

「行政権の主体」と「財産権の主体」 との交錯関係と司法的執行

- 宝塚市パチンコ店規制条例事件の判例を手がかりとして -

海 野 敦 史

Abstract

This paper attempts to examine the interwoven relationship between the entity of administrative power and the entity of property rights within administrative bodies in Japan and to delimit the range of circumstances in which administrative bodies are allowed to bring a civil suit if a person with some administrative obligations does not comply with them and thereby violates the law. According to a judicial precedent adjudicated in July 2002, national or local governments are, in principle, not allowed to bring a civil suit for the purpose of forcing such a person to implement administrative obligations exclusively as an entity of administrative power without any legal provisions to permit it, apart from the case where they attempt to protect their own legal rights or benefits as an entity of property rights. While there are a number of measures associated with payment obligations in which administrative compulsory collection is allowed under law, this is not the case when it comes to such matters as the collection of the rent for public housing. Nevertheless, some laws allow administrative bodies to rely on court enforcement in these cases, which appears, at first glance, contradictory to the idea of the aforementioned judicial precedent. This is mainly because these measures are fundamentally based on a contract for utilization of public facilities, where both administrative bodies and the general public stand in an equivalent position to allow the bodies to be an entity of property rights. If these measures were implemented as an exercise of public power by administrative bodies, it would not be possible for the bodies to have recourse to court enforcement according to the idea shown in the judicial precedent.

Keywords: entity of administrative power, entity of property rights, civil suit, public facilities, court enforcement, administrative law

1 序 論

行政上の義務の履行を確保するための制度にはさまざまなものがあるが、金銭の納付に関する義務については、法律に所要の定めがある限り、行政上の強制徴収に関する制度が妥当する。これは、国税徴収法（昭和34年法律147号）に基づく国税の滞納処分をその範型とするが¹、行政代執行法（昭和23年法律43号）6条1項、都市計画法（昭和43年法律100号）75条5項、道路法（昭和27年法律180号）73条3項、補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律（昭和30年法律179号）21条1項、国民年金法（昭和34年法律141号）95条、地方税法（昭和25年法律226号）48条1項等のように、国税滞納処分の例に基づく強制徴収が認められている場合は少なくない²。しかし、公営住宅の家賃（使用料）のように、行政主体に対して私人が負う金銭の納付に関する義務であっても、行政上の強制徴収が認められていないものもある³。このような義務について不履行がある場合には、関係する行政主体は、民事訴訟を提起し、裁判所の給付判決を債務名義として、民事執行法に基づく強制執行（司法的執行）を行うこととなる（地方自治法施行令〔昭和21年政令16号〕171条の2第3号参照。地方自治法〔昭和22年法律67号〕231条の3第1項に基づく督促が司法的執行の前提となる。併せて、国の債権の管理等に関する法律〔昭和31年法律114号〕15条3号参照）。

これに対し、行政上の強制徴収を含む行政上の強制執行（行政的執行）が法律上認められていない場合において、行政主体が行政上の義務の履行を確保するための民事訴訟・民事執行（司法的執行）に依存する可能性については、判例上否定的に解されている。すなわち、宝塚市パチンコ店規制条例事件の判決において、「国又は地方公共団体が提起した訴訟であって、財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合には、法律上の争訟に当たるといふべきであるが、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、提起することが許される」と説かれている⁴。この判例の考え方の妥当性に関してはさまざまな議論があるところであり、その点については別途考察することとして、少なくとも判例の考え方による限り、司法的執行により「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」ことは原則としてできず、「法律に特別の規定がある場合」がその例外となることとなる。そうであれば、公営住宅の家賃の徴収に関して、法律上司法的執行が認められていることは、ここでいう「法律に特別の規定がある場合」(すなわち「専ら行政権の主体」となる場合)に該当するものとなるのか、それとも「国又は地方公共団体が提起した訴訟であって、財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合」に該当するものとなるのかということに関する理論的な整理が必要であるということになる。もちろん、両者は二律背反的なものではないから、さしずめ地方自治法及び地方自治法施行令の関係規定等の「特別の規定」に基づき司法的執行が認められているものと解する余地がないわけではない。ただし、そのように解するためには、判例の考え方による限り、行政主体が「専ら行政権の主体」として司法的執行を行うことが前提となる。しかしながら、公営住宅の家賃の徴収についてそのように解することが可能であるか否かについては慎重な検討を要しよう。そのように解することが困難である限り、行政主体が「財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合」に該当するといえるか否かが争点となる。そこで、本稿においては、法令により行政上の強制徴収は認められていないが司法的執行が認められている場合の典型例としての「公営住宅の家賃に関する金銭納付義務の履行」を素材としつつ、行政主体が行政上の義務の履行を確保するための司法的執行の可能性について判例において否定的に捉えられる

中で、そのような司法的執行が認められていることについて、前述の争点との関係をめぐり、考察を加えることとする。

この理論的な整理のためには、(ア)そもそも行政主体の法的地位について「財産権の主体」と「専ら行政権の主体」とに区分することが可能であるのか否か、(イ)仮に(ア)の点が可能であるとすれば、行政主体が「財産権の主体」となり得る場合はどのような場合か、(ウ)施設としての公営住宅が行政法学上の「公物」であることにかんがみ、公物の管理に対する行政主体の権限（公物管理権）の性質をどのように捉え、公物管理権の主体としての行政主体は「財産権の主体」となり得るのか、ということについて、分析を加える必要があると考えられる。以下に続く各節において、これらについて考察する。なお、本稿において意見にわたる部分は、いずれも筆者の私見であり、筆者が現に所属する組織の公式的見解とは一切無関係であることをお断りさせていただく。

2 宝塚市パチンコ店規制条例事件における判例の考え方

所要の考察に立ち入る前に、まずは宝塚市パチンコ店規制条例事件における判例の考え方の意義とその妥当性について、検討することとしたい。前述のとおり、この判例では、行政主体が行政上の義務の履行を確保するための司法的執行の可能性が原則として否定され、その例外となるのが「国又は地方公共団体が財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合」及び「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について法律に特別の規定がある場合」であるとされている。後者の場合については今後の立法政策上の課題となると考えられることから、解釈論上問題となるのは、前者の場合である。すなわち、国又は地方公共団体が「財産権の主体」となるのはどのような場合で、その場合に司法的執行が認められるのはなぜかということが理論的に

整理される必要があると考えられる。

ところが、行政法学上の学説の多くは、この判例を行政上の義務履行確保制度を自ら利用できる行政主体には民事執行法が適用されないという意味での「民事執行不能論」を示したものとして理解し⁵、おおむねこれに批判的である。学説の主な批判は、(ア)行政上の義務に関して国民の側からの取消訴訟の提起が認められるのに、行政主体の側からの訴訟上の履行請求が認められないのは片面的で不合理である⁶、(イ)司法権の扱う「法律上の争訟」の射程を私権の保護に限定するのは不適當である⁷、(ウ)行政主体は「行政権の主体」と「財産権の主体」とに二分されるものではない⁸、といった点に集約される。

しかしながら、前述のとおり2つの司法的執行の可能性が認められていることにかんがみると、この判例の考え方を「民事執行不能論」として割り切ることは適當ではないと思われる。すなわち、判例は、伝統的な司法権の定義に基づく限り、「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」については「法律上の争訟」には当たらないのであって、これを裁判所が扱うためには、立法上の「特別の規定」が必要となると説いているにすぎない。同時に、国又は地方公共団体が原告となる訴訟はいかなる場合であっても「法律上の争訟」に当たらないものとしているのではなく、それらが「財産権の主体」となる場合には、これに該当し得る旨を明らかにしている。これは、行政主体が「行政権の主体」と「財産権の主体」とに二分されるということの意味するものではなく、「専ら行政権の主体」となる場合と「財産権の主体」を兼ねる場合とがあるということの意味している。換言すれば、行政主体は常に「行政権（自治行政権を含む）の主体」であるところ、場合によってはこれに「財産権の主体」としての役割が付加され、「行政権の主体」としての機能と「財産権の主体」としての機能がとが交錯することがあり得る旨を示唆したものであると考えられる⁹。

このように考えると、そもそも司法権の射程は何か、司法権の概念を画する「法律上の争訟」とは何か、ということが問題となる。この問題は本稿の主たる検討課題ではないため、深入りすることを避けるが、日本国憲法（以下、「憲法」という）76条1項にいう「司法権」の射程については、伝統的な学説において、「司法とは、具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用をいう」ものとされていることに留意する必要がある¹⁰。そして、ここでいう「具体的な争訟」とは、裁判所法（昭和22年法律59号）3条1項にいう「法律上の争訟」と同義であると一般に解されている¹¹。判例はこの趣旨を敷衍し、「裁判所は、日本国憲法に特別の定めのある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判する権限を有するものであるが（裁判所法3条）、その法律上の争訟とは、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、且つそれが法律の適用によって終局的に解決し得べきものであることを要する」と説いている¹²。

このような通説・判例上の司法権の定義に基づけば、行政主体が行政上の義務の履行を相手方に求めることは、原則として「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争」とはいいがたいこととなる。なぜなら、一般に、行政主体は相手方の義務履行を求める自らの主観的な「権利」又は「法律関係」を有しているのではなく、もっぱら公益ないし「公共の福祉」を確保する観点から、一定の義務の履行を求めているにすぎない。よって、このような行政主体の求めは、「法律上の争訟」の内容となるものではなく、司法権の扱う射程には入らないものと解される¹³。それゆえ、裁判所法3条1項にいう「その他法律において特に定める権限」に該当するものではない限り、すなわち法律にこのような裁判所に対する請求を認める特別の規定が設けられていない限り、裁判所はこれを処理する権限を有しないものと考えられる。その背景には、行政上の義務の履行確保は「公共の福祉」の確保のために行われるものと考えられるところ、「公共の福祉」を確保すべ

きであるのは行政主体のみならず国会及び裁判所についても同様であり、当該確保のあり方については、国権の最高機関としての国会による別段の立法判断が行われていない限り、行政主体と裁判所とがそれぞれの役割分担に従ってその範囲内で適切に行うことが憲法上の権力分立の要請であるという考え方がありといえる。換言すれば、法律に行政的執行又は司法的執行の定めが設けられていない場合には、行政主体が（行政上の強制執行という手段に依拠したり裁判所に依存したりするのではなく）自らの努力により、適切に義務の履行を確保することが法の趣旨であるといえよう。

他方、国又は地方公共団体が「財産権の主体」となり得る場合があることを前提とすれば、これらの主体が「財産権の主体」である限りにおいて、国又は地方公共団体は財産権という主観的な「権利」を有することとなるから、その「具体的な権利の存否に関する紛争」を裁判所に提起する余地があるということとなる。よって、「財産権の主体」としての行政主体による争訟は、訴訟要件を充足している限り「法律上の争訟」となり、司法権による裁断の対象となり得ることとなる。したがって、従来の司法権の定義を維持する限り、判例の考え方は妥当なものであると解される。問題となるのは、そもそも国や地方公共団体が「財産権の主体」となり得るのか、なり得るとすればそれはどのような場合であるかということになるが、この点につき、次節において考察することとする。

3 行政主体の財産権享有主体性

「財産権の主体」という財産権については、憲法29条1項に基づく基本権¹⁴として位置づけられる。基本権としての財産権の詳細についてはここでは措くが¹⁵、一般に、「物権、債権、無体財産権、公法上の権利等々を含む、財産的価値を有するすべての権利」¹⁶を指すものと解されている。財産権が法人にも認められることについては異論が少ないが¹⁷、国や地方公共団体と

いった行政主体は、法人（公法人）として、財産権の享有主体になり得るのであるか。

この点に関し、有力な学説は、「人権は第一次的には個人の自由の領域を公権力の侵害から護ることを目的とするものであるから、公法人に人権享有主体性を認めることは背理と言えよう」としつつ、これは「公法人が権力的行為を行う場合だけでなく、私法的に行動する場合も同様である」と説いている。もっとも、この学説は公法人がいかなる場合においても基本権の享有主体となり得ないとするものではなく、「公法人が、一般国民と同じように他の公権力機関の強制に服しているときは、基本権の保障を受ける場合がある」としている¹⁸。ここでいう「私法的に行動する場合」と「他の公権力機関の強制に服しているとき」との射程の異同については必ずしも明確ではないが、基本権は元来公権力に「対峙」する国民に対して成立するものであることにかんがみると、少なくとも、基本権の保障主体である行政主体においては原則として基本権を享有し得ないという点については妥当であると考えられる。それゆえ、行政主体については、財産権はもとより、裁判を受ける権利についても享有しないことを基本とする¹⁹。

問題となるのは、行政主体が例外的に基本権を享有し得る場合であるが、公権力の行使を伴わず、もっぱら私人と対等の立場で私人と同様に公権力の行使に服する場合には、性質上可能な範囲での基本権（ないし基本権に相当する権利・権能）が限定的に認められる可能性があるものと解すべきであろう。なぜなら、行政主体が私人と対等の立場で行う行為に関して、何ら行政主体に基本権が認められないこととなると、相手方の私人の法的権利・利益ないし法律関係を不安定にする可能性が生じ、「個人の尊重」の原理ないし基本権の保障の趣旨に反し得ると考えられるからである。とりわけ、この理は、行政主体と私人とが双方の合意に基づき契約（行政契約）を締結する場合に強く妥当するものといえよう。判例も、「行政活動上必要となる物品を調達する契約、公共施設に必要な土地の取得又は国有財産の売払いのために

する契約など」の「私人との間で個々に締結する私法上の契約」においては、国が私人と対等の立場に立っている旨を明らかにしている²⁰。確かに、一般論としては、行政契約に基づく義務の履行の請求のすべてが当然に行政上の義務の履行を求める場合に該当しないと明言することは困難であるとしても、たとえ公害防止協定のような公権力の行使としての側面を帯有するようにもみえる行政契約であっても、これが民事上の契約としての性格を有し、当該協定上の義務履行確保のためには原則として民事訴訟等によるべきであるということは否定しがたいであろう²¹。よって、このような行政契約における義務の履行に対して、行政主体は契約当事者としての「債権」ないし財産権を有するものと解される。

もっとも、基本権は、元来公権力に対して主張される権利であることにかんがみると、行政主体が私人と対等の立場に立つときに当該私人に対して主張し得る「財産権」なる権利は、基本権ではなく、私法上の権利にすぎないという見方もあり得よう。しかしながら、公法・私法二元論²²がほぼ克服されている今日において、私法上の権利の射程を厳密かつ明確に特定することは極めて困難であると考えられるうえに、そもそも基本権とは公法・私法の区分を超越した憲法上の権利であるということに留意する必要がある²³。よって、行政主体が私人に対してその「財産権」を主張する場合においても、それは単に「私法上の権利」にすぎないということにはならず、「個人の尊重」の原理に根ざす基本権にほかならないということになる。なお、この場合、法人としての行政主体自身の権利が尊重されるという意味合いだけでなく、行政主体の相手方となる関係者が「個人」として尊重されるために、行政主体の「財産権」が保護されるべきであるということになる。

このように考えると、行政主体は原則として基本権としての財産権を享有するものではなく、それが「財産権の主体」となり得るのは例外的・限定的な場合であるということになる。したがって、行政主体は、原則として、「債権」を有する立場におかれなければならないはずである²⁴。ところが、前述の地方自

治法231条の3及び地方自治法施行令171条の2等の規定は、行政主体が債権者となり得ること、すなわち財産権の享有主体となり得ることを当然の前提としている。このとき、前述の考え方に基づけば、国や地方公共団体が財産権の一環としての「債権」を享有するものとして構成するためには、契約に基づく権利のように、私人と対等の立場で私人と同様に行動する（公権力に服する）場合であることが必要となる。換言すれば、公営住宅の使用関係が基本的に契約関係その他の公権力の行使を伴わない関係であることが必要となる。はたして、当該関係は、そのような公権力の行使を伴わない関係を基本とするものであり得るのだろうか。この点については、公営住宅が公物としての性質を有していることを踏まえて検討する必要があると考えられる。しかし、公物という概念については、それ自体がさまざまな批判の対象となっているところであり、公物管理権という観念についてもその法的根拠に関して定説が確立されていない状況にある。そこで、これらの基礎的な概念についても勘案しながら、次節以降において更なる考察を加えることとする。

4 公物の意義

伝統的な行政法の学説において、公物は私物に対峙する概念として位置づけられ、「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」を指すものとして定義されてきた²⁵。このような定義に照らせば、有体物としての公営住宅の施設についても、行政主体により直接供用される限りにおいて、公物の一端を占めることとなる。しかし、公営住宅の家賃の徴収については、「公の営造物」ないし「公共施設」²⁶の利用関係において行われるものとして捉えられることが少なくない²⁷。これは、公営住宅（の利用）が、単に有体物（物的施設）としての公物の概念を超えて、人的施設としての側面を有することに根ざすものである。ここでいう利

用関係とは、一般に、「人的物的施設の総合体としての公共施設から、各種の役務又は給付の供給を受ける場合」における「公共施設の主体と利用者との間に生ずる法律関係」として定義される²⁸。そこで、公営住宅の使用関係について、「公の営造物の利用関係」という枠組みで捉えるべきであるか、それとも「公物の使用関係」という枠組みで捉えるべきであるかということ自体が争点となり得る。

この点については、公物（少なくとも公共用物）については、公の用に供すること自体が目的となっているのであるから、個々の有体物の管理ではなく、その目的に沿った供用のあり方が主たる論点となるのであって、「営造物を構成する個々の有体物を個別に取り出して公物を論ずる固有の意義は、少なくなっている」とする指摘がある²⁹。これは、公物の概念を定立すること自体の否定に結びつくものでもある。実際、このような公物の概念に対する批判から、公物法理論について再構成の必要性を説く学説は少なくない。例えば、「公の施設」をめぐる関係も含めた統一的な「公共施設法」として従来の公物法の再構成を志向するものや³⁰、「公共施設法」から財産管理的な側面を捨象しつつ公物の使用関係に関する法理論として純化させようとするものや³¹、公物を資源として捉える観点から「公物は公物主体が民衆のために民衆の信託を受けて管理するものとする、公共信託を基本とする公物理論の構成」を唱えるものなどが提示されている³²。

しかしながら、営造物ないし公共施設の概念を基軸としつつその包括的な利用関係に着目した議論は、必ずしも正鵠を射たものではないと考えられる。まず、このような利用関係は、元来個々の公物の使用目的ごとに検討されるべきものであって³³、「公の営造物の利用関係」を理論的に一般化することは極めて困難であると思われる。ある伝統的な学説は、公の営造物ないし公共施設の利用関係については、「行政主体がその主体となって経営するものではあっても、いわゆる権力的作用と区別されるべき非権力的な管理作用に属し、私人の経営する事業に比して、その本質的性質を異にするものではな

く、実定法上、別段の定めのない限り、私法規定及び私法原理が適用されるべきもの」とであると説いているが³⁴、ここでいう「別段の定め」や固有の利用関係をめぐる問題も含め、個別の考察が求められる事項は少なくない。

確かに、営造物を「人的物的施設の総合体」として捉える場合、それは個々の構成要素としての有体物とは別個の性質を帯有することとなることから、公物とは別に営造物という概念を定位する意義がないわけではない³⁵。しかしながら、「人的物的施設の総合体」の利用関係は、有体物の供用に関する公の目的に着目して検討されるべきものであり、当該目的は個々の有体物の属性ないし用途を基軸として定まるものであると考えられる。すなわち、有体物という物的要素の性質については、その使用関係を考えるうえでも、不可欠の要素であるといえる。したがって、あえて「公の営造物の利用関係」を「公物の使用関係」とは別個の枠組みで論じるよりも、有体物を基本とする既存の公物の概念を維持しつつ、当該有体物の供用目的を踏まえた議論を展開することが有意であると思われる。すなわち、公営住宅という公物については、それが地域住民の生存権を保障するという側面を含む「公の目的」のために供用されるということに着目しつつ、その使用の対価として徴収される家賃についても、それに人的要素（すなわち営造物としての要素）がどの程度組み込まれているかに関わりなく、そのような公の目的を内在させた有体物としての「公物」の「使用関係」という枠組みの中で把握することが妥当であるといえよう。

次に、「公の営造物の利用関係」という枠組みは、伝統的に特別権力関係の理論との関連において重要な意義を有していたものであって、当該理論が克服されていくにつれて³⁶、有効に機能しなくなりつつあると考えられる。とりわけ、利用関係の成立が法律により強制されるものではない限り、当該利用関係における具体的な権利・義務の形成は、原則として公権力の行使ではなく当事者の自由意思に基づいて行われていることが留意されるべきである³⁷。すなわち、従来、有体物としての公物（その使用関係は自由使用が基

本である)と人的物的施設の総合体としての营造物とは概念上明確に区別されてきたが、いずれも国民の使用(利用)関係が中心的な論点となるにつれて、両者を明確に区別する実益が薄れつつある³⁸。

更に、そもそも公物には、単に民法(明治29年法律89号)等により規律される「私物」とは異なる性質を与えられたものであるという特徴にとどまらず、行政主体の財産管理の客体としての性質と国民・住民の利用の対象としての性質とを併有しているという側面があることにも留意が必要である。すなわち、その両性質を包括して単一の観念の下で捉えるところに公物概念を設定する積極的な意義があるのであって、これら両性質間の関係を問うこと自体は有意であるとしても、公物の観念そのものを放擲することには疑問がある³⁹。

したがって、「公物の使用関係」という枠組みについては、無用のものとして理解されるべきではなく、むしろ多様な性質を包含する有体物に対する行政主体と国民との法律関係を理論的に整理するために有用なものであると考えられる。それゆえ、公営住宅の使用関係を考察する本稿においては、住宅という有体物の供用目的に着目しつつ、その人的要素については基本的に当該目的を実現するための手段としての位置づけを有するにすぎないものと捉えながら、「公物の使用関係」として当該関係を把握することとする⁴⁰。

もっとも、公物の使用関係については、供用目的が公共用物の場合と公用物の場合とで異なるものとなる可能性があるところ⁴¹、公営住宅に関しては限定された範囲の者による利用が予定されていることから、その限りにおいて、一般的には公用物の使用関係という枠組みで捉えられ得るといえよう⁴²。しかしながら、公共用物と公用物との区別は元来必ずしも明確なものではなく、またいずれにおいても管理者は(たとえ公共用物の自由使用の場合においても)特定の行政目的に適合する形で公物の管理を行う義務を負うものと解されることから、少なくとも公営住宅の使用関係を考えるうえでは、両者を厳密に区別する実益はさほど大きくないものと考えられる⁴³。したがって、

本稿では公共用物の使用関係に関する伝統的な議論も視野に入れた形で、公営住宅の使用関係を検討することとする。

以上のような理解の下において、公営住宅の家賃の徴収については、住宅という「公物」の使用関係の対価として位置づけることができると考えられることから、行政主体による公物の管理作用の一環として徴収されるものと捉えることが可能であろう。それゆえ、「公物の管理」の意義及び法的根拠を整理することが必要かつ有意となるものと考えられる。この点について、次節において考察を加える。

5 公物管理権とその法的根拠

「公物の管理」とは、一般に、公物の管理主体が公物の目的を実現し、その本来の機能を発揮させるために必要となる一切の作用を指すものとされている⁴⁴。このような広範な定義からは、公営住宅の家賃の徴収についても、公物の管理に関する作用（对人的管理行為⁴⁵）の一環であると捉えることが可能である。そして、仮に公物管理権が公物の主体の所有権、占有権等の権原に基づくものであれば⁴⁶、当該家賃の不納入者に対しては、不法占拠者として、地方公共団体が当該権原に基づく妨害排除請求等を行う余地があるということになる。これが、実質的に公物たる公営住宅の管理上の家賃納付義務に関する司法的執行と同様の効果をもたらす可能性もある。これに対し、公物管理権が行政権（自治行政権を含む）に基づくものであれば、例えば公物管理法制に基づく制度的な排除措置（公営住宅法〔昭和26年法律193号〕32条1項2号に基づく明渡し請求）を公物管理権の行使として講じることと考えられる（ただし、行政権は広範な概念であるため、他にもさまざまな手段を措定する余地がある）。これも実質的に入居者に対して家賃納付義務の履行を促す作用であるとみることもできるであろう。しかしながら、これらの措置は、いずれも前述の地方自治法及び地方自治法施行令に基づく司法的

執行とは区別されるべきものである。このことは、当該司法的執行を求める権限が、公物管理権との関係においてどのように捉えられるべきかを検討する必要性を示唆するものである。したがって、まずは公物管理権の法的根拠を明らかにする必要があると考えられる。

公物管理権の根拠については、古くから多くの議論が交わされてきており、周知のとおり、かつては公所有権説と私所有権説との対立があった⁴⁷。公所有権説は、公物管理権の法的根拠を公法上の物の支配権に求める学説である。すなわち、公物が所有権の客体となることを認めつつも、それは行政主体による独占的な支配権（公法上の所有権ないし公権）の客体になるということの意味するものであって、当該支配権が民法上の所有権に完全に符合するものではないとされる⁴⁸。そして、公物管理権の内実については、いわゆる自有公物については公法上の所有権に基づく権能にほかならず、他有公物については公法上の「借用権」に基づく権能であると説かれている⁴⁹。ただし、公法上の所有権ないし借用権の内実は、法令の範囲内において物を支配することであるという点においては民法上の所有権等と同様であり、その支配の方法が主に「公法的」であるという点にのみその差異があるとされる⁵⁰。このような公所有権説に対しては、公所有権の観念は公物管理権にすぎないものとなることから、あえて当該観念を定立する必要は乏しい旨の批判が提示されている⁵¹。

一方、私所有権説は、公物管理権の前提として、公物には民法上の所有権（私所有権）が設定されるものと解する学説である。すなわち、公物についても民法上の所有権が成立しないものと解する理由はなく、無主物ではないのであって、それが公の目的に供される結果として法令上の制限を受けるにすぎないものとされる⁵²。ただし、公物の観念は公の目的に供されるか否かで画定されるのであって、それが誰の所有に属するかによって決まるものではないことから、公物に関して私人に命令、禁止等を行う作用は私所有権に基づいて行われるものではなく、行政主体の行政権（公物行政権）に基づく

ものであるとされる⁵³。この点において、公所有権説が公物管理権の根拠をもっぱら公法上の物権(所有権又は借用権)に求めていたのと大きく異なる。すなわち、私所有権説は、公物が所有権の客体となることを認めつつ、所有権と公物管理権とを区別し、後者を公物の目的を実現するための行政権の作用として捉えるものである⁵⁴。このような私所有権説に対しては、私的取引の対象となる私法上の所有権の機能を十分に果たすことのできない公物について、なぜ私所有権の対象としなければならないのか疑問であり、むしろ公物は公の支配・管理の対象となるものとすれば足りると説く批判が提示されている⁵⁵。

このような学説の対立を踏まえつつ、公物の管理作用には公権力の行使、私法上の行為、単なる事実行為など多様なものが混在していることから、このような「諸々の権能を包括した特殊の包括的権能」として公物管理権を理解すべきであるとする学説(以下「包括的権能説」という)が有力になった⁵⁶。これによれば、公物管理権は物自体の所有権等により認められるものではなく、公物法(実定法又は慣行)の定めにより与えられるものであるとされる⁵⁷。このような立場によれば、公物管理権の作用は、所有権そのものの作用とは異なる別個の作用であるということとなり⁵⁸、公所有権説の考え方が根底から否定されることとなる。

これに対し、近年においては、実定法の定めがない場合(法定外公共用物)における公物管理権の根拠を慣行のみに求めるのは説得力を欠くとする立場から、物に対する「所有権その他の利用権」が公物管理権の根拠であり、公物管理法の定めがある限りにおいて、当該管理権の根拠はこれに吸収されるものとする学説(以下「新所有権説」という)が有力になりつつある⁵⁹。これによれば、公の目的に供することを前提とする公物においては、所有権の発動も当該目的に拘束されるのであって、あえてそのために特殊な公法秩序を想定する必要はないものとされる⁶⁰。

(2) 管 見

公物管理権の作用にはさまざまなものが含まれるが、その本質は公物を公の目的に供用するために認められる作用であって、権力的な行為として発現することもあれば、事実行為であることもある。いずれにしても、これが行政主体による行政作用であることについては異論がなからう。問題となるのは、公物という対象に対して、行政主体が作用し得る法的根拠がどこにあるのかということであるが、新所有権説については、行政主体の公物に対する所有権を当然に認めている点において、大きな問題がある。なぜなら、前述のとおり、行政主体は原則として財産権の享有主体とはなり得ないことにかんがみると、少なくとも公物管理作用が公権力の行使を伴う場合には、公物に対する所有権をただちに主張することができないものと解されるからである。確かに、公用物としての官公庁舎における食堂経営のための行政契約締結時のように、行政主体が私人と対等の立場で協働する際に、公物に対する所有権等を主張する余地はあり得ようが、少なくとも公物の占用許可のように、行政行為その他の公権力の行使の主体として行政主体が私人に接するときには、行政主体は基本権としての財産権（その内実としての所有権）を行使することはできないものと解すべきである。したがって、公物管理権の根拠を常に財産権としての所有権その他の利用権に求めることは妥当ではなく、別個の権原が必要となる。

他方、公所有権説については、公物管理権の根拠を民法上の「私所有権」とは区別された「公所有権」に求めており、公所有権が基本権とは異なるものである限りにおいて、ただちに否定されるべきでもないが、公法・私法二元論に依拠することが困難な今日において、公所有権なる権利が発生する法的根拠が明らかでなく、疑問が残る。当該権利の内実が民法上の所有権とほぼ同様に捉えられていることから、これは公法上の物権であると解することができるが、なぜ物権を根拠に（優越的な意思の発動としての）公権力の行使を行い得るのかも明らかではない。

私所有権説については、公物管理権の根拠を民法上の所有権とは異なる「公物行政権」に求めている点に関しては評価できるし、公物が私人における所有権の客体となり得ること（他有公物が存在し得ること）についても異論はない。しかしながら、「国家の私権」を認めつつ⁶¹、公物に対して行政主体が私所有権を享有することを認めている点に問題が残る。なぜなら、私所有権は個人が享有する所有権とその本質を同じくすることから、財産権の内実であると解されるところ、行政主体は当然に財産権の享有主体となり得るものではないからである。公物に対して純然たる所有権を享有できるのは、基本的に私人に限定されるべきである。

包括的機能権説については、公物管理権の根拠を民法上の所有権ないし行政主体の財産権に求めていない点に関しては評価できるが、新所有権説が指摘するとおり、当該根拠をもっぱら法律その他の慣行に求めることとすると、公物管理法が制定されていない領域においては、問題が残ることとなる。すなわち、慣行を根拠として公権力の行使を伴う公物管理権の作用が生じる余地があるということは、伝統的な「法律による行政の原理」に背反するとともに、法的安定性・中立性を欠くこととなるおそれがあると考えられる。

このように考えると、従来提示されてきた主な学説のいずれも、公物管理権の根拠を十分に説明し得ていないといえる。とりわけ、当該根拠を所有権に求める考え方については、行政主体が原則として財産権の享有主体性を有しないということが適切に考慮されていない。しかしながら、公物管理作用の実質ないし本質が、公権力の行使であるか否かに関わりなく、公物に対する「支配」に関する権限にあり、それが有体物に向けられている限りにおいて、民法上の所有権の内実に近似するものであることについても否定しがたい。この「支配」に関する権限は、公物に内在する公の目的の実現のために行使されるべきものであることから、公共用物の場合であれ公用物の場合であれ、行政上の権限の一部にほかならず、前述のとおり公物管理権の作用は行政作用であることが認められる。それゆえ、公物管理権の一次的な根拠に

については、憲法65条の行政権又は憲法94条の自治行政権に求めるべきであると考えられる（その限りにおいては、公物行政権を定位する私所有権説の考え方に符合する）。もっとも、これらの行政権又は自治行政権の内実については議論のあるところであるが、少なくとも、行政権には憲法73条の権能（「一般行政事務」、法律の誠実な執行、国務の総理等）が含まれ、自治行政権にも地域における「一般行政事務」の遂行が含まれるものと解される。したがって、公物の管理については、国（内閣及び行政各部）が「一般行政事務」の遂行や国務の総理等に際して必要であると合理的に認められる範囲で、また地方公共団体が地域の「一般行政事務」の遂行において必要であると合理的に認められる範囲で、（法律の授権がなくとも）当然に行い得るものであり、個別の公物管理法は管理作用のあり方を立法の次元において具体化したものとして位置づけられる⁶²。よって、個別の公物管理法の定めがあれば、行政主体はそれに依拠することとなるが、当該定めが存在しない領域においては、憲法規範及び他の法令の規定に反しない範囲において、公の目的を実現するために必要と認められる限り、公物に対する「支配」に関する権限（有体物の管理という側面に着目すれば、所有権の内実にはほぼ相当する権限となる）を有することとなると解される。換言すれば、「公物管理権の主体」としての行政主体は、常に「行政権（又は自治行政権）の主体」であり、憲法により授権された権限を直接に又は法律に基づき行使することとなる⁶³。

しかしながら、「行政権（又は自治行政権）の主体」としての「公物管理権の主体」は、いかなる場合においても「財産権の主体」となり得ないわけではない。なぜなら、公物管理権の行使ないし公物管理作用は常に公権力の行使として行われるわけではないからである。これは、憲法上の行政権の概念について、（修正）控除説の考え方⁶⁴に基づき理解する限り、公権力の行使を伴わない作用をも含む広範な作用がこれに含まれ、その多くが前述の「一般行政事務」という概念（憲法73条）に包括されることとなることから

も明らかである。よって、この行政権又は自治行政権の内実としての「一般行政事務」等の遂行に関し、行政主体が私人に対して公権力の行使等を行う場合と私人と対等の立場で接する場合とが区別される必要があると考えられる。換言すれば、行政主体（地方公共団体）が金銭納付義務の履行に関する司法的執行を求めることは、公物管理権の行使の一環として定位されるものであるが、それは必ずしも公権力の行使として行われるものではなく、私人と対等の立場において行われ得るものである。このような区別が可能であれば、公物管理権者としての行政主体が「専ら行政権の主体」となる場合と「行政権の主体」でありながら同時に「財産権の主体」となる場合とが峻別され得ることとなり、宝塚市パチンコ店規制条例事件の判例の考え方に符合する。この点については、前述のとおり、行政主体と私人との関係である「公物の使用関係」の観点から考察を加える必要があると思われる。そこで、以下に続く節においてはこのような観点からの検討を行う。

6 公物の使用関係

(1) 公物の使用関係の分類

公物の使用関係については、行政作用法としての色彩の濃い部分であるが、伝統的な学説の下では、公共用物の使用関係という枠組みの中で、自由使用（一般使用又は普通使用）、許可使用（特別使用の許可）、特許使用、契約による使用の4つの形態に分類されてきた⁶⁵。これらの分類は、許可や特許といった伝統的な行政行為の分類を援用しているという点に大きな特徴があり、特に許可と特許との差異が行政裁量の範囲の相違となって現れるという考え方と密接な関係を有する。すなわち、許可使用については「完全な自由裁量（便宜裁量）に属するものではない」のに対し⁶⁶、特許使用については原則として「行政庁の自由裁量に属する」ものとされる⁶⁷。また、許可使用の場合は一時的な使用にとどまるが、特許使用の場合は継続的な利用が可能

となる旨も指摘されている⁶⁸。

自由使用の概念を設ける意義として、伝統的な学説は、使用者の享受する利益が他者の自由使用を妨げない限りにおいて認められる反射的利益にすぎず、抗告訴訟の対象となるものではないことを明確化することにあるものと解していた⁶⁹。これは、自由使用（を認めること）が行政行為としての性質を有するものではないということを裏づける考え方であるが、その処分性については措くとしても、少なくとも自由使用は行政庁による「公権力の不行使」として捉える余地があり、その限りにおいて行政主体と利用者たる私人との関係は対等なものとはいえない。

公共用物は、本来他人の共同使用を妨げない限りにおいて自由使用を基本とし、公用物についても一定の範囲内で自由使用が認められることがあるとされる⁷⁰。しかし、公物の使用が公共の安全及び秩序に支障を及ぼすことを防止したり多数の者の使用関係を調整したりする観点から、行政行為を伴う許可使用が認められる場合があるととも、特定の者のために特別の使用の権利を設定することが必要となるときには特許使用が認められるものとされる。これらに対し、契約による使用は「私法上の契約」として位置づけられ、公用物はもとより公共用物についても、公物の目的を妨げない限りにおいて、契約に基づく使用権を設定することが可能であるものとされる⁷¹。もっとも、公共用物の特許使用については、行政処分を伴うか否かという区別を除けば、実質的に契約による使用に類似しており、例えば特別の使用に対する権利の設定後に使用のあり方の詳細を行政契約で決する場合など、特許使用と契約による使用との組合せにより公物の使用関係が設定されることもあり得ると解される（この場合、一連の使用関係を特許使用の概念で括ることも可能であろう）。

「私法上の契約」の観念については、いわゆる公法・私法二元論の克服に伴い、その後の学説においておおむね否定的に捉えられることとなった結果⁷²、今日の多くの学説においては、公法・私法の区別を排した「行政契約」

の概念で捉えられている。したがって、契約による公物の使用関係の形態についても、行政契約の法理に照らして捉えられる必要があると考えられる。

もっとも、行政契約の法理については、それ自体が未成熟であり、契約の内容も多様であるが、「民法上の手法」⁷³によることを基本とするという点においては、ほぼ共通の理解が形成されているといつてよからう。すなわち、契約の当事者が基本的に対等の立場におかれ、「契約自由の原則」を基本として、公権力の行使を伴わずに契約を締結することが原則となる。もっとも、国有財産、公有財産の管理については特別の法律⁷⁴の規律を受けるなどの行政契約ならではの特質があるが、これらは基本的には行政内部の規律としての意味を有するものであると解されている⁷⁵。

このように考えると、公物の使用関係については、(ア)私人に対する公権力の行使（又は不行使）を伴うものと(イ)私人と対等の立場に立った契約によるものとの双方に大別することができるといえる。そして、公共用物の場合、(ア)については自由使用、許可使用及び特許使用が⁷⁶、(イ)については契約による使用が⁷⁷、それぞれ該当するものと解することが可能である。これらのうち、少なくとも(イ)については、公用物の使用関係においても妥当するものと考えられる⁷⁸。

すなわち、公物の使用関係においては、常に一定の行政作用が私人に及ぶ（その限りにおいて行政主体は「行政権の主体」である）こととなるが、当該作用には行政行為等の公権力の行使を基本とするものと行政契約に基づくものが混在しており、対価徴収の司法的執行との関係においては、両者を区別する必要が生じるということが示唆される。なぜなら、前者においては行政主体が「財産権の主体」となる余地がないが、後者においては行政主体が私人と対等の立場におかれている限り「財産権の主体」となる余地があることとなるからである。よって、後者の場合においては「行政権の主体」としての行政主体と「財産権の主体」としての行政主体とが交錯することとなる。これを踏まえ、公営住宅の使用関係についても、これらのいずれの場合

に該当するものであるかということについて、考察を加えることが必要となる。

(2) 公営住宅の使用関係

公営住宅の使用関係については、公営住宅法に基づく規律が設けられているが、同法及び関連する条例に定めのない事項に関しては、民法その他の民事法上の規律が適用されるものと解される。判例も、公営住宅の「入居者の募集は公募の方法によるべきこと（法16条）、入居者は一定の条件を具備した者でなければならないこと（法17条）、事業主体の長は入居者を一定の基準に従い公正な方法で選考すべきこと（法18条）など」に照らし、「公営住宅の使用関係には、公の営造物の利用関係として公法的な一面があることは否定しえない」としつつも、「公営住宅の使用関係が設定されたのちにおいては、前示のような法及び条例による規制はあっても、事業主体と入居者との間の法律関係は、基本的には私人間の家屋賃貸借関係と異なることなく、このことは、法が賃貸（1条、2条）、家賃（1条、2条、12条、13条、14条）等私法上の賃貸借関係に通常用いられる用語を使用して公営住宅の使用関係を律していることから明らかである」と説いている。そして、「公営住宅の使用関係については、公営住宅法及びこれに基づく条例が特別法として民法及び借家法（筆者注：現在の借地借家法〔平成3年法律90号〕）に優先して適用されるが、法及び条例に特別の定めがない限り、原則として一般法である民法及び借家法の適用があり、その契約関係を規律するについては、信賴関係の法理の適用がある」としている⁷⁹。

このような事情にかんがみれば、公物としての公営住宅の使用関係については、使用関係の設定の段階（入居者の選考決定により使用関係が成立する⁸⁰）では特許使用としての側面を有するが、当該設定の後においては契約による使用を基本とするものと解される。すなわち、入居者決定前の段階においては、入居者選考決定という行為自体が国民の生存権の保障という側面

を有すると解されるため、権利の保障とその制約という図式になじむ特許使用の考え方が援用可能であろう。これに対し、入居者決定後の公営住宅の使用関係における具体的な権利・義務の設定については、法令・条例の範囲内で、当事者の自由意思に基づき行われることとなる。したがって、入居者決定後においては、行政主体と入居者とは原則として契約に基づく対等な関係におかれ、その限りにおいて、行政主体は「財産権の主体」となり得るものと解される。よって、宝塚市パチンコ店規制条例事件の判例の考え方の下でも、入居者に契約上の義務の不履行がある場合には、行政主体において司法的執行を求めることが可能であると解される。

もっとも、このような使用関係からの排除については、単なる契約又は内部的規律の範囲を超える要素を伴い、その限りにおいて、国民の権利・義務の設定に結びつく場合があるものと考えられる。このような場合には、当該排除を命ずる行政庁の作用は、行政処分として構成されることとなろう。その意味において、公営住宅の使用関係は、入居者としての地位が設定・解除される場合を除き、原則として契約関係として捉えられることとなる。

7 結 論

以上の考察を総括すると、公営住宅の家賃納付等の行政上の強制徴収が認められていない金銭納付義務について不履行がある場合に、関係する行政主体が司法的執行を行うことが法律上認められていること理由については、以下のように説明することができる。すなわち、このような義務については、「契約による使用」に関する公物の使用関係において発生するものと捉えることが可能である。本来、公物管理権は行政権又は自治行政権に基づくものであると解すべきことから、公物の使用関係において、公物管理権者としての行政主体は私人に対して公権力を行使する余地があるが、当該関係が契約関係にとどまる限りにおいて、当該行政主体とその相手方の私人とは対等の

立場におかれることとなる。よって、そのような契約関係の下では、行政主体は公権力を行使する主体となるものではなく、契約に基づく権利・義務を私人とともに享有することとなる。それゆえ、そのような状況の中では、行政主体は法人として「基本権としての財産権」を享有する余地があり、「財産権の主体」となり得る。

ここで、宝塚市パチンコ店規制条例事件の判例が示すとおり、行政的執行が法律上許容されていない場合において行政主体による司法的執行が認められるのは、「国又は地方公共団体が財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合」又は「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について法律に特別の規定がある場合」に限られるものと解される。これらのうち、公営住宅の家賃等の徴収においては、行政主体が私人と対等の立場に立っている以上、後者の「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」については提起する余地がない。よって、地方自治法施行令171条の2第3号等の法令の規定も、当該家賃等の徴収との関係においては、ここでいう「特別の規定」には該当しない。しかし、前述のとおり関係する行政主体が「財産権の主体」として契約上の権利を有するものと解される以上、前者の場合には該当するものと考えられる。したがって、行政主体の権利(財産権)に対応する相手方の私人の義務に不履行が認められる場合には、行政主体は、別段の法律の根拠を要さずに、民事訴訟においてそれを主張し、司法的執行を求めることが可能となるものと考えられる。その意味において、当該執行の根拠規範となっている地方自治法施行令171条の2第3号等の規定は、公営住宅の家賃の徴収等に関する司法的執行との関係においては、確認的規定であるといえる⁸¹。

従来の学説においては、宝塚市パチンコ店規制条例事件の判例の考え方が不当に評価されるくらいがあったとともに、行政主体が「財産権の主体」となり得る場合、ないし行政主体の「財産権の主体」性と「行政権の主体」性

とが交錯する場合に関する検討が不十分であったように思われる。とりわけ、同判例が行政主体において行政上の義務の履行を確保することに対する「民事執行不能論」として理解されながら、なぜ公営住宅の家賃等の徴収について民事執行（司法的執行）が可能となっているのかということに関する理論的整理が不足していたと考えられる。本稿は、そのような理論的整理を筆者なりに行うとともに、決して新しい視点を提供するものではないものの、「民事執行不能論」に対して一石を投じることを試みたものである。

注

- 1 国税徴収法47条に基づく滞納者の財産の差押え、同法89条・94条に基づく公売による差押財産の換価、同法128条に基づく換価代金の配当の各手続がこれに該当する。
- 2 このように行政上の強制徴収を行うことが法律上認められている場合には、義務の不履行に対する履行確保は法律の定める手続によるべきであると考えられることから、民事訴訟の提起を通じた司法的執行の可能性は排除されるものと解される。多数説・判例もこの点についてはおおむね軌を一にしている（塩野・行政法 226頁。小早川・行政法上242頁。最大判昭和41年2月23日民集20巻2号320頁）。また、行政上の強制徴収が認められれば司法的執行が当然に排除されるものではないが、前者が可能な限り後者の訴えの利益がなくなるものとして捉える学説もある（宇賀・概説 229頁，福岡高決平成17年8月22日判時1933号91頁参照）。もっとも、行政上の強制執行が可能な行政上の権限の行使について、「司法国家原理」から司法的執行を認めることに肯定的な学説もある（原田・要論232頁。阿部・解釈学 597頁。南川・民事訴訟13頁）。加えて、実務においては行政上の強制徴収の執行体制が不十分であり、必ずしも十分に機能していない旨の指摘も提示されている（宇賀・概説 230頁。黒川・行政強制127-128頁）。
- 3 他に、水道法（昭和32年法律177号）14条2項・15条3項に基づく水道料金がこの類型の例として挙げられる。公立高等学校の授業料についてもこの類型に含める余地があるが、公立高等学校については、公立高等学校に係る授業料の不徴収及び高等学校等就学金の支給に関する法律（平成22年法律18号）3条1項に基づき原則として（「特別の事由」がない限り）授業料が徴収されないこととなっていることから、当該授業料の徴収に関する司法的執行の可能性は極めて限定されたものとなろう。公営住宅の家賃については、公営住宅法（昭和26年法律193号）16条1項をその根拠とするが、行政上の強制徴収の根

拠規定が設けられていない（地方自治法231条の3第3項は「分担金，加入金，過料又は法律で定める使用料その他の普通地方公共団体の歳入」について強制徴収ができることとしているが，公営住宅の家賃を強制徴収可能な使用料と定める公営住宅法の規定はない）。行政契約という形式により実質的な強制徴収の根拠をおくことも考えられないわけではないが，一般に行政上の強制執行が法律の根拠を要するものとされていること（田中・行政法上172頁。塩野・行政法 230頁。宇賀・概説 38頁・218頁）にかんがみると，公営住宅の管理関係における契約により強制徴収を行うことはできないものと解される（磯野・確保233頁参照）。

4 最判平成14年7月9日民集56巻6号1134頁。

5 塩野・行政法 282頁。

6 塩野・行政法 282頁。亘理・範囲26頁。宇賀・概説 108頁。村上・適否40頁。

7 塩野・行政法 225頁。佐藤・憲法論589頁。阿部・解釈学 83頁。宇賀・概説 234頁。

このような観点を踏まえ，ある学説は，実体的な請求権の行使という構成に加え，被告の行動を糾弾するという構成に基づく訴えについても，「法律上の争訟」の射程に含めるべきである旨を主張している（中川・改正133-134頁）。このような立場からすると，行政主体が被告となる私人の義務不履行という行動を糾弾するための民事上の訴えも認められ得ることとなる。しかしながら，このような行動糾弾型の紛争の裁断を司法権の射程に含めることとなると，司法権の権限の範囲がいたずらに拡散するおそれがあるうえに，そもそも行政主体は「義務不履行」という不合理な状態を解消することに行政目的（公益）を見出すべきであって，不履行者を「糾弾」すること自体は当該目的に含まれないものと解されることから，このような司法権ないし「法律上の争訟」の概念の再構成については疑問である。

8 曾和・民事訴訟85頁参照。

9 学説の多くは，宝塚市パチンコ店規制条例事件の判例の考え方について，行政主体の地位を「財産権の主体」と「行政権の主体」とに二分したものと捉えているが（亘理・範囲26頁。村上・適否39頁。曾和・民事訴訟85頁），行政主体（国及び地方公共団体）は行政行為を行うときであれ行政契約を行うときであれ当然に「行政権（自治行政権を含む）の主体」であって，これに「財産権の主体」としての地位が付加される場合であるか否かにより二分したものと捉えるべきである。同判例が「専ら」と述べているのもそのような考え方に基づくものであると考えられる。

10 清宮・憲法 335頁。

11 芦部・憲法328頁。もっとも，一部の学説においては，異論も提示されている。「具体

- 的な争訟」について、「法律上の争訟」を中核としつつもより広範な概念として定位し、「具体的な争訟」である限り、たとえ「法律上の争訟」とはいえなくとも、すなわち例えば当事者の権利・義務に直接関わらない権限争議のようなものについても、司法権の扱いて得る事項となるとする考え方（野坂・司法権47-48頁）はその代表例である。しかし、このように解すると、「法律上の争訟」を規定する裁判所法が憲法上の司法権の射程を狭めていることとなり、それ自体が憲法問題となり得ることとなる（佐藤・憲法論588頁）。
- 12 最判昭和28年11月17日行裁集4巻11号2760頁。同旨につき、最判昭和29年2月11日民集8巻2号419頁、最判昭和41年2月8日民集20巻2号196頁、最判昭和56年4月7日民集35巻3号443頁参照。
- 13 なお、刑事事件に関する訴訟（刑事訴訟）については、事情が異なる。なぜなら、刑事事件における被告人は、「公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利」を基本権として享有していることから（憲法37条1項）、行政庁（検察官）による提訴（起訴）そのものが当該基本権を充足する（すなわち当事者の「権利」に関する紛争と位置づけることが可能となる）ための措置としての側面を有すると考えられるからである。
- 14 我が国における「基本権」の概念については講学上のものであるが、本稿においては憲法上の国民の権利を「基本権」と観念することとする。
- 15 財産権の詳細については、海野・財産権156-192頁参照。
- 16 佐藤・憲法論309頁。
- 17 芦部・憲法学 169頁。佐藤・憲法論153頁。もっとも、法人の財産権享有主体性について慎重な立場をとる学説も提示されている（上村・企業法制26-28頁参照）。
- 18 芦部・憲法学 162頁。
- 19 ある学説も、「行政主体の『固有の資格』」は、「憲法が保障する基本的人権を享受するものではない」としつつ、「行政主体は、法人格を有しているからといって、そのことから当然に、私人に対し公権力を行使する権限を裁判上実現する権利を、憲法および現行行政事件訴訟法によって保障されているとは、言えない」と説いている（藤田・法関係95頁）。
- 20 最判平成元年6月20日民集43巻6号385頁（百里基地事件）。
- 21 学説上、公害防止協定の法的性質については、法的拘束力を一律に否定する紳士協定説（山内・行政指導180頁）、契約当事者が私的自治の原則に従って締結する「私法上の契約」であると解しつつ、民事訴訟による協定上の義務の履行を強制できるとする民事契約説（野村・公害防止協定2頁）、行政契約ないし「公法上の契約」と解しつつ、当事者訴訟によって義務の履行を強制できるとする行政契約説（原田・要論218頁）など

の考え方が提示されている。しかしながら、「公法上の契約」と「私法上の契約」との区別の相対化に伴い、近年では、公害防止協定を契約（行政契約）と捉えつつ、それに基づく相手方の義務の不履行に対しては民事的手法により履行強制が可能となるものと解する学説が支配的であるといえよう（塩野・行政法 194頁。小早川・行政法上262頁。宇賀・概説 362頁）。

22 その詳細について、海野・綱領25-30頁参照。

23 確かに、基本権は一次的には公権力に対して行使されるものであるが、同時に基本権には客観的原則規範（客観的側面）が内在していると解されること、憲法13条の「個人の尊重」という基本原理が私人間を含む全法秩序を支配することにかんがみれば、個々の基本権規定についてその私人間効力を検討するまでもなく、基本権に関する規範は原則として法律の規定を媒介として（間接的に）私人間にもその効力を及ぼすものと解すべきであると考えられる（宍戸・未来40頁。同書は、「価値原理規定としての憲法13条が私人間で妥当する限り、従来の間接効力説のように個々の人権規定について私人間効力を検討する必要はない」と指摘している）。このような考え方に基づけば、基本権としての財産権が私人間において効力を有するか否かという問題設定は不要であり、「個人の尊重」の原理を具体化した財産権に関して、それに対する（私人による）違法な侵害が認められるか否かということは、法律上の他の原理ないし法益との調整を踏まえて判断されるべきであるということになる。

24 もっとも、「債権」の中に、「基本権としての財産権の内容を具体化した債権（公権力に対して主張する債権）」と「基本権ではないもっぱら法律に基づき創設された権利としての債権（もっぱら私人間等で主張する債権）」とがあり得るという考え方を採る場合には、行政主体が享有するのは後者であるということになりそうである。しかしながら、「債権」の基本的な内容・性質は民法その他の法律に基づき客観的に決定され、それらの法律は憲法29条2項にいう「法律」（すなわち「財産権の内容」となり得ることにかんがみると、債権という権利を基本権と基本権以外とに二分することは困難である。この点については、物権その他の財産権についても同様である。

25 田中・行政法中300頁・305頁。

26 「公の施設」については、地方自治法244条1項に基づき「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」として定義されるが、「営造物」については複数の意味を有するものとされる。すなわち、「行政主体により特定の公の目的に供用される建設物又は物的施設」（国家賠償法〔昭和22年法律125号〕2条1項参照）、「行政主体により特定の行政目的に継続的に供用される人的物的施設の総合体」（地方財政法〔昭和23

- 年法律109号]23条1項参照),「行政主体により継続的に公衆の使用に供される人的物的施設の総合体」などの意味で「営造物」の観念は用いられる(田中・行政法中325頁)。これらのうち,第一の意味は公物の観念にほぼ相当するが,第二・第三の意味は固有の観念であるといえる。すなわち,第二・第三の意味のように営造物を「人的・物的施設の総合体」と捉える場合,公物法の対象としての有体物は,営造物の概念の構成要素の一つとなる(塩野・行政法 356頁)。
- 27 例えば,公営住宅の利用関係につき,原・営造物法422-428頁参照。国公立学校の利用関係につき,原・営造物法435-447頁参照。
- 28 原・営造物法384頁。
- 29 田村・総説249頁。
- 30 小高・各論247-253頁。荏原・公物263頁。これに対して,「公共施設の利用関係はそれぞれの利用関係ごとに考察することに適したものであり,利用関係一般理論の展開に相応しい場とは考えられない」こと,「自由利用を中心とした公物利用関係を営造物利用関係とともにとらえることは,その特色を見失うことになる」ことなどから,公共施設法の位置づけに対する批判も提示されている(塩野・行政法 357頁)。
- 31 権・再構成275頁。
- 32 原田・環境権116頁。
- 33 塩野・行政法 356-357頁。この学説は,営造物の利用関係については,「公法一元的把握が存在していなかったため,個別の法解釈論に委ねられることになる」ため,「現段階では,営造物法論を公物法とならんで論ずる意味に乏しい」と説いている。
- 34 原・営造物法405頁。このような考え方に基けば,公営住宅の利用関係は公権力の行使を伴わない契約関係として整理される余地が高く,それゆえ当該関係における行政主体は「財産権の主体」となり得るといふ帰結が導かれることが推定されよう。
- 35 田中・行政法中325頁参照。
- 36 海野・綱領29-31頁参照。
- 37 田村・総説256頁。
- 38 田村・総説249頁。
- 39 ある有力な学説も,公物法理論に対する批判は,「公物に関する法現象の存在そのもの,あるいはこれに関する法制度の存在そのものを否定するわけではないので,最初に,概念論争に立ち入るのは必ずしも生産的ではない」と説いている(塩野・行政法 307頁)。
- 40 これは,公物に関し,「物を一つの要素としながら,全体を組織体としての施設としてとらえる」(塩野・行政法 307頁)アプローチである。

- 41 ある学説は、財産管理法の領域において、公用物についてはその利用関係や利用者の法的地位が中心的な課題となるのに対し、公用物については狭義の財産管理が中心的な課題となる旨を示唆している（田村・総説251頁）。
- 42 塩野・行政法 343頁参照。
- 43 公用物は、本来、行政主体の用に供されるものであるから、その利用に対する利益は反射的利益にすぎず、権利として保障されるものではないと説かれることがある（松島・公物管理権305頁参照）。しかしながら、例えば官公庁舎内の集会の禁止のように、もとより基本権に対する制約となる作用が公物管理作用として行われることがあるとともに、公営住宅については地域住民の生存権という基本権を保障するための公物として捉えられ得ることにかんがみると、公用物とされる公物にあってもその利用に対する権利を一定の範囲で観念し得る余地があり、その限りにおいて、自由使用を基本とする公用物の使用関係と公用物の使用関係との差異は相対化する可能性がある。
- 44 原・営造物法213-215頁。松島・公物管理権290頁。これに加え、公物成立以前の物的要件具備のための作用、公物の成立及び消滅のための意思表示作用、公用廃止後の旧公物の残務処理作用等も含めて「公物の管理」の観念が定位されることもあるが、これらについてはここでは措く。
- 45 公物の管理作用については、従前から、公物の実体の維持・改善のための対物的管理行為と公物に關係する行政の客体に向けて行われる对人的管理行為とがあるものとされてきた（松島・公物管理権304頁）。
- 46 判例は、「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」と説いており、占有権に基づく占有保全の訴え（民法199条）の可能性を示唆している（最判平成18年2月21日民集60巻2号508頁）。
- 47 公所有権説と私所有権説の詳細な分析として、松島・公物管理権292-298頁参照。
- 48 美濃部・撮要下173頁。このような「公法上の所有権」を定立する立場からは、公物の使用関係に関して私法ないし民事法の適用は原則として排除されることとなる。
- 49 美濃部・撮要下175頁。公所有権説によれば、国又は公共団体の有する所有権は、公法的権能として実現するものとされる（美濃部・撮要下176頁）。
- 50 美濃部・撮要下177頁。すなわち、公所有権説によれば、自有公物を支配する機能は

「公法上の所有権」であり、他有公物を支配する機能は「公物管理権」であるということになる（松島・公物管理権294頁）。

- 51 原・营造物法134頁。
- 52 佐々木・総論231-232頁。ただし、公物の所有権は、公物の目的を達成するために必要となる限度において、私法の適用が排除されるものとされる（佐々木・総論234頁）。
- 53 佐々木・総論233頁。
- 54 私所有権説を支持する学説として、松島・公物管理権298頁参照。
- 55 原・营造物法134頁。この学説によれば、公物は行政主体の公物管理権の対象であって所有権の対象ではなく、その限りにおいて、公所有権説と私所有権説との対立は大きな実益を有しない論争であるとされる。
- 56 田中・行政法中317頁。
- 57 田中・行政法中317頁。
- 58 同旨につき、原・营造物法219頁。この学説によれば、「公物管理権の本体は、公物を公物として公用又は公共の用に供するためにする、いわゆる管理作用を行なうことにあるのであって、公物管理権の本質を公の支配権又は行政権と解することには疑問がある」とされる。そして、「公共用物管理権そのものは、公共用物をその本来の目的にしたがって、公共の用に供するために認められた特殊の包括的権能と考えるのが妥当であろう」と説かれている。
- 59 塩野・行政法 333頁。
- 60 塩野・行政法 333頁。この学説は、所有権の概念を「物に対する支配権」と捉えつつ、「私的取引の対象とならない物についてもなお、国家の支配権の及ぶ物については、国の所有権を観念することができる」としている（塩野・行政法 334頁）。
- 61 佐々木・総論232頁参照。同書は、公物の所有権は公物を設定する行政主体に帰属することがある旨を認めている。
- 62 内閣法（昭和22年法律5号）1条1項は、一次的には組織規範であるとしても、法律の次元においてこのような公物の管理に関する権限を確認する意味合いを含む規定であると解することができよう。
- 63 宝塚市パチンコ店規制条例事件の判例において、法律に特別の定めがない限り「財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合」にのみ司法的執行が認められるという考え方に対して、「公物管理権を想定できる場合については別途考える余地が残るかもしれない」とする学説の指摘があるが（村上・適否43頁）、公物管理権が行政権又は自治行政権の一環として定位される以上、それが行政主体の「財産権

の主体」たる法的地位をただちに導くことにはならず、当該法的地位が認められる場合を把握するためには、公物の使用関係について別途具体的に検討する必要があるということになる。

- 64 その詳細について、海野・綱領13-15頁参照。
- 65 田中・行政法中320-323頁。
- 66 田中・行政法中322頁。
- 67 田中・行政法中324頁。
- 68 原・营造物法271頁。
- 69 美濃部・撮要下183頁。併せて、田中・行政法中323頁参照。また、松山地判昭和53年5月29日行裁集29巻5号1081頁、京都地判昭和61年5月8日行裁集37巻4・5号667頁参照。
- 70 もっとも、公用物の自由使用については否定的な見解も少なくない。一定の範囲で当該自由使用を認める学説も、元来公用物は原則として組織の内部規律の対象となるにとどまり、「私人の使用を予定しているものではない」と説いている（田中・行政法中320頁）。
- 71 田中・行政法中321-323頁。
- 72 伝統的な「公法上の契約」と「私法上の契約」との区別とそれに対する批判的学説の概観につき、浜川・行政契約158-168頁参照。同書は、「公物・营造物（公共施設）利用関係の成立要件を契約とすることは、今日多くの学説の支持するところである」（浜川・行政契約167頁）と述べている
- 73 塩野・行政法 189頁。
- 74 例えば、国有財産法（昭和23年法律73号）、物品管理法（昭和31年法律113号）、会計法（昭和22年法律35号）、地方自治法（昭和22年法律67号）等がこれに該当する。
- 75 塩野・行政法 189頁。
- 76 前述のとおり、自由使用については、「公権力の不行使」（不介入）による使用形態と捉えることが可能である。自由使用の範囲については、一次的には、法令に定めのある場合を除けば行政裁量によって決まることとなると解されることから、「自由使用」を認めるということ自体が公権力の行使・不行使の判断を伴っているものとみることができ。他方、許可使用と特許使用との区別については、絶対的なものではない旨が指摘されている（土居・検討530-531頁）。
- 77 公物の使用関係を契約関係と構成しても、「法律・条例・管理規則等により、その利用条件は画一的に定められ、内容的に当事者の自治に残される領域はほとんど存しない」

こととなる可能性もある。しかしながら、公共用物・公用物の使用関係について契約関係を観念することは、「管理者は一方でその目的に即した一定の役務を提供する法的義務を負い、他方では、その履行を求めあるいは不履行に対しての損害賠償を求める利用者の地位が、法的に保護される」という効果をもたらすこととなるものと考えられる（田村・総説256-257頁）。それゆえ、「契約による使用」という関係の定立により、契約の相手方としての国民（利用者）を保護する観点から、他方の契約当事者である行政主体に「財産権の主体」性を認めることが必要となり得る。

78 なお、自由使用・許可使用・特許使用の枠組みは、一般公衆による広範な利用が想定されていない公用物にはただちには当てはまらないが、公用物といえども利用者の権利（特に表現の自由などの基本権）及び法的地位との間に緊張関係を招来し得ることから、これらの枠組みが何ら参照される余地がないわけではない。

79 最判昭和59年12月13日民集38巻12号1411頁。

80 例えば、金沢地判昭和40年11月12日行裁集16巻11号1874頁、大阪地判昭和43年12月25日行裁集19巻12号1979頁、大阪地判昭和49年12月10日判時770号76頁参照。

81 なお、公営住宅の家賃に代表される公物の使用における対価の徴収それ自体に対する権限については、個別の法律の根拠を要するものと解される（公営住宅の場合、公営住宅法16条の規定がこれに相当する）。公物管理権の根拠を行政権に求める限り、行政主体は民法上の所有権を当然に享有するものではないため、少なくとも使用者（利用者）たる私人の基本権（財産権等）の制約に結びつく可能性のある対価の徴収については、立法権の判断を要するものと解されるからである（海野・綱領319-320頁）。

参考文献：

本書における文献の表記については、【】内に示した各略称によっている。

芦部信喜『憲法学 人権総論』（有斐閣，1994年）【芦部・憲法学】

芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 第五版』（岩波書店，2011年）【芦部・憲法】

阿部泰隆『行政法解釈学』（有斐閣，2008年）【阿部・解釈学】

阿部泰隆『行政法解釈学』（有斐閣，2009年）【阿部・解釈学】

磯野弥生「行政上の義務履行確保」，雄川一郎＝塩野宏＝園部逸夫編『現代行政法体系 第2巻 行政過程』227-261頁（有斐閣，1984年）【磯野・確保】

上村達男「企業法制と憲法学：『会社法と憲法との対話』続編」，戸波江二編『企業の憲法的基礎』25-38頁（日本評論社，2010年）【上村・企業法制】

- 宇賀克也『行政法概説 行政法総論〔第4版〕』(有斐閣, 2011年)【宇賀・概説】
- 宇賀克也『行政法概説 行政救済法〔第3版〕』(有斐閣, 2011年)【宇賀・概説】
- 海野敦史『行政法綱領 - 行政法学への憲法学的接近 - 』(晃洋書房, 2011年)【海野・綱領】
- 海野敦史「財産権及び営業の自由の『多層的構造』」, 『経営と経済 90巻1・2号』153-256頁(長崎大学経済学会, 2010年)【海野・財産権】
- 荏原明則「公物の成立と消滅」, 雄川一郎=塩野宏=園部逸夫編『現代行政法体系 第9巻 公務員/公物』263-289頁(有斐閣, 1984年)【荏原・公物】
- 清宮二郎『法律学全集3 憲法 (第三版)』(有斐閣, 1979年)【清宮・憲法】
- 黒川哲志「行政強制・実力行使」, 磯部力=小早川光郎=芝池義一編『行政法の新構想 行政作用・行政手続・行政情報法』113-129頁(有斐閣, 2008年)【黒川・行政強制】
- 小高剛『行政法各論』(有斐閣, 1984年)【小高・各論】
- 小早川光郎『行政法 上』(弘文堂, 1999年)【小早川・行政法上】
- 権奇法「公物法理論の再構成 - 公の施設を素材として - 」, 『早稲田法学会誌 58巻2号』247-300頁(早稲田大学法学会, 2008年)【権・再構成】
- 佐々木惣一『日本行政法論 総論(改版)』(有斐閣, 1924年)【佐々木・総論】
- 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂, 2011年)【佐藤・憲法論】
- 塩野宏『行政法 (第五版) 行政法総論』(有斐閣, 2009年)【塩野・行政法】
- 塩野宏『行政法 (第五版) 行政救済法』(有斐閣, 2010年)【塩野・行政法】
- 塩野宏『行政法 (第三版) 行政組織法』(有斐閣, 2006年)【塩野・行政法】
- 穴戸常寿「私人間効力論の現在と未来 - どこへ行くのか」, 長谷部恭男編『講座人権論の再定位3 人権の射程』25-47頁(法律文化社, 2010年)【穴戸・未来】
- 曾和俊文「パチンコ店等建築規制条例と民事訴訟」, 磯部力=小幡純子=斎藤誠編『別冊ジュリスト 地方自治判例百選(第三版)』84-85頁(有斐閣, 2003年)【曾和・民事訴訟】
- 田中二郎『新版 行政法 上巻 全訂第2版』(弘文堂, 1974年)【田中・行政法上】
- 田中二郎『新版 行政法 中巻 全訂第2版』(弘文堂, 1976年)【田中・行政法中】
- 田村悦一「公物法総説」, 雄川一郎=塩野宏=園部逸夫編『現代行政法体系 第9巻 公務員/公物』239-262頁(有斐閣, 1984年)【田村・総説】
- 土居正典「公物管理と公物利用の諸問題の検討」, 成田頼明=園部逸夫=金子宏=塩野宏=小早川光郎編『行政法の諸問題 上 雄川一郎先生献呈論集』503-536頁(有斐閣, 1990年)【土居・検討】
- 中川丈久「行政事件訴訟法の改正 - その前提となる公法学的営為 - 」, 日本公法学会編

- 『公法研究 63号』124-142頁（有斐閣，2001年）【中川・改正】
- 野坂泰司「憲法と司法権 - 憲法上の司法権の捉え方をめぐって」、『法学教室 246号』42-49頁（有斐閣，2001年）【野坂・司法権】
- 野村好弘「公害防止協定の民事法的側面」、『判例タイムズ 21巻9号』2-11頁（判例タイムズ社，1970年）【野村・公害防止協定】
- 浜川清「行政契約」，雄川一郎＝塩野宏＝園部逸夫編『現代行政法体系 第2巻 行政過程』149-168頁（有斐閣，1984年）【浜川・行政契約】
- 原龍之介『法律学全集13- 公物营造物法 [新版]』（有斐閣，1974年）【原・营造物法】
- 原田尚彦『環境権と裁判』（弘文堂，1977年）【原田・環境権】
- 原田尚彦『行政法要論（全訂第七版補訂版）』（学陽書房，2011年）【原田・要論】
- 藤田宙靖「行政主体相互間の法関係について」，西谷剛＝藤田宙靖＝磯部力＝碓井光明＝来生新編『政策実現と行政法 成田頼明先生古稀記念』83-105頁（有斐閣，1998年）【藤田・法関係】
- 松島諒吉「公物管理権」，雄川一郎＝塩野宏＝園部逸夫編『現代行政法体系 第9巻 公務員/公物』290-317頁（有斐閣，1984年）【松島・公物管理権】
- 美濃部達吉『行政法撮要 下巻（改訂増補再版）』（有斐閣，1928年）【美濃部・撮要下】
- 村上裕章「判例批評：行政主体が国民に行政上の義務の履行を求める訴の適否」、『民商法雑誌 128巻2号』32-43頁（有斐閣，2003年）【村上・適否】
- 南川諦弘「行政上の義務と民事訴訟」、『判例評論 534号』11-14頁（判例時報社，2003年）【南川・民事訴訟】
- 山内一夫『行政指導の理論と実際』（ぎょうせい，1984年）【山内・行政指導】
- 亘理格「法律上の争訟と司法権の範囲」，磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想 行政救済法』1-27頁（有斐閣，2008年）【亘理・範囲】