

ドイツ公物法一般理論の基礎

～日本法との比較において～

土 田 伸 也

- I. はじめに
- II. 公物の概念
- III. 公物法の二元主義
- IV. 公物の種類
- V. 公物の成立
- VI. 公物の消滅
- VII. むすびにかえて

I. はじめに

本稿の目的は、現在のドイツ公物法一般理論の基本的事項を明らかにすることにある¹。以下では、そのような事項として、公物の概念、公物法の二元主義、公物の種類、公物の成立、公物の消滅を取り上げることにする。このような作業は、単にドイツ公物法の理解を助けるという点で有用であるだけでなく、果たしてまたいかなる形で公物法一般理論が存在すべきかという、法領域としての公物法が直面する根本的な問題を考える上での予備的作業としても有用であると思われる。

なお、公物法一般理論についても、他の行政法理論と同様、日本法は多くの点でドイツ法を継受した²。それにも拘わらず、現在の公物法一般理論において用いられる用語の意味および論じられる内容は、両者の間で少なからず異なっているように見受けられる。そこで以下では、ドイツ公物法一般理論の基本的事項について、我が国のそれといかなる点で異なるのか、という点にも配慮しながら、論述を進めることにする。

Ⅱ. 公物の概念

1. ドイツにおいて、「公物」(Öffentliche Sache)という言葉は、講学上の用語であり、制定法上の用語ではない。

この用語は、「公」(öffentlich) という部分と「物」(Sache)という部分からなる。それゆえ、公物とは何かということを明らかにしようとするならば、そこでいう「公」および「物」が何を意味するのかということをも明らかにすればよい、ということになる。

(1) 「公」の意味

現在のドイツ法において、一般に、公物の「公」は、「公法的な地位をもった」ということを意味する。従って、ある物が単に事実上、公共の用に供されているだけでは、それは公物ではない。要するに、ドイツにおける公物概念は、事実の側面から捉えられた概念ではなく、法的な側面から捉えられた概念であると言うことができる。そうすると、いかにしてその公法的な地位は得られるのか、ということが次に問題となる。この点、ドイツ法は、「公用開始」(Widmung)を経ることによって公法上の地位が得られる、とする。よって、ドイツにおいて、公物は公用開始を経た物なのであって、公用開始を経ない物は公物ではない³。

(2) 「物」の意味

ドイツ民法(BGB)90条は、「物」の概念につき、次のように定める。「この法律において物とは、有体物のみをいう。」。それでは、このような私法の世界における物概念が、公法の世界における物概念にもそのまま妥当するであろうか。この点、ドイツでは争いがある。

例えばヴェーバーは、公物が有体物でなければならないことを説く。彼によれば、公的利用にとって必要となる限りにおいて、公物を物権に関する私法秩序から除外し、そのかわりに公物を公法秩序に服させるようにすること、そこに、公物としての地位を承認することの意味がある。それゆえ、ある物が私法秩序の意味における物でなければ、そこには私法秩序を排除する契機がそもそも存在しないから、例えば空(Luftraum)などは公物ではない、とする⁴。最近では、このような立場にパーピアも従うが⁵、全体としてみれば、このような学説は少数説に止まっていると言えよう。

これに対し、多数説は、公物は必ずしも有体物である必要はない、とす

る⁶。このような立場に立つある論者は、公物法の目的は特定の物を公法秩序に服させることにあるのであるから、そのような目的を達成する上で対象となる物が公物なのであって、そうであるからには、公物の概念につき、私法上の物概念に固執する必要はない旨、述べる⁷。ここでは、ある物が公物に該当しうるかどうかは、目的的に判断されることになり、具体的には、空や電流などが公物として捉えられる⁸。

思うに、公物が有体物でなければならないか否かという点について見解がわかれるのは、各論者が公物法の主たる目的をどのように捉えているのか、ということによる⁹。すなわち、上記の問いを肯定する者は、公物法の主たる目的を私法秩序の排除という点に求めるため、その前提として、当該物は私法秩序に服していなければならないということになり、その結果、公物の物概念は私法秩序における物概念、すなわち有体物でなければならないということになる。これに対し、上記の問いを否定する者は、公物法の主たる目的を私法秩序の排除という点に求めず、特定の物を公法秩序に服させるという点に求めるため、当該物が私法秩序に服している必要は必ずしもない。結果として、公物の物概念は私法秩序における物概念である必要はなく、公物は、有体物でない物、すなわち無体物でもよい、ということになる。

2. 他方、我が国では、公物の概念は一般に次のように定義されている。すなわち、公物とは「国又は地方公共団体等の行政主体により、直接、公の目的に供用される個々の有体物をいう」¹⁰。これとドイツにおける公物概念を比較すると、次の2点を両者の間の差異として指摘することができる。

第1に、我が国における公物の概念は、ドイツ法と異なり、必ずしも法的観点から捉えられている概念ではない、ということである。すなわち、一般に我が国では、必ずしもあらゆる公物に公用開始は必要とされておらず、特に「自然公物は、その自然の状態において、公物としての成立を具有するもので、その成立には意思的行為を必要としない」¹¹とされている。それゆえ、日本法においては、少なくとも表面上は公用開始を経ない物も公物として捉えられているのであって、この点において「公物」の「公」の意味が日本法とドイツ法の間で異なるということを指摘しうる¹²。

第2に、既に明らかなように、一般に、我が国における公物は、ドイツ

におけるそれと異なり、有体物であるとされているから¹³、——上記の多数説に従った場合——「公物」の「物」の意味が日本法とドイツ法の間で異なる。

このように、明治時代に「Öffentliche Sache」の訳語としてあてられた「公物」という語の意味は、現在では、その原語が意味するところと完全に一致しない。

Ⅲ. 公物法の二元主義

1. 公物はそれぞれ一定の公目的を有しているが、それをいかにして法的に達成するか、その理論構成が問題となる。この問題は、とりわけ公物の所有権をどのように捉えるのか、ということと密接に関係して、論じられてきた。この点に関してこれまで提示されてきた考え方を大雑把に整理すると、さしあたり以下の3つに整理することができる¹⁴。

- ① 無主物説：公物の上に所有権は成立しない。
- ② 公所有権説：公物の上に所有権は成立するものの、それは公法上の所有権であり、私法秩序に服することはない。
- ③ 私所有権説：公物の上に所有権が成立し、しかもそれは私法上の所有権であるが、公物の公目的を達成するのに必要な限りにおいて、私法秩序が排除される。

周知のように、ドイツにおける実定法・判例・学説は、基本的に③私所有権説に立脚している。

2. 従来、③私所有権説は、②公所有権説に対峙する学説として位置づけられてきた。というのも、②公所有権説の説く公法上の物権が③私所有権説では排除される、と考えられてきたからである。ところが、ドイツ法における現在の私所有権説をより詳細にみていくと、その理論構成につき、②公所有権説の要素が全く伺えないわけではない。例えばパーピアは次のように述べる。「…公物は、唯一の統一的所有権秩序に服する。ドイツの法体系では、この所有権秩序は民法典の中で形成されている。もっとも、この私所有権には、公目的に即した公用開始に基づいて、制限物権、従って公法の“役権”なるもの(eine Dienstbarkeit des öffentlichen Rechts)

が課される。これは、物に対する特別な公法上の物支配なるもの(eine besondere öffentlich-rechtliche Sachherrschaft)を付与する」¹⁵。ここで述べられている「公法の役権」および「公法上の物支配」は、私法(民法)における「役権」および「物支配」を意識して用いられた用語であろう¹⁶。そうすると、ここには、私法における物権とは異なった公法上の物権が観念されていると見る余地があり、その意味で、現在のドイツにおける私所有権説は、公所有権説に近似するものとなっている、とすることができるのである¹⁷。

ところで、公物法の基礎に関する上記のような説明の仕方は、現在のところ、支配的な見解であると言ってよいであろうが、その用語法については若干のばらつきがみられる¹⁸。その意味では、「公法の役権」にしる、「公法上の物支配」にしる、十分に吟味されて使い分けられているわけではないとすることができる。この点に関し、アクサーは、公法上の役権という用語について検討を加えているので、ここで彼の見解を紹介することにしよう¹⁹。

アクサーによれば、公法上の役権なる用語は正当ではないという。なぜなら、民法上、役権と捉えられているのは、1018条から1029条までの地役権、1090条から1093条までの制限的人役権、1030条から1067条までの用益権であるが、これらすべてについて、公法上の役権は類似しないからである。まず、地役権については、民法上のそれが要役地と承役地という2つの土地を前提としているのに対し、公法上の役権は2つの土地を前提していない。次に制限的人役権については、民法上のそれが非譲渡性を特徴としているのに対し、公法上の役権には非譲渡性がない。例えば、道路の等級が変更されたことにより、管理者が変わることがあるが、これは民法上の制限的人役権に類似しない。最後に、用益権については、民法上のそれが全面的支配権を特徴としているのに対し、「公法上の役権」は公用開始の目的の範囲内でしかその権能を行使しえないから、全面的支配権とはいえない。以上のようにして、アクサーは公法上の役権という用語が正当でないことを主張する。しかし、彼は公法上の役権という用語が正当なものではないとしているだけで、公法上の物支配まで一概に否定しているわけではない。さらに、公法上の役権という用語について、アクサーの指摘にはもっともな点があるが、他面において公法上の物支配が所有権の制限機能を有している点で、制限物権たる役権に類似していることも否定できず、

そういうものとして公法上の役権という語を用いれば、それはそれでよい、とも言えよう。

3. なお、我が国においても、かつて公所有権説と私所有権説の争いがあったが、近年は、さして実益のある論争ではないとの見方が支配的である²⁰。もっとも、実定法制度を説明する際に、公所有権説または私所有権説が引き合いに出されることは依然としてある。例えば道路法について言えば、私所有権説に立脚して規定されていると一般に解されている²¹。但し、その場合、道路の私所有権に課される制限がドイツ法のように公法上の物支配、あるいは物権法に関連する観念を用いて説明されることは、一般にない²²。その意味では日本法における私所有権説とドイツ法における私所有権説の間に隔たりがある、ということを描きできる。

IV. 公物の種類

1. 現在のドイツ法では、通常、公物はその利用形態に着目して区別される²³。まず、誰が本来的に使用するのか、という観点から、内部利用の公物と外部利用の公物に区別される。前者は、行政自身が使用することを本来的に予定している公物であるのに対し、後者は、国民が使用することを本来的に予定している公物である。内部利用に供される公物は、行政使用における公物(Öffentliche Sachen im Verwaltungsgebrauch)という。例えば庁舎がこれにあたる。外部利用に供される公物は、さらに一般使用における公物(Öffentliche Sachen im Gemeingebrauch)、特別使用における公物(Öffentliche Sachen im Sondergebrauch)、営造物使用における公物(Öffentliche Sachen im Anstaltsgebrauch)に区別される。このうち、一般使用における公物は、原則として何人も許可なくして利用できる公物であり、例えば各州の道路法が適用される道路あるいは連邦法が適用される連邦道路がこれにあたる。他方、特別使用における公物は、これとは逆に、原則として使用許可を必要とする公物である。例えば、経済目的で利用される河川がこれにあたる。営造物使用における公物については、パインによれば、「営造物使用における公物とは、目的拘束の結果、市民が直接利用することを禁じられ(従って一般使用に基づく利用が禁じられ)、特別な許

可(黙示的な許可も含む)に従ってのみ利用することが許されているあらゆる物である。』。例えば、公法的な利用秩序に服する場合の劇場、病院、幼稚園などが例として挙げられる²⁴。使用許可を必要とするという点では、営造物使用における公物も特別使用における公物も同じであるが、両者の違いは、一応、以下の点に求めることができる。すなわち、営造物使用における公物の利用は常に使用許可を必要とするのに対し、特別使用における公物の利用は必ずしも常に使用許可を必要とするわけではなく、例外的に使用許可なくして当該物を利用できる(例えば、所有者による経済目的での水域の利用)²⁵。

なお、ドイツ公物法において、神聖物(Res Sacrae)なる物が公物の一類型として取り上げられることがある²⁶。この神聖物にあたるのは、祭壇、教会の建物、教会の鐘などである。宗教に関連する物が公物の一類型として公物法の中で論じられることのない日本法の立場からすると、このようなドイツ公物法の構成には違和感を覚える。それでは、何故、ドイツにおいては神聖物が公物法の中で論じられるのであろうか。その理由は、必要性和許容性の観点から説明しうる²⁷。まず、必要性的観点からすると、神聖物の目的を達成させるためには、全面的に私法秩序に服させることは妥当ではないと考えられていることを指摘できる。次に、許容性的観点からすると、基本法140条(「1919年8月11日のドイツ国憲法の…第137条、第138条…の規定は、この基本法の構成部分である。」)によって基本法の構成部分とされているヴァイマル憲法138条2項(「宗教団体および宗教的結社が、礼拝、教育および慈善の目的のために特定した営造物、財団およびその他の財産に対して有する所有権およびその他の権利は、これを保障する。」)およびヴァイマル憲法137条5項(「宗教団体は、従来公法上の団体であった限りにおいて、今後も公法上の団体である。」)(以下、略——筆者))が、教会による公法上の物支配を承認していると考えられていることを指摘できる。しかしながら、このような考え方に基づいて神聖物を公物として扱うことについては、批判がある。第1に、神聖物の目的は、民法の解釈を通じても達成することができ、その意味で神聖物をわざわざ公物と捉える必要性がない²⁸。第2に、ヴァイマル憲法138条2項が教会財産に負担を課す特別法を禁止していると解することができたとしても、同条項がそれ以上の意味内容、すなわち教会による公法上の物支配の承認を保障しているわけではない²⁹。第3に、ヴァイマル憲法137条5項によって

宗教団体が公法上の団体であることを認められたとしても、そのことから直ちに当該団体に国家公権力の行使が認められるわけではなく、また所有権を制限する公法上の物支配が承認されることはない³⁰。

2. 我が国では、一般に公物法の対象とされる公物は、その利用目的から「公用物」と「公共用物」に区別される。このうち「公用物」は、ドイツ法でいう「行政使用における公物」に相当する。他方、「公共用物」は、ドイツ法でいう「一般使用における公物」「特別使用における公物」「営造物使用における公物」の総体に相当する。なお、明らかなことであるが、ドイツ法における「神聖物」に相当する物が、それとして我が国の公物法において問題となることはない。

V. 公物の成立

1. 既に言及したように、ドイツ法の一般的な理解によれば、ある物は「公用開始」(Widmung)によって法的な意味での公物となる。この公用開始それ自体は、現在では、法行為と解されている。なお、公用開始によって公法上の地位を当該物が得ることになっても、直ちにその効果が生じるわけではない。公用開始の効果が生じるためには、事実行為たる「事実上の利用開始」(Indienststellung)が必要となる。このことを逆から言えば、事実上の利用開始は公用開始の効力発生要件である、ということになる³¹。

以下では、法的意味での公物を成立せしめる公用開始について、やや立ち入って検討することにする。

2. ドイツ法上の Widmung は、我が国では従来「公用開始」「公用開始行為」「供用開始」「供用開始行為」などと訳されてきた。しかし、これらの日本語が意味する内容とドイツ法でいう Widmung の意味内容は、必ずしも一致しない。以下、いかなる点が異なるのかということ进行を明らかにするために、日本法でいう公用開始とドイツ法でいう Widmung の意味について比較することにしよう。

日本法における公用開始は、一般に次のように捉えられている。「一般公衆の利用に供されるいわゆる公共用物について、これを一般公衆の利用に

供することを表示する行政主体の行為。公共用物が成立するためには原則として、一般公衆の利用に供することができる形式的要件を備えるとともに、これをその目的に供する旨の行政主体の意思的行為を必要とするといわれる。この意思行為が公用開始行為である。これによってその物件は公物としての性質を取得し、一定の公法的制限に服するにいたる。自然公物については公用開始行為を必要としない。」³²。これに対し、ドイツ法における *Widmung* は、次のように解されている。「*Widmung* は、高権的的行為 (*eine hoheitlicher Rechtsakt*) である。これによって、権限を有する公的な地位にある者は、物が一定の公目的に仕えるべきこと、従って特別な、すなわち公法上の利用秩序に服することを宣言する。」³³。以上の内容を比較すると、さしあたり次の2点において「公用開始」と「*Widmung*」の間に違いがあることが、明らかとなる。第1に、目的について。日本法では、公用開始の目的が一般公衆による利用の確保に限定されているのに対し、ドイツ法では *Widmung* の目的は「一定の公目的」とされ、一般公衆による利用の確保に限定されていない。第2に、その主体について。日本法では公用開始は行政機関によってのみ行われるのに対し、ドイツ法では *Widmung* は「権限を有する公的な地位にある者」によって行われ、必ずしも行政機関によってのみ行われるわけではない。すなわち、立法府によっても公用開始は行われる³⁴。

3. 次に公用開始の法形式についてであるが、この点、ドイツ法では、公用開始は主として、法律、法規命令、条例、慣習法、行政行為の形式によって行われる、と説明される。これに対し、一般に我が国では、公用開始の法形式として取り上げられるのは行政行為だけで、法規による公用開始が取り上げられることはない³⁵。このような点からすれば、公用開始の法形式にも日本法とドイツ法の間で違いがある、ということになるであろう³⁶。

以下、ドイツ法の理解に基づいて、それぞれの法形式について、言及する³⁷。

(1) 法律による公用開始が行われるのは、例えば連邦水路である。いかなる水域が連邦水路にあたるかは、連邦水路法の別表に記載されている。例えばライン川は連邦水路であるが、その区間については、「バーゼル近辺のドイツ・スイス国境」「ドイツ・オランダ国境」と示されている。なお、

連邦水路は、連邦水路法5条(「何人も、航行公課法を含む航行法および本法の諸規定の範囲内で、連邦水路を船舶により航行することができる。」)によって、一般使用における公物としての法的地位を有する、と解されている。

(2) 法規命令による公用開始が行われるのは、例えばバイエルン州における2級水域である。バイエルン州水法382条1項2号によれば、2級水域は「第3条に従って作成された一覧表に記載された水域」であり、同法3条は、国土開発環境問題担当大臣(Das Staatsministerium für Landesentwicklung und Umweltfragen)に、法規命令によって2級水域の一覧表を作成する権限を認める。これを受けて定められた2級水域に関する法規命令³⁹では、河川名を挙げた後に、例えば、Aゲマインデの〇〇橋から、××川合流地点まで、といったように定めが置かれている。

(3) 条例による公用開始が行われるのは、例えば建設法典(BauGB)に基づいて建設計画の中で確定される道路である。建設法典10条によれば、ゲマインデは建設計画を条例として議決するが、同法典9条1項11号によれば、その建設計画の中で、歩道など、特別の目的拘束を伴った路面が確定されうる。

(4) 慣習法による公用開始が行われるのは、例えば海浜である⁴⁰。

(5) 行政行為による公用開始が行われるのは、例えば道路法上の道路であって⁴¹、この点は我が国と同様である。

この行政行為による公用開始については、当該行為に瑕疵がある場合にこれをいかに法的に扱うか、が問題とされているので、ここで道路法を例にとって、この問題について言及しておく。

ところで、行政行為の形式をとる道路法上の公用開始の場合、公用開始の主体は予め権原を得ておく必要があるが、その権原は、必ずしも道路の土地所有権である必要はなく、法律上は、その他の権原(所有権者の同意など)でもよいこととされている⁴²。問題となるのは、その権原を得ずして行われた公用開始がどのように法的に取り扱われるのか、ということである。この点に関し、問題のあらわれ方はいくつか考えうる。

第1の類型は、所有権者による法律行為が存在するものの、それが無効である場合である。例えば、意思表示を行なった者が行為無能力者である場合がこれにあたる(民法105条)。この場合、最初から所有権者の意思表示が存在しないわけであるから、権原の取得を前提とする公用開始がそも

そも存在するのか否か、問題となる。この問題は、公用開始には権原の取得が必要であるとの要件を公用開始の成立要件とみるのか、それとも合法性要件とみるのか、という問題でもある。多数説によれば、この点、公用開始は合同行為でないから、権原の取得は成立要件ではなく、合法性要件であるとする⁴³。それゆえ、権原の取得なき公用開始でも、行政行為として存在している。そこで、次に問題となるのは、この瑕疵ある行政行為が無効の行政行為なのか、それとも取り消しうべき行政行為なのか、という点である。この点、行政手続法44条1項が行政行為の無効について定めており、それによれば重大かつ明白な瑕疵がある場合に当該行政行為は無効となる。果たして権原の取得なき公用開始は、重大かつ明白な瑕疵と言えるのであろうか。無論、この点については、個別の事案に応じて判断されることになるが、一般論として述べると、通常瑕疵論に従い、そのような行政行為は取り消しうべき行政行為であるという⁴⁴。というのも、所有権者は一旦意思表示をしており、それに即して公用開始を行うことは、明白な瑕疵があるとは言えないからである。さらに、行政手続法44条3項4号によれば、「法規に従って要求されている、他の官庁の関与」が行われなかったことにより直ちに無効となるのではないとされており、権原なき公用開始の場合もこれに準じて、すなわち、私人の関与が行われなかったことにより、直ちに無効となることはないとする余地がある。また、このような理解は、公用開始を公示し、一定期間内の異議申し立てを許している現行法の体系にも適合的である、と指摘される⁴⁵。

第2の類型は、所有権者による法律行為が存在するものの、それが取消の効果をもたらす場合である。例えば、土地の価値などについて錯誤がある場合である(民法119条1項、142条1項)。この場合、一旦は有効な意思表示がなされたのであるから、それに基づいて行われた公用開始も一旦は有効に成立する。問題は、取消権の行使によって、当該法律行為が遡及して無効とみなされるために、公用開始も遡及して無効とみなされるのではないか、という点である。しかし、この点、公用開始に同意する意思表示は取消権を制限する公法上の意思表示と考えられ、取引の安全(第三者保護)という見地からも、民法119条1項および142条1項は適用されない、との指摘がある。その結果、公用開始は有効であると解されることになる⁴⁶。

第3の類型は、所有権者による法律行為が不存在の場合である。この類

型の場合は、法的にみれば所有権者による法律行為が存在しない第1の類型の場合と異ならないから、第1の類型と同様に考えうる⁴⁷。

結局のところ、第2の類型を除き、多数説によれば、権原を得ずして行われた公用開始は一般に取り消しうべき行政行為である。しかし、この場合であっても現実には訴訟係属中に収用手続きが行われ、その結果、瑕疵ある行政行為が治癒される(行政手続法45条1項5号)というのが通常である、との指摘がある⁴⁸。

(6) 公用開始はその他の形式によっても、行われる余地がある。ここで問題となるのは、公法契約による公用開始、擬制的公用開始(*die fiktive Widmung*)、想像を絶する時の経過による公用開始(*die Widmung kraft unvordenklicher Verjährung*)、そして事実上の使用開始による公用開始である⁴⁹。

4. それでは、以上のような形式を用いて行われる公用開始は、いかなる機能を有するか。ドイツの学説を整理すると、公用開始の機能とされているのは一般に次の2つである、と指摘できる⁵⁰。

第1に、公用開始は公法上の物支配(公法上の役権)を生ぜしめる。これによって公物の所有権に課される制限が説明されるということは、既に指摘した通りである⁵¹。また、そこから公法上の特殊な維持義務も生じる、とされる⁵²。この第1の機能は公物管理法の局面であらわれる機能として捉えることができる。

第2に、公用開始は公物の利用を一定程度規律すると同時に、利用者による当該公物の利用可能性を創出する⁵³。例えば道路の公用開始の場合、公用開始の中で道路の種類や、利用者の範囲、利用時間などが決定されることで道路の利用が一定程度規律され、これと同時にその公用開始の範囲内で利用者は当該公物を利用しうることになる⁵⁴。この第2の機能は、公物利用法の局面であらわれる機能として捉えることができる。

VI. 公物の消滅

1. 公物は、公用廃止(*Entwidmung, Entziehung*)によって、公物としての法的地位を失う。公物としての法的地位を失うとは、公法上の物支配が消

滅するということであり、公物の利用者に認められる法的地位が消滅するということである⁵⁵。

公用廃止は公用開始と同様、法行為であり、その法形式は公用開始のそれに対応する。従って、道路法適用道路は基本的に行政行為によって公用廃止が行われる。その場合には、連邦遠距離道路法および各州の道路法の中で定められている公用廃止の実体要件および手続要件が充足されなければならない⁵⁶。

2. なお、我が国の判例および学説では、公物の時効取得との関係で「黙示の公用廃止」という構成が見られるが⁵⁷、このような構成はドイツ法には一般に見られない。

VII. むすびにかえて

以上、断片的な記述となったが、そこから読み取れることは、ドイツにおいて公物に関する法を一法領域として「公物法」たらしめているのは、当該物の事実としての公共性を法的に認知する「公用開始」である、ということである。すなわち、公用開始によって物は法的な意味での公物となり、これによって公物の法的地位が生じ、同時に公物管理者、公物利用者、公物所有者といった関係人の間の法関係が一定程度形成される。その意味では、「公用開始」はドイツ公物法におけるキー概念ということになる⁵⁸。しかし、ここで問題とされなければならないのは、公用開始の結果生じる公物の法的地位や公物をめぐる法関係に、果たしてまたいかなる具体的な共通性が見られるのか、という点である。仮に、この点に関して公物一般に通じる法上の共通性がどこにも見出せないとしたら、ドイツ公物法は単に「公用開始」という概念で公物に関する法をくくった法領域に過ぎない、との批判も生じえ、その存在意義は改めて問題とされざるを得なくなるであろう。このような公物法の根本に関わる問題については、他日を期すことにする。

註

- 1 現代のドイツ公物法について概観したものとして、大橋洋一「公物法の日独比較研究」同『行政法学の構造的変革』207頁以下(有斐閣、1996、初出1994～1995)がある。
- 2 日本法によるドイツ公物法の継受については、参照、土居正典「公物法理論成立史(1)～(9)」秋田法学14号1頁以下(1989)、15号1頁以下(1990)、16号1頁以下(1990)、17号1頁以下(1991)、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)。
- 3 以上につき、Axer, Peter, Die Widmung als Schlüsselbegriff des Rechts der öffentlichen Sachen, 1994, S. 28 ff.; Papier, Hans-Jürgen, Recht der öffentlichen Sachen, 3. Aufl., 1998, S. 2. なお、一般に現在のドイツ法でいう公物には、いわゆる「財政財産(Finanzvermögen)」は含まれない。直接、公の用に供する物だけがそこに含まれる。
- 4 Weber, Werner, Die öffentliche Sache, VVDStRL 21, 1964, S. 145(149).
- 5 Papier (Fn. 3), S. 2.
- 6 Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 1973, S. 378; Wolf, Hans J. / Bachof Otto, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, S. 485; Peine, Franz-Joseph, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 1998, Rn. 505.
- 7 Pappermann, Ernst / Löhr, Rolf-Peter / Andriske, Wolfgang, Recht der öffentlichen Sachen, 1987, S. 4.
- 8 空につき、Vgl. Lubben, Natalie, Das Recht auf freie Benutzung des Luftraums, 1993, S. 90 ff.
- 9 Papier (Fn. 3), S. 2.
- 10 田中二郎『新版行政法中巻(全訂第二版)』305頁(有斐閣、昭51)。同旨、原龍之助『公物营造物法(新版)』61頁(有斐閣、1982)、塩野宏『行政法Ⅲ(第二版)』270頁、280頁以下(有斐閣、2001)。
- 11 田中・前掲注(10)314頁。同旨、原・前掲注(10)77頁、塩野・前掲注(10)290頁。但し、磯崎はこのような見解について、次のように批判する。「蓋し、一方に於て、或る物が公物であるといふことはそれ自身法上の性質であって、決して天然に取得し得るところのものではない。他方に於て、自然公物の場合にその物が天然に有し得るのはただ公物たるに適する實體のみ、換言すれば公物たるの物的要件のみである。而してその物的要件がたとひ人工に依らず、自然の状態に於て具備するとしても、之に対して公物設定の意思表示なくしてはその物は法上公物として成立し得るものではない。」。このような立場は、現在のドイツ公物法一般理論と適合するとみることができる。磯崎辰

- 五郎『公物营造物法』12頁以下（日本評論社、昭11）。
- 12 もっとも、ドイツにおいても、海浜については自然状態に基づいて公物としてみなされることがある。Forsthoff (Fn. 6), S. 379.
- 13 もっとも、三本木は『公物もマクシマムは、公共空間である』というべきではないか」とし、「上空・地下・海洋の公物性の議論は、公共空間という概念に置き換え」る必要があることを説く。三本木健治「公物法概念の周位的諸問題」公法研究51号278頁（1989）〔『公共空間論』所収（山海堂、1992）、85頁以下〕。また、磯部も公物概念の拡張を示唆する。磯部力「公物管理から環境管理へ」成田退官『国際化時代の行政と法』41頁以下（良書普及会、1993）。
- 14 Vgl. Salzwedel, Jürgen, Anstaltsnutzung und Nutzung öffentlicher Sachen, in: Erichsen, Hans-Uwe (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl., 1995, § 42 Rn. 2 ff.
- 15 Papier (Fn. 3), S. 10.
- 16 この点、アクサーは次のように指摘する。「公的物支配は、民法1018条以下の役権に比肩して、私所有権に負担を課す。それはあたかも制限物権のように作用するから、人はこれを“公法上の役権”としてその特徴を描き出すのである。」。Axer (Fn. 3), S. 48.
- 17 この点につき、磯村篤範「ドイツの公物法理論について」公法研究51号234頁（1989）は次のように指摘する。「公物管理作用の法的根拠や、その性格について、それを物権法的なものと説明するという点で、公所有権理論に近いということも明らかである。」。
- 18 例えば、「公法の一種の役権 (eine Art Dienstbarkeit des öffentlichen Rechts)」(Pappermann/Löhr/Andriske (Fn. 7), S. 17)、「公法上の(物的)役権 (eine öffentlichrechtliche (dingliche) Dienstbarkeit)」(Schmidt=Jortzig, Edzard, Vom öffentlichen Eigentum zur öffentlichen Sachen, NVwZ 1987, 1025 (1028))といった用語が見られるが、これらは全て同じ文脈で用いられているとすることができる。
- 19 Axer (Fn. 3), S. 114 ff.
- 20 原・前掲注(10)134頁。
- 21 原・前掲注(10)133頁。逆に、河川法適用河川の流水(河川法2条2項)については、公所有権説に立脚して規定されていると解されている。
- 22 この点、我が国においても、公物管理権につき、「自有公物にあつては、公法上の見地から、その所有権を自ら制限して構成される特殊の物権的支配権とみることができ」、「他有公物にあつては、他人の所有に属する特殊の物につき、公の目的のためにその所有権の行使を制限することを内容とする一種の公法上の制限的物権とみることができる」(傍点筆者)とする見解が見られた。杉村章三郎・山内一夫編『精解行政法（下巻）』402頁〔田中館照橋執筆〕(光文書院、昭46)。しかし、このような見解は現在では一般に見られない。

- 23 以下の記述につき、例えば、*Papier* (Fn. 3), S. 17 ff.; *Salzwedel* (Fn. 14), § 42 ff.
- 24 *Peine* (Fn. 6), Rn. 520.
- 25 *Pappermann / Löhr / Andriske* (Fn. 7), S. 129.
- 26 *Papier* (Fn. 3), S. 36 ff.; *Pappermann / Löhr / Andriske* (Fn. 7), S. 11 f.; *Peine* (Fn. 6), Rn. 524.
- 27 Vgl. *Axer* (Fn. 3), S. 203 f.; *Kromer, Michael, Sachenrecht des öffentlichen Rechts*, 1985, S. 30 ff.
- 28 *Axer* (Fn. 3), S. 206; *Kromer* (Fn. 27), S. 80 f.
- 29 *Schlink, Bernhard, Neuerer Entwicklungen im Recht der kirchlichen öffentlichen Sachen und der res sacrae*, NVwZ 1987, 633 (635 f.).
- 30 *Schlink* (Fn. 29), 633 (636). Vgl. *Axer* (Fn. 3), S. 209 f.
- 31 以上につき、例えば、*Papier* (Fn. 3), S. 39; *Pappermann / Löhr / Andriske* (Fn. 7), S. 13 ff.
- 32 竹内昭夫・松尾浩也・塩野宏編『新法律学辞典(第3版)』447頁(有斐閣、1989)。
- 33 *Pappermann / Löhr / Andriske* (Fn. 7), S. 13.
- 34 *Papier* (Fn. 3), S. 39.
- 35 但し、磯崎は公物設定の意思表示が法律によっても行われうる、とする。磯崎・前掲注(11)13頁。
- 36 この点に関し、ドイツ法であれば公用開始と捉えられるのに、日本法では公用開始と捉えられない場合があるように思われる。我が国では、河川については、そもそも公用開始が必要とされず、例えば一級河川の指定(河川法4条)は、行政行為ではあるが、公用開始行為ではないとされている(原・前掲注(10)77頁)。しかし、ドイツ法の理解に基づけば、指定によって当該河川は河川法適用河川とされ、(ドイツ流に言えば)公法的地位を有することになるのであるから、当該指定は公用開始行為である、ということになるのではなかろうか。
- 37 以下の記述につき、*Papier* (Fn. 3), S. 39 f.; *Pappermann / Löhr / Andriske* (Fn. 7), S. 13 f.
- 38 *Bayerisches Wassergesetz i.d.F.d.Bek. vom 19. Juli 1994* (GVBl. S. 822).
- 39 *Verordnung über die Gewässer zweiter Ordnung vom 19.3.1990* (GVBl. S. 34).
- 40 もっとも、海浜については、自然の状態に基づいて公物とみなされる、と解される場合がある。*Forsthoff* (Fn. 6), S. 379.
- 41 但し、道路法上の道路は、常に行政行為による公用開始を経ているわけではない。
- 42 § 2 Abs. 2 FStrG ; § 5 Abs. 1 BWStrG ; Art. 6 Abs. 3 BayStrWG ; § 3 Abs. 1

- Satz 2 BerlStrG ; § 6 Abs. 3 BrandStrG ; § 5 Abs. 2 BremLStrWG ; § 6 Abs. 1 Satz 2 HambWG ; § 4 Abs. 2 HessStrG ; § 7 Abs. 3 MVStrWG ; § 6 Abs. 2 NdsStrWG ; § 6 Abs. 5 NWStrWG ; § 36 Abs. 2 RhPflStrG ; § 6 Abs. 3 SaarStrG ; § 6 Abs. 3 SachsStrG ; § 6 Abs. 3 SächsAnhStrWG ; § 6 Abs. 3 SchlHStrG ; § 6 Abs. 3 ThurStrG.
- 43 Pappermann / Löhr / Andriske (Fn. 7), S. 30; Papier (Fn. 3), S. 54; Steiner, Udo, Straßen- und Wegerecht, in: Steiner, Udo (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 1999, Rn. 31; Wolf / Bachof (Fn. 6), S. 491.
- 44 これに対し、無効と解するものとして、Axer (Fn. 3), S. 82 f.; Zeiter, Bayerisches Strassen- und Wegegesetz, 4. Aufl., Stand Mai 1998, Art. 6 BayStrWG Rn. 31 ff.
- 45 Pappermann / Löhr / Andriske (Fn. 7), S. 31. Auch Papier (Fn. 3), S. 54 f.
- 46 Pappermann / Löhr / Andriske (Fn. 7), S. 32 f. これに対し、パーピアはこの第2の類型を第1の類型と区別して扱っていない。Papier (Fn. 3), S. 55.
- 47 Pappermann / Löhr / Andriske (Fn. 7), S. 33. Vgl. Papier (Fn. 3), S. 55.
- 48 Pappermann / Löhr / Andriske (Fn. 7), S. 32.
- 49 擬制的公用開始および想像を絶する時の経過による公用開始については、拙稿「ドイツ公物法と法定外公共用物」法学新報107巻9・10号126頁(2001)を参照。事実上の使用開始による公用開始については、拙稿「行政使用における公物の法理」中央大学大学院研究年報法学研究科篇28号31頁以下(1998)を参照。なお、公法契約による公用開始については、ここで言及しておく。ドイツ行政法において、公法契約は、権利変動を直接生ぜしめる処分契約(Verfügungsvertrag)と一方または双方の契約主体が一定の給付義務を負う義務負担契約(Verpflichtungsvertrag)に区別される(Vgl. Peine(Fn. 6), Rn. 274.)。道路の公用開始を例にすると、処分契約という法形式で公用開始を行うことは許されないと解されている。道路法上の公用開始は処分であることが法律上明定されており、このような法律上明定された処分形式にかえて公法契約という法形式を用いることは行政手続法54条1文(「公法の領域における法関係は、法規に反しない限り、契約によって設定し、変更し、または廃止することができる。」)に反するからである。これに対し、道路管理者に公用開始を義務づける内容をもつ義務負担契約(例えば建設会社との開発契約)は、許されると解されている。Axer (Fn. 3), S. 93 f.
- 50 Vgl. Axer (Fn. 3), S. 53. 本文で指摘する2つの機能の関係は、従属的に捉えられることもある。パーピアは一般使用に関して次のように言う。「一般使用は、私所有権に役権として課された公法上の物支配の流出物又は構成部分である。」。Papier (Fn. 3), S. 77.
- 51 Papier (Fn. 3), S. 10; Salzwedel (Fn. 14), § 42 Rn. 6.

- 52 Peilert, Andreas, Gemeingebrauch, in: Wolf, J. Hans / Bachof, Otto / Stober, Rolf, Verwaltungsrecht, Bd. 2, 6. Aufl., 2000, § 77 Rn. 4.
- 53 Vgl. Axer (Fn. 3), S. 51 f.
- 54 例えば、連邦遠距離道路法上の連邦高速道路(Bundesautobahnen)は自動車による高速の交通のためにのみ利用されることになっている(同法1条3項1文)。それゆえ、連邦高速道路上を自転車で走行することは、公用開始の範囲を超えることになり、許されない。
- 55 Papier (Fn. 3), S. 56; Pappermann / Löhr / Andriske (Fn. 7), S. 42.
- 56 例えば連邦遠距離道路法2条4項は、実体要件として「交通の意義を失い、又は公共の福祉による理由」があることを要求し、また、同法2条5項1文は、手続要件について、「公用廃止の意思は、異議申し立ての機会を付与するために、3か月前までに道路の通っている市町村で公示されなければならない。」と定める。
- 57 最判昭51年12月24日民集30卷11号1104頁、田中・前掲注(10)315頁、原・前掲注(10)84頁。
- 58 Axer (Fn. 3), S. 53.