

公物⁽¹⁾管理責任⁽²⁾の守備範囲と公物管理論

磯村篤範

I はじめに

1. 2017年7月5日から7日に、九州北部に生じた豪雨により、福岡県朝倉市蜷城地区の桂川や添田町の彦山川で氾濫が発生し、大分県日田市では大肥川の一部が溢れた。当時、この洪水を映したテレビ放映は、堤防がどこにあるかも分からない程の巨大な洪水が町並を襲ってきている状況を目の前に映していた。九州北部豪雨やそこから生じた洪水は、河川管理を公物管理の一類型と理解してきた者にとっては、ここでいう公物とは何を意味し、管理するとは何をすることなのかを改めて考えさせていると思う。これまでの河川管理行政、特に治水行政の担ってきた基本的枠組⁽³⁾が、今後どの様に維持することになるのか、その検討が求められているといえるであろう⁽⁴⁾。

2. 公物管理をめぐる見解については、既に代表的な見解に焦点を当て

- (1) 私見では、今日、公物と私物の区別に意味を見出すことができないこと、物の社会的機能に即して、同等の規律を考えていくべきとすること、特に管理責任及び利用者の法的地位についても、社会的な役割に即して同じ規範を適用すべきとしている。したがって、公物という概念は用いることを避け、「社会的有用物」「社会的共通資本」等の概念を用いることが望ましいと考えている。ただ、本稿では、従来の考え方を検討するため、その対象を従来の公物に限定して議論することにする。
- (2) 従来、公物法理論において公物管理者には、公物管理権が与えられていると論じられてきた。公物管理権は、権限なのか権利なのか不明確であるが、本稿ではむしろ管理者の責任と考えることとしたい。なお、従来の議論として取り上げる場合は、公物管理権の用語を用いる。
- (3) 平成29年11月5日～6日に、洪水リスクマネジメント研究会の構成員は、国土交通省北陸地方整備局の皆様等の協力を得て、信濃川大河津分水路建設改修や五十嵐川及び刈谷田川の遊水池整備などの現場視察をすることができた。なお、河川管理の歴史的概観等について、大熊孝「第4章 技術にも自利がある - 治水技術の伝統」宇沢弘文・大熊孝編『社会的共通資本としての川』（東京大学出版会・2010年）119頁以下を参照。
- (4) 高橋保『地質・砂防・土木技術者／研究者のための洪水の水利-被害の評価と対策-』（近未来社・2010年）353頁以下は、「昭和30年代からの都市化の趨勢に呼応した水害発生状況とその対処について、従来どおりに河川管理者が全面的に責任を負うことが困難」としている。

て、整理検討を行ったが⁽⁵⁾、本稿の課題を明確にすることとの関連で、ここではあらためて伝統的な公物法理論とは異なる見解の間に生じるであろう相違点を考えてみることにしたい。

公物管理権の根拠についての伝統的な見解によると、それは法律、すなわち公物管理法とされる。これに対し、これと異なる見解として、公物管理上の権限の根拠を、公物に対する所有権等の物権的支配権あるいは契約に基づく使用权（以下、所有権等という。）に求める見解を挙げることができる⁽⁶⁾。本稿では公物の管理権限の根拠を物権的支配権に求める見解に主たる焦点をあてて、検討作業を進めることにする。この見解にも、いくつかの点で、相違点を見ることができる。一つは、法律に公物の目的を達成するための管理権限の根拠を求めることができる限り、所有権等を根拠とする管理権は存在しないとする見解と法律に根拠を求めることができる場合でも、管理者の判断によって、所有権等を管理権の根拠とし得るとする見解も在り得る⁽⁷⁾。二つには、公物に対する物権から如何なる法理が導き出され得るかという点で、見解に相違が生じるであろう。公物には私物に対するとは異なる法理があるとする見解は、私物には認められない公物法理の一つとして「目的拘束」が挙げられ、また、一方拘束的な行為が存在しうるとする⁽⁸⁾。

(5) 磯村篤範「公物管理法理論の変化及び紛争事例の再検討」：曾和俊文・野呂充・北村和生・前田雅子・深澤龍一様『行政法理論の探求』（有斐閣・2016年）1頁以下を参照。

(6) 伝統的な見解とは田中二郎博士や原龍之介博士に代表される見解であり、これと異なる見解として、塩野宏博士の主張を念頭においている。ただし、磯村前論文（注（5））では、塩野博士の見解もあえて伝統的な見解として検討している。それは、公物法の法的根拠が法律にある場合、「特殊の包括的権能」としての公物法理が妥当するとしているという指摘があるからである。塩野宏『行政法 Ⅲ（第4版）』（有斐閣・2012年）349頁の以下における公物法一般理論についての指摘を参照。

(7) これは、当然、司法的目的達成という選択肢を認めるかにも関連するが、権限の行使を目的とする司法的執行を可能とするか（宝塚パチンコ事件の評価に関連する）を許容すべきとするかによって異なる。物権に基づく目的達成を認めるとして、私法上の権益の内容も問題となる。この点については、山本隆司「公共用物の管理と占有 最三小判平成18・2・21民集60巻2号508頁」：同『判例から探求する行政法』（有斐閣・2012年）29頁以下を参照。

(8) 塩野前掲書（注（6））374頁を参照。

これに対し、物の社会的機能から物をめぐる法理にはそれぞれ異なる側面があることを認めつつ、公物と私物であるがゆえに異なるものとすることは基本的に認められないとする見解があり得る。

公物管理権限の根拠が法律にない場合には所有権等にその根拠を求める見解では、所有権等に、如何なる範囲で公物管理権の法的根拠付けを求めることができるかが問題となる。重要事項留保説（本質性理論）の考え方によると、公物管理に関わる重要な事項、たとえば政策の変更等は法律の根拠が必要である。だとすると、法律の根拠がない場合に、所有権等を根拠に公物管理上の政策変更を可能であるとして行うことができるか問われる。所有権等に独自の法的根拠を認めるとする見解は、反対に、管理権限の根拠を所有権等とする以上、絶対的排他的支配権であるがゆえに構成された物権法定主義の枠組が公物管理に如何なるかわり方があるかが問われる⁽⁹⁾。

したがって、公物の機能が変化し、公物の機能の変化に対応して、公物管理の守備範囲も当然変化すると、所有権等に公物管理の根拠を求めるこれまでの議論に問題が生じないか、生ずるとして如何なる対応を求めるかが問題となる。そこで、次に、特に河川管理における近時の変化を見てみることにする。

II 河川管理行政変化と河川管理論

従来の議論によると、河川は、公物特に公共用物とされてきた。公共用物の典型として公道が挙げられるが、河川と公道とは、自然公物と人工公物の違いや河川の自由使用と道路の自由使用との間での利用者の法的地位など、そもそも河川法と道路法に共通の法理を考えることができるか問題となるが、ここでは、河川管理の変化に着目して、公物管理法理の意味を考えてみることにする。

(9) 所有権者は物に関わる他人の行為を規制する権限を有するとしてその範囲や内容は問題である。例えば、刑事収容施設内での人の行為を規制する法的根拠あるいは規制する範囲などが問題となっている。なお、塩野前掲書（注(6)）351頁を参照。

1 河川管理の変化を如何に把握するかということについては様々な見解があるが⁽¹⁰⁾、本稿では、特に、河川管理政策の変化と結びついた議論として、洪水リスク論、特に「リスク」概念をどのように理解するかということについて検討する。次に、最近その意味づけに変化はあるとしても、しばしば論じられる「防災から減災へ」について、概観する。そして、これまでの「ハード」を中心に行われてきた河川管理を簡単に見た上で、河川管理行政の中で特に注目したい「ソフト」といわれる施策を見ることにする。

1) 洪水リスク論⁽¹¹⁾

リスク概念は今日多義的と言われるが、一応、リスクを「不確実性」や「非知」の状態と理解し、これまでの「予測可能性」「結果回避可能性」を前提とする「危険防止 (Gefahrenabwehr)」に対し、リスク社会では「予防 (Vorsorge)」でリスクへ対応すると考えると⁽¹²⁾、不法行為に基づく損害賠償責任は認められないということになる。現時点での河川管理の到達点は「過渡的安全性」であり、社会的制約による河川管理の現状から河川管理者に損害賠償責任を認めるために厳しい条件を示した大東水害訴訟最高裁判決は、河川管理を「損害発生を防止する」行政ではなく、「損害発生を予防す

(10) 河川管理行政の変化については、特に、周藤利一「河川行政と法」：大浜啓吉『公共政策と法』（早稲田大学出版部・2005年）111頁以下、近藤徹・磯部力・櫻井敬子・神橋一彦、「エンジョイ行政法 進化する河川行政」法学教室No.317（2007年）37頁以下、桜井敬子「水法の現代的課題－環境、流域、水循環－」：小早川光郎・宇賀克也編『行政法の発展と変革 下巻』（有斐閣・平成13年）703頁、また自然科学からのアプローチとして、福岡捷二「今後の河川防災・減災について」河川2015年3月号3頁以下などを挙げることができる。

(11) 法的アプローチからリスク論を検討する議論は多いが、比較的最近の議論としては、桑原勇進「リスク管理・安全性に関する判断と統制の構造」：磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構造 I 行政法の基礎理論』（有斐閣・2011年）291頁以下、中山竜一「リスク社会と法－論点と展望」：日本法哲学会編『リスク社会と法 法哲学会年報2009』（有斐閣・2010年）1頁以下などを参照。

(12) 仲田敬仁「予防原則と行政裁量」：植田和弘・大塚直編『環境リスク管理と予防原則－法学的・経済学的検討』（有斐閣・2010年）243頁以下、中山竜一「第2章 リスクと法」：橘木俊明・長谷部恭男・今田高俊・益永茂樹編『リスク学とは何か』（岩波書店・2007年）87頁以下、山本隆司「リスク行政の手続法構造」：城山英明・山本隆司『融ける堺を超える法5 環境と生命』（東京大学出版会・2005年）3頁を参照。

る」行政と理解しているといえるであろう⁽¹³⁾。

洪水に対する河川管理行政を「リスク予防」と理解すると、ソフトな洪水対策が重要な役割を担い、また責任の社会的再配分、すなわち公助・共助・自助の再検討が求められるという。ある論者によると、「水害対策を例として考えると、今後も行政主導（公助）によるハード対策（堤防建設など）の推進は必要不可欠であるが、豪雨などの計画規模を超える外力変動は常に存在するため、ハード対策のみに依存した水害対策では限界が生じる。そこで、今後の水害対策では、地域住民や地域コミュニティが主体（自助・共助）となり、行政や専門家などと連携した地域防災力向上の取り組みが重要となる。そのため、ハードとソフト（防災教育、避難方法など）対策を両輪として実施し、実効的な自助・共助により被害最小化を目指す、防災から減災への方向転換が進められている。こうしたなか、水害を単に自然現象としてではなく、人間社会の中で発生する社会経済現象として捉え、水害リスクマネジメントとして取り扱う新たな手法が提案されている」という⁽¹⁴⁾。そして、“水害リスク”をどのように定義するかによって、本題である“水害リスクマネジメント”の概念や捉え方が異なるとし、一つは、水害リスクを「被害の大きさ」と「被害の発生確率」の積と定義する見解と、もう一つは、それを「災害による損失の確率分布」と定義する見解をあげる。両者は相互補完的というか、対象とする洪水に即した定義と解することができる。論者によると、前者は、「小規模な独立した事象が独立に多数生起するような被害を前提と」する定義であるとする。それに対し、後者は、「発生頻度は小さいが被害額が大きな事象となる水害の特徴を水害リスクの分布として表現

(13) 磯村篤範「河川管理行政の変化と被害者の救済制度の再検討」：紙野健二・本多滝夫編『行政法の原理と展開－室井力先生追悼論文集』（法律文化社・2012年）286頁以下では、大東水害訴訟最高裁判決にはリスク論を指摘する。また、黒川哲志「統計的思考と行政法－抽象化された個人利益の保護と公益実現」：宇賀克也編『行政法研究4号』（信山社・2013年）51頁は、多摩川水害訴訟最高裁判決にそれを指摘する。ただし、黒川氏の指摘する議論は統計論としてのリスク論であることに注意したい。

(14) 山田文彦「住民参加型水害リスクマネジメントの構築と実践」国際文化研修2010春.67号、23頁。

可能」であるという。この様に理解される水害リスクには、ハードな対策、例えば堤防をより強いものにするとか遊水地を増やす、そしてそればかりではなく、ソフトな施策、例えば避難のための情報の共有、国と地方公共団体との情報の共有をも追求することになる。

2) 「防災から減災へ」

河川管理の変化の背景となるもう一つの議論は「防災から減災へ」である。これは、従来の河川管理行政の課題を「防災」すなわち堤防と堤防の間に水を閉じ込める河川管理行政に対して、旧来の考え方を将来的な課題としつつ、当面の問題として、少なくとも生命や健康など放棄することのできない価値を少なくとも救済しようとするものである⁽¹⁵⁾。典型は、滋賀県の流域治水論が挙げられるが、むしろ「ソフト」に重点が移るものといえるであろう。

そこで、従来の河川管理において採用されてきた、洪水に対する「ハード」な施策の内容を、簡単にみることにしたい⁽¹⁶⁾。たとえば、治水法として、計画、工事、及び治水のための権力行政があげられ、また、他では、水関連事業として、同様に、河川工学上の課題が挙げられている⁽¹⁷⁾。この時期に河川管理行政の実態を構成していた河川の「水文学」と「水理学」は、前者が、河川の水量・洪水防御計画・流出、現象の解析を担当し、後者は、河川の水位・流速を検討するものと理解された。これは、降ってきた水が川に流れ込んできた場合、できるだけ早く確実に雨水を海に流すというもので

(15) なお、末次忠司『現場で役立つ実践的減災読本 河川の減災マニュアル』（技報堂出版・2009年）は、「はじめに」で、「人口・資産が集積した都市域における都市水害が増加しており、水害被害額は減少していない。そこで、水害被害の防止に関しては、被害を完全に押さえ込む『防災』ではなく、被害軽減を図る『減災』を目指す」とする。

(16) 金沢良雄『水法』（有斐閣・1965年）頁を参照。なお、末次忠司『水害から治水を考える 教訓から得られた水害減災論』（技報堂出版・2016年）、同『事例からみた水害リスクの減災力』（鹿島出版会・2016年）は、具体的な事件を対象に、ハードの施策の事業で評価するもの、あるいはソフトの施策として評価する事業を挙げている。

(17) 金沢良雄・三本木健治『水法論』（共立出版株式会社・1979年）を参照。

ある。したがって、政策上の課題は、計画・予算に課されることになる。河川管理行政の、特に治水論に焦点を当てたこれまでの政策は、その後、外水の物理的コントロールから、守備範囲拡張の第一段階として外水のコントロールのための河川周辺施設の活用（「特定都市河川浸水被害対策法」⁽¹⁸⁾の制定や地区計画への防災計画の組み込み⁽¹⁹⁾）へと進んだ。さらに「防災から減災へ」の典型例としての流域治水論、そしてソフトの運用として、被害者削減（水防法改正）ソフトの再編（洪水情報の運用等）に課題が拡張している。

2 ここでは、この間注目されてきている洪水対策の中の減災のソフト対策の面に目を向けてみよう。被害者の発生を防ぐために、避難勧告・避難指示は、重要な役割を担ってきている。たとえば、佐用町損害賠償請求事件神戸地裁平成25年9月23日判決⁽²⁰⁾では、「町が災害の発生を予見することは難しく、責任は認められない」としたが、佐用町での災害の原因には、主要な河川の水位の上昇に関する情報の流通のミスと上流用水路の情報の皆無、避難勧告の遅れ、時期的に遅れて生じた避難勧告には垂直避難勧告に関する情報がなかったことが指摘された。確かに、災害発生を防止する上で重要な情報は、国土交通省や気象庁が有することが多いのであろうが、たとえば水位についての情報等との関係では、国土交通省がおそらく河川管理の枠を超えて、重要な情報管理者となっているのであろう。したがって、現在、市町村長の避難に関する権限と情報・評価判断能力を、国土交通省が、さらに一層、如何にサポートするかが問題となっている。そこで、以下では、情報の

(18) この法律により、河川管理者と関係する施設管理者が共同して洪水対策を計画・実施していくことになる。例えば、特定都市河川の指定は河川管理者が単独で行うことに穴っていない（法8条）。都市河川浸水被害対策法研究会編著『特定都市河川浸水被害対策法の解説』（大成出版会・2004年）26頁などを参照。

(19) たとえば、福岡捷二「水害リスクと不動産 公益社団法人日本不動産学会・春季全国大会シンポジウム・パネルディスカッション」日本不動産学会誌第31巻第2号（2017年）1頁は、東京都の地下水管理に河川管理をリンクすることを提案する。

(20) この事件については、磯村篤範「判例解説 集中豪雨羅災損害賠償請求訴訟 兵庫県佐用町」判例地方自治平成25年索引・解説号（2014年）81頁以下を参照。

共有と活用が求められる施策として、二例を挙げることにする。

1) 洪水が生じ、災害発生が生じようとするとき、関係機関が如何なる役割を担うかが問われている。そこで、この間、タイムライン⁽²¹⁾が提案されている。洪水発生日を予定し、その1日前に、如何なる機関が如何なる役割を担うか、2日前にはどうするか、事前に明確にし、危機が発生した場合にはそれに即して着実に対応しようとするものである。これも、情報の入手・管理・活用が検討課題の一つになる。と同時に、これはいわゆる「行政共助」すなわちドイツという職務共助(Amtshilfe)あるいは「情報共助」の問題として検討を要することになる。

2) また、平成27年に、「施設の能力には限界があり、施設では防ぎきれない大洪水は必ず発生する」とし、災害をめぐる社会的意識を改善する施策が採用される⁽²²⁾。「水防災意識社会の再構築に向けた緊急行動計画」が策定されてきている。また、水防法の改正が行われ、要配慮者利用施設の避難計画を構築するために居住者に関する情報収集が行われようとしている。この種の情報は、災害対策基本法との関連でも、情報収集が地方公共団体に求められているが、共通する側面もあり、河川管理者の役割も、これまで以上に重要になってきている。

河川管理者に課せられてきているこれらの課題は、従来の治水行政の枠を超えており、河川管理の枠組で取扱うのか、河川管理とは異なる課題とみるのかは、公物法とりわけ公物に対する物権的支配権を根拠とする見解から、検討を要する課題である⁽²³⁾。

(21) タイムラインについての解説として国土交通省水災害に関する防災・減災対策本部防災行動計画ワーキング・グループ『タイムライン(防災行動計画)策定・活用指針(初版)』平成28年8月、<http://www.mlit.go.jp/river/bousai/timeline/>がある。

(22) これも相当の情報が提供されているが、さしあたり、平成27年12月に答申として社会資本整備審議会から出された、「大規模氾濫に対する減災のための治水対策の在り方について～社会意識の変革による「水防災意識社会」の再構築に向けて～」がある。また、水防法の改正に関しても、情報を取得することができる。

(23) 実務の考え方では、河川法上の権限、水防法上の権限など、根拠法との関係で説明をしてきているという。勿論、法の根拠の無い責務、例えばタイムラインなどについて、どの様な議論が成り立つか、今後の検討課題である。

Ⅲ 最高裁判決に現れた新たな公物管理権論の可能性

公物管理権の根拠を公物管理法に求める伝統的な見解によると、公物管理を目的とする行為は公物管理法を根拠とする。民法一般を根拠とする行為は、その法的根拠を所有権等の私法上の権原を根拠とするので、公物管理を目的とする行為とはなり得ないことになる。あくまで私法上の所有権等は、公物管理目的を達成するための規制の対象であり、例えば道路法4条は、この意味で所有権の行使を規制しているということになる。しかし、公物の管理目的を達成するための行政行為は、法律を根拠に認められ、当然、法律に認められない行政行為を行うことは違法となる⁽²⁴⁾。

しかし、たとえば道路法で定められた行政行為では目的を達成する上で不十分な場合、道路管理者には他にいかなる手段が認められることになるかが問題となった。本章では、最高裁平成18年2月21日判決（民集60巻2号508頁）（以下、本件最高裁判決という。）を素材に、伝統的公物法にかかわる判例の変化を検討する。

本件最高裁判決を理解する上で、まず、簡単に事実関係を見ておきたい。日本において、1870年代初頭に、近代化の一環の下、地租改正が行われた。地租改正とは、官有地（国有地）と民有地（私有地）を区別し、民有地は課税の対象とされた。民有地とされる地域には、実はそれまで地域住民の共用にされていたが、地租改正の下で地域の長の私有地とされた所もあり、課税を回避するため、この時期に多くの民有地が国に寄付されることになった。ここで紹介する事件で問題となった土地も、地租改正の際に個人から国に寄付され、公道用地として利用されてきた土地である。この事件が発生した当時は、この土地は、国から地方公共団体への無償貸与地とされ、地方公共団

(24) 供用開始行為や供用廃止行為は、一般に、行政行為と理解されているが、なぜ行政行為なのか問題と指摘するものもある。芝池義一『行政法読本第4版』（有斐閣・平成28年）25頁を参照。ドイツ連邦手続法35条第2文は、供用開始行為などを行政行為と規定しているが、物の性格の変更（私物を公物に変更すること）にその理由を見出す。この点の歴史的検討は興味深い。

体が道路法上の道路として管理してきている土地である。しかし、寄付された段階で登記簿上の名義人の変更が行われず、近時になって不動産会社が登記簿上の名義人となり、問題となった土地について、道路管理者である地方公共団体に対し時価買取もしくは代替地の提供を求め、これが拒否されると、道路の当該部分を自己所有地として、道路の通行を妨げる屋台の設置や杭の打ち込みなどをするようになった。この道路は交通上重要な道路で、道路管理者である地方公共団体は、道路通行の妨害行為が行われるたびに交通の妨害行為に対応していた。道路法上、交通の障害物に対しては、除去命令を行うことができるが、障害物が置かれるたびに、除去命令をし、不服従に対し、代執行などの障害物除去を行うこととなった。そこで、より適切に処理するため、公物管理者である地方公共団体が、妨害の予防請求を求めるに至った事件である。しかし、道路法には妨害予防を命ずる行政行為は定められておらず、行政行為を行うことはできないと判断せざるを得なかった。そこで地方公共団体は、民法上の占有権に基づく当該請求を行った。当然、ここで、道路管理目的で行われる行為が、私法上の権原を根拠に行うことができるかが問題となったのである。

1) 控訴審判決にみる伝統的公物管理法

この事件で、東京高裁の判決⁽²⁵⁾（以下、「本件控訴審判決」という。）は、伝統的な公物管理法理に即した結論を出している。すなわち、(1)「本件道路について民法上の占有権がある」が、(2)ア)道路法に定めた道路管理者の権限についての規定をあげた上で、「このような道路法の規定に照らせば、同法は、道路管理者に対して、民法その他私法上の権限とは全く無関係に、道路としての機能を管理する権限（以下「機能管理権」という。）を与えたものと解される」とし、イ)「機能管理権が道路法により独自に道路管理者に与えられたものであることからすれば、その権限の内容、範囲は、同法が定めるところに限定されるというべきである」として、地方公共団体の

(25) 東京高判平13年10月30日判時1781号102頁。

行った占有権に基づく予防的妨害排除請求を認めることができないとした。また、占有権に関わる民法の規定に関して、「機能管理権は、あくまで道路を一般交通の用に供するために行使されるものであるから、これを行使することが、当然に、民法180条にいう『自己ノ為メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スル』ことに当たるといってもできない」とし、民法の規範理解についての伝統的な理解が示されている。

この様に、本控訴審判決においては、公物管理権は民法など私法上の権原とは切り離されており、公物管理を目的とする行為を民法を根拠に行うことはできないとする。この様な理解には、伝統的公物法理論、なかんずく田中公物法理論の基本的考え方が示されているといえる。

これに対し、類似の事件ではあるが、私道が問題となった事件がある⁽²⁶⁾。この東京高裁の判決は、民法上の権原を根拠に、妨害予防請求を認めている。この事件では、承役地たるべき他人の土地上に通路を開設していた地方公共団体は、「時効取得による通行地役権」を取得し、通行地役権に基づき、「承役地の妨害予防を求める限度において正当として認容」とした。私道については民法上の権原を根拠に妨害予防を請求することができるが、公道ではかかる請求はできないという理解は、この二つの控訴審判決が示しているところである。結局、一方で、妨害予防命令処分という公権力の行使としての作用について、道路法に根拠規定を見出すことができず、いつ生ずるか分からない交通の妨害に事前に対処することはできないことになる。他方で、民法上の権原を根拠に、公物管理を目的とする司法手続をとることはできず、また道路法4条をめぐる一つの見解として、所有権を根拠と

(26) 東京高判昭58年4月27日判時1080号56頁。これまで一般公衆の通行の用に供してきた土地について、私人からの寄付による所有権取得もその後の占有も認められないとし、本件土地は私有地であり道路法上の道路でもないが、本件道路が「道路網の一環を完成して交通に至大の利便をもたらす」とし、「本件道路を日常利用するものは総じて控訴人が本件道路を管理して講習の通行の用に供しているものとみなしている」として、公道を要役地とし本件道路を承役地とする通行地役権を認め、その時効取得にかかる通行地役権を根拠に、妨害予防請求を認めた事件である。

する権利主張は認められないとされていたので⁽²⁷⁾、所有権を根拠とする公物管理を目的とする行為もなし得ない。地方公共団体による、公衆の利用に供された道路であっても、私道に関しては、民法上の権原を根拠に、公益を保護することが認められるが、公道に関してはこの点限定されるという制度上の違いには問題があるといえよう。公法と私法との区別が相対化する中、公道と私道との区別お意味も検討されるべきである。従来の考え方によれば、本来、公道の所有権規制による公的機能の確保は、私的所有権に基づく公衆の私道の通行利益保護の脆弱性・困難さと比して明確であるとするのが、公道と私道とを区別する本来の根拠であったが、この事件には公道と私道の区別には、この二つの事例に見出すことのできる矛盾が表れている。

2) 伝統的公物法理の修正を行った本件最高裁判決

これに対し、本件最高裁は、公物管理者である地方公共団体が、公物の機能確保を目的として、私法上の権原を根拠に、公物を管理するための行為を行うことを適法とみなす判決を提示した。

この判決は、本件控訴審判決の上告審判決であるが、道路管理者の占有権⁽²⁸⁾に基づく妨害予防の請求を認めた。この事件で、最高裁は⁽²⁹⁾、「地方公共団体が、道路を一般交通の用に供するために管理しており、その管理の内容、態様によれば、社会通念上、当該道路が当該地方公共団体の事実的支

(27) この点については、藤田宙靖「道路の公共性とその限界（概括）」日本土地法学会編『土地信託・道路の公共性とその限界』（有斐閣，昭和63年）92頁以下〔97頁〕及びシンポジウム〔155頁〕、広岡隆「道路法4条の私権制限」同『公物法の理論』（ミネルヴァ書房，1991年）103頁以下。道路法4条の、「私権を行使することができない」という文言をどの様に理解するかが争われてきているが、最高裁判決に関する解説において、「時の判例」ジュリスト1335合106頁（三木素子担当）は、私人が権利行使することを制限すると理解できるとする見解が多数派として紹介されている。

(28) この事件であえて所有権に基づいて請求するのではなく占有権に基づいて請求する理由は、所有権について、国と私人との間での争訟があったことによると想像できる。占有権は、あくまで「現在、物を保存・管理している状態にあれば、その状態をそのまま維持することが出来る権利」「利用状態をそのまま継続することが出来る権利」（鷹巢信孝『所有権と占有権－物権法の基礎理論－』（成文堂，平成15年）161頁）であって、管理する法的根拠として所有権を根拠とすることが望ましいであろう。

(29) 最判平18年2月21日民集60巻2号508頁。

配に属するものというべき客観的關係にあると認められる場合には、当該地方公共団体は、道路法上の道路管理権を有するか否かにかかわらず、自己のためにする意思をもって当該道路を所持するものということができるから、当該道路を構成する敷地について占有権を有する」とした⁽³⁰⁾。公物管理を目的として民法上の権利を行使することが認められるという最高裁の判断は、公物管理権と財産管理権とを区別する従来の考え方に再検討を求めるものということではできよう⁽³¹⁾。

道路に関する判例の中には、形式上私物であっても機能的には公物と同じもの場合には、むしろ伝統的の公物法理を適用し、逆に、形式的な意味では公物であっても、私物と同様の扱いを受ける⁽³²⁾。

3) 地方分権一括法制定後、国有財産とされた赤線・青線の所有権が、地方公共団体に譲渡されてた。当然、管理者である地方公共団体によって認可（供用開始行為）され、道路法の適用される公道（市町村道）となることも多い⁽³³⁾。しかし、その後も供用開始されることなく、しかし事実上は道路とされて利用されてきた場合もある⁽³⁴⁾。里道として事実上通行されてきた道路について、民法上の利用権の根拠として囲繞地通行権を争う事件がある。通行権を主張する根拠は、従来の道路利用に加えて、自動車による利用が認められるか否かが争われた⁽³⁵⁾。民法上の議論としては異なる議論にもなり得るようであるが、私人の土地所有権に帰属しながら、地目は公衆用道路とされている土地の利用権が争われている点は注目されると思われる。

(30) 道路管理者に占有権が認められれば、民法199条に基づき、占有の妨害の予防をは当然認められることになろう。ただ、本件では、差戻審で和解したとのことである。

(31) この最高裁判決に関する解説は相当あるが、前述の「時の判例」の他、新井剛「判批」判時1968号187頁（判例評論582号9頁）、山本・前掲書（注（7））29頁等を参照。

(32) この点について、磯村前掲論文（注（5））22頁以下を参照。

(33) 大阪高裁平成26年6月18日判決（判例自治405号）10頁以下。磯村篤範「道路上に設置されたブロック塀撤去に係る行政代執行取消等請求酵素事件 奈良県河合町」判例地方自治417号12頁。

(34) 大阪地裁平成28年4月14日判決（判例自治419号）16頁以下。

(35) このことについて、野村泰弘「自動車による囲繞地通行権－人格権と転売目的－」島大法学第53巻第1号1頁以下。

IV 管理権の守備範囲と法的根拠

今日の行政法教科書では、公物法を記載していないものがある。また、行政法各論の教科書もきわめて少なく、道路法や河川法を説明する著書は、それぞれ独自の法制度として説明するものはあっても、行政法各論という枠組の中に位置づけて議論する著書は少なくなっている。一般論としての公物法理と個別の領域の公物の法理との関係を検討する議論も少なくなっている⁽³⁶⁾。政策と訴訟の違い、公物管理責任を担うための権限行使なのか、公物管理とは異なる、しかし公物管理責任を担う者によって行われるのか、そもそも公物管理責任はすべて法的根拠を要するのか、自由な判断にゆだねられているのか、なお検討しなければならない問題がある。

公物の一般法と各領域の公物の議論とが如何なる関係にあるかということが、ドイツにおいて改めて論じている。たとえば、Ulrich Stelkens（ドイツ・シュパイヤー行政大学・教授）は⁽³⁷⁾、公物に関する法理を、「公物の法」(Das Recht der öffentlichen Sachen)と公法上の物権(Das öffentliche Sachenrecht)とに区別した上で、各論の議論として道路法や河川法をあげ、他方、公法上の物権は、行政処分や行政契約と同様、行政活動に一般的に妥当する法理を展開するという。したがって、公物法は、行政法各論に組み込まれ、公法上の物権法は、行政法総論に組み込まれることになる。勿論、道路法や河川法で検討される法は、様々な行政活動が一つの領域に組みこまれた規範として論じられることになる。反対に、公法上の物権という枠組で論じられる議論は、あくまでも物権を根拠に論じられるものとなる。

(36) 曾和俊文『行政法総論をまなぶ』（有斐閣・2015年）（2頁）は、公物法を総論に入れるのでは無く各論において採用すべきと指摘している。公物法として各論に入れるのか、道路法、河川法として、各論に組み込むのかについては明示していない。

(37) Vgl. Von Ulrich Stelkens, Das Recht der öffentlichen Sachen Allgemeines Verwaltungsrecht, Besonderes Verwaltungsrecht, Trümmerhaufenß oder was? Die Verwaltung Bd. 46, 2013, S. 493 ff. 公物の法か公法上の物権法かは、かねてからの議論であるが、Vgl. Michael Kromer, Sachenrecht des öffentlichen Recht Probleme and Grundlagen eines Allgemeinen Teils des öffentlichen Sachenrecht, Diss. 1985.

河川法や道路法が包括的な公物管理権を付与するのではなく、様々な法に基づき、管理目的を達成するための責任を課せられ、その中のそして最も基本的な法源として、所有権等が存在すると考える可能性はあり得るとすることができる。

今後の検討課題として再認識させられる問題は、公物管理権の根拠を所有権等とする見解によると、Stelkensの指摘する「公法上の物権」の議論となるのかということといえる。河川管理において今日重要な課題となっている情報行政は、物権に基づく河川管理の枠から外れるものとされ、あらためて、河川管理者の管理責任の検討を要するものとなるのではないかと考えられる。

公物・私物の峻別論は今日再検討されている。公法と私法との区別の相対化、民営化等に伴う今日の社会的責任の再配分は、公衆の利用に供された物の社会的機能に即して検討すべきと考えられるのではないかと思う。社会的共通資本⁽³⁸⁾などの議論にある公的サービスの社会的共有の考え方は、今後の公的サービスの法的枠組の再検討の基礎となろう。公的サービスの再検討をする上で重視しなければならない問題点は、利用者の法的地位であると言わざるを得ない。これまで、公共用物の自由使用は、反射的利益であって、共用廃止行為の場合は特例があるとしても、基本的に保護法益とは認められない。しかし、公的サービスを利用者への利用の保障と考えると、利用者の享受する利益には様々な法的保護の方法が考えられるべきであろう。例えば、国家賠償法2条による損害賠償責任が認められる場合とは、「通常有すべき安全性」を欠くとみなされたことを意味する。であれば、利用者としては、道路管理者に対して、利用者は「通常有すべき安全性」に基づく管理を求めることができるのではないか、もしできるとすると、それは法的請求権を利用者に認めることができるのではないかという可能性を検討することが

(38) 宇沢弘文『社会的共通資本』（岩波書店、2000年）、古くは、宮本憲一『社会資本論』（有斐閣、1967年）などがある。

求められるのではないかと考えられる⁽³⁹⁾。

所有権等を根拠とする、おそらく公物管理の守備範囲が拡張する以前の公物管理は、人と物とが一体となつて提供されるサービスいわゆる营造物⁽⁴⁰⁾とは区別されていたが、今日、たとえば情報の収集や共有そして活用による、従来の管理の範囲を超えた公物の機能の拡張を認めることによって、公物あるいは营造物概念は拡張され⁽⁴¹⁾、地方自治法の「公の施設」いわゆる公共施設概念の下位概念になるのではないかと思われる⁽⁴²⁾。

(39) 磯村篤範「公物・公共施設の利用関係」『行政法の争点（ジュリスト増刊 新・法学の争点8）』（有斐閣、2014年）226頁以下を参照。

(40) 我が国における营造物概念についての検討は、塩野宏『O・マイヤー行政法学の構造』（有斐閣・昭和37年）237頁 营造物概念の機能について、大久保規子「营造物理論と課題」一橋論叢102巻1号（1989年）103頁を参照。

(41) 芝池義一『行政救済法 第三版』（有斐閣・2006年）280頁を参照。

(42) この点、田村悦一「公物法総説」雄川一郎・塩野宏・園部免夫編『現代行政法大系9 公務員・公物』（有斐閣・昭和59年）239頁の議論の検討が求められる。なお、公物と营造物との区別をしないというフランス行政法の検討に、今後の検討が期待される。木村琢磨著『港湾の法理論と実際——行政法・財政法からのアプローチ』（成山堂・平成20年度）、同「公共施設の管理者の意義に関する若干の整理（一）～（二・完）」千葉法学第90巻第3号64頁、同4号39頁以下、福重さと子「フランス公物法理論における反所有権的観念——フランス公物法理論の生成——（一）～（二・完）」法学論叢（京都大学）165巻3号、166巻1号（平成21年6月～10月）；論文「モーリス・オーリウによる公産の所有権概念——主観的権利概念による行政法体系と所有権——（一）～（二・完）」法学論叢（京都大学）169巻1号、4号（平成23年4月～7月）；判例評釈「海岸法37条の4の一般公共海岸区域の占用の不許可処分が裁量権の踰越・濫用があったとして違法とされた事例」法学論叢（京都大学）169巻5号（平成23）を参照。