

汚物掃除法における汚物処理の許可制度の検討（二・完）

梅 青

はじめに

第一章 明治憲法下の行政法制

第二章 汚物掃除法制定以前の汚物行政（以上、二二二号）

第三章 汚物掃除法の制定およびその施行

第一節 政府案の国会提出および審議

第二節 法律およびその施行規則の内容

第三節 法律の施行

第四章 汚物処理における許可制度の形成

第一節 汚物処理に関する各種許可の仕組み

第二節 汚物処理における許可制度の法的性格

第三節 汚物処理における許可制度に対する法的検討

おわりに（以上、本号）

第三章 汚物掃除法の制定およびその施行

飲料水対策、掃除対策、および下水道改善等は、コレラを中心とする伝染病対策の前提として、また伝染の原因を除去する手段として、早くから関心がもたれてきた⁽¹⁾。明治政府は、これらの対策のための法整備の一環として、一八九〇（明治二三）年に水道条例（明治三三年二月二三日、法律第九号）を制定したのち、一九〇〇（明治三三）年に汚物掃除法（明治三三年三月七日、法律第三一号）および下水道法（明治三三年三月七日、法律第三二号）を制定し、衛生行政の整備を進めた⁽²⁾。本章では、この時期における汚物掃除法の制定過程、法律およびその施行規則の内容、ならびにその施行状況を述べる。

第一節 政府案の国会提出および審議

明治期は、コレラ等の伝染病が流行した時期でもあった。これに対して、内務省衛生局は、その蔓延の原因のひとつとして病原菌が繁殖しやすい不衛生な環境をあげ、その改善のためには、汚物を迅速・適正に処理することが不可欠であるとした。そして、それまで種々講じられてきた対策の効果がいまひとつあがらず、汚物の滞留が多いのは、掃除施行の責任者が不明確であることが原因と考えた。そして、その責任を明確化するため立案された法律⁽³⁾が、汚物掃除法であった⁽⁴⁾。同法の原案は一八九九（明治三二）年八月に閣議に提出され、修正を経て、同年一月二八日から第一四帝國議会で審議された⁽⁵⁾。政府委員内務次官小松原英太郎の衆議院での説明によると、政府案の提案理由は、以下の三点であった⁽⁶⁾。

第一に、用水および下水の改良ならびに汚物掃除は、人口過密な都市においては、衛生上の基礎となるべき三大要素である。第二に、塵芥その他の汚物を掃除して、土地の清潔を保持することは、土地の衛生上極めて必要であるにもかかわらず、従来各地で行われる春秋二期の清掃方法、および伝染病流行の兆候があった場合に行う臨時的な大清掃は、みな一時のことであり、永続的な方法ではない。第三に、近來伝染病は年々流行し、多くの生命健康を害し、農工商業においても、少なくない損害をもたらすがゆえに、衛生上の施設を完全にし、伝染病の根絶を図ることは、実に今日の急務である。

この法案について、衆議院ではほとんど異論なく、原案どおり可決された⁽⁷⁾。貴族院では若干の議論があり、一部字句の修正が行われた。しかし全体として、この法案の議會審議は順調に進められ、一九〇〇(明治三三)年三月六日に公布された。

第二節 法律およびその施行規則の内容

この法律は本則九箇条と附則の二箇条からなり、同法に基づく内務省の汚物掃除法施行規則(明治三十三年三月八日、内務省令第五号)本則一七箇条と附則一八箇条とともに、汚物の定義、法律の施行主体、汚物掃除の義務者、汚物の処理、義務の履行確保および罰則等について定めていた。当該法律およびその施行規則の主な内容は以下のとおりである。⁽⁸⁾

第一に、汚物の定義である。法律およびその施行規則は、汚物を定義することなく、その対象範囲を定めたのみであった。すなわち、施行規則により、掃除の対象となる汚物は、塵芥、汚泥、汚水および屎尿とされた。なお、

一九四一（昭和一六）年五月一日に施行規則の改正があり、汚物の中に「灰燼」が加えられた。第二に、法律の実施主体である。本法に定められた実施主体は、市のみとされた。⁽¹⁰⁾ 第三に、汚物の掃除義務者である。法律および同施行規則により、汚物の掃除義務者は、①市内の土地の所有者、使用者または占有者、もしくは②市であることされた。⁽¹¹⁾ 第四に、汚物の処理である。汚物の処理は、汚物の収集等および汚物の処分に分けられ、汚物の種類によって相違があった。ここでは塵芥、汚泥、汚水、尿尿、および灰燼という五種類の分類ごとに、それぞれの処理方法が定められた。第五に、掃除の監督および義務履行の確保である。この場合、地方長官は、掃除の施行および実情を監視するために必要な吏員を市に置くことができるとされた。また、そこで同法に規定された私人の義務の履行確保手段として、土地の立入および代執行が規定された。第六に、罰則である。私人が履行すべき事項を、掃除監視吏員が指定した期間内に履行しない者に対しては、一円九五銭以下の料金を処するとされた。また、公共溝渠に塵芥土石を投棄した者または尿尿を流した者は、一〇日以下の拘留または一円九五銭以下の料金を処するとされた。

この法律は、都市部を想定した伝染病の予防対策の一環として制定されたものであって、その適用範囲も都市部に限定されていた。また、この法律は、大綱だけを規定したものであり、その実定規定のほとんどを施行規則に委ねていた。たとえば、掃除対象となる汚物の範囲、汚物の処理に関する規定、掃除監視吏員の職務に関する規定、義務履行の確保に関する方法、罰則規定等である。また、「汚物ノ種類汚物掃除並清潔保持ノ方法及施設ニ関スル事項ハ命令ヲ以テ之ヲ定ム」（第九條）と定められ、行政に包括的な権限が認められていた。⁽¹²⁾ このような法の仕組みの下で、当該法律の施行にあたって、地方長官は広範囲の権限を付与された。たとえば、法定外の掃除実施主体の指定、掃除義務者の指定、掃除対象となる汚物の除外指定、市の定めた掃除監視吏員に関する職務章程の認可、市の

汚物収集・運搬・処分等の順序方法の認可、施行規則に定められた汚物処理規定以外の汚物の掃除、溝渠便所の構造その他清潔保持の方法および施設に関する規定を定めること等は、地方長官の権限とされた。また、汚物の処理の中心的な作業内容とは、汚物を取り集め、そしてそれを適当な場所に運搬することであつた。すなわち、汚物を生活の拠点である住居地から物理的に消去することにより、住居地の衛生を保持することが、この法律の目的であると考へられた。また、尿尿については、相当長期にわたつて同法の適用外とされた。なお、「市ニ於テ前条ノ処分ヲ為シタル為生スル収入ハ市ノ所得トス」(第四条)とされたように、当時の汚物処理は営利事業であるとされた。さて、この法律および施行規則における汚物の掃除の概念もまた、必ずしも明確でなく、たとえば、ここでいう掃除の概念は、汚物の取り集め、運搬および処分を含む総合的な概念を意味する場合もあり、取り集めのみを意味する場合もあり、および収集のみを意味する場合もある等、一義的ではなかつた。

第三節 法律の施行

汚物掃除法、同規則および掃除監視吏員ノ組織権限等ノ件(明治三三年三月九日、内務省令第六号)は、一九〇〇(明治三三)年四月一日から施行された。各地域は、それを受けて、関係規定を整備し、掃除監視吏員を設置し、汚物掃除法の実施を開始した。以下では東京市を例に施行状況を簡単に述べる。

まず、警視庁は、汚物掃除法および同施行規則を受けて、警視庁令を制定し、汚物掃除法および同施行規則を実施した。すなわち、清潔保持ニ関スル取締規則(明治三三年五月一日、警視庁令第一八号)および広大ナル土地ニ於ケル汚物ノ処分ニ関スル件(明治三三年五月一日、警視庁令第一九号)の二つの警視庁令が、汚物掃除法の

規定を具体化するものであった。ここでは、たとえば施行規則の第三条で各戸に設置が義務づけられた塵芥収集用の蓋付きの容器に関して、前記警視庁令の清潔保持ニ関スル取締規則の第四条では、各戸に汚物収集用の容器に陶器、金属製または木製の蓋付きの汚物がもれないようにされたものという⁽⁸⁹⁾とされた。この容器につき、東京市は、同年五月三〇日の告諭において图示した。また、施行規則第二条は、市内でも郡村接近地域の居住者や広大な土地を有する者については、汚物収集容器や搬出方法につき別の規定を設けることを認める規定を置いている。このことにつき、前記警視庁令の広大ナル土地ニ於ケル汚物ノ処分ニ関スル件は、市内の郡村に近接した地域、三〇〇〇坪以上の土地、または五〇〇坪以上の工場・畜舎を有する土地、という三つの条件のいずれかに該当する場合は、警察の許可を受けた方法で自家において処理する場合を除き、自ら汚物を塵芥取扱場に運搬することを義務づけた⁽⁹⁰⁾。

次に、東京市は、汚物の収集回数について、一九〇〇（明治三三）年三月三〇日に東京市汚物掃除規則を公布した。それによれば、通常の家庭の汚物は六日に一回、ただし必要があると認められれば毎日もしくは二日に一回の収集を行なうものとされていた。またこの収集は、広場・車道・橋梁等の場所では二日に一回、魚市場や青果市場では毎日一回とされた。

さらに東京市は、掃除監督吏員につき、掃除監督長一人、掃除監督一五人、掃除巡視一五〇人の設置を規定した⁽⁹¹⁾。その後警視庁は、一九三一（昭和六）年四月二〇日に、東京府との連名で、汚物掃除法施行細則（警視庁令・東京府令、無番号）を公布した。当該細則は、三七箇条からなり、溝渠の製造材料および構造、汚水の排出方法、塵芥容器の構造および設置、汚物の処理場または積換場の位置構造および設置修繕等の注意事項、汚物の収集または運搬の注意事項、汚物処理の手数料徴収事項等を規定した。なお、この細則の公布により、前記の二つの警視庁令

は廃止された。

汚物掃除法が制定され、汚物処理が市の義務とされたというものの、市がただちに清掃職員を雇い入れ、直接処理を行ったのではなく、同法施行後も当分の間は、従来どおりの処理が行われた。東京市は、汚物掃除について、掃除監視吏員を配置したが、掃除については、事業者による請負制を採っており、その参入は競争入札によるものとされた。業者は落札を得るため請負金額を過度に低廉化することを余儀なくされ、その結果、市の方針どおりに収集作業を実施することが不可能となり、作業員数を操作したり、収集回数を減らさざるを得なかった。そのため一九〇八（明治四一）年一〇月、東京市は、汚物収集の直営化の方針を立てることとした。最初に直営が実施されたのは小石川区および四谷区の両区であったが、順次これが拡大された。直営で実施された区では、区役所の衛生係が掃除台帳と戸口簿を備え、それにしたがって区内各家庭の汚物収集を行った。その成果は請負に比べて良好とされた。その後、直営区はさらに拡大され、一九二一（大正七）年九月一日付けで、市内全域の汚物収集が直営化されることとなった。

また、尿尿は、大正中期まではもつとも重要な肥料で、商品として扱われており、ほとんど民間業者によって処理され、市の処理義務の範囲外とされていた。

なお、汚物の一種である塵芥の処理方法は、施行規則第五条では、「市ハ掃除義務者ノ収集シタル汚物ヲ一定ノ場所ニ運搬シ塵芥ハ可成之ヲ焼却スヘシ」と規定された。またこの点につき、内務省衛生局長通牒は、「掃除搬出した汚物中、塵芥はこれをなるべく焼却するため、焼却場を設けしめ、若し直ちに焼却場を設けることあたはざる事情あるときは、今より焼却場の構造、位置等を強調せしめ、遠からずこれを設置せしむる様、御措置相成たく」とする等、汚物の焼却処理への積極的な取り組みを指示した。これは、伝染病の予防措置として、焼却の処理方法が衛

生的処理方法と考えられたのであろう。汚物掃除法以前は、埋立や肥料への活用がほとんどであったのに、短期間に汚物の焼却処理が急速に進んだのは、このような内務省衛生局の積極的な指導があったためと思われる。また、この政策を通じて、焼却を通じた汚物処理方法が日本において形成され、その後のダイオキシン問題等の底流となったと思われる。

この時期、すなわち汚物掃除法が施行される一九〇〇（明治三三）年において、東京市から収集された汚物量（尿を除く）は年間約一五万トンであった。二年後その量は約二〇万トンにのぼり、その後も伸び続けた。収集量を見るかぎりでは、汚物掃除法の制定・施行は、汚物行政の整備を促し、市内の衛生状況の改善に大きく寄与したといえる。また、東京に見られるように、都市部においては、明治期においても、すでに相当量の汚物が処理されていたことがうかがわれる。このなかには肥料等再利用可能なものも含まれるのであり、かならずしも全部を市が処理したわけではないが、それでも汚物処理が大きな課題となりつつあった。

汚物掃除法制定後の汚物行政の特徴としては、以下のことが指摘される。まず、汚物掃除法における汚物処理は、汚物を住居地から搬出し、住居地の衛生を保持し、伝染病の予防を目的としていた。そのため、掃除の対象の汚物は、生活に密接な種類について定められ、塵芥、汚泥、汚水、尿尿および灰燼の五種類に分類された。次に、汚物掃除法の制定により、市による汚物処理という公的汚物処理の責任が明確にされたことは、衛生関係の法整備上において画期的であった。最後に、この法律は大綱だけを定め、その施行に際して行政（とくに地方長官）に大きな権限を認めた。

さて、汚物掃除法、および同施行規則においては、汚物処理の多くについて地方長官の許可を要するものとしていた。その対象となるのは、汚物の収集方法、汚物の運搬方法、汚物の処分方法、施設の設置、および使用料の徴

取等であった。たとえば、施行規則第九条は、この汚物の運搬や処分方法は地方長官の許可を受けなければならないと定め、さらに、同規則第二四条は、地方長官は本則に定めるもののほか、汚物の掃除、溝渠便所の構造、その他清潔保持の方法および施設に関して必要な規定を設けることができるとした。このように、この時期各府県では、施行細則において汚物処理に関して各種許可制度が設けられていた。これらの許可制度は、掃除責任者である市に対する地方長官の職務上の指揮監督権限を意味する場合もあり、汚物処理にかかる行政上の目的を達成するための事実行為を意味することもある。本稿は右のほか、汚物処理に関する営業許可のみを検討する。

注

- (1) 前掲『厚生省五十年史』（記述編）六五～六六頁参照。
- (2) この時期におけるその他の衛生関係の法整備については、本稿第一章第三節の二（名古屋大学法政論集二二二号五八～六一頁）参照。
- (3) 民間による立法案については、山崎達雄前掲『洛中塵捨場今昔』一一八～一二六頁参照。
- (4) 前掲『清掃事業百年史』四二頁参照。
- (5) 審議の状況については、山崎前掲書二二八頁以下参照。
- (6) 政府案の審議状況については、明治三二年一月二八日付衆議院議事速記録第四号一九頁以下参照。
- (7) 一九〇〇（明治三三）年一月からの第一四議会での審議は、ちょうど同年秋季から翌年にかけてヨーロッパで「黒死病」と恐れられていたペストが流行した時期と重なっている。この伝染病の流行によって、法案の審議が促進されたといわれる。前掲

『東京都清掃事業百年史』四二頁参照。

(8) この法律および当該施行規則の内容については、山田準次郎『衛生行政法論』（明治大学出版部、一九一六年）三四三頁以下、亀山孝一前掲『衛生行政法』一三三頁以下参照。

(9) ここでいう掃除とは、汚物の取集め、収集、運搬および処分を含む一連の過程を意味し、その内容として、これらを含む総合的な概念であると解される。また、この法律における掃除を具体化する用語に、収集、運搬、搬出、排泄、および処分がある。しかし、汚物掃除法および同施行規則は、かならずしも掃除を総合的な概念として使用していなかった。ちなみに、掃除は、取集めを意味する用語として使用された場合もあった。なお、現行法である廃棄物の処理および清掃に関する法律（昭和四十五年十二月二十五日法律第一三七号、平成一八年六月二日法律第五〇号最終改正、以下廃棄物処理法という）における処理の概念は、廃棄物の分別、保管、収集、運搬、再生および処分に関する一定の過程を明示的に規定したものである。また、廃棄物を適正に処理するとは、単に廃棄物を衛生的に処理することのみでなく、それを環境に過重な負荷を与えないように処理することまでを含むものであるとされる。廃棄物処理法研究会『廃棄物処理法の解説』（財団法人日本環境衛生センター、二〇〇六年）一八～二〇頁参照。これに対して、汚物掃除法における掃除は、単に汚物を物理的に消滅させることを意味していた。

(10) この法律は、その実施主体を市に限定した。ただし、「地方長官ハ区町村、町村制ヲ施行セサル地方ニ在テハ町村ニ準スヘキ地又ハ其ノ一部ヲ指定シ本法ノ全部又ハ一部ヲ準用スルコトヲ得」（第一条）とされた。

(11) 掃除の概念については、前掲注(9)参照。

(12) ここでは、①の場合における掃除と②の場合における掃除とは、意味が異なっている。この法律および同施行規則により、①の場合において、市内の土地の所有者、使用者または占有者はその地域内の汚物を掃除し、清潔を保持する義務を負うとされた。②の場合では、市は、市内の土地に該当する掃除義務者がいない区域内の汚物を掃除し、その清潔を保持する義務を負うほか、掃除義務者が掃除した汚物を処分する義務を負うとされた。このように、①の場合における掃除は、汚物を取集め、排出・排泄させることを意味する。すなわち、掃除義務者は、塵芥・汚泥・灰燼を適当な容器を用いて取集め、汚水を適当な場所に排

出させ、尿尿を汚物処理槽に排泄させることを意味する。②の場合における掃除とは、①の掃除と同じ意味をもつほか、①の掃除義務者が収集した汚物を処分する義務を負うとされた。すなわち、塵芥・汚泥・灰燼を容器から搬出し、処分する(塵芥は焼却する)ことを意味するとされた。

(13) ここでの処理とは、この法律上の用語ではなく、本稿におけるの説明上の用語である。その概念は、掃除と同じく、汚物の掃除に関する一連の流れを意味し、その内容として、収集め、収集、運搬、および処分を含むものである。また、廃棄物処理法における処理については、前掲注(9)参照。

(14) 汚物掃除法における収集とは、塵芥・汚泥・灰燼を適当な容器を用いて取り集め、汚水を適当な場所に排出させ、尿尿を汚物処理槽に排泄させることを意味する。廃棄物処理法における収集とは、廃棄物を取り集め、運搬できる状態に置くことをいう。浄化槽に連結されるパイプを通じて尿尿が集まり、またダストシュートを通じてごみが集まってくる場合は、能動的な行為が行なわれていないので、ここでのいう収集ではないとされる。前掲『廃棄物処理法の解説』一九頁参照。なお、汚物掃除法における収集は、廃棄物処理法における収集と比べると、廃棄物の取り集めの段階のみを意味すると考えられる。

(15) 汚物掃除法における処分とは、汚泥・灰燼を適当な容器から収集して搬出していくこと(後にそれを肥料等として使用する)、および塵芥を適当な容器から収集して搬出してそれを焼却する(後に焼却灰を肥料等として使用する)ことを意味する。廃棄物処理法における処分とは、廃棄物を物理的、化学的または生物学的な手段によつて形態、外觀、内容等について変化させ、生活環境の保全上支障の少ないものにして最終処分しまたは廃棄物にほとんど人工的な変化を加えずに最終処分することの意味するとされる。前掲『廃棄物処理法の解説』一九～二〇頁参照。汚物掃除法における処分の概念は、汚泥、汚水、尿尿および灰燼の場合では、廃棄物処理法における運搬の概念に相当し、塵芥の場合では、廃棄物処理法における中間処理の概念に相当すると考えられる。

(16) いわゆる掃除監視吏員である。その職務は、施行規則第一〇条において規定され、おもに以下の項目であった。

第一に、市の義務に属する汚物の掃除および処分に関し掃除人を指揮監督すること。第二に、公共溝渠、公共便所、塵芥焼却場その他掃除に関する施設を巡視すること。第三に、私人がその義務に基づき履行する掃除の実況および溝渠、便所その他掃除に関する私人の施設を巡視すること。第四に、汚物掃除法またはこれに基づいて発する命令により私人において履行すべき事項を履行せずまたは履行に充分でないと認めた場合において、履行期間を指定して私人に戒告しおよび私人の履行すべき事項を執行すること。

また、掃除監視吏員の地位については、内務省衛生局長通牒によれば、「其ノ職責警察官ニ近似スルモノニ有之（中略）、又掃除巡視ハ大略巡査ニ相当スル」とされた。なお、その選任につき、山崎達雄によれば、京都府においては掃除監督長は元警察署長を、掃除監督は元巡査部長を採用したとされ、この場合の掃除巡査の採用試験は巡査試験と同じ試験科目であったという。山崎前掲書一三六―一三七頁、同「百年前の京都ごみ処事情」都市清掃第五三卷第二三六号六二―六三頁参照。

(17) ここでの土地の立入とは、掃除監視吏員が掃除義務の履行を監視または必要とする事項を執行するため、私人の土地に立ち入ることである（法第六条、施行規則第一二条）。

(18) ここでの代執行とは、汚物掃除法、同施行規則、またはそれらに基づいて制定された警察命令もしくはそれらに基づいて行なつた行政行為につき、私人において履行すべき義務を履行せず、または履行させても不十分な場合に、市がそれを代替的に執行し、それに要する費用を義務者より徴収することであった。また、代執行は予め履行期間を指定し、戒告した後に行なうことができるとされた（法第七、八条、施行規則第一〇、一三、一四条）。なお、汚物掃除法を施行してからの二箇月後、一九〇〇（明治三三）年六月二日に行政執行法（明治三三年六月二日、法律第八四号）が施行され、第五条に行政代執行制度が設けられた。ちなみに、行政代執行を行なう手続は戒告・執行・費用の徴収との三段に分かれ、汚物掃除法に定めた代執行の手続と同様であった。行政執行法については、美濃部達吉『日本行政法（上巻）』（有斐閣書房、一九一三年）二〇九頁以下、佐々木惣一『日本行政法論』（有斐閣、一九二四年）五二八頁以下参照。

- (19) 掃除監視吏員については、前掲注(10)参照。
- (20) 命令については、本稿第一章注(28)(名古屋大学法政論集二二二七号七一七二頁)参照。また、命令の違反に対しての制裁措置については、本稿第一章注(29)および注(30)(名古屋大学法政論集二二二七号七二頁)参照。
- (21) そもそも、明治憲法第九条により、警察上必要で、かつ法律に抵触しない限度において、行政が命令をもって臣民の自由および財産を侵害する規定を設けることができるとされている。
- (22) 章程については、明治時代の文献、たとえば、美濃部博士等の著書にも、説明が見られない。なお、現在、章程とは、事務執行の細則を指すとされる。検察庁事務章程(平成一八年三月三二日、法務省訓令第一号)はその例である。
- (23) ここでの認可とは、地方長官の市に対する指揮監督権限の行使の一つとして行われる。
- (24) この認可の概念につき、同前注参照。
- (25) 掃除の概念については、前掲注(9)参照。
- (26) 統計によると、一九〇〇(明治三三)年末、汚物掃除法が適用された市は五二市を数え、準用された町村は二六町村であった。杉島和三郎「都市ごみ焼却処理の軌跡を追って」都市清掃第五三巻第二三六号六八頁。
- (27) 警視庁令は、警視総監の発する命令であり、警察令と同義である。
- (28) 告諭については、明治時代の文献、たとえば、美濃部博士の著書には、別段の説明がないが、今日の告示に類するものと思われる。本件は、容器を図示して説明したものであった。
- (29) 前掲「東京都清掃事業百年史」四四四頁参照。
- (30) 前掲「東京都清掃事業百年史」四四四～四五頁、五六～五七頁参照。本来、市内の土地の所有者、使用者または占有者はその地域内の汚物を掃除し、清潔を保持する義務を負うとされた。すなわち、その掃除義務とは、塵芥・汚泥・灰燼を適当な容器を用いて取り集め、汚水を適当な場所に排出させ、尿尿を汚物処理槽に排泄させることであって、汚物(この場合は、塵芥のみを指

す)を塵芥取扱場に運搬していくことは市側の義務であった。掃除義務については、前掲注⑫参照。しかし、この場合、広大な土地につき、その所有者、使用者または占有者は、より厳しい掃除義務を負わされ、自ら汚物を塵芥取扱場に運搬していくことになった。

- (31) 前掲『東京都清掃事業百年史』四五頁を参照。また、掃除監視吏員の職務、地位およびその選任については、前掲注⑫参照。
- (32) 前掲『東京都清掃事業百年史』四六～四九頁参照。
- (33) ここでは、塵芥だけを対象とする。当時、各家庭からの塵芥は、おおむね三つに分別された。第一に肥料として再利用できるもの(肥料芥)、第二にそれ以外で利用できそうなもの(有価物)、第三にどちらにも利用できないもの(捨芥)である。これは、明治前期からの分け方と基本的には変っていない。これらの中で、問題となったのは、利用価値のない捨芥であった。明治四五年、市は、捨芥の処理と運搬を市の直営とした。前掲『東京都清掃事業百年史』五一頁参照。
- (34) 前掲『東京都清掃事業百年史』五〇頁参照。また、この直営化によって、汚物収集の回数は増え、市民からの苦情も減ったという。
- (35) 明治三三年の時点では、汚物は肥料や埋立用に活用されるのが主で、全国の市町村のなかでは焼却場を所有していたのは少なかった。ちなみに、東京市では計画すら立てられていなかった。ゆえに、「塵芥ハ可成之ヲ焼却スヘシ」(施行規則第五条)という条項は、指針的な規定であるとされた。前掲『東京市清掃事業百年史』四三頁参照。また、一九三〇(昭和五)年の規則改正により、「可成(なるべく)」は削除された。
- (36) 山崎によれば、焼却処理は汚物の衛生的な処理であるとされた。山崎前掲書一三一頁参照。また、この時期、欧州においては、焼却による処理が行なわれていたため、日本はそれを参考したという。同「百年前の京都のごみ処理事情」都市清掃第五三巻第二三六号三七三頁以下参照。
- (37) 山崎前掲書一四三頁以下参照。

(38) 坂詰前掲論文二六頁参照。

(39) 前掲『東京都清掃事業百年史』五三頁を参照。たとえば、名古屋市における市内からの収集された一年間の汚物量(尿尿を除く)は、法施行の翌年には、前年より、四倍以上伸びた。その後も、二年間伸び続いていたという。前掲『なごやの清掃事業』一三頁参照。また、その他の地域にも同様な現象があった。山崎前掲書一三八頁参照。

(40) 市が、市営で処理したのは、利用価値のない、いわゆる捨芥であったことにつき、前掲注(3)参照。すなわち、肥料やその他利用価値のあるものは、民間業者によって処理された。前掲『東京都清掃事業百年史』五一頁以下参照。しかし、汚物処理の施設、たとえば、焼却炉の建設は、当時の財政状態等により、困難であった。当時の状況を回顧するものとして、杉島和三郎「都市ごみ焼却処理の軌跡を追って」都市清掃第五三巻第二三六号七〇頁参照。

(41) 汚物掃除法では、義務者の収集した汚物を市が処分することとしていたため、これは従来民営の下で不完全であった処理を公共事業に転換する画期的なものであったといえる。杉島和三郎同前六八頁参照。

(42) 施行規則第二五条により、東京市においては、地方長官の職務は警視總監および東京府知事がこれを行なうとされた。

第四章 汚物行政における許可制度の形成

汚物の処理は、汚物掃除法にもとづき、主に以下の三種類の形態において行われていた。

第一に、汚物掃除法が制定されたにもかかわらず、地域によっては、同法が施行されず、従前の汚物処理が行なわれた。⁽¹⁾第二に、東京や大阪等の地域では、汚物処理の営業許可制度を設けて、行政の業者に対する監督を通じて、汚物が処理されていた。この場合、地域によっては、法制定前にも、関係地方法規が存在したのであるが、制定後

は、さらに汚物処理に関する取締制度が整備された。第三に、名古屋市では、汚物処理は事業者の請負によって行われた。⁽²⁾名古屋市は市内の汚物の処分権を有するものとし、民間業者と請負契約を締結して、汚物処理を行なった。この請負契約は、一種の営業許可制度⁽⁴⁾であり、民間業者はこれによって汚物処理を行なった。また、東京等のその他の地域では、汚物処理が上記の許可制度により行われたほか、このような請負契約を通じて行われた例も存在した。⁽⁵⁾

以下では各地の汚物処理における営業許可の仕組みについて検討する。

第一節 汚物行政に関する許可の仕組み

汚物掃除法には、汚物処理についての許可制度を設けていなかった。しかし、前章の最後で指摘したように、汚物処理にあたって、各種の許可制度が存在しており、地域によっては、汚物の収集、運搬、処分、または塵芥焼却場等汚物処理の各段階、施設の設置およびその運営等について、営業許可を設けて実施された。⁽⁶⁾各地の汚物処理における許可制度は、おもに以下のとおりである。⁽⁷⁾

一 大阪府における汚物処理の許可制度

大阪府では、二つの府令により汚物処理の許可制度が定められた。すなわち、肥料貯蔵場取締規則⁽⁸⁾（明治二〇年一〇月二五日、大阪府令第一〇六号）における肥料貯蔵場の設置許可および汚物掃除法令中塵芥及汚泥掃除二關スル施行細則⁽⁹⁾（明治三三年五月二五日、大阪府令第三二二号）における塵芥または汚泥運搬業の許可であった。以下で

は、この二つの府令を検討する。

(一) 肥料貯蔵場取締規則における肥料貯蔵場の設置許可

肥料貯蔵場取締規則は、その趣旨からすると、直接汚物処理とは関係ないものの、この規則における肥料の定義は、汚物掃除法のそれとはほぼ同じであった。したがって本稿では、これを汚物処理に関する法令の一環として検討する。この規則は、肥料貯蔵場の設置に関して、肥料の定義、貯蔵場設置許可の申請手続、貯蔵場の立地要件、施設の構造要件、貯蔵場の改造および修繕に関する許可、貯蔵場の売買、譲与、廃場等に関する届出、貯蔵場の改造命令、肥料の貯蔵場外に差置に関する許可、罰則、および除外事項を定めた。この規則により、肥料貯蔵場を設置しようとする者は、その設置許可が必要とされる。この設置許可の仕組みは、具体的には、以下のとおりである。

第一に、設置許可を要する地域の範囲である。すなわち、大阪・堺および奈良の市街地および当該市街地に隣接する町村において貯蔵場を設置する場合は、許可を要する。第二に、肥料の定義である。この規則において、肥料と称するのは、屎尿、干鰯、塵芥および動物の骨肉その他肥料に供するもので、悪臭を発するものであるとされた。

第三に、貯蔵場設置許可の申請手続である。肥料貯蔵場を設ける者は、その肥料の種類を明記し、当該場所の構造図面および四隣三拾間以内の地主、家主ならびに現住者の承諾証を添えて、所轄警察署に申請し許可を受けなければならない。ただし、所定の手続を尽くしても、公害があると認めるときは、警察署長は許可をしてはならない。これに対して、右の承諾がなくとも公害がないと認めるときは、警察署長は許可をしなければならない。第四に、貯蔵場の立地要件および構造要件である。貯蔵場は、なるべく人家稠密でない場所を選ばなければならない。その建物は悪臭の漏洩を防ぐ構造であるべきことを要求された。第五に、貯蔵場の改造および修繕の許可である。貯蔵場の建物を改造する際に、または建物の三分の二以上の修繕を行う際に、その図面を添えて、所轄警察署に申請して許

可を受けなければならない。第六に、貯蔵場の売買、譲与、廃場等の届出である。第七に、貯蔵場の改築命令である。貯蔵場の構造が不完全と認めるときは、改築を命ずることができる。第八に、肥料を貯蔵場外において保管することに対することの許可である。営業上の都合により、一時肥料を二四時間以上にわたって貯蔵場外に置くときは、所轄警察署に申請をして許可を受けなければならない。また、この場合、日数は五日間を越えてはならない。第九に、罰則である。この規則に違反した者は、刑法第四二六条の刑に処せられる。第一〇に、除外条項である。農家においては、自家用の肥料を貯蔵するものには、本則を適用しない。しかし、この場合においても、公害があると思われるときは、所轄警察署が移転または構造の改良を命ずることができる。

この規則は、肥料貯蔵場設置の許可権限を所管警察署に付与した。この場合、貯蔵場設置許可を申請する際、「該場ノ構造図面及四隣三十間以内ノ地主家主並ニ現住者ノ承諾」(第三条)が求められ、近隣住民への配慮が要求された。さらに、本規則において、「本文ノ手續ヲ尽スト雖モ公害アルト認ムルトキハ之ヲ許可セス其不承諾者アリト雖公害ナキト認ムルトキハ許可スルコトアルヘシ」(第三条)とされるように、前述のように公害の定義についての判断権に加え、結局のところ、警察署長に「公害」の認定に広い裁量権限を付与するものであった。それは、明治期から第二次世界大戦に至る時期において、最大の工業都市として日本の経済的發展の中心の役割を果たした大阪では、経済活動にともなう公害現象が現れており、これに対するなんらかの措置が求められていたことも反映していた。⁽²⁾

(二) 汚物掃除法令中塵芥及汚泥掃除ニ関スル施行細則における塵芥または汚泥運搬業の許可

この施行細則は、塵芥または汚泥運搬について、塵芥および汚泥に関する定義、塵芥または汚泥運搬の業に関する規定、営業の遵守事項、および罰則規定を定めていた。その許可の仕組みは、具体的には以下のとおりであった。

第一に、塵芥および汚泥に関する定義である。各義務者の掃除すべき塵芥は、家畜の糞尿および靡草、塵芥に混合した土砂瓦礫硝子陶磁器鳥獣魚骨等すべての廃棄物であり、汚泥には常に湿潤した不潔な土類および下水道溝の沈殿物等をも包含するものとされた。第二に、塵芥または汚泥運搬の業に関する規定である。私人において塵芥または汚泥運搬の業を営もうとする者は、その目的、利用方法および運搬器具の仕様を記した申請により市長の許可を受けなければならない。第三に、塵芥または汚泥の収集運搬の遵守事項である。第四に、罰則である。本則に違反した者は一〇日以下の拘留または一円九五銭以下の科料に処す。

この施行細則では、塵芥または汚泥運搬の業に関する許可権限を市長に付与した⁽⁴³⁾。そして、汚物掃除法の掃除対象である「塵芥」および「汚泥」の定義を与えることにより、汚物掃除法がより執行可能になった。

二 東京府における汚物処理の許可制度

東京府の塵芥取締規則⁽⁴⁴⁾（明治二七年六月三〇日、警視庁令第三六号）における塵芥掃除の営業許可⁽⁴⁵⁾の規則は、塵芥掃除の営業について、その施行範囲に関する規定、塵芥の投棄等に関する規定、塵芥の運搬に関する規定、営業許可に関する規定、芥溜、塵芥取扱場に関する規定、届出事項、および罰則等を定めた。この塵芥掃除の営業許可の仕組みは、具体的には以下のように定められた。

第一に、営業許可を要する地域的範囲である。すなわち、この規則は市域内および品川町、内藤新宿町、巢鴨町、板橋町、南千住町、千住町において適用された。第二に、営業許可の申請手続である。塵芥掃除の営業をしようとする者は塵芥取扱場の図面を具し、かつその掃除請負料を定め、所轄警察署を経由して警視庁に免許申請をしなければならず、塵芥取扱場の変更を要するときも同様であった。第三に、芥溜および塵芥取扱場に関する規定であ

る。第四に、塵芥の運搬に関する規定である。第五に、届出事項である。塵芥掃除営業者は住所氏名を変更し、もしくは廃業するときは五日以内に所轄の警察署を經由して警視庁に届出なければならぬ。第六に、罰則である。本規則に違反したものは刑法第四二六条第四項により、二日以上五日以下の拘留または五〇銭以上一円五〇銭以下の科料に処すとされた。

この塵芥掃除の営業許可につき、その許可権限は警視庁に属し、また、その許可申請や廃業または住所氏名の変更等届出事項のあった場合は、所轄の警察署を經由して申請するものとされた。このように、当該塵芥掃除は、行政警察事務であると考えられた。そしてこの場合、塵芥についてはその定義が定められておらず、その範囲は不明確であるため、営業許可処分に際して、警視庁に塵芥であるかどうかの判断については広い裁量権限が付与されていた。

三 兵庫県における汚物処理の許可制度

兵庫県は、汚物掃除法施行細則(明治三十三年四月五日、兵庫県令第二八号)により、尿尿汲取営業許可制度を設けた。この施行細則には、尿尿汲取の営業につき、営業許可の申請要件、営業者の数の制限に関する規定、営業の取消事項、届出事項、廃業に関する規定、休業に関する規定、営業業者の雇人に関する規定、汲取方法および運搬器具に関する規定、および罰則規定等が定められた。その営業許可の仕組みは、具体的には、その内容は以下のとおりであった。

第一に、尿尿汲取は尿尿汲取営業者以外の者に委託することが禁止された。ただし郡村に隣接する地域はこの限りではなく、その区域は市長の定めるところによるとされた。第二に、営業申請要件である。尿尿汲取営業をしよ

うとする者は、住所、氏名（ただし法人の場合は社名およびその管理人の氏名）、尿尿汲取および汲取の方法、尿尿貯溜池の位置、構造および竣工期日近状見取図、ならびに尿尿汲取の区域に関する資料を添付した上で、市長を經由して県知事の許可を受けなければならず、この場合に、この細則を遵守することができると認められる者に許可が与えられる。第三に、事業者の数に関する制限である。事業者数の制限が必要であると認められるときは、県知事は申請者に許可を与えないことができる。第四に、営業免許の取消事項である。事業者がこの細則を遵守できないと認められるとき、または営業免許を与えた後一箇月以内に営業を開始しないときは、所管官庁は免許を取消することができる。第五に、届出事項である。事業者または管理人は、住所氏名または社名に異動を生じたとき、従業員に異動を生じたときまたは死亡もしくは解雇されたとき等においては、当該事実の生じた日より一〇日以内に市長を經由して県知事に届けなければならぬ。また、事業者が自らその営業を管理しないときまたは事故のため管理できなくなった場合は、代理人を定め、市長に届出なければならぬ。第六に、廃休業に関する規定である。廃業しようとしたときは三〇日前に委託者にその旨を通告し、かつ市役所を經由して県庁に届出なければならぬとされた。また、事業者は休業することができない。第七に、尿尿運搬器具、汲取回数および時間等に関する規定である。第八に、罰則規定である。この細則に違反した者は三日間以上一〇日間以下の拘留または五〇銭以上一円九五銭以下の科料に処す。

この細則には、尿尿汲取の営業をしようとする者は、営業許可の申請を市長を經由して県知事の許可を受けなければならぬと定められた（第七条）ことからわかるように、この尿尿汲取営業の許可の権限は県知事にあった。また、その他、例えば、届出事項があつた場合や廃業の場合等も市長を經由して県知事に届出をしなければならぬとされた（第一〇条、一一条）ように、尿尿汲取業者の監督権も県知事にあつた。さらに、汲取方法に関し

ても、県知事の認可が必要とされた（第一七条）ように、県知事は市の区域内の尿尿汲取営業に関する強力な権限を有していた。

四 名古屋市における汚物処理の請負制度

名古屋市の所在する愛知県は、右の各府県のような汚物処理における許可制度を定めておらず、汚物処理は、請負制度によって行われた。しかし、この請負制度は、事実上許可の性質を有するものであった。以下では、名古屋市における尿尿処理の請負制度を例として検討する。

尿尿処分ニ関スル件（明治四五年二月七日、愛知県令第二二号）により、一九一二（明治四五）年四月一日に名古屋市は、市営の尿尿処理を開始した。⁽¹⁶⁾しかし、その処理は、県令によって定められた処理区域において事業者に請け負わせる形で実施されたのであり、これに対して事業者は市の「尿尿処分権」を得る代価として、相当の金額を市に納入するという形をとった。⁽¹⁷⁾たとえば、一九一二（明治四五）年六月一七日に名古屋市は興農株式会社（以下は会社と略す）との間に尿尿の汲取の請負契約を締結した。⁽¹⁸⁾この契約は一五箇条からなり、以下のような事項が定められた。⁽¹⁹⁾

第一に、尿尿の汲取の地域範囲である。第二に、汲取の期間である。第三に、名古屋市へ納入する代金に関する規定である。第四に、汲取方法である。第五に、事務所貯留所消毒所の設置方法である。第六に、会社の汲取料金に関する規定である。第七に、会社の定款変更または資本金の増減もしくは社債を起こそうとする場合に市の承認が必要とする等のことに関する規定である。第八に、監督方法である。

この請負契約により、同会社は、名古屋市が愛知県から得た尿尿の処分権を付与され、その対価として、一定の

金額を名古屋市に払い、また、市の特別な監督を受けることになった。すなわち、「会社ノ定款ハ予メ名古屋市長ノ承認ヲ経ルコト」⁽²⁴⁾、「乙ハ……事務所貯留所ノ位置並構造方法ハ予メ甲ノ承認ヲ受クヘシ消毒所ヲ設置セントスル場合亦同シ」⁽²⁵⁾（第五条八号）とされ、これに対して「法令ノ改廃監督官庁ノ命令又ハ甲ニ於テ汲取方法ノ改善ヲ必要ト認メタルトキハ甲ハ乙ニ対シ之カ施行ヲ命スルコトアル可シ」⁽²⁶⁾（第五条九号）、「甲ハ乙ノ業務ヲ監督スル為メ何時タリトモ事業ノ報告ヲ徴シ又ハ帳簿並ニ諸般ノ文書ヲ検閲スルコトヲ得」⁽²⁷⁾（第八条）、さらに、「乙ハ年度経過後二十日以内ニ事務ノ成績ヲ甲ニ報告ス可シ」⁽²⁸⁾（第九条）とされた。これにより、同会社は、尿尿の汲取を実施することができた。

右の各地の状況から、汚物処理における許可制度は、汚物掃除法制定以前においてはすでに実質的に府県令や警察令の形式で設けられていたことがわかる。また、汚物掃除法の制定後も、この許可制度は、同じく府県令や警察令の形式で設けられた。そのほか、汚物掃除法の制定後においても、市の財政収入を増やすために、汚物の処理は市の権限であると主張し、商品価値を有する屎尿の処理の独占的な経営権を、民間業者に対して請負契約の形式で付与した名古屋市のような例も存在した。この場合、法令形式にすらよらなかったことも、あわせて指摘されなければならない。⁽²⁹⁾

第三節 汚物処理における許可制度の法的性格

汚物掃除法制定以前に存在していた大阪府の肥料貯藏場取締規則における肥料貯藏場の設置許可、東京府の塵芥取締規則における塵芥掃除の営業許可、および汚物掃除法制定後の大阪府の汚物掃除法令中塵芥及汚泥掃除二関ス

ル施行細則における塵芥または汚泥運搬業の許可は、警察目的のための許可であつて、したがつてその内容からみれば、その許可要件を満たせば、行政は許可を与えなければならぬ制度であつた。これらの許可制度は、いわゆる講学上の警察許可にあたる。これに対して、兵庫県⁽²⁶⁾の汚物掃除法施行細則における尿尿汲取の営業許可は、かかの警察許可とは性質上の異なる許可であつた。すなわち、当該施行細則第八条は、「営業者ノ数ヲ制限スルノ必要アリト認メタルトキハ免許ヲ与ヘサルコトアルヘシ」と定めており、兵庫県のこの種の営業許可は事業者数の制限を設けており、判例においても、新規営業許可の申請者に対する拒否は、許可権者の自由裁量であるとされていた。この場合、この種の許可は、既存業者に独占的な営業権を保障し、営業の申請者に許可を与えるか否かは行政の自由裁量とされた。このことから、この制度は講学上の特許の性質を有していたというる⁽²⁷⁾。

また、名古屋市における尿尿処理の請負制度は、形式上は市が契約を通じて、尿尿の処理を事業者に行なわせるものであつた。しかしながら、この事業の経緯から、事業者の民間会社はこの事業のために設立された会社であつて、「会社ノ定款ハ予メ名古屋市長ノ承認ヲ経ルコト」が要求され、また、右で紹介した事業者との請負契約によれば、名古屋市は、区域を指定して民間業者に独占的經營権を与え（第一条）、また監督方法を定め（第八条）、さらに処理方法にも尿尿処分ニ関スル件にしたがうと定めたほか、「法令ノ改廃監督官庁ノ命令又ハ甲ニ於テ汲取方法ノ改善ヲ必要ト認メタルトキハ甲ハ乙ニ対シ之カ施行ヲ命スルコトアル可シ」（第五条一〇号）と定めていた。この場合、この事業者はいわゆる特許企業であつた⁽²⁸⁾。このように、名古屋市は会社と請負契約を締結して、事業者に事業の独占的な經營権を付与することは、事業者に特権を付与する行為であつたといふことができる⁽²⁹⁾。

第四節 汚物行政における許可制の検討

汚物処理については、汚物掃除法制定以前にも、地域によつては許可制度が警察命令で設けられていた。また汚物掃除法が制定された後には、当該法律はこの許可制度を設けていなかったため、地域によつては、この法律の施行細則を制定し、警察命令の形式で許可制度を設けるところもあつた。上述の各地域は、独自の汚物処理許可制度を設け、以前から自由に行われてきた民間業者による汚物の処理を法的に規律しようとした。また、名古屋市のように、警察命令で許可制を設けていなかったにもかかわらず、実質的に特許を賦与する性質を有する請負制をとつていたところもあつた。以下では、汚物掃除法下の汚物処理行政における許可制度をめぐる法的問題点を検討してみよう。

一 許可制度の法令上の根拠

汚物掃除法には汚物処理における許可制が設けられておらず、上述の各種の許可制はすべて各地域の府県令や警察令において定められた。

明治憲法の下においては、臣民の権利を制限しまたは義務を課すためには、行政機関の自由な処置は許されず、常に成文の法規の根拠によつてのみこれを為しうるものと解されていた。³³そこで行政機関は、同憲法第九条により、法律に抵触しない限度において臣民の自由および財産を侵害する規定を設けることができるとして、兵庫県³⁴の汚物掃除法施行細則、および大阪府の汚物掃除法令中塵芥及汚物掃除ニ関スル施行細則のように、汚物掃除法に抵触せず、この法律の根拠なくして、汚物処理における許可制度を設けた。そして、そこで制定された施行細則は、

以前から地域ごとに個別にさまざま態様で行われてきた汚物処理に制限を加えた。また、大阪府の肥料貯蔵場取締規則および東京府の塵芥取締規則のように明治憲法施行前に制定されたものであっても、同憲法第七六条「法律規則命令又ハ何等ノ名称ヲ用キタルニ拘ラス此ノ憲法ニ矛盾セサル現行ノ法令ハ總テ遵守ノ効力ヲ有ス」との規定にもとづき、憲法施行当時有効であった法令として、その後廃止変更されず、同憲法施行後もなお引き続き効力を有した。

これらの汚物処理の営業許可制度を設けた府県令等は、ただちに汚物掃除法に抵触しないとしても、法律の根柢なくして行政が定める規則または細則で国民の権利自由を制限するものであったから、このことは、いわゆる形式的法治主義を反映したものにほかならなかった。

また、名古屋市における尿尿処理の請負制のように、県から得た尿尿の処分権限を、本来当事者対等であるべき私法上の契約の形式を通じて、その権限を民間業者に付与するという、実質的に公権力の行使にあたる行為を通じて、尿尿を処理させたところもあった。この場合、名古屋市が尿尿の処分権を有するようになったのは、県令という警察命令を通じたものであった。これは当時においては、実務上有効な法令形式であった。これに対して、名古屋市は契約を通じて事業者に尿尿処分権を付与したのであって、これは当時の認められた法令形式を通じてたものではなかった。このように、当時の汚物行政においては、民間業者にその権限を授権する場合であっても、公法上の行政権限の行使を通じてではなく、私法上の契約形式を通じて行うこともあったのであり、かかる事實は、当時の行政においては、形式的法治主義の考え方すらも十分に理解されていなかったことを示すものといえよう。

二 許可制度における救済

明治憲法下では、処分の違法または不当に対して救済を求める方法として訴願制度が設けられ、さらに処分の違法に対する救済は、行政裁判制度を通じて行なうものとされていた。

訴願法（明治二十三年一月一日、法律一〇五号）第一条は、その適用対象を、法律勅令で特に許されるものほか、「租税及手数料ノ賦課ニ関スル事件」、「営業免許ノ拒否又ハ取消ニ関スル事件」、「水利及土木ニ関スル事件」、「土地ノ官民有区分ニ関スル事件」および「地方警察ニ関スル事件」の五つの列記された訴願事項に限定していた。汚物行政に関していえば、「営業免許ノ拒否又ハ取消ニ関スル事件」および「地方警察ニ関スル事件」について訴願を提出することが可能であった。これに対して、行政裁判の対象は、行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件（明治二十三年一月一日、法律第一〇六号）において、法律勅令で特に別段の規定があるもののほか、右に列記された五つの訴願事項のうち、「地方警察ニ関スル事件」を除いたその他の四つの事項に、「租税滞納処分ニ関スル事件」を加えて、合計五つの事項のみが行政訴訟を提起することができることとされた。これらのことから、汚物行政に関しては、「営業免許ノ拒否又ハ取消ニ関スル事件」が行政訴訟の対象となる。以下では、救済にかかわる個別的問題を検討してみる。

1 訴願と行政訴訟との関係

行政裁判法（明治二十三年六月三日、法律第四八号）は、各省大臣または内閣直轄官庁もしくは地方上級官庁の処分に対する訴訟は、訴願の裁決を経ることなく、直接に行政訴訟を提起することを認めていた（第一七条第二項）。これに対して、地方下級行政庁（例えば、市町村長、警察署長または税務署長）の処分については、まず訴願をなし、その裁決になお不服ある場合でなければ、行政訴訟を提起することが許されなかった（第一七条第一項）。

このことから、同じく「営業免許ノ拒否又ハ取消ニ関スル事件」についても、その許可権限を有する行政官庁によつて、訴願の経由が義務づけられる場合と、直接に行政訴訟の提起が認められる場合という、二種の救済経路があった。⁽⁸⁸⁾

そこで、大阪府の肥料貯蔵場取締規則によれば、肥料貯蔵場の設置許可の許可権限が所轄警察署長にあるとされ、府の汚物掃除法令中塵芥及汚泥掃除ニ関スル施行細則によれば、塵芥または汚泥運搬業の許可権限は市長にあるとされた。この二種の許可については、前述のことから、救済を求める場合は、まず訴願を求め、その裁決を経て、なおこれに不服であれば、行政訴訟を提起することとなる。これに対して、兵庫県⁽⁸⁹⁾の汚物掃除法施行細則の場合、屎尿汲取営業の許可権限は県知事であると定められ、および東京府の塵芥取締規則の場合、塵芥掃除の営業許可権限は警視庁総監にあると定められた。これらの場合、直接行政訴訟を提起することができる。これらに対して、名古屋市における屎尿の請負制の場合は、訴願も行政訴訟のいずれも提起することができない。⁽⁹⁰⁾ これらのことは、明治憲法下における国民の権利救済上の限界として大きな問題であった。

2 行政訴訟

右のように、当時の汚物処理に関しては、「営業免許ノ許否又ハ取消ニ関スル事件」に限って、行政訴訟を提起できるとされた。これは、営業免許の申請が違法に拒否されまたは免許が与えられた後、違法に取消された場合におけるものである。また、違法な負担または条件を附した免許は免許の一部の拒否とみなされ、および営業の停止は免許の一部取消であつて、同様に訴訟の対象となり得る。ただし、他人が営業免許を受けたのを違法として免許申請を拒否された者が出訴することは許されない。⁽⁹¹⁾ なお、行政庁の自由裁量に属する事項については行政訴訟を提起できないとされていた。⁽⁹²⁾

汚物処理における許可制度に関し、営業許可の申請が違法に拒否されまたは許可が与えられた後違法に取消された場合には、右のように行政訴訟を提起することができた。しかし、兵庫県の汚物掃除法施行細則における尿尿汲取営業の許可は、講学上の特許の性質を有するため、その申請の拒否は、行政の自由裁量に属するものとして、違法とはならないとされた。⁽⁴³⁾ それにもかかわらず、この種の営業許可は、一旦許可された後には、違法に取消された場合につき、行政訴訟による救済が認められた。⁽⁴⁴⁾ このように、法律にいう営業免許は、かならずしも営業の警察許可のみを意味するものと解されなかつた。⁽⁴⁵⁾ しかし、その場合においても、実質的に講学上の特許としての制度を有すると考えられる請負制に対する救済がなお問題となる。判例では、これについて行政訴訟を提起できないとされていたからである。⁽⁴⁶⁾

3 裁判基準

汚物処理における許可制度を定めた府県令や警察令はすべて警察命令であり、いわゆる法規命令である。汚物処理における許可の違法性の審理にあたって、判断基準は右の各地域の汚物処理における許可制度を設けた警察命令であった。このように、行政訴訟制度上の欠陥に加え、より大きな救済上の問題は、その裁判基準となる法規命令の適正であった。⁽⁴⁷⁾

汚物掃除法には、掃除すべき汚物として塵芥、汚泥、泥水および尿尿（施行規則第一条）を挙げ、さらにその後の施行規則の改正により、汚物の中に「灰燼」が加えられた。このように、何が汚物にあたるかについては、種類が列挙されたのみであり、その概念が示されてはいなかつた。⁽⁴⁸⁾ 前に検討した各地域における汚物行政をみると、その汚物の種類は必ずしも前記の五種類に限定されるものでもなかつたため、汚物の対象となる範囲が問題になる。たとえば各地域に定められたものが法定の種類と異なる場合には、救済できるかどうかという問題が存在していた。

三 地方行政にかかわる問題

江戸時代以降、汚物処理は、各地域においてそれぞれ異なる方式で行われていた。汚物は、その都市の産業、経済、地理的事情または習慣等によって著しくその組成を異にし、汚物行政は、地方の特殊の事情に応じて適切な措置を要するものであった。⁽⁴⁹⁾

汚物掃除法は、汚物の掃除は市のみによる実施に限定した(ただし、当該法律第一一条には地方長官は区町村(町村制を施行されていない地方においては町村に準ずるところ)またはその一部を指定して汚物掃除法の全部または一部を準用するものとされた)。本来、市(町村を含む、以下同じ)は、汚物掃除について、市の独自の事情に応じた条例や規則を制定し、施行すべきであると考えられていた。しかしながら、市は、今日にいう完全自治体ではなかったため、市の条例は、限定された範囲内ではか制定できず、市の規則も、市の営造物に關してのみ制定できるとされた。このように、市の条例や規則には、汚物処理に關する公権力の行使、たとえばその許可に關する規定を定めることができないとされていた。⁽⁵⁰⁾したがって、汚物掃除法下の汚物処理における許可制度は、必然的に府県令や警察令に依存しなければならなかった。このように汚物処理の許可制は、府県令や警察令によって定められ、自治が及ぶ範囲はきわめて限られていた。そして、汚物行政は、中央集権行政の中核としての国家警察に統一された警察組織によつて行われた。この意味においては、明治憲法下の汚物処理行政制度は、基本的に中央集権行政の域を出なかつたといつてよい。⁽⁵¹⁾

注

(1) たとえば、沖縄県においては、かかる状況であった。ちなみに、市制町村制の一部改正(大正一〇年四月二一日、法律第五

- 八・五九号)により、沖縄県に市制町村制が施行されることになった。
- (2) 名古屋入札請負規則(明治三二年議決、明治三三年一〇月一日改正)が名古屋市汚物掃除規則の施行に伴い、大幅に改正された。その改正内容は、汚物掃除請負の「章」を新たに設け、第二二条から第三五条までの一四箇条を追加したものである。しかし、屎尿は掃除の対象とされていなかった。前掲「なごやの清掃事業」七頁以下参照。
- (3) ここでは、屎尿のみを指す。その経緯は第三章注(13)参照。
- (4) これについては本稿第四章第二および第三節において検討する予定である。
- (5) たとえば、東京都では、汚物掃除法公布直後、東京市内の三つの業者が、ほかの業者を排して掃除請負人となるために市の有力者に贈賄し、請負人となったが、後に告発されたという。東京都清掃局総務部総務課『東京都清掃事業百年史』四六―四七頁参照。
- (6) 例えば、大正一四年三月の東京での統計によると、日鮮社という民間会社が処理能力において一日あたり二一〇〇キログラムの塵芥焼却場を経営していた。しかし、この塵芥焼却場の営業許可については、いかなる法令にしたがって行われていたのか不明である。前掲『東京都清掃事業百年史』六八頁を参照。
- (7) 本稿では、ここにあげた五つの資料を対象として検討することとする。
- (8) 当時、規則としての法令の名称は、法律、勅令、省令、府県令および警察令等各レベルの法令に使用された。たとえば、法律の名称としては、府県会議員選挙規則(明治三二年二月二六日、法律第六号)、勅令の名称としては、会計規則(明治三二年五月一日、勅令第六〇号)、省令の名称としては、汚物掃除法施行規則(明治三三年三月八日、内務省令第五号)等があった。本稿で検討する大阪府令および東京警視庁令も規則の名称を使用した。関係法令名称の説明については、第一章注(3)参照。また、当時、行政立法としての行政規則は、法規たる性質を有するとされていた。佐々木惣一『日本行政法論』(有斐閣、大正一三年)四一―六頁以下参照。以上のように、当時の法令名称や行政立法法の概念としての規則は、今日との概念とは相当程度異なっている。

た。ちなみに、今日、行政立法のうち法規の性質を有しないものを（行政）規則と呼ぶこと。田中二郎『行政法（上巻）』（新版、全訂第二版）（弘文堂、一九八八年）一五八頁参照。

(9) この規則は憲法公布以前のものであったが、「法律規則命令又ハ何等ノ名称ヲ用キタルニ拘ラス此ノ憲法ニ矛盾セサル現行ノ法令ハ総テ遵由ノ効力ヲ有ス」とした明治憲法第七六条により、憲法施行当時有効であった法令として、その後廃止変更されず、憲法施行後にもなお引続き効力を有した。

(10) 細則については、たとえば美濃部博士による明治憲法時代の行政法の著書では、特別に説明されていないもの、省令、府県令、また警察令の名称として使用された。たとえば、省令の名称として、質屋取締法細則（明治二八年七月二六日、内務省令第八号）、府県令の名称としては、本稿で検討する兵庫県令および大阪府令がそれであった。これに対して、今日における細則とは、法律、条例または規則により定められた行政上の責務を執行することにあたり必要な事項について定めるものであり、法規の性質を有しないとされる。たとえば、野洲市老人福祉法施行細則（平成一六年一〇月一日、規則第七六号）の第一条（趣旨）「老人福祉法（昭和三八年法律第一二三号、以下「法」という。）の施行については、法、老人福祉法施行令（昭和三八年政令第二四七号）および老人福祉法施行規則（昭和三八年厚生省令第二八号）に定めるもののほか、この細則の定めるところによる。」とされたように、細則は、行政立法の規則に属し、省令より下位のものであるとされる。明治時代における法令の名称としての細則は、その法令が新たな権利義務を定めることができる点においては、今日のそれと異なっている。

(11) 市長に許可権限がある例は少なく、市長は衛生事務を委任されたと考えられる。警察権はすべてこれを国家に集中して当てることになっており、市町村長において警察事務を執行する例はほとんどなく、ただ衛生警察の領域においてわずかの例をのみであった。たとえば、埋火葬の許可、伝染病の予防、種痘に関する事務がそれであった。ある実務家は、執行の便宜の観点から、飲食物、汚物掃除等の取締事項等衛生警察事務を市町村長に委任すべきと主張していた。三浦義男「地方衛生行政の刷新に関する私見」（公衆衛生第五〇巻（一九三三年）二三頁以下参照）。

- (12) この規則は、公害に関する定義や説明をするものでないものの、この規則の趣旨からすると、ここでの公害とは、工場の周囲の住民の健康を害すること、すなわち公衆の健康を害することを指していると考えられる。また、小田によれば、ここでの公害は今日でいうパブリック・ニューサンスと類似するものとされる。小田康徳「戦前大阪の公害産業と問題」(北崎豊二ほか「大阪の産業と社会」(毎日放送、一九七三年)所収)三五八頁参照。その他、沢井も同様な見解である。沢井裕「公害対策に関する戦前の大阪府令」関西大学法学論集第二〇巻第三号参照。これは、今日のいわゆる公害現象の雛形とはいええるが、今日にいわゆるパブリック・ニューサンスとは被害の規模が違うものと思われる。
- (13) 沢井によれば、「鋼折・鍛冶・湯屋三業者心得方」(明治一〇年五月二三日、大阪府令第一二〇号)の前文には、騒音、振動、および汚水等が健康を侵害するとの苦情があり、一戸の家業から数十戸の被害がもたらされるので行政的措置がとられたと述べている。同前掲論文二二頁参照。
- (14) 規則の概念については、前掲注(8)参照。
- (15) この規則は、後に汚物掃除法施行細則(昭和六年四月二〇日、警視庁令・東京府令無番号)により廃止された。しかし、汚物処理における許可の性質上は、変わらないため、本稿はこの規則のみを検討する。また、この規則は汚物掃除法制定以前のものであった。その効力については、前掲注(9)参照。
- (16) 細則については、前掲注(10)参照。
- (17) その性質の分析は本章第三節で行なう。
- (18) 名古屋市は、有価物である屎尿に対して、一八九七(明治三〇)年ごろ市収入の増収を計ろうとして、屎尿の市営処理を企図した。一九〇六(明治三九)年三月二三日、名古屋市会は、市に屎尿の市営処分ができるように、施行規則が改正すべきであるという意見書を議長名で内務大臣あてに提出した。一九一〇(明治四三)年四月四日、内務省令第一三三号により、市による市営の屎尿処理は、知事の具申にもとづき内務大臣の認可によりできるように汚物掃除法施行規則を改正した。ここでは、施行規則

第二二条に、「尿尿ハ当分ノ内第五条ノ規定ヲ適用セス掃除義務者ニ於テコレヲ処分スヘシ」の次に、「但、土地ノ状況ニヨリ地方長官ニ於テ必要ト認メタル場合ニハ市ヲシテ処分セシムヘシ」という但し書きがなされ、さらに「前項但書の場合ニ於テハ地方長官ハ其処分方法ヲ具シ内務大臣ノ認可ヲ受ク可シ」という項が加えられた。当時汚物掃除法の施行に関しては、地方長官は強い権限を有するようになったが、本件は市民と農家双方の既得権を取り上げる重要事項であったから、地方長官の具申に基づく内務大臣の認可を要するようになった。同年八月八日、名古屋市は県知事あて「尿尿処分計画書」提出し、一九二二(明治四五)年二月七日に愛知県が「明治三三年三月内務省令第五号汚物掃除法施行規則第二二条ニ基キ名古屋市ニ限り左ノ方法ニ依リ市ヲシテ尿尿ヲ処分セシム」(愛知県令第三二二号)が公布され、同年四月一日に名古屋市は財源確保を目的として、市営の尿尿処理を開始した。前掲「なごやの清掃事業」一八頁以下参照。また、少なくとも一九一六(大正二)年当時において、日本国内において市が尿尿の処分権を有していたのは名古屋市のみであった。山田準次郎前掲書三四七頁参照。

(19) 請負会社の利益および市納入金の原資は、尿尿を必要とする農家が、事業者との間で決めた区域内の人口に応じて、所定の額を事業者に納めたものであった。従来、尿尿の汲取りに対する謝礼は、農家が米・野菜等を渡すという形で行われ、金銭的基準はなかった。尿尿市営にあたっては、排出者大人一人につき、年額一円と見積り、会社と農家間は五〇銭を基準とされたという。前掲「なごやの清掃事業」三七頁以下参照。

(20) この契約に先立ち、一九二二(明治四四)年一〇月一九日に、坂本名古屋市長は尿尿市営処分準備として、吉田高朗外八名と仮契約を締結した。すなわち、「名古屋市長ニ於テ尿尿市営処分実行ノ時期到来シタル場合ハ吉田高朗外八名ハ会社ヲ組織シ別紙契約案ニ基キ受負ヲナスコト」(仮契約第一条)とし、また、「会社ノ定款ハ予メ名古屋市長ノ承認ヲ経ルコト右契約ヲ証スル為メ本書ニ通テ製シ記名調印ノ上各一通ヲ所持スルモノ也」(仮契約第二条)とされた。名古屋市役所衛生課「名古屋市尿尿市営ノ沿革」二二頁以下参照。

その後、人口の増加、農地の宅地化、および化学肥料への切り替え等もあって、尿尿は日増しに増加し、尿尿価格は下落する

一方であった。一九二一(大正一十)年三月三十一日に一〇年余続いた請負業者による市営尿尿処理は終止となり、尿尿をもつて収入を得るといふ時代は終わった。前掲『なごやの清掃事業』三七〜四九頁参照。

(21) 前掲『なごやの清掃事業』三四一〜三四二頁参照。

(22) 仮契約第二条である。前掲注(20)参照。

(23) 契約書により、会社はことされた。

(24) 契約書により、名古屋市は甲とされた。

(25) 名古屋市においては、尿尿の市場価値に着目し、市収入の増収を計ることを目的とする尿尿の市営処理への動きは、早くも汚物掃除法制定以前の一九一八(明治三〇)年ごろに始まった。「夙に名古屋市に於ける上下水道工事の財源に就きて調査を試みし結果、市内在住者の尿尿を満二〇箇年に寄付せしめ、之に一定の価格を附して農業団体に請負はしめ、以て水道敷設の財源に充てんと計画せり」との市会議員の働きかけもあったという。前掲『なごやの清掃事業』一八頁以下参照。また、この名古屋市の影響を受けて、大阪市や東京市で相次いで尿尿の市営化処分が計画されていた。しかし、いずれも市営化計画に対する反対が強くあったため、実現しなかったという。山崎前掲書一六五頁以下参照。

(26) 明治期の法令形式については、本稿第一章注(33)(名古屋大学法政論集二二二七二七三頁)参照。

(27) 警察目的とは、警察は社会公共の秩序を維持することをいう。すなわち、警察は公共の安寧、風俗、衛生、交通、産業等社会生活のすべての方面にわたり、その健全な発達を期し、その障害を除去することがその目的とされた。美濃部達吉『行政法概要(下巻)』(改訂増補再版)(有斐閣、一九二九年)六頁以下参照。また、警察の概念については、本稿第一章注(33)(名古屋大学法政論集二二二七〇頁)参照。

(28) 警察許可とは、警察目的のための許可であり、許可を留保する警察禁止を前提にして、特定の場合にその禁止を解除し適法にこれを行なわせる警察権の行使の一形態である。警察許可に対して、法令の付している名称は、きわめて多様であり、普通には

「許可」と称しているが、そのほかにも、「免許」、「登録」、「免許鑑札」、「認可」または「承認」等が当時存在した。美濃部達吉『日本行政法（下巻）』（有斐閣、一九四〇年）一一三頁参照。

(29) 「屎尿汲取営業免許ノ拒否ニ対スル不服ノ訴」（明治三十九年第五七号、明治四〇年四月二二日第一号宣言）においては、「兵庫県令第九号汚物掃除法施行細則第八条ハ屎尿汲取営業ノ申請手續ヲ規定シタルニ止マリ該条ニ準拠セル営業ノ申請アルニ於テハ必ス之ニ対シテ免許ヲ与フルノ旨趣ニアラス」とする判決があった。『行政裁判所判決録』（第一八輯）（中央大学発行）二二九～二三三頁参照。

(30) 特許は常に自然に存しない法律上の力を付与する行為であるとされた。たとえば、権利能力または行為能力を付与するものである公法人の設立、複権、市町村公民権の付与等、または公法上または私法上の権利を設定する、公法上の権利を設定する公企業の特許、公物使用权の特許等である。美濃部達吉『行政法撮要（上巻）』（改訂増補第二版）（有斐閣、一九二八年）六四頁以下参照。しかし、この場合は、自然に存しない法律上の力を付与するのではなく、特定の者に制限を解除する行為であるが、許可業者は、事実上の独占的利益を享受できたため、特許と解すべきであるとされた。

(31) この企業は、行政法上の公企業にあたる。公企業は実定法上の用語ではなく、主として講学上の概念である。美濃部博士によれば、「公企業とは、特定の社会公益の目的のために国家または公共団体が自ら経営または国家の授権に基づき私の企業者の経営する権力の行使を本質と為さざる事業をいう」と定義され、公企業を、警察とならぶ行政作用の一つにあげられた。美濃部前掲『日本行政法（下巻）』五七六頁参照。また、田中博士も、これと同様の趣旨で、公企業の観念を述べた。しかし、戦後、行政作用の複雑高度化に対して、行政作用を警察と公企業に二分して説明することは、困難になった。田中博士は、「従来の警察法と公企業や公用負担法との明確な区分をそのまま維持することが困難になった」こと、および「福祉国家の理想に基づく新たな行政作用の中には、従来の公企業法の枠の中には納めきれないものが少なからず生じている」ことを認める。同『行政法』下II（新版）（弘文堂、一九七〇年）二頁以下。今村によれば、この学説の基本的な特色は、いわゆる社会目的の行政作用を権力

作用と非権力作用とに分ち、前者を警察、後者を公企業として観念する点にあるのであって、これにより、行政作用法は、警察法と公企業法とに二大別される。また、特許企業については、これを公企業の系列においてとされ、その経営権が私人に付与された場合と解するのであるから、許可営業とははっきり区別され、通常の私企業と異なる公的特質が、国家的事業であるという点において、強調されることになるのであるとされた。今村成和「公企業および公企業の特許」(田中二郎ほか『行政法講座(第六卷)』(有斐閣、一九七六年)所収)一六四頁以下参照。また、特許企業の保護監督および負担については、美濃部前掲書『行政法撮要(下巻)』(改訂増補再版)二〇七頁以下参照。

(32) 前掲注(30)参照。また、民事上の契約の概念については、石坂音四朗『日本民法(下巻)』(有斐閣、一九一六年)一七四一頁以下、鳩山秀夫『日本債権法各論(上)』(岩波書店、一九一九年)五頁以下参照。

(33) 美濃部前掲書『日本行政法(上巻)』五八頁参照。しかし、美濃部博士は、「行政法における成文法主義の原則は、刑罰法における程には、未だ完全に貫徹せらるるには至らない」とその現実的限界についても述べていた。美濃部同書五八頁参照。また、命令によって営業の自由を制限できるとの論述も少なくなかった。たとえば、清水澄「営業免許に付て」警察研究第一巻第一〇号一頁以下参照。

(34) 当時の法令形式については、本稿第一章注(33)(名古屋大学法政論集二二二号七二一七三頁)参照。

(35) 特別の法律勅令により個々の事件につき訴願が許され、行政訴訟が許されないものは少なくない。例えば、伝染病予防法による清潔方法消毒方法予防施設等の代執行の費用(第二八条)、結核予防法による建物使用禁止に対する補償金および従業員禁止に基づく生活費の補給(施行令第一七条)等である。

(36) 地方警察とは地方官庁の権限に属する警察処分のことである。美濃部達吉『行政法撮要』(改訂増補第二版)(有斐閣、一九二八年)四三四頁参照。また、美濃部博士によれば、「地方警察二関スル事件」については、訴願のみを許し行政訴訟を許さないが、これは警察処分はなるべく速やかに確定することが必要であり、訴訟をもって争うに適しないとしているためであると

された。美濃部達吉『行政法』（岩波書店、一九三九年）四四四頁以下参照。

- (37) 特別法律勅令により出訴を許される事件は種々の法令に散在していた。警察関係のものに関しては、営業免許の拒否および取消を除く外、一般に行政訴訟を許されず、ただ結社の禁止（治安警察法（明治三十三年三月一〇日、法律第三六号）第八条）、精神病者の監置（精神病者看護法（明治三十三年三月一〇日、法律第三八号）第二条）、工場法による行政官庁の処分（工場法（明治四十四年三月二八日、法律第四六号）第二三条）、市街地建築物法に基づく処分（市街地建築物法（大正八年四月五日、法律第三七号）第二条）等である。

- (38) 訴願と行政訴訟との関係については、美濃部博士によれば、行政訴訟と訴願との法律上の区別点は、その実質にあるのではなく、もっぱら形式にあり、具体的に、第一に、手続の差異であり、第二に、審理機関の差異であるとされる。そして、この二点の差異により、行政訴訟のほうがその審理の独立公正を確保されるとされた。美濃部達吉『行政裁判法』（千倉書房、一九三〇年）四六～五九頁参照。両者の区別は、同様に形式上にしか存在しないと主張するのは、織田萬『日本行政法論』（有斐閣書房、一九〇二年）一〇〇五頁、山田準次郎『日本行政法（総論）』（警眼社、一九四〇年）三七五頁参照。

- (39) しかし、いわゆる報償契約においても、立法により、それに関する紛争の解決方法は法律で定められることもあった。たとえば、一九三一（昭和六）年瓦斯事業法の改正により、新しい規定が追加された。すなわち、瓦斯報償契約に関する紛争については、主務大臣が裁定すべきことを明らかにした。田中二郎「報償契約に関する法律問題」ジュリスト一〇七号四頁以下参照。

- (40) 美濃部博士によれば、いわゆる営業は最広義に解すべきであり、「[「工業ノ如キ自由職業、蠶糸業ノ如キ原始産業ニ付テモ、之ヲ一般営業ト區別シテ、行政訴訟ノ權利ヲ否定スベキ理由ナシ。営業免許ハ又其ノ免許ガ警察許可ナルト又ハ財政許可ナルト又ハ公企業ノ特許ナルト又區別スベキ理由ナシ。』と主張された。美濃部前掲『行政法撮要（上巻）』四六六頁参照。また、織田博士も同じの趣旨であった。織田萬前掲『日本行政法論』四八二頁以下参照。しかし、佐々木博士によれば、「精神的活動ニ依ル行為ヲ為スコトノ所謂営業ニ非サルコトナリ。医師、弁護士、美術家、音楽家等ノ業務ノ如シ。」とされた。佐々木惣一前

- 掲『日本行政法論』五七七頁参照。右のように、明治時代においては、営業とは何であるか、そしてそれについては許可が必要であるか、またそれが訴訟事項にあたるかについては、必ずしも統一の見解に達してはいえない。また、営業の自由については、美濃部博士は、「営業ノ自由ハ憲法ノ明文ニハ之ヲ掲グズト雖モ、是レ言ヲ俟タザル所トセラレタル為ニシテ、我方國法ガ営業ノ自由ヲ以テ原則トスルコトハ更ニ疑ヲ容レズ。」と主張した。同前掲『行政法撮要（下巻）』一〇〇頁参照。
- (41) 美濃部前掲『行政法』四六一頁以下参照。
- (42) 美濃部前掲『行政裁判法』二二四頁以下参照。
- (43) 「尿尿汲取営業免許ノ許否ニ対スル不服ノ訴」、前掲注(4)参照。
- (44) 「営業免許取消ニ関スル訴」明治三五年第三四三三号、明治三六年三月一八日第一号宣告 においては、「明治三三年兵庫県令第二八号汚物掃除法施行細則第六号ニ「尿尿ハ尿尿汲取営業者ニアラサレハ其汲取ノ委託ヲ受クルコトヲ得ス」トアルヲ以テ尿尿汲取営業者ハ別ニ制限セラレタル規定ナキ以上ハ同条ニ依リ広ク市人ノ委託ヲ受クルコトヲ得ルモノトス」、「被告カ明治三五年九月四日原告ニ対シ為シタル尿尿汲取営業免許ノ取消処分ハ之ヲ取消ス」とされた。『行政裁判所判決録』（第一四輯）（東京法学院発行）一六三―一六七頁参照。
- (45) 美濃部前掲『行政裁判法』一一〇頁以下参照。
- (46) たとえば、一九二六（大正一四）年七月一八日の行政裁判所の判決によると、横浜市により開設された中央食品市場は、市が自ら市場の事務を取扱わず、横浜中央食品市場株式会社との契約により、当該会社に市場を経営させているのであって、会社は市場設備の借用料として年額一万八千円を市に支払い、そのかわりに生産者又は荷主より徴収する手数料はこれを会社の所得とすることを約束していた。これが旧市制第一八条第三項のいわゆる「市ニ対シ請負ヲ為ス者」に該当するかどうか争いとなり、行政裁判所はこれをもって請負に該当するものとした。しかし、美濃部博士によれば、行政裁判所がこれをもって民法上の請負契約と認めたのであるか、又は請負契約ではないがなお市制の意義においては請負と見なすべきものと解したのであるか

は、判決の文字の上では明瞭ではないが、もしこれを民法上の請負契約であると解したとすれば、それは明らかに不当であるとされた。同「公法上の契約に関する二三の考察」法学協会『法学協会五十周年記念論文集（第一部）』（有斐閣、一九三三年）六〇頁以下参照。

(47) 行政が議会の協賛によらずして国民の権利利益を制限できる法規範（法規）を制定できる点については、本稿第一章第一節および第二節（名古屋大学法政論集二二二号五一—五六頁）参照。

(48) 汚物の一種類である塵芥につき、榎木徹は、その定義を「都市塵芥とは社会的活動により生ずる固形廃物の謂であつて、一般に汚物なるか若しくは汚物にまじりやすきものである」と説明した。また、汚物掃除法に関連して汚物または塵芥の種類を詳細に明示している都市もあるとされた。たとえば、呉市では、「牛馬羊豚の踏糞、魚鳥の臓腑、庖厨の残物其他不潔を醸生すべき廃棄物等」は塵芥とみなすことにしたという。榎木徹「都市塵芥の特性に就て」都市問題第一〇巻第五号四三頁以下参照。また、本稿の検討した汚物掃除法令中塵芥及汚泥掃除二関スル施行細則では、塵芥および汚泥の定義を具体的に定めた。第四章第一節の一参照。しかし、右のように、各地域においては、塵芥の定義が異なっていた。

(49) 江戸時代の各地における汚物処理事情については、伊藤、山崎前掲書、林前掲論文参照。これらの文献からみると、各地における汚物処理事情は、明らかにそれぞれの別個の特徴をもっていた。

(50) 市条例の制定は、歳入歳出予算の議決、市税手数料等の賦課徴収等、列挙された事項に限定されるとともに、その効力の発生のために、監督官庁の許可を必要とされていた。明治憲法下の地方制度は、地方公共の福祉を増進するための事務をいわゆる固有事務の処理のために認められ、警察、統制等の権力の行使をとまなう事務は、原則として、国の事務として国に専属するものと考えられてきた。ただ、地方公共団体の存立を維持するため必要な限度で、財政に関する権限の行使が認められていたにすぎなかった。

(51) 明治憲法下の地方制度については、本稿第一章第四節（名古屋大学法政論集二二三号六一—六五頁）参照。しかしながら、当

時、市町村は、汚物処理に関して条例を制定することができる」と主張する学者もいた。たとえば、宇賀田順三は、市町村条例は、市町村の固有事務について定め得るものであると主張していた。市町村事務は、固有事務と委任事務とを分けられるが、それらの概念は不明確であつて、固有事務については、法律上は特定の形式はないが、通例、固有事務のうち直接法律にもとづくものは、「市(町村)ハ・・・スルノ義務ヲ負フ」の形式をとり、監督官庁の命令にもとづくものは、「(内務)大臣ハ・・・ヲ市(町村)ニ命スルコトヲ得」の形式をとる。また、委任事務の法律上の取扱方については、固有事務と同様に法律勅令による以外特定の形式はないが、委任事務中必要事務は、通例、法律勅令によつて直接その義務が命ぜられるものは、「市(町村)ハ・・・ヲ設置スヘシ」または「市(町村)ハ・・・ノ事ニ從ハシムヘシ」の形式をとり、法律勅令の行政行為によるものは、「主務大臣ハ・・・市(町村)ニ對シ・・・ヲ命スルコトヲ得」の形式をとり、さらに随意事務は、「市(町村)ハ・・・ヲ設置スルコトヲ得」の形式をとつている(しかし、委任事務については、市政の調査によれば、「現行市制は是等の委任事務については法律又は勅令を以てするの外、之を為さしめざることとはなつてゐるが、実際は一片の通牒訓令を以て、敢て都市をして之に服従せしめてゐる」(大阪市監査部『特別市制促進資料』(昭和十一年)八頁)。宇賀田順三『地方自治制』(新法全集) (日本評論社、一九三六年)八九頁以下参照。汚物掃除法(第二条)は、以上のいわゆる直接法律にもとづく固有事務の形式になつてゐたため、市の汚物処理は固有事務であると解した。このように、市(町村)は、その汚物処理については、条例を制定することができる」と解される。しかし、このような学説にもかかわらず、実際には、汚物処理に関する市(町村)条例は存在してゐなかつた。

(52) 明治憲法下の地方制度一般については、本稿第一章第四節(名古屋大学法政論集二二二号六一一六五頁)参照。

おわりに

右のように、本稿は汚物処理法制を概観し、明治憲法下の汚物処理における許可制度の形成について検討した。ここでは、汚物処理における許可制度の形成段階において明らかにした法的問題点について述べることにする。

第一に、汚物処理における許可制度は、汚物掃除法の制定以前からすでに存在した。汚物行政は、行政警察の所管事務として、府県の警察命令によつて設けられたと考えられる。また、汚物掃除法は汚物処理における許可制度を設けておらず、各地の汚物処理における許可制度をみるかぎり、相変わらず警察命令によつて汚物処理における許可制度が設定され、むしろ法制定以前の現状が法律によつて追認されていたにすぎなかった。汚物処理における許可制度は、明治憲法下の形式的法治主義の下で形成されたことの制約をうけていた。

第二に、明治憲法下の汚物行政は、伝染病予防対策の一環として、発展してきた。汚物については、伝染病の汚染源の一種として、行政警察領域の「公共の利害に関するもの」と考え、予防立法や保安警察上の取締りの対象とされた⁽¹⁾。汚物処理は、住居地から汚物を取り集め、そしてそれを適当な場所に運搬することがその中心的な作業であつて、汚物処理における許可制度は、本稿の検討したように主にこの作業する際の秩序維持を目的として設けられた。しかし、明治時代においても、行政はかならずしも衛生・環境に関して意識していないわけではなかつた⁽²⁾。たとえば、すでに明治二〇年に大阪府で制定された肥料貯蔵場取締規則における肥料貯蔵場の設置許可にみられるように、当該許可の申請にあつて、許可するか否かに際しては、行政が「公害の有無」の判断をすることが求められた。また、名古屋市の屎尿処理における請負制度は、その経緯や行政の果たした役割をみれば、消極的な行政の枠組をこえるものもあつたことにも注目できる⁽³⁾。

第三に、本稿において検討した各地の汚物処理における許可制度は、その施行範囲は市域であったが、その許可権限はほとんど地方長官にあった。また、これらの許可制度を設定したのは府県令や警察令であったことを加え、汚物行政は中央集権行政であったといえる。しかしながら、汚物掃除法は、その実施は市のみと限定し、市は、汚物処理の責任を負われるとされたにもかかわらず、汚物処理について、独自の事情に応じて条例や規則を制定し、施行することができなかったため、本稿に検討した汚物処理における許可制度は、その区域内の公衆衛生の向上にとって、その力量において不足していたと言わざるを得ない。

本稿は、明治憲法下の汚物処理における許可制度をその形成過程を中心に検討した。これを前提作業として、その後のこの制度の実際の運用および発展過程についての検討、さらには一九五四（昭和二九）年汚物掃除法が清掃法（法律第七二号）により廃止されるまでの汚物処理における許可制度、すなわち、日本国憲法下における汚物行政の運用の検討は、汚物掃除法における汚物処理の許可制度の全体的な解明についての検討は今後の課題としたい。

注

- (1) 寺田友子「大阪における明治時代の公害規制行政」(阿部泰隆・水野武夫編「環境法学の生成と未来」(信山社、一九九九年)所収)参照。しかし、名古屋市の尿処理の市営化は、消極的な秩序維持行政ではないものの、それは衛生行政でもなく、むしろ経済行政であった。後掲注(3)参照。

- (2) 公害現象は、明治時代にすでに存在していた。例えば、足尾鉍毒事件、別子銅山煙害事件および日立煙害事件等である。また、都市部においては、明治初期における紡績業その他軽工業の急速な発展は、ばい煙問題等を発生させた。環境行政研究会編「環境」(現代行政全集一九巻)(ぎょうせい、一九八五年)五四～五五頁参照。しかし、殖産興業政策の貫徹の下で公害問題

の提起は禁圧され、公害が社会問題として顕在化したのは、第二次大戦後であった。

(3) 屎尿の市営処分は汚物処理としての問題よりも、むしろ経済的な面から取り上げられたのであった。前掲「なごやの清掃事業」一八頁参照。当時のこの分野への国家機能の拡大に着目する実務家の文献として、井手成三「公的事業の経営形態に就て」警察研究第一一巻第一〇号四九頁以下参照。

(4) 汚物掃除法の実施主体については、本稿第三章第二節、および本稿第三章注⑩参照。また、汚物掃除法および同施行規則は、汚物処理についての国または府県の処理責任を定めておらず、その他、たとえば、財政上の国または府県からの協力等の定めもなかった。