

地方自治の意義

田上穰治

自治の概念には政治的意義と法律的意義とが區別される。前者は専務職たる官吏に非ざる者殊に名譽職による行政であり、後者は國家に服しその一部を爲すもなほ之に對して獨立なる法人殊に地方團體とその他の公共團體による行政である (Meyer-Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7 Aufl. S. 386)。

この兩概念は必ずしも相伴はず、政治的意義の自治は地方自治の他に國の政治についても考へられると同時に、地方團體による行政についても市町村の如く比較的充分に政治的自治が認められる場合と北海道府縣或は殖民地の地方團體に於ける如く政治的には自治が認められず又は不十分な場合がある。従つて地方團體は法律的意義では自治團體であるが、政治的には自治が認められる主働的團體と然らざる受働的團體とに分かれる (美濃部 博士、日本行政 (通稱 G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechts, S. 208; Hirschke Art. 14, § 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100)。

けれどもそれにも拘はらずこの兩概念は本質的に關聯することを見逃してはならない。政治的意義の自治は英國の self-government の制度を Geist が獨逸に採用しようとして構成したところであるが、その特色

は後述する如く自治を以て國家組織と社會とを連結する中間組織たらしめて、これにより兩者の對立を止揚せんとするものであり (Geist, Selbstgovernment, Kommunalverfassung)、従つてこの意味に於いては法律的意思の自治に就いても妥當しなければならぬ。法律的意思の自治は佛國、白國及び獨逸等に認められる理論であるが、單に國家に對して獨立なる法人格が認められることのみでは自治の本質を明かにすることは出来ない。その法人格の下に國家に對して極端なる獨立を要求することが中央集權の近代國家の主義と矛盾するのはいふ迄もないが、反對に國家が地方團體に對して恰も國の官廳に對するが如き嚴重なる監督を加へるときは最早自治の本來の使命従つて官治行政に對する存在理由は消滅するものといはなければならぬ。私は自治の兩概念の本質的な關聯を論究することによつて、初めて地方自治の意義を明かにすることが出来るものと考へる。

固より自治の意義は時代により又國によつて同一ではない。けれども我が法制では自治の定義を明確には與へてゐないから、これを解釋運用するには先づ理論によつて自治の意義を明かにするを要し、而してこれが爲には諸國の學說をも参照しなければならぬ。組織法上國に對して獨立なる法人格が與へられることの他に、自治には如何なる要素が認められるか。宇賀田教授は自治の要素として、團體自身の機關によること、團體に固有の事務があること及び團體が自己の責任を以てこれを行ふことを挙げられる(宇賀田、地方自治の
基本問題 三三八頁)。けれども固有事務は暫く措き、地方團體が自己の責任を以て行ふとはナチス市町村制第三十二條の示す如く團體の特定機關が責任者として團體の一切に關する責任を自ら負ふべき意味に解されるから、市町村長と市町村會とが獨立に存在し、又監督官廳の認可權が留保される場合の多い現行法制では、この要素を具備してゐない(同上、二六〇頁以下)。佐々木博士は自治を以て國家の下に在

る團體がその存立目的として自己の名に於てその團體に關して國家より委任されたる作用を行ふことと解される。存立目的として國家より委任されたる作用とは、地方團體に於いては所謂固有事務であつて自己の名に於いて行ふものである(佐々木、日本行政法總論、六七八頁、七七八頁)。これにつき渡邊博士によれば、或程度に國家意思から獨立して行はれること、即ちその實現すべき公益は一般國家的見地に於ける公益と矛盾背馳するを得ざるもなほこれとは異なる特殊團體の見地に於ける公益なることを要し、従つてその行政に於ける公益判斷は國の行政機關の指揮に依つて左右さるべきものに非ざることをいふのである。このことは法の根據を要することと共に、自治行政に對する監督が國の行政組織の内部に於ける機關監督と異なる所以である(渡邊、日本行政法、上一七〇頁—一八五頁)。要するに法律的意義の自治が公共團體による行政なる以上國家とは獨立の意思機關により且つ獨立の利益に基づいて行はれる。そしてこの獨立の利益は地方團體にあつては固有事務の範圍を意味する。それは第一に、地方團體がその一般の權能に基づいて當然に行ひ得べく特別の法律規定を俟たざるのみならず、第二にこれに對する監督は機關監督の如き強力なものたり得ない。これ等の問題を検討するのが本稿の目的である。

なほ地方團體の自治權は具體的に特定された内容を有せず、従つて權利といふよりは寧ろ法的能力 (*rechtliche Fähigkeit*) であり(Lamp, Das Problem der städtischen Selbstverwaltung, 1905, S. 32)。それは官治行政又は地方團體の委任事務に對するその固有事務の範圍又は存否の問題に他ならない。固有事務と委任事務の區別は理論上は特別地方團體(殊に三大都市の區)についても考へられるが、その固有事務は普通地方團體の場合と異りその範圍、内容が比較的に明瞭であり、又市町村の委任事務のみを存立目的とする町村學校組合、學區の如きは普通地方團體がその義務を充す爲に設立するものであるから

その固有事務に對しては恰も普通地方團體の委任事務に對すると同様の監督が加へられるのはいふ迄もない。故に本稿では主として普通地方團體について固有事務と委任事務の區別を論ずるに止める。

二

我が國最初の市制町村制(明治二一年法一號)によれば、市町村は原則として従來の區域により、これに法人格を認めその公共事務は官の監督を受け自ら處理すべきものと規定される(二條條)。それは一は隣保團結の舊慣を存重してこれを擴張し都市及び町村の權義を保護して地方共同の利益を發達せしめ臣民の幸福を増進するものであり(上)、同時に一は國家の基礎を鞏固にし、人民をして國事に任ずる實力を養成し將來立憲の制の基礎たらしめるものであつた(市制町村制理由)。當時の區町村は不完全なる自治體であり郡及び府縣は主として行政區劃に止まつたが、この法律を以て市町村が完全なる自治體となつた。徳川時代の五人組制度、財産權の主體たる村及びその機關たる庄屋、名主の如き自治制度が明治維新の中央集權により一旦全く官治行政に變じ更に再び市制町村制によつて自治が認められたことは、恰も獨逸に於て中世都市の自治權が近世の中央集權的國家の下に大に抑壓せられた後 *Self* の市制(一八〇)により回復されたのと軌を一にする。従つて我が地方自治制を論ずるに先だち諸國の自治權の發展消長を一瞥しよう。

英國の *Self-government* の發達はノルマン王朝がその以前に存したるアングロサクソンの自治制度と妥協したことに特色がある。この王朝は當初より英國に於ける封建制の發達を阻止し中央集權を企てたが、ノルマンの要素はアングロサクソンの法制を破壊する力なかりしのみならず、封建制を阻止するにはこれを維持する他なかつたの

で從來の自治制度を存置してこれを新王朝の理念によつて生かしめんとし、從來の州 (shire) 即ち county が獨逸に於いて封建制度に發展せると異りここに國王の任命する sheriff を置き裁判、軍政の他行政全般殊に警察權を認めた。就中この警察權が濫用されたことは自由大憲章以後の中央と地方との對立を生じ、遂に Parliament のエドワード三世の改革により Justice of Peace の制度が認められた。治安判事は直接又は間接に中央政府の任命するところであるが、地方の富有なる階級中より任命される名譽職である。それは國王の委任により裁判事務を扱ひ又警察事務衛生事務等をも管轄する。かくて一度官治行政化せんとした地方自治は再び警察作用、民兵事務及び課税作用にまでも認められるに至つたと共に (Griest, Das englische Verw., 名譽職による裁判權の行使を中心として

行政事務が處理されたことは裁判事務従つて又國家事務と地方行政事務との區別を極めて不明瞭たらしめるのである (Starrhock, Selbstverwaltung, 9. und Autonomie S. 49.)。かかる英國の自治制度は Griest によつて獨逸に傳へられた。彼に従へば自治行政は一種の國家行政であつて、當該地方團體の租税を以て執行し得る範圍なることと名譽職によつて行はれることがその特色である (Griest, a. a.°)。この學説は自然法的立場より地方自治を規定する舊プロイセン憲法第一〇五條の反動として前世紀後半の獨逸に影響を與へた。すなはち地方團體に固有の自治權を否認しその事務はすべて國家の委託によるとする學説であつて、その結果は地方團體の法人格及びその組織、權能が専ら國の法律を以て規定され左右されることを認め、地方自治の特色をその主體が國家と異なる地方團體なる組織法的性質に求めるものである。例へば Bornhak は法人としての地方團體の存在は國家が欲することにより且その限度で認められるものに過ぎず、その行政は國の事務の執行であり地方團體の機關が地方團體の負擔に於いて執行することに官治行政との差異を求める

(Bernhak, Preussisches Staats)。Loening によれば地方團體はすべて國の機關であり、その職務は國の法律によつて履行せらるべき國の事務であるから、地方團體の固有事務と委任事務との區別はない (Loening, Lehrbuch des deutschen)。それは正に、君主により地方團體の理事者が任命されその職務が直接に國家より委託せられ、従つて自治行政に關しても國王に對して責任ある英國制度の特色を示すものといはなければならぬ (vgl. Gneist, a.)。

佛國の自治制度は當初は獨逸と同様に、封建時代に有力なる北部都市が十二世紀頃から國家との契約 (Chartes) を以て自治權を付與されたが、佛國の國家思想は比較的強く殊に國家の財政難による賣官は國と都市との關係を次第に私法的なものに墮した。然るに Montesquieu の權力分立論が國民主權の下に主張されるに及んで、專制國家に抑壓された地方自治に生命を與へこれを國家に協力せしめんとするに至つた。Marquis d'Argenson は地方團體に合議機關を置き内政財政の如き自己の事務を處理し又或程度の行爲能力を認めらるべき權利ありとし、更に Turgot は全國を provinces に更にこれを communautés, villes, villages に分け、これに municipalité を置きその代議會には内政及び稅政が委任さるべきものとした。この理論は直には實現されなかつたが、一七八九年國民議會で問題となつた。市町村に立法司法行政の三權を付與することが佛國をして米國の如き聯邦制たらしむる處ありとして、同年九月廿九日 Thouret の草案は市町村を國の行政區劃としたが、なほ彼の答辯によれば、地方團體はその私的事務を包括する固有の範圍を有し、この固有事務は立法及び執行の性質を具へ常に地方團體の機關によるのである (G. Jellinek, System der subjektiven)。この最後の點は d'Argenson, Turgot と同一の思想で權力分立に従ひ第四權力としての pouvoir municipal を主張する如く見える。固より一方には市町村を行政區劃なりとする國

民主權の主張があり、その調和が同年十二月十四日の法律第四九條に於ける市町村の固有事務と委任事務の區別で示された(私の警察法制と法治主義、公法。政治論叢所載、一四頁註一參照)。けれどもかかる自然法的思想は佛民族傳統の國民主權の思想と異なるものであり、従つて一七九三年憲法第一章は國民主權を明かにし遂に *loi du 28 pluviôse an VIII* は縣に官吏たる知事を置き市町村長を嚴重に監督せしむるに至り、再び地方自治は抑壓されるに至つた。これ *Schulze (Prussisches Staatsrecht)* が佛國に於いては國家と個人のみが權利を有し、その中間に介在するすべては何時にも自由に變更さるべき行政機構に過ぎずといつた所以である (*Lawischer, a.*)。

白國の *Flandern* 及び *Brand* 地方では夙に都市よりも寧ろ州を中心として自治が認められ、*Burgund* の支配下に、教會貴族及び都市の代表者より成る機關を有する。一八三一年の白國憲法は立法權、執行權及び裁判權と相並んで第三一條に専ら地方團體の利益に關する事務が *conseils communaux ou provinciaux* により議決さるべき旨を規定し、更に第一〇八條で地方團體の基礎法ではその機關の直接選舉、地方議會の議事公開、豫算及び決算の公表等を規定する。三權に對して第四の權力たる *pouvoir provincial et communal* を認めたことは佛國の *pouvoir municipal* の無批判的な繼承であるが、地方團體の内部的組織に於ける權力分立制は佛法と異り白國固有の歴史的沿革による (*Lawischer, a.*)。佛國の自治權の理論は白國に於いて歴史的背景を與へられ、これが獨逸の立憲理論に於ける自然法説によつて基本權になつた。Rottenによれば、すべて國家は地方團體の結合より成りこれより權利を取得せるもので、地方團體は國家の創造によらず、固有の政治的共同生活を有し、従つてその代表者の選舉、公民の資格付與、財産管理、地方警察及び課稅權は國家より獨立の自治權に屬する最重要なる機能である

(Rothke, Lehrbuch des Vornunftrechts, III.)。かかる學説は一八四八年乃至五〇年の獨逸の立法に影響を與へ、四八年普國憲法第一〇四條、四九年奧國憲法第三三條、同年フランクフルト帝國憲法第十一章第一八四條等は何れも地方團體の基本權を規定す(Vgl. Harschek, "Art. Selbstverwaltung" in Stengel-Fleischmann, Wörterbuch, III, S. 419.)。

獨逸中世に於いて地方農民が領主の支配に服し封建制の下にあつたのに對して、都市には自治權が發達した。元來ローマ思想は Ulpian の、ローマのことに關する法は公法にして各個人の利益に關する法は私法なり (Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem) とある如く、都市國家の沿革により統一國家の觀念であつて、國家の外には特別の公權力を認めない。それは領土の基礎による統一國である。然るにゲルマン思想では公法私法の區別が明瞭でなく、それは専ら種族に歸屬する關係に存し、從つて人的性格で領土的性格はない (Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 24 Aufl. S. 222.)。この民族性の差異はゲルマン民族がローマ帝國に侵入せる後も當然には消滅せず、ただ國權が神意に基づくとする思想はゲルマンの貴族殊に國王が神より出づる血統の子孫とする傳統に一致した結果、國王の權力は次第にローマ法の思想の影響を受けて民權を壓迫するに至る。カロリング朝の Grafen はかかる使命を果すべき筈であつたが、封建制度の發達により民權はその人的性格を失つて土地法となりつつも存続した (Slawitschek, a. a. O. 18 ff.)。すなはち國王の權力が衰微して、大なる私有地を領する者がその土地につき Graf の行ふべき支配權を行使するに至り、自由農民の人的要素による自治は衰退した。これに反して都市では市民の團體が次第にその固有權限を地主又は貴族の支配的權力に對抗せしめ、都市行政より Stadtherren の權力を驅逐せんと努めた (Rohde Selbstverwaltung als Preuss. 6 ff.)。Preuss のいふ如く封建制度の發達は村の自治を阻止し、反對に都

市の自治を助長する。封建制度の下で公權力が代償的可讓的權利となり、これが都市の經濟的優勢を政治的權能に交換することを可能ならしめたのである。都市の自治的事務には警察事務、課税、商工業、軍事、裁判等の事務があつた(Preuss. Stadt und Sta.)。これ等の自由都市すなはち Reichsstädte, Landstädte は第十四世紀以來 Reichstag 又は Landtag の表決權を有し、殆んど國家内の國家たる存在となつた(Schulze, a. a. O. Bd.)。この趨勢は都市機關の世襲化による腐敗と諸侯の警察國家的權力による干渉とによつて阻害せられ、一七九四年の §§86—178 Teil II Titel 8 ALLR. によれば、都市は privilegierte Korporationen と稱し、國家はその目的を達する爲にこれに特權を付與することあるも、その本質は私法上の團體に過ぎぬものと解する(§ 108)。Magistrat は國王の任命又は選舉によるが、その行政は國の嚴重な監督に服し條例の制定、租税の徵收、財産の處分等は國の許可を要した。

獨逸の都市の自治を近代的基礎の上に再現したのは一八〇八年の Stein 市制である(Gierke, Die Städte)。この市制が町村の自治に及ばず、又裁判權及び警察權を假令市參事會に對する委任事務の形式にせよ存続せしめ(Vgl. Meyer, Die Einführung der Staats- und Reichsentscheidungen) 住民につき市公民と公民權なき者とを區別し(§§ 5, 6) 國の監督權を制限して監視權、訴願の裁決權、市參事會員選舉及び條例の認可權(§ 2) に止め、殊に財政に關しては支出表の拔萃書及び公表せる支出の検査の如きに制限せること(Vgl. S. Hoer, Das Recht der Kommunalverhältnisse) は正に中世獨逸都市の制度の復活である(Meyer, a. a. O. S.)。けれども他方に於いて、ナポレオンに蹂躪されたプロイセン王國を再建する爲に

人民をして公共行政に参加せしめ、都市の自治を以て國家組織の基礎たらしめんとせる目的は明かで、殊に市參事會に委任事務を認めた結果はこれを一般地方行政についても動もすれば國の機關監督に服せしむる虞を生じた。こ

の點ではこの市制は *Gietke* の指摘する如く、單なる復古ではなく都市に國家と本質を異にする地方團體の地位を認めるものである(*Gietke, a. a.*)。Stein 市制の示す協同體の思想はその後の地方自治制をして佛國に於けるが如き自治の否認に陥らしめなかつたが、國の構成要素としての市の地位はその後の中央集權の趨勢により再び國の強大な監督權に服せしめられ、既に一八三一年のプロイセン修正市制でもこれが認められる。ただ七月革命及び二月革命によつて佛國及び白國の自治權の制度の影響を受けて一時地方自治が強調されたが、再び第十九世紀後半に殊に英國の自治思想の輸入と相俟つて國の監督權が強化され、地方團體の獨立は相對的なものとなる。

上述の如く我が法制は地方團體の法人格を認め、且つその固有事務を規定するから、英國自治制度及びその影響の下に自治事務を悉く國家の委任せるものとする學説はこれを探ることが出来ない。而して地方團體の自治權を認める學説は二種類に大別される。一は中世の歴史的事實に基づき、地方團體の自治權はこれに固有のもので國家はこれを承認するに過ぎざるものとする學説であり、一は地方團體の自治權が國家より付與されたことを認めつつ、しかも或程度に國家意思より獨立し地方團體の特殊利益に關して行はるものとする學説である。それは Stein 市制に於いても明らかに示される二傾向で、兩者は相互に關聯し相對的に區別されるのに過ぎないが、なほ一應これを對照せしめることが出来る。前者と雖も地方團體の獨立を個人の自由權の如く當然に自然法的に基礎付けるものとは限られず、寧ろこれを以て國家と個人との對立を止揚して健全な國家の基礎を興へる爲に必要なりと考へるのであるが、何れにしても地方自治に一定の内容を認め國家と雖も濫にこれを侵すべからずとすることに特色がある。後者も亦地方團體の事務に固有事務と委任事務とを區別するけれども、その限界は國の法律が創造し且つ左右する

實證法的なもので固有事務の範圍は相對的に決定されるのみと解する。我が法制の解釋に當つてこの何れの學說を採るべきかを、次に論じなければならぬ。

三

現行市制第二條に曰く、「市ハ法人トス官ノ監督ヲ承ケ法令ノ範圍内ニ於テ其ノ公共事務竝從來法令又ハ慣例ニ依リ及將來法律勅令ニ依リ市ニ屬スル事務ヲ處理ス」。町村制第二條及び府縣制第二條の規定亦同様である。ここに所謂其の公共事務が地方團體の固有事務 (eigener Wirkungskreis) を意味することはいふ迄もない。全國的な利害關係ある事務は特別の法令に基づき地方團體の委任事務たる他は國の事務として處理されるのに反して、主として當該地域の公共の利益に關する事務は特別の規定を俟たずしてその地方團體の權能に屬するのである。

これに關して第一に問題たるは、この固有事務の範圍が法令により自由に減縮するを得べきものなりや殊にこれを否認することも可能なりやの問題である。先づ市制第二條に「法令ノ範圍内ニ於テ」とあるのは命令を以て自治權を制限することを認めたものではなく、公共事務の處理についても一般法令の規定に従ふべき當然の法理を示すに過ぎず、従つて法律が規定する自治の權能は法律に依るに非ざれば制限するを得ない(清水澄、外四氏、市制町制正義一―二頁以下)。而して地方團體の自治權が實證法を以て國家より委託されたものとすれば、法律を以て如何なる制限をも加ふるを得べく、固有事務と委任事務との絶對的差別は考へられない。宇賀田教授はこの立場を採り、しかもなほ「かくの如く解釋することが自治のために甚だ無力なりとすれば、寧ろ自然法説に還つて地方團體の本質を吟味すべきでなから

うか」と疑問を残してゐる(宇賀田、前掲三五九頁)。けれども地方自治制が我が憲法の示す中央集権主義の重大なる例外たるは明かである。我が自治制は憲法實施以前の法律により規定せられ、従つて憲法第七六條により憲法の下に受納されたが、包括的な課稅權自主權その他廣汎なる公行政を處理する權能は單純なる法律の委任を以ては説明が出来ない。換言すれば憲法規定の例外は憲法自ら定むべきであるから、地方自治の基礎は憲法が暗黙に承認するところと解する他はなく、従つて獨逸共和國憲法第一二七條の如き明文の規定なくとも自治組織の保障(institutionelle Garantie)を認めなければならぬ(Vgl. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 12 Aufl., S. 510)。固より法律を以て地方自治を制限するを得るもその本質を奪ふことを得ずとすることは、國家の統一を薄弱ならしめるものではない。反對に舊市制町村制の上諭及び理由に明かなる如く、地方自治を保護發達することが國家の基礎を鞏固ならしむる所以である。獨逸に於いても夙に Zacharia: は地方團體の原始的權利の範圍(originäre Rechtssphäre)を認めるが、反國家的ではなく國家の監督權の下にこれを健全なる國家の基礎と考ふるものであり(Zacharia: Deutsches Staats- und Bundesrecht, s. 9.) Gierke は地方團體を以て國家と同等なる政治團體であり國の立法によらず固有の人格あるものと認め、地方團體の固有事務の獨立を特に強調して委任事務をその負擔に他ならずと解するが、これを以て中世都市に於ける如き國家との對立を固執するものとは考ふるを得ない(Gierke, Den s. hes. Gen. senechtsrecht, I, S. 73ff. 759.)。Gierke に従ふ Preuss も亦國家と地方團體との間に觀念的區別なしとして固有事務と委任事務の區別を否定し、更に獨逸共和國憲法第一二七條を以て國家に對する地方團體の公權を規定するものと解し、地方團體に關する法律の規定はその固有の權能を成文化させるのみで權能の委任に非ずとするが、地方團體に國家と同様の組織すなはち代議政治

を要求することによつて兩者の二元的對立を回避す^②(*Preuss. Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*)。蓋しこれ等の學説は國の絶對なる中央集權と個人との對立を調停する爲に、兩者の中間に或程度の獨立あり固有の生活目的ある地方團體を認めんとする所謂調停主義 (*das vermittelnde System*) を含むからである(*Vgl. Ginh.a.*)。

次に地方團體の固有事務すなはち公共事務の範圍については、我が法制の解釋上若干の問題がある。Zachariaはこれについて自主權 (*ius statuendi, Autonomie-recht*)、公民權の付與及び吏員の任命に關する權、財産管理及び課稅權、地方警察及びこれと關聯する裁判權を擧げる。但しここに地方警察 (*Ortspolizei*) が地方的危險及び不利益に對する保安警察の他に市場取引、道路、學校等に關して地方的福利の増進をも目的とするとはいふ迄もな^③(*Zacharia, a. a.*)。更に *Preuss* は地方團體の固有事務の性質につき、個人の人權に關す^④(*G. Jellinek*) の理論及び獨逸聯邦各邦の固有の統治權に關する *Laband* の理論を採用する(*Preuss. Städtische Amtsrecht*)。これ等の學説に徴すれば、恰も個人が他人の權利若くは自由を侵犯せざる限り原則として自由に自己の利益を保持し實現するを得ると同じく、地方團體も亦その區域内の地方的公共の利益の爲には自由にその事務を處理する能力を認めねばならぬ。けれども第一に區域内の公共事務とは營利事業を絶對に排斥するものなりや、又區域外にて地方團體はその權能を行使するを得ざるかが問題であり、第二に自由に處理することの意味を吟味することを要する。

(1) 先づ地方的公共事務が警察を含まざることとは明かである。佛國及びその制度の影響を蒙むる南獨諸邦の如きと異り(^⑤渡邊、地方自治と警察、法學論叢二六卷六號) 我が警察は國家の獨占する事務である。舊市制^(七四條) 町村制^(六九條) には法律命令により市町村長が管理する地方警察事務ある旨を規定するが、それは委任事務なるのみならず、殆んど適用なき法文にして後に削

除された。地方團體の區域外に於ける事務については、市町村長に對する委任事務に關して道路法第一五條、都市計畫法施行令第一條の如き規定があるが、固有事務については格別の規定がない。けれども貯水池、公園地、墓地軌道の如き事業を區域外にて經營することも、それが區域内の地方的公共利益の爲に必要な限り適法といはなければならぬ(美濃部、前、掲五九二頁)。但しその地元市町村の自治權と或る程度に牴觸する虞があるから、豫め關係市町村の間で公務の執行容認の契約を締結すべきものである(美濃部、公法判例、大系、上、二三號、二六九號事件參照)。次に地方公共の利益の爲なる以上は地方團體が營利事業を爲すを妨げず、又特定の事業に寄附又は補助を爲すことが出来る(府縣制第一〇一條、市制第一一五條)。佐々木博士は市町村民直接の利益の爲なるか、或は地方團體存立の維持に必要にして且つ地方人民の直接の利益を害せざる限度なる場合に營利事業を認められるが(佐々木、前、掲七六九頁)、後の場合は收益財産の管理の如く法律が明かに認めるものの他は爲し得ざるものと解する(美濃部、前、掲五九二頁)。一般に營利事業は人民の營業と競争することになるから、特に公益の必要ある場合に限るべきはいふ迄もない。これ等に關して判例は最初は消極的な態度を示し、例へば漁業は純然たる一種の營業にして公共事業たる性質がないから町村の爲し得ざるところとし(明治二八年五月二九、日行政裁判所判決)、又町村制第二條に所謂公共事務とは町村が義務として若しくはその公益上行はざるを得ざる事務を指稱し女子師範學校敷地の補償の如きを包含せず従つて町村が該補償費を町村税として賦課せるは違法なりとしたが(明治三八年七月九、日行政裁判所判決)、最近の判例はこれを改め、市町村が營利事業たる漁業權の主體たり得べきものとし、又村が縣道敷地を國に寄附し温泉浴場の廣告費に補助したることを適法とし、ただ町が一營利會社に補助契約を結んだことを違法としてゐる(美濃部、公法判例大系、上、二、七〇號、下、一四七〇號事件)。

(2) 固有事務は地方團體がこれを特別の規定を俟たず自由に處理する能力がある。ここに特別の規定を俟たずとは

地方的公共事務が地方團體の權利能力の範圍に屬することを意味するに過ぎない。従つて具體的には國家の設權行為を俟つて初めて爲し得る事業もある。例へば軌道、電氣事業、瓦斯事業、自動車運輸事業の如し。電氣事業法施行規則第一條、地方鐵道法施行規則第三條等は地方團體がこれ等の事業を經營する場合にも一般私人よる場合と同様に特許を要するものと規定するが、それはこれ等の事業が地方團體の固有事務に屬するからであつて、然らざれば法律の明文を以て委任せざる事業をこれ等の省令により委任することは無効である。これ等の事業を經營するに當つては市制町村制等の監督の他に特許企業に對する特別監督に服するが、それは固有事務たることと矛盾しない。次に水道の布設(水道條例)下水道の築造(下水道法)の如く内務大臣の命によりその執行が義務付けられる場合にも、その事業は元來市町村の存立目的に屬し當然に爲し得るところであるから固有事務たるを失はない。汚物掃除の如く法律上當然に市の義務たる場合は(汚物掃除法)最も委任事務と類似するが、これも亦性質上地方的公共事務であつて町村でも當然爲し得るところであり、市に於ては都市の衛生警察上特は強制されるに過ぎないから固有事務に他ならぬ。故に Giese が必要事務と隨意事務との區別をば委任事務と固有事務との區別に一致すると解するのは誤である。
No (Giese, Reichsverfassung)。
No (1925, S. 334.)

委任事務は地方團體の存立目的以外に於いて特別の法令により委任された事務である。委任事務には公法上の契約により他の地方團體から委任されることもあるが、常に委任される地方團體の存立目的に屬せず、従つて自治負擔 (Selbsterwaltungslasten) であるから(美濃部、日本行政、六〇三頁)一般に法律又は勅令の根據を要する。憲法上獨立命令の認められる場合ではないから、勅令を以て委任することを得るのは地方團體が國の特別監督に服する爲と解する他は

なく。

固有事務と委任事務との區別につき渡邊博士によれば、前者は地方團體民としての人類の福利を増進する爲の地方團體の事務であり、後者は國民としての人類の福利を増進する爲のものである。これ等の事務を如何なる方法で處理するかは各地方團體の固有の事情を標準として決定するが、如何なる種類の事務を行ふべきかは委任事務にあつては全然國家的見地に基づき國家的一般意思を以て決定さるべきものである(地方自治の本質に関する研究、法學論叢、第二三卷六號一一二頁以下)。すなはちこの區別は上述の如き地方團體の固有の自治權を認めざる學說に於いても認めるところである。Schulzeは獨立の團體としての自治團體に特有の公の權利範圍と特に自治團體をして行使せしむる國家的支配權とを區別し(Schulze Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, s. Bd. I, 409)、Lorenz von Steinも亦自治團體が國の機關として官廳の指揮の下に國に對する責任を以て行ふ官治事務(amtlicher Wirkungskreis)と自治團體がその自治權によつて處理する自由事務(freier Wirkungskreis)とを區別す(Stein, Verwaltungslehre, I, Th. 186 s. 488)。G. Jellinekによれば、地方團體の支配權は國家より傳來のものであるが、國家的統治權を自己の權利として自己の目的を實現する爲に行使する場合が自治である。固有事務にあつては地方團體が自己の權利を行使するに反して、委任事務に於ける地方團體は國家の機關である(Jellinek, a. a. o.)。更に Rosinによれば、固有事務は自治團體がその生活目的を達する爲に處理するもので、委任事務は地方團體に對するとその機關に對するとを問はず常に國家事務を處理する形式に他ならぬ(Rosin, Souvereänheit, Verwaltung, G. 47, 51)。以上の區別からなほ次の二點を注意しなければならぬ。(1) 地方團體は屢々法律の規定によりその固有事務を行ふにつき特權を付與される。例へば地方税を課し、過料を科し、行政上の強制徴收を爲しその他條例を

制定するが如し。Länderが地方團體によるかかる國家的高權の行使の場合のみを自治と稱し財産の管理及び私法的行爲の締結の如きを自治の概念から除かんとするのは誤であるが(Verl. Rosin, a.)。又統治權の行使なるが故に當然に委任事務なりと解するのが誤なるはいふ迄もない。これ等の權能は地方團體自身の利益を實現する爲に認められる場合と國家に對する義務履行の爲に認められる場合とがあり(Gr. Pöhlner, a.)、固有事務なりや委任事務なりやは専らその目的の歸屬によつて決定されるのである。(2)地方團體の委任事務が一般に國の機關としての地方團體の行ふものとすれば、それは地方團體の機關に對する委任事務と類似する。例へば小學校令(六條一四)では市町村立小學校の設立は市町村の委任事務であり、市町村は經費負擔者として小學校の敷地を買ひ校舎を建築するが、設立された小學校を管理することは市町村長に對する委任事務である(美濃部、公法判例大系、下二二九號事件)。何れも單にその地方的公共の利益の爲にのみ處理する事務ではなく、その差異は前者の執行が固有事務の場合と同じく地方團體の議決機關の議決を要し、後者の執行には地方團體が關與する權能なきことにある。佐々木博士は委任事務と雖も法上その自治體の事務として行ふものなれば之が爲にその自治體が國家又は他の自治體の機關となるに非ずと論ぜられるが、それは自治體の機關に委任されたる事務と實施の手續を異にすることを意味するのであつて、委任事務が本來國家又は他の自治體の存立目的に屬することを否認されるのではない(佐々木、前掲七、四頁七—五頁)。公立小學校のみならず一般に公費官營事業はその物的施設を爲すことが地方團體の委任事務であつて、その管理及び事業の本體は地方團體の機關に對する委任事務たるが普通である(美濃部、日本行政法、上六〇六頁六一〇頁)。

四

地方團體につき固有事務と委任事務とを區別することは、單にその權能の由來する根據の異なるを明かにするのみならず、これを處理する手段及びこれに對する監督につき重要な意義がある。蓋し固有事務については府縣制、市制、町村制の如き地方團體の基礎法が直接に適用されるのに反して、委任事務については一般に特別の法令の規定があり且つその國家事務たる性質上特別の法理が認められるから、基礎法はその限度で補充的に適用されるに過ぎないからである。

先づ條例の制定につき獨逸新市町村制第三條はそれが固有事務に限るものと定め、我が國でも同様の學說がある(市制町村制正義、二三〇頁等)。けれども小學校授業料、河川負擔金の賦課(小學校令五七條、河川法三七條)の如く委任事務に關して條例が定められる場合もある。故に磯崎教授が自主權が國家より市町村に付與された權能なることとそれが如何なる地方團體の事務の範圍に於いて付與されてゐるかといふことは別問題なりとされることは正當であるが、委任事務も一旦市町村に委託された以上は固有事務と同じく市町村の事務に他ならずとして兩者が一樣に條例を以て規定し得べきことを認められるのは贊成が出来ない(磯崎、市町村條例、規則について、立命館三十五周年記念論文集、法經篇五六頁)。委任事務は國の法令に従つて執行するを要し、地方團體自身の自由なる判斷に任されてゐる餘地は極めて狭いから、委任事務につき條例を設くる必要は殆んど起らないのである(美濃部、前掲、五八三頁)。國有事務に關する法規は法律の委任による命令又は警察命令の他は命令を以て規定するを得ないが(美濃部、前掲、五八四頁)、委任事務については勅令の他、その委任による命令を以ても規定し得べきはいふ迄もない。殊に

委任事務に關して手数料、使用料、負擔金等を徴收することはこの點に關する特別の規定なき限り地方團體の權能に屬せず、從つて條例を以て規定するを得ない。事務の委任と手数料徴收の授權とが別個のものたることは、明治三二年勅令第二一九號道府縣手数料令に徴するも明かであらう。府縣制第九九條第一〇〇條、市制第一一三條第一二九條の如き規定がただ府縣又は市町村自身の營造物又は事務にのみ適用されることは(美濃部、前掲、五九〇頁)固有事務の特色である。

固有事務と委任事務の區別はこれに對する國家の監督權の性質に決定的意義をもつ。地方團體と雖も一般的私人と同様に國の一般統治權に服し、從つて民事監督、警察監督を受けるものであり、更に特許企業の經營についてはその企業に對する特別監督に服する。けれどもこれ等の他に固有事務に對しては府縣制市制又は町村制による監督が認められるに反して、委任事務は上述の如く國(他の公共團體の場合に略す)の利益の爲に行ふものであり、これに對して機關監督が及ぶことは國の機關としての市町村長の場合と同様である。W. Jellinekによれば自治事務 (Selbstverwaltungsgangelegenheiten) は地方團體が法律の限界内に於いて自由裁量により國の訓令に煩はされず自己の責任に於いて處理する事務であり、委任事務 (Auftragsgangelegenheiten) は國家が特定の地方團體又はその機關に對して國の訓令に從つて處理すべく委任せる事務である(W. Jellinek, Verw.R., 3 Aufl., S. 531)。Hatschek は Staatsverwaltung durch Selbstverwaltung と berufsanfällige Staatsverwaltung とを區別し、前者については地方團體が憲法上保障された權利がある他、一般の公共團體に對する國家監督に服し且つ法律によつてのみ限界が決定されるのに反して、後者は職務監督 (Dienstaufsicht) に服し訓令によつてその範圍が左右されるものと解する(Hatschek, Lehrbuch des deutschen u. preussischen Verw. R., 1927, S. 66)。

Gierke によれば、國は地方團體の固有事務を後見すべき (Bewormundung) ではなく、單に監督すべきであり (bloße Aufsicht) それは越權行爲の防止、國家に對する義務履行の強制、訴願の裁決の如く國家自身の利益の爲に缺くべからざる限度に止むべく地方團體のすべての重要な議決及び執行の效力を認可にかからしめ、その他地方團體の内部的關係に立入つて監督すべきではない (Gierke, Genossenschaftsrecht.)。Preuss は機關の從屬性 (Subordination) と獨立なる主體に對する監督 (Aufsicht) とを區別する。行政作用の主要部分は公益實現の爲なる自由なる活動、公益性の裁量にあり、その統一を保つ爲には訓令を發して下級廳の意思決定を内容につき指揮する必要がある。けれどもこの職務的從屬關係は同一團體の機關相互の間に成立するのみで、地方團體の機關は國家の指揮に服するを要しないのである (Preuss, Das städtische Amtsrecht.)。更に Triepel は機關監督 (unmittelbare Beaufsichtigung, Dienstaufsicht) と國家監督 (Oberaufsicht, Verbandsaufsicht) とを區別し、前者は直接に事務を執行すること

とは異なるが指揮を伴ふから、若し國家が自治團體に對して機關監督を行使するならば、國家が自ら自治事務を行うことと殆んど異らないと主張する (Triepel, Reichsaufsicht.)。これ等を要するに、委任事務の監督が恰も下級官廳に對する如く訓令により且つ公益性の裁量にも及ぶことを得るに反して、固有事務の監督は府縣制市制の如き法律規定に基づき且つ原則として適法性の監督に止まるのである。

次に我が法制に於ける固有事務の監督の規定を一瞥しよう。(1) 議決又は選舉の取消がその違法なる場合に限ることとは明文の規定がある (市制第九條三項)。^(○條三項) 代議決は強制豫算を除けば常に市町村長の申請ある場合に限り、それは地方團體の同意の下に行はれる公益性の監督に他ならず、殊に昭和四年の改正により市制第九〇條ノ二は所謂原案執行權を

制限して市町村の公益に關する認定を市町村自體に一任する自治の本旨を明かにした(織田、日本行政法、原理、二三三頁)。強制豫算は必要支出すなはち市町村が直接法令により負擔する費用又は法令に基づき行政官廳が市町村に對して支出を命じたる費用の場合に限るから(織田、前掲、二三三頁、渡邊、日本行政法上、五二七頁、五二八頁)。適法性の監督に他ならない。(2)市制第一六一條二項は監督官廳が市の監督上必要な命令を發し又は處分を爲すことを得る旨を規定する。けれどもそれは一般的な指揮命令權を認めるものでなく、又單に公益上不適當なる行爲の取消には及ばず、更に監督官廳の代執行權を認むるものでもない。渡邊博士は代執行を含むものとされるやうであるが(渡邊、日本行政法、上、五二六頁)、それは市制第一六三條が規定する。本條の濫用は自治權の侵害となるもので、條文の字句は必ずしも明瞭でないに拘はず學說は一樣にこれを嚴格に制限する。すなはち本條による取消權又は指揮權が認められるのは、市町村長が市町村會の議決を経ず、その議決に反し又はその議決を執行せざるが如き場合であり(織田、前掲、三三三頁、九頁)、美濃部博士によれば法律により既に定まれる義務の内容を指定しその履行を命ずる所謂義務宣言の他は、違法の行爲を取消し得るに止まる(美濃部、前掲、六三三頁、四頁乃至六二六頁)。なほ議決機關の議決の取消の如く特別の規定ある場合が市制第一六一條によるべきでないことは、本條の取消處分に對して行政訴訟の提起が許されざることに徴して明かである(美濃部、全法判例大系、上、三三〇號事件)。(3)市制第一六二條等による内務大臣の地方議會解散權には法律上格別の制限がないやうであるが、比例原則によつて羈束されるものと思ふ。同第一六三條二項の代執行についても第一六一條につき述べたると同様に嚴格に解しなければならぬ。美濃部博士によれば、市町村機關が法律上爲さねばならぬ義務を負ふ事件につき故意にこれを爲すことを拒否し、且つ監督官廳の義務宣言によつては違法を矯正し得べからざる場合に限るのである(美濃部、日本行政法、上、六二七頁、法、上、六二七頁)。ただこれ等の點で多少の問題となるのは府縣知事に

よる市町村吏員の懲戒権である(市制、第一條、第一條等)。市町村長に對して懲戒を行ふ場合は格別であるが、下級の吏員に對する懲戒権は市町村長をして行はしむるのが立法論として至當と思ふ(市町村制正義、三六二頁參照)。蓋し府縣知事は市町村の固有事務に關しては、市町村機關に訓令を發するを得ず、又その吏員に職務命令を發する權能なきに拘はらず、懲戒権があるのは矛盾するからである。(4)以上の如き矯正的監督權と異り豫防的監督權殊に認可權の留保は公益性の監督をも含むけれども、それは特定の重要な作用につき法律が規定を設けた場合に限るはいふ迄もない。(5)すべて監督權の濫用は地方團體の自治權の侵害であり、從つて地方議會の解散その他主務大臣の權限に屬する監督作用の如く性質上救済の餘地なきものその他は行政争訟が認められる。監督權の限界の踰越に對しては地方團體の機關がこれを審査する權利と義務を有するのである(Vgl. Preuss. a. a. O. S. 309.)。

なほ監督に關して固有事務と委任事務の區別を不明瞭ならしむるのは、府縣制第八八條である。府縣知事の如く官吏が同時に地方團體の機關たる場合には、それが地方團體の固有事務を處理するときにも上級官廳の機關監督に服するから、その自治權は法律上當然に制限されその限度で委任事務との區別が明瞭を缺くに至る(美濃部、前掲、一四頁、一四頁)。市制第一六四條により職務管掌の官吏も亦同條の臨時代理者と異り監督官廳の機關監督に服すべきはいふ迄もない。佐々木博士がこれを市町村の機關たるに非ずとされるのは(佐々木、前掲、八〇三頁)この意味に解すべく、それが市町村の事務を行ふものたるは明かである。

最後に附言したいのは一九三五年のナチス新市町村制である。この法律はその前文に於いて、地方團體をして地方自治の創始者 Stein の眞精神に於いて國の目的の達成に協力せしめんとする旨を宣言する。けれども上述せる

如く Stein 市制に於ける自治の觀念は地方團體の獨立を確保することとこれをして國家の鞏固なる基礎たらしめんとすることとの二傾向を綜合せるものであつたが、新市町村制では後の傾向を強調する結果遂に前者を無視せる感がある。蓋しその第二條は固有事務と委任事務の區別を認め、地方團體に新たなる義務を課しその權利を侵害するには法律を要する旨を規定するけれども、市町村會 (Gemeinderäte) が單なる諮問機關に過ぎず (§ 25)、市町村長 (Bürgermeister) は國家及び黨の信任によりその職に就くべく (§ 6)、監督は地方團體の行政を法律及び國の指導の目的に一致せしむる爲に行はれる (§ 106)。固より監督權の行使に當つては、市町村行政の決定力及び責任を害せざるべきことが要求されるが (§ 106)、これに違反せる場合にも行政訴訟の提起を許さないから (§ 113) 自治權の保護は多く期待されない。Alfred Meizer が Lorenz von Stein の所謂自由なる行政の觀念を以て國家と社會との對立を超越するものとして賞揚し、Stein 以後 Gierke, Schäffle, Gluth, Helritzi, v. Blume, Preuss 及び H. Peters に至る發展を、Stein のこの政治的方面の主張を看却して自治の形式的概念の方面のみを主張せるものとして排斥せるは、右の事實を裏書するものである (Meizer, Die Wandlung des Begriffsinhalts der deutschen Kommunalen Selbstverwaltung, 1927, S. 66, 67)。而してこのことは本稿に明かにした地方自治の本質を否認するものに外ならない。このことは別の機會に述べたから、ここでは省略する (私の、地方自治の問題、法、(律師報第八卷一〇號所載))。