

論説

公共用物上の不法占拠者の排除 ——公物管理権の法的性質試論

2012 年 4 月入学

土井 翼

I. はじめに

- 1 四半世紀越しの問い
- 2 公物管理権論という視座

II. 問題の整理

- 1 公物管理権の法的根拠に関する学説
 - (1) 公所有権説・私所有権説
 - (2) 包括的管理権能説
 - (3) 所有権説
- 2 近時の裁判例をめぐる議論
 - (1) 最判平成 8 年 10 月 29 日民集 50 巻 9 号 2506 頁
 - a 事案
 - b 判旨
 - c 検討
 - (2) 最判平成 18 年 2 月 21 日民集 60 巻 2 号 508 頁
 - a 事案
 - b 判旨
 - c 検討
 - (3) 最判平成 3 年 3 月 8 日民集 45 巻 3 号 164 頁
 - a 事案
 - b 判旨
 - c 検討
- 3 小括

III. 問題の検討

- 1 権原・占有・管理権
 - (1) 権原思考の限界
 - a 問題解決能力への疑問
 - b 「慣行」の位置づけ
 - (2) 公物管理権論の視座転換：占有説
 - a 「慣行」の法的意義？
 - b 占有の公物管理権論における意義
 - c 公共用物の占有は可能か？
- 2 占有・管理権の性質
 - (1) 行政主体の占有の成立要件
 - a 「自己のためにする意思」
 - b 「所持」：管理権限の要否
 - (2) 行政主体の占有の性質
 - a 総説
 - b 道路
 - c 河川
 - d 都市公園
 - e 海
 - (3) 公物管理権と占有の関係

IV. 問題の解決？

- 1 公物管理権の法的性質
- 2 公共用物上の不法占拠者の排除
- 3 再び獲得される問い

V. おわりに

I. はじめに

1 四半世紀越しの問い

ある行政主体が道路として長らく管理してきた土地に何者かがやってきて、バリケードや小屋を許可なく設置することによって道路の通行を妨害する氣勢を示し、あるいは実際に妨害を始めたとする。このような設例を耳にするとき、われわれのほとんどは、行政は道路管理の責任を果たしてその妨害者を排除すべきだという結論に同意するだろう。では、具体的にいかなる主体が、どのような手続によってそれを実現すべきなのか。

もちろん、そのような状況に対応する具体的な方策を挙げることは、場合によっては容易でもある。たとえば、道路法には道路管理権についての定めがあり、上記設例の道路に道路法の適用がある場合には、道路管理者が、同法上の監督処分（同法 71 条 1 項）に基づいてなす略式代執行（同条 3 項）により現に妨害を行う者を排除することができる。また、行政主体が当該道路敷地の所有権を有する場合には、当該行政主体が、所有権に基づく土地明渡請求や妨害排除請求を妨害者に対して行うことも考えられる。

だが、より切実な問題は、そのような措置が執れない場合があることである。たとえば、道路法の規定は妨害予防を可能にする仕組みになっていないから、道路交通を妨害することを予告して行政に脅しをかけてくる私人に対して、道路法の規定は無効である。また、そもそも行政内部においてその管理について法的に責任をもつべき主体がだれなのか、つまりそれが市町村なのか、都道府県な

のか、国なのか、あるいはそれ以外の主体であるのかさえ不明確で、だれが責任をもって妨害者を排除すればよいのかも定かではないこともある。さらには、公共用物には所有権の帰属が争いになる物件もあるから、所有権に基づく請求に頼ることができない局面も存在する。このような事態に直面したときにこそ、先の問いはより切実さをもってわれわれに迫ってくることになる。

「この問題〔法定外公共用物¹⁾を不法占拠する者がいる場合、だれがどのような法的手続をとればよいのかという問題〕については、事例が相当数にのぼるにもかかわらず、いまだに明快な結論が得られていない²⁾。学者はほとんど議論していない」（注は筆者）。今を遡ること 25 年前、ある裁判実務家によってこのような指摘がなされた³⁾。そして、その指摘から 20 年経った後に出版された同書の改訂版にも、同じ記述が依然として残されている⁴⁾。このことは、日本の行政法学が、この領域について公共用物実務の要望に応える十分な成果を生み出してこなかったことを意味する。「法律学ほど実務に近くあるべき学問は無い」⁵⁾とすると、このような状況は解消されなくてはならない。

2 公物管理権論という視座

本稿は、このような状況を解決するための小さな試みの第一歩である。そして、そのために本稿は、公物管理権の法的性質論というトピックスへと踏み出す。以下では本論に入る前に、本稿がこの問題状況の解決を試みるにあたり、なぜ公物管理権の法的性質に着目するのかについて、簡単に説明しておく。

公物管理権とは、公物管理者の権能を意味

1) 引用箇所において具体的に言及されているのは法定外公共用物、すなわち個別公物管理法の適用をみない公共用物（なお、後掲注 58）も参照）に関する問題であるが、それ以外の公共用物についても妨害排除にまつわる課題がそれほど検討されていないのは同様である。

2) なお、法定外公共用物のうち、普通財産（国有財産法 3 条 3 項）として管理されているものについては、財務省理財局通達「不法占拠財産取扱要領」（平成 13 年 3 月 30 日財理 1266 号）が、原則として所有権に基づく返還請求権を行使するとともに、不法行為に基づく損害賠償請求権又は不当利得返還請求権を行使すべきとしている。

3) 實金敏明『里道・水路・海浜——法定外公共用物の所有と管理』310 頁（ぎょうせい、1989）。

4) 實金敏明『里道・水路・海浜——長狭物の所有と管理（4 訂版）』333 頁（ぎょうせい、2009）。

5) 木庭顕『法科大学院と実定法学』『現代日本法へのカタバシス』298 頁、299 頁（羽鳥書店、2011）〔初出 2004〕。

する概念である。その内容として公物通則法上に一般的なカタログとして挙げられるのは、①公物の範囲の確定、②公物の維持・修繕、③公物に対する障害の防止、④公物隣接区域に対する規制、⑤他人の土地の立入・一時使用、⑥使用関係の規制などである⁶⁾。そして、このうちの③の点において、公物管理権は公共用物上の妨害者の排除という問題と関わることになる。

この点に関連して、最判平成8年10月29日民集50巻9号2506頁は、原告たる行政主体が道路管理者としての道路土地の管理権に基づいて道路上の不法占拠者を排除することを認めている。この判示は従来ほとんど注目を集めてこなかったが、上記のような個別公物法の尽きた領域で妨害排除をいかに実現するかという観点からは、この判決が従来の公物管理権の法的性質論・法的根拠論との関係でいかなる位置づけがなされるのかについての検討を行うことの意味が認められる。さらに、地方公共団体が道路を管理しているという事実に基づいて当該地方公共団体の道路敷地についての占有を認定し、妨害者に対する占有訴訟を肯定する方向を示した最判平成18年2月21日民集60巻2号508頁もこの観点からは興味深い判決だといえる。このようなことから、本稿は上記問題を検討するにあたり、公物管理権の法的性質論という見地から議論を進める。

この点についての本稿の診断を結論のみ先に述べれば以下のとおりになる。これまで示されてきた公物管理権の法的性質に関する諸理論は、もっぱら実定法が行政主体に付与した権原から公物管理権を考える、いわば「権原思考」を共通の基盤としている。しかしながら、公共用物上の不法占拠者排除の問題を念頭におくと、そのような思考には限界があることが明らかになる。そして、その限界を乗り越えて不法占拠者排除問題への解決の道筋を示すためには、公共用物を取りまく事実を取り込むことのできる法的枠組み、具体的には占有から公物管理権を考える、いわば

「事実思考」が要請される。

本稿は、このような観点から公共用物の占有について考察することを通じて、不法占拠者排除という問題の解決を図り、またさらには今後の公物法理論を検討する基礎を構築することを目指す。そのため、本稿の検討は公共用物上の不法占拠者の排除という問題を中心としつつも、より一般的・抽象的に公物管理権の性質論にも及ぶことになる。

以下では、まずはこれまでの公物管理権の法的根拠に関する学説（Ⅱ 1）及び公共用物の不法占拠が問題となった裁判例（Ⅱ 2）を概観し、従前の議論のうち不十分であった点を浮かび上がらせることを目指す。そしてその後に、Ⅱにおける検討によって明らかになった問題点を掘り下げつつ（Ⅲ 1）、公物管理権の法的性質について占有という視座から検討を加える（Ⅲ 2）。最後に、Ⅲで獲得された公物管理権のイメージから、不法占拠者の排除という問題がいかに解決されるかを簡単にまとめ、今後の展望を述べる（Ⅳ、Ⅴ）。

Ⅱ. 問題の整理

本章では、日本における近時の裁判例の検討を通じて公物管理権の法的根拠に関する問題を整理し、Ⅲにおいて公物管理権の法的性質についての考察の基礎とする作業を主として行う（Ⅱ 2）。しかし、その出発点として、まずはこれまでの日本の学説が公物管理権の法的性質及び法的根拠をどのように捉えてきたのかについて概観する（Ⅱ 1）。この作業を前置することで、諸裁判例の検討において、学説が何を語り、何を語りえていないのかが、より明確になることと思われるからである。

具体的な検討に入る前に、公物管理権の法的性質を検討するとして、なぜその法的根拠という観点から分析を行うのかについて付言しておく。そもそも公物法一般理論を打ち立てることの大きな意義の一つは、日本には実

6) 塩野宏『行政法Ⅲ（第4版）』376頁（有斐閣、2012）、原龍之助『公物營造物法（新版増補）』220頁（有斐閣、1982）参照。

定公物法の適用対象とならない公物が多く存在するところ、そのような公物に対する行政の管理をいかに規律するかを検討するトポスとなる点にある⁷⁾。このような観点からは、そのような個別公物法の適用がない公物に対して現実になされている行政主体の管理が、そもそも法的にはいかなる根拠で行われていると評価すべきなのかということをもまずは検討すべきであろう。さらに、そのようにして考察された公物管理権の法的根拠は、翻って個別の実定公物法の解釈にあたっても、指導原理としての役割を果すことが期待される。このような意味で、公物管理権の法的根拠は考察するに値する問題なのである。

1 公物管理権の法的根拠に関する学説⁸⁾

公物とは、行政主体により直接に公の目的に供用される個々の有体物である⁹⁾。そして、公物を公の目的に供用するためにはその管理が必要であり、公物についての行政作用は、公物管理権の発現として現れることになる。このような点に争いはないが、そのような公物管理権の法的根拠については、公物一般理論上に対立が見られる。

そこで、以下ではそうした対立する諸見解を時系列に沿って整理し、議論を概観することとする。なお、公物管理権の法的根拠が語

られる際には、それは論者の公物管理権の性質理解と不可分に結び付けられることが普通であった。そして、本稿の窮極的な目的も、公物管理権の法的性質を解明するところにある。そこで、以下の叙述においても、必要に応じてその点について言及することとする。

(1) 公所有権説・私所有権説

戦前は、国又は公共団体が公物に関して有する権原をどのように理解するかについて、それを公権たる公所有権だと解する美濃部達吉による公所有権説¹⁰⁾と、それを民法上の所有権だと解する佐々木惣一による私所有権説¹¹⁾との対立が語られた¹²⁾。

そして、本稿が考察の対象とする公物管理権の法的根拠との関係では、美濃部は、「公物管理権は即ち所有権の現はれに外ならない」¹³⁾とするのに対して、佐々木は、公物管理権は「公物ノ所有権ノ作用ニ非ズ、之ト独立セル行政作用ナリ」としている。佐々木はそうのように考える根拠として、「公物ガ之ヲ管理スル行政ノ主体ノ所有物ナルトキハ一見其ノ管理ガ所有権ノ作用タルニ似タレドモ、行政ノ主体ガ他有公物¹⁴⁾ヲ管理スル場合ヲ見バ、其ノ然ラザル事明ナリ」(注は筆者)¹⁵⁾と述べる。

つまり、佐々木は公物管理権の法的性質を法的根拠とは無関係のものとして理解し、それは行政作用だと述べるのみである。これに対して美濃部は、佐々木が想定するような場

7) 塩野宏の「公物法一般理論は……制定法の有無にかかわらず個別の關係に適用すべき關係を発見する体系である」(塩野・前掲注 6)349 頁)という理解は、同旨をいうものとして理解できる。

8) 以下で検討する公所有権説、私所有権説、包括的管理権能説、所有権説の諸見解は、その内部に複数の論者をもつ場合もある。だが、本文では各見解の代表的論者と目される人物の見解に当該見解を代表させることとし、見解内部での相違については捨象する。

9) 美濃部達吉『日本行政法(下)』775 頁(有斐閣, 1940), 原・前掲注 6)61 頁, 田中二郎『新版行政法(中)(全訂第 2 版)』305 頁(弘文堂, 1976), 塩野・前掲注 6)348 頁参照。

10) 美濃部達吉「公法上ノ所有権ノ思想ニ付テ」法学志林 10 卷 9 号 1 頁, 11 号 15 頁(1908), 同・前掲注 9)775 頁。

11) 佐々木惣一「公物ヲ論ズ」国家 23 卷 9 号 1278 頁(1910), 同『改版日本行政法総論』231 頁(有斐閣, 1924)。

12) 典型的には、田中二郎「公物の法律的構造」『公法と私法』149 頁(有斐閣, 1955)[初出 1940]。ただし、本文で述べるようにこの対立は公物に関して行政主体が有する権原をめぐる争いであり、公物管理権の法的根拠をめぐる対立ではないことには注意しなくてはならない。

13) 美濃部・前掲注 9)786 頁。なお、引用部は適宜現代語化した。

14) 他有公物とは、その民事法上の権原を有する主体と管理権を行使する主体とが分離している公物を指す。佐々木の主張は、他有公物についてはその管理主体が所有権を有さないから、公物管理権は所有権の現れとはいえない、ということだと整理できる。

15) 佐々木・前掲注 11) 総論 238 頁。

合であっても行政主体は公法上の使用権を有しており、「所有権と使用権との差異は有るが、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、其の使用権の場合にも……私権として見るべきものではない」¹⁶⁾とする。つまり、美濃部は公物管理権の法的根拠とその法的性質とを連結させて考える姿勢を他有公物についても維持している。

佐々木の公物管理権に関する見解は、公物管理権を行政作用だと述べるのみであり、そこから具体的な規律が引き出せるものではなく、その点に不満が残る。また、美濃部の見解は、公物管理権が公権だということを前提としている点¹⁷⁾、「公物管理権は即ち所有権の現はれに外ならない」とすることと、他有公物の場合には使用権が公物管理権とされることとがいかなる関係に立つのか定かではない点に疑問が残る。

(2) 包括的管理権能説

このように公所有権説と私所有権説の対立が存在したところ、田中二郎がこれらの見解に共通する問題点を指摘し、いわゆる包括的管理権能説を提唱することとなる。

田中によれば、美濃部のように公物に対する民法上の所有権の成立を一切否定すること、佐々木のように公物に対する所有権は民法上の所有権と同一だとすることも論理的には可能であり、立法政策の問題である。そこで、真に必要なことは「具体的な法に付て、それが如何なる類型に従って規定されて居るかを判断すること、否その具体的なあるがままの姿に於て把握すること」¹⁸⁾だとされる。

そのような問題意識から田中は考察を進め、公所有権あるいは私所有権から演繹的に公物法の性質を論ずることを戒める。そして、実定公物法の公物管理権の具体的内容を検討すると、公の支配権の発動たるもの（公物の使用・占有の特許等）、私法上の行為と解すべきもの（道路建設工事の請負契約等）、単なる事実行為にすぎないもの（道路の維持修繕等の工事等）等があり、そのような多様な類型を総合する一般的定義としては、「公物管理権というのは、行政主体が公物について公物本来の機能である公共用また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な権能である」¹⁹⁾とするに至る。

そのような問題意識が田中を支配していたから、田中が公物管理権の根拠を「公物法（実定法又は慣行）の定め」²⁰⁾とするのは、自然なことであったといえることができる。なお、本稿の問題関心との関係では、田中がここで公物管理権の根拠に「慣行」を含めていることが注目すべき点として挙げられる。慣行とは、すなわち国・地方公共団体が管理を行ってきたという事実への着目に基づいて導かれる法的評価である。実定法上の公物管理権、つまり権原の重要性を説く田中であっても、このようにより事実に着目した法的評価を含めなければならないという点に、公物管理権の性質が現れているように思える²¹⁾。

公物管理権の根拠としては、この包括的管理権能説が行政実務においては支配的な見解だとされている²²⁾。しかし、そもそも公物管理権の法的性質を論ずる重要な意義は、本

16) 美濃部・前掲注 9)786 頁。

17) 今日では、公法・私法の違いは、解釈論上の結論をそこから演繹的に導く道具概念としては有効ではないという指摘が塩野宏により夙になされているところである（塩野宏『行政法Ⅰ（第5版補訂版）』27 頁（有斐閣、2013）参照）。

18) 田中・前掲注 12)157 頁。

19) 田中・前掲注 9)316 頁。

20) 田中・前掲注 9)317 頁。

21) この点については後にⅢ 1 (1) b で詳述することとする。

22) 齊木敏文「公物管理権の性質」藤山雅行＝村田斉志編『新・裁判実務大系(25)行政争訟（改訂版）』457 頁（青林書院、2012）。その根拠は必ずしも定かではないが、同論文が示すところを再構成すれば以下の2点を挙げることができよう。しかし、いずれも本稿の結論を覆す論拠たりえないように思われる。まず、①個別公物法がない国有の法定外公共用物の管理は市町村が行うべきものと理解されていたが、市町村は所有権や私法上の使用権を有していないために、公所有権説や後述する所有権説ではその公物管理を説明しがたいことがある。たしかにこの事実は公所有権説や所有権説の問題点を示しているが、しかし積極的に包括的管理権能説を論証することにも

章(Ⅱ)冒頭においても述べたように、実定公物法が存在しない局面において發揮される。Ⅱ2で取り扱う裁判例にも現れているが、現実の紛争は、実定公物法の規定のいわば穴となっている部分の処理が問題となったものであり、そのような問題に対処できない包括的管理権能説には、実定法解釈の重要性を説くという貴重な意義を有していたにせよ、公物法一般理論としての有用性には疑問が残る。

(3) 所有権説²³⁾

このような問題が包括的管理権能説には指摘できるところ、塩野宏は「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る」とし、そのような場合に「それ〔公物管理法〕を単に慣行というだけでは……法的説明としては説得性を欠く」と述べた上で、「物に対する別の権原つまり所有権その他の利用権が管理権の根拠であり、公物管理法が制定されている限りにおいて、管理権の根拠はこれに吸収される、という見方が妥当なのではないか」²⁴⁾と所有権説を主張する。このような問題意識を捉えるならば、所有権説

は包括的管理権能説を否定するものではなく、包括的管理権能説が慣行の定めとして処理していた部分を、より洗練された形で議論することを目指し、実際にそのような意義を有する見解だということができよう。

しかしながら、所有権説に固有の問題があるように思われる。特に最大の問題点は、夙に美濃部が指摘していたように、客体の使用・収益・処分を目的とする民事法上の所有権と、客体の他者による支配を禁止する公物管理権とは、その意義が対照的であることを理論的に表現できていない点である²⁵⁾。

また塩野は民事法上の所有権その他の利用権を公物管理権の根拠として挙げるが、「その他の利用権」にもさまざまな種類のものがあり、それらを一律に論ずることができるのかという点にある。たとえば、民事法上は対世的な権利である物権たる所有権と、対人的な権利である債権たる使用借権との性質は、特に公共用物を不法占拠する私人に対しての請求の根拠となりうるかという観点からは、大きく異なるといわざるをえない²⁶⁾。

さらに、慣行による説明を説得力に欠くと

成功はしていないというべきだろう(なお、以上につき後記Ⅲ1(1)bも参照のこと)。次に、②道路敷地にプレハブ建物などを設置してそこを占拠する者に対して、行政主体が移転登記請求と妨害排除請求を行った事案にかかる最判平成8年10月29日民集50巻9号2506頁(同判決については後記Ⅱ2(1)も参照のこと)が、道路の敷地について行政主体が所有権を有することを認めずに(所有権の所在の判断については原審に差し戻している)、しかし道路敷地についての管理権に基づいて妨害排除請求を認容したことがある。ここから、所有権等の私法上の権原を根拠としない公物管理権を認めた趣旨であるとの解釈が示されることになる。たとえば、道路管理権が公権的側面と私権的側面の両面をもつ包括的・複合的な権能であるとの行政実務家による理解は、公権的側面についてこのような解釈を前提としていえると考えられる(道路法令研究会『道路法解説(改訂4版)』226頁、278頁(大成出版、2007)参照)。このような解釈それ自体が不適切であるとはいえないが、「公権的側面」について法律の規定が要求されるのであれば(仮にこれを要求しなければ、法律の根拠なく公権的作用を行政に対して認めることになり、法治国原理との関係で大きな問題が生ずる)、本文で述べる包括的管理権能説への批判が直接に妥当することになる。

23) 塩野宏の見解は「私所有権説」と整理されることもあるが、本稿はこれを単に「所有権説」と呼ぶ。前出の佐々木惣一の私所有権説が、美濃部達吉の公所有権説と対抗関係にあるものであるのに対し、塩野の見解は所有権が私的なものか公的なものかという対抗に重点を置くものではないからである。もっとも、これは呼称の割当ての問題にすぎない。

24) 塩野・前掲注6)374頁。

25) 山本隆司「公共用物の管理と占有」『判例から探求する行政法』29頁、37頁(有斐閣、2012)〔初出2008〕参照。ただ、近時では公物の経済的利用が注目されており、両者の区別が相対化している局面も存在する。

26) たとえば、地方公共団体が国有地上に使用借権の設定を受けて道路の設置・管理を行うという事例はしばしば見られてきたが、当該地方公共団体が、当該敷地を占拠する者に対して使用借権に基づいて妨害排除請求を行うことができるかは、民法上はそれほど自明の問題ではない(管見の限り、それほど議論がなされていないようである)。これに対して所有権に基づいて土地明渡請求、妨害排除請求ができることには民法上争いがないから、両者を並列して語るの、やや即断の嫌いがある。なお、本稿は、Ⅲで詳述するように公物管理権の性質論を権原に着目して展開することがそもそも限界を孕むものであると考えるから、この点の議論を緻密化することは試みない(なお、道路敷地の所有者である国と地方公共団体との間の使用貸借に基づいて地方公共団体が有する使用借権について、実質は所有権であり、妨害排除請求の法的根拠になると解するものとして、阿部泰隆「国から

して包括的管理権能説の限界を指摘する塩野自身、「〔法定外公共用物に対して〕地方公共団体が行なっている現実の公物に関する機能管理行為を法的に根拠付けることは、法定外公共用物・国有財産法上の国有財産という前提をとる限り、困難なものがある。あえて、説明するとすれば、法定外公共用物の機能管理は……国に代わって地方公共団体が行なっている慣行が成立していることを前提として法制度がくみだてられているということになるのか」²⁷⁾と「慣行」²⁸⁾による公共用物管理の説明を行なっている。この記述からも、現実の公物管理について所有権という権原のみによって思考することの限界の一端が読み取れる。

2 近時の裁判例をめぐる議論

本節では、3つの最高裁判例について検討する。その際には、それぞれの判決につき、まず事案及び判旨を紹介し、さらにそれらに対する判例評釈を検討することによって、問題の所在を指摘することとする。

なお、数ある裁判例からこれら3つの判例を選択した理由につき、簡単に述べておく。最判平成8年10月29日民集50巻9号2506頁（以下、平成8年判決）、最判平成18年2月21日民集60巻2号508頁（以下、平成18年判決）の両判決は、序論冒頭に掲げた仮想設例が現実の問題となった事案である。このような意味で両判決は本稿の問題意識の中核に触れる判例であると同時に、両判決は、不法占拠者を排除するという結論を同じくしながら、その理由付け・根拠を異にするという点でも検討に値する。

平成8年、平成18年両判決という道路を舞台とした事件が本稿の問題意識の核心にあり、それを論拠として事実と密着した占有と

いう観点が公物管理権において果たす重要性を説こうとするのであれば、果たして道路とは性質を異にする公共用物についても同様の説明が成り立つのかを検討する必要がある。そこで、道路とは対照的に常に流れゆく流水を問題とせざるを得ない河川を舞台とする最判平成3年3月8日民集45巻3号164頁（以下、平成3年判決）を検討する。これにより、道路を公共用物のプロトタイプとして考察をしつつも、他の公共用物についても同様の考察をⅢ2(2)で展開する前提作業を行うことになる。

(1) 最判平成8年10月29日民集50巻9号2506頁

a 事案

昭和30年1月21日、X市（松山市）は道路敷地としてA所有の土地（以下、本件土地）を買い受けた。しかしながら、本件土地の登記名義はX市に移転されないままになってしまった。

本件土地は遅くとも昭和44年8月以降にはX市所有の道路（市道）として一般市民の通行の用に供されており、昭和54年11月には市道金属標をX市が設置することにより、本件土地がX市の管理に係る土地であることが明確に公示された。また、X市は昭和54年に道路台帳にも本件土地が道路である旨の記載をしている。さらに、昭和58年には本件土地を含む道路につき区域決定及び供用開始決定をするとともにその旨の公示がなされた。

ところがその後、本件土地について昭和57年10月27日付けで売買を原因としてAからB₁へと登記移転がなされた。その後B₂、B₃を経て²⁹⁾、昭和60年8月15日にはYに対する所有権移転登記が経由されている。Yは、同月28日に、本件土地が市道ではない旨を主張して、本件土地上にプレハブ

の無償貸付け道路敷と住民訴訟」『行政法の解釈』267頁（信山社、1990）〔初出1987〕がある。

ただし、塩野は妨害排除措置について述べた箇所では「民法上の権原（所有権、占有権）」との表現をしているから、債権的な権原は含まない趣旨とも読める（塩野・前掲注6）387頁）。しかし、仮にそうであったとしても、所有権と占有権を同列に扱うことができるのかという問題は依然として存在し、本文に記した批判は当たると考える。

27) 塩野宏「法定外公共用物とその管理権」『行政組織法の諸問題』327頁、330頁（有斐閣、1991）〔初出1990〕。

28) この具体的内容についてはⅢ1(1)bにて確認する。

29) 民集記載の事実によれば、B₁、B₂、B₃、Yは事実上経営者を同じくする法人のようである。

建物及びバリケードを設置した。

X市は、Yに対して所有権に基づき所有権移転登記手続を、また所有権又は道路管理権に基づき本件土地に設置されたプレハブ建物及びバリケード等の撤去を求めた。

b 判旨

請求一部認容、一部原判決破棄差戻し。「四……2 しかしながら、B₁が背信的悪意者であるため、X市はB₁に対する関係では、本件土地につき登記がなくても所有権取得を対抗できる関係にあったことは、前述のとおりであるから、既に一般市民の通行の用に供されてきた本件土地につき、X市が昭和58年1月25日にした道路法18条に基づく区域決定、供用開始決定及びこれらの公示は、本件土地につき権原を取得しないでもよいということではできず、右の供用開始決定等を無効ということではできない。したがって、本件土地は市道として適法に供用の開始がされたものということができ、仮にその後Yが本件土地を取得し、X市が登記を欠くためYに所有権取得を対抗できなくなったとしても、Yは道路敷地として道路法所定の制限が加えられたものを取得したにすぎないものというべきであるから（最高裁昭和41年（オ）第211号同44年12月4日第一小法廷判決・民集23巻12号2407頁参照）、X市は、道路管理者としての本件土地の管理権に基づき本件土地が市道の敷地であることの確認を求めるとともに、本件土地にYが設置したプレハブ建物及びバリケード等の撤去を求めることができるものというべきである。」

c 検討

本判決が出された当初に主たる争点として学説により受け止められたのは、B₁が背信的悪意者であると認定された場合に、そこからの転得者であるYに対してX市が当然に登記なくして所有権を対抗できるのか否かという民法177条の解釈問題であった。そこで、本判決の判例評釈は、調査官解説を含め、その点の検討に紙幅を割き、上記判旨引用部分についての検討をほとんど行っていない

い³⁰⁾。そこで、以下の検討は評釈類の提起する論点にとらわれず、独自の観点から行うこととする。

本稿の見地からすると、本判決の先例的意義は、道路管理者としての土地管理権に基づく妨害排除請求を認めた点にある。本判決で先例として引かれている最判昭和44年12月4日民集23巻12号2407頁（以下、昭和44年判決）の事案は以下のようなものであった。国が私人Aから寄付を受けた土地上に道路を開設し、被告である北九州市が道路を管理していたが、当該土地については国への所有権移転登記がなされず、かえってAから相続や売買等を経て道路の供用開始後に所有権を取得したと称する原告が所有権移転登記を経由し、市に対して当該土地が使用できないことについての損害賠償を請求した。最高裁は、適法な供用開始行為がなされると当該道路敷地には道路法所定の制限が加えられるが、その制限は土地所有の権原とは無関係であるから、道路管理者が対抗要件を欠くとしても、当該土地を取得した第三者は使用収益権の行使が妨げられていることを理由として損害賠償を求めることはできないとし、原告の請求を棄却した。このように、昭和44年判決は、道路管理者と対抗関係に立つ私人の側が損害賠償請求を行なってきた事案において、道路法4条の私権行使制限規定が機能するためにそのような請求ができないとした判例である。

だが、本判決の事案はそうではなく、私人に対して道路管理者が請求を行う局面である。このような局面にあっても、当該私人が道路敷地の使用権原を道路管理者に対して主張することが道路法4条によって制限されるということまでは、昭和44年判決から導くことができる。しかし、それよりも積極的に、道路管理権に基づいて妨害排除請求を行うことができるか否かという問題については、昭和44年判決は何も述べていない。そして、この点について本判決も詳細には述べていないから、この点からまずは検討をす

30) 大橋弘「判解」最判解民事篇平成8年度831頁（1996）、民法学説による文献参照の意味も含めて、瀬川信久「判批」中田裕康ほか編『民法判例百選I（第6版）』116頁（2009）参照。

る。

この点は、Ⅱ 1 で言及した公物管理権の根拠をいかに考えるかという問題と密接に関連する。つまり、所有権説のように所有権を公物管理権の法的根拠とする見解からは、公物管理権のいわば背後にある所有権の効果として私人に対する妨害排除請求を行うことが肯定されうる³¹⁾のに対し、包括的管理権能説からは、公物管理権の存在が私人に対するかかる請求を可能にすると直接にいうことはできず、請求の基礎となる実定法上の規定が存在しなければならないといえる。なぜなら、道路等の公共用物を占拠する私人に対して妨害排除請求を行うということは、当該私人に対して義務を賦課する行為であるところ、法治国原理の要請からそのような行政の行為には法律の根拠が要求されるからである³²⁾。

それでも、本件での X 市の Y に対する妨害排除請求は、道路法 71 条 1 項の監督処分を行い、それに Y が従わない場合には同 3 項に基づいて略式代執行を行うことによって達成できるものであり、道路管理権の内容に包含されていたといえる。そうすると、包括的管理権能説の立場からも、道路管理権に基づいて私人に対して裁判上の請求をすることが肯定されうるといえる³³⁾。なお、このような包括的管理権能説の立場からは、道路管理権に基づく請求により私人に課される義務が行政上の義務であるとされる可能性がある。そうだとすると、最判平成 14 年 7 月 9 日民集 56 卷 6 号 1134 頁が行政上の義務履行を求める訴訟を法律上の争訟に当たらないとして不適法却下している³⁴⁾こととの関係が問題となる。つまり、道路管理権がもつばら

31) 所有権説の立場にも固有の問題があることは後述する。

32) 理論的には、塩野・前掲注 6)374 頁を参照のこと。実務上も、本文で述べたことと同様の理由から、公物管理権の管理権それ自体を根拠に民事訴訟を提起することは不可能と考えられているようである（寶金・前掲注 4)344 頁）。静岡地判昭和 49 年 5 月 30 日行裁集 25 卷 5 号 470 頁も「公物管理権という公法上の権限を……侵害の排除を司法裁判所に請求することのできる私法上の権限と解することもできない」としている（ただし、傍論に近い形ながら「公物の存立そのものがおびやかされるような極端な場合」には請求を認める余地があると留保を付す）。

33) それでも、行政主体は法に規定されている代執行を行うべきであり、司法的救済を求めるべきではないとの議論は成り立ちうる。そして、最大判昭和 41 年 2 月 23 日民集 20 卷 2 号 320 頁（以下、昭和 41 年判決）は、農業災害補償法上、債権の実現について特別の便宜が与えられている農業共済組合の共済掛金等の履行請求について、「法律上特に……独自の強制徴収の手段を与えられながら、この手段によることなく、一般私法上の債権と同様、訴えを提起し、民訴法上の強制執行の手段によってこれら債権の実現を図ることは、……立法の趣旨に反し、公共性の強い農業共済組合の権能行使の適正を欠くものとして、許されない」としていることも、このような反論を補強するものであるかのように思える。

だが、農業共済組合による民事訴訟の利用が認められない根拠は、特別の執行方法が与えられている主体が通常の民事訴訟を利用することになれば、パイパスを用意することによって裁判所の負担を軽減するという趣旨が没却されるという点にあると考えられる（雄川一郎ほか「行政強制のシステム」『行政強制』18 頁, 19 頁（有斐閣, 1977）〔塩野宏発言〕参照）。そうすると、昭和 41 年判決はあくまでも強制徴収の手段を与えられた債権についての判示であり、そこにおいて一般論は展開されていないことも併せ考えれば、公物管理法上の監督命令により賦課された義務に基づく代執行についても同様の趣旨、つまり代執行ではなく民事訴訟により妨害排除を行うことが司法資源の有効利用という観点から望ましくないのか、ということについて検討する必要がある。そしてこの点については、公共用物上の不法占拠者に対する妨害排除請求は、大量に発生し定型的な処理が可能である共済掛金債権請求とは性質が異なることから、昭和 41 年判決の射程は及ばないというべきであろう。そうすると、行政手続に比べて民事裁判手続は十全な手続保障がなされうると一般にいうことができるから、私人の権利保護の観点からは、司法的救済を求めることが肯定されるという本文の結論は維持されたと考える。

なお、この点に関連しつつ行政代執行の機能不全を指摘するものとして、宇賀克也＝高田裕成「行政上の義務履行確保」宇賀克也ほか編『対話で学ぶ行政法』71 頁（有斐閣, 2003）〔初出 2001〕、特に 81-85 頁がある。そこでは、行政代執行が認められている場合に敢えて民事執行を選択する理由として、「〔行政代執行は〕とても年に何回も行えるような容易な作業ではない」、「行政代執行のノウハウが組織的に蓄積されることもあまりない」ということが述べられている。

34) 平成 14 年判決は、X 市（宝塚市）が同市の条例上の義務の民事執行を求めた事案について、「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものということとはできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の規定がある場合に限り、

行政上の義務を付与する権限としての性質しかもたないのだとすると、そのような権限に基づく請求は裁判上はなしえないという結論もありうるところであり、公物管理権の法的性質はいかなるものであるのかを検討する必要がある³⁵⁾。

また、公物管理権の根拠を所有権と考える場合、本件のような事案において公共団体が妨害者に対して所有権を対抗できない場合は、妨害排除請求はどうなるのかという問題が生ずる。本件はその舞台が適法な公用開始決定を経た道路法上の道路であったため、道路法4条の私権制限規定が働き、所有権の対抗如何を問わずに妨害排除が認められるという結論が導かれたが、そのような事情は常に認められるわけではない³⁶⁾。所有権説に立脚すると、妨害者に対して行政主体が所有権を対抗できず、公物管理法による私権制限も導きたいという場合に、行政主体は進退窮まることになる。

このような点が本判決との関係では問題となるが、さらに、平成18年判決によって行政主体が道路敷地に対して有する占有に基づく占有保全の訴えが認められる方向が示されたことにより、行政主体の有する占有に基づく請求と本判決の認めた道路管理権に基づく請求の関係を問題とする指摘がなされることとなった。そこで、平成18年判決について、われわれは検討を及ぼすことになる。

(2) 最判平成18年2月21日民集60巻2号508頁

a 事案

国は、明治33年初めころ、私人A所有の土地（以下、本件各土地）の寄付を受けてその所有権を取得し、その頃、本件各土地を含む本件道路敷によって構成される本件道路を開設し、その供用を開始した。その後、昭和42年3月以降は、X市（越谷市）が国から本件道路敷の無償貸付けを受け、道路管理者として、本件道路を市道として管理している。

X市は、昭和42年3月以降、道路管理者として、本件道路を一般交通の用に供するため、本件道路について、道路法の規定に基づいて、①道路台帳の調製及び保管を行い、②本件道路を常時良好な状態に保つために必要な維持、修繕を行い、③電線、電話線、水道管等の架設、埋設工事のため本件道路を継続して使用する必要がある場合には、道路の占用の許可を与え、④Yらが本件道路について交通妨害行為を行う都度、監督処分を行い、これによってなお原状を回復することができないときには、行政代執行法に基づく代執行をするなど、本件道路の管理をしている。

国が本件各土地の寄付を受けた後も所有権移転登記手續をしていなかったため、本件各土地の登記名義はAのままであったところ、Yらは平成4年10月1日に売買を原因とする所有権移転登記を受けた。その後、Yらは、同月15日ころから、本件各土地の所有者で

提起することが許される」としている。仮に公物管理権に基づいて私人に賦課される義務が行政上の義務である場合、同判決の判示からは、その履行請求は法律上の争訟に当たらないと判断されるかが問題となりうる。

ただ、同判決には学説からの極めて強い批判が寄せられているところであり（最近の論攷として、中川丈久「行政上の義務の強制執行は、お嫌いですか？」論究ジュリ3号56頁（2012）が文献を網羅的に参照している）、また、最高裁判例にも必ずしも同判決と整合的とはいえないものが存在する（たとえば、行政主体が事業者に対し規制的效果をもつ契約の履行を求めた事案につき、訴えを却下しなかった最判平成21年7月10日判時2058号53頁）。そうだとすると、道路管理権が行政上の義務であるとしても、裁判上の訴求ができないと即断することもできない。

いずれにせよ、同判決は明示的には判例変更されていないのであるから、本文に指摘した事項を検討すること自体に一応の意義は認められるだろう。

35) 齊木・前掲注22)473頁は、「問題となる公物管理権が財産権に由来する側面（財産管理権によっても基礎付けられる面）を有することを明らかにする必要がある」とし、それに続けて「占有権」という財産管理権と公物管理権を関係づける解釈を提示している。

36) 主だった公物管理法のうち私権制限規定を置くものは、道路法4条以外には河川法2条2項（流水について私権の成立を否定）、都市公園法24条1項（公園一体建物について私権の行使を禁止）と限定的である。

ある旨主張して、X市に対し、本件各土地を時価で買い取るか、その代替地を提供するように執拗に要求するようになった³⁷⁾。これをX市が拒否したところ、Yらは、X市が何の権原もなくYらの所有する本件各土地を使用しているなどと主張して、平成5年10月21日ころから平成9年9月7日までの間、断続的に、本件道路の交通を妨害し、あるいは、今にも本件道路の交通を妨害するかのような氣勢を示した。Yらは、今後も、本件道路の交通を妨害するおそれがあった。

そこで、X市はYらに対して、その占有に基づき、X市の本件各土地に対する占有に支障を及ぼす行為をしてはならない旨の請求を行った。原審は「道路法上の道路……について、同法上の道路管理者であり、かつ、現に管理を行っていることから、当然に、当該道路管理者に上記道路の民法上の占有権があるということはできない」とし、X市が道路管理の事実しか主張・立証していない本件では、占有を有するとのX市の主張は主張自体失当だとした。X市の上告受理申立てを受けた最高裁は以下のように述べて、占有保全の訴えを認める方向を示した上で、原判決を破棄し、原審に差し戻した。

b 判旨

原判決破棄差戻し。「5……(1)占有権の取得原因事実は、自己のためにする意思をもって物を所持することであるところ（民法180条）、ここでいう所持とは、社会通念上、その物がその人の事実的支配に属するものというべき客観的關係にあることを指すものと解される（大審院昭和15年(オ)第1号同年10月24日判決・法律新聞4637号10頁参照）。

そうすると、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いうべきである。

(2)これを本件についてみると、上告人が、本件道路を一般交通の用に供するために、その主張するとおりの内容、態様で本件道路を管理している事実が認められるとすれば、上告人は、本件道路敷について占有権を有するものというべきである。」

c 検討

本件は、地方公共団体が道路管理を適切に行っており、社会通念上当該道路が事実的支配下に置かれていると判断できる場合に、当該地方公共団体が道路敷地に対する占有を有すると判断して占有訴訟の提起を認めた最初の最高裁判例である³⁸⁾。本判決の評釈類は、概ね地方公共団体の道路敷地への占有を認めることには肯定的である。しかしながら、そのなかにもニュアンスの差異が認められる。

工藤祐巖³⁹⁾は、地方公共団体が占有を獲得することを認めつつも、行政主体が占有を獲得することへの「漠然とした危機感」を示し、「本権レベルでの解決が望ましいことはいうまでもない」とする。なぜこのような結論が導かれるのかについては同評釈中に明示的には述べられていないが、原判決がX市の占有取得を否定した理由について「行政主体に広く一般的に占有権を肯定することが危険であると評価したためか、本権レベルでの解決を志向したに過ぎないためか」と述べていることから、原判決の判断の根拠（と工藤が考えるもの）と同様の理解が上の評価の背景にはあるものと推測される。そして、工藤によれば、原審判決の判断の根拠は「占有の

37) この背景には、本件各土地が越谷駅前再開発事業計画の対象区域に含まれたことがあったと指摘されている（三木素子「判解」最判解民事篇平成18年度（上）277頁、292頁（2006））。

38) なお、行政主体に道路敷地の占有が認められることを前提に時効取得を認めた判例として、最判昭和42年6月9日訟月13巻9号1035頁がある。そこでは、旧道路法下において、東京府知事が国の機関として道路に砂利を敷くなどして管理していたことをもって国の占有が認定され、道路敷地の時効取得が認められている。本稿は所有権取得という効果をもたらす取得時効の要件としての占有については主体的に解明を試みるものではないため、ここで同判決の分析を詳細に行うことは避ける。

39) 工藤祐巖「判批」ひろば60巻2号55頁（2007）。

取得には一定の権原に基づかなければならないこと」だとされているから、ここから上のような評価が導かれているのではないか。つまり、占有の背後に（常に）権原を見ろという立場が、ここでは前提とされていると理解しうる⁴⁰⁾。

下村正明⁴¹⁾も、工藤と同様に、地方公共団体が占有を獲得することは認めつつも、それがあるべき解決とは考えていない。だが、その理由は工藤とは異なり、行政上の義務履行確保手段が用意されているにもかかわらず民事手続を利用することは、「民事司法に過分不要の役割を負わせるものであり、適法視されるべきでない」、「公共目的の為に行政主体が民事司法手続を利用するのは、私権行使の迂路による便法である」という点にある。そこから、道路上の不法占拠者の妨害予防請求という、機能的には公物管理権の行使とみることができる活動⁴²⁾については、行政権に基づいて公共目的阻害行為を阻止できる制度の整備が必要だとまとめる⁴³⁾。

これらの見解に対して山本隆司⁴⁴⁾は、「公共用物の管理権が……占有の訴えにより行使されたのは、窮余の策であったのかもしれないが……実は本質を衝くものであったのではないか」と、より積極的に占有の意義を評価する姿勢を見せている。この山本の見解については、Ⅲ 1 (2)以降で詳しく検討する。

次に、前述の平成8年判決との関係については、下村は機能管理者の道路敷所持を認めるに足りる具体的事実は何かという観点から検討を進める。そして、結論としては、道路敷占有の成立に必要な最低限の主要事実が道路管理それ自体の事実になり、そうだとすると、「従来の裁判例が事実上道路管理と道路敷占有を重ね合わせたことが格別不合理であったわけではな [い]」として整理している。

これに対して山本はより慎重に「占有の訴え……の方に吸収する可能性を含めて、公共用物管理権に基づく請求権と占有の訴えとの関係について検討・整理する必要がある」とする⁴⁵⁾。この点については、Ⅲ 2 (3)で行政主体の占有成立の要件、行政主体の占有と公物管理権との関係として詳述することになる。

さらに、山本は、公共団体の有する占有について「公共用物が良好に管理されていても私人が「自己のためにする意思をもって物を所持」する状態とはかなり異なる状況も想定される」⁴⁶⁾とするが、このことは私人の占有と公共団体の占有との間に差異が存在する可能性を指摘しているように思われる。

40) ただ、そのような立場はもちろん論理的あるいは概念的必然から導かれるものではなく、工藤自身も占有意思の立証方法として、「所持の態様に重点を置く方法」と「一定の権原を主張する方法」があることを指摘している。にもかかわらず、なぜこのような立場が採用されるべきなのかについては、その根拠が述べられていないために不明である。

このような立場に本稿筆者は疑問を抱いているが、この考え方の問題点を包括的に論ずることは本稿筆者の手に余るものであり、また本稿の目的でもない。しかし、本稿は、少なくとも一つの局面においては、占有と権原を区別して考えることで解釈論上の有益な示唆が得られることを示そうとするものであるということではある。

41) 下村正明「判批」リマークス 35 巻 10 頁 (2007)。

42) 塩野・前掲注 6)387 頁も参照。

43) あらゆる場合を想定した法命題を漏らさず法典に書ききることが可能か、可能だとしてそれが望ましいと考えるべきかという問題はそれ自体長らく決着を見ない重大な論点である。この論点についても本稿筆者は確たる見通しを得ているわけではないが、少なくとも行政執行をめぐる現状を前提とする限り、行政上の義務履行確保手段が用意されている以上は民事司法手続の利用は「迂路」であり適法視されるべきではないという指摘は、やや教条的にすぎるのではないかと疑問を抱かざるをえない。

この点に関して、行政上の義務履行確保手段が民事司法よりも簡易・迅速な権利実現手段である（から行政主体は民事司法制度を利用すべきではない）という理解に、行政実例を示しつつ疑問を付すものとして、宇賀＝高田・前掲注 33)78 頁参照。

44) 山本・前掲注 25)29 頁。

45) 山本・前掲注 25)40 頁。小賀野晶一「判批」判自 286 号 88 頁、90 頁 (2007) も同旨。

46) 山本・前掲注 25)35 頁。

(3) 最判平成3年3月8日民集45巻3号
164頁

a 事案

Xは浦安町（現浦安市）の住民であり、Yは浦安町の町長に当選後、市制施行に伴い浦安市の市長に就任した者である。境川は千葉県知事が管理を行う1級河川であり、また、本件で問題となった撤去行為が行われた水域は、旧漁港法の適用を受ける2級漁港である浦安漁港の区域に指定されていた。なお、浦安町（当時）は、旧漁港法26条（現漁港漁場整備法26条）に基づく漁港管理規程を設けていなかった。

Aは、ヨットの係留杭とする目的で、境川の流域に鉄道レール約100本を15メートル間隔で全長750メートルの範囲にわたって設置した。昭和55年6月4日、浦安町は、境川河口域に鉄杭が打ち込まれているために漁船の通行に際して非常に危険だとの通報を受け、調査を行ったところ、実際にそのような状況が認められた。そこで、浦安町はAに対して本件鉄杭の撤去を求めたところ、Aは同月5日中に撤去すると応じた。ところが、同月5日には撤去の様子は全く認められず、Yは、船舶航行の安全及び住民の危険防止の見地から本件鉄杭の強制撤去を千葉県知事に強く要請したが、同月8日以前の撤去はできないとのことであったので、千葉県当局が撤去措置をとらないのであれば浦安町が独自に撤去する旨を通告した上で、強制撤去を決定し、Bと撤去工事の請負契約を締結した。そして、同月6日に、浦安町職員及びBにより、鉄杭が撤去された。

本件訴訟は、撤去行為は法の規定に基づかず行われた違法なものであり、それに伴う公金支出が違法であるとして提起された、住民訴訟である。原審判決は、本件鉄杭の除去権限を漁港法上有するのは国から機関委任を受けた県知事であり、漁港管理規程の制定如何を問わずYは当該権限を有しないため、本件撤去は不適法であるとして、請求を認容した。Yが上告。

b 判旨

破棄自判。「四……1 ……漁港管理者は、漁港法26条の規定に基づき、漁港管理規程

に従い、漁港の維持、保全及び運営その他漁港の維持管理をする責めに任ずるものであり、したがって、漁港の区域内の水域の利用を著しく阻害する行為を規制する権限を有するものと解される（同法34条1項、漁港法施行令20条3号参照）ところ、右事実によれば、本件鉄杭は、右の設置場所、その規模等に照らし、浦安漁港の区域内の境川水域の利用を著しく阻害するものと認められ、同法39条1項の規定による設置許可の到底あり得ない、したがってその存置の許されないことの明白なものであるから、同条6項の規定の適用をまつまでもなく、漁港管理者の右管理権限に基づき漁港管理規程によって撤去することができるものと解すべきである。しかし、当時、浦安町においては漁港管理規程が制定されていなかったのであるから、Yが浦安漁港の管理者たる同町の町長として本件鉄杭撤去を強行したことは、漁港法の規定に違反しており、これにつき行政代執行法に基づく代執行としての適法性を肯定する余地はない。

2 そこで、進んで、本件請負契約に基づく公金支出が違法であり、Yが浦安市に対し右支出相当額の損害賠償責任を負うかどうかについて、検討を加える。……浦安町は、浦安漁港の区域内の水域における障害を除去してその利用を確保し、さらに地方公共の秩序を維持し、住民及び滞在者の安全を保持する（地方自治法2条3項1号参照）という任務を負っているところ、同町の町長として右事務を処理すべき責任を有するYは、右のような状況下において、船舶航行の安全を図り、住民の危難を防止するため、その存置の許されないことが明白であって、撤去の強行によってもその財産的価値がほとんど損なわれないものと解される本件鉄杭をその責任において強行的に撤去したものであり、本件鉄杭撤去が強行されなかったとすれば、千葉県知事による除却が同月9日以降になされたとしても、それまでの間に本件鉄杭による航行船舶の事故及びそれによる住民の危難が生じないとは必ずしも保障し難い状況にあったこと、その事故及び危難が生じた場合の不都合、損失を考慮すれば、むしろYの本件鉄

杭撤去の強行はやむを得ない適切な措置であったと評価すべきである……。

そうすると、Yが浦安町の町長として本件鉄杭撤去を強行したことは、漁港法及び行政代執行法上適法と認めることのできないものであるが、右の緊急の事態に対処するためにとられたやむを得ない措置であり、民法720条の法意に照らしても、浦安町としては、Yが右撤去に直接要した費用を同町の経費として支出したことを容認すべきものであって、本件請負契約に基づく公金支出については、その違法性を肯認することはできず、Yが浦安市に対し損害賠償責任を負うものとするとはできないといわなければならない。」

c 検討

評釈類で主に検討の対象となった事項は、本判決が民法720条の法意を引いてなした違法性阻却が、損害賠償請求との関係において、つまり住民訴訟原告たるXとの関係において意味をもつことを前提として、それに加えて鉄杭撤去行為それ自体に対しても意味をもつのか、それとも撤去行為はやはり違法であり住民訴訟との関係でのみ違法性が阻却されると考えるべきなのかという点であった⁴⁷⁾。そして、評釈類はそれぞれに最高裁の論理を再現し、法令の定めによらない行政活動の違法性が緊急避難の法理により阻却されるという形で法治国原理の修正がなされたのかという観点から問題を検討している。

だが、ここには看過された問題がある。つまり、それらの評釈の多くでは本件鉄杭撤去

が緊急避難に該当しない限りは違法であることが当然の前提とされているが、平成8年、平成18年両判決が示すように、公物管理権に基づいてあるいは占有権に基づいて私人に対して行政が適法に撤去を行いうるとするならば、本件についても同様の方向がありえたのではないかが問題となる。

この疑問については、塩野宏が「町は公物管理権の行使として」撤去行為ができたのではないかと肯定的に論じている点が注目される。そこでは、公物管理権の根拠を所有権にある（と塩野が考えている）こと、公共用物については公衆の利益の確保が重要な課題となることから、「いま申した程度のこと〔公共用物に打ち込まれた杭を撤去すること〕は当然できるものとして公物法ができていてとみる、あるいは、そこまで認めないと公物管理権の意味がなくなる……言い換えれば、公物法においては、行政上の強制執行と民事上許される自力救済の間に公物管理権に由来する事実行為があるとみるべきである」ということが述べられている⁴⁸⁾。

また、山本隆司も、公物管理権の根拠を占有にみる立場から、「平成3年最判の事案でも……町は占有の訴えを提起できたものと考えられる」⁴⁹⁾と述べている。

これに対して藤原淳一郎は、塩野の見解を評して「行政権による実力行使を奨励することにはなっても、過剰な実力行使を統制する法理にはなり難いので……にわかには賛成できない」⁵⁰⁾とする。また、行政による自力

47) 前者のように、本判決はYの撤去作業の適法性まで述べていると解釈する立場（原田尚彦「行政権による緊急避難？」法教135号40頁（1993）、東條武治「判批」平成3年度重判解41頁（1992））の根拠は、判旨が「Yの本件鉄杭撤去の強行はやむを得ない適切な措置であった」と述べる点にあると理解できる。このように理解すると、本判決は明文の根拠なくして行政主体が強制措置を取ることを認めた、法治国原理の修正あるいは例外を示すものだということになる（そこから、原田は本判決に疑問を示す）。

しかしながら、このように法治国原理の例外を「舌足らず」に（塩野宏）認めることには疑問があると考えられるならば、後者のように、本判決は住民訴訟との関係においてXのなした支出の違法性を阻却するにすぎず、Yの撤去作業の適法性まで述べたのではないと解釈することになる（塩野宏「法治主義の諸相」『法治主義の諸相』112頁、123頁（有斐閣、2001）〔初出1992〕、磯部力「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選（第3版）』82頁（2003）、大橋洋一「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選I（第6版）』214頁（2012）、櫻井敬子「判批」法協110巻10号1564頁（1991））。この立場の根拠は、判旨が「Yが浦安漁港の管理者たる同町の町長として本件鉄杭撤去を強行したことは、漁港法の規定に違反しており、これにつき行政代執行法に基づく代執行としての適法性を肯定する余地はない」と述べる点にある。

48) 塩野・前掲注47)127頁。

49) 山本・前掲注25)34頁。

50) 藤原淳一郎「判批」判時1415号163頁、166頁（1992）。

救済として鉄杭撤去を適法と考えることができないかという問題を立て、「町の漁港占有権（あるいは「管理権」?）」を回復される権利として自力救済を認める可能性があることを指摘している（ただし、本件事案における結論としては否定的に捉えている）。

この藤原の見解に対立するものとして挙げられるのが、原田尚彦の以下のような言及である。原田は「公有水面の一部である漁港を管理するために実力を行使するのは、もはや私的な占有権ないし Hausrecht〔自己の管理・占有する財産の私的管理権〕にもとづく行為とはいいがたい」と述べ、漁港管理のための実力の使用は私的活動ではなく行政上の強制執行であり、それ故に占有権の発動とは見ることができないとの見解を示す⁵¹⁾。

このように、本判決の評釈からは、行政主体が公共用物上に不法に設置された物を除去する作用は、行政上の強制執行かそれ以外の活動なのかという対立軸（原田と塩野・山本・藤原の対立）、行政上の強制執行でないとしてそれは肯定的に捉えるべき公物管理権に基づく事実行為あるいは占有訴訟なのか、それとも限定的にのみ認められる民事法上の自力救済なのかという対立軸（塩野・山本と藤原の対立）を見て取ることができる。

3 小括

以上の検討から、これまでの公物管理権の性質論について、以下のような検討すべき問題点が存在することが明らかになった。

まず、包括的管理権能説、所有権説の検討において述べたように（Ⅱ 1 (2), (3)）、従来の学説は、実定法に規定された公物管理権あるいは所有権という権原に着目して議論を展開してきたが、そうでありながら慣行という事実状態の評価への言及なしに現状を説明できないという問題を抱えている。そこで、この慣行の内実を明らかにし、これをより法的に適切に位置づけることができないかということを検討する必要がある。

次に、平成 8 年判決の考察（Ⅱ 2 (1)）において示されたように、公物管理権を根拠として裁判上の請求を行おうとするのであれば、公物管理権の性質が純粋に行政上の権利義務関係に関わるものなのか、その性質を考察する必要がある。さらには、所有権説を前提とすると、平成 8 年判決や平成 18 年判決のように所有権の帰属に争いがある場合に公共用物上の不法占拠者を排除できない可能性があるが、この問題について考察する必要がある。

さらに、平成 18 年判決の考察（Ⅱ 2 (2)）において、同判決によって民法上の占有によって公物管理権を根拠づける可能性が示されたことをどう評価するかという問題が示された。そして、これを肯定的に評価したとすると、行政主体が占有を獲得する要件はいかなるものか、私人の有する占有とはいかなる関係に立つのか、といった疑問が現れる。

また、平成 3 年判決の考察（Ⅱ 2 (3)）からは、道路以外の公共用物についても行政主体の占有を語ることによって問題が解決されえたのではないかという疑問が提起され、そこから派生して、行政主体が公共用物上に不法に設置された物を除去する作用は、行政上の強制執行なのか、公物管理権に基づく事実行為なのか、民事法上の自力救済なのかという課題が得られた。

そこで、続くⅢでは、これらの問題点について検討することを通じて、公物管理権の法的根拠は行政主体が公物を管理する事実状態に求められるべきことを示し（Ⅲ 1）、さらにその性質について具体的な公共用物の類型に即した解釈を示しつつ明らかにすることを目指す（Ⅲ 2）。

51) 原田・前掲注 47)41 頁。なお、ここで原田が水面上に占有が成立することを当然の前提としていると思われる点が注目される。河川の流水面に占有が成り立つことはそれほど自明のことではない（Ⅲ 2 (2) c (b)）。

Ⅲ. 問題の検討

1 権原・占有・管理権

(1) 権原思考の限界

a 問題解決能力への疑問

公共用物について公物管理権を行使する行政主体の窮極の目的は、公共用物の公用を適切に維持（し、必要があれば行政主体の意思に基づく場合にのみ廃止）することである。そして、いみじくも田中二郎が指摘しているように、そのために公共用物について所有権の成立を認めるか否かは立法政策の問題であるといつてよい⁵²⁾。つまり、公共用物に行政主体の所有権を認める理由は、それについて私人が私権を行使してその公用を妨害することを防ぐためであり、そうであるならば、そのための手段として行政主体に所有権を認めることは必然ではない⁵³⁾。そうすると、問題はいかに行政主体による公共用物の公用を維持するかという観点から考察されるべきであり、公物管理権の法的根拠に関する学説の当否も、窮極的には具体的な事案の解決能力から検討されるべきであろう。

包括的管理権能説の問題は、個別公物法の適用がない公共用物について、行政主体はいかなる管理作用を及ぼすことができるのかに

ついて、具体的に示すところがないという点にあった（Ⅱ 1 (2)）。平成 18 年判決の事案では、妨害行為を繰り返す主体が存在するとき、それに対処するために妨害予防請求をする必要性が認められたが、道路法には妨害予防請求を可能とする規定は存在しない。そうすると、包括的管理権能説ではこのような状況への対応策を示すことができないことになる⁵⁴⁾。

これに対して所有権説からは、個別公物法の規定の適用がない場合も、それが行政主体の所有権の客体となっている限りにおいて、所有権の発現としての管理作用を及ぼせるという帰結が導ける。すると、平成 18 年判決の事案においても所有権に基づく妨害予防請求が可能になる⁵⁵⁾。しかし逆にいえば、この所有権説の構成からは、公共用物が（個別公物法の規定の適用を受けず）行政主体の所有権の客体となっていない場合には管理作用を及ぼすことができないという帰結も導かれる。具体的には、平成 8 年、平成 18 年両判決の事案のように道路敷地の所有権の帰属が争点となる紛争については、公共用物の公用の速やかな回復が期待できないということになる。公共用物について所有権を肯定するそもその目的が公共用物の公用を維持することであったにもかかわらず、その所有権が公用の回復の障害になるという背理がここには

52) 田中・前掲注 12)157 頁。ただし、日本でなされてきた議論にとどまらずに、フランスにおいて公所有権 (propriété public) 説が確立された過程を検討すると、本当にこのように断言してもよいのか、公共用物上に所有権を認めるか否かが政策問題となるための前提条件が存在するのではないかとの疑問が浮上する（当時の議論状況を概観する近時の邦語文献として、福重さと子「フランス公物法理論における反所有権の観念——フランス公物法理論の生成——（1）（2・完）」論叢 165 巻 3 号 65 頁、166 巻 1 号 70 頁（2009）、同「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——（1）（2・完）」論叢 169 巻 1 号 100 頁、4 号 93 頁（2011）を参照のこと）。しかし、この問題については別稿を期すこととし、本稿では詳論しない。

53) 実際にも、現行河川法 2 条 2 項は流水について私権の成立を否定しており、また、旧河川法 2 条 2 項は河川敷地についても所有権の成立を否定している。山本・前掲注 25)36 頁以下はこうした事情を指摘しつつ、所有権と公物管理権の性質の相違について以下のような見解を示している。つまり山本によれば、公所有権説の意義は、公所有権が「権利者自身の私のためのために物を使用し収益し処分する権利である」「私人の所有権とは其の性質を異にする」、「国家の意思に反して他の者が〔公物を〕支配することを禁止する」性格をもつものであることを示した点にある。これに対して、所有権説の問題は、「公物管理権と所有権の法的性格が対照的なことが理論的に表現されない点」である。

54) 実定公物法が規定する監督権限に包含されない義務賦課を行うことが法治国原理との関係で許されないこと、実務的にも包括的管理権能説から直ちに私人に対する義務賦課の権能が演繹されていないことについては既に述べた。前掲注 32) と対応する本文を参照のこと。

55) ただし、国が所有権を有する公共用物について所有権の帰属主体ではない市町村（平成 18 年判決では越谷市）が妨害排除請求を行うことができるというためには、異なるロジックが介在することが要求される。この点については、實金・前掲注 4)338 頁、齊木・前掲注 22)458 頁及びそこに掲げられた文献を参照のこと。

存在する。

なぜこのような事態が生ずるのか。それは、これらの見解が権原という抽象的なレベルから事案の解決を図ろうとし、具体的な事実のレベルに着目して事案の解決を図ろうとしないために、行政主体による公共用物の支配と私人による支配のいずれが保護されるべきかを識別できないからである。つまり、公共用物にはその固有の機能（たとえば道路であれば他人の支配する領域を通らずに任意の場所へアクセスすること⁵⁶⁾であり、河川であれば水資源へアクセスすることである）があるところ、そのような公共用物の機能を維持することと私人により打ち立てられようとしている支配とのいずれが保護されるべきかに関する具体的事情に基づいた比較衡量という観点から、公共用物上の不法占拠者の排除には求められる⁵⁷⁾。それにもかかわらず、権原によってのみ排除を行おうとするために、それを逆手にとって自ら権原を獲得してくる不法占拠者に対しては、行政主体が意外な弱さを露呈してしまうことになるのである。

このように、包括的管理権能説、所有権説は、具体的な事案解決能力について疑問があ

る。そして、その理由が権原から抽象的に事案の解決を志向する点にあるということから、より具体的な事実を反映させる法的な枠組みの必要性が認識される。

b 「慣行」の位置づけ

包括的管理権能説と所有権説は、法律に定められた権原から思考を始め、行政主体が（権限の所在はともかく）ある公共用物を管理しているという事実を重視しない。そうでありながら、両説は「慣行」という形で、行政主体が公共用物を（法的仕組みはともかく）事実上管理しているという事実を理論の中に取り込んでいるということも、Ⅱ 1において確認したとおりである。

このような慣行が具体的に問題となるのは、いわゆる法定外公共用物についてである。法定外公共用物とは、個別公物法の適用を受けない公共用物であり⁵⁸⁾、里道、普通河川、海などがその典型として挙げられる。これらの法定外公共用物は遅くとも明治維新以前に既に人々の自由使用に供されていたものが大部分だとされ、それゆえに当初から所有者・管理者がはっきりしないものであった⁵⁹⁾⁶⁰⁾。

まず、これらの法定外公共用物の所有権に

56) 道路の機能をこのように整理することはやや奇異に映るかもしれないが、道路を含む公共用物の原則的な使用形態とされる一般使用（自由使用）とは、「その形態において排他的かつ継続的な占有でなく、また、他の者による同様に排他的・継続的でない使用と併存しうべき態様の使用」（小早川光郎『行政法（上）』229頁（弘文堂、1999））であり、道路はある場所から他の場所へのアクセスを可能にするために設けられるものであるから、このように説明することも可能であろう。なお、このような意味での道路の機能が「私的所有という制度・秩序の……基本的前提をなしている」とする太田匡彦「明渡しか、除却か」東京大学法科大学院ローレビュー 4 巻 91 頁、96-103 頁、98 頁注 23（2009）も参照。

57) たとえば、本稿冒頭に掲げた設例と、行き場がなくなっていよいよ都市公園にたどり着いたホームレスがテントを立てて公園の敷地を占拠しているという事例とを同列に処理すべきではないのではないか。前者の場合には、道路にバリケードが設置されればそこを他人が通行することは凡そ不可能となる。また、当該不法占拠者はどこかに本拠地を有し、そこから公共用物に出撃してきているため、公共用物から排除されたとしても生存は可能である。だが、後者の場合には、都市公園の一角にテントが設置されることが都市公園の機能を致命的に阻害するとは限らない。また、当該不法占拠者にとっては当該都市公園こそが本拠地でありそこ以外に行き場はない以上、そこから排除されてしまえば生存が脅かされることになる（太田・前掲注 56）参照）。

両者を区別して考えるべきか否かはそれ自体ひとつの論点であるが、ここで強調したいのは、そもそもこのような論点は事実上法的意義を認めるからこそ出てくるものであって、権原思考によればこのような論点が消去されてしまいうるということである。

58) これは法定外公共用物を広義に取る立場に基づく説明である。狭義には、「広義の法定外公共用物のうち、地盤が国土交通省所管の公共用財産であるもの」を指す用法もある（寶金・前掲注 4)3 頁参照）が、本稿が検討する問題は地盤の所管如何とは無関係であるから、広義に解する。

59) 寶金・前掲注 4)15 頁。

60) 以下で述べる法定外公共用物を巡る問題状況は、1999 年の地方分権改革に伴い法定外公共用物が原則として市町村へと贈与されることによって、かなりの程度解消したといわれる（地方分権改革と法定外公共用物をめぐる状況の変化については、寶金・前掲注 4)213 頁、塚田利和『法定外公共物の成立と境界確定の実務』1 頁（新

については、明治7年の太政官布告120号「地所名称区別」に基づいて国有化されたことにより、国が有すると考えられている⁶¹⁾。次に、その管理権限の所在については、旧建設省により、公物としての管理権限は市町村が有するという解釈が採用されていた。このような解釈の根拠は、平成12年改正前地方自治法2条3項2号が、地方自治体が処理すべき自治事務として「公園、運動場、広場、緑地、道路、橋梁、河川、運河、溜池、用排水路、堤防等を設置し若しくは管理し、又はこれらを使用する権利を規制すること」を掲げていたところにある。しかし、このような改正前地方自治法の解釈により管理権限が市町村にあるとすることには、当時から強い疑問が投げかけられていたところである⁶²⁾。そして、旧建設省が編集した法定外公共用物の管理の手引書においても、このような改正前地方自治法の存在に先立つ根拠として、「①法定外公共物⁶³⁾は……市町村単位以下の地域社会に密着した形で地域住民の公共の用に供されているものが大部分である〔から〕……利用実態上も市町村が管理することが行政単位として自然であ〔る〕」こと、「②歴史的には……市町村が法定外公共物の機能管理をしていた」⁶⁴⁾ことという2点が挙げられている。

このように、同手引書は①、②の2点と先

に挙げた改正前地方自治法の解釈の3点を根拠として、法定外公共用物の管理は市町村の事務であるということが「法的にも、実務上も最も妥当である」⁶⁵⁾とする。しかし、改正前地方自治法の解釈に疑義があることは既に述べたとおりであり、また①、②は事実に関する記述であって、それを単純に並べるだけでは、「法的にも、……最も妥当である」とする論証には飛躍があるといわなくてはならない。そして、この点を捉えて塩野宏は「〔法定外公共用物に対して〕地方公共団体が行なっている現実の公物に関する機能管理行為を法的に根拠付けることは……困難なのがある。あえて、説明するとすれば、法定外公共用物の機能管理は……国に代わって地方公共団体が行なっている慣行が成立している」⁶⁶⁾と説明したものと考えられる⁶⁷⁾。

(2) 公物管理権論の視座転換：占有説

a 「慣行」の法的意義？

だが、同手引書のこの記述は、単に事実を並べたものとしてではなく、以下のように解釈することも可能ではないか。つまり、公共用物と密着した関係にあり、実際にその関係に基づいて継続的な関わりをもってきた主体こそがその管理権をもつべきだということ、が、実定法上の権原以前のレベルの問題として主張されていると見る余地が、この記述にはあるのではないか。

日本法規、2000) 参照)。しかし、現在でもたとえば地図混乱地域のために特定不能であるとして贈与がなされていない法定外公共用物も存在する(寶金・前掲注4)387-388頁参照)。

また、公共用物の管理権限の所在を考察するに当たって、実務的には公共用物と行政主体との密接な関係が重視されてきたこと、具体的には法定外公共用物が地域社会に密着しているが故に市町村レベルの地方公共団体が管理権限を有すると解釈すべきと考えられていたことを、具体的なテキストの存在するこの問題に言及することによって明確に示すことが可能になる。そこで、ほぼ解消したとされる問題であっても、この法定外公共用物にまつわる問題に言及することには意義はあると考え、詳述することとした。

61) 塩野・前掲注6)363頁。しかし、公園及び広場を除いて登記、国有財産台帳への登載が不要とされているため、「それらがどこにどのくらい存在するのか詳しいことは何も分かっていない」(寶金・前掲注4)16頁)。

62) 寶金敏裕『里道・水路・海浜——法定外公共用物の所有と管理(改訂版)』211頁(ぎょうせい、1995)。なお、普通河川を事実上管理する市が国家賠償法2条1項の責任を負うか否かが争われた事案において、改正前地方自治法2条3項2号を根拠として当該市が河川管理者となることはないと判示した判例として、最判昭和59年11月29日民集38巻11号1260頁がある。

63) 学説にいう法定外公共用物を、実務上は法定外公共物と呼称する。

64) 建設省財産管理研究会編著『公共用財産管理の手引——いわゆる法定外公共物(第2次改訂版)』55頁(ぎょうせい、1995)。

65) 建設省財産管理研究会編著・前掲注64)55頁。

66) 塩野・前掲注27)330頁。

67) なお、条例により法定外公共用物の管理権を基礎づける例が存在しており、そのような場合には公物管理権の根拠は(慣行ではなく)条例ということになる。

同手引書のテキストをこのように解釈するのであれば、そこでの記述、すなわち実務における「慣行」を法的論証の道筋へと載せるための道具がわれわれの私法体系には存在する。それは、ある主体がある物との間で直接的な関係を築いているという事実の法的評価、すなわち「占有」である⁶⁸⁾。

b 占有の公物管理権論における意義

このような観点から注目に値するのが、前述の山本隆司の見解である（Ⅱ 2(1)）。山本は「本件〔平成 18 年判決〕で公共用物の管理権が、所有権と対照的な民事法の制度である占有の訴えにより行使されたのは、窮余の策であったのかもしれないが……実は本質を衝くものであったのではないか。公共用物管理権の基礎が、自由な使用のために物の支配を排除するような形態の占有……にあると理解すれば……諸説〔公所有権説、包括的管理権能説、所有権説〕⁶⁹⁾がそれぞれ抱えている難点が一応すべて解消するように思われるからである」と述べる⁷⁰⁾。

行政主体がいかなる場合に公共用物の敷地上に占有を有するといえるのかについて詳細はⅢ 2(1)において検討するが、仮に、行政主体が公共用物を公用に供しており、もしその公用を害するような事態（たとえば損傷や妨害者の存在など）があれば適切に対処してい

る状態を占有と指示するのであれば、そのような占有は公物管理権の法的根拠たりうるといべきである。民法上、占有者には占有が毀損されることを防ぐために占有訴権が認められている。また、公共用物について行政主体が行うべき管理作用は、公共用物が公用に供されている状態が害されるのを防ぐことである。そして、ここでは行政主体が公共用物を適切に公用に供している状態を指して、占有と呼んでいる。そうだとすると、公共用物について行政主体がなすべき管理作用は、占有が害されることを防ぐことであり、そのような管理作用を行う根拠である公物管理権は、占有に根拠を置いているといえることができる。

また、このように占有が公物管理権の根拠であると考えすることで、包括的管理権能説や所有権説における問題を解決することも可能となる。まず、占有を根拠として認めるのであれば、問題は行政主体に占有が成立しているか否かであり、後に検討するように行政主体が物を公用に供していればそれは成立するというべきであるから、所有権の対抗関係は問題とならないし、個別公物法の規定の不存在も、不法占拠者の排除という文脈においては、問題とならない。そこで、公共用物の機能の速やかな回復が期待できるのである⁷¹⁾。

68) ただし、公の施設の設置管理等については条例主義が採られていること（地方自治法 244 条の 2 第 1 項）などから、そもそも地方公共団体、特に市町村レベルの自治体が、地域に密着した里道などの公共用物の管理を行う主体であるという前提で法制度が組み立てられていると説明することも可能ではある。そうすると、ある行政主体が公共用物と密着した関係にあるという事実のみに基づいて公物管理権が認められているということではできない。ただ、そうであったとしても、そのような事実が存在するが故に管理権の所在が市町村レベルであると判断されているという本文の解釈が完全に排除されることにはならないであろう。

69) 山本は、本稿がⅡ 1 で検討を加えた学説のうち私所有権説をそこでの検討対象に挙げていないが、これは、私所有権説それ自体は公物管理権の法的根拠論として説かれた見解ではないためである（前掲注 14）と対応する本文を参照のこと。

70) 山本・前掲注 25)37 頁。なお、そこで各見解の難点として挙げられているのは、公所有権説については公物管理権を所有権の現れと理解し、公権として説明すること、包括的管理権能説については公物管理権と所有権の関係を曖昧にしたこと、所有権説については公物管理権と所有権の法的性格が対照的なことが理論的に表現されないこと、であり、概ね本稿がⅡ 1 で問題としたところと一致するといえるだろう。

71) このように権原とは無関係に簡易迅速に行政主体が占有を保全しあるいは回復するための手立ては、占有訴訟である。ただ、現在の日本においては占有訴訟について制度的なバックアップが存在せず、本権に基づく訴訟を遂行する場合と比べてどの程度速やかな回復が期待できるかは定かではない（「占有訴訟が本件訴訟より迅速に処理されるという保障は手続上どこにもなく、起草者の期待はむなしいものに終わった」と評する川島武宜＝川井健編『新版注釈民法(7)物権(2)』245 頁〔広中俊雄＝中村哲也〕参照）。それでも、どこまでも続く権原の連鎖を辿っていかなくては争いの決着が付かない本権に基づく訴訟（昭和 44 年、平成 8 年、平成 18 年各判決の各事案でも、国と対抗関係にある私人は複雑な経緯を経て所有権を取得したと主張する者であった）よりも、現状を法的に判断する占有訴訟の方が、事実上より簡易迅速に判断がなされそうだという想定はできるかもしれない。

このように考え、本稿も山本の上記見解に同意するものである⁷²⁾。

c 公共用物の占有は可能か？

だが、そうだとすると、このような理解を採るうえでは一つ越えなければならない壁がある。公共用物の占有が可能なのかという問題である。一般には、公物が占有の客体になることは疑いなく受け止められていると思われる⁷³⁾。しかし、たとえば道路はそこを人が自由に通行できるからこそ道路であるといえるものであるが、その敷地を占有する者がいれば、その者によってその道路を通じた公共空間へのアクセスは阻害され、道路の機能は果たされなくなる⁷⁴⁾。その意味で、道路にとっては、それが誰のものでもなく、誰も

独占的・排他的にそこを利用できないということが本質的な重要性をもつ。これは他の公共用物についても同様である。そうだとすると、本来は公共用物の上に占有が成立することを認めるかは、それ自体大問題である。

しかし、こと行政については占有を認めても問題がないということができただろう。なぜなら、行政主体が公共用物を排他的に支配することを占有と評価しつつ、その行政主体の排他的支配に基づいて公共用物が公用に供されているとの構成を取れば、占有と公共用物の本質とを両立させることが可能だからである⁷⁵⁾。そこで、さしあたり以下では、少なくとも行政主体による公共用物の占有は可能だということを前提として、検討を進め

そして、最判昭和40年3月4日民集19巻2号197頁が占有訴訟に対して本権に基づく反訴を認めたことが、決定的に占有訴訟の機能不全を方向付けることになった（なお、現行民法制定の時点から占有訴訟の機能不全が運命づけられていたことを示唆する石井紫郎「占有訴権と自力救済——法制史から見た日本民法典編纂史の一齣——」『日本人の法生活』326頁（東京大学出版会、2012）〔初出1996〕参照）。この意味で、本稿が以下で展開する解釈論の実効性には一定の限界があるといわなくてはならない。

しかしながら、占有訴訟の機能不全それ自体が問題であることを示すことにも意義があると本稿筆者は考えており、また、私人間訴訟では機能不全を起こしている占有訴訟が行政主体を当事者とする機能しているようにもみえること（平成18年判決がその象徴である）から、占有訴訟の意義を強調することに意味はあると考える。なお、この点については、IV3も参照のこと。

72) なお、山本の見解、さらには平成18年判決に先立つて公共用物の管理主体による占有訴訟の可能性を指摘する先駆的な論稿として、広岡隆「公物法理論の省察」『公物法の理論』3頁、44頁（ミネルヴァ書房、1991）〔初出1988〕がある。ただ、そこでの議論は、コミュンが自らの管理する道路について私人の占拠を排除するために占有訴訟（*action possessoire*）を提起することを認めたフランスの判例を参照した上でそれを日本法の解釈に援用するものであり、行政主体の公共用物に対する占有の詳細な検討がなされているわけではない。

73) 最近の裁判例では、たとえば、里道についてさいたま地判平成20年1月30日判自307号82頁がある。その他、河川についても一方当事者の主張として水面の占有ということが語られる例もみられる（たとえば、横浜地判平成20年2月27日判自312号62頁）。このような状況のほほ唯一の例外を示すのが、太田・前掲注56)91-103頁である。以下の本文の議論は同論文（特に96-103頁）に多くを負う。

74) このような道路機能の理解については、前掲注56)参照。

75) ただ、このような構成を取る場合、公共用物を占有する行政主体の恣意をいかに抑制するかという問題が別に現れる。つまり、行政主体が、自身が公共用物について有する占有を盾にとって私人を公共空間から不当に排除するという行動に出たとき、それを抑制する法理が本文における議論からは直接には出てこないことが課題として意識されるのである（平成3年判決の検討（II2(3)c参照）で紹介した藤原淳一郎の見解は、この問題を指摘するものと理解できる（藤原・前掲注50)166頁参照）。たとえば、憲法学においてはパブリック・フォーラム論として、公道や駅前広場といった公共空間の管理権を有する主体の管理権の行使（としての私人の当該空間からの排除）と表現の自由を調整するための議論が展開されているが（概観を与えるものとして、たとえば、中林暁生「パブリック・フォーラム」駒村圭吾＝鈴木秀美編著『表現の自由I 状況へ』197頁（向学社、2011）参照）、同様の形で行政主体の公物管理権の発現と私人の権利行使をどのように調整するかについてのより一般的な検討が必要になる。

一案としては、行政主体に認められた公共用物の占有は、あくまでも公共用物の公用を維持するという目的のためにその限度で認められたものであり、当初からその目的による制約を受けていると構成することが考えられる（「法概念としての公物は、もともと公共の用に供するという目的が与えられている」ことから、公物の所有権の発動が「その公物目的に拘束されるというのは、当然の帰結」であるとして「所有権（その他の権原）の内容的拘束性」を導く塩野・前掲注6)374-375頁も参照）。しかし、このような構成は便宜的であり、より精緻な概念構成が求められるようにも思われる。

いずれにせよ、本稿はあくまでも公共用物上の不法占拠者の排除の方策を議論の対象とするから、この点については問題の所在を指摘するに留め、さらなる検討については他日を期すこととする。

る。

なお、付言して私人による公共用物の占有の可否についても、Ⅲ 2(2)の検討における議論の前提として、ここで論じておく。そもそもある主体がある物に対してなす現実的支配を占有と判断するということは、法が（占有権などを通じて）その現実的支配を保護することを意味する。そして、現実的支配には法的保護に値するものも、そのような保護に値しないものもある。具体的に問題となっている現実的支配をどのようにこの両者のいずれかに割り当てるかは、「社会通念上その物がその人の事実的支配に属するものというべき客観的關係にある」か否かによって判断されるが、その消極的考慮事由の一つとしては、現実的支配の客体が公共用物であるということが挙げられてよいと思われる。なぜなら、後に述べるように（Ⅲ 2(1)）公共用物はそれが誰の支配下にも入らないということに意義があるものである以上、それに対してなされている現実的支配は、原則として法的保護に値するものではないと考えられるからである⁷⁶⁾。

2 占有・管理権の性質

(1) 行政主体の占有の成立要件

占有が公物管理権の基礎にあることを肯定したとして、いかなる場合に行政主体の占有は認められるのか。以下ではその要件を、民法 180 条の条文の文言にしたがい、「自己のためにする意思」、「所持」という順番で検討する⁷⁷⁾。

a 「自己のためにする意思」

「自己のためにする意思」については、「所持による事実上の利益を自己に帰せしめようとする意思」と緩やかに解し、その有無の判定は、所持を生じさせた原因たる事実……の性質によって純粹に客観的・抽象的に行うものとするのが通説である⁷⁸⁾とされる。平成 18 年判決も「自己のためにする意思」にほとんど重心を置いていないように読める。このような解釈を前提とすれば、行政が公共用物を公用に供しているというとき、これが認められることに問題はないだろう⁷⁹⁾。

b 「所持」：管理権限の要否

そこで問題となるのが、いかなる場合に行政が公共用物を「所持する」といえるのか、である。占有も事実状態に対する法的評価で

76) このように客体の性質から占有の成立に要する支配の程度を論ずることに違和感があるならば、以下のよう言い換えることもできる。これまでの学説・裁判例における不動産の占有の成否の判断については、①土地利用の軽重、②土地利用が一般に対して開かれていたものか特定人に対する許可によるものか、③土地利用が排他性および必要性をもたないか否か（この補充要素として明認性および恒常性を欠くか否か。ただ、これについては通路としての使用が占有を基礎づけるかという文脈であり、本稿が問題とするところはやや位相が異なる）といった要素が指摘されてきた（それぞれ前者であれば占有の成立が否定される方向に傾く）。行政が管理を行っている公共用物上に私人が何かしらの実力支配を打ち立てようとしているとき、①そのような支配は一般的には軽度のはず（たとえば平成 18 年判決の事案のようにトラックや屋台を設置するなど、設備があれば容易に除去可能な物件の設置）である。また、②土地利用は一般に対して開かれているのが公共用物の本質である。そうすると、公共用物上に成立しようとしている私人の実力支配については、典型的に占有と認定しにくいということができそうである（学説、裁判例を含め、川島＝川井編・前掲注 71)15 頁〔稻本洋之助〕参照）。

77) なお、以下の検討はあくまで公物管理権の法的根拠としての占有を考察対象とするものであり、たとえば取得時効との関係における占有については議論の対象としない。両者の区別を指摘するものとして、山本・前掲注 25)34 頁参照。

78) 川島＝川井編・前掲注 71)12 頁〔稻本洋之助〕。

79) 「自己のためにする」という語を厳密に理解した上で、公用に供するという目的での供用行為は行政自身のために行うものではないから、行政主体が（公用物ではなく）公共用物を公用に供する場合には自己のためにする意思が当然に認められるとはいえないとの反論もありうるが、民法上の学説（学説の布置については、川島＝川井編・前掲注 71)12 頁参照）は、「自己」の概念をそれほど厳密に理解することを要求する趣旨のものではないと思われる。あるいは、そもそも公共用物の提供はそれ自体として行政主体の存在理由あるいは目的であるといえる（塩野・前掲注 6)346 頁参照）から、供用行為は当該目的を充足する行為として「自己のため」と評価するということが可能であろう。

はあるが、権原という実定法によって付与された資格とは無関係に判定されるものであり、端的な事実により近い性質をもつ。このことから、行政がある公共用物を管理してきたという事実（それは権限に基づく場合もあれば、慣行に基づく場合もあるだろう）を捉えて、行政の占有を認めることがまずは考えられる。

これに対して山本隆司は、平成18年判決の評釈中「法治国原理との関係」と題する節において、そのような事実のみで行政が占有権を行使することは「実務上便宜かもしれないが、本来は問題があるように思われる」と懸念を示し、行政主体が占有権を行使する要件として、①物が公用に供されている法状態（人工公物に係る公用開始決定およびその公示、自然公物としての状態）、②原告となる行政主体が当該公共用物の管理を行う権限を有すること、の2つを示している（以下、公共用物の管理権限を占有の要件とするという意味で、必要説と呼ぶ）⁸⁰⁾。

法治国原理との関係では、行政の活動については少なくとも組織規範が要求されるが、行政主体が占有権を行使することによって公共用物の使用妨害者を排除することが、法治国原理⁸¹⁾を実質的に潜脱することにならないか、という問題意識がここに伺える。つまり、②の要件により、占有訴訟を提起しようとする行政主体が当該公共用物の管理を所掌事務としていることを要求することで、法治国原理という行政法ドグマーティクと占有権という民事法上の道具立てとの調整を前者に重心を置きつつしようとするのが、この見解

だといえることができる⁸²⁾⁸³⁾。

しかし、そのように解すると、行政主体に公共用物の占有、ひいては占有権の行使を認める重大な意義、すなわち権限・権原の有無にかかわらず、妨害排除を行うことでさしあたり公共用物の公用・効用を回復することが達成されなくなるのではないかととも考える。つまり、管理権限の所在が定かでなくとも公共の用に供されており、ある行政主体が事実上それを管理しているという公共用物があるとき、それに対する行政主体の占有を認めず、不法占拠者に対する占有訴訟を許さないことには疑問が残る。そのような物がある場合、所有権者として国・公共団体が所有権に基づく土地明渡請求、妨害排除請求を不法占拠者に行うことになるだろうが、相手方が所有権を主張して争うなどした場合、紛争の解決まで非常に時間がかかることも考える⁸⁴⁾。また、権原が対抗できない場合には、そもそも妨害排除などできないという結論にもなりうる。だが、このような帰結は公共用物の私人による切り取りを認めるに等しく、耐えがたい。そうだとすると、公共用物が公用に供されており、それを行政主体が管理しているという事実状態のみをもって占有を認定し、占有訴訟によって一応不法占拠者を排除することによって公共用物の機能を回復させた後に、本権について争わせる方が望ましいという考え方（以下、不要説と呼ぶ）も成立しうる。

では、必要説と不要説のうち、いずれの考え方が妥当か。両説の結論の分岐点は、行政主体による占有取得、占有訴訟の提起に対す

80) 山本・前掲注25)39頁。

81) 一般に組織規範は内部的規範であり、裁判規範性をもたないといわれる。しかし、組織規範が国民との関係で外部効果をもつ場合もあり、そのような場合には裁判による適法性コントロールは権限の有無にまで及び、仮に権限がないこととされれば、行政行為には無効の問題が生ずる（塩野・前掲注6)17頁参照）。

82) なお、①の要件は、公共用物が公共用物として存在することを要求していると考えられる。これは行政主体が公共用物を公用に供するという意思表示を行うということであるから、自己のためにする意思の問題と考えることもできよう。

83) 民事法理論と行政法ドグマーティクの調整という観点については、山本隆司『行政上の主観法と法関係』2頁（有斐閣、2000）、橋本博之「判例実務と行政法学説——方法論をめぐる一考察——」塩野宏古稀『行政法の発展と変革（上）』351頁、361頁（有斐閣、2001）参照。

84) いわゆる断行の仮処分（民事保全法23条2項）により対処することは考える（実務家による最近の実例の記録として、神吉宣孝「断行の仮処分による放置車両の撤去について」（2013年7月12日）<http://www.kkr.mlit.go.jp/plan/happyou/theses/2013/pdf06/20.pdf>（2014年9月16日最終閲覧）を参照）が、これについても本権の疎明が求められるところであり、実効性が担保されない場合もある。

る考え方の違いに求められる。つまり、平成18年判決の評釈中で、行政主体による占有取得、占有訴訟の提起に対して工藤祐敏が「漠然とした危機感」を示し、山本が「本来は問題があるように思われる」とするのは、そもそもそのような手段で行政主体が簡易・迅速に妨害排除を行うという考え方に警戒心を抱くからだと思われる。いいかえれば、法治国原理によってその活動を法律の枠内に収めることが志向されてきた行政主体について、凡そ行政法的統制を及ぼさないことへの危惧をそこには見出すことができるのである。そして、そのような立場からは、不要説が占有を認定するメリットと捉えるところの紛争の簡易・迅速な解決も、場合によっては行政法的統制の効かない活動領域の創出と否定的な評価が下されうることになる。

これに対して不要説の側からは、以下のような反論が考えられる。たしかに、道路法などの個別公物法により認められていない権能を、単に当該公共用物を管理しているという事実のみに基づいて認められる占有を通じて行政主体に認めることで、行政主体に対する法的統制の密度が下がる可能性はある。しかしそれでも、あくまでも不法占拠者除去のための手段として提起されようとしている占有訴訟は民事法上の制度であり、それを行政主体が利用することは、法治国原理が直接規律を及ぼそうとする行為ではない。また、占有訴訟を提起しようとする行政主体は私法上の

規律には服するのであり、法治国原理が防ごうとする、生の統治権が国民に対して法に服従せずに直接規律を及ぼすという側面は極小化されているということもできる、と⁸⁵⁾⁸⁶⁾。

いずれの見解についても相応の根拠があり非常に悩ましい問題ではあるが、必要説のように解すると、行政主体の占有を敢えて公物管理権の法的根拠と構成することの大きなメリットが削がれうることとは否定しがたい。具体的には、その権原の所在が不明確である法定外公共用物上、たとえば里道を（管理権限に基づいてではなく）慣行上ある行政主体が管理しているという場合、当該行政主体には占有は認められないことになる。だが、われわれの直面している問題は、行政主体が、権限・権原を有さなくとも公共用物の公用を確保すべき場合があるということであった。そして、本章冒頭でも述べたように、公共用物の管理権の法的性質は、窮極的には公共用物の公用をいかに確保するかという観点から考察されるべきであった。必要説と不要説は両者とも理論的には成り立ちうる拮抗した状況にある以上、両説の当否を考える上ではこのような観点から判断をしなくてはならないが、上に述べたような事案の解決能力という観点から、本稿は不要説が妥当だと考える。つまり、行政主体の占有は、物が公用に供されている法状態があり、実際に適切な管理がなされていることにより認められるというべきである⁸⁷⁾⁸⁸⁾。

85) 民事法上の当事者としての行政主体の恣意抑制という観点につき、前掲注75)参照。

86) なお、この点との関係で管理行為の性質について付言しておく。平成3年判決の評釈における対抗軸の一つが、鉄杭撤去行為は行政上の強制執行なのか、公物管理権に基づく事実行為なのか、自力救済なのか、という点であった（II 2(3)参照）。この点については、公物管理権の法的根拠を占有に求める以上は、山本隆司が述べるように行政主体は占有訴訟を提起できるというべきであろう（行政上の強制執行であることの否定）。そして、いうまでもなく占有訴訟は民事法上の制度であるから、行政主体の実力行使も民事法上の制約を受けるという限度では統制を受ける。そうすると藤原淳一郎の批判は少なくとも無限定では当たらず、行政主体は公物管理権に基づいて撤去行為が行えたというべきであろう。

87) 人工公物に係る公用開始決定が不適法であった（たとえば誤った行政計画に基づいて供用が開始された）などの理由で行政による不適法な管理・支配がなされている場合に、そうした管理・支配に基づいて占有を認定し、公物管理権という権力的作用の根拠を基礎づけることが可能かについては、疑問を呈す余地がある。

しかし、前掲注76)と対応する本文で述べたように、通説的な立場からは、民事法上の占有の認定は事実状態を考慮してなされており、正権原の有無が判断に介在することはない。そうすると、このような立場を修正して行政実体法への牴牾という正権原の不存在を占有の認定に消極的要素として反映すべきか否かが問題となりうるが、これについても本稿は消極的に解する。仮に行政により不適法な管理・支配がなされている場合であっても、そこが公共用物として実際に用いられているのであれば、それらの事実から占有・公物管理権の成立を認め、妨害者に対する排除請求を許した上で、その後に管理・支配の適法性をその原因となった行為に関する抗告訴訟などで争わせれば足りると思われる（単純な比較は許されないが、公用開始決定の瑕疵は取り消し得べき瑕疵に過ぎ

(2) 行政主体の占有の性質

a 総説

このような要件で行政主体の占有を認めたとして、その性質はいかなるものなのか。以下では、行政主体の占有の性質をいくつかの具体例に基づいて確認する。

本稿は、権原思考の限界が公共用物をめぐる具体的紛争の性質をその法的枠組みに反映できないところにあるとの指摘を既に行った(Ⅲ 1(1)a)。その指摘の根拠についても既に一定程度明示されたと考えているが、以下では占有説の立場から公物管理権を考察した場合に導かれうる解釈上の帰結を示すことによって、権原思考の限界を裏側から示しつつ、占有という事実に着眼して公物管理権の規律を考えることによる内容の豊かさについて、一定の示唆をもたらすことを目指す。そのために、以下では素材を必ずしも不法占拠者の排除に限定せず、より広い視野から叙述を行う。公物管理権の一般的な法的根拠として占有を据える以上は、このような検討が必要不可欠になると考えるからである。

ただ、それ故にやや視点が拡散する印象を与えられと思うので、冒頭で簡単に以下の検討を概括しておく。まず、行政主体が公共用物についても占有は、私人のそれと性質

がやや異なる。具体的には、占有を獲得するのに求められる実力の程度が、私人に比べて小さい(b, c(a))。そのことに関連して、私人が公共用物上に何らかの実力的支配を打ち立てようとしていても、それは法的には占有と評価されないことがあり、かえって行政主体が占有を維持しており、私人を排除することができるという帰結が支持される場合がある(c(a))。さらに、占有を公物管理権の法的根拠として考えることで、公物管理権の恣意的な発動が抑制されるという帰結をより自然に導くことができる場合がある(d)。最後に、このような占有説も万能ではなく、一定の限界があることは意識される(e)。

b 道路

平成18年判決では、①道路台帳の調製及び保管、②必要な維持、修繕、③電線等の工事のため必要がある場合には、道路の占用許可を与えること、④不法占拠者への対処、といった事情が認められるのであれば、行政主体による道路敷地の占有が認められると判断された。しかし、これらの事情が存在することは占有を認める十分条件ではあっても、必要条件ではないというべきである。というのも、道路の供用開始決定以来、平穩に公用に供されており、占用許可や不法占拠者への対

ないとするドイツにおける通説、また当該瑕疵は無効原因となる(これが日本においては定説である(後掲注110)参照))としつつも完全に建設され交通に供された道路は適法に供用開始された道路と同様に扱われねばならないとする「事実上の道路関係説(die Lehre vom faktischen Straßenverhältnis)」(こうした学説の状況を紹介する邦語文献として、大橋洋一「公物法の日独比較研究」『行政法学の構造的変革』207頁, 214頁(有斐閣, 1996)〔初出1994-1995〕参照)は、上に述べたのと同様に、違法に公用に供された道路であってもそのような事実状態が継続していることを前提にして公共用物の妨害排除問題を考えるという思考様式が存在を示している)。そうすると、敢えてこの点で民事法上の原則を変容させて、占有の成立のために人と物との間に適法な帰属関係が存在することを要求する必要はないのではないか。

88) なお、この点との関係で所有権に基づく請求について付言しておく。既に述べているように、行政主体が公共用物の敷地上に所有権を有する場合、当該所有権に基づいて不法占拠者に対して明渡請求・妨害排除請求を行うことは異論なく認められている(むしろ学説中では当然できることを前提としてか言及されていない場合もある)。しかし、この場合であっても行政主体が所有権に基づく請求を行う所以は、公共用物の維持・管理が当該行政主体の責務とされていることから、行政活動としてそれをなすべきだという点にある。これは、行政主体が占有訴訟を提起する場合と変わらない。そうだとすると、なぜ所有権に基づく請求については特に議論なくして認めつつ、占有訴訟については危機感を示すのかという点について検討を加えることにも意味がないではないであろう(両者に違いがないのであれば、本文のような論証は不要であり、所有権に基づく請求が認められる以上、占有訴訟も当然に認められると述べればよいだけである)。

そしてこの点は、所有権が承継取得を原則とする本権であり、占有が事実に基づいて認定されるものであるということに由来すると考えられる。つまり、所有権であれば基本的にはその移転を追跡することができるからその所在を捉えて法的な統制を及ぼすことも比較的容易であるのに対して、占有は事実から相対的に認められるものであるという性質から、ともすればアモルフな力が判断に混入することもありうる。そこで、所有権と占有とが区別され、後者を行政主体が用いようとするのであれば、それが許容されることの積極的な論証、そしてより厳密な要件充足の判定が求められることになるのである。

処が不要であるというような場合に、占有を認めないのは均衡を失するからである⁸⁹⁾。

他方、道路敷地について私人の占有の成立が認められた例としては、道路と私人の所有地の境界が不明確ないしそれについて争いがある場合に、当該私人が建物を建築した場合が多い⁹⁰⁾。そこでは、建物など強固な構造物による支配が一定期間存続していれば、占有が肯定されているといえる⁹¹⁾。

このように考えると、行政主体の道路敷地の占有は、私人のそれと比べて実力の要素がより稀薄な場合であっても認められるということができそうである。公用に供されている道路は全体として統合されているものであるから、一旦その公用を確立すれば実力が表れる場面は極小化される。これに対して占有を行政主体から簞簞しようとする私人は、そのように統合された客体をいわば「切り取る」ことを試みるのであるから、より多くの実力が必要とされるのは見やすい理である。

c 河川

(a) 河川敷地

河川について裁判例でしばしば問題となっているのが、舟艇の不法な係留である。たとえば、平成3年判決もそもその原因は違法な係留をヨットクラブが試みたことであった。そのような場合に、裁判例においては、不法に係留された舟艇について河川法75条1項に基づく撤去命令、及びそれに基づく行政代執行の適否が争われることが多い。たとえば、東京高判平成17年10月5日裁判所HP参照（平成16年（行コ）171号）では、1級河川である荒川水系新芝川に、プレジャーボートを栈橋にチェーンで結びつけて係留する行為が、河川法24条にいう「河川区域内の占用」に当たるとして、行政代執行が適法と判断された。

裁判例においては、このような不法係留をもって当該係留主体が河川の占有⁹²⁾を有しているとの主張が、行政主体によってなされることもある⁹³⁾。しかし、裁判所の判断に

89) 山本・前掲注25)35頁。

90) なお、村道の通行妨害に対して道路利用者が妨害排除請求を行うことができるとした最判昭和39年1月16日民集18巻1号1頁は、いかなる法的根拠に基づいて道路利用者が妨害排除請求を行うことができるとしたのか、またいかなる要件の下にそれが認められるとしたのかといった重要な点について不明瞭を残している（なお、同判決は事実にも不明瞭な点があり、問題となった村道の管理（ただし内容は明らかではない）を村が行ってきたという認定がされる一方で、通行のための踏板の設置など道路管理というべき行為を原告私人が行っていることも認定されており、両者がいかなる関係にあるのかは定かではない。實金・前掲注4)355頁、吉田秀文「道路法にいう道路の通行妨害とこれに対する道路利用者の救済——主として私法上の保護について——」判タ330号58頁（1976）、牧賢二「通行の自由権について——判例を中心として」判タ952号26頁（1997）を参照）が、利用者の占有という観点からこの問題を整理することも考えうる。

ただ、同判決は原告私人が管理行為を行ってきたことに注目して妨害排除請求権を導出するのではなく、一般使用の権利性を認めるかのような口吻で当該請求権を認めている。そうすると、本稿が問題としてきた管理権・占有の問題とは異なる次元の問題を扱うものとして整理すべきように思われる。

また仮にその点を不問に付したとしても、Ⅲ1(2)cで述べたように、私人による公共用物の占有を認定することは、一つの高いハードルを超えることを意味する。道路を事実上管理してきたということだけで（正統性を有する統治団体としての行政主体ではなく）私人に対して公共用物の公用・効用発揮という公共善についての権限行使を認めることが正当化されるのか、なお疑問が残る。このようなことを考えると、公物管理権の法的根拠を占有に求めたとしても、その論理を私人による管理行為に対して単純に適用することには慎重であるべきだろう。

91) 最近の例として、さいたま地判平成20年1月30日判自307号82頁（もはや通行人がいない里道上に建物が建築された事例）、東京地判平成17年7月22日裁判所HP参照（平成15年（行ウ）537号）（区道敷地上に学校法人の管理する校舎、校庭の一部が存在する事例）、神戸地判平成15年2月4日裁判所HP参照（平成13年（行ウ）11号）（市道に自動販売機が設置された事例）などがある。ただ、既にⅢ1(2)cで述べたように、私人によるある物の現実的支配が占有と評価されるか否かの消極的判断要素としては、現実的支配の客体が公共用物であるということが挙げられてよいと思われる。このように考えると、一連の下級審裁判例が示す、私人による道路敷地の占有の認定は非常に問題を孕んだものだといえることができる。本来法的に保護に値する支配についてのみ厳選して認められるべき占有が、あまりにも簡単に語られているという印象を拭きたい。

92) 河川の流水の占有を指すのか、水面下の敷地の占有を指すのかは不明瞭である。

93) 公表されている近年の裁判例として、横浜地判平成22年4月28日裁判所HP参照（平成21年（行ウ）58号）

において、当該係留主体による河川の占用は認定されても、私人による占有が認定されたものはない。占有と占用との関係はいかなるものであるのか。

河川の占用とは、ある特定の目的のために、その目的を達成するのに必要な限度において、公共用物である河川区域内の土地を排他的、継続的に使用することを意味する。河川の流水、土地の占用に河川管理者の許可が必要とされている(河川法 23 条, 24 条)のは、それにより河川の適正な利用、流水の正常な機能(同法 1 条)が害されるおそれがあるためであるから、河川区域内の土地に固着せず水面部分だけを使用する場合も、それが河川管理上支障を生ずると認められる場合には占用に当たると考えるべきである。また、ある主体に河川の占用が認められた場合の法律効果は、占用料等が課せられる(同法 30 条, 72 条, 74 条)、許可無く占用を行なっている場合に監督命令の対象となる(同法 75 条)といったものである。

このように、河川の占用は河川区域内の土地を使用しているという事実状態を指示する点において、占有と類似する。しかし、その効果は占有とは全く異なるものであり、不法係留の主体に占用が認められたとしても、それ故に占有も認められるというべきではない。では、私人が河川を占用しているというとき、当該私人に河川水面下の敷地の占有は認められるのか。この点については、既に述べたように(Ⅲ 1 (2) c)、河川が公共用物であるということが、占有の成否を判断するにあたって意味をもつてくると考えてよい。結論からいえば、私人の河川水面下の敷地の占有を認めることには、よほど強度の支配が打ち立てられているというのでない限り、慎重であるべきだろう。

そうすると、舟艇事例においては原則としては舟艇の所有者の河川敷地の占有は認められず、行政主体による占有は認められるとい

うことになる⁹⁴⁾。ややもすると、このような判断は奇異なものに思われるかもしれない。占有とは物に対する事実的支配を意味するのだとすると、舟艇事例においては行政主体よりも、実際に錨を下ろすなどして舟艇を停泊させている私人の方が物理的に当該河川敷地を支配しているようにも見えるからである。しかしながら、占有とは事実的支配に対するあくまでも法的評価である。そして、法的には公共用物である河川の上に私人の占有を語ることに慎重であるべきならば、当該私人が舟艇を河川に停泊させているという程度の事実は、法的にはゼロである。そうすると、行政主体が管理行為を適切に行なっているという河川とのかかわり合いが、河川との密着した関係を示す事実として意味をもち、行政主体による占有が肯定されることになる。そこで、たとえば、平成 3 年判決においては浦安町による撤去作業は旧漁港法の規定に基づかない違法なものとされたが、山本隆司が述べるように、「町は占有の訴えを提起できたものと考えられる」⁹⁵⁾。

このように考えると、河川についても道路と同様に、私人の占有に対比した場合の行政主体の占有の特徴は、実力の要素が極小化されているという点に求められるといえる。そして、私人により河川に対して実力支配のようなものが打ち立てられようとしているときも、少なくともそれが直ちに行政主体の占有を排除するわけではないということもいえる。行政主体が不法占拠者を排除するのに合理的な期間⁹⁶⁾が経過するまでは、不法占拠者は河川を占用していても、占有はしていないと解することになる。

(b) 流水

このように河川の水面下の敷地に行政主体の占有が成り立つかという問題とは別に考察を要するのが、流水に占有が成り立つのかという問題である。公物管理権⁹⁷⁾の基礎を占有に求める場合、ここが隘路となる。という

がある。

94) 占有の所在は紛争当事者の間で相対的に判断されるから、係争物と凡そ無関係の二当事者が争うという非常識な事態を除けば、一方に占有がなければ他方に占有があるということになる。

95) 山本・前掲注 25) 38 頁。

96) 本件では原告による不法係留から被告による行政代執行による排除措置まで約 6 か月が経過している。

のも、流水という常に変動するものについて、物に対する排他的な支配という占有の概念が成立するのかということ、河川法の適用がある河川については、同法4条2項が流水について私権の行使を否定していることという2つの問題があるからである⁹⁸⁾。

前者の問題については、民法上もほとんど議論がみられないところである。だが、一般的には占有の対象物としては固定されて存在する物・空間が想定されているようであり、流水のように常に流動する物は占有の対象とされていないように思われる。これは、物に対する実力的支配という占有の概念からして、不定形で流れゆく物に対しての支配が概念されにくいからであろう。しかし、本稿が検討する行政主体の占有は、物に対する実力による支配という側面が比較的希薄であり、一定の公共用物について適切な管理を行っていることがその実質である。つまり、ここでの問題は、流水の一部だけを切り取ってそこについての占有を語ることができるかという形ではなく、上流から下流までの水系としての河川全体を把握しているという事態を占有と指示できるかという問題である。このように考えれば、行政主体の占有を流水について肯定することも不可能ではないのではないのか。

後者の問題については、河川法4条2項の「私権」とは所有権その他の包括的支配権をいうと理解されており⁹⁹⁾、そうだとすると、占有はここに当たらないと解釈することができるであろう。

d 都市公園

都市公園についても行政主体の占有は語り

うる。そして、占有との関係での論点は、都市公園上の土地に私人の占有が成り立つのかというものである。この点については太田匡彦の詳細な検討がなされているところであり¹⁰⁰⁾、それをきわめて簡潔にリステートすると、以下ようになる。都市公園はその性質上人の滞留が予定されているものであり、常に流動することが予定されている道路や河川とは性質が異なる。そこで、公共用物でありながら、都市公園についてはその敷地上に私人の占有を語りうる余地が生まれる。そして、社会のどこからも居場所を失ったホームレスのような人については、そのような人であつてもどこかの空間には存在しなくては生存することはできず、われわれの社会がそのような人々を個人として認知・尊重しようとするのであれば、都市公園の限られた一角について、その占有を語ることでもあるというのである。つまり、都市公園という客体の、ホームレスという主体の特殊性から、公共用物の敷地上に占有が語りうることになる。

このような議論は、占有という観点からの問題提起によってはっきりと出てくるものである。所有権を公物管理権の根拠とする場合、所有権は抽象的な権原であるから、公共用物の性質によって異なる規律を導くことはしにくい。これに対して占有は事実に着目して導かれるから、問題となる公共用物がいかなる性質であるかが、道路と都市公園とを対比すれば分かるように、規律に必然的に反映されてくる。つまり、占有の客体としての適格を問題とすることで、公共用物の管理について一定の法的解釈論の方向性を導くことができるのである¹⁰¹⁾。

97) 現在の日本の法制度においては、流水は独立の公共用物とは考えられていない。しかし、たとえば河川管理権の中には河川を流れる水の管理権も含まれるから、これをどのように捉えるべきかが公物管理権の観点からは問題となる。

98) なお、この2つの問い自体は、所有権説についても同じように成り立つと思われる。流水について所有権が成り立つかという問題については、河川に流れる水全体が行政主体の所有権の対象であると応えることが可能であろうが、それが海に流れた場合にはどうなるのか、領海から水が逸出した段階で所有権が失われるのか、など突き詰めていくと不明な点が残る。私権行使禁止規定については、塩野説では個別公物法があれば公物管理権はそれにより考えるという立場であるから、問題とはならないのであろう。

99) 三木本健治「河川の管理」雄川一郎ほか編『現代行政法大系(9)公務員・公物』376頁、386頁(有斐閣、1984)。

100) 太田・前掲注56)92頁参照。そこでは非常に明晰な分析がなされており、本稿も賛同するものである。

101) もちろん、所有権説からも所有権の目的による拘束という議論は可能であるが、一般的には絶対的な対世的権利と理解されている民法上の所有権がなぜ行政目的により拘束されるのかという点の論証が必要であるし(な

e 海

一般海域には栈橋・浮栈橋や飛込台、巨大筏などの無断構築物が設置されることが多いとされる¹⁰²⁾が、このような不法占拠者を排除するためには、海の実管理権をいかに基礎づけるかが問題となる。しかし、海については現在でも包括的な管理法制は定められておらず、海は広大な法定外公共用物として、管理法制の空白が問題視されている。

そして、それ故に海の実管理権の性質理解をめぐって激しい争いが見られる¹⁰³⁾が、そもそも海の実管理については非常に多様な性格があるということを指摘できる。沿岸海域であれば船舶による利用の調整や、先に挙げた無断構築物への対処が問題となるが、同時に漁業権といったそれらとは全く性質の異なる問題もそこには関係する。さらに、沿岸海域から離れた領海や、さらには排他的経済水域に至れば、そこには国際法的観点からの考察も欠かせない領域が存在する。

このように考えると、海の実管理権は、一般に問題とされる公物管理権¹⁰⁴⁾とはかなり問題の所在が異なるというべきであり、同じ理論枠組みで語ること自体が少なくとも容易ではない。そこで、本稿は海の実管理権についても権原をベースとして思考することの限界が意識されている¹⁰⁵⁾ということを指摘するに留める。

(3) 公物管理権と占有の関係

公物管理権をこのような意味における占有により基礎づけるとして、平成8年、平成18年両判決のもとらした問題、すなわち、両判決がそれぞれ道路管理者としての道路敷地の管理権に基づいて妨害排除請求を認めていることと、占有権に基づいて妨害予防請求を認めていることとを、いかなる関係で理解すべきか、の検討が必要である。

まず、道路管理権の根拠が行政主体の占有にあると考えるのであれば、それは私人に対する請求をも基礎づけられた権利だということができる。そうだとすると、占有の法的効果である占有権を道路管理権も含んでいいると考えることができる。そこで、道路管理者が公物管理権に基づいて私人に対する明渡請求、妨害排除請求をすることも認められうることになる。

そして、平成8年判決で最高裁が管理権に請求の根拠を求めつつ、平成18年判決では最高裁は占有権に請求の根拠を認めるという形で異なる判断を下した理由は、実定公物法の根拠の有無の問題だと整理することはできないか。Ⅱ 2(1)cで述べたように、私人を相手方とする妨害排除は、道路法上行政主体に認められた権限である。そして、このような行政主体の権限に基づく行政上の義務であっても、行政主体が道路に対して有する占有に

お、前掲注75)も参照のこと)、客体によって所有権の発現形態が法的に異なるという議論にも困難が伴うように思われる。

102) 寶金・前掲注4)366頁。

103) この点に関連して、横山信二は、「住民の生活とかかわる海の利用は地方自治の問題として捉える」べきであると、地方公共団体を管理主体として海域の利用調整をすべきと主張する(横山信二「海洋公物管理論」松山大学論集2巻2号53頁(1990))。また、多賀谷一照は、日本の実定公物法が「所有権もしくはそれに類する権原を公的土地規制権限の手がかりにしている」ことを批判し、沿岸海域の実管理権限は国土に関する国の属地的支配権としての公法的支配管理にあるとしている(多賀谷一照「沿岸域の法理への視角」千葉大学論集12巻3号42頁(1998))。同様の方向性を示すものとして、櫻井敬子「公物理論の発展可能性とその限界——警察権・統治権からの再定義の必要性」自治研究80巻7号24頁(2004)。ただ、このような支配権・統治権から公物管理権を基礎づける見解には俄かには賛成しがたい。行政法的統制も民事法的統制も受けない権力がそこに現れることを肯定することになりうるからである。横山の見解は権原ではなく事実への評価から管理権を導こうとする試みであり、法定外公共用物の管理に関する旧建設省の見解に近いものを感じさせる。多賀谷の見解はこれとは異質ではあるが、権原に立脚することの問題を意識する点では、横山の見解と共通する。

これに対して塩野宏は、海が国有であることを前提に、そこから国の所有権の表れとしての管理権を認める。これに対しては、海を沿岸域もそれ以外も一括して論ずることが可能なのか、そもそも海に所有権を觀念することは可能か(最判昭和61年12月16日民集40巻7号1236頁は海面下の土地に原則として所有権の成立を認めない)などといった疑問を付すことができる。

104) その性質については、Ⅰ2も参照のこと。

105) 前掲注103)及びそこに掲げられた各文献を参照のこと。

よって基礎づけられるものであるがゆえに、それは裁判上履行を請求できるものとなっている。これに対して平成18年判決では妨害予防が問題となっており、それを定めた規定は道路法上存在しなかったため、裁判所は占有訴訟を直接に認めたと捉えることになる。

結局のところ、個別公物法に公物管理権の根拠規定が存在する場合には、行政主体は当該権限（権原）を法所定の方法で行使することができることは当然であるが、さらにそれが占有に基礎をもつものであるがゆえに、民事裁判によっても占有権の発露として当該権限を行使することができる。他方、個別公物法に規定されていない態様で管理作用を行おうとする場合には、占有権の行使を検討すべきである¹⁰⁶⁾。つまり、公物管理権に基づく請求と占有訴訟とは、ラベルは異なるが内容は同じということになる。このような解釈は、方向性としては、所有権説が、実定公物法が存在する領域については管理権の根拠が実定法に吸収されるとしつつ、実定公物法のない領域について所有権を根拠とするのに似ることになる。

IV. 問題の解決？

1 公物管理権の法的性質

IIIで獲得された公物管理権についてのイメージは、以下のようなものである。まず、公物管理権の法的根拠は、行政主体が公共用物について有する占有である。そして、その占有は行政主体が公共用物を管理しているという事実から認められる。つまり、行政主体が公共用物の公用開始行為を行い、その後は当該公共用物を公用に供するために適切な管理、維持・補修、占用の許可、妨害者の排除などを行なっていれば、それについての占有が認められ、当該行政主体には公物管理権が

認められる。

そして、このような公物管理権が侵害される場合、つまり行政主体の占有が侵害される場合は、行政主体はその妨害を占有訴訟によって排除することができ、また、公物管理権者としてそれを排除することが求められる。このように公物管理権を公物管理の事実から立ち上げることで、権原のレベルでは行政主体が不法占拠者に対抗できない場合であっても、公共用物の公用の回復を少なくとも当面は達成することが可能になる。

2 公共用物上の不法占拠者の排除

このような公物管理権の理解を前提とすると、公共用物上の不法占拠者の排除という問題は、以下のように解決されることになる。

まず、個別公物法に規定が存在する場合は、それに基づいて請求を行うことになる。たとえば、平成8年判決でなされた道路管理者の土地管理権に基づく妨害排除請求がこれである。ただ、この場合であっても公物管理権の根拠としての占有の観点から、事案の解決の方向を嚮導する。個別公物法上の管理権に基づいて不法占拠者に対する行政代執行を検討する場合を例にとると、道路についてはその性質上、原則として私人の占有を語ることは困難であるから、平成8年判決の事案においては、松山市は道路上の不法占拠者を行政代執行によって排除することが可能であろう。これに対して都市公園については、帰る場所をもたないホームレスの人々も生存のために最低限の空間を必要とするという観点から、都市公園の一部についてホームレスの占有を語ることができ、それが認められる場合には公物管理権に基づいて明渡義務を賦課したとしても（都市公園法27条1項参照）、行政代執行によってそれを除去することはできない。

106) 行政主体が敷地の所有権を有する場合には、それに基づく請求も可能である（広岡・前掲注72）48頁も参照）。なお、塩野・前掲注6）387-388頁は、道路管理上、所有権に基づく妨害排除の可能性については平成18年判決も否定しておらず、また実務上広く認められていることから、山本隆司の見解（山本・前掲注25）37頁参照）を引きつつ、「占有権に基づく妨害排除は所有権を主張することを得ない場合の、窮余の策として、位置づけるのが適切」としている。所有権説の立場からはそのような説明になるが、本稿がこれまで述べてきたように所有権説自体に問題があるため、このような立論を採用することはできない。

これに対して個別公物法の規定が存在しない場合は、端的に行政主体の占有の成否を判断すべきことになる。この段階でも、問題となっている公共用物の類型や具体的な事案を勘案することが必要不可欠になる。原則としては公共用物上に私人の占有は成立しがたいから、行政主体による支配を占有と認定し、それに裏付けられた管理権によって、妨害者に対して明渡請求、妨害排除請求を行うことができる。この請求は、裁判上は占有訴訟という形をとる¹⁰⁷⁾。だが、都市公園について例示したように、公共用物について例外的に私人の占有が成立しうる場合もある。そのような場合には、行政主体はもはや占有を有していないから、本権によってのみ当該私人に請求を行うことができる。

以上のようにして、公共用物上の不法占拠者の排除という問題に、一定の解決の指針が与えられたことになる。

3 再び獲得される問い

しかしながら、このような占有に依拠した

方策はあくまで一時的なものでしかない。つまり、占有訴訟によって公共用物の公用を回復した行政主体には、その後本権についての紛争を継続することが求められることもありうる。一度は排除された不法占拠者が問題となっている公共用物の敷地の権原をなおも主張して返還請求や損害賠償請求を行う場合には、行政主体としては、当該敷地について自らが権原を有することを示さなければならないからである¹⁰⁸⁾。実際に、平成18年判決の事案においても、越谷市が提起した占有訴訟と並行して、国が不法占拠者に対して所有権移転登記を求める訴えを提起し、勝訴している¹⁰⁹⁾。

だが、その本権を争う訴訟において、行政主体が権原を不法占拠者に対抗できないとされた場合、あるいはそもそも権原を適法に取得していなかったと判断された場合¹¹⁰⁾には、行政主体はどうすればよいのか。もちろん、道路法など私権制限規定が存在する公物管理法の適用がある公物であれば、行政主体が私人に対して所有権取得を対抗できないとされたとしても問題はそれほど大きくない。

107) 公物管理権者が管理作用の物理的行使を行う際に、その限界を民事上の自力救済の限度と全く同様に考えることができるか否かという問題がある（塩野・前掲注6)388頁、塩野・前掲注47)127頁参照。また、石井・前掲注71)も参照）。

108) 道路法をはじめとする個別公物法の適用がある公共用物であれば、たとえば道路法4条の私権排除規定の効果により、私人が公共用物の敷地について所有権を有していたところで、当該権利に基づいて行政主体に対して妨害排除請求あるいは損害賠償請求を行うことは認められないから、実際には本権を争う訴訟を遂行する必要はないのではないかと疑問が示されるかもしれない。しかし、平成18年判決が典型的に示すように、道路を占拠する私人は、敷地の登記を獲得した上で、自らが所有権を有しているとの主張を行い、それに基づいて当該敷地の買い取りを行政主体に対して要求するという行動をとることがある。そうすると、公共用物の敷地の権原を私人が有しているということそれ自体が問題となることがありうる。なぜなら、最終的に裁判にまで至ればそのような私人の請求は棄却されるにせよ、そうした不当な、しばしば実力行使を伴う、さらには要求の主体自体さえも敷地の登記が輻輳流通することに伴って変化する、要求に対応しなければならないこと自体が行政主体にとってコストを意味するからである。そこで、紛争の抜本的解決のためには行政主体が権原を有するということを確定する必要性が認められよう。

109) 三木・前掲注37)293頁注13参照。

110) 人工公物たる公共用物の公用開始決定が適法になされるためには、当該物について行政主体が権原をもつ必要があり、権原なくしてなされた公用開始決定は無効であると伝統的に学説により解されており、判例もこれを認めている（昭和44年判決、田中二郎『土地法』46頁注1（有斐閣、1960）、原・前掲注6)71頁、塩野・前掲注6)371頁参照）。そこで、このような場合には、相手方私人は、当初から個別公物法上の制限の課されていない所有権を有している、すなわち民法上の所有権を完全に行使することができると解されるから、公共用物の管理主体に対して、所有権に基づく妨害排除請求及び損害賠償請求を行うことが可能となる。このような請求が、事実状態としては公用に供されている道路についてなされた場合の問題は明らかであろう。

ただし、行政主体が敷地の権原を取得したものの、対抗関係に立つ私人に劣後する地位にあるために、その者との関係では権原を確定的に取得できなかったという場合には、公用開始決定自体に瑕疵はないと一般的には考えられている（昭和44年判決、塩野・前掲注6)372頁参照）から、上の議論は凡そ権原の取得がなされなかった場合を主に問題としているということに留意しなくてはならない。

適法な公用開始行為があれば¹¹¹⁾、その後には権原を取得した者に対しては私権制限が働くからである¹¹²⁾。

しかし、法定外公共用物などの私権制限規定が及ばない物件について行政主体が本権を不法占拠者に対抗できないということになれば¹¹³⁾、あるいは(法定)公共用物であっても権原取得がなされなかったために公用開始行為が無効であると判断された場合¹¹⁴⁾には、どうなるか。その場合には、行政主体は当該公共用物の敷地を明け渡さざるをえないということになる。このような結論はいかにも非常識であり、受け入れがたい。しかし、このような結論は、公共用物を私有地と同様の所有権の客体と見る以上は想定せざるをえないものである¹¹⁵⁾。

本稿はここまで、従来の民法学、行政法学の道具立てを用いて議論を行ってきた。具体的には、公共用物上には民法上の所有権が成立することを前提とし、また公共用物上に占有が成立するというときも、そこで語る占

有の内容は基本的には民法学の理解を前提としてきた。しかし、このような理解によっては解決できない問題の存在が、ここに至って理解されることとなった。ここから、そもそも公共用物の所有権は他の物についての所有権と同一のものであるのか、特にそれと私有地の所有権とを同列に並べて、権原の所在を対抗要件の問題として語ってよいのかという問いが獲得されることになるのである¹¹⁶⁾。

V. おわりに

以上で本稿の考察を終えることとする。本稿が至った結論は問題の解決であるよりも問題の提起であり、今後は、本稿で行った個々の論証の精度を向上させるとともに、最後に獲得された問題をさらに検討することが必要である。

また、本稿は公共用物上の不法占拠者の排除という問題の検討を通して公物管理権の法的性質について検討したが、不法占拠者の排

111) 前掲注 110) の議論はこの点に係る。つまり、現在の最高裁判例及び通説を前提とするならば、公用開始決定時点において行政主体が権原を取得していなかった場合、当該公用開始決定は無効な行政行為であり、それ故に公用開始決定当時の土地所有権者、あるいはその後の承継取得者たる私人には私権制限が働かない。そのため、本文中直後に述べる法定外公共用物について生ずるのと同様の問題が起こることになる。

112) 昭和 44 年判決参照。

113) 山本・前掲注 25)34 頁は、地方分権一括法に基づく法定外公共用物の地方公共団体への譲渡、無償貸付されていた国有財産の譲与手続(道路法 90 条 2 項参照)が推進されてきたものの、「登記手続の遅延等により地方公共団体が所有権取得を対抗でき……ない事態が発生する可能性はかなり残っている」と指摘する(そこに引用される阿部泰隆『行政法解釈学 I』226 頁(有斐閣, 2008)、新井剛「判批」判時 1968 号 187 頁, 190 頁(2007)も参照)。

114) このような場合を想定しつつ、山本・前掲注 25)39 頁注 29 は、占有の訴えにおいて本権に基づく裁判を禁ずる民法 202 条 2 項との関係では「この〔権原なしにおこなわれたという〕公用開始決定の無効事由は、民事法上の権原を有する者に対する関係に限られる相対的な無効を意味し、こうした相対的な無効事由は占有の訴えにおいては主張できないと解することになろう」とする。これ自体は妥当な見解であるが、権原の有無が争点化することは民法 202 条 2 項との抵触可能性という点においてだけでなく、権原の有無を問わずに迅速な妨害排除を行うことを不可能にするという点でも問題である。そして、占拠者の側から本権に基づく反訴が提起された場合には結局本権の有無が争点化することになるから、こちらの点の問題は山本のように解したとしても回避できない(前掲注 71)も参照)。

115) 本稿のように妨害排除請求訴訟を占有訴訟として構成した場合、占有者が占有訴訟で勝訴した後に本権訴訟で敗訴することがありうるのは当然のことであるとした上で、そのような場合であっても行政主体としては土地収用等に対応することが可能であるから問題はないとの批判もありうる。一面ではそのとおりであるが、他面ではそのような手段は平成 8 年判決、平成 18 年判決のような態様で権原を敢えて獲得してくる不法占拠者に対して「出口」を与えかねないのではないかという懸念がある。

116) 木庭顕『ローマ法案内』補遺)前掲注 5)144 頁, 164 頁注 15 も参照。

なお、本稿とは別の角度から「公共用物について、これが「国有」であることの意義、さらに「国が所有する」というところの「所有」の意味内容ないし「所有権」の性質について、より踏み込んだ考察が必要ではないか」との認識を示す論攷として、三浦大介「国有財産法の変遷と公物の所有権(1)」神奈川法学 44 巻 1 号 2 頁, 3 頁(2012)がある。しかし、同論攷は 2014 年 9 月現在で未完であり、三浦による公共用物の所有権に関する理解の全貌を把握することはできない。

除という問題にはそれ以外にもさまざまなアプローチの仕方がありえ、また公物管理権の法的性質についても重要ではあるが限られた一場面を取り出したにすぎない。さらにいえば、そもそもなぜ日本では公共用物を不法占拠する者が現れ、行政主体がその対応に苦慮するという状況が生ずるのかといった狭い意味での法的な議論に解消されない論点も残されている。本稿の検討を基礎としてこのような問題に挑むことが、今後の課題となろう。

＊ 本稿は、筆者が法科大学院2年次在籍中の2012年12月に東京大学大学院法学政治学研究科へ提出したリサーチペーパーに若干の補足を施したものである。

本稿を執筆する動機の一つとなった判例評釈を執筆された山本隆司教授には、リサーチペーパーの指導教員をお引き受けいただき、論稿の内容についてはいうまでもなく、論文を書くという営みそのものについて明示・黙示にご教示いただいた。特に記して厚く御礼申しあげる。

(どい・つばさ)