HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	国有財産の柔軟化に向けての一考察：行政財産の不融通性改革による国有資産の活用に向けての試論
Author(s)	長谷部, 貴史
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル, 9, 33-69
Issue Date	2003-01
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/22337
Type	departmental bulletin paper
File Information	9_P33-69.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

国有財産の柔軟化に向けての一考察

――行政財産の不融通性改革による国有資産の活用に向けての試論――

長谷部（はせべ）　貴史（たかふみ）

目　次

1．序説――NPM理論的視点に基づく国有財産制度への問題提起 …… 35
1－1　分析の視座 …… 35
1－2　具体的な問題点の認識 …… 36
2．行政財産の不融通性の再検討 …… 37
2－1　序 …… 37
2－2　行政法学上の公物理論における「不融通性」の再検討 …… 38
2－2－1　日本における「公物の不融通性」の理解 …… 38
2－2－2　フランス初期の「公産」理論 …… 42
2－2－3　ドイツ初期の「公物」理論 …… 43
2－2－4　小括 …… 45
2－3　国有財産法における行政財産の不融通性の再検討 …… 45
2－3－1　序 …… 45
2－3－2　官有財産管理規則等の内容及び制定過程 …… 45
2－3－2－1　大蔵省による官有財産管理の法案 …… 46
2－3－2－2　内務省による官有地管理の法案（含農商務省案） …… 47
2－3－2－3　農商務省、内務省案による官有財産規則等の成立 …… 50
2－3－3　大正国有財産法の内容及び制定過程 …… 51
2－3－3－1　大正国有財産法の制定過程及びその背景 …… 51
2－3－3－2　大正国有財産法の制度内容 …… 53
2－3－4　現行国有財産法の内容及び制定過程 …… 54
2－3－4－1　現行国有財産法の制定過程及びその背景 …… 54
2－3－4－2　現行国有財産法の制度内容 …… 54
3．国有財産政策の歴史的経緯及びその意義 …… 55
3－1　序 …… 55

3－2　終戦直後の国有財産管理政策 ── 旧軍用財産処分政策の内容　… 56
3－3　国有財産の有効活用の潮流 ── 特に国有地信託方式導入の意味
…… 57
4．総括　…… 59
注釈　…… 61

1．序説 ── NPM 理論的視点に基づく国有財産制度への問題提起

1－1　分析の視座

現在，日本においては，未曾有の財政赤字の拡大，長期の経済停滞という大きな問題に直面する中，そのための対策が模索されている。しかし，現在陥っている経済の停滞の要因は，従来のような景気循環に基づくものとは質的に違った構造要因に基づくものであると一般に認識されている。そのため，従来型のような需要拡大型の経済政策よりむしろ供給サイドに着目した政策が模索されていることは周知の通りである。その対応策として，多くの民間企業において，経営システムそのものの見直しを志向した本質的な改革 ── リエンジニアリング ── が進められているのは上述の文脈のもとに理解できる。

一方，同様の問題は行政システムに関しても当てはまる。この点につき，現在，先進国を中心とする諸外国の一連の行政改革において指導的理念として位置付けられている NPM 理論(1) は，まさに行政システムのリエンジニアリングを進めるものである。NPM 理論の骨子は「公的セクターに可能な限り民間のノウハウ等を導入すること」ということができるが，民間経営的な視点で行政システムを再検証することは，現在の行政改革の評価付けを行うに当たっての一つの有効な視点であるといえよう。

それでは，現在の日本の行政改革を，上述の観点から眺めたとき，どのように評価できるか。諸外国の NPM 理論型行政改革を概観するに，行政を経営的な観点で改革するにあたっては，単純な数合わせの議論ではなく，行政組織そのものの改革にとどまらず，より根本的に，公共サービス ── 何らかの形で公的関与の必要性が一般に認められるようなサービス ── の供給のあり方そのものの改革へと踏み込んだ本質的な改革をも志向することが窺える(2)。しかし，日本においては，このような本質的議論を欠いているものといえよう。というのは，未だリストラクチャリングの域に止まり，リエンジニアリングへと踏み込めていないと評価できるからである。

上述のような評価を支える要素には様々な点が指摘できようが，大きな要素の一つとして，行政機関の保有する物的資産のあり方に関する議論の欠如が指摘できる。というのは，行政機関が行う政策に関し，従来においては，何らかの公共サービスにつき「行政自ら物的資産を保有して，自ら公共サービスを提供する」というモデルのもとに把握されるものの，NPM 理論型の行政改革は，上述のモデルを前提としないからである。NPM 理論においては，顧客志向 ── つまり，顧客たる国民 ── の視点を機軸とする。顧客サイドから公共サービスを眺めたとき，当該公共サービスの供給を結果的に受けられるのであれば，提供主体や手法は不問となる。つまり，当該公共サービスを民間セクターの供給に委ね，行政側は物的資産を保有して自ら供給することなく，その質的水準の監視役に止まるという選択肢もあり得ることとなる。であるならば，従来型の公共サービスのモデルは動揺し，当該公共サービスの供給にあたり，行政自ら提供するべきかどうか，物的資産を保有するべきかどうか，等の再検討が必要となる。そのことは，公共サービスの供給に当たっての行政の役割そのものの質的変化をもたらすのである。そして，従来の「公共サービス」という概念も変わることとなる。つまり，行政は「当該公共サービスの継続的な供給を可能とするようなシステムの確保」にこそ，その責任が求められ，従来のように公共サービスの供給を行政が独占するような構造から脱却するものとなる。

このように「行政機関における物的資産のあり方の再検討」というのは，単純なリストラクチャリングでは捉えられない大きな意味を有することを示唆する。なぜならば，行政の保有する物的資産というのは，基本的には公共サービスの供給のために保有するものである。そのため，当該物的資産の処分は，公共サービスの提供に対する政策判断 ── 公共サービスの供給を完全に民間に委ねるのか，資産の保有形態を変えるに止まり，依然

として行政側による供給を続けるのか，供給そのものを停止するのか，などの政策判断――と密接に関係するからである。それゆえ，行政の役割の変化ないし公共サービスの質的変化に対応して，その再検討――公共サービスをライフサイクルないしソフト面から捉えつつ，物的資産の柔軟化により，可変的に供給手法を選択できる行政システムへの転換――が必要になるものと思われる。

もっとも，このことは，非営利セクターを含む民間セクターの成熟により，行政以外のセクターが公共サービス推進の主体的担い手としての資格を有するようになっていること，近時模索されているPFI(3)等の政策手法の高度化の進展による部分も大きいことに留意を要する。

なお，上述のような問題について，近時，行政側においては，特に「行政財産に関する有効活用」というかたちで，国所有を原則とする方法から，業務の性質や経済的効率性等を勘案して所有・賃借というような選択肢を考慮する必要性，及び民間との共同利用やPFIによる管理推進による効率化の促進等が述べられるようになっている(4)。問題認識としては未だ不十分と評価できるが，本論文のような問題認識の萌芽を見出すことが出来るものと思われる。

しかし，周知の通り，現行の国有財産法（昭和23年法律第73号。以下「現行国財法」と略する）においては，公共サービスの提供に活用されている財産は「行政財産」にあたり，「行政財産は，これを貸し付け，交換し，売り払い，譲与し，信託し，若しくは出資の目的とし，又はこれに私権を設定することができない（現行国財法第18条1項）」と定め，いわば不融通性を備えた財産として規定されている。本論文の見地からすれば，このような規定は大いに疑問であると言わざるを得ない。行政財産の不融通性を維持することは，結果として，可変的な公共サービス供給システムを採用しえず，従来型のモデルのもとに公共サービスを理解することにつながるからである。

本論文は，行政財産の柔軟化の必要性をもとに，現行国財法が規定するような「行政財産の不融通性」について，現在におけるその意義の再検討を試みるものである。具体的には，不融通性を規定せしめている国有財産法の制定過程の整理及び行政法学上の公物理論という2つの見地から「行政財産の不融通性」の規定の意義を整理しつつ，また，物的資産の管理政策たる国有財産管理政策の歴史的経緯等を整理することで，国有財産管理政策のあるべき方向性を検討するものである(5)。

1－2　具体的な問題点の認識

本論文の提示する問題について分析を進めていく前に，具体的な事例を想定することにより，その問題認識を確かなものとしていくことにする。なお，具体例を考察するに当たって，財産管理法以外の個別具体的な法規制については，問題認識を明確化させるために捨象して考えるものとする。

現行国財法においては，国が所有する不動産等の財産につき，公共の用ないし公用に供されている財産は「行政財産（現行国財法第3条2項）」にあたり，それ以外は「普通財産（現行国財法第3条3項）」として認識される。両者の相違は，行政財産は不融通性を備えていること，及び行政財産は原則として各省大臣の管理下に置かれるが，普通財産は不融通性を備えず，かつ原則として大蔵大臣の管轄となる点に認められる。これより，公共サービスを提供している財産は行政財産ということになり，公共サービスを提供している間は当該財産を売却等することができないことになるのである。もし，当該資産を売却するのであれば，行政財産を「用途廃止」して普通財産に転用してから売却をすることになる。ただ，用途廃止が前提となるので，公共サービスを提供した状態で当該資産を売却等することはできないことになるのである。換言すれば，普通財産という形式で公共サービスを提供するのはごく例外を除いてありえないこととなる。では，行政主体が公共サービスを提供している物的手段を民間に売却したり，若しくは，公共サービスを提供するために当初から民間の所有する物的手段を活用する，というよう

なとき，どのような位置付けとなるのか。現行国財法においては，公共サービスを提供したまま（つまり行政財産のまま）当該資産を売却することはできないので，前者のような手法を採用することが出来ない。後者に至っては，現行国財法の対象外の問題である。しかし，このような把握が現在において妥当であるのか否かが問題となるのである。

では，上述のような考えを官庁庁舎を例にあてはめて考えるとどうなるか。官庁庁舎は現行国財法上「公用財産」に該当するものであるが，典型的には，行政主体が自ら施設を建設，所有，管理し，使用することが想定される。しかし，官庁庁舎という施設を活用して供給される公共サービスに着目したとき，上述のような手法に限定されないことは想像に難くない。例えば，民間の所有する施設を賃借して，官庁庁舎として使用する方法によっても，同様の公共サービスを供給することは可能であろう。当初は官庁庁舎たる建物を行政主体が所有しつつ，当該建物を売却して再度借り上げる方法も採用し得る訳である。このように，賃貸借方式やリース方式，近時においては，日本においてもPFI方式の推進が進められているので，官庁庁舎という公共サービスをPFI方式により供給することも可能であるし(6)，かつて注目された国公有地信託方式(7)による推進も選択肢として十分に可能性があろう。いずれにせよ，どの手法を採用しても，「顧客」たる国民の側から考えたとき，官庁庁舎として必要な公共サービスが供給されることになる。であるならば，いずれの手法も許されてしかるべきと思われる。しかし，官庁庁舎の所有権が行政に帰属しているときは不融通物であるが，所有権が民間に帰属する時点で国有財産法の枠外になるため，同じ官庁庁舎であっても，不融通性を備える場合とそうでない場合があることになる。つまり，現行法システムにおいては，ある公共サービスにおいても，その物的手段の所有形態等により，その法的性質が一律に把握されておらず，結果として主体による性質の相違を許容していることになる。後述するように，現在の行政法理論における「公物」理論は，公共目的の供用という点を軸として理論が構築されている。しかし，現行法システムは，行政財産に不融通性を付与せしめ，公共目的を軸として一元的に制度設計されていないのである。

同様の分析は，他のものについても可能である。例えば，公立学校について考える。公立学校は公用物の一種であるが，官庁庁舎のときと同様に，教育サービスそのものの提供を行政側が行うことを前提として，施設の調達手法が多様化するだけでなく，教育サービスそのものを民間側に委譲することをも含んだ検討も可能であり，多様な選択肢が見込まれる。教育サービスを享受する国民の側からすれば，提供主体や施設の所有権の帰属は不問である。このことは，公立学校の他に私立学校が存在することを考えると益々理解できるであろう。他にも，病院等についても考えられるし，公共用物たる道路等においても同様に考察できる。

このような具体例をふまえると，より問題が明確化するであろう。ある公共サービスに対し，民間による供給を含めた多様な選択肢が考えられ，かつ，選択肢の拡大には積極的意義が認められる。しかし，現行制度においては，政策手法の選択肢が狭い上，同様の公共サービスであってもその法的位置付けには違いが認められる。そのような相違をもたらしている大きな理論的問題の一つとして，公物の不融通性が指摘できるのである。

では，公物の不融通性という理論は，現在においても維持されるべき重要な意義が認められるのか。以下，詳細な考察を試みる。

2．行政財産の不融通性の再検討

2－1　序

この章では，現行国財法に規定されている行政財産が，なぜ一律に不融通性を備える財産として規定されているのかについて，その制度趣旨の考察を試みる。具体的には，行政財産が不融通性を備えるものとして把握する根拠として位置付けら

れ得る，行政法学上の公物理論の再整理，及び国有財産法の財政法的発想に基づく統制原理の可能性を，国有財産法の制定過程の概観を通じて検討することを行い，両者について，行政財産の柔軟化を志向する本論文の見地から，行政財産の不融通性を現在において維持せしめることの必要性について再評価を行うこととする。

2－2　行政法学上の公物理論における「不融通性」の再検討

まず，行政法学上伝統的に一分野として検討されている「公物」理論について，本論文の見地から再整理を行うことにする。

行政法学においては，「公共サービスを提供するに当たっての物的手段」に関して「公物」という形で，その理論的性質を論じているが，公物は不融通性を備えるものとして一般に理解されている。では，具体的にどのように論じられているのか。日本及びフランス，ドイツでの議論を簡単に整理する。その際，公物の定義や所有権の性質などの理解が重要に関係するため，これらの見解についても必要に応じて整理を行う。

2－2－1　日本における「公物の不融通性」の理解

現在の日本の行政法学上「公物」の定義について，通説的見解によると「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[8]」と説明されている。この定義上，注目すべき点は以下の点である。まず第一に，公物という概念はあくまで「公の目的に供用されること」つまり「目的」を中軸とする概念であることである[9]。第二に，行政主体に当該公物の所有権が帰属しているか否かは問わないということである[10]。このことは，公物の分類上「私有公物」を容認している点にも現れている[11]。第三に，公物たるには「行政主体により直接公の目的に供用されていること」が必要であると考えられていることである[12]。「直接公の目的に供用されて」というのは，行政主体により当該公物の管理がなされることを指し示すものと解される。つまり，全く同様のサービスを民間が供給しているとき，それは「公物」とはいわない。

このような定義の説明から理解できるように，公物とは，当該物的手段が「公共目的に供されている」ということを根拠に，「物」に対して公共性による特殊性を導出する概念であり，所有権の帰属を不問とする。しかし，現行国財法は，公物理論の発想に基づいているものの，「国有公物」に対して一律に不融通性を付与せしめ，結果として所有権の帰属による相違を認めていることになる。現在のような制度を採用することは立法政策上可能であろうが，公物の定義上，当然の帰結とはならない[13]。

では，日本において「公物の不融通性」とはどのように捉えられてきたのか。特に不融通性に注意しつつ，その起源の整理を試みる。日本における公物理論の起源については，それ自体問題となり得るが，ここでは公物概念につき明確に論じられている明治後期の学説を出発点にして考えることにする[14][15]。

まず，初期の公物理論の中で最も代表的な説として位置付けられるのが，美濃部達吉による公物理論である。美濃部の説は，O・マイヤーを中心とした当時のドイツの中では少数説であった所謂「公所有権説」に依拠した説である点に大きな特徴を有するものといえる。これは，物権の本質を「人に対する関係」として把握することを前提に，所有権の本質を積極・消極方面の二者に分け，両者共に公法関係で説明されることを根拠として採用されるものであると述べている[16]。公所有権説によれば，公物に対する公法行為は全て所有権の内容として把握され，私所有権説とはその性質の理解が異なることになる。ただ，美濃部説においては，公所有権説に依拠しているとしながらも，公物の定義の仕方によりその成立範囲が異なることに注意を要する。具体的には，公物の範囲について，当初は，いわゆる公共用物のみに限定して公所有権説を論述し，庁舎のような公用物は私所有権が成立するものとして考察の対象外としていた

が[17]，後に，公物概念を広義に解釈した上で，公物については民法上の所有権の成立する公物とそうでない公物とに区分して，後者のみに公所有権が成立するものと説明し[18]，最終的には広義の公物概念を用いつつ，民法上の所有権が成立し得る物についても，公物となることにより公所有権として性質が変化するものと捉えて，公物を公所有権説のもとに一律に把握しているのである[19]。また，私有公物についても，明示的にその存在を認めているのである。

では，不融通性についてどう整理されているかについてであるが，美濃部説においては，『行政法撮要』においては「公物中全然私権ノ目的タルコトヲ得ザルモノハ，其ノ物ニ関スル法律関係ガ専ラ公法ニ依リテ支配セラレ，民法其ノ他私法規定ノ適用ヲ受ケザルコト言ヲ俟タズ[20]」「民法上ノ所有権ノ目的トセラルル公物ニ在リテハ，之ニ反シテ全然民法ノ適用ノ外ニ在ルモノニ非ズ，少クトモ其ノ所有権ハ民法上ノ権利ニシテ，其ノ成立又ハ消滅ハ民法ニ依リ規律セラルルモノナラザルベカラズ。然レドモ総テ公物ハ公ノ目的ニ供用セラルルモノナルヲ以テ，公ノ目的ニ妨アル限度ニ於テハ其ノ所有権者ハ私ノ目的ノ為ニ之ヲ使用シ収益シ処分スルコトヲ得ズ。此ノ限度ニ於テ所有権ノ私法上ノ効果ハ停止セラレテ，其ノ権利ハ公法ニ依リ規律セラルルニ至ル。即チ総テノ公物ハ必ズ或ル程度ニ於テ公法的ノ特色ヲ有スルモノナラザルナシ。其ノ如何ナル程度ニ公法的特色ヲ有スルカハ公物ノ種類ニ依リ同ジカラズ。其ノ特色ノ最モ顕著ナルモノハ公共用物ニシテ，保存物ハ其ノ程度最モ軽シ[21]」「総テ公物ハ公ノ目的ニ供用セラルル物ナルヲ以テ，公物ノ上ニハ其ノ目的ヲ妨グベキ法律行為其ノ他ノ法律原因ノ成立スルコトヲ許サズ，之ヲ公物ノ不融通性ト謂フ。然レドモ公物ノ不融通性ハ必ズシモ絶対ニ非ズ，唯其ノ公ノ目的ヲ妨グル限度ニ於テ其ノ融通能力ヲ制限セラルルノミ。其ノ程度ハ公物ノ種類ニ依リ一様ナラズ。(イ)国有又ハ公有ノ公共用物ニ付テハ，其ノ不融通性ハ絶対ニシテ，全ク民法上ノ法律行為ノ目的ト為ルコトヲ得ズ。(ロ)私有ニ属スル公共用物ニ付イテハ，所有権ノ私法上ノ効果ハ停止セラレ，所有者ガ私ノ目的ノ為ニ之ヲ使用収益スルコトハ許サレザル所ナリト雖モ，唯其ノ所有権自身ヲ移転スルコトハ其ノ移転ニ拘ラズ所有権ノ公法上ノ制限ハ尚其ノ効力ヲ継続シ，譲受人モ其ノ制限ニ服スルコトヲ要スルモノナルヲ以テ，其ノ権利ノ移転ニ依リ公ノ目的ニ障害ヲ与フルコトナク，随テ所有者ガ制限附ノ儘其ノ所有権ヲ他人ニ譲渡スルコトハ妨ナキモノト解セザルベカラズ……(ハ)公用物ニ付テハ，所有権ノ移転ニ関シテハ公共用物ト同一ノ原則ニ従フト雖モ，其ノ以外ニ於テハ公共用物ノ如ク絶対ニ民法上ノ法律行為ノ目的ト為リ得ザルモノニ非ズ，其ノ目的ヲ妨ゲザル限リハ民法上ノ法律行為ガ有効ニ公物ノ上ニ成立スルコトヲ得ベシ[22]」と述べ，『日本行政法下巻』においては「公物は民法学者の所謂不融通物に相当し，私法上の法律行為の目的物となり得ないことを原則とする[23]」「併し公物の不融通性は必ずしも絶対の原則ではなく，唯其の公の目的を妨ぐる限度に於いて私法上の法律行為の目的物となり得ないに止まる。(イ)公物が私人の所有に属し，国家又は公共団体がこれを借受け又は其の寄託を受けて，これを公の目的に供用して居る場合には……其の所有権自身を他人に移転することは，所有権が制限附の儘で移転するのであつて，譲受人も其の物が公の目的に供用せらるることを受忍せねばならぬ拘束を受けるのであるから，公の目的に対し何等の障害を及ぼすことなく……(ロ)公物が公物の主体たる国又は公共団体の所有に属する場合に於ては，これに反して，其の物を公の目的に供用して居ること自身が，所有権の効果に外ならないのであるから，其の所有権を他に移転することは……有効に成立することを得ない[24]」と述べている。

このように，論述の時期により多少の違いはあるものの，公所有権説をベースとし，国公有公共用物等には不融通性が成立するが，私有公物等は不融通性を絶対視していないことに注意を要する。なお，美濃部は，「公共目的の供用」と「不融通性」を直結させた発想を有していることも注意

すべきである。

一方，美濃部達吉の公物理論に対する見解として，フランスの「公産（domaine Public）」を中心に公物理論を論じたものとして，織田萬の公物理論が指摘できる。織田萬のフランス流の公産論は，結局のところ日本に導入されることはなかったものの，その理論は注目に値しよう。

まず，公物の定義については，「公用ニ充ツル財産(25)」として，いわゆる公共用物のみならず公用物も含めて公物として論じており，フランスにおけるオーリウの定義に拠っている。しかし，所有権の性質については，オーリウのような公所有権説を採用せず，所有権とはあくまで私所有権であって，それが公共の用に供されることによって「公物」として，不融通物となるものと考えられている(26)。

そして，公物の不融通性に関しては，「（フランスにおいて）公産カ譲渡スヘカラス又時効ニ罹ラサルコト Inalienabilite et imprescriptibilite ヲ以テ其特質トスルハ固ヨリ其公用ニ充テラルルノ故ニ出ツト雖モ其法律上ノ論拠ハ沿革上ノ原因ト民法ノ規定トニ於テ存スルコトモ亦明ナリ(27)」「公産ノ目的ハ一ニ公用ニ充当スルニ在リ而シテ公用ノ充当ト融通性トハ相両立スヘカラサルカ故ニ公産カ不融通物タルコトハ事理ノ当然ナリ既ニ不融通物タルトセハ其民法ノ適用ヲ受ケサルコトモ亦固ヨリ論ナキノミ(28)」と述べ，公物が不融通性の性質を備えるのは公用に供されるためであり，その結果民法の適用外となるものである，というように理解されることを明示している。尚，「公産カ不融通物ナルコトハ専ラ其公用ニ充当スルノ結果ニ過キサルナリ或ハ公産ハ本来ノ性質上不融通物ナラサルヘカラスト説ク者アリ然レトモ余輩ハ此説ヲ採ラス(29)」と述べ，フランスの伝統的な公産理論に属するデュクロックなどの見解に反対し，公物の不融通性を公共の供用に求める見解を強調している。

ただ，「我邦ニ於テハ公産ノ観念ニ関シテ何等ノ沿革アルニ非ス又一時旧民法ニ規定アリタルヲ除クノ外国法上何等ノ規定ナシ然レトモ之ヲ行政ノ実際ニ観ルニ国家又ハ公共団体ノ資産中ニハ公用ニ供スル財産ト然ラサルモノトアリテ，法律上ノ関係ニモ亦従テ自ラ差異アルヘキコトハ法規ノ沿革若クハ明文ノ存否ニ拘ラスシテ近世国家ニ通行スヘキノ法理論タリ(30)」として，公物の不融通性を前実定法的に容認している点に注意を要する。更に，公物には不融通性が一般に容認されるものとして論じている点で，現在の通説である私所有権説とは性格を異にするものである(31)。

このように，織田萬の公物理論は，フランスの公産理論を参照しつつも，その理論構成は現在の公物理論と相通ずる側面があるということができよう。ただ，公物の不融通性の本質を公共の用に供されることに求めながらも，不融通性を一律に把握して，現在のように「公共目的に反しない限り融通性を認める」という理解には立っておらず，この点で現在の通説との相違が認められるのである。

続いて，美濃部達吉と同様にドイツ学説を参照しながらも美濃部とは違った見解を主張していた説として，佐々木惣一の公物理論があげられる。

佐々木惣一の公物理論は，公物の範囲について，当初「公物トハ法律上一般ノ使用ニ供セラルル物ヲ謂フ即チ法律上或物ヲ一般ノ使用ニ供セラルルコトヲ定メタルトキハ其ノ物ハ公物ト為ル(32)」と述べ，ドイツでいうところのイェリネックの定義に依拠していたが，後に「公物トハ存在ニ依テ行政ノ目的ヲ実現スル物ヲ謂フ。存在ニ依テ行政ノ目的ヲ実現ストハ物ノ存在スルコト其自身カ行政ノ目的ヲ達スルノ義ナリ(33)」として，O・マイヤー流の定義へと転換している点に注意を要するが，それ以外の論理構成については基本的に一貫している。その所有権の性質について，「公物ノ所有権ハ何人ニ属スルヲ問ハス其ノ性質ハ一般所有権ト同シ従テ私権ナリ其ノ内容タル所有者ノ機能ハ全ク民法ノ規定ニ依リテ定マル(34)」と述べ，当時のドイツの基本的理解に依拠し，美濃部とは違って私所有権をベースとする考えを提示している。よって，公物に対する権限行使は支配権に属し，公法上の物権ではないものと整理する。そして，

私所有権説の場合は，公所有権説とは違って，公用開始行為により公所有権に変化することで私法の適用を排除されるという考えには立たず，あくまで公共目的に供されるという「目的により私権行使が制約される」という構成を一般に採用するため，逆に公共目的を害しない限り，融通性が許容されると考えるのである。このため，佐々木は，不融通性に関する整理については，「公物ハ其ノ目的ヲ害セサル範囲ニ於テノミ民事的生活ノ対象タルコトヲ得。換言セハ公物ハ其ノ目的ヲ害セサル範囲ニ於テノミ私法及ヒ私法原則ノ維持ヲ目的トスル法ノ適用ヲ受ク……民事法ハ全ク公物ニ適用ナシト云フニ非ス，唯適用ヲ制限セラルルノミ(35)」と述べ，公物に関して一律に不融通性が認められるとはしていない。尚，「公物ニ対スル民事法適用ヲ制限スル公法上ノ原則ニ就テハ或ハ特別ノ規定存スルコトアルベク或ハ特別ノ規定存セザルコトアルベシ前ノ場合ニハ固ヨリ其ノ規定ニ依ル後ノ場合ニハ其ノ原則ハ公物ノ性質上生スルモノナリ我国ニ於テハ一般ニ特別ノ規定ヲ設ケサル故ニ其ノ原則ハ性質上生スルモノノ外存セズ(36)」と述べ，その目的拘束性が，実定法上規定されなくともその性質上導出され得るものであるとする点には注意を要する。

このように，佐々木惣一の公物理論は，「公物の目的拘束」として，不融通性を絶対視せずに，公共目的に反しない限り融通性が容認されると論じている点に注目すべきであろう。

以上が，日本における初期の公物理論である。上述の三者における公物理論には種々の相違があることが理解できるが，「公共目的の供用」ということを根拠に不融通性を説明する理論構成を採用している点で共通点が見られる。三者が指摘するように，日本において公物理論の沿革が全く存在しないと仮定すると，公物理論は外国法特にドイツの理論を導入したものであり，日本の公物理論においてはその草創期の段階から「公共目的の供用」により不融通性を根拠付ける論理構成を有していることになる(37)。

一方，上述の三者の学説以降においては，わずかに柳瀬良幹が，O・マイヤー流の公所有権説を採用し(38)，かつ田中二郎が，類型としての公物と実定法上規定される公物とで分けて論ずる必要性を指摘しつつ，公所有権及び私所有権どちらか一方により一元的に説明される必要性はなく，個別の公物の性質に応じて立法政策上どのように規定するかの問題であり，例えば河川法においては公所有権を是とし，道路法においては私所有権説による，というように述べて，公所有権説と私所有権説どちらか一方に与することをせずに専ら実定法の規定によるものである，と述べ(39)，更に，原龍之助においても同様に，公所有権説と私所有権説のどちらによるかは立法政策の問題であるとし，日本においては公所有権説的制度と私所有権説的制度が混在していることを指摘しつつ，公所有権説については，「公所有権は，公物管理権にすぎないもので，しいて，これを公所有権の観念をもって説明する必要がない(40)」とし，かつ私所有権説に対しても，「私法上の所有権の観念は，一般的私的取引の対象となり，……私法の定める所有権の機能を営む故にこそ，この観念をもって説明する必要と実益があることを考えると，そういう機能を十分果たしえない公物，ことに公共用物について，何故に，しいて，これを所有権の対象としてとらえねばならぬかに疑いをもつ。いわゆる公共用物については，その管理に重点がおかれるから，それが公共の用に供されている限り，所有権の対象という面がはなはだ希薄となり，むしろ，公物は公の支配又は管理の対象にすぎぬともいえよう(41)」として，結果的にこのような議論は実益がないとしてやはり公所有権説とし所有権説どちらという立場を明確にしない他は，ほぼ私所有権説をベースに，その公共目的を害さない限りで融通性を認めるという考えが一般化している(42)。例えば，渡辺宗太郎は「物はそれが公物として行政目的に供用せられることの故に，一概に民法上の所有権の物体となることを妨げられるものではない。物に関する無条件な私法規定の適用を排除することが，物の公物としての概念構成の基調であるから，公物に関してある程度に私法規定の適用

があることは，始めから予想せられることである。而して，物に関する私法規定の適用は，原則としてその物が所有権の物体となり得ることをその前提とする(43)」「公物を物体とする所有権が，所有権としての作用を現はし得る限度は，其の公物の存在に依て行はれる行政目的の実現を妨げない範囲に制限せられる(44)」「公物の不融通性が絶対的のものでないことは，法の特別規定なき限り，其の所有権が国であると公共団体であると又私人であるとに依て相違するところはない(45)」などと述べ(46)，磯崎辰五郎は「公物は国家又は公共団体の所有に属することあるのみならず，私人（個人及び私法人）も亦之を所有することを得る(47)」「公物についてはその目的を害せざる限度に於てのみその所有権及び之に於ける制限物権並に賃借権に基き事実上の支配を行ふことを得る(48)」と述べる。杉村章三郎もO・マイヤーの公所有権説を整理しつつ「公物主体が公物に関し有する権利を一概に公所有権の概念で説明することは困難である。従つて問題は公物主体の権利の中，公物に対する物件的効果を有する部分を公所有権と観念するか否かに帰着する。而してこの点から見れば，今日の法律状態の説明としては公物主体の権利は民法上（国有物については更に国有財産法，国有林野法等の基礎の上に）の所有権を基礎とし，これに対する行政法上の制限物権たる内容を有するものと考ふる方が適当ではなからうか(49)」と述べて私所有権説を採用している。

このように，私所有権説をベースに公共目的による融通性が制限されるという考えは，現在においても基本的に同様である。いずれにせよ現在においては「公物は一般に不融通性を備える」という考えは，基本的に克服されているものと評価できよう(50)。

以上，日本の公物理論の整理を試みたが，公共目的の供用と不融通性がなぜ結びついたのか，そもそもなぜ公物は一般に不融通性を備えるものと考えられてきたのかについて，もう少し考える必要がある。

以下，日本の公物理論に影響を与えたフランス，ドイツの公物理論について整理を行う。

2－2－2　フランス初期の「公産」理論

フランスでは日本の公物にあたるものを「公産」と呼ばれているのは周知の通りである。フランスにおける「公産」の理論は現在，オーリウ（Hauriou）の公産理論が依然として通説的位置付けになっているようである(51)。オーリウの見解は，公益に供用されるものを総て「公産」と捉える広義の概念を採用したこと，そして，公産の有する様々な性格を「公所有権」として捉えたことに大きな特徴がある。特に，後者の公所有権説は現在のフランス公産論の大きな特徴となっている。なお，公所有権説を採用していることから，公産の所有者と供用者は原則一致することになる。このことは，フランスが伝統的に公産の範囲を国等公共団体の所有する物に限定され，私有公物の概念が原則存在しないという伝統的な公物観も背景にあるとされている(52)。オーリウの公産論 ── 特に公所有権説という構成 ── がそれ以前の公産論との関係で意義を有することは，当時，従来の公産（当時は自然公物を中心とするいわゆる公共用物に限定されていた。この点は後述）の他に，公役務に利用される公的建造物が増大していったのであるが，それを公産の理論に吸収する理論的根拠を付与せしめたこと，公産の不融通性，公産の管理権などの理論的根拠を付与せしめたこと，などに見出されるとされる(53)。そして，公産の不融通性は，公所有権の属性として整理されることになる。では，なぜ不融通性を認めるのか。これは，「公益への供用」という点に求める(54)。この点，日本と法律構造を異にするものの，公物の不融通性に対する根拠付けを同じくする。

それでは，オーリウ以前の公産論は具体的にどのようなものであったか。公産の不融通性が認められたことの起源は19世紀中期に認められるとされるが(55)，当時の公産の見解として，プルードン（Proudhon）は，公産の定義を「万人の利用に供せられる財産(56)」とし，万人が平等にその用途に従い使用することができるという公産の性質

と，所有権の排他的性格とは相容れない性質であるという考えから公産には所有権を認めないものとしている(57)。続いて，デュクロック(Ducrocq)は，公産の定義を「その性質上私的所有権に服さない財産(58)」とし，公産にあたるとするものは究極的には公衆に帰属するという信託的公物観を提示している(59)。このように，プルードンの見解，デュクロックに関してはその定義から，当時の公産の理論は所有権の対象となる財産であるか否か――つまり，公産に該当するものは所有権が否定される――に公産と私産の区別を求めている点に特徴がある。つまり，所有権を成立せしめる場合，それは私産となるため，公産の範囲も，自然公物を中心とする所謂「公共用物」に限定され，庁舎等の公用物は私産に位置付けられるのである。所有権の成立の可否が公産と私産の基準となると，公産は所有権が成立しないために当然民法の範囲外ということになり，当然ながら不融通性を備えることになるのである。

このように見ると，公産とは，もともと，「不融通性を備えた財産」として，その定義と密接に関係するものであったということができる。そして，不融通性に対する理解も，公産の概念の拡大――特に，一般に所有権が成立するものと位置付けられるものも公産として把握されるようになったという状況――を受けて「一般の自由使用」のみならず「公役務」をも包摂した「公共目的への供用」ということを根拠として不融通性に対する説明が変容していることが理解できる。ただ，公物の不融通性そのものへの疑問が提示されることは殆どなかったようである(60)。

2－2－3　ドイツ初期の「公物」理論

一方，ドイツにおいてはどのように考えられていたのか。ドイツにおける現在の通説は，公物の範囲についてはいわゆる公共用物，公用物を含む広義の概念を採用し，公物の所有権の性質については，私所有権をベースとしつつ，その公共目的の供用と抵触する範囲で私権制限を受けるものとして認識すること，そして，このような構成ゆえに公共目的を害しない限り融通性が容認されるものとして捉えられている(61)。尤も，ドイツにおいても，公物に関しては様々な理論の対立があったことは周知のことである。実際問題として，所謂「バーゼル城壁問題」を通じて公物の所有権等その性質に関してどのように理解すべきかという問題がかつて発生した経緯を有している(62)。その内容を，特に所有権の性質に注目して簡単に整理すると，以下のようになる。

まず，公物に対する私法上の権利の存在を否定する見解があり，これは「バーゼル城壁問題」においてバーゼル市側の見解としてなされたケラー(Keller)，イェーリング(Jhering)に代表される。すなわち，ケラーは，国家が公物に対して有する権利は私所有権ではなく高権であって，公物が公物として存続している間は私権の存立が一切否定される，と述べ(63)，イェーリングは，一般使用と所有権とは相容れず，また，「国家とその所属員の一般使用に向けられたる公物との間の法律関係」は一般使用の必然的反面であり，所有権の様に所有者の自由意思により得られたものではなく，一般使用の事実に基づいて当然に国家に帰属するに過ぎず，これにより国家が単に監視・監督するのみである，と述べている(64)。私法上の権利を否定するものの，それを公所有権とは捉えずに高権の行使と捉えていること，また，バーゼル城壁問題との関係で，この説は，公物に対する私法上の権利を否定する点に実際上の意義を有することに留意を要する。

続いて，公物についても私所有権が消滅することはないものとして捉える説があり，バーゼル城壁問題との関係ではリュッチマン(Rüttimann)が挙げられる。すなわち，公物の支配に関しては私法上の所有権に基づき，ただ，その物が公の用に供される結果，その目的と相容れない部分について制限されるだけであり，かつ高権によってはただ物の目的を害するような私人の侵害を防御する側面のみであるとしている(65)。但し，公物の所有権の主体としては，いわゆる国庫理論を用いてその所有権の制限を論じていることに注意を要す

る。私所有権の成立を認めつつ，国庫理論を用いてその関係を論じるという同様の理論はワッポイス（Wappäus）も採用している(66)。また，私所有権の成立を認める者としてはイェリネック（Jellinek）が挙げられる。イェリネックは，命令権は専ら人に対してのみ行われるものであることを述べて後述するような公法上の所有権というものの存在を否定しつつ，私法上の存在たる所有権を利用する目的・手段について公法上の制限がなされるだけ（所有権に特別権（Sonderrecht）が加わる）である，と述べている(67)。

そして，公物に対して，公法上の所有権の成立が認められるとする説が存在する。これは，アイゼレ（Eisele），O・マイヤー（O. Mayer），ライヤー（Layer）等が挙げられる。ただ，各者共微妙にその主張には違いがあることに注意を要する。尚，公所有権説と私所有権説の折衷的位置付けにある説として，デルンブルヒ（Dernburg）の見解も存在する。この説によると，公物について私法上の所有権を国家が有するとするものの，それは普通の所有権が公法的制限を加えられたものではなく，所有権と一般使用が合一して，一般の所有権とは異なる特殊な所有権となるものと考える。つまり，公物となった結果，その所有権に本質上内在するものとしてその性質を説明するものであるが，あくまでそれは特殊の変更がなされた私所有権であると捉える点で，公所有権とは述べていないことに注意を要する(68)。一方，公所有権の概念を明示的に採用しているアイゼレの理論は，公物に関する国家の権利は，公共使用という目的による制約の内在した公法上の物に関する支配権として捉えられ，公共使用の目的による制約は権利自体に当然内在するために私法上の所有権と区別して公所有権として把握するものと捉えるものである。つまり，公所有権とは「公共使用の目的の制限内に於おける公法上の完全なる物の支配権」ということになる(69)。続いて，O・マイヤーの理論は，公物に対する保存管理行為自体が既に行政の一部を為すものであり，よってそれは公法の範囲に属するもので，それゆえに公法上の物権という概念を発生せしめるとし，かつ，人と人との関係で所有権を捉える所有権観をもとに，第三者との関係が不対等者間に生ずるために公物には公所有権が成立するものと述べている。但し，公法上の占有などを認め，私有公物については公共目的に反しない限りでその行使が制限される，としている点に注意を要する(70)。そして，ライヤーによれば，所有権の核心を排他性に求め，そのような権利は対等者・不対等者間問わず発生するものであって，つまり所有権は公法私法問わず見受けられるものであるとしつつ，私法上の所有権と公法上の所有権の相違は，前者が私人の利益を目的とするのに対し，後者は公の利益の目的を有する点にあるとする。ある物が公の目的に供されることによって公法の規律を受け，その主体は公益の代表者として所有することになり，国家等においては公所有権が常態であろうが，私人であっても公益の代表者としての地位にある限りは等しく公所有権の主体となるものと述べている(71)。このように，公所有権説においては，各人で理論構成に相違が見られることに注意を要する。

以上がドイツにおける初期の公物理論の概要である。ただ，ドイツにおける公物の発生はより古く，かつては「共有地（Allmend）」として，土地共有組合（Markgenossenschaft）」の共有に属するものと捉えられていたのが，後に土地共有組合という思想が消滅して無主物となり，そして，国家及び地方団体の所有権に帰属するものとされている。ここでは財産権の主体として「国庫」が観念されている（国庫説(72)）。このような経緯のもとに，上述の如く公物の法的性質が論じられているのである(73)。国庫説は公物に私所有権が成立することにつながる。ただ，国庫説は理論上問題を孕んでおり，公所有権説が私所有権説に対する批判の一つの根拠として挙げられるものであるが，今日の通説たる私所有権説は，国庫説を採用するものではない点に留意を要する。

以上がドイツの公物理論である。ドイツにおいても，フランス同様に，かつては公物＝不融通物としてその定義と密接に関係するものであった

が，国庫説により早くから私所有権説で把握する土壌を有していたことは注目に値する。

2－2－4　小括

以上の学説を概観することで理解できることは以下の数点である。

まず，「公物の不融通性」というのは，公物概念の発生と密接に関連しているということである。すなわち，もともと，不融通物たるべきものを公物として捉えて，その理論的考察を試みている。そのため，公物の不融通性は前提条件となり，公物の不融通性の枠内で法理論が構築される。そのため，不融通性の克服のためには理論の質的変容が必要であった。公物として把握される物が拡大し，公物に所有権が成立すると捉える説の出現により公物理論の質的変容がもたらされたものと考えられる。

続いて，一般自由使用と不融通性を密接不可分に捉え，かつ排他的自由使用と一般自由使用を対義的に捉える理解が後の公物理論に影響を与えているということである。ただ，このような不融通性の理解はあまりに観念的な理解に過ぎ，現在においては，必ずしも説得力あるものとは言えないであろう。

そして，強調すべきことは，学説の違いを超えて「融通性を認めることは，公共目的の供用にとって阻害となる」という発想に立っていることである。これは，公所有権説は勿論のこと，一般に不融通性を否定する私所有権説であっても同様である。融通性を容認することにより公共目的の阻害となり得ることがあることは否定できない。しかし，一律に否定されるべき理由もまた存在しないばかりか，現在においては，むしろ積極的に融通性を容認することにより，公共サービスの効率性追及ないし質的向上に資する――換言すれば，融通性を認めることにより逆に公共目的を増進する――ことがあるのである。このような公共目的増進行為をも「公物の不融通性」という性質は否定するものではないだろう。

以上のように，行政法学上の議論から，現在において，公物において不融通性を備えさせるべき根拠は薄弱であり，かつ公物の不融通性を積極的に維持すべきという根拠もまた存在しないものと整理できよう。

2－3　国有財産法における行政財産の不融通性の再検討

2－3－1　序

国有財産法は，公物管理法の一般法として，特に行政法学上理解されているところであるが，一方で，財政法体系の中に位置付けられる法律でもある。そのため，財政法的な統制原理にも服するものであるから，財政法的統制の文脈で国有財産管理を統制する原理の有無が問題となろう。つまり，行政財産の不融通性は，財政法的統制の文脈の中で形成された原理である可能性もあるのである。以下，国有財産法制度の形成過程及びその理論的対立等を整理することを通じて，財政法的統制の文脈から行政財産の不融通性の検証を行う。国有財産法の経緯は，大きく明治期における「官有財産管理規則（明治23年勅令第275号。以下，「官有財産規則」と記す）」及び「官有地取扱規則（明治23年勅令第276号。以下，「官有地規則」と記す）「官有地特別処分規則（明治23年勅令第135号），大正期における「国有財産法（大正10年法律第43号。以下，「大正国財法」と記す）」，そして現行国財法の3期に分けられる。以下，この3期に分けて整理を行う。尚，国有財産制度の整理を行うに当たって，皇室財産，社寺境内地，外地等の各種国有財産制度については，各々特殊な制度を形成しており別途検討を要することから，ここでは除外して整理を行っていることに留意を要する(74)。

2－3－2　官有財産管理規則等の内容及び制定過程

国有財産（官有財産）の起源を遡れば，古く律令期にまで遡ることもできるが(75)，ここでは明治以降の検討に限定する。明治以前においては，国有と民有の明確な区分が曖昧であり，その明確な

区別は明治期においてなされたとされる(76)。すなわち，慶応3年10月によるいわゆる大政奉還，続いて，「版籍奉還ノ御沙汰(明治2年6月)」「廃藩置県ノ詔（明治2年7月)」及び「社寺領現在ノ境内ヲ除ク外上知ノ件（明治3年12月)」を通じて，公有に属する財産の政府への一元化が図られた。続いて，官有地と民有地の明確な区別を図るために「地所名称区別（太政官布告114号)」を制定がされている。これは漸次改訂がなされたが，それにより段階的に官民有地の区別の明確化が進行していった(77)。国有財産に関する規定も，官民有地の区別の明確化と共に，状況に応じて適宜勅令が発せられていたが(78)，最初の一般的制度として，官有財産規則，官有地規則，官有地特別処分規則の3つの勅令である。以下に，その内容及び制定過程を整理する。

2－3－2－1　大蔵省による官有財産管理の法案

日本において，統一的な官有財産管理の制度の法案が初めて作成されたのは，大蔵省により明治19年に作成された会計法原案（いわゆる「阪谷草案(79)」）である。阪谷草案において，一つの独立の章の中で官有財産に関する章を設け，官有財産を統一的に規定している。当時，大蔵省は官有財産の統一的管理に非常に大きな力を注いでいたとされるが，この背景には，当時の財政制度そのものが未成熟であったこと，そして，官有財産管理の実態が指摘できる(80)。すなわち，当時は大蔵省の財政的統制権が十分には確立されておらず，財政は分裂状況にあったとされる(81)。会計法規に関しては，明治22年会計法以前にも段階的に制度が形成されてきていたが(82)，会計法規の整備と共に，各庁の保有する特別資金の問題が顕在化している。すなわち，各庁が手数料等を独自で付加したり，不要物品，不動産の払下げ等により独自の資金を保有していたために，大蔵省による財務的統制が依然として不完全なものに止まっていたとされる(83)。このとき立案された会計法は，結局明治22年に「会計法（明治22年法律第4号）として成立するに至っているが，このときの会計法草案の起草者たる阪谷芳郎が，官有財産管理の統制の必要性を力説したのは，このような背景が存在するのであり，それは当時の大蔵省の最大の課題とされているのである(84)。

では，「阪谷草案」はどういう法案だったのか。その特徴を挙げると，まず第一に，官有財産の定義として「政府ニ属スル一切ノ動産及不動産（阪谷草案第1条)」と定め，包括的な定義を採用している点である。つまり，現行国財法のように，不動産ないし重要な動産等に限定するような定義ではなく，また，公共目的による供用等の区別を設定していない(85)。第二に，「官有不動産ハ官用及公用ニ供セラレタルモノヲ除クノ外総テ大蔵大臣之ヲ管理スルモノトス（同第154条)」「官用及公用ニ供セラレタル不動産ハ主務ノ各省大臣之ヲ管理スルモノトス但シ該官用及公用終ルトキハ前項ニ拠ルモノトス（同第154条)」として，官有不動産の管理は原則として大蔵大臣が行い，また，いわゆる公用廃止のときに，当該不動産が大蔵大臣の管理へと移ることを規定している点である。尚，この規定からは明示されてはいないが，当然に国有林野の管理も大蔵省が担当することになっている(86)。第三に，「官有不動産ノ譲渡ハ特別ノ法律ヲ以テ許可ス（同第172条)」と定め，譲渡には帝国議会の協賛を要することを定めている点である。会計法第3回原法案に付せられている草案の趣旨説明として「官有ノ不動産ハ容易ニ売却譲与交換スヘカラサルモノナルヲ以テ之ヲ売却譲与交換セントスルトキハ立法院ニ於テ議決シ勅裁ヲ経テ之ヲ定メントスルモノナリ」と述べている(87)。これは，各省が不動産の売却により独自の収入手段を講ずることを禁止する意味があると指摘されている(88)。なお，当時，官有地の管理が内務省地理局に，官有森林の管理が農商務省山林局の管理下にあったため，官有財産の一元的管理のために大蔵省に官有財産管理局を設置すべきことが提示されている(89)。

国有財産に関する規定は，後に会計法草案から分離独立して規定されているが，それ以降数次に

わたり法案が策定されている。その内容は，本質的な構造を維持しつつも，漸次変化が見られる。例えば，明治22年11月段階における「官有財産管理法」及び「官有財産管理規則」両案（会計法案から分離独立後確認できる最初の官有財産管理法案）においては，まず，官有財産の定義について「官有財産トハ総テ政府ノ直管ニ属スル金銭外ノ物件ヲ云フ（同法第1条）」として，官有財産に関して広い定義を採用していること，続いて，「官有ノ土地ハ総テ大蔵大臣之ヲ管理スヘシ（同規則第1条）」「国ノ公用若クハ各省ノ使用ニ供セラレタル土地ハ各省大臣之ヲ管理シ其用終ルトキハ大蔵大臣ノ管理ニ復セシム（同規則第2条）」と定め，官有地の管理を原則として大蔵大臣の管理としている点などは同様であるが（この点につき，制定趣旨として「第一条第二条ハ管理ノ主任ヲ定ムルモノナリ官有地ハ政府ノ重要ナル不動財産ニシテ其離権ノ当否ハ財政ニ関スルコト大ナルモノトス故ニ其行政ニ至リテハ各省大臣ヲシテ処理セシムルヲ以テ使用中ハ各省ノ所管ニ属セシメ道路河川ノ如キハ内務大臣ヲシテ其政事ヲ行ナハシメ山林ノ如キハ農商務大臣ヲシテ其主管ニ当ラシムルトスルモ地籍ニ至リテハ財務主任ノ大臣ヲシテ之ヲ管轄セシメントス是レ一ニハ猥ニ官有地ヲ売却シテ政務ヲ拡張センヲ謀ルカ如キ弊害ヲ防キ一ニハ官有地払下ニ附随スヘキ様々ノ病毒ヲ避ントスルニアリ」と述べている。これより，国有林野についても，その土地の部分の管理を大蔵省が管轄するものと考えていたこと，当時の内務省や農商務省による払下の動きに対する批判的姿勢が窺える(90)。当時の内務省，農商務省の官有財産払下の動きについては後述），「価格壹万圓以上若クハ一域十万坪以上ノ土地価格一万円以上若クハ保存期限三十ヶ年以上ノ家屋建築物及航海用船舶ノ離権ヲナサントスルトキハ帝国議会ノ承諾ヲ得テ之ヲ定ムヘシ（同法第3条）」と定め，議会の承認については，若干その規定を変更している。この制度の理由として，「本条ハ重要ナル財産ノ離権ヲシテ専ラ行政官ノ意見ニ任セシメス財産ノ離権ヲ鄭重ニシ国家ノ損失ヲ招クノ患ヲ防ントスルニアリ」と説明されている(91)。

いずれにせよ，大蔵省による官有財産管理法制は，財政の一元的統制という当時の大蔵省の政策的意図のもとに形成され，財政法的統制に立脚した注目すべき法案であると評価できよう。

2－3－2－2　内務省による官有地管理の法案（含農商務省案）

一方，上述の大蔵省案と対立する法案として，内務省，農商務省等により策定された官有財産管理の法案が挙げられる。これらの法案についても段階的に策定されている。了知し得る最初の法案は，内務省策定による「土地条例案（明治21年8月）(92)」である。その特徴をあげると，まず第一に，「官有地」のみを対象としており，官有財産一般を対象とするものではない点である。この点，内務省が当時官有地を所管しており，専ら官有地管理に問題の関心があることをその理由とするものと推測される。ただ，「官有地，府県有地，郡有地，市町村有地，及公共組合所有地ヲ分チテ公用地，作業地ノ二類トス（同第3条）」と定め，官有地に関しても公共目的の供用等による分類を行っている点は注目すべきである。第二に，「官有地ハ内務省之ヲ管理ス其各官庁ノ使用ニ供スルモノハ其使用中該官庁ニ於テ之ヲ管理スルモノトス（同第4条）」「各官庁ニ於テ新ニ官有地ノ使用ヲ要シ又ハ民有地買上ヲ要スルトキハ内務省ニ照会スヘシ其現ニ使用ニ供スル土地不用ニ属スルトキハ内務省ニ返付スヘシ（同第5条）」「官有地ノ売買，交換，譲渡，譲受及貸渡ノ処分ハ総テ内務省之ヲ管掌ス（同第6条）」と定め，官有地管理を原則として内務省の管理下のもとに統制する制度となっている点である。第三に，「公有地ハ其用ヲ廃止シタルニ非サレハ売却，交換及譲渡ヲナスコトヲ得ス但其所有権ハ期満得権ノ限ニアラス」として，公共目的の供用による処分制限を規定している点である。尚，「民有地ニシテ公用ニ供スルモノハ其使用ヲ変更セサル間ハ官ノ許可ヲ経ルニ非サレハ其地形及用法ヲ変更スルコトヲ得ス（同第11条）」と定めているのは注目に値する。続いて，上述の「土

地条例」の改正版である「官有地管理条例(93)」については，土地条例で規定したような官有地の分類を規定しておらず，また，公共目的の供用による処分制限等のような規制が消滅しているものの，「官有地ハ総テ内務大臣ノ管轄ニ属ス(官有地管理条例案（明治21年11月）第1条)」「官有地ノ増加除却及交換貸渡ハ内務大臣之ヲ処分ス（同第2条)」「各庁長官ニ於テ官有地ヲ使用セントスルトキハ内務大臣ノ承認ヲ受ク可シ（同第3条)」「各庁ノ使用地不用ニ帰シタルトキハ其庁長官之ヲ内務大臣ニ還付スルモノトス（同第4条)」として，官有地管理を原則として内務大臣の所管とし，その統制を行っている点は土地条例と同様である。以降，内務省案については，最終的に成立した官有地規則まで法案を確認することができないが，それは後述の如く，法案企画当初は大蔵省立案の官有財産管理法案が選択されたためであると推測される。

いずれにせよ，内務省案の特徴は，官有地の管理を内務省に留保するという点，官有地処分につき議会協賛を規定しない点などで大蔵省案と対極をなすものである。そして，処分統制に関しては，特に土地条例について，公共目的の供用を根拠とする処分統制を規定していることは注目に値する。後に成立した，内務省案をベースとする官有地規則においても同様の趣旨と思われる規定が存在するが，その起源はこの段階に見ることができよう。この規定は，大蔵省案との比較で，公物理論的法制度を採用しているものと評価し得る。ただ，後ほど官有地規則において述べるように，官有地管理条例において，処分を規制するのみであること，かつ，日本がこの段階で公物理論を吸収しているのかどうかが不明確であることから，当該規定が公物理論のもとに策定されているものなのかどうかは不明である(94)。

なお，最終的に官有財産規則として成立した法案の原型となった農商務省案(95)についてここで整理すると，まず，官有財産の定義について，「此ノ規則ニ於テ官有財産ト称スルハ国ノ所有ニ属スル不動産並船舶及其ノ附属物トス（官有財産管理規則案(明治23年4月14日農商務省案)第1条)」と定めて不動産を中心とする概念を採用し，官有財産の管理については，「官有財産ハ主管ノ各省大臣之ヲ管理ス其ノ主管ヲ離レタルモノハ大蔵大臣之ヲ管理ス（同第2条)」として，各省大臣の管理を原則として，補完的に大蔵大臣の管理と定めている。そして，処分統制に関しては，「左ニ掲クル官有財産（「国ノ公用ニ供シタル財産」「見積価格五萬円以上ノ財産」「一区域ニシテ百二十万坪(四百町歩）以上ノ土地及森林」の3つ）ハ勅裁ヲ経ルニアラサレハ之ヲ売払ヒ譲与シ交換又ハ貸付スルコトヲ得ス（同第3条)」として，重要な財産については，議会協賛とせずに「勅裁」としている。この処分統制の中には，公共目的の供用という側面も加わっていることに留意を要する。このように，農商務省案は，内務省案と大蔵省案との折衷的性格を有するように思われる。

以上，官有財産管理の法制案を巡って大蔵省案及び内務省案が競合関係にあったことが分かるが，両案の競合の背景には，官有財産管理（特に官有地売却）に関して，大蔵省と内務省，農商務省の対立等が指摘できる。当時，内務省は官有地の管理権限を担っており，農商務省は国有林野の管理を担っていた省庁であるため，両省庁が大蔵省により志向されている官有財産の一元的統括に反対することも当然といえるが，両者の対立の根幹には，大蔵省は官有財産の処分には概して消極的であり，内務・農商務両省は，当時積極的に官有財産処分を推進したい事情が存在したことが指摘できる。その顕著な例として，内務・農商務両省による「官有林野払下構想(96)」での政策対立がある。その他，大蔵省が官有財産処分の消極姿勢を示す例として，皇居前の丸の内払下げに関する意見対立(97)などを指摘できよう。

以上のような対立を背景に，大蔵省案及び内務省案は共に明治22年2月の閣議に同時にあげられたものの，結果として大蔵省案が採用され(98)，以後，法案策定にあたっては，大蔵省案をベースに策定されることとなる。しかし，大蔵省案の有する性格は，二度の枢密院審議の中で段階的に色

褪せる。まず，明治22年6月の枢密院第一回提出案[99]においては，まず官有財産の定義について，「官有財産ハ政府ノ直管ニ属スルモノニシテ左ノ種類トス（官有財産管理規則（枢密院第一回提出案）第1条）」として，具体的に「土地及之ニ属スル諸権利（同規則第1条1号）」「森林及之ニ属スル諸権利（同規則第1条2号）」「営造物家屋船舶（同規則第1条3号）」「器具器械但各庁所用ノ雑具ヲ除ク（同規則第1条4号）」「美術品（同規則第1条5号）」と定めており，官有財産のうち，その範囲を不動産及び重要な動産としている。続いて，「左ニ掲クル官有財産ハ法律若ハ予算ニ依ルノ外特ニ帝国議会ノ協賛ヲ経ルニ非サレハ売払又ハ譲与スルコトヲ得ス（官有財産法（枢密院第一回提出案）第3条）とし，その官有財産として「一区域ニシテ見積価格壱萬円以上若ハ拾萬坪以上ノ土地及森林（同法第3条1号）」「見積価格壱萬円以上ノ営造物家屋船舶（同法第3条2号）」を挙げつつ，その規定趣旨として「官有財産ノ大小ニ拘ラス之ヲ離権スルニ当リ総テ議会ノ協賛ヲ要スルトキハ行政ハ其ノ煩ニ堪ヘサルヘシ故ニ重大ナル財産ニ限リテ其ノ協賛ヲ要スルコトニ定メタリ（此レ各国ノ例ニ倣（倣）ヘルナリ）」として，重要な財産の議会協賛を規定している[100]。そして，「国ノ公用又ハ官用ニ供スル官有財産ハ売払譲与又ハ交換スルコトヲ得ス（同法第1条）「前項ノ外ノ官有財産ヲ（ハ）売払譲与又ハ交換スルコトヲ得（同法第1条2項）」「国ノ公用又ハ官用ニ供シタル官有財産ニシテ其用ヲ止メタルモノハ売払譲与又ハ交換スルコトヲ得（同法第1条3項）」と定め，その規定趣旨として「各国ノ例ヲ按スルニ官有財産ノ類別各其ノ制ヲ異ニスト雖モ之ヲ三種ニ区別スルハ最モ穏当ナリトス即チ第一ハ政府ノ所有スル財産ニシテ之ヲ国ノ公用ニ供スルモノ例之ハ道路河川河岸城砦砲台兵器軍艦（公有財産）ノ如キ是ナリ第二ハ官庁ノ使用ニ供スル財産ニシテ第一種ニ属セサルモノ例之ハ官庁ノ地所建物及執務上必要ノ器械器具ノ如キ（行政財産）是ナリ第三種ハ之ヲ利用シテ国庫収入ノ源ニ充ルモノ例之ハ土地森林作業場ノ如キ（利殖財産）是ナリ」「今本法ハ前記ノ区別ニ基キ公用又ハ官用ニ供スル財産ハ売払譲与交換セサルモノト定メ第三種ノ財産及公用官用ヲ廃シタル財産ニ限リ之ヲ売払譲与交換シ得ルモノト為ス第三項ハ官吏法律ノ適用ヲ誤リ政府ノ損失ヲ引起サムトスル場合ニ於テ官有財産ノ減耗ヲ予防スルモノナリ此ノ一項ハ官有財産保存ノ為ニ極メテ緊要ナリ」としている。これは，この段階で，官有財産において，目的に応じた財産分類を認識していることを示唆する（それが，外国法の継受であることも述べている）[101]。また，公共目的に供されている財産の処分を制限しており，大蔵省案においても「公物の不融通性」の萌芽とも解し得る規定が存在しているのは注目に値する。しかし，その制限が売払，譲与，交換に限定されていること，その規定趣旨が「官有財産ノ減耗ヲ予防スルモノ」とする点に鑑みると，公物理論的発想の規定であるとは評価しにくく，むしろ財政法的統制の見地に立つものと解せよう。尚，付言すると，官有地については，「土地ハ大蔵大臣之ヲ管理ス但官用ニ供スル土地ハ各省大臣之ヲ管理シ其ノ用終ルトキハ大蔵大臣ノ管理ニ復セシム（官有財産管理規則（枢密院第一回提出案）第3条）「土地森林ノ売払譲与ハ大蔵大臣之ヲ行フ但材木ノ売払譲与ハ此ノ限ニ在ラス（同規則第13条）」と定め，官有地の管理は大蔵大臣が行い，ただ，公の用に供されているときには各省大臣が行うこと，但しここでの「管理」は処分を含まず，処分については大蔵大臣が行うこととされている。

続いて，明治23年第二回枢密院提出案[102]においては，まず，官有財産の定義については「本法ニ於テ官有財産ト称スルハ国ノ町所有ニ属スル土地，森林，営造物，家屋，船舶及其ノ附属物トス（官有財産法（枢密院第二回提出案）第1条）」と定め，更にその範囲を縮小させている。続いて，官有財産の管理について，「国ノ公用及官庁ノ使用ニ供スル土地ハ各省大臣之ヲ管理ス（官有財産管理規則（枢密院第二回提出案）第2条1項）」「社寺ノ使用ニ供スル土地ハ内務大臣之ヲ管理ス（同規則第2条2項）」「森林原野ハ農商務大臣之ヲ管理ス（同規則第2条3項）」「前条ニ掲ケサル土地

並各省大臣ノ管理ヲ離レ若ハ官庁ノ使用ヲ廃シタル土地ハ大蔵大臣之ヲ管理ス(同規則第3条)」「営造物，家屋，船舶及其附属物ハ各省大臣之ヲ管理ス(同規則第4条)」「官庁ノ使用ニ供セサル土地，森林ヲ国及府県郡市町村公共ノ道路，河川，並木敷，堤塘，溝渠等ニ供セントスルトキハ内務大臣ニ於テ之ヲ管理スルコトヲ得(同規則第5条)」「府県郡市町村ニ於テ新ニ道路，河川，並木敷，堤塘，溝渠等ヲ開設シ為メニ不用ニ帰シタル官有ノ旧同種類ノ土地ハ内務大臣ニ於テ其ノ府県郡市町村ニ譲与スルコトヲ得（同規則第6条)」「農商務大臣ハ林区整理又ハ原野開墾上必要ト認ムルトキハ予メ大蔵大臣ニ通知シ森林原野ヲ売払又ハ譲与スルコトヲ得（同規則第13条)」と定め，大蔵省の管理権限が縮小している点を指摘できる。そして，管理の統制については，「官有財産ノ売払譲与交換及貸付ハ総テ本法ニ依ルヘシ其ノ本法ニ違ヒタルモノハ無効トス（同法第2条)」「左ニ掲クル（「一区域ニシテ見積価格五萬円以上若ハ百二十坪（四百町歩)以上ノ土地及森林」「見積価格五萬円以上ノ営造物，家屋，船舶」の2つ）官有財産ハ帝国議会ノ協賛ヲ経ルニ非サレハ売払又ハ譲与スルコトヲ得ス但シ法律ニ特別ノ規定アル場合ハ此ノ限ニアラス（同法第3条)」とし，議会の協賛にかけるべき財産の処分の範囲も縮小している。

以上に整理した二度の枢密院提出案は，結局のところ共に枢密院審議の過程で廃案となっている。第一回枢密院提出案（明治23年1月24日廃案）が廃案となった最大の要因は，森林管理に関する農商務省案の強い反対にあったことである。具体的には，当該提出案では，山林・原野の売却を農商務省が単独で行えず不便であること，山林の土地を大蔵省が管理し，樹木を農商務省が管理するというのは森林経営上不適切であること，入会は森林経営上も保安上も防災上も問題があるため，入会を承認するのは有害であること，森林と原野を区別すること自体不適当である，というものである(103)。第二回枢密院提出案については，当時進められていた官制改革と法案が矛盾すること(104)，官有不動産売却における議会の関与の要否を巡る対立を要因として廃案となっている(105)。このようにして，大蔵省案が官有財産管理法制として採用されることはなかったのであり，その代案として台頭したのが農商務省及び内務省案である。そして，処分統制の規定について，議会の協賛のみならず，農商務省案のような「勅裁」による統制すら消滅していることである。

2－3－2－3　農商務省，内務省案による官有財産規則等の成立

結局，最終的に成立した官有財産規則は明治23年7月に法制局が作成した案をベースとするものである。そしてこの法案は上述の如く，大蔵草案に依拠したものではなく，明治23年4月に作成されていた農商務省案を基礎とし，法制局が修正を加えた案である(106)。尚，官有地に関しては内務省提案の「官有地取扱規則」により特別の規定の下に置かれたので，結局，官有財産管理の規定は，農商務省・内務省案をもとに形成されたことになる。

官有財産規則の特徴を整理すると，まず，官有財産の範囲について，「国ノ所有ニ属スル土地，森林，原野，営造物，家屋，船舶及其ノ附属物」としている。続いて，「官有財産ハ主管ノ各省大臣之ヲ管理ス」と定め，官有財産に関する大蔵省の管理権限は全く消滅している。逆に，官有地については内務省が，官有林野については農商務省が管理することが確定することとなる。これゆえ，大蔵省の目指すところの，「官有財産の一元的管理」という考えに基づく規定は全く消滅していることとなるのである。

一方，内務省策定による官有地規則の特徴として，まず，官有地の管理については，「官有地ノ売買譲与交換及貸付ハ内務大臣之ヲ処理ス（官有地規則第1条)」「各庁ニ於テ官有地ヲ使用セントスルトキハ内務大臣ニ請求スヘシ（同規則第3条)」「各庁ノ使用地不用ニ帰シタルトキハ内務大臣ニ還付スヘシ（同規則第4条)」として，官有地管理は内務大臣の所管とすることを明示している。続いて，「官ニ属スル公有地及公有水面ハ其公用ヲ廃

シタルニアラサレハ売払譲与交換又ハ貸付スルコトヲ得ス但公衆ノ妨害トナラサル限リハ公用ニ供シタル俗有料又ハ無料ニテ特ニ其使用ヲ許スコトヲ得（同規則第11条）」として，公共目的の供用による不融通性を規定し，かつ公共目的を阻害しない限りその使用を認めている点は注目に値する。この規定の趣旨について，判例及び学説上，官有地規則を根拠として「公物の不融通性」を説明しているものが見られる(107)。解釈上このような説明も可能であり，当時，官有地は内務省の所管であり，同様に内務省所管である明治29年に成立した河川法なども，公物的規定がなされている点から，内務省においては既に公物理論的制度設計を行う可能性も否定できず，上述のような解釈は，制定過程上の議論からも合致するものと評価し得る余地がある。ただ，官有地規則，特に第11条の規定趣旨がどういうものであるのかがを了知することができないため，結局のところその趣旨は不明である。

以上が，明治期における官有財産規則，官有地規則の内容及び制定過程である。最終的に採用された農商務省案，内務省案が，公物理論的発想の下に立案されたかどうかについて，当時公物理論を吸収しているのかどうかが不明確である事，官有地に関しては公物理論的制度となっているものの，官有財産一般にまで拡大したものではないことなどから，完全に公物理論的制度として評価することは出来ないであろう。ただ，大正国有財産法のような規定の萌芽として位置付け得るものといえよう。

むしろ注目すべきは，大蔵省により策定された，官有財産に関する財政法的統制が公物的規定とは手法を異にし，かつそのような統制手法が制定過程上否定されているということである。つまり，日本においては，官有財産に関する財政法的発想からの規制手法をもとより有していないということになるのである。

2－3－3　大正国有財産法の内容及び制定過程

2－3－3－1　大正国有財産法の制定過程及びその背景

続いて，大正10年に成立した，国有財産法(大正10年法律第43号。施行は翌11年4月1日。以下，「大正国財法」と記す）について整理する。

官有財産管理規則が明治23年に成立し，翌年施行されたことは既に述べたが，官有財産管理に対する問題が次々に指摘され，同時に同規則の不備を問題視し，改正すべきであるという主張は同規則成立後早い段階からなされていた。その一端として，当時の会計検査院の指摘によると，明治34年において，明治31年度会計検査院検査成績書の中で，国有財産管理に関する法規の不備を指摘しつつ，大蔵大臣をして管理の統一を図らしめるとともに，官有財産目録および官有財産異動報告書等は，会計検査院の検査を経て帝国議会に報告すべき旨を上奏している。更に，明治42年において，明治40年度検査報告書の中で，府県の管理する広大な官有地の未使用に属するものを適当に処分することを財産の運営上有利とする旨を上奏している。それに対する政府の反応は，国有財産に関する法規改正の必要性を認め，そのための調査を行っているとしつつも，法案実施につき諸般の調査準備を要することなどを理由に，結果としては法案提出には至らなかった(108)。

一方，帝国議会の対応としてはどうであったか。国有財産の管理法については，第一回帝国議会以来毎年有志の衆議院議員により法案が提出されていたものの，議会において毎回院議にすら上らず，ようやく第八回帝国議会において院議に上す運びになったものの，「提案の趣旨においては賛成するけれども，次期議会で政府が一層完全なる法案を提出すべきことを期待する」との条件を付して，結局否決されている。このような流れの中，制度改正に向けて大きく転換したのは，第三十九回帝国議会（大正6年7月）の段階である。この議会において，国有財産調査会設立に関する建議案が衆議院において全会一致で可決されることとなったのである。そして，同建議の主旨に基づき，政

府は，大蔵省において国有財産の整理に関する調査を為す為めに，臨時職員を設置しつつ，「官有財産調査会官制（勅令第240号）」を制定して，大蔵大臣を会長とする官有財産調査会を設置することとなった。同調査会において，国有財産管理に関する根本法規制定の必要性を認め立案に着手し，審議の結果国有財産法案を同調査会で可決し，政府に報告した。このとき策定された法案こそが大正国財法である。同法案は，第四十二回帝国議会（大正8年12月）に提出されるも，途中で衆議院が解散されたため，政府は同一法案に若干の修正を加え，第四十四回帝国議会に再提出し，可決成立となったのである(109)。

大正国財法成立までの概略は上述の通りであるが，その背景には，国の保有する国有財産をより積極的に有効活用していこうという考えが，帝国議会及び政府共に強まっていたことが指摘できる(110)。第三十九回帝国議会において提出された建議案では「国運ノ発展ト欧州戦乱ノ反響トハ我カ国費ヲシテ倍多端ナラシメムトス蓋是レ必至ノ勢ナリ而モ我カ国民ノ負担力ニ徴スルニ租税公課頗ル重ク今ニ於テ国有財産ノ整理ヲ為シ以テ財政ノ資料ニ供スルハ最緊急ノ事ニシテ且時代ノ要求ナリ政府ハ速ニ調査機関ヲ設ケテ之ニ備フルノ方法ヲ講スヘシ(111)」と述べ，財政資金の調達のために，国有財産の整理を積極的に推進すべきことを主張している。また，国有財産法案の審議過程において「苟モ国家ガ森林ノ経営ヲシテ行カウト云フモノデアルナラバ，人民ノ方デ経営スルト云フコトハ困難デアル所ノ森林ヲ経営スルト云フ方ガ相当デアラウト思フノデアリマス，人民ニ於テ経営スルニ適当デアル所ノモノデアルナラバ，矢張人民ニ払下ゲテ人民ニ経営セシムルコトガ利益デハナイカ，頻ニ政府デ植林業等ヲ致スノデアリマスガ，政府デスル所ノ仕事ハ多クハ非常ニ費用ヲ要シマシテ，而シテ又其管理ヲ致スニ就テ非常ニ面倒デアル，本当ノ管理ヲスルノニハ非常ニ多数ノ役人ヲ使ハナケレバ到底管理ハ出来ナイト云フ状態デアル，人民デアルナラバ其村ニ居ル所ノ人民ハ之ヲ管理スルノニ頗ル楽デアル，随テ費用ナルモノハ余リニ要サヌト云フコトニナッテ来ル，ソレ故ニ政府デ以テ之ヲ経営シテ行クト云フコトハ寧ロ損デアッテ，人民ニ経営セシムル方ガ寧ロ徳デアルト云フヤウナ場合ガ多イヨウニ思フノデアリマス……此森林ノ中ヲ大ニ解放ヲシテ，サウシテ国有財産法デ申シマスレバ，営林財産ヲ減ラシテ雑種財産ニ組入レテ，之ヲ人民ニ払下テ人民ガ経営スル方ガ適当ナルモノハ，之ヲ人民ニ経営サセル……森林経営トシテ人民ノヤレルモノハ人民ニ之ヲ経営サセルト云フコトノ方針ヲ執ッタナラバ，余程宜シクハナカラウカ(112)」など，特に国有林野に関して，国有財産の積極的な民間への売却を通じ，民間経済の成長促進を通じて，国の経済発展に資するべきという考えが散見されること，また「我国ノ土地ノ利用ノ率ガ，諸外国ニ比シテ甚ダ劣ッテルヤウデアルト云フ御話ハ，私モ或ハ左様カト考ヘマス，現在日本ノ国有地ニ対シマシテノ収益ノ工合ハ……余リ是ハ多イトモ平素考ヘテモ居リマセヌ，将来国有財産ノ利用方法ヲ一層改善致シマシテ，国有財産ヨリ生ズル所ノ収益ヲ多クシヤウト云フコトハ……吾々モ亦大ニ御同感ヲ表シテ居ルモノデアリマス，即チ将来国有財産ノ利用ヲ十分ニ全ウシテ，成ベク之ヨリ生ズル所ノ収益ヲ多クシテ，国家財政ノ上ニ寄与スル所アラントスルコトガ……間接ニハ此国有財産法ノ制定ヲ促シタル原因ト申スコトガ出来ルノデアリマシテ，無論此法案ヲ制定致スニ就キマシテハ，是等ノ事ニモ考及ボシ，是等ノ希望ヲ以テ之ヲ制定致シタ次第デアリマス(113)」ということも指摘され，いずれにせよ，当時国有財産を経済発展のために有効活用していこうという考えであったことを垣間見ることが出来よう。一方で，当時の政府としても，第一次世界大戦後の財界の沈滞化にあって財政膨張による財政危機の克服のため，国債の整理等の財政整理の必要性が高まっていたこと，そして，第一次世界大戦戦勝国としての諸外国に対する体裁から，老朽化した庁舎を早急に建替えたいという考えがあり，そのための資金調達として国有財産の売却資金を活用すべきという考えを有していた(114)。つまり，議会側及び政府側共に，国

有財産制度の再整備を志向する要因が存在していたのである。

このような背景から分かるように，大正国財法は，国有財産を整理処分することで国家財政に資すること，ないし民間経済の促進のために国有財産を有効活用しようという政策的意図のもとに設計された法律であるということができる。

2－3－3－2　大正国有財産法の制度内容

続いて，大正国財法の制度内容について整理を行う。大正国財法におけるそれ以前の官有財産規則等との相違として，当時の説明によると，「立法ノ形式ヲ執」ったこと，「国有財産ノ種類ヲ定メタ」こと，「土地ノ境界ノ査定」について定めたこと，「国有財産ニ付テハ其種類ニ従ッテ総ベテ台帳ヲ備ヘル」こと等が指摘されている(115)。ただ，ここでは，本論文の見地から注目すべき点に限定して整理を行うことにする。

まず，従来の「官有財産」という言葉に代えて「国有財産」という言葉を採用しているが，「国有財産」の定義として，「本法ニ於テ国有財産ト称スルハ国有ノ不動産並勅令ヲ以テ定ムル固有ノ動産及権利ヲ謂フ」とし，この点については大きな変化は見られないものの，特に，国有財産の分類として，「公共用財産」「公用財産」「営林財産」「雑種財産」という分類を正式に採用したことが指摘できる。つまり，財産の使用目的に基づく分類法を導入し，その相違により財産管理のあり方に相違を設けている点である。公共目的の供用による相違という考えは，官有財産規則の制定過程においても散見することができるが，正式に制度上組み込まれたのはこの段階が初めてである。第二に，「国有財産ニ関スル事務ハ各省大臣之ヲ管理シ国有財産ニ関スル総轄事務ハ大蔵大臣之ヲ管理スヘシ（大正国財法第３条）」「各省大臣公共用財産又ハ公用財産ノ用途ヲ廃止セムトスルトキハ予メ大蔵大臣ニ之ヲ通知シ特ニ大蔵大臣ト協定シタルモノヲ除クノ外用途廃止後遅滞ナク之ヲ大蔵大臣ニ引継クヘシ（大正国財法施行令第２条）」と定め，雑種財産以外の公共目的に供用されている国有財産は各省大臣が，雑種財産は大蔵大臣が管理するとして，官有財産規則等の制度と相違を見せていることの他に，大蔵大臣が総轄事務を担うとしている点である。これは，大正国財法が，国有財産事務の効率的推進という命題のもとに策定されたことを示すものである。第三に，「国有財産ハ雑種財産ヲ除クノ外之ヲ譲渡シ又ハ之ニ私権ヲ設定スルコトヲ得ス但シ其ノ用途又ハ目的ヲ妨ケサル限度ニ於テ其ノ使用又ハ収益ヲ為サシムルハ此ノ限ニ在ラス（大正国財法第４条）」として，処分の対象となる財産を雑種財産として捉え，逆に，雑種財産以外の財産（現行国財法でいう行政財産）に対しては一律に不融通性を付与せしめていることである。この点についての立法趣旨として「国有財産ノ処分ハ財政ト密ナル関係ガアリマシテ重大ナル事項デゴザイマスカラ，公共用財産，公用財産等其性質上之ヲ処分スルコトヲ許サザルモノハ勿論ノコト……(116)」また，「第四条ニ御覧ノ通リ雑種財産ヲ除ク外ハ之ヲ譲渡シ云々ト規定シテアリマシテ，或ル意味ニ於テハ法理上殆ド言フヲ待タヌ位ナコトデアリマス，現ニ公共ノ用ニ供シテ居ル財産，若クハ営利財産トシテ国ガ使ッテ居ルヤウナモノヲ譲渡スルコトハ宜シクナイノデ，是ハ旧来ノ財産管理規則ニ規定ガアリマスガ，是ハ規定ニ左様ナ事ガ無クテモ，当然ノ事デアラウト思ヒマス(117)」と述べられ，いわば当然のこととして把握されていることが理解できるのである。また，上述の如く，公共目的に基づく国有財産の分類法を採用していること，議会の協賛に係らしめる法制度を採用していないことなどの大正国財法の法的構造からも，大正国財法が公物理論の発想の下に制度設計されているものと判断できるのである。

以上，大正国財法における不融通性の規定は，財政法的統制の発想ではなく，公物理論的発想の下に制定されたものと評価できるのである(118)。

2－3－4　現行国有財産法の内容及び制定過程

2－3－4－1　現行国有財産法の制定過程及びその背景

現行国有財産法は，終戦直後の昭和22年に暫定改正（以下「22年国財法」と記す），翌23年に新法制定がなされ（以下「23年国財法」と記す），以後数次の改正を経ているが，ここでは23年国財法を中心として整理することとする。

上述の如く，終戦直後の新憲法制定に際し，新憲法と抵触する部分について，国有財産法も改正する必要が発生したために修正がなされたのが昭和22年における暫定改正である。改正が必要最低限のものに限られたのは，差し当たり皇室財産及び社寺境内地の問題という新憲法との関係で解決しなければならない緊急の課題に直面したこと，特に昭和21年後半に問題となった，賠償施設の保守管理事務に忙殺されて法改正の検討をあまり行うことが出来なかったことが指摘されている(119)。22年国財法の重要な点は上述の問題であるが，その附則にて，「国有財産に関する法制を整備するため，内閣に，国有財産法制調査会を設置する」という規定が盛り込まれ，政府は一年以内に国有財産法の根本改正案を作成することが課されたのである。その結果作成されたのが翌年に成立した23年国財法である。

23年国財法は，主として内閣に設置された国有財産法制調査会をもってその案が作成された訳だが，特に司令部の指示の影響を大きく受けていることに注意を要する。司令部の意見の概要は，国有財産管理を厳格に行うべきというものであり，金銭を規律する会計法規と同様の厳格・公平性が必要であること，大蔵大臣の総括権限の強化，雑種財産の管理処分の大蔵大臣の専管化，国有財産の譲与・交換・無償貸付等の厳格化などにまとめられる。他にも，皇室用財産を分類上別個に扱いその数量を最小限にし，その所得には国会の議決を要するようにすること，公共福祉用財産という分類を設け，公園，広場，記念物，国宝等をこれに含ましめて国民一般に公開すると共にその処分には国会の議決を要するようにすること，従来国が所有していた公共用財産の所有権を放棄して何者にも属さない「公共物」とすること，などの意向が示され，これらの意向が制度上反映されていることが窺える(120)。そして，昭和23年6月30日に同法案は法律73号として公布されている。

2－3－4－2　現行国有財産法の制度内容

23年国財法は様々な特徴を有しており，例えば，国有財産にあたるものの範囲を拡大して，無体財産権等を新たに加えたこと，旧法において定められていた境界査定の規定を廃止して，その処理を専ら民法の規定に委ねることとしたこと，国有財産調整審議会を法律上規定したことなどが指摘できるが，特に本論文の視点から重要と思われる点を指摘すると以下の通りである。

まず，国有財産の分類について，公共目的に供される財産とそうでない財産を「行政財産」と「普通財産」という分類に整理し，更に，行政財産を「公用財産」「公共福祉用財産」「皇室用財産」「企業用財産」の4つに細分類したことである。旧法における「雑種財産」が23年国財法の「普通財産」に相当し，それ以外の財産を「行政財産」として捉えることとなっている。続いて，旧法における「公共用財産」が，現行国財法の段階において，行政財産の分類中に位置付けられずに「公共物」として把握されていることである。これは，司令部の意向を受けて創設されたものであるとされていることは既に述べたが，この「公共物」の法的な位置付けについては解釈上重大な問題となる。この点，制定過程上において，司令部の指示するように所有権を放棄するような構成をとることは，日本の法システム上採用できないということで大きな問題となり，結果的に，公共物の所有権の問題については法律上触れないことで決着したという経緯を辿っている(121)。この点，実務上の解釈としては，公共物を普通財産として位置付けつつ，その処分等については特殊の位置付けにあるものと把握されていたが(122)，学説上，とりわけ田中二郎は，「（公共物を普通財産と捉える見解に反対して）公共物を行政財産から除外したのは，公共物

が，そこに掲げられた行政財産よりも一層公共的性質が濃厚で，これを国有の財産とみることそのことさえ妥当ではない，という見地に立つたものと解すべきであるからである。……いわゆる公共物については，所有権の国有という思想を排斥し，かりに，何人かにその権利が帰属すべきものとしても，その公共物である間は，それは，国に帰属すべきものではなく，むしろ一般公衆に帰属すべきものという意味において，国有財産の範疇からこれを除外するを妥当としたのである。しかして，この意味の公共物については，所有権の対象たる財産という観点からではなく，公共のための管理という観点からこれを規定すべきであるという考え方によつているのであろう(123)」と述べて，公共物を普通財産として捉えることに反対し，23年国財法は「公共のための管理」という観点のもとに立法化されたものであると解している。結局のところ，「公共物」という概念は同法改正によって消滅し，旧法の「公共用財産」は現在においては23年国財法における「公共福祉用財産」を廃止して，「公共用財産」という概念の下に，行政財産の一分類に位置付けられることとなっている。続いて，行政財産の管理を各省大臣等に，普通財産の管理を大蔵大臣が担うことを明示している点があげられる。この点は，大正国財法のシステムを原則として継承したものである。そして，行政財産に関して，やはり不融通性を付与せしめている点が指摘できる。この規定の趣旨について，公物理論の発想の下に規定されているものと一般に解されており，やはり財政法的統制の趣旨ではないものと把握できる。23年国財法に定めのある「公共物」についても，不融通性を備えた財産として位置付けられるものと思われる(124)。なお，皇室用財産及び公共福祉用財産に関して，その取得，用途廃止等の際には国会の議決を必要とするという規定がある。国有財産の管理処分において国会の議決を経由するというものは大正国財法においては全くなかったものである。ただ，明治期において国有財産の処分に国会関与の当否が議論となった場合とは質的に違いがあり，財務的統制の見地からなされる国会関与と評価できるものではなく，融通性との関係で問題とはならないものと思われる(125)。

以上のように，23年国財法においては，大正国有財産法と比べて種々の改正が認められるものの，行政財産の不融通性という点では本質的な変更はなく，公物理論的な発想の下に不融通性を規定しているものと評価できよう。

以上，国有財産法制度の形成過程を，特に本論文の見地から重要であると思われる要素を中心に整理を試みた。明治期における官有財産規則及び官有地規則の各立法趣旨は必ずしも明確ではないものの，大正国財法及び現行国財法に関しては，公物理論のもとに制度設計されているものと評価できよう。逆に，国有財産管理において，財政法的な規制は，無償・減額貸付，譲渡等の特殊な規制を除いて，基本的には規定されることがなかったものと評価できよう。もっとも，現行国財法においては財政法9条による規定の影響を受けるものの，その統制の実質上の意義はそれほど重要ではなかろう。いずれにせよ，現行国財法における行政財産の不融通性を再検討するに当たっては，公物理論における不融通性の検討をもって足りるものと推察されるのである。

3．国有財産政策の歴史的経緯及びその意義

3－1　序

前章においては，公物理論及び国有財産制度の制定過程の整理を通じて，行政財産の不融通性の整理を行った。現在においては，特に不融通性の規定を維持する必要性に乏しいというのがその結論である。

一方，日本における国有財産制度は，大正国財法においては大きな質的変化を見たものの，以降の制度に関しては，多少の例外を除いて，基本的には一貫した法制度のもとに政策が推進されてきたものと評価できるものと思われる。では，なぜ国有財産制度そのものが基本的に一貫した制度のもとに推進されてきたのかということが疑問とな

ろう。この点につき，日本が歴史的に国有財産をどのように捉えて，国有財産政策を推進してきたのかということを整理する中で，日本における国有財産政策の特徴を認識することができるものと思われる。

ここでは，上述のような疑問点をもとに，国有財産制度の歴史的概観について，本論文の見地より再整理を行い，国有財産管理政策の発想を理解する中で，一定の評価付けを行う。なお，戦前までの国有財産管理政策については前章において述べられており，重複する部分が多いため，ここでは戦後の国有財産管理政策を中心に整理を行うことにする。簡単に再整理すると，戦前の国有財産管理政策においては，基本的に国有財産は財源調達の重要な一手段であり，主として民間等に払い下げて換金する政策を中心に推進していたものということができる。

3－2　終戦直後の国有財産管理政策 ── 旧軍用財産処分政策の内容

戦後の国有財産管理政策において，歴史上一般に重要な位置付けを付与されるものとして，終戦直後の昭和20年代における国有財産管理政策が指摘できよう。このときの国有財産管理政策の経緯は非常に複雑であり，指摘すべき点が多々存在するものの，本論分の分析上必要な範囲に止めることとする。尚，国有財産法改正に関する部分については前章に譲り，ここではそれ以外の点の記述にとどめる(126)。

戦後国有財産管理政策の最大の問題は，旧軍財産の処分であった。その基本方針は，終戦直後の昭和20年8月28日に「戦争終結ニ伴フ国有財産ノ処分ニ関スル件」という閣議決定において，「陸海軍所属ノ土地，兵舎其ノ他ノ施設等ノ国有財産ハ速カニ大蔵省ニ引継ギ大蔵省ハ之ヲ戦後ニ於ケル食糧増産其ノ他民生安定及財政上ノ財源トシテ活用スルコトヲ期シ之ガ適実ナル管理，運用及処分ニ当ルモノトス」と定め，民生安定，財源確保，そして経済の復興のために国有財産の運用，処分を進める方針を採っていた。しかし，実際上日本政府の意向通りの政策を実現するのは困難であった。その理由として，まず，国有財産の管理において司令部の管理を強く受けたことが指摘できる(127)。具体的には，司令部の許可なしには国有財産の処分が許されないこと(「戦争利得の排除及び財政の再建に関する覚書」昭和20年11月24日指令)，かつ，旧軍財産の所有権と最終的処分決定権を司令部が留保するというもの（「日本軍の建物，施設，土地に関する件」昭和21年5月9日指令）とされ，その処分には制約が付されていたことが挙げられる。続いて，国有財産管理事務を担う体制が脆弱であったことが指摘できる。戦時体制においては，国有財産管理事務を担う体制は極限にまで圧縮されており，戦後により急激に膨張した国有財産管理事務を既存の体制で運営することは不可能であった(128)。実際，戦後には急遽体制が整備されることとなったが，旧軍財産の管理体制や管理そのものが不備であったこと，旧軍財産の引継先を大蔵省とする政府方針に対して，司令部が内務省を旧軍財産の引継とするように指令したことなど(129)，管理体制の確定にも様々な混乱が生じている。そして，占領政策との関係で，旧軍財産の解撤(130)，賠償指定国有財産の保守管理など(131)，普通財産の払下げのみならず，実に多くの国有財産管理業務が発生していることが指摘できよう。

更に，日本政府側の事情だけでなく，民間の側においても，当時は残余国有財産を引き受けるだけの経済力を有していなかった。そのため，当初は旧軍財産の一時使用という形でその運用がなされたのである(132)。一時使用の具体的態様は様々であるが，特に，当時の政策との関係で，農地改革や学制改革，国立病院の充実等に活用されるなど，重要な効果をもたらしているものと評価できよう(133)。

以後，新憲法発足，国有財産法全面改正により，他の財産と同様「普通財産」の一つとして位置付けられた旧軍財産を従来のように特殊な活用をするために特別の立法措置を必要としたために昭和23年6月に立法化されたのが「旧軍用財産の貸付及び譲渡の特例等に関する法律（昭和23年法律

74号)」である。これは，公共団体に対する無償貸付，減額譲渡，譲渡財産の売払代金の延納等を定めている。これは，特に公共目的，とりわけ医療，教育目的においては有効に機能するものであったといえるが，経済再建，民生安定という点では，民間の資力不足もあってその効果は望めなかった(134)。尚，この法律は昭和26年法律30号にて一部改正がなされ，特例を拡充させている。他にも，昭和25年6月28日には「旧軍港市転換法（昭和25年法律220号)」を定め，旧軍港市(横須賀，呉，佐世保，舞鶴の4市）という旧軍用財産に密着する地域の振興対策として，上述の特例法よりも更に特例を強化した(135)。そして，昭和27年6月30日には，「国有財産特別措置法(昭和27年法律219号。この法律の制定に伴い，「旧軍用財産の貸付及び譲渡の特例等に関する法律」は廃止)」が成立し，その用途を公共利益の増進，民生安定，産業振興等に活用する姿勢を明示する。例えば，普通財産の厳格譲渡・貸付の対象として，従来の医療施設，社会事業施設，教育施設のみならず，地方公共団体の施設，国の事業を引き継いだ地方公共団体の事業，電源開発の施設，学校法人，社会福祉法人の施設とするものである。その他，売払代金の延納機関の延長，旧軍財産の機械器具の交換制度など，様々な活用について規定している(136)。

このように，終戦直後の国有財産管理政策は，占領政策の影響を色濃く受けているために非常に特殊な歴史を形成しており，単純な評価は難しい。結果として国有財産の処分のみならず活用という側面が認められる点は注目できるが，財政上の財源として活用しようという発想が認められること，対民間では産業振興という文脈で捉えられていること，公共サービスの活用という点では対自治体への処分に止まることなどから，従来型の国有財産管理政策から質的に変容したものであるとの評価は難しく，従来型の政策の延長線上に捉えられるものと評価できよう。

3－3　国有財産の有効活用の潮流 ── 特に国有地信託方式導入の意味

昭和30年代の国有財産管理政策においては，行政管理庁の国有財産の管理処分についての勧告を契機とする国有財産審議会（大蔵省の諮問機関。昭和32年5月の国有財産法一部改正により国有財産審議会法律上規定された）の設立，国有財産台帳制度の改善，いわゆる「要処理財産」の早期処理の推進など，戦後処理に関する事務から国有財産の管理に関する事務の整備等が進んだ時期である。そのため，国有財産管理政策上指摘されるべき点も少なくない。ただ，昭和30年代の国有財産管理政策は，依然として国有財産（特に普通財産）の「処分」を軸とする政策が中心であって，従来から推進されている国有財産管理政策の延長線上に位置付けられるものである(137)。

国有財産管理政策の方向性に変化が見られるようになったのは，昭和40年代以降であって，それは，高度成長による経済発展を契機とする地価の高騰や，都市化の進展による都市問題などの問題発生と軌を一にするものである。つまり，土地売却により地価の高騰化に拍車をかけることに対する懸念や，新規の公共目的の用地取得が困難となるため，安易な売却を避けて，現有する土地を公共目的のために活用するという政策的転換の必要性が認識されるに至ったのである。このため，公共政策の推進に当たって国有財産の有効活用が強く認識されるに至ったのである。有効活用という視点が初めて強く打ち出されるようになったのは昭和47年3月に国有財産中央審議会により答申された「都市及び都市周辺の国有地の有効利用の推進に関する答申」である。これは，国有地を一層公用・公共用の用途に優先的に充当することとし，都市再開発に関連しない民間への処分を原則として停止すること，国有地を優先的に都市再開発に活用すること，行政財産の使用状況を再検討し，非効率財産の転用をはかりつつ庁舎等の集約化や移転再配置等により効率化をはかり，跡地の有効利用をはかること，などが答申されてい

る(138)。これは，国有財産管理政策において，国有財産は，売却収入による国家財政の寄与という側面のみならず，その公共政策への活用 ── 特に都市再開発など ── という視点が組み込まれた点で重要である。また，行政財産の移転再配置や集約化など，行政財産の効率化という視点が強く打ち出されている点も注目に値するのである。ただ，行政財産の効率化については，非効率使用財産の転用や集約化を通じて発生する跡地を都市再開発等の公共政策に活用するという文脈で語られていることに留意を要する。

このような政策方針は基本的に維持されたが，昭和50年代に至り，石油ショックを契機とする経済の停滞による財政赤字の拡大のため，財政再建が課題とされる中で，国有地の利用に関しては，その公共用・公用優先を原則としつつも，国有財産の売却による歳入確保についても原則を損なわない限りで推進することとし，財源確保の手段としての側面が再び打ち出された(139)。

そして，このような国有財産活用において更なる視点が組み込まれることとなったのが，昭和61年5月での国有財産法改正等（公布施行は同年6月3日）による「国有地信託方式」の導入である。この背景には，国及び自治体の財政危機の中にあって，内需振興による経済成長が要請されたこと，土地価格が高水準にある中，財政難等により新規に土地取得が困難な状況にあることなどが存在する。このような状況のもと，民間活用による公共事業への民間ノウハウの導入及び内需振興や，地価問題を顕在化させず，かつ用地取得の困難性を緩和せしめる政策として，国有地信託方式が注目されるに至ったのである(140)。

国有地信託方式が公共政策において初めてその導入が提起されたのは昭和57年7月における通商産業省の産業構造審議会住宅・都市産業部会の中間答申であり，宅地供給のための具体的な手法として信託方式の導入が提案されている。以降は，都市開発等における導入が主張されているが，特に，中曽根行政改革において強く主張された民間活力の導入という視点が国有地信託方式導入における検討過程で強く意識されているのは注目に値する。国有財産管理政策の問題と公共サービスの民間による提供ということがこの段階で初めて関連を有するものとなったことになる。

ただ，国有地信託方式については種々の問題点が指摘できる。第一に，信託することの出来る財産が「普通財産」に限定され，行政財産は信託できない，換言すれば，行政財産に相当する財産は，公共用であれ公用であれ，国有地信託方式により調達できないものとして捉えられていた点である。つまり，国有地信託方式は専ら普通財産の問題であり，行政財産の効率化の問題とは性質を異にすることになる。この点，公有地信託方式に関して，当時の自治省の通達によると，「普通地方公共団体の公用・公共用施設の建設等は，本来，普通地方公共団体の責任と負担において行われるべきものであることにかんがみ，これを主たる目的とする信託は行わないこととすること(141)」と定められている。つまり，公共用財産ないし公用財産に相当する施設はあくまで国ないし自治体が建設運営するという考えが示されていることになるのである。よって，国有地信託方式が，公共事業等における民間活力の導入として位置付けられながらも，従来行政が担っていた公共領域そのものを温存させつつ，財政難を契機として行政が新規に対応すべき問題を民間に代替させているだけのものとなっているのである。第二に，国有地信託方式の導入の目的が，主として住宅政策等の都市再開発など，特定の政策の手段として検討されていること，及び内需拡大策という経済政策の一環に位置付けられていることである。このため，国有地信託方式が公共サービスの提供のあり方そのものの再検討につながるものであるという認識がなされる土壌がなかったといえる。そして，中曽根行政改革による民間活用の文脈に位置付けられることから導出される限界を有している点である。つまり民間を公共サービスの提供主体として積極的に位置付けることを前提とした議論になっていない（つまり，民間による公共サービス提供において必要な条件とは何か ── 規制緩和など ── に

ついての検討が希薄である）点が指摘できよう。

このように，国有地信託方式は（信託報酬を通じて財政歳入上に寄与せしめる点のみならず）特定の政策的課題に対応する形で国有財産を活用するという意味での「有効活用」であって，従来型の有効活用の発想の延長線上に位置付けられるものということが出来るものと思われる。よって，日本においては，国有財産管理政策とは，あくまで国有財産を使った政策 ── 国有財産売却により財政資金を調達するという政策や，保有している国有財産（特に国有地）を公共サービスの直接の提供に活用するという政策 ── を中心として歴史が形成されてきており，公共サービスをどのような手段で効率的に推進すべきか，公共サービスをどのような資産形態で推進すべきか ── その保有の必要性の有無をも含め，公共サービスをソフトから把握して，そのためのハードのあり方を検討する ── という意味での国有財産管理政策については従来殆ど検討されてこなかったと評価することが出来よう。現行国財法のような法システムが維持されてきているのは，公共サービスにおける物的資産（行政財産）のあり方ということについての認識の欠如が一因として指摘できるように思われる。

4．総　　括

以上，国有財産管理政策の経緯を整理しつつ，国有財産法における行政財産の不融通性に焦点を絞って，その検討を試みた。PFI などの新たな政策手法の出現を背景に，現在において，民間セクター等の成熟化により，民間による公共サービス提供の推進が能力上も手法上も可能となってきていること，そのことが公共サービスの質的向上や効率的推進に資するものであること，上述の手法は，財政危機の中にあって，現在の公共サービスの提供の維持・増進するための手法として重要な位置付けを示すものであること，そして，上述の点を推進するためには，民間を公共サービスの推進主体として積極的に位置付け，公共サービスの提供のあり方を民間への委譲を含めた多様な選択肢のもとに戦略的に判断する制度が必要となることなどについては，既に指摘した通りである。つまり，行政財産の不融通性を緩和せしめるべき積極的理由が存在することが指摘できるのである。一方で，２以降で詳しく検討してきた通り，行政法学上においては，現行国財法で規定するような「公物の不融通性」については克服されているものと評価でき，かつ，国有財産法の制定過程を眺めて見ても，行政財産の不融通性の規定においては，財政法的統制手法を根拠とするものではなく，公物理論的発想の下に策定されてきたことから判断しても，現行国財法における「行政財産の不融通性」を現在において維持すべき根拠は喪失しているものと評価できよう。

以上の点から，現行国財法上，行政財産の性質として規定されている「不融通性」を積極的に緩和していくような立法政策を採用していくべきであると思われる。このことは，現在における「行政財産」と「普通財産」という概念の意義そのものに対する再検討をも示唆することになる。両者の法的相違を認める制度を積極的に見直し，国有財産を一元的に把握する制度を志向すべきと思われる。

もっとも，行政財産に融通性を認めることにより公共目的の阻害となることが起こり得ることを否定するものではなく，当然にそのような場合は起こり得るであろう。ただ，そのために一律に不融通性を規定するのではなく，例えば当該公物の性質に応じて個別の公物管理法等により然るべき立法政策を講ずるなど，最大限にその融通性を認める制度設計が必要であろう。また，不融通性の緩和等により懸念される「公共サービスの継続性」についても，PFI 等の様々な政策手法の高度化等により，公共サービスの継続性をもとに不融通性を維持せずとも，公共サービスの継続性を確保し得る手法は存在するのである。

なお，本論文の提示するような問題提起や改革の方向性については，本論文が主張するような「行政財産の不融通性の改革」のみをもって実現する

ものでは勿論ない。行政や公共サービスの提供そのものの改革をも含む非常に壮大なものであるため，本論文で検討したことは，そのための第一歩に過ぎないのである。最後に，本論文の提示するような問題意識に関連して検討すべき問題点を簡単に指摘しておきたい。

まず第一に，資産の柔軟化と予算制度の関係である。現在においては，国有財産の売却は普通財産に関して行われるのみであり，それはあくまで財政資金調達の一手段として考えられている。つまり，資産を売却して現金とすることは「歳入」であり，資産の取得は「歳出」として認識される。そのため，本論文が主張するような，行政財産を売却する行為について，現行の予算システムの中でどう捉えるのかという問題がある。換言すれば，経営的観点から資産の保有形態を変容させる行為や，オフバランス化する行為に対して，現在の予算制度の枠にはめて把握することは必ずしも妥当とは言えず，これに応じた適切な予算制度改革の必要性が認められよう。なお，NPM 理論に基づく行政改革が予算システム改革を伴っているという指摘は注目に値する(142)。また，この点に関連して，行政の保有する資産に関する財政法理論の再検討が指摘できる。例えば，資産の保有のあり方と財政民主主義の関係をどう捉えるのかという問題がある。上述のように，資産の保有形態を換える行為などの経営的行為と財政民主主義の関係がまず検討されるべき問題である。資産の保有形態を換える行為は，資産価値の減少をもたらすものではない。資産保有形態にまで民主的統制を及ぼすべきか，国庫への損害をもたらさない範囲で資産の保有形態を換える行為が容認されるのかなど，財政民主主義の質的再検討が必要であろう。また，財政民主主義は，基本的に単年度で捉えられる概念であるが，資産にはライフサイクルが存在するため，複数年度にわたる民主的統制の必要性の観点から，財政民主主義の質的再検討もまた重要となるものと思われる。このような点について，財政法学上何らかの解答が求められようが，現在の財政法理論は，行政の保有する資産に着目した法理論をあまり提示せしめていないように思われる。既存の財政法理論に加え，資産に対する法的統制という観点から財政法理論を再検討することが，上述のような問題の検討の前提として必要であろう。

第二に，国有財産管理を担う組織の問題である。現行法上，行政財産は各省庁がその管理を担当し，普通財産は財務省が担当すると共に，財務省が国有財産の総括事務を担当するシステムとなっている。既に述べた通り，現行法を前提にすると，行政財産を柔軟化させるには行政財産を用途廃止する必要があるが，そうすると普通財産となるため，それは財務省の管轄として主として売払われるべき財産ということになるのである。つまり，公共サービスを提供したまま財産を柔軟に取扱うのは困難である。仮に行政財産という概念を否定したとき，国有財産の管理システムをどのように再編成するのかということが問題となろう。この点につき，当該公共サービスに対する政策的判断と資産保有が密接に関係することに鑑みると，各省庁の資産管理権限の強化が志向されるべきと思われる。なお，国総体としての資産保有のあり方（バランスシート管理という側面）についての政策決定も重要となろう。この点については，総轄機関としての財務省に機能強化が求められるものと考える。ただ，この点に関しては，内閣のリーダーシップのもとに位置付けるという考えもあり得るものと思われる。

第三に，民間を公共サービスの提供主体として積極的に位置付け，かつそのために必要な条件整備の問題である。民間セクターによる公共サービス提供を可能とするために，公的セクターと同様の条件設定を講ずる必要があるが，民間による公共サービス参入についての問題点は，PFI の推進において実際上問題として認識されているところである。具体的に指摘すると，まず，いわゆる公物管理者が国ないし自治体に限定されているものが存在する点である。この点を規定するものとして，例えば，道路法第 12 条以下や，河川法第 9 条以下などが挙げられる。公共サービスというソフ

ト面から把握する発想に立てば，公物管理者を限定する必要はないことは既に指摘した通りである。民間事業者が公物管理者として位置付けることが出来るように，規制緩和による民間事業者への解放がなされるべきであろう。尚，地方自治体に関しては，地方自治法第244条の2第3項において，「公の施設」の管理委託を受けられる者が限定されている。この規定も同様の趣旨のもと，規制緩和を推進すべきである。続いて，公物管理権の民間事業者による行使について，理論的に再検討する必要がある。公物管理権には，公権力の行使として把握されるものとそうでないものに大きく分けられるが(143)，問題となるのは前者の方である。すなわち，民間事業者が公権力の行使にあたる行為を行うことが原則として出来ないからである。この点について，小幡純子は，PFIに関して「法律に基づけば，私人に対しても公権力の行使の権限を委任することができる……が，……法律上の委任という方式によって民間事業者に公権力の行使の権限を付与する場合には，委任を受けた民間事業者に対する法的規制・監督を前提にせざるを得ないと考えられるため，PFIが本来，契約条項によってのみ民間事業者の義務を定め，その限りでコントロールすることを旨とした制度であることにかんがみると，むしろ整合性を欠くというべきであろう。したがって，公物管理法上，民間事業者自身が公物管理者となり得るように手当てがなされた場合にも，公権力の行使の権限を民間事業者が行使するという構成は妥当性を欠くように思われる(144)」と述べ，民間事業者が公物管理者となるような法的手当てがなされたとしても，公権力の行使にあたる公物管理権の民間事業者による行使はできないものと解されている(145)(146)。この解釈を前提とするならば，公物管理者が国・自治体である場合と民間事業者である場合の条件の違いを克服せしめる何らかの制度的工夫が必要であろう。

他にも検討されるべき問題点は多々指摘できるであろうが，これらの検討は別の機会に改めて試みることとしたい。

（注記）本論文においては，各種論文，文献等を引用するに当たって，旧漢字表記を適宜改めて引用していることに留意されたい。

（注釈）

(1) NPM理論をとりあげる論文，著書は多数存在する。NPM理論について，その概念等詳細な分析を行っている論文として，差し当たり大住荘四郎「New Public Management理論の展望と課題」『神戸大学経済学研究』44号（1999年）p33～82等を参照。

(2) 同旨，宮脇淳『行財政改革の逆機能』（東洋経済新報社，1998年）p1～52等を参照。

(3) PFI，特に日本版PFIについて論ずる著書は，特に実務的観点のものを中心として多数存在する。PFIの概要については，差し当たり，経済企画庁総合計画局「PFI推進委員会報告書」（平成11年）を，日本版PFIの評価や問題点等を論ずるものととして，宮脇淳『公共経営の創造』（PHP研究所，1999年）p137～159及び，宮脇，前掲書(2) p163～174参照。

(4) 国有財産中央審議会「今後の国有地の管理処分のあり方について」（平成11年）参照。

(5) 本論文においては，分析上の都合で国有財産法など国を中心とした分析，記述を行っているが，同様の問題は地方公共団体にも当てはまる。地方公共団体においては，地方自治法238条の4において，国有財産法と同様に行政財産の不融通性を定めており，本論文の問題提起に関係する部分の財務の法システムは基本的に同様であるからである。本論文のような問題提起は，財政危機がより深刻であり，かつ公共サービスの直接の提供を担う地方公共団体の方がむしろ重要な問題であるということができよう。

(6) 官庁庁舎につき，例えば，PFI方式の典型であるBOT方式（Build－Operate－Transfer方式。当該施設の建設，維持管理を民間事業者が行い，一定期間後に行政側に施設の所有権を移転する方式）で建設するというとき，国が土地を民間に提供しているときは，当該土地は普通

財産として貸し付けられ，当該庁舎は民間の財産である。BOT 方式なので，事業期間終了後は土地建物共に国に所有権が移転するが，その段階で行政財産として認識されるのである。このように，PFI 方式に関しては，普通財産であっても公共サービスが提供されているという構成になるのである。この点につき「地方公共団体における PFI 事業について」(自治画第 67 号平成 12 年 3 月 29 日) 参照。

(7) 国有地信託方式については，南博方『国公有地信託の理論と実務』(第一法規，1987 年) に詳しい。ただ，国有地信託方式を活用して庁舎を建設することは出来ないものと解されているため，現行法上は採用できないことに注意。

(8) 田中二郎『新版行政法中巻(全訂第二版)』(有斐閣，昭和 59 年) p 305 参照。尚，他の行政法学者においても大体同様の定義が用いられている。例えば，原龍之助『公物営造物法 (新版)』(有斐閣，昭和 57 年) p 60～66，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(9)公務員・公物』(有斐閣，1984 年) p 239～240，松島諄吉「公物・営造物の概念」成田頼明編『行政法の争点 (新版)』(ジュリスト増刊) (有斐閣，1990 年) p 144 など。最新のものでは，塩野宏『行政法III (第二版)』(有斐閣，2001 年) p 270，280～282 などを参照。

(9) 同旨，田中前掲書(8) p 305 参照。

(10) 同旨，田中前掲書(8) p 305 参照。

(11) 同旨，田中前掲書(8) p 305 参照。

(12) 同旨，田中前掲書(8) p 305 参照。

(13) 行政法学上，公物に対し，公共目的の性質を不問にして一律に不融通性を付与する立法政策を採用することをどう評価するのかは不明確である。所有権の帰属の違いにより融通性に相違をもたせることを立法政策上どう評価するかも不明確であるが，それよりは，当該公物の性質に応じて，所有権の帰属を問わずに不融通性の性質を統一的に把握する考えの方が学説の考え方に適合的であると思われる。尚，後述注(46)参照。

(14) 日本における公物法の起源を一木喜徳郎ないし穂積八束に求める見解として，土居正典「公物法理論成立史(5)～(7)── ドイツにおける成立と日本行政法学への影響 ──」『秋田法学』18 号 (平成 3 年) p 1 ～40，同 19 号 (平成 4 年) p 1 ～29，同 20 号 (平成 5 年) p 3 ～33 参照。

(15) 今回整理することは出来ないが，公物理論は現在，様々なアプローチから再整理が進みつつある。公物理論の新傾向として，広岡隆「公物法理論の省察」同『公物法の理論』(ミネルヴァ書房，1991 年) p 44，公共施設法については，原，前掲書(8) p 357～479，荏原明則『公共施設の利用と管理 ── 海浜と道路を中心に ──』(日本評論社，1999 年) 等を参照。環境管理という観点から公物管理法の新傾向を提示するものとして，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」松田保彦，山田卓生，入留島隆，碓井光明『国際化時代の行政と法(成田頼明先生横浜国立大学退官記念)』(良書普及会，1993 年) p 25～58，更に，三本木健治「公物法概念の周辺的課題」『公法研究』51 巻 (有斐閣，1989 年) p 276～289 も参照。これらの公物理論と本論文との関係の整理は別の機会に譲ることとしたい。

(16) 美濃部達吉「公法上ノ所有権ノ思想ニ付テ」『法学志林』10 巻 11 号 (明治 41 年) p 15～22 参照。

(17) 美濃部達吉「公法上ノ所有権ノ思想ニ付テ」『法学志林』10 巻 9 号 (明治 41 年) p 4 ～ 5 参照。

(18) 美濃部達吉『行政法撮要下巻 (第三版)』(有斐閣，昭和 10 年。初版は大正 13 年) p 228～230 参照。

(19) 美濃部達吉『日本行政法下巻』(有斐閣，昭和 15 年) p 775～786 参照。

(20) 美濃部，前掲書(18) p 288 参照。

(21) 美濃部，前掲書(18) p 238～239 参照。

(22) 美濃部，前掲書(18) p 239～241 参照。

(23) 美濃部，前掲書(19) p 798～799 参照。

(24) 美濃部，前掲書(19) p 799～800 参照。

(25) 織田萬「公産論」『法学志林』11巻4号（明治42年）p16参照。
(26) 織田，前掲論文(25) p5～6等参照。
(27) 織田，前掲論文(25) p10参照。
(28) 織田，前掲論文(25) p11参照。
(29) 織田，前掲論文(25) p11参照。
(30) 織田，前掲論文(25) p10参照。
(31) 私所有権説を採用するとき，融通性制限の根拠を公共目的の供用に求めるので，「公共目的の供用を妨げない限り融通性を承認する」と捉える考えが一般的であろうが，織田萬においては，公物が一律に不融通性を有するものとして整理を行っている点に特徴がある。
(32) 佐々木惣一「公物ヲ論ズ」『国家学会雑誌』23巻9号（明治42年）p18参照。
(33) 佐佐木惣一『日本行政法論総論（改版）』（大正13年，初版は大正10年）p229参照。
(34) 佐々木，前掲論文(32) p83参照。
(35) 佐佐木，前掲書(33) p250～251参照。
(36) 佐々木，前掲論文(32) p116参照。
(37) なお，美濃部達吉，織田萬，佐々木惣一の3者の公物理論を分析した論文として，広岡，前掲書(15) p3～32，土居正典「公物法理論成立史(8)(9)完 ── ドイツにおける成立と日本行政法学への影響 ──」『秋田法学』21号（平成5年）p42～73，同30号（平成9年）p1～93参照。
(38) 柳瀬良幹「公物の所有権」『国家学会雑誌』47巻2号（昭和8年）p17～54参照。
(39) 田中二郎「公物の法律的構造 ── 特に公物所有権を中心とする公物と私法との関係の素描 ──」同『公法と私法』（有斐閣，1955年）p149～168参照。
(40) 原，前掲書(8) p134参照。
(41) 原，前掲書(8) p134参照。
(42) 尤も，田中二郎は「公物は，直接，公の目的に供用される物であり，その目的を達成させる必要上，多かれ少なかれ，私法の適用対象から除外されるものであることは，一般に承認されるところである。しかし，具体的に，どの範囲に私法が適用され，どの範囲に特殊の法的規律が適用されるかは，実定法の問題であり，河川・道路等の個別具体的な公物に関する実定法について，具体的に検討するほかはない。単に公物であるからという理由で直ちに完全に私法の適用対象から除外されるものと速断してはならない」（田中，前掲書(8) p310参照）「公物は，公物なるが故をもって，当然に不融通性を有するわけではない。公物の目的を達成させるうえに必要な限度において，その融通性が制限され，時に，それが否定されることがあるにすぎない」（田中，前掲書(8) p310参照）と述べ，原龍之助においても，公物の不融通性に関しては，「公物は，民法にいう不融通物として，法律上，しばしば，私的取引の対象から除外せられる。公物は，このような不融通性（Unvertfugbarkeit）を有する点に特色をもつといわれる。これは，おそらく，公物の融通性を認めるときは，その物を公共の用に供するという目的を妨げるおそれがあるとするにあるようである。しかし，公物は，公物であるが故に，当然に不融通性を有するものとはいえない。ただ，公物は，公物の目的を達せさせるために必要な限度において，その融通性が制限され，あるいは否定されるにすぎない」（原，前掲書(8) p137参照）と述べ，公共目的の供用を妨げない限り融通性を容認する考えを示している。そのため，所有権の性質に対する理解は別として，現在においては，公物が一律に不融通性を備えるものとして捉える見解は殆ど存在しないといえよう。
(43) 渡辺宗太郎『改訂日本行政法（上）』（弘文堂書房，昭和12年）p210参照。
(44) 渡辺，前掲書(43) p212参照。
(45) 渡辺，前掲書(43) p213～214参照。
(46) 尤も，渡辺宗太郎は「国有財産法は，明かに，普通財産を除く行政財産，即ち公物である国有財産は，これを譲渡することはできないと規定するから，この場合には，それを公物として存在せしめる間は，その不融通性は絶対的のものである」（前掲書(43) p214参照）と述べ，立法政策上不融通性を絶対のものとすることも可能で

あると述べていることに注意。尚，磯崎辰五郎の同様のことを述べている。

(47) 磯崎辰五郎『公物・営造物法』（日本評論社，昭和15年）p 25参照。

(48) 磯崎，前掲書(47) p 27参照。

(49) 杉村章三郎「公物主体の権利の性質に就いて」『国家学会雑誌』50巻7号（昭和11年）p 34～48参照。

(50) 本文で採りあげた学説以降のものとして特に日本における公物理論を論じたものとして，田村，前掲論文(8) p 239～262，松島，前掲論文(8) p 144～147，塩野，前掲書(8) p 268～319等がある。

(51) フランスの公産理論については，小幡純子「フランスにおける公物法」『公法研究』51巻（有斐閣，1989年）p 238～249，広岡，前掲書(37) p 32～35，55～72等。尚，特にオーリウの公産理論については，橋本博之『行政法学と行政判例――モーリス・オーリウ行政法学の研究』p 141～158等を参照。

(52) 小幡，前掲論文(52) p 240参照。

(53) 小幡，前掲論文(52) p 239参照。

(54) 小幡，前掲論文(52) p 239参照。

(55) 広岡隆「公物の時効取得」同前掲書(15) p 60参照。

(56) 広岡，前掲書(37) p 33参照。

(57) 小幡，前掲論文(52) p 238参照。

(58) 広岡，前掲書(37) p 33参照。

(59) 小幡，前掲論文(52) p 238参照。

(60) 広岡隆によると（広岡，前掲書(15) p 62～64参照），フランスにおいても，カピタン（Capitant）などのように，通説たる公所有権とは捉えずに，私所有権をベースに公共目的の供用による公法的制限を受けるものと解する説が存在していたことが指摘されている。カピタンの説は，物の不可譲渡性等を語るのではなく，「供用」の観念で把握しようというものであることが指摘されている。

(61) 現在におけるドイツの公物理論の概要については，大橋洋一「公物法の日独比較研究・序論(一)～(四)」『自治研究』70巻11号（平成6年）p 69～84，同12号（平成6年）p 39～53，同71巻1号（平成7年）p 62～76，同2号（平成7年）p 29～46等を参照。

(62) バーゼル城壁問題及びその理論的対立については，美濃部達吉「公有物ノ性質ニ関スル学説」『国家学会雑誌』21巻7号 p 41～49，柳瀬，前掲論文(38) p 20～30，磯村篤範「ドイツにおける公物法理論の形成(一)」『法学論叢』121巻5号（1987年）p 56～75，土居正典「公物法理論成立史(1)――ドイツにおける成立と日本行政法学への影響――」『秋田法学』14号（平成元年）p 1～37等を参照。

(63) 柳瀬，前掲論文(38) p 21～22等参照。

(64) 柳瀬，前掲論文(38) p 22～23等参照。

(65) 柳瀬，前掲論文(38) p 25～26等参照。

(66) 柳瀬，前掲論文(38) p 26～27等参照。

(67) 柳瀬，前掲論文(38) p 27，美濃部，前掲論文(17) p 14～15等参照。

(68) 柳瀬，前掲論文(38) p 29～30等参照。

(69) 柳瀬，前掲論文(38) p 31～33等参照。

(70) 柳瀬，前掲論文(38) p 34～40等参照。

(71) 柳瀬，前掲論文(38) p 41～42等参照。

(72) ドイツの国庫説については，山内一夫「国庫説の歴史的発展(1)(2)――公法の私法よりの分化――」『国家学会雑誌』55巻4号（昭和16年）p 34～50，同5号（昭和16年）p 42～67参照。

(73) ドイツにおけるバーゼル城壁問題における公物理論以前の公物の生成過程に関しては，美濃部，前掲論文(63) p 39～41等参照。

(74) 外地とは，朝鮮，台湾，樺太等のことを指すが，これらは外地故に内地とは違った国有財産管理制度を規定するものであり，また，社寺境内地については，明治初期の下戻処分等の特殊の沿革を形成している。皇室（帝室）財産は，その特殊性ゆえ国有財産制度の枠外とされたりしていた。他にも，北海道等は開拓政策との関係で特殊の扱いを受けていた。

(75) 律令期から官有地の形成過程を分析するものとして，多田喜一『国有財産制度論』（大蔵財務

協会，昭和13年）p42～76，澤来太郎『帝国国有財産総覧』（澤政務調査所出版部，大正6年）p23～59参照。

(76) 多田，前掲書(75)p14～17参照。

(77) 大蔵省編『明治大正財政史（第2巻）会計制度』（財政経済学会，昭和11年）p912～913等参照。尚，官有地整理に関する一連の規定に対する評価を整理する論文として，土居正典「公物法理論成立史(5)――ドイツにおける成立と日本行政法学への影響――」『秋田法学』18号（平成3年）p1～40等を参照。

(78) 「官有地特別処分規則」というのは，官有地につき，一定の場合において随意契約により貸渡ないし売払することができることを定めるものであるが，本論文の分析見地からは直接の対象とはならないので，詳細については省略する。

(79) 阪谷草案については，小柳春一郎編著『日本法令資料全集4会計法』（信山社，平成3年）p167～207に掲載。尚，以降，各法案については，全て同書からの引用を記載することに留意されたい。

(80) 官有財産規則等制定以前においては，会計法は段階的に整備されていったのに対し，官有財産管理については，例えば「不用土地払下ニ関スル件(大蔵省達39号)」「官舎払下並貸渡規則(太政官布告167号)」「官林払下規則(大蔵省達76号)」「土地官林払下停止ノ件(太政官布告257号)」などのように，適宜定められていた。

(81) 小柳，前掲書(79)p3参照。

(82) 阪谷草案及びそれ以降の会計法の制定過程については，小柳，前掲書(79)p9～117参照。

(83) 小柳，前掲書(79)p3参照。

(84) 阪谷芳郎は，官有財産に対する認識として「各省ニ於テ不用ニ帰スル財産ハ本局（官有財産局のこと。筆者注）ニ於テ最モ高価ニ売払ノ道ヲ立テシメ又各省財産ノ保存方ヲ監査シ無益ノ費用ヲ省ク事ニ注意セシムルニアリ斯クスルトキハ一方ニハ売却代ノ収入ヲ増シ一方ニハ冗費ヲ節スルヲ以テ国庫ノ勘定ハ非常ニ余有ヲ生スヘシ独リ之ノミナラス今日各省所管ノ官用地及家屋中ニハ実際不用ニ属スルモノ数多アレトモ財産規則ナキヲ以テ事緩慢ニ流レ居レル今此等不用ノ官用地及家屋ノ取調ヲ附ケ悉皆売却スルトキハ数百万円ノ収入ヲ得ルハ容易ナルヘク而シテ同時ニ各庁ノ営繕費等ニ著シク減少ヲ見ルヘシ……各省所管外ノ土地家屋ニシテ府県ノ管理ニ属スルモノヽ内ニハ水流ノ保護ニ充テ若クハ樹木ノ培殖ニ供シタル如キ必用ノ部分ヲ除クモ尚ホ巨多ク不用ナルモノアルヘシ……其中ニハ市中ニ散在シ高価ナルモノモ数多アルヘシ之モ亦其取調ヲ附ケ売却ニ附スルトキハ巨万ノ収入ヲ得ル難キニアラス此等数百万円ノ収入ハ以テ国防ノ費途ニ供スルモ可ナリ以テ高利ノ公債ヲ償還スルモ可ナリ」「収入ヲ目的トスル財産則チ森林鉄道電信郵便官工業場等ハ之ヲ大蔵省ニ於テ管理スルヲ善トス何トナレハ此等ノ業ハ皆ナ経済ノ主義ヲ以テ取扱フヘキモノニシテ一般ノ政務ト同シカラサレハナリ」などと述べ，国家財政における官有財産売却収入や事業収入等の重要性を指摘している。

(85) 但し，会計原法草案において，官有財産の定義に関して，それを「公益ニ供スルモノ」「行政ノ用ニ供スルモノ」「収入ヲ目的トスルモノ」という，公共目的の供用等による3つの分類方法を認識していた。しかし，そのことが現行国財法のように不融通性のような法的相違を導出せしめておらず，上述の定義も法案に規定されているわけではない。

(86) 「会計原法草案」第4項（小柳，前掲書(79)p170～171）参照。

(87) 「会計原法按附説明」第178条の法案趣旨説明（小柳，前掲書(79)p304）参照。尚，阪谷草案172条2項においては「政府ニ対スル負債及租税不納ノ為メ官没ニ帰シタルモノニシテ官有財産ニ編入スヘキモノニアラサル不動産ヲ政府ノ利益ノ為メニ譲渡及交換スルトキ若クハ現行法律ニ抵触スルコトナクシテ水ヲ引ク為ニ官有地ノ一部分ヲ譲渡ストキ若クハ官道ノ廃棄ニ帰シタルモノ又ハ其敷地ノ一部分不用トナリタルモノヲ譲渡ストキハ参事院ノ意見ヲ聴キタル上ニテ官

報ヲ以テ公布セル勅令ニヨリ之ヲ許可スルコトヲ得」と定め，重要性の低い財産に関しては其の要件を緩和していることに留意。

(88) 小柳，前掲書(79) p 19 参照。

(89) 「会計原法草案」第 4 項（小柳，前掲書(79) p 170～172），及び小柳，前掲書(5) p 19 参照。

(90) 「官有財産管理法・官有財産管理規則案――「21 年 11 月大蔵省案」――」における官有財産管理規則第 2 条の規則案趣旨説明（小柳，前掲書(79) p 492）参照。

(91) 前掲案(90)における官有財産管理法第 3 条の法案趣旨説明（小柳，前掲書(79) p 491）参照。

(92) 土地条例案については，小柳，前掲書(79) p 487～488 参照。

(93) 官有地管理条例案については，小柳，前掲書(79) p 488～490 参照。

(94) 日本がドイツ等の公物理論をどの段階で吸収したのかという正確な時期が不明確なため，官有地規則が公物理論の発想の下に形成されているのかが不明確であると思われる。土居，前掲論文(14)においては一木喜徳郎や穂積八束の段階に求めているものの，両者は明確に公物を論じている訳ではなく，かつ明治 30 年頃の話であって，明治 23 年の段階の状況がどのようであったかについては分析されていない。ただ，学説上公物が論じられることと，日本の法制度上公物理論的制度設計がなされることとは別問題であって，同時期のドイツ等においては既に公物理論が様々な議論がなされていることからも，行政実務側において既に公物理論を参照している可能性も十分に考えられるのである。

(95) 農商務省案については，小柳，前掲書(79) p 544～546 参照。

(96) 「官有林野払下構想」とは，農商務省と内務省が一体となって推進しようとした政策であり，各地方に散在する官有林野を民間に払下げて，売却収入を地方の財源に充てるものとする政策である。官有林野払下構想に関する政治的状況については，御厨貴『明治国家形成と地方経営――1881～1890 年――』（東京大学出版会，1980 年）p 168～203 に詳細な叙述がある。

(97) 皇居前丸の内に存在する陸軍施設の転出に関して，跡地を払下げて市街地とする計画が内務省の東京の「都市計画」が策定されていた。尚，払下げによる収入で陸軍の兵営移転や市区改正の施設設備の財源とすることを目的としていた。しかし，それに対して，大蔵省内部では反対があった。その要旨は，宮城に害があること，財政上の損失が認められること，政略上不得策であること，行政上不便であること，そして，時期が適切でないこと，などである。この点については，小柳，前掲書(79) p 125～126 参照。

(98) 大蔵省案と内務省案の競合，そして大蔵省案採用の政治的経緯（内務大臣山県有朋の洋行，大蔵大臣松方正義の対応等）については，御厨，前掲書(96) p 178～203 参照。

(99) 枢密院第一回提出案については，小柳，前掲書(79) p 521～525 参照。

(100) 「官有財産法・官有財産管理規則案（明治 22 年 6 月）――「枢密院第一回提出案」――」における官有財産法第 3 条の趣旨説明（小柳，前掲書(79) p 522）参照。

(101) 前掲案(100)における官有財産法第 1 条の趣旨説明（小柳，前掲書(79) p 521～522）参照。

(102) 枢密院第二回提出案については，小柳，前掲書(79) p 548～551 参照。

(103) 小柳，前掲書(79) p 127～128 参照。

(104) 当時の官制改革において，官有地の管理処分に関する事務は内務省地理局に委ねられることが閣議決定され，逆に，大蔵省の悲願であった官有財産局設置案は否定されることとなったという経緯が大きく影響していることが指摘される。この点につき，小柳，前掲書(79) p 130～132 参照。

(105) 小柳，前掲書(79) p 138 参照。官有財産の売却に関して議会の協賛という要件を設定することについて，官有財産の売却は行政権に属するものであること，官有財産の売却に議会の協賛を要するとすると，憲法が議会に対して認めた以外の権利を議会に付与することになるので憲法違

反となり，天皇大権への侵害となること，などをその根拠に，議会協賛に反対する見解である。このような見解を採用する者として，青木周蔵，デニソン等，逆に議会協賛を必要とすべきという見解を採用する者が，当時の大蔵省，井上毅，ロエスレル等である。

(106) 官有財産管理規則案――「明治23年7月法制局案」――については，小柳，前掲書(79) p551～555参照。

(107) 例えば，行判昭和7年3月18日第二部宣告（行政裁判所判決録43輯）（昭和7年）p172など。

(108) 大蔵省昭和財政史編集室編『昭和財政史Ⅷ――国有財産・営繕――』（東洋経済新報社，昭和33年）p11～13参照。

(109) 大蔵省昭和財政史編集室編，前掲書(101) p12～14参照。

(110) 例えば，大正国財法制定推進に精力的であったと指摘されている澤来太郎においては，同前掲書(75) p1～6において，郷里の仙台において，地価の高いところを官舎及び乗馬練習場，歩兵教練場に供するのは不経済であり，より安価な土地にて当該職務を行わせ，供されていた土地を売却することで，国財濫費の弊の根絶ないし新財源の開拓に資する，として，国家財政政策上の国有財産の重要性を強調している。

(111) 大蔵省昭和財政史編集室編，前掲書(108) p12参照。

(112) 「第44回帝国議会衆議院国有財産法案委員会議録第1回」p13～14（宮古啓三郎議員質問）参照。

(113) 前掲議事録(112) p6（西野元政府委員答弁）参照。

(114) 大蔵省昭和財政史編集室編，前掲書(101) p38参照。

(115) 「第44回帝国議会貴族院国有財産法案特別委員会議事速記録第2号」p1～2（西野元政府委員答弁）参照。

(116) 前掲議事録(115)第1号p1（神野勝之助政府委員答弁）参照。

(117) 前掲議事録(112) p9（西野元政府委員答弁）参照。

(118) 大正国財法4条に定める不融通性に関して，多田，前掲書(75)においては「（公共用財産及公用財産について）此の種の財産は国家目的遂行上に必要なるが為に所有する財産であつて，現に公共用，公用に供し，若くは供せんとする財産である」「即ち純然たる公用財産であるから，離権処分とは相容れない種類の財産である……離権処分に於ては例外をも認むるを得ない性質である。即ち離権処分し得る時は国家目的に供することを廃したる時であつて，財産としては雑種財産となつたものと言はざるを得ないからである」と述べ，公共目的の供用を不融通性の根拠としており，やはり公物理論的発想で把握している。

(119) 大蔵省財政史室編『昭和財政史（終戦から講和まで）第9巻（国有財産・造幣・印刷・専売）』（東洋経済新報社，昭和51年）p107～108参照。

(120) 大蔵省財政史室編，前掲書(120) p109～110参照。

(121) 大蔵省財政史室編，前掲書(112) p110参照。

(122) 例えば，宮川新一郎，菱沼貞雄『官庁会計実務講座』（第3巻）（大蔵財務協会，昭和25年）p49～50等参照。

(123) 田中二郎「公物とその所有権――公物法の改正をめぐる一つの問題――」同前掲書(39) p172～174参照。

(124) 例えば，23年国財法での説明として，宮川，菱沼，前掲書(122) p41～42参照。公共物についても，それが普通財産に分類されるとしながらも「たとえ公共物が普通財産とはいえ，いわゆる公物であり，その見地においては，行政財産とその性質を全く同じくするもので，いわば制限的普通財産であつて，直接公共の用に供すること，その用に供する間は私権の行使を許されざること等は一般の普通財産と異るものがあり……」（宮川，菱沼，前掲書(122) p50参照）と述べ，公物として説明されている。現行国財法に関しては，建部和仁編『平成6年改訂国有財産法精解』（大

蔵財務協会，平成6年）において，やはり公物理論のもとに説明を行っている。

(125) 建部，前掲書(124) p 216～217によると，この規定の趣旨として，「㈠公園又は広場としての公共用財産は国民の福祉厚生等の見地から最も重要な施設であって，これを保持し利用の増進を図ることは文化国家として重要であること㈡皇室における財産の授受及び皇室の費用について民主化を図るという憲法の理念……の下で，予算を伴わない寄附又は交換等による皇室用財産の増加については，他の種類の行政財産とその取扱を厳格に区別すべきであるとの要請があること……から，公園若しくは広場である公共用財産の減少又は皇室用財産の増加は，所管省庁の自由な行政裁量によって行わせず，国会の議決にかからしめようとするところにある」と述べている。なお，この規定は23年国財法の段階では，公園又は広場である公共用財産の取得等による増加と皇室用財産の用途廃止による減少についても国会の議決に係らしめていたが，昭和28年の改正により，この点については他の一般の規定により適正性を確保せしめるということで改正されている。

(126) 昭和20年代の国有財産管理政策の詳細な内容については，大蔵省財政史室編『昭和財政史（終戦から講和まで）第9巻（国有財産・造幣・印刷・専売）』（東洋経済新報社，昭和51年）p 3～199参照。他に，山川俊宏「国有財産行政の変遷」『不動産研究』18巻2号（昭和51年）p 94～96，山口健治「国有財産を考える㈤」『ファイナンス』16巻9号（大蔵財務協会，1980年）p 76～78等を参照。

(127) 大蔵省財政史室編，前掲書(126) p 38～39参照。

(128) 戦中期においては，国有財産管理を担う組織は，営繕管財局（外局）総務部国有財産課，営繕管財局（内局）国有財産課，総務局財務課，総務局企画課，そして最終的には主税局第三課にまで圧縮されている。なお，戦後においては，事務が膨大になったため，国有財産部が新設されている。

(129) 司令部が旧軍財産の引継を内務省と指定したのは，旧軍財産が全国に存在していたため，地方庁に引継をさせることが便宜であったためであるとされ，少なくとも，当時の政府方針に反対する意図ではなかったとされる。尚，大蔵省財政史室編前掲書(126) p 24～37参照。

(130) 「旧軍財産の解撤」とは，占領政策の一環で，日本政府の戦闘力削減を目的に，司令部の指示の下，旧軍財産（艦船等）の解体等を行うものである。詳細な内容については，大蔵省財政史室編，前掲書(126) p 49～60参照。

(131) 「賠償指定国有財産」の保守管理とは，敗戦による賠償支払いの対象とされている国有財産を，司令部の監督のもとにその保守管理を行う事務である。この保守管理事務は非常に厳しいものであって，実務上の負担は膨大なものであったとされている。詳細な内容については，大蔵省財政史室編，前掲書(126) p 61～80参照。

(132) 大蔵省財政史室編，前掲書(126) p 40～41参照。

(133) 大蔵省財政史室編，前掲書(126) p 44～45参照。

(134) 大蔵省財政史室編，前掲書(126) p 41参照。

(135) 大蔵省財政史室編，前掲書(126) p 147～149参照。

(136) 大蔵省財政史室編，前掲書(126) p 152～157参照。

(137) 山川，前掲論文(126) p 96～99等参照。

(138) 上国料巽「特定国有財産の整備」『ファイナンス』5巻2号（大蔵財務協会，1969年）p 39参照。

(139) 国有地の有効活用に関する概要を示すものとして，田中誠二「国有地の有効活用について」『ファイナンス』20巻11号（大蔵財務協会，1985年）p 62～71等を参照。

(140) 国有地信託方式導入の背景やその意義などについてとりあげる論文は多々存在するが，ここでは，林宏「土地信託 ── その意義と今後の展開 ──」『ファイナンス』20巻11号（大蔵財務協会，1985年）p 73～77，南，前掲書(7) p 12～23等を参照。

(141) 「地方自治法の一部を改正する法律等の施行

について(昭和61年5月30日自治行第61号各都道府県知事・指定都市市長あて自治事務次官通知)」第1の1(3)イ参照。

(142) 田中秀明，岩井正憲，岡橋準「民間の経営理念や手法を導入した予算・財政のマネジメントの改革」(財務省財務総合政策研究所，平成13年) 参照。

(143) 塩野，前掲書(8) p 302参照。

(144) 小幡純子「公物法とPFIに関する法的考察」小早川光郎，宇賀克也編『行政法の発展と変革(塩野宏先生古稀記念)(上)』(有斐閣，2001年) p 781参照。

(145) なお，PFI事業者による公物管理権行使について，塩野，前掲書(8) p 298においては「公物管理権は公物管理主体（行政主体）が行使するのが原則であるが，これを，第三者，たとえば，PFI事業者に委ねることもできる」として公物管理権行使を可能としている点は注目に値するが，その詳細な見解については不明確である。

(146) 尚，指定機関を題材に，民間による公権力行使に関する分析として，米丸恒治『私人による行政――その法的統制の比較研究』(日本評論社，1999年) p 325～375参照。

(はせべ　たかふみ　財務省国際局)