慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	秩序に彩られる国家 : 小売市場判決再訪
Sub Title	The state acting under the orders
Author	大野, 悠介(Ono, Yusuke)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2016
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.34 (2016. 3) ,p.193- 291
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	リサーチペーパー
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20160325-0193

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

リサーチペーパー

秩序に彩られる国家

——小売市場判決再訪——

大　野　悠　介

序章
　第 1 節　動機
　第 2 節　道程
　第 3 節　終着点
第 1 章　規制目的二分論についての議論の蓄積
　第 1 節　目的に関する議論
　第 2 節　審査基準に関する議論
　第 3 節　理論的妥当性に関する議論
　第 4 節　小括
第 2 章　ポリツァイの系譜と継受
　第 1 節　Kameralwissenschaft と国家学
　第 2 節　ポリツァイと国家学
　第 3 節　国家学者シュタインと明治国制
　第 4 節　美濃部達吉の警察概念
　第 5 節　小括と私見
第 3 章　「経済法」と「経済制度」
　第 1 節　「経済法」について
　第 2 節　「経済制度」について
　第 3 節　小括と私見
第 4 章　小売市場判決と規制目的二分論
　第 1 節　田中二郎二分論再読
　第 2 節　国家学・経済法再興
　第 3 節　小売市場判決再訪
　第 4 節　規制目的二分論再考
　第 5 節　現在の「目的」と民主的政治過程論
　第 6 節　機能の区別
　第 7 節　結論
終章

慶應法学第 34 号（2016：3）

序章

第 1 節　動機

私が規制目的二分論に疑問を抱いたのは、国民の安全を守るという火急の規制であるほど認められにくいということに納得いかなかったからである。国民の安全は「国家」という法人の第一目的ではなかったのか。その思いが、規制目的二分論を習ったときより燻っていたが、その答を見つけられぬままであった。

また、「消極・積極」という言葉が「国民の安全・社会経済政策」と結びつくことが理解できなかった。通常、これらの言葉は「マイナス・プラス」にほぼ対応して用いられるものであると理解していたからである。これは「消す」と「積む」という言葉の対比より理解される。とすると、これらが表しているのは手段ではないか、と思ったのである。さらに言えば、「消極目的規制＝警察的規制」と換言されるのに、積極目的規制にはそれがないというアンバランスも気になっていた。

第 2 節　道程

本稿の主題は非常に明確である。規制目的二分論は小売市場判決（最大判昭和 47 年 11 月 22 日刑集 26 巻 9 号 586 頁）と薬事法判決（最大判昭和 50 年 4 月 30 日民集 29 巻 4 号 572 頁）によって完成したものであり、両者は「相補的関係」にある [1)] とされる。この言明は「小売市場判決が規制目的二分論を採用した」という言明が前提であるが、学説上種々の争いがある（第 1 章）。その議論を踏まえた上で、本稿はこの言明の真偽についての判断を一時停止し、小売市場判決を読み直す。

しかしながら、小売市場判決再解釈までの道のりは非常に遠回りである。それはひとつに「警察」という概念の歴史性にある。通常ポリツァイ [2)] の訳語

1）樋口陽一「『職業の自由』とその制限をめぐって――薬事法違憲判決の論理」判タ 325 号（1975 年）3 頁。

とされるこの「警察」という言葉の歴史は古い。古いだけであればよいが、その意味するところが変遷をしており、しかもその変遷が「国家」の思想と密接に関わっているのである。そのためポリツァイだけでなく、国家学についても調べなければならなかった（第 2 章）。

他方、経済体制も国家学と関わり、その立ち位置を考える必要があった（第 3 章）。

第 3 節　終着点

かような道程を経て本稿の目指すところは、小売市場判決を発掘することである。それは考古学に通じるものがある。本稿ではなるべく慎重な発掘を試みたが、未熟さゆえに原形をそのまま取り出すことはできず、足りない部分は現在の知見に頼ってしまっていることを認めざるをえない。

その終着点に到るまでにいくつか中間地点がある。ポリツァイと「警察」を分けて考えること。「人権」の背景となっている国家を浮かび上がらせること。そして、「経済制度」を国家や市民社会とは別の秩序として措定すること。この 3 つである。

その中間地点を経た結論を簡潔に述べておくと、小売市場判決と薬事法判決は相補的関係にはない。両判決の相補的関係は「経済法秩序」や「国家」を挿入せずに解釈した結果である。では、小売市場判決によって示された規制目的二分論とは何かといえば、それは「社会経済の調和的発展」という資本主義の原則を実現するにあたり国家が採る「経済的干渉」（行為）の二分論である。換言すれば、「消極目的規制・積極目的規制」は共に「社会経済の調和」に向けられたものであり、この分類論は、「国家－経済制度」の事案である小売市場判決によって完結しているのであって、「国家－市民社会」の事案である薬事法判決の結論は似て非なるものである。

このような判例分析を経ることによって、より精確な判例批評そして憲法学

2）この言葉には Polizey や Polizei など様々な表記があるが本稿では「ポリツァイ」に統一する。

説が形成される素地を提供することが私の意図である。小売市場判決が社会公共への弊害が存する場合、つまり「市場の失敗」がある場合についての事案であるとすれば、当該判決に対して、「市場の失敗」がある場合にのみ規制すべきであるという批判を小売市場判決に向けることはあまり有意義なことではないだろう。従来、小売市場判決があたかもどのような場合でも政策目的であれば介入が許されると判断されたかのような印象を与えてきたのは、小売市場判決それ自体の分析が不足していたからであると、私には思われるのである。本稿はそのような印象を変える視点を提供するものであり、またそれに止まる。かかる判例分析を踏まえて、職業の自由の侵害についていかに審査基準を立てるかについては今後の議論に委ねられている。

本稿は、2013 年度リサーチペーパー「規制目的二分論について――小売市場判決再訪」に加筆・修正したものである。基盤にある視点に変更はないが、執筆後さらに文献に当たる中で、当時の私の見解を批判的に検討した結果、用語法の変更だけでなく、上記結論についても若干の弁明を加える必要があると考えるようになった。

もっとも（重ねて書くが）経済法を背景に据えて小売市場判決を理解し、薬事法判決との「相補的関係」を前提とせずに規制目的二分論を再構成する方図の存在を示すという視点には些かの変更もない。

第 1 章　規制目的二分論についての議論の蓄積

現状、規制目的二分論についての学説上の議論はその複雑な展開にもかかわらず安定していると言ってよいだろう。一般的に「消極目的規制とは、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規制」であり「積極目的規制とは、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、とくに社会的・経済的弱者を保護するためになされる規制」であるとされる [3)]。その分類に対応して、消極目的規制の場

合は厳格な審査がなされ、積極目的規制の場合は明白性の基準によるとするのが規制目的二分論である。このように規制目的二分論は目的の二分論だけでなく審査基準の二分論も含んでいるというのが、この理論への賛否にかかわらず共通理解となっている。

そして、その内容に対応する形で以下のような学説上の議論がある。

第 1 節　目的に関する議論

第 1 款　「目的」の内容について

浦部法穂は、従来の議論は「弱者保護のためのものと経済・金融政策上の制約とが区別されることなく、両者を憲法上全く同列に置いてとらえる理解」が一般的であるとした上で、人権の制約は「人権の論理」によって基礎づけられなければならないとし、憲法に記載がなく「人権の論理」とは関係のない経済・金融政策という目的は積極目的の規制としては認められないとして、その内容としては「社会権の保障や経済的社会的弱者の保護」に限定すべきとする[4]。

他方、平松毅[5]はまず従来の議論に従い「職業の自由の行使による弊害を防止するための規制」を「消極目的による規制」とし、資本主義の発達によって生じた諸矛盾によって「市民法秩序が、もはや社会的正義を実現しないことが明らかになった事態に対処するために……取引の一方当事者を保護する規制」を「積極目的による規制」とする。その上で、「消極目的による規制或は積極目的によるそれの何れでもない目的を掲げている法律がかなりある」という現実認識から、そのようにいずれにも該当しない目的を「公益目的」として分離する。つまり、目的を「消極目的」「積極目的」「公益目的」の 3 つに分けているのである。

3）芦部信喜『憲法〔第六版〕』（有斐閣、2015 年）225 頁。

4）浦部法穂「財産権制限の法理――積極目的・消費目的二分論をめぐって」公法 51 号（1989 年）90 頁以下。

5）平松毅「職業の自由」佐藤幸治 = 初宿正典編『人権の現代的諸相』（有斐閣、1990 年）229 頁以下。

第２款　形式的立法目的か実質的立法目的か

「目的」の分類を形式的に判断するか実質的に判断するかの問題がある。

佐藤功は規制目的二分論を「割り切って行うためには、それぞれの法律における立法目的規定によって判断するほかないのではないか」[6] として形式的に判断するほかないとしている。

他方、覚道豊治は薬事法判決について「実際上の事情からみて、直接の立法目的は過当競争の防止と経営の安定であり、それが間接的に不良薬品の供給の防止や薬局の適正配置に役立つことになるというものと思われる」[7] として実質的立法目的を吟味する見解を示しているものと思われる。形式的に判断するならば明白性の原則に逃れるために積極目的を定めればよいことになり審査基準論はザルになってしまう、という認識は多くの学者の共有するところであるといってよい。

これについて前田徹生は、①実質的立法目的を問題とすると、目的と手段の関係を含めて当該立法の実際上の効果を詳細に吟味することになり、明白性の原則における「一応の合理性」になじまない審査をしている、②目的確定のために目的を審査することになりトートロジーである、③目的認定後にさらに手段を審査するのはおかしい、④目的認定のプロセスが必要であるとするとそのための判断基準が必要であるが、それでは類型論として煩雑であるとの理由から形式的立法目的を前提とせざるをえないとする。もっとも、それでは積極目的を定めればよいことになるが、前田は「いずれにしても実質的立法目的を問題とせざるを得ないケースはでてくる」として「結局、目的審査に関しては、形式的立法目的の審査を前提とし、それを類型論と分離し、類型論に基づく審査基準は手段審査に限定する、ということにせざるをえないのではないか」としている[8]。

6）佐藤功「薬事法判決について」判時 777 号（1975 年）6 頁。

7）覚道豊治「薬事法六条二項、四項（これらを準用する同法二十六条二項）と憲法二十二条一項」民商 74 巻 2 号（1976 年）127 頁。

第２節　審査基準に関する議論

学説上小売市場判決及び薬事法判決によって確立されたとされる規制目的二分論は目的と審査基準との結びつきを示すものであった。そのため、学説では両者の結びつきをいかに説明するかに苦心することになった。

その１つとして芦部信喜は、規制目的を一律に割り切って判断基準を変えることの限界を認めながら「経済的自由の規制は、事の性質上、第一次的には立法府の裁量に委ねざるを得ないが、特に社会政策ないし経済政策上の積極的な目的のための規制措置は、主として立法政策の問題として立法府の裁量的判断にまつ領域がきわめて広く、裁判的統制に大きな限界があること、などの諸点を考え合わせると、国の介入が弱く、その合理性・必要性の判断が司法過程にもなじむ消極的な警察的規制と、国の介入がより強く、広汎な立法府の裁量が認められ、その合理性・必要性の判断が司法過程になじみにくい社会経済政策実施のための積極的規制とを、規制目的によって大別することは、違憲判断の基準を準則化するための重要な一つの基本的な枠組みを提供すると考えられる」として判例理論の有用性を肯定する。この言明の中には、司法過程の限界によって積極目的規制と緩やかな基準との結びつきを肯定する主張が含まれている。このように、裁判所の機能から判例理論を説明する仕方は機能論と呼ばれる。

藤井俊夫は「今日では、経済的規制（積極的規制）についても、できるだけ必要最小限にすべきであるという要請があるのに、裁判所の方はあくまでも緩やかな違憲審査を行うのであり、そのような要請には実質的には応え得ない」として機能論を批判し「問題となっている事件が、ことがらそれ自体として、そもそも『必要最小限度』の要求がかけられるようなものかどうかということを考慮して、『緩やかな審査』をすべきかどうかがきめられるべき」として実体論を主張する[9)]。

8）前田徹生「経済的自由規制立法の違憲審査基準――目的二分論の再検討」佐藤功先生喜寿記念『現代憲法の理論と現実』（青林書院、1993 年）197 頁以下。

9）藤井俊夫「規制立法と違憲審査基準――二分論批判をめぐって」時岡弘先生古稀記念『人権と憲法裁判』（成文堂、1992 年）555 頁以下。

藤井も積極目的規制において、社会経済的弱者をどの程度まで保護すべきかは程度問題であるからその点はまず立法府が設定するほかないとする。もっともこれは違憲審査基準の問題ではなく権限分配の問題である。かかる立法目的は相対的なものであり、その実現手段の強さは目的相関的である。規制手段を強くすれば弱者保護を強め、弱めればそれは弱まる。とすると、ここで手段の選択について厳しい審査をかけるということは弱者保護を最小限にすることである。しかし、それは「つきつめれば立法目的そのものを否定することになりかねない」。これは藤井に言わせれば「そもそも『必要最小限度』という要求そのものが成立しにくいという、ことがら自体の性質が、緩やかな審査基準の根拠とされるべきものなのである」。

長谷部恭男は民主的政治過程から説明する。まず、民主的政治過程とは「多様な利益集団がそれぞれにとって有利な政策決定を獲得すべく抗争し妥協する過程」であるという政治的多元主義の考え方を採る。その下での裁判所の役割は多様な集団の政治活動が透明かつ公正に行われる環境を整えることである。裁判所の役割をかように理解した上で経済的自由規制の審査基準を説明するのである。自由な経済秩序の下では勢い独占が生じる。それは独占が利益だからである。そうなると、私的独占の難しい団体や業界ほど政治過程に介入して公的に独占を結ぼうとする。しかし、このような立法はより普遍的で正当らしい公益目的が掲げられることがある。なぜなら、このような立法は個人への利益は少ないため国民の立法へのインセンティヴが低いからである。このとき裁判所はどう対応すべきか。上述のように裁判所の役割は司法過程の透明さ及び公正さの維持である。「裁判所の任務は経済規制立法が適切な情報の下で公正かつ透明に行われる環境を整えることに尽きる」。「国民一般の福祉に貢献する消極的警察規制であるかのように装って」経済的規制をするときは、裁判所が目的と手段との関連性を立ち入って審査することによって、「特定の業界保護という本来の立法目的が明示される効果が期待できる」。すると、その規制に反対する勢力（特定団体保護に反対する勢力）の情報取得コストは低下し、結局「透明で公正な環境の下で利益集団相互の競争が行われる」ため、裁判所は自

身の役割を果たしたことになる。そうすることで「反対派の目を眩ます意図で乱用される危険を抑制する」。他方、特定の業界保護を言明している経済的規制の場合は裁判所が立ち入った審査をする必要はない。それは「国会が本来果たすべき交渉と妥協による利害調整の結果であるから」であり、なおかつ、その立法以前もまた当時の利害調整の帰結であり、裁判所がその更新の当否を判断すべきとする根拠はないからである[10)]。

第３節　理論的妥当性に関する議論

第１款　規制目的二分論の修正

規制目的二分論を正当としつつ、その有効な運用を図る方向を提示する代表的な人物が芦部である。芦部は、規制目的による類型化に一定の限界が存することを認めつつもそれは「違憲判断の基準を準則化するための重要な一つの基本的な枠組みを提供する」[11)]として、後述の西ドイツ判例における規制態様による類型化の考え方を加味することが妥当であろうとしている[12)]。また、覚道も「規制の目的や必要度……によって一律に区別するのではなく、基本権の主体にとって、どのようなことをなす自由がどのような方法で規制されるかということに重点を置いて考察することが重要であると思われる」[13)]として同様の修正を提案している。

第２款　別の枠組の提供

１　棟居説

棟居快行は、規制目的二分論は「目的－手段－審査基準」という連結のいずれにおいても誤りがあるとする。即ち、「目的－手段」という連結においては、

10）長谷部恭男『憲法〔第６版〕』（新世社、2014 年）247-249 頁。

11）この点佐藤幸治は、判断の客観化という審査基準論に資するとして規制目的二分論の有用性を肯定する（佐藤幸治「森林法共有林分割制限違憲判決と違憲審査基準」法セ 392 号（1987 年）17 頁）。

12）芦部信喜『人権と憲法訴訟』（有斐閣、1994 年）347-420 頁。

13）覚道・前掲注 7）129 頁。

生存を保障するについては給付行政も適切な手段足りうるのであって必ずしも「弊害の予防・除去」という手段によらない点で誤りがある。また「手段－審査基準」という連結においても、「消極規制－厳格審査」という結びつきは必然ではないとして誤りである。そしてこれらのことは積極規制でも同様であるとするのである。

棟居によれば、判例理論の問題点はそもそも規制目的によって審査基準を細分化しうると考えた点にある。そして「違憲審査基準は、規制する側の立法者が選択するものではなく、規制される側である、当該人権ごとにもともと憲法上決まっているはずのものである」とした上で以下のようなアプローチを提唱する。

まず、営業活動には生存権的（ないし人格権的）側面を有するものがあり、それに対する規制は生存権（ないし人格権）としての保障が必要である。

他方、純然たる営業活動に対する規制については実質的な目的審査が施されるべきであるとする。判例理論が積極目的と消極目的を認めたのはこの点で意味がある。つまり「積極、消極という規制類型は、目的審査における『憲法上許された規制目的』であるか否かの判定の目安となるにすぎない」。

そして、手段審査の審査基準は「規制目的の類型とは関係なく、営業の自由という人権そのものに対する憲法上の保障の“強度”によって決まる」。その際に 2 つのアプローチがある。第一に、二重の基準論からして立法者に手段選択につき広い裁量を与えるものである。このアプローチでは審査基準は常に「明白の原則」であることになる。第二に、警察比例の原則を一般化するものである。このアプローチでは常に必要最小限度が要求されることになる。

棟居の提案は要は目的二分論を排し、目的は一元的に判断するものである。そのため、棟居は判例理論を二元説と呼び、自身の見解を一元説と呼んでいる[14)]。

2　戸波説

戸波江二は、規制目的二分論について目的を二分することの困難性やその機

14）棟居快行『人権論の新構成〔第 1 版改版新装〕』（信山社、2008 年）215 頁以下。

械的運用の妥当性等の理論的批判とともに実際上の懸念として「国民の生命・健康の維持のために必要不可欠な規制」であれば「むしろ、広範で強力な規制が要請され、許容されるべきである」[15] とし「積極目的・消極目的区分論はむしろ不合理で不必要な議論とみなされるのではないか」としている。

その上で、積極目的規制であっても消極目的規制であっても具体的方法は多様で立法事実の検証が必要なのであるから「結局は、積極目的・消極目的の区別は相対的なものにすぎず、積極目的・消極目的区分論はそれほど重要な意味を持たない」として「基本的に、『合理性の基準』に拠りつつ、立法事実を検証していくという方法をとれば十分」であると結論する[16]。

3　市川説

市川正人は「法律等が憲法に合致しているかどうかを判断するための一般的基準」である「合憲性判断基準」と「合憲性判断基準をどのように適用するかに関する基準」である「審査基準」(「審査の程度」) とを区別する必要があるとする。

もっとも、棟居とは異なり、人権の価値序列論から合憲性判断基準を確定することは拒否する。なぜなら「各種の人権のどれに意義を見出すかは各人の自己決定の問題」であり、合憲性判断基準の緩急という形であっても公権的に決定すべきものではないからである。しかしながら、経済的自由は「もともと秩序ある市場を成り立たしめる制度的仕組みや規制を必要とするばかりか、現代国家においては賢明な経済・財政政策に強く依存している」という認識から「経済的自由が社会・経済政策上の目的によって制限されることは当然認められる」として合憲性判断基準としては「合理性の基準」(「規制目的が正当なものであり、その目的の実現が必要であること、および、当該規制手段が不適切なものでなく、目的を実現するのに役立たなければならない」) が妥当であるとする。

15) この点については、審査基準の緩急と規制の強弱は関係ないという反論があるが、戸波の主張するところは国民の健康保護等の緊迫性のある干渉ほど認められにくいという実際上の不当性であって、そのような反論は的確ではないと思われる。

16) 戸波江二「職業の自由」法教 57 号 (1985 年) 21 頁。

そして、審査の程度としては、民主主義プロセス論から説明する。当事者主義において裁判所は基本的には当事者の主張・証拠に束縛されるため立法事実の存否を判断する能力が不十分であるが、かような裁判所が恣意的な判断を下す危険を回避するために原則としては合憲性の推定を働かせればよい。しかしながら、民主主義プロセスが適切に機能せずに立法されたのだとすれば、その場合でも合憲性を推定しては国会及び裁判所の人権制約の監視[17]への信頼は崩れてしまう。そこで民主主義プロセスの維持保全に関わる精神的自由への制約については推定を働かせないことにし、それに関わらない経済的自由への制約については推定を働かせてもよいとするのである。

従って、市川によれば職業選択の自由の制約については、合理性の基準を合憲性の推定を働かせて適用すべきであるとする。そしてこのとき、「消極目的か積極目的かは、合憲性判断の基準・違憲審査の程度を変更させるものというよりも、合憲性判断の基準の適用の目安の問題である」、言いかえれば、この二分論は合理性の基準を満たしやすいかどうかである[18]。

第4節　小括

以上、規制目的二分論に関する学説の蓄積をごく簡単に概観した。規制目的二分論を小売市場判決と薬事法判決によって最高裁は採用したのだという《相補的関係》を前提として議論されてきたこの問題は、その内容や運用方法、妥当性への批判に晒されながら、約40年経った現在でも教科書には必ず載っている。当初より修正すべきという見解はあり、以後その理論自体を否定する見解も現れたのであるが、森林法判決（最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁）が出されたことで否定的な見解が多数派になったように思われる。それは判例法理としては誤りであって、学説上の理論にすぎないというのが現在の議論の方向性である[19]。

17）裁判所だけではく、国会も「議論」という形で監視をしているはずである。これは長谷部の考え方と基本的発想において同じである。

18）市川正人『ケースメソッド憲法〔第2版〕』（日本評論社、2009年）168頁以下。

以下では、そのような学説の検討に入る前に前提として警察や経済法について言及する。それらの言及を通して、小売市場判決に潜む経済法の背景を浮かび上がらせ、規制目的二分論の解体と再構成、さらには学説の布置の整理をすることが本稿の目的である。

第2章　ポリツァイの系譜と継受

前章において規制目的二分論についての日本の学説を概観したが、それらにおおむね一貫するものが2点ある。第一に《小売市場判決と薬事法判決は相補的関係がある》ということ、第二に《消極目的規制＝警察的規制》[20]ということである。

前者については本稿全体の標的であるため、本章ではまず後者について検討を加えることにする。前章で示したように、現在消極目的規制とは国民の生命及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規制とされるが、行政法学において「消極－積極」という二分論は日本で行政法が語られるようになったときに既に存在していた。例として、美濃部達吉の師である一木喜徳郎を引用する。なお、本稿では特に断りのない限り、旧字体を改め、仮名は平仮名に直すこととする。

> 「国家の目的を別ちて二種となすは普通の分類なり……其目的の一は国民の有形無形の利益を保護し及ひ之を増進するにあり此目的を達するに付きて国家は此等の利益に対する危険傷害を除く消極の動作を要す又は此等の利益を進むる

19）例えば、石川健治は「現在では教科書の中でしか通用していない」（石川健治「薬局開設の距離制限」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ〔第6版〕』（有斐閣、2013年）207頁）とする。

20）内野正幸はこれは芦部が薬事法判決から採ったものだとする（内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社、1991年）335頁注釈（23））が、逆に言えば小売市場判決はそのように言っておらず、小売市場判決の「消極的」という言葉まで「警察的」と同義としなければならない必然性はないことに留意すべきである。

か為めに積極に活動することあり」[21)]

「警察の目的は消極に危害を防くに在り反之積極に公共の利益を増進するを目的とするものは縦令強制を用いるも警察の範囲に属せす」[22)]

ここからわかるように、現在「消極目的－積極目的」という言葉で呼び慣わされているものは「動作」に関するものであって、それは目的を修飾するものではなかったというべきであるが、ここでは現在との差異の可能性を示唆するにとどめる。

では、「警察」とは何であったのだろうか。この点につき、夭折の国法学者、末岡精一を引用する。

「欧州中古の初頃に於ては、国家と云ふ思想未だ幼稚にして国家の政務も亦甚だ少なく、警察（ポリツァイ）と云ふ名目も未だ生ぜざりき。而して此時の国家は唯だ内外に於て法の保護をなすに限りたり。（法は権利の意）故に其行政は兵務及び司法を以て重なるものとせり。……十五世紀の終頃より開化大に進歩し、随て経済事項及びその他の行政事項を以て行政事項となすに至り、此の時よりして凡て国家の行政と宗教の事務と相対し之を Politia と称したり、故に此時の羅馬帝国が発する所の命令を全て帝国の警察令と称せり。然れども其命令は現今警察に属する事項を規定するのみに非ず、帝国警察令は私法、刑法、出版条例、商法、営業条例等を包括せり。……十七世紀の中頃より警察の意味に著しき制限を生じ、此時以来独逸各邦に於て二種の行政を以て警察の中に包括せざるものとせり。即ち外交及び兵務の行政是なり。其後に至り司法も亦性質大に他の国家の行政と差別あるが故に、之を警察の中に置かざるに至りたり。此時以後も亦漸次に警察の意義に制限を生じたり、その制限を生じたる重なる原因

21）一木喜徳郎口述『行政法汎論講義』2 頁。なお、この資料及び下記注 22）は一木の講義録である。作成年月日は不明。慶應義塾大学三田キャンパスに現存する。

22）一木喜徳郎口述『行政法各論講義』2 頁。もっともこれはそのような説が当時あったことを紹介するものであって、後述するように、一木自身は警察の観念につき消極目的に限っていない。

はKameralwissenschaftの進歩なりとす。……財政を以て尤も緊要の事項とし、特別の学科として之を研究し警察と相対し置くに至れり、故に財政を警察の中より除けり。

警察とは、国家の行為中に於て外交、司法、財政及び宗教事務に属せざるものを包含する事となれり。然れども其意義尚ほ広く十八世紀の中頃より国家は警察権を以て全ての内務のことに干渉し、一方に於ては公の安寧、秩序を保ち危険を予防し、又一方に於ては積極的に人民の幸福増進を計れり、故に旧学派は警察を分て安寧及び幸福警察となせり。……然れども近時に至りては唯だ安寧警察をのみ警察の意義となすに至れり」[23)]

以上、長く引用したが、警察の観念は拡張と収縮の歴史であったことは容易に理解できようし、またこれが現在でも通説的見解であると思われる[24)]。本章では収縮の歴史、即ち17世紀から18世紀にかけての警察の歴史が検討の中心となる。

そこで、3点を挙げて本章の検討対象としたい。第一に《Kameralwissenschafと国家学》について、第二に《ポリツァイと国家学》について、第三に《明治政府による継受》についてである。そして、これらの点について各節検討し、その文脈の中で美濃部達吉の警察概念を捉えることを目標とする。

簡単に流れを述べると、第1節では「家」という概念を中心とするKameralwissenschaftが18世紀から19世紀にかけて瓦解し国家学（Staatwissenschaft）にその残滓が承継されることを述べ、第2節ではポリツァイに焦点を当て同時代の変遷を検討する。その上で第3節では、明治政府はシュタインを介してこの国家学を輸入したことを述べる。第4節では、国家学を背景に据えて美濃部の警察概念を検討する。そして、最後の第5節では、議論を簡単に振り返ると

23）末岡精一遺稿『比較國法学〔再版〕』（博文館、1900年）553-555頁。

24）例えば柳瀬良幹『行政法の基礎理論』（清水弘文堂書房、1967年）175-185頁、鵜飼信成「Polizeiの觀念――その發展史的考察」（美濃部教授還暦記念『公法學の諸問題 第一巻』（有斐閣、1934年）、田上穣治『警察法〔新版オンデマンド版〕』（有斐閣、2004年）3頁以下。

ともに、ポリツァイを 1 つの秩序として捉え直し、それとは異なる秩序を形成する経済体制を記述する次章への架け橋をする。

第 1 節　Kameralwissenschaft と国家学

本節では主として海老原明夫「カメラールヴィッセンシャフトにおける『家』――J・H・G・フォン・ユスティの思想と中心として」[25] を参考に、Kameralwissenschaft とは何か、そしてそれと国家学との関係、及びいかなる影響をポリツァイに与えたかを検討する。

第 1 款　ユスティの国家論

海老原は論を進めるにあたり、まずはユスティの国家論の検討から始める。ユスティは世の自然法論者と同様に自然的自由の状態から国家の成立を考えるものの、そこでいう自然的自由の状態とは家を単位とするものであって、家々の対立状態から次第に国家が形成されていくのである。「ユスティにおける自然的自由の状態は、人間の原始状態ではなくて、人間同志が国際社会における国家のごとくに強制－被強制の関係に立ちつつ対峙する状態、つまりある意味での社会状態なのであ」り「自然的自由の状態とは、抽象的な個人の集合ではなく、権力体として相互に強制－被強制の関係に立つ諸々の家の集合にほかならない」[26]。かかるユスティの国家論においては、当時の自然法論者（例えばヴォルフ）とは異なり、個人が単位とされておらず、また契約という契機がない。

国家が形成されるのは、対峙する家々が、諸々の家全ての福祉を目的として個々の家の意志と力が結合するためである。そして、ユスティは自然的自由を最高権力者から保護するために、敢えて契約という契機を介在させず以て自然

25）海老原明夫「カメラールヴィッセンシャフトにおける『家』――J・H・G・フォン・ユスティの思想と中心として（一）－（四・完）」国家 94 巻 7・8 号（1981 年）1 頁、同 94 巻 9・10 号（1981 年）1 頁、同 95 巻 7・8 号（1982 年）39 頁、同 95 巻 11・12 号（1982 年）1 頁。

26）海老原・前掲注 25）（一）13 頁。

的自由の状態の構造を変化させないことでそれを達成しようとするのである。「国家は、多くの個々の家が、それぞれの独自の福祉を公共善（gemeinschaftliches Beste）と結合させるために、各自の力と意志とをそれぞれ結合することによって作られたもの」[27] であって、「もろもろの家の力（Kraft）を結合することによって作られるのが最高権力（oberste Gewalt）である」[28] が、「自然的自由の制限は、国家の目的にとって必要最低限な範囲においてしか許されない」のであって、ユスティは「自然的自由の状態から国家状態への移行は、権力の単位たる家の集合という基本構造自体には何らの変更を加えることなく行われる」[29] とすることで、「自然的自由の状態において人間が有する家への忠誠、道徳上の義務、神への義務など」[30] によって最高権力の及ばない領域を画することができたのである。

第２款　Kameralwissenschaft

このような国家を構想するユスティは、Kameralwissenschaft の頂点に位置するカメラリストであり、かつまた Kameralwissenschaft は「家」を中核とする体系知であったと、海老原は評している[31]。

では、その Kameralwissenschaft[32] とは一体どのような学問なのか。海老原

27）海老原・前掲注 25）（一）14 頁。

28）海老原・前掲注 25）（一）21 頁。

29）海老原・前掲注 25）（一）20 頁。

30）海老原・前掲注 25）（一）24 頁。

31）この点につき栗城は Kameralwissenschaft の中核は警察であるという（栗城寿夫「十八世紀ドイツ国法理論における二元主義的傾向（九）」法雑 14 巻 4 号（1970 年）69 頁）が、これは物事の 2 側面であると思われる。即ち、Kameralwissenschaft は個人主義や自由主義により解体されるのであるが、個人主義によって「家」が否定され、自由主義により「警察」（福祉）が否定されたと考えられる。そして後述のように、「家」が解体された後の統一性を保つための哲学、及び警察が解体された後の行政学の双方を排除したのが法学的方法である。

32）通常、官房学と訳されるが、栗城寿夫はこれを「必ずしも適切な訳語とは思えない」としている（栗城・前掲注 31）69 頁）。

は家政学（Ökonomik）[33] が Kameralwissenchaft を理解する上で欠かせないとし、家政学の源流に遡って考察するが、結論だけを述べるのであれば、Kameralwissenchaft は国家を 1 つの「家」と捉えその自存・自立をいかに達成するかを考える学問であった。「ユスティは、国家の統治を私人の家政との類推において観念しているわけである」[34]。

通常 Kameralwissenchaft は「家政・財政・警察」に分けられる [35]。家政学は君主・農村・都市など分野によって内容は異なりはしたが、生業や財産の運用に関して仔細に [36] 言及する学問であった。また、警察は次節で詳述するように当初は「善き秩序」という目的概念であった。しかしながら、18 世紀を通じて、君主と国家とは別個の存在であるという認識によって君主の財産とは異なる公の財産が概念として生まれ、君主の家政学が「財政学」、公の家政学が「警察学」とされ、「善き秩序」のための手段概念へと変わっていったのである。その集大成であるユスティにおいて、Kameralwissenchaft はまず 2 つに大別される。国家財産の維持・増加とその運用である。前者に関わる学問が政治学・警察学・商業学・家政学であり、後者に関わるのが財政学である。「従来家政学・ポリツァイ学・財政学の三部構成をとることが通常であったカメラールヴィッセンシャフトを、ユスティはまず二分し、次いで政治学・ポリツァイ学（商業学を含む）・家政学・財政学に四分している」[37]。

33）栗城は「経済学」と訳すが、海老原はその語源から敢えて家政学と訳す（海老原・前掲注 25）（一）42 頁）。吉永榮助もまた「経済」の意味について探求する中で、Piepenbrock に依拠しつつ「Wirtschaft（経済）が家計の切り盛りであり、経済法の考え方を、まずこれについての『法』と見ると……最も一般的に重要なのは、国の家計、即ち国の財政」であると述べる。そして、この家計の切り盛りの管理または管理法学こそが「『経済』oikos nomas」であるとしており、Ökonomik と家政との起源における繋がりを示唆していると解される（吉永榮助『経済法学の基礎理論〔第二巻〕』（中央経済社、1976 年）103-107 頁）。

34）海老原・前掲注 25）（二）31 頁。

35）これが末岡が「財政を以て尤も緊要の事項とし、特別の学科として之を研究し警察と相対し置くに至れり、故に財政を警察の中より除けり」と示したことであろう。

36）これは「善き秩序」のために人々の生活態度などへも積極的に干渉したため、福祉と自由の対立という構造を生み出した。

ユスティはポリツァイ学として、開墾・農制・公共施設（街道や水道など）・都市の建設人口増加政策・産業政策・教育・道徳などについて語っており、それは主として経済的発展のためのものであった。対して、政治学においては軍事・外交・治安維持を語っているのである。ユスティにおいては安全目的は政治学なのであり、警察学は財産増加を目的とする点でむしろ福祉目的であった。もっとも、ポリツァイ学においても国内の安全維持は説かれるのであるが、それはあくまで個々の私人の福祉促進に関する限りのものであった。「ユスティによれば、ポリツァイは個々の家の福祉を促進することによって国家の財産を増加させることを目的とするものであり、安全への配慮はその目的に資する限りでのみ、すなわち公民の生命・財産・名誉の保護を通じて個々の家の福祉を促進するという限りでのみ、ポリツァイ学の領域に含まれる」[38]。

第３款　Kameralwissenchaft の崩壊

Kameralwissenchaft もユスティを頂点として崩壊することになる。その契機となったのがゾネンフェルスであった。ゾネンフェルスは Kameralwissenchaft を政治学・警察学・商業学・財政学の４つに分ける。ユスティと比べると、家政学が欠落している。ゾネンフェルスは家政学を商業学に置き換え、警察学を安全目的の学問に純化させたのである。さらに言えば、ユスティにおいては、一般的な安全（個々人の安全以外の公共の安全）を政治学に委ね、個々人の安全は警察学に置いていたが、ゾネンフェルスは「国内の安全目的」とすることで一般的な安全をも警察学に取り込んだのである。そして、ユスティにおいてあまり語られることのなかった個々人についての安全を語り、産業政策については商業学に委ねることにしたのである。

しかしながら、これは単にユスティの Kameralwissenchaft を発展させるものではなく、むしろそれを瓦解させるものであった。前述のように Kameralwissenchaft は国家を「家」に見立てて国家の自存・自立を語るもので

37）海老原・前掲注 25）（二）32 頁。
38）海老原・前掲注 25）（二）35-36 頁。

あり、「家」をその中核とするものであったからである。核を失った体系知（Wissenchaft）は崩れざるをえないであろう。「家政学がカメラールヴィッセンシャフトの体系から脱落させられたということは、しかしながら、カメラールヴィッセンシャフトの学問としての統一性・一体性の喪失を意味する」[39)]。

しかしながら、Kameralwissenchaft の崩壊にゾネンフェルスのみが寄与したわけではない。第一に、ユスティからゾネンフェルスの時代にかけて、行政の司法化が進んだことが挙げられる。ユスティの時代においては、司法は等族勢力の手にあったがために、君主の行政は勢い法的色彩の薄いものであったが、その後司法の国家化が達成されると君主の行政も法的色彩を強めても何ら不思議ではなかった。「ユスティまでのポリツァイ学とは大きく異なって市民社会の法的安全保障をその主たる対象とするようになるのは、それゆえ決して偶然ではない」[40)]。そのため、ゾネンフェルスの警察学には法的色彩があり、19世紀以降、法学的方法が隆盛すると、ユスティではなくゾネンフェルスが重視され Kameralwissenchaft はなりを潜めることになる。

第二に、アダム・スミスの自由主義的経済理論が挙げられる。確かに家政学も Ökonomik とされるように、「経済」について語ることもあった。しかしながらそれはこれまでの叙述で明らかなように、国家を「家」とする中でのことであって、内部の循環及び成長のための方図（いわば新陳代謝）を主とするものであり市場秩序自体を扱うものではなかった。アダム・スミスの理論は Kameralwissenchaft においてその体系を壊さずに移植できるものではなかったのである。「純粋な市場の秩序の学としての経済学はドイツのカメラールヴィッセンシャフトの地盤から自生的に形成されたのではな」く「新しい経済学と伝統的カメラールヴィッセンシャフトとの間には越しがたい断絶が存する」。スミス理論は経済秩序の自立を要請するものであって、その要請が、個々人の生活態度にまで干渉してきた Kameralwissenchaft と対立しその地位を低下させたのである[41)]。

39）海老原・前掲注 25）（四・完）26 頁。
40）海老原・前掲注 25）（四・完）10 頁。

第 4 款　19 世紀の Kameralwissenchaft

以上のように、Kameralwissenchaft は「家」という概念で以て国家を統一的存在として捉えた上で、その運営をどのようにすべきかを教える学問であった。そのためそれは国家についての雑多な知識が必要とされ、法学的方法と対比的な意味での国家学的方法が息づいていた。その Kameralwissenchaft は内部秩序を維持する学問として警察学を求めていたのである。しかし「家」という核が抜き取られてしまい Kameralwissenchaft は崩壊する。

とはいえ、それが全くなくなったわけではない。19 世紀のモールの国家学は行政の実務を子細に語る点において Kameralwissenchaft の残滓が見えているし、シュタインもまた国家の実情を眼前にそれをいかに対処するかという実務的な視点を持つ点や、法解釈の枠を超えて国家の自存・自立を考えている点において、その国家学には Kameralwissenchaft の残滓を看取できる。

もっとも、それは少数派にとどまり、その崩壊と共に、「善き秩序」を目指す点で「家」という全体を背景に持つ警察学は解体し、行政学・行政法学がそれを継ぐことになった。その両学問についても、法学的方法の時流により、シュタインの懸命の努力にもかかわらず行政学は法学の上では衰えていった[42)]。国家内の雑多な事象を取り扱う行政学においては対象とできた福祉は行政法学においては扱いきれないとしてそこから排除され、その流れが《消極目的規制＝警察的規制》という認識へと行きつくのである。

次節では、この過程をポリツァイに着目して辿ってみることにする。

第 2 節　ポリツァイと国家学

前節では Kameralwissenchaft の崩壊と共に瓦解した警察学について簡単に概観した。これは《警察概念は 18 世紀において転換した》という通説的見解を

41）このように、警察と経済秩序は単に対立するというだけではない。そもそもにおいて経済秩序は国家秩序にとっては全く異質の存在なのである。

42）後述のように、明治日本はシュタインに多大な影響を受けている。そのシュタインを通して日本が Kameralwissenchaft の息づかいを学んだということを見逃してはならない。

Kameralwissenchaft という側面から眺めたものである。しかしながら、前節の最後に述べたように Kameralwissenchaft そのものが完全に消え去ったわけではない。そしてこのことは警察概念においても同様なのである。

以下本節においては主として玉井克哉「ドイツ法治国思想の歴史的構造」[43]に依りつつ簡単に記述していくことにする。この論稿は法治国概念についての通説的見解を批判的に検討するものであり警察概念それ自体を検討するものではないが、必要な範囲で歴史的な検討を加えているため、我田引水の恐れを抱きつつもその研究成果を参考とさせていただくものである。

第 1 款　警察概念の歴史的展開

まず、警察概念の歴史的展開に関する通説的見解を述べておこう。ここでは柳瀬良幹の記述を挙げておく。

柳瀬は警察概念は 2 つの方面から制限を加えられたとする。その 1 つは「国家組織の発展の結果」であり、警察から外政・軍政・財政・司法が分離独立したことである。そしてもう 1 つが強制作用でありかつ消極目的に限定されたことである。後者について柳瀬はこう語る。

> 「内務行政のうち、強制を伴ふ作用のみを警察と呼ぶに至つたのは、当時のライヒ及びラントの警察命令が刑罰を伴ふ警察規定のみを内容としたことの影響で、日常の用語に於て先づ用ひられ始め、大体十八世紀の中頃に此の用法が一般に認められたらしい[44]。
>
> 警察の観念が右のうち更に保安目的の作用に限定されるに至つたのは、人も知る通り、自然法思想の影響である。即ち十七世紀のプーフェンドルフに源流を発し、カントの法律哲学の権威のもとに、殊にフムボルトに依つて大成せら

43）玉井克哉「ドイツ法治国思想の歴史的構造（一）－（五・完）」国家学会雑誌第 103 巻第 9・10 号（1990 年）1 頁、同第 103 巻第 11・12 号（1990 年）1 頁、同第 104 巻第 1・2 号（1991 年）1 頁、同第 104 第 5・6 号（1991 年）1 頁、同第 104 巻第 7・8 号（1991 年）1 頁。

44）柳瀬はここでレーニング（Löning,Lehrbuch des seutschen Verwaltungsrechts S.7）を参照している。

れた、個人主義的自然法思想に基づく国家目的限定説がそれで……両者が結合して、警察の観念を保安目的のためにする強制作用に限定するに至つた」[45]

この見解に対して玉井は、そのような「十八世紀の末までに思想上の大きな転換がなされ、遅くとも十九世紀までに、法的に万能な警察国が自由主義的な法治国に取って代わられる、という歴史的理解の枠組み」[46] と 19 世紀の法学者であるシュタールが未だ包括的な警察概念を取っていることとの齟齬を指摘し、かような包括的警察概念が 19 世紀には既に時代遅れになっていたのかを検討する。

もっとも、柳瀬の指摘のうち、警察が強制作用となっていたという点については賛同してもよいと思われる。というのも、警察の原語とされるポリツァイは中世以来の身分制社会の危機[47] に対して求められた「善き秩序」という状態を指す概念であったところ、その「善き秩序」の維持を君主に依存するようになるにつれて意味が変化し、18 世紀には君主の「活動」及び「官署」を意味するようになった[48] のであって、その点において強制作用を指すようになっていたと言えるからである。

第２款　警察目的の限定？

では、18 世紀において警察概念が転換され消極目的に限定されたという見解は正当であろうか。

ここで玉井は、カント以前の哲学者ヴォルフを検討し、結果としてカント登場以前においては包括的な警察概念がむしろ主流でありかつまたそれは自由と整合的であったとする。それは「自由」そして「国家」概念の帰結である。

45）柳瀬・前掲注 24）176−179 頁。

46）玉井・前掲注 43）（二）43 頁。

47）例えば、兵器開発による戦争における貴族の役割低下や貨幣経済の浸透、教会の権威失墜や都市の繁栄などが挙げられよう。

48）玉井・前掲注 43）（二）48−50 頁。

ヴォルフにおいて「自由」とは完全性に至ること[49]であって、「国家」はそれを保障する共同体である。かような共同体の目的は安全に限らない。共同体の構成員が完全になるように様々な配慮をすることもまた目的に含まれるのである。かような「自由」と「国家」との間には緊張関係のあろうはずがない。「政治的共同体による福祉の増進が、ヴォルフの体系の中では、自然状態で個人が享受していた自由と緊張関係に立つと考えられていなかった」[50]。

そしてその思想は18世紀後半に至るまで政治理論の主流であったが、かような国家観は次第に敵視されるようになる。しかしながら、一般に言われるように[51]プロイセン一般ラント法が警察概念を消極目的に限定したというのは誤りである。なぜなら、その立法に携わった官僚であるスヴァレツもまたヴォルフの系譜に位置づけることが可能であるし、その規定からも福祉活動がポリツァイに含まれると解されることを前提とした用語法だからである。

とすると、18世紀において警察という概念には「政治社会の構成を目的論的に正当化する概念としての『福祉』が横たわって」[52]おり、19世紀はこの背景を承けつつ理論を展開せざるをえなかったのであって、従って、18世紀において警察概念が転換され消極目的に限定されたという見解は正当とは言い難いものである。

第３款　19世紀の包括的警察概念

19世紀前半の法学者もまた包括的警察概念を継承していた[53]。しかしなが

49）これは現実の自己を否定して理想的な自己との同一性を目指す点で、分類するのであれば（バーリンのいう）積極的自由に属すると考えられる。

50）玉井・前掲注43）（二）54頁。

51）柳瀬・前掲注24）180頁、関根謙一「警察の概念と警察権の限界（一）」警論33巻10号（1980年）4頁。この考え方に疑問を呈するものとして芝池義一「ドイツ警察法理論をめぐる若干の理論的諸問題（二）」論叢96巻3号（1974年）9頁。

52）玉井・前掲注43）（二）64頁。この点は前節において警察学がKameralwissenchaftという統一性を背景に持っていたことと符合する。

53）もっとも、フンボルトは厳格に安全目的に限るが、これは当時のプロイセン国家の政策としては「全く非現実的」（玉井・前掲注43）（三）8頁）であった。

らそれは必ずしも 18 世紀までのそれと同じではない。

そもそも 18 世紀後半においてヴォルフの説くような国家論が自明ではなくなった。柳瀬も述べていたように、個人主義・自由主義が興っていたのである。カントは警察国に対して非常に批判的であったと思われる。カントは「啓蒙とは何か」と題して以下のように語っている。

> 「啓蒙とは何か。それは人間が、みずから招いた未成年の状態から抜け出ることだ。」
>
> 「ほとんどの人間は、自然においてはすでに成年に達していて（自然による成年）、他人の指導を求める年齢ではなくなっているというのに、死ぬまで他人の指示を仰ぎたいと思っているのである。」
>
> 「そして人々をつねにこうした未成年の状態においておくために、さまざまな法規や決まりごとが設けられている。これらは自然が人間に与えた理性という能力を使用させるために（というよりも誤用させるために）用意された仕掛けであり、人間が自分の足で歩くのを妨げる足枷なのだ。」[54]

前節で記述した国家が人々の生活について「公共の福祉」の名の下に仔細な取り決めをしていたことを想起すべきである。そのような国家が警察国とも称されるのであり、カントがそのような国家に対して批判的であることが上の引用より窺われるであろう。

では、なぜそのような思想的潮流にあって彼らは包括的警察概念を保持していたのか。それは現実の問題に対処するためである。ここではモールを例にとることにする。

モールは公民の自由を最高原則とし国家の援助は消極的（negativ）なものに限定する。「モールの警察概念は自由主義的国家目的論の立場に立つ法治国家論の直截な帰結」[55] である。しかしながら、モールは産業政策などの積極的

54）カント（中山元訳）『永遠平和のために／啓蒙とは何か』（光文社、2006 年）10-12 頁。なお、傍点は本書のままである。

な活動も警察権能に含めていた。モールは警察作用を 3 つに分ける。人間身体への配慮、人間精神への配慮、そして公民の財産への配慮である。最後の部分において生業の振興が含まれているがこれこそが産業政策であり「ポリツァイ学の重点をかように産業政策に置く点で、モールはユスティのポリツァイ学の継承者と評価できよう」[56]。そして、モールをして国家の作用を消極目的に限定しながらかように積極的な作用をも警察に含ましめたのは前述のように現実の必要性であった。19 世紀前半のドイツにおいては大衆窮乏化が生じていた。その中にあって「中間身分」[57] に期待をかけ秩序を安定させようとする試みが多様なバージョンにおいて現れていた。モールもそのバージョンの 1 人である。「大量の工場労働者（Masse der Fabrikarbeiter）に対処すべく、秩序維持のための国家的な施策をモールも構想していた」[58] のであり、「彼ら（ロテックやモール、シュタール――筆者注）が対峙した相手は、大衆窮乏化（Paupelismus）あるいは『社会問題』と呼ばれる全般的な危機状況である」[59]。

もっとも、それは必ずしも自由の観念に反するものではなかった。むしろそれは自由の要請であったのである。なぜなら、彼らが想定していた自由とはヴォルフの自由の延長線上にあるといえるものだからである。「そこでの自由は、単に拘束がないという消極的な意味ではなく、何らかの積極的な方向を内在させたものとして観念されるのが普通」[60] であり「国家はむしろ積極的に活動すべきだ、と考えられた」[61]。これはカントにしても同様である。カントの自由というものは、自然科学が発展しつつあった当代において決定論に抗うために生み出されたものであった。比喩的にいうなれば、神の創造した自然に

55）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）」論叢 96 巻 2 号（1974 年）8 頁。
56）海老原・前掲注 25）（四・完）31 頁。
57）富もせず窮乏もしない階層という意味合いである。玉井・前掲注 43）（三）12 頁以下参照。
58）玉井・前掲注 43）（三）17 頁。
59）玉井・前掲注 43）（三）23 頁。
60）玉井・前掲注 43）（五・完）9 頁。
61）玉井・前掲注 43）（五・完）11 頁。

埋没した被造物たる人間は、唯一他の動物とは異なり神の似姿として理性が与えられておりその理性の限りで自由である。「カントは、直感と概念とによって構成される科学的認識に関しては、『決定論』の立場を最もひろい範囲にわたって是認し」「同時に、因果律の通用をば経験界に限定することによって、経験を越えた叡智界（inteligible Welt）には道徳律が妥当するものと認め、そこに、道徳の『要請』（Postulat）としての自由を打ち立てようと試みた」[62]。これが、人間が自律的であるということであり、それは「自分というものを自分のなかの批判的・理性的な要素と同一視」[63] し「わたくしが自分自身の意志によって自分の生活を設計するならば、そのときにのみわたくしは自由である」[64] という言明であって、「そこに含まれている自由概念は、障害物のない境域、自分のやりたいことのできる空虚な場所という『消極的』な自由の観念ではなくして、自己支配ないし自己統制という〔『積極的』な自由の〕観念である」[65]。

ここにおいてはヴォルフの自由概念との距離は、その設計図が自己の外部にあるか内部にあるかにすぎない。しかしながら、その差によって国家活動の消極目的への限定が成立しうるのである。とすれば、確かに 19 世紀においても警察に積極的な作用を含ましめることは理論上可能であったが、むしろそれは現実の要請によって正当化されていた面の方が大きいと思われているのである。

第 4 款　法学的方法の隆盛

以上のように、確かに 19 世紀においても警察に積極的作用を含めることは理論的に正当化しえた。「自由を福祉と一体のものとしてとらえ、倫理的な拘束を内在させた『自由』に政治権力の行使を結びつける考え方は、自由主義の

62）尾高朝雄『自由論』（ロゴス社、2006 年）34 頁。
63）アイザィア・バーリン（小川晃一ほか訳）『自由論〔新装版〕』（みすず書房、2006 年）332 頁。
64）バーリン・前掲注 63）340 頁。
65）バーリン・前掲注 63）341 頁。

陣営に留まらず、保守主義者や官僚の少なくとも一部を洗う、太い潮流になっていたわけである」[66]。

しかしながら「ポリツァイ学はモールにおいてなおその名を保持したものの、十九世紀における法律学の優勢の中で次第に消滅していく」[67]。その「法律学の優勢」こそが、公法学における法学的方法、実証主義公法学の隆盛である[68]。

ゲルバーとそれを継ぐラーバント[69]は「私法の領域において完成されていた法律学的方法、一定の法概念・法命題から体系的な演繹・推論によって法規と判決とを導出する『法実証主義的方法』を国法の領域にも適用したのである」[70]。そのような法学的方法は従来の国法学に付随していた哲学を排除しただけでなく、行政学といった現実の要請に対応する学問をも排除していった。そうすることによって、国法学を法の体系[71]として専門分化する試みだったのである。そのような試みにあっては、警察概念に積極的な要素を含ましめることはできない。なぜなら、それは現実の生活を観察しそのその都度適切な解決を与えるものであって、およそ演繹による体系化にはそぐわないからである。「哲学・経済学・歴史等々、総じて人間の営みに関わる博識は、もはや夾雑物に過ぎない」のであって、それを排除することによって「国法学は、『学問』になった」[72]。

66）玉井・前掲注 43）（五・完）16 頁。

67）海老原・前掲注 25）（四・完）28 頁。

68）瀧井一博によればそれはサヴィニーに始まる（瀧井一博『ドイツ国家学と明治国制』（ミネルヴァ書房、1999 年）15 頁以下）が、本稿ではそこに深入りせず玉井の記述に従う。

69）もっとも、両者には対象の範囲に差がある。海老原明夫「ドイツ国法学の『国家学的』方法について」（国家学会編『国家学会百年記念 国家と市民 第一巻』（有斐閣、1987 年））361 頁参照。また同様の指摘として牧野雅彦『国家学の再建』（名古屋大学出版会、2008 年）28 頁参照。

70）牧野・前掲注 69）27 頁。

71）学問（Wissenschaft）とは体系（システム）でなければならなかった。「Wissenscaft は体系を具備することを不可欠の要件とするのである」（瀧井・前掲注 68）14 頁）。これと対比して高柳信一の「学問」観を論じることは有用であるように思われる。

72）玉井・前掲注 43）（五・完）60 頁。

そしてかような方法を以て行政法学という「学問」を成立させたのがオットー・マイヤーであり、また「国家学＝国法学」として国家学の豊富な内容を法解釈に矮小化した法実証主義に対して反論を試みた人物の 1 人がゲオルグ・イェリネックであったことは留意すべきである。

第 5 款　「警察消極目的原則」の内実

さて、以上が「警察消極目的原則」に関する議論である。しかしながら、これでは分析として不十分である。というのも、「ポリツァイが変化した」というとき「変化」という言葉には“何が変化したか”と“どう変化したか”が混在しているからである。そして、前者の変化を述べるために機能[73]という言葉を用いることにする。というのも、法実証主義（法学的方法）は機能に着目しその目的の異同を省みない方法だからである。私はポリツァイの変化として、目的（状態）、作用、官署以外にも機能概念ともなったと考えるものである。玉井らの分析はこの点を明確に意識していない。しかしながら、「変化したのは目的へか機能へか」「その内容が積極的か消極的か」を分けて考えることは重要である。

この分析からすると、ポリツァイを機能概念と解した上で「国家目的は包括的であるが機能は消極的」ということも十分に考えられる。ポリツァイが機能概念となったとしても、それはそのように“使われた”だけであって、目的概念としても存続していると考えることは十分に可能なのである[74]。それにもかかわらず、目的概念としても存続しえなかったかのように考えられているため、19 世紀のモール、シュタールそしてシュタインは「警察消極原則」に反

73）ここで「機能」とは、結果／原因ないし目的／手段を相関的に把握した上で、その相関関係で果たす役割という程度の意味で考えている。例えば、目的 X を実現する各々実体的に区別される手段 Y_1、Y_2……Yn とあったとすれば、これらは同じ「機能」である。

74）法実証主義があくまで「法－学」を目的とする世界観に過ぎないとすれば、その目的によって歪曲・収斂された世界において、「国家目的」は存在しないのではなく、見えないものないし見ないものとして存在すると考えるべきであった。その世界で見えるものないし見るものについて「ポリツァイ」という名称を与えたに過ぎない。

した過渡期であるかのように語られる。法学的方法においては積極的機能が法学の世界から追放されたため表面的には国家目的が消極的とされるのと同じ状況であった。法実証主義においては「国家目的は包括的で消極的機能」と「国家目的は消極的で消極的機能」とを法学的に区別しない。そこでは消極的機能のみが見え、法学的には国家は消極的に振舞うのである。対して、国家学的方法においてはそれらを区別して「国家目的は包括的で消極的機能」という考え方は成立しうる。しかしながら、それは文面上は同じ「消極的」という言葉で示される。彼らの立場の違いを越えて「消極目的原則」という枠内に含めて論じることには慎重にならざるを得ない。

これが 19 世紀の消極目的原則の実態だと推察される。「消極目的原則」で限定されたのは、国家目的それ自体と国家活動の機能の両方があったのである。法実証主義は明らかに機能の限定を図ったのであり、後述する美濃部の「消極的の目的」「積極的の目的」にいう「目的」は機能の意味であると解される。

第 6 款　小括

本節ではポリツァイの内容が狭まっていく様子をポリツァイだけでなく Kameralwissennschaft の面から[75]も検討した。この検討によって、かつては「善き秩序」という目的（状態）を表していたポリツァイは歴史を経るにつれて権力的作用という作用を表し、さらに個人主義・自由主義及び法実証主義公法学によって消極目的に限定されていったことが分かるであろう。そしてそれは「国家目的」を限定する潮流から「機能」を限定する法実証主義へとシフトしていったのである。

しかしながら、西欧の憲法を継受した明治政府は実はこの潮流に乗っていない。そのことを次節で述べることになる。

75）Kameralwissenscaft も検討したのは自由主義だけでなく個人主義との関わりも示し後述する「公共」という概念へ架橋するためである。

第３節　国家学者シュタインと明治国制

前節まではドイツにおいてポリツァイがどのように変遷したかを概観した。それはおおよそ通説通り収縮の歴史であったが、その要因としては個人主義・自由主義、経済的自由主義、そして法実証主義公法学があった。

しかしながら、日本はその潮流から離れていた。というのも、日本が憲法を取り入れたのはシュタインを通じてであったからである。本節ではその点を簡単に述べたい。

第１款　シュタインの体系知としての学問

まず、シュタインが法学的方法に抗った人物であったことを記すだけで本稿では充分であろうが、それでは大味にすぎるきらいがあるためやや立ち入ることにする。

シュタインはサヴィニーと共感するところがあった。それは大学人としての矜持とも呼ぶべきものである。瀧井によればシュタインはドイツ固有の価値を学問（Wissenscaft）においていた。イギリスやフランスにおける実際の状況を観察し、それらに対して普遍的な体系性を考えること、そのことにドイツのそして大学の意義を見出していたのである。それはある種ヨーロッパにおける分業体制である。「シュタインによれば、『ドイツの偉大さとは、その学問が個別的な知識ではなく、孤立化に陥っていない全体的なひとつの営為（Arbeit）である』点に求められ、そして、ドイツはこのようなヴィッセンシャフトでもって、他のヨーロッパ諸国民を導いていかなければならない、ということになる」[76]。そしてその際のシュタインの瞳には法史学が映っていたのであり、その点でサヴィニーと相通じるところがあったとされる。

しかしながら、サヴィニーは歴史的方法から体系的方法へ転換する。それがシュタインにとっては裏切りであった。もっとも、シュタインもまた体系知としての学問を重視していたはずである。ならばなぜそれが裏切りになるのか。

76）瀧井・前掲注 68）29 頁。

それはサヴィニーが現実の必要性から遠ざかったからである。前節でも述べたように、当時のドイツにおいては大衆窮乏化が眼前にあった。それに対してサヴィニー（そしてヘーゲル）の学問は何らの解答も与えてくれなかったのである。「そのような大衆窮乏化状態（Pauperismus）のベルリンに身を置いていたシュタインにとって、ヘーゲルの体系……はその現実性が疑問視され、サヴィニーの法理論はそもそもそこからの逃避と見えたことは容易に推測しうる」[77]。そこでサヴィニーとは袂を分かつことになったシュタインの体系知としての学問は、理念的なものではなく現実的な体系でなければならなかったのである。ここでシュタインが陸奥宗光に授けた国家学講義の内容を引用することは不当ではないだろう。

> 「理念とは、純然たる思惟の領域内での単純な哲学的演繹の中に存するものである。知識とは現実的経験の産物である。この両者の結合によって真の知的概念が生み出される。そしてそれが、ここでわれわれの求めているものなのである。われわれが求めているのは、あらゆる相違をひとつの統一的範疇に包含できるような概念である。真の国家概念とは、理想的国家と現実的国家との適正な関係を含んだものである。そして国家学は、国家の基本的ないし論理学的理念が、実際の研究と観察を通じてわれわれが知識を得ている既存の国家において、いかにして、また何故に多様で相異なった形で現出しているのかを示さなければならない」[78]

このようなシュタインにとって演繹的に体系を形成する法実証主義公法学は対抗すべき相手であったことは自然であろう。「シュタインの法学体系はそのようななかで、公法実証主義に対抗する『学問性（Wissenschaftlichkeit）』の主張を国家学の側から展開するものだった」[79]。しかしながら、前節でも述べた

77）瀧井・前掲注 68）37 頁。
78）瀧井一博編『シュタイン国家学ノート』（信山社、2005 年）5 頁。
79）瀧井・前掲注 68）55 頁。

ように、シュタインの抵抗は時代の潮流に負け、かような博物学的方法による国家学は西欧の表舞台から去ることになるのである。

第２款　明治政府によるシュタインの継受

さて、上記に引用した「国家学ノート」はシュタインが講述し陸奥宗光が筆記したものである。この点からも分かるように[80]、明治政府が国家形成の参考にしたのはシュタインの国家学であったし、それは大日本帝國憲法（以下明治憲法）の形成にも大きな影響を与えたと考えられる。というのも、その主たる起草者であるところの伊藤博文自身がシュタインに傾倒し、また彼の国家学を日本に広めた人物であるからである。そしてそれは国家学会に結実し、明治初期という時代の空気を作り出していたといってよい[81]。

では、シュタインの警察概念はいかなるものであったか。芝池義一の論稿においては強制説（積極目的規制を含みうる）とも消極目的説ともとられている[82]。もっとも、両者は排他的ではなかろう。警察を強制作用としても積極目的も含ませることができるのである。シュタインの警察概念について末岡は内務行政を包括して称する説（モールを代表者としている）や消極目的説とは違う第３の説として以下のように述べる[83]。

> 「其説によれば、警察は内務行政と同一物に非ずと雖も、又内務行政の特別の一部を指すにもあらず、内務行政全体に渉る所の一部なりと云ふ」。

80）また、伊藤博文の憲法調査に留学生として随伴した末岡精一が「行政學比較研究ノ必要ヲ論ズ」（末岡・前掲注 23）附録 126 頁以下）という報告をしたこともその証左である。

81）もっとも、詳細は瀧井・前掲注 68）を参照願いたい。なお、シュタイン学説の継受については、藤波言忠がシュタインに学び、特に皇室典範に結実した実態があるとする上野隆生による研究がある（上野隆生「近代日本における国家学の受容（その一）－（その二・完）――藤波言忠によるローレンツ・フォン・シュタインの講義筆記」環境情報研究（敬愛大学環境情報研究所）6 号（1998 年）、敬愛大学国際研究 4 号（1999 年））。

82）芝池・前掲注 55）、同・前掲注 51）参照。

83）末岡・前掲注 23）556 頁。

この記述だけではその意味するところをただちに了解することは難しいが、末岡はその記述に続けて以下のように説明する。

> 「此説は警察の意義によりて区分するものにして、警察の行為は凡て内務行政の中に於て、命令権を以て危険予防のために一個人の自由に干渉する所のものなり、故に強制或いは命令権を以て応用せざる時は警察となさず」。

ここで記されているのは、上述のように消極目的と強制とが組合された警察概念である。かようなシュタインの説について末岡自身は「ヘーゲル派の哲学を執り哲学上より論を立て、事実を重ぜざるより其説も古く誤りも多し」[84]とするが、シュタインが事実を重視していなかったという点については末岡に賛同することはできない。また、末岡によればその説は広く公法家が採用する説であるとされる。この点については正当であろうが、しかしそれがシュタインの手による説であるとは言い難いであろう。明治政府がシュタインとコンタクトをとったときには既にシュタインの影響力は落ちていたのであり、その広まりがシュタインの手によることは考えにくい[85]。逆にいえば、それでもなお末岡をしてシュタインを代表者として挙げさせるほどに、明治政府におけるシュタインの影響力は多大なものであったことがうかがわれるのである。

また、東京法科大学にあっては、それまで哲学と手を携えていた政治学が法科大学に編入され、さらに、かような国家学を世に広めんと結成された国家学会において学者のみならず官僚といった実務家も報告者として参加していたこ

84）末岡・前掲注 23）557 頁。もっとも末岡は「其論説より学者の注意を喚起せしの効は大なり」としてその価値を認めている。

85）この点芝池は「概念構造のうえではシュタインの警察概念はこれらのそれ以前の警察概念とはかなりの隔たりを持っているように思われる」とした上で「シュタインの警察概念をすでに十八世紀において警察の目的を消極的に限定せんとした諸学説の系譜の中に位置づけることには疑問がある」という見解に同意している（芝池・前掲注 55）4 頁）。もっとも、芝池は「自由」の積極的側面への着目がみられないため、シュタインの見解についてやや曖昧さを残しているように思われる。

とやその報告内容も法律に関するものに限られずおよそ国家政策に関わるものであったことを鑑みると、法学的方法に抗ったシュタインの国家学的方法が少なくとも明治政府側において主流であったことがうかがわれるであろう。

第３款　そして美濃部達吉へ

以上簡単にではあるが、シュタインの学説が明治政府及び当時の論壇において与えた影響の強大なることを示した。明治憲法はそのような明治政府の手によって作られたのであり、当時の学説を理解する上で国家学への配慮は欠かすことのできないものである。

しかしながら、西欧の学問を直接肌で感じとり国家学の探究をやめることのなかった末岡は明治 27 年 1 月 22 日、39 歳の若さで息を引き取る。そして上述のような活況をみせた国家学会も次第に鎮静化していき、法学専門化していく。

そのような法学専門化した時期に国家学会の評議員として名を連ねた者に美濃部達吉がいる[86]のであり、また美濃部は末岡がなくなった明治 27 年に東京法科大学にて穂積八束と一木喜徳郎[87]より公法学の薫陶を受けたのである[88]。このことは、末岡の名声が響いていたであろう時代・場所にて学んだ公法学者美濃部達吉を理解するにあたって見逃してはならないことなのであって、美濃部の警察概念にもそれが刻印されていると思われる。

次節では、警察概念についてしばしば述べられる美濃部と佐々木惣一との対立についての評価に基づき美濃部の警察概念を検討することになる。

第４節　美濃部達吉の警察概念

これまでの記述は、《消極目的規制＝警察的規制》という現在の支配的見解

86）瀧井・前掲注 68）291 頁。瀧井はこの時期の国家学会について「学会は漸次外との関係を薄めていく傾向にあることが指摘できる」とし「当初の実際派色を脱し、アカデミズムの機関として生まれ変わっていった」と評する。

87）一木が就任した経緯については長尾龍一『日本法思想史研究』（創文社、1981 年）93 頁以下参照。

88）美濃部達吉『日本國法學 上巻上 総論』（有斐閣書房、1907 年）4 頁。

についてその「警察」が日本に継受されるまでを描いたものであった。その結果、ドイツに学びながらドイツの主流から外れた明治政府という構図が読み取れたのである。

では、かような日本において警察概念はどのように考えられたか、本節では源流とされる美濃部の警察概念を検討することにする。

第 1 款 “法学者”としての美濃部達吉

この手の議論においてしばしば引き合いに出されるのが美濃部と佐々木惣一との対立である。それは《消極目的規制＝警察的規制》という点についての対立であったとされている。佐々木はこれを肯定するのに対して、美濃部は原則として警察を消極目的規制に限るとしながら積極目的規制をも含む概念として捉えている。両者の対立については佐々木に軍配が上がり、美濃部も自身が少数説であることを自認している。また美濃部の警察概念は現代の目から見れば没歴史的、時代錯誤な議論に映るのであって、その評価は芳しくない。関根謙一は以下のように美濃部の見解を述べる。

> 「この場合の「警察」とは、博士が独立命令の管轄区域を限定するための説明の便宜上、構成した概念であって、わが国の実定制度としての警察やドイツ行政法上の警察概念とは関係がなかった。……ドイツにおいては、警察とは……当時は、危険排除の保安目的に限定されていた。しかし、歴史上、警察が保安目的の作用のみならず、福利目的の作用を行っていた時代もあった……。美濃部博士は、その時代のポリツァイの観念をモデルとして、明治憲法の不完全な法治主義を当時の近代立憲法治国の法治主義の水準に、少しでも近づけるように、警察概念を発明したのである」[89)]

そしてさらに、美濃部と佐々木の対立を以下のように論じる。

89）関根謙一「明治憲法下における警察の概念」成田頼明古稀記念『政策実現と行政法』（有斐閣、1998 年）453 頁。

「美濃部博士の警察概念は、明治憲法の解釈の必要から出発するので、これを仮に『憲法上の概念』であると表現すれば、佐々木博士の警察概念は、行政規則に由来する行政法上の概念である。」[90)]

警察は行政法上の概念であるから、行政法学者の態度としては佐々木のように行政の実定制度から解釈論を進める方が正しい。しかしながら、佐々木の警察概念は時代や制度に密着した方法であるため背景が変われば崩れてしまう概念である。そのため明治憲法が日本国憲法（以下現行憲法）に変わったとすれば当然維持することができなくなる。対して、美濃部の警察概念は実定制度から離れた概念であるため、現行憲法に至るとむしろ通説になる。しかし、関根は、その時期の美濃部の警察概念は既に佐々木らの通説に近い形で修正されており、それより以前の抽象的一般的概念が通説とされたのは「皮肉な印象を禁じ得ない」[91)]と評している。

関根の分析によれば、美濃部の警察概念は実定制度とは無関係に理念型として創出された「学問上の概念」であり、3つの時期を経て徐々に佐々木らの通説に接近していく。第1期は「憲法九条の解釈において『独立命令は警察命令である』との命題を建てた段階」[92)]であり、第2期はその命題を立証するため「『学問上の概念』なる論理的概念を構成」[93)]し、かつそうすることで警察にまつわる諸原則、特に消極目的原則を当てはめ警察命令を制約しようとした段階であり、第3期は「『学問上の概念』の修正を行って警察概念の内容を通説の内容に近づけるなど」[94)]した段階である。

この関根の分析に関して、私にそれを批判するほどの能力はないが、この論文に現れている美濃部は果たして“行政法－法学者”としての美濃部だったの

90）関根・前掲注89）455頁。
91）関根・前掲注89）509頁。
92）関根・前掲注89）502頁。
93）関根・前掲注89）504頁。
94）関根・前掲注89）504頁。

かについては強い疑問を抱く。関根は“行政法－法学者”としての美濃部のみを見ている。しかしながら、これまでの歴史的文脈の中で美濃部を捉えるとすれば、この分析から浮き彫りにされる美濃部の姿はむしろ、一般国家学におけるイェリネックに傾倒する1人の“国家学者”である。

以下では、関根の分析を背景に措き、美濃部の警察概念がいかなるものであったかを検討することにする。

第2款　美濃部達吉の転換？

美濃部『行政法撮要 下巻〔第3版〕』（関根の分析によれば第3期に当たる）によると「普通に警察目的と謂ふときは即ち此の消極的の治安の目的を意味す」とされている。そのため一見すると《消極目的規制＝警察的規制》であって、この点を捉えれば関根のいうとおり美濃部は通説に連なったのだといえそうである。しかし、問題は「普通」の意味である。関根はこの言葉に「方法論の転換」[95]を見ている。それまでの美濃部の警察概念は実定制度と無関係であったところ、この時点で美濃部は実定制度を観察し一般社会通念から警察概念を導き出していると見られるからである。

しかしながら、この評価は正確ではない。確かに「普通」という言葉によって表されているのは一般社会通念であろうと解されるが、それが美濃部の「方法論の転換」の印であるとする点については速断であろう。関根によれば美濃部が初めて警察概念について意見表明をしたのは明治43年の論文においてである。しかしながら、それ以前に書かれた『日本國法學 上巻上 総論』（明治40年）において既に美濃部はイェリネックを称賛している[96]からである。イェリネックは周知の通り国家に社会学的側面と法学的側面があるとし社会的事実

95）関根・前掲注89）485頁。

96）「一般國法學に付ては吾人は最近に於て空前の一大良著を得たり。エリネック教授の『一般國家學』（G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre）是なり」（美濃部・前掲注88）1頁、傍点ママ）。もっとも、美濃部がイェリネックを正確に理解していたかはまた別の問題であり、私にはそれを検討する能力に欠けるうえ、本稿では措くことのできる問題である。

の観察の重要性を説いたのであるが、かようなイェリネックの方法論に強く影響を受けていた美濃部が容易く現実からかけ離れた概念構成を行うとは思われない。確かに、『日本國法學 上巻上 総論』は行政法を論じるにあたり研究の必要性を感じてその準備として書かれた[97]ものであって、未だ美濃部自身方法論が確立していなかっただろうことは否定できない。しかしながら、当初より美濃部の念頭にはイェリネックがあったのであり、その方法論が確立していく様をして「転換」と評することは端的に誤りである。

佐々木は警察を消極目的に限定することについては日本において「警察」という言葉が用いられている仕方で解釈すべきとしている。そして美濃部はそのような解釈ももちろんすべきであるがそれでは曖昧であるとして「学問上の概念」を立てることを宣言した上で、「普通」の警察概念を述べている[98]。ここで「普通」という言葉にこだわるべきである。上記明治 43 年の論文「警察の観念を論して憲法九条に依る独立命令権の範囲に及ふ」[99]では、警察概念が外来であることを述べつつも「其の観念の変遷の沿革に付ては事我か国法と関係するところなきを以て今之を論するの要なし」[100]として「我か国法に於ける警察の観念を明らかにする」ことを目指し、一般的に言われている警察の要素を挙げて検討した上で「警察の目的か消極的なりと曰ふは唯消極的なることか其の自然の区域なりといふに止まる。之を以て其の観念の要素と為すへきに非さるなり」という[101]。ここに「自然」は「観念」と対比的に用いられている。その「自然の区域」においては警察は消極目的に限られているのであるが、それは一般的な学者の挙げる要素を観察して得られたものであって、それは

97）美濃部・前掲注 88）序文 2 頁。

98）美濃部達吉『日本行政法 下巻』（有斐閣、1940 年）9 頁。

99）美濃部達吉「警察の観念を論して憲法九条に依る独立命令権の範囲に及ふ」法学志林第 12 巻 3 号（1910 年）39 頁、4 号（1910 年）49 頁、6 号（1910 年）54 頁。

100）もっともこれは非歴史的な概念を打ち立てようとしたのではない。美濃部・前掲注 88）にて日本法制史に章が割り当てられていることからしても、ここで美濃部が言わんとしたことは、日本の歴史をも踏まえた日本独自の警察概念を探究するということである。

101）美濃部・前掲注 99）（3 号）39–49 頁。

「観念」的な観察では警察の要素として無意味であるというのである。ここで私は美濃部の国家学者としての気概を見出さざるを得ない。関根が分析するように美濃部は実定制度を無視したわけではない。それを「自然」の次元のことと考え、それと「観念」の次元とを区別し、両者を共に満たす警察概念を打ち立てようとしたのである。従って、美濃部の「普通」という言葉もここでいう「自然」という意味合いで解するべきであると考える。そしてそれは必ずしも美濃部の一貫性のなさを示すのではなく、むしろ国家学者としての証なのである[102]。

第３款　美濃部達吉の「警察」

では、その美濃部は警察についてどのように述べたのか[103]。

まず、美濃部は「行政の目的」を「国家目的」（「法人としての国家其れ自身の利益を直接の目的とする」場合）と「社会目的」（「国家内に社会生活を為せる人民公共の利益を直接の目的とする」場合）とに大別している。そして、社会目的のためにする作用を「社会的行政又は内務行政」といい、その作用の中で「権力を以て人民に命令し強制する作用」を「警察」とする。つまり「警察は直接に社会公共の利益の為に国家の統治権に基き人民に命令し又は強制する作用なり」。

102）なお、関根は美濃部の変遷を分析するにあたり宮沢俊義の方法論的反省の観点から検討している（関根・前掲注 89）500 頁以下）。宮沢は「理念型」を含むものとして経験的な「理論的区別」を語った（宮沢俊義「公法と私法」『公法の原理』（有斐閣、1997 年）22 頁）のであるが、もしこの「理念型」という言葉がウェーバーのそれであるとすれば、その分析道具ではイェリネックを理想とする美濃部を正確に理解できない。なぜなら、イェリネックにいう「類概念（Gattungsbegriff）」と「理念型」は異なる概念だからである（尾高朝雄『国家構造論』（岩波書店、1936 年）10 頁以下）。そのため、関根における美濃部の評価が「理論的→技術的」という「転換」を経たというものになるのは仕方のないことであったと思われる。

103）以下の記述は美濃部達吉『行政法撮要 下巻〔第 3 版〕』（有斐閣、1935 年）による。これは明治憲法下での議論であるが、『日本行政法 下巻』でも同様の議論をしているため、そこでの記述も補いつつ検討する。

その上で「警察の目的」と題し2つの「目的」を掲げている。第1に「警察は社会公共の利益を保護することを其の直接の目的と為す」。第2に「警察は主としては社会生活に対する障害を除くことを目的とす」。そして後者よりして「積極的に社会の福利を増進することは警察の通常の任務に属せず、警察は原則として唯消極的に社会公共の秩序を保持し之に対する障害の将に起らんとするを防ぎ其の既に起これるを除くことのみを目的とす」としている。

そして美濃部は「行政命令の目的は独警察の消極手段に止まらずして更に一歩を進め経済上国民の生活を富殖し教育上の其の知識を開発するの積極手段を取ることを努めさるへからさるなり」という明治憲法9条に関する憲法義解[104]の註釈を援用する。その上で、「行政命令が警察目的の外積極的の福利の目的の為にも発せられるべき」ことを確認しつつも、それは一般的ではなく「普通に警察目的と謂ふときは即ち此の消極的の治安の目的を意味す」と一応結論づけている。

「然れども」と美濃部博士は続け、「積極的の福利の目的」を警察作用に回収する。「法律は時として積極的に社会の福利を増進する為にも権力を以て人民に命令し強制」することを認めている。かかる「積極的の福利の目的」は「消極的の治安の目的」に属するものではないけれども「直接の社会目的の為に権力を以て人民に命令し強制する作用」である点では「警察作用」と全く同じ性質を有するから「等しく警察作用に属する」と認めざるをえないとしている。

以上、美濃部は「普通には」《消極目的規制＝警察的規制》であるが、「法律は時として積極的に社会の福利を増進する為にも権力を以て人民に命令し強制」するという面を見ると警察に積極目的も含まねばならないとしている。

ここではその議論の詳細にやや立ち入らざるを得ない。第1に関根が美濃部

104）これは明治憲法についてのものであり、現在これに対応する規定はない。しかし、現憲法においても13条などにおいて国民の幸福や公共の福祉が定められ行政もこの憲法に従わなければならないことが前提となっている以上現憲法下でも同様の議論は成立する。小売市場判決は「福祉国家的理念の下」としてこの議論を現憲法に位置づけたものと思われる。

の議論の出発点として述べる《独立命令＝警察命令》という言明についてであり、第２に《警察目的＝消極目的＋積極目的》という言明についてである。

第４款　《独立命令＝警察命令》という言明

まず《独立命令＝警察命令》という言明についてであるが、最初に指摘しておくべきは警察の根拠を明治憲法９条とする点については美濃部が最初ではないということである。遅くとも末岡にその記述を見出すことができる[105)]。しかしながら、末岡においては《独立命令＝警察命令》とはされていない。あくまで警察命令は独立命令の一部を占めるものである。ここで手掛かりとしてシュタインの説として末岡が挙げたものを見てみる。再度引用するとそれは以下のようなものであった。

> 「其説によれば、警察は内務行政と同一物に非ずと雖も、又内務行政の特別の一部を指すにもあらず、内務行政全体に渉る所の一部なりと云ふ」。

美濃部は「内務行政」を社会目的のためにする作用と定義していた。そのことも踏まえることが許されるのなら、警察は社会目的のためにする作用それ自体ではないが、その作用の「特別の一部」ではなく、「全体に渉る所の一部」である、ということになる。ここで「特別の一部」「全体に渉る所の一部」という文言は奇妙である。思うに、ここでいう「特別」とは英語でいうparticularが最もしっくりくる概念であろう。つまり、他の部分とは切り離された（part）一部という意味であると解する。それと対比的な意味での「全体に渉る所の一部」というのは切り離されていない一部である。それの意味するところは結局、警察が機能概念であるということであろう。言い換えるのであれば、いくら表面上「警察」と呼称していなくとも（例えば、警察機関以外の行為であっても）、その内容からして警察と言えるのであれば警察なのである[106)]。

105）末岡・前掲注23）558頁以下。そこにおいて末岡は、それが伊藤博文の考え方でもあったと考察している。

ここにおいて、ポリツァイが機能概念になっていたことを想起されたい。末岡によれば、シュタインは警察の機能を「危険予防」に限っているということであった。これは現代でいえば消極目的規制である。しかしながら、現実のシュタインは積極的な国家の介入を認めている。それは彼が国家学者であったことに由来すると考えるべきであろう。というのも、国家目的が包括的であれば警察の機能が「危険予防」か否かは「危険」をいかに解するかに依る面があるのであって、当時の「自由」が国家の積極的干渉も要求するものであるとすれば、そこでいう「危険」は福利の増進を妨げる要因も含まれるからである。福利増進という積極的機能もまた「危険予防」の1つであることになる。

もっとも、かように機能として警察を考えたとしても《独立命令＝警察命令》とは言えない。警察はあくまで内務行政の一部にすぎないのである。では、「独立命令」「警察」の各々について美濃部はどのように述べているのか。

まず、「独立命令」については、それは明治憲法9条解釈の問題である。『憲法義解』には以下のように記されている[107)]。

> 「恭て按ずるに、本条は行政命令の大権を掲ぐるなり。……命令の由て発する所の目的二あり……二に曰く。公共の安寧秩序を保持し及臣民の幸福を増進するの為に必要に於てす。此れ皆至尊行政の大権に依り、立法の軌轍に由らずして一般遵由の条規を設くることを得る者なり。蓋法律と命令とは均く臣民に遵守し義務を負はしむる者なり。……本条に掲ぐる行政命令は以て法律の範囲の内に処分し、法律の曠闕を補充することを得るも、法律を変更し、及憲法に特に掲げて法律を要する所の事件を規定することを得ず。」
>
> 「法理を論ずる者安寧秩序を保持するを以て行政命令の唯一の目的とする者あるは、此れ亦行政の区域を定るに適当なる解義を欠く者なり。……行政命令の目的は独警察の消極手段に止まらずして、更に一歩を進め、経済上国民の生活を富殖し、教育上その知識を開発するの積極手段を取ることを務めざるべから

106）もっとも、末岡は「特別」の原語を示していないためこの解釈は全くの私見である。
107）伊藤博文（宮沢俊義校註）『憲法義解』（岩波書店、1940年）34-36頁。

ざるなり。但し、行政は固より各人の法律上の自由を干すべからず」。

そして、穂積八束は「憲法九条は大権行動の範囲を拡張し、更に所謂大権事項の外に及ぼし、法律を変更せさる限りに於ては一般に自由なる旨を宣言せる者なり」[108] と述べ、明治憲法に列挙された専権事項以外であっても法律の範囲内で大権を認め立法権との関係を明示したものだとする。そこでは伊藤の解釈とほとんど変わるところはない。他方で、以下のように述べ主として学者に対して警鐘を鳴らす[109]。

> 「此の命令を発し及発せしむるは、行政の目的の為にするものなることを第九条の明文の示す所なり、故に他の命令と分つか為に、之を行政命令と指称す。然れとも此の命令を発し及発せしむるは亦第九条の明文に依る大権直接の行動に属し、行政の行為に非す、分類に便するの称謂の為にその本質を誤認せさることを要す。」
>
> 「独、欧州国法学の識ある者は行政命令の称謂の為にその本質を誤するのし虞なしとせす。……今茲に我か憲法に付きて行政命令と謂へるは……行政権に依りて発するの命令に非す、又固より法規命令に対するの事務規程に非す、其の第九条に依り大権を以て行政の目的のために設定するの法規を指す者なり。……訓令を発し事務章程を設くるか如きは、別に憲法十条の官制大権のあるなり」

では、美濃部達吉はいかように解していたか。まず、関根をして《独立命令＝警察命令》という言明を抽出させた件の論稿「警察の観念を論して憲法九条に依る独立命令権の範囲に及ふ」で美濃部は「独立命令」という名称を用い、独立命令には執行命令と行政規則、そして法規命令があるとする。そのうち問題とすべくは法規命令であるとして、それを警察命令と同視する。また、憲法 9

108）穂積八束『憲法提要 下巻』（有斐閣、1910 年）748 頁。
109）穂積・前掲注 108）745–748 頁。

条は「公共の安寧秩序を保持し及臣民の幸福を増進するの為に必要なる」限度を設けているところ美濃部の見解では警察こそ「公共の安寧秩序を保持し及臣民の幸福を増進するの為に必要なる」国家活動である[110]。これだけみても《独立命令＝警察命令》という言明は誤っていることが明らかであろう。美濃部において独立命令は警察命令よりも広い概念であって、独立命令の強制的な一部を警察命令と呼ぶに過ぎない。

そしてこのことは関根が第3期と呼ぶ時点でも変わっていない。美濃部は『憲法撮要〔改訂第5版〕』において、穂積の述べるところとは異なり憲法9条の意義は必ずしも明白ではなく学説上解釈が統一されていないとした上で、「広く如何なる事項に付ても命令を以て法規を定め得べきことを認めたるものと為し、之に対する憲法上の制限は唯憲法の明文に依り法律を要するとせられたる事項……を定ることを得ざること、及び命令を以て法律を変更するを得ざることの二点のみ存すると為す説」[111]は立憲主義に反するとして否定する。そして、憲法9条は結局「直接の社会目的の為にのみ命令を発し得ることを認めたるものなり」[112]とする。では、美濃部において「行政命令」はどこにいったのか。それは非強制的な独立命令として考えられている。美濃部によれば、「公共の安寧秩序を保持するために必要な命令」が「警察命令」（≠「警察」）であり、「臣民の幸福増進する為に必要な命令」は「行政命令」である[113]。後者は給付であって強制するものではないため法規の性質ではなく行政命令に属する。かような行政命令は「行政権」に当然属する[114]が、わざわざこれを定めたのは「社会行政（内務行政と同じ――筆者注）の目的とする所が単に消極

110）美濃部・前掲注99）（4号）48–51頁。

111）美濃部達吉『憲法撮要〔改訂第5版〕』（有斐閣、1932年）525頁。

112）美濃部・前掲注111）526頁。

113）美濃部・前掲注111）527頁。もっとも、前者は「警察命令と謂う」であるが後者はあくまで「行政命令の性質を有す」と表記されていることからして、この記述を以て美濃部は目的で以て警察命令と行政規則で概念上分けたのだという読み方は不正確かもしれない。

114）美濃部・前掲注111）529頁。

的に社会上の障害を除くことに止まらず、進みて積極的に社会の福利を増進することをも含むの意を示す為に外ならず」[115] とする。

以上のことから、《独立命令＝警察命令》という言明は否定すべきである。警察が内務行政の一部であるのと同様に警察命令も独立命令の一部であると主張するにすぎない。

では、「内務行政＝独立命令」なのかといえば、それも異なる。美濃部の「内務行政」はマイヤーの inneren Verwaltung である [116]。オットー・マイヤーが法律に服する行政権を想定してその語を使用したことに鑑みれば、本来法律の委任を要しない大権事項である [117] 独立命令を内務行政と同視することには無理がある [118]。さらに、独立命令において「公共の安寧秩序を保持するために必要な命令」と強制、「臣民の幸福増進する為に必要な命令」と非強制とを結びつけた分類は、内務行政における「警察－保育」の分類とは明らかに異なり整合性がない。ここには法律の委任を要しない法規命令で以て福祉を強制させまいという美濃部の見解が表れているとみるべきであって、オットー・マイヤーの精神がここに宿っている。では、内務行政と独立命令とは別個のものなのかというと、美濃部は警察の根拠に明治憲法 9 条を持ち出しており難しい。

そこで、美濃部は独立命令を内務行政に含まれるものとしていたと考えるべきではないか。独立命令内の法規命令という形式では「公共の安寧秩序を保持するため」の警察しか認められないが、法律であれば「臣民の幸福増進するため」の警察も認められる。かような意味において、内務行政は独立命令を含むものとして観念されているのではないかと思われる。そしてそれは、国家法人

115）美濃部・前掲注 111）529 頁。

116）美濃部・前掲注 99）（3 号）43 頁。

117）美濃部自身「法律の委任に基かすして独立に或る範囲に於ての法規命令を発するの大権」を警察命令としている（美濃部・前掲注 99）（4 号）49 頁）。

118）この点につき石川健治「政府と行政――あるいは喪われた言説の場」法教 245 号（2001 年）74 頁）で述べる「第四の領域」（「執政作用が残りなく立法・司法・行政に解体された後にも、国家の活動が法治国的に「行政」をはみ出してしまう」（77 頁）領域）については参照される。

説を取り、天皇を機関（organ）とすることによって可能なのである。内務行政たる警察は国家活動（機能）であり、天皇の大権のみならず立法権にも拘束（自己拘束）されるとすることで、社会目的を直接の目的とする強制作用という美濃部の警察は守られる。その根拠として独立命令と法律と両方あるというに過ぎない。とすると、美濃部が「普通には」《消極目的規制＝警察的規制》であるが、「法律は時として積極的に社会の福利を増進する為にも権力を以て人民に命令し強制」するとして警察に積極目的も含まねばならないとしているときは国家活動（機能）としての警察を見ているのである。

しかし、明治憲法 9 条は現行憲法では失われる。美濃部は明治憲法 9 条を用いずに同様の結論を導いてもいるのであって、現行憲法下ではむしろ警察において大権事項たる独立命令を語らずに済み、美濃部の体系はより強固なものとなるはずであった。以下では独立命令を考えることなく考察が進められるが、これはかかる理由による。

第 5 款　美濃部達吉の行政法の編別

「警察」については先述したように、「公共の安寧秩序を保持するため」だろうとも「臣民の幸福増進する為」だろうとも関係なく、権力による強制作用かどうかである。ただ、通説に反してこのように解したことについては弁明が必要であろう。そこには行政法の編別についての美濃部特有の見解がある。また、この検討が、《警察目的＝消極目的＋積極目的》という言明についての検討への準備ともなる。

美濃部は「行政法の編別に就て」[119] において行政法学における体系知の必要性を説きながら、行政作用の分類方法として目的による分類を否定する。なぜなら、「目的の差異が法律上の区別を生する原因となるのは、唯目的の差異の為に其の目的を達する法律上の手段を異にする場合のみ」[120] だからである。そして、かような目的による分類を「国家学的（行政政策学的）の観察方法で

119）美濃部達吉「行政法の編別に就て」新報 21 巻 8 号（1911 年）62 頁。
120）美濃部・前掲注 119）66 頁。

あるとし、法学的の観察法ではない」として非難したオットー・マイヤーを「能く非難の当を得て居る」として評価する[121]。

しかしながら、マイヤーの分類も民法をベースとしており国体法としての行政法の分類としては不完全であるとする。その上で美濃部は「内政の如き非法律的観念は全く之を除いて……（一）警察法（二）法政法（三）民政法（四）財政法（五）軍政法の五大区域に分つのを至当と信ずる」[122]と結論する。ここに警察法とは内政を法律的観点から分類した1つであり、それは「国家が一方的に命令し強制するの作用」[123]であって、非強制的な民政法とは異なる。ここにおいて美濃部はそもそも「目的」による分類をせず「手段」による分類を提唱し、強制をメルクマールとしているのである。また、単純化していうなれば、美濃部にとっては「目的分類＝国家学的」「手段分類＝法学的」であることが明らかにされたわけである。さらに、実証主義が背景ではなく機能に着目する方法論であったことに鑑みれば「機能分類＝法学的」ということができるであろう。

もっとも、美濃部は結局このような法学的方法を貫徹していない。「警察」に社会目的を含ませていたことからも明らかなように、最終的に美濃部は「目的と手段の雙方を標準として」区別をしている[124]。

第6款 《警察目的＝消極目的＋積極目的》という言明

さて、ここまで述べると《警察目的＝消極目的＋積極目的》という言明についてもその検討は殆ど終わったといえよう。美濃部は行政法に関して目的分類を放棄している。しかしそれはあくまで法学的であって、それだけに傾倒してはならない。日本国を考えるにあたっては非法学的（国家学的）な概念はやは

121）美濃部・前掲注119）67頁。
122）美濃部・前掲注119）73頁。
123）美濃部・前掲注119）70頁。
124）柳瀬良幹「行政法の編別に就て」同『行政法の基礎理論』（弘文堂、1967年）17頁。これについて同所で柳瀬は「恐らく現在に於て最も完備した編別と認むべきと思はれる」と述べる。

り考慮しなければならない。そのためまずは国家活動につき国家学的に目的分類で以て軍事・財政・内政とに分け、内政につき法学的に手段分類で以て警察・保育・法政とに分けた。両者を併せた体系の中で「社会目的の為に権力を以て人民に命令し強制する作用」という美濃部の警察概念は生まれたのである。

ここで美濃部は「消極目的・積極目的」を現在言われるようには解しておらず、自身も「目的」という言葉を付しているもののその実は機能概念として捉えていると解される。美濃部は両機能の差異に「消極的・積極的」の名を与え、「警察」の根拠に明治憲法 9 条を据えることで機能における警察消極目的原則を採用しなかったと解した。また、そうでなくとも、明言はしていないものの立法府の現実の活動からして国家目的が包括的であると考え国家活動の機能を包括的に考えただろう。かかる美濃部においては「消極目的・積極目的」は警察の機能の 2 つである。それらは、国家統合の契機としての「目的」ではなく、警察活動の至る結果（機能）という意味で「目的」であった。その意味で警察の目的は 2 つあると説明したのだと解される。以上の結論として《警察目的＝消極目的＋積極目的》となったのである[125)]。

要するに、美濃部の警察概念は“国家学者”であると共に“法学者”であった公法学者としての帰結であった。

第 7 款　“国家学者”としての美濃部達吉

美濃部の見解について以上のように解するのであれば、佐々木との相違が単に理念的か実践的かであるという評価は不正確であることが明らかである。そもそも両者は同じ土俵にすら立っていない可能性さえあるのであって、両者を対立的に捉えてきた従来の捉え方自体批判的な検討を要するものと思われる。

125）なお、穂積八束は「警察行政の目的は安寧秩序の保持に在り。其の手段は危害の防止に在り。その形式は自由の制限に在り」（傍点筆者）（穂積八束『行政法大意〔第 9 版〕』（有斐閣、1907 年）175 頁、としている。また、一木は「警察は国家の命令権に依り直接に公共の安寧幸福を保持し又は増進するの目的を以て命令又は強制する国家の行政なり」（一木・前掲注 22）3 頁）とする。

もっとも、この検討自体は本稿の目的とするものではない。ここでは、美濃部においては国家学上の「警察」と行政法学上の「警察命令」が区別されていたこと、そして現代公法学が引き継いでいる警察概念がかように特殊なものであったことを確認するので十分である。それは、法－体系知（Wissenscaft）としての国法学を望んだ“法学者”であると共にイェリネックに魅了された“国家学者”でもあった美濃部達吉という特殊性に由来するのである。

第５節　小括と私見

これまでの叙述から、戦後日本が通説とした美濃部の警察概念が、その本流を辿ればドイツの支流でありしかも日本でも支流であったという点で二重に少数派だったこと、そしてそこにはマイヤーとイェリネックが併存するという事態[126]があったことが明らかになった。しかしながら、戦後日本はその特異性を意識せずに美濃部の警察概念を取り入れたのではなかろうか[127]。そして、後述することであるが田中二郎が、消極・積極の双方を有する美濃部の「警察」を目的で以て「警察・規制」に分けた瞬間、その体系性は崩れるのである。というのも、前述のように美濃部の警察は目的分類をした後に手段（機能）分類をしていったものであって、手段（機能）分類を（その「目的」が実は手段（機能）であることを看過して）さらに目的分類で分けようとすれば、突如として政策的観念が入り込み“法学的に”（体系的に）その篩い分けをすることは困難とならざるをえないからである。現代における規制目的二分論の少なくとも目的に関する議論の混乱は結局ここに起因するように思われる。

126）両者の併存が本当に無理であったのかどうかは本稿ではとりあえず措くことのできる問題である。本稿では、少なくとも美濃部にとっては両者が併存し得ていたことで十分である。

127）もっとも、上述のように、美濃部の編別がオットー・マイヤーの修正型であることは行政法学上は認識されていた。それを憲法学が「消極目的規制＝警察的規制」とし「警察」概念を取り込んだとき、目的を排することで法体系として形成してきた行政法学から、目的手段審査に表れるように目的を含む憲法学への、翻訳ミスがなかったかが問題である。

この点を踏まえて私見を述べるのであれば、美濃部の警察概念に魅力を感じるところではある。しかしながら、それで以て現代に至る規制目的二分論についての議論の蓄積を否定することは単なるアンティーク趣味に堕してしまう懼れなしとはしない。美濃部の警察概念を踏まえつつ現代の議論を批判的に取り込んで（“憲法上の”と留保するのが隠当であろう）警察概念を構築することが求められている。

そこで私としては、強制的行政作用として消極目的規制と積極目的規制があり前者を「警察」後者を「規制」とする田中学説（後述）をベースとしつつ、田中のいう「警察」を状態（目的）をも含むポリツァイとは切り離すべきだと考える[128]。正確には、上述した歴史的変遷をも踏まえて、ポリツァイという語句に含まれている状態（目的）・機能を峻別し、機能はその西欧及び日本の学説展開を踏まえ消極的なものに限る。かかる条件下で「警察」とは社会目的における消極的機能（を有する手段一般）の謂いであると解されることになる。かつまた、美濃部の「消極の目的」にいう「目的」は機能概念のそれであった。かかる特殊な用語法の限りで《消極目的規制＝警察的規制》という図式は正当である。従来の議論においては状態（目的）と機能とが混在していた。それはポリツァイの歴史的展開を踏まえたものであるが、国家がある限りその統合の契機としての国家目的は存在し、従ってそれを目差すポリツァイが存在している[129]。両者の区別は目的分類と手段（機能）分類とを用いた美濃部において見出せるし、美濃部がその「警察」概念に「2つの目的」として混在させたともいえる。その混在状態を区別しようとしたのが田中学説であり、その点は私も賛同する。しかしながらそれは不完全であり混乱を招いた。田中学説の意図を汲みつつ、美濃部をも踏まえて、上述のように「警察」という用語を機能を

128）美濃部らの「警察」は強制的作用であることも含むが、憲法学上「消極規制目的」という場合、一般に強制的作用であることまでは含んでいないので、本稿ではこの点について検討しないでよいと考える。

129）戦後において個人主義・自由主義が表舞台に上がったことにより、国家は舞台裏へ撤退したためその姿が見えなくなっているのである。

指すものに純化させることが適切である[130)]。

第 3 章　「経済法」と「経済制度」

前章では《消極目的規制＝警察的規制》という言明に関して「警察」の原語であるポリツァイの概念を歴史的に辿ることから始め、それを日本が継受し美濃部に至るまでの過程を記述した。

本章では、「経済体制」について至極簡単に述べることにする。というのも、経済（史）学に疎い私にはこの点について十分に記述する能力がなく、また本稿では経済秩序の独立性を述べるだけで十分だからである。そのため前章との量的バランスを大きく欠き読みづらくなってしまったことを予めお詫びする。

第 1 節　「経済法」について

第 1 款　美濃部達吉と経済法

経済法という法体系について美濃部は否定的である。ここでいう「経済法」というものが、単に経済に関する雑多な法規定を系統的にまとめ上げる「実際的な見地」からの主張であれば承認できるとしても、国家による経済統制が進んでいるという社会事実を理由として「公法－私法」という二分論を解体し第三の法体系として法学的見地から唱えられているのであればそれは認められない。「或る法が経済的利益の保護を目的とするや又はその他の利益の保護を目

130）逆に言えば、それまでの行政法の編別では、目的を脱色しきれなかった。法治国家思想は、目的と手段との蜜月関係に立脚する警察国家を批判する中で現れたものであったが、法治国家という「回り道のなかで多かれ少なかれ気づかれないうちに、目的から手段を推論することの必然性が、法の妥当の領域から抜け落ちていくことになったのである」（ニクラス・ルーマン著、馬場靖雄＝上村隆広訳『目的概念とシステム合理性』（勁草書房、1990 年）64 頁）。もっとも、欧州でも目的手段思考が完全に脱色されたわけではないとしている（詳細は、同書 60-72 頁）。他方、警察国家に見られる目的手段思考（目的と手段との予定調和的発想）を批判して、行政作用法を行政過程論へと再構成したのが塩野宏であったと解される（塩野宏「行政作用法論」同『公法と私法』（有斐閣、1989 年）197 頁以下）。

的とするやに依っては、法の性質に別段の異同を生ずるものではなく」、法体系として別個に存在すると言えるためには「法律上から見て他のものと区別せらるべき特質を有するものでなければなら」ずそれは「法の形体に付いて観察することを要し、法の保護せんとする利益が何にあるかを以て其の分類の標準と為すことは、適当な体系を得る所以ではない」ため、理論上は承認できないからである[131)]。ここに、前章で述べた「目的分類＝国家学的≠法学的」そして「実際－理論」という国家学者たる美濃部の考え方が見出せるだろう。

他方、公法の中において「経済公法」という概念を承認することは許容している。しかしながら、「同じ警察法の中で、それが経済生活に対する制限であるが故を以て、他の法系に属せしむることは、当を得たものとは思考し難い」と、経済公法を認めるにしてもそれは「保育行政（Pflege）」の中の 1 つとして位置づけるべきであるとする。保育は前述のように非強制的作用であるが、経済統制には強制的なものもあるのではないか。この点美濃部はそれを「経済警察」として警察法に含めるものとしている。では、わざわざ「経済統制法」という分野を構想する必要などないのではないか。美濃部はかかる疑問に対して、強制的経済統制と経済警察との区別で以て答えている。両者の区別は「一に其の目的に在るのであって、警察の目的とする所は公の安寧秩序を保持することに在るのに対し、経済統制の目的とするところは国民全体としての経済力の健全性を保持することに在る」とする。そして「之を以て、一（警察――筆者注）は消極目的の為にし、一（経済統制――筆者注）は積極目的の為にするものであるとすることは、往々唱へらるる所であるが、それは正当とは思考し難い」として念を押す。

第２款　金沢良雄の経済法

かかる美濃部の見解は金沢良雄[132)]によって経済法否定説ないし経済統制法説と位置づけられることになる。しかしながら上記の見解は戦前のものであっ

131）美濃部達吉「経済法に付いての一般的考察」法時 20 巻 8 号（1940 年）2 頁以下。

て、戦後においては金沢によれば、日本の法学におけるドイツ依存性が揺り動かされたこと及び経済民主化政策の下に経済法の対象自体が変質したことから、それまでの経済法についての学説も反省を迫られることとなったとされる。

その上で金沢は、「経済法を、対象的に把握（単なる規範の総体ではなく社会経済的実体的な規制対象を伴った法として把握すること）して、その法分科としての独自性を主張しようとする見解」である対象説について「対象の特殊・明確化を試みる点で最も明解である」としながらも、そこで想定される社会経済的実体たる対象は「規制された取引経済」[133]における「取引経済」なのであって、そうであればそれは規制されて初めて生じる概念なのであるからかかる概念によって生み出された「組織された経済に固有の法」は厳密には対象説たりえないとする。むしろそこでの問題点は対象の存否ではなく、経済に対する規制の仕方なのである[134]。そこで金沢は、経済法の概念規定はその対象の存否及び性質決定よりもむしろ機能に求められるとする（機能説）。そしてその機能の性格内容は経済法の本質論に待たなければならないとする。

では経済法の本質とは何か。金沢はまず自由主義経済を成り立たせている法は、自由放任を法的に確保する近代私法としての市民法であるとする。それによって現れるのは個人主義的法秩序でありそれが法的空白を生み出していた。

132）以下の記述は金沢良雄＝今村成和『経済法 独占禁止法』（有斐閣、1961 年）1–45 頁に依る。

なお、経済法とは何かという問題への解答は多様に見解が分かれており、金沢が必ずしも支配的見解であったわけではない（学説の状況については、今村成和「経済法の概念」ジュリ 300 号（1964 年）390 頁、田中誠二＝久保欣也『新版 経済法概説〔三全訂版〕』（千倉書房、1990 年）1–29 頁参照）。経済法を機能から捉えることは、後述するように経済法を 1 つの法秩序として捉えることと整合的でありうるし、また小売市場判決の背景にあるのは、金沢のような経済法の理解である。

133）ゴルドシュミットにおける概念。金沢によればゴルドシュミットは「規制された取引経済」と「共同経済」とを合わせて組織経済と認識したうえで、この「組織経済に固有の法」を対象とするものを経済法とした。

134）これは「共同経済」についても、「共同経済」の成立には国家による制度的改革がなければならないとして、「規制された取引経済」と同様問題は規制の仕方に在るとする。

そして個人主義的原理に基づく資本主義においては個人の行為を国家が放任することによって社会経済の調和ある発展と繁栄がもたらされるという前提があった。というのも、個人の行為によって弊害が生じたとしても「見えざる手」（経済法則）によってそれが達成されると考えられていたからである。ここにおいて「見えざる手」というのは、市民社会における公共的な側面の謂いであるとしている。というのも、個々人が自由に行為していたとしてもどこか超個人的な（社会的な）枠組みに沿っているように振舞っているように見えるからである。

しかしながら、現実の資本主義社会は、国家の経済的干渉から完全に自由ではありえないのである。第一に、貨幣制度や度量衡制度などによって国家内での基盤が形成されなければならない。第二に、現実においてはこの社会的調和要求を満たすためにはその法的空白が「国家の手」により満たされなければならない。資本主義経済の自動調節作用にも限界があるからである。

以上のことから金沢は、経済法の本質は「市民社会に内蔵されていたと考えられる公共的（社会的）側面」に対応して「市民法に残されていた法的空白状態を補う」法であることに求め、かかる考察を通して経済法を「経済的＝社会的調和的要求に応ずるもの、すなわち、主として、経済循環に関連して生ずる矛盾困難（市民法による自動的調節作用の限界）を、社会調和的に解決するためのもの」として理解している。

また、金沢は「干渉」という用語に「消極的」（権利の制限）と「積極的」（保護助成）、さらに高権的規制と非高権的規制にあることを認めつつ、その4つを含む概念として「干渉」という言葉を使っている。そして「国家の干渉」を「規制」という言葉で置き換えている。さらに「干渉」を「経済循環に人為的政策的に変更・修正を加えることそれ自体を目的とする干渉」である「経済的干渉」と「経済外的な目的」（保安・衛生・財政・軍事等）の「経済外的干渉」とを区別する。その上で「経済法は、国家の経済に対する経済的干渉の法であり、その目的は、いうまでもなく経済的目的にほかならない」とする。しかしながら、経済に対する経済外的な目的のための干渉が経済的干渉としての意味

をもつ場合もあるのであり、その場合であっても、「具体的・実質的には、経済法としての規制目的を実現することとなり」その限りでは経済法の領域であるとする。

さらに規制は一般的に「国民経済全体の立場から行われる」ものとされる。それは「市民法的平等関係あるいは、この関係の成立の条件（前提）を一定の意図（政策目的）のもとに、修正・変更、ときには、破壊する」ことになり、市民法的平等関係からすれば結果として「特権関係」を生じさせる。経済法における規制はそのような作用である。しかしながら、その「特権関係」を「国民経済の発展のため」として「均衡関係」として認識することになるのである。

以上から分かるように、経済法は経済活動により生じる弊害を経済と社会が調和するように解決することで国民経済の発展を目指すものであって、「“単に”消極的一般的に社会公共の秩序を維持することを目的とする警察的規制とは異なる」（“　”は筆者）。

第２節　「経済制度」について

第１款　舟田正之の「経済制度」

舟田正之は、経済法の独立性を主張するには「現代資本主義経済において妥当している法を総体として把え、そこに一定の秩序ないし体系的統一体を見出すことができるか」[135)] を問うべきであるとする。その問いについて、「経済制度」という概念を批判的に検討することで答えようとするのであるが、結論としては「経済制度」という概念には否定的である。なぜなら、この制度概念は（舟田の理解によれば）国家と社会が二元的に対立している場合において１つの独立した対象として観念できたが、国家と社会とが相互浸透している現代資本主義の時代にあってはかように社会の一側面としての経済固有の「制度」を構成するのではなく「国家と社会・経済を包括する『全体社会』の『制度』へと向かわなければならない」[136)] からである。その上で舟田は経済制度論で

135）舟田正之「ドイツ『経済制度』理論史（一）」国家 88 巻 7・8 号（1975 年）52 頁。

はなく「経済的自由の『秩序的・制度的性格』の重要性が、かえってより強く認められ」[137] その方向で議論を展開すべきであるとしている。

第２款　経済法秩序（層）としての経済法

「経済制度」を検討する中で舟田はシュミットを検討している。とすると、ここで「制度」とはシュミットのそれ、つまり Institution としての「制度」である。ここで石川健治の見解を援用することは許されよう。

石川の『自由と特権の距離――カールシュミット「制度体保障」論・再考』[138] は、従来の日本における制度的保障論に対する批判の書であると共にその独自の法理論（特に奥平憲法学）への期待の書でもある。本稿でその詳細に立ち入ることはできないが、シュミットが「制度」というとき公法上の Institution と私法上の Institut が峻別されていたにもかかわらずそれらを同一視したことから「制度」概念の混迷が始まったというのが本書の基調である。Institution（以下制度体）は「端的に中間団体といってしまったほうがわかりやすい」概念であり、「シュミットの制度体は、個体として客観的に実在し、なおかつ目的統一体とし存立している」[139]。そしてそれは、「身分－特権」の体系と密接不可分である。近代国民国家とはあらゆる中間団体を排除し「国家－個人」の構造を基本とする。しかしながら、教会や大学、官僚などの諸団体は政治的に勝利しその制度体としての保障を憲法に刻みつけたのである。そのような諸団体は個人（国民）という自由人の身分にはない特権的な身分として憲法上認められたことになる。シュミットの制度体保障は、かような自由人の身分によって構成されるはずの近代国民国家の憲法において中間団体を保護するような規定が存在するという矛盾を解決するための法解釈論であった。しかしながら、シュ

136）舟田正之「ドイツ『経済制度』理論史（七）」国家 90 巻 9・10 号（1977 年）136 頁。
137）舟田・前掲注 136）138 頁。
138）石川健治『自由と特権の距離――カール・シュミット「制度体保障」論・再考〔増補版〕』（日本評論社、2007 年）。
139）石川・前掲注 138）58 頁。

ミットはその議論の前提として公共の唯一の再演者たる国家を想定している。そのため、「時勢の変化とともに、近代主権国家・ヨーロッパ公法への見通しを失い、公共性の再演者としての期待を具体的な Status としての国家に託すことができなくなったとすれば、そこに具体的な諸 status の織りなすオーリウ・ロマーノ的な世界が見えてくるのは、もはや時間の問題であった」[140]。ここで「オーリウ・ロマーノ的な世界」とは制度体概念を広げ法秩序と同一視することによる多元的国家・社会観である[141]。

ここで多元的国家・社会観ということで想定されているのは、何らかの「目差す処」に向けて複数の actor が協同するような場面であろう。例えば、ロマーノの法秩序論を踏まえて、「グローバルな空間では、公権力の担い手の多元性により構造化され、市民の自らの利益を追求する行動を通じて発動される相互的な抑制・均衡のメカニズムが、正当化のひとつの手段として機能しているとカッセーゼは指摘する」[142] という場合に想定している構図がそうであると思われる。また、憲法多元主義という場合もそれが「複数の法体系が、お互いに自律性を保持しつつも重なり合い、相互に作用し合うような関係を構築し、それゆえ一方が他方を従属させることはないとする」[143] 法理論を基礎とするとしても、そこでいう「法体系」として想定されているのが、国家や国際機関、

140）石川・前掲注 138）195 頁。

141）オーリウの制度概念については、小島慎司『制度と自由』（岩波書店、2013 年）に詳しい。ロマーノについては、井口文男「サンティ・ロマーノの「法秩序」論」岡法 49 巻 3・4 号（2000 年）651 頁、梶山伸久「サンティ・ロマーノの法秩序論――法と国家の制度論的仮説」法学政治学論究（慶應大学）47 号（2000 年）1 頁、同「法秩序の「動的」理論――サンティ・ロマーノの法思想」法学政治学論究（慶應大学）49 号（2001 年）31 頁、江原勝行「憲法法源生成観並びに多元主義的統治体観に関するある導きの糸（Ⅰ）-（Ⅳ）」早法 76 巻 1 号（2000 年）73 頁、76 巻 2 号（2000 年）185 頁、76 巻 4 号（2001 年）231 頁、77 巻 1 号（2001 年）87 頁に詳しい。

142）近藤圭介「グローバル化した世界で、法秩序をいかにして語るか――あるイタリアからの眺め」論叢 176 巻 5・6 号（2015 年）394 頁。

143）近藤圭介「憲法多元主義――ヨーロッパ法秩序をめぐる議論の構図」濱本正太郎＝興津征雄『ヨーロッパという秩序』（勁草書房、2013 年）11 頁。

国際法上の私人ないし私的機関であるとすれば、同様である。

しかしながら、その「目差す処」をいかに設定するかによって actor は当然変わってくる[144]。そしてこの「目差す処」を各々有する自律的な法秩序が複数併存する事態をも「多元的」と称することができる。本稿では、actor の多元性と「目差す処」の多元性との混同を避けるため、後者については「多層性」という言葉を当てることにする。この場合、諸 actor の 1 つ 1 つを status と見るだけでなく、一歩引いた視点に立ち、諸法秩序の 1 つ 1 つを status と見ることもさほど突飛ではないと思われる[145]。

そして、目的、すなわち「目差す処」をも含めて理解される規制目的二分論を分析する際には、この法秩序の多層性こそが補助線として有用である。つまり、このような視点及び舟田の見解も踏まえて「経済法秩序」を多層的法秩序の 1 つの status と見るのである。自由市場経済が公共性を獲得してきていることは舟田論文でも国家と社会の相互浸透が現代資本主義の特徴であるとされていたことからも分かるように一般的な認識となっている。もっとも、前章第 1 節で述べたようにそれは国家秩序とは無関係のものであって Öconomik の定訳として「家政」も含めて「経済」と訳されていたに過ぎない。そしてそこは「労働者」や「資本家」、最近では「投資家」が actor として私益を追求する舞台（多元的世界）であって、「目的統一体として存立している」と言えるのではなかろうか。もっとも、それがフォルムを獲得し「個体として客観的に実在し」ているかは不明である。この点は本稿では保留せざるをえないが、少なくとも小売市場判決では現行憲法解釈から「経済体制」を導き出しているのであり、その点において「経済法秩序」は 1 つの status としてその名を現行憲法に刻んでいると考える余地がないわけではないと思われる[146]。

ともあれ、従来の解釈においてこの可能性は見過ごされてきたのであって、

144）国際法を見ても、例えば、海洋法の問題であれば国際海洋法裁判所（ITLOS）が登場しうるが、それ以外の問題について ITLOS が出てくることはないだろう。

145）ここで「秩序」を意味する order もまた status 同様「身分」（Ordo）と関連するワードであることが示唆されている（石川・前掲注 138）194 頁）。

それは小売市場判決の田崎文夫調査官解説[147]にて金沢の経済法が参照されているにもかかわらず、それについて一切の言及のない評釈類を見れば明らかである。

第３節　小括と私見

第１款　経済法秩序の独立性

以上、経済と法に関する議論を、美濃部、金沢、舟田の３人に焦点を当てて見てきた。そこで見えてきたのは「経済法（秩序）」の独立性である。

美濃部はそれに対する有力な反対論者であったことは無視できない。もっとも、美濃部がその独立性を否定したのは「公法－私法」の二元論を維持せんがためであるが、前述のように国家による「公共」の独占が揺らいでいる現代においてはその見解を維持することは困難であろう。美濃部は二元論を維持したが、それを警察にまるごと吸収することはせず「経済公法」（正確にはその中の「経済行政法」）という概念は認めていた。そして強制的経済統制法と警察法の区別はその目的によっている。前章で述べたように美濃部において目的分類は国家学的方法である。目的が団結の契機である[148]ことに鑑みれば、この区別は内務行政の中において経済統制法に一定の形体（フォルム）を与えたということになる。それはあくまで「公法－私法」という枠内でのことであり、現代

146）この点、学問の自由に関して、学問法システムを独立なものとし、他の法システムとの相互関係を構想するものとして山本隆司「学問と法」城山英明＝西川洋一編『法の再構築［Ⅲ］科学技術の発展と法』（東京大学出版会、2007年、143頁）がある。また、同様に学問の自由に関して高柳信一を批判しつつ山本の取組みに注目するものとして守矢健一「『学問の自由』に係る日本の憲法解釈論の性格をめぐって」法雑54巻1号（2007年）376頁がある。山本論文自体はルーマンを援用していないが、「社会の部分システム」といったルーマン社会システム理論を彷彿とさせる用語を用いているし、守矢論文はルーマンを援用している（もっとも、山本論文には脱稿後に触れたとしている）。ここではルーマン社会システム理論と公法学との協同の余地が示されており、後述するように本稿の発想もルーマンを援用して説明する余地がある。

147）最高裁判所判例解説刑事篇昭和47年度283頁。

148）法人は「目的の範囲内」でしか法人格（団体性）が認められない。

においてその枠を取り払うべきであるとすれば、美濃部の見解から出発しても経済統制法ひいては経済法の独立性を認めることも可能であって、その際の警察法との区別はその目的が「公の安寧秩序を保持することに在る」か「国民全体としての経済力の健全性を保持することに在る」かである[149]。そして「健全性」の内に社会との共生を含めうるのであれば、これは経済法をして「経済的＝社会的調和」を目的とする法であるとする金沢の見解とはさほど遠くない。

第２款　社会・公共・経済

さて、ここで私の世界観を披歴しないでは許されないであろう。この世界観が小売市場判決を見る基本的な視座であり、従来の規制目的二分論への批判の根源である。

その端緒として、「社会公共」の意味を問題としたい。なぜなら、警察法と経済法の区別はその保護利益が「社会公共」か「経済」かにあることになるが、舟田の論稿において経済は社会の一側面として考えられているように一般にその境界は曖昧だからである。また、規制目的二分論に関する従来の議論においても、「社会公共」を害するかどうかが消極目的と積極目的を分類する１つのメルクマールとなるはずにもかかわらず、その点について規制目的二分論の文脈で検討が加えられることはない。そのため「社会公共」と「経済体制」の距離が測られることもなかったのである。

そこで「社会公共」について検討する。しかしながら、「社会」という概念自体未だに不確定であるため、ひとまずは「公共」について主として石川健治を参考にして述べることにする。出発点は、近代立憲主義は国家が公共性を独占しようとしていたということである。近代立憲主義は無個性な個人と国家との対立構造を基礎とするものであるが、これは国家による公共性の集中によっ

149）美濃部は内務行政に経済統制法を含ませながらも目的分類によって強制的経済統制を警察に解消することなく存置している。この点で、これまでの美濃部の体系からすると無理のある体系化であったというべきである。しかし、美濃部の経済法に関して本稿では詳しくは扱えない。

て成立する。国家以外に公共性を有しないとすることで、中間団体を否定し以て個人を創出したのである。この意味で、国家は「公共性」を演ずる「舞台装置」[150] であった。そこでは誰しもが「公共」を演じている。例えば「公務員」は国家の機関としての“役柄”から公共性を演じている。そして「生身の『私』から、『公』を名乗る資格を強制的に剝奪」[151] された「国民」もまた、国家の構成要素でありまた（その一部は）有権者であるという“役柄”で以て公共性を演じるのである。逆にいえば、国家の舞台に立たなければ「公務員」でもなければ「国民」でもない。

そのような「資格」を個人が手にすることを企図したのが近代国民国家であった。ここに石川の独特な Status 論が交錯するのであり、私が Kameralwissenscaft を検討したのはこのための布石でもあった。ユスティに代表される Kameralwissenscaft においてはその政治主体的単位として「家」があったが、それを否定したのが近代国民国家なのであって、それによって解放された個人を国家が平等な法人格たる「国民」として一括承認することで個人は自由となったのである [152]。そして国家が「公共」を演ずる舞台であるとするのであれば、「公共」とは国家に承認された法的に平等な「国民」や「公務員」を主たる actor とする領域である。

では、「社会」とは何か。私見の混じることとなるが、それは私人間での相互承認に基づいて「人」として認められた個人が actor となるもう 1 つの舞台である [153]。そして石川の理解でいう「人権」が適用されるべき領域なのであ

150）石川健治「魅力的な『公共』を再び演じるために」『AERA Mook 憲法がわかる。』（朝日新聞社、2000 年）149 頁。ケルゼンが国家をして「強制装置」とする点に比較すると、石川の「舞台装置」という呼称は単なる比喩を越えたものと考えるべきである。もっとも、その真意を理解することは私の能力を超えている。なお、石川はサッカーに喩えて 96 条改正を論じている（朝日新聞、2013 年 5 月 3 日、13 頁）が、これも同様の発想からであろう。

151）石川・前掲注 150）150 頁。

152）石川健治「人権論の視座転換――あるいは『身分』の構造転換」ジュリ 1222 号（2002 年）2 頁参照。

る[154]。

それに対して「経済体制」では「国民」である必要はない。かといって「人」と完全に重なるわけでもない。そこは「労働者」と「資本家」（被雇用者と雇用者）ら[155]がactorとして演技する舞台なのである。例えば、賃金は「労働者」であればもらえるのであって、それは「国民」や単なる「人」にはない“役得”である。

以上のことから、私はこの「社会」「公共」「経済」という3つの秩序領域を想定している[156]のであるが、従来の見解は「憲法上の権利」と「人権」を半ば意図的に結合して「社会」と「公共」を混然一体としたばかりか「経済」をも「公共」に服さしめ、異なる演目を演じている個人に着目せず従って「経済法」の独立性をないがしろにしてきたのではないか。それもまた、美濃部に端を発するものであったと思われる。もっとも、美濃部の見解であっても経済法の独立性を論じうることは前述した。

かかる多層的（かつ多元的）秩序観において問題となるのはその境界である。美濃部も述べるように法体系たる秩序として区別をするためには形体がなけれ

153）以下では「社会法秩序」という言葉を使用するが、ここで私が想定しているのは労働法や社会保障法等の福祉に関する法分野の総称ではなく、個人の生命・身体・財産等の保護を目的とする法秩序である。混同を避けるため以下では「社会法秩序」と記述する。

154）石川健治「人格と権利――人権の観念をめぐるエチュード」ジュリ1244号（2003年）24頁参照。星野英一が「法人格」（persona）を「お面」と考えている（星野英一『民法論集 第四巻〔オンデマンド版〕』（有斐閣、2003年）137頁）ことは、社会における「人」が実存ではないとする点で示唆的である。また、尾高は「社会」の意味について「多数の個人相互の間柄」と「多数個人を包摂しつつ、しかも個人生活の多様を統一する社会団体」の2つがあるとする（尾高朝雄『法哲学』（勁草書房、1956年）72頁）。

155）両者などを含めた総体を「経済人」と称することとする。

156）かかる多層的秩序観は秩序を制度体と同視することによって見出されるのであるが、ここで法との関係が問題となりうる。この点、法は制度体に先行するものでも後行するものでもない。それは団体のあるところに並行して存在する。これについての議論はイェリネックの自己拘束論などとも関わる複雑な問題であって、私の能力を超えるものであるため、とりあえず団体と法とは同時に存在し、法と秩序はその適用領域・範囲において一致すると考えておく。

ばならない。ここでは美濃部の見解を援用することで一応の私見としたい。つまり、目的による区別である。経済法秩序は社会経済の調和的発展を直接の目的とし、公共秩序は国家の自存・自立を直接の目的とし、「社会法秩序」は個人の安全維持と幸福増進を直接の目的とする。もっとも、その目的を実際に認定するについては、actor は誰か、いかなる action に関する問題であるかなどの要素を勘案することは当然である。また、ここでいう目的が「消極目的・積極目的」にいう目的とは違う意味であることはこれまでの記述より明らかであろう。これは美濃部の用法での「国家目的・社会目的」という場合の目的である。

つまり、国家は公共秩序・経済法秩序・「社会法秩序」において各々の目的に服しつつ活動する 1 つの actor であると考えることができる。

第３款　今村成和論文の検討

ここにきて、現在あまり顧みられていないものとして今村成和の論文[157]について言及すべきであろう。前述のように、樋口陽一は小売市場判決での二分論は「目的」二分論であって今村のいう規制二分論ではないとしていた[158]。そこで、今村の二分論がどのようなものであったかを検討する。

まず、今村は営業の自由[159]を「開業の自由、営業維持・存続の自由、廃業の自由」（営業することの自由）と「現に営業をしている者が、任意にその営業活動を行いうる自由」（営業活動の自由）とに分ける[160]。その上で、「営業することの自由」の制限には①「人又は人の集団を基準に、その従事しうべき職業の範囲を限定する」ものと、②「対象となる営業を基準に、それへの参加の制限または禁止」するものがある。①は封建的身分制と同じことであるから「職業選択の自由」の「原理的否定」であるとして憲法上認められないとする。他

157）今村成和「『営業の自由』の公権的規制」ジュリ 460 号（1970 年）40 頁。

158）樋口・前掲注 1）4 頁。

159）国家からの自由としての「営業の自由」の意味である。

160）この点について両者を分けられないとする意見もありうるが、ここでいう狭義の営業の自由とは自己決定による「開始・終了」でありその点で「選択」であり、広義の営業の自由はその「遂行」であるといえる。

方②については、「当該営業への参加資格を制限するもの」（「消極的制限」）と「当該営業への参加者を制限するもの」（「積極的制限」）及び「当該営業を行うことを、全面的又は原則的に禁止するもの」（「否定」）があるとする。これは「制限の厳しさの程度を基準としたものである」。他方「営業活動の自由」の制限には（a）「営業を行うことについて科せられる制限」と、（b）「営業行為について科せられる制限」とがあり、（a）には「特定の営業について、その営業の特殊性に応じて科せられる制限」と「営業活動により生ずる害悪の種類に応じた制限」、（b）には「営業行為の種類に応じた制限」と「当該営業活動に対して加えられる制限」とがあるとする。

「消極的制限」とは「個々の営業行為により社会に害悪を及ぼすのを未然に防止するために、一定の基準により、不適格者の当該営業への参加を制限すること」でありこの場合は比例原則よりして制限は必要最小限度でなければならないが、事前の行政的規制が許される経済的自由に関しては「必要最小限度も、抽象的危険を基準にして定め得る」。他方「積極的制限」とは「営業をしようとする者の適格性の如何にかかわらず、市場側の事情等により、その市場参入が拒否されること」であり、この場合は強度の制限下に置かれているから「その合理的根拠は、十分に説明され得るものでなければならない」。

これは西ドイツにおける薬事法判例の段階理論と相応するものであると評価されている。しかし、その論稿においてその判例が引用されていないことからその真のところは不明である。そこでそのドイツ判例の段階理論を見てみる[161]。

この段階理論とは次のような言葉で表される。職業の選択及び行使に対する「規制権限の範囲にとって、いわば数種の“段階”がある」。「立法者が最も自由に規制をなしうるのは、純粋に（職業）活動の規制」であり職業選択の自由に関わる場合には「特に重要な共同体の利益」の保護のために必要な場合のみ規制し得る。その際第一に、職業開始の許可を一定の能力を備えた人に限るという類の“主観的”条件にかからしめる場合には「そのような制限は、事柄自

161）以下、舟田正之「職業の自由と“営業の自由”――西ドイツ連邦憲法裁判所一九五八年六月一一日判決を素材として」ジュリ 592 号（1975 年）30 頁。

体から正当化しうる」。しかし第二に、人的資格以外の“客観的”条件にかからしめる場合「それをみたすかどうかは個々人の力の全く及ばないことであり、基本権の意義と鋭く対立する」。この「“最後の段階”の職業選択の自由の制限が問題となる場合は、連邦憲法裁判所は、(i)まず特に重要な共同体の利益が危険にさらされているのか否か、(ii)この危険の防止に法的規制が一般に役立ちうるのか否かを調べなければならない。しかし更に、(iii)この共同体の利益の保護のために、まさにこの侵害（Eingriff）が不可抗的に要求されているか否か、すなわち、立法者はこの保護をより以前の段階の規制によって達成することができなかったか否か、を検討しなければならない」。

ここで今村の区別が「西ドイツの憲法裁判所がバイエルン薬事法の定める薬局開設規制を違憲とした一九五八年の判決で職業開始の承認についての『主観的要件』……と『客観的要件』……とを区別し、後者が合憲とされるのは前者にくらべて極めて限定的にである旨をのべた……のにほぼ対応する」[162]と評されるとき、ここでは「消極的制限」と「主観的要件」、「積極的制限」と「客観的要件」とが対応するものとして考えられている。確かに、今村は「消極的制限」を参加資格の制限であり「積極的制限」を資格とは無関係な制限であるとしているため、相応するものといえよう。しかしながら、今村の着眼点はそこのみにあったのではない。制限する理由が「社会公共」にあるか「市場側」にあるかにも目を配っている。もっともその類型化が上手くいっているわけではない。というのも「個々の営業行為により社会に害悪を及ぼすのを未然に防止するため」であってもそれと資格制限とは論理的必然性はなく逆に「市場側の事情」であっても参加者制限となるわけではない。「理由」と「制限の強度」とは別個の要素なのであって、本来であれば「消極的制限」「積極的制限」だけでも 4 通りの類型があったことになる。そして「消極的制限」「積極的制限」は資格制限かどうかで論稿の最初に定義してしまったがためにその点ばかりが着目され西ドイツ判例と相応するものと評価されたのも仕方のないことであろ

162）樋口・前掲注 1）4 頁。

う。

しかしながら、今村が「理由」に着目した点は評価すべきである。そもそも今村が念頭に置いていたのは行政作用ではなく経済法なのであって[163]、その上で「予防」の場合には警察法の話として、それ以外を経済法の話として分類していると解すべきである。それは従来のように行政作用の区分から語るのではなく、「警察法」と「経済法」の領域区分（秩序の領域区分）を語るものであったといえる。

第4章　小売市場判決と規制目的二分論

第1節　田中二郎二分論再読

田中二郎[164]は美濃部が示した消極目的と積極目的とを峻別し、前者の目的を含む行政作用を「警察」、後者を含むものを「規制」とする。即ち、「警察は、直接に公共の安全と秩序を維持し、その障害を除去することを目的とする」とし、そのような「警察」と区別すべきものとして「規制」を挙げ、規制は「国（又は地方公共団体）の積極的な政策目的及びその実現過程を示すものであって、警察のように、単に消極的に公共の安全と秩序の維持を目的とする作用とは区別されなければならない」とする。その帰結として「積極的に社会公共の福祉を増進するためにする作用は、もはや警察の作用ということができ」ない。

ここからも分かるように、美濃部とは異なり田中は「消極的の目的」か「積極的の目的」かで行政作用を峻別している。では田中のいう規制とは何なのか。田中は「未だ一試論の域を出ない」としつつ規制について以下のように述べる。

田中が「規制」という言葉を用いたのは、従来使われてきた「統制」という言葉では「経済活動を行政的に規制し、その調和的発展を図ることを目的とす

163）成田頼明「営業規制法の類型と問題点」ひろば28巻8号（1975年）13頁も同旨か。

164）本稿では田中二郎『新版行政法 下Ⅱ〔全訂第1版〕』（弘文堂、1969年）に依る。田中自身行政作用論につき変遷が指摘されるところではあるが、これは小売市場判決よりも前のものであることから、当該判決に関してはこれで十分であると思われる。

る法を指すものとし、その対象を限局して考えがちである」が、しかし実際には国民の生活環境整備や教育文化の維持向上の見地から様々な規制をしておりその範囲が拡大しているため「これらの規制作用を包括して総合的・統一的に理解するためには、統制という観念を用いることは必ずしも適当ではな」い。そのため「広く、公共の福祉を維持増進するという積極的な目的のために、直接間接、人民の活動を権力的に規律し、これに応ずべき公の義務を課する作用」を規制とし統制と区別している。

田中の「警察・規制」二分論は現在の「消極目的規制・積極目的規制」とほぼ相応する[165)]。そしてこのような区別は美濃部の構築してきた体系に異質な要素を取り込むことであることは前述したとおりである。美濃部は内務行政を目的分類と手段（機能）分類によって、即ち国家学的観点と法学的観点とを組み合わせて体系化したのであって、そこに「消極目的・積極目的」は機能概念として存在していた。それらは日本語の「終着」という意味での目的ではありえても「動機」としての目的ではなかった。それらは意思ではなく、実行結果という意味合いであった。「消極目的・積極目的」を目的類型としてしまえばそこに 1 つの形体を与えたことになる。それは軍事・財政・内務と分けた体系の中にさらに政治的要素が入り込むことを意味する。それは恰も母の中に胎児がいるかのように、特異な事態である。そう言わずとも、警察・保育・法政は手段分類によって体系化したものであり、その概念中で目的分類をなすことは天地無用を破ることになる。

しかしながら、「消極目的・積極目的」という分類は一般に目的という名で呼ばれてきたがために、その上位類型たる警察を内側から食い破る可能性を常に孕んでいた。それが戦後になって現実化したのが田中の「警察・規制」二分論であったと私は考える。そこでは上位類型としての警察は下位類型であった

165）警察は事実行為を、規制は法律行為を対象とするとしているが、それは現象をどの観点から把握するかの違いに過ぎない。この点については美濃部・前掲注 131）5-6 頁において既に述べられていることである。また、強制作用かどうかも異なる。そのため完全に一致するわけではない。

消極目的と同視された。社会目的と消極的機能、さらには事実上の強制手段とが同視された。棟居の目的と手段に関する指摘はこのことを端的に示していたと位置づけることができるのである。

さらに、果たして田中は何を分けたのかが問題となる。法学的方法からすると機能概念は分類の指標であったのだが、美濃部はそれを「警察」という国家学上の概念に含ませたのである。しかし、田中においてそのような「警察」は存在しない。それは国家学の退場を意味する。そのような田中の体系では、社会目的は見失われ、それを目指す行政作用は目的と混在した機能に還元される。それを「目的」という言葉で表現しているに過ぎない。換言すれば、田中は目的と機能とを一度に二分してしまったのである。美濃部がメスで慎重に国家を解剖したとするならば、田中は鉈で一刀両断してしまった。しかし、それが必ずしも有害であるばかりではない。田中が経済政策や文化政策などを含めて「積極目的」というとき、そこでは既に新たな秩序（制度体）の萌芽をみることができるのである[166)]。

私は、前述のように、そのような田中学説を形式的に継承しつつ、田中のいう「警察」は社会目的での消極的機能の謂いであると分析的に解する。そこには、国家学的な、目的概念としての「警察」と、法学的な機能概念としての「警察」、つまり消極的機能が混在している。このことは、「規制」についても同様であって、「規制」には目的概念としての「経済」や「文化」と、機能概念としての「公共の福祉を維持増進」が混在している。そのため、「警察・規制」という言葉は用いず「目的」及び「消極的機能・積極的機能」という言葉を用いることにする。これは田中学説を踏まえつつ美濃部の体系を維持し、かつ「警察」という言葉にある「公法－私法」二元論のイメージを払拭し田中の言明に垣間見られる経済法秩序を表面化することを企図するものである。

もっとも、あくまで小売市場判決を分析するための道具的概念であって、本

166）田中・前掲注 164）では、「経済法、社会保障法、租税法等の新しい学問研究分野の発展にかんがみ、それらの研究分野に属する事項の説明は、殆どすべて、これを省略」することが前提であった（同書 246 頁）。

稿ではこれを公法学にて一般化すべきものと考えているのではない。そもそも行政法学においては行政総論・各論体系を放棄している[167]にもかかわらず、未だに憲法学では少なくとも規制目的二分論においてその名残を色濃く残しているのであって、このような小手先の作業だけで事足りるとは私自身全く考えていない。あくまで本稿は小売市場判決を読み直すことを目的としていることについては何度も念を押すところである。

第２節　国家学・経済法再興

《消極目的規制＝警察的規制》という現代憲法学の公式は警察概念の歴史を深く背負っている。戦後の研究においてもその歴史は何度も繰り返し述べられてきた。そこで語られたのは警察国家＝福祉国家を乗り越えた個人主義・自由主義の勝利の軌跡である。しかしながら、日本においてその英雄譚は現代では語り継がれていなかったのであった。確かに、佐々木や織田萬はそれを何度も演出し戦前においてそれは支配的な脚本となっていたのであるが、戦後それは廃棄され上演されたのは美濃部の脚本であった。それは西欧の英雄譚などではなく、我が国独自の神話なのである。それは美濃部がイェリネックに影響を受け日本独自の脚本を書こうとした結果なのであった。

現代の規制目的二分論に関する議論はそのことを見落としている。戦前と戦後のこの物語の変容を意識していない。西欧の英雄譚を媒介に連続的なものとされているのである。そして個人主義・自由主義を表舞台に上げた結果、国家学者としての美濃部の姿が見失われてしまった。現代に至るまで人権（主観的権利）の物語は何度も上演されるが、国家（客観法）の物語は背景に退いている[168]。そして美濃部脚本の正統な演出家たる国家学者自体も隠れてしまった。

167）通説的見解である、行政過程論の他、特殊法を提唱する見解（兼子仁『行政法と特殊法の理論』（有斐閣、1989 年）266 頁）や参照領域論（原田大樹「行政法総論と参照領域論」法學論叢 174 巻 1 号（2013 年）1 頁）などがある（行政法の編別に関する現在の議論状況については、原田大樹『行政法学と主要参照領域』（東京大学出版会、2015 年）序章における参考文献参照）。

168）それは民法学において法人論が語られなくなったこととも通じる。

そのため規制目的二分論はその議論の表面的な沈静にもかかわらず混迷を極めている、というのが私の見方である。そこで私は背景である国家に目を向けるべきであると考える。それは書道のようなものである。白地の背景に黒墨で書写する。背景なくして書はなく、背景へのまなざしなくして正当な評価はできない。

また、従来の議論において見落とされたのが経済法へのまなざしであった。それは国家の物語を語らなくなったことからして自然なことではあったと思われる。なぜなら、経済法を語るためには経済法秩序という舞台を見なければならず、国家という舞台を見ようとしない場合には同様に見出し難いからである。

国家学と経済法。その再興とは即ち背景へのまなざしである[169]。その視点から小売市場判決を読み直す。それが本稿の主題であった。

第 3 節　小売市場判決再訪

第 1 款　小売市場判決の判決文

では、このような観点から小売市場判決を読むとどのように解されるのか。まず、ここにおいて小売市場判決のうち学説が規制目的二分論と関連すると考えている部分をいくつかのパラフレーズに分けて掲載する。

> 【P1】憲法 22 条 1 項は、国民の基本的人権の一つとして、職業選択の自由を保障しており、そこで職業選択の自由を保障するというなかには、広く一般に、いわゆる営業の自由を保障する趣旨を包含しているものと解すべきであり、ひいては、憲法が、個人の自由な経済活動を基調とする経済体制を一応予定しているものということができる。しかし、憲法は、個人の経済活動につき、その絶対かつ無制限の自由を保障する趣旨ではなく、各人は、「公共の福祉に反しない限り」において、その自由を享有することができるにとどまり、公共の福祉

169）ここで蟻川恒正の「問題発見的機能」（蟻川恒正「思想の自由」樋口陽一編『講座憲法学 第 3 巻 権利の保障 1』（日本評論社、1994 年）132 頁）を想起することは強ち誤りではないだろう。

の要請に基づき、その自由に制限が加えられることのあることは、右条項自体の明示するところである。

【P2】おもうに、右条項に基づく個人の経済活動に対する法的規制は、個人の自由な経済活動からもたらされる諸々の弊害が社会公共の安全と秩序の維持の見地から看過することができないような場合に、消極的に、かような弊害を除去ないし緩和するために必要かつ合理的な規制である限りにおいて許されるべきことはいうまでもない。

【P3】のみならず、憲法の他の条項をあわせ考察すると、憲法は、全体として、福祉国家的理想のもとに、社会経済の均衡のとれた調和的発展を企図しており、その見地から、すべての国民にいわゆる生存権を保障し、その一環として、国民の勤労権を保障する等、経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請していることは明らかである。

【P4】このような点を総合的に考察すると、憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定しているものということができ、個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なって、右社会経済政策の実施の一手段として、これに一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと、憲法が予定し、かつ、許容するところと解するのが相当であり、

【P5】国は、積極的に、国民経済の健全な発達と国民生活の安定を期し、もって社会経済全体の均衡のとれた調和的発展を図るために、立法により、個人の経済活動に対し、一定の規制措置を講ずることも、それが右目的達成のために必要かつ合理的な範囲にとどまる限り、許されるべきであって、決して、憲法の禁ずるところではないと解すべきである。

【P6】もっとも、個人の経済活動に対する法的規制は、決して無制限に許されるべきものではなく、その規制の対象、手段、態様等においても、自ら一定の限界が存するものと解するのが相当である。

【P7】ところで、社会経済の分野において、法的規制措置を講ずる必要があるかどうか、その必要があるとしても、どのような対象について、どのような手段・態様の規制措置が適切妥当であるかは、主として立法政策の問題として、立法府の裁量的判断にまつほかはない。というのは、法的規制措置の必要の有無や

法的規制措置の対象・手段・態様などを判断するにあたっては、その対象となる社会経済の実態についての正確な基礎資料が必要であり、具体的な法的規制措置が現実の社会経済にどのような影響を及ぼすか、その利害得失を洞察するとともに、広く社会経済政策全体との調和を考慮する等、相互に関連する諸条件についての適正な評価と判断が必要であって、このような評価と判断の機能は、まさに立法府の使命とするところであり、立法府こそがその機能を果たす適格を具えた国家機関であるというべきであるからである。

【P8】したがって、右に述べたような個人の経済活動に対する法的規制措置については、立法府の政策的技術的な裁量に委ねるほかはなく、裁判所は、立法府の右裁量的判断を尊重するのを建前とし、ただ、立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限って、これを違憲として、その効力を否定することができるものと解するのが相当である。

第２款　判決文の分析

結論から言えば私は、小売市場判決は経済法秩序に関する判決であり、薬事法判決は「社会法秩序」の判決であったと見るべきであると考えている。以下ではまずそのことを述べていく。

本判決で最初に注目すべきは、【P1】において憲法解釈として「個人の自由な経済活動を基調とする経済体制を一応予定している」としている点である。最高裁は現代憲法が近代市民法による個人主義秩序に基づく経済体制を予定していることを認めている。それは「見えざる手」による自動調節作用を前提とした資本主義体制である。そしてそれが「一応」予定されているとするのはその後の資本主義の発展より「国家の手」が要請されることを予期させ、実際本判決においても「憲法は……福祉国家的理想のもとに……経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請し……国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定している」としている。これはまさに、金沢が考える経済法の機能である社会と経済との調和である。

もちろん、これだけでは本判決が経済法秩序についての判決であったとはい

えない。ここで着目すべきが【P2】である。一般に評釈類で着目し問題視するのは積極目的規制を語ったとされる部分（【P3】【P4】【P5】【P7】【P8】）である。しかし、これらも【P1】【P2】があるからこそ意味を持つのであって【P1】【P2】の解釈を怠ってはならないことはもちろんである。そこで【P2】を見るに注目すべきは、ここでいう「弊害」は「個人の自由な経済活動からもたらされる」ものとされていることである。単に「社会公共の安全と秩序」を害する弊害ではなく、それと経済活動との因果関係が必要とされている。この点は当然といえば当然であるが、従来の規制目的二分論がこの点に向き合っていたかは疑問である。ここで、なぜそのような弊害の除去ないし緩和が憲法上正当化されうるのかを考えるに、やはりそれは憲法が「社会経済の均衡のとれた調和」を予定しているからであろう。かかる経済法秩序が本件判決の定めた主題なのである。

さらに【P2】から分かるのはその弊害が具体的危険でなければならないということである。消極的機能とは防止・除去・緩和であるにもかかわらず本判決は「除去ないし緩和」としか述べておらず、他方薬事法判決は「防止」という言葉しか用いていないのであって、防止と除去・緩和の違いは美濃部が防止を「障害の将に起らんとするを防ぎ其の既に起れるを除くこと」としていることから明らかなように、その弊害というのが抽象的危険か具体的危険かである[170)]。本判決は具体的危険の場合についての判示であり、薬事法判決は抽象的危険の場合についてのものであったと考えることができよう。ここで想起すべきが、今村の二分論である。この見解は経済法の観点からのものでもあった

170）ここで「具体的危険」という言葉で表現しようとしているのは、その弊害が現実に発生しているか、現に発生していなくともかつて発生したことがあったり経験則上その発生する蓋然性が認められること等からその危険の発生が証明された場合である。ある事実が存在するということは、裁判上はその事実が証明されたことに他ならない。

なお、緩和については、防止とも除去とも結びつきうる。発生した場合に備えてその弊害が小さくなるようにすることをも「緩和」に含めるのであれば、それは防止に近い。しかしながら、小売市場判決が消極的機能として通常語られる防止を用いず除去と緩和を用いたこと、翻って薬事法判決が小売市場判決との事案の差異を明示しながら緩和という言葉を使わなかったことから、緩和を防止に引き付けて考えているわけではなさそうである。

ことを考え合わせれば、「個々の営業行為により社会に害悪を及ぼすのを未然に防止するため」の「消極的制限」は経済法外であり、それ以外の「積極的制限」は経済法内であるという意味をこの見解から発見することができよう[171]。また、このことは、危険が具体化していない時点では経済体制は「国家の手」を要請していないのだからそれにもかかわらず国家が手を差し伸べるのは経済法秩序の求めるものではなく、従ってそれは経済法内ではないとして理論的にも説明できよう。

【P3】にも着目すべきである。ここで判決は積極目的規制の根拠を述べていると解されているのであるが、より詳細に見ればそれは限定的である。判決は福祉国家的理想を述べたのち、公共の actor である「国民」の生存権を一般的に保障していると述べるだけでなく「その一環として、国民の勤労権を保障する等、経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請している」と述べる。ここに判決が想定しているのは経済人の権利である。それは判決が経済法秩序を主題としていることの当然の帰結であるはずだが、この点はひどく一般化されて理解されているように思われる。本判決が actor として経済人を想定していることは重要である。

つまるところ、経済法秩序内外の区別はその actor、action の性質、弊害（危険）の有無・性質、action と弊害との因果関係によって判断される。小売市場判決では、経済人が actor であり、action は小売という商行為であって、それによって具体的かつ「社会法秩序」への弊害が生じていた事案であった[172]。

171）もっとも、今村の分類論に依拠するわけではない。

172）「当時小売市場の乱設が目立ち、その乱設による過当競争の結果、入居売商の店舗更替が増大し、経営の不安定を来しているとの現況認識に立ち、小売市場の乱設防止のための措置を講ずる必要に迫られていた」（田崎解説・前掲注 147）293 頁）。

また、問題とされた小売商業調整特別措置法 3 条 1 項は、規制対象の小売市場を「政令で定める物品を販売する場合」に限っており、その物品とは「野菜、生鮮魚介類」（同法施行令 2 条、別表二）であった。とすると、同法の規制は小売市場の経営の不安定が市民の食卓に影響するもの、つまり「社会法秩序」を害するものに厳格ではないが限られていたのである。

これに対して、薬事法判決は確かに経済人がactorであり、actionは薬局営業という商行為であったといえるが、具体的な弊害は生じておらず、生じていたとしても危険との因果関係が不明な事案であった。一般に同類型の事案であることを前提に《相補的関係》とされるこの2つの判決は経済法秩序という視点を挿入することで相違の事案として見ることができる[173]。

第3款　小括

上述のように小売市場判決が薬事法とは区別されるべき判決であるとすると、両判決によって示されたのは規制目的四分論である。図式的に示せば以下のようなものとなる。

経済法秩序――｛消極的機能
　　積極的機能
「社会法秩序」―｛消極的機能
　　積極的機能

とすると次に問題となるのは「消極的機能・積極的機能」の区別である。この点、美濃部の理解を継承すると、前者は防止・排除・緩和であって後者は増進である。そして本判決においてもこれは基本的に継承している。換言すれば、それは、当該手段によって秩序を保全（防止・排除・緩和）する結果になるかそれとも秩序を促進する結果になるか（目的へより近づくのか）の区別である。しかしこの区別は困難である。一般的な傾向を挙げれば、営利的表現規制は従来の秩序を乱した者を排除することで、免許制は新規参入する者を制限することで、共に秩序を保全することになる。他方、距離制限は過当競争を規制し競争を適正ならしめることで、特許は例外的に私的営業を許可することで、競争秩序を促進することになる。両機能の区別については後述する。

173）この点、薬事法判決は小売市場判決を引用していると反論されることが想定される。しかしながら、判例は引用の有無だけでなく引用の位置をも含めて解釈すべきである。薬事法判決は判断枠組部分ではなく事案分析部分で引用しており、従って必ずしも両判決が同じ判断枠組を用いたと解釈しなければならないわけではない。

では、果たして現行憲法において「積極的機能」が認められているのであろうか。この点小売市場判決は、福祉国家思想から積極的機能も認めているように見える。確かに福祉国家思想から基礎づけることは可能であろう。しかし、より直接的には資本主義の要請そのもの、経済制度体の目的によって基礎づけられると解すべきである。本判決は経済法秩序を主題とするものであって、その目的の背景には資本主義が存在する。その資本主義は「国家の手」を認めているのであり、本判決がそのような経済体制を現行憲法に見出しているとすれば、少なくとも経済法秩序において積極的機能は認められている。条文でいうなれば、22 条 1 項、27 条、28 条が挙げられるだろう。他方、「社会法秩序」についてはどうかというに、現行憲法は 25 条 2 項によりそれを認めていると解すべきであろう。

以上が、これまでの議論を踏まえての私なりの小売市場判決の読み方である。かかる読み方では《小売市場判決と薬事法判決は相補的関係》という言明は否定されるべきであることが明らかであろう。

簡単にまとめるならば、小売市場判決は経済法秩序下における国家的干渉（経済的干渉）について、その消極・積極両機能（手段）について判断したものである。その構造は以下のようである。第一に、当該事案が経済法秩序に関わるものかどうかを考えねばならない。その判断の要件が actor、action の性質、弊害（危険）の有無・性質[174]、action と弊害との因果関係である。これらを満たした上で、当該事案の規制が消極的機能か積極的機能かを区別することになるが詳細は後述する。

補論

小売市場判決では「公共」がフェードアウトしている。本判決では「公共」は「社会公共」というフレーズが【P2】で現れるや【P3】において「社会経済」に変わり姿を消す。これは「公共」「社会」「経済」の関係を表しているよ

174）関連して、日本の警察概念が「危険」に着目していない点につき須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』（法律文化社、2010 年）93 頁以下参照。

うに思われる。両者に共通して対立しているのは「社会－経済」であって、「国家－経済」の対立は【P2】においてだけである。だからこそ小売市場判決を貫く目的として社会経済の調和を述べたのであるが、「国家－経済」の対立をどのように位置づけるべきか。この点に関するものが、租税法と経済的自由との関わる事案であると考えるが、これは本稿では保留する。

また、小売市場判決では「見地」という言葉が使われている。「社会公共の安全と秩序の維持の見地」と「福祉国家的理想のもとに、社会経済の均衡のとれた調和的発展を企図しており、その見地」という箇所である。この言葉に関しては私見とは一見不整合である。小売市場判決は恰も両見地が対照的であるかのような書きぶりであり、《相補的関係》を前提とする学説もそう解するのであろう。しかし「社会経済の均衡のとれた調和的発展」を図ることは「社会公共の安全と秩序の維持」を含むと解することは可能である。

第 4 節　規制目的二分論再考

さて、前節において本稿の主題は果たせたと言える。しかしながら、本稿が単なるアンティーク趣味に堕することがないように、第 1 章で述べた議論について述べずにいることは許されないであろう。

そこで本節では、第 1 章で述べた 3 つの議論について私の見地からどのように解決されるかを述べることにする。

第 1 款　目的に関する議論

まずは目的に関する議論についてである。簡単に振り返ればそこにはさらに目的の内容、目的の区別の仕方の 2 点が問題となり、前者については浦部や平松がその内容を修正しようとし、後者については形式説と実質説があった。

目的の内容に関する問題についてそこで浦部や平松が考えている「目的」は実は法秩序の次元のものであって、両者はそれを別個の分類である「消極的機能・積極的機能」であると考えている点で誤りである。もっとも、この点を正せば、浦部や平松が経済法秩序や公共秩序を抽出した点は正当であると考える[175)]。

付言すれば、「消極的機能・積極的機能」は「消す・積む」の対比であって、これを機能と解すると国家が何らかの効用を想定している限りにおいてはこの2つしか論理的にありない。それは「ゼロ」を除く実数には「マイナス・プラス」の2つしかありえないのと同様である。これは具体的手段が「多種多様」であることとは別である。「多種多様」な具体的手段でもそれらの機能（効果）は2つしかない、ということである。

次に、後者の問題についてであるが、これはこの2つの機能をいかに分類するかの話であって、それについては後述する。

さらに、「規制目的」という言葉に隠れていた目的の要素と機能の要素を峻別する私見によれば、目的要素の区別の仕方はさらに問題となる。この点について私は実質説を取る。私見によれば、この問題はつまるところ具体的立法目的が「社会経済の調和的発展」を目的としているか否かを如何に判定するかの問題であるが、それは目的審査の話として後述する。

第２款　審査基準に関する議論

次に審査基準論に関する議論を検討する。ここでの議論は「消極目的規制・積極目的規制」という分類論と「厳格な基準・明白性の基準」という審査基準論との結びつきの問題であった。

しかしながら、これは《相補的関係》という言明を前提としているため根本的に問題がある。そもそも、小売市場判決においては経済法秩序における消極的機能を有する規制について「必要かつ合理的な規制である限りにおいて許される」としており特段厳格ではない。そこで、以下に整理し直すこととする。その際には「①抽象的目的審査－②具体的目的審査－③手段審査（適合性・必要性・相当性）」という枠組みを考える。①は具体的立法目的の形式、②は具体的立法目的の内容を判断する。所謂「目的手段審査」はこれらを包含していた。

175）例えば、租税法の事案に規制目的二分論を当てはめるのは事案違いである。租税法は公共秩序の法なのであって、そもそも規制目的二分論から理解しようとすることが土台無理であった。

しかしながら、具体的立法目的が憲法その他に適合的であることと、それがどの程度重要なものかは別の問題である。そのため本稿では両者を分けることとする。そしてこれらとは別に審査密度（「審査の程度」）を考える。

第一に、抽象的目的審査である。ここで目的審査とは、憲法上の権利制約の一般的正当化原理としての「公共の福祉」の「実質的原理」における「第 1 の実質的基準」の審査であり、立法の規制目的が憲法上正当なものかどうかの審査である[176]。そこで審査されるのは、第一に当該事案 a が法秩序 A に含まれること（第一の認定）、第二に法秩序 A が国家目的 α に含まれることである（第二の認定）。第一の認定は actor、action の性質、弊害（危険）の有無・程度、action と弊害との因果関係で判断するのが妥当である。この認定の際、当該事案の事実や具体的立法の構造、具体的事実（立法事実）等も資料として利用される[177]。ここにおいて当該事案が経済法秩序に含まれないとされれば、いかなる法律に基づいていても当該国家干渉は経済的干渉とは認められない。逆に言えば、文面上たとえ治安維持を目的とする根拠法規であっても上記判断基準を通過すれば経済的干渉（経済法秩序の actor としての国家の行為）となる。形式説にいう形式的立法目的は上記基準の目安にしか過ぎない。別の言い方をすれば、かような目的の分類は非法的な考慮が働かざるを得ないため、法の形式のみからは判断できず、立法者意思や立法事実を斟酌しなければならないという意味で実質的判断を要するのである[178]。これは具体的立法目的が「千差万別」であることとは別である。その多様性の中で目差すところ（目的）が経済

176）新正幸『憲法訴訟論〔第 2 版〕』（信山社、2010 年）516 頁。

177）前稿では、国家行為への着眼と法秩序への着眼が混在していたため、不明瞭な目的審査を記していた。本稿ではこの点を明確化し、法律も国家行為の 1 つであることから、国家も含めた当該事案の諸 actor に着目して第一の認定をすることとし、具体的立法目的は国家の actor としての役割を認定する要素であるとしている。

これに対して、「当該事案をどの法秩序で語るか」という個別的な認定と「当該法律の性質」という一般的な認定とが混在しているように見えるとの非難もあり得よう。しかし、法律は国家の行為である以上機能的に理解することはでき、actor ないし action の性質として考慮要素になる。法律の性質をその立法意思（国家の意図）等から証明し、その性格を間接事実として事案の背景を認定する、という段取りになろうか。

法秩序か否かの問題である。第二の認定は、国家行為に焦点を当て、そもそも国家に経済法秩序の actor としての資格があるのかどうかが審査され、「社会経済の調和的発展」が憲法的価値か否かの問題である。小売市場判決では経済法秩序の事案であることを暗黙の了解とした上（第一の認定）で、経済法秩序を舞台とした経済的干渉自体が認められるかにつき、「経済体制」を憲法 22 条 1 項から導き出すことによって「社会経済の調和的発展」を憲法的価値として認め（第二の認定）この審査をしていたというべきである[179]。

第二に、具体的目的審査である。小売市場判決では明記されていないが、薬事法判決は許可制についてだけでなく許可条件（適正距離配置）についても原則として「重要な公共の利益のために必要かつ合理的」であることを要するとしたのであって、両目的規制に通底する原則が小売市場判決とは異なる。そのため経済法秩序の事案の場合は目的の重要性は要請されていないと解され正当性を有していればよいが、正当であることは目的審査で憲法的価値と結びつけられたことですでに認められているため判断されなかったのだろう。換言すれば、経済法秩序に含まれるか否かが正当性の審査と同じことになる[180]。それは、小売市場判決は経済法秩序についての判決であり薬事法判決は「社会法秩序」についての判決であったからである。小売市場判決の方が緩やかであるのは、それが公共的側面も有するがために国家的干渉をも原則としうる経済法秩序についての判決であったからだろう。従って、経済法秩序か否かで具体的目的審査基準を分けるべきである。言い換えれば、法秩序の区別と具体的目的審

178）これこそが実質説とされてきたものであると考えられる。従来の議論は「経済法秩序」の視点に欠けていたため「経済法内外」の認定と「規制目的」（機能）の認定とを混在させてきたのであって、本稿では両者を分別するものである。

179）小売市場判決において「社会経済の調和的発展」を憲法的価値として見出したのは、国家目的の内容を述べたものであると考えられる。もっとも、これは明治憲法下に明文で認められていた「積極手段」（積極的機能）を現憲法において経済法秩序内に位置づけようとしたものとも解されるのであって、必ずしも目的審査をしているとのみ解されるものではない。

180）このことは具体的立法目的の多様性を否定するものではない。

査基準の区別が対応する。後述するが、従来の学説の議論は薬事法判決をきっかけに「規制目的」の差異を説明しようとしてその内実は経済法秩序と「社会法秩序」との差異を理論的に正当化しようとしてきたのであった。二重の基準論や長谷部の民主的政治過程論はこの点では参考となる。そして具体的立法目的の多様性は目的の正当性・重要性のあてはめにかかわる要素である。

第三に、適合性（関連性）審査である。ここで適合性とは「採られた手段が、規制目的の達成ないし促進に現実に寄与していること」[181]を指す。前款で述べた「実質的立法目的」の判断において経済的干渉であるとされたことを前提として、実際に採用された具体的手段が国民の経済活動を変容させることによって問題解決されるのであれば適合的といえるのであり、その場合というのは変容される国民の経済活動と当該問題解決とに因果関係がある場合であると考えられる。注意すべきは、経済法秩序内外の区別において因果性を 1 つの要素としたが、それは弊害と経済活動との関係である。他方、適合性での因果性は、具体的手段と問題解決との関係である。経済的干渉によって経済活動は変容させられるが、対象となる経済活動が必ずしも弊害の原因となったものとは限らないのである。しかしながら、従来の議論においてこの 2 つの因果関係が意識的に区別されていたかは疑わしい。実際の問題として、国家が干渉する場合は弊害の原因に対して為される場合が多いからであろうが、必ずしも国家は原因に対して干渉しなければならないわけではない。原因に干渉しようがしまいが、当該干渉によって問題が解決されるのであれば適合性がある。また、適合性に関しては、「社会法秩序」下において経済的自由に干渉することのそぐわなさに留意すべきである。そのために審査基準が厳格となっていると考えることもできる。

第四に、必要性・相当性審査である。これについて小売市場判決は積極目的規制についても「必要かつ合理的な範囲にとどまる限り、許される」としており判断基準を機能で区別していない。他方、薬事法判決は許可制についてだけ

181）新・前掲注 176）517 頁。

でなく許可条件（適正距離配置）についても原則として「必要かつ合理的」であることを要するとしたのであって、両目的規制に通底する原則が小売市場判決と同じである。この点を見れば確かに両判決に統一的審査基準があり「事の性質」によって異なるという指摘は正当である。しかしながらそれはあくまで必要性・相当性判断の段階で同一というだけであって、ここにおいて統一的基準を主張する必要は特段ない[182]。

最後に、審査の程度について検討するが、これこそが「消極的機能・積極的機能」の区別に対応するものである。私が美濃部の体系に惹かれながらもポリツァイ概念を分けて田中の分類を維持したのはこのためであったと言ってもよい。小売市場判決も薬事法判決も共に積極的機能について審査の程度を緩和していることは明らかである。ここで問題なのは、なぜ両機能で審査の程度に差が出るのかであって、この点について私は、積極的機能の場合には合憲性が推定され、逆に消極的機能の場合には合憲性は推定されないからであると考える。積極的機能は促進機能であるが、秩序を促進させることは諸事情を考えて判断されるしかなく、また、新たに何らかのルールを付け加えるとすればそれは立法権の独占すべき事柄であるから、これは裁判所の役割を超えるものであって、原則として立法府の判断を尊重すべきであると思われる。逆に、消極的機能である場合はその必要がない[183]。なお、小売市場判決は「諸々の弊害」としていることからその弊害の種類（社会的弊害・公共的弊害・経済的弊害）は区別していないが、その弊害が「社会公共の安全と秩序の維持の見地から看過することができないような場合」に消極的機能を目差す手段を認めるとしており、こ

182）この点につき、統一的基準という見解に対して過剰反応してはならない。それは二（多）分論を否定する見解では決してなく、むしろそれを前提としている。抽象度の違いでしかないように私には思われる。それはあくまで“学説上の”二分論批判である。また、それはいかに国家の侵害行為を判断すべきかという、より抽象的な議論が本来の場所であって、本稿のように統一的基準を前提としてもなお、ある程度の類型化ができるのではないかという主題はその見解と相容れないものでは決してない。本稿はそれを語る場所ではないだけである。むしろ、「事の性質」を主張する見解は、その理論的妥当性につき否定的な見解が現れる中で、判例の二分論を擁護するものと評価すべきである。

れは経済法秩序において社会公共的弊害が生じた場合に、それが看過できる程度のものであるときは経済的干渉をしないことが原則であることを表現していると解すべき[184]である。

もっとも、これは経済法秩序の場合である。「社会法秩序」の場合はさらに警察比例原則によって審査の程度が厳格になる。その結果が「消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によっては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要する」という文言である[185]。

また、職業の自由規制に関して「人格」という要素で解説する試みもある[186]。薬事法判決は職業の選択に関する規制であったが、それは人格に関わるものであるから原則としてその規制は厳格にするものとし、積極目的規制の場合は緩やかに審査することとして許認可行政の実効性を担保しようとしたものと解す

183）行政法学上の用語を援用して記述するなら、経済法秩序の専門性・政策性、及び憲法22条1項が「公共の福祉」による制約を敢えて明文で認めている点から、立法府の対司法裁量を認めていると解される。他方、消極的機能の場合は、政策性という重要な要素が欠落するので対司法裁量が認められにくい。もっとも、この点は「公共の福祉」論にも絡むため、本稿では詳らかにできない。

184）看過できるのなら自由市場経済の自動調節機能が働く。逆にいえば、この機能が働かない場合が「看過することができないような場合」である。この点、社会公共的弊害が看過できない場合のみ干渉できるとすることは実際上不当であるとの批判はあろう（これは本稿冒頭で示した私の動機でもあった）が、この場合は経済的干渉を選んだ政府の責任であって、警察的干渉をすれば何ら問題ない。なお、警察的干渉でも消極目的規制は認められにくいのであるが、それであれば積極的機能を有する手段を選択すればよいのであって、結局は政府の選択が不合理であったに過ぎないし、実際に批判されるほどの緊急時であれば上記審査基準は認められることが多いであろう。それでも認められなかった政府の不合理性はもはや政治責任であって、選挙等で責任追及するしかない。

185）警察法秩序の積極的機能にもこの原則が適用されると思われるが、それを適用した結果小売市場判決よりも厳格な合憲性判断基準として現れたのであろう。なお、「警察的」という文言が小売市場判決にはないことに注意すべきことは前述した。

186）石川・前掲注19）206頁。なお、これは本稿でも検討したドイツ判例における段階理論を参考としている。本稿でその系譜を辿るとすれば、今村成和に至るであろう。なお、田崎解説（前掲注147））、も同様のドイツ判例を紹介している。

るのである。この人格的アプローチを単純に「自己実現は重要だから」というように読むことは可能である。しかしながら、それでは「自己実現のために国家が干渉する」という反論（パターナリスティックな介入）を認めてしまう。ここで「人格」は、石川の他の議論と絡めていえば「社会法秩序」の actor（「人」）の資格として捉えるべきであろう。この見解は、薬事法判決においては絶大である。薬事法判決では許可制が問題となった。本件では職業の持つ社会生活関連性から、「人」としての資格自体が否定されていると解されるのであって、そのため事態は重大であるといえるのである[187]。この人格的アプローチは有用ではある。しかし、それは審査基準の厳格さのメルクマールとしてではなく、多様な具体的手段の正当化をいかほどの審査密度で判定すればいいかのメルクマールになるという側面（厳格さの根拠としての側面）による。actor の資格を奪う行為は違法性が強いため、相応の違法性阻却事由が要請される。

以上を要するに、経済法秩序においては「正当な目的のために必要かつ合理的」という基準[188]を標準として消極的機能であれば合憲性を推定せず、積極的機能であれば合憲性を推定して判断し、他方「社会法秩序」においては「重要な目的のために必要かつ合理的」という基準を標準として比例原則を及ぼし

187）私見では「経済人」としての資格が奪われていると解するのが素直であるように思われる。「人」だからといって自分の希望する職業に就くことまでは保障されていない。職業はあくまで「経済人」の地位の種類である。職業がなくとも「人」は「人」である。社会と経済を同じくする思考がそこにはあるとみるべきだろう。

188）経済法学者の中には、経済的干渉の正当化は「市場の失敗」に限るとする見解がある（馬川千里「憲法と経済活動の自由」駿河台 16 巻 2 号（2003 年）3 頁）。この見解は「正当性」を経済法の要請から限定的に解釈することを示唆しており、基本的に賛同できる。もっとも、馬川は「市場の失敗」に公共財の配分の不適切さも挙げており、ここに社会の安全も含めているが、経済法秩序の actor たる国家は、失敗があった場合以外にも、競争秩序を促進するための干渉が不可能とはいえないのであり、貨幣制度の設定や独占禁止法の制定はその主たるものである（貨幣が「メディア」として経済システムを促進させることについては、ルーマン・前掲注 130）146 頁以下参照）。小売市場判決は「市場の失敗」の場合であったのであり、失敗のない場合については何も判断していない。その点で、競争が理解されていないという馬川の批判はその攻撃対象を逸している感がある。

ながら、消極的機能であれば合憲性を推定せず、積極的機能であれば合憲性を推定して判断する。小売市場判決と薬事法判決で示唆された基準はかような四分論であった[189)]。

第３款　理論的妥当性に関する議論

最後に理論的妥当性に関する議論を検討する。この議論は規制目的二分論自体の再構成を要請するものであった。そして、私としては規制目的二分論の再構成には賛成である。しかしながら、それは判例を前提としその内在的な再検討によってなすべきであって、戸波や棟居のように学説上の規制目的二分論を前提として始める作業には反対である。

両者に共通する問題意識というのは国民の身体・生命が規制目的二分論では軽んじられているということである。戸波は直截に消極目的規制の方が国家の介入が認められにくいことを指摘し、棟居は経済主義というイデオロギーを指摘してかような問題を表明している。しかしながら、消極目的は１つの機能に過ぎず、必ずしも国民の身体・生命とは結びついていない。この点に関して棟居の批判は正当である。もっとも、棟居は《相補的関係》を前提としていたために両判決を比較して経済主義を抽出し、それに身体・生命を対置する形で議論を進めていくが、そもそも両判決は対象となる法秩序からして異なる、次元の違う判決なのであって単純な比較はできない。経済主義が妥当するのは小売市場判決のみであって、それを薬事法判決にまで見出した点に誤りがある。そして、「社会法秩序」において国家的干渉がしにくいというのは個人主義・自由主義の勝利の結果なのであって、それを変革しようとするのであれば、「自由」の意義を積極的にしなければならない。そしてそれはとりもなおさず警察

189）立法府の対司法裁量を前提とする場合、審査は裁量統制が基本ということになろう。そこでは明白かつ著しい不合理の基準から、判断過程審査まで幅広い基準がある。本稿で記述したのは、そのような裁量統制の結果として目的の正当性と手段の必要性・合理性が認められるかが基準であるというものであって、最終的な基準とその具体的な判断の仕方を分析的に記述しようとするものである。そのため、実際に文面に表れる基準とはズレがありうる。

国家への帰路なのである。

第５節　現在の「目的」と民主的政治過程論

薬事法判決では以下のように目的の二分論が措置の二分論に変容している。

> 【p1】社会的理由ないし目的も、国民経済の円満な発展や社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで千差万別で、その重要性も区々にわたる……
>
> 【p2】社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には……

この非対称性は何を意味するのか。従来の学説が規制目的二分論として指してきたのはどちらのフレーズなのだろうか。通説的な定義をみると後者のように思われる。しかしながら、民主的政治過程論では前者のフレーズをみているように思われる。実のところ、憲法学上において「消極目的・積極目的」から機能が抜けている現状が観察される。その意味するところは結局「消極目的・積極目的」に混在していた目的の要素と機能の要素とが分離しているということであり、私が以上に述べてきたこととほぼ同じである。しかしながら、そのことによって機能概念が抜け落ちてしまい、従来の議論との繋がりが希薄になる点は注意すべきである。

もっとも、「目的」を「機能」と分けて考えるという方向性は肯定すべきである。そこで民主的政治過程論について検討してみたい。

民主的政治過程論は、立法の制定過程において偏頗的利益が入り込まないように裁判所は配慮するべきであるとの思考に根差す。それは法の一般性・平等性という価値である。経済的自由規制立法関してはその価値の害される可能性が高い。そのため、経済的自由規制立法に関する事案では「国民の生命及び健

康」という大衆受けする目的を掲げる立法は疑わしいことになる。かかる観点から、山本龍彦は、ロックナー判決（Lpchner v. New York 198 U.S. 45（1905））に関するアメリカ憲法学の知見を紹介しつつ薬事法判決と小売市場判決を解説している[190]。即ち、前者は「国民の生命及び健康」を目的として掲げていたため厳格に審査したのに対し、後者は初めからクラス立法（党派的、偏頗的な利益のための立法）として見られるリスクを負った法であるから、当然制定過程において厳格な議論がなされていたと考えられるため改めて裁判所において議論する必要がないため緩やかな基準であった。

この議論に関しては概ね賛成すべきであると考える。というのも、「国民の生命及び健康」を目的に経済的自由を制約することに「そぐわなさ」[191]を私も感じるからである。その違和感を背景にある秩序の目的を挿入して表明したといえる。本稿では国家的干渉は経済的自由を標的としていることが前提であるが、「社会法秩序」の下に経済的自由に干渉することが薬事法判決の事案であったのである。そう考えると、私見と山本の見解との距離はさほど遠くない。山本らの議論は、私見に組み込むのであれば、秩序を分けた上で、なぜ「社会法秩序」の下での経済的自由への干渉が厳格に審査されるのかを説いたものといえるのである。さらにいえば、山本も規制目的によって審査基準が左右されると述べている[192]点、立法府と裁判所との役割論という意味での機能論を採用している[193]点で私見と共通する。他方、「機能」への着目がない点、社会と経済とを分けて考えていない点で私見とは異なるが、それは私の方が抽象的・演繹的に議論を組み立てているからであろう。

190）山本龍彦「偽の『公共の福祉』？――経済的自由規制と政治過程」法セ 693 号（2012 年）57 頁。

191）山本・前掲注 190）60 頁。

192）山本・前掲注 190）62 頁。対して、小山剛は「違憲審査基準決定の絶対的で排他的な指標ではない」として否定的であるように思われる（小山剛「職業の自由と規制目的」LS 憲法研究会編『プロセス演習憲法〔第 4 版〕』（信山社、2012 年）265 頁）。

193）山本・前掲注 190）63 頁注 41）。

第 6 節　機能の区別

では、「消極的機能・積極的機能」の区別をいかになすべきか。この問題は非常に困難である。保全と促進の区別は非常に困難である。確かに、前者は「マイナスからゼロへ」であり後者は「ゼロからプラスへ」であるので、文言上違いは明瞭である。しかしながら、どこに「ゼロ」を置くかによって事情が異なる。19 世紀の「自由」は未だ“設計図”を想定していた（積極的自由）。それは「完全な自分」という「ゼロ」を現在ではないどこかに想定するものであった。かような想定の下ではどのような国家的干渉も「マイナスからゼロへ」である。そして、現行憲法上、自由に関する論者の立場が示されているのが憲法 13 条論であると考えられるが、その議論における人格的利益説はともすれば積極的自由と結ばれるのであり、そのため現代においても全ての国家的干渉が消極的機能を有すると考えることが可能なのである。他方、消極的自由をとる[194]のであれば、消極的機能と積極的機能を分類することがより重要となってくる。

第一に、かかる立場からすると平時においては危険（弊害）は存在せず、何らかの不法行為がある（あると予期される）場合にだけ問題となる。とすれば、不法行為が何もないときには「マイナス」がないため国家干渉は全て積極的機能を有するとすべきである[195]。

第二に、不法行為がある（あると予期される）場合において両機能をいかに区別するかに関して、要因に対する直接性が 1 つのメルクマールになるように思われる。ある危険に対してその要因に直接干渉する場合には「防止・除去・

194）蟻川恒正のように「身体＝ person ＝人格」とし、〈自己定義〉に private な領域を確保するのであれば、消極的自由の立場から自己決定権を語ることができる。蟻川恒正「自己決定権の『思想』をさぐる」『AERA Mook 憲法がわかる。』（朝日新聞社、2000 年）97 頁、同「自己決定権」高橋和之＝大石眞編『憲法の争点〔第 3 版〕』（有斐閣、1999 年）74 頁参照。

195）この点につき、大型店舗の参入は何ら不法ではないと解するのであれば、小売市場判決はこれによって積極的機能を有する経済的干渉であるとしたとも解される。なお、弊害あれど不法ではないということは十分に考えられることである。

緩和」といいやすく、対して、要因に直接干渉せず、間接的に危険に対処する場合は「促進」といいやすいだろう。例えば、小売市場判決では、小売店の競争力低下の要因は大型店舗の参入であったが、それ自体を対象とすることは明らかに経済法秩序の要請に反するため小売店の競争適正化を図ったものであって要因に対し間接的である。他方、薬事法判決では許可制が問題となったが、それは問題を起こすだろう薬局を直接制約したものであるから消極的機能を有していたといいやすい。

第三に、要因が不明瞭である場合が考えられる。この場合に両機能を峻別することは困難である。この点につき薬事法判決は法案提案者が防止と促進の2点を提案理由としていたという事実に対して「薬事法の性格及びその規定全体との関係から見ても……前者がその主たる目的をなし、後者は副次的、補充的目的であるにとどまる」として法律解釈から主従関係を決することとしている。このような解決も1つとしてありえよう。しかしながら、なお主従関係が不明な場合が問題となる。その場合は消極的機能を有すると推定されると解すべきであろう。なぜなら、この場合には国会の場での議論が尽くされていない可能性があり、厳格に判断することで司法の場で議論を深めるべきであると思われるからである。

最後に、要因が広汎ないし不特定である場合が考えられる。この場合は逆に積極的機能を有すると推定されるであろう。なぜならば、かかる場合は秩序の在り方それ自体が瑕疵を帯びていると思われるのであって、それを是正するのは立法府の役割だからである。

第7節　結論

以上で本論は全てである。ここではこれまでの記述を振り返りつつ改めて結論を述べる。本論では従来の規制目的二分論についての議論を概観した上で、小売市場判決の読み直しを主題とする本稿の検討対象として《相補的関係》を定めた。

その過程においてまずは《消極目的規制＝警察的規制》という言明を検討す

るために警察概念をめぐる歴史をやや詳細に叙述した。その検討の結果、《消極目的規制＝警察的規制》は誤りであることを示した。正確にいえば、第一にそこでいう「警察」は機能と解すべきであるのに目的も含めて解している点で誤りであり、第二に美濃部の「警察」を目的類型で分解できると考えた点で誤りである。

次に、小売市場判決を評釈するために経済法の観点を取り入れるべきことを述べた。そこでは多層的かつ多元的秩序観を基にして、公共・社会とは別の秩序として経済を抽出した。

その上で、小売市場判決自体を、《相補的関係》を検討するために薬事法判決とも対比しつつ読み直し、今村論文を援用しながら結果として小売市場判決と薬事法判決とはそもそも語っている法秩序が異なることを指摘した。

さらに、私見よりして従来の規制目的二分論の議論を再検討し、分類論自体は維持しつつ私なりの審査基準論を立てた。

本稿はその長い道のりにもかかわらず、その主題は小売市場判決を読み直すことにあるため、結論としては以下のようになる。

①小売市場判決と薬事法判決は《相補的関係》にあるものではない。

②小売市場判決は社会公共から独立して「社会経済の調和的発展」を目的とする経済法秩序への国家的干渉について語ったものである。そして経済法秩序か否かは actor、action の性質、弊害（危険）の有無・性質、action と弊害との因果関係によって判断される。

③小売市場判決では経済法秩序への国家的干渉は「正当な目的達成に必要かつ合理的」であることを原則とし、弊害を排除・緩和する消極的機能については合憲性を推定せず、有益事項を付加する積極的機能については合憲性を推定して判断している。そして、両機能の区別は不法行為の有無や直接性などの規制態様による。

先述のように、森林法判決が出されたことで、規制目的二分論は誤りであって学説上の理論にすぎないというのが現在の議論の方向性である。しかしながら、そこで否定されているのは（目的と機能とが混同された）目的で以て審査基

準を区分する方法であって、事案に即して基準を変える態度そのものではない。石川が見出しているのも「事の性質」において判断枠組みを変える態度である。果たして本稿で私が結論するところもその点の隙間を突いたものといえよう。従来言われてきたところの規制目的二分論自体は確かに学説上のものでしかなかった。しかしながら、そうだとしてもその否定は判例理論の否定までは至らない。学説上の規制目的二分論はあたかも判例解釈によりもたらされたとの外観を纏っていた[196]だけであって、判例理論とは全く異なっていたというのが本稿の結論である。そのため、「規制目的二分論を否定する」という言説の意味が変わる。それは単に学説上の規制目的二分論が否定されただけであって、判例理論が否定されたのではない。学説は、目的と機能を混同しながら「規制目的二分論」と題して語ってきた。しかし、そのそもそもの出発点からして誤っていたのである。

つまるところ、学説上の規制目的二分論の混迷は、最高裁とのコミュニケーション不足によってもたらされたものなのである。もっとも、近時は「目的」が機能から分離していっていることは指摘したとおりである。この傾向に自覚的であるためにはより巨視的な視点をもたなければならない。それが国家学と経済法の再考なのである。

終章

冒頭で述べたように本稿を書くきっかけはささいな思いつきであった。ところが、いざ調べを進めると、小売市場判決についての評釈がほとんどないにもかかわらず薬事法判決や森林法判決についての評釈は大量にあり、それを選別し読破し分析する作業だけでも相当の日数を要した。そして、一応自分なりの方向性が定まったところで、ポリツァイについて調べることとなり、さらにそのまま美濃部達吉、国家学と忙しなく渡り歩くこととなった。その結果経済法

196）もっとも、私の見解も同様であるとの批判は免れない。「判例理論は何か」という永遠の問いにどこまで接近しようとしているかの差に過ぎない。

に関する資料を十分に吸収することができないままに、第2章の分量が最も長くなってしまうという事態になってしまったことは反省すべきである。付け加えれば、田中の足跡を辿らないまま美濃部との繋がりを思考してしまったこと、マイヤーとフランス行政法との結びつきを知りながら本稿ではそれを視野の外に追い出したこと、そのため織田萬及び彼と同様の立場に立つ佐々木惣一について十分な検討をなしえなかったこと、そして美濃部の背景に存する上杉慎吉について言及できなかったこと等々反省すべきことは山ほどにある。

現代との繋がりから言えば、小売市場判決と薬事法判決以後の判例に関して検討していないことは心許ない。もっとも、森林法判決については、これが財産単独所有権についての判決であってそれが「経済人」ではなく「人」（権利主体）として認められることに関する法関係であった[197]と考えれば、当該判決が小売市場判決ではなく薬事法判決を引用したことは理解できる。証券取引法164条1項に関する最大判平成14年2月13日は「基本的な立場は……最大判昭62・4・22民集四一巻三号四〇八頁、本誌六三三号九三頁のそれと実質的に異なるものではないと考えられる」[198]とされていながら森林法判決を引用せずしかも「消極目的・積極目的」という言葉が消されている。松本哲治は規制目的二分論を財産規制の分野では採用しないことを宣言したものであるとし、現代的かつ専門技術的な分野という「事の性質」から小売市場判決と同じ基準が結果的に採用されたと評価している[199]。しかしながら、私見によれば、かような典型的経済法秩序の事案において財産権制限をいかに処理するかという

197）「物」を支配できることは即ち「人」であることを意味する。「人」でなければ「物」であり、「物」は「人」ではないため権利主体性がない（権利客体でしかない）。そのため、所有権を否定されることはその者・物との関係で「人」として認められないことを意味する。この意味で、単独所有権とは「社会法秩序」の前提である。なお、通常所有権は「経済制度」における法関係とされているが、経済法秩序は競争原理なのであって、所有権だけでは不十分である。石川健治「財産権②」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究 憲法〔第2版〕』（弘文堂、2013年）241頁も参照。

198）判タ1085号（2002年）166頁。

199）松本哲治「証券取引法164条1項の合憲性」長谷部ほか・前掲注19）217頁。

事案は「社会法秩序」における財産権制限を扱った森林法とは明らかに事案を異にするのである。他方で職業の自由についての小売市場判決とも隔たりがある。つまり、証券取引法は森林法と小売市場判決の狭間で生じた判決なのであって、引用判例がないのも自然である。他方、財産権制限という点では森林法判決は共通しているため同様の判断枠組みを用いたに過ぎない。もし、薬事法判決が森林法判決によって二分論を否定されたというのであれば、証券取引法判決が小売市場判決の二分論を否定したといえるであろう。しかしながら、あくまでそれは「事の性質」が職業の自由か財産権かで異なる。要するに、小売市場判決・薬事法判決・森林法判決・証券取引法判決は各々棲み分けがなされていると考えられる[200)]。

ただし、小売市場判決と薬事法判決については、背景へのまなざしを前提としてなお相補的に捉える余地はあろう。薬事法判決の事案は薬局開設と社会への弊害との因果関係が認められなかった事案であることを考えると、調和的発展が目差されることなく経済法秩序下へ干渉するという側面があったと解される。このような事案は自由競争という経済の原則がいかんなく発揮される場合であろう。このように薬事法判決を理解すれば、小売市場判決との相補性は主張できる。しかしその相補性は「消極的機能・積極的機能」の相補性では最早なく、経済システムにおける「原則・例外」の相補性である。

本稿で検討できなかったことは他にもある。岡田与好の「営業の自由」に関連させることができなかった。彼のいう「公序」としての「営業の自由」を「国家による自由」内でなお独自の意味のあるものとして考えるのであれば、経済法秩序下での国家の積極的機能をより鮮明に描くことが可能であったかもしれない。また、「手段」と「機能」との差異を明確にしなかった点は、ドイ

200）前述のように、かかる解釈は決して現在学説で有力に説かれている「事の性質」による判断基準の定立を否定するものではない。この考え方は経済的自由に関する統一的基準があることを主張するものであるが、それでもなお一定の類型化を最高裁は試みているというのが私見の言わんとすることである。そもそもそこでいう統一的基準は比例原則なのであって、それは自由への干渉の一般的正当化基準である。それが規制目的二分論批判の文脈で語られたからといって、それによって判例の類型論自体は否定されない。

ツにおける議論に対する私の知識不足である。もっとも、機能とは手段の効能に着目した概念である[201]。さらに、秩序の区別は小売市場判決と薬事法判決の文言解釈に負っているところが多い。そして経済法秩序は「社会経済の調和」としてその内実を埋めた上で資本主義との関係で経済法秩序“内外”は語ったが、「社会法秩序」“内外”に関しては実は本稿では保留している。これらの点については今後の課題としたい。

また、本稿では未だ制度体（Institution）の理解が曖昧である。秩序を考えたとき、それが制度体となるには飛躍がある。その契機が私には分からない[202]。このことは「社会」についても同じであろう。ケルゼンは社会の実在性を否定しているが[203]、制度体概念はその実在を前提としているように思われる。そして、この議論を私が見る場合、そこで争われていることは心の哲学で争われていることと本質的に同じであると思われる。サール[204]は心についてそれをニューロンのネットワークから生じるのは確かであるがしかし還元されないものであるとして創発性という言葉を用いている[205]。それが飛躍を示していることは明らかであろう。そのため制度体についてもそうなのであろうというのが今の私の到達点である。そして本稿でも経済法秩序の独立性を確保するために、「経済体制」を 1 つの制度体として考えようとしたのである。そこでは近代立憲主義との異質性を強調するために自由市場経済が「国家－個人」の枠外のものであることを Kamearlwissenscaft を持ち出して強調するとともに、「経

201）目的手段思考、因果思考及び機能概念については、ルーマン・前掲注 130）参照。

202）これは民法学上では、団体と組合との区別、又は権能なき社団についての議論である。

203）ハンス・ケルゼン（法思想 21 研究会訳）『社会学的国家概念と法学的国家概念』（晃洋書房、2001 年）7 頁以下。

204）ジョン・R・サール（山本貴光＝吉川浩満訳）『MiND 心の哲学』（朝日出版社、2006 年）、同（宮原勇訳）『ディスカバー・マインド！――哲学の挑戦』（筑摩書房、2008 年）参照。

205）また、サールは、物理的な事象群が社会的組織としていかに存在するのか、それは単に人間の意識に還元されるに過ぎず実在しないものなのかについても関心を持っている（John R. Searle, The Construction of Social Reality, 4−5（1996））。

済人」にしかない特権を現行法から指摘することでその手掛かりとしたのであった。しかし、かかる試みが成功しているかどうかに関してはまことに心許ない。ただ、ある物が存在しているということとそれをどのように認識するかは別の問題である。経済が制度体として存在していることとそれをいかに認識するかは別の問題なのである。存在していると仮定して整合的に解釈できるのであれば、その存在を否定しなくてもよいと考える。

そしてかように経済法秩序を背景に据えることで、「社会経済の調和」という目的に服する国家を描き、その目的の中で保全や促進に動く国家を想定しているのである。その意味で私見は「秩序－機能」の2段構えの議論である。これをルーマンの社会システム論を援用して基礎づける余地もある[206]。ルーマンの問題意識の前提には、社会学における行為論とシステム論との対立がある[207]。行為論において「合理化する機能と動機づける機能が、不可分のものとして結び付けられていた。行為する者にとって目的は、行為の根拠でもあり基準でもあると考えられていたのである」[208]が、目的認定方法について客観的に解するか国家意思と解するかの対立軸の淵源がここに垣間見えるのであり、これまでの規制目的二分論は国家行為にのみ焦点を当てていたことの証左である。もっとも、ルーマンの社会システム論を援用したとしても、法秩序の実在をいかに考えるかの答は出ないであろう[209]。

本稿で示唆したのは背景への気配り[210]であって、背面と前面との関係から意味が現れるという基本的理解に根差している[211]。規制目的二分論の中で憲法学が「いか」に無批判に「警察」を扱ってきたかと表裏の関係であるのが、憲法学がいかに背景を見ていなかったかである[212]。そこでは全てが人権論の問題に収斂し秩序へのまなざしが欠ける。スポットライトを浴びた人物のみが注目され舞台には目も向けない。その光を当てているライトもまた舞台装置で

206）本稿の問題関心とはズレるが、法理論とルーマンの社会システム論との結びつきについては、福井康太『法理論のルーマン』（勁草書房、2002年）が興味深い。

207）ルーマン・前掲注130）の序章参照。

208）ルーマン・前掲注130）45頁。

あるにもかかわらず。本稿はそのような背景へ焦点を当てて小売市場判決を読み直そうという試みでもあった。私自身知識があまりにも不十分であることからそれが成功したとは言い難い。しかしながら、規制目的二分論を解体し法秩序による分類として再構成する試み自体が小売市場判決に関する評釈への1つの批判的視座となろう。

この思考を突き進めると、憲法もまた法秩序の1つの装置にほかならず、また国家を1つのまとまりとして理解することをも困難となる。特に、裁判所を国家の機関としてのみ扱うことに疑問が生じてくる[213]。他方で、国家を1つ

209）この点、集団的行為という概念からトイプナーやルーマンの社会システム論を補完する役目も示しつつ、社会システム論を批判するものとして、Lindahl, H. K., *We and cyberlaw: The spatial unity of constitutional orders*. 20 Indiana Journal of Global Legal Studies, 697-730(2013). もっとも、本稿執筆に当たって実際に参照したものは、Lindahl, H. K., *We and cyberlaw*, https://pure.uvt.nl/portal/files/1570093/We_and_Cyberlaw_1_.pdf（last visited Aug. 23, 2015）である（当該資料における特段の参照頁は16頁以下）。リンダールは、社会システム論においては「目的」の設定は機能的に分化したシステムがなすこととしているが、それを人の行為として捉えることで、システムがシステムを同定するというパラドクスを補完的に説明する。法学の基本的分析概念として法律行為があり、行為論に馴染みがあることからするとリンダールの提案は魅力的に映る。また、憲法制定権力論の文脈ではあるがリンダールの“We”という考え方を紹介するものとして、山元一「近未来の憲法理論を考える」辻村みよ子＝長谷部恭男編『憲法理論の再創造』（日本評論社、2011年）91頁（特に96頁以下）がある。

210）かかる私の議論はアフォーダンス心理学をその素地として持っていることを自白せねばならない。アフォーダンス心理学については、エドワード・S・リード（細田直哉訳、佐々木正人監修）『アフォーダンスの心理学――生体心理学への道』（新曜社、2000年）、佐々木正人『アフォーダンス心理学入門』（講談社学術文庫、2008年）を参照願いたい。また、アフォーダンス心理学と心の哲学の関係につき、河野哲也『エコロジカルな心の哲学――ギブソンの実在論から』（勁草書房、2003年）。

211）サールは「人が、だれかの発言をただちに通常の仕方でとっさに理解するというのは、たいていは、『背景』との関係においてのみ可能なのである」（サール『ディスカバー・マインド！――哲学の挑戦』290頁）と述べている。

212）なお、岡田健一郎「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」一法7巻2号379頁（2008年）は警察の国家学的基礎づけに迫る。

の身体として考え、憲法とはその身体に刻まれた習慣の集合なのだと理解[214]すれば、近代を経験した国家が経済法秩序を1つの観点として会得した証として22条1項を捉えることができ、経済法秩序とは国家がそのような視点から世界を歪曲させたものなのだと理解できる。憲法学としては後者の方がこれまでの議論と接合できる。もっとも、そのいずれかに決することはできないだろう。両者の差異は視点の差異である。前者は法秩序に内属する視点から世界を見ており、後者は憲法学の視点から世界を見ている。しかし、この両者の視点の差異に自覚的たるべきだろう。というのも、判例に対峙するとき、観察者たる自分がどのような役割を担っているかに着目されることはあまりないと思われるからである。例えば、小売市場判決に憲法学が対峙するとき、その殆どは“憲法学者”としてであろう。それは一見、経済法秩序にとって“観客”であるかのようである。しかし、そうだとしても“憲法学者”は常に“憲法学”というシステムの一員であり、自身の視点から自由にはなることはない。この事態は、例えば、憲法学者が経済政策において憲法の観点から提言するように、経済法秩序の“中で”“異邦人（stranger）”として[215]憲法学者がどう活動するかとは異なっている。

ここで参考となるのが、行政法学における参照領域論である。それは、行政法総論と個別の法制度を扱う参照領域との間を、「参照領域が行政法総論の理論構造に変容を迫ったり、逆に行政法総論が参照領域に制度改革を提言したりする関係」と捉えるものである[216]。憲法学においても、法秩序ごとの検討（法秩序内属的視点）と、それを憲法理論[217]へと繋ぐ活動（憲法学内属的視点）

213）例えば、福井・前掲注206）69–85頁では、ルーマンの法システムの下で、裁判所を「中心」とし、他のシステムとの渉外が可能な「周辺」として立法府や行政府を捉えており、そのように機能分化された諸機関を1つの統合体として把握することはかえって分析の眼を濁らせるとも思われる。

214）ここで、宇野重規「メルロ＝ポンティ／ルフォール」現代思想36巻16号（2008年）264頁を挙げるのはさほど異様ではないと思われる。

215）リンダールは、（il）legalityとnon-legalityとは別に、normative perspectiveに挑戦するstrangeな経験をa-legalityと称している（Lindahl, H. K., *supra* note 209, at 15）。

とを区別し、両者の視点の「動態的で濃密な相互作用」[218]を1つの学問的方法論として考える余地があると思われるのである。そのような観点からすれば、これまでの記述は、小売市場判決に焦点を当て経済法秩序内属的視点を維持しようとしつつ、最後に審査基準論へ接続し、抽象的目的審査を挿入することで憲法理論上の審査基準論に一定の修正を加える作業をしたと位置づけることができようか。

本稿は小売市場判決をその時代のものとして理解し再現しようとするものであり、あくまでそれまでのことである。しかしながら、それでもなお本稿が意義を失うものではない。何かを乗り越えるためには頑丈な足場が必要である。学説の規制目的二分論は既に小売市場判決とは趣の異なるものとなっている。規制目的二分論には大した意義はないと論断されるほどである。しかしながら、従来の理解を前提とすることは欠陥のある足場から跳躍することに等しい。それでは大した跳躍はできまい。本稿はこの足場の点検という意義を有するものである。もっとも、本稿がかような意義を有しているというのは自負に過ぎない。結局のところ、本稿は「事の性質」を従来の判例から抽出する作業であったのではないかという徒労感が拭えないところである。

216）原田論文・前掲注167）6頁。

217）ここで「憲法理論」とは、多様な法秩序――それは得てして特定の思想と結びつきがあるが――とは「一定の距離を保った憲法にかかわる学問的な思考」（山元・前掲注209）92頁）を想定している。もっとも、その“学問的”営為も一定の思想と結びついている（例えば、真理の探究）ことに自覚的である必要がある。

218）原田論文・前掲注167）6頁。