

明治憲法下における警察法理論の構造

— 先験的警察義務の概念の意義と限界 —

島田茂

はじめに

I 警察法の理論構成と先験的警察義務

1 美濃部達吉の警察法理論

2 佐々木惣一の警察法理論

3 O・マイヤーの先験的警察義務論の影響

II 学説からみた場合の行政警察規則の意義

1 警察概念の根拠としての行政警察規則

2 授權法令としての行政警察規則

(1) 先験的警察義務と授權原則論の関係

(2) 慣習法的授權と § 10 II 17 ALR

(3) 行政警察規則と § 10 II 17 ALR の相違点

III 実証主義的警察法理論と行政警察規則の関係

おわりに

はじめに

一 明治憲法下におけるわが国の行政法理論がドイツ法の強い影響のもとにつくられたことは周知の事実であるが、警察法理論も、その例外ではない。美濃部達吉と佐々木惣一に代表される当時のわが国の公法学者は、一九世紀後期のドイツにおいて形成された法治主義的警察法理論に依拠しつつ、行政法の一領域としての「警察法」の体系化を試みたのである。その際、彼らの学問的作業に影響を与えたドイツの行政法（警察法）学者は少ないが、とりわけ大きな影響を与えたのは、O・マイヤー（Otto Mayer 1846-1924）であった。「ドイツ行政法の最大のドグマテイカー」⁽¹⁾と称される彼の学問的影響は、ドイツだけでなく、この国から遠く離れたわが国の警察法理論にまで及んだのである。

O・マイヤーは、警察権の行使を法治主義の原則のもとにおく必要性を強く意識していたが、法からの自由を求める警察活動の現実に直面して、警察権の法治主義的統制を緩和する方向に機能する概念を創出し、それを操作することによって、法治主義の理念と警察活動の現実との間に存する乖離を理論的に解消する途を探ったのである。本稿において中心的に扱うことになる「先験的警察義務」は、そのような概念の一つであり、彼は、この概念を、一方において、警察権にたいする法治主義的統制の緩和を正当化するために、他方において、警察権の限界を定める市民法的条理を導くために使ったのである。

O・マイヤーから多大な学問的影響を受けた美濃部・佐々木等のわが国の公法学者も、この先験的警察義務の概念を取り入れ、この概念に依拠しつつ警察法理論の構築を試みた。近代法治主義の思想に基礎をおく警察法理論の構築を願望する美濃部や佐々木の前には、当該思想に必ずしも即応するとはいえない当時の警察実定法制度

を如何に評価するのか、という難題が横たわっていた。警察法学が実定法学の領域に留まる以上、現行法制度を無視してつくられた理論はその価値の多くを否定されることになる。この意味において、警察法の理論構築に従事する者は、自らの理論が、現行の警察実定法制度の体系に即応することを絶えず意識し、また証明することが求められたのである。前近代的・絶対主義的要素を多分に包含する警察実定法制度の存在を前提にしたうえで、法治主義の観点から警察権を統制する法理の体系を如何に説得力のあるものとして提示することができるのか。これが、美濃部や佐々木が自らの警察法理論を構築する際に最も重視した課題であったといえる。そして、彼らがこの課題に効果的に対処していくための一つの有効な手段として取り入れたのが、先験的警察義務の概念であった。

二 本稿では、美濃部・佐々木等の明治憲法下の公法学者が、この時代の権威主義的な天皇制警察法制度のもとで、如何に近代法治主義の観点に基づく警察法理論の構築を試みようとしたのか、という点を検討の対象とする。一九四五年の敗戦を契機として、天皇主権から国民主権へと憲法原理の転換が行われ、戦後改革の一環として警察制度も抜本的に改革された。この点において、戦後社会においては、彼らの警察法理論を成立せしめた制度的基盤そのものが喪失したと考えるのが自然であろう。しかし、このことは、彼らの警察法理論の意義と限界を内在的に考察することの学問的および実践的意味を否定する理由にはならない。国民の権利・自由の保障が著しく制限されていた明治憲法下の実定法制度のもとにおいて、彼らがつくりあげた法治主義的警察法理論が如何なる意義と限界を有するものであったのかを検討しておくことは、我々が、現憲法下の警察法理論のあるべき姿を追求し、警察作用に関して、実効性のある統制法理を形成していく際の重要かつ不可欠の前提的作業になる、と考へるべきである。以下では、この作業を、先験的警察義務という当時の警察法理論上の鍵概念に着目して行うこ

I 警察法の理論構成と先験的警察義務

1 美濃部達吉の警察法理論

一 美濃部は、「警察」を「社会的利益ヲ保護スルコトヲ其ノ直接ノ目的トナシ一般統治権ニ基キ臣民ノ自然ノ自由ヲ制限シ又ハ之ヲ強制スル国家ノ権力的作用」である、と定義した。⁽²⁾ この定義において、まず注目されるのは、消極目的の要素が「警察」の定義から外されていることである。美濃部は、「推フニ警察ノ觀念ヲ定ムルニ於テハ目的ノ要素ハ其ノ主眼タルモノニ非ス。警察ノ觀念ノ主眼タル所ハ手段に在リ」として、警察概念の定立にあたって、「目的」よりも、「手段」＝権力作用の要素を重視したのである。

美濃部にあつても、警察概念の定立にあたって、「目的」の要素の有用性は完全に否定されているわけではない。彼は、国家が、その「特殊ノ目的」を達するために有する「特殊ノ権利」から警察権を峻別するために「目的」の要素が一定の機能を果たす、と述べる。この「特殊ノ権利」とは、国家の収入を得るための財政権、軍備を維持するための軍政権、犯罪者を処罰するための刑罰権、公共企業を經營するための企業権等を意味する。このような「特殊ノ目的」の實現のために国家が有する「権利」は、「一般公共ノ利益ヲ保護スルカ為」に国家が行使する警察権から区別される。財政権、軍政権等の国家作用は「国家ノ利益」の實現を志向するのにたいして、警察権は、「社会的利益」の實現に奉仕する。「国家ノ利益」と「一般社会ノ利益」が峻別され、「警察」は後者の利益を實現するための権力作用として位置づけられたのである。また、美濃部は、国家の「特殊ノ権利」に基づいて行われる財政・軍政等の国家作用とは異なり、警察作用については、これを「国家ノ一般統治権ノ作用」として

捉えたが、このような、警察作用を一般統治権に基づく国家作用として捉える美濃部の考え方は、警察権の本来的国家帰属性の発想と密接な関連性を有することに留意しておく必要がある。

二 このように、美濃部は、「目的」の観点から警察の観念を定義することを避け、「福祉増進」を目的する権力作用も、「障害防止」のための権力作用と同様に「警察」の範疇に属する国家作用として捉えた。⁽⁴⁾警察の観念にとって重要なのは、手段の権力性であって、その権力作用が障害防止のために用いられるのか、それとも福祉増進のために用いられるのかは、当該行政作用の法的性質の評価に何ら影響を及ぼすものではないとされたのである。⁽⁵⁾

ところが、美濃部は、このように、警察の観念の定義においては消極目的と積極目的の峻別の意義を否定したにもかかわらず、警察権の限界を論じる際には、この峻別論を取り入れ、警察権の行使を消極目的に限定することを提唱した。警察権の限界を論ずることは、美濃部の述べるところによれば、国家機関が如何なる限度において一般的社会的利益のために権力をもって国民の自然の自由を制限できるのか、という論点を問題とすることにほかならない。⁽⁶⁾美濃部は、「福利ノ増進ノ為ニスル権力作用カ等シク警察ノ作用ノ性質ヲ有ストイフハ、唯若シ法律カ此ノ如キ権力作用ヲ許セル場合アラハ、其ノ作用ノ法律上ノ性質ニ於テ障害防止ノ為ニスル権力作用ト區別スヘキ理由ナシトイフニ止マル。實際ニ於テ法律カ果シテ此ノ如キ権力作用ヲ許セルヤ否ヤ、之ヲ許スコトカ果タシテ立法上正当ナリヤ否ヤハ全ク別ノ問題ナリ」と述べ、「どのように警察の観念を定義するのか」という問題と、「警察権の行使を如何に制限するのか」という問題を明確に峻別したうえで議論することの重要性を説いたのである。⁽⁷⁾

三 美濃部は、上記引用文に示されたように、消極目的の原則を立法政策論のレベルで位置づけた。立法政策論である以上、一般福利を増進するために警察権（権力作用）を用いる立法を違法な国家作用として捉えることは

できない。国家が福利目的のために法律において権力的手段を取り入れても、それを違法と評価することはできず、当該手段は、国法体系のなかで正当に認められた警察権限の一つとして位置づけられることになるのである。しかし、美濃部は、それにもかかわらず、人民が有する自然的・先験的警察義務の存在を根拠にして、消極目的の原則の遵守を警察法令の制定主体に求めたのである。⁽⁸⁾

それは、以下のような論拠による。すなわち、国民は社会公共の秩序に障害を及ぼすことを避ける義務があり、他方、国家は、当該障害が発生するおそれがある場合に、権力をもってこれを制止する本来的な義務がある。これにたいして、一般福利の増進を追求する国家作用においては、このような国民と国家の一般的義務の存在を前提にすることはできない。社会の進歩は国民各自の努力によって達成されることになるが、その社会進歩に貢献する国民の義務は社会的倫理的義務にすぎず、また、当該社会貢献の義務の内容・程度も各自の天与の才能によって異ならざるを得ないのであるから、法律でもって平等にすべての国民に命令・強制することは避けて、単なる「道義」の要求として、これを捉えるのが妥当である。⁽⁹⁾

美濃部にとって、警察権の限界を論ずる意味は、①不確定概念をもって定める警察法令の解釈・適用の統制、②警察命令（法規命令）の制定の統制、そして③立法政策上の観点からの法律の制定権の制限に寄与する点において認められることになる。⁽¹⁰⁾ 彼は、警察権の限界を定めるのは国の法令であるという前提を採りつつも、「法令ノ背後ニハ国家ノ目的アリ、正義ノ思想アリ、此ノ背後ノ思想カ以テ法令ノ精神ヲ為スモノニシテ、此ノ精神ヲ解スルニ非サレハ未タ法ヲ理解セルモノトイフヲ得ス」と述べ、消極目的の原則等の警察作用を統制するための条理上の原則の妥当性の根拠を、「国法ノ全体ノ基礎ヲ為セル正義ノ思想」に求めたのである。⁽¹¹⁾

四 このように、美濃部は、警察の観念の定義においては、福利増進と障害防止の区別の意義を否定し、両者の

領域における権力作用を共に「警察」として捉えたが、警察権限の行使のレベルでは、両者を区別し、警察作用を障害防止Ⅱ消極目的の作用に限定すべきことを主張した。そして、その際、その理論的根拠として彼が重視したのが、すべての国民が有する先験的警察義務の概念であった。しかし、当該概念は、美濃部の独創によるものではない。

先験的警察義務の概念に基づいて独自の警察法理論を構築したのが、一九世紀後期から二〇世紀初頭にかけて活躍したドイツの行政法学者O・マイヤーであることは、わが国の文献でも一般に紹介されている⁽¹²⁾。美濃部は、このO・マイヤーの説を取り入れたものと考えられる。O・マイヤーは、国民の共同生活の秩序を害する行為をなすことは本来何人にとつてもその自由の範囲には属さないのであって、各人は、このような社会の秩序を侵害しない「社会的義務 (gesellschaftliche Pflicht)」を負っている、と主張した⁽¹³⁾。この国民各人が有する先験的警察義務の概念は、O・マイヤーの警察法理論の根幹をなすものであり、かつ、明治憲法下における警察権の限界論の展開にも大きな影響を与えたことになったのである⁽¹⁴⁾。

五 美濃部は、このO・マイヤーの先験的警察義務論を自らの警察法理論の構築の際にも取り入れたが、このことは、美濃部がO・マイヤーと全く同じ視点で同概念を使用したことを意味するものではない。O・マイヤーが自らの学問的業績の発表を開始した一九世紀後期のドイツにおいては、自由主義と法治主義の思想的影響のもとに、警察任務からの福祉目的の排除と、「法律による行政」の原理の浸透が基本的趨勢になっていたといえる。ところが、当時、警察実定法の整備はなお不十分な状態にあったために、慣習法や概括的授權条項による一般的包括的授權を正当化する理論的根拠が必要とされたのである。O・マイヤーの説に取り入れられた先験的警察義務の概念は、このような、当時の警察実定法制の法治主義的脆弱さを理論的にフォローする役割もまた担わされて

いたのである。⁽¹⁷⁾

○・マイヤーの先験的警察義務論を整理すれば、次のようになる。①すべての国民は、本来的に、社会公共にたいして障害を生ぜしめないように行為し、また自己の財産を管理する警察義務を有する、⁽¹⁸⁾②警察権の行使は当該義務の履行を追求する消極目的の国家作用として把握される、⁽¹⁹⁾③国家が当該障害の惹起を予防するために個人の行為や財産にたいして規制を加えたとしても、それは個別の法律の根拠を要する権利侵害行為とは看做されない、④先験的警察義務に基づく国家の侵害行為については、慣習法的授權による正当化が許容される。⁽²⁰⁾

六 このように、○・マイヤーにあっては、すべての国民が有する一般的警察義務がまずアプリアリに設定されたところから演繹的に慣習法的・概括的授權を基軸とする警察実定法制度の法治国的正当化が試みられることになったのである。しかし、○・マイヤーとは異なつて、美濃部の主張からは、わが国の授權法令の不備を合理化するために先験的警察義務の概念を利用しようとする意図は明確には読み取れない。美濃部にあっては、先験的警察義務の概念は、もっぱら警察権（立法権も含む）の行使の消極的任務への限定を正当化する論拠として用いられているのである。⁽²¹⁾

先験的警察義務と警察授權論の關係の希薄性は、佐々木においてもまたみられるところであり、○・マイヤーの影響を共に強く受けた兩人が、何故に先験的警察義務と警察授權論の關係にそれほど強い関心を示さなかつたのかという点は、わが国の警察法制度の特殊性を理解するうえにおいても興味深い論点となる。⁽²²⁾警察権限を根拠づける実定法制度のあり方、および、それにたいする学説の評価の違いが、当時のわが国の警察法理論とドイツのそれとの間に一定の差異を生ぜしめる要因になったと考えられるが、この点については、後の論述のなかで再度触れることにしたい。

2 佐々木惣一の警察法理論

一 美濃部と比べると、佐々木にあつては、先験的警察義務の概念への言及は間接的である。しかし、警察法の理論構成における同概念の位置づけをみるかぎり、先験的警察義務の概念への依存度は、美濃部説よりも、佐々木の方が大きいといえる。それは、彼の警察権の限界論において典型的に表れている。

佐々木は、一九二二年に出版された行政法の体系書において、「警察」の観念を、「社会ノ秩序ニ対スル障害ヲ除去スルカ為メニ社会秩序ノ障害ノ原因タル個体ノ自然ノ行為ノ自由ヲ制限スル統治権ノ作用」である、と定義した。美濃部は、すでに述べたように、「警察」を「一般社会ノ利益ノ保護」を目的とする権力的作用として捉える点において、警察目的を消極的に捉える佐々木説とは異なる。これが両者の説の最も明確な相違点（あるいは対立点）であるともいえるが、これ以外に、警察責任の原則の取扱いに関しても注目すべき相違点がみられる。

二 美濃部は、警察責任の原則を警察権の限界論の一つとして捉える。⁽²³⁾これにたいして、佐々木は、当初、警察責任の原則を「警察権の限界」の項目から除くとともに、これを警察概念論の一部として取り扱った。曰く、「社会秩序ノ」障害ヲ除去スルニハ或ハ其ノ原因タル個体ノ行為ノ自由ヲ制限スルヲ要シ或ハ其ノ以外ノ者ノ行為ノ自由ヲ制限スルヲ要ス。其ノ障害ノ原因タル個体ノ行為ノ自由ヲ制限スルモノ即チ警察タルナリ。其ノ原因ニ非サル者ノ行為ノ自由ヲ制限スルハ警察以外ノ行政作用ナリ」と。⁽²⁴⁾ここでは、「警察」は、「社会ノ秩序カ其ノ個体ノ生活状況ニ因テ障害ヲ受クル場合ニ之ヲ除去スル為メニ其ノ生活ニ関与スルモノ」と定義され、「警察」か、そうでないかの判断基準として、警察措置の名宛人の法的責任、すなわち、警察が除去すべき障害の発生等に関する法的責任の帰属主体の要素が取り入れられているのである。

その後、佐々木は、一九四〇年に警察法に関する体系書⁽²⁵⁾を著したが、ここでも警察責任の原則は「警察権の限

「警察権の限界」の理論から區別して、「警察権の法による根拠づけ」の要請と同次元において扱っていることが注目されねばならない。彼は、次のように主張する。「警察権が法の根拠あるときのみ発動するを要する、といふやうなことは、警察権の限界ではない。それは警察権の発動其のものを法上可能ならしむることである。論理上警察権の発動の以前に存在する事項である。警察権が法の根拠あつて法上発動の可能なることを前提として、始めて、其の限界といふ觀念を生ずる⁽²⁶⁾」と。

三 佐々木は、「警察権の法による根拠づけ」の必要性を「警察権の限界」として扱うことは妥当ではないと主張したが、このことは、今日の警察行政法学の視点からみても正当なものと評価することができる。しかし、佐々木は、さらに、警察権が警察責任を有する者にたいしてのみ発動されるべきであるということも、「警察権の発動其のものを法上可能ならしむることであり、論理上警察権の発動の以前に存在する事項」であつて、法の根拠の必要性和同様に、「警察権の限界」として扱うべき事柄ではない、と主張したのである⁽²⁷⁾。要するに、警察責任の原則は、法治行政の原則と同列に扱われたのである。

この点に関して、若干の付言をしておけば、一九二二年刊行の行政法の体系書（『日本行政法論各論』）と一九四〇年刊行の警察法の体系書（『警察法概論』）を比べた場合、警察責任の原則を「警察権の限界」から外している点では同じでも、同原則と警察概念論との関係において一定の違いを見出すことができる。『日本行政法論各論』では、「社会秩序ノ」障害ノ原因タル個体ノ行為ノ自由ヲ制限スルモノ即チ警察タルナリ。其ノ原因ニ非サル者ノ行為ノ自由ヲ制限スルハ警察以外ノ行政作用ナリ」という文章からも理解できるように、警察責任を有する者に向けられた行為であるか否かが「警察」作用であるかどうかの判断基準とされていた。「警察」は、目的の

消極性と手段の権力性だけでなく、名宛人の法的責任（警察責任）の有無によって、他の行政作用と峻別されていたのである。しかし、『警察法概論』では、警察責任の原則は、「警察」と他の行政作用を峻別する基準としてではなく、法の存在と同様に、警察権の発動を可能にする根拠の一つとして取り扱われているのである。

このような、佐々木説にみられる、警察責任の原則の警察法体系における位置づけの変化が如何なる理由に因るものであるかは必ずしも明確ではないが、一つ考えられるのは、柳瀬良幹の佐々木説にたいする批判の存在である。柳瀬は、佐々木説には、「警察の観念論と限界論との混同、両者の循環論法の誤り」がみられる、と指摘した。佐々木は、通常「警察権の限界」として取り扱う警察責任の原則を「警察の観念」のレベルにおいて論じ、「社会秩序ノ障害ノ原因タル個体」の自由を制限する作用を「警察」とする一方、「警察権の限界」を論ずるにあたっては、これを逆転して、「是レ警察ガ個体ノ生活ニ因ル社会秩序ノ障害ヲ除去スルモノナルヨリ当然ノ事ナリ」「是レ警察ノ概念ヨリ当然生スルコトトス」等の説明を通じて警察責任の原則が妥当する根拠を示そうとしたが、柳瀬は、この点を捉えて、佐々木の主張を無意味な循環論法にすぎない、と批判したのである。⁽²⁸⁾

佐々木が、この柳瀬の批判に応えて自己の説の修正を行うことにしたのかは定かではない。しかし、かりに佐々木が柳瀬の批判を受け入れて警察概念論から警察責任の原則を外したとしても、同原則を「警察権の限界」の項目に入れずに、「警察権の根拠」の一つとして取り扱った点において、警察責任の原則の位置づけに関する佐々木の主張には、依然として、一貫性が認められ得る、といつてよいであろう。佐々木にとって、法に根拠をもたない警察権の発動が考えられないように、警察責任をもたない者にたいする警察権の行使もあり得ないことであった。警察責任をもたない者にたいする国家権力の行使も法が許容するかぎり認められるが、それは、もはや「警察」の作用とは看做されない。警察権の発動は、法の根拠を必要とし、かつ警察責任を有する者に向けら

れねばならない。これは警察権の発動の前提条件であり、この前提条件が欠ければ警察権の発動はあり得ない。「警察権の限界」は、当該前提条件が満たされたことにより発動することが法的に許容された警察権を統制するための法理であって、これを警察権の発動の根拠と混同すべきではない。警察権が警察責任ある者にたいしてのみ発動し得るということは、「論理上警察権の発動の以前に存在する事項」であって、「警察権の限界」の問題ではない。²⁹⁾以上が、警察法体系における警察責任の原則の位置づけに関する佐々木の主張の要旨であり、この点は、柳瀬の批判的論考が公表されたのちも変更されることはなかったのである。

四 佐々木が警察責任の原則について比例原則や公共の原則とは異なる位置づけを与えた主たる理由は、彼が、社会秩序の障害の発生の原因となる人の行為の自由を制限することが警察の任務であるという前提を維持したことに求められるであろう。単に「障害の除去」ではなく、「当該障害を惹起した者に向けられた権力作用」という行政作用の名宛人³⁰⁾方向性の契機が「警察」の本質を構成する不可欠の要素として取り入れられた権力作用³¹⁾である。

戦前の美濃部達吉³⁰⁾、戦後の田中二郎³¹⁾に代表されるわが国の行政法学の主流が、警察責任の原則を「警察権の限界」として取り扱ってきたことに鑑みれば、佐々木説は特異な存在である、ということができようであろう。「警察の観念」の定義については美濃部説に学説上の特異性がみられたが、警察法体系における警察責任の位置づけに關していえば、佐々木説に、その特異性がみられることになるのである。美濃部にあっては、消極目的の原則は「警察権の限界」のなかに位置づけられる³²⁾。佐々木説では、「警察の観念」のレベルにおいて「警察」はすでに消極目的の作用に限定されているので、「警察権の限界」では当該原則は除かれる。また、美濃部説では、警察責任の原則も、消極目的の原則、比例原則等と同様に、警察権の行使を制限する法理の一つとして取り入れられる。これにたいして、佐々木説では、警察責任の原則は、「警察権の根拠」を示す原則であることを理由に、「警察権

の限界」から外されたのである。

五 「警察権の限界」は、警察権限の行使について、その合理的根拠を付与する機能を有する。言い換えれば、警察機関による国民の権利・自由の制限が正当とされる論拠を提供するのが警察権の限界論の重要な役割となる。「警察権の限界」は複数の原則で構成されているが、それらは、いずれも社会公共の障害の除去という国家の任務の遂行が、国民の権利・自由の保護という立憲国家的要請との関係において合理的根拠を得られるための条件を提示する役割を担っているのである。この点において「警察権の限界」を構成する諸原則は同一の機能を有する。しかし、警察責任の原則については、他の諸原則が成立するための基礎を提供する警察法上の中核原理として位置づけられることになるのである。佐々木が、警察責任の原則を「警察権の根拠」を示す原則として捉え、「警察権の限界」に属する諸原則と異なる扱いをしたのは、このような発想に基づくものと考えられることができるであろう。

3 O・マイヤーの先験的警察義務論の影響

一 警察責任の原則は、警察行政上の命令・強制は、公共の安全・秩序の障害の発生等につき責任を有する者に向けられるべきである、という内容の原則であるが、警察措置の名宛人¹¹方向性を規律する同原則が、O・マイヤーの主張した先験的警察義務論と密接な関連性を有することは明らかである。

O・マイヤーは、社会公共に障害をもたらす行為は、法的に保護された個人の権利・自由の行使として看做されない、という前提に立つ³³。そして、この前提に立つことにより、まず、当該障害の除去を目的とする行政（警察）作用の権限については、議会制定法による授權ではなく、自然法的・慣習法的授權でもって十分に立憲国家

的要請を満足させることができる、という結論を導きだし、次に、このような、警察に固有な包括的授權に基づく規制権限の行使の名宛人については、当該障害の発生等に責任を有する者に限られるべきであって、このような障害の発生等と関係のない第三者にたいする規制権限の行使は原則として認めるべきではない、とする条理上の限界を導き出したのである。⁽³⁴⁾

O・マイヤーは、警察責任（警察義務者）の原則だけでなく、その他の警察権の統制法理についても、先験的警察義務論の視点から、その正当性を説いた。⁽³⁵⁾ 彼にとつて、先験的警察義務の概念は、個別的授權規定が十分に整えられていなかった当時の警察実定法の状況を立憲国家の視点から正当化することを可能にするとともに、立憲国家下の警察法に求められる、国民の権利・自由の保護の視点からの警察権の統制法理の取得を容易にする一種の鍵概念としての役割を担っていたのである。

警察権の行使が消極目的に限定されるのは、警察の任務が、社会公共にたいして障害を生ぜしめる者の行為を規制することによって当該障害の発生を防止することにあることの当然の帰結である。国民の先験的警察義務の概念を前提とすることができない福利行政の領域においては、警察権の存在を認めること自体が不可能となる。また、社会公共にたいして障害を与える者の自然の自由を規制するのが警察目的とされることから、社会公共にたいして障害を及ぼすことのない者への警察権の行使はあり得ないことになる。O・マイヤーの主張する先験的警察義務論は、このように、警察法の規制対象を、警察官庁と警察義務者の二面関係において捉える方向に導く傾向を基本的に有していたのである。そして、わが国において、このO・マイヤーの理論的枠組みを最も積極的に受け入れたのが佐々木であった、と考えてよいであろう。⁽³⁶⁾

二 O・マイヤーの主張する先験的警察義務論が、わが国の警察法理論の骨格となる概念論と限界論の形成に多

大な影響を与えたことは否定することができない。しかし、この先験的警察義務の概念自体は、学問的思惟の産物にすぎず、特定の実定法に直接の根拠をもつものではないことに留意しなければならない。先験的警察義務論は、観念的に措定された、個人の自由に内在する限界から警察権力の本来的活動範囲の限界を導き出すことを目的とする理論であり、これによって、絶対主義的警察権とは異なる法治国的警察権の特定の側面を体系的に描写することが可能になる。しかし、一九世紀後期のドイツにおいて顕著になった法実証主義的思考の隆盛と法治行政制度の確立への志向を考慮に入れるならば、実定法学としての警察法学が、このような近代法治国的警察行政の法的根拠と限界の観念的把握だけで満足することができなかったこともまた容易に想像することができるであろう。これは、一九世紀後期から二〇世紀初頭にかけてのドイツ・プロイセンの警察法理論だけでなく、その影響を受けて形成された、わが国の警察法理論にも当てはまることである。

この時期のドイツにおいても、またわが国においても、警察法学説は、法治主義と法実証主義の二つの思想的影響を受けることによって、成文法の存在を重視する傾向を強めていた。法治主義の原則は、自然法や慣習法に基づく警察権限の創設に否定的な傾向を生み出し、法実証主義的視点は、学問上の方法論として、観念的思考によって理論上の体系を構築するだけで満足することなく、実定法上の警察法体系を客観的に認識することの重要性を強く意識する傾向を生み出したのである。

三 法治主義の視点に関しては、美濃部も佐々木も、成文法による警察権の統制を重視した。佐々木は、慣習法に基づく警察権の発動の余地を完全に否定するものではないが、法律・命令等の成文法による警察権の根拠づけを明治憲法下の警察法の基本原理として位置づけた。⁽³⁸⁾ また、美濃部も、警察法の領域における慣習法の妥当性の原則的否定を明示するとともに、警察権の発動には法律または命令の根拠が必要である、と主張した。⁽³⁹⁾

他方、学問的方法論に関わる側面に關していえば、法実証主義的な視点が学説の成文法重視の傾向を促進したといえる。特に、佐々木は、法実証主義的視점에強い拘りを示し、自己の主張する警察法の体系的理論が、一学者の觀念上の産物ではなく、当時の実定法上の規範体系を客観的に投影したものであることを繰り返し強調した。しかし、佐々木は、多様な内容と形式を有する当時の警察法令を分析して、そこから帰納的に自らの警察法理論を導いてきたわけではない。彼が提示する警察法理論の内容をみるかぎり、わが国の実定法の存在を前提にして、それらの内容を分析したうえで、一定の理論的枠組みを提示するという実証主義的研究方法を採用したとは考えられないのであって、むしろ、O・マイヤーが提示した法学的的方法論に依拠しつつ、まず警察法に関する独自の学理上の体系を構築したうえで、その正統性と妥当性を確保すべく実定法の根拠を求めたと解するほうが自然であるといえる。そして、このような、警察法に関する佐々木の学問的方法論に関する評価が正当であるとするならば、彼にとって、当時のわが国の警察法令を全般的に検討の対象とする必要はなく、警察実定法の体系の基本原則を提示していると思われる特定の法令に着目すれば、それで十分であったと考えることもできるのである。実際、佐々木は、多数の法令のなかから一つの法令を取り上げ、これこそが「我が国警察制度の基礎を成すもの」であり、また、そこで示された警察概念こそが、わが国において通用力を有する唯一の「現行法上の概念」である、と主張した。⁴⁰

この法令とは、明治八年に制定された太政官達行政警察規則⁴¹であり、佐々木は、当該規則に、わが国の警察概念の実定法上の根拠を求めたのである。この法令の存在に注目したのは佐々木だけではない。美濃部も、佐々木ほどではないが、行政警察規則の存在に注目した。この意味において、行政警察規則は、当時の学説において、行政警察領域における基本法令としての評価を与えられていたのである。行政警察規則は、わが国における行政

警察の観念および任務を国家法レベルにおいて初めて明確に示した法令であり、この点において、学説の側からすれば、当該規則は、わが国の警察概念を根拠づける実定法として特別の価値を有する法令であったのである。

四 柳瀬良幹は、このような、行政警察規則の存在に注目する学説の動向を指して、「我国の多数の学者が同規則を以て警察の観念の基礎と成してゐるのも、恐らくは此の点「行政警察規則の規定内容と一七九四年のプロイセン一般ラント法第二編一七章一〇条 (§ 10 II 17 ALR) の規定の文言上の類似性」に着目し、§ 10 II 17 ALR に対するドイツの学者の態度に做つたものであらうと思はれる」と述べた。⁽⁴²⁾ プロイセンでは、有名なクロイツベルク判決（プロイセン上級行政裁判所一八八二年六月一四日判決）以降の主たる学説が、警察消極目的の原則を提示するにあたって、また、警察官庁にたいする権限の包括的授権の根拠として、§ 10 II 17 ALR の規定に積極的
に言及したが、これと同様の現象がわが国でもみられたのである。

ただし、この点に関して、わが国とドイツの法状況を比較した場合、必ずしも同一視することのできない側面があることにも留意しておかねばならない。この相違点は、わが国の警察法学説の特異性を理解するうえにおいても重要な点であり、これを検討の対象とすることにより、明治憲法下の警察法理論の意義と限界が一層明確になることが期待されることになる。以下では、明治憲法下の警察法学説が、行政警察規則を媒体として、如何にして、当時の実定法秩序と、先験的警察義務の概念に基づいて形成された警察権統制法理との融合を図つたのかという点を、同規則が有する、警察概念の根拠規範としての性格と授権規範としての性格の両面に焦点を合わせて検討していくことにしたい。

II 学説からみた場合の行政警察規則の意義

1 警察概念の根拠としての行政警察規則

一 一八八二年六月一日、プロイセン上級行政裁判所は、いわゆるクロイツベルク判決において、§ 10 II 17 ALRの規定を根拠にして、警察消極目的の原則が、プロイセン警察法の一般原理として妥当することを明らかにした。⁽⁴⁵⁾この判決によって、福祉目的 (Wohlfahrtspflege) の権力作用は、警察法領域から排除され、その適法性の要件を、§ 10 II 17 ALRに求めることは否定された。他方、消極目的＝危険防除 (Gefahrenabwehr) の権力作用については、当該行政作用を根拠づける法律上の個別的権限規定がなくても、§ 10 II 17 ALRの概括的授權規定に、その法的根拠を求めることが認められたのである。

このように、一九世紀後半のドイツ＝プロイセンにおいては、過去に制定された、警察の任務(職務)について規律する特定の法令を根拠にして、国家作用としての警察作用の範囲を画定しようとする試みがみられたが、これと類似した現象は、二〇世紀初頭のわが国の警察法学説にもみられた。すなわち、わが国の警察法学説は、行政警察規則を根拠にして、消極目的の原則が、わが国の警察実定法制度の基本原理であることを示そうとしたのである。⁽⁴⁶⁾

二 たとえば、美濃部は、「警察ハ主トシテハ社会生活ニ対スル障害を除クコトヲ目的トス。積極的ニ社会ノ福利ヲ増進スルコトハ警察ノ通常ノ任務ニ属セス」として、警察の通常の任務が、社会公共における障害の除去という消極目的の作用にあることを認め、そのうえで、このことを論証すべく行政警察規則の存在に言及したのである。⁽⁴⁷⁾また、佐々木も、わが国における警察概念を確定するうえにおいて、同規則の存在に注目する必要がある

ことを、以下のように、強調した。「警察ノ概念ヲ明ニスルニハ如何ナル法的根拠ニ依ルヘキカノ根本見地ヲ定ムルヲ要ス。余輩ノ見解ニ依レハ警察ノ概念ハ我国ニ於ケル法律意識ニ存スルモノトシテ我国ノ制定法其ノ他ノ法ヲ根拠トシテ之ヲ定ムヘキモノナリトス。……而シテ其ノ規定ハ即チ明治八年三月太政官達行政警察規則ナリ」と。⁽⁴⁸⁾

佐々木の行政警察規則にたいする評価は美濃部よりも遥かに積極的である。彼は、同規則をもつて、「我が国警察制度の基礎を成すもの」という立場を一貫して主張し、以下のように、警察概念も行政警察規則の規定内容に基づいて確定されるべきである、と主張した。曰く「警察の概念は我が国の現行法制上の概念である。故に、警察の概念を構成することは、我が国の現行法制が警察といふ語を以て如何なるものを示してゐる、か、を、明にすることに外ならぬ。然れば、我が国の現行法制を離れて、警察の概念を構成する、と、いふが如きことは、到底出来るものではないのである。故に、例へば、人が学問上の説明を為すに当り、理解を容易にするが為に、適当なりとする概念を構成して、これを警察と称すとするも、それは法制上に所謂警察なるものの概念とはいへぬのである」と。⁽⁴⁹⁾

このように、佐々木は、「法を認識する者が自身で学問上の概念として構成する警察なるもの」は、警察に関する「法上の概念」ではないと断言したうえで、「警察の概念を明らかにするには、厳正に、法が警察として思考するもの」のみをみるべきであると述べ、この観点から、行政警察規則において定められている消極目的の警察の観念こそが、わが国に妥当する唯一の「法上の概念」である、と主張するに至つたのである。⁽⁵⁰⁾

三 警察概念を国家制定法に依拠して確定すべきであるとする佐々木の立場は、警察法学が属する行政法学が実定法学としての性格を有するという前提を採るかぎり正当性を有するものと考えることができる。しかし、佐々

木が唱える警察概念論には、その根拠となった行政警察規則の内容およびその法的性格との関連において、幾つかの問題点が指摘されることになった。これらの問題点を提示したのは、法実証主義的行政法学の立場を採る柳瀬良幹であり、彼は、行政警察規則に依拠して警察概念の定立を試みる佐々木説の妥当性について疑問を呈したのである。柳瀬の提示した批判的見解を要約すれば、以下のとおりである。⁵¹⁾

① 行政警察規則の「法規」としての性格の欠如

行政警察規則をもって「法上の概念」の根拠とするには、当該規則が「国家の機能として行政作用の権限を創設する本来の意味の所謂法規又は法律」であることが求められるが、当該規則は、「既に斯く創設された国家の機能としての行政作用の権限を各個の行政機関に分配する所謂官制」であるか、「斯く分配せられた権限の行使の態様を指揮する所謂訓令」であるかのいずれかにすぎないのであって、「国家の権能としての警察作用と直接の関係を有するものではない」。したがって、当該規則の内容から、「警察作用に関する国家と人民との間の実質的法規上の関係を知る」ことはできない。

② 行政警察規則上の「警察」の観念の限定的性格

佐々木は、行政警察規則の定める「警察」の観念をもって「法上の概念」として取り扱うが、当該規則にいう「警察」は、森林法、鉱業法等の他の法令における警察（森林警察）「鉱業警察」等の意味を含むものではない。この意味において、行政警察規則の定める「警察」の観念は、「現行実定法全般に亘り妥当する観念」ではあり得ず、したがって、佐々木の主張する「警察」の観念も、「観念としては唯行政警察規則に就て妥当するに止まり、実定法全般に就て言へば、それは単に精々、法令の用語としての『警察』は反証なき限りかかる観念を指すものと解すべき旨を示すもの」にすぎない。

③ 「法上の概念」と「法学上の概念」の区別の視点の欠如

行政警察規則を根拠にして導出された実定法上の「警察」の観念を、「他の全く別の方法即ち実定法の規定を離れて学理的論理的に構成せられた観念と並立せしめ、之を以て行政又は行政法の体系と為すことは頗る非論理的である」⁵²⁾。

以上の如き、佐々木説にたいする柳瀬の批判のなかで、①と②は、行政警察規則を、「法上の概念」を根拠づける警察法上の基礎的・中核的法規として位置づけることができるのかという、いわば同規則の規範的性格および警察法制度全体のなかでの位置づけに関係して投げ掛けられた疑問であるといえる。これにたいして、③は、行政警察規則の法規性に関する疑問というよりも、佐々木が採る学問的方法の「非論理」性に向けられた批判であるといえる。⁵³⁾

この佐々木と柳瀬の間で行われた論争については、後に詳しくみていくことにする。ここでは、とりあえず、美濃部や佐々木が、「警察」を消極目的の行政作用として捉える際の実定法上の論拠として行政警察規則を重視したこと、また、わが国に妥当する警察概念を行政警察規則から導出してこようとするとする佐々木の主張にたいしては、佐々木と同じく法実証主義の立場を採る論者から批判的な見解が提示されたということだけを確認するに止めておきたい。

2 授権法令としての行政警察規則

(1) 先験的警察義務と授権原則論の関係

一 美濃部は、先験的警察義務と福利行政にたいする法律の授権形式との関係について、以下のように述べる。

「国民は社会の一員として社会の安全を害しない義務を負ふべきもので、警察は此の国民的義務を励行する為にする作用であるが、併し積極的に社会の福利を進めることは、敢て国民としての当然の義務として見るべきではない。国家がそれまでも国民の義務として命じようとするならば、それには特別の法律の規定を必要とすべきであつて、一般には警察の作用として行はるべきものでないのである」⁽⁵⁴⁾。

美濃部は、このように、福祉増進を目的とする行政領域においては、先験的に設定された国民の義務の存在を前提とし得ないことから、その権利・自由の制限には「特別の法律の根拠」を必要とすると結論づけたのであるが、このことは、先験的警察義務の具体的履行を目的とする権力的行政（警察）作用については「特別の法律の根拠」を必要とはしない、という意味もまた含むことになるであらう。ここでは、O・マイヤーの説と同様に、先験的警察義務と警察授權原則論が密接な関連のもとにおかれているようにもみえるのである。

それでは、美濃部は、O・マイヤーと同様の立場に立って、警察作用については、成文法の根拠がなくても、先験的警察義務の存在を理由として、慣習法に基づき国民の権利・自由を制限することもまた承認される、と考えていたのであろうか。先験的警察義務を前提とするかぎり、社会公共の秩序に障害をもたらすことは国民の権利・自由に属する事柄とは認められないのであるから、当該障害の発生を排除する目的を有する警察の作用は国民の権利・自由を侵害する行為とは認められない、したがって法令の根拠は特に求められない、という論法も成り立ち得る。しかし、美濃部は、この立場を採らず、「警察権ノ発動ニハ必ず法律力又ハ少クトモ命令ノ根拠アルコトヲ要ス」と述べ、警察法の領域においては、慣習法を授權規範としてみることは認めべきではない、とする立場を採ったのである。曰く「慣習法ノ成立ハ行政法ニ関シテモ必ずスモ否定スベキニ非ズト雖モ、少クトモ警察法ニ関シテハ、警察ハ権力ヲ以テ命令シ強制スル作用ナルヲ以テ、刑罰法ニ於ケル程ニ嚴格ニ非ズトスルモ、

尚憲法ハ主義トシテハ成文法規ヲ要求シ慣習法ノ成立ヲ否定セルモノト認ムベク、明白ナル反対ノ証拠ヲ挙示シ得ル場合ノ外ハ警察権ハ慣習法ニ依ラズ、成文ノ法律又ハ命令ニ基キテノミ発動シ得ベキモノト解スベシ」と。⁽⁵⁵⁾

このように、美濃部は、福利行政の領域とは異なつて、警察行政の領域では、国民の権利・自由に制限をもたらず権力作用には「特別の法律の根拠」は必要ではないとしつつも、慣習法による授權については、これを否定する立場を採つた。とするならば、美濃部は、警察作用に固有な授權原則を含む何らかの成文法規定の存在を前提にしていた、と考えざるを得ないであろう。

二 そこで、美濃部は、警察に固有な授權原則の根拠となる実定法として如何なる法令を考へていたのか、という点が問題となるが、この論点に関しては、必ずしも明確な答えは与えられていない。美濃部は、「積極的ニ社会ノ文化ヲ進ムルコトハ之ニ反シテ必ズシモ社会ノ各人ニ属スル当然ノ義務トシテ認ムルコトヲ得ズ。此ノ目的ノ為ニモ国家ハ命令強制ノ権力ヲ行フコト必ズシモ稀ナラズト雖モ、是レ特別ノ法律ノ規定ニ基クモノニシテ、警察権ノ通常ノ範圍ニ属セス。前ニ挙ゲタル行政・警察・規則ノ規定ハ此ノ趣意ヲ示スモノナリ」⁽⁵⁶⁾（傍点筆者）と記している。この文章の意味するところのものは必ずしも明確ではないが、積極目的の作用が「警察権ノ通常ノ範圍」に含まれないことを示すために行政警察規則の規定に言及したにすぎず、同規則が警察作用の授權規範であることを示す意図を、そこに見出すことは困難である。柳瀬も、この文章に関して、「その意は直接には明かでないが」という留保を付けつつ、「同規則を以て直接警察権を授權するものではなく、単に警察法令解釈の標準を指示する趣旨と解せられるのであろう」というコメントを残している。⁽⁵⁷⁾

(2) 慣習法的授権と § 10 II 17 ALR

一 行政警察規則と警察法上の授権原則の關係に關する以上の如き美濃部の見解は、佐々木にあつても、基本的に異なる。すなわち、彼らは、警察消極目的原則を導出する際の実定法上の根拠として行政警察規則を重視したものの、同規則を根拠にして警察行政に固有な授権原則を導き出していることについては消極的な対応を示したのである。

これは、§ 10 II 17 ALR にたいするドイツ・プロイセンの判例・学説の評価と明らかに異なる点である。プロイセンの行政裁判所や学説は、一九三一年にプロイセン警察行政法 (Preussisches Polizeiverwaltungsgesetz) が制定されるまで、§ 10 II 17 ALR を警察法上の授権法規として認めてきた。行政警察規則が制定されたのが一九一九年であるのにたいして、プロイセン一般ラント法 (ALR) が制定されたのは、一七九四年である。両法令が制定された時期の相違を過大視することには問題はあるが、少なくとも、一八世紀の前立憲主義時代につくられた法令が、十九世紀後期の法治主義的警察法の基礎となり得るのかという、行政警察規則とはまた異なる観点からの疑問が § 10 II 17 ALR の法規性の承認に關わつて生じてくることは不自然なことではない。また、プロイセン一般ラント法の制定目的からみて、警察行政規則と同様に、§ 10 II 17 ALR に授権規範あるいは法規としての資格を与えることの妥当性が問われる可能性もあつたといえよう。⁽⁵⁸⁾しかし、実際には、プロイセンにおいては、これらの点は特に問題とされることはなく、§ 10 II 17 ALR は、警察の侵害権限を包括的に根拠づける授権法規として評価されてきたのである。その理由を断定的に示すことは容易ではないが、当時のプロイセンの行政裁判所や学説において一般的に支持されていた警察概括的授権の原則と § 10 II 17 ALR の關係をみることによって、その理由の一端を知ることができるであらう。

II § 10 II 17 ALR の評価をプロイセンにおいて定着させるのに重要な役割を果たしたのは、プロイセン上級行政裁判所であった。同裁判所は、一八八二年六月一四日のクロイツベルク判決において、§ 10 II 17 ALR を根拠とすることによって、「警察」が消極目的（危険防除）作用であること、および、警察作用には概括的授權の原則が妥当することを明確に示した。⁵⁹⁾

同判決は、警察法領域から福利行政を排除したが、この点において、警察国家思想からの脱却と法治国的思考の警察法領域への浸透を促進しようとするプロイセン上級行政裁判所の意思を読み取ることが比較的容易である。これにたいして、概括的授權原則の承認については、一般的・包括的な授權原則を承認することが法治国原則の観点からみて妥当であるのかが問われることになる。⁶⁰⁾

III 警察法領域における自然法的・慣習法的授權の原則は、プロイセン警察法の伝統として、以前から承認されてきた。O・マイヤーが、先験的警察義務に基づく概括的授權の承認を警察法理論の中核原理として把握したことはすでに述べたが、一九三一年のプロイセン警察行政法の制定にあたって中心的な役割を担ったドレフス(BIII Drews)も、慣習法に基づく概括的授權の原則が、プロイセン警察法の独自性と伝統を形づくってきた要因であることを認めている。

ドレフスは、§ 10 II 17 ALR の法規範的拘束力の基礎は、制定当時の国王の立法権ではなく、「一九世紀後期の一般的法確信 (allgemeine Rechtsüberzeugung des späteren 19. Jahrhunderts)」にあると述べた。⁶¹⁾ § 10 II 17 ALR の授權規範的性格の根拠は、その法律としての形式的効力ではなく、プロイセンの伝統的慣習に求められたのである。

ドレフスによれば、プロイセン上級行政裁判所は、クロイツベルク判決において、二つの警察法上の原則を導

き出してきた。第一原則は、警察官庁の任務は消極目的＝危険防除の目的に限定される、ということであり、第二原則は、警察官庁は、この任務の達成に必要な措置をとる「全権能 (Generalkompetenz)」を有している、ということである。警察官庁は、国家の全権能性を根拠として、すべての国民にたいして命令・強制する包括的な権限を本来的に有していたが、クロイツベルク判決は、§ 10 II 17 ALRを媒体として、このプロイセンの伝統である警察法上の概括的授権の原則の適用を消極目的の範囲に限定した、というのがドレフスの見方である。⁶²⁾

ドレフスが挙げた両原則のなかで、第一原則は、福祉目的も含めて国家任務の全般に関わる包括的な行政権限を「警察」として捉えてきた絶対主義国家的警察概念からの決別を意味する点において、その立憲的・法治国的性格を比較的容易に認めることができる。しかし、第二原則は、国家高権 (Statshoheit) の全権能性を承認する点において前立憲主義的国家原理との継続性が指摘されることになる。プロイセン上級行政裁判所は、このように、「国家高権に基づく包括的な命令・強制権」という伝統的な權威主義的警察観を継承する一方で、その範囲を消極的目的の国家作用に限定することにより、一定の範囲において、自由主義的な警察法理論の形成に貢献することができたのである。そして、警察概括的授権の原則は、このような、プロイセン警察法の有する両面的・妥協的構造を最も明確に指し示す原理であった、と評価することができるであろう。

四 このように、プロイセン警察法における概括的授権原則は、§ 10 II 17 ALRという成文法規定から直接導かれてくるものではなく、その前提には、プロイセン警察法に妥当する国家高権＝国家の全権能性を承認する伝統的慣習法の存在があったことに留意しなければならない。警察概括的授権の原則を構成する契機として「目的」と「権限」の二つの要素が挙げられるが、警察権限の行使の正統性は、プロイセンの伝統的慣習法＝国家の全権能性によって予め与えられているのであって、権限面での § 10 II 17 ALRの意味は、国家に本来的に帰属する

当該権能の行使について、実定法上の根拠を付与するとともに、それを消極目的に限定したことに於いて認められるのである。⁽⁶³⁾

(3) 行政警察規則と § 10 II 17 ALR の相違点

一 以上のように、プロイセン警察法においては、成文法規定 (§ 10 II 17 ALR) と自然的・慣習法的授權との間に密接な関連性が認められたが、明治憲法下における、わが国の警察法理論においては、このような関連性は稀薄であった。一九世紀後半になって初めて近代的な警察の制度と理論の構築に着手されるようになったわが国において、警察法の制度や理論の支柱を形づくる中核的理念を伝統Ⅱ慣習のなかに見出すこと自体が無理であったといわざるを得ない。長年にわたって続いてきた封建的幕藩体制に近代警察法の中核的理念を求めることができないことはいうまでもない。明治政府は近代警察制度のモデルをドイツⅡプロイセンなどの西欧諸国に求めたが、警察制度(仕組み)の輸入自体は可能であったとしても、その基底にある諸国の伝統Ⅱ慣習の輸入まではできなかった。プロイセン一般ラント法は、この国の伝統に基礎をおく国家警察権の觀念を前提にすることによって近代法治国的警察法の中核に位置する法令になることができたが、これとは異なり、自国の伝統的慣習法との関連性ももち得なかった行政警察規則は、一個の国家成文法にすぎないとする見方がなされる必然性があったともいえるのである。

美濃部や佐々木は、わが国の近代警察法体系の要となる法令として行政警察規則を取り上げたが、§ 10 II 17 ALR に言及する O・マイヤー⁽⁶⁴⁾の当時のドイツの行政法学者とは異なって、自国の警察法制度の基礎をなす伝統的慣習法にも、また、行政警察規則に基づいて警察の觀念や警察権の限界を論ずる判例理論にも言及することが

できなかった。プロイセンでは、§ 10 II 17 ALR を近代警察法の中核的法規範と看做す上級行政裁判所の判例理論の積み重ねがみられた。⁽⁶⁵⁾しかし、わが国では警察法の領域における判例理論の展開を可能にするための制度上の基盤そのものが欠如しており、行政警察規則に基づく警察概念論や警察権の限界論の形成を判例に期待することができるとはなかつたのである。⁽⁶⁶⁾

二 結局、右に述べてきたことから、次のようなことがいえるであろう。美濃部も佐々木も警察作用を消極目的に限定する論拠の一つとして行政警察規則に言及したが、この点は、プロイセンの上級行政裁判所や学説が § 10 II 17 ALR にたいして行なつた評価と通底するものがある。しかし、授権規範としての両法の評価には大きな違いがみられた。プロイセンにおいては、国家の全権能性の觀念を背景として、包括的一般的警察授権の原則が慣習法として認められていたが、わが国では、二〇世紀初頭の段階でも、かかる慣習法的授権の原則の妥当性は十分には意識されていなかった。行政警察規則の授権規範性が学説において問題とされたこともあったが、それを肯定することに法治国的意義を見出すことは、わが国では困難であつたといわざるを得ない。これにたいして、伝統Ⅱ慣習に基づく国家の全権能性を承認する傾向が判例・学説において支配的であつたプロイセンでは、§ 10 II 17 ALR の法治国的意義を、当該規定が、伝統的に妥当してきた慣習法的授権にたいして成文法上の根拠を新たに付与したという点に求めることができたのである。

この伝統的・慣習法的授権から成文法規定 (§ 10 II 17 ALR) による授権への轉換は、国家の全権能性の実体に何ら変更を加えるものではないという点では、形式的法治国のレベルに止まるものであつた。しかし、プロイセン上級行政裁判所にとって、この警察授権規定の「発見 (Entdeckung)」⁽⁶⁷⁾は重要な意味をもつていた、と考えることができる。なぜならば、これによって、プロイセン上級行政裁判所は、実定法の解釈を通じて警察権の限

界論を展開する契機を手にすることになったからである。

三 わが国の学説および警察実務において、行政警察規則の授權規範としての性格がそれほど重要な論点とされなかつた理由として、警察領域における個別法令の整備状況が挙げられるであろう。明治憲法下における警察関係法律については、政治（高等）警察においては、治安維持法、出版法、新聞紙法等、普通警察に関しては、銃砲火薬類取締法、遺失物法、古物商取締法等、衛生警察に関しては、精神病者監護法、伝染病予防法、海港檢疫法等の法律が存在しており、これらの法律の定めていない事項については、警察犯処罰令、道路取締令、労働者募集取締令（いずれも内務省令）等の数多くの警察命令が制定されていた。また、警察上の即時強制、実力行使、強制執行等の措置を規律する行政執行法（明治三三年法律八四号）は、救護を要する者にたいして向けられる保護検束、公安を害するおそれのある者に向けられる予防検束、凶器・危険物の仮領置の措置等に関して、「救護ヲ要スルト認ムル者」「公安ヲ害スルノ虞アル者」「危険ノ虞アル物件」（二条一項）等の包括的な概念によってその要件を定めていたのである。

このように、警察活動につき何らかの根拠法令が存在していた当時のわが国の実定法の状況のなかで、行政警察規則に授權法令としての性格を与えることは、さほど意味のあることではなかつた、とも考えられる。須貝脩一も、行政警察規則の授權規範的性格については、これを否定しないものの、保安目的のための権力発動の授權法として、行政執行法、治安警察法、出版法、その他の取締規則が制定され、国の法令が保安行政の全領域を覆っていると考えられる明治憲法下の状況では、行政警察規則が有する授權規定としての機能は殆ど當まれる余地がなかつた、と述べている⁶⁸。

明治憲法の制定以前には、無数の太政官布告・布達が発せられ、また頻繁に改正されたが、これらの規定は、

明治憲法七六条一項の規定により、同憲法に抵触しなかり、成文法規としての効力を持続して有することが認められた。また、明治憲法制定後に新たに発せられる法規命令については、明治憲法九条に直接その根拠を求めることができたのである。⁽⁶⁹⁾このように、法律（および法律に基づく命令）だけではなく、明治初期から存在していた種々の布令・布達の類が存在し、また新たな規制の必要が生じれば、明治憲法九条に基づいて議会の関与なしに命令を制定することが制度上認められている状況のもとで、行政警察規則の授權規範性を強調する意味は乏しかったといえる。

行政警察規則に基づく警察法体系の構築を強く主張する点において、佐々木は美濃部とは異なるスタンスを採るが、佐々木が同規則を根拠として導きだそうとしたのは消極目的の原則であつて、警察行政には概括的授權原則が妥当することを証明するために同規則を持ち出してきたわけではない。警察概括的授權の原則と行政警察規則の關係について積極的な言及を避けた点においては、佐々木と美濃部は同様の立場を採つたが、その背景には、上記のような明治憲法下の実定法の状況と法治国原則の観点からみたときの包括的・一般的授權の問題点についての共通認識が伏在していた、と考えることができるのである。

四 美濃部や佐々木が自由主義的な観点から近代法治国原理に基づく警察法の体系の構築に腐心したことは周知の事実であるが、彼らが重視する近代法治主義の観点からみたとき、行政警察規則に警察概括的授權の原則の根拠を求めることは消極的な評価を受けることになる。確かに、彼らは、警察法領域の法令は、警察行政の特殊性から、行政官庁に広い裁量権を付与せざるを得ない、ということ認める。しかし、これは、将来の障害の発生の予防という警察行政の目的を達成するための必要性から導かれる法的統制の緩和を意味するものであり、法治主義の要請として広範な警察裁量権の承認が求められたわけではないのである。

これにたいして、プロイセンの § 10 II 17 ALR に関していえば、同国において伝統的に妥当してきた慣習法的授権に実定法上の根拠を与えたという点において、同規定の法治国的性格が承認される契機を見出すことができる。§ 10 II 17 ALR は、プロイセンの伝統である慣習法による包括的授権について、その適用範囲を消極目的の行政作用に限定しただけでなく、成文法による授権に置き換えたのである。他方、行政警察規則については、それと対応関係にある規範は、慣習法ではなく、明治憲法のもとで正式に承認の手続を経た多数の成文法規なのである。§ 10 II 17 ALR は、成文法規であることによって、その法治国的意義を認められたが、行政警察規則は、それが成文法規であるということだけで法治国の視点から積極的に評価されることはなかった。行政警察規則は、明治憲法下において法的効力を認められた数多くの成文法のなかの一つにすぎなかったのである。⁷⁰⁾

Ⅲ 実証主義的警察法理論と行政警察規則の関係

一 すでに触れたように、柳瀬は、行政警察規則を根拠にして導出された実定行政法上の「警察」の観念を、「他の全く別の方法即ち実定法の規定を離れて学理的論理的に構成せられた観念と並立せしめ、之を以て行政又は行政法の体系と為す」佐々木説にたいして、「頗る非論理的である」と厳しい批判を投げ掛けた。この柳瀬の佐々木にたいする批判については、二通りの解釈が可能である。その一は、実定法上の概念と学問上の概念の異質性を強調する観点からなされたと解するものであり、この観点からするならば、佐々木説は、行政警察規則を自らの警察法理論の前提におく点において、すでに両視点の混同という誤りを犯していることになる。その二は、実定法上の概念と学問上の概念の間の差異を絶対視することなく、実定法上の概念を前提として学問上の概念を構成する可能性については、これを否定しないが、行政警察規則に関しては、学問上の概念の基礎とするに値する実

説
定法として評価することはできない、とするものである。

論

佐々木説を批判する柳瀬の行政法学の方法論が佐々木のそれに近い内容のものであることは夙に指摘されてきた。⁽⁷¹⁾ 佐々木は、自らの研究上の基礎的視点を法実証主義と論理主義に求めてきたが、それらは柳瀬の学問上の方法論にもみられる要素である。もとより、両者の主張する法実証主義と論理主義が全く同じものであるということはあり得ないが、実定行政法の有している真の意味を客観的に認識することを行政法学の課題として捉える点では共通する。柳瀬にあっては、「あるべき法」の追究は政策学の課題とされ、法解釈学としての行政法学の対象から排除されることになるが、佐々木にあっては、「解釈者の主観的価値判断と政策を排除する客観的論理主義」⁽⁷²⁾の視点が重視されたのである。

二 実定法の論理解釈を通じて可能となる法規範の客観的な把握こそが法解釈学としての行政法学の目指すところであるという認識においては佐々木と柳瀬の間に基本的な違いはみられない。また、成文法において明示されている事柄以外は法的価値を一切認めないという極端な実証主義の立場を採らない点でも共通している。⁽⁷³⁾ それは、如何なる理由に基づいて柳瀬は佐々木の学説の批判を展開したのか。この点を理解するには、同じく法実証主義の立場を採ったとしても、法理論と実定法の関係をどのように位置づけるかによって、かなり異なる結論が導き出されてくる、という点をまず確認しておかねばならない。

すなわち、柳瀬の批判の前提には、佐々木が法解釈論として自説を展開する以上、実定法上の根拠を明確にしなければならぬという、いわば認識論的法実証主義の視点が あるように思われる。柳瀬は、佐々木が、警察概念の基礎として、行政警察規則のほか、「一般法律意識」を挙げている点を批判的に捉えた。すなわち、佐々木は「我国法上警察ノ概念ヲ明ニセントスルニハ必ス右ノ我国法ノ規定及ヒ一般法律意識ヲ根拠トセサルヘカラス。

而シテ其ノ規定ハ即チ明治八年三月太政官達行政警察規則ナリ。此ノ法規ニ基テ永年ノ法律意識トシテ自ラ警察ナル概念ノ定マルモノアリ。我国法ニ於ケル警察ノ概念ハ右ノ我国ニ成立セル法律意識ヲ基礎トスヘキモノニシテ、濫リニ説明ノ便宜ニ依テ独断スヘキモノニ非サルナリ⁷⁴と述べるが、柳瀬は、ここで佐々木が記した「一般法律意識」の用語の意味が不明であるだけでなく、「之を主張する為めには、その存在に就て実証的な立証を必要とすることで、漠然之を肯定することは不可能である」と批判したのである⁷⁵。

柳瀬にとつて、行政法学の課題は、「実定行政法の有している真の意味を客観的に認識すること」にあり、「あるべき法」が如何なるものであるかを論ずることは、行政法学ではなく、(立法)政策学の領域に属する⁷⁶。佐々木は、確かに、警察法が消極目的の原則にその根拠をおくべきである⁷⁷と主張したのではなく、わが国に存在する伝統的な「一般法律意識」に警察概念の根拠を求めることができる、と述べただけである。しかし、柳瀬の立場からすれば、この法律意識の存在が実定法によつて根拠づけられない以上、それは法的根拠のない主観的觀念にすぎず、その法解理論上の意義は否定されねばならなかつたのである。また、佐々木は、警察概念の根拠を提供する実定法として行政警察規則を挙げるが、この点に関して、柳瀬は、当該規則を、警察概念を根拠づける法規範としての資格をもつものではないと判断するので、結局、「一般法律意識」は、実定法の根拠をもたない政策的主張と同一のものとして扱われ、その法解理論上の概念としての価値は否定されることになるのである。

三 柳瀬が佐々木説を批判する際に用いた認識論的法実証主義の視点は、多様な行政法学説を法的主張と政策的主張とに仕分けしていく際に効力を發揮する。実定法上の根拠を欠く学説については、それが如何に説得的なものであつたとしても、政策論上の議論として扱われ、行政法学上の学説としての資格を与えられることはない。この結果、認識論的法実証主義は、学説間の比較検討という学問的営為を制限する方向に機能することがある。

たとえば、甲説は実定法上の根拠のない政策学上の主張にすぎないと乙説が主張すれば、これ以降、両説の学理上の優劣を決めるための実質的な比較検討は困難な状態になる。甲説と乙説は、政策学と法律（法解釈）学という異なる土俵の上に存在する別種の学問的営為の結果として把握され、両者間の有意な学問的論争は期待することができない、という結論が導かれてくるのである。⁷⁷⁾

法律学に実証的学問としての地位を与えたいと願う論者は、このような認識論的法実証主義の立場に魅力を感じることは容易に想像することができる。しかし、認識論的法実証主義には、当時の法解釈学として超えがたい限界があったことにも注意しておかねばならない。この限界は、法治主義的行政法の実体法理を提供することのできる実定法の存在の問題として現れることになる。

第二次世界大戦後、法実証主義の観点から公法原理の独自性を自然法的原理として実定法秩序のなかに持ち込むことを批判した柳瀬の主張に関して鵜飼信成が批判的な見解を述べたが、そのなかに、柳瀬が依拠する認識論的法実証主義の問題点が的確に示されている。鵜飼は、柳瀬行政法学が採る認識論的法実証主義に関して、「実定法体系が市民法原理に基づいて詳細に規定され終わっている諸国では妥当である」としたうえで、「明治大正、そして昭和のはじめの日本で、そういう考え方が通用するとみるのは、日本の実定法秩序に対する分析の不十分さを示している」と厳しく批判したのである。⁷⁸⁾

認識論的法実証主義は、現存する実定法を客観的に認識することを法律学の課題とする。しかし、ある論者は、柳瀬行政法学は現行法秩序の認識だけで満足するものではなく、「認識された実定法には従うべし」という実践的判断を前提にしていた、と指摘する。⁷⁹⁾ その理解が妥当であるとすれば、柳瀬の認識論的法実証主義の限界と問題点は一層明確なものになってくるであろう。明治憲法下の警察実定法制度は権威主義的天皇制法秩序の維持を究

極の目的としており、近代法治主義の観点からの権力統制の要素は極めて貧弱なものであったことは否定することのできない事実である。その実定法秩序を客観的に認識することによって得られた事項の遵守を行政権に求めることだけで行政法（警察法）学の課題を果たせたと考えることは、あまりにも矮小すぎる思考であって説得力が乏しいといわざるを得ない。

四 この意味において、認識論的法実証主義の立場を採る柳瀬の学説にたいする鶴飼の批判は妥当性を有するといえるが、この認識論的法実証主義に内在する限界は、柳瀬自身もまた認識していた、と考えられる。このことは、柳瀬の「実定法」の理解において明瞭に現われてくることになる。柳瀬は、「明文の定め」だけでなく、明文化されていない条理法も含まれると述べるとともに、実定法の内容の確定は、「法制定者の意思」や「制度の歴史的沿革」の検討を通じて行われるべきであると主張し⁽⁸⁰⁾、また、第二次世界大戦後には、法の実定性は、その団体における構成員の「社会意識」のなかに求められるべきであるとの見解も示すようになったのである。曰く「行政法学もまた、現行法の学問であらうとする限り、その対象とすべき行政法といふ規範は同じく何処までも現に実際にその団体における社会意識の内容をなしてゐるところのものでなければならぬことは言ふまでもなく、従つて行政法学においてもまた、その対象を定めるに当つて先ずなすべきことは各種の法規範の中から現に実際にその団体における社会意識の内容を為してゐるところのものを選び出すこと⁽⁸¹⁾である」と。

しかし、このような柳瀬の見解が認識論的法実証主義の視点と整合性を有しないことは明らかである。柳瀬行政法学にたいして詳細な検討を加えた藤田宙靖は、「柳瀬博士の行政法学は、かくて、本来実証主義的認識論の立場を明確に標榜しながら、現実には、その非実証的な実定法観の結果、結果的に実践的政策論としての性格しか持ち得ないところの論述を、客観的な認識論と信じつつ展開されるところにこそ、その特色を有するものである

ように思われる」と批判的な見解を述べている。⁽⁸²⁾

柳瀬が、「実定法」の理解に際して、このように、実践的主張を展開するようになった理由については、本稿の目的とは直接関係しないので、深く立ち入ることはしないが、ここでは、さしあたり、次のことだけを確認しておきたい。すなわち、柳瀬が佐々木の警察法学説に批判を加えた際の視点は、明らかに認識論的法実証主義のそれであったが、自らの学説に実践的な法思考を取り入れていくことによって、結果的に、柳瀬と佐々木の学問的方法論は極めて類似した内容のもの、すなわち実践論的な内容のものになっていった、ということである。藤田が柳瀬の行政法学説に加えた批判は、柳瀬が佐々木の警察法学説に加えた批判として捉えても不自然ではないのである。柳瀬は、佐々木の警察概念論に関して、「他の全く別の方法即ち実定法の規定を離れて学理的論理的に構成せられた観念と並立せしめ、之を以て行政又は行政法の体系と為す」ことの非論理性を批判したが、この批判は、学問的認識の対象である「実定法」のなかに実践的視点に根拠を有する当為規範を取り入れようとした柳瀬の法学方法論にも同様に向けることができるのである。

五 成文法の文理解釈を通じて特定の規範的命題を引出し、それを警察法の実証的基礎に据えるという認識論的法実証主義の方法論が法治主義の原則と整合的な関係にあるといえる保証はどこにも存在しない。明治憲法下の天皇制警察法制度のもとでは、むしろ両者の不整合性のほうが目立つことになる。治安維持法の文理解釈を通じて、そこから有意な法治主義的規範原理を導きだしてやることは無理なことであろう。⁽⁸³⁾ 法治主義的規範原理は、明治憲法下の成文法から一旦離れて、条理等の非成文規範に求めざるを得ないのである。先験的警察義務に基づく警察法理は特定の成文法に基づくものではない。美濃部や佐々木がドイツの行政法学者の考えを基にしてつくりだした観念的な条理規範にすぎない。しかし、彼らは、この条理規範を通じて、近代法治主義の原理に基づく

警察統制法理の存在を提示することができたのである。

そして、当該警察統制法理を学者の学問的営為の産物として終わらせるのではなく、実定法上の原理として位置づけることを積極的に試みたのが佐々木であったといえる。彼は、行政警察規則という一つの成文法を媒体とすることによって、市民法的警察統制法理を実定法秩序のなかに組み入れることを試みたのである。行政警察規則が消極目的の作用を警察任務の内容として捉えているということは、佐々木にとって、自らが提示する警察統制法理が実定法上の原理として通用していることの証明でもあったのである。

このような佐々木の試みは、実定法秩序の世界への入り口を成文法に求めるという点では法実証主義的な視点に基づくものである、といえないわけではない。しかし、この場合の法実証主義の視点は、認識論的法実証主義のそれとは相当内容が異なることは明らかである。佐々木が主張する警察実体法理が行政警察規則の文言の客観的解釈から合理的に導かれてくると考えることは極めて困難であり、この点において、佐々木の論述は、認識論的法実証主義の視点からすれば、もはや「法解釈」ではありえず、一種の政策論的主張にすぎない、ということになる。

六 この点を指摘した柳瀬の批判にたいして、佐々木は反論し、自らの立場の正当性を主張した。⁽⁸⁴⁾ 佐々木は、「行政警察規則に依て、警察の任務を、社会の秩序障害を除く、といふ消極的のものとするのは、法の解釈を為す場合、法上の概念を認識する方法の結果である。必ずしも其の実益の有無に依て決すべきものではない」とする一方、警察概念の意義を認識するには、行政警察規則等の成文法だけでなく、「警察に関して存する社会の法意識」⁽⁸⁵⁾もみなければならぬと述べ、さらに、消極的警察概念は実定法の認識の結果であって、その実益によって導かれるものではないとしつつも、「其の実益を考へることは有益である」として、警察目的を消極的に把握する

ことは、「行政機関の権限を定むることに關して重要な実益を有する」⁽⁸⁷⁾と述べたのである。

このように、佐々木は、自らの主張を法実証主義の視点からのものであるとしつつも、「成文法の客観的認識」以外の要素（社会の法意識や概念定義の実益）を持ち出して、自らの説の妥当性を証明しようとした。しかし、佐々木を法実証主義者とみるかぎり、この点に關する彼の主張には一貫性が欠けるといわざるを得ない。特に、佐々木のいう「警察に關する社会の法意識」は、人が目で確認し手で触れることができないという意味に關して実証性に欠ける。この点に、佐々木学説の問題点があることは柳瀬の指摘するとおりである。しかし、我々が注目すべき論点は、佐々木という一公法学者の学問上の方法論に内在する矛盾点の存在にあるのではない。むしろ、このように、法実証主義者の佐々木が、自らの学説のなかに、国民の法意識という非実証的な規範要素を持ち込まざるを得なかつた理由こそが我々が重視しなければならない論点である。明治憲法下の警察実定法秩序と近代市民法的法治主義の思想との間の克服しがたい断絶に對処するには、法実証主義の視点に立つだけでは限界があり、市民社会の一般的な規範意識、条理等の非実証的規範要素を何らかの方法を用いて取り入れなければ、警察権を統制する法としての警察法の体系的な叙述そのものが不可能であつた、という点を確認しておかねばならない。

おわりに

一 本稿において取り上げた先験的警察義務の概念は、その機能面に着目してみた場合、①警察法領域の画定、②警察概括授權の原則の導出、③警察目的の限定、④警察権の限界の設定において特に重要な役割を果たすことになる。これらの項目のなかで、佐々木説は、①と④に、美濃部説は、③と④に重点をおいて、先験的警察義務

論に依拠した警察法の理論構成を行った。

美濃部は、警察概念論のレベルにおいては、積極目的⇨福祉増進と消極目的⇨障害除去の区別を否定し、両目的の権力作用を共に「警察」として捉える一方、警察権の限界論では、警察作用は消極目的の範囲内に限定されるべきである、と主張した。その論拠として美濃部が強調したのが、先験的警察義務の概念であった。⁸⁸⁾

他方、佐々木説の特徴は①においてみられる。警察権の行使は、国民の先験的警察義務との関係においてのみ捉えられ、当該義務の主体とはならない第三者にたいする侵害行為は警察作用から排除されたのである。⁸⁹⁾

佐々木は、警察法上の関係を、警察権の主体たる国家と先験的警察義務を實際に負うことになる具体的な国民、すなわち警察義務者との関係に限定したが、このことは、論理必然的に警察権の行使は消極目的の作用に限定されるという命題を肯定的に内包することになる。社会公共に障害を及ぼすことを避ける国民の一般的義務の国家による強制を警察作用として捉える佐々木にとって、先験的警察義務の存在を前提としない、福祉増進を目的とする国家作用が警察作用の範疇から除外されるのは当然のことであった。そして、このように、佐々木の警察法學説が依って立つ理論的前提そのものに消極目的の原則が内包されているとするならば、これに加えて、成文法規定等の外的契機に同原則の妥当性の根拠を求める必要はなかったはずである。しかし、佐々木は、「警察」が消極目的の作用であることの直接の論拠を、先験的警察義務の概念ではなく、行政警察規則の存在に求めたのである。

二 我々が、その理由を理解するためには、法制度との接点を欠いた警察概念論についての佐々木の評価に注目しておく必要がある。すなわち、彼は、人が学問上の説明をなすにあたって、その理解を容易にするために、適当と思われる概念を構成して、これを「警察」と称したとしても、それは、本来の警察概念の定義とは別次元

の行為であり、警察の概念を定立することは、わが国の現行法制が「警察」という語をもって示しているものから明らかであることであると述べ、警察概念の定立と「学者の思惟整理の為の概念」の設定とを明確に区別した⁽⁹⁰⁾のである。

この佐々木の指摘は、美濃部が主張する警察概念論にたいする批判的な意味合いも含んでいるように思われるが、それはともかくとして、佐々木が、警察実定法に基づく法理論の形成こそが警察法学の使命である、と考えていたことは否定できない。ただ、行政警察規則が、「第一章警察職務の事」第一条において「行政警察ノ趣旨タル人民ノ凶害ヲ防シ安寧ヲ保全スル」と規定することから、消極目的の原則（および司法警察と行政警察の区分）の根拠を同規則に見出すことは可能であるとしても、これ以外の有意な警察法理論上の原則をここから取り出すことは困難である、といわねばならない。そこで、佐々木は、一方で、警察概念は行政警察規則を根拠として定立すべしという前提は維持しつつも、他方で、「其の法制の文意のみに依て其の事項の概念其のものが完全に又正確に知られるとは限らぬ」として、行政警察規則に明文をもって定められていない事項であっても、「一般の社会において警察なるものに属す」と観念されているものについては、これを積極的に取り入れ、総合的な視点から、わが国に妥当する警察概念を構成していくことが必要である、と説いたのである。⁽⁹¹⁾

三 警察権の統制法理が、行政裁判所の判例理論として蓄積・形成されていったドイツ・プロイセンと、ただ学説上の体系の一部としか扱われなかつたわが国とでは、警察実本法の内実において大きな相違が生じることは必ずである。佐々木は、行政警察規則を通じて近代法治主義的警察法理論の「実定法化」を試みたが、柳瀬が指摘したように、それには理論的にもまた実践的にも無理があつたといわざるを得ない。

このように、明治憲法下においては、警察権にたいする有意な法治主義的統制法理を成文法規から抽出するこ

とは極めて困難な状況にあったといわねばならないが、見方を変えれば、このような状況が存在したからこそ、先験的警察義務という、成文法に根拠をもたない観念に依拠しながら法治主義的警察法の体系の提示を試みた美濃部や佐々木の学問的営為の意義が認められ得るともいえるであろう。先験的警察義務の観念は、概括的授權原則のように、一方で、広範な警察裁量権の存在を正当化することにもなるが、他方、警察責任、警察比例、警察公共等の諸原則の妥当性の根拠を提示し、警察権の行使には一定の合理的限界が存在することを指し示すことができるのである。憲法や法律による警察権の統制が不十分な状況のもとでは、単なる条理にすぎないものであっても、警察権の行使には、成文法以外にも、一定の合理的限界があることを提示する意味は決して過小評価されるべきではないであろう。この条理は、認識論的法実証主義の観点からは、単なる（立法）政策上の主張にすぎず、法解釈学としての警察法学の対象外ということになるかもしれない。しかし、このような、成文法に根拠をもたない市民法的条理規範に依拠することなしに、近代法治国原理に基礎をおく警察法の理論体系をつくりあげたことは、当時の権威主義的憲法構造のもとでは不可能であったにちがいない。⁽⁹²⁾美濃部法学の市民法的性格を分析した磯村哲が、非制定法、とりわけ理法の意義を重視する美濃部の姿勢につき、「わがくにの成長しつつある市民社会に対する認識と期待を背景とするもの」であり、「官僚主義的な国家制定法を前提とし、そのなかに市民社会的合理性を反映せしめるという企図に対応するものであった」⁽⁹³⁾（傍点筆者）と述べているが、この点の評価は、美濃部や佐々木が、先験的警察義務の概念に依拠しつつ展開した「警察権の限界」の法理論にも基本的に当てはまるものといえるのである。

(1) 塩野宏「オットー・マイヤー行政法学の構造」（有斐閣、一九六二年）序文四頁。

- (2) 美濃部達吉『日本行政法各論上』(有斐閣、一九一七年(大正六年)三一頁。因みに、一九一二年(明治四五年)に執筆された彼の論文では、「警察」は「公共ノ利益ノ為ニ臣民ノ自然ノ自由ヲ制限シ又ハ之ヲ強制スル国家ノ権力的作用」と定義されていた(美濃部「警察ノ観念」法学協会雑誌三〇巻八号三九頁)。
- (3) 美濃部・法学協会雑誌三〇巻八号三〇頁以下参照。
- (4) 美濃部が、何故に、このような、当時のドイツやわが国の警察法学説の流れからみると異説ともいえる警察概念に拘ったのかという点については、明治憲法九条の独立命令権の行使の条理による統制を試みた彼の初期の研究との関連が注目されることになる。この点については、すでに詳細な分析がなされているので(関根謙一「明治憲法下における警察の概念」成田頼明先生古稀記念『政策実現と行政法』(有斐閣、一九九八年)四六五〜四七二頁)、ここでの詳論は避けるが、警察概念の定義においては、「福利増進」も「警察」の範疇に入れながら、警察権限の行使については消極的に限定しようとした美濃部の主たる関心が、法律の根拠なしに国民の権利・自由を侵害することを許容する明治憲法九条の独立命令権(同規定の文理解釈によるかぎり福利目的を遂行するための独立命令の制定もまた認められることになる)の行使を条理によって制約することにあつたことができない。
- (5) 美濃部「警察権ノ限界ヲ論ズ」法学協会雑誌三一巻三号九一頁。
- (6) 美濃部は、警察権の限界を論ずる意味を、警察法令の要件規定の包括性に因る権力濫用の抑止と、法律の根拠を不要とする独立命令の統制の必要性に求める。明治憲法九条は独立命令の存在を明示的に認めるが、美濃部にすれば、日本が立憲国家を標榜する以上、議会の議決に基づき制定される法律と、行政組織の専権に基づき制定される命令を同次元の法規として位置づけることは認められるべきではなかったのである(美濃部・各論上三七頁以下参照)。この点は、美濃部が一九一〇年(明治四三年)に発表した論文「警察ノ観念ヲ論シテ憲法第九条ニ依ル独立命令権ノ範圍ニ及ブ」(法学志林一二巻三、四、六号)において鮮明に示されており、同論文では、第一に、警察の観念を明らかにし、それを根拠として明治憲法九条の独立命令が警察命令たることを証明する、第二に、警察命令であるとされた独立命令に「警察権の限界」の理論を適用して、その命令制定権の範囲を縮小する、という実践的な目的論的法解釈が志向されている(関根・前掲書四六七頁参照)。
- (7) 美濃部・法学協会雑誌三一巻三号一〇〇頁。
- (8) 当初、美濃部は、まず、福利目的の権力作用も「警察」の概念のなかに含め、次に警察権限論のレベルにおいて法規命令と

- しての独立命令の制定範囲を消極目的の任務に限定した。このような概念操作を行なう必要があったのは福利行政についても警察命令の制定権が及ぶということを前提にしていたからである。ところが、その後、国民の幸福を増進するということは、国民に利益を提供するということであり、権力をもって国民に負担を課し、その意思を拘束するような作用を本来含むものではないとして、明治憲法九条の適用範囲は「公共ノ安寧秩序ヲ保持スルニ必要ナル命令」に限定されるべきであると説くようになった(美濃部「行政官庁の発する警察命令(一)」警察研究三卷二号六頁)。このように、法規命令の内容をもつ独立命令の制定が障害防止の目的に限定された時点において、「警察権の限界」の一つである消極目的の原則を独立命令に適用する意味はなくなったといわねばならない(関根は、美濃部が福利目的のための権力作用を否定したことによって、憲法上の警察概念は消極目的に限定されることになり、その結果、これと行政法上の警察概念との間に差異が生じることになつたと指摘する(関根・前掲書五〇四頁以下))。
- (9) 美濃部・法学協会雑誌三二卷三号一〇〇〜一〇一頁。
- (10) 美濃部・法学協会雑誌三二卷三号九七〜九九頁。
- (11) 美濃部・法学協会雑誌三二卷三号九五〜九七頁。
- (12) 柳瀬良幹「警察権の限界―主としてその根拠に就て―」法学六卷九号一四頁以下。
- (13) Vgl. O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl., 1924, S. 207.
- (14) 柳瀬・法学六卷九号一四頁。
- (15) 美濃部は、O・マイヤーの前掲書の第一版の翻訳を試みているが(「独逸行政法」(有斐閣、一九〇三年(明治三六年))、この点からも、美濃部がO・マイヤーの行政法理論に注目していた事実を窺い知ることができるであろう。
- (16) O・マイヤーが『フランス行政法の理論(Theorie des französischen Verwaltungsrechts)』を公にしたのが一八八六年であり、一八九五年には『ドイツ行政法』の第一巻、一八九六年には第二巻を刊行している。
- (17) この点に関しては、塩野・前掲書一八〇頁、一八一頁(注六)参照。
- (18) Vgl. O. Mayer, Dt. Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1. Aufl., 1895, S. 251.
- (19) O. Mayer, a. a. O., S. 265.
- (20) O. Mayer, a. a. O., S. 252 f.

- (21) 美濃部『行政法撮要下巻(第三版)』(有斐閣、一九三二年(昭和七年) 三八―三九頁参照。美濃部は、警察概念の定義にあつても、先験的警察義務の概念を援用している。彼は、「警察ハ国家ノ一般統治權ノ作用ニシテ特別ノ權利ニ基ク作用ニ非ス、警察上ノ義務ハ臣民ノ一般の臣民義務ニ基ク結果ニシテ、特別ノ權利ニ基ク制限ニ非ス。此ノ点ニ於テ警察ハ又數多ノ類似ノ作用ト區別セラル」として、官吏・軍人・学生等の特別權力関係にある者にたいする命令・強制、国家独占企業と同種の事業の営業禁止、軍事目的のための公用負担などを警察領域から排除するために、その説明上の根拠として先験的警察義務の概念を用いたのである(美濃部・法学協会雑誌三〇巻八号四五頁以下)。福利目的の權力作用に関しては、「これを、「一般社会ノ利益」の保護のための權力作用として、障害防止のそれと區別することなく、「警察」領域に包摂することを前提にしたために、警察概念を定義する段階では、あえて先験的警察義務の概念を持ち出すことをしなかつたと考えられる。
- (22) 美濃部は、「警察作用ハ総テノ行政作用中ニモ裁量權ヲ認メラルル範圍ノ最モ広キモノナリ」と述べている(撮要下(第三版) 三七頁)。このように、美濃部は、他の行政作用法領域に比べて、警察法領域では、行政官庁の裁量權が広範に認められていることを認めている。しかし、彼は、このことから、さらに進んで、わが国の警察法でも、ドイツ・プロイセンの警察法と同様に、概括的授權原則が妥当しているとか、また、同原則を確立すべきであるといった認識や主張を提示しているわけではない。
- (23) 美濃部・法学協会雑誌三一巻三号一一二頁。
- (24) 佐々木惣一『日本行政法論各論』(有斐閣、一九三二年(大正二二年) 一一六―一一七頁)。
- (25) 佐々木『警察法概論』(日本評論社、一九四〇年(昭和十五年))。
- (26) 佐々木・概論八七頁以下参照。この観点から、佐々木は、「警察緊急權」あるいは「警察急状權」を否定する。法の根拠なくして国民の權利・自由の制限を認める国家緊急權の発想は専制国家に固有なものであつて、立憲国家では認められないといふのが理由である(佐々木・概論・九〇頁)。
- (27) 佐々木・概論九四頁参照。
- (28) 柳瀬・法学六卷九号四〇―四二頁以下。
- (29) 佐々木・概論九四頁。
- (30) 美濃部・法学協会雑誌三一巻三号一一一―一二二頁。

- (31) 田中二郎『行政法下巻』（青林書院、一九五六年）二八七～二八八頁。
- (32) 美濃部・撮要下（第三版）三八頁以下参照。
- (33) Vgl. O. Mayer, a. a. O., Bd. 1, 3. Aufl., 1924, S. 207.
- (34) O・マイヤーは、『ドイツ行政法第一巻』の第一版（一八九五年）において、「警察の基礎を形成する一般的臣民義務が妥当しないところでは、警察権はもはや存在しない」(S. 270)と述べ、人民の有する先験的警察義務との関係において行使される権力的行為であるか否かによって警察権とそれ以外の行政権の行使とが区別されると明言した。しかし、同書第二版（一九一四年）では、この個所が削除されている(234)。その理由として、プロイセン法の伝統を尊重する立場を堅持する以上、警察権の限界を自由権の側から確定するのではなく、警察権の本質からそれを導出すべきであると主張するヴォルツェンドルフの批判 (K. Wolzendorf, Die Grenzen der Polizeigewalt im französischen Recht, AöR, Bd. 24, 1909, S. 23) の影響があつたのではなからかと思われる。
- (35) この点に関しては、柳瀬・法学六巻九号一六頁以下参照。
- (36) このように、佐々木はO・マイヤーの警察法理論の影響を強く受けたといえるが、佐々木の学問上の基本姿勢をみるかぎり、ドイツ法を中心とする外国法への依拠にたいしては慎重な態度を示していたといえる。佐々木は、「外国の法上の概念たる Polizeiの内容を移して我國の法上の概念たる警察の内容を明らかにし得るものではない」と述べ、わが国に固有の警察法体系の存在とその学問的考察の必要性を強調したのである(佐々木・公法雑誌二巻三号三三頁、同「警察・警察法」末弘蔵太郎・田中耕太郎編『岩波法律学辞典第一巻』(一九三四年(昭和九年))五六一頁。
- (37) 佐々木・概論九〇頁。
- (38) 佐々木・概論八七～九三頁。
- (39) 美濃部・撮要下（第三版）三四～三八頁。
- (40) 佐々木・概論一頁以下参照。
- (41) 全国の警察を統括する警保寮が司法省から内務省（一八七三年一月創設）の管轄へと移された一八七四年に、首都治安の維持を担う機関として東京警視庁が創設された。そして、内務省警保寮および東京警視庁の職務を規律する規程において初めて「行政警察」の観念が示された（一八七二年に策定された司法省警保寮職制章程にも行政警察の観念が示されていたが、

その内容は明確ではなかった。明治八年に制定された行政警察規則は東京警視庁章程とはほぼ同内容の規定を有するものであるが、後者が東京における行政警察だけを対象とするものであったのにならして、行政警察規則の制定により、わが国における行政警察の基本的内容が国法レベルで確定されることになったのである（当該制度改革の具体的な内容については、大日方純夫『日本近代国家の成立と警察』（校倉書房、一九九二年）参照）。

(42) 柳瀬良幹「警察の観念―歴史的観念と合理的観念―」法学四卷一一号二二―二二頁。渡辺宗太郎「警察の概念―普国警察行政法第十四条に就て―」法学論叢三〇卷四号二頁にも同様の指摘がなされている。

(43) この判決の内容および当時の学説の動向については、芝池義一「ドイツ警察法理論をめぐる若干の理論的諸問題（一）（二）」法学論叢九六卷二頁以下、九六卷三号一頁以下参照。

(44) これは、次のような規定である。「公共の安寧、安全および秩序の維持並びに公衆若しくはその個々の構成員を脅かす危険の排除のために必要な措置（Anstalten）をとることが警察の責務である。」

(45) 芝池・法学論叢九六卷二二―二五頁参照。

(46) 柳瀬・法学四卷一一号二〇頁参照。

(47) 美濃部・撮要下（第三版）四頁以下。

(48) 警察概念に関係する行政警察規則の規定として、以下の条項が挙げられる。

第一条 行政警察ノ趣意タル人民ノ凶害ヲ予防シ安寧ヲ保全スルニ在リ
 第三条 其職務ヲ大別シテ四件トス

第一 人民ノ妨害ヲ防護スル事

第二 健康ヲ看護スル事

第三 放蕩淫逸ヲ制止スル事

第四 国法ヲ犯サントスル者ヲ隠密中ニ探索警防スル事

第四条 行政警察ヲ防ノ力及ハスシテ法律ニ背ク者アルトキ其犯人ヲ探索逮捕スルハ司法警察ノ職務トス

(49) 佐々木・概説二頁。ただし、佐々木は、行政警察規則の文意だけで警察概念の実体が確定するとは考えていない。佐々木は、行政警察規則の条文の意味を文理解釈で確定するだけでなく、「行政警察規則を根拠として存在する事項中、一般の社会に於

- て、警察なるものに属す、と、觀念されてゐるものをも取入れ、之を総合して警察の概念を構成しなくてはならぬ」と主張する（佐々木・概論七頁）。
- (51) 佐々木・公法雜誌二卷三号三二頁。
柳瀬・法学六卷九号一〇～一二頁。
- (52) 佐々木説にたいする以上の批判は、昭和一二年の論文（警察権の限界）法学六卷九号）でなされたものであるが、昭和一〇年の論文（警察の觀念）法学四卷一一号）では、行政警察規則が、§ 10 II 17 ALRと同様に、警察権を實質的に授權し、または、これを制限する意味を有するかは必ずしも明確には判断できないとしながらも、「唯併し、少くも同規則中右に掲げた諸条（第一条、第三条、第四条）だけは、種々の疑問はあるが、仮りに實質的警察権の授權又は限界の意義を有するものと看做しても大過なく、従つて此の意味で、同規則を警察の觀念を定める根拠とすることも、一応は肯定して差支ないかと思はれる」と述べている（二二頁）。ここでは、警察権の授權および制限に係る実体的論拠を行政警察規則に求める見解の妥当性を一部認めるような表現がなされているが、昭和一二年の論文では、このような表現は削除されている。
- (53) この柳瀬の批判にたいして佐々木も反論を展開した（佐々木「法上の概念の認識方法論と警察の例（二）」公法雜誌二卷三号三〇頁以下）。時系列的にみれば、柳瀬の批判は、最初、佐々木の著書『日本行政法論各論』（大正一一年）にたいして向けられた（柳瀬「警察の觀念」法学四卷一一号（昭和一〇年）二三頁（注六））。これに佐々木が反論し（佐々木・前掲論文）、柳瀬が、これに應えて、より体系的な形で再批判を行なう（柳瀬「警察権の限界」法学六卷九号（昭和十二年）九頁（注八））という展開をみせた。しかし、その後に出版された『警察法概論』（昭和一五年）をみるかぎり、佐々木が、柳瀬の批判を受け入れて自説を変えたという状況は窺えない。
- (54) 美濃部・警察研究二卷一一号七一頁。
- (55) 美濃部・撮要下（第三版）三六頁以下。佐々木も、警察作用には法律または命令の根拠が原則として必要であるとする立場を採るが、「警察権の発動することを認むる慣習法あるときは別である」とする（佐々木・概論九〇頁）。この記述部分に着目すると、佐々木説は、慣習法的授權の成立を認めている点において美濃部説と異なるようにみえないわけではないが、佐々木も、慣習法的授權を警察授權の基本原則としてみておらず、この点では美濃部と変わらないと考えてよいであらう。
- (56) 美濃部・撮要下（第三版）三九～四〇頁。

- (57) 柳瀬・法学四卷一―二頁。
- (58) たとえば、ロジンは、§ 10 II 17 ALRを「警察の觀念」を提示する成文法ではなく、単に警察官庁の処分権が及ぶ範囲を定めたのにすぎないと指摘する（H. Rosin, *Polizeiordnungsrecht in Preußen*, 2. Aufl., 1885, S. 124 ff.; S. 126）。
- (59) プロイセン警察法理論の形成において上級行政裁判所が果たした役割については、vgl. K. von der Groeben, *Die Erfüllung von allgemeinen und besonderen Polizeilichen Aufgaben*, in: *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. III, 1984, S. 441.
- (60) この論点は、ワイマール期において、南ドイツ・バイエルンにおいて唱えられた個別的授権論の立場から指摘された。警察授権論をめぐる南ドイツ・バイエルン警察法理論とプロイセン警察法理論の対立については別稿において詳しく論じたので、ここでの詳論は避ける（拙稿「バイエルン邦における警察法理論の展開と『制度的警察概念』」（一）」（法学論叢一〇四卷一―四六頁以下参照）。ただ、本稿の文脈との関係においてここで確認しておく必要があるのは、南ドイツ・バイエルン警察法の優位性を説く論者がプロイセン警察法の採用する概括的授権原則について批判を展開した大きな理由は、そこに警察国家の残滓をみたからであって、単に不確定な要件でもって警察権の発動を許容する法令の存在を理由にするものではなかったという点である。当時のプロイセンの判例・学説は、§ 10 II 17 ALRを近代法治国家の要請を満足させる授権法規として捉えたのであるが、個別的授権論を唱える南ドイツ・バイエルンの論者からすれば、警察概括的授権の原則は、警察国家時代の自然的・慣習法的授権と基本的にはなかつたのである。
- (61) B. Drews, *Preussisches Polizeirecht*, Bd. 1, 1. Aufl., 1927, S. 5.
- (62) Drews, a. a. O., Bd. 1, 1. Aufl., S. 8.
- (63) 当時のドイツ警察法の学説から、概括的授権原則を正当化する二つの方向性を読み取ることができる。その一つは、ドレフスが主張する、権威主義的国家高権論に基づく国家の全権能性の承認にみられる。ドレフスは、プロイセン上級行政裁判所の判例の分析を通して、プロイセンでは、「国家高権に基づく包括的な命令・強制権」を承認する伝統的慣習法が存在し、それに実定法上の根拠を与えたのが§ 10 II 17 ALRであると主張した。他は、O・マイヤーが強調する人民の先験的警察義務論のなかにみられる。彼は、「公共の善良な秩序」にたいして障害を生ぜしめない国民の義務、すなわち国民の先験的警察義務を設定したうえで、「警察」をして、当該義務を強制的に実現させる国家作用として位置づけたのである。そして、O・マイヤーは、法治国原理のもと、法律による明確な要件規律が求められる他の行政領域における権力作用とは異なって、警

- 察領域においては、国民の先験的警察義務が権力的行政活動の限界と目的を明確にすることになるから、一般的・包括的授權を認めても、そのことから直ちに法治国原理に抵触するような事態は生じてこないと考えたのである（O. Mayer, a. a. O. Bd. 1, 1. Aufl., S. 251 f.）。警察概括的授權の原則の妥当性を導き出すための以上の二つの視点は、相互に排除し合う関係にはない。むしろ、国家高権論に基づき警察権を国家の本来の権能とする視点は、社会公共への障害が生じないように配慮することを国民に求める先験的警察義務論の視点と親和的あるいは融合的な関係にあるともいえる。社会公共に危害を及ぼす人の行為を規制することは国家の本来の任務（権能）であり、社会公共に危険を及ぼさないように行動することは、そこで生きる国民の本来の義務である、というように考えれば、両者の視点は矛盾なく合致するのである。
- (64) O・マイヤーは、当初、プロイセン警察法における自然法的基礎を重視する観点から、§ 10 II 17 ALRには「それほど注目しつゝなかつたが（O. Mayer, a. a. O., Bd. 1, 1. Aufl., S. 245-257, vgl. auch, S. Naas, Die Entstehung des Preussischen Polizeiverwaltungsgesetzes von 1831, 2003, S. 128）一九一四年に公刊された『ドイツ行政法第一巻』の第二版では、授權規範としての§ 10 II 17 ALRの重要性を認める記載がみられるようになる（O. Mayer, a. a. O., Bd. 1, 2. Aufl., S. 217, Anm. 13）。
- (65) § 10 II 17 ALRに基づくプロイセン上級裁判所の判例の展開については、vgl. H. Heuer, Die Generalklausel des preussischen Polizeirechts von 1875 bis zum Polizeiverwaltungsgesetz von 1931, 1988, S. 170 ff.
- (66) わが国の行政裁判制度のもとでは、警察法領域における訴訟事項は営業免許の拒否・取消に関する事件など極めて少数の事項に限られていた。この点については、奥平康弘「警察権の限界―条理上の限界について―」『行政法講座第六巻』（有斐閣、一九六六年）七〇頁参照。
- (67) Naas, a. a. O., S. 121.
- (68) 須貝脩一「警察作用の特殊性」法学論叢三六卷三号八〇頁。
- (69) 明治初期には、国家の意思形成における統一性の欠如もあって、規制対象を同じくする法令が何度も公布され、法令の名称についても、「法」「条例」「規則」「律」など多様なものがあつた。また、太政官名義ではなくその下部組織の名義で公布された法令もあつた。明治一八年、内閣制度が発足したことに伴い、太政官制は廃止され、翌明治一九年には、法令の効力や形式を定式化するため、公文式（明治一九年勅令第一号）が制定されることにより、太政官布告・太政官達という法形式も

廃止されることになった。しかし、明治二二年に公布された明治憲法は、その第七六条一項で「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て遵守ノ効力ヲ有ス」と規定しており、その結果、従前の法令も、その内容が明治憲法に抵触しないかぎり有効なものとして扱われることになったのである。

- (70) このように考えれば、結局、美濃部が、警察行政領域に固有な授權形式を定める実定法規として考えていたのは行政警察規則ではなかった、という結論に到達することになるであろう。柳瀬がいうように、美濃部は、同規則をもつて直接警察権を授權する法規範ではなく、単に警察法令解釈の標準を指示する規定として捉えていた、と解すべきであると思われる。O・マイヤーは、先験的警察義務から概括的授權の原則の正当性を導き出し、さらに § 10 II 17 AIR の授權規範性の承認へと至ったが、美濃部にあつては、国民の先験的警察義務の概念を重視するものの、同概念の承認→警察概括的授權の原則の導出→特定の成文規定（行政警察規則）の授權規範性の承認というマイヤー的論理構成を採ることはなかったのである。

- (71) 鶴飼信成「学説一〇〇年史行政法」ジュリスト四〇〇号四〇頁。

- (72) 阿部照哉「佐々木憲法学の特質」法学論叢八四卷一号六頁。

- (73) 藤田宙靖は、柳瀬の努力は「実定法」とは、制定法の明文の定め“にのみ限られるものでないことを論証することに向けられており、少なくとも、決していわゆる“文言解釈“のみが、その標榜される法実証主義の、唯一のコロラリーと考えられているわけではない”と述べる（藤田「柳瀬博士の行政法学——主として方法的見地より見たその総合的解釈——『行政法学の思考形式（増補版）』（木鐸社、二〇〇二年）二二八頁）。

- (74) 佐々木・各論一二二～一二三頁。

- (75) 柳瀬・法学四卷一一号二三頁。

- (76) 柳瀬の行政法学の法実証主義的構造については、藤田・前掲書一七七頁以下参照。

- (77) このことが最も明確な形で現れたのが、戦後になって、「法治行政」と「法の支配」の関係をめぐって柳瀬と辻清明との間で行われた論争であろう（この論争については、藤田・前掲書一八〇～一八一頁参照）。辻は、日本国憲法のもとでは、行政法学は、「法治行政」に止まらず、「法の支配」の実現に向けてもつと努力する必要があると主張したのにならして（辻「法治行政と法の支配」思想三三七号一〇頁以下）、柳瀬は、辻のいう「法の支配」の原則の内容は、一種の立法政策的価値判断に基づく提言であつて、その大部分が行政法学の問題ではないから、行政法学者が取り扱う必要はないと撥ね付けたのである。

- (78) (柳瀬「法行政と法の支配」『憲法と地方自治』(有信堂、一九五四年) 一四三頁、一四五頁)。
 鶴飼・ジュリスト四〇〇号四〇頁。
- (79) 藤田・前掲書二二七頁。
- (80) この点に関しては、藤田・前掲書二二七頁以下参照。
- (81) 柳瀬「行政学の対象」渡辺宗太郎博士還暦記念『公法学の諸問題』(有斐閣、一九五六年) 三〇四～三〇五頁。
 藤田・前掲書二二六頁。
- (82) 奥平康弘は、治安維持法を「近代法の原則を欠いた法の『化物』」と表現している(奥平『治安維持法小史』(岩波書店、二〇〇六年) 二九五頁)。
- (83) 佐々木・公法雑誌二卷三二八頁以下。
- (84) 佐々木・公法雑誌二卷三二八頁以下。
- (85) 佐々木・公法雑誌二卷三二八頁以下。
- (86) 佐々木・公法雑誌二卷三二八頁以下。
- (87) 佐々木・公法雑誌二卷三二八頁以下。
- (88) 曰く「近代ノ国法ハ人民ガ社会生活ニ障害ヲ及ボサザル限リ広ク活動ノ自由ヲ有スルコトヲ基礎原則ト為スモノニシテ、国家ノ権力ヲ以テ其ノ自由ヲ拘束スルハ原則トシテハ唯其ノ社会生活ニ障害ヲ及ボスコトヲ除クコトニ止マルベキモノト為セバナリ。」「社会生活ノ秩序ヲ障害セザルコトハ、社会ノ一員トシテノ国民ノ当然ノ義務ニシテ、警察権ハ此ノ社会的義務ヲ実現シ強行スルガ為ニ存ス、此ノ限度ヲ超エテ国民ノ自由ヲ制限スルハ特別ノ法律ノ規定アル場合ノ外、警察権ノ正当ノ限界ヲ超越スルモノナリ」(美濃部・撮要下(第三版) 三八頁)と。
- (89) したがって、佐々木説においては、当該義務の主体とはならない第三者にたいする権限行使を許容する警察緊急権または警察急状態の存在は否定されることになる(佐々木・概論八五頁、岩波法律学辞典五六三頁)。
- (90) 佐々木・概論二頁以下。
- (91) 佐々木・概論七頁。佐々木は、社会が実定法に与えた意味を、実定法全体の構造の論理的分析を通じて確定することが法解釈学の使命であると捉えた(佐々木「法学ノ体系(一)」法学論叢二卷四号四六頁以下)。そして、法解釈にあたっては、各条文の単なる形式論理的な分析だから結論をだすことは避けねばならず、「通常実定法ノ規定ナシト云フ所ノモノモ、実ハ

規定ナキニ非スシテ、法理的構成ニ依テ之ヲ知り得ル場合」があることを認識しておくことが重要であると指摘した（法学論叢二巻四号五三頁）。佐々木が、条文の数が比較的少ない行政警察規則を根拠として警察作用法の詳細な体系を論じた背景には、このような、実定法規定の不存在をもつて直ちに法の不存在と看做すことなく、実定法の基礎にある精神や法規定相互の関連を考慮して法の存在を確認する作業が不可欠であるとする目的法学的的方法論の思考が伏在していたと考えることもできるのである（佐々木の法解釈方法論に関しては、阿部・法学論叢八四巻一号五頁以下参照）。

(92)

藤田宙靖は、「社会統制の為の実践的『道具』を提供する為には、むしろ当然に「眼に見え手に触れ得る」実定法規を超えた何物かが追求されねばならぬこととなる」として、この立場から、「右の法実証主義と、かかる「可視的でないもの」の追求との間の矛盾は、それが「法治主義」なるイデオロギーに忠実である限りによつて救済されることとなる」と述べているが（藤田・前掲書二六九頁）、この論述は、明治憲法下の警察法理論の意義を理解するうえで重要な指摘を含んでいる。藤田のいう「法治主義」なるイデオロギーとは、形式的な「法律の支配」とは異なる概念であり、市民法的合理性への適合という実体的な価値を内包した法治主義の思想を意味するものと考えることができる。

(93)

磯村哲『社会法学の展開と構造』（日本評論社、一九七五年）六〇頁。

