

公物法から共物法へ？ ——イタリアからの誘い

フランス行政法研究会

2020年9月19日

一橋大学 土井翼

1 はじめに

1.1 公共空間の規律という問題設定

- 公共空間を規律する対物行政行為こそが行政行為の範型である¹
- 仮にそうだとすると、以下の考察は行政法学にとり重要な意味をもつ
 - － 対物行政行為が示す法的構造
 - － 公共空間の規律がもつ意義²
 - * 公共空間の概念は論争的
 - * さしあたり公共用物をまず念頭におく（公用開始の有無は問わない）

1.2 考察の前提としての日本法に関する現状認識

- 自由使用の権利性という論点
 - － 公物管理権と自由使用の利益との緊張関係、前者の優位
 - － 自由使用の権利性否定の帰結
 - * 三浦大介『沿岸域管理法制度論——森・川・海をつなぐ環境保護のネットワーク』（勁草書房，2015年）39-40頁

利用者に利用権が設定されるわけではないので、利用者の自由使用における利益の保護はほとんど図られ[ない]。
 - * 石川健治「文化・制度・自律——“l'art pour l'art”と表現の自由」法教330号（2008年）56頁，58頁

公共用物の一般使用（自由使用）についていえば、日本における行政法の古典学説は、それを客観法の反射として観念しており、主観的な権利性を否定してきた。そして、それは、近代法のもとで既得権論を「克服」した結果、そうなっているのだ、ということ、考慮する必要がある。
- 自由使用の権利性論が示す特徴
 - － 公共用物自由使用の利益それ自体を具体的に分析しない
 - * 他者の使用を妨害せず、それと併存しうる態様による使用、という形態面からの考察
 - * 公物管理権による制約という問題設定

¹ 拙稿「名宛人なき行政行為の法的構造——行政法と物の法、序論的考察（1）～（6・完）」国家131巻9・10号～132巻9・10号。

² 拙稿「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」東大ローレビュー9巻（2014年）88頁。

- 自由使用の法的保護を認める見解³も同様
 - * 一般的自由権により排除請求権等を基礎づけるため、自由使用の詳細な分析は不要
- 反射的利益論の未克服
 - 田村悦一「公物法総説」雄川一郎他編『現代行政法大系 第9巻 公務員・公物』（有斐閣，1984年）239頁，255頁

第三者による利用妨害や、公物の位置の変更・廃止等による利用阻害の措置に対して、すべてを管理者の権限ないし自由に帰して、利用者の法的争訟手段を否定する意味を持つものであってはなら〔ず、〕伝統的な反射的利益論の克服が第一の課題である。
 - ここからでも40年近く課題が果たされていない
 - * 別のアプローチを検討してみるべき
 - * 木村琢麿「フランス公物法における所有権的構成あるいは財政的公物観の意義」行政法研究35号（2020年）170頁

公物の使用関係（自由使用・許可使用・特許使用といった類型論）は、従来から盛んに議論されてきたが、この種の伝統的学説は、公物の機能という観点を交えながらも、行政行為論の応用にとどまっている面があることも否めない。そうした議論を越えて、たとえば公物の維持管理について、今日的な文脈に即して、その作用の性質が私人の財産管理と同じか否かを含めた議論が改めてなされる意義があると思われる。

2 イタリア公物法の誕生

2.1 イタリア公物法の基礎

2.1.1 イタリア公物法研究の概要

- 行政法学者による公物法研究
 - A. Sandulli, M.S. Giannini, S. Cassese ら錚々たる論者が公物法を研究
 - 近時も公物法をテーマとする研究集会の開催や論文集の刊行が続く
- 民法学者による公物法研究
 - 公物法の法源はまずは民法にある
 - 民法学者による註釈書，体系書

2.1.2 民法典による規律と公物利用の類型

- 民法典による規律
 - 行政財産（demanio pubblico）と普通財産（patrimonio）の区別
 - * 行政財産（822条）
 - ・ 対象を限定列举（822条）

³ 参照，美濃部達吉『日本行政法 第4巻』（有斐閣，1916年）552頁，555頁，佐々木惣一『日本行政法論 総論』（有斐閣，1924年）244頁。ドイツ法について，参照，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』（有斐閣，1996年）207頁，217-218頁〔初出1994-1995年〕，土田伸也「ドイツにおける道路の一般使用の権利性について」中央大学大学院研究年報29号（2000年）1頁，9頁。

- ・ 不可譲，私権設定の禁止，行政上の措置権限の付与（823 条）
 - * 普通財産（826 条）
 - ・ 行政財産以外の財産（826 条）
 - ・ 民法上の所有権に関する規律の適用（828 条）
- － 行政財産と普通財産の区別に対しては形式的との批判が強い
- 公物利用の類型
 - － 直接使用（uso diretto）
 - * 公物の所有者が自ら公物を利用すること
 - * e.g. 軍事施設，軍用機，庁舎
 - － 混合使用（uso promiscuo）
 - * 公物の所有者と他者が共同で公物を利用すること
 - * e.g. 軍用道路
 - － 一般使用（uso generale; uso collettivo とも）
 - * 共同体が公物を利用すること
 - ・ 一般使用の妨害は人格発展の妨害（憲法 3 条 2 項）にあたりとされる⁴
 - * e.g. 衛生施設，道路，歴史的財産
 - － 特別使用（uso particolare）
 - * 特定の私人が排他的に公物を利用すること
 - * e.g. コンセッション

2.2 イタリアにおける共物研究

2.2.1 Rodotà 委員会報告

- 民法における公有財産／公物関係規定の改正の必要性
 - － 技術的・経済的変化への対応
 - * 現実の経済活動の多様性に対応していない
 - * 天然資源の保護，あらゆる社会階層へのインフラの提供という要請を満たさない
 - － 公財政に対する規律強化への対応
 - * 公有財産のより効率的な利活用の必要性
 - * 財政赤字糊塗のための公有財産売却を防ぐ必要性
- 共物概念の提唱
 - － 共物（beni pubblici）の概念
 - * 所有権／帰属（proprietà）を問題としない
 - * 明確な定義はなお存在しない
 - － 基本権行使及び人格の発展との連関を根拠として利用を保護
 - * 特別使用の許可を基本的に与えてはならない
 - * 用途廃止や譲渡も基本的にしてはならない
 - * 用途の維持につき国が責任を負う

⁴ Ad esempio, E. Casetta e F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, 23^a ed., 2019, p. 223.

- * 利用者も妨害排除請求等を求めて出訴することができる
- その後への影響
 - 議会の解散により提案は民法改正には結実しなかった
 - 実定法上もその発想が受容されつつある？
 - * 水道事業の再公営化
 - * Corte di Cassazione, feb 14, 2011, n. 3665, in *Giur. it.* (2011)

憲法 2 条〔人権の不可侵、社会連帯の義務〕、9 条〔文化・学術・景観・文化財の保護〕及び 42 条〔私有財産の保護〕及びそれらの直接適用可能性に鑑みると、社会国家という環境において、そして「景観」という環境のなかにおいても、人間としての人格を具体的に発展させることが保護される、という原則が導かれる。これは、立法—法典的分類により構成された財物、つまり国家の「所有権」の対象たる行政財産と普通財産のみに特に関わるものではなく、立法者による事前の識別の有無を問わず、規範体系全体の完全な解釈に基づけば共同体の利益を追求、満足させるために機能することとなる性質あるいは目的を内在的にもつ財物に関してもいえる。

2.2.2 イタリアにおける共物研究の動向

- イデオロギー的研究
 - 新自由主義、民営化といった不平等や社会階層の崩壊をもたらす現象を批判することが目的
 - 経営を範型として公共を語るのではなく、公共それ自体 (*comune tout court*) を語る方法の模索
 - e.g. Ugo Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, 2011
- 管理・行政モデルの再構成を目指す研究
 - 憲法への補完性原理の明記 (118 条 4 項)
 - 公益の最大化を実現するための管理モデルを構想するために共物の概念を用いる
 - * 経済学における「コモンズの悲劇」⁵
 - * 公私協働に関する行政法学の議論の蓄積
 - ・ 公私協働論は手続的統制を志向
 - ・ 共物研究は共物の実体的概念の獲得を志向
 - * 法的概念を獲得するためにしばしばローマ法の不融通物論が参照される
 - 公物法に関しては、所有と管理の分離を前提として、管理への公衆の関与を強化する議論動向
- イタリア共物研究の特徴⁶
 1. 「公共」の定義の多元性
 2. 「公共」の源泉として憲法・超国家的規範の選択
 3. 「公共」あるいは「共同体」と資源との結びつきの強調
 4. 関係当事者の多様性の肯定
 5. 公法・私法を組み合わせた法的技術への信頼
 6. 管理対象たる「公共」に関する情報を共有する必要性の強調
 7. 通常の行政・管理との差分として把握されるモデル

⁵ Elinor Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, 1990.

⁶ F. Cortese, What Are “Common Goods” (*beni comuni*). *Pólemos*, 11(2), 434-435.

3 フランス共物法の誕生？

3.1 フランスにおける共物の研究動向

- イタリアにおける議論の紹介⁷
- 経済学者を中心とする研究
 - Elinor Ostrom のノーベル経済学賞受賞（2014年）
 - Jean Tirole, *Économie du bien commun*, 2016
 - * bien commun と単数形だが研究史に数えられることも多い⁸
- 都市計画・土地改良
- 市民社会論・世代間正義論・環境保護論

3.2 フランスにおける共物研究と法学の接点

3.2.1 所有権概念との関係

- 共物 (biens communs) は概念矛盾か？
 - F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, 2008, n° 2, p. 21

財物 (bien) とは、効用を与えられた、同定可能かつ他から分離された実体、排他的関係の対象である。
 - 共物は語義矛盾ではない
 - * M. Xifaras, « Le *copyleft* et la théorie de la propriété », *Multitudes* 2010/2 (n° 41), p. 63

固有性 (le propre) と共同性 (le commun) は必然的に矛盾するわけではなく、包摂的所有 (propriétés inclusives) を構想するのに障害となるものはない。
 - 所有権の社会的機能
 - * L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code napoléon*, 1912, p. 148 et s.

所有権は、あらゆる法制度と同様に、経済的需要に対応するために形成された一つの法制度であるから、必然的に、経済的需要それ自体とともに進化する。[……] まず、個人的所有は個人の権利であることをやめ、社会的機能となる。次に、法的に保護されなければならない集団に対して富を供用することがますます増えている。
 - * 近時の Duguit 所有権論への再注目⁹

⁷ Tracés, 16/2016 の小特集, L' Italie des biens communs, Alberto Lucarelli, « Biens communs. Contribution à une théorie juridique », *Droit et société* 98 (2018), p.141-157 など。

⁸ Par exemple, Perrine Michon, « Introduction », in Perrine Michon (dir.), *Les biens communs. Un modèle alternatif pour habiter nos territoires au XXI^e siècle*, 2019, p. 10.

⁹ Paul Babeu and Jessica Viven-Wilksch (ed.), *Léon Duguit and the Social Obligation Norm of Property*, Springer, 2019.

- 所有＝帰属説との整合性

- Zenati-Castaing et Revet, *Les biens*, n° 163, p. 259

〔所有権とは〕効用があるという属性を効用というのと同様に、ある財物がある者に帰属しているという属性のことである。

- 所有権の内容を薄めたうえで、用益部分を権利の束論で分節する戦略

- ＊ 権利の束 (bundle of rights; faisceau de droit) 論¹⁰

- ＊ 実定法上は、「用益権 (droit de jouissance)」(民法 543 条) として構成しうる

- ・ およそ財物の効用は権利として概念構成できる¹¹

- ・ 破毀員判例¹²によれば、物権法定主義は支障にならない

- 所有権に拘る必要があるのか疑問も

- ＊ 共物論内在的には所有者は不要

- ＊ 民法 714 条への注目¹³

3.2.2 公物法との関係

- フランス公物法が所有権を基礎とすることには現在では異論がない¹⁴

- 共物の範疇に含まれる財物の少なからぬものは公物と重なる

- 実定法学としては所有権に拘る必要がさしあたりはある

- 公物法における所有権概念の意義

- M. Hauriou, *Peécis de droit administratif et de droit public*, 11^eéd., 1927, p. 636

このことから導かれる帰結は、公物の公用開始及び公用廃止は行政の恣意に任せられたものではないということ、また、公物の所有権は信託的なものでしかなく、実際には公衆の利益のためのものであること、である。

- Ch. Lavalie, « Naissance du public », in *Études en l'honneur de Jean-Arnaud Mazères*, 2009, p. 511

- ＊ 財团的公物観¹⁵

〔公権力の役割は〕社会全体が公物に対して行使する権利をもつその享受を、とりわけ独占的利用者に対抗して、保護することである。

- 所有権者が他者による用益を保護する義務を負う点で共物論と公物論は整合的？

¹⁰ 木下昌彦「法概念としての所有権——所有権の二つのパラダイムと表現の自由 (1)」神戸法学雑誌 64 巻 2 号 1 頁, 26-33 頁。

¹¹ W. Dross, *Droit des biens*, Paris, 3^eéd., n° 119, p. 112.

¹² Cass. 3^eciv., 31 oct. 2012, *Maison de Poésie*, n° 11-16304, *Bull. civ. III* n° 154, *D.* 2013, p. 53.

¹³ M.-A. Chardeaux, *Les choses communes*, 2006; M.-P. Camproux Duffrene, « Repenser l'article 714 du Code civil français comme une porte d'entrée vers les communs », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018/2, p. 297.

¹⁴ 木村琢磨「フランス公物法における所有権的構成あるいは財政的公物観の意義」行政法研究 35 号 (2020 年) 119 頁。

¹⁵ Ch. Lavalie, « Des rapports entre la domanialité publique et le régime des fondations », *RDP* 1990, p. 477.

- 共物論と公物論の差異
 - － 所有者による公用開始行為の介在
 - * 法律による公物を除けば公物の法的地位には公用開始が結びついている
 - * 公用開始を求める権利は私人にはない¹⁶
 - * 「信託的」などと形容詞を付しても、所有権はやはり行政が有する¹⁷
 - － 利用者たる公衆の関与
 - * J.-B. V. Proudhon の無主物説
 - * 公物の経済的利用に関する決定への公衆の関与
 - ・ 公物管理に関してレファレンダムをすることはありうる
 - ・ 個別決定に対してはレファレンダム不可（地方公共団体一般法典法律 1112 条の 2）

4 おわりに

- 共物概念は少なくとも現状では問題発見の道具にとどまる
 - － 明確な概念がないし、遠からずそれが得られる見込みもない
 - － 抽象的なスローガンが多い
 - － 内部に異なる方向性を孕んでいる
- 所有と使用・管理との関係を再考する契機にはなっている
 - － フランスの民法学に顕著な傾向
 - － （今回は触れられなかったが）環境や景観の享受、将来世代への継承に力点
 - － 自由使用のような公物使用との関係での議論はまだ少ない
 - * 人格的自律と自由使用がなぜ・どのように関係するのか

5 資料

5.1 イタリア共和国憲法（1948 年）

※初宿正典＝辻村みよ子編『新解説世界憲法集〔第 5 版〕』（三省堂，2020 年）〔田近肇〕を修正したもの。

第 2 条 共和国は、個人としての人間の不可侵の権利及び人格発展の場としての社会組織における人間の不可侵の権利を承認及び保障し、政治的、経済的及び社会的な連帯という背くことのできない義務を満たすことを要求する。

第 3 条① すべての市民は、同等な社会的尊厳を有し、性別、人種、言語、宗教、政治的意見、人的及び社会的な条件による区別なく、法律の前に平等である。

② 市民の自由と平等を事実上制限することにより人格の完全な発展を妨げ、国の政治的、経済的及び社会的な組織へのすべての勤労者の実行的な参加を妨げる経済的及び社会的な種類の障害を除去することは、共和

¹⁶ CE, 2 nov. 2015, no 373996, *Commune de Neuves-Maisons*, Rec. CE, tables; AJDA, 2016. 204, note É. Fatôme; RDI 216, p. 286, note N. Foulquier.

¹⁷ CE, 16 juill. 1909, *Ville de Paris et Chemin de fer d'Orléans*: Rec. CE 1909, p. 707, concl. G. Tessier; S., 1909, p. III, 97, note M. Hauriou

国の責務である。

第9条① 共和国は、文化の発展並びに科学的及び技術的な研究を促進する。

② 共和国は、国の景観並びに歴史的及び芸術的な財物を保護する。

第42条① 財産は、公有または私有とする。経済的財物は、国、公共団体または私人に属する。

②～④ 略

第118条①～③ 略

④ 国、州、大都市圏、県及び市は、補完性原理に基づき、公益的活動の遂行のために市民が個人として及び団体を通じて行う自主的な活動を助長する。

5.2 イタリア民法（1942年勅令262号）

※風間鶴寿訳『イタリア民法典〔追補版〕』（法律文化社、1977年）を修正したもの。

（行政財産）

第822条① 海岸、海浜、入江及び港湾並びに河川、溪流、湖沼及び法律により公のものと定められたその他の水域、国防用工作物は、国に帰属する行政財産である。

② 国に帰属する道路、自動車道路及び鉄道、飛行場、水道、法律の定めにより歴史的、考古学的、美術的価値があるものと認定された不動産、博物館、美術品、文書館、図書館の蒐集品並びに法律により行政財産に関する固有の規定に服することとされたその他の財物も行政財産である。

（行政財産の法律上の地位）

第823条① 行政財産を構成する財物は不可譲であり、かつ、これに関する法律により定められた態様及び制限の範囲内でなければ第三者のための権利の対象となることができない。

② 行政庁は行政財産を構成する財物の保護の権限を有する。行政庁は、行政上の手段により保護措置を講じ、または、この法律の定める所有権及び占有の保護に関する通常の方法を利用する権限を有する。

（国、県及び市の普通財産）

第826条① 国、県及び市に帰属する財物のうち前条までの規定に掲げられた種類の財物ではないものは、国、県及び市の普通財産である。

② 所有者が敷地の譲渡をなしえない、法律の定めにより国有林を構成する林野、鉱山、炭鉱及び泥炭地、何人かにより何らかの方法で地下から発見された歴史的、考古学的、古人類学的、古生物学的及び美術的価値のある物、共和国大統領の予算を構成する財物、兵営、武器、軍用機及び軍艦は国の不可譲の普通財産である。

③ 公の事務所に供されている建築物はその備品類とともに、また公共の用に供されているその他の財物は、その所属に従い、国、県または市の不可譲の普通財産とされる。

（普通財産の法律上の地位）

第828条① 国、県及び市の普通財産を構成する財物は、これに関する特別の規定または別段の規定がない限り、この法律の規定に服する。

② 不可譲の普通財産を構成する財物については、法律の定める態様によらなければ、その用途を廃止することができない。

5.3 Rodotà 委員会報告（抜粋）

※全文は https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?facetNode_1=0_10&facetNode_2=0_10_21&previousPage=mg_1_12&contentId=SPS47617 で閲覧可能。

まず第1に、新しい基本的範疇が考案された。これが共物である。共物は厳密な意味での公有財産には含まれない。特定の公法人や私人に帰属せしめられうるものではなく、その権原は拡散的なもの (titolarità diffusa) だからである。本質的に共物の構成要素をなすのは、河川、溪流、湖その他の水域、空気、公園、森林及び森林地域、高地の山岳地帯、氷河及び万年雪、環境保護区に指定された海岸線、野生動物相及び保護植物相、その他の保護景観地域のような天然資源である。さらに、考古学、文化、環境に関する財もここに含まれる。

これらは、稀少性と枯渇という問題を抱えており、また、法的保障が絶対的に足りていないことに起因して、——かねてより予想されていたように——きわめて危険な状態にある。本委員会は、これらを、基本権の行使ならびに人格の自由な発展のための機能的効用を表現し、効用の世代間保護の原則に適合するものとして定義した。

以上の考慮に基づき、これらの財については特に保護主義的な規律を提供することとした。すなわち、共物に威厳を与え (nobilitare)、その保護を強化し、同時代人による——将来世代の利益のためにそれを保護するという優越的要請と両立する——集合的利用をいかなる場合にも保障するのに適した規律である。とりわけ、そうした財の占用許可を私人に対して与える可能性は限定的である。共物の取戻しと回復は国の責任である。これに対して、妨害排除は、共物の効用享受につき対応する権利をもつ者として、そうした効用を享受しうるあらゆる者がなしうる。