

報償契約の性質と効力

——戦前期における法学者の議論を中心として

小石川裕介 [こいしかわゆうすけ]

後藤・安田記念東京都市研究所研究員

1 本稿の分析視角

報償契約とは、戦前期、自治体とガスもしくは電力事業者の間で締結され、事業者が営造物（主として道路）使用の対価として、自治体に報償金を納付することを約するものである。通例、これに付随して料金規制や財務規制、自治体による買収権の留保、また事業者の独占保障等が規定された。

近年、報償契約の運用について、主として歴史学から実証研究が進められている¹⁾。しかし現在では法学的側面からのアプローチを見ることはほとんどない。行政法の概説書等において報償契約は行政契約の一例として取り上げられることはあるが、しかし「公法上の契約の一種としてその効力が問題とされたが、現在では、かかる契約の締結はみられなくなっている²⁾」として、報償契約そのものは分析対象から外される。つまり、現状締結されない報償契約は、そもそも実定法学としてその俎上に載せる必要がないのである。

では、ここであらためて法学的視点によって検討する意味は何か。これに関連して、行政法学者である田中二郎は、1933年の論文「公法契約論序説」にて、報償契約を例に挙げて以下のように述べている。

併しながら実際社会の現象は法の規定の有無には無頓着に進展する。従来考へられなかつた新しい現象が次次と発生する結果、理論と実際とが甚だしく乖離するに至る。従来理論からしては有効に成立し得ない筈の法律現象も實際上主張さ

れ、遵守され、社会的な作用を完うして居る。所謂報償契約の如きはその最も著しい例で、有効論無効論の渦中に、一の承認された社会的制度と迄発展しつつあるのである³⁾。

本稿の問題関心もここにある。すなわち、ある法的事象に対して従来の法制度・法学説と実際の法運用との乖離が生じた際、法学者はどのような法的説明を試みたのかということである。田中が例示したように報償契約は、これを明らかにする格好の素材である。

しかし、報償契約を主たる対象とした法学者による学術論文は数少ない。このため、本稿は法学者が残した「鑑定意見」にも目を向けながら、「性質及其効果に付ては学者間に種々の見解が行はれてゐる⁴⁾」とされた報償契約が法学上どのように位置づけられたのか、そして制度と運用の齟齬がどのように受けとめられたのか、明らかにしたい。

2 報償契約の法的構成と問題点

(1) 法的構成

まずここで電気事業およびガス事業における報償契約の法的構成と法的問題点の整理を行う。

表1は、東京市・大阪市・名古屋市が締結した主な報償契約とその規定である。同表にあるように、規定される内容には自治体や事業者間で多少の異同はあるものの、概ね共通性が見られる。これは、端緒となった大阪市と大阪瓦斯株式会社との報償契約をモデルとしたためであった。

表 1 東京市・大阪市・名古屋市における主たるガス事業・電気事業報償契約

	東京市・ 千代田瓦斯 株式会社	東京市・ 東京瓦斯 株式会社	東京市・ 東京電灯 株式会社	大阪市・ 大阪瓦斯 株式会社	大阪市・ 大阪電灯 株式会社	名古屋市・ 名古屋瓦斯 株式会社	名古屋市・ 名古屋電灯 株式会社
締結年	1907年	1911年	1912年	1903年	1906年	1910年	1916年
営造物使用許諾	7	1	5	8	9	6	7
特別税等免除	9	3	6	7	8	7	8
地域独占保障	10	4	－	9	10	8	13
報償金納付	2	8	2	3, 4	2	2	1
公用料金割引	1	7, 9	1	1	1	1	10, 11
料金規制	－	5, 6	－	5	6	11	5
財務的規制	5	12	－	6	－	11	－
買収権留保	13	13	－	2	11	9	18
紛争時の協議	－	15	－	5, 6	－	12	－

※東京市会事務局編『東京市会史』3巻（東京市会事務局、1933年）、東京市政調査会編『現行公益企業法規類集』（東京市政調査会、1931年）、萩原古寿編『大阪電灯株式会社沿革史』（萩原古寿、1925年）、『社史 東邦瓦斯株式会社』（東邦瓦斯株式会社、1957年）より作成。数字は契約の条文番号に対応する。なお、規定は締結当初のもの。

法的構成としては、電気・ガス両事業ともに、自治体の所有・管理する営造物（主として道路）の事業者に対する使用許諾と、その反対給付として事業者が自治体へ「報償金」の納付を約すことが核となる。なお、これに伴って事業者には報償金以外の特別税（電路税、瓦斯管税等）・使用料（占用料）が免除された。これらの規定に加えて、事業者には地域独占が保障され、その見返りとして料金や財務規制が課され、また自治体が将来の買収権を留保する事例も見られる。

報償契約が締結されたのは、明治後期から大正初期にかけての電気事業およびガス事業が典型である⁵⁾。両事業は明治後期より地域独占性や公益性が指摘される一方、法制度的には保安的規制のみが存在した。このため自治体は当時率先して、公益規制を含んだ上記の内容の規定を報償契約に組み込んだ。

自治体がこのような条項を含む「契約」を締結したのは、道路に関する法律の未制定という状況がある。表1中の報償契約の締結は1910年前後であるが、道路法の制定は1919年まで遅れた。道路法施行以前、道路は府県および市町村が管理したが、その営造物としての主体が国であるのか地方であるのかは法制上不明確であり、法学者の見解も分かれていた⁶⁾。ある種の法の空白状況を利用して、さらに

は市町村と事業者の「契約」として締結されたのが、報償契約の特徴といえる。

このような経緯のため、1903年の大阪市・大阪瓦斯株式会社による報償契約締結当初より、はたして同契約は法的に有効であるのかという疑問が呈されていた。そして、自治体と事業者の間で直接的に利害が衝突した事項は料金・財務規制や買収規定であったが、裁判が提起された場合には報償契約による法律関係の有効／無効が争われた。

(2) 法的問題点

その背景には、報償契約が公法関係であるのか私法関係であるのか不明確であったという、法的性質の問題が存在した。戦前期において公法・私法の区別は、一般に行政裁判所制度における管轄問題を主眼として理解された⁷⁾。しかし報償契約は、上述のように制度上の間隙を埋めるための法律関係であるため、「契約」に規定された内容が公法上のものであるのか私法上のものであるのか、という問いは、報償契約それ自体の有効性の議論へと直結した。

報償契約が公法関係であるならば、公法上の契約（公法契約）として解される。しかし、公法規定は強行規定であるため、契約不自由の原則が適用され、権利義務の設定には法令上の規定を要すると一般に解されていた⁸⁾。

一方、私法関係であるならば、契約自由の原則が適用される。しかし私法上の契約は、「私法的効果ノ発生ヲ目的トスル合意⁹⁾」であり、直接に公法的効果を目的とすることはできない。このため、私法関係とするならば報償契約は債権債務関係として把握される。

法的性質の観点から具体的に問題となる規定は、主として①自治体の所有・管理する营造物の使用、②報償金の納付義務と特別税等の免除、③事業者の地域独占保障の3点である。

特に①および②は、上述のように報償契約の規定の根幹である。法文上、たとえば1907年の名古屋市・名古屋瓦斯株式会社報償契約では、

第2条 会社ハ各決算期毎ニ純益金ノ100分ノ4ニ相当スル金額ヲ市ニ納付スヘキ事（後略）

第6条 市ハ其ノ所有又ハ管理スル道路、橋梁、堤塘、公園其他ノ土地工作物ニ対シ会社ノ営業上必要ナル埋管其ノ他ノ装置ヲ為スコトヲ承諾スルモノトス

第8条 市ハ一般ノ市税ヲ除クノ外第6条ノ使用ニ対シ何等ノ料金又ハ市税ヲ賦課徴収セサルモノトス

と表現された¹⁰⁾。

報償契約を公法関係として把握するならば、第6条は道路の占用許可となり、第2条はこれに対する使用料規定となる。問題は、自治体が道路占用許可および使用料徴収権限を有するか否かであり、第8条の特別税の免除が法制上有効であるかどうかである。

私法関係とすれば、第6条規定は私法上の使用权の設定となり、第2条はこれに対する反対給付となる。しかし公物としての道路の使用および特別税の免除（第8条）が、はたして私法関係として有効であるのかは疑わしい。

また、③の事業者の地域独占保障については、同じく名古屋市・名古屋瓦斯株式会社報償契約では、

第9条 市ハ本契約有効期間中ハ自ラ瓦斯事業ヲ経営セス又新生スル瓦斯事業者ニ対シ第6条ノ承諾ヲ与ヘサルモノトス

として、道路の排他的使用の承諾により間接的に事業者の独占を保障するほか、1903年の大阪市・大阪瓦斯株式会社報償契約では、

第9条 市ハ自ラ瓦斯事業ヲ経営セス又他ニ向テ瓦斯会社ノ設立ヲ承認セサル事

として直接その独占を保障する。自治体の当該事業経営権の放棄に加えて、新規事業者の道路使用申請の不承諾もしくは設立の不承認は、法律上どのように位置づけられるのか。特に公法関係とする場合、両第9条の独占権の保障は、いわゆる「公企業の特許」との関係が問題となる¹¹⁾。

独占保障規定は、報償契約の法的構成の中でも重要な位置を占める。前述の表1のなかでは、1912年の東京市・東京電灯株式会社報償契約がこの規定を欠く。前年に東京市が電気事業を開始しており、すでに競争状態にあったためである。注目すべきは、当該報償契約には、他の報償契約に規定されていた料金・財務的規制条項が含まれていない点である。

この背景には、報償契約締結の経緯がある。報償契約は、財源不足等によって当該事業の公営（化）を実現できなかった自治体がその代替として行った施策という側面が見られた¹²⁾。自治体は事業者に独占を保障する代償として、公益事業として種々の監督規定を設ける。そして導管もしくは電路の延長や電柱数に比して賦課されていた特別税は、独占事業の純益に対して課せられる「報償金」となった。買収の予約、すなわち将来の公営化留保が規定されたように、独占事業を経営できない自治体の代わりに、私事業者に独占権を授与したのが報償契約の実態であった。

以上のように、報償契約には法的観点から様々な疑問が付されたが、1919年の道路法の制定（法律58号）および1920年の施行によって状況はさらに複雑化する。法の欠缺を口実に生み出された報償契約にとって道路法の施行は、報償契約という法律関係の存在自体を脅かしかねなかった。

道路法は道路の設置・管理主体を国であるとして、行政庁としての管理者が道路の占用を許可または承諾し、これに対して占用料を徴収することができると定める¹³⁾（第28条）。そして「公共ノ利益ト

表 2 報償契約をめぐる自治体・事業者間の訴訟一覧

原告 被告	東京瓦斯株式会社 東京市	佐世保市 東邦電力株式会社	函館市 函館水電株式会社	京都瓦斯株式会社 京都市
訴訟提起年	1921年	1924年	1935年	1938年
請求内容	法律関係不存在確認	買収契約関係成立確認 買収価格承認認可申請等	権利関係確認	法律関係存在確認
訴訟の動機	報償契約解除による 料金規制からの解放	買収による公営化	買収による公営化	報償契約存続による 道路占用料値上の回避
裁判の種類	民事	民事	民事	民事
結果	差戻控訴審中に訴えの 取下・一審判決が確定 (1925年)	一審中に和解成立 (1926年)	一審中に和解成立 (1938年)	一審中に和解成立 (1939年)
備考	一審は訴え却下	-	-	並行して道路法にもと づく訴願がなされる

※岸同門会編『岸清一訴訟記録集』民事篇第3輯（巖松堂書店、1936年）、東邦電力史編纂委員会編『東邦電力史』（東邦電力史刊行会、1962年）、函館市史編さん委員会編『函館市史』通説編3巻（函館市、1997年）251頁以下、「京都市対京都瓦斯会社紛争の解決」（『都市問題』28巻4号、1939年）より作成。

ナルヘキ事業」は、正当の事由がない限り占用の許可もしくは承諾を拒むことはできないとした（第29条）。

道路法は当然に公法である。このため道路法の施行後、道路の使用に関する「契約」を私法関係として見ることは難しくなる。そして同法第29条は、特定事業者の道路独占使用を不可能にした。

3 報償契約に対する法的理解

(1) 報償契約をめぐる訴訟

このように報償契約は多くの法的問題を抱えていたにもかかわらず、明治末から大正期にかけて数多く締結された。その理由を端的に言えば、「契約」であったため規定に柔軟性があり、両当事者にとっては親善的な関係が保持される限り、運用上都合が良かったためである¹⁴⁾。一方、一旦その関係が悪化すれば、報償契約は直ぐさま紛争の火種となる。道路法の制定・施行による報償契約への法的疑義は、その流れを加速させた。

しかし、実際に訴訟が提起された例は少ない。表2は戦前期、報償契約をめぐる自治体と事業者の間で争われた裁判をまとめたものである¹⁵⁾。この中で4件中3件が一審判決を待たず和解となってい

る。残りの1件も差戻控訴審まで進みながらも訴えの取り下げとなった。

しかし、この残りの1件、東京瓦斯株式会社と東京市との裁判は、報償契約の有効性を争った最初の訴訟であったため、各審級における判決文は業界誌に掲載されるなど注目を集めた¹⁶⁾。

原告の東京瓦斯株式会社は、報償契約は私法関係であって、同契約は道路法の施行により消滅したと訴えた。しかし被告の東京市は、報償契約は公法関係であるとして管轄違いの抗弁を主張し、次いで、もし私法関係であるとしても紛争時の協議規定（第15条）を理由に仲裁契約の抗弁を主張する。

第一審は報償契約を私法上の契約としながらも、仲裁契約の抗弁を認め、訴えを却下する。控訴審でも結果として訴えは却下されたが、原判決は破棄された。東京控訴院は、規定ごとに法的性質を判断する必要があるとした結果、報償契約を公法関係・私法関係が組み合わさったものと理解したためである。その上で、道路の使用、報償金、独占保障等については公法関係であるとして管轄違いの抗弁を認め、残りの私法関係部分は仲裁契約の抗弁を認めた。さらに上告審では、控訴審判決は報償契約締結当時の両当事者の意思の探求が欠けているとして破棄差し戻しとなる。その後、上述のように差戻控訴

表3 『報償契約質疑録』に掲載された道路法施行後の報償契約の効力についての法学者・弁護士の見解

	身分（専攻）	種別と依頼主	報償契約の性質	報償契約の効力
鳩山秀夫	東京帝国大学教授（私法）	鑑定（東京瓦斯株式会社）	私法	道路法により効力を失う
原嘉道	弁護士	鑑定（東京瓦斯株式会社）	私法	協議で解決すべき
		鑑定（日本電気協会）	私法	道路法により効力を失う
美濃部達吉	東京帝国大学教授（公法）	鑑定（東京瓦斯株式会社）	公法	道路法により効力を失う
織田萬	京都帝国大学教授（公法）	談話（大阪毎日新聞）	-	有効
佐々木惣一	京都帝国大学教授（公法）	鑑定（東京市役所）	公法	有効
岩田宙造	弁護士	鑑定（東京瓦斯株式会社）	私法	道路法により効力を失う
石渡敏一	弁護士・東京瓦斯株式会社社長	-	公法	道路法により効力を失う
中島玉吉	京都帝国大学教授（私法）	談話（大阪毎日新聞）	-	有効
岡松参太郎	元京都帝国大学教授（私法）	鑑定（東京瓦斯株式会社）	私法	道路法により効力を失う

※萩原古寿『報償契約質疑録』Ⅱ（電気経済研究所、1932年）より作成。

審の審理途中で訴えは取り下げられた。

(2) 鑑定意見

このように報償契約の性質について、司法による終局的な法的判断を得ることはできなかった。このため報償契約は、道路法施行以後も法的安定性を欠いたまま大半がそのまま存続することとなる。

報償契約の性質・効力については通説を欠いた状況にあった。このため自治体や事業者の多くは法学者や弁護士に法的見解（「鑑定意見¹⁷⁾」と呼ばれた）を求め、これを参考とした。裁判等に備えるためである。通例、このような鑑定意見は公表を予定するものではないため、その内容が明らかになることは少ない。しかし報償契約の場合は状況が異なった。

1920年に報償契約に関する鑑定意見等を集めた『報償契約に就て¹⁸⁾』が著され、1932年から1933年にかけて『報償契約質疑録¹⁹⁾』全3巻として再び書籍化された。同書は主として、大阪市・大阪電灯株式会社および東京市・東京瓦斯株式会社の報償契約に関する鑑定意見等を集めたものである。

一例として表3を挙げる。これは同書にもとづいて、1919年に制定された道路法の施行による報償契約への影響について、法学者・弁護士の見解をまとめたものである。これらの見解は、鑑定意見の依頼者や掲載された媒体という諸条件を考慮に入れる必要があるものの、それぞれの立場・領域から、報償契約の性質および効力について多彩な意見が主

張されていたことを示す。

『報償契約質疑録』に掲載された鑑定意見は、紛争状態になった自治体や事業者によって積極的に参照された²⁰⁾。中でも1935年の函館市・函館水電株式会社の裁判（前掲表2参照）では、被告の函館水電株式会社が同書に掲載された鑑定意見を引用して主張を組み立てている点は注目される²¹⁾。

それでは、これら鑑定意見の内容を含めて、当時の法学者は報償契約についてどのように判断を下しているのか。以下では、当時の代表的な議論を見ていきたい。

(3) 法学者の議論

イ. 鳩山秀夫

戦前期、私法学者が著書や学術論文で報償契約を扱うことはほとんどなかった²²⁾。一方、報償契約に関する鑑定意見には多くの私法学者が携わっている。このため私法学者の見解の一例として、先の表3中に挙げた、1911年の東京市・東京瓦斯株式会社の報償契約に対する鳩山秀夫の鑑定意見を見ていきたい²³⁾。

まず、鳩山は報償契約を私法関係とする。なぜなら、もし公法上の契約と解するならば法令上の規定を要するが、「本契約の内容の内容たる事項に就ては市制其他の法令に何等の規定なきが故に市と会社とは統制的関係に於て統治関係に属する事項を契約することを得ず唯私人相互の関係と同一の関係に於

いて契約を為し得るのみ²⁴⁾と解するためである。また、当該契約では「許可の取消」ではなく契約解除を認めた条項が存在し、これは私法関係として報償契約を締結した当事者の意思の表れと理解する。このため報償契約は、私法上の双務契約として把握される。

そして鳩山は、締結当時における当該報償契約の法律上の有効性を認める。道路の許可権限は公共団体としての東京市が保持しており²⁵⁾、また独占保障の問題については、「独占的事業を為さしむる条件の如何に依りては却つて一般市民の福利を増進し公益に反することなしといふべからず²⁶⁾」として有効性を主張する。ただし報償契約は私法上の契約とするため、独占保障は公法上の効果を有さず、たとえば自治体がこれに違反しても「契約上の債務不履行となり損害賠償義務を生ずるに過ぎざるなり²⁷⁾」としている。

問題となるのは、道路法の施行後である。同法の施行によって、道路の管理者は行政庁としての東京市長となり、公共団体としての東京市の手から離れる。このため東京市が道路の使用を事業者に許可するという債務は履行不能となり、反対給付も消滅する（民法第536条1項）。よって当該契約の効力は失われるとした²⁸⁾。

ロ. 美濃部達吉

最も早く報償契約の法律上の問題を指摘した人物の一人が、公法学者である美濃部達吉であった。1907年の東京市・千代田瓦斯株式会社報償契約の締結に際して、『法律新聞』上で自身の見解を公表²⁹⁾して以来、一貫して報償契約に対する法的疑義を唱えている。表3中にある鑑定意見（1920年）のほか、学術論文として「法律上より観たる報償契約³⁰⁾」（1933年）を、また『法律学辞典』に「報償契約³¹⁾」の項を執筆した（1936年）。ここでは、最も詳細に議論が展開された「法律上より観たる報償契約」に従って、美濃部の見解を見ていく。

美濃部は、報償契約を「公法上の協定³²⁾」であると把握する。なぜなら、道路占用の許可や課税権の放棄など「市が負うて居る此等の負担は何れも公の行政権の行使に関するもので、民法上の契約の目的となり得るものではない³³⁾」とするからである。そして、「公法上の協定としても、法律上の効力を有

するものではない³⁴⁾」と主張する。

美濃部は、1911年の東京市・東京瓦斯株式会社報償契約を引いて、法律上の問題点とするのは、①道路の占有許可、②報償金および課税・占用料免除、③独占権の保障、④業務監督権、⑤買収権の留保であり、特に①②③がその中心となった。まず、①道路の占有については、道路法の施行によって自治体の許可権限は失われ、当該規定は無効に帰したとする³⁵⁾。このため、②報償金や課税・占用料免除についても、自治体が徴収する権能はなく違法となる。③独占権の保障については、企業独占権は法律事項であり³⁶⁾、また自治体による事業経営権の放棄は私企業との契約によって定めるものではないとして、法律上の効力を否定する。④業務監督権および⑤買収権の留保に関しては、瓦斯事業法（1923年法律46号）や電気事業法（1931年法律61号）との重複により、無効もしくは不要の規定とした。

このように美濃部は、報償契約の法律上の効力を否定する。しかし報償契約の実際上の意義については、肯定的な評価をしていた点に留意したい。美濃部は、報償契約について「事業の独占から生ずる専恣横暴の弊を緩和して市民の利益を保護すると共に、一方には会社の事業の安全をも担保し、会社の利害と市民の利害とを適当に調和することに、相当役立つて来た³⁷⁾」と理解する。このため訴訟上は問題があるものの、「唯社会上の利害の調和は法律に訴ふるよりも、徳義上の協定に依る方が遙かに能く其の目的に適するが多く、而して所謂報償契約も亦此の如き徳義上の協定として従来長く其の効果を奏し得たものであり、将来も円滑に能く効果を挙げんことを望む³⁸⁾」として、同契約を紳士協定として位置づけた。

ハ. 佐々木惣一

公法学者の佐々木惣一も、美濃部と同じく報償契約を公法関係であると把握する。しかし佐々木は、美濃部とは反対に報償契約の有効性を主張した。これは、表3中の鑑定意見³⁹⁾（1919～1920年と推定）および学術論文である「道路法施行前より存する道路占用の法律関係⁴⁰⁾」（1941年）に共通する。以下では、後者の学術論文に沿って佐々木の議論を見ていく。

佐々木によれば、道路法施行以前の報償契約は、

「契約」とは呼称するが、法律上の性質は行政処分に当たるといふ。報償契約は、公物としての道路の占用許可、自治体の事業経営権の放棄、課税の免除等が規定される。このため佐々木は「所謂報償契約は、有効に法律関係を成立せしむるものとしては、私法契約ではないと解すべきものである⁴¹⁾」と主張した。また、道路法施行以前であるので「法は直接にも間接にも（略）公法契約を認めてゐなかつた⁴²⁾」として、公法上の契約でもないとする。よって佐々木は、報償契約を道路の占用に附帯して種々の義務を事業者を負わせた「負担附行政処分なる許可⁴³⁾」であると理解した。

道路法施行後は、同法第66条「本法施行前為シタル処分及之ニ附シタル条件ハ本法又本法ニ基キテ発スル命令ニ抵触セザル限り本法ニ依リ処分及之ニ附シタル条件ト看做ス」を引く。そして、道路法によって营造物の主体が自治体から国になったとしても、同条の規定は「道路法施行前に為されたる処分の主体如何を問はない。従て、国家が為したるものか、市が為したるものかは問題ではなく唯それが道路法に依て為さるゝ処分と実質上同じものであればよいのである⁴⁴⁾」として、報償契約による法律関係は有効に存続すると主張した⁴⁵⁾。

このように、報償契約に対する佐々木の論理は、美濃部とは対照的に構成されている。すなわち、美濃部が報償契約の性質を検討してその無効を論じたのに対して、佐々木は報償契約の有効性を論じるためにその性質を検討するという手法をとるのである。というのも、佐々木は「市及び会社は社会生活の實際に於て或は結果を生ぜしむることを望み、其の實際上の結果を生ぜしむるが為に必要な法律関係を有効に成立せしむることを欲し、所謂契約と称する行為を為したのである。（略）市及び会社も法上成立するを得ざる関係の成立を欲したるもの、とは考へられない⁴⁶⁾」として、法的有効性をもつ報償契約の可能性をそもその議論の出発点とするためであった。

この佐々木の議論の論理構成には、表3中にある東京市からの鑑定意見の委嘱という要請が少なからず影響したと思われる。当時の東京市は、報償契約の有効性をめぐって東京瓦斯株式会社と対立しており、これが1921年の訴訟につながった。ただし佐々木は、鑑定意見から20年を経過してあらため

て同旨の学術論文を公表しているものであり、さらには直近の引用部分は鑑定意見中には見られなかった議論である。佐々木の報償契約に対する評価は、これらの点も考慮する必要がある。

二. 田中二郎

最後に、美濃部達吉の門下で、行政法学者の田中二郎の議論について見ていく。田中は、報償契約を公法上の契約とし、その有効性を概ね認める。

田中の関心は、本稿第1章で引用したように、公法上の契約について論じるにあたり、法に関する「理論と実際」が乖離していく中で、報償契約のような「有効論無効論の渦中に、一の承認された社会的制度と迄発展しつつある」存在へと向けられている。そして、「問題は、之を法的に如何に構成し、之に如何なる保護を与ふべきかに在る⁴⁷⁾」とする。このため、田中は新たに非支配的な公法関係を設定することによって、私法関係との相対化をはかった。これによって、公法上の契約不自由の原則の貫徹を否定し、「從來屢々問題となれる報償契約の如きも、かかる見地からすれば、それを許容する明文の法律の規定の有無を理由に、一概にその有効無効を論断すべきではなく、其の個々の契約内容に付て、強行規定に違反せざるや否や、公益に違反せざるや否や等の検討を為すべきで、その結果始めてその有効無効を論じうる⁴⁸⁾」とした。

具体的な議論については、田中による著書『公共企業法⁴⁹⁾』（1939年）において、美濃部達吉による報償契約の法的疑義に対する反論として示される。①道路の占用はたしかに自治体の許可権限ではないが、道路法第29条によって公益事業には道路の占用が原則許可される。このため田中は報償契約を②報償金納付と占用料免除を主眼としたものと把握した。そして、「さういふ占用料や特別税の徴収権は性質上抛棄し得ないと一般に考へられて居るが、それは人民に対する不平等の取り扱いを禁ずるの趣旨であるから、特別の事情ある場合に、公共団体が、それに代るべき反対給付を考慮に入れて、適當の取扱をなすことまでもこれを禁止する理由はない⁵⁰⁾」とする。③独占権の保障については、自治体が他の事業者への道路占用不許可を約することはできず、その限りでは無効となるが、これを理由に契約全体が無効にまではならないとする。ほか、自治体の経

営権の放棄、④特別の監督、⑤買収権の留保は、自治権の範囲として適法であると解した。

田中は、報償契約の実態的機能を法的有効性の議論と接続して把握する。なぜなら「報償契約は、国家法的な見地からはその効力は今尚ほ問題であり、裁判所が結局に於てこれに如何なる判断を与ふるかは未解決であるが、自主法としては、立派に法規としての役割を果たして居り、この報償契約の存在を無視して公共企業の監督統制の実際を理解することは出来ない⁵¹⁾」とするためである。ただし、「法理論的にはともかく、政策論的には、立法的にこれを解決することが望ましい⁵²⁾」との留保が付された⁵³⁾。

4 おわりに

以上のように、戦前期における報償契約の法的性質および効果の議論は、法の欠缺を利用して「契約」として締結された報償契約を、特に公法上の契約不自由の原則との関係上どのように理解したのかという点に集約された。

本稿の議論の中で、鳩山は私法上の契約として、佐々木は公法関係ではあるが行政処分として当該問題を回避し、美濃部はそのまま適用して報償契約を紳士協定として把握した。一方で田中は、契約不自由の原則それ自体を否定することで、法的有効性を主張しようとした。

留意すべきは、報償契約に対する法的な理解が上述のように異なる中にも、共通項が見られる点である。それは、報償契約の現実の機能に対する評価であり、換言すれば公益事業に対する自治体関与の重要性であった。特に田中の議論は、同観点を出発点とし、その上で報償契約に法的保護を加えようとするものであった。

このような議論状況は、前提となる法制度や学説状況に相違があるにしろ、戦後の公害防止協定の議論に類似する。立法の欠缺・不備から自治体と事業者間の協定（契約）として締結された点や、その性質の評価が論者によって分かれ通説を見ないまま事実上の制度として定着した点に、それが顕著である⁵⁴⁾。報償契約をめぐる法学上の争点は、公害防止協定をめぐる再燃したと見ることも可能であろう。

ただし、報償契約と公害防止協定の決定的な差異は、後者が現在も活用される一方で、前者はもはや締結が見られない点にある。この違いは何がもたらしたのか。

大きな要因の一つとして、報償契約については戦時体制への突入が挙げられる。これに伴って公益事業規制は、電力国家管理に代表されるように、国家への排他的な権限集中へと進んだ。この傾向は占領期以降も続き、戦後、公益事業のコントロールは自治体の問題とはみなされず、自治体が介入する余地は急激に狭まった⁵⁵⁾。このため報償契約は規制の側面を失い、戦後にはその多くが解消されていった⁵⁶⁾。やや大げさにいえば、戦時体制は報償契約による自治体の公益事業規制の可能性、すなわち自治的な公益事業コントロールの可能性を捨て去った。

※本稿は原則として、旧字体は新字体にて、漢数字はアラビア数字にて表記した。

注

- 1) たとえば、白木澤涼子「戦前期における地方自治体と電気事業」（『日本歴史』751号、2010年）、浅野伸一「電力業と地方自治体との公共規制を巡る対立——名古屋市における報償契約、電気料金引下げ、事業買収交渉」（『ヒストリア』239号、2013年）、山田廣則『私営公益事業と都市経営の歴史——報償契約の80年』（大阪大学出版会、2013年）等。
- 2) 塩野宏『行政法Ⅰ』第6版（有斐閣、2015年）215頁。
- 3) 田中二郎「公法契約論序説」（『行政行為論』、有斐閣、1954年、初出1933年）274頁。
- 4) 遠藤後一「電気事業法及瓦斯事業法」（『現代法学全集』14巻、日本評論社、1929年）61頁。
- 5) 軌道事業や運河・港湾事業にても締結された事例があるが、比較的少数のため本稿の検討対象からは除いた。
- 6) 武藤博己『道路行政』（東京大学出版会、2008年）112-122頁および141-153頁。
- 7) 塩野宏『公法と私法』（有斐閣、1989年）26-33頁。ただし、公法関係であっても当然には行政裁判所の管轄とならず、衆議院議員選挙の当選無効については司法裁判所の所管であったように、最終的には個々の法規を参照する必要があるとして、実定法においては実益を疑問視する見解も見られた（廣濱嘉雄「公法と私法」、『法律学辞典』2巻、岩波書店、1935年、764頁）。
- 8) 美濃部達吉『行政法撮要』改訂増補4版上巻（有斐閣、1933年）167頁、柳瀬良幹「公法上に於ける契約の可能性と不自由」（柳瀬良幹『行政法の基礎理論（1）』、弘文堂、1940年、初出1936年）。公法上の契約については、綿貫芳源「公法上の契約」（田中二郎・原龍之助・柳瀬良幹編『行政法講座』2巻、有斐閣、1964年）および山田幸男『行政法の展開と市民法』（有斐閣、1961

- 年) 188 頁以下。おおむね公法上の契約の可能性を認める議論が優勢であったが(田中二郎「公法上の契約」、前掲『法学辞典』2 巻、621 頁)、行政救済の問題からこれを一切認めない見解もあった(清水澄「公法上の契約否定論」、『自治研究』10 巻 1 号、1934 年)。
- 9) 鳩山秀夫『増訂日本債権法』上巻(有斐閣、1924 年) 4 頁。
- 10) 『社史 東邦瓦斯株式会社』(東邦瓦斯株式会社、1957 年) 36-38 頁。
- なお、大阪市・大阪瓦斯株式会社の報償契約では、事業者の道路等の使用について「第 8 条 市ハ其所有又ハ管理スル道路、橋梁及土地等ノ使用及工作物等ノ附替其他ニ関シ正当ナル充分ノ便宜ヲ無償ニテ会社ニ与フ可キ事(後略)」(東京市政調査会編『現行公益企業法規類集』、東京市政調査会、1931 年、163 頁)と規定する。道路使用に関する法的問題を回避するため、婉曲的な表現を用いたものと推測される。
- 11) 1910 年代当時、電気事業法はすでに制定されており(1911 年法律 55 号)、対して瓦斯事業法は未制定であったが、公企業の特許としてみなす対象については、論者によって見解が分かれていた。たとえば美濃部達吉は、電気事業・ガス事業ともに国家の独占事業ではなく個人の自由に留まるとして、これらを特許とはみなさない(美濃部達吉「公企業ノ特許ノ法律上ノ性質」、『法学協会雑誌』32 巻 2 号、1914 年、39 頁)。一方で、佐々木惣一は公企業の特許について当時主立った議論をしなかったが、1911 年の電気事業法にもとづく許可については形式的な行政処分として把握した(佐々木惣一『日本行政法総論』改版、有斐閣、1924 年、452 頁)。なお、美濃部が電気事業の許可を公企業の特許としてみなすのは、1931 年の電気事業法全部改正(法律 61 号)以後である(美濃部達吉『行政法提要』改訂増補 3 版下巻、有斐閣、1933 年、264 頁)。
- 12) 原田敬一『近代日本都市史研究』(思文閣出版、1997 年) 265 頁以下、拙稿「近代日本の公益事業規制——市町村ガス報償契約の法史学的研究」(『法制史研究』59 号、2010 年)。
- 13) 佐上信一『道路法之概要』(帝国地方行政学会、1920 年) 21 頁以下。
- 14) 前掲拙稿「近代日本の公益事業規制」。
- 15) なお、報償契約をめぐるのは、弁護士の上崎今朝弥が原告となり、1919 年に東京瓦斯株式会社を相手取って料金値上無効確認請求訴訟が提起され(飯澤文夫「上崎今朝弥年譜(稿)」、『明治大学史紀要』13 号、2009 年、120 頁)、1921 年に大審院にて上告判決が下されている(大審院判決 1921 年 6 月 26 日)。同訴訟では、1911 年の東京市・東京瓦斯株式会社報償契約について、特に第 5 条および第 6 条に規定された料金規制条項は第三者のためにする契約(民法第 537 条)に該当するかどうかが争点の一つとなった。これに対して大審院は、料金規制条項は「瓦斯供給事業を被告会社(引用者注、東京瓦斯株式会社)の独占たらしめたるより一般瓦斯需用者の便利を計ると同時に将来被告会社に於て自儘に料金を定めて不当の利を得るが如き弊なからしめんとする主旨に出でたるものと解するを得べく」(「上崎今朝弥氏対東京瓦斯会社瓦斯値上無効確認事件上告判決」、『法律新聞』1880 号、1921 年、84 頁。傍点原文)として、第三者のためにする契約ではないと判示した。同判決は、唯一確定した大審院の報償契約に関する民事判決である。
- 16) 『帝国瓦斯協会雑誌』10 巻 6 号(1921 年)・11 巻 4 号(1922 年)・12 巻 4 号(1923 年)。同訴訟の裁判資料については、岸同門会編『岸清一訴訟記録集』民事篇第 3 輯(巖松堂書店、1936 年)にまとまっており、本稿はこれを参照した。
- 17) 裁判上の「鑑定(意見)」とは異なる。
- 18) 萩原古寿『報償契約に就て』(1920 年)。ただし筆者は原本を確認できなかった。しかし、同書の鑑定書部分については、1927 年までに東京市政調査会にて筆写されたものが現存する(『報償契約二関スル諸家ノ意見』、市政専門図書館蔵)。
- 19) 萩原古寿『報償契約質疑録』I~III(電気経済研究所、1932~1933 年)。
- 20) 『報償契約に関する諸家の意見書』(京都市役所庶務部庶務課、1935 年、市政専門図書館蔵)は、前掲萩原『報償契約質疑録』II に掲載された鑑定意見等に、後述する杉山直治郎の論文の一部を加えたものである。また、函館市役所が作成したと推定される『報償契約無効論萃集』(市政専門図書館蔵)にても、同じく前掲萩原『報償契約質疑録』II からの転載が見られる。
- 21) 坂本森一編『報償契約に期待する電気事業買取交渉の経過』(函館市役所、1936 年) 86 頁以下。同書は、函館市・函館水電株式会社の報償契約裁判記録が収められている。なお、同訴訟の裁判速記として、『函館市対帝国電力株式会社権利関係(報償契約)確認請求訴訟速記録』(市政専門図書館蔵)が残されている。
- 22) ただし、東京帝国大学教授で民法学者の杉山直治郎は、附合契約に関する論文にて報償契約に言及している(杉山直治郎「附合契約の概念に就て(5・完)」、『国家学会雑誌』42 巻 12 号、1924 年、65 頁以下)。同論文で杉山は、「『報償契約の効力』を論ずるは本論文の主題よりすれば岐路に踏み入るものである」としながらも、後述する美濃部達吉の見解を支持して、報償契約の無効を主張した。
- 23) 前掲萩原『報償契約質疑録』II 124 頁以下。同鑑定の作成年月は不明だが、内容から道路法が制定・施行された 1919~1920 年と推定される。
- 24) 同前 126 頁。
- 25) 鳩山は 1891 年内務省訓令 462 号「堤塘道路並木敷ノ使用及収益ニ関スル件」(『法規類抄』中ノ上、内務省総務局、1910 年版、571 頁)を引き、官有道路であっても費用を負担する府県及び市町村が処分を行えるとして、契約締結当時の東京市は許可権限を有したとした。
- 26) 前掲萩原『報償契約質疑録』II 131 頁。
- 27) 同前 131 頁。
- 28) なお、鳩山は、報償契約は道路法により効力を失うと解するため、「其の法律関係を確定せんとせば契約解除の意思表示を為すべきにあらざして契約終了したることを通知すべきなり。又裁判上之を確定せんとせば契約が終了したる旨の消極的確認訴訟を提起すべきなり」(137 頁)と述べている。
- 29) 美濃部達吉『東京市と千代田瓦斯会社との契約に就て』(『法律新聞』409 号、1907 年)。なお、同伴について東京市庶務課長が東京市・千代田瓦斯株式会社報償契約は私法関係であると主張した(山崎林太郎「千代田瓦

ス契約問題に対する高根博士の意見に就て」、『中外商業新報』1907年3月1日）ことに対して、美濃部は別に反論している（美濃部達吉「再び千代田瓦斯契約問題に就て」、『法律新聞』412号、1907年）。

30) 美濃部達吉「法律上より観たる報償契約」（『国家学会雑誌』46巻6号、1933年）。

31) 美濃部達吉「報償契約」（『法律学辞典』IV、岩波書店、1936年）。

32) 美濃部による公法上の契約の理解については、美濃部達吉「公法上の契約に関する二三の考察」（田中耕太郎編『法学協会五十周年記念論文集』第1部、法学協会、1933年）。

33) 前掲美濃部「法律上より観たる報償契約」8頁。

34) 同前11頁。

35) ただし、道路法施行以前は有効であったとする（前掲萩原『報償契約質疑録』II 170頁）。当時の美濃部は、道路法施行以前の道路管理の主体を、公共団体としての自治体としている（美濃部達吉「本法道路一班」、『国家学会雑誌』30巻1号・2号、1916年）。

36) 前掲美濃部「公企業ノ特許ノ法律上ノ性質」。

37) 前掲美濃部「法律上より観たる報償契約」2頁。

38) 同前23頁。

39) 前掲萩原『報償契約質疑録』II 178頁以下。

40) 佐々木惣一「道路法施行前より存する道路占用の法律関係」（『公法雑誌』7巻8号・10号、1941年）。

41) 同前8号35頁。

42) 同前8号36頁。

43) 同前8号37頁。

44) 同前10号35頁。

45) 佐々木の議論の特色は、学術論文名にあるように、報償契約を特に道路占用の法律関係に限定するところである。このため論点の一つである独占については、直接の主題とならない。独占保障規定については公法関係として把握するものの、同規定がはたして有効であるのかどうかについては言及されていない。なお、道路の占用に対する佐々木の理解は、佐々木惣一「道路の占用につい

て」（『公法雑誌』6巻7号・12号、1940年）も参照のこと。

46) 前掲佐々木「道路法施行前より存する道路占用の法律関係」8号38頁。

47) 前掲田中「公法契約論序説」274頁。

48) 同前302-303頁。

49) 田中二郎『公共企業法』（日本評論社、1939年）。

50) 同前67頁。

51) 同前67頁。

52) 同前66頁。

53) ただし、瓦斯事業法（1923年法律46号）第12条第4項では「市町村ト瓦斯事業者トノ間ニ存スル事業経営ニ関スル定ニ基キ瓦斯事業者カ市町村ノ承認ヲ求メタル場合ニ於テ協議調ハサルトキハ主務大臣之ヲ裁定ス」として、「定」と表現することで法的性質の問題を回避した上で、報償契約の存在を消極的ではあるが認めている（拙稿「瓦斯事業法の成立と市町村ガス報償契約——近代日本における公益事業規制主体の移行（3・完）」、『法学論叢』169巻3号、2011年、48頁）。

54) 公害防止協定の議論については、さしあたり、芝池義一「行政法における要綱および協定」（『岩波講座 基本法学』4巻、岩波書店、1983年）、碓井光明『行政契約精義』（信山社、2011年）。公害防止協定の性質の議論は、紳士協定説、私法契約説、行政契約説（公法契約説）の3種に大きく分かれる。

55) 拙稿「ガス事業報償契約の運用と解消過程——東京・大阪・名古屋を中心として」（『都市問題』104巻9号、2013年）。

56) なお、戦後における報償契約の法的議論については、田中二郎「報償契約に関する法律問題——公法と私法の交錯する場」（『ジュリスト』107号、1956年）、南博方「ガス報償契約をめぐる法律問題」（『行政と経営』昭和37年3号、1962年）、上野雅知「報償契約——ガス事業を中心として」（契約法大系刊行委員会編『契約法大系』第6巻、有斐閣、1963年）。