目的に共用せられる有体物を言うのであって、これらの物が、私物と異なり、無条件に私法の適用を受けるものでなく、その目的を達せしめる上に必要な限度においては少なくとも、私法の適用が排除せられることは、一般に承認せられる所である。これ学問上に公物の概念の構成せられたる所以である。」と述べた上で、「具体的に如何なる範囲において、私法規定の適用が排除され、特別の公法規定の支配を受けるのかとなると」、公物に関する公物主体の権利の性質という点に限って考えても、そこにはきわめて著しい見解の対立がある^{*86}、とし、そこで、オットーマイヤーの影響を受けるところの公所有権説と、私所有権を対照的な見解として取り上げている^{*87}。

しかし、教授はこれらの学説について考察する場合の注意事項として、次のように述べる。すなわち、「これらの学説を考察するにあたって先づ注意しなければならないことは、それらの学説が類型又は理想型としての公物をその対象として居るのか、我が実定法上の公物を対象として居るのかを明らかにする必要があることである」、「類型としての公物の説明として公所有権説が仮に容れられるとしても、我が実定法がそれに従って規定されて居るや否やは別問題であり、公所有権説を直ちに我が実定法の解釈の基準として主張するのは、論理の飛躍といわねばならぬであろう。又逆に、我が実定法の中に、建前として私所有権説に従う規定の仕方が支配的であることが認められるとしても、それが故を以て直ちに類型としての公所有権説なり、それに従う規定の仕方の可能性なりを否定し去ることは正当ではないであろう。」と^{*88}。

そうして、以上のような前提を念頭に置きながら、公物の目的に必要な限度における私法の適用の排除の仕方の種々の可能な態様、極端な説とし

て両説を捉える。すなわち、「その仕方について、種々の態様が可能である。全く私法の適用を排除する仕方と、公物の目的を達するに必要な最小限度において私法の適用を排除する仕方とをその両極端として考える」と。そして、前者の代表的なものとして、公所有権説を、後者の代表的なものとして私所有権説を挙げるのである^{*89}。

その上で、教授は、この両説の類型は、「ある意味では、公物概念を生んだ政治的・経済的・社会的背景を反映するものともいえる」とし、「一国の実定法が常にそのいずれかにのみよらねばならぬ論理的な必然性はない」とする^{*90}。

以上のような認識から、教授は、公所有権説と私所有権説のいずれが正当であるかという論争について「これは、問題提出の方法そのものに誤りがあるといわなければならぬ」とする。そしてさらにつづけて、「二つの可能な類型のうち、いずれを採用するかは、公物の目的に照らして決定されるべき立法政策の問題であって、その何れかでなければならぬというわけのものではない。」とするのである^{*91}。その上で、教授は次のような問題を提起する。すなわち、「そこでは、或いは公所有権といい、或いは私所有権といって、何れも、所有権の存在を前提として、その性格の相違が問題とされている。併し、もう一つ遡って考えてみると、いったい、公物の概念を考えるに当たって、公所有権にしる、私所有権にしる、いずれかの所有権の対象としてこれを捉えなければならぬものであろうか」と^{*92}。

以上から、田中教授は、公所有権説を、公物における必要な限度の私法適用の排除、に際しての考え方の一つの類型と考え、「あるべき法」として考えていくことに関しむしろ否定的であることがわかる。さらに、その問題提起には、包括的管理権能説に結びつく、重要な示唆が含まれているといえる。そこで、この問題提起につき、教授が如何に考えているのかを次に見ておく。

2. 包括的管理権能説の端緒

田中教授は、前述の問題提起に関し、次のよう

な考えを表明している。つまり、「近代法は、物を近代的所有権の対象として捉えようとする。併し、何でもかでも、所有権の対象として捉えなければならぬわけではないことはいうまでもない。公物、殊にいわゆる公共物については、それが所有権の対象という面は甚だ希薄となり、それ自体の経済的価値は、殆ど無視されてしまう。それは、正に公の支配又は管理の対象に過ぎぬともいいえよう。公の目的に供用される公共物本来の目的を達成するという見地からすれば、公共物が、何らかの意味において、所有権の対象でなければならぬと考える必要はもはや存在しないのではなからうか。公物は、公物主体の公物管理権の対象であって、所有権の対象ではないという考え方も一つの考え方として十分に成り立ちうるであろう。」とするのである^{*93}。ここに、包括的管理権能説の端緒の一つが見いだされるというべきであろう^{*94}。

第五章 検討

第二章で見た、「包括的管理権能説に対する問題点」に関し、何らかの有効な示唆を得るべく、第三章、第四章を通じて、「公所有権」というものを中心に、その代表的論者である、オットー・マイヤー及び美濃部達吉両博士がそれを如何に理解し、公物との関係でどのように位置づけ、主張してきたのか、ということを確認し、また、包括的管理権能説のよって立つ基本的な考え方について、その主張を見てきたわけであるが、本章ではこれらの結果から、以下、当該問題点に関して公物管理権の根拠に対する考え方について検討し、その後、公物をめぐる新たな状況について考察を試みることにする。

第一節 主要な問題点に関して

第二章における、包括的管理権能説に対する問題提起は、この説が、法定外公共用物などの「実定法が不備な状況」に適切に対応できないのではないかと、という疑問から為されたものであった。そこで、ここでは、まず、「包括的管理権能説」と「公所有権及び公物権を管理権の根拠として主張

する説」の二系統の説の対立点を明確にし、その上で、後者から如何なる示唆を受けうるのかについて検討する。

1. 諸説の整理

ここでは、検討の前段階として、いままで見てきた所説を整理し、その対立点を明確にする。

(1) 公物権に関する説

第三章で見てきたとおり、オットー・マイヤーの説は、公物の上に正当な法としての公所有権、及びその他の公物権の存在を認め、行政主体はこの権利に基づき公物を支配、管理する、という考えを基本としつつ、とりわけ公物との関係では公所有権の存在する場合が通常の状態である、とする考えであった。また、第四章で見た、美濃部博士の説は、マイヤー説と同様、正当な法としての公物権の存在を、実定法の規定の有無に関わらず、認めるものではあるが、公所有権というものを特別重視するわけではなく、それは公物の管理権の根拠となる公の物権の一つである、と考えるものであった。

両者における相違点は、公物との関係で「公所有権」を特別に重要視するか否か、にあることがわかる。マイヤーの説を、公物における行政主体の権利が「公所有権」であることを通常とすべきであるとするという点に着目して「公所有権説」と呼ぶのであれば、美濃部博士の説は「公物権説」と呼ぶべきものとなるわけである^{*95}。

しかし、この相違点は、本節の目的としての、前述の問題点について考える際にはそれほど重要ではない。ここで重要となるのは、両説の共通点、すなわち、行政主体の公物支配、管理に関する権利の根拠を、正当な法、あるべき法たる公の物権に求めることなのである。しかも、第三、四章で見てきたように、両説とも、公物上のある範囲に私権を認める可能性を完全に排除するものではなく、そのことは、この両説の共通点を採用したとしても、なんら左右されるものではないものと考えられる。

そこで、この共通する特徴に着目した考え方を、

以下、「公物権根拠説」と呼ぶことにする。

(2) 包括的管理権能説

包括的管理権能説において、本節の検討に関し重要な事柄は、第二章、第四章で見てきたとおり、この説が、公物における権利の種類を立法政策の問題と理解し、さらに公物管理権を、各公物法の定めるところによって与えられる包括的な権能であるとして所有権等の権原から切離して考えるところにある。

これは、二つの段階に分けて考えなければならぬであろう。すなわち、第一段階は、この説が、公物における権利の種類は立法政策の問題である、としていることである。そこでは、第四章で見てきた如く、公所有権説、私所有権説というものを理解し、その上で、これらの考え方を対立させることから生じる論争を無意味なものとして切り離すために、公物上の私法の適用の範囲を考える際には、どちらの考えも理論上成り立つ可能な法律的構造であるとしているのである。そして、第二段階、すなわち、第一段階の結果として公物管理権に関して所有権等の物権にその根拠を求める考え方を否定し、公物管理権は公物法によって与えられる包括的権利である、という結論に達するのである。

第一段階に関しては、公物に行政主体の所有権が存する場合において、その所有権が私法上の所有権である^{*96}、と主張しない限りにおいては、「公物権根拠説」と「包括的管理権能説」とは、相容れない主張ではないと考えられる。つまり、公物権根拠説の場合は、「(1)公物権に関する説」で確認したとおり、公物上において私所有権の成立を否定するわけではなく、私所有権の成立の範囲をどの程度認めるかといった問題は、直接的には公物権根拠説の本質に影響を与えるものではないものと思われる。そこで、両説が明確に対立するのは、第二段階においてであることがわかる^{*97}。

2. 考察

公物管理権、特に本稿の考察の念頭にある法定外公共用物の管理権の根拠を考えるに際し、包括

的管理権能説が、「公物管理権は各公物法によって与えられる包括的権能である」とすることに関しては問題があること、そして、この問題の根本は、この説が、公物管理権を所有権等の権原から切離して考えるところにあることは第二章で指摘した。また、前項諸説の整理により、まさにこの点が、「包括的管理権能説」と「公物権根拠説」との対立点であることも明かとなった。そこで、ここでは、以上の論述をふまえ、公物管理権の根拠について如何なる考え方が、有効、適切であり得るのかにつき、考えてみることにする。

そこで、前提となる法定外公共用物に関してであるが、公物管理法のない公物においても、公益の実現を目指した公的な管理が必要なことは明白である。例えば海の場合、そこには、総合的な管理、利用等に関する法律は存在しない。しかし、海は、本来だれでも自由に使用できるものであり、実際そこには、漁業、交通、レジャー等々、各種の異なる利用形態が存在する。これらの多様な利用形態は、ときには競合して海域の利用調整の問題を引き起こす^{*98}。また、海を自然環境として捉えた場合、例えば、海浜埋め立て問題のような、社会活動と自然環境との調和の問題も発生する。従って、ここに、海を常により良い状態に保ち、適切に利用に供していくという管理作用が必要となり、それに伴って管理権の根拠も必要となるのである。

包括的管理権能説では、この状況に充分対応できないであろうということ、そしてそれは、「公物管理権は、公物法によって与えられる包括的権利である」と考えることに起因する、ということは本稿において述べてきたところであるが、その依って立つべき現在の公物管理法は主として、ある範囲の、ある概念でくくられる物を対象にし、そのものの内部に視点を置いて考えられているものと言い得る。そして、それらは個別的に、いわば対症療法的に制定されているとも考えられるのである。ここに、包括的管理権能説の限界があるものと思われる。もちろん、ある物の性質に応じた個別的な管理法の制定自体は、批判の対象では

ない。むしろ、必要であるとも言い得る。問題は、「包括的管理権能説」が、そういった個別的な各公物管理法を分析し、それらの共通の性質から公物の観念に関する要素を抽出するという思考方法を基本として導き出されていることであり、そこではそのような公物法の存在が前提とされているということなのである^{*99}。

そこで、個別法の存在しない場合にも有効に対応するためには、公物管理権の根拠に関して一般的に妥当する法理論の存在が必要となる。そして、その一般的な法理論となりうると考えられるのが、本稿で検討してきた公物権を根拠とする考え方、つまり「公物権根拠説」なのである。この理論は、各実定公物法の分析によって得られたものではなく、第三章、第四章で見えてきたように、公物概念の歴史的発展の事実認識に基づき、権利の本質、物権の本質を分析し、そこから、公物において妥当するものとして論理的に導かれたものである^{*100}。この理論によって、公物管理権は、公所有権などの権原から発現するものとして、公物管理法の有無に関わらず基礎づけられることが可能となるのである。

もっとも、以上のような公物権を根拠とする考え方に対し、これは、あらゆる公物の上に私的権利の成立をいっさい認めない考え方である、という批判が加えられる可能性が無いとはいえない。実際、「公所有権説」として採り上げられる場合にはそのように理解される場合もあるようである^{*101}。しかし、公物上において存立可能な権利の性質を如何に考えるか、という問題と、公物管理権は如何なる根拠に基づくべきか、という問題とは別の次元の事柄であると考えられ、公物権を根拠に管理権を基礎づけた場合においても、その管理に支障のない限りにおいて、私権の成立を認めることは可能であるものと考えられる。第三章で見たように、「公物上の権利は公所有権であることが理想的である」とするマイヤーの所説においてさえ、公物上に私権の成立する場合があることは容認されているのである。そして、このように考えるのであれば、現存の公物管理法が公物上に私

所有権の成立等を認める立場をとることがあったとしても(例えば、道路法)、そのこと自体と公物管理権発現の源を公物権に求めることとは、矛盾を生じるものではないと思われる。また、私所有権の対象になり得ないもの(例えば、海や川の水など)に公所有権の成立を認めることに対しては、概念の誤用であるという批判が生じる可能性についても指摘されている^{*102}。しかし、ここでいう、公所有権という概念は、なにも私法上の所有権概念をそのまま公法上にひき移してきたものではなく、「第三者に対抗し得べき権利」という物権の本質に着目して公法上に構成されたものであると考えられ、その対象は必ずしも私所有権と同一である必要はないものと思われる^{*103}。

以上より、公物管理権を一般的に根拠づける考えとして、公物権根拠説が有効であるとする。そして、この考えに基づくことにより、法定外公共用物に関する、管理権の根拠を得ることが可能となるのである。

そこで、公物管理権に関しては、「公物権根拠説」を一般法的に捉えた、「包括的管理権能説」との融合型が妥当であると考えられるのではなかろうか。つまり、公物における権利の種類、私権の妥当する範囲など個別的な問題は、基本的に立法政策の問題と捉えるのであるが、公物管理権に関しては第一義的には、公物権等の権原から直接、発現するものと考え、そして、さらに必要とあれば、公物法においてその公物に適合した公物管理に関する定めをおく、と考えるのである。このように考えれば、実定公物法が存在する場合には、その法に従って管理権を考えればよいわけであり、実定法がない場合、すなわち法定外公共用物の管理権の場合は、公物権に遡って考えればよいこととなるのである^{*104}。

以上、公物管理権の根拠を第一義的に公物権に求めることの妥当性についてみてきたわけであるが、次に、この様な考え方と、公物に関する新しい状況との関係について見ておくことにする。

第二節 公物の新しい状況と公所有権の考え方

近年に至っては、公物というものに関し、様々な側面から問題点が指摘されてきている。ここで、それら全てについて論じるいとまはないが、本稿の問題関心に関係があると考えられる点につき、ここで見ておくことにする。

1. 新しい動向

① 法が予定していなかった公物及び利用法に関して

科学技術の発達、社会のニーズの変化等をその要因として、それまで公物法が予定していなかった物が、公共の用に供されることになるという事態が指摘されることがある。また、公物法が予定していた物であっても、その利用方法について予定外のものが見いだされることも考えられる。

そういったものの代表的な事象が、ニュー・フロンティアに関する事柄であろう。つまり、「水辺の利用についてはウォーター・フロントあるいはリバー・フロント、地下空間の利用についてはジオ・フロント、上空利用についてはスカイ・フロントないしスペース・フロント、傾斜地利用についてはスロープ・フロント等々の構想があり、新たな開発可能性と適切な環境の保全ということが工学的な研究開発と相まって、種々の論議を呼んでいる。」^{*105}、ということが指摘され、これらのニュー・フロントは、「いずれも、すぐれて公の領域の色彩浅からざることというまでもない。このような裾野を広く取り込んだ行政法学の構築が、強く望まれるところである。」^{*106}、とされるのである。

② 公共空間という考え方について

これは、「公物のマクシマムは公共空間である」^{*107}、という考え方に基づいて、指摘される事柄である。そこでは次のように述べられる。すなわち、「私たちは、広大な公共空間に囲まれて生きている。小さな環境から、これを集積したより大きな環境へと、そこには連続性が認められる。朝家を出ると僅かな私道があるかもしれないが、里道(的な道路)・街道・ハイウェイと、公道は続い

ている。]*¹⁰⁸、と。そして、「従来の行政法学の体系では、人々と公共空間との関わりについては、河川・道路等の典型的な公物の管理の仕組みを論ずるにとどまることが多いが、現代においては、広範な公共空間の在り方を総合的に考察することが必要となってきた。]*¹⁰⁹、とされるのである。

③ 自然環境について

これは、自然環境の保全などの観点から問題にされる事柄である。これに関しては次のような指摘がある。すなわち、「二一世紀を迎えようとする人類社会全体にとって、地球規模において環境資源を如何に保全し、適正に管理していくかということが、いまや最大かつ最重要の課題になりつつあることは誰の目にも明かである。】、「環境はもはや無限に乱用しうるものではなく、人類の叡智をかたむけて適正に管理しなければならないものである。】、「この狭い運命共同体の中で全ての人間が共生していくための『新しい法思想=環境利用秩序の法思想』の確立が要請されているのであって、その場合の鍵概念は、おそらく環境資源を『公共的なるもの (res publica) = 公物』と捉えること』である*¹¹⁰、と*¹¹¹。

④ 資源としての自然公物

これは、特に自然公物の性質に着目して、述べられる考え方である。すなわち、「これら自然公物は、複数の利用が可能な資源という属性を持っている。その意味では、自然公物の管理の課題とは、我々に残された資源をいかに合理的に（単に、今日の必要だけではなく、将来の国土のあり方をも考慮に入れた意味での）活用をするかということにあると考えられる。]*¹¹²、と。そして、「この資源は、外界から隔絶したところにある物ではない。それは国土の表面の一部をなしている。いいかえれば、周囲の国土と密接な相互依存関係にある。それは、一方において、地域の生活に大きな利益を恵んでくれる物ではあるが、他方、自然の力による災害をもたらす危険物でもある。]*¹¹³、「このように、利用であれ、災害の防止であれ、自然公物の管理は、地域の生活、そして、それに対する

全体の行政のあり方と密接な関係を有している。]*¹¹⁴、とするのである。

以上の問題提起においては、それぞれさまざまな考え方がその中に含まれており、また一つの問題を異なった角度から捉えているといったものもあると考えられる。ここで、それらに関し詳細に検討することはできないが、これらの各点は共通する一つの特色を有していると見ることができるように思われる。そこで、次に、その特色について指摘し、その特色と「公物権根拠説」との関係について触れておくことにする。

2. 各指摘の整理と公物権根拠説の可能性

(1) 各指摘に共通の特色について

従来、公物を考える場合に、その念頭に置かれるのは、河川、道路などといった具合に、ある物を一つの概念でくくった、いわば「閉じた物」であった。そして、その物に適合した管理の仕方、利用関係等が確立されてきたわけである。しかし、前述の新しい状況の指摘は、この考え方、すなわち「閉じた物」の考え方をはなれ、公物間の横のつながりを重視し、それらに総合的にアプローチしようとするものであるように考えられる*¹¹⁵。

前述の各指摘について整理すると、概ね次のようになるものと考えられる。

① 各種公物間の横のつながりに視点を置く考え方

すなわち、橋と川、道路と堤防等、従来の「閉じた公物」同士の関係から生じる問題に焦点をあてて総合的に考える、というものである。

② 物の性質のある一つの観点から考えるもの

例えば、「水」というものに着目して、その性質から、それに関係する公物につき管理、利用等の方法を考えていくというもの*¹¹⁶。この考え方により、その水のさまざまな特性を勘案したアプローチがとれることになる。そうすることによって、山や森、川、湖沼、海といった水系の連続性において、総合的な管理、利用の方法を考えられるのである。

また、少々視点を変えて、自然環境というもの

に関する特徴に焦点をあてるということもまた、同様の考え方であろうと思われる。

③ ①、②の融合

①と②のアプローチ法を相互に関連性のあるものとして、総合的に考察するもの。都市問題やニュー・フロンティア、生活環境、自然環境等の問題において、究極的にはまさにこの考え方が必要とされるものと思われる。例えば、道路と環境を例にとって考えると、道路の騒音問題は、道路という公物の使用と、人の生活環境という公共空間との間における利用調整、管理の問題であろうし、排気ガスの問題は、道路という公物の使用と自然環境保護、生活環境保護という複合的な利用調整、管理の問題である、と考えられるのではなからうか。そしてこれらの問題は、①、②のアプローチの総合的考察によってその解決の糸口が得られるのではなからうか。

以上のような考え方について、どこまで、公物法が対応できるのか、また対応すべきなのかを考えることは、まさにこれからの課題なのであるが、本稿では、これらの考え方に関し、「公物権根拠説」の可能性についてのみ述べることにする。

(2) 公物権根拠説の可能性について

公物権根拠説が、公物管理権の根拠を、その公物における行政主体の権原すなわち所有権等の物権に求め、それらを、正当な法、あるべき法としての公物権と称し、それをもって、実定公物法が不備な状況にも対応することが可能であることは、前節の検討のとおりである。ここで、この公物権に着目し、前述の「閉じた公物」について考えると、それは、一つ一つの管理権の根拠であると考えることができるのであるが、それと同時に、その枠を越え、もう少し広い範囲において、総合的な管理を行うといった場合の管理権の根拠としても考え得るのではなからうか。つまり、公物権根拠説は、「閉じた公物」という考え方を克服し、新しい状況に柔軟に対応しうる可能性をもつと考えられるのである。

第六章 おわりに—今後の展望

以上、公物管理権の根拠に関し、公物権概念の有効性を検討し、その可能性について考察してきた。しかし、これで問題がすべて解決したわけではなく、本稿における考察は第一章で述べた「公物法理論の再検討」を行うための第一歩として、そのアプローチの観点を示すものにすぎない。この観点を通して、現在の公物行政、さらには公物管理から総合的公共空間管理、といった複雑多様な行政活動の拠り所としての法理論を考えていくためには、まだまだ多くの課題が残されているものと思われる。

例えば、公物権を根拠とする説をとった場合、そこで想定されている「国家と国民の関係」は如何なるものとなるべきなのか、といった問題がある*17。これは「公共性」というものを如何に考えるかという問題にまで遡って考える必要があるようである。

また特に、「公物権」という概念を解釈論、立法論の場で用いることに関しては、その背景に行政法学、さらには法律学における根本的な問題、すなわち、こういった概念とこれを考えていく上で方法論、法思想との関係を如何に整序し、如何に理論や法制度に反映していくのか、という問題が常に意識されなければならないであろう。ここでは、「法理論に関する事象認識の方法と法の構成方法」、「そこから論理的に組み立てられていく法理論の内容とその変遷」、「現実の実定法制度」及び、これら諸要素に影響を与えると考えられる「社会状況とその変化」、「そこで生活している人々の法意識」、などの検討も必要となるものと思われる。そこで、このような問題意識を念頭に置き、「法理論、法思想と実定法解釈との関わり」に留意しつつ、「法制度と公物法理論」関係を調査、検討する、といったことが課題となってくる。ここでは、「諸外国における公物法と理論の現状」を調べた上でそれらと「日本における公物法と理論」とを比較検討するといった作業も必要になるであろう。

また公物法をめぐる新しい動きを見てもわかるように、問題は複雑化、グローバル化の様相を呈している。例えば海というものの一つをとってみても、そこでの社会活動は複雑多岐にわたっており、多様な価値観の交錯の場となっている。また、海は、その性質上、外国と接しており、ここでの社会活動を考えるに際しては、外国の社会活動の影響をも考慮に入れなければならない。それは、日本の国内法と国際法に関する問題でもある。さらに、海を自然環境として捉えるならば、例えばそこにおける汚染等の問題は直ちに国際問題ともなり得るばかりでなく、国際問題というレベルをさらに超えた、グローバルな問題つまり地球規模の問題へと発展していく可能性をもっているのである。こういった問題に対処していくためには、「総合的な公物管理の法理、手法の発見」と同時に、「国内法と国際法の関係」、「国内問題と国際問題、世界的問題の関係」等の整理がまず重要な課題となってくるものと思われる。

今後は、以上のような課題に研究を進め、総合的な公物管理、公共空間管理のあり方について考察していきたいと考える。

注

- * 1 なお、海の新しい利用形態とその問題点に関しては、村上武則「新しい形態の海面利用における行政法学上の諸問題」(平成元年)広島法学第12巻第4号297頁以下、及び、村上武則編「応用行政法」(平成7年)41頁以下、参照。
- * 2 来生新「海管理」(現代行政法体系9 公務員・公物)(昭和59年)342頁以下、参照。
- * 3 日本においては、公物とは、「国又は地方公共団体等の行政主体により、直接、公の目的に供用される個々の有体物をいう。」とされるのが一般的である。参照、田中二郎「新版 行政法 中巻」(昭和51年)305頁、なお同趣旨のものとして、原龍之助「公物营造物法(新版)」(昭和57年)61頁、田村悦一「公物法総説」(現代行政法体系9:公務員・公物)(昭和59年)239~240頁
- * 4 この認識の相異がこれらの議論を見ていく上

で重要であることはいうまでもない。しかし、ここではそれを事細かに検討することが目的ではなく、あくまでも、現状を知るための、現在の議論の枠組みを知るための、前段階の議論の枠組みの概観が目的であるため、詳細な検討は行わない。

ただし、公所有権に関する説につき、オットー・マイヤー、美濃部達吉両博士の所説については、第三章、第四章において、その主張を明らかにすることを試みている。それは、本稿の主要な課題の一つでもある。

- * 5 松島諄吉「公物管理権」(現代行政法体系9 公務員・公物)(昭和59年)292~293頁、原龍之助 前掲書、126~127頁、など参照。
- * 6 美濃部達吉「日本行政法 下」(昭和15年)782~786頁

ここで、美濃部博士は、確かに公所有権の存在を主張し、公有公物については、公所有権が管理権の根拠となる旨述べておられるが、その所説を全体的に、「公所有権説」と呼ぶことについては、少々疑問がある。その詳細については、本稿第四章において述べることとする。

- * 7 前註5参照。
- * 8 佐々木博士の公物の所有権に関する論述については、佐々木惣一「公物を論ず」(明治42年)国家学会雑誌23巻9号1274頁以下、同著「日本行政法論総論」(改版、大正13年)231頁以下、参照。

なお、前掲「日本行政法論 総論」では、次のように述べられている。すなわち、「公物は民法所定の所有権の物体たることを得る。」、「唯公物に於ける所有権は其の物が特有の行政の目的に供せられたるの結果として法上或制限を受くるのみ」、であり、「一般に所有権を有し得る者は皆公物の所有権を有することを得。公物の所有権は或いは公物を設定する行政の主体に属し或いは行政の客体に属す。蓋し公物は物が行政の目的に供せらるる方法を見て云うの觀念にしてその所有権の何人に属するかの問題となんら関係なきなり。」、と(231~232頁)。そしてさらに、「行政の主体は法の認むる範囲に於いて公物に関し命令し、禁止し、許容することあり。」、とし、これらの行為は「一見公物の所有権の

作用たるかの如き観あれども決して然らず。行政の主体の行政権の作用たり。この如き作用は行政の主体が所有者として公物を支配すること其のことに含まれることなく、別に公物たるの目的を達するが為に行政権を行うものなり。之を公物行政権と云う。公物の所有権と公物行政権とを混同せざるを要す。」「公物の所有権は公物の目的を達するが為め必要なる限度に於いて、私法の適用の外に置かる。

(中略) 之を公物に対する私法排除と云う。然れども、是れ公物が性質上民法の適用を受けざるべきものなるの故に非ず、公物たるの目的を達するが為めに必要なる限度に於いて法上特別の制限を得くるの故なり。」(233～234頁)、とするのである。(本論文の原文は片仮名であるが、引用に際しては、筆者にて平仮名にし、濁点を付した。)

- * 9 公物の目的拘束に関しては、佐々木惣一 前掲「公物を論ず」1302頁、において、「公物に対する民事法適用を制限する公法上の原則については或は特別の規定存することあるべく或は特別の規定存せざることあるべし前の場合には固より其の規定に依る後の場合には其の原則は公物の性質上生ずるものなり我国に於いては一般に特別の規定を設けざる故に其の原則は性質上生ずるものの外存せず。」、としている。(本論文の原文は片仮名であるが、引用に際しては、筆者にて平仮名にし、濁点を付した。)

なお、その内容については、同論文、1302頁以下、参照。

- * 10 なお、包括的管理権能説主張の前提として述べられる両説の内容は、概ね次のとおりである。

すなわち、公所有権説とは、「公物について私法の適用を全く排除し、したがって、それが私所有権の対象となることを否定し、もっぱら、公法の適用を受ける公所有権の対象として理解しようとする」説であり、私所有権説とは、「公物について、その公の目的を達成するための法的制約を認めながら、その目的を妨げない限りにおいて、私法の適用を認め、私権の対象となり得べきものとする」説であるとする。

(田中二郎 「公物の法律的構造」(昭和15年) (「公法

と私法」(昭和30年) 所収) 154頁、同「公物とその所有権」(昭和24年) (「公法と私法」(昭和30年) 所収) 176頁、なお同趣旨のものとして、原龍之助 前掲書、126頁)

- * 11 なお、この点に関し、磯村篤範「ドイツの公物法理論について」(平成元年) (公法研究第51号)、225頁、参照。

そこでは、そもそも公物の管理関係に関わる法を考える際に、「私所有権理論と公所有権理論という対立のさせ方、もしくは、私所有権理論という呼び方は、あまり適切なものではない」とし、「公物管理作用を公法上の物権という観念を用いて説明するのか否かということに着目して、法理論の検討を行うべきであろう。」と述べられている。

- * 12 田中二郎 前掲「新版 行政法 中巻」 305頁
* 13 詳細については、第四章において言及する。
* 14 田中二郎 前掲書 316～317頁
* 15 田中二郎 前掲書 318頁、註(1)
* 16 田中二郎 前掲書 317頁

なお参照、原龍之助 前掲書、218～219頁、ここで、原教授は、自らの説の田中説への変更について述べている。

- * 17 なお、包括的管理権能説の論者において、公所有権説、私所有権説などの議論がどのように捉えられているかについては、第四章第二節参照。

- * 18 ここでは、「実定法又は慣行」と理解されている。(田中二郎 前掲書 317頁)

- * 19 塩野宏「自然公物の管理の課題と方向」(昭和54年) (「行政組織法の諸問題」(平成3年) 所収) 318頁

なお参照、塩野宏「行政法III」(平成7年) 267頁、ここでも、田中教授の包括的管理権能説の問題点を指摘して、「問題はかかる公物管理法が存在しない場合があることであって、それを単に慣行というだけでは、公物管理の根本にかかるものであるだけに、法的説明としては説得性を欠くものといわなければならない。」とされる。

- * 20 なお、本稿では、Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Aufl. Bd. II, (1917)を主要なテキストとして用いた。これは、その他の版と比較

し、公所有権に関しての論述が最も詳細であり、かつ、その論旨につき、基本的な主張に変化が見られないことによる。

*21 Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Aufl. Bd. II S. 71

*22 Mayer, a.a.O., S. 73

*23 Mayer, a.a.O., S. 73

ここでマイヤーは、「いつも、命令それ自体だけを以て公権力としたがる者は、我々の近代行政法の理解については、はじめから描き損ねている。」として、公権力を命令にのみ限定しようとする考え方を批判している。

*24 Mayer, a.a.O., S. 73

*25 Vgl. Otto Mayer, Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums, Arch. öff. R. Bd. 21, (1907), S. 501

なお、そこでは、国家の命令は、人に対してだけできるものであり、物に対してはできない、したがって公所有権は不可能である、という批判に対し、「民法の関係も人(それと同様の法人)の間だけに存在するのである。物権と称するところのものは、ただ、物の支配に伴う人間の関係を規律するのである。」と述べられている。

*26 Mayer, a.a.O., Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 73 f.

*27 Mayer, a.a.O., S. 74

*28 Mayer, a.a.O., S. 78

*29 Mayer, a.a.O., S. 79

*30 Mayer, a.a.O., S. 79 f.

*31 Mayer, a.a.O., S. 80 f.

*32 Mayer, a.a.O., S. 82

*33 なおフランスにおける公物法については、広岡隆「公物法理論の省察」(法と政治第39巻第4号)90頁以下、および、小幡純子「フランスにおける公物法」(公法研究51号)238頁以下、参照。

*34 マイヤーはローマ法及びフランス法をドイツ行政法の「師」と考えていた。

Vgl. Mayer, a.a.O., Arch. öff. R. Bd. 21, S. 499 f.

*35 Vgl. Mayer, a.a.O., Arch. öff. R. Bd. 21,

S. 502

なお、ここではdomaine publicにつき、フランス法の有名な学説としたのち、つぎのように述べる。すなわち、「そこで (domaine publicの概念で:筆者)は、所有物、すなわち、通り、要塞などは、『私人の所有になり得ない (ne sont pas susceptibles d'une propriété privée)』ものである。」と。

*36 Mayer, a.a.O., Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 83 f.

なお、マイヤーに対するフランス法の影響については、塩野宏「オットー・マイヤー行政法学の構造」(昭和37年)69頁以下、また、特に公所有権説との関係では、土居正典「公物法理論成立史(2)」(平成2年)(秋田法学第15号)24頁以下、参照。

また、公物の概念に関して、フランス法とドイツ法を比較研究したものとして、田上穰治「行政事件に関する仏法と独法の対立—殊に公物の概念について」(昭和12年)(国家学会雑誌第51巻第1号)がある。なお、この論文において、「私有公物を認めないフランス法」と「私有公物を認めるドイツ法」に関し、詳しく検討されている。(同論文,75頁以下参照)

*37 Mayer, a.a.O., S. 87

*38 Mayer, a.a.O., S. 75 f.

なお、ここで述べられている「正当な法」と、マイヤーの法思想及び法学に関する方法論との関係については、塩野宏 前掲書,53頁以下、参照。

*39 Mayer, a.a.O., S. 92

*40 Mayer, a.a.O., S. 92 ff.

*41 Mayer, a.a.O., S. 95 f.

*42 Mayer, a.a.O., S. 96

*43 Mayer, a.a.O., S. 96

*44 Mayer, a.a.O., S. 97 f.

*45 美濃部達吉「公有物の性質に関する学説」(明治40年)国家学会雑誌第21巻第7号

なお、本論文の原文は片仮名であるが、引用に際しては、筆者にて平仮名にし、濁点を付した。

*46 美濃部博士は、öffentliche Sachenにつき公有物と称している場合がある。これは、いわゆる公物というものの範囲、種類を如何に捉えるかに関わる

問題から生ずる名称の付け方の違いによるものと思われる。本稿では、引用においてはそのまま引用することとするが、本文では、混乱を避けるため、明らかに「公有物」(すなわち、公の所有にある物件)を指す場合以外は、博士の用語法とは関係なく、「公物」という名称を用いることとする。

なお、この件に関し、広岡隆「公物法理論の省察」(昭和63年)法と政治第39巻第4号70頁以下、参照。

*47 美濃部達吉 前掲論文 837頁

*48 美濃部達吉 前掲論文 875～883頁

ここでは、所有権の性質に関する問題が、激しく争われた実例として、バーゼル市城壁問題を取り上げ、諸説を四つに分類して紹介している。すなわち、

① Keller, Jhering等の主張する説

国家が公物に対して有する権利は、私法上の権利ではなく純然たる高権である。私法上の意義における所有権は全く存在せず、国家はただその上に警察的権力を行うにすぎないとするもの。

② Rüttimann, Jellinek等の主張する説

公物の上における所有権もまた普通の私法上の所有権にほかならず、ただその公の目的に供されるがために、その支配権に対して公法上の制限があるに過ぎないとするもの。

③ Seydel, Rehm等の主張する説

公物に対する所有権が普通の私法上の所有権にほかならないことに關しては、第二説と同じであるが、公物上の利用の制限につき、第二説は純然たる公法的作用とするのに対し、本説は国権の作用とともに所有権の作用が同時に見られるとする。

④ Otto Mayer等によって主張される説

国家又は公共団体が公物の上に有する所有権は、私法上のものとは性質をことにするものであって純然たる公法上の権利であるとする。

*49 美濃部達吉「公法上の所有権の思想について」(明治41年)法学志林第10巻第9,11号(本論文の原文は片仮名であるが、引用に際しては、筆者にて平仮名にし、濁点を付した。)

なお、ここでは、議論の対象が、「公有物の所有権の性質」であることに注意を要する。すなわち、前提とされている「物」には、「私人の所有権の存在」は想定されておらず(「公有物」について見ているのであるから当然なのであるが)、従って、ここでは、「公物からの私権の排除」の話とは直接関係がなく、ここでの関心は、「公所有権」という考えそのものが成り立つのかどうかということなのである。

*50 美濃部達吉 前掲論文 2頁

*51 美濃部達吉 前掲論文 2頁

なお、この定義は、公物の性質及び範囲についても学説は一樣ではないことを指摘した上で、一般に公物として異論のないものとして、挙げられたものである。例として、航通に供される河川、公の道路、公園地、橋梁等が挙げられている。

また、公法上の所有権が成り立つとされる物につき、美濃部博士の見解とオットー・マイヤーの見解との間に相違点があることも指摘されている。しかし、この論文の目的から、これらの問題について立ち入ることは回避し、この論文では、あくまで、異論のない、一般公衆の使用に供される物のみについて論ずるという立場が明らかにされている。(美濃部達吉 前掲論文 4頁)

*52 公所有権説としては主に、オットー・マイヤーの論述が引用されている(美濃部達吉 前掲論文 6頁以下)。

*53 美濃部達吉 前掲論文 5頁

*54 美濃部達吉 前掲論文 8頁

*55 美濃部達吉 前掲論文 8～10頁

*56 美濃部達吉 前掲論文 10頁

*57 美濃部達吉 前掲論文 10頁

*58 美濃部達吉 前掲論文 11頁

*59 美濃部達吉 前掲論文 13～14頁

*60 美濃部達吉「公法上の物権及び公法上の債権」(明治42年)法学協会雑誌 第27巻6, 8, 9, 12号(本論文の原文は片仮名であるが、引用に際しては、筆者にて平仮名にし、濁点を付した。)

*61 なお、ここでの論述は、美濃部博士の、昭和16年の論文「公法上の物権」においても、基本的に維持されている。

- * 62 美濃部達吉 前掲論文 第27巻6号, 845頁
- * 63 美濃部達吉 前掲論文 849頁
- * 64 美濃部達吉 前掲論文 854頁
- * 65 美濃部達吉 前掲論文 854頁
- * 66 美濃部達吉 前掲論文 第27巻第8号, 1225頁
- * 67 美濃部達吉 前掲論文 1224~1225頁
- * 68 美濃部達吉 前掲論文 855~882頁
- * 69 美濃部達吉「公法上の物権」法学協会雑誌, 第59巻第5号, 689頁
- * 70 美濃部達吉 前掲「公法上の物権及び公法上の債権」 1242頁
- * 71 ここで考えられている、「道路」は、国家の所有権のある道路、つまり自有公物を前提としているのであって、「私人所有のままの道路」は前提とされていないことがうかがえる。(参照, 美濃部達吉 前掲論文 1246頁)
 なお、公所有権に属するものについては、別途考察されている。(参照, 美濃部達吉 前掲論文 第27巻第9号, 1442以下)
- * 72 美濃部達吉 前掲論文 1243頁
- * 73 美濃部達吉 前掲論文 1244~1246頁
- * 74 美濃部達吉 前掲論文 1246頁
- * 75 美濃部達吉 前掲論文 1237頁
- * 76 美濃部達吉「公法上の物権」(昭和16年)法学協会雑誌, 第59巻第5号, 687頁
 なお、参照, 前掲, 註66, 1237頁以下
- * 77 このことは、前掲註60の論文の論述の構成、及び、その著書「日本行政法 上, 下巻」の構成からうかがえる。博士は、まず「公の物権」について述べ、その後、公物とそれに関わる公の物権との関係などの考察へと進んでいくのである。なお具体的には、次項で述べる。
- * 78 美濃部達吉「日本行政法 上巻」(昭和11年) 122~123頁
- * 79 博士の昭和一六年の論文「公法上の物権」の中でも、公所有権は、公法上の物権の一つの種類として述べられている。(同論文694頁)
- * 80 美濃部達吉「日本行政法 下巻」(昭和15年)776頁
- * 81 美濃部達吉 前掲書 782頁
- * 82 なお、ここで、所有権の公法的性質の顕著な例として、特に海・河川・湖沼などの公水を挙げ、「名称は等しく所有権というとしても、私有財産に存する私人の所有権とは其の性質を異にすることは明瞭で、私人の所有権が其の権利者自身の私の目的の為に物を使用し収益し処分する権利であるに対し、公水における国家の所有権は国家が公共の目的の為に公水を支配する権利であり、其の支配の方法は専ら公法的である。其の所有権の効果として現るものは、〈中略〉何れも国家的公権の作用として専ら公法の区域に属し、民法の規定の適用を受くるものではない。言い換えれば、公水における国家の所有権は私権ではなく公権であり、公法上の所有権たる性質を有する」としている。(美濃部達吉 前掲書, 784頁)
- * 83 美濃部達吉 前掲書 786頁
- * 84 美濃部達吉 前掲書 786頁
- * 85 田中二郎「新版 行政法 中巻」(昭和51年)318頁, 註(1)
- * 86 田中二郎「公物の法律的構造」(昭和15年) («公法と私法」(昭和30年)所収) 151頁, 同 前掲「新版 行政法 中巻」301頁
- * 87 田中二郎 前掲「公物の法律的構造」151~152頁
- * 88 田中二郎 前掲書 152頁
- * 89 前註10参照
- * 90 田中二郎 前掲「公物の法律的構造」, 155頁
- * 91 田中二郎 前掲「公物とその所有権」, 178頁
- * 92 田中二郎 前掲書 178頁
- * 93 田中二郎 前掲書 178~179頁
- * 94 なお参照, 田中二郎「土地法」(昭和35年) 54頁, 註(1)
- * 95 このことは、第三章、第四章における各説の整理の項で既に述べた。
- * 96 これは、「私所有権説」の主張であるが、この主張をとると、「公物上の権利の性質をいかに考えるのか、つまり私権の妥当範囲をいかに考えるのか」という問題と、「公物管理権の根拠を何に求めるのか」という問題が、密接にリンクすることとなり、

その結果は「管理権と所有権の分離」へと帰着する。しかし、これまでの検討から、「公物権根拠説」及び、「包括的管理権能説」は、この二つの問題を分離して考えているといえる。

- * 97 なお、この対立のさせ方に関して、磯村篤範「ドイツの公物法理論について」(平成元年)公法研究第51号, 225頁, 参照。
- * 98 なお、海域利用調整の問題に関しては、廣瀬肇「海域利用調整と法」(平成7年), 1頁以下参照。
- * 99 なお、包括的管理権能説においては、公物管理法に慣行を含めて考えている。しかし、慣行だけでは、総合的な海の管理などといったものの管理権の根拠の説明は困難であると言わざるを得ないであろう。参照、塩野宏「自然公物の管理の課題と方向」(昭和54年)〔「行政組織法の諸問題」(平成3年)所収〕318頁。
- * 100 こういったアプローチ方法の差異の背景には、実定公物管理法の整備の状況といったものが少なからず影響を与えているものと考えられる、という指摘がある。広岡隆「公物法理論の省察」(昭和63年)法と政治第39巻第4号98~99頁, 参照。
- * 101 第四章, 第二節, 「1. 田中二郎教授の公所有権説等に関する認識」, 参照。
- * 102 塩野宏 前掲「自然公物の管理の課題と方向」318頁
- * 103 このような批判に対し、塩野教授は、前掲「自然公物の管理の課題と方向」318頁以下において、「物に対する支配権能という点に、所有権の要素を求める限り、民法適用対象物以外にも、所有権の概念を用いることは、決して、概念の誤用とはいえないであろう」と述べている。
- * 104 自然公物の管理権の根拠を行政主体の所有権その他の権原に求めるのが妥当であるとするものとして、塩野宏 前掲「自然公物の管理の課題と方向」, 319頁, 参照。
なお、塩野教授は、同著「行政法Ⅲ」(平成7年), 266頁以下において、公物管理一般に関してもこの考え方が妥当する旨述べられている。
- * 105 三本木健二「公共空間論」(平成4年)2頁
- * 106 三本木健二「公物法概念の周位的諸問題」(平成

元年)公法研究第51号, 276頁

- * 107 本木健二 前掲論文 278頁
- * 108 三本木健二 前掲論文 277頁
- * 109 三本木健二 前掲「公共空間論」 1頁
- * 110 磯辺力「公物管理から環境管理へ」(平成5年)(成田頼明先生横浜国立大学退官記念「国際化時代の行政と法」)27~30頁
- * 111 なお参照, 原田直彦「公物管理行為と司法審査」(昭和49年)(杉村章三郎先生古稀記念「公法学研究」下)551頁
そこでは、「天然自然は、現代においては、美観・景勝として人々の生活に多大のうるおいを与えるばかりでなく、国土全域にわたる生態系の維持に有用な機能を持ち、現代の高密度な産業社会に生きる人類の生存の基礎を支える重要な役割を果たすものと意識されることになった。この要素は、列島改造政策に伴って工業開発が急速に進行し、ただでさえ狭小な我が国土の各地で大規模な自然破壊がもたらされている現状に照らして考えるとき、われわれはますますその重要性を認識しなければならない。」「そこで、これらの自然の管理・保存がいかなる法理・法制の下に実施されてきたを検討することが重要なテーマとなる」、と述べられている。
- * 112 塩野宏 前掲「自然公物の管理の課題と方向」, 320頁
なお、「資源としての自然公物」の考え方を支持するものとして次のものが挙げられる。①土居正典「公物管理と公物利用の諸問題の検討」(平成2年)(雄川一郎先生献呈論集「行政法の諸問題」上)534頁, ここでは、「資源論の基本的視座も前記公共信託論とほぼ符合するものである。」、としつつ、塩野教授の考え方を検討し、「自然公物が資源であるという認識に立って、その管理を動態的考察方法により眺めてゆく資源論は、自然公物という限定はあるものの、きわめて示唆的な見解と評せる。また、伝統的公物法理論の問題解決の端緒ともなると思う。」、としている。
② 荏原明則「公物の成立と消滅」(昭和59年)(現代行政法体系9 公務員・公物)272~273頁
- * 113 塩野宏 前掲書 323頁

*114 塩野宏 前掲書 325頁

*115 塩野宏 前掲「行政法Ⅲ」291頁，において次のような指摘がある。すなわち，「公物法一般理論に最も欠けていた点は，その視点が公物の内側にあったという点にあるように思われる。つまり，公物という物の存在が周囲の環境から隔絶して捉えられていたのである。」と。

また，大橋洋一「公物法の日独比較研究・序論(四・完)」(平成7年)自治研究第71巻2号，44頁以下，においても，「公物法は現在ではもはや個々の公物だけを捉えるのでは足りず，その利用がその環境とどのように調整されるのかといった総合調整の文脈の中で把握される必要がある。」とされている。

*116 なお，この観点の必要性については，金沢良雄「水法の諸課題」(昭和52年)(田中二郎先生古稀記念「公法の理論」下I)1893頁以下，参照。

*117 これに関しては，「わが国法上は，国の所有権の対象という形を取ってはいるが，理念的には，国民共有の資産として考えられるべきであろう」とする意見も存在する。(塩野宏「自然公物の管理の課題と方向」(昭和54年)(「行政組織法の諸問題」(平成3年)所収)320頁)