

日本公法学における「警察」についてのメモ ——経済的自由規制目的二分論を出発点として——

岡田 健一郎*

- I はじめに
- II 戦後の憲法解釈学における目的二分論の形成過程
- III 田中二郎
- IV 美濃部達吉
- V 結びにかえて——憲法学・警察・メタ理論

I はじめに¹⁾

本稿の目的は、憲法と「警察」の関係を考えるための準備作業として、憲法学説における経済的自由規制二分論の形成過程を手掛かりに、日本の公法学が「警察」をどのように考えてきたのかを探ることである。

1 問題の所在

近年、行政法学における警察法理論は大きな変化の中にある²⁾。特に、いわゆる「警察権の限界」論³⁾に対しては、「民事不介入原則」に対する藤田宙靖⁴⁾の批判や、「警察消極目的の原則」に対する高木光⁵⁾の批判だけでなく、関根謙一⁶⁾や田村正博⁷⁾などの警察実務家らによっても強力な批判が加えられている⁸⁾。いわ

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第7巻第2号2008年7月 ISSN 1347 - 0388

* 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

- 1) 文献を引用した際、原則として旧漢字は新漢字に直し、(法令の名称と論文の題名を除いて)カタカナ書きはひらがな書きに直した。また、〔 〕内は筆者(岡田)による補足を示す。
- 2) [白藤2003]、[白藤2007]、[磯部ほか2007] など。
- 3) 長きに亘り戦後行政法学説における「警察権の限界」論の基本文献であり続け、また、それゆえに今日の批判の対象ともなっている [田中1983: 55-61] を、さしあたり参照して頂きたい。
- 4) [成田編1990: 240-241 [藤田宙靖]]
- 5) [高木1999a]
- 6) [関根2001] など。

く、本来、警察権の限界論はドイツにおいて一般条項や規定の曖昧な条文によって警察権が授権されていた時代に、私人の利益が警察によって不当に侵害されることを防ぐ目的で、警察権の行使に限定を加えるべくドイツの行政法学説や行政裁判所の判例によって形成された理論である。したがって、戦前の日本では存在意義があったものの、法令の規定が厳格化し、日本国憲法も制定された戦後において、もはや警察権の限界論は存在意義を失ったとされる。

これに対しては、(1)まさにその通りであるという賛同⁹⁾、(2)修正は必要だとしても、依然として従来の警察権の限界論は必要性を失っていないとする反論¹⁰⁾、(3)批判は論理的には是認できるが、警察に対してはやはり何らかの限界が必要なのではないかという留保付きの是認¹¹⁾、という、おおむね三通りの反応が存在する。

さて、ここまで特に説明なしに「警察」という言葉を用いてきた。だが、法学において用いられる「警察」は様々な意味で用いられることがあり、また、その区分も複数存在する。さしあたり本稿では、「組織としての警察」と「作用としての警察」という区分を利用したい¹²⁾。前者は「『警察』という名称を持った組織が行う作用（活動）のすべて」を意味し、他方、後者は「『警察』という内容・性質を持った作用（活動）」を意味する¹³⁾。そして、本稿が取り上げるのは「作用としての警察」である。すなわち、公法学説が「『警察』という内容・性質」が具体的にどのようなものであると考えてきたのかが、本稿の主たる検討対象となる。

ここで話を戻すと、警察権の限界の無効が主張され、少なからぬ支持を集めている理由としては、近年ドメスティック・バイオレンスやストーカーによる犯罪被害が問題となっていることだけでなく¹⁴⁾、戦後に発生・深刻化した公害や薬害などの社会問題に対して行政が適切に介入しなかったため被害が深刻化するとい

7) [田村1988]、[田村2001：62-94] など。

8) その概観として、[白藤2003]、[磯部ほか2007]。

9) [高木2000] や [磯部ほか2007：77 [櫻井敬子発言]] など。[成田1999] も参照。

10) [白藤2007]、[小島2006：296-298] など。

11) [磯部2001]、[藤田2002a]、[磯部ほか2007：90 [神橋一彦発言]] など。

12) その他の区分に関しては [田中1983：30-35]などを参照。

13) [高木1999：84]

14) [小島2006]

う事態が発生し、それに対して日本の行政法学や実務が以下のような試みを行ってきたことを指摘できる¹⁵⁾。

第一に、事件・事故が発生しても適切に介入しようとしないう警察に対して、行政法学は、ドイツの行政裁判所判例や行政法学などを参照して、その権限を発動させるための論理構成を試みてきた¹⁶⁾。行政法学は従来、行政と私人の関係を〈侵害者としての行政—被侵害者としての私人〉という「二面関係」として捉え、行政の不当な介入から市民の権利・自由を保護することに主眼を置いてきた。これに対して行政介入請求権論、無瑕疵裁量行使請求権論、裁量収縮論などは、〈加害者としての私人—被害者としての私人—加害者を規制することを通じて被害者の利益を保護する行政〉という「三面関係」の図式を導入して、行政の適切な介入を確保する試みといえる。最近はこの問題に関して、ドイツ憲法学で論じられてきた、いわゆる「基本権保護義務論」の適用も注目されている¹⁷⁾。

第二に、警察概念の修正が試みられた。すなわち、従来の行政法学において、警察作用には警察比例の原則をはじめとする「警察権の限界」が課せられるとされていた。ここでは、私人の利益に対する行政の過剰侵害を防ぐことが主眼であったといってよいだろう。しかしながら、一例を挙げると、行政の不作为が問題とされた薬害スモン事件において、厚生省は警察権の限界論を援用して自己の責任を否定したのである¹⁸⁾。すでに田中二郎は、警察とは別に「規制」という行政作用の分野を新設し、従来は警察に含まれていた公害対策をそこに分類することによって、行政の積極的な介入を可能にしようと試みていた¹⁹⁾。しかし薬害対策や食品衛生は依然として警察に分類されており、そこを行政に利用されたといえる²⁰⁾。

他方、「警察」に対する憲法学の関心・議論はどのようなものであったか。戦後の日本政治では、警察予備隊や自衛隊の合憲性をめぐり議論が繰り返されて

15) 概観として、[高木2000]。

16) [高木2005：218-238]

17) [田村2002：34-35]、[米田2006(二)]、[磯部ほか2007]などを参照。

18) [下山1978]

19) [田中1983：88-89]

20) [高木1999a]。また[大塚2006：第1章]も参照。

きた。その初期の争点の一つは〈警察予備隊は憲法上許された警察力の範囲を超えるのではないか〉というものであった²¹⁾。ここで興味深いのは、憲法上、警察力の保持が許されているという見解を、警察予備隊（自衛隊）の合憲性を肯定する側も否定する側も共有してきたという点である。だが、国会のみならず、憲法学においても「警察」の合憲性の問題が盛んに議論されてきたとは言い難いと思われる²²⁾。

その理由として考えられるのは、自衛隊に関しては「戦力の保持」を明示的に禁ずる憲法9条が存在していたのに対し、警察を名指して明示的に禁ずる条文は存在しないというものである。この考えに立つならば、警察の存在自体の合憲性は是認した上で、その具体的な個々の活動が基本権を侵害するか否かに議論を集中することができよう。後に述べるように、警察の存在自体が積極的に憲法によって要求されているという田上穰治のような学説も存在したが、この立場は憲法学の主流とはならなかった（V）。したがって、多くの憲法学説は、憲法が警察の設置を積極的に要求しているか否かはともかくとして、少なくとも警察の保持を禁じていないという見解では一致してきたのではないだろうか。しかしながら、「戦力」のように名指して明示的に禁止されていないとはいえ、本当に警察の存在は憲法上許されるのだろうか。例えば、公正取引委員会のような（独立）行政委員会は憲法上名指して禁止されてはいないものの、内閣に与えられた行政権を侵害するのではないかという違憲論が、憲法65条などを根拠として唱えられたことがある²³⁾。このように、明示的な禁止条文の不存在は必ずしも当該機関の合憲性を積極的に意味しないはずである。

むしろ、憲法学説が警察の合憲性を問題にしてこなかった理由は、〈社会契約によって設立された国家において、警察は必要最小限の任務である〉という考えを憲法学説が無意識に、なおかつ漠然と共有してきたからではないだろうか。例を挙げれば、『市民のセキュリティ』保障を憲法的権利から排除することは、社

21) [浦田2007: 42]

22) 警察もしくは〈国内の安全維持〉の憲法上の位置付けについて触れたものとしては、[深瀬1967: 125]、[山内1992: 86]、[浦田1995: 153-154]、[田口2003: 7]、[石村2006: 第7章]、[三宅2008] など。

23) [高橋和/大石編1999: 204-207 [駒村圭吾]]

会契約を基盤とする近代国家理論に棹差す限り不可能である」²⁴⁾、あるいは「政府の一番重要な義務は、住民の安全である。社会契約論は自然状態から人々の安全を保障することをもって、政府の存在理由とする」²⁵⁾などといった見解が存在する。このような見解は決して例外的なものではなく、少なからず憲法学説によって共有されているように思われる²⁶⁾。また他方では、近年では基本権保護義務論の基礎付けに〈正当な暴力行使の国家独占〉のような国家論を用いることを肯定する憲法学説も見受けられる²⁷⁾。

他方、行政法研究者の米田雅宏は、社会契約論や国家の権力独占といった国家理論を法解釈に援用する議論を、「法外的要素、つまり法に先行する国家権力の正当性による国家活動の義務付け」〔傍点原文〕や「国家理論と法解釈論との混淆」などと呼び、否定的に評価している²⁸⁾。米田の指摘の当否に関しては本稿の最後で検討するが、その当否にかかわらず、一般的な憲法学説が警察をどのように考えてきたのかを一度明確にしておくことには意味があると考え。そして、過去・現在の学説が「法外」な要素を含んできたとすれば、改めてその是非を問うべきであろう。そこで本稿は、日本の公法学（主として行政法学）が「警察」をこれまでどのように考えてきたのかを整理することで、憲法学が「警察」の基礎付けという問題にどのように取り組むべきかを検討するための準備作業の一端を果たしたい。

2 本稿の対象と構成

本稿は、おおむね明治以降から1970年代頃までを対象に、日本の公法学説における警察に関する議論の変化を検討していく。また、判例及び海外の学説は、

24) [石川裕2003：26]

25) [村山2003：28]

26) 例えば [只野2006：198] や [山元2007：97-100] など。なお、[小早川ほか2006：511 [大橋洋一]] も参照。

27) [戸波2003：718]。他方、小山剛は保護義務論の基礎付けに国家論や国家目的論を用いることに慎重な姿勢を示している（[小山1998：188-194]）が、憲法学が国家を論じることの必要性は認めている（[小山2007：163-164]）。その他 [鈴木1996]、[中野1996] も参照。

28) [米田2006(□)：146]

この検討に最低限必要な範囲に限って取り上げる。そして、議論の出発点として本稿は、いわゆる「経済的自由規制目的二分論」（以下、目的二分論）に着目した。その理由は、目的二分論は戦後の憲法学が「警察」概念を用いてきた数少ない分野の一つだからである。

本稿の構成は次の通りである。まず、〈安全のための規制には、経済政策のための規制よりも厳格な法的統制を加える〉という目的二分論の特徴を確認し、憲法学説が最高裁判例を元に目的二分論を構成するにあたって、主として田中二郎らによって形成された行政法学説を参照したことを明らかにする（Ⅱ）。続いて時代を一旦戦前に遡り、目的二分論の重要な要素である〈統制〉概念を田中二郎が形成した背景を見ていく（Ⅲ）。そしてさらに時代を遡って、田中二郎とは対照的な行政法理論を作り上げた美濃部達吉の理論形成の過程を検討し、その上で美濃部と田中の行政法理論の構造の違いを考察する（Ⅳ）。最後に、現在の公法学による警察の位置付けにどのような問題があるのかを若干検討する（Ⅴ）。

Ⅱ 戦後の憲法解釈学における目的二分論の形成過程

1 憲法解釈学としての目的二分論

目的二分論の登場

従来日本の憲法学説は、最高裁が経済的自由規制に関して1972年の小売市場判決²⁹⁾、及び1975年の薬事法事件³⁰⁾において経済的自由規制目的二分論と呼ばれる違憲審査の枠組みを打ち出した、と考えてきた³¹⁾。目的二分論の一般的な説明は以下の通りである。すなわち——「福祉国家の理念に基づいて、経済の調和のとれた発展を確保し、特に社会的・経済的弱者を保護するためになされる」政策的・積極目的規制にはいわゆる「合理性の基準」が適用される。他方、「主として国民の生命および健康に対する危険を防止もしくは除去ないし緩和するために課せられる」警察的・消極目的規制には「厳格な合理性の基準」が適用される——³²⁾。つまり、消極目的規制は積極目的規制よりも合憲性の審査密度が厳

29) 最大判1972年11月22日・刑集26巻9号586頁。

30) 最大判1975年4月30日・民集29巻4号572頁。

31) 概観として [LS憲法研究会2007: 245-248 [小山剛]] を参照。

格化されるというのである。

目的二分論への批判

それでは、憲法学説は従来どのような理由で目的二分論を支持してきたのか。米沢広一によると、それは次の二つにまとめられる³³⁾。

(1)「国家は社会的弱者を保護する責務を負っているため、概して経済的弱者保護のためのものである積極規制については、立法部に広範な裁量が認められるべきであるのに対して、消極規制については、警察比例の原則が作用し、規制手段は必要最小限でなくてはならない」

(2)「積極規制は、すぐれて政策的・経済的な判断に基づいてなされるために、裁判所の能力からいって、裁判所が立ち入るのが困難であるのに対して、消極規制は、生命・健康のための規制であり、裁判所による判断が比較的容易である」
他方で目的二分論に対しては次のような批判が存在する。

「たとえば、各種の公害規制立法による経済規制は通例は消極目的の規制であると解されるが、しかし、その規制はむしろ国民の生命・健康の維持のために必要不可欠な規制であり、そうであるとすれば、その規制は必要最小限でなければならないということではなく、むしろ、広汎で強力な規制が要請され、許容されるべきもののように思われる」³⁴⁾

これは恐らく目的二分論に対して多くの者が直感的に抱く疑問であろう。しかし、このような疑問に対しては、藤井俊夫による次のような反論がある。すなわち、確かに目的二分論では消極目的規制に対して、積極目的規制よりも厳格な違憲審査基準が適用されるが、だからといって必要な消極目的規制を行えないわけ

32) [芦部2007：211-212]

33) [芦部ほか編2000：203 [米沢広一]]。他には[戸波1988：242]、[安藤編2001：222-225 [角松生史]]、[LS憲法研究会2007：246 [小山剛]]など。ただし近年、長谷部恭男により、民主的政治過程論の観点から新たな理由付けも試みられている（[長谷部2000]）。それに対する批判（[高橋和2005：214]）と、再反論（[長谷部2006：第20章]）も参照。また[棟居2008：72-73 [脚注10]]も参照。

34) [戸波1988：242-243]。[覚道1975：126]、[小嶋1982：184]、[棟居1992：219-222]も同旨。

ではない。なぜなら、「『公害防止』という以上は、ある一定の規制法における『公共の福祉』の中身として想定されているはずの防止すべき『弊害』はもともと非常に広く設定されているのであるから、その防止のための規制手段の選択に関して『必要最小限度』という要求をかけたとしても、許容されるべき手段がかなり『広汎』なものとなるのは当然ともいえるからである」³⁵⁾。藤井の見解は確かにその通りであろう。だが、藤井の見解を是とした場合であっても、やはり、なぜ積極目的規制と消極目的規制では違憲審査基準が異なるのか、という疑問は残ることになる。

仮に理由(1)が述べるような「弱者保護の責務」を認めたとしても、それが「国民の生命・健康の維持」よりも重要であるという結論は直接には導かれない。(1)で決め手となっているのは、消極目的規制には「警察比例の原則」が適用されるという説明である。この説明は、早い段階で目的二分論を提示した芦部信喜によっても用いられている。だが、それではなぜ積極目的には比例原則が適用されないのか。確かに、「警察比例の原則」という言葉を忠実に解すれば、この原則は警察、つまり消極目的規制にのみ適用されることになろう。だが、日本国憲法13条などを根拠に、警察のみならず侵害作用一般に比例原則が適用されるという説明は、行政法学説において広く受け入れられていると思われる³⁶⁾。そもそも、なぜ比例原則は、警察比例の原則と呼ばれ、警察と結びつくものと考えられてきたのだろうか。これが第一の問題であり、後ほど検討することにしたい(IV章6節)。

第二の問題は次のようなものである。違憲審査論を論じる方法を、権利の価値序列の観点为基础にした〈実体論〉と、いかなる機関にいかなる権限を配分することが目的実現のために適切かという観点を基礎にする〈権限配分論〉に二分するならば³⁷⁾、(2)に現われている論理は権限配分論であるといってよい³⁸⁾。以下に引用するように、高橋和之もそのことを指摘している。

「規制される自由の側からすれば、重要なのは自由が制限されるということであり、それが消極目的からか積極目的からかは重要ではなからう。それどころ

35) [藤井1996: 62]

36) [高木1993]、[塩野2005: 76]、[藤田2005: 100] など。なお、[村田2004] も参照。

か、あえて言えば、消極目的の場合のほうが、自己の自由が制限されることに納得しやすいことが多く、ゆえに、積極目的の場合こそ、厳格に審査してほしいと思うことが多いかもしれない。このような疑問が生ずるのは、消極・積極という区別が規制を受ける人権の性格に基づく区別ではなく、規制する側の理由（悪くすれば、都合）に基づく区別であり、しかも具体的な立法目的の緊要度とは関係のない区別だからである」³⁹⁾

ここでいう「規制を受ける人権の性格」や「具体的な立法目的の緊要度」に基づく区別は実体論、「規制する側の理由・都合に基づく区別」は権限配分論と考えてよいだろう。つまり、目的二分論は実体論的な判断を専ら回避して権限配分論的な判断に依拠している点が問題ということになる。そこで以下、この権限配分論の起源を探っていく。

2 行政法学説における権限配分論

目的二分論の原型

このような目的二分論は、憲法訴訟論に関してしばしば参照されてきたアメリカやドイツの判例・学説には存在しないとされる⁴⁰⁾。そうだとすれば、目的二分論は海外から輸入されたものではなく、基本的に日本で形成されたことになる。結論を先取りするならば、目的二分論は、学説が小売市場判決と薬事法判決を基に形成した理論であり、その意味では日本の判例と学説の合作であるといえる。以下ではその具体的な形成過程を明らかにしていきたい。

37) 実体論と権限配分論の区別は、松本哲治のいう「実体論的理由」と「機能論的理由」(〔松本1996(→): 749-754] や、巻美矢紀による「実体」と「非実体」の区別(〔巻2007: 17])などを念頭に置いている。なお、〔内野1991: 182-188〕、〔宍戸2005: 第3章〕も参照。また、行政裁量論における「機能主義」については〔藤田2005: 107-109〕を参照。

38) 他方、樋口陽一は「独占放任型自由謳歌論=独禁法違憲論の独走に歯止めをかける契機」(〔樋口1975: 11])が目的二分論に内在することを指摘する。この、いわば実体論的な契機に対する共感は、少なからぬ学説を目的二分論への支持に向かわせたように思われる。

39) 〔高橋和2005: 215〕

40) 〔松本1996(→): 737〕

前述のように、目的二分論の論理構成に対する批判は従来より存在したが、近年に至っては、そもそも薬事法判決において最高裁は目的二分論に立っていないなかった、という見解も存在する⁴¹⁾。これは、言い換えれば、学説が判決を誤読して目的二分論を導き出したということになる。また石川健治は、最高裁が薬事法判決以降の経済的自由においては事案の「事の性質」と「比例原則」を基調にほぼ一貫して判決を下してきたとする⁴²⁾。そして、薬事法判決では「事の性質」ゆえに目的二分論が適用されたのであり、今後も「事の性質」次第では適用の可能性がありうると述べている。これらの見解の妥当性を判断する余裕は、本稿にはない。本稿の関心は、最高裁の真意はどうあれ、学説が判決から目的二分論を導き出したという事実にある。

それでは学説はどのようにして判例から目的二分論を導いたのだろうか。憲法学説の中に目的二分論が登場し始めたのは、おおむね薬事法判決以降と考えてよいだろう⁴³⁾。それでは、それ以前には目的二分論的な論理は存在しなかったのだろうか。筆者の知る限りでは、佐藤功が小売市場事判決と薬事法判決との間に刊行した教科書において、積極目的規制には消極目的規制よりも広い裁量が認められる旨を述べている。しかし、特にその根拠は示されていない⁴⁴⁾。

この問題に関しては、前田徹生による以下の指摘が重要である。すなわち、目的二分論については「行政法学上の行政作用体系における類型論や、『公共の福祉』をめぐって展開された学説上の二類型論の影響〔中略〕を看過することができない」という⁴⁵⁾。まず、後者に関していえば、確かに「自由国家的公共の福祉」と「社会国家的公共の福祉」という類型論は、目的二分論における消極目的と積極目的の区分と類似しており、その点で前田の指摘は正しいと思われる。だが、ここからが直接に導かれるのは、経済的自由には他の基本権には許されない積極目的規制が認められることだけであって、積極目的規制が消極目的規制よりも違

41) [野坂2006: 62-63]、[棟居2008: 69-70]

42) [LS憲法研究会2007: 295 [石川健治]]。これに賛同するものとして [巻2008] など。

43) ともに薬事法の判例評釈である [佐藤1975: 5]、[芦部1981: 288-291 [初出は1975年]] などが初期のものと思われる。

44) [佐藤1974: 204-205]

45) [前田1993: 201]

憲審査が緩和されることまでは導かれ得ない。それゆえ本稿では、前者の「行政法学上の行政作用体系における類型論」に注目したい⁴⁶⁾。

〔座談会「営業制限立法の問題点——薬事法違憲判決を契機として——」（1975年）〕

前田の論考で引用されているのは、行政法学者と行政の実務家らが参加した、その名の通り薬事法判決を受けて開かれた、1975年公表の座談会「営業制限立法の問題点——薬事法違憲判決を契機として——」である。

そこでは、まず塩野宏によって薬事法最高裁判決が紹介・解説されているのだが、そこで塩野は次のようなことを述べている。すなわち〈積極目的規制においては立法者の裁量が広いのに対して消極目的規制においてはそうではない〉という判決の論理は「ちょっと、おもしろいのですけれども、他方、果たしてそううまく言えるのかという気もするわけですね。なぜそれはそうなのかということです」⁴⁷⁾。これに対して山内一夫は次のように述べている。

「警察目的というのは目的が限定されていますから、その目的に合理的に仕える手段であるかどうかは、判断し易いという点があると思うのです。ところが、いまの経済政策上の規制、経済目的のための規制ということになりますと、目的が包括的でありますから、それに仕える手段の方もいろいろあることになり、その取捨選択についての裁量の幅がかなり広くなるような感じがするのでありまして、その裁量の広狭の差は、当該の規制が仕える目的のちがいがから出てくるのではないかという感じをもっているのですが」

そして、塩野は次のように応答する。

「いま先生のおっしゃったことに結局なるのかもしれませんが、一つは立法政策における技術性ということですかね。ある目的を達成するためにいろいろなやり方がある、あるいはその目的を達成するためにどういう手段をとっ

46) この他に、目的二分論と行政法学説との関連を指摘するものとして、[石川2008:58-59]。

47) [雄川ほか1975:45]

たらしいかというのは、裁判所がいちいちチェックできないような専門的な事柄である、あるいは政策的判断の問題である。ところが警察目的の場合に、これは昔から、美濃部理論以来行政法上の裁量問題でもありますように、これは裁判所が当然立ち入ることができる羈束裁量であるというようなところで分かれてくるとい感じがするのです」

この座談会の最後で塩野は次のように述べている。

「最高裁の判決の中では、学界の意見とは無関係なものもありますが、この判決は、その意味からいえばかなり学界というか、あるいは従来⁴⁸⁾の学説とか下級審の判例をかなり意識して立てられているのではないかという感じがします。〔中略〕それから経済目的あるいは経済政策目的と警察目的の区別も、これもすでに学説上も言われていることで、この判決が特に初めて言い出したものではないのです。その意味では、論理構成の中身をもう少し具体的に検討する必要はありますが、一番新しい教科書に準拠しているという意味では、教科書的判決であるということになるのではないかという感じがします」⁴⁸⁾

無論、あくまでこれは最高裁の見解ではなく、塩野たちによる判決解釈である。薬事法判決に関してはすでに、それがドイツの憲法判例を意識したものであるという指摘がなされており⁴⁹⁾、そのことは調査官解説を見ても窺われる⁵⁰⁾。本稿の関心は、最高裁がどのような意識で判決を下したのかではなく、〈営業の自由に対する積極目的規制と消極目的規制では、裁判所の審査能力に差異がある〉という論理をなぜ憲法及び行政法学説が最高裁判決から導くことができたのか、にある。その答えは、塩野のいう「従来⁴⁸⁾の学説」を参照することができたから、ということになろう。それでは、ここでいう「従来⁴⁸⁾の学説」とは何か。座談会で雄川一郎は、「こういう営業の規制については『ジュリスト』でも前に何度かい

48) [雄川1975: 59]

49) [石川健1992: 166 [脚注6]]

50) [富澤1977: 208-209]

ろいろな形で取り上げたことがございます」と述べている。実はこの座談会以前に、行政法学者と実務家などが参加した、営業規制をテーマにした座談会がすでに二度開催されていた。それらを順次参照して「従来の学説」が何なのかを探ってみたい。

〔座談会「経済活動と行政介入」（1971年）〕

1971年に公表された座談会「経済活動と行政介入」ではすでに、「消極目的」と「積極目的」という概念が用いられ、両者の区別の難しさ、そして、積極目的のためにどこまで規制が許されるのか、ということが議論されている。注目すべきは、この座談会が小売市場判決が出される前に開催されたことである。つまり、行政法学は小売市場判決よりも前に目的二分論的な論理を持ち合わせていたのである。さらに、次のような発言を見ることもできる⁵¹⁾。

「〔中略〕営業の自由〔中略〕というものが本来的に言えば自由競争を基本原理としているということになると、自由競争に対する一種の横やりを入れるためには、それなりはかなり確実な立法事実がなければならないということまではいえるのではないかと思うのです。裁判所としてはそういう立法事実に対してはある程度チェックをすることができるので、その立法事実を今度はどう評価するかという点になると、やはり国会の意思が優越するということになるのではないかと思うのです」

「裁判所として違憲を宣するというような場合は、〔中略〕規制内容が非常に不合理でとんでもない規制をしているという場合のほかは、なかなか難しいのではないか」

「裁判所には、職権で調査する権限もなく、また、調査する権限があったとしても手足がなく、立法府と同じようなことはできない」⁵²⁾

これらは公衆浴場判決⁵³⁾の評価に際しての発言であるが、目的二分論を支える権限配分論の論理と同一といってよいだろう。それでは、このような論理はどこ

51) 〔雄川ほか1971：60〕

に起源を持つのか。さらに時間を遡ってみたい。

〔座談会「事業の免許制・許可制——いわゆる特許企業の理論をめぐる諸問題——」(1964年)〕

この座談会の主たるテーマは、その名の通り、営業(事業)規制におけるいわゆる許可と特許の区別を問うものであった。まずは雄川一郎による、「普通の行政法の理論」における許可と特許の説明を、やや長いが引用したい⁵⁴⁾。

許可とは「ある事業をやるのに許可を受けなければいけないというようになっている場合には、本来その事業を営むことは、国民のいわば自然の自由に属することでありまして、特にその事業を営む権利を国から付与されることは必要でない、ただそれを野放しにしておくといろいろと弊害が出るというので、一般的には許可を受けなければいかぬという禁止の網をかぶせておきまして、そして個別的に、そういう事業をやらせても弊害が生じないという場合に、その禁止——国

52) ここでいう「国会の意思の優越」が翌年の小売市場判決において、そして「立法事実」が4年後の薬事法判決において決定的な役割を果たしたことは興味深い。なお、この座談会は小売市場判決と薬事法判決の調査官解説において参照されており、両判決に影響を与えたことが窺われる(〔田崎1974: 306〕、〔富澤1977: 215〕)。

なお、公衆浴場判決における裁判所の姿勢が「少し自己抑制がすぎるのではないか」という塩野の発言(〔雄川ほか1971: 60〕)に対する、雄川一郎の次のような反応は興味深い。雄川いわく——営業規制に関する司法審査のあり方は、つまるどころ「裁判所にどういう役割を期待するか」にかかっている。そしてニューディール期にアメリカ連邦最高裁が経済立法に対して次々に違憲判決を下したことに触れ、「ある意味では裁判所をあまり信用しないというか、あるいは信頼していないので、そういう役割を裁判所が担うことになると、これは両刃の剣になるわけですね。〔中略〕日本の裁判所の場合には、確かに一方においてよく切るという効果も出るかもしれませんが、また同時に、他方でとんでもないけがを引き起こす可能性もなきにしもあらずという感じをぼくはちょっと持っている」(〔1971雄川ほか: 61〕)——。「とんでもないけが」とは上記のアメリカのような事態を指すと思われる。そもそも日本において、このような心配にどこまで現実味があるのかはわからない。けれども、本当に必要な規制まで裁判所が違憲とする可能性が理論上、常に存在することは確かである。これは、「独占放任型自由謳歌論=独禁法違憲論の独走に歯止めをかける契機」(〔樋口1975: 11〕)としての目的二分論につながる重要な指摘であろう。戦後の日本の裁判所には「とんでもないけが」の現実味がなかったがゆえに雄川の指摘は忘れがちであるが、だからこそあえて意識しておく必要がある。とりわけ規制緩和の流れが強い現在においては、それなりに現実味のある話ではないだろうか。

53) 最大判1955年1月26日・刑集9巻1号89頁。

54) 〔雄川ほか1964: 7〕

民のほうからいえば不作為義務ということになります。それを解除して、適法にその事業をやらせる行為が許可だ。ですから、裏から見ますと、許可は何も新たに事業をやる権利を与えるものではないというように説かれる。したがってまた、許可をするかどうかということは、禁止のままにおいておかない限りは、許可を与えなければいけないという意味で、いわゆる自由裁量の行為ではないというように考えられてきた」という。

一方、特許とは「本来、国民が自由にそういう事業を営めるものではない。そういうような事業を営む権利は、いわば国家が独占しているところであって、ただそういう事業をほんとうにちゃんとやっつけていけるという能力のある者に対し、またそういう事業をやらせることが、公益に適合するという場合に、はじめて国家が国民に対してそういう事業をやる権利を与えるのだ。それが特許という行政行為ですから、特許をするか、しないかということになりますと、その者が事業をちゃんとやっつけていけるだけの能力があるか、またそういう事業をやるのが公益上適当であるかという行政的判断によって、特許をするかしないかができる。ですからそういう意味で、それは原則としては、自由裁量の行為だというふうにとかれてきた」とされる。

しかしながら、従来は公企業特許と理解されてきた事業に関して、法律が免許の基準を定めることにより行政の裁量をかなり限定したりするなど⁵⁵⁾、許可と特許のいずれにも分類し難い規制が複数登場していた⁵⁶⁾。

ところで山内一夫は、「許可というのは、だいたい警察上の観点から事業を規制する場合に使」われていると指摘する。山内は他方で、「企業に対する規制には、警察的な観点からの規制もあるし、積極的に公共の福祉を向上させていくという観点からの規制もある」とも述べる。当時の用語法では、前者の規制は警察許可、後者の規制は公企業特許と説明されていた。そして前述のように、公企業特許はあらかじめ国家が独占している経営権を私人に付与する行為と定義されて

55) [雄川ほか1964：8]

56) 例えば、1955年に最高裁で合憲判決が下された公衆浴場法の距離制限や、座談会の10年後に違憲判決が下される薬事法の距離制限などがすでに問題とされていることは興味深い（[雄川ほか1964：23-25]）。

いた。しかし、塩野宏は「古典的な特許企業論者からいうと、銀行は特許企業の範疇からはずれる。ただ、特許企業からはずれたものは、全部警察許可にもとづく自由営業であるという二分論に私は疑問を持っている」と述べる。そこで山内は「いわゆる特許企業といわれるところの特許あるいは警察許可、そのほかにまた第三の許可というものがあり得るし、第四があるかもしれない」と応答する。

そこで具体的に問題となったのが石油業法である。この法律は石油精製業を許可制にしていたが、その許可基準は過当競争の防止や需給関係の安定などといった、「広い意味での国の経済秩序というものを一定の方向に向ける」ことを目的としていた。だが成田頼明は「石油精製業それ自体は別に警察障害をひきおこすおそれのある事業でもないし、国民の日常生活に不可欠な財貨を直接供給する事業でもないわけですね。これはしいていえば、警察許可でも公企業の特許でもないさっき塩野さんがいわれた第三の範疇に属するもののような気がする」と指摘する。そして雄川一郎は次のように続ける。「戦時中の立法だった企業許可令による企業許可というのは、いわゆる統制許可の性質を持っているので、許可自体は経済統制政策に基づく自由裁量による趣旨だと田中先生などは説明されていたと思うのです」⁵⁷⁾。

ここでいう「統制許可」とは何か。塩野は「なにも警察的な秩序を維持するものでもない。しかし一方国家がそれを独占して、そしてたまたま私人もぐあいによければやらしてやるというような大上段にふりかぶったものでもない。しかし、このまま放置してはおけない情勢がある、あるいはここをもっと積極的にのばしたいという社会的要請」に対応する第三の範疇の規制の存在を肯定し、成田は「この種類の許可は、〔中略〕統制許可ということばを使ってもいいと思うのです、戦時中の統制許可ではなくて、新しい意味での」⁵⁸⁾と述べる。そしてこの統制許可には、「田中先生のいわれるような意味での政策的な裁量の余地というもののがかなり介入しうるものなのじゃないかと思うのですが」⁵⁹⁾というように、広い裁量の存在が考えられている。恐らくこの「統制許可」が、憲法学説が判例から目

57) [雄川ほか1964: 22]

58) [雄川ほか1964: 24]

59) [雄川ほか1964: 22-23]

的二分論を構築した際に積極目的規制の原型を提供したものと思われる。

他方、なぜ警察許可は法規裁量行為なのか。この疑問に対しては、雄川一郎による次の発言が参考になる。「いわゆる警察許可という理論は、国民の自然の自由の領域というものがまずあって、それに対する制限なんだから必要最小限にとどまらなければいけないという意味で、いわゆる警察権の限界と共通した考え方にたっていると思うのです。そういう考え方は、やはりなんといっても古典的自由主義の支配した時代から出てきたというか、そういう原理の上立った考え方だと思うのですね」⁶⁰⁾。しかしながら、雄川の説明を前提にすると、新たな疑問が生じる。国民の「自然の自由」⁶¹⁾に対する制限が必要最小限でなければならないというのであれば、統制許可も同様に必要最小限でなければならないのではないか。公企業特許は新たな権利の付与であるため自由裁量が認められる、という論理は理解できる。だが統制許可、つまり積極目的規制は権利の付与ではなく、あくまで自然の自由に対する制限である。実体論的に考えれば、統制許可も法規裁量行為となるはずではないのか。この疑問を解決するのが、先に二つの座談会で登場した、〈経済政策的の判断は原則的に立法府の任務であって、政策の当否に関する判断能力が劣る裁判所は介入すべきではない〉という権限配分的な論理なのであった。このような論理を提供したのが田中二郎であり、後に「従来の学説」と呼ばれるのである⁶²⁾。

ここで一言付け加えておくと、本稿は、目的二分論が行政法学説だけから構成されたと主張するつもりはない。アメリカ由来の「二重の基準論」が、論理構成にあたって重要な役割を果たしたことは確かであろう。しかし、二重の基準論はあくまで精神的自由と経済的自由という区分に関するものであり、二重の基準論

60) [雄川ほか1964: 26]

61) 「自然の自由」(あるいは「天然の自由」)については、[美濃部1913: 93-95]、[宮崎1972(二): 196-197 (脚注26)、221]、[下山/室井編1980: 17]など。また[田上1942: 64-65]、[田上1946: 45-76]も参照。

62) 葉事法判決以前に佐藤功が目的二分論的な見解をとっていたこと、そして、その根拠は特に示されていないことは先述した。しかしその箇所の直前で佐藤は、営業の自由規制の類型を紹介しているが、そこでは行政法学説を参照していることが窺われる([佐藤1974: 203-204])。ここから考えると、佐藤の「目的二分論的な見解」は、行政法学説からヒントを得た可能性がある。

だけからは目的二分論を構成しえなかったと思われる。

石川健治は、多くの学説が目的二分論を受け入れた背景として、次の二つの理由を挙げている⁶³⁾。第一は、田中二郎による公用収用理論が積極目的・消極目的という区分を説いていたこと。第二は、最高裁調査官として活躍した香城敏磨判事が、違憲審査基準論において規制目的の消極性・積極性という標識を挙げていることである。第二の指摘に関していえば、確かに「香城理論」が判例の読み方に一定の影響を与えたことは確かであろう。ただし、香城理論が公表されたのは薬事法判決から10年後であった。つまり、学説は香城理論を参照することなく目的二分論を形成していたのである。したがって、香城理論はすでに存在していた目的二分論を補強する結果となった、というのが正確なところではないだろうか。他方、第一の理由が目的二分論的形成に関わっていることは事実であろう。ただし、もう少し厳密に言えば、田中の行政法学説の中に消極目的・積極目的の二分論が抽象的な理論として存在し、それが一方では公用収用という一分野に應用され、他方では目的二分論に利用された、と考えるのが適切であるように思われる。

Ⅲ 田中二郎

1 はじめに

これまで示してきたように、憲法学説は、行政法学における警察比例の原則と統制許可の概念を利用することによって目的二分論を構成することができた。さて、Ⅱでは「戦時中の立法だった企業許可令による企業許可というのは、いわゆる統制許可の性質を持っているので、許可自体は経済統制政策に基づく自由裁量による趣旨だと田中先生などは説明されていた」⁶⁴⁾という発言を引用した。これから見ていくように、田中二郎は統制許可が自由裁量の性質を有するという学説を中心的に形成した人物であり、それゆえ、権限配分論的な性格の濃い目的二分論は田中の学説によって基礎付けられているといえる⁶⁵⁾。

他方、Ⅱの座談会で田中と並びしばしば名が挙げられたのが、田中の師、美濃

63) [LS憲法研究会2007:291-292 [石川健治]]

64) [雄川ほか1964:22]

部達吉である。田中は美濃部の学説を基本的に継承しつつも、美濃部とは異なる理論を展開したことが指摘されている⁶⁶⁾。しかし、警察と統制に関して二人の学説が異なる点はあまり言及されない⁶⁷⁾。後述するように、田中は統制（積極目的規制の原型）に対して警察（消極目的規制の原型）よりも広範な裁量を与えた。これに対して、美濃部は積極目的規制にも消極目的規制と同等の裁量しか認めなかった。そして後に見るように、このような美濃部の理論は、行政活動の性質（具体的には侵害性の有無）によって行政裁量を決定するという実体論的な性格の濃いものであった。それゆえ、田中が美濃部のそれとは異なる権限配分論的な論理を形成することによって初めて、憲法学説は現在のような目的二分論を権限配分論的に構成する条件が与えられたといえよう。

それでは、なぜ美濃部は行政裁量論において実体論的な立場をとり、他方、田中は権限配分論的な姿勢に立ったのだろうか。結論を先取りすると、ここでは両者の行政法学説における警察概念並びに警察権の限界論が深く関連している。とりわけ美濃部が圧倒的な通説に反して警察概念の広義説をとった意味に、本稿は注目したい。

そこで以下では二人の理論を比較検討していくが、まず本章では、田中がどのような過程を経て、上記のような論理形成に至ったのかを検討したい。

2 戦前における行政裁量区分論

まずはじめに、戦前における行政裁量区分論を整理しておく⁶⁸⁾。戦前の行政法学説や判例において行政行為は、法令によって一義的に拘束され、行政が裁量を行使する余地が一切ない「羈束行為」と、行政に対して何らかの裁量が認められ

65) 石川健治は、「憲法判例で名高い公衆浴場法をはじめとする営業警察は、行政法学の故郷ともいべき警察法の領域であったし、田中行政法が『積極的な目的』の作用として消極目的の警察作用と区別した『規制法』の領域は、経済憲法とも訳すこともできる経済秩序法(Wirtschaftsverfassung)を主軸に構成されていた」と指摘している〔石川2008: 58〕。なお、ここでいうWirtschaftsverfassungについては、さしあたり〔舟田1977〕を参照されたい。

66) 〔雄川1986: 658〕、〔雄川ほか1982: 11-12〔雄川一郎発言〕〕など。

67) その数少ない例として、〔塩野1989: 214-215〕。

68) 戦前・戦後の行政裁量論の概観としては〔山本2006〕、〔小早川ほか2006: 116-119〔亙理格〕〕、〔王2006〕などを参照。

る「裁量行為」に二分される。裁量行為はさらに、裁量が狭い法規裁量（もしくは羈束裁量）行為と、裁量が広い自由裁量行為に二分され、自由裁量行為には行政裁判所の審査が及ばないとされた。一方、戦後は行政事件訴訟法30条⁶⁹⁾などを理由として自由裁量行為にも司法審査が及ぶと解されるようになり、その区分の相対化が主張されてきた⁷⁰⁾。

行政法学説は以上のような状況であるが、本稿では便宜上、すべての行政行為には多かれ少なかれ裁量が認められ、それらは自由裁量を与えられた（戦前においては行政裁判権が及ばない）「自由裁量行為」と、法規裁量を与えられた「法規裁量行為」に二分されると考えておく。

さて、戦前の行政法学説においては自由裁量行為と法規裁量行為を区分する基準に関して、いわゆる「文言説」と「性質説」が対立していたとされている⁷¹⁾。佐々木惣一に代表される文言説は「法律の文言、すなわち、法律の定め方如何を基準として、羈束されているか自由裁量に委ねられているかを決めようとするもの」、他方、美濃部達吉が代表とされる性質説は「法律の文言如何に拘らず、当該の行為の性質、すなわちその行為が国民の権利・義務に対してどのように働きかけるか、によって、羈束行為か裁量行為かを決めようとするもの」と説明される⁷²⁾。

そして、性質説の典型例としてしばしば挙げられるのが、いわゆる「美濃部三原則」である。それは次の三つの原則から成り立っている⁷³⁾。

第一原則「人民の権利を侵し、之に負担を命じ、又は其の自由を制限する処分は、如何なる場合でも自由裁量の行為ではあり得ない」

第二原則「人民の為に新なる権利を設定し、その他人民に利益を供与する処分は、法律が特に人民の其の利益を要求する権利を与えている場合を除くの外、原則として自由裁量の行為である」

69) 「行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる」。

70) [塩野2005:112-126]、[藤田2005:94-121] など。

71) [山本2006:11]

72) [藤田2005:111]

73) [美濃部1929:152-153]

第三原則「直接に人民の権利義務を左右する効果を生じない行為は、法律が特に制限を加えて居る場合を除くの外、原則として自由裁量の行為である」

ここからわかるように、第二、第三原則では性質説と呼ばれる美濃部も裁量の判断に関しては法律の規定を重視しており、その点では文言説との差は相対的であるといつてよいだろう。ただしこの記述は、非侵害作用であっても法規裁量行為となる場合があるという例外を示したものであって、逆に、侵害作用であっても例外的に自由裁量行為となる可能性はさしあたり排除されている（第一原則の「如何なる場合でも」に注目）。ここには「侵害抑制の原理」⁷⁴⁾などと呼ばれる、「侵害行政作用をできる限り厳しく法的に拘束」しようとする美濃部の姿勢がよく現われているといえよう⁷⁵⁾。この点に関しては後に再び触れる。

3 田中の行政裁量区分論

それでは田中の行政裁量論、特にその区分論の検討に入りたい。田中はレビュー論文の「行政行為の瑕疵」において、当時の行政法学は「従来徒に法文の文字に捉はれた形式論理的な概念的解釈論に停滞」し、行政判例も「法治主義の理論より来る当然の条理を無視し、封建時代の思想に類する官権偏重の傾向を暴露している」と述べた。そしてその打破のために「行政法学の基礎原則を正しく理解し、法規の文字に拘泥して形式論理に流ることなく、全法律秩序の維持発達を目的とし、諸々の法律価値の比較衡量により具体的法規違反の効果を目的論的に決定すること」が必要とされる、とした⁷⁶⁾。藤田宙靖が指摘するように、法解釈方法論において田中は美濃部と問題意識が共通しており、なおかつ、法の目的論的解釈の必要性を訴えた⁷⁷⁾。この観点からすれば、両者の法解釈方法論を「美濃部＝田中シュレ」と一括して呼ぶこともできよう⁷⁸⁾。

だが田中は戦後、行政裁量の区分は「具体的の場合に、法の趣旨目的の合理的・

74) [小早川1983: 353]

75) [山本2006: 11]

76) [田中1954a: 4]

77) [藤田2002: 138]

78) [芦部ほか1972: 121 [藤田宙靖発言]]

目的的解释をなすことによって決する外はないのであって、法が事柄の性質からいって、一般法則性を予定している場合と、法が行政庁の政治的裁量又は技術的裁量を許容する趣旨である場合とが、具体的な法の合理的・目的的解释によってひき出され得るように思う」という有名な定式を主張した⁷⁹⁾。田中の説は、美濃部の「性質説」や佐々木の「文言説」に対して、「法の趣旨目的の合理的解释による説」⁸⁰⁾などと呼ばれているが、本稿では便宜上「法趣旨説」と呼びたい。

しばしば田中の行政裁量区分論は〈戦前は美濃部三原則を「大体において継承」⁸¹⁾していたが、戦後は法趣旨説に変化した〉と整理される⁸²⁾。だが、戦前である1931年の田中の論文において、すでに法趣旨説の原型を見ることができる⁸³⁾。すなわち、自由裁量行為と法規裁量行為の区分の基準は、「結局に於て法の解释の問題に帰するのではないかと憶測する。即ち法の趣旨が、法の定むる所に従ひ一定の事情の下に一定の行為の為さるべきことを命じ、之が一般法則として客観的に要求せられて居るものと認むべきか、それとも行政庁の主観的自由な判断に任せ、自らの最も公益に適すると信ずる所に従つて行動する自由を与へ、時宜に応じた適当な処分を為すことを許容せるものと認むべきか、によって決する。即ち一般法則性が予定せられて居るか否かの問題であり具体的場合に其の何れに属するかは行政行為の性質と法上の義務を有して居るか否かの問題である」と述べる⁸⁴⁾。もっとも、田中は同じ論文の中で、行政裁量の区分は「法の一義的な規程のある場合を例外として、行政行為の性質によって決定せられねばならない」とも述べているのだが、しかしそのすぐ後では、「併し乍ら行政行為の性質を決するものは法規であり、従つて結局は法の合理的解释の問題に帰着するものといはねばならぬ」と続けている⁸⁵⁾。

この後で田中は、法の規定が明確である場合、当該行政行為はその性質が侵害

79) [田中1957: 289]

80) [山田1964: 129]

81) [雄川1986: 611]

82) [雄川1986: 611]、[塩野1982: 52]、[小早川1983: 354] など。

83) 例えば [田中1954: 228]。

84) [田中1954: 228]

85) [田中1954: 256]

的が授益的かを問わず法規行為であると述べる。他方、法の規定が明確でない場合は、行政行為の性質によって裁量が決定されるとし、ルドルフ・フォン・ラウン（Rudolf von Laun）の著書 „Das freie Ermessen und seine Grenzen“〔自由裁量とその限界〕を参照しつつ、「Launは、全く法律の規定の無い場合には、事物の性質に鑑み、法秩序の精神から引出された目的に照し、羈束と自由との何れが、法の目的によりよく適合するかを探求するを要するとなし、一般的には行政権は個人の権利及び自由の領域に其の限界を見出すものと言ふべき」と述べている⁸⁶⁾。さらにその後、「行政権は国民の権利自由にて其の裁量権の限界を見出す」というラウンの言葉を引用し、その具体例として美濃部三原則を引用している⁸⁷⁾。

この論文は、戦前に田中が性質説を支持していたと解説される際の根拠として引用されることがあるが⁸⁸⁾、記述全体から判断すると、田中の行政裁量区分論はこの論文において美濃部の性質説と同一だったとは言い難い⁸⁹⁾。結局のところ田中は、すでに戦前から行政裁量区分論の枠組みとして法趣旨説に近い見解をとっていたのが、当初は田中の「法の合理的解釈」において最も重要な要素が行政作用の〈性質〉であったのに対し、これから見るように、次第に行政作用の〈趣旨・目的〉へと変化していった、と考えるのが適切ではないだろうか。その意味では、田中の性質説から法趣旨説への変化に見えたものは、実は「法の合理的解釈」という過程において重視される要素の変化であったように思われる。

4 田中の行政法学説における統制

ともあれ、まだ1931年の段階では積極目的か消極目的かによって行政裁量は区分されていない。その変化の兆しが見えるのは、1939年の著書『公共企業法』である。この著書の内容を見る前に、田中の学説における警察と統制の概念につ

86) [田中1954：237]。ラウンはこの引用箇所において、行政による個人的権利・自由の制限には法律による授権が要求されるという形式の論理から、個人的自由の制限には自由裁量は認められないという実体の論理を導いている（[Laun1932：90]）。後述するように、美濃部も同様の論理を展開している（IV章6節）。

87) [田中1954：258]

88) [雄川1986：611]、[小早川1983：348-349]、[塩野1982：52]など。

89) この点に関して、[高橋滋1999：332〔脚注15〕]を参照。

いて整理しておきたい。

まず警察についてであるが、後に再度詳しく述べるように、警察概念に関する学説は、その「目的」をどう定義するかによって大きく二分することができる。一つは、警察の目的を消極目的に限定する見解であり、これが戦前・戦後において通説の地位を占めたといつてよい（ここでは便宜上「狭義説」と呼ぶ）。もう一つは、警察の目的に消極目的だけでなく積極目的をも含める見解であり、圧倒的に少数説である（これを「広義説」と呼ぶ）。田中は戦前、警察を「社会公共の秩序を維持する為めに、一般統治権に基き、人民に命令し強制しその自然の自由を制限するの作用」⁹⁰⁾という狭義説で定義し、それは戦後も変わらなかった⁹¹⁾。

他方、統制に関していうと、当初から田中の教科書においては警察と並び統制が行政作用の一分野として挙げられている⁹²⁾。これは、後に述べるように1940年まで統制を独立した行政作用の一分野として位置付けなかった美濃部とは対照的である。そもそも、1930年代に行政法学界に登場した田中にとって経済統制は所与の存在であり、なおかつ、戦前における田中の主要研究テーマの一つでもあった⁹³⁾。田中は経済統制法の歴史を次のように整理している。

——近代的資本主義的自由経済の二大原則は「個人的所有権の絶対」と「個人意思の自由」（又は「契約の自由」）である⁹⁴⁾。だがこれらの基礎を維持するためには国家が第三者的地位に立ち、監視・取締という消極的な任務を行なうことが最低限必要である。そこで重視されるのは「法的安定」であり、一般的抽象的な法律が法的機構を象徴する。だが日本は現実には「未だ嘗て完全な自由経済としての発展を見なかったといつてよい」。というのも「資本主義の自己防衛的な見地から自治的に」行われたものであるとはいえ、明治初期から「産業警察的役割を演じた同業組合制度組合」などによる「自治的統制」は存在したからである（第

90) [田中1939: 15]

91) 田中の最後の教科書においては「公共の安全と秩序を維持するために、一般統治権に基き、人民に命令し強制し、その自然の自由を制限する作用」と定義されている（[田中1983: 32-33]）。

92) [田中1939: 89-92]。「統制」概念については[金沢1980: 40-41]も参照。

93) [田中1942]、[田中1942a]、[田中1954]。なお、[金沢1982]も参照。

94) [田中1942: 104]

1期)⁹⁵⁾。やがて産業の合理化は国家の課題となり、1931年の重要産業統制法などに代表される「自治的統制の国家的補強」が行なわれた（第2期）。そして1937年の日中戦争勃発に伴い経済統制は一層拡大した（第3期）。自治的統制は依然として存在するが、国家主導の統制が中心になっていく。第3期はさらに、生産増強、価格統制、経済組織の再編成、戦争の完遂という四つの時期に分類される——⁹⁶⁾。

そして田中によれば、「所有権の絶対」「契約の自由」に対しては、以上のように様々な修正が行なわれてきた。だが、それらは1942年の段階においてはもはや「修正」ではなく、この二大原則の「本質に固着するものと見なければ、その眞の意味を諒解し難いやうな段階に進みつつある」⁹⁷⁾。つまり所有権の絶対や契約の自由は完全に否定されるわけではないにせよ、「国家的見地」や「公共的必要性」による制約を加えられ、そして「その権限配分を果たすに適当な新たな法的形態が創設されるようになった」のである⁹⁸⁾。別の論稿では経済統制法における実質的特殊性の中の一つに、直接具体性・命令強制性・形成性を挙げている⁹⁹⁾。つまり、経済統制法は法律関係を直接変動させる効力を有するのである。

このことは、田中における統制及び警察の概念形成に少なからぬ影響を与えている。まず警察概念から見ていくと、田中は美濃部とは異なり、戦前・戦後を通じて狭義説に立った。田中は広義説に一定の理解を示しつつも、「行政作用は等しく権力作用であっても、その目的の相違により異なる取扱いを受けることある〔原文ママ〕」という理由から、狭義説を支持している¹⁰⁰⁾。ここで警察と「異なる取扱い」をされるものとして想定されているのが統制である。田中は、統制を「積極的に国民の経済・社会・文化生活の健全性を維持しその発達を図ることを直接の目的とし、国家の権力により、私人の自由活動特に私経済的生活関係に關与する行政作用」と定義した¹⁰¹⁾。この定義は、警察とは主に二点において異なっ

95) [田中1942a : 11-23]

96) 戦前の日本における経済統制法の概観については[本間1972]など。

97) [田中1942 : 122]

98) [田中1942 : 125]

99) [田中1954a : 236-245]

100) [田中1939 : 15]

いる。一つはその〈目的〉である。すなわち、ここでいう統制がおおむね今でいう積極目的の作用であるのに対し、警察は消極目的のための作用とされている。そしてもう一つの違いが、「私人の自由活動特に私経済的生活関係に関与する」という〈効果〉である。これだけではわかりにくいのが、つまるところ、警察が私人の自然の自由だけを制限するのに対し、統制は私人間の法律関係を直接に形成・変動・消滅させるのである¹⁰²⁾。この点は美濃部の警察・統制概念に深く関わっているため、後に再び触れる(IV章7節)。

5 統制と行政裁量

ここで話を行政裁量論に戻したい。田中の『公共企業法』の中で「公共企業」は、公権力が自ら経営する「公企業」、私人が公権力から特許を受けて経営する「特許企業」、私人が公権力による統制的規制を受けて経営する「統制企業」、そして、私人が公権力から警察的規制を受けつつ経営する「免許企業」の四つから構成される概念とされる。さて、このうち統制企業の開設には国家による許可(統制許可)が必要とされるが、その説明として田中は次のように述べている¹⁰³⁾。

「この許可行為は特許行為の如く、国家の独占に属する事業の経営権を付与する行為ではないが、国家統制の見地から、一般の自由な経営の制限されて居る事業の経営を許容する行為である。許可によつて、事実上、屢、独占的な利益を共有すると共に、事業経営の義務を負ひ、且つ国家の監督統制を受けるに至るから、その効果は、実質上は特許行為に類似するといへる。併し特許行為の如く国家的権利を付与する行為でなく、特定の国家公益的目的による私的企業に対する制限を解除するの行為と解すべく、その制限の範囲・制限を解除すべきや否やの認定に付て行政官庁の広範な裁量権が認められるから、行為の性質からいつても、実質的には特許行為に近いが、理論上には、警察許可と同様、

101) [田中1940: 90]

102) これは現在、〈統制法規違反の法律行為の効力〉として議論される問題である [小早川ほか2006: 26-27 [玉井克哉]、[宇賀ほか編2003: 第1章 [山本敬三/大橋洋一]] など。

103) [田中1939a: 89]

一種の羈束行為と解すべきであろう」

「警察許可との差異は、国民の経済文化生活の維持及び発達を目的とする統制法に於ては、その目的の広範漠然たること、従つて具体的に許可をなすや否やに付て行政官庁の裁量に委せられる範囲の広いことにある」

このように田中は、統制許可は「一種の羈束行為」であるとしながらも、公企業特許の論理を援用する形で、警察許可よりも裁量が広いと結論付けた。これは、裁量判断における「法の合理的解釈」において、権利・自由に対する〈侵害〉の有無と同等に（あるいはそれ以上に）、経済政策の当否に関する当該機関の判断能力を重視するものである。つまり、目的二分論における権限配分論に近いといえよう。確かにここで統制は「理論上」、つまり美濃部三原則に従えば「一種の羈束行為」とされているものの、「行為の性質からいつても、実質的には特許行為に近い」とされ、なおかつ「行政官庁の広範な裁量権が認められる」としている。〈広範な裁量を伴う羈束行為〉という説明は、羈束行為の定義から見ればほとんど語義矛盾であり、この時点で田中は限りなく戦後の法趣旨説に接近しているといつてよい。

この箇所では、原龍之助の論文「産業統制作用の法律的性格」が脚注に挙げられている。その参照箇所は行政裁量の区分を論じており、いわく「法が一義的に解決して居る場合の外は、むしろ行政作用の性質に照らし、法規の趣旨目的を合理的に解釈して決すべきで、法治主義の下においては、人民の自由及び権利を侵害する行為は当然に法規に基き法規に従つてのみなし得べき羈束行為と解すべく、これに反し、人民に権利を与へ其他利益を設定する行為は法律上特別の制限なき限り自由裁量の行為と解するのが正当であろう」というものであった¹⁰⁴。この「法治主義の下…」以下は美濃部三原則と同じ内容であるが、重要なのはその前の部分である。すなわち、行政裁量を「法規の趣旨目的を合理的に解釈して」決定するという論理が上述の田中の行政裁量論と瓜二つであることは容易に見て取れよう。田中は原の見解を援用して、統制に事実上の自由裁量を認めたわけで

104) [原1939:29]

あるが、それでは原は、いかなる根拠でこのような見解を打ち出したのか。原はこの箇所の一つの論文を引用しているのだが、それは実のところ先に紹介した1931年における田中の論文であった。つまるところ、田中の行政裁量区分論の発展の材料は、自己の当初の見解にすでに含まれていたものであり、それが時代の社会状況の変化に伴い、そして原とのいわば「共同作業」の中で展開されていったといえよう。

それでは次に、この時代の社会状況を見ていきたい。先に引用した田中の主張にあったように、なぜ統制法の目的は「広範漠然」なのか。

その理由は、1943～44年に公表された田中の論文「経済統制法の法源に関する一考察」において詳しく見ることができる。それによると、日本は「支那事変の勃発を契機とし、事変の進展に伴ひ、急速に戦時体制を整備する必要に迫られ」、「国家の権力的統制は事変の長期化前面化に伴ひ、漸次全般的総合的統制にまで推進められねばなら」ず、「経済機構そのものが所謂国防経済体制に編成されねばならぬこととなる」¹⁰⁵⁾。そして「経済そのものを形成し秩序づけるといふ役割を担当する『経済統制法』はその規定内容に於ては現実的具体的なものであり、而も複雑多岐にして変遷常なきあらゆる経済事象をその中に抱合し得る弾力的なものでなければなら」ないため、個々の経済統制法は必然的に授權法的規定、概括的弾力的規定、技術的・合理的規定などといった特色を帯びざるを得ない¹⁰⁶⁾。それゆえ、「規定に不備不統一の多い経済統制法令に在つては、法の合目的解釈〔中略〕がことのほか必要である」とする¹⁰⁷⁾¹⁰⁸⁾。

田中は戦後、「公共の福祉を維持増進するために、人民の活動を権力的に規律し、人民に対し、これに必ずすべき公の義務を課する作用」と定義された「規制法」の

105) [田中1954: 164-165]

106) [田中1954: 166]。なお、この点に関しては [末川1941]。

107) [田中1954: 194]。このような見解は、経済統制罰を論じた1941年の論文においてすでに簡潔な形で述べられている ([田中1941(三): 1476-1477])。[田中1954: 218] も参照。[雄川1986: 612]、[山田1964: 135]、[高橋靖1980: 196-197] も、田中の行政裁量論の変化に対する経済統制法の影響を指摘している。

なお経済統制罰の適用問題に関しては、判例、通説、そして田中が合目的解釈を主張したのに対し、美濃部が法規の厳格解釈に立ったとされている点は興味深い、ここでは立ち入らない ([田中1954: 194])。

概念を新たに提唱した¹⁰⁹⁾。これは従来の（経済）統制法に、「経済秩序法」¹¹⁰⁾、「公共企業規制法」¹¹¹⁾、そして「その他の規制法」¹¹²⁾を加えたものである。そして「規制目的の作用の場合には、法自体が、行政庁にある程度の裁量の余地を認める趣旨を解すべき」という論理で〈規制〉作用に広範な裁量を認めるとき、戦前の経済統制のために必要とされた権限配分論的な論理は、形を変えつつも確かに生きていたといえよう¹¹³⁾¹¹⁴⁾。

IV 美濃部達吉¹¹⁵⁾

1 はじめに

これまで述べてきたように、田中は〈積極目的の侵害作用〉というべき統制に

-
- 108) なお、戦前のドイツにおける経済行政法の代表的な著作の一つである、Ernst Rudolf Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1932においては、カール・シュミット (Carl Schmitt) を引用して「人民 (Volk) の政治的統一体としての固有の存在の保障」が国家のとりわけ重要な任務であると述べ、(フランスの *act de gouvernement* の理論を参照しつつ) そのための統治行為 (politische Akte, Regierungsakte) は法の厳格な拘束を受けないと述べる ([Huber1932: 169-170])。そして、当該行政活動が「政治的性格 (politischer Charakter)」を有するか否かが、統治行為の重要なメルクマールとされている ([Huber1932: 172])。
- 109) [田中1969: 第三章]。それに先立つ問題意識として、[田中1965: 序2]。
- 110) 「企業の経済活動の基盤を形成し、かつ、これを秩序づけ、経済の基本体制を確立することを目的とする法」([田中1969: 314])。
- 111) 「企業の公共性に着目し、その目的を達成させるため、それに対する監督・規制・保護助成等の根拠及び基準等を定めた法」([田中1969: 322])。
- 112) 「国民の生活環境の整備、特に各種の公害対策等の見地から、公共の安全と秩序という単なる警察的取締りの域を越え、積極的に人民の福祉の増進に寄与するために種々の規制措置」を規定した法令の総称。具体的には、公害対策、宅地造成、建築、原子力等に対する規制など ([田中1969: 324-326])。
- 113) [成田ほか1968: 227] や [田上1984: 10] も参照。
- 114) ただし、田中による分類では、食品衛生や薬害規制は「規制」ではなく「警察」に含まれていた。それに対して下山瑛二は、食品公害などの責任を問われた国がしばしば警察権の限界を責任回避の抗弁に用いたことを指摘して田中説を批判した。そして、食品添加物は国民の生命・安全に広範な影響を与え、なおかつ科学的に未解明な部分が多いため、危険性が確実に証明される以前に法的措置を講じる必要があり、そのためには警察権の限界が適用されてはならない、という理由から、食品衛生行政を積極行政、すなわち〈規制〉作用に分類することを提唱した。([下山1978])。公害規制に対して警察権の限界の適用を緩和するものとして、[成田ほか1968: 60]。
- 115) 近年の美濃部研究については [須賀2008: 15-16] を参照。

対して、〈消極目的の侵害作用〉である警察よりも広い裁量を認めた。これに対し、美濃部は侵害作用であれば積極目的であれ消極目的であれ、基本的に裁量の差を認めなかった。以下ではこの具体的な論理を見ていくが、そこには美濃部の警察概念論、警察権の限界論、そして法律の留保論が関わっている。そしてこの問題は、「なぜ警察比例の原則は警察にのみ適用されるといわれてきたのか」という先の疑問（Ⅱ章1節）に対して一つの回答を与えるだろう。

さて、戦前の警察法理論が概観される場合、警察概念に関する対立が言及されることがある。すなわち〈佐々木惣一らによって代表されるいわゆる「京都学派」は消極目的に限定したのに対し、美濃部らによって代表される「東京学派」は消極目的だけでなく積極目的も含めた〉というものである¹¹⁶⁾。確かに「社会的利益を保護することを其の直接の目的と為し一般統治権に基き臣民の自然の自由を制限し又は其の制限を強制する国家の権力的作用」¹¹⁷⁾という美濃部の警察概念は、消極目的のみならず積極目的をも含むものであった。しかしながら、上記の図式は厳密にいうと正確ではない。というのも、〈警察＝消極目的の侵害作用〉という定義を便宜上〈狭義説〉と呼び、〈警察＝消極目的及び積極目的の侵害作用〉という定義を〈広義説〉と呼ぶならば、比較的明確に広義説に立った主な論者は、「東京学派」の中でも美濃部や杉村章三郎¹¹⁸⁾など、ごく限られていたからである¹¹⁹⁾。

以下では、なぜ美濃部が警察概念の広義説に立ったのかを検討するが、まずはその前に狭義説の見解を見ておきたい。

2 警察概念の狭義説

狭義説——佐々木惣一

佐々木惣一の警察概念は「国家が、一般統治の下に或る社会生活の秩序の障害を除去するが為に、其の障害の原因たる事実に対する関与を、権力を用いて人の自然の自由の行為の自由を制限することを中心として、為す所の包括的活動」と

116) [奥平1966: 68]

117) [美濃部1914b: 37]

118) [杉村1943: 58-60]

119) なお[田上1937: 34-35]は、「正式の立法に基づく場合」は警察の概念が「文化の目的」にも及ぶとする。

いうものであった¹²⁰⁾。この定義は、「行政警察の趣意たる人民の凶害を予防し安寧を保全するにあり」(1条)と定める行政警察規則(明治8年太政官通達)に主として基づいている¹²¹⁾。しばしば佐々木の法解釈方法は「法実証主義」に立っているとしばしば指摘されるが¹²²⁾、ここにもその一端を見ることができよう。佐々木は他国の学説を自国の法解釈に取り入れることを一切否定はしないものの、それはあくまで「参考」に過ぎず、あくまで自国の実定法の条文を最も重視すべきであるとした¹²³⁾。

狭義説——市村光恵

これに対して、同じく京都学派に属し、なおかつ「警察は社会の秩序に対する危害を除去する為に直接に人の自由を制限する行政権の作用」¹²⁴⁾と警察概念を定義した市村光恵は、その根拠を行政警察規則だけでなく比較法学的研究にも求めた点において、佐々木とは若干異なる。市村は西欧において「ポリツアイ」の概念から外交、軍政、財政、司法が除かれ、さらに「幸福警察(Wohlfahrtspolizei)」も除かれて、最後には「保安警察(Sicherheitspolizei)」だけが残ったと述べる。そして、行政警察規則がフランスとプロイセンの警察法に範をとったことを指摘し、したがって行政警察規則もこれらの国々における法律と同様に解釈されるべきであるとし、警察が消極目的に限定されると結論付けたのである¹²⁵⁾。

織田萬¹²⁶⁾や山田準次郎¹²⁷⁾といった京都学派の研究者も市村と同様に、行政警察規則をはじめとする日本の諸法令や海外の法制史などを引用して、狭義説をとっている。先述したように、東京学派とされる田中二郎¹²⁸⁾もほぼ同様であった。

120) [佐々木惣1936: 8]

121) [佐々木惣1936a(二): 34-49]

122) [杉原ほか1968: 14 [阿部照哉発言]]、[藤田2002: 142-143]。ただし、佐々木の憲法解釈における「目的論的解釈」については、[岩間1984: 64-65]を参照。また、[杉原ほか1968: 14-15]も参照。

123) [佐々木惣1936a(-): 61-65]

124) [市村1913: 728]

125) [市村1915: 809-815]

126) [織田1934: 50]

127) 「危害防止の為にする行政作用」[山田準1936: 31]。ただし山田は、火災消火などの非権力作用も警察に含めている。([山田準1936: 34])。

128) 「社会公共の秩序を維持する為めに、一般統治権に基き人民に命令し強制し、その自然の自由を制限するの作用」([田中1939: 15])。

このように狭義説の主たる論拠は、第一に、行政警察規則は警察を消極目的に限定していること、第二に、西欧の学説は警察国家から脱するため、自由主義に基づき狭義説をとっていることであった。第一の論拠に関していえば、確かに行政警察規則1条の文面は、警察の任務を消極目的と規定していると読める。しかしながら、これに対しては柳瀬良幹によって次のような批判が行われた。

柳瀬良幹

多くの行政法研究者が狭義説をとる中、狭義説に立たなかった論者の一人が、警察概念の定義に際しての方法論で佐々木と論争を繰り広げた柳瀬良幹である。柳瀬は、佐々木が警察概念を導くにあたって根拠とした行政警察規則は、訓令、すなわち行政組織の内部的規律に過ぎないこと、また、行政警察規則は内務省警保局に関する規定であるが、法律は内務省以外の機関に対して森林警察、鉱業警察といった任務を明文で規定していることなどを挙げ、それゆえ佐々木の警察概念は「単に行政警察規則に於ける警察の観念として妥当であるに止まり、現行法の定むる全警察——強制——作用を包括する観念としては適当とは称せられない」と結論付けた¹²⁹⁾。しかしながら、柳瀬が広義説に立ったとは必ずしもいえないと思われる。結局のところ、行政警察規則とは別に、法律で警察に対して積極目的の侵害作用を授権することが可能であると述べるに止まっているからである¹³⁰⁾。

このように、行政警察規則を狭義説の論拠とすることは少なからぬ問題を孕んでいるといえよう。それでは、〈西欧の学説は狭義説に立っている〉という、狭義説の第二の根拠はどうであろうか。以下、節を改めて検討したい。

129) [柳瀬1940: 201]。[柳瀬1940a]も同旨。

130) 柳瀬と同じく狭義説に立たなかった鶴飼信成は、「Polizeiの観念」が消極目的に限定されていった過程を法制史・学説史的に検討した上で、「議会の議決に基づく法律の直接の授権を以てすれば更に右の範囲〔消極目的〕を超ゆる任務を警察庁に与え得べきものとなるは当然の結論」であると述べ、最後に、「一般に現代国家の職能の範囲が拡大へ方向にある限り、それに比例して右の広義の警察概念の範囲は拡大の傾向を辿るべく、この様にして結局今日の所謂文化国家は少くとも外部的には警察国の形態に近似して来るのではないであろうか」と結論付けている（[鶴飼1934: 44-45]）。ただしこの記述をもって鶴飼が積極的に広義説を支持したと断言しきれないことは、柳瀬と同様である。

3 西欧の「ポリツァイ」¹³¹⁾概念史

ポリツァイの概念についてはすでに詳細な紹介・検討が行われており¹³²⁾、本稿では詳しく触れずに、以下では概要だけを整理したい。

日本語の「警察」の原語とされるフランス語の“police”やドイツ語の“Polizei”は¹³³⁾、国家や憲法といった意味を持つギリシア語のポリテイア (politeia) にその起源を有する¹³⁴⁾。この言葉は15世紀後半に当初はドイツの官房用語として“Polizey”や“Policey”という形でドイツ語に導入されて定着していく。そして、16世紀においてポリツァイはまず、「社会 (Gemeinwesen) の状態・秩序」や「公共の福祉 (öffentliches Wohl)」という意味に用いられた。さらにポリツァイは「社会の状態・秩序を確立・維持するための任務」という第二の意味も持つようになり、あらゆる領域に介入した。しかし、17、18世紀には、ほぼ無制限であったポリツァイから財政・軍政を分離すべきという主張が盛んになる。これを受けて第二の意味のポリツァイは内務行政に限定されていた (第一次脱ポリツァイ化 [erste Entpolizeilichung])¹³⁵⁾。続いて、いわゆる啓蒙主義による絶対領邦権力制限の試みの一環で、ポリツァイの任務を安全 (Sicherheit) に限定し、福祉 (Wohrfahrt) を排除することが主張され始める。

そして1882年にはプロイセン上級行政裁判所 (Preußisches Oberverwaltungsgericht [略称 OVG]) により、いわゆるクロイツベルク判決 (Kreuzberg Urteil)¹³⁶⁾が下される。これは、ポリツァイ命令によって、戦争記念碑周辺の景観保護を理由に建築制限を受けた者が提訴したものであるが、OVGは以下の理由で当該ポリツァイ命令が法的に無効であると判断した。——当該ポリツァイ命令は法律によって個別的に授権されたものではない。そうすると当該命令はポリツァイに対する概括授権規範であるプロイセン一般ラント法 (Allgemeines Land-

131) 警察ではなく「ポリツァイ」と表記することについては [勝田ほか編2004: 227-228 (屋敷二郎)] 参照。

132) 例えば、[Knemeyer1978]。最近の日本語の文献としては、そこに掲載されている文献も含め、[米田2006(-): 46-49]。

133) [柳瀬1940: 175]

134) [鶴飼1934: 5]

135) [Knemeyer2004: 3]

136) ProOVG 9, 353ff. なお、DVBl, 1985, S.216 ff. に再録されている。

recht für die Preußischen Staaten) 2章17節10条¹³⁷⁾に基づくことになる。しかしながらこの条項は、美的な根拠に基づいて土地所有権の処分を制限する権限をポリツァイに認めるものではない——。

実はALR2章17節10条は裁判権に関するものであり、それゆえポリツァイに対する概括授權規範になり得るか疑わしいなど、この判決には様々な問題点が指摘されているが¹³⁸⁾、さしあたり本稿では以下の点を確認しておきたい。この判決は日本でも「〔クロイツベルク〕判決は〔中略〕警察の目的は治安目的に限るべく、福祉目的に及ぶを得ないとするのである」などと引用されることがある¹³⁹⁾。だがこの判決はポリツァイに対する概括授權規範であるALR2章17節10条が認める任務が消極目的に限定されると述べたのであって、ポリツァイが福祉任務を行うことを一切禁止したわけではない。つまり福祉目的任務の権限が法律による概括授權ではなく個別授權に基づくこと、すなわち「自由と財産に対する侵害に対する形式的法律の留保の原則¹⁴⁰⁾」を要求したのである。この判決の後も福祉任務がポリツァイから排除されることはなく、福祉任務の根拠となる個別的法律の制定が促進されることになった。

ともあれ、判例及び学説上、〈ポリツァイは消極目的に限定される〉という見解はこの時期以降、一般化したといつてよいだろう。そして、戦前の日本の主な公法學説は、このようなドイツの判例・学説を参照して狭義説に立ったのである。

4 「憲法上法律ヲ必要トスル事項ノ範圍ニ就テ」——広義説の誕生

それでは美濃部はなぜ、圧倒的な通説に逆らって警察概念の広義説に立ったのだろうか。美濃部が最初に〈警察＝消極・積極目的の侵害作用〉という定式を打ち出したのは、1907年の論文「憲法上法律ヲ必要トスル事項ノ範圍ニ就テ」であった¹⁴¹⁾。題名から見て取れるように、これはそもそも警察を論じたものではなく、

137) 「公の静穩、安寧及び秩序を維持し、且つ公衆又はその個々の構成員に対する危険を防止するために必要な手段を講ずることをもってポリツァイの任務とする」。

138) [芝池1974(二): 2]、[米田2006(-): 16-17]。

139) [鵜飼1934: 41]

140) [Götz2001: 18]

いわゆる法律の留保論に関する論考であった。美濃部における法律の留保論はすでに小野博司によって検討され¹⁴²⁾、また、その狭義説との関連は関根謙一によって詳細に論じられ、本稿も多くをそれに拠っている¹⁴³⁾。以下ではこれらの業績も踏まえつつ、美濃部が広義説に立つに至った理由を検討したい。

現在の日本行政法学では、〈国民の自由及び財産を侵害する行為には法律の根拠を要する〉という侵害留保説が法律の留保論における最低限のラインとして承認されているように思われる¹⁴⁴⁾。だが戦前においては当初、侵害留保論は通説ではなかった¹⁴⁵⁾。その理由は、以下に示す大日本帝国憲法（以下、明治憲法）9条にある¹⁴⁶⁾。

「天皇は法律を執行する為に又は公共の安寧秩序を保持し及臣民の幸福を増進する為に必要なる命令を発し又は発せしむ但し命令を以て法律を変更することを得ず」

「法律を執行する為」の命令は執行命令と解されるのに対し、「公共の安寧秩序を保持し及臣民の幸福を増進する為に必要なる命令」の解釈が問題となる。これは法律の執行命令でも委任命令でもない命令、言い換えれば、法律の根拠なしに、天皇及び天皇に委任された行政機関が発することのできた、いわゆる「独立命令」である¹⁴⁷⁾。学説の対立は、独立命令がいかなる範囲の事項に対して発することができるのかという点にあった。つまりは、法律の留保がどこまで及ぶのかという問題である。憲法の条文に明文で法律の留保が規定されている権利・自由の制限にのみ法律が必要とされるとしていた。これは「立法事項説」などと呼ばれている¹⁴⁸⁾。例えば、明治憲法20条は「日本臣民は法律の定むる所に従ひ兵役の義

141) 後に「立法権ト命令権トノ限界ヲ論ス」という題名で〔美濃部1908〕に収録された。

142) 〔小野2006〕

143) 〔関根1998〕、〔関根2001〕

144) 〔大橋2004：27-35〕、〔藤田2005：79-94〕などを参照。

145) 〔高田1978〕

146) 参照〔塩野2001：105-111〕。

147) 〔樋口1998：324-325〕

148) 〔塩野2001：107〕

務を有す」、29条は「日本臣民は法律の範囲内に於て言論著作印行集会及結社の自由を有す」と定めている（傍点筆者）。そこで多数説は条文に従い、このように明文で列挙されていない事項については法律だけでなく独立命令による制限も可能であるとした。つまり多数説は、人民の権利・自由を制限するための規範である〈法規〉は、独立命令ではなく議会制定法である法律の形式で定められねばならない、という原則を認めなかったのである（すなわち侵害留保説の否定）。塩野宏が指摘するように、この学説は「一面において憲法の文理解釈に基礎を有すると同時に、より根源的基盤を明治憲法のとる君主主権の統治構造においたものであった」といえよう¹⁴⁹⁾。そして、9条の「公共の安寧秩序を保持し」の部分消極目的（あるいは警察目的）、「臣民の幸福を増進する為」の部分積極目的（あるいは保育目的）と解し、独立命令は立法事項以外の臣民の権利・自由に対して、消極・積極どちらの目的のためにも制限するために発せうとされていた。

〈侵害留保説〉の登場

このような通説に対して異議を唱えたのが美濃部である。美濃部は、明治憲法に明文で列挙された権利・自由だけに法律の留保を認めるという通説は誤りであるとし、以下のような批判を展開した。

第一に、比較憲法学的視点からの批判である。美濃部いわく——明治憲法はプロイセンとベルギーの憲法を模範として制定された¹⁵⁰⁾。これらの憲法に共通するのは、臣民の権利・自由を侵害するために必要な規範である〈法規〉は、法律（議会制定法）によって制定されねばならないという原則である。これらの憲法には各種の権利が条文で規定されているが、それらは過去に強く侵害された歴史を有する権利・自由の重要性を確認すべく定められたものである¹⁵¹⁾。したがって権利条項はあくまで限定列挙ではなく例示列挙であり、列挙されていない権利・自由であっても法律なくして侵害することは許されない。そして両憲法の影響下に制定された明治憲法にも、当然この原則が含まれているはずである。したがって明治憲法下においても、いかなる権利・自由であってもその制限のために

149) [塩野2001: 107]

150) [美濃部1908: 22-41]

151) [美濃部1908: 60-61]

は、独立命令ではなく法律が必要なのである——。

第二に、通説における理論上の妥当性を問題とする。通説は、婚姻の自由や契約の自由といった権利・自由が憲法に明文で規定されていないことから、独立命令でこれらを制限できるとする。しかし美濃部にとっては「是等憲法中に規定なき各種の事項とその規定ある事項とを比較して特にその間の軽重あるの理由を認むること」はできず、このような通説は「憲法の精神に非らざる」ものに他ならないと批判する¹⁵²⁾。とりわけ、所有権が憲法上に明文で保障されているのに対し、身体の自由が規定されていないことは「権衡を失するの甚しき」ものと述べている¹⁵³⁾。したがって、憲法における権利条項は限定列举ではなく例示列举なのであり、あらゆる自由権が法律の留保の下にあると結論付けた。田上穰治の言葉を借りれば、これは「一般的自由権説」と呼ぶことができよう¹⁵⁴⁾。

以上のような理由から、美濃部は憲法における規定の有無にかかわらず、人民の権利・自由を制限するためには法律が必要であると結論付けた。これは侵害留保説の先駆けであるといえよう。塩野はこの説を、「市民的法治国論に基づいて国家行政における権力的侵害行政を全体として法律の留保のもとにおく」ものと述べ、上述の立法事項説に対して「市民的侵害留保説」と呼んでいる¹⁵⁵⁾。

独立命令の再拡大

法律の留保論において多数説（立法事項説）と美濃部説（侵害留保説）を比較した場合、美濃部説の方が理論的には権利保障が手厚いように思える。それにもかかわらず、美濃部説は、「憲法の根底を破壊し第十八世紀の警察国たらしめんとするもの」¹⁵⁶⁾、あるいは「法律の留保をなし崩しにする危険を孕む」という批判を受けることとなった¹⁵⁷⁾。

その理由は、以下のようにいささか複雑である。すなわち美濃部は、上述のように一旦は侵害留保説を唱えておきながら、他方では、独立命令によって人民の

152) [美濃部1908: 17]

153) [美濃部1908: 33]

154) [田上1946: 45-46, 76]

155) [塩野2001: 107]。ただし、美濃部自身は「侵害留保説」という言葉を用いていない。

156) [市村1915: 808-809]

157) [石川健1992: 190]

あらゆる権利・自由を制限できると主張した。その根拠は、侵害留保原則を貫徹すれば、9条が独立命令を規定した意義が「殆ど全く滅却するに至るの虞あり」というものであった¹⁵⁸⁾。つまり、西欧の立憲主義・法治主義を範とする明治憲法は侵害留保説を原則とする一方で、9条でその例外を認めたというのである。ただし、この例外は無制限に認められるわけではなく、一定の条件が留保された。すなわち、美濃部は9条が定める独立命令の内容を「内政の凡ての範囲を通して其の目的の消極的たると積極的たるを問わず、国権を以て自由を制限する作用」と解釈し、なおかつ、警察を〈内政目的の権力作用〉として定義する¹⁵⁹⁾。ここでいう「内政」とは行政から外政、法政、兵政（軍事）、財政を除いた作用である。したがって、この警察概念には消極目的だけではなく、積極目的も含まれることになる。こうして独立命令の対象範囲は内政の中の警察作用（すなわち侵害作用一般）に限定された。これが広義説のはじまりである。しかし独立命令の規律対象が、通説においては立法事項以外の権利・自由に限定されたのに対し、美濃部説においてはそれに加え立法事項に含まれる権利・自由にまで及ぶこととなり、この点が批判を招く結果となった。侵害留保説に立ちつつ、独立命令の例外を認めないという立場もありえたのかもしれないが、美濃部はこのような選択を行わなかった。その理由の一つとしては、侵害留保説を徹底させた場合、独立命令が人民の権利・自由を制限することは不可能となり、9条の存在意義が実質的に消滅してしまうことが挙げられる。もう一つの理由としては、当時は法律よりも命令による形式が中心であった警察実務に対し、美濃部が配慮を行った可能性が小野博司によって指摘されている¹⁶⁰⁾。とはいえ、戦前において侵害留保説はやがて田上穰治や田中二郎らによって次第に支持されていき¹⁶¹⁾、戦後は通説の地位を獲得する¹⁶²⁾。

158) [美濃部1908: 6]

159) [美濃部1907: 47]

160) [小野2006: 1237]

161) [田上1946: 45-46〔初出は1924年〕]、[田中1954: 271-276〔初出は1943年〕] など。なお、[田上1963: 487-491] も参照。

162) [大橋2004: 27-28]。また、[高田1978] も参照。

5 広義説の問題点

他方、法律の留保論において、いわば〈副産物〉として登場した広義説に対しても、「警察の意義に反し又濫用を助長する危険の観念」であるとの批判が加えられた¹⁶³⁾。美濃部は法律の留保論と警察概念論の双方において、なぜこのような説を展開したのであろうか。以下、その理論的背景を探っていきたい。

法律の留保論に関していえば、1907年の論文では、〈独立命令の対象事項は内政の領域に限られる〉という制約はあるものの、それを除けば独立命令に対する拘束は特段存在しなかった。しかしながら、まず翌年1908年の論文において、「法律に抵触する命令の禁止」及び「法律の先占区域における命令の禁止」が「法律の最強力 (Vorrang des Gesetzes)」あるいは「法律の形式的効力」として説明された¹⁶⁴⁾。

続いて美濃部は、1909年の論文「警察ノ観念ヲ論シテ憲法第九条ニ依ル独立命令権ノ範囲ニ及フ」において、いわゆる「警察権の限界」論を展開したが¹⁶⁵⁾、それは以下の四つであった。

- (a) 警察権は法律の委任がなければ積極目的のために発動できない
- (b) 警察権は原則として、障害を惹起した者に対して発動される
- (c) 警察権の発動は当該障害を除去する為に最小限度に限定される
- (d) 警察権は、ある行為がもたらす障害と利益を比較して、障害の方が一層重大である場合に限り発動できる

(b)はいわゆる「警察責任の原則」、(c)は広義の比例原則における「必要性の原則」、そして(d)はいわゆる「狭義の比例原則」に相当するが、これらに関する検討はここでは省略したい¹⁶⁶⁾。問題は(a)の理由付けであり、それは以下のようなものである。——まず、「警察は公共の秩序に対する障害を除去することを以てその自然の区域と為す」。積極目的も警察に含まれるが、それは「警察の自然の区域」ではない。そして「臣民は社会の一員として」、公共の秩序に対して障害

163) [市村1915: 809]。なお、[小野2006: 1243]も参照。

164) [美濃部1908: 119]

165) [美濃部1909(三): 58-62]

166) [田中1983: 55-60]などを参照。なお、比例原則については[小早川ほか2006: 22-23 [萩野聡]]及びそこで紹介されている諸文献や、[村田2004]などを参照。

を及ぼさないという「社会上当然の義務を負う」。それゆえ、社会に障害を及ぼすことはその義務に反するものであって、権力をもってそれを排除することは「国家の当然の任務」であり、これが「警察の本来の性質」なのである。これに対し、「積極的に社会の進歩に寄与すること」は「臣民の当然の義務」ではない。したがって、積極目的のための警察作用には「法律の委任」が必要となる¹⁶⁷⁾——。

そして、ここで話は独立命令に立ち戻る。——憲法9条が定める独立命令の範囲が警察であることはすでに述べた。つまり独立命令＝警察命令ということになり、それは警察権の行使に該当する。独立命令権には警察権の限界が適用されるため、独立命令を積極目的のために発することはできない——。

このようにして美濃部は、独立命令の範囲を消極目的の侵害作用に限定した。この場合、美濃部説において独立命令はあらゆる権利・自由に対して発することができる一方で、消極目的に限定される。他方、通説において独立命令は立法事項以外の権利・自由にしか発することができないものの、消極・積極目的を問わない。このようにして、ひとまず美濃部の9条解釈は完成し、通説と対峙するに至った。

しかしながら、〈一般的自由権説の導入と引き換えに独立命令の範囲を立法事項にまで一旦拡大させておきながら、警察消極目的の原則によって消極目的に限定する〉という、美濃部の独立命令論は、当初は支持を得ることができずに批判を浴びた。その最大の原因は、明治憲法の明文で法律の留保が定められた権利・自由に対しても、(消極目的に限定されるとはいえ)独立命令による制限を認められた点にある。また、柳瀬良幹からは〈憲法上規定された独立命令権は立法権と同格のものであり、それを警察権の限界によって制限することはできないのはいか〉という批判も受けた¹⁶⁸⁾。

さらに関根謙一からは、次のような指摘が加えられている¹⁶⁹⁾。すなわち、美濃部は侵害留保説をとりたいと考えたが、それでは9条の意味がなくなってしまう。そこで9条を侵害留保説の例外として認めることを余儀なくされたが、無制

167) [美濃部1909(三): 58-59]

168) [柳瀬1940: 241 [脚注八]]

169) [関根2001: 241]

限に例外を認めるわけにもいかない。そこで美濃部は9条が定める独立命令から積極目的規制を排除することを考え、そのために警察権の限界論が必要となった。すなわち、「公共の安寧秩序を保持し及臣民の幸福を増進する為に必要なる命令」という独立命令を警察作用とみなし、そこに警察消極目的の原則を適用することで、積極目的の独立命令を禁止することによる解決を考えた。それゆえ「臣民の幸福を増進する為」の作用をも、いわば強引に警察作用の定義へ含める必要があったというのである。関根のこの指摘には確かに説得力があるものの、以下の問題がある。というのも、広義説が初めて登場した1907年の論文では警察権の限界論は論じられず、それゆえ独立命令の規律対象は一時的に著しく拡大したが、それを限界付けるために警察権の限界論（とりわけ消極目的原則）が登場したのは1909年であった。関根の指摘が正しいとすれば、なぜ1907年の時点で消極目的の原則が登場しなかったのかの説明できない。もとより、1907年に内政における侵害作用一般を「警察」と呼んだ際、美濃部はとりたててその理由を示さなかった。そして、警察を消極目的に限定する見解があることを認めつつ、広義説を採用する理由としては、ただ「最も適當の名称なりと信ずるか故に、暫く此の意義に於て警察といふ語を用いたるに過ぎず」としか述べていなかった¹⁷⁰⁾。恐らくこのような説明の不十分さが批判を招いたものと思われる。

本稿はこの問題を考える手掛かりを1911年の論文「行政法の編別に就て」に求めたい。ここで美濃部は従來の学説が専ら行政作用をその目的によって分類してきたことを批判し、行政作用はあくまでその法律上の性質によって区分されるべきであるとした¹⁷¹⁾。その結果、美濃部は行政作用法を、警察法、法政法、民政法、財政法、軍政法の五つに分類する¹⁷²⁾。ここで重要なのは、一般に内政の部分として考えられてきた前三者である。法政は「人民の間に其の權利關係の秩序を定め及び其の權利を附与し變更し又は剥奪するの作用」、民政は「国家が権力を用いないで當造物を設置して人民の利用に供し又は其の外の助長的の手段に依つて文化を開発するの作用で、普通に保育行政と稱せられて居るもの」、そし

170) [美濃部1908 : 47-48]

171) [美濃部1911 : 65-67]

172) [美濃部1911 : 73]

て警察は「国家が一方向的に命令し強制するの作用」とされる（各傍点原文）¹⁷³⁾。それゆえ、消極目的であろうが積極目的であろうが、内政における侵害作用は同じ「警察」に分類されることになる。結局のところ、美濃部が広義説をとった理由は、このような行政作用の分類方法論にあった、と本稿は考える。

そしてこの整理は（美濃部がどこまで意図していたかは不明であるが）結果として重要な意味を持つこととなった。すでに宮崎良夫によって指摘されているが¹⁷⁴⁾、それは〈警察権の限界（この場合は消極目的原則以外の、警察公共の原則、比例原則、警察責任の原則などを指す）が積極目的規制に対しても適用される〉ということである。なぜなら、広義説に立った場合、積極目的規制は定義上、警察作用に含まれるからである。逆に、狭義説に立った場合、積極目的規制は警察に含まれないため、警察権の限界は適用されない。

それでは、警察権の限界はどのような効果を持つのか。美濃部は当初、〈警察機関はしばしば法令内において自由裁量を与えられているが、法律に「安寧秩序を保持するために必要な時」といった字句がある場合、何が必要な措置であるかの認定を行政機関が誤った時は警察権の濫用であり違法となる。そして警察権の限界はその判断基準となる〉と述べていた¹⁷⁵⁾。そして後になると〈警察作用に関する裁量は、便宜裁量ではなく法規裁量である。この裁量に関しては一定の法律的標準があり、これに違反する裁量は違法の行為となるが、警察権の限界に関する一般法則がその標準となる〉と述べるに至る¹⁷⁶⁾。このように美濃部の理論において警察権の限界が持つ機能は、〈自由裁量が認められた当該警察作用に対して裁量の限界を設定すること〉から〈当該警察作用の自由裁量を否定すること〉へと変化している¹⁷⁷⁾。しかしながら、警察権の限界を逸脱した警察作用が「違法」と判断されるという点では一貫しており、この点が重要な意味を有する。

先述したように、現在の行政事件訴訟法では自由裁量行為であっても裁量権の逸脱・濫用があった場合は裁判所の審査対象となるのに対し、戦前の判例・学説

173) [美濃部1911: 70-71]

174) [宮崎1972(二): 212]

175) [美濃部1913: 97-98]

176) [美濃部1932: 37]

177) 現代において比例原則が有するこの二つの機能については [村田2004: 70] を参照。

は、自由裁量行為は違法となり得ず、それゆえ行政裁判所の審査権限は原則として及ばないという見解で一致していた¹⁷⁸⁾。それゆえ、積極目的規制であっても違法となりうるという美濃部の主張は、権利保護にとって重要な意味を有していたのである¹⁷⁹⁾。特に、行政裁判所に出訴できる事項（訴訟事項）に関して、旧制度は「行政庁ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」（明治23年法律106号）により五つの事項に限定していたが¹⁸⁰⁾、それに関して美濃部の一連の学説は重要なポテンシャルを秘めていた。すなわち、上述のごとく戦前の判例・学説においては、例えば「営業免許の拒否又は取消に関する事件」であっても当該行政活動が自由裁量行為である場合、許可が拒否されても違法処分とはならず、したがって行政訴訟の対象とはならない。田中の述べるように「〔営業許可〕に常に行政庁の自由裁量が認められるものと解するならば、明治二十三年法律大百六号の掲げる営業免許の拒否を理由とする行政訴訟は實際上その効用を失ふこととなる」だろう¹⁸¹⁾。営業許可を例にとると、文言説に立つ場合、法令に許可の具体的な基準等が明記されていない場合は原則として自由裁量行為となる。また前述のように警察概念に関する当時の通説は狭義説であり、この場合、積極目的規制には警察権の限界は適用されない。だが、行政裁量論において性質説をとっていた美濃部は、警察概念論では広義説に立った。これによって上述のごとく、積極目的規制であっても警察権の限界が適用されることになる。そして、警察権の限界を逸脱した当該行政行為は「違法」となり、論理上は行政裁判の審査対象となる可能性が与えられたのであった。

178) [田中1954：第六章]

179) ただし当然のことながら、行政裁判所への出訴が許されたとしても、敗訴すれば救済は実現しない。例えば、営業免許に限定してではあるが、行政裁判所における原告の勝訴率の低さについては、[宮崎1972：特に197-201]を参照。

180) 「海関税を除く外租税及手数料の賦課に関する事件」「租税滞納処分に関する事件」「営業免許の拒否又は取消に関する事件」「水利及土木に関する事件」「土地の官民有区分の査定に関する事件」の五つ。ただし、法令勅令に別段の規程のある場合はこれら以外に関しても出訴が可能とされていた。全文は[小早川ほか2006：532]に収録されている。

181) [田中1954：242]

6 美濃部三原則を支える理念

さて、ここで想起したいのが、先述した美濃部三原則である。とりわけその第一原則（「人民の権利を侵し、之に負担を命じ、又は其の自由を制限する処分は、如何なる場合でも自由裁量の行為ではあり得ない」）に現れている姿勢は現在においても「自由主義的法治国観」などと評価されている¹⁸²⁾。そして第一原則の内容は、〈あらゆる権利・自由に対するあらゆる侵害作用は羈束裁量行為である〉と言い換えることができる。ここでは第一原則を二つに分け、便宜上、前半の〈権利・自由の包括的保障〉を第一命題、〈侵害作用全般の羈束裁量行為化〉を第二命題と呼ぶこととしたい。両命題は単純な内容であるが、包括的で、なおかつ第二・第三原則のように例外が留保されていないがゆえに、第一原則は非常にラディカルといえる。それだけに、このように包括的かつ強力な命題を根拠付けることは容易でない。例えば美濃部の著書の一つである『行政裁判法』では、第一原則の説明として、「総て各人の有する既得の権利は不可侵であることを本則とする」のであり、侵害作用には正当な理由が必要であることは「憲法上の当然の原則」である、という簡単な説明が見られるが¹⁸³⁾、このような説明では第一原則の根拠付けとして十分とは言い難いだろう。

この点に関して、美濃部は法治主義の名の下に、侵害行為全般に対して法律の留保を要求すること（侵害留保説）と、侵害行為をすべからず羈束裁量行為に区分すること（美濃部三原則）を行っている。だが、前者が国家作用の形式に関わるものであるのに対し、後者は実体に関わるものである。柳瀬良幹の言葉を借りれば、前者は「法治主義」、後者は「自由主義」といってよい¹⁸⁴⁾。そして美濃部の理論の問題は、法治主義の名において自由主義に該当する事柄を主張した点、言い換えれば、形式の論理から実体の論理を導き出した点にある。しかしながら上述のように、美濃部は警察概念論において（財政作用、あるいは内政作用における公用負担などを除く）侵害作用を一括して「警察」と名付け、そこに警察権の限界を一括して適用した。これによって、消極目的だけでなく積極目的であっ

182) [塩野1989: 215]

183) [美濃部1929: 153-154]

184) [藤田2002: 443 [柳瀬良幹発言]]

でも、自然の自由に対する侵害作用は羈束裁量行為へと区分される。このように、一見すると行政裁量論とは無関係に思われがちな警察概念の広義説は、美濃部第一原則の第二命題〈侵害作用全般の羈束裁量行為化〉を部分的・間接的に補強していたといえよう。

美濃部は、1910年頃から美濃部三原則を提唱し始め¹⁸⁵⁾、理論上はこれにより侵害作用一般が行政裁判の審査対象となった。さらに美濃部は、比例原則が警察以外の侵害作用にも適用されるという見解を示すようになる¹⁸⁶⁾。すなわち、同じく侵害行為である租税滞納者財産の超過差押は、本来は警察とは異なる作用である「財政」に分類されるものであり、警察権の限界は論理上適用されないはずである。だが美濃部は、超過差押や道路占有料の決定などに対しても比例原則が適用されると述べている。このように、侵害作用は総じて警察権の限界（比例原則に限ってではあるが）の適用対象となり、これによって美濃部三原則を裏面から支えたといえよう。

他方で田中の場合、警察概念の狭義説をとっていたのであるから、警察権の限界は警察にしか適用されないはずである。しかしながら、田中もすでに戦前、比例原則に関しては警察のみならず行政一般に適用されるべきであるとの見解を示し¹⁸⁷⁾、戦後も同様であった¹⁸⁸⁾。田中は戦前次のように述べている。

「違法行為に対する制裁〔中略〕は、〔中略〕必要な限度に止まらねばならぬ〔中略〕。何となれば之等の場合には、仮令法規の明瞭な制限はなくとも、其の処分が其の目的の爲めに必要な限度に止まれらねばならぬことは法治主義の当然の要請であつて、法治主義の下に於ては国民の権利自由を制限剥奪する等の行為は、常に法の根柢に基くことを要する外、更にこの思想の当然の結果として、常に其の目的によつて制限を受くるものと解さるべきであるからである。O. Mayer等が警察権の限界の一標準として論ずる『比例の原則』は其の一の

185) [美濃部1910: 58-59]

186) [美濃部1936: 933-936]

187) [田中1954: 238]

188) [田中1957: 294, 386-387]

例であり、同一の理論の適用が一般に同様の行政活動に付て認められねばならぬものと考える」¹⁸⁹⁾

美濃部が苦心して理由付けようとした、臣民の権利・自由に対する侵害作用一般の拘束は、ここでは「法治主義の当然の要請」という言葉で簡単に説明されている。結局のところ、侵害作用一般の拘束という命題が「当然」と思えるほどに美濃部三原則及び「法治主義」が行政法学説に受け入れられたからこそ、美濃部も田中も比例原則の一般原則化を唱えることができたのではないだろうか¹⁹⁰⁾。

以上見てきたように、美濃部の公法理論体系は、法律の留保論における一般的自由権説と、警察法理論における警察概念の広義説が美濃部三原則を間接的に補強する構造になっていた。美濃部三原則に従えば、理論上、積極目的規制も行政訴訟の対象となりうる。さらに、美濃部は警察消極目的原則によって積極目的規制には独立命令による根拠付けを認めず、法律を要求した。このような論理は、裁判所の審査能力といった権限配分論的な思考よりも、権利・自由に対する侵害の有無という実体論的な要素によって強く支配されていたといえよう。それゆえ、(一定の留保付きではあるが¹⁹¹⁾美濃部の論理の重点は、効率的な行政の実現よりも、公権力(特に行政)による侵害から市民の権利・自由を保護することに置かれていたといえる。

先に述べた、「なぜ警察比例の原則は警察にのみ適用されるといわれてきたのか」という問い(Ⅱ章1節)に対しても、ここから一応の回答を出すことができる。すなわち、少なくとも美濃部においては、戦後の目的二分論とは異なり、〈警察=侵害作用全般〉という警察概念が成り立っており、比例原則は(当初は財政などを除き、後には財政なども含めた)侵害作用一般に適用されるものとされていた。それゆえ美濃部は、目的二分論のごとく侵害作用の目的によって裁量に差をつけるという発想からは隔たっていたのである¹⁹²⁾。

189) [田中1954: 238]

190) なお[田上1937: 55-56]は、「法律の精神」を根拠として、警察目的以外の作用にも比例原則が「類推適用」されると説く。また、以上の論点に関しては[宍戸2008: 72-73]も参照。

7 美濃部における統制概念

1940年まで、美濃部による行政作用の分類の中に統制という類型は存在しなかった。例えば1932年の教科書¹⁹³⁾では、行政作用は、警察・保育・法政・財政・軍政の五つに分類されており、統制は含まれていない。だが、先の田中による解説からもわかる通り、従来から経済統制と呼ぶかは別にして、経済領域における積極目的の侵害作用は存在していた。そこで美濃部は当初、経済問題に関する積極目的を有し、自然の自由のみを制限する行政作用を、警察の中の「経済警察」へと分類した¹⁹⁴⁾。他方、積極目的を有し私人の法律関係を直接変動させる行政作用に関しては、主として「法政」という作用に分類することで対応した。法政は「私法的秩序を保持するが為に国家の一般統治権に基き私法関係の形成に関与し及び其の秩序を保護し監督する作用」と定義され¹⁹⁵⁾、具体的には発明権、意匠権、漁業権、鉱業権といったものがそれに該当するとされた。また、法政以外

191) 留保の例の一つとしては、美濃部がドイツから公企業特許の概念を紹介したことが挙げられる。その萌芽は「美濃部1911:76」などに見られるが、公企業特許（ここでは「独占企業権」と呼ばれている）は、この時点では「法政」に分類されている。その後、[美濃部1914:52-53]では、組織権、警察権、刑罰権、法政権、財政権、軍政権、公物権と並んで公企業権が挙げられている。先述のように、特許は新たに権利を付与する行為であり、したがって美濃部三原則では原則として自由裁量行為となる。それゆえ当該行政行為が許可と特許のどちらに分類されるかは行政訴訟の可否を決する。しかし、ある行政行為が許可と特許のどちらに分類されるかに関して、美濃部は明確な基準を提示せず、結局は当該法令の解釈に依拠する形となっている（[美濃部1914a:28-31]）。つまり、美濃部の理論では、法令の解釈次第で当該行政行為は特許、すなわち自由裁量行為となるのであり、行政に大幅な裁量を与える可能性を秘めていた。これはオットー・マイヤーの行政法理論と通ずるものがある。というのも、マイヤーは、警察作用には比較的厳格な法的統制を課しつつも、他方、警察権の限界が適用されない公企業や公用負担といった領域を用意することで行政に大きな裁量を与えたとされているからである（[塩野1962:175-184]）。その意味では、美濃部は単に自由の保護だけを重んじていたわけではなく、行政活動の効率的な遂行に対しても少なからず配慮していたといえよう。

192) ただし、美濃部のこのような理論が現実（特に裁判実務）に及ぼした影響を論じる余裕は本稿にはない。ここでは「わが国における警察権の限界論が、明治憲法下の実定制度の故に理論的に貫徹しえず、かつ実定法制にその根拠を見出しえなかった」ゆえ、美濃部の警察権の限界論は現実には影響力を発揮し得なかった、という宮崎良夫の指摘を引用するにとどめたい（[宮崎1972(二):214]）。

193) [美濃部1932]

194) 例えば、[美濃部1932:150-177]における「経済生活と警察」を参照。

195) [美濃部1932:513]

にも、保育の中に含まれる公企業特許¹⁹⁶⁾や公用負担¹⁹⁷⁾といった行政作用は、単に「自然の自由」を制限するだけではなく、法律関係をも変動させうるとされた。このように美濃部は、法律関係を変動させる経済統制作用は法政、公用負担、公企業特許などへ分類し、私人間の法律関係を変動させるのではなく、私人の「自然の自由」だけを制限する経済統制作用は経済警察として警察へと分類することにより、ひとまずは自己の行政作用各論の体系性を保つことができたのである。

1932年以降になると、美濃部は警察概念の定義それ自体には「自然の自由」という概念を用いなくなるものの、警察作用の効力が及ぶのが「自然の自由」だけであることは継続して述べている。それだけではなく、司法の中の民事作用を「私人相互の間に法的秩序を維持することを直接の目的とする」作用と定義することにより、「社会公共の利益を保護することを直接の目的と為し、私人間の法律関係は其の直接には関与」しない警察作用と区別し続けてきた¹⁹⁸⁾。美濃部にとって当該行政作用が法律関係を直接変動させる効力を持つか否かは重要な問題だったのである¹⁹⁹⁾。しかし現実には、法定制限以上の利子支払を定めた契約を無効とするのみならず、違反した質屋には営業停止等の処分を科すことを定めた質屋取締法のように、社会公共の利益を目的にすると同時に私法上の効力を左右する法令が少なからず制定されるようになっていた。美濃部はこのような法令を〈警察制限たると共に私法上の制限たる二重の性質を有する〉と説明することで対処してきた²⁰⁰⁾。だが私法上の効力を直接左右する大量の経済統制法を、専ら「自然の自由」にのみ関わる警察作用に分類することは、法律上の性質による行政作用の分類を唱えた美濃部にとってもはや限界を超えていたのである。1940年の教科書において美濃部は、統制を警察などと並ぶ行政作用の一分類として承認するに至る²⁰¹⁾。その理由は恐らく、学界においても統制が一つの分野として広く承認されるようになったこと、そして、経済統制法の著しい増加に伴い、上

196) 「国家が自己の権利に属する事業の経営を他の者に許容する行為」([美濃部1932: 261])。

197) 「総て公益の為にする特定の事業の目的の為に人民に課する所の負担」([美濃部1932: 289])。

198) [美濃部1932: 7]

199) この問題に関しては[末弘1929]を参照。

200) [美濃部1909(→): 52-53]

記のように行政作用の定義を操作することによる対応がもはや困難となったためであると思われる²⁰²⁾。

しかし1943年の論文において統制は再び姿を消した²⁰³⁾。もっとも、美濃部は連載「戦時経済行政法概観」の初回において、行政組織法、警察法、統制法（法政法）、公企業法、公用負担法という連載計画を予告していた²⁰⁴⁾。この時点では警察と統制を区別し、なおかつ統制を法政とほぼ同一のものと考えていたことがわかる。だが結局は、統制法が独立して論じられることはなかった²⁰⁵⁾。このように、一旦は美濃部の学説に登場した統制概念は、再び警察として論じられたのである。この点だけを見れば当初の美濃部説に戻っただけのようも思えるのだが、両者の間には看過できない違いが存在する。すなわち、美濃部は1943年の論文で警察権の限界論を事実上放棄して、「戦時警察殊に戦時の経済警察」に自由裁量を与え、行政訴訟による救済の道を絶った²⁰⁶⁾。これは、美濃部三原則（とりわけ第一原則）の放棄に他ならない。そして、その理由は「国防目的達成の為に国民の総力を最も有効に發揮せしむる」ことが求められ、「国民の総力發揮の為に何が必要であるかは、法律上に一定の標準を設けることは不可能であり、之を権限ある当該機関の自由裁量に任ずるの外は無い」というものであった²⁰⁷⁾。確かに戦前の美濃部の憲法研究者としての形式的な活動は天皇機関説事件によって閉ざされたといえよう。だが、美濃部は行政法解釈において（とりわけ行政裁量論などを通じ）実質的に憲法論を語り続けていた。しかし、美濃部が美濃部三原則を放棄したこのとき、その「自由主義」的・憲法論的な行政法解釈は〈戦時

201) 行政作用の分類は、警察・公企業及公物の法・公用負担法・保護及統制の法・財政・軍政、となっている（[美濃部1940]）。なお、[田中1942：934-936]、[田中編1956：323 [高柳信一執筆]]も参照。

202) なお、[田中編1956：323 [高柳信一執筆]]、[奥平1966a：380]参照。

203) 「戦時法に在つては、警察の目的が消極的であるといふ平時法の原則は、其の儘には適用されべきものではなく、戦力の維持強化の為に積極的に之に助力し寄与せしむることも、亦戦時警察の目的として認むる必要の有る」（[美濃部1943(6)：4]）。

204) [美濃部1943(6)：4]

205) [美濃部1943a：1]においては、「戦時公企業法」及び「戦時公用負担法」を連載するつもりであったが一時中止すると述べており、もうこの時点では「戦時統制法」を独立に扱う意思は存在しなかったと思われる。

206) [美濃部1943(6)：9-10]

207) [美濃部1943(6)：9]

という時代状況に対して実質的にも屈したのではないだろうか²⁰⁸⁾。

8 警察法理論における美濃部と田中の相違

以下ではまず、警察法理論における美濃部と田中の法解釈方法論を比較して、それぞれの特徴を確認し、その上で、日本の公法学が警察をどのように考えてきたのかを整理する。それを踏まえ、次章では警察の基礎付けという問題に対して憲法学がいかに向き合うべきかについて若干の検討を加えたい。

上述のように、美濃部は警察消極目的原則の根拠を、「社会の文化を進め一般の福利を増進することは、臣民の法律上の義務として国家の権力を以てこれを強制することは適當の手段といふことを得す、むしろ道義の要求に一任するを適當となすへ」きである、という点に求めた²⁰⁹⁾ (IV章5節)。これは美濃部の「自由主義」観の一つの現れといえよう。だがこの説明は「国民か社会生活を為せる以上は社会の秩序を害せざらんことは社会の一員としての国民の当然の義務」であり「国家が権力を以て之を防止することは公益の保護者としての国家の当然の任務ならざるへからず」という警察の正当化論と表裏をなしていたと思われる。「各人の生活行動をして絶対に自由ならしめは社会は唯腕力の争鬪たるべきのみ」なのである。美濃部はホブズ、ロック、ルソーらの社会契約説は国家の起源の説明たり得ないとした。「国家が全国民の意識した単個の行為に依って、一時的に作られた」という説明は「歴史上の事実」としては想像できないし、社会組織が発展した後に登場する契約の観念によって国家の起源を説明することは論理上の議謬であり、そして一度結んだ契約がなぜ子孫まで拘束するのが説明できない、というのがその理由である²¹⁰⁾。しかし他方、法の存在理由を説明した論考では、もし法が存在せず「各人が其の欲する所を恣にすることが出来るとすれば、其処には唯実力の鬪争あるのみで、即ちホブズの所謂『総ての総てに対する戦』(bellum omnium contra omnes) となるの外は無く、社会生活の存立し得る余地は無い」と述べている²¹¹⁾。

208) [小野2006:1254〔脚注37〕]

209) [美濃部1913:100-101]

210) [美濃部1921:159]

美濃部による消極目的原則の説明の根幹は、主として「国民の当然の義務」という非実定法的な概念に求められた。そしてそれを支えたのが自然状態における「総ての総てに対する戦」という非「歴史上の事実」であった。これは、社会のよき秩序に対して障害を発生させないことを「自明で、先天的 (selbstverständliche, angeborene)」な臣民の義務²¹²⁾と述べたオッター・マイヤーに依拠したものと思われる²¹³⁾。マイヤーにとって、広範なポリツァイ権力の存在根拠は非成文法を以ってしか説明がつかないものであり、逆に言えば先天的義務はポリツァイ権力の限界でもあった²¹⁴⁾。それは美濃部と明治憲法9条に基づく独立命令との関係に平行といえる。美濃部は積極目的が先天的義務ではないことを終始主張し続けたが、他方では社会に対する安全が「当然の義務」であることを終始疑うこともなかった。「自存」「法政」と並んで「治安」は国家の「第一次的目的」であり、「国家存在の必要は第一に此の点に於て存するのである」と言い切った美濃部にとって、それはごく自然な帰結であったといえよう²¹⁵⁾。

これに対して、田中も「立憲法治主義」や「憲法の精神」などといった概念を用いるものの、非実定法的な論理に法解釈の根拠を求める程度は、美濃部よりも小さかったといえよう。本稿が考える美濃部と田中との重要な相違はここにある。上述のごとく、美濃部は非実定法的な概念をしばしば用いたのみならず、法源として、制定法と並んで「社会心理」(あるいは「社会通念」)²¹⁶⁾や「正義」²¹⁷⁾などを積極的に位置付けている。これは、大日本帝国憲法及びそれに基づいた法制度を前に、美濃部がとらざるを得なかった姿勢と考えることができよう。憲法や実定法制度に抵抗の手がかりを求められないのであれば、豊富な比較憲法的知識や非実定法的な理論にそれを求めることは、考えうる一つの選択肢である。美

211) [美濃部1948: 10]

212) [Mayer1895: 251]。なおこの箇所は、[Mayer1924: 207]では、各人の「社会的」な義務という表現に変わっている。

213) ちなみに、美濃部はマイヤーの „Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Aufl.“ を『独逸行政法』の題名で1903年に翻訳・出版している。

214) [塩野1962: 175-183]、[米田2006(-): 53-77]

215) [美濃部1921: 172]

216) [美濃部1948: 103-116]

217) [美濃部1948: 161-177]

濃部にとっては、条理法や事実といった非実定法的な論理こそが、今における憲法の役割を果たしていたと考えるべきではないだろうか。だが、田中はそうではなかった。恐らくその理由は、田中が研究対象としていた行政法は、憲法に比べれば詳細に規定され、非実定法的なものを持ち込む必要が少なかったためであると考えられる。また、日本国憲法が制定されて権利条項などが充実することにより、美濃部のごとく条理や自然法、そして「憲法の本質」などといった概念を権利保護のために用いる必要が少なくなったことも挙げられよう。田中はこのように〈法外〉な理論から脱却していくことで、裁量判断の核を「法に内在する目的」に集中させた。言い換えれば、「『行政行為の性質』」ではなく「『法律の規定』そのものに自由裁量の識別基準を求めた」のである²¹⁸⁾。このことは、美濃部理論が有していた権利保護の性格を失っていくのと引き換えに、行政権に柔軟な裁量判断を与えることを意味した。ここには、〈実定法の外部にも規範を求める美濃部理論〉と〈行政法という実定法内部での自己完結を試みる田中理論〉という構図を見ることができる。そして、前者が行政法解釈論であると同時に実質的な憲法解釈論の機能をも果たしたのに対し、後者は実質的にも専ら行政法解釈論であったといえよう。

そして、田中が以上のような選択を行うにあたっては、権限配分論が田中にとって重要な意味を持っていたことが影響を与えていると思われる。そもそも田中が自由裁量論を本格的に論じ始めた論文の題名は「行政裁判所の権限より見たる自由裁量問題」〔傍点筆者〕であった。つまり、田中は当初から行政裁量を論じるにあたって権限配分論の観点を重視していたのであり、この点は戦後の「司法権の限界」論にも受け継がれているといつてよいだろう²¹⁹⁾。それは、塩野宏の言葉を借りれば、「現代行政の広範にして多彩な展開に対する司法審査の限界を、機能的に限定することを試みたもの」といえる²²⁰⁾。

ただし、ここで断っておかねばならないのは、あくまで美濃部と田中の以上のような対比は警察法理論に限定されたものであり、両者の憲法・行政法解釈論全

218) [王2006(二): 64]

219) [田中1976: 1-44]

220) [塩野1989: 215]

体にまで拡張して両者を比較する余裕は本稿にはない。

ともあれ、行政裁量論における田中の法趣旨説は戦後の学説・判例でも受け入れられていった。その中で生まれた、〈警察許可、統制許可、公企業特許の順に行政裁量を広く認める〉という行政法解釈論の図式は、やがて小売市場事件で目的二分論という憲法解釈論の形で登場する。そして、そのためには田中が美濃部三原則から離れる必要があった。それは田中自身がどれだけ自覚的であったかは別として、とりもおさず、美濃部三原則と裏表をなしていた警察法理論、そして「臣民の当然の義務」などといった非実定法的な理論との決別でもあったのである。

V 結びにかえて——憲法学・警察・メタ理論

1 権限配分論による警察の基礎付け回避

前章で見たように、美濃部説は「臣民の当然の義務」や「総ての総てに対する戦」といった非実定法的な論理を背景に警察を基礎付けると同時に限界付けるものであった。他方で田中は戦前に、警察権の基礎については「警察は一般統治権に基く作用である」²²¹⁾、警察権の限界論については「自由主義的法治国の原理を基礎原理としてとる我が憲法の本質からいって、現行憲法上の要請と見るべき」²²²⁾、という簡潔な説明で済ませている。そして戦後になると、警察権の基礎についての説明はほぼ戦前と同様だが²²³⁾、警察権の限界については若干の変化が見られる。すなわち、警察法2条2項²²⁴⁾や警察官職務執行法1条2項²²⁵⁾などを引用し、「これらの規定は、むしろ注意的な規定で、この考え方は、あらゆる場合における警察権の行使についての基本的原則を示すもの」であり、「基本的人権の保障を建前とする自由主義的法治国家においては、具体的な法律の規定をまつ

221) [田中1939: 17]

222) [田中1939: 26]

223) [田中1983: 34]

224) 「警察の活動は、厳格に前項の責務の範囲に限られるべきものであつて、その責務の遂行に当つては、不偏不党且つ公平中正を旨とし、いやしくも日本国憲法の保障する個人の権利及び自由の干渉にわたる等その権限を濫用することがあつてはならない」。

225) 「この法律に規定する手段は、前項の目的のため必要な最小の限度において用いるべきものであつて、いやしくもその濫用にわたるようなことがあつてはならない」。

までもなく、当然に認められるべき条理上の原則というべき」というのである²²⁶⁾。美濃部と異なり、ここでは警察の存在それ自身の基礎付けはそもそも重要な問題と位置付けられてはいない。このような選択が可能であったのは、これまで見てきたように、田中が専ら行政法のみを守備範囲にしていたこと、そして田中は美濃部らが主張・通説化した警察法理論を前提として解釈論を進め、それらの理論が実定法上に具現されていると主張できる状況にあったこと、などが大きな理由であると思われる。実定行政法の合憲性をひとまず前提とした上で、それに対する行政活動の適法性を確保することが重要な任務である行政法学においては、さしあたりこれで問題ないといえよう。だが、行政活動の根拠となる立法の合憲性・正当性そのものを問うことも主要課題である憲法学において、田中のような権限配分論に依拠することによって警察の基礎付けを回避することは、行政法学とは異なる意味を持つはずである。憲法学説はこの選択を、当時も、そして今もなお無自覚に行っており、この是非がまず問題となる。

2 警察の社会契約論的基礎付け

他方、戦後の憲法学において田中のような権限配分論が貫徹されているとすれば、憲法学は、警察に関する非実定法的な基礎付けを持たないはずである。しかしながら本当に日本の憲法学には、警察に関する非実定法的な基礎付けが存在しないのだろうか。ここで、本稿冒頭（Ⅰ章1節）で述べた疑問を再度提示したい。すなわち、憲法学は〈人々が自然状態を克服するために社会契約を結んだ結果設立された国家にとって、警察は必要最小限の任務である〉という論理を自明視してはいないだろうか。繰り返しいえば、「『市民のセキュリティ』保障を憲法的権利から排除することは、社会契約を基盤とする近代国家理論に倣差す限り不可能である」²²⁷⁾という見解は、果たして例外的なものなのだろうか。

ここでは、長谷部恭男と佐々木弘通との論争に注目しておきたい。長谷部は〈個々人に対外的な安全を保障できるか疑わしいにもかかわらず、自衛のための実力の保持を禁止する「絶対平和主義」を憲法9条解釈として採用することは、

226) [田中1983: 34]

227) [石川裕2003: 26]

個々人に「善き生き方」として「絶対平和主義」を押し付けることになり、それは（狭義の）立憲主義に反する可能性がある」と述べる²²⁸⁾。それに対して佐々木は〈現在の日本においては、一定の条件が満たされれば、むしろ9条解釈としては「非武装平和主義」の方が「穏和な平和主義」よりも近代立憲主義と原理的に整合しうる〉と反論している²²⁹⁾。ここで指摘すべきは、第一に、ここでは両者とも社会契約論を利用している点であり、第二に、両者は自衛目的の〈実力〉の保持の是非に関しては対立しているにもかかわらず、〈国家は国内の安全を実現するための「警察力」の保持を認められているだけでなく、義務付けられてもいる〉という見解では一致している点である²³⁰⁾。とりわけ、社会契約論を用いて非武装平和主義を正当化するという意欲的な試みを行った佐々木が、国内の安全の問題になると、社会契約により設立される国家は「国民の生命・財産等」の保全を義務付けられるゆえに「『警察力』の保持を普遍的に要請される」と断言しているのは興味深い²³¹⁾。ここからは、社会契約論によって、軍はともかく、警察を説明する論理が憲法学説において比較的広く受容されている可能性を指摘できよう²³²⁾。

3 田上穰治

田上穰治は恐らく、警察の社会契約論的基礎付けを戦後の日本で最も明確に提示した一人である。田上の法解釈の特徴は、「国家を統整する窮極の価値たる自然法」²³³⁾という概念をしばしば使い、これによって様々な原理を理由付けた点にある。このような法解釈方法は、戦前において、一方では、美濃部の侵害留保説及び一般的自由権説を支持する際の根拠となった²³⁴⁾。すなわち、「人民に義務を命じ又は権利を侵害する場合、及び人民の天然の自由を侵害する場合には、行政

228) [長谷部2006：第16章]。また [長谷部2006a：第1章] も参照。

229) [佐々木弘2008]

230) [長谷部2006a：131]

231) [佐々木弘2008：93]

232) [棟居2004：78-80] も参照。

233) [田上1937：29]

234) [田上1946：45-46、143-152]

権は常に法律の根拠を要し、又其の裁量は常に法律上羈束される」という論理である²³⁵⁾。だがこの論理は他方で、「〔自然の自由は〕本質上当然に公共の安全秩序を保持する警察目的（治安の目的）に制約される。蓋し自然法の正義は、各人の人格を尊重し、社会生活の平和を維持することを、要求するからである」、という帰結を導くことにもなった²³⁶⁾。また、「社会生活の秩序を障害せざることは社会の一員としての国民の当然の義務」²³⁷⁾という論理によって警察権の基礎付けと限界付けを同時に行っており、この点は美濃部と同じとあってよい²³⁸⁾。

以上のような法解釈方法は基本的に戦後も継続し²³⁹⁾、警察及び自衛隊の基礎付けに用いられた。すなわち、自衛隊に関しては「個人の生命・身体および財産の安全を保障することが国家の重要な任務であるとすれば、国外からの侵略に対する国家の自衛権は当然に認められる」と述べている²⁴⁰⁾。また、警察については、「〔憲法に〕警察力に関する直接の規定はないが、憲法上個人の権利を保障することは、公共の安全と秩序を破壊して法の窮極の目的に反することまで認めるものではなく、国政の上で国民の基本権を最大限に尊重すべきことは、基本権を濫用する一部の国民を規制し多数の国民の基本権を保護すべき要請を含むから、治安維持のための警察権は憲法に根拠をもつ」としている²⁴¹⁾。戦前、非「自由主義」的な実定法を「自由主義」的な方向に修正しようとして用いられた非実定法的・自然法的な論理が、戦後において今度は憲法という実定法に対して、異なる方向で用いられたといえよう。

4 憲法の社会契約論的解釈が有する意義と問題

このような田上の社会契約論的な憲法解釈は、例えば、元内閣法制局長官の阪田雅裕による次の発言に類似している。

235) [田上1937: 30]

236) [田上1946: 58]

237) [田上1937: 51]

238) 「警察権は各人の治安維持に関する先天的義務を前提とする」([田上1946: 173])。

239) 例えば、[田上1948: 64-68、122-123]、[田上1950: 41-42]、[田上1984: 6] など。

240) [田上1985: 77]

241) [田上1985: 80]

「国家には国民が居住をしており、その国民一人ひとりには、平和的に生存する権利がある。〔中略〕その国民の生命、あるいは財産が外部からの武力攻撃によって危険にさらされる、あるいは現に侵害される状況に立ち至った時に、指をくわえて見ていることは、やはり主権国家として、ごくふつうに考えても許されないことだろうと思いますし、憲法全体、前文や基本的人権を保障した第三章の規定をも合わせて読んでみると、やはり主権国家として、国民の生命や財産を守るために最低限やるべきことはやらなければならない」²⁴²⁾

このような論理は現行憲法9条に関する政府解釈においても見ることができる。例えば、2003年7月15日の政府答弁書は次のように述べている。

「憲法前文で確認している日本国民の平和的生存権や憲法第十三条が生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利を国政上尊重すべきこととしている趣旨を踏まえて考えると、憲法第九条は、外国からの武力攻撃によって国民の生命や身体が危険にさらされるような場合にこれを排除するために必要最小限度の範囲で実力を行使することまでは禁じていない」²⁴³⁾

自衛隊や警察に関する結論は田上や阪田らとは異なるものの、例えば、樋口陽一は国家の正当性を社会契約論で説明することの重要性を指摘する²⁴⁴⁾。米田雅宏が指摘するように、「法外的要素」を直接に憲法解釈に用いることが多くの問題を孕んでいることは事実であろう²⁴⁵⁾。しかしながら、憲法を社会契約のアナロジーで正当化することを差し控えることは可能なのだろうか。そして、それは好ましいことなのだろうか。

また、米田は、憲法をはじめとする実定法体系の前提としての社会契約論的な考えや、それに基づく安全確保という国家活動それ自体は、実定法解釈論に直結

242) [阪田2007: 42]。

243) 2003年7月8日伊藤英成衆議院議員「内閣法制局の権限と自衛権についての解釈に関する質問趣意書」に対する2003年7月15日付け政府答弁書。

244) 例えば [樋口2003: 185]、[樋口2007: 120]。

245) [米田2006(□): 278]

しない限りにおいては「特に異議を唱える点はないように思われる」と述べているが²⁴⁶⁾、むしろ、これらの論理に対しては一度その自明性を検討する価値があると思われる。

社会契約論が有する意義の一つは、社会や国家といった共同体のあり方は、既存の慣習や伝統などによって所与のものとして与えられるのではなく、その時代に生きる人々が、自分たちの意思で、自分たちの共同体のあり方を、いつ何時でも決定できるという、いわば「作為」の論理を提供した点にあったはずである²⁴⁷⁾（樋口がしきりに社会契約論の「フィクション」性を強調するのも、「血のつながり」という自然の所与を意味する『民族』ではなく「一人ひとりの個人が自分たちの意思でつくりあげた人為の構成としての『国民』」からなる〈国家〉を選択することの重要性を指摘するためである〔共に傍点原文²⁴⁸⁾〕。そうであるならば、樋口とはいささか文脈が異なるものの、社会契約論という〈法外〉な論理が、警察の自明性を問い直す機会を提供する可能性はないだろうか。つまり、警察を国家の任務とすることは自明かつ所与の前提ではなく、白紙の状態から考えることが許されてよいのではないだろうか。

5 おわりに

基本権保護義務論の是非を論じる文脈ではあるが、米田は「行政法関係を、外から、つまりメタ理論から基礎付けるのではなく、内から、つまりその時々 of 行政—私人関係の特別な規範構造から基礎付けること」、つまり「“法”や“国家”の最終的な根拠付けではなく、個別具体的な法関係の内容的規定に関する根拠付け」を問題にすべきだと主張する²⁴⁹⁾。だが、行政法学と憲法学を、この問題に関して同様に扱うことにはいささか問題があると思われる。というのも、行政法学はさしあたり当該法令の合憲性を前提に解釈論を展開することが多いと思われるのに対し、憲法学は当該法令の合憲性を、時には「“法”や“国家”の最終的な

246) [米田2006(二): 242]

247) [関谷2003: 第1章]

248) [樋口2003: 185]

249) [米田2006: 287-288]

根拠付け」にまで遡って検討せざるを得ない場面も存在するためである。換言すれば、実定（行政）法の「メタ理論」を問うことが憲法学の課題ともいえるだろう。本稿が冒頭で問題としたのは個別的な法令ではなく、「警察」という存在それ自体の合憲性であった。もしかしたら、メタ理論を用いなくともこの問題は実定憲法典だけで解決できるのかもしれないし、あるいは、そもそもこの問題にさしたる意味はないのかもしれない。だが、ここまで見てきたように、少なくとも戦後の憲法学は警察の位置付けという問題にほとんど取り組んでこなかった。つまり、この問題に意味があるのか否か自体、まだ十分に検討されてはいない。

ドイツにおいては、警察だけでなく、国家、あるいは基本権保護義務論などの基礎付けに際して国家の暴力独占論や社会契約論などといった国家学的な理論を用いることが試みられてきた²⁵⁰⁾。無論、その是非に関しては議論がある。これに対して日本では、戦前の美濃部や戦後の田上を除き、警察の基礎付けに国家学的な理論が正面から用いられることはなかった。しかしながら他方では、社会契約論的な警察の説明は、憲法学説において漠然とした形で広く共有されてきたように思われる。このことがドイツのように問題となってこなかったのは、警察の基礎付けが正面から問われる機会がなかったためであろう。だが近年、環境保護などの分野では公権力の積極的な介入が提唱されているし、また、9・11以降は「テロ対策」の名目で治安政策も積極化している。このような状況下にあっては、日本の公法学が警察の理論的基礎付けを本格的に問われる日は存外遠くないのかもしれない。来るべき「その日」のために、まずは自分たちが警察に関して現在いかなる基礎付けを行っているのか、あるいはそもそも基礎付けていないのかを明確にすることには意味があるのではないか。もしかしたら、警察を国家論上、あるいは憲法解釈学上、明確に基礎付けないことそれ自体が重要な意味を有する可能性もあると考えられる。その上で国家論的、メタ理論的な基礎付けを提示するのか、それとも別の論理を用いるのか、はたまたメタ理論の功罪を比較衡量した上で敢えて基礎付け自体を拒否するのか、選択肢は複数存在するように思われる。

250) その代表例としては[Isensee1983]。文献なども含めた包括的な整理としては[Götz2001]、[Gusy2004] など。邦語文献による紹介としては、[米田2006]、[小山1998] など。

参考文献

- [芦部1981] 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』有斐閣
- [芦部2007] 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第四版〕』岩波書店
- [芦部ほか1972] 芦部信喜／塩野宏／杉原泰雄／藤田宙靖／室井力「公法における法の解釈」『ジュリスト増刊 法の解釈』有斐閣
- [芦部ほか編2000] 芦部信喜／高橋和之／長谷部恭男〔編〕『憲法判例百選Ⅰ〔第四版〕』有斐閣
- [有泉ほか1971] 有泉亨／兼子仁／高橋暁正／山内一夫「座談会 薬事法をめぐる問題点」ジュリ473号
- [安藤編2001] 安藤高行〔編〕『憲法Ⅱ』法律文化社
- [石川健1992] 石川健治「財産権条項の射程拡大論とその位相(一)」国家105巻3・4号
- [石川健2008] 石川健治「憲法の解釈 第14回 30年越しの問い」法教332号
- [石川裕2003] 石川裕一郎「安全／セキュリティという視座」法と民主主義377号
- [石村2006] 石村修『憲法国家の実現』尚学社
- [磯部ほか2007] 磯部力／櫻井敬子／神橋一彦／田村正博「警察行政法」法教325号
- [市村1913] 市村光恵『増訂改版 行政法原理』東京宝文館
- [市村1915] 市村光恵『帝国憲法論』有斐閣書房
- [岩間1984] 岩間昭道「戦前における憲法解釈の方法」杉原泰雄〔編〕『講座・憲法学の基礎3 憲法学の方法』勁草書房
- [宇賀ほか編2003] 宇賀克也／大橋洋一／高橋滋〔編〕『対話で学ぶ行政法』有斐閣
- [鵜飼1934] 鵜飼信成「Polizeiの観念」宮沢俊義〔編〕『公法学の諸問題』有斐閣
- [内野1991] 内野正幸『憲法解釈の論理と体系』日本評論社
- [浦田1995] 浦田一郎『現代の平和主義と立憲主義』日本評論社
- [浦田2007] 浦田一郎「対内的実力に関する近代戦争遂行能力論——自衛力論前史1——」法律論叢79巻4・5号
- [王2006] 王天華「行政裁量の観念と取消訴訟の構造(一)～(五・完)」国家119巻11・12号(2006年)、120巻1・2号、3・4号、5・6号、7・8号(2007年)
- [大塚2006] 大塚直『環境法〔第2版〕』有斐閣
- [大橋2004] 大橋洋一『行政法〔第2版〕』有斐閣

- [雄川1986] 雄川一郎『行政争訟の理論』有斐閣
- [雄川ほか1964] 雄川一郎／金沢良雄／塩野宏／成田頼明／山内一夫「座談会 事業の免許制・許可制」ジュリ 293号
- [雄川ほか1971] 雄川一郎／金沢良雄／塩野宏／林修三／矢沢惇「座談会 経済活動と行政介入」ジュリ 473号
- [雄川ほか1975] 雄川一郎／菊井康郎／塩野宏／宮嶋剛／山内一夫「座談会 営業制限立法の問題点」ジュリ 592号
- [雄川ほか1982] 雄川一郎／兼子仁／杉村敏正／高柳信一／室井力「田中行政法の特質と意義」法時54巻4号
- [奥平1966] 奥平康弘「警察権の限界」田中二郎／原龍之助／柳瀬良幹〔編〕『行政法講座 第6巻』有斐閣
- [奥平1966a] 奥平康弘「行政権と経済」『岩波講座 現代法7』岩波書店
- [小野2006] 小野博司「明治憲法と地方警察規則」阪法55巻6号
- [覚道1975] 覚道豊治「薬事法六条二項、四項（これらを準用する同法二六条二項）と憲法二二条一項」民商74巻2号
- [勝田ほか編2004] 勝田有恒／森征一／山内進〔編〕『概説西洋法制史』ミネルヴァ書房
- [金沢1980] 金沢良雄『経済法〔新版〕』有斐閣
- [金沢1982] 金沢良雄「田中先生の経済法論」ジュリ 767号
- [小嶋1982] 小嶋和司『憲法学講話』有斐閣
- [小島2006] 小島妙子「ドメスティックバイオレンスと法」齊藤豊治／青井秀夫〔編〕『セクシュアリティと法』東北大学出版会
- [小早川1983] 小早川光郎「裁量問題と法律問題」法学協会〔編〕『法学協会百周年記念論文集 第二巻』有斐閣
- [小早川ほか編2006] 小早川光郎／宇賀克也／交告尚史〔編〕『行政判例百選Ⅰ〔第5版〕』有斐閣
- [小山1998] 小山剛『基本権保護義務の法理』成文堂
- [小山2007] 小山剛「陰画としての国家」法学研究80巻12号
- [阪田2007] 阪田雅裕「集团的自衛権の行使はなぜ許されないのか」世界2007年9月号

- [佐々木惣1936] 佐々木惣一『〔新法学全集〕警察法概論』日本評論社
- [佐々木惣1936a] 佐々木惣一「法上の概念の認識方法と警察の例(一)(二)」
- [佐々木弘2008] 佐々木弘通「非武装平和主義と近代立憲主義と愛国心」憲法問題19号
- [佐藤1974] 佐藤功『日本国憲法概説〔全訂新版〕』学陽書房
- [佐藤1975] 佐藤功「薬事法違憲判決について」判時777号
- [塩野1962] 塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』有斐閣
- [塩野1982] 塩野宏「田中先生の行政行為論」ジュリ767号
- [塩野1989] 塩野宏『公法と私法』有斐閣
- [塩野2001] 塩野宏『法治主義の諸相』有斐閣
- [塩野2005] 塩野宏『行政法I〔第四版〕』有斐閣
- [宍戸2005] 宍戸常寿『憲法裁判所の動態』弘文堂
- [宍戸2008] 宍戸常寿「自由と法律」法セ641号
- [芝池1974] 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)」論叢96巻2号、3号
- [下山1978] 下山瑛二「消極行政から積極行政への転換上の問題」広岡隆／高田敏／室井力〔編〕『現代行政と法の支配』有斐閣
- [下山／室井編1980] 下山瑛二／室井力〔編〕『行政法 下』青林書院
- [白藤2003] 白藤博行「『監視社会』と『警察行政法』理論の展開」法時75巻12号
- [白藤2007] 白藤博行「『安全の中の自由』論と警察行政法」公法69号
- [末川1941] 末川博「立法目的の明示と普遍条項の拡大」経済学雑誌8巻3号
- [末弘1929] 末弘巖太郎「民法雑考」法協47巻1号
- [須賀2008] 須賀博志「明治憲法史研究の現在」法協328号
- [杉原ほか1968] 杉原泰雄／奥平康弘／樋口陽一／影山日出弥／阿部照哉「憲法学の方法」法時40巻11号
- [杉村1943] 杉村章三郎「経済統制法と公法」国家75巻1号
- [鈴木1996] 鈴木隆「ドイツにおける保護義務の基礎」早稲田大学法研論集76号
- [関根1998] 関根謙一「明治憲法下における警察の概念」西谷剛／藤田宙靖／磯部力／碓井光明／来生新〔編〕『政策実現と行政法』有斐閣
- [関根2001] 関根謙一「明治憲法下における警察権の限界の理論」「警察行政の新た

- なる展開」編集委員会〔編〕『警察行政の新たなる展開 上巻』東京法令出版
- [関谷2003] 関谷昇『近代社会契約説の原理』東京大学出版会
- [高木1993] 高木光「比例原則の実定化」樋口陽一／高橋和之〔編〕『現代立憲主義の展開 下』有斐閣
- [高木1999] 高木光「乗るならベンツ？」法教223号
- [高木1999a] 高木光「積極的に『消極行政』？」法教230号
- [高木2000] 高木光「裸の王様」法教234号
- [高木2005] 高木光『行政訴訟論』有斐閣
- [高田1978] 高田敏「わが国における法治行政論の展開」広岡隆／高田敏／室井力〔編〕『現代行政と法の支配』有斐閣
- [高橋和2005] 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』有斐閣
- [高橋和／大石編1999] 高橋和之／大石眞〔編〕『憲法学の争点〔第3版〕』有斐閣
- [高橋滋1999] 高橋滋「行政裁量論における若干の検討」小早川光郎／高橋滋〔編〕『行政法と法の支配』有斐閣
- [高橋靖1980] 高橋靖「美濃部裁量論における二つの不文法」早稲田大学法研論集22号
- [田上1937] 田上穰治『行政法講義案 上巻』有斐閣
- [田上1942] 田上穰治『行政法概論』有斐閣
- [田上1946] 田上穰治『自由権・自治権及び自然法』有斐閣
- [田上1948] 田上穰治『新憲法概論』春秋社
- [田上1950] 田上穰治『行政法総論』春秋社
- [田上1963] 田上穰治「美濃部達吉先生の憲法学」一橋論叢49巻4号
- [田上1982] 田上穰治『公法学研究』良書普及会
- [田上1984] 田上穰治『行政法要説』有斐閣
- [田上1985] 田上穰治『新版 日本国憲法原論』青林書院
- [田口2003] 田口精一「社会における秩序維持と行政警察」清和法学研究10巻2号
- [田崎1974] 田崎文夫「28 個人の経済活動に対し社会経済政策の一手段としてなされる法的規制措置の合憲性・・・」財団法人法曹会『最高裁調査官解説刑事篇（昭和47年度）』法曹会
- [只野2006] 只野雅人『憲法の基本原理から考える』日本評論社

- [田中1939] 田中二郎『行政法講義案 下巻』出版者不明(1939~1940年)
- [田中1939a] 田中二郎『公共企業法』日本評論社
- [田中1942] 田中二郎「美濃部達吉『日本行政法』」国家54巻7号
- [田中1941] 田中二郎「経済統制罰に関する法律上の諸問題(一)~(八)」法協59巻6号、7号、9号、10号(以上、1941年)、60巻1号、3号、4号、6号(以上、1942年)
- [田中1942] 田中二郎「経済統制法の狙いとその基礎構造」国家56巻6号
- [田中1942a] 田中二郎「経済統制法の発展及び現状の概観(一)」経済統制法年報1巻1号
- [田中1954] 田中二郎『法律による行政』有斐閣
- [田中1954a] 田中二郎『行政行為論』有斐閣
- [田中1957] 田中二郎『行政法総論』有斐閣
- [田中1965] 田中二郎『新版行政法 下Ⅱ』弘文堂
- [田中1969] 田中二郎『新版行政法 下Ⅱ〔全訂第1版〕』弘文堂
- [田中1976] 田中二郎『司法権の限界』弘文堂
- [田中1983] 田中二郎『新版行政法 下巻〔全訂第2版〕』弘文堂
- [田中編1956] 田中二郎〔編〕『法律学演習講座 行政法』青林書院
- [田村1988] 田村正博「警察の活動上の『限界』(上)(中)(下)」警察学論集41巻6号、7号、8号
- [田村2001] 田村正博『四訂版 警察行政法解説』東京法令出版
- [田村2002] 田村正博「犯罪被害者に係る人権と警察行政」警察政策4巻1号
- [田村2002a] 田村正博『重要条文解説警察法』東京法令出版
- [戸波1988] 戸波江二「職業の自由」芦部信喜〔編〕『別冊法学教室 憲法の基本問題』有斐閣
- [戸波2003] 戸波江二「人権論の現代的展開と保護義務論」樋口陽一／上村貞美／戸波江二〔編〕『日独憲法学の想像力 上巻』信山社
- [富澤1977] 富澤達「〔23〕 棄事法六条二項、四項(これらを準用する同法二六条二項)と憲法二二条一項」財団法人法曹会『最高裁調査官解説刑事篇(昭和50年度)』法曹会
- [中野1996] 中野雅紀「ドイツにおける狭義の基本権構成要件理論」法学新報102巻9号
- [成田1999] 成田頼明「社会の安全と法政策」警察政策1巻1号
- [成田編1990] 成田頼明〔編〕『行政法の争点〔新版〕』有斐閣

- [成田ほか1968] 成田頼明／荒秀／南博方／近藤昭三／外間寛『現代行政法』有斐閣
- [野坂2006] 野坂泰司「薬局等の適正配置規制と職業の自由」法教312号
- [長谷部2000] 長谷部恭男『比較不能な価値の迷路』東京大学出版会
- [長谷部2006] 長谷部恭男『Interactive 憲法』有斐閣
- [長谷部2006a] 長谷部恭男『憲法の理性』東京大学出版会
- [原1939] 原龍之助「産業統制作用の法律的性格」経済学雑誌4巻4号
- [樋口1975] 樋口陽一『「職業の自由」とその制限をめぐって』判タ325号
- [樋口1998] 樋口陽一『憲法 I』青林書院
- [樋口2003] 樋口陽一「撤退してゆく国家と、押し出してくる『国家』」憲法問題14号
- [樋口2007] 樋口陽一『国法学〔補訂〕』有斐閣
- [深瀬1967] 深瀬忠一『恵庭裁判における平和憲法の弁証』日本評論社
- [藤井1996] 藤井俊夫『経済規制と違憲審査』成文堂
- [藤田2002] 藤田宙靖『行政法学の思考形式〔増補版〕』木鐸社
- [藤田2002a] 藤田宙靖「二一世紀の社会の安全と警察活動」警察政策4巻1号
- [藤田2005] 藤田宙靖『第四版行政法 I (総論)〔改訂版〕』青林書院
- [舟田1977] 舟田正之『「経済制度」論と経済法理論』経済法20号
- [本間1972] 本間重紀「戦時経済統制法分析に関する予備作業」社研23巻3号
- [前田1993] 前田徹生「経済的自由規制立法の違憲審査基準」粕谷友介／向井久了〔編〕『現代国家の理論と現実』青林書院
- [卷2008] 卷美矢紀「経済活動規制の判例法理再考」ジュリ1356号
- [松本1996] 松本哲治「経済的自由権を規制する立法の合憲性審査基準(一) (二・完)」民商113巻4・5号、6号
- [美濃部1908] 美濃部達吉『憲法及憲法史研究』有斐閣書房
- [美濃部1908a] 美濃部達吉『日本行政法 第一巻』有斐閣
- [美濃部1909] 美濃部達吉「警察ノ觀念ヲ論シテ憲法第九条ニ依ル独立命令権ノ範圍ニ及フ(一)～(三・完)」志林12巻3号、4号、6号(1909年)
- [美濃部1910] 美濃部達吉「行政裁判所ノ権限ト所謂自由裁量問題」法学新報20巻10号
- [美濃部1911] 美濃部達吉「行政法の編別に就て」法学新報21巻8号
- [美濃部1913] 美濃部達吉「警察権ノ限界ヲ論ズ」法協31巻3号

- [美濃部1914] 美濃部達吉「公企業負担ニ付テ」法学新報24巻7号
- [美濃部1914a] 美濃部達吉「公企業特許ノ法律上ノ性質」法協32巻2号
- [美濃部1914b] 美濃部達吉『日本行政法 第三巻〔初版〕』有斐閣
- [美濃部1932] 美濃部達吉『行政法撮要 下巻〔改訂第三版〕』有斐閣
- [美濃部1936] 美濃部達吉『日本行政法 上』有斐閣
- [美濃部1943] 美濃部達吉「戦時經濟行政法概観(1)~(8)」自治研究19巻1号、3号、4号、6号、7号、8号、9号、10号
- [美濃部1943a] 美濃部達吉「經濟事犯の連続犯(-)」自治研究19巻11号
- [美濃部1948] 美濃部達吉『法の本質』日本評論新社
- [三宅2008] 三宅雄彦「国家目的としての安全」法教329号
- [宮崎1972] 宮崎良夫「行政国家における營業の自由(-)(二)」社研23巻3号、23巻5・6号
- [棟居1992] 棟居快行『人權論の再構成』信山社
- [棟居2004] 棟居快行「9条と安全保障体制」ジュリ1260号
- [棟居2008] 棟居快行「最高裁は何処へ？」憲法問題19号
- [村田2004] 村田斉志「行政法における比例原則」藤山雅行〔編〕『行政争訟』青林書院
- [村山2003] 村山史世「協働・住民自治と監視社会」法と民主主義377号
- [柳瀬1940] 柳瀬良幹『行政法の基礎理論』
- [柳瀬1969] 柳瀬良幹『行政法教科書〔再訂版〕』有斐閣
- [山内1992] 山内敏弘『平和憲法の理論』日本評論社
- [山田準1936] 山田準次郎「警察の觀念(二)」公法雑誌2巻8号
- [山田準1939] 山田準次郎「公企業及其の特許に就て」法学新報49巻2号
- [山田幸1964] 山田幸男「自由裁量」田中二郎／原龍之助／柳瀬良幹〔編〕『行政法講座 第6巻』有斐閣
- [山本2006] 山本隆司「日本における裁量論の変容」判時1933号
- [山元2007] 山元一「テロリズム対策と日本法の諸変動」社研59巻1号
- [米田2006] 米田雅宏「現代国家における警察法理論の可能性(-)(二・完)」法学70巻1号、2号(2006年)
- [渡辺1938] 渡辺宗太郎『改訂 日本行政法 下』弘文堂

[LS憲法研究会2007] LS憲法研究会〔編〕『プロセス演習 憲法〔第3版〕』信山社

[Götz2001] Volkmar Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen

[Götz2001] Volkmar Götz, § 85 Innere Sicherheit, in Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4., hrsg. v. Josef Isensee / Paul Kirchhof, C.F. Müller, Heidelberg

[Gusy1996] Christoph Gusy, Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe, DÖV 1996, 573

[Gusy2004] Christoph Gusy, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, VVDStRL 63

[Huber1932] Ernst Rudolf Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1932, 1. Aufl., J.C.B. Mohr, Tübingen

[Isensee1983] Josef Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, W. de Gruyter, Berlin

[Knemeyer1978] Franz-Ludwig Knemeyer, Artikel "Polizei", in: Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, hrsg. v. Otto Brunner / Werner Conze / Reinhart Kosellek, Bd. 4., Klett-Cotta, Stuttgart

[Knemeyer2004] Franz-Ludwig Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., C.H. Beck, München

[Laun1932] Rudolf von Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, Franz Deuticke, Leipzig

[Mayer1895] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1., 1. Aufl., Duncker & Humblot, Leipzig

[Mayer1924] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1., 3. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin