

公物法理論の内容と機能

土田伸也*

- I はじめに
- II 戦前の公物法理論
- III 戦後の公物法理論
- IV 戦前と戦後の公物法理論の差異
- V おわりに

I はじめに

我が国の行政法学において公物法という法領域が自覚されて論じられるようになったのは、明治期のことである。それ以来、公物法という法領域は、我が国の行政法学の中に根差し、存在し続けてきた¹⁾。ところが、近年、我が国における法領域としての公物法の取扱いは変化してきている。その変化は、一方において、公共施設法として再構成する方向となってあらわれることもあるが²⁾、他方において、明示であれ、黙示であれ、行政法学における一法領域としての公物法を拒否する方向となってあらわれることもある³⁾。こういった近年の状況を踏まえると、公物法の存在意義を改めて問い直すことに

* 中央大学法科大学院教授

も一定の意義が認められよう。

本稿では、このような問題意識をもちつつ、公物法の存在意義に関する問題解決の糸口を見出すため、公物であるが故に認められる具体的な法的帰結と公物法理論が果たす機能について、我が国の従来 of 代表的な学説を素材にして整理することにする。このような作業を行うことにしたのは、仮に公物法という法領域に存在意義が認められるとすれば、公物であるが故に認められる何らかの具体的な法的帰結があるはずであると考えたことによる。また、その具体的な法的帰結が特に制定法を中心とする実定法との関係でどのように導き出されたのかという点に着目することで、公物概念や公物法理論の機能を明らかにすることができ、そのことが公物法の存在意義を検討するうえで一定の意味を有することになるとも考えた。

以下、論述を始めるにあたり、本稿の方針等について簡単に確認しておく。

第一に、本稿で検討の対象とするのは、これまで我が国において公物法理論を形成あるいは展開してきた全ての学説ではなく、いくつかの代表的な学説に限る⁴⁾。具体的には、織田萬、美濃部達吉、佐々木惣一、田中二郎、原龍之助の所説を検討の対象とする。ここで取り上げる論者の所説は、当該論者が主に戦前に活躍したか、戦後に活躍したかによって区別することが可能である。すなわち前者に属するのは、織田、美濃部、佐々木の所説であり、後者に属するのは田中、原の所説である。このような区別は、本稿の最後に指摘するように、学説の内容上の差異ともなって現われるから、前者を戦前の公物法理論、後者を戦後の公物法理論として取扱うことにする。

第二に、本稿では、道路や河川など個別の公物が一つのまとまりをもって論じられている学説をもって、公物法理論を展開した学説とみなすことにする。そこでの対象物の総称として「公物」の語が用いられていることを必ずしも前提としない。従って、「公産」などの語が用いられていても、それが道路や河川などを包括する一般的な概念である以上、ここではそれらを包括的公物概念として扱い、それを基礎にして展開されている一般理論を公物法理論として扱う。

第三に、本稿の問題意識からすると、各論者によって指摘されている具体的な法的帰結が何かという点が重要なのであるから、まずもって各論者の公物法理論が示す具体的法的帰結に着目することとし（予め断っておけば、それは、主に私法規律の排除あるいは制限の局面で現われる）、その帰結それ自体の当否については、ここで検討しない。

II 戦前の公物法理論

1. 織田萬の所説

織田は、我が国で初めて行政法を全体として考察の対象とし、体系的に論述したと言われる『日本行政法論』を明治28年に公刊している⁵⁾。しかし、彼は、同書において、個別の公物に関する法について記述はしているものの、公物に関する法を一つのまとまりをもって論じることはしていない。

織田が本格的に公物に関する法を一つのまとまりをもって論じたのは、明治42年公表の「公産論」と題する論文においてである⁶⁾。彼は、その中で「公産」⁷⁾の具体的法的帰結に関して、次のように述べている。「公産ノ目的ハ一ニ公用ニ充當スルニ在リ而シテ公用ノ充當ト融通性トハ相對立スヘカラサルカ故ニ公産カ不融通物タルコトハ事理ノ当然ナリ既ニ不融通物タリトセハ其民法ノ適用ヲ受ケサルコトモ亦固ヨリ論ナキノミ」⁸⁾ (傍点筆者)。「故ニ或ル土地物件カ公産トシテ存立スル以上ハ民法上ノ法律行為ニ依リ之ヲ讓渡スコトヲ得ス又其上ニ何等ノ權利ヲモ設定スルコトヲ得ス從テ時効ニ罹ルコトナク又差押ノ目的ト為ルコトナシ」⁹⁾。さらに、彼は、このような公産の法的帰結と制定法との関係につき、次のように述べている。曰く、「顧ミテ思フニ我邦ニ於テハ公産ノ觀念ニ関シテ何等ノ沿革アルニ非ス又一時唯民法ニ規定アリタルヲ除クノ外国法上何等ノ規定ナシ然レトモ之ヲ行政ノ實際ニ觀ルニ国家又ハ公共団体ノ資産中ニハ公用ニ供スル財産ト然ラサルモノトアリテ法律上ノ關係ニモ亦從テ自ラ差異アルヘキコトハ法規ノ沿革若クハ明文ノ存否ニ拘ラスシテ近世国家ニ通行スヘキノ法理論タリ」¹⁰⁾ (傍点筆者)。他方で織田は、「公産」の上記の特殊な法的帰結がその本来の性質から生じるものではなく、公の用に供せられることから生じるものであるということを明示している。すなわち、「公産ハ本来ノ性質上不融通物ナラサルヘカラスト説ク者アリ然レトモ余輩ハ比説ヲ採ラス凡ソ本来ノ不融通物ハ独り空氣光線等ノ共同物アルノミ公産ハ然ラス假令之ヲ公共ノ使用ニ供スルモ以テ共同物トスルニハ非ス其公共ノ使用ニ供スルハ即チ公産ノ目的ニシテ其目的ノ存続スル限ハ不融通物タラサルコトヲ得スト雖モ其目的ヲ廢止スルトキハ融通物タルコトヲ妨ケス故ニ本来ノ性質上不融通物タルニハ非ス」¹¹⁾。

織田は、その後、数回に渡って行政法の教科書を公刊している。その決定版とも言われるのが昭和9年に公にされた『日本行政法原理』であって、そこでは「公物」と題す

る節が設けられ、公物に関する法が一つのまとまりをもった法領域として扱われている¹²⁾。もっとも、同書の中では、上述した点に関する織田の考え方に大きな変化はなく、ただ、公物の不譲渡性について、公用徴収の目的にはならないということが付加的に説明されているにすぎない¹³⁾。なお、織田は公物の「公の目的と云へば其の範囲は頗る広く、万人の使用は畢竟其の態様の一つたるに過ぎぬ」¹⁴⁾と述べ、「公共の使用は個人の利益のために何等の権利を設定するわけのものではない。如何なる種類の公物に拘わらず、各人は唯許容せられたる限界内に於て又他人の使用を妨げざることを条件としてこれを使用するの自由を与へられてあるに過ぎぬ。」¹⁵⁾として、いわゆる公物の一般使用が法的に保護されるべきものでないことを説いている。

2. 美濃部達吉の所説

美濃部は、明治41年に公にされた「公法上ノ所有権ノ思想ニ付テ」と題する論文において、日本法においてもO・マイヤー流の公所有権が妥当すべきことを説く¹⁶⁾。彼によれば、「公有物」¹⁷⁾の上には公法上の所有権が成立し、その所有権は所有権の消極的効果および積極的効果の両面において私法上の所有権とは異なる。すなわち、美濃部は、前者に関して「公有物ニ在リテハ国家ハ公ノ権力ヲ以テ人民カ国家ノ意思ニ反シテ之ヲ使用スルコトヲ禁止ス比ノ禁止ハ公ノ権力ノ発動トシテ見ハレ公ノ権力ヲ以テ強制セラル」¹⁸⁾(傍点美濃部)と指摘し、後者に関して「公有物ニ在リテハ国家ハ公ノ権力ニ依リテ之ヲ管理シ之ヲ公衆ノ使用ニ供シ他人ノ利益ノ為ニ其ノ上ニ使用权ヲ設定スルモノニシテ其ノ関係ハ専ラ公法上ノ関係タリ」¹⁹⁾(傍点美濃部)と指摘する。ただし、彼は、同時に「公有物ノ範囲、公法的所有権ノ効果等詳細ノ問題ニ付テハ尚之ヲ他日ノ研究ニ譲ル」²⁰⁾としている。この点に着目すれば、そこで展開された美濃部の公所有権論あるいは公物法理論は、未完であったとすることができる。さらにまた、彼は、上記のような法的帰結がいかなる根拠から導出されるのか、同論文の中では必ずしも明らかにしておらず、この点においても当時の美濃部公物法論が未だ不完全なものであったとすることができる。

ただし、美濃部は、上記論文の公表直後にあたる明治42年に「公法上ノ物権及ヒ公法上ノ債権」と題する論文を公表し、同論文において、公所有権が法律の規定とは無関係に観念しうることを説いている²¹⁾。曰く、公法上の物権が正当か否かという「問題ニ付テハ法律ノ正文ハ敢ヘテ重キヲ置クニ足ラナイコトデアリマス」(傍点筆者)²²⁾。「其性質カラ研究シテ或ル性質ヲ有シテ居ル権利ヲ物権ト云フノデアツテ、若シ民法ニ列記

シテ居ル権利ノ外ニ、之ト同ジ性質ノ権利ガアルナラバ、之ヲモ称シテ物權トイフノハ固ヨリ当然ノ事デアル。吾々ガ公法上ノ物權ト称スルモノモ亦固ヨリ法律ノ明文ヲ以テ認メラレテ居ルノデハナイガ、学問上ニ謂フ所ノ物權ト同ジ性質ノ権利ガ公法上ノ権利ノ中ニモ存在シテ居ルカラ、之ヲ学問上ニ公法上ノ物權ト称シヤウト云フニ過ギナイノデアリマス」²³⁾。ここでの言説を前提にすると、既に指摘した美濃部の言う公所有権の法的帰結は、少なくとも法律を根拠にして生じるものではないと指摘できよう。この点に着目すれば、公所有権の前提とされている「公有物」の概念は、道具概念としての意味が与えられていると指摘することも許されよう。

美濃部は、その後、大正5年に公刊された『日本行政法（第四卷）』の中で「公物法」の章を設け²⁴⁾、「公物の法律上の地位」について、一般論として次のように述べる。すなわち、彼は、「公物ノ所有権カ如何ナル限度ニ於テ民法ノ適用ヲ排除シ公法ニ依リテ支配セラルルカハ正確ナル成文法規及判決例ノ徴スヘキモノナシ。我カ民法ハ公法ニ属スヘキ規定ハ勉メテ之オ定ムルコトヲ避ケタルヲ以テ、此ノ点ニ於テ何等ノ規定ヲ設ケス、其ノ他ノ特別ノ法規ニ於テモ其ノ規定甚タ備ハラサルヲ以テ、主トシテ条^レ理^ト慣^レ習^トニ依リテ之ヲ決セサルヘカラス。」(傍点筆者)とし、「民法ノ適用ヲ排除シ特別ノ公法規定ニ依リテ支配セラルルハ唯其ノ目的ニ必要ナル限度ニ止マラサルヘカラス」と述べる²⁵⁾。その結果、美濃部が公物の具体的な法的帰結として指摘したのは、以下の諸点である²⁶⁾。

第一に、公物の処分権は制限される。この点に関して、美濃部は、「公用ト両立シ得ヘキ範圍ニ於テ之ヲ貸付ケ、又国ノ経営スル公物ヲ市町村ノ経営ニ移スカ為ニ其ノ所有権ヲ市町村ニ譲渡スカ如キハ、公物ニ付イテモ行ワルルヲ妨ケス」とするが、他方で、公物を「私人ニ譲渡シ、地上権、抵当権等ノ制限物權ヲ設定スルカ如キハ其ノ公ノ目的ト両立スルヲ得サルモノ」とし、公物に関して行われる一定の法律行為が直ちに無効となる、としている。

第二に、公物は時効により私人の所有に帰属することはなく、取得時効に関する民法の規定は公物には適用されない。

第三に、公物は民事訴訟による強制執行の対象とはならない。この点について、美濃部は、「強制執行ノ結果ハ当然ニ所有権ノ移転ヲ生シ、其ノ目的ト相容レサルハ勿論ナリ」と指摘する。

第四に、公物は公用徴収の対象とはならない。美濃部によれば、これを許すことは、「一ノ公ノ目的ノ為ニ他ノ公ノ目的ヲ遂行シ得ヘカラシムルモノニシテ許スヘカラサル所ナリ」。

第五に、公物の公用が妨げられる限り、隣地権は制限される。この点、美濃部は、その理由につき、「何トナレハ隣地権ハ主トシテ隣地者ノ利益ノ為ニ認メラルルモノニシテ、私益ノ目的ハ既得権トシテ保護セラルルモノノ外ハ公ノ目的ニ譲ルコトヲ要スレハナリ」と指摘する。

第六に、公共使用に供されている土地とその隣接地との境界査定について争いがあるときは、隣接地者は訴願あるいは行政訴訟によってのみ救済される。この点、美濃部は、「公物ノ地域ノ決定カ公物ノ公用開始其レ自身ト同シク公ノ行政作用タルコトヨリ生スル当然ノ結果」である、とする。

第七に、公物は警察及刑法上の保護を受ける。この点、美濃部によれば、公物は「直接ニ公用ニ供セラルルモノナルヲ以テ之ニ対スル侵害ハ単ニ財産上ノ侵害ニ止マラスシテ直接ニ公益ニ対スル侵害タリ、従テ其ノ物ノ毀損、其ノ不法ノ使用、不法占有等凡テ公物ニ対スル不法ノ侵害ニ対シテハ警察権及刑罰権ニ依リ特別ノ保護ヲ加フルヲ通常トス」。但し、法律との関係については、「刑法上ノ保護ニ付イテハ河川法其ノ他公物ニ関スル諸々ノ特別法ニ依リ罰則ヲ定メタル外、警察犯処罰令ニ依リ道路其ノ他ノ公物ニ対スル侵害行為ニ付キ諸々ノ罰則ヲ定メタリ」としており、法律の根拠なくして、公物の保護が当然に許容されるのか否か、必ずしも明らかではない。

第八に、公物の公共使用については、一般に民法の適用を受けることがなく、原則として公法規定によって支配される。美濃部はこのことを「公物カ公法ノ支配ニ属スル最も重要ナル点」として指摘している。ただし、美濃部は、公物の自由使用によって享受せられる利用者の利益は反射的利益であるとする²⁷⁾。

上記のことを述べてから4年後の大正9年、美濃部は『日本行政法 中巻 (各論上巻)』の中で再び公物に関する自らの考えを述べている。同書において留意すべきは、「条理ト慣習」に言及することなく、公物の公目的から公物の法的帰結を説明している点である。曰く、「公物ノ所有権ガ如何ナル限度ニ於テ民法ノ適用ヲ排除シ公法ニ依リテ支配セラルルカハ一般ノ公物ニ通ズル成文法規ノ存スルモノナシト雖モ、凡テ公物ガ民法ノ適用ヲ排除スルハ、其ノ物ガ公ノ目的ニ供セラレ、而シテ公ノ目的ハ人民ノ既得権ヲ侵害セザル限度ニ於テハ私益ノ目的ニ打勝ツベキ効力ヲ有スルガ故ナルヲ以テ、特別ノ法律ノ規定ニ依ルノ外ハ、唯其ノ公ノ目的ニ必要ナル限度ニ於テノミ、一般ノ私所有権ト異ナリタル特別ノ公法的効果ヲ有スルモノト認メザルベカラズ。」(傍点筆者)²⁸⁾。そして、このような見方を前提にして、「公物ノ所有権ガ其ノ公物タルコトニ基イテ有スル公法的効果トシテ」上記のような公物の法的帰結が捉えられることになる(傍点筆者)²⁹⁾。このような説明の仕方は、「条理ト慣習」から説明した従前の方法とは異なっており、

ここに微妙な変化を看取することができる³⁰⁾。

美濃部はその後も公物法に関する自らの考えを公にしている³¹⁾。彼は、上記の公物の法的帰結と法律との関係について、後に自身の見方をより詳細に述べているから、ここでその点について要約しておくことにしよう。まず彼は、公物に関する処分権の制限という法的帰結につき、旧道路法6条が「道路ヲ構成スル敷地其ノ他ノ物件ニ付イテハ私権ヲ行使スルコトヲ得ズ但シ所有権ノ移転又ハ抵当権ノ設定若ハ移転ヲ為スハ此ノ限ニ在ラズ」と規定しているものの、「斯かる特別の法律の明文の無い場合でも、総て私有の公物に付いては、これは法律の明文を待たない当然の原則とみるべきもの」(傍点筆者)としている³²⁾。また、「取得時効に関する民法の規定が、公物に適用せられないことに付いては、法律にはこれを明言した規定は無いが、それは公物の性質に基づく当然の事理と謂ふべく、大審院の判例も、行政裁判所の判例も、共にこれを承認して居るのみならず、国有財産法(4条)に国有財産は雑種財産の外之を譲渡し又は之に私権を設定することを得ずとある規定は、暗に其の趣旨を示して居るものと謂ひ得る」(傍点筆者)とする³³⁾。さらに、強制執行の不能につき、これに関する明文規定は民事訴訟法の中にはないものの、「公物の不融通性から生じる当然の結果」(傍点筆者)であるとし³⁴⁾、境界査定について争いがある時は行政争訟の手段によってのみ争うことができるとする点については、旧道路法19条の「道路ノ区域ハ管理者之ヲ定ム」との規定および旧河川法2条の「河川ノ区域ハ府県知事之ヲ定ム」との規定がその趣旨を示しているのであって、「斯かる特別の明文の無い場合でも、総て公物たる土地の境界に付いては、其の管理庁に於いてこれを査定する権限を有するものと認むべきである」(傍点筆者)とする³⁵⁾。このように、彼は、上に記した公物の特別な法的帰結に関して、それが法律を越えた次元で認められるべきものであることを主張する。ただし、以上とは異なり、彼は公物の警察上及び刑法上の保護については、「公物は其の公物たるが故のみを以ては、必ずしも警察上又は刑法上に一般の私物と異なる特別の保護を受くるものではない」としている³⁶⁾。

以上のことからすれば、美濃部が列挙した上記の公物の法的帰結は、その多くが道具概念としての公物の存在を前提として唱えられたものであるが、例外的にそうでないものもある、と指摘することができよう。

3. 佐々木惣一の所説

佐々木は、明治42年に「公物ヲ論ズ」³⁷⁾と題する論文を公にしている。彼は、その

中で、公物の上に成立する所有権は私法上のものであるから、民法との関係で「説明すべき問題ハ単ニ公物ニ関シテハ民法上ノ原則ガ如何ナル制限ヲ受クルカノ点ニ止マル」とする。そして、「公物ニ對スル民法適用ヲ制限スル公法上ノ原則ニ就テハ或ハ特別ノ規定存スルコトアルベク或ハ特別ノ規定存セザルコトアルベシ前ノ場合ニハ固ヨリ其ノ規定ニ依ル後ノ場合ニハ其ノ原則ハ公物ノ性質上生スルモノナリ我國ニ於テハ一般ニ特別ノ規定ヲ設ケサル故ニ其ノ原則ハ性質上生スルモノノ外存セズ」（傍点筆者）とする³⁸⁾。そして、彼がこのことを前提にして具体的に公物の目的拘束としての指摘しているのは、以下の諸点である³⁹⁾。

第一に、「所有者又ハ管理者ハ公物ノ目的ヲ害スル方法ヲ以テ其ノ権能ヲ行フヲ得ズ」。

第二に、「所有者ハ自ら公物ニ目的ヲ達スルニ必要ナル施設ヲ加ヘ又ハ管理者カ之ヲ加フルニ堪フルヲ要ス」。

第三に、「所有者ハ公物ノ目的ヲ害スル方法ニ於テ其ノ物ノ上ニ第三者ノ制限物権ヲ設定スルヲ得ズ」。

第四に、「所有者ハ公物ノ目的ヲ害スル方法ニ於テ其ノ物ヲ處分スルヲ得ズ」。

第五に、「公物ハ其ノ目的ヲ害セラルル方法ニ於テ強制執行ノ物體タルヲ得ズ」。

既に言及したところから明らかなように、佐々木の所説においては、以上の内容は公物の性質から生じるのであるが、特別の規定がある場合にはそれに従うとしている点は注意が必要である⁴⁰⁾。

佐々木は、その後も公物に関して自らの考えを公にしている⁴¹⁾。そこでは、整理の仕方に若干の違いを見て取ることができるが、基本的に上記の見方に変更はない。

Ⅲ 戦後の公物法理論

1. 田中二郎の所説

田中は、既に戦前の論文「公物の法律的構造」（昭15）において、当時の公物法に関する論争が「類型（あるいは理想型）としての公物の法律的構造」と「実定法上の公物の法律的構造」を混同しているとして、両者を区別すべきことを説いている⁴²⁾。田中によれば、「具体的に、特定の実定法上の公物の法律的構造を問題とするに当つては、直接その実定法に付て、具体的に、如何なる立場から如何に規定されて居るかを検討すべきであり、往々なされるやうに、何れか一の型を絶対のものとして、これによって総

ての問題を一律に解しようとする態度はこれを排斥しなければならない。」⁴³⁾。田中はこのようにして、まずもって実定法上の特別な規定に着目することが重要であることを説く。そして、実定法上の特別な規定が存在しない場合について、彼は次のように述べる。「公物の公法的特殊性を一般にここにも認めようとする考へ方があるが、特別の定めのない場合の考へ方としては、私は、むしろ逆に、公物の物としての一般的性格に重点を置き、唯これに「直接に公の用に供される為」の必要に基く制約だけを考へていくのが、実定法全体の趣旨に合する考へ方ではないかと思ふ。」⁴⁴⁾(傍点田中)。彼は、具体例として特別の規定の存しない公有公物を引き合いに出し、その融通性の有無、強制執行の可否、取得時効の可否、境界査定に関する民事裁判所の管轄、私法上の使用の可否、公物管理の瑕疵に基づく損害賠償の可否につき、簡単に検討を加えているが、いずれの点についても公物であることを理由に否定的に解されるべきではない、と結論づける⁴⁵⁾。

田中は、その後も公物法に関する自らの考えを公にしているが、その基本的立場に変化はない⁴⁶⁾。彼は晩年の教科書で、公物の観念は「その物自体が直接公の目的に供用される有体物である点に着目し、その目的を達成するために必要な限りにおいて、私的経済取引の対象から除外する等、特殊な法的規律に服すべきものとされるところに、その特色をもっており、また、そこにこの観念を認めるべき実質的理由がある」⁴⁷⁾とするが、「具体的に、どの範囲に私法が適用され、どの範囲に特殊の法的規律が適用されるかは、実定法の問題であり、河川・道路等の個別具体的な公物に関する実定法について、具体的に検討するほかはない。単に公物であるからという理由で直ちに完全に私法の適用対象から除外されるものと速断してはならない。」⁴⁸⁾と述べる。そして、彼が公物の法律的特色として指摘しているのは、次の諸点である⁴⁹⁾。

第一に、公物の不融通性。この点につき、「公物は、公物なるが故をもって、当然に不融通性を有するわけではない。公物の目的を達成させるうえに必要な限度において、その融通性が制限され、時に、それが否定されることがあるにすぎない。」。そして、公物の不融通性に関連して問題となる強制執行の制限については、「公物は公物なるが故をもって、当然、それに対する強制執行が不能であるとはいえない。国有公物については、強制執行は不能と解されているが、それは公物なるが故にではなく、国に対する強制執行が不能と考えられてきたからである。したがって、公有公物又は私有公物に対しては、強制執行を不能とすべき理由はなく、ただ、公物については、公用に供するという公物本来の目的を達成させる必要上、これを差し押さえ、競落し、その所有権を取得した後においても、いぜん、公物として、公の目的に供用すべき制限を受けるを免れな

いことがあるだけである。』。また、公物の取得時効については、「公物なるが故をもって、時効取得の対象となることを否定すべき理由はない」とする。さらに、収用の制限については、「公物は公物のままでは収用の対象とされることはない。収用は、物そのものを公の目的に供用することを目的とするものであって、公物の収用は、公物の目的に反するからである。公物を他の目的に供するためには、まず、手続上、公用廃止の手続をとることを要するものと解すべきであろう」とする。

第二に、公物の範囲の決定。この点につき、田中は「行政権によって、一方的に公物の範囲を決定することができるのは、このことについて特別の規定がある場合に限り、公物であるが故に当然にそのような処分をすることができるわけではない。」とする。

第三に、公物の管理および利用関係。この点につき、田中は「公物法上、特別の規定を設けている例が多い」とし、実定法に即した説明を試みる。

第四に、公物に関するその他の法律関係。このうち、公物の登記については「私権の成立が認められる公物については、一般に、登記なくして、公物たることのみを理由としては、その取得を第三者に対抗することができない」とし、公物と相隣関係については「別段の定めのない限り、民法の趣旨を類推すべきである」とし、公物管理の瑕疵に基づく損害賠償については「国家賠償法二条の規定による特別の扱いが認められている」と指摘する。

以上のことから明らかなように、田中の公物法学説は実定法を重視するという点に、その特徴がある。ところが、田中が皇居外苑使用不許可事件⁵⁰⁾の判例批評⁵¹⁾において論じている内容は、このような田中公物法論の特徴とはやや整合性を欠くものになっている。当該事件では、法律の具体的委任に基づかないで定められた公園管理規則に基づく使用不許可の処分性が問題となりえたが、この点について、田中は次のように指摘している。皇居外苑を使用不許可とした「本件措置は、公物管理権の主体たる厚生大臣が公園管理規則四条に基づき公共の用に供するという公物管理の趣旨に従って行なうべき行政処分の性質を有するものと考え」。「同条の趣旨とするところは、……公園管理者の立場において、もっぱら公園の使用関係を調整する見地から、一般使用を妨げるおそれのある特別使用を規制しようというのであって、それは、まさに公物管理権の行使としての性質を有するものというべきである」(傍点筆者)。この田中の説明によると、当該事件における使用不許可の根拠は公物管理権に求められようが、当該事件における使用不許可の根拠となる法律上の根拠を見出せない以上は、この場合の公物管理権を実定法の観点から説明することは困難であろう。田中の公物法学説は必ずしも「実定法万能主義でない」と評価されることがあるのも、このような理由によるものと推測される⁵²⁾。

2. 原龍之助の所説

原は、戦後における公物法論の決定版ともいべき『公物营造物法』を公にしているが⁵³⁾、その中で展開されている彼の所説は、実定法を重視する点で、基本的に田中のそれと同じであると指摘することができる。すなわち、原によれば、「公物の法は、私物の法に比して、相対的であるにせよ、公法的色彩が強いということを意味するにとどまる。具体的に、公物法がどういう範囲に公法的特色を有するかは、個々の実定法の定めるところによって決するほかはない」のであり、「具体的に、どの範囲まで公法的規律の適用を認めるか、また、どこまで私法的規律の適用を認めるかは、立法政策の問題であって、一律の原理を立てることができるわけではない。」⁵⁴⁾。そして、仮に特別の規定がない場合であっても、公物の公法的特色を一般的に認めることは妥当ではなく、むしろ「そういう特別の定めがない以上、同種の私物ととくに区別して取扱う理由がなく、原則として、私法規定の適用があるものと解すべきである。」⁵⁵⁾とする。

原は、以上のことを前提にして、具体的に、公物の不融通性（公物と民事上の強制執行、公物と取得時効、公物と収用）、公物の範囲の決定及び境界確定、公物に関するその他の法律関係（公物と登記、公物と相隣関係、公物管理の瑕疵に基づく損害賠償）について論じているが、その見解は田中のそれとほぼ同様である⁵⁶⁾。田中と原の間で見解がわかれるのは、公物と民事上の強制執行に関する論点および公物と取得時効に関する論点である。すなわち、前者につき、原は「公物については、国有・公有・私有のいずれであるかにかかわらず、その融通性の認められる限度で民事上の強制執行の目的となりうるものと解するのが妥当ではなかろうか」⁵⁷⁾と述べており、この点、留保を付しながらも、国有公物の強制執行を否定した田中の見解とは異なる。また、後者につき、原は「公物について時効制度が適用されるかどうかは、具体的に、公物の有する特殊性（公共性）と、時効制度によって保護される私的利益とを総合的に比較衡量して決しなければならない」⁵⁸⁾と述べており、このような見解は、いわゆる完全時効取得説を唱えた田中の見解とは若干異なる。

なお、原は、皇居外苑使用不許可事件について、田中と同様の見解を述べる。そうすると、原の所説に対しても必ずしも実定法万能主義ではないとの評価を下すことも不可能ではない⁵⁹⁾。

IV 戦前と戦後の公物法理論の差異

以上の整理から、各論者の公物法理論の内容と機能について、次の三点を指摘できる。

第一に、各論者に共通して言えることとして、公物が私物とは法的に区別されて取り扱われている。

第二に、しかし、その公物の具体的な法的帰結は各論者によって必ずしも一致していない。

第三に、公物の具体的な法的帰結が、実定法との関係で、どのように位置づけられているのかという点に着目すると、戦前派と戦後派の学説の間に違いを看取できる。

以下、最後の第三点目について若干、敷衍しておく。

戦前派の織田、美濃部、佐々木の所説にあっては、基本的に、ある物が公物であるということによって、実定法を介在させることなく、直接、公物の法的帰結が導出された。そのため、公物法という法領域は公物の法効果を提供する場として機能したといえる（これを公物法の「実践的機能」と称することができる）。これに対し、戦後派の田中および原の所説にあっては、基本的に実定法を介在させて、公物の法的帰結が導出されている。そのため、公物法という法領域は、基本的に上述のような公物の法効果を提供する場として機能していない。むしろ、そこでは、公物法という法領域は、——各論者の主観的意図はともかく——道路法や河川法などの公物に関する実定法の存在を前提にして、それらに体系的な説明を与えるという機能（これを公物法の「説明的機能」と称することができる）を果たしているといえる。そして、実定法の解釈と結びつけて公物法を論じる姿勢は、その後、「それぞれの物に付せられた法的規制は、それぞれの目的に沿って異なった態様の内容と効果を有し、これを統一的な法理に服せしめることは必ずしも必要のないこと」⁶⁰⁾であるとの指摘にも結び付き、法領域としての公物法の存在意義を改めて問うことになる一つの要因になったと指摘できる。

それでは、以上に指摘した戦前派と戦後派の間に存する公物法の機能上の差異は、なぜ生じたのか。この問題に対する解答は必ずしも容易ではないが、以下の点は指摘しておくことにしたい。まず考えられるのは、実定法の存在という客観的要因である。すなわち、戦前派の各論者が実践的機能を公物法という法領域に与えたのは、そもそも実定法が不十分であったからそうせざるを得なかったと見ることができるのに対し、戦後派の各論者は既に実定法が存在したから公物法に実践的機能を認める必要がなかったと見

ることができるのである。しかし、ここで注意を喚起しておきたいことは、織田、美濃部、佐々木は、実定法が不十分であったから、論理必然的に公物法に直接的な問題解決機能を認めたのでは必ずしもないということである。なぜなら、公物の私権制限に関する実定法が整備された後にも、従前と基本的に変わることなく、彼らの主張は続けられたからである。たとえば、私権制限に関する規定を設けていた旧河川法（3条「河川並其ノ敷地若ハ流水ハ私権ノ目的トナルコトヲ得ス」）は明治29年、旧道路法（6条「道路ヲ構成スル敷地其ノ他ノ物件ニ付テハ私権ヲ行使スルコトヲ得ス但シ所有権ノ移転又ハ抵当権ノ設定若ハ移転ヲ為スハ此ノ限ニ在ラス」）は大正8年に制定されているが、それ以降も彼らが公物法それ自体に問題解決のための実践的機能を持たせ続けてきたということは、上述したところから明らかであろう。したがって、実定法の規定が不十分であったという事情は、織田、美濃部、佐々木が公物法に実践的機能を持たせる一つの要因になったかもしれないが、必ずしもそれは論理必然的ではなかったということを指摘できる。このような実定法を超えた存在として公物法を捉える彼らの公物法理論は、ドグマティッシュなものであったと評することができる⁶¹⁾。もっとも、公物法ドグマは、戦後派の論者に全くみられないわけではない。そのような傾向は、田中および原が皇居外苑使用不許可事件の最高裁判例に対して示した見方にあらわれていると言えよう⁶²⁾。塩野をして「見方によれば、ここに、従前の行政法理論の残滓がある」⁶³⁾と言わしめたのも、以上のような理解を前提にしてのことと推測される。

V おわりに

現在の我が国において公物法は脚光を浴びる法領域ではないようにも見受けられるが、近年、一部の学説は、公物概念を拡大して、環境問題など、一定の現代的な問題にアプローチしようとしている⁶⁴⁾。しかし、本稿で確認したように、公物であるが故に認められる法的帰結は論者により異なる。現在の公物法理論においても、そのような状況が確認されるとすれば、公物概念を拡大して用いることによって、どのような具体的法的帰結が導かれようとしているのか、注意深く見守る必要がある。また、立法の不備を補うために公物概念を拡大し、論者が求める一定の法的帰結を公物概念から直ちに導き出すということであれば、当該論者の公物法理論は戦前の公物法理論と類似の機能を果たすことにもなる。このような見方が法治主義との間で緊張関係を生み出すことは、我が国においても、また、我が国の公物法の母法ともいべきドイツ法においても、指摘

されてきたとおりである。そのため、近年の公物概念拡大論が果たしてまたどの程度有意義なのか、公物法の存在意義とともに、改めて検討することにしたい。

〈追記〉 本稿は2017年度・2018年度中央大学特定課題研究費の成果である。

注

- 1) 公物法を一法領域として扱うものとして(ただし、营造物法と並んで論じられることもある)、たとえば、宇賀克也『行政法概説Ⅲ(第5版)』(有斐閣, 2019) 540頁以下、塩野宏『行政法Ⅲ(第四版)』(有斐閣, 2012) 346頁以下、田中二郎『新版行政法 中巻(全訂第二版)』(弘文堂, 昭51) 298頁以下。
- 2) たとえば、遠藤博也『行政法Ⅱ各論』(青林書院, 昭52) 225頁以下、小高剛『行政法各論』(有斐閣, 昭59) 245頁以下、室井力編『現代行政法入門(第4版)』(法律文化社, 1995) 143頁以下〔岡田雅夫執筆〕。
- 3) たとえば、高木光『行政法』(有斐閣, 2015)、高橋滋『行政法(第2版)』(弘文堂, 2018)の中では、一法領域としての公物法は論じられていない。藤田宙靖『行政組織法』(有斐閣, 2005) 6頁以下は、「今日、行政法の教科書等において、行政組織法の一部として公物・营造物法を取扱い、また講義の対象とする、ということは、従前のように見られなくなったと言ってもよい」と指摘する。
- 4) 戦前の我が国の公物法学説を分析したものとして、土居正典「公物法理論成立史(5)～(9)」秋田法学 18号1頁以下(1991)、19号1頁以下(1992)、20号3頁以下(1993)、21号42頁以下(1993)、30号1頁以下(1997)、広岡隆「公物法理論の省察」『公物法の理論』(ミネルヴァ書房, 1991) 3頁以下。戦後の我が国の学説の分析については、土居正典「公物管理と公物利用の諸問題の検討」雄川献呈『行政法の諸問題 上』(有斐閣, 1990) 507頁以下。
- 5) 織田萬『日本行政法論』(六石書房, 明28)。同書については、橋本博之「明治近代化と行政法学—織田萬『日本行政法論』をめぐって」大橋洋一・仲野武志編『法執行システムと行政訴訟』(弘文堂, 2020) 3頁以下、佐々木惣一「織田萬博士の追憶」公法研究 18号 187頁以下(1958)。
- 6) 織田萬「公産論」法学志林 11巻4号1頁以下(明42)。
- 7) 織田によれば、「公産」には、公用に供する設備全体も含まれる(織田・前掲注(6) 4頁以下)。そのため、織田のいう「公産」概念は、個々の有体物であることを一要素とする現在の我が国における「公物」概念とは必ずしも一致しない。後に織田は、「公産」の語にかえて「公物」の語を用いているが、彼自身の言説によれば、それは基本的に「単純なる用語上の問題」である。それでも彼は、「公物」の概念の要素として、個々の有体物であることを要求していない。その結果、織田の場合、「营造物」は「公物と大体に於いて同一の意義及び範囲を有するものと解して差支ない」ということになる。織田萬『日本行政法原理』(有斐閣, 昭9, 復刻版平2) 400頁以下, 404頁。
- 8) 織田・前掲注(6) 11頁。なお、各引用に際して、旧漢字、旧仮名づかいについては必要に応じてこれを現代漢字、現代仮名に改めた。以後の記述も同じ。
- 9) 織田・前掲注(6) 49頁以下。
- 10) 織田・前掲注(6) 10頁。
- 11) 織田・前掲注(6) 11頁以下。
- 12) 織田・前掲注(7) 400頁以下。
- 13) 織田・前掲注(7) 409頁。なお、織田は、「公物の特別なる地位は其の国家の支配権の下に置かれてあることに由来する。」と述べ(織田・前掲注(7) 401頁)、公物を特別に取り扱うことの根拠を当該物の目的ではなく、当該物の管理主体に求めているようにも見えるが、他方で「公物の公

- 物たる所以は実際唯其の公の目的に充当せらるるに在って、此の標準こそ正しく私有権の自由行使に対する障壁を形造り、公物をして民法の通則の適用より免かれしむるのである」としており（織田・前掲注7）408頁）、後者の見解に着目する限り、従前と考え方に変化はないと指摘できる。
- 14) 織田・前掲注7) 401頁。
 - 15) 織田・前掲注7) 419頁。
 - 16) 美濃部達吉「公法上ノ所有権ノ思想ニ付テ」法学志林10巻9号919頁以下（明41）、10巻11号1148頁以下（明41）。なお、美濃部は前年に、美濃部達吉「公有物ノ性質ニ関スル学説」国家学会雑誌21巻7号873頁以下（明40）を公にしているが、そこではドイツおよびフランスにおける公物法学説が紹介されているにすぎない。
 - 17) ここでいう公有物の概念は、所有権の所在に着目して定立された概念ではなく、物の機能に着目して定立された概念であって、その意味では、今日の公物概念と通じる。なお、美濃部の公有物概念（あるいは公物概念）の意味内容は変遷している。この点につき、参照、広岡・前掲注4) 11頁以下。
 - 18) 美濃部・前掲注16) 法学志林10巻11号1153頁以下。
 - 19) 美濃部・前掲注16) 法学志林10巻11号1154頁以下。
 - 20) 美濃部・前掲注16) 法学志林10巻11号1156頁。
 - 21) 美濃部達吉「公法上ノ物権及ヒ公法上ノ債権」法学協会雑誌27巻6号1頁以下、27巻8号38頁以下、27巻9号90頁以下、27巻12号99頁以下（明42）。
 - 22) 美濃部・前掲注21) 法学協会雑誌27巻8号51頁。
 - 23) 美濃部・前掲注21) 法学協会雑誌27巻8号53頁。
 - 24) 美濃部達吉『日本行政法（第四巻）』（有斐閣、大5）513頁以下。
 - 25) 美濃部・前掲注24) 538頁以下。
 - 26) 美濃部・前掲注24) 539頁以下。
 - 27) 美濃部・前掲注24) 553頁。
 - 28) 美濃部達吉『日本行政法 中巻（各論上巻）』（大9）353頁以下。
 - 29) 美濃部・前掲注28) 354頁。
 - 30) もっとも、美濃部の大正5年の著書においても、「凡テ公物カ民法ノ適用ヲ排除スルハ、其ノ物カ公ノ目的ニ供セラレ、而シテ公ノ目的ハ人民ノ既得権ヲ侵害セサル限度ニ於テハ私益ノ目的ニ打勝ツヘキ効力ヲ有スルモノナルニ因ル」と記されていた（美濃部・前掲注24) 539頁）。しかし、同書では公物の法的帰結が「条理ト慣習」による旨の記述があるのに対し、大正9年の著書の中ではそのような記述が削除されている。その意味は必ずしも明らかではないが、美濃部が、公物の公目的から公物の法的帰結が導かれることを「条理ト慣習」の内容として把握していたとすれば、大正5年の著書と大正9年の著書の間に実質的差異はない。
 - 31) 例えば、美濃部達吉『行政法提要各論上巻』（大12）122頁以下、同『日本行政法 下巻』（有斐閣、昭15）775頁以下、同「公法上の物権（1）（2）（3・完）」法学協会雑誌59巻5号1頁以下、6号24頁以下、8号1頁以下（昭16）。
 - 32) 美濃部・前掲注31)『日本行政法 下巻』799頁以下。
 - 33) 美濃部・前掲注31)『日本行政法 下巻』801頁以下。
 - 34) 美濃部・前掲注31)『日本行政法 下巻』803頁。
 - 35) 美濃部・前掲注31)『日本行政法 下巻』803頁以下。
 - 36) 美濃部・前掲注31)『日本行政法 下巻』807頁。
 - 37) 佐々木惣一「公物ヲ論ズ」国家学会雑誌23巻9号81頁以下（明42）。
 - 38) 佐々木・前掲注37) 115頁。
 - 39) 佐々木・前掲注37) 115頁以下。
 - 40) 本文で言及したように、佐々木の見方によれば、公物の上には私法上の所有権が成立する。これに対し、佐々木が上記論文を公表した時に既に存在していた旧河川法3条は、「河川並其ノ敷地

若ハ流水ハ私権ノ目的トナルコトヲ得ス」と定め、あたかも私法上の所有権が成立しないかのような定めを置いていた。しかし、佐々木の解釈によれば、ここでいう「私権」は私人の権利を意味し、私法上の権利を意味するのではない。このような解釈を前提にすれば、「河川並其ノ敷地若ハ流水」に関しては、実定法上の規定と公物の性質との齟齬は生じていない、ということになろう。佐々木・前掲注 37) 89 頁。

- 41) たとえば、佐々木惣一『日本行政法原論』（有斐閣，明 43）240 頁以下，同『日本行政法論』（有斐閣，大 10）252 頁以下。
- 42) 田中二郎「公物の法的構造」同『公法と私法』（有斐閣，1955，初出昭 15）149 頁以下。
- 43) 田中・前掲注 42) 168 頁。
- 44) 田中・前掲注 42) 165 頁。
- 45) 田中・前掲注 42) 165 頁以下。なお，公物と取得時効に関しては，田中二郎「公物の時効取得」同『公法と私法』（有斐閣，1955，初出昭 10）183 頁以下がある。
- 46) たとえば，田中二郎『行政法講義案中巻』（有斐閣，昭 25）208 頁以下，同『行政法中巻』（有斐閣，昭 30）423 頁以下，同『要説 行政法 新版』（有斐閣，昭 47）142 頁以下。なお，このような解釈態度を基礎にして展開された，注目すべき田中の解釈につき，田中二郎「公物とその所有権」同『公法と私法』（有斐閣，1955，初出昭 24）169 頁以下。
- 47) 田中二郎『新版行政法中巻（全訂第 2 版）』（有斐閣，昭 51）301 頁。
- 48) 田中・前掲注 47) 310 頁。
- 49) 田中・前掲注 47) 310 頁以下。
- 50) 最判昭 28 年 12 月 23 日民集 7 卷 13 号 1561 頁。
- 51) 田中二郎「判批」『行政判例百選 I』188 頁以下（有斐閣，1979）。
- 52) 塩野・前掲注 1) 351 頁。
- 53) 原龍之助『公物营造物法（新版）』（有斐閣，昭 49，初版昭 32）。
- 54) 原・前掲注 53) 89 頁。
- 55) 原・前掲注 53) 136 頁。
- 56) 原・前掲注 53) 137 頁以下。
- 57) 原・前掲注 53) 157 頁。
- 58) 原・前掲注 53) 172 頁。
- 59) 原・前掲注 53) 248 頁および 268 頁。
- 60) 田村悦一「公物法総説」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法体系 9』（有斐閣，1984）249 頁。
- 61) この点に関し，たとえば広岡は次のように述べている。織田，美濃部，佐々木が「最初に公産・公物について語った頃は，まだ公物の法的特質について規定する実定法の規定は乏しかった。しかし，彼らは，公産・公物の法的特質を，いわばドグマとして，前実定法的なものとして述べた。したがって，彼らにとっては，その後設けられた公物の私権制限の規定は，公物の当然の性質を表明するものにすぎなかった。」。広岡・前掲注 4) 39 頁。
- 62) 「諸法律の整備の過程において，また，現在の実定法の状況のもとで，公物の法的特質が，前実定法的なもので，法律の規定はその当然の性質を表明するものであるか，それとも実定法の所産にすぎないのか，必ずしもその立場を鮮明にしない論述が少なくない。」（広岡・前掲注 4) 40 頁）とすれば，現在の学説の中にも戦前派の公物法理論と共通する見方を見出せる余地があることになろう。
- 63) 塩野・前掲注 1) 352 頁。
- 64) たとえば三浦大介「地熱開発の法的課題—自然資源公物論の可能性」論究ジュリスト 28 号 62 頁以下（2019）。