

拂を爲した場合に於ては、請負人が危険を負擔するときは、道路管理者は假拂金の返還請求權を有するけれども、道路

管理者が危険を負擔するときは之に對して何等の影響を及ぼさないのである。

道路占用に關する報償契約について (二)

鈴木慶太郎

一、はしがき

(1) 有效説

二、報償契約の概念及び法律的性質(以上前號所載)

三、道路法施行前に於ける報償契約の效力(本號掲載)

四、道路法施行の報償契約に及ぼす效果

五、瓦斯事業法施行の報償契約に及ぼす效果

六、むすび

三、道路法施行前に於ける報償契約の效力

約の效力

(一) 學説

報償契約の法律的性質を私法上の契約なりと説く民法學者は大體に於て、「右契約は契約自由の原則に依りて爲された雙務契約なりと認むるを得るが故に有效なり。」と論じ、又A博士は、「瓦斯事業を一會社の獨占事業と爲し、市町村が自ら斯業を營まざるのみならず、他會社に對して許可せずといふ義務を負擔する一條項に就いては、不適法なりやとの疑を生ずるも、余は寧ろ當時の法制上有效なるものと解す。」と述べ、更に又

公法上の一方行爲説を採るD博士は、公物の特別使用許可に當り、一定の負擔を命ずることは、法律上容認せらるゝ所であるから、有效なりと解するを得べし。」と論じてゐる。

(2) 無 效 説

公法上の契約説を唱ふるB博士を始め折衷説を主張するE博士は、「報償契約に依つて市町村の負擔する所の義務は、(1)營造物使用の概括的承認、(2)道路占用料及び特別税の免除、(3)瓦斯事業經營の獨占權賦與等、何れも公法的效果の發生を目的となすものである。されば斯の如き條項を孕む契約が有効に成立し得る爲めには斯る契約能力を認めた公法規定の存在することを必要とする。然るに契約當時之を規定した法令は全く存在しなかつたのであるから、斯る契約は無効なりと論ぜざるを得ない。」と説いてゐる。

(3) 折 衷 説

性質論に於て折衷説を採るF博士は、「報償契約條項中

私法行爲に屬する部分は、契約自由の原則に依り有效なれども、公法關係と認むべき部分に就いては、無効論者の主張するが如き理由に依り無効なりと解するの外ない。随つて此の場合、一部無効に因り契約の目的を達成することが出来ないならば、勿論當該契約を解除することも出来る譯であるが、必ずしも常に契約解除の問題を生ずべきものではない。」と述べてゐる。

(一) 判 例

報償契約に關する判決例は、曩に述べた通り事案の焦點たるべき管の效力問題に就いては、之が論及を忌避せるものゝ如く、仄かなる示唆すら全く之を與へず、而も右争訟は原告の訴の取下に因り幕を閉づるに至つた。

(三) 卑 見

敘上の如く多數の學説が互に對立して相争ひ、未だ有權的な解釋を窺ふに由なきことながら、眞に然あるべき解釋は必ずや一義的のものでなければならぬであらう。とは信ずるものゝ、私は特に、報償契約の運命を診ると

き何となく、「死線を彷徨した數奇な生存者」の如く感ぜられ、其の效力に就いても、一應二つの見解が下し得る様に思はれる。即ち一は冷々たる法理論的解釋であり、一は時代を酌んだ溫情的解釋論である。

惟ふに道路、公園等の如き營造物が、原則として私法的法律行為の目的となり得ない所謂不融通物なることは、ローマ法以來の一大原則であり、其の趣旨は我が國に於ても古くより一貫せられて居り、事實行政裁判所の判決例も、之等公物の使用關係は公法分野に屬する旨を示してゐる。(註三、註四)されば道路の本質的特異性を熟考せず、報償契約を私法上の雙務契約なりと解し、簡單に契約自由の原則を以て其の論據となし、有效なりと意義づける私法行為説は、其の根本的觀念に於て誤謬に陥れるものと云ふべきであらう。

又瓦斯事業に對する監督權は國家に專屬する公權なるを顧みず、斯る監督權を有せざる公共團體が私法上の契約に依り、或は又公法上の行為に基き、斯業の經營に容

喙し監督がましき行為をなさんとするが如きは、法律上容認せらるべき所でない。

以上の諸點より論ずるも前述の有效説には法理論上贊するを得ない。

次に又報償契約の法律的性質を目して折衷的に解する所説は、曩に述べたる大審院判例の示唆する如く、全く當事者の意思及び本契約の本質を遠く離れた解釋論に過ぎないから、之を前提となし意義づけたる效力問題に就いては、茲に攻撃の矢を放つべき限りでなからう。

要するに報償契約は公法上の契約なりと解すべきであり、又其の效力に就いては、假令事實關係は極力尊重すべきものなりと雖も、將又冷酷なりとの非難を浴びようとも、純理論としては、道路の管理權を有せざる公共團體に對して、斯の如き公法上の契約を締結し得る能力を認めたる公法規定が存在しなかつたのであるから當然無効なりと解せざるを得ないであらう。

然し乍ら右の如く純理論に依り報償契約は無効なりと

斷するの外なしと解し、固く目を閉じて顧みなかつたなら、全國に散在する數十の報償契約の運命は甚だ心細きものとなり、延いては重大なる社會問題としての暗影を必然的に投げかけるに至るであらう。事實社會には純理論のみにては割り切れない幾多の難物が存在することは、今更謂ふ迄もない所であり、而も内容を審究するとき、可なり妥當ならざるものをも包藏する場合が尠くない。然しながらそれが致命的障害を有するものでないならば、當時の法制的、社會的、經濟的等々の諸般の事情を背景として生れ出た之等難物も一應は慈悲の心を以て、抱き上げて見るべきではなからうか。茲に於て私は無効と斷すべき報償契約を更に再吟味し、第二の見解を溫情的解釋論として築いて見たい。

凡そ法律は、法律そのものとして我々に認識せられるものでなく、それは常に解釋を通してなされることを必要とする。而も我々の解釋は、社會事情の變遷に隨伴して、次第に變轉せざるを得ないといふ事實は確かである。

そこに法律の進歩を見又動きを得るのである。即ち報償契約の效力に就いての見解も以下述べんとする法律的秩序の整はなかつた昏迷時代に於ける第二の見解即ち時代を酌んだ溫情的解釋より何時しか法的秩序の整備した文化時代に於ける第一の見解換言すれば純理論的解釋に傾いて行つたのではあるまいか。

按ずるに道路法制定前に於ける道路に關する法令は、極めて不備にして、道路使用に關する内務省訓令（明治二十四年第四六二號）が存在したに過ぎない状態であつた。されば元來國の營造物たるべき管の道路に就いてすら、之が果して國の營造物なりや、將又公共團體の營造物なりやと幾多の論争が行はれ、行政裁判所判決例に於ては（大正二年十二月廿五日）

「地盤所有權ノ所屬ハ營造物ノ主體ヲ定ムルニ關係ナキノミナラス本件道路ハ里道ナレバ之ヲ管理スル米澤市ノ營造物ト認メザルヲ得ズ。」と宣言した。斯の如き實情なれば當時に於ては、市町村は自己の費用負擔に係

る道路の管理權を有したるものなりと解するとも強ち之を難すべきでなからう。

次に又明治二十年代に於ては法令の形式に付ての慣行も甚だ未熟なりし爲、本來法規たるべき性質の規定にして、全く之と性質を異にする訓令に依り規定せられ、而も法規と同様の效力を有したるものも尠くなかつた。之が爲右訓令すら所謂訓令そのものなりや將又法規命令なりやに付き争訟の種子を蒔き、遂に法廷戰を演じたが、大審院は、

「明治二十四年内務省訓令第四六二號ノ趣旨ハ從來慣例トシテ一般ニ行ハレ現ニ慣習ヲ成スモノナレバ一般ニ遵由ノ效力アルモノトス。」(大五、五、一六)と判示した。

以上の通り法律の規定も全く備はらず、剩へ學問上の研究も未だ充分ならず、法令の形式すら曖昧に流れ勝ちなりし時代なるを思へば、公法上の契約に付てのみ、契約不自由の原則を以て臨むべきではなからう。即ち公法

規定に於て之が契約能力を明示せざる場合に於ても、成文法規に牴觸せず、且又條理及慣行の許容する限度に於ては、公法上の契約もその必要切なるものがあるならば、之を容認すべきではなからうか。

即ち右訓令第一項は

「地盤ノ官有ニ屬スル堤塘道路並木敷ノ使用ハ自今其ノ費用ヲ負擔スル府縣及市町村ニ於テ處分スヘシ。」と規定したるに止まるものなれば、之が處分の方法を狭義に解し一方的行政爲のみを意味するものなりと制限すべき理由は毫も存在しない。されば單獨行爲に依るよりも雙方行爲によるものが、より優れ、より賢き場合なるに於ては、契約に依りたりとするも絶對的に排斥すべきではなからう。斯く解するとき道路管理者たる市町村が、道路使用の概括的承認を與へた條項は妥當ならざるも、現實には、道路使用に先立ち「公共團體ノ認可ヲ受ケ命令ニ從フヘシ」との條項が存する故、實質的には何等の支障も無かる可く、隨つて斯の如き一般的豫約の條項を

包含するも、直ちに之が爲無効と解すべき理由とはならない。

又瓦斯事業を經營するには、必ず莫大なる物的設備を要し、且道路其の他の公物の占用も廣範圍に亘つて必然的に缺くことが出来ない。然るに瓦斯事業を自由競争に放任せんか、事業經營を不經濟ならしむるのみならず、他面又道路の掘鑿、瓦斯管の埋設工事等が重複的に且又不斷に行はれ、之が爲受給者たる住民に、公物の使用上交通に將又店舗、住宅の利用に尠ならず危険と不便とを齎すことは否む事が出来ない。従つて瓦斯事業が、一供給區域一事業者主義を原則となす自然的獨占事業たる實際的慣行に鑑みる時、報償契約々款中獨占權賦與の條項は妥當ならざるも之亦已むを得ざるものとして容認し得るのではなからうか。

更に又瓦斯事業に對する監督權は國に屬するものなりと雖も、公共團體は國家の下に存する國家的法人なれば、其の存立目的たる住民の公益を達成する爲には、少くと

も其の範圍に於て當然公企業を監督する立場に在るものなりとなす理由も見出し得べく、茲に於て利害關係の最も大なる公共團體が、公益てふ見地から斯業の經營に或程度の容喙をなし、以て自然的獨占事業の通弊を監視せんとする契約條項の存在を一概に排斥すべきでなからう。

最後に道路占用料及特別税の徵收權は公權なるが故に濫に之を拋棄し得ないことは屢々を要しない。而して契約々款中には道路占用料及特別税の免除に關する規定を包含するも、右は徒らに一會社の利益の爲に、斯の公權の拋棄を約諾したものではない。即ち瓦斯事業の搖籃時代なれば、特に斯業の基礎を鞏固ならしめ以て共存共榮の道を講ずべく、道路占用料及特別税を化體せしめたに過ぎざる報償金制度が存する以上、直ちに之を目して公權の拋棄となす論難は當らないであらう。

果して然りとせば、報償契約は道路使用に關する常道的のものに非ず、且之が約款中には妥當ならざる條項を

包藏する點は確かに否定し得ないが、當時の法制上已むを得ざるものとして社會的に容認せられたものなりと解する第二の見解即ち溫情論も亦顧みる必要があるのではなからうか。斯く解するとき始めて大藏省が明治時代東京市に對して慫慂した「報償契約締結方に關する件」通牒(註五)の趣旨及び後述道路法並びに瓦斯事業法制定前後に於ける報償契約の效力に關する政府當局の見解も概ね窺知することを得べし。

要するに右溫情論の意義づけには、些か疑はしい節々が介在するものゝ、實際問題としては、此の見解に遵ひ實在する報償契約を容認すべきではあるまいか。

(註三) 道路ノ使用關係(大五、七、二六、行政裁判所宣告)

「市ノ營造物タル道路ニ電柱ヲ樹ツルハ市營造物ノ使用ニ外ナラザレバ其ノ使用料ハ公法上ノ使用料ナリト認定スルヲ相當トス」

(註四) 公園地使用關係(大五、一二、二七、行政裁判所宣告)

「東京市ガ公園地使用條例ニ依リ淺草公園地ノ一部ヲ活動寫眞館トシテ私人ニ貸付クルハ公法關係ナリ」

(註五) 報償契約締結方大藏大臣通牒

明治四十四年三月三十一日一發第三〇七九號稟請
東京市明治四十四年度以降特別税ノ變更並増額ノ件ハ類似ノ業務ヲ營ム會社ノ間ニ於テ負擔ノ割合衡平ヲ缺クモノト認メ候得共今之ヲ強制セントスルハ市財政上不便不尠モノト被存候ニ付本年度限り特ニ許可セラレ候得共右特別税、電話税及瓦斯管稅變更及増額ノ結果ハ被稅者タル電燈、瓦斯兩會社ノ負擔ヲシテ著シク其ノ權衡ヲ失ハシメ且被稅會社ハ數次増稅ノ結果、會社計算ノ基礎其ノ都度動搖シ事業ノ方針ヲ樹ツル能ハザルニ至リ租稅ノ性質トシテ良好ナラザルヲ以テ明年度以降ハ電燈、瓦斯各會社ニ對シ同一歩合ニヨリ其ノ割合ノ一部ヲ納付セシムル制度ニ改メ會社トノ間ニ報償契約ヲ締結シ右特別税ハ廢止相成様致度此段依命及通牒候也

明治四十四年七月二十七日

大藏次官 若槻禮次郎

東京市長 尾崎行雄 殿

X
X
X
X