

論 説

地方自治法244条「公の施設」に関する若干の解釈論

三 浦 大 介

目 次

はじめに

1. 自然公物の管理権をめぐる議論
2. 地方自治法244条における「公の施設」の管理のあり方
3. 分権時代の解釈論

はじめに

[1] 普通地方公共団体（以下、単に自治体とする）が住民の福祉を増進する目的をもって設ける施設を「公の施設」という。この「公の施設」に関する規定として、地方自治法は第10章244条以下を割いている。そこでは、「公の施設」の設置および管理については、条例法定主義が採用され（244条の2）、法律または政令に特別の定めなき場合には、条例の制定をもってこれを行わなければならないとされる。

ところで、公共の用に供される施設の機能維持管理を定める法を、一般に、「公物管理法」と総称しており、道路については道路法、河川については河川法、海岸については海岸法といったように、個別の公共物について、それぞれの管理法が組織されている。ところが、このような公物管理法の適用をみない公共物が多く存在しており、これを自治体が管理する場合、そのために制定された公の施設管理条例が、当該公共物の公物管理法としての地位を占めることになる。

本稿で問題としたいのは、河川や沿岸域といった、いわゆる「自然公物」について自治体が機能維持等の管理（以下、公物管理と同義）を行う場合に、その管理権を地方自治法244条の規定に根拠づけられないかという課題である。

これについては、やや説明が必要であるが、河川については、上述のとおり、河川法が存在し、この法律の規定に応じて管理権が分配され、その上で機能維持等の管理が行われている。しかし同法は、いわゆる「普通河川」（ないし水路）について手当をしていないことから、これについては公物管理法の適用を受けない公共物ということになる。また、沿岸域については、そもそも海域一般を対象とした公物管理法は制定されていないことから、海岸法適用外の沿岸域部分などは、これも普通河川と同様に公物管理法適用外の公共物ということになる。

既存公物管理法の適用対象物については、公物管理権の帰属主体と管理権の行使のあり方は法定されているので、実際の管理の上では差し当たり問題はない。しかし、上述の法が存在しない公共物、例挙げた普通河川や沿岸域は、「国有財産法上の国有財産」という扱いを受け、いわゆる「法定外公共物」と呼ばれ、基本的には、財産管理法としての国有財産法の適用を受け、そのもとで、実質上公物管理が行われているのである。

だが、かかる法定外の公共物について、条例をもって公物管理を行う自治体が存在しており、詳細については後述するが、このことが実は大きな矛盾を孕んでいたのである。便宜上、ここで簡単にその矛盾点を紹介すると、法定外公共物は特段の事情がない限り国有であり、旧国有財産法の規定によって機関委任を受けた知事が「当該所有権そのものの作用として」、国有財産部局長たる立場で公物管理の任に当たるという実務上の有力な見解¹に照らすと、自治体の自治事務として条例による公物管理を行うことはできないはずである、ということになる。ところが、今次の地方分権改革の一環として、法定外公共物であった里道と普通河川が、国から市町村に無償譲与されることになり、以上の矛盾は将来的に解消されることになろう。だが、その譲与手続が終了するまで

¹ 寶金敏明『里道・水路・海浜[改訂]』1995年、217頁以下参照。

は（おそらく相当な時間がかかるものと思われるが）、過渡的に国有法定外公共物のままであるし、沿岸域については、これまでと同様、引き続き法定外公共物として扱われることになる。したがってこれらについての自治体の公物管理権については、課題の残るところであると言わざるをえない。

[2] 自然公物とは、自然の存在のままで人々の利用に供されているものであるが、これらは、わが国の国土および沿岸域に存在する以上、どこかの自治体の区域内に存在するのであって、その利用者も必然的に当の自治体に居住する人々が多くを占めることになろう。そして、それが「自然」公物であるがゆえに、利用において発生する課題の多くは、自然環境へのインパクトという現代的課題に連なることになる。したがって、自治体行政にとってこれらの管理は避けて通ることのできない日常的課題であることは言うまでもないが、しかし一方で、その管理は正当な法的根拠に基づくものであるのかと問われた時、明快に（法的に）回答することができないという現状を放置しておくことは望ましくない。

そこで、改めて地方自治法244条を検討することによって、その管理権限を基礎づけようとする試みは、これからの分権改革を見据えて、おそらく重要な作業となってくるのではないだろうか。これまでの学界における「公の施設」に対する主要な議論は、クラシカルな行政法理論において用いられ、過去、地方自治法自身も採用していた「営造物」概念との異同や、住民の利用権の保障と使用許可発給時における管理者の考慮事項論といったところが中心であった。すでに厚みのある学説の蓄積を前にしては、きわめて大ざっぱな把握であるが、この規定が公物管理権の法的根拠論として捉えられたことは、ほとんどなかったものと思われる。この小稿は、当面の課題としての、法定外の自然公物に対する自治体の管理権をテーマに、公物管理権の帰属論に関するこれまでの学説を俯瞰し、地方自治法244条の構成の再確認を通して、これまで本条が自治体公物管理権の帰属論として議論の俎上に載らなかった理由を確認したうえで、分権時代に即応した解釈を試みたいと思う。また、筆者は最近、沿岸域における公物管理のあり方に関する研究を続けているが²、本稿で展開される試論は、

² 拙稿「高知県海砂利採取不認可取消等請求事件—地方分権後の海の管理—」自治総研究259号36頁以下、および「公物管理と財産管理—海の管理を素材として—」

その研究における問題整理的な側面を持つものである。なお、議論の拡散を防ぐために、以下の本稿で「自然公物」とするときには、基本的には上述の情況にある普通河川と沿岸域を指すものとして了解いただきたい。

1. 自然公物の管理権をめぐる議論

[1] 公物管理権の根拠を何処に求めるべきかという議論は、美濃部達吉氏による「公所有権説」³と「私所有権説」にはじまり、あるいはこの論議の舞台から所有権概念を排除した「国家の領土権ないし国家の公物に対する高権説」⁴などがみられたところであるが、最近では、端的に法律の規定にその回答を求めようとする、田中二郎氏に代表される学説⁵が通説としての地位を得ている。

ここで言う「法律」とは、上述の個別の公物管理法を指しているが、前記の通り、このような個別公物管理法の適用を受けない公共物が多くあることがかねて指摘され、それらを総称して「法定外公共物」とし、固有の法理論が展開されていたところであるが、公物管理権の法的根拠を個別の制定法規のなかに求める場合、法定外公共物の公物管理権については、それぞれの慣行に委ねられるということになる。

確かに、人間は古より河川や海を利用して生活し、そこでさまざまなルールが培われてきたことは事実であって、自然公物はわれわれ人間社会の歴史と共にあり、そこに慣習法の成立する根拠が十分すぎるほどにあることは自明である。したがって、個別の公物管理法が組織されているものについてはその規定に、以外のものについては慣行に依るといふ、ある種単純なコントラストが承

↘高知論叢69号71頁以下。

³ 美濃部達吉『日本行政法下巻』1940年、782頁以下参照。

⁴ この立場を採る論者として、岸昌『「自然公物」と行政事務条例（4）』自治研究23巻4号117頁以下、岡田文秀『水法論』1931年、126頁、井上隆晴「法定外公共物の管理について」木村保男編『現代実務法の課題』1974年、138頁など。

⁵ 田中二郎『行政法中巻』1976年、317頁参照。

認されてきたのも、自然公物に限らず、およそ公共物そのものが、本来的には一般民衆の自由な利用を本質としていることから、そのことによる慣習的な管理権の発生をいわば当然のこととして受容された結果であると思われる。

しかし、これでは法的説明として説得性を欠くとして反論を展開したのが塩野宏氏であった。

[2] 塩野氏によれば、かつて主張された国家の公物に対する高権は実証的根拠が不明であり⁶、上記の制定法+慣行という考え方についても、「公物管理権の個別の内容については、慣行の成立を認め得るにしても、そもそも一定の種類自然公物についての包括的管理権能を直ちに慣行として正当化できるかどうか、疑問がある」⁷とする。

それでは、公物管理権の法的根拠を何処に求めるべきか。塩野教授は、公所有権説を再評価する形で所有権に依るべきであるとする。やや長くなるが、その見解を以下に引用する。

これに対して、所有権説による場合には、制定法の有無如何にかかわらず、公物に対する管理権能を基礎づけることができるように思われる。もっとも、海面とか流水といった、民法上の所有権概念に含まれない、あるいは、これとなじまない物について、所有権の概念を適用することには異論があるかもしれない。しかし、民法上の所有権の観念は私人間の法律関係を整序するためにあるのであって、物に対する支配権能という点に所有権の要素を求める限り、民法適用対象物以外にも所有権の概念を用いることは、決して、概念の誤用とはいえないであろう。また、民法上の所有権にあつては所有権者の自由な使用処分権がその基本にあるが、自然公物においては、公衆の自由使用の確保が、従来最も主要な管理権者の任務とされている。この点でも、民法上の所有権とは大いに異なるものがある。しかし、自然公物における所有権の発動は、行政作用として評価され、その限りでは、支配権の内容に限定が加えられるとみればよ

⁶ 塩野宏「自然公物の管理の課題と方向」『行政組織法の諸問題』1991年、318頁および同「法定外公共物とその管理権」同書330頁を参照。

⁷ 塩野・前掲（自然公物の管理の課題と方向）318頁参照。

く、かかる制約があるからといって、所有権の観念をここに持ち込むことが、論理上不可能であるということにはならないと解される。さらに、従来、「公」所有権と観念することによって、そこから、公物管理権能の個別の行為形式について、そのいわゆる公法的性質を直接結びつける、あるいは、この関係に民法の適用を排除するという効果を導き出す傾向があったことは事実である。しかしながら、自然公物に関する管理権能を所有権に求めることと、その管理権能の発現の法的性質をいかにみるかは論理上別の事柄であって、所有権説＝排他的公法論ということにならないと考えられる。⁸

この塩野理論は、とりわけ、法定外公共物の管理権をめぐる、国と自治体の管轄争議をも視野に入れている。

法定外公共物は、実務上、「国有財産法上の国有財産」として扱われてきた経緯がある。換言すれば、これらは国の所有にかかる物であることから、財産管理権はもとより、公物管理権も国に帰属する物ということになる。法定外公共物の実際上の管理（公物管理）は自治体が担ってきたところであるが、それは国の代行としての機関委任事務であるというのが、実務上の構成であった。ところが従来、普通河川などについて、これを自治事務として条例の制定等をもって公物管理を実施する自治体が多くあり、理論的な矛盾が提示されていたのは上に示したところである。

塩野氏は前の論理によって、この問題の解消に努めている。すなわち、そもそも他人の物に対して維持管理行為等を行うことはできないはずであるから、自治体が行っている公物管理を法的に根拠づけることは、法定外公共物が国有財産法上の国有財産であるということをも前提にする限り無理があり、地方自治法（平成11年改正前）2条3項には自治体の事務として河川、溜池等が掲げられているが、これはあくまで事務の例示に過ぎず、これをもって管理権の法的根拠とすることは困難である。したがって、本来所有権者たる国が行うべきところを、自治体が代わって行っている慣行が成立しているとして、公物管理を

⁸ 塩野・前掲（自然公物の管理の課題と方向）318-319頁参照。

行う自治体の存在について法的に整理し、あわせて、国有財産法と地方自治法による2系列の管理権の存在を認めるに至っている⁹。

[3] この塩野学説は、これまで公物—われわれの日々の暮らしにとって不可欠な物—の管理に関する根元的課題について、単に「法の定めによる。法無ければ慣行による」といった説明で満足していた学界に一石を投じ、公物法理論をより深みのあるものとする役割を演じたと評価できよう。ただ、筆者（私）自身は塩野説に与する者ではない。すでに別稿において問題点を提示しているので¹⁰、ここでは必要な限りにおいて疑問点を挙げておきたい。

この論理によると、法定のものであれ法定外のものであれ、およそあらゆる自然公物には国の管理権が及ぶことになる。それというのも、河川など公共物一般は、私有のもの以外はすべて国有であると解されているからである¹¹。これらが国有であるという根拠は、実は明治7年太政官布告120号による「第三種官有地指定」に遡るのであるが、しかしながらこれ自体、国有を示す根拠とならないことはすでに複数の論者によって主張されているところであり、法制史的にみてもあやふやな根拠であると言わざるをえない¹²。そして、実際の管理の場面においては、国と自治体の「2系列の管理権」を提示するとは言い、自治体の管理権はすべてにおいて第二次的なものとして評価され、所有権を持つ国の管理権は、常に、第一次的な権能として位置づけられる可能性がある。少なくとも、将来的にそのように曲解される危険性—とりわけ地方分権の流れに逆行する形で—が存在することになる。今次の地方分権改革にあつて河川法の改革は、1級河川はもとより、2級河川の管理でさえも自治事務とならなかった点で大きく取り残されてしまっている¹³。これについては、水系一貫管理原則によって理由づけられてはいるが、ここに所有権説による見解が付加され

⁹ 塩野・前掲（法定外公共用物の管理権）329頁以下参照。

¹⁰ 拙稿・前掲論文を参照されたい。

¹¹ 井上・前掲136頁以下参照。

¹² たとえば、岸・前掲論文(3)自治研究32巻2号70頁以下、井上・前掲136頁以下などが挙げられる。

¹³ これについて詳しくは、原誠一「分権改革の枠外におかれた河川管理—取り残された河川管理の分権改革—」自治総研252号1頁以下を参照されたい。

ば、なお原理的なレベルにおいても国の第一次管理権が承認されるということになる。

上記の見方は、やや穿った見方と評されるかもしれないが、地方分権のながれと改正地方自治法の大原則において見る限り、今後所有権説に依る形で、有形無形の国の関与が適法視される危険性を孕むものと言ってよいであろう。

いずれにせよ塩野学説による所有権説は、これまでの実務、とりわけ旧建設省がその立場としてきた自然公物＝国有の公物という把握と相俟って、有力な見解として構成されつつあるように思われるが、ここでなお問題としたいのは、旧地方自治法2条3項における事務の例示規定の存在である。

[4] 地方自治法2条3項2号は、「公園、運動場、広場、緑地、道路、橋梁、河川、運河、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」を自治体の固有事務として掲げている。実は、法定外公共物についての自治体の公物管理権を、この規定に見出そうとする見解がかねて存在した¹⁴。が、塩野氏はこれを否定し、「仮に法定外公共物が国有財産であるとすれば、国有、つまり他人の物に対する管理権を地方公共団体が行使するには、何らかのタイトルが必要となるであろう」とし、事務例示規定としての2条3項はそのようなタイトルにならないとするのである¹⁵。

さて、ここで主張される「他人の物に対する管理」という思考は古く、昭和29年の山口真弘氏による論文『海浜及び海面使用の法律関係について』によっても明らかにされている。山口氏によると、自治体は公共の秩序の維持という警察目的においては条例・規則によって一定の行為を規制する管理をなすうるが、海浜および海面の「物」としての利用という観点から規制をなすうるか否かは、自治体が海浜ないし海面において所有その他の支配権を有しているかどうかによって決まるという。「けだし、ある物について所有その他の支配の権能を有しない者が、その物の使用を他人に許容したり、制限したりすることができないからである」。そこで翻って実定法を総合的に考慮すると、公有水面

¹⁴ 横山信二「海洋公物管理論」松山大学論集2巻2号68頁を参照。

¹⁵ 塩野・前掲（法定外公共物の管理権）330頁参照。

埋立法24条は、埋立免許を受けた者が、その竣功認可の日をもって埋立地の所有権を取得する旨を規定するが、「国が埋立をした者に所有権を取得させる結果を生ずる免許及び竣功認可をするということは、国がその海面について所有及び支配の権能を有していることを当然の結果と考えているからである」¹⁶とて、同法1条における「国の所有に属す水面」との文言も国有の根拠であり、さらに「漁業法が、特定の漁業のための水面の排他的使用を含む区画漁業について漁業権の免許をなしうる旨を規定したのも、国がその水面は支配権を有していることを前提としているということが出来る」とする。そのことから、自治体は法律または政令による委任がない限り、物としての使用を規制する権能を有しない、というのである¹⁶。

山口氏の見解に対する評価は後に譲るとして、差し当たりここで指摘しておくことは、「物に対する所有権その他の支配権能」の必然的効果として公物に対する機能維持管理権が語られ、それが塩野学説によって、公物管理権の根拠を所有権とする見方に受け継がれると同時に、「物に対する支配権能」という要素から導出される所有権として構成されるに至っているのである。

要するに、所有権説による場合、「他人の物」＝国のものについて、自治体はその利用を調整したり、その他機能を増進するための施策をなすには、相応の根拠が必要ということになり、その意味でのタイトルは、旧地方自治法2条3項はもとより、地方公共団体の組織及び運営に関する事項の大綱を定める地方自治法においては、どこにも見出されなかったのである。

[5] 以上、これまで通説的地位を占めていた「公物管理法の規定と慣行」に公物管理権の法的根拠を見る説に対し、近年再び提唱されている所有権説が、実務との親近性ととも、有力視される傾向にあることを紹介した。実務の世界では、元来国有＝国の所有に属する公物という把握から、第一次的に公物管理権を有するのは国であるとの思考が有力であったところ、(公)所有権説が、説得力のある学説として注目されたものと思われる。このような捉え方にあっ

¹⁶ 山口真弘「海浜及び海面の使用の法律関係について―地方公共団体の条例及び規則を中心として―」港湾31巻2号3頁以下参照。

ては、地方自治法244条に、公物法理論の根源的課題＝公物管理権（自然公物管理権）の法的根拠をめぐる議論のなかに、一切の活躍の場が与えられなかったのは当然のことと言えるのである。

なお、自治体による法定外公共物の公物管理権を支える制定法上の根拠と目されていた旧2条3項の事務の例示は、今般の地方自治法大改正によって削除された。この規定は、自治体の事務内容を具体的に例示するものとして昭和23年の改正法以来設けられていたが、ここに例示されている事務全てが、現実には自治体が処理することのできるものでなかったことなどから、この規定の存在を疑問視する声があり、また、例示規定はかえって自治体の事務の範囲を限定する誤解を与えかねないことから、今次の改正において新たに1条の2を設け、自治体が「地域における行政を自主的かつ総合的に実施する役割を広く担う」（1項）としたのである¹⁷。このことにより、現行地方自治法で直接、公物管理について規定するのは、244条のほか見当たらないということになる。

本稿の課題は、かかる状況下において本条の新たな位置づけを模索するものであるが、そこで以下、244条に定める「公の施設」について、一般的に把握されている管理のあり方を検討することから始めたいと思う。

2. 地方自治法244条における「公の施設」の管理のあり方

[1] 244条1項は、公の施設の設置目的としてつぎのように定める。「普通地方公共団体は、住民の福祉を増進する目的をもってその利用に供するための施設（これを公の施設という。）を設けるものとする」。そして第2項の、「普通地方公共団体は、正当な理由がない限り、住民が公の施設を利用することを拒んではならない」および第3項の「普通地方公共団体は、住民が公の施設を利用することについて、不当な差別的取扱いをしてはならない」との規定によって、公の施設の管理主体と住民間の、施設をめぐる利用関係に関する基本原則が謳われているのである。

¹⁷ 地方自治制度研究会編『Q&A改正地方自治法のポイント』1999年、16頁以下参照。

そこでまず最初に重要なことは、自治体が公の施設を設置する場合、当該施設についての所有権、賃借権、使用貸借権等の権原を取得する必要があると説明されているところにある¹⁸。まずこの段階で、自然公物の所有権関係については根強く国有とする見方があることから、通常は、法定外の自然公物はその対象から除外されるということになる。

つぎに、1項における設置目的、とりわけ「設置」＝「設けるものとする」という概念の内容把握を中心に検討したい。

あるコメンタールによれば、「公の施設を住民の利用に供するためには、公の施設としての機能を果たす実体的要素として一定の施設が設けられるとともに、公の施設として住民の利用に供する旨の普通地方公共団体の意思的行為を必要とする¹⁹」とある。ここでの意思行為とは、公用開始行為を指すのであるが、そうすると本条における「公の施設」とは、基本的に何らかの人工的な物的施設そのものを想定しているということになる。その点で、特に公用開始行為などなしに広く一般に利用されている海や河川など、人の手が加えられていない自然のままの物については、そこに何らかの工作物等の人工的物的施設がない限りは、本条の「公の施設」にはあたらないという意識が働くであろう。

しかし、別の逐条解説書によると、公の施設とは、「継続的な公共の利用を予定するものである」点で、財産的価値の保全に着目する行政財産と区別され、「人的サービスを伴うべきこと」が予定されている点で、「病院、学校、図書館などの人的物的施設の統一体としての営造物がその典型として挙例でき」るが、人的サービスがそれとして顕在化しにくい、道路、港湾施設、公園等も、「公共の用に供するための日常不断の施設管理の契機が認められる限り、公の施設に含まれると解される」これに対して、「自然海浜、湖沼、河川などの自然公物は、それ自体としては公の施設に含まれないが、海水浴場、釣魚場等のように、公共の用に供しようとする意思が明確に示され、管理の対象とされている

¹⁸ 長野士郎『逐条地方自治法』1993年、912-913頁、(財)地方自治総合研究所監、古川卓萬・澤井勝編著『逐条研究地方自治法Ⅳ』2000年、633頁参照。

¹⁹ 長野・前掲913頁参照。

ものについては、その限りの公の施設に含まれる」とされている²⁰。

これを見ると、自然公物そのものについても、管理対象となる範囲や内容が明確に示されていれば公の施設に含まれると解されるが、しかしこの説明ではその点、今ひとつ明確でないように思われる。

やはり本条にある「設けるものとする」との規定に着目すれば、そこに何らかの人工的な物的施設を想起するのが通常であり、これに引き付けられた理解が一般的であったということになるだろうか。さらに、公の施設が「住民の福祉を増進する目的」で設置されるものであることから、サービス提供の具体的なかたちとして、人が手を加えた状態を前提にしていることも考えられる。公の施設を語る論功の多くが、公民館や公園等の施設を中心とした議論を行っているのも、それが通常想定される公の施設の具体的種類だからであろう。

[2] さて、以上の一般的な理解を踏まえた上で244条に基づく管理のあり方を確認すると、まず最初に自治体が権原を取得した上で住民の利用に供する施設を設け、管理を開始し（公用開始行為など「公共の用に供しようとする意図の明示」）、その管理運営の場においては住民の利用権を保障しなければならない、との構成をとるものとみるのが素直な読み方のようなのである。やや図式化すれば、人工的物的施設の設置—管理の開始—住民の施設利用権の保障ということになる。

かかる構成が意識された本条のなかに、自然公物管理権一般—人工的施設の設置の有無を問わない—の問題を持ち込むことには無理があり、公物法の基本問題に絡めて議論されることはなかったということであろう。このことに起因するかどうかはわからないが、これまでの学界における244条の議論は、公の施設を物的施設＝建物等のいわゆるハコ物であることを無意識的な共通認識としつつ、その点について深く追究することなしに、むしろ主要な興味は、「公の施設」のハード面よりも、管理・利用関係のあり方というソフト面に傾倒していったようである²¹。

²⁰ 古川＝澤井・前掲634頁参照。

²¹ 兼子仁・磯野弥生編著『自治体法学全集7 地方自治法』1989年、247頁参照。

3. 分権時代の解釈論

[1] これまでの検討のように、根強く存在する自然公物＝国有説に基づく所有権説と、地方自治法上の「公の施設」の人工的物的施設概念としての把握によって、244条は自治体の自然公物管理権を基礎づける根拠規定とはならなかったのであるが、最近の、特に地方分権改革による胎動によって、周囲を取り巻く状況が変化しつつあるように思われる。

それは、前にも触れたところであるが、今次の地方分権改革の成果として、法定外公共物たる里道、普通河川が、市町村に無償譲与されるに至った事実を指す。

法定外公共物＝国有財産法上の国有財産であるとの態度をとりつづけてきた国は、ここに至って、「市町村においては、法定外公共物である里道・水路の所有権を取得することにより、当該公共物の管理権限の所在が明確になるほか、自己の主體的な判断で、住民生活に密接に関連する公共物である里道・水路を地域住民の要請に即応し適切に維持・管理することが可能となることから、真の地域づくりを推進する上で、本件法定外公共物の譲与は大きな意味を有していると考えられ」と言う²²。これは、永きにわたり地域に住む人々によって慣れ親しまれた公共用物に対する、国による一元的支配の無理を率直に認めた上での見解として位置づけたい。これにより、基礎的自治体による、本当の意味での管理が、今始まろうとしているのである。

このことは、「物に対する支配権能」という観念からの脱却を意味する。言い換えれば、「物」に対する（「物」としての）管理・支配を公物管理権論の出発点とするのではなく、住民利用権の保障と合理的利用調整が、その主眼に据えられるということにほかならない（このことについては、後に詳述する）。

公共物の帰属をめぐる学説は諸説あったが、この課題から所有権概念を排除した学説として、実は、「公共所有説」とでも呼ぶべき考えが、伏流として存

²² 建設省財産管理研究会編『地方分権と法定外公共物』1999年、22頁参照。

在していたのである²³。当初、「わが国に実定法上の観念には無い理論上のものにすぎない」ものである²⁴として切り捨てられていたこの考えを、いま一度再評価すべきではないだろうか。近年、公物管理権の根拠を、公物それ自体の持つ「本来的公共性」に求めるべきであるという主張も提起されているところであって²⁵、このような所有権概念を用いない管理権のあり方の探求が、今後は主要な地位を占めていくように思われるのである。

しかし考えてみれば、所有権説自体も、自然公物が「国民共有の資産」であることをおさえた上での議論である²⁶ことは言うまでもないのであって、要はそのにおいて「理念」レベルで語られていたそれを、しっかりとした理論的基盤として置き換えることが求められるということである。

[2] 公共所有説に関する本格的な再検討については別稿に委ねるとして、差し当たり本稿の任務としては、地方自治法244条の存在を、上記分権改革の観点から見直し、自治体の公物管理権を基礎づけるものと考えてみたい。

前に示したとおり、自然公物は国有であるとの主張については古くから疑義が提示されており、しかも、国有財産法の変遷のなかで、一時期、公共用財産として扱われていた河川、水路、道路などを行政財産から除外し、これら自然公物を含む公共物を、国有財産法上の国有財産として扱うことを廃止していた事実（昭和23年改正国有財産法）を、見落としてはならない²⁷。

要するに、国有の法的根拠は、きわめて脆弱な地盤の上に支えられているにすぎないのであって、「公物管理権の根拠」という、公物法上の重要なテーマにおいて語られるには、説得力に乏しいように思われる（ちなみに、前の山口氏の見解にあ

²³ この「公共所有」とでも呼ぶべき思考は、渡辺洋三「公法と私法(3)」民商法雑誌38巻1号39頁以下において濃厚である。

²⁴ 三浦道義「公共物の限界」地方自治、昭和35年3月号44-45頁および同『国有財産法精説』1960年、392頁参照。

²⁵ 磯部力「公物管理から環境管理へ—現代行政法における『管理』の概念をめぐる一考察」『国際化時代の行政と法』1993年、25頁以下参照。

²⁶ 塩野・前掲（自然公物の管理の課題と方向）320頁参照。

²⁷ この点を鋭く突いた論稿として、田中二郎「公物とその所有権」同『公法と私法』1955年、169頁以下がある。

る、公有水面埋立法1条の「国の所有に属す水面」という文言も、これによって国有が創設的に定められたわけではないと解されている²⁸⁾。

そこで、これを国有として積極的に位置づけ、さらに「物に対する支配権能」としての国の所有権—公物管理権を主張する実益はどこにあるのかについて、自然公物管理における中心的かつ現代的な課題をとりあげ考察してみよう。

公物に対する管理には、言葉のもっとも狭い意味における、公物としての機能維持—たとえば河川の浚渫工事等の事実的作用—や公物の安全性確保、その内容がきわめて不明確な財産管理、さらに公物警察や利用規制ないし利用者間の利用調整とといったところがあげられる。昨今のレジャーブームにみられるように、利用者数の増加と利用形態の複雑化が顕在化している自然公物においては、その基本的利用関係が自由使用にあることから平等な利用権の保障を前提に、特定の者に利用を禁じたり、あるいは許したりすることによってその場所を整秩すること、すなわち利用権の保障とそれに相反する利用規制ないしは利用調整を合理的に行うことが、中心的課題とならざるをえず、しかもこの種の管理においては、時として上述した他の管理をも包摂することがありうる。そして何よりここで指摘しておくべき重要な事柄は、かかる管理においては「自然環境の保全」というテーマが、宿命的に付き纏うということである。

このような、環境の保全と利用の相互調整的管理は、それ自体がすでに環境である自然公物にとってはまさに妥当する管理課題²⁹⁾である。

そして現在この課題は、当の自然と共に暮らす人々や、親しみをもって利用する人々が、行政と協働的に解決すべき地域的課題であると認識されているのである³⁰⁾。このような現状に即してみると、「国の支配権能」の概念は、ほとんど役に立た

²⁸⁾ 成田頼明・西谷剛編『海と川をめぐる法律問題』1996年、3頁（成田執筆部分）参照。

²⁹⁾ 環境管理概念を公物法理論において用いたのは、磯部・前掲論文の業績である。

³⁰⁾ 石川健治「自治と民主」ジュリスト1203号66頁によれば、「環境主義は、従来の自由主義や福祉主義の下で享受されてきた生活を放棄する、文明論的な選択肢を提起する場合があり、かかる「課題に対しての判断能力は、もはやエリート・非エリートの区別を問わない。広く参加を求めて決定の民主的正当性を調達すると同時に、決定に際しての責任を分散しなくてはならない」とする。

ないということになる。

単一的主体が「支配」しえない「自然」公物においては、利用権の保障と合理的な利用調整を、「自然環境の保全と持続的利用」という21世紀の課題を前提に「みんなで行く」という、地域的で地方分権的な課題が主題となる。このような時代にあつては、管理の担い手としては自治体が、まず第一次的に管理権を主張すべき立場にあるといっても過言ではない³¹。

そして、差し当たり現行法のなかで、一般的に自治体施設の利用権保障を明示しているのは、地方自治法244条以外になく、これをもって公物管理権の法的根拠として考えることができるように思われるのである。

[3] そこで、244条の再検討を行うが、これまでの管理のあり方は、前述のとおり、端的に人工的物的施設の設置—管理の開始—利用権保障というかたちで認識されていた。勿論、公民館や公園といった、あらかじめ計画された施設の提供については、この図式で十分なのであるが、本来自然公物は、公的な管理が開始されるはるか以前に、すでに人々によって利用されているのである。それこそ自然公物の特質なのであって、大部分は利用者の競合ないし紛争を契機に、その管理の必要性が認識されるという状況であろう。したがって、むしろ逆に、「みんなのもの」である自然公物において、利用の規制ないし調整—これ自体、みんなのものとしての潜在的利用権の平等保障が根幹にあるはずである—と環境の保全の必要性を契機に、主たる利用者であるはずの住民の利用権を保障した244条2項以下を出発点として、当の自然公物を「公の施設」として捉え返すべきである、ということにならう。そうすることによって、すでに公共の用に供されている自然公物それ自体を、特に人工的施設の存否を問うことなく、本条所定の「公の施設」の射程に取り込むことができる。その意味で、244条の「設けるものとする」とは、単に「管理」行為自体を指すものと

³¹ 磯部・前掲論文47頁は、「水・大気や土地といった環境公物についても、すでに公害規制法や都市計画法などの実定法の定めによって、部分的断片的には環境管理者が明示されている場合はあるが、実定法制が不備または不存在の場合には、地域環境の本来的な管理者としての地域自治体が、その条理法的管理権限に基づき、当該地域の実情に応じた合理的な環境管理を行うべきことになる」とする。

いうことができ、また、管理に必要な自治体の権原は、当の自然公物が該当自治体の区域内にあるということで充分なのである。

さらに言えば、自治体は「住民の福祉を増進する目的をもってその利用に供するための施設を設けるものとする」との規定を、上記管理の現実的必要性を前に、自治体の管理権行使を誘導する意味を含むものとして考えたい。したがって、本稿で展開した解釈論は、自治体による自然公物管理の積極的動機づけとしての解釈論でもあるといえよう。

[4] このように理解すれば、地方自治法244条は、所有権関係が不明もしくは空白域である、自治体が行う暫定的法定外公共物としての普通河川や海岸法適用外の沿岸域の公物管理を、法的に根拠づけることができるように思われる。が、それでも一般論として主張するには難点がある。本稿では、「環境の保全」や「持続的利用」という概念を、かなりルーズに用いてきた。本来、「住民の福祉を増進する目的をもってその利用に供される」公の施設にあつては、「利用者が当該施設を快適に利用することができるために」という枠内において、環境の保全がその管理目的とされるに過ぎないのではないかと考えられるのである。そうすると、環境の保全と持続的利用という概念の前では、その一部を担いうるにすぎない（もともと、それは大切な最初の一步であると考えられるが）、ということになろう。「利用」の視点から距離をおいて、環境公物管理を指向する場合には、別の管理制度を創出して、条例による管理を施す必要がある。このような、「公の施設」による自然環境管理の枠組論については、後日詳細に検討するつもりである。

また、筆者は、より根源的な次元において、自治体の公物管理権の法的根拠は、別のところにあるものとする。今のところ、このことについて本稿で詳述する余裕も力量も持ち合わせていないので、これについては他日に期したい。ただ本稿では、現行実定法上の足掛かりとして、本条の解釈論を試みた次第である。