

論  
文

江木衷『行政法』—英吉利法律講義録を読む

中  
西  
又  
三

- 一 序章
- 二 江木『行政法』緒論の内容
  - (一) 公法と私法の区別
  - (二) 公法・「社会法」・私法
  - (三) 行政法の意義・性質等
- 三 江木『行政法』緒論の特色
  - 〔一〕 江木による『行政法』緒論の位置づけと『社会行政法論』の記述
  - 〔二〕 『社会行政法論』記述の意義、範囲等
  - 〔三〕 『社会行政法論』記述の範囲
  - 〔四〕 『社会行政法論』記述の意義
  - 〔五〕 江木による『社会行政法論』の位置づけとリースラーの意図
  - 〔六〕 江木『行政法』緒論の特色、特に公法と私法について
    - (一) イギリス
    - (二) オースティンの理論
    - (三) ホルランドの理論
    - (四) フランス・ブワソナードの理論
    - (五) ドイツ
      - ① フォン・モールの理論と江木の理論
      - ② ブルンチュリーの理論と江木の理論
      - ③ フォン・モールとブルンチュリーの対立
      - ④ 江木によるフォン・モール及びブルンチュリーの総括
    - (六) 公法・私法を巡る若干の個別的論点について
- 〔七〕 江木『行政法』緒論における「社会法」
  - (一) 江木の「社会法論」
  - (二) リースラーの「社会法論」
  - (三) 江木とリースラー「社会法論」の差異
- 〔八〕 江木の社会進化論の特色
- 〔九〕 江木『行政法』緒論における行政法の意義、性質等
- 〔一〇〕 江木『行政法』緒論の特色のまとめ

四 江木『行政法』汎論の内容と特色

- 〔一〕 江木『行政法』汎論と江木『虞氏英国行政法講義』の関連
  - (一) グナイスト「英国行政法」講述の意義
  - (二) 江木『行政法』汎論の内容
    - (一) 行政法の原理
      - ① 行政法の定義・権限
      - ② 行政法律と達令
      - ③ 省令、州令、市邑令
    - (二) 行政の機関
      - ① 君主の専権及君主の尊榮
      - ② 君主の補佐官
      - ③ 行政の一機関としての国会
      - ④ 枢密院の権限・組織
- 〔三〕 江木と同時代の二人の著作
- (一) 江木とラートゲンによる英国制度の紹介
  - (二) 江木と高田早苗による英国制度の紹介
    - ① 大臣責任・内閣制度
    - ② 中央と地方・地方自治
- 〔四〕 江木「汎論」の特色のまとめ

五 終章

- (一) 江木『行政法』の特色のまとめ
  - 〔一〕 「緒論」の特色
  - 〔二〕 「汎論」の特色
- (二) 江木以降の「行政法」講義
  - (一) 斯波淳六郎の行政法
    - ① 明治二年『行政法 全』
    - ② 明治二年『行政法原理 全』
  - (二) 末岡精一の行政法
    - ① 明治三年『行政法汎論 完』
    - ② 遺稿『比較国法学 全』 第二編行政法
  - (三) 穂積八束の行政法
    - ① 一本喜徳郎の行政法
- (三) 結び

以上

## 一 序章

中央大学の前身である英吉利法律学校の設立者のひとりである江木衷（以下単に「江木」という。）は、英吉利法律学校で明治一八年（一八八五年）から明治二〇年（一八八七年）の間、第三学年科目として行政法を担当した。江木は、安政五年（一八五八年）岩国藩の下級武士の次男として生まれ、父は江木六歳のときに死亡したが、文部省に出仕していた兄、江木千之（明治二四年文部省普通学務局長、同二五年内務大臣秘書官、同二六年内務省県治局長を経て、明治二九年から明治三六年まで茨城等の各県知事を歴任、明治三七年から貴族院議員、大正一三年清浦内閣文部大臣、枢密院顧問官）の援助をうけて、東京に出て、明治一四年東京大学法学部に入學した。第二学年から第四学年について、穂積陳重から、英吉利法律学校の設立者のひとりである奥田義人と共に高い評価を受けていた（『東京大学年報』第二卷明治五年所収「東京大学第二年報」中「内外教授教師等申報概要」七六頁以下、明治一六年同「第三年報」中「同申報」六〇頁以下、明治一七年同「第四年報」中「同申報」九八頁）。明治一七年卒業後、警視庁御用掛となり、明治一八年英吉利法律学校の設立にも参加した。

ここに紹介する江木の『行政法』は、「第三年級 英吉利法律講義録」（明治二〇年、英吉利法律学校）第三年級として「合川正道『憲法』講義」と合綴され、「法学士 江木衷講義 田中恒馬編輯」との表示がある。この『行政法』は、目次を含め一六〇頁よりなり、本文部分は一頁二行一行三〇字である。江木は、多数の法律書を刊行しているが、行政法の著作はないとの位置づけが既になされている。この『行政法』は、江木の講義を田中恒馬が筆記し編輯した「講義録」という扱いであり、いわゆる「刊行物」になっていないということであろう。

江木の『行政法』の目次は以下の通りである。

総論

汎論

一丁

二十二丁

第一章 行政法ノ原理

全丁

第一節 行政法ノ定義及ヒ起源

全丁

第二章 <sup>(マ)</sup> 行政法律ト達令トノ關係ヲ論ス

二十八丁

第三節 省令州令及ヒ市邑令

四十二丁

第四節 第十九世紀ニ於ケル行政法律ノ編制類纂

五十八丁

(目次には示されていないが、第四節は、次の細目から構成されている。：筆者)

第一 外交事務ノ行政ニ関スル法律条例

第二 陸軍事務ノ行政ニ関スル法律条例

第三 海軍事務ノ行政ニ関スル法律条例

第四 財政行政ニ関スル法律条例

第五 内務行政ニ関スル法律条例

(甲) 治安維持ノ旧主義ニ基キタル内治制度ノ行政ニ関スル法律条例

(乙) 第十九世紀ノ新制ニ依リタル内治事務ニ関スル法律条例

(第六 欠：：筆者)

第七	商業航海及ヒ鉄道行政ニ関スル法律条例	
第八	司法事務ニ関スル法律条例	
第九	教会事務ノ行政ニ関スル法律条例	
第十	教育事務ノ行政ニ関スル法律条例	
第十一	殖民地事務ノ行政ニ関スル法律条例	
第二章	行政ノ機関	八十五丁
第一款	君主及君主ノ補佐官	八十六丁
第一節	君主ノ専權及君主ノ尊榮	全丁
第二節	君主ノ補佐官	百十四丁
第三節	行政ノ一機關タル国会	百十八丁
第四節	枢密院ノ權限組織	百三十八丁

この本の名称は『行政法』となっているが、江木は「緒論」（目次にいう「総論」）の冒頭で、「余ハ英国行政法ヲ講スル目的ナレトモ先ツ一般行政法ノ原則ヲ講述シテ諸君ヲシテ英国行政法ノ何物タルヲ知ルノ階梯ト為スノ必要アルヲ感スルナリ」としている。このことから、そもそもこのテキストの名称は「行政法」というより「英国行政法」とすることが妥当であつたとも言い得よう。しかし、江木は、行政法の一般論を「緒論」として述べることとしている。そしてこの「緒論」の部分について、注目すべきことは、江木がその講述に係る『虞氏英国行政法講義』<sup>(3)</sup>の緒言の中

で（二頁）、「英国行政法ヲ論スルノ前ニ於テ一般ノ行政法ヲ講スルハ順序ノ当ヲ得タルモノナレトモ、是レ予カ已ニ前学年ニ於テ講述シ了リタル所ナレハ：諸君ニシテ未タ一般ノ行政法ニモ通曉セラレザルモノアラバ、予カ近頃訳述シタル社会行政法ニ就キ其大意ヲ解セラレルヘシ。此社会行政法ハ現今我カ日本ノ内閣顧問ニシテ歐洲ニ於テハ博識多聞ヲ以テ有名ナル博士ヘルマン、ロエスレル先生ノ著ハス所ニ係レリ、諸君ハ此ノ書ヲ一読シテ著者ノ卓見名論自ラ先輩腐儒ノ常説ト異ナル所アルヲ發見セラルヘシ。只タ惜ラクハ文辞簡短温雅ニシテ、深思熟考スルニアラサレハ其ノ真意ニ通スルノ難キニ苦シム所アルノミ」としているから、「緒論」の行政法の一般論がレースラー<sup>(4)</sup>『社会行政法』を基礎にしているものであることが明らかである。この「緒論」（総論）が終わった後に、「汎論」として「英国行政法」の講義が開始されている。

以下、江木『行政法』の内容とその特色を概観する。その際、本稿の論述の方法について一言しておきたい。それは本稿の「緒論」に関する記述と「汎論」に関する記述の順序が異なっていることである。このような不整規な形となったのは、次のような事情がある。それはまず第一に「緒論」がレースラー『社会行政法』を基礎にするものであるとの江木の位置づけ（『虞氏英国行政法講義』緒言一頁）にかかわらず、行政法緒論の内容にはレースラー『社会行政法』には含まれていない「公法と私法」に関する一般論がまず記述され、その後、レースラー『社会行政法』を考察の端緒とした「社会法」論が記述されていることにある。さらに、レースラー『社会行政法』の位置づけ、「公法と私法」に関する一般論、「社会法」論の記述の特色を明らかにするためには、それぞれ原典との関係で独立した考察を必要とするものとなっている。このため、「緒論」に関する本稿の記述は、まず、「江木の緒論の記述」を概観し、その次に、「江木の緒論の記述」の特色を明らかにするために、レースラー『社会行政法』の位置づけに関する部分、

「公法と私法」の特色に関する部分、及び「社会法」論の特色に関する部分を記述することとした。これに対して、「汎論」は江木の云うように主としてグナイストのイギリス行政法の一部に沿って記述が行われている。「汎論」の特色としては、「緒論」の場合と異なり、原典との関係で独立した考察を必要としなかった。このため本稿の論述の方法としては、「汎論」の内容を概観すると同時に、原典との関係で注意すべきことは、各箇所ごとに注記で処理をすることとし、他面、同時代の研究者の著述との関係で、江木の記述の特色を指摘する方法をとった。

## 二 江木『行政法』緒論の内容

「緒論」は目次では「総論」とされており、一頁から二二頁である。「緒論」は項目的に細分されていないが、(一) 公法私法の区別、(二) 公法・「社会法」・私法に大別することができる。本稿では、まず、江木の論述するところを要約し、次にその論述の特色を指摘することとする。

### (一) 公法と私法の区別

江木は「行政法ハ公法ノ一部ナリトハ人ノ知ル所ナレトモ、公法私法ノ区別ニ付キテハ数多ノ議論アリテ一定セサルカ如シ」として、イギリス、フランス、ドイツについて概観している。

#### 【イギリス】

イギリスについては、オースティンとホルランドを上げ、「彼ノ法理学ノ泰斗ト仰カル、」オースティンは、「法律上ニ於テハ：公法私法ノ区別ナシトマテ断言」しているので論じるまでもない。「今世ノ法理学者中有名ナル」ホルランドは、「公法私法ノ区別セサル可カラサルコトヲ主張スルモ其論拠トスル所ハ曖昧模糊タルモノニシテ一モ取ル

可キノ理由ナシ」「英国法理学者間ニ於テハ此ノ如ク公法学ノ進歩ハ發達セスシテ：未タ曾テ学者間ニ於テ：公法中ニ行政法ヲ論スルモノナシ。之ヲ要スルニ英国公法私法ノ區別ハ見ル可キノ標準ナク、又タ取ル可キノ理由ナク、曖昧模糊ノ裏ニ存在スルモノト云テ可ナリ」としている。

【フランス】

「仏国ニ於テハ法律中公法私法ノ區別ハ判然ト区画スト雖モ其公法私法ノ區別ノ標準タルヤ其法律ノ性質上ヨリ區別シタルモノニ非スシテ、只タ此ノ法律ハ公法ナリ彼ノ法律ハ私法ナリト云テ表面上ヨリ區別シタルニ過キスシテ：如何ナル理由ヲ以テ此ノ法律ハ公法ナリ彼ノ法律ハ私法ナリト云フ一定ノ標準ヲ發見スルコト能ハス。因是觀之 仏国ノ法律中公法私法ノ區別モ亦タ理論ヲ極メタルモノニ非スシテ取ルニ足ラサルノ論ナリ。」

【ドイツ】

○ ブルンチュリー

「東京大学総理加藤弘之氏ノ訳述サレタル国法汎論ノ著者タルブルンチュリー氏カ公法私法ノ區別ヲ解テ曰ク、公法私法ノ區別ニハ二点アリ。第一、公權利ハ即チ公義務ナリ。第二、公權利ハ各個人自由ニ存廢取捨スルコトヲ得サルモ、私權利ハ各個人自由ニ之ヲ存廢取捨スルコトヲ得ヘシト。：今例ヲ以テ説明センニ裁判官ハ畜ニ訴訟事件ヲ裁断スルノ公權利アルノミナラス、又タ必ス裁断セサル可カラサルノ公義務アルモノナレハ、其公權利タルヤ裁判官一己ノ意見ヲ以テ存廢取捨スルコトヲ得サルモノナリ。之ニ反シテ彼ノ債主權ノ如キハ負債主ニ於テ其返済期限ニ至リテ之ヲ返済セサルトキハ法律上之ヲ返済セシムルノ權利アリト雖モ、此ノ權利タルヤ固ト一個ノ私權利ナレハ債主ニ於テ之ヲ存廢取捨スルモ債主ノ勝手次第ナリト云フニアリ。」



「然レトモ氏ノ説未タ以テ完全無欠ニシテ毫モ非難ス可キノ点ナシトハ云フ可カラス。何トナレハ彼ノ公權利ト雖モ必スシモ之ヲ執行スルノ公義務ナキコトアリ。又タ私權利ト雖モ各個人ノ自由ニ存廢取捨スルコト能ハサルコトアレハナリ。例ヘハ、彼ノ人民ニ属スル所ノ請願出版集会ノ諸權利ノ如キ、又君主ニ属スル所ノ不認可ノ權特赦ノ權ノ如キハ勿論公權利ニハ相違ナキモ、人民若クハ君主ニ於テ必ス之ヲ執行セサル可カラサルノ公義務アルモノニ非サルナリ。又タ彼ノ相統法遺囑法ノ如キハ私權利ナレトモ私人一個ノ意見ヲ以テ決シテ法律ヲ左右スルコト能ハサルカ如シ。」

○ モール

「モール氏ハ一步ヲ進メテ公法私法ノ區別ヲ説テ曰ク、私法ハ各箇人各家族相互間ニ於ケル法律上ノ關係ヲ規定シ、公法ハ一般人民ノ全体公同ノ租税及ヒ其ノ之ヲ執行スルニ必要ナル制度方法ヲ規定スル者ヲ謂フト。」

この説は「區別明ラカニシテ、ブルンチュリー氏ノ如キ駁撃ハ受ケサレトモ未タ充分ノ説トハ謂フ可カラス。凡ソ主權者ハ、人民各自相互間ニ存在スル事柄ニ干渉スルハ其目的ニ非スト雖モ、私法ヲ整理スルカ為メニハ又一私人ノ權利義務ニモ干渉シテ、一私人カ独リ其權威ヲ擅ニシ、或ハ公同ノ利益ニ反スル行為ヲナスモノヲ禁止シテ私法ノ弊害ヲ防遏スルコトアリ。則チ裁判所ヲ設クルカ如キ、又タ法庭ニ出訴スルノ手續訴訟法ヲ設クルカ如キ是レナリ。此ノ如ク私法ヲ整理スルカ為メニ設ケタル法律ハ公法ニ属シ、其事實ニ関スル法則ハ即チ私法ニ属スル者ナリ。故ニ民法ハ全ク人民相互間ノコトヲ規定スルモノナレハ勿論私法ニ属スルモノナレトモ、此ノ民法ヲ整理スルカ為メニ設ケタル訴訟法ノ如キハ公法ニ属スルモノナリ。」ドイツのホルツエンドルフも訴訟法は公法であるといっている。

ここで注意すべきことは、国家の「機関ニモ公私両資格ヲ有スルモノニシテ、公資格ヲ以テシタトキハ公法ニ属シ、

私ノ資格ヲ以テシタルトキハ私法ノ支配ニ属スル」ことである。(六頁)

この問題について意見が分かれたのは、国有財産の理解の仕方、すなわち、「国家ニ属スル私有財産ヲ処理スルノ法ハ公法ナリヤ私法ナリヤノ問」である。ブルンチュリーは、「国家ノ私有財産ノ法ハ私法ノ支配ニ属ス、何トナレハ国家カ私有財産ヲ有スルハ、恰モ一私人ノ如クナレハナリ」と。しかし、この説は「以問為答ノ誤謬」に出たものである。「則チ氏ノ所説ニヨレハ国家ノ私有財産ハ私有物ナルヲ以テ私法ニ属ストナシ毫モソノ理由ヲ示サス：…議論ノ争点ハ、国家ニ属スル私有財産ハ国法ニ属スヘキ者ナルヤ將タ私法ニ属スヘキ者ナルヤノ問題ナルニ、ブルンチュリー氏ハ、国家ニ属スル私有財産ハ私有物ナルカ故ニ私法ニ属スト云フニ過キスシテ、是レ単ニ其問ハントスル所ヲ以テ答辞ニ充テタルノミ、豈ニ充分ノ答辞トナスコトヲ得ンヤ。又此点ニ付テハ学者間ニ於テ公法ニ属スト解ク者アリ。」(六〜七頁)

また、さらに「会社法ハ、公法ノ範圍ニ属ス可キモノナルカ將タ私法ノ範圍内ニ属スルモノナルカ」という問題もある。この問題を明らかにするためには、「会社法ハ、公ノ機關ナルヤ將タ私ノ機關ナルヤヲ研究」する必要がある。「会社法ナルモノハ、公私ノ両性質ヲ有スルモノ」であるから、「其見ル所ニヨリテ、公法ニ属スルコトモアリ又私法ニ属スルコトモアル可シ。即チ政府力或ル特別ノ必要ヨリシテ会社ノ組織、開閉、社員ノ特權等ヲ定メタルノ法律ハ公法ニ属スレトモ、社員相互ノ關係、社員ノ共同資金ニ対スル權利義務其他会社ノ規約等ヲ定メタル法律ハ私法ニ属スル。」(七頁〜八頁)

このように「モール氏ノ公法私法ノ區別ハ其法律ノ規定スル所ノ人民各自間ノ關係ナリヤ又タ人民全体ノ關係ナリヤヲ以テ區別ノ標準トナスト雖モ、此ノ標準タルヤ確乎不拔ノモノトナス能ハサレハ近世ニ至リテハ其説ハ大ニ勢力

ヲ失ウニ至レリ。」（八頁）

（二）公法・「社会法」・私法

「近世ハ彼ノ理學上ニ用ユル進化主義ナルモノ法律ノ範圍ニ立チ入りテ、法律ノ區別ヲナスコト、ナリテ、大ニ法律上ニ真面目ヲ開クニ至レリ。古代ハ法律ヲ公私法ニ區別シタレトモ、近世ニ至リテハ法律ハ公私二法ト確ト區別セラル、モノニ非スシテ其二法律ノ間ニ一ノ社会法ナルモノ、存在スルコトヲ発見スルニ至レリ。故ニ近世ハ法律ヲ分テ国法、社会法、私法ノ三ニ區別スルコト、ナレリ。」（八〜九頁）

○ 公法・社会法・私法の区別の標準

「此ノ三法ノ區別ノ標準ハ何処ニ存在スルヤト云フニ只タ人ト云フ思想ノ一点ニアリ、抑人ナルモノハ三様ノ点ヨリ之ヲ考察スルコトヲ得可シ。即チ

第一 天地間ニ存在スル一個人 第二 社会ヲ組織スルノ一分子 第三 国家ヲ成立スル所ノ元素トシテ見ラル可シ、之ヲ換言スレハ、人ニハ一個人、社会、国家ト云フ三様ノ姿アリ此ノ三様ノ區別カ法律ノ思想トナリテ右ノ国法、社会法、私法ノ三區別ヲ生スルニ至レリ。」（九頁）

○ 国家と社会の区別の標準

「右三法ノ性質ノ如何ヲ講究スルニハ、先ツ国家ト社会トノ區別ヲ説明セサル可カラス。∴社会トハ、社会進化上ニ於テ同一ノ文明ノ程度ニ存在スル一ノ団体ヲ総称スルモノニシテ、別ニ無形ノ一個人タル資格ヲ有スルコトナケレハ、一定ノ国境ナク、苟モ其文明ノ程度ニシテ同一ノ位地ニアラン乎。数国数十国ハ勿論、全世界ヲモ通シテ一社会トナスコトヲ得可シ。即チ現今ノ欧洲諸国ノ如キ殆ント之ヲ一社会ト称シテ可ナリ。」

「之ニ反シテ、国家トハ一個ノ擬為人タル資格ヲ有スル無形人ニシテ一定ノ国境ヲ有シ：各独立シテ一國ヲ成立スルモノナリ。故ニ、一社会ニハ数多ノ国家ヲ含蓄スルコトアリ、又タ、国家中ニ於テモ現ニ商業社会、農業社会等数種ノ社会ヲ成立スルト雖モ、国家ニハ一個人タルノ資格アリ、社会ニハ一個人タルノ資格ナケレハ、決シテ二者ヲ混同ス可カラサルナリ。」(一〇頁)

(江木は、一旦行政法の区分に入つた後に(一六頁)、また、「国家ト社会トノ關係ヲ一言センニ」として(一九頁以下)、国家と社会の關係について記述している。その記述については、以下では★印を附して要約しておく。)

★「人ニアラサレハ權利ノ主体タルコト、即チ權利ヲ有スルコト能ハサルハ、法理ニ於キテ已ニ明ラカナル所ナリ。而シテ国家ハ無形ノ一個人ナルカ故ニ權利ノ主体、即チ一国家タルノ資格ヲ以テ權利ヲ有スルコトヲ得レトモ、社会ハ単ニ民衆ノ一団ナルカ故ニ社会タルノ資格ヲ以テ權利ヲ有スルコトヲ得ス。只社会中ニ存スル各人各個ノ資格ニ於テスルコトヲ得ルノミ。」(一九頁)

○ 国法・社会法・私法の性質

国法社会法私法ノ性質如何ナルモノナルヤ。

「国法トハ、国家ノ範圍内ニ属スル事柄ヲ規定スルモノニシテ、社会法トハ、社会ノ範圍ニ属スル事柄ヲ規定スルモノナリ、面シテ私法トハ、各個人相互間ノ關係ヲ規定スルモノナリ。」(一一頁)

「故ニ国法内ノ權利ハ国家テウ一ノ無形人ニ属スルモノナレハ此ノ權利ヲ存廢スルコトハ国家ノ自由ナレトモ、各人各個ノ自由ニアラス、社会ハ一ノ無形人タルノ資格ヲ享有セサレハ從テ其權利ノ主体タルモノハ各人各個ナレトモ各人各個ハ敢テ社会ノ權利ヲ存廢スルコト能ハス、国家モ亦之ヲ束縛スルコトアル可カラス。」(一一頁)

○ 国法に属するものと社会法に属するもの

「国法ナルモノハ政府内ノ事項ヲ規定スルモノナレハ、政府ニ於テ自由ニ其權利ヲ存廢スルコトヲ得ルハ勿論ナルモ、彼ノ社会法中ニ属ス可キ人身自由權、出版集會自由權、宗教自由ノ權ノ如キ諸權利ヲ政府ニ於テ自由ニ之ヲ伸縮存廢スルコト能ワサルナリ。又タ彼ノ鐵道電信郵便等ニ関スル諸規則ハ一見スレハ主權者力制定スルカ如キモ其実社会進化ノ作用ニヨリテ生スルモノナリ。即チ電信ノ發明ナキニ電信ニ関スル規則アルノ理ナク、又鐵道郵便ノ設置ナキニ鐵道郵便ニ関スルノ規則アルノ誤ナケレハナリ。故ニ社会法ハソノ国勢ノ文明ノ程度カ同一ナレハ從テ之ニ関スルノ法律モ亦同一ナラサル可カラス。是レ鐵道電信郵便等ニ関スル諸規則ノ歐洲各国同一轍ニ出ル所以ナリ。即チ各国政体ノ主義アレハ各々其主義ヲ採リテ專制政府ナレハ須ラク專制ナル可ク、自由政府ナレハ宜シク自由ヲ附與ス可シ。然レトモ苟モ文化同一ノ地位ニアル以上ハ其社会法ハ決シテ自由ニ變更スルコトヲ得サルナリ。」（一二頁）

「社会法ニ属ス可キ自由ノ權利中：・人身自由ノ權、宗教ノ自由ノ權ノ如キハ尤モ社会進化主義ニ關係アルモノニシテ、社会上ニ優勝劣敗ノ活動ヲナサシメ社会ノ進歩ヲ企図セント欲セハ、必ス自由ノ權利ヲ附與セサル可カラス。若シ自由ノ權利ヲ附與セサレハ優勝劣敗ノ原理行ハル、コトナシ。優勝劣敗ノ原理ニシテ行ハサレハ社会ノ進歩ハ決シテ望ム可カラサルナリ。自由權利ヲ附與セスシテ社会ノ進歩ヲ計ラントスルハ猶ホ兩足ヲ制縛シテ走レト云フニ同シク、其進歩スルコト能ハサルヤ照々タリ。」（二三頁）

「然レトモ、政府ハ人身自由權宗教自由權ヲ束縛スルコト能ハサルニ非ス。政府ハ自己ノ威權ヲ以テ自由ニ此等ノ權利ヲ束縛スルコトヲ得可シ。而シテ若シ政府ニシテ斯ク此等ノ權利ヲ束縛スルコトアルトキハ、既ニ社会法ナルモノハ存在スルコトナシ。之レ干渉ト共ニ進歩ヲ妨害スレハナリ。」（二三頁）

「更ニ法律上ニ於テモ政府ハ社会法ヲ制限スルコト能ハサル簡單ナル例ヲ示サン。（日本の法律の：：筆者補）結婚年齢ノ制限ニ従ハスシテ結婚シタルトキハ勿論無効ナルモ、若シ男女共ニ歐洲ニ行キテ一定ノ法式ヲ履行シ：：結婚シタル後、日本国ニ帰り来ルモ其結婚ノ正当ナルコトハ万国私法ノ認ムル所ナリ。殊ニ米洲ノ如ク各州独立シテ一邦ヲ構成スルノ国体ニ於テハ一方ノ州ニ於テ結婚年齢ヲ定ムルモ他洲ニ於テ結婚ノ式ヲ行フトキハ、到底其結婚ノ自由ヲ制限スルノ法律ハ其効ヲ奏スルコト能ハサル可シ。又主権者ハ法律ヲ以テ集會出版自由ノ權利ヲ制限スルコトヲ得ルモ此ノ時ハ文明社会ハ既ニ離散シタルモノニシテ従テ亦社会法ノ存在スル故ナシ。苟モ文明社会ニシテ存在センカ決シテ社会法ヲ制限スルコト能ハサルナリ。」（一四頁〜一五頁）

★「国家ノ行政ニ於テハ国家ヲ以テ權利ノ主体トシ、社会ノ行政ニ於テハ各人各個ヲ以テ權利ノ主体トス。一人ハ能ク国家財政及ヒ兵政等ノ主体タルヘクモアラサレハ、衛生教育工業等社会活動ノ法則ハ国家ニ適用スヘクモアラス。蓋シ本来国家ノ成立ハ法律上ニ基クモノナレトモ、社会ハ古来事実上ノ發達ニ成ルモノナレハナリ。而シテ又社会ノ發達ト共ニ必ス之ヲ統括スヘキ一定ノ法律原則ヲ生スヘキハ論ヲ待タスト雖トモ、各人各個カ社会ノ区域ヨリ進シテ国家ノ区域ニ侵入スルハ法律上ニ於テセスシテ、社会進歩ノ事実上ヨリスヘキモノナリトス。故ニ社会人民ノ發達進歩スルニ從ヒ国家政府モ亦之レニ適應スヘキ法律ヲ制定セサルヘカラス。是レ社会ノ国家ニ侵入スル所以ニシテ、政府ハ人民ノ返照ナリト云ヘル格言モ亦此ノ意ニ外ナラス。」（二〇頁）

★「然レトモ社会已ニ進歩シテ法律未タ改マラサルノ時期ニ際シテハ、社会ト国家ト利害相反シ政府ト人民ト相軋スルコトアルヘシト雖トモ、社会ハ只タ其發達進歩ノ事実、即チ社会ノ法則ヲ以テ法律改良ヲ促カスコトヲ得レトモ、公然国家ニ対シ抗抵スヘキ法律上ノ權利アルニアラサルナリ。而シテ此ノ社会發達ハ早晚必ス法律ノ改良ヲ来ス

ヘキ基因ニシテ此ノ改良手段ヲ名ケテ立法ト云フ。是レ社会日新進歩ノ時ニ当テ一国立法事務ノ繁多ナル所以ナリ。」  
 (二〇頁〜二二頁)

「古昔ノ学者ハ根拠モナク理由モナキニ無暗ニ法律ヲ国法私法ノ二ニ區別シ、其間ニ一ノ社会法ナルモノアルコトヲ覺ラサルヲ以テ、社会法ノ支配ニ属シテ主権者、一個人自由ニ存廢取捨ス可カラサルモノヲ国法私法ノ中ニ混入シタルヲ以テ、：：国法中ニ混入シタル部分ハ、非常ニ政府ノ圧政干涉ヲ受ケ、私法中ニ混入シタルモノハ、人民ノ過激ノ空論ト化スルニ至レリ。

：：婚姻、宗教、家族、住所、土地、其他職業ノ自由、營業ノ自由ノ如キモノハ正ニ社会法ノ支配ニ属ス可キモノナルニ、英仏并ニ独逸古昔ノ学者ハ之ヲ民法中ニ編入シタルヨリ大ニ人民ノ過激ノ空論ヲ招クニ至リ、銀行法、町村法、水利法ノ如キ社会法ノ原理ニ依ル可キモノヲ国法ノ原理ニヨリテ処断スヘキモノト誤認シ屢々政府ノ压制政干涉ヲ受クルコト、ナレリ。

又一方ヨリ論スレハ万民同等ノ權、人身自由、結社ノ自由、宗教ノ自由等社会法ノ支配ニ属ス可キモノヲ国法ノ原理ヲ以テ支配セント欲シタルヲ以テ、過激疎暴ノ空論トハ変スルニ至レリ。蓋シ参政權ハ社会法ノ原理ヲ適用スルコト能ハスシテ、全ク主権内ノ一部分ナレハ、之ヲ人民ニ附與スルト附與セサルトハ政府ノ自由權内ニ存スルモノナルニ、猥リニ彼ノ社会法ノ万民同等ノ原理ヲ國家ノ範圍内ニマテ及ホシテ参政權ニモ亦万民同等ノ權アルコトヲ主張スルニ至レリ。彼ノ万民同等ノ權トハ社会權カ同等ナルコトヲ示スモノニシテ私法若クハ国法上ノ權利モ万民同等ナリト云フニ非ス。之ヲ換言スレハ、参政權モ同一ナラサル可カラス、財産權モ同一ナラサル可カラスト云フニハ非サルナリ。」(一五頁〜一六頁)

「之ヲ要スルニ今日行政ヲ以テ全ク法律上ヨリ考察スヘキ者トナシ、行政ヲ以テ法理論中特別ナル一種ノ学科トセリ。而シテ此行政法論ヲハ彼架空無根ニシテ実行スヘカラサル各人各個ニ固有スル天賦ノ自由説ヲ捨テ、古來ノ沿革上ニ來因シ且ツ実績ヲ以テ充タシタル各人各個カ社会法上ノ自由ヲ以テ其論究ノ本旨トス。

然レトモ近世ニ於テハ文化發達ヲ以テ行政ノ大主義トシ更ニ此文化發達ヲ以テ各人各個相互ノ間又ハ人民ト公權力トノ間ニ於ケル關係ヨリ生スヘキ実体上ニ於ケル内部ノ法則ニ依リタル人民自己ノ活動作用トセリ。

故ニ：：社会ノ原理ハ社会ヲ以テ發動變遷スヘキ自由ナル文化ヲ為スヘキモノニシテ国家ノ範圍及ヒ国家ノ意思ヨリ獨立シテ自由ニシテ且ツ同等ナル自治ノ法律ヲ有スヘモノトス。」(二二頁〜二二頁)

(三) 行政法の意義・性質等

江木は以上要約したように社会と国家の關係を論じたのち、次のように行政法の意義、性質について記述している。

○ 行政法の意義

行政法ハ如何ナル性質ノモノナルヤ(一六頁)

行政法トハ国内民人文化ノ活動ヲ整理スル諸機械<sup>(四)</sup>ノ共同發達作用ヲ規定スルノ法則ナリ。(一六頁〜一七頁)

○ 行政法の性質

此ノ定義ニヨリテ行政法ノ性質ヲ分析スルトキハ三トナル

第一 行政機關作用ヲ喚起スヘキ文化發達ノ事項

第二 行政機關作用ノ種類方法即チ行政權ノ組織權限等

第三 行政機關ノ作用ヲ実行スルニ必要ナル方便即チ費用等



此ノ行政諸機関ハ社会民人ノ優勝劣敗ノ作用ニヨリテ自然ニ社会自身ノ区域内ニ顕出スルモノアリ或ハ国家政府ニ属スルコトアル可シ。（一七頁）

○ 実体行政法と形骸行政法

行政法ヲ大別シテ二トス

曰実体行政法、曰形骸行政法是ナリ

実体行政法トハ実物上ヨリ立論シ、形骸行政法トハ形式上ヨリ論スルモノナリ。（一七頁）

○ 実体行政法の細分：：社会行政法と政務行政法

実体行政法ヲ小分シテ二トス、（曰く：：筆者補）社会行政法（曰く：：筆者補）政務行政法是レナリ

社会行政法トハ人類文化ノ事項及ヒ社会発達進化ノ作用論シ、政務行政法トハ人類発展ノ必要ヨリ発生ス可キ国家ト社会トノ關係上国家ノ事業ヲ執行スルタメニ要スル方便、即チ理財行政、兵事行政ノ如キモノ是レナリ。（一七頁）

（一八頁）

○ 形骸行政法

形骸行政法トハ国家ニ属スル行政機関作用ノ制度組織ヲ論スルモノトス

実体行政法ハ社会（法：：筆者補）ニ属シテ民人文化発達ノ事項ヲ規定シ、政務行政法ハ政府ノ諸官衙ノ組織ヲ論スルモノニシテ、即チ一方ハ社会ノコトヲ論シ、一方ハ国家ノコトヲ論スルノ區別アルニモ拘ハラス以前ノ学者ハ此社会行政法、政務行政法ノ重大ノ區別ヲ忘却シテ、国家上ニノミ行政アルコトヲ知りテ、人民カ行政スルコトハ未タ嘗テ知サルナリ。（一八頁）

### 三 江木『行政法』緒論の特色

#### 〔一〕 江木による『行政法』緒論の位置づけと『社会行政法論』の訳述

先にもふれたように、江木は「緒論」（目次にいう「総論」）の冒頭で、「余ハ英国行政法ヲ講スル目的ナレトモ先ツ一般行政法ノ原則ヲ講述シテ諸君ヲシテ英国行政法ノ何者タルヲ知ルノ階梯ト為スノ必要アルヲ感スルナリ」としているから、まず行政法一般の観点から、その「緒論」の内容の特色を見ることにしてよいであろう。また、その際、江木は「是レ予カ已ニ前学年ニ於テ講述ヲ了リタル所ナレハ：諸君ニシテ未タ一般ノ行政法ニモ通曉セラレサルモノアラハ、予カ近頃訳述シタル社会行政法ニ就キ其大意ヲ解セラレルヘシ。此社会行政法ハ現今我カ日本ノ内閣顧問ニシテ欧洲ニ於テハ博識多聞ヲ以テ有名ナル博士ヘルマン、ロエスレル先生ノ著ハス所ニ係リ、諸君ハ此ノ書ヲ一読シテ著者ノ卓見名論自ラ先輩腐儒ノ常説ト異ナル所アルヲ発見セラルヘシ」（『虞氏行政法講義』一頁）としているから、その内容は、レースラーの『社会行政法』との関係において検討されるべきであることになる。

#### 〔二〕 『社会行政法論』訳述の意義、範囲等

##### （一） 『社会行政法論』訳述の意義

江木は、レースラーの『社会行政法』を『社会行政法論』として、明治一八年に警視庁蔵版として訳述出版している。この訳述は、Hermann Roesler, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrecht I Band. Das sociale Verwaltungsrecht. Erlangen, Verlag von Andreas Deichert. 1872 を対象としたものである。原本は、Vorrede（前

書々)と Einleitung (序章) を前置きした Erstes Buch. Personenrecht (第一分冊 人の法) / Zweites Buch. Sachenrecht (第二分冊 物の法) / Drittes Band. Berufsrecht (第三分冊 職業法) / Viertes Buch. Erwerbsrecht (第四分冊 営業法) からなる総頁数一二六三頁の名著である。第一分冊・第二分冊が第一巻、第三分冊・第二分冊が第二巻にまとめられている。第二巻は、一八七三年に出版された。江木は、この訳述をしたことについて訳述の「緒言」で次のように述べている。

加藤弘之訳ブルンチュリー『国法汎論』は、明治五年の翻訳で、我が国の社会進歩の速度からすると、前世紀の旧訳書といふべきであるが、今日でもその価値を失っていない。しかし、『国法汎論』だけで「独逸学科ノ全部」を網羅することができざるわけではない。特に行政法の場合には、「国法汎論ト相待ツテ始メテ其ノ用ヲ見ルヘキ者ニシテ」国法汎論と行政法は、どちらもその一方を欠くことができない。「近来独逸学ノ振起ト共ニ行政書類」が公刊されてきたが、「概ネ官衙ノ組織権限等外形ニ属スル事項ヲ論述スルニ止マリ深ク実体上ニ於ケル蘊奥ヲ極メタル者アルヲ見」ない。今翻訳する「ソーシアレ、ヘルワルツングス、レヒト」：：は「一般行政法ヲ大別シテ：：一ヲ官衙ノ権限組織等ヲ論スル外形行政法トシ、一ヲ内部ノ事実ヲ論スル実体行政法トス。而シテ此ノ書ハ則チ実体行政法ニ属シ、其ノ基ク所ハ社会ノ発達進化ニ在リテ：：其ノ論スル所ハ一国内ニ止マラスシテ汎ク文明社会ニ共通スヘキ行政ノ法則原理トス。：：カ、ル行政法論ハ実ニ独逸近世ノ進歩ニ係リ、独逸学中其ノ最モ長スル所、其ノ最モ深遠ナル所ニシテ、我カ国進歩ノ社会ニ於キテハ特ニ今日ニ欠クヘカラサル者ナルニ似タリ。：：此ノ一派ノ学科ハ英仏二学ノ遠ク及ハサル所ニシテ之ヲ英仏二学ニ比較セハ英仏二学ハ殆ント學術ノ名義ヲ下スニ足ラス：：。

社会行政ニ関スル法律規則ハ、其ノ英仏二国ニ存スル者ナキニアラサルモ、只タ現存セル法条規則ノ記録ニシテ実

際ニ於キテハ素リ其ノ用ナキニアラスト雖、之レヲ學術ナリト云ハンコト宛モ地図ヲ以テ一學術ナリトスルニ異ナラス。然レトモ深遠ナル學術ハ其ノ論拠亦深遠ナラサルヘカラス。此ノ社会行政法者社会学及経済学ノ原理ヲ以テ法理ニ適用シタルノ結果ニ外ナラサレハ……」(『社会行政法論』緒言一頁～五頁)

レースラーの社会行政法を詳細に検討したものは、当時においては江木の訳述しかなく、その意味で江木のこの訳述は重要な意味を有することはいうまでもない。しかし、その際、注意しなければならないことは、この訳述が、逐語的な「翻訳」ではなく、あくまでも「訳述」であることにある。即ち江木は、「緒言」に付した凡例の中で「一 訳述ノ体裁ハ意義ノ通シ易キヲ旨トシ、原意ノ取捨訳文ノ伸縮ニ一訳者ノ採択ニ出ツ」とし、また「一 附論ハ其ノ重要ナル者ノミヲ掲ケ単ニ参考書等ヲ記スル者ハ英仏二書ニ係ル者ノ外之レヲ載セス。且ツ訳者ノ註解ニ係ル者ハ(按) 字ヲ冠シテ原文ト区別ス」としている。このことから、江木の「緒論」の特色を明らかにするためには、江木の訳述である『社会行政法論』だけではなく、レースラーの原本をも参考にする必要があることになる。

## (二) 『社会行政法論』訳述の範囲

上記のようにレースラー『社会行政法』は、極めて広汎な著作であるが、江木がその全部にわたって訳述しているわけではない。

江木が明治一八年に法学士江木衷として出版した訳述は、原典第一巻としてまとめられている Einleitung (序章) を前置きした Erstes Buch. Personenrecht (第一分冊 人の法) (第一巻三〇二頁まで) までであった。明治一九年に法学士検事江木衷訳述として出版した第二版(発行所博文社)では、Zweites Buch. Sachenrecht. (第二分冊 物の法) の第二部(土地所有の自由) 第三章(不動産上の負担の廃止 Grundentlastung・江木訳「不動産権束縛の解

放) 第四節(物的負担の廃止 Die Aufhebung der Reallasten・江木訳「レアラステン」の廃止) § 154まで(第一卷三七八頁まで)(なお、第四節は § 153~162)が新たに訳述追加されている。どちらも「警視庁蔵版」となっているのは、江木が東京大学卒業後、警視庁に勤務していたことによるものである。もともと、江木の緒論部分に直接関係するレースラーの記述は、冒頭の「Einleitung」の第一章「行政法の概念、分類及び源泉」のみである。<sup>(6)</sup>

### (三) 江木による『社会行政法論』の位置づけとレースラーの意図

また、この江木による『社会行政法論』位置づけそのものについて付言すれば、次のことを指摘しておくべきであろう。前掲のように江木はレースラーの社会行政法の優れている点として「其ノ論スル所ハ一国内ニ止マラスシテ汎ク文明社会ニ共通スヘキ行政ノ法則原理トス」(『社会行政法論』緒言四頁)「社会行政ニ関スル法律規則ハ、其ノ英仏二国ニ存スル者ナキニアラサルモ」とし、さらに「社会トハ：苟モ其文明ノ程度ニシテ同一ノ位地ニアラン乎数国数十国ハ勿論、全世界ヲモ通シテ一社会トナスコトヲ得ヘシ、即チ現今ノ欧洲諸国ノ如キモ之ヲ一社会ト称シテ可ナリ」としている(『行政法』一〇頁)。

この記述だけを見ると、あたかもレースラーが広くヨーロッパ諸国全体に通じる行政法の諸原理を提起しているようにも見えるが、レースラーの趣旨は、そのようなところにはなく、「一国内に止まらない文明社会に共通すべき行政法」は、第一次的には、統一前のドイツ連邦構成国家における「一国内に止まらない文明社会」とそれに「共通すべき行政法」を意味しているとみるべきであり、江木の表現はやや誤解を招く側面がないとは思われる。

レースラーの自己の行政法の位置づけに関する部分を見てみると次のようである。

「確かに、我々は、個々の国家の特殊行政法について称揚すべき著作をもっている。プロイセンについてはレンネの、

バイエルンについてはペツルのものがこれである。だが広く採用されている国法学の教科書において、行政法がその一部として記述されているにすぎない。しかしながら、このことは、すべての国民 Nation の文化生活を包括的に把握すべきドイツ行政法の学問に代わりうるものではない。……今や実定(証)的なドイツ行政法の普遍的な、また詳細にわたる記述を行うべき時が来ていると思われる。現代の文明化された社会の文化生活は法的な関係において常に統一的に形成されるということ、また、これらの発展は、さしあたり国民的法形成の限界の中で行われるというのが私の確信である。そしてこのことを明確にし又確実に行うことができるのは、学問の手段においてのみであろう。我が国民及びその代表者のもつとも価値の高い試みであるドイツの法の統一を作り出すことは、学問の特別な使命である。」(Vorrede VI—III)

「社会行政法または社会法そのものは……人間が等しい文化的関係の中で動いている限り、すべての人間に等しいものでなければならぬ……。このことは、また、実際、発展の志向するところである。……現在のところ、また社会的な法の生成 *Recherzeugung* は、その殆どが国家的なもの *rationale und staatliche* であり、そのことから、現代社会の中で生命を持っている文化思想は、異なった国民により異なった法形態をとり、またそれに相応して社会行政法もなお国家法として外形的に成立している。しかし、社会的な法共同体の原理は、なお、次のところに現れている。

一) 社会的な法の形成は——特にドイツ的基盤の上に——常にますます国家統一をもたらし、また、個々の国家形成の限界に依存していないということであり、二) 他の国に属してゐる者に、帰化 *Einheimischen* という方法を通じて、ますます等質の法が与えられるようになってゐることである。このことは現代文化の行動に特に強く根を張っている経済の領域について著しい。三) また、形の上でも、特に条約によって、国境に依存しない同等の法が多く作られて

きつてゐる。』（§2 bes.S.3）

江木の「リースラーの社会行政法」がヨーロッパ全体に通じる理論であるとの誤解を生じ易い原因は、次のところにあると思われる。

まず、第一に、江木「訳述」にはリースラーの「Vorrede」部分は訳述されておらず、このことからドイツ連邦構成国の行政法の存在とドイツ全体を通じる行政法理論の必要性に関するリースラーの主張が明らかになっていない。第二に、リースラーは、第一章第二節で、「現在のところ、また社会的な法の生成 *Rechtzeugung* は、その殆どが国家的なもの *rationale und staatliche* であり、そのことから、現代社会の中で生命を持っている文化思想は、異なった国民により異なった法形態をとり、またそれに相応して社会行政法もお国家法として外形的に成立している。しかし、社会的な法共同体の原理は、なお、次のところに現れている。一）社会的な法の形成は——特にドイツ的基盤の上に——常にますます国家統一をもたらし、また、個々の国家形成の限界に依存していない」としているのであるが、江木のこの部分の訳述は「今日ニ於キテハ各国各法律ノ起源沿革ヲ異ニスルカ故ニ未タ全ク然ル（国土ノ境界ヲ問ワス同一ナル社会行政法）コト能ハス。然レトモ：社会法律ハ諸国遂ニ同一ナルヲ致スヘキ：原因アリ：社会法ハ其ノ進歩ニ從ヒ漸々各国各地方等特別ナル邦土区域ヲ離レテ自ラ独立セサルヘカラサルコト」と抽象的に要約され（一八頁）、「社会的な法の形成は——特にドイツ的基盤の上に——常にますます国家的統一をもたらし」という限定部分が明確にされていないことである。もつとも、江木においても、リースラーの「社会的な法の形成は——特にドイツ的基盤の上に——常にますます国家統一をもたらし」という箇所が付された注（七）の内容（一八一五年のドイツ同盟条約、一八七一年の独逸帝国憲法）は訳出されている。リースラーの『社会行政法』は、一八七二年（I.Band）、

一八七三年 (2Band) に出版され、ドイツ帝国創設間がなく、国家を示す用語について、Reich、Bund と Staat が並行的に使われ、Staat は専ら連邦構成国家を意味する慣行があったことも、翻訳ないし訳述上一つの困難をもたらしていたとも考えられる。

### 【三】 江木『行政法』緒論の特色、特に公法と私法について

江木『行政法』緒論の特色をレースラーの社会行政法との関係で项目的に見ると次のような特色がある。

#### 【公法と私法の区別】

行政法一般論の冒頭に「公法と私法の区別」を問題とする方法は、レースラー社会行政法では採られておらず、江木がイギリス、フランス、ドイツそれぞれの地域の特色付けをどのような典拠に基づいておこなったのかは明らかでない。しかし、江木が行政法の「緒言」で言及している加藤弘之訳のブルンチュリー『国法汎論』（明治五年）文部省首巻「緒論」第二款は「国法私法ノ所以相違」という項を設けているから、冒頭に「公法と私法の区別」をおくことがこれに影響を受けたことも考えられる。もともと『国法汎論』では、各国の公法私法が論じられているわけではない。

(一) イギリス 江木は、イギリスについては、オースティンとホルランドをあげている。

#### ① オースティンの理論

江木は、オースティンについて、「法律上ニ於テハ公法私法ノ区別ナシトマテ断言」しているので論じるまでもないとしている。



オースティンについては、『豪氏法学講義節約』上・下冊（大島貞益翻訳・文部省編輯局、明治一三年、復刻版・信山社・日本立法資料全集別巻290291、二〇〇三年）がある。オースティンは、下冊の卷之三・第四十四講を「公法、私法」とし、「公法」の意義を種々分析している。それによると、法は全体的として「人ノ法」（人ノ身分ニ関スル法）と「物ノ法」（人ノ法）以外ノ法、万人共由ノ法律）に分けることが「便利」であり（第四〇講二二七頁）、「人ノ法」の中に「公法ト私法」を区別できるとする。公法には最も狭い意味での公法と広い意味での公法がある。最も狭い意味での公法は「政治上ノ身分ニ関スル者：：総テ政治上ノ在上人ノ権力權利義務不能ニ関スル法」である（二六七頁）。しかし、この最狭義の公法は次の二点において難点がある。その一つは、君主の「政体（君主其君權ヲ行フノ定則）」を定める法は、「制作法ニ非ス、特ニ輿論ヲ以テ定ムル所ノ法」であるから、この定義に上手く当てはまらない。もともと「君主ヲ類推シテ一ノ身分ト為スモ亦不可」ではない（二六八頁）。第二に「私人ノ身分ト政治上從屬ノ官ノ身分ト相分ツヘキ境界」が分明でない（二六九頁）。「法律ハ皆幾分カ公ノ字ノ義ヲ帶ヒサルナク、又皆幾分カ私ノ字ノ義ヲ帶ヒサルハナシ。曾テ一法律ノ全ク公衆ニ関セサル者アラス。又一法律ノ全ク其ノ公衆ヲ組成セル一人一人ニ関セサル者ニアラス：：」（二七三頁）。

「全法律ヲ（公法ト私法ノ）：：筆者補）兩分野ト為シテ、政治上ノ身分ニ関スル法及刑法并ニ刑獄法ヲ其一（公法：：筆者補）トシ、其他一切ノ法ヲ又其一（私法：：筆者補）トスル」説もある。これが公法の広義説であるが（二七四頁）、「此兩者共ニ其用ヲ問ヘハ、皆公衆ノ安ヲ謀ルナリ：：要スルニ広狭何レノ義ヲ以テスルモ到底公法私法（相對セラル兩分類トシテ）ノ別ハ確乎トシテ抛ル所ナク、且ツ甚タ不便ナル者ナリ」（二七八頁）。

このようにオースティンは、自らが設定した公法と私法の区別論が成立しないという結論に達しているのであるか

ら、江木のいうように、オースティンが、「法律上ニ於テハ公法私法ノ区別ナシトマテ断言」しているかどうかは明確でないが、それに近い結論であったことは否定できないであろう。

② ホルランドの理論

江木は、ホルランドについて、「公法私法ノ区別セサル可カラサルコトヲ主張スルモ其論拠トスル所ハ曖昧模糊タルモノニシテ取ル可キノ理由ナシ」としている。

ホルランドについては『法理学汎論』上・中（大橋素六郎翻訳、博聞社、明治二十二年）がある。<sup>(8)</sup>ホルランドは「同書上一六三頁以下に、私法と公法について次の様に記述している。「権利ノ一大区別（公権と私権の区別：筆者補）ハ対手人（当事者：筆者補）ノ公人タルト私人タルトノ別ニ基由ス。公人トハ全国家若クハ国家ノ主権者若クハ主権者ヲ代理スル官庁及役人ヲ総称スルモノナリ。」「私人トハ国家ヲ組成スル分子ニシテ毫モ国家ヲ代表スルコトナキ一個人若クハ一個人ノ集合体ヲ総称スルモノナリ」（一六三頁）。「公法ニ於テハ対手人（当事者：筆者補）ノ一方必ス公人ナリ。即チ直接若クハ間接ニ国家ナリ。故ニ公法ノ規定スル所ノ権利ハ必ス公権ナリ。：：公法ニ於テハ権利ヲ創定シ権利ヲ保護スル国家カ必ス常ニ対手人ノ一方ニシテ：：其権利ヲ主持スルモ又之ヲ消滅スルモ皆其対手人ノ手中ニアルモノトス」（一六五頁）。「国家ハ私人ニ対シ自カラ規定シタル義務アリト言フモ決シテ不当ニアラサルヘシ：：英國ニ於テハ人民ニ権利請願ノ権：：アリテ国家ハ必ス常ニ其義務ヲ尽サ、ルコトトハナレリ。故ニ国家モ亦義務ヲ有ス。唯其私人ト異ナル所ハ其義務ヲ無視スル腕力ト之ヲ自由ニ廃棄スヘキ憲法上ノ威権ヲ有スルニアルノミ」（一七四頁以下）。「私法ハ：：対手人ノ双方共ニ必ス私人ニシテ私法ノ規定スル権利ハ必ス私権ナリ。故ニ私法ニ於テハ（対手人：筆者補）何レモ権利ヲ創定シ或ハ権利ヲ保護スル大権ヲ有スルノ理ナシ。此大権ハ独リ国家ノ専有

ニシテ：：権利回復ノ為助力ヲ国家ニ請求シタル場合ニ国家此權ヲ行フモノトス」（二六六頁）。私法上に於ては「損害ヲ回復スルニ自己ノ力ニ依ルヲ得ス。必スヤ国家ノ助力ヲ借りテ之ヲ法庭ニ請求セサルヲ得ス。是レ公法ノ支配スヘキ事例ニ異ナル最モ重要ナ点ナリ」（一六七頁）。

「法律ヲ公私法ニ區別スルハ：一理貫通ノ論理ヲ以テ設定シ得ルノミナラス：：憲法、刑法、行政法ハ公法ノ配下ニ列シ、契約法、財産法、遺囑法、相続法、私犯法は私法ノ旗下ニ属」する（一六八頁）。

ホルランドは公法と私法は法律現象を説明する場合に「大利益」のあるものであるとし、法律は公法と私法に區別されるべきものであるとして、法を「人の法」と「物の法」に分け、「人の法」の細分として公法と私法に分けるオーステインの説は全く不適當であるとしている。ホルランドが公法、私法の内容的特色を定式（定義）化していないことは確かであるが、今日で言えればいわば「主体説」の観点を提起し、私法当事者はその権利義務の実現について必ず国家権力の助力を要すること、今日的に言えば私法当事者は対等でありその間に強弱がないこと、公法の場合にはその一方当事者である公人（直接間接の国家）に一方的な法形成能力が認められること、今日的に言えば、公人には権力が認められていることを明らかにしていたことは明らかであったというべきであろう。このような「公法私法區別論」が十分根拠を持ち、疑問の余地のないものであるかどうかは別問題であるが、ホルランドの説が、江木の云うように「曖昧模糊」としたものであったかは、再検討に値いしよう。

しかし、オーステイン、ホルランドについては、江木とほぼ同旨の論考が『法学協会雑誌』第一〇号に法学士井原師義の筆になる「公法私法ノ別ヲ評ス」として掲載されていることが注目される。<sup>(9)</sup>

この当時「英国法理学者間ニ於テハ此ノ如ク公法学ノ進歩ハ発達セスシテ：：未タ曾テ学者間ニ於テ：：公法中

ニ行政法ヲ論スルモノナシ。」に近い状態であつたことは一般には否定できないとされている。ただし、オースティンもホルランドも憲法と並んで「行政法」という法領域が存在すること自体は認めていたことはその記述から明らかである（オースティン「前掲翻訳書下」二六九頁、ホルランド「前掲翻訳書上」一六八頁）。江木行政法講義開始と同じ年（明治一八・一八八五年）に出版されたダイシー Dacey A.V. の Lectures Introduction to the study of the law of the constitution が、イギリスにおいては大陸のような特別法と行政裁判所を伴う行政法が存在しないことをイギリス法の特色としたことは周知のところである。ただし、江木がダイシーの著作を読んでいたか否かは不明である。<sup>(10)</sup>

(二) フランス—ボワソナードの理論

フランスについて、江木は、「仏国ニ於テハ法律中公法私法ノ区別ハ判然ト区画スト雖モ其公法私法ノ区別ノ標準タルヤ其法律ノ性質上ヨリ区別シタモノニ非スシテ、只タ此ノ法律ハ公法ナリ彼ノ法律ハ私法ナリト云テ表面上ヨリ区別シタルニ過キスシテ：如何ナル理由ヲ以テ此ノ法律ハ公法ナリ彼ノ法律ハ私法ナリト云フ一定ノ標準ヲ発見スルコト能ハス。因是觀之仏国ノ法律中公法私法ノ区別モ亦タ理論ヲ極メタルモノニ非スシテ取ルニ足ラサルノ論ナリ」（二頁～三頁）とするだけで、立ち入った議論をしていない。

フランス法については、明治六年箕作麟祥による『仏蘭西法律書』（憲法等六法の翻訳）があるほか、明治一年から一六年にかけて、司法省が大木司法卿の命により、バトビーの『仏国政法理論』全七冊を翻訳刊行し、更に司法省法学校でのボワソナード等による性法、刑法、商法などの講義、ボワソナードの治罪法立法作業、東京法学校における民法講義が行われており、明治一〇年代には、フランス法の基礎的な認識は一定程度広がっていたのではないか

とも思われる。

ボワソナードは、司法省法学校における『性法講義』の中で、「憲法」、「社会ノ守護タル刑法」及び「社会ノ開達ヲ進メ其繁昌ヲ保スル所ノ政法（行政法：…筆者補）」を公法とし、また『法律大意講義 完』（司法省、明治二三年）でも、「成文法ノ區別ハ公法私法ナリ。此ノ區別ハ自ら生スル者ニシテ素ヨリ性法ニ適スル者ナリ。羅馬人ハ：…羅馬律書ノ頭首ニ於テ此區別ヲ為シ、且其義解ヲモ拳ケ置キ、公法ハ羅馬帝國ノ情景ニ関スル法ナリ、又私法ハ平人ノ利益ニ関スル法ナリト記載セリ」とし（九〇頁）、公法を憲法、政法、刑法とし、憲法は「国ノ基本タル」法、「政法」は「政府ト人民トノ關係ヲ規定スル者」、刑法は「公益ト私益トノ關係ヲ定ムル者」としている（九四頁以下）。これに対して「私法ハ平人間ノ關係ヲ規定スル所ノ法律ニシテ政府ノ關係セサル者ヲ云フ」、私法は「政府ノ関涉セサル者ナルカ故ニ公益ヲ障礙セサル限りハ人民ハ随意ニ契約スルコトヲ得可シ」、「然レトモ私法ト公法トノ區別ハ常ニ明白ナラス何トナレハ其中間ニ居ル法律ニシテ何レニ属スル乎判別スルニ苦シム所ノ規則屢之アレハナリ」としている（九九頁）<sup>(1)</sup>。

穂積陳重は「英仏独法学比較論」（『法学協会雑誌』九号、明治一七年）で「仏国ノ法律ハ外形体裁」が「具備」しているが（三七頁）、「仏国ノ法学者ハ通常法文ノ解釈ニ熟練スルト雖モ法律ノ原理及法理哲学ニ至リテハ其短縮ナリト云ハサルヲ得ス」（二九頁）とやや江木のフランス法評価に近い考えを述べている。当時のフランス法が「法律ノ原理及法理哲学ニ至リテハ其短縮ナリト云ハサルヲ得ス」（穂積）、「公法私法ノ區別ノ標準タルヤ其法律ノ性質上ヨリ區別シタモノニ非スシテ、只タ此ノ法律ハ公法ナリ彼ノ法律ハ私法ナリト云テ表面上ヨリ區別シタルニ過キス」（江木二頁）というべきものであったかどうかは、見解の分かれるところであったのではなからうか。

明治一九年には、バトビーの引用を多く含むフランス法系の井阪右三『日本行政法大意』上（博聞社蔵版）が刊行されたが、江木がこれに言及するところはない。<sup>12)</sup>

### ③ ドイツ

ドイツについて、江木は、ブルンチュリー、フォン・モールをあげそれぞれにその不十分性を指摘している。そしてその上に公法・私法の間新たな法分野としての社会法を位置づけている。

#### ① フォン・モールの理論と江木の理論

江木は、フォン・モールの学説をブルンチュリーの発展として捉えているが（五頁）、活動の年代は、フォン・モールが先であり、ブルンチュリーはフォン・モールの後継者であるとされている。<sup>13)</sup>

モールはその最も代表的な著作である *Encyklopädie der Staatswissenschaften* <sup>14)</sup> において「理論的国家諸科学 [Dognatische Staatswissenschaften]」の中に「公法 [Öffentliches Recht]」の項目を立てているが、公法そのものについて明確な定義をしているわけではない。しかし、「公法」の A として「国法 [Staatsrecht]」の概念を「すべての国家関与者の法関係」としていることは確かである (S.170)。

他面、モールは、上記の国家法概念の定義に先立ち、「国家を把握し解明する学問と、個人の生活を対象とする学問が対立することは：：明確であり、広く承認されてきた。国家法と私法：：の記述は千年来、思考と学問の異なった領域として考察され、取り扱われてきた。従って：：このような一般的認識において長い間広く行き渡ってきた概念を、国家学の限界づけのために、なお詳細に説明することは不必要である。」<sup>15)</sup> として公法と私法の区別について、詳細な記述をしていない。しかし、最終的には、モールは生活領域を考慮した法の区別として、(ア)国家法を、国家権

力そのもの、国家権力の担い手とその機関、臣民そのもの、臣民の代表のために存在する道義的物的人格に関する法的権利及び義務に関するもの、(イ)社会法を、現存する社会的集団及び諸関係、すなわち、身分、職業階級、共同居住者、貧困、所有、宗教的・道義的・経済的団体に関する法的権利及び義務に関するもの、(ウ)私法を、家族関係、経済的及び相互義務付け関係における個々の国家構成員に関する法的権利及び義務に関するものに區別するに至つてい<sup>(16)</sup>る。

そうするとモールの説が公法と私法の「區別明ラカニシテ、ブルンチュリー氏ノ如キ駁撃ヲ受ケ」るようなものではないとする江木の説は、モールの学説の変遷を追つたものか否か問題があると思われる。

特に、江木が、フォン・モールが公法・私法とやらんで社会法を提唱していたことに全く触れていないことは、学説の紹介の方法として疑問があるといわざるをえない。むしろモールの社会法理論が紹介されていたならば、江木のいうように、「近世ニ至リテハ法律ハ公私ニ法ト確ト區別セラル、モノニ非スシテ其ニ法律ノ間ニ一ノ社会法ナルモノ、存在スルコトヲ発見スルニ至レリ。故ニ近世ハ法律ヲ分テ国法、社会法、私法ノ三ニ區別スルコト、ナレリ」(九頁)という例の典型としてモールをあげなければならなかつたであろう。しかし、次に見るように、「国法、社会法、私法ノ三ニ区分スルコト」が一般的に認められる状態であつたか否かについては明らかでない。その学説は全体としてモールの「後継者」と目されているブルンチュリーその人によつて批判を受けていたのである。

## ② ブルンチュリーの理論と江木の理論

ブルンチュリーについて、江木は、加藤弘之訳『国法汎論』によつて、公法の特徴を「第一、公権利ハ則チ公義務ナリ。第二、公権利ハ各個人自由ニ存廢取捨スルコトヲ得サルモ、私権利ハ各個人自由ニ之ヲ存廢取捨スルコトヲ得ヘシ」

と整理し(三頁)、その具体的例として、裁判官による裁判権の行使をあげ、また債権者の債務放棄をあげている。他面、公法上の権利であるとはされるものの、人民の請願出版集会の権利、君主による不認可の権限、特赦の権限は行使の義務を伴わず、私法上の権利であるとされる相続法上の権利行使は、私人の自由になるものではなく、上記の区別標準には当てはまらず(四頁〜五頁)、また、ブルンチュリーが国が私有財産を有するとすることも理由がなく、国有財産は公法に属するとする者もあるとする。いずれにせよブルンチュリーの公法、私法の区別説は、完全でない、フォン・モールのように「すべての国家関与者の法関係」を公法とする方が、ブルンチュリーのような反論を招かないが、私法関係を「整理」する訴訟法は公法だというものもある。会社法について公法だというものもあり、いずれにせよこの標準は「確乎不拔」のものではないとする(七頁〜八頁)。

ブルンチュリーに関する江木の紹介も、ブルンチュリーの主張を適切に要約したものとはいえない側面がある。ブルンチュリーが、上記の標準を立てていることは否定できないが、同時に、この「常理」によることのできない場合もあるとして(一)請願権、集会の権利等は「民人ニ自由ヲ与フルカ為メニ」設けたもので、「国家全体ノ公利ノ為メニ」建てたものではないから、「之ヲ行フト否トニ至リテハ其ノ意ニ任セテ妨ケナ」いものであること、(二)代議士を選択する公権は「恣マ、ニ之ヲ廃棄スルヲ得サルコト固ヨリ」論が無いが、その選択権は「国家ノ為メニ」やむをえずに与えられたものではなく、「人民利益ノ為メニスル所国々ニ於テハ」この権利を行うと否とは「其ノ意ニ任セテ可」である、(三)後見の権利は私権であるが、後見人の利益のために与えられた権利ではなく、後見を受ける者の為に認められた権利であるから、後見人の権利であるだけでなく、義務でもある、とし、「常理」によることができなことの理由を具体的に説明しているのに、江木は、その点には触れずに、「常理」によれない場合があるから「完全



無欠ニシテ毫モ非難ス可キノ点ナシトハ云フ可カラス」としているに過ぎない。また公法が義務を伴うものであることの説明として、ブルンチュリーが「国君ハ畜ニ其臣民ヲ統御スルノ權利アルノミナラス亦其二ノヲ統御スルノ義務アリ」「国君ノ權利ヲ以テ、其私有ナリトシテ、其行廢国君ノ随意ニアリト思フハ、大ニ国法ヲ汚辱スルモノト云フヘシ、国君ノ權利ハ決シテ自己ノ權利ニアラス、国家ニ対シテ必然行フヘキ義務タルコトヲ忘ルヘカラス」とし、「公法と私法の区別は、近代的な法形成を性格づける特徴であり、この百年以来、公法を私法と公法の混合から区別する過程が絶え間なく継続的に行われてきた」として、公法・公権・公義務論の立憲君主制的意義を強調していることについて、江木は全く触れるところがなく、ブルンチュリーが公法・公義務の例としてあげている裁判官の裁判権・裁判義務にふれているに過ぎない。また、江木はブルンチュリーの公法概念について、上記の様に「公権が義務を伴うこと、公権は自由に放棄できないこと」を取り上げているのであるが、これはいわば公法の派生的特色とすべき部分であり、このような特色を生じることとなる「公法、私法そのものの中心的特色」に言及していない。

ブルンチュリーは公法と私法の基本的特色について次のように言っている。<sup>(18)</sup>

「公法は私人や家族の自己追求によって妨げられたり、害される *verderben* ものではなく、全体の公的な精神に満たされ、またこれに仕えるものであり、私法は、国家的な拘束性から解放された自由なものである。国法は原則的に国家に由来するものであり、私法は、個々の個人、私的人格に由来するものであり、国法は、国家的法的関係を取り扱うものであり、私法は私人の権利を取り扱うものである」(art. 10, § 4)。「国法はその内容を国家によって規定されるものであって、私的人格の恣意から遠ざけられた *entzückt* ものである。これに対して私法はその内容は圧倒的に一般的に私的な人格の性格や状態、私的な人格の意思を内容とするものである。国法においては、全体の精神が支配し、

私法においては個々人の精神が支配する。従つて、個人は、契約によつて公法を変更したり廃止することはできないが、他面、個人は、大抵の場合、契約によつて任意に私法を形成することができるのである。公法と私法の区別の基礎は、次のところにある。すなわち、私法は個人に属し、ほとんどの場合、個人のためにのみ存在するのであるが、公法は全体に帰属し「dem Ganzen zukommt」、全体の利益において存在するものである「im Interesse der Gesamtheit besteht」。それゆゑ国家は、自らその権利を放棄し、あるいはその権利の行使を行わないことができるわけではなく、国家の個々の機関もその構成員も権利を放棄したり、権利の行使を行わないことを許されることはないのである。」

ブルンチュリーの用いる「全体的な(公的)精神」、「全体への帰属性」といった概念の明瞭性、妥当性はともかくとして、「義務を伴う権利」、「権利の放棄不可能性」という特色の根拠がこれらの基本的特色と関係づけられていたことは、否定できないことである。そのことはブルンチュリーの公法理論をモールのそれと比較する場合にも前提としなければならないことであつたように思われる。

### ③ フォン・モールとブルンチュリーの対立

フォン・モールは先のように、国家法と私法の区別を詳述する必要はないとしているがそれに続いて、個人の人格性と国民生活の有機的統一体の間に一定の生活領域が存在することが明らかになつてきたとの認識の下に、国家法に<sup>20)</sup>関しては、国家権力とその機関の理論及び個人の公民としての権利と義務の理論の間に、新たな章が書き込まれるべきであり、この章の中で、多様な社会的な形態に対する国家すなわち統一的権力の全体の関係が、法的な観点から詳述されることとなつるとし、その対象として、国家と教会の関係、集會法、企業組織・工場制度をあげている。<sup>21)</sup>そして最終的には、公法と私法とは別の社会法という概念を用いて、身分、職業階級、同居居住者、貧困・所有、宗教的・

道義的・経済的団体に関する法的規律を把握すべきであるとしていたのである。<sup>(22)</sup>

もつともモールは、公法・私法と並ぶ区分として社会法をあげながら、特別な社会法の区分を擁護するものでない、とも記しており、この区分を特別な区分とすることに積極的であったかどうかは、疑問とする余地がある。

これに対して、ブルンチュリーは、公法と私法の区別は必要なものであり、また十分検討し尽くされたものである *notwendig und erschöpfend*。公法は全体存在 *Gesamtexistenz* を内容とし、私法は個人的存在 *individuellen Existenz* を内容とする。しかし、公法と私法は絶対的に区別されるものではなく、相互に関連しあっているものである。従つて、公法から私法へ、私法から公法へという移行的制度 *Übergangsinstitute*（ゲマインデ、社団等）も存在するが、公法と私法の間第三の独立した領域はなく、社会法と言われるものは、公法であるか、私法であるか、それとも公法と私法の混合形態である、<sup>(23)</sup>としている。

また、ブルンチュリーは、公法と私法とは独立に社会法を位置づける学説があるが、もしこれが正当化されるのであれば、実務上も確たる取り扱いをうけなければならないが、そのような取り扱いはされていない、多様な社会現象について国家の行為を一般的に規律する法は存在しない、<sup>(24)</sup>としている。

これに対しフォン・モールは、公法と私法の間移行状態や公法私法混合状態を認めるといふブルンチュリーの説が学問的に正しいか、また法を浮遊状態の中に、また不明確な混合状態におくことが正しいか否かという疑問を呈し、<sup>(25)</sup>社会法を承認せず、国家法と私法に分けようとする考え方は、不完全や非論理の危険があるとしている。<sup>(26)</sup>

④ 江木によるフォン・モール及びブルンチュリーの総括

このようにしてみると、ブルンチュリーの公法・私法の区別基準が明瞭であったとは必ずしも云えないが、他方、

江木のいうようにモールの公法概念が、ブルンチュリーの公法概念がより明快であったとは必ずしもいうことはできない。江木によるモール、ブルンチュリーの公法概念の紹介のあり方については、検討されるべき余地が極めて多いといえよう。モールもブルンチュリーも共に従来の公法（国家法）と私法の区別だけでは、捉えきれない「社会」に関する法現象をどのように理解すべきであるか、という問題に「社会」現象そのものの理解から出発して相当の考慮を払っている。<sup>(27)</sup>特に「社会法」の問題をどのような形であれ、モールやブルンチュリーと切り離して議論することは、少なくとも今日的には「学説史的」に正しい方法ではなかったと云うほかない。また、公法、私法と区別された社会法という分野が一般的に承認されるようになった、という江木の評価も学説史的には納得のできるものではない。むしろその「取り扱いは争われていた」というのが正しいであろう。しかし、いずれにせよ江木は、モール、ブルンチュリー両者の公法概念が問題の多いものであったとの位置づけの上に、公法、私法、社会法を区別する有力な新しい学説として、レースラーの「社会行政法」に依拠して、行政の意義を明らかにしようとするのであるから、次にその問題を検討することとする。

#### 四 公法・私法を巡る若干の個別的論点について

なお、江木は、公法として扱うか私法として扱われるか疑問のある事項として、国有財産、会社法、訴訟法など個別的な問題点を指摘しているので、これについて若干の指摘をしておきたい。

(ア) 国有財産の取り扱いにおいては、フィスクス（国库）の概念のもとに私法として取り扱われることは、当時のドイツ国法学では、当然のこととされていた。<sup>(28)</sup>このことから、公法私法との区別において国有財産の法的性格に疑問があるとする江木の主張は、少なくともドイツ法的には、十分な納得のいくものとは云えなかったであろう。

(イ) 会社法が公法に属するか私法に属するかという問題は、今日的には奇異な問題であり、また、特に当時の発展しつつある英米法的会社法からすると、やはり興味を引く問題であつたといふことができるかも知れない。会社法については、株式会社が国家統制の下に置かれていたことを根拠にすると思われるが、わが国において会社法制定(明治二六年)以前においては、これを行政法の観点からその対象とする例が見受けられる。<sup>(29)</sup>

(ウ) 訴訟法については、成立当初の民事訴訟法解説は、公法説をとつていたから、継受のときに、公法としての位置づけを受け継いでいることが考えられる。もつとも、民事訴訟法は、私法上の「権利義務ヲ実行スルノ方法ヲ定ムル外式法」<sup>(31)</sup>であるとする見解もあつた。<sup>(32)</sup>

#### 「四」 江木『行政法』緒論における「社会法」

「社会法」が公法・私法と異なる類型であるか否かについて、先にも見たように、江木は「近世ハ…理學上用ユル進化主義ナルモノ法律ノ範圍ニ立入テ、法律ノ區別ヲナスコト、ナリテ、大ニ法律上ニ眞面目ヲ開ニ至レリ。古代ハ法律ヲ公法私法ニ區別シタレトモ、近世ニ至リテハ法律ハ公私二法ト確ト區別セラル、モノニ非スシテ其二法律ノ間ニ一ノ社会法ナルモノ、存在スルコトヲ発見スルニ至レリ。故ニ近世ハ法律ヲ分テ国法、社会法、私法ノ三ニ區別スルコト、ナレリ」(八〇九頁)とし、進化主義の観点から公法、私法とならぶ領域として社会法が存在するものとする。

しかし、すでにモールとブルンチュリーについて見たように、公法、私法以外に社会法の區別を設けるかどうかについては、ドイツにおいて意見が分かれていたのであり、また「社会行政法」を提唱したレースラーも、社会行政法は行政法の一分野であり、社会行政法以外に社会法は存在せず、社会行政法は私法に対して公法的特色を有するもの

であり、義務付けの特色を持つものがある（§ 2 S.2ff. Anmerkung (5)）、行政法は、疑いもなく、国法と同じように公法に属するとしてゐる（§ 9 S.26）。江木も、訳述『社会行政法論』で「社会法ハ公法ニ属シテ私法ニ属セサル者トス」（一二頁）と訳出してゐる。

このことからすると、公法、私法とは異なるものとして「社会法」を位置づける江木の理論は、江木独自のものがあるということになる。

#### (一) 江木の「社会法論」

江木は、公法、社会法、私法を区別する標準として「人」に着目して、これを「天地ノ間ニ存在スル個人」、「社会ヲ組織スル分子」、「国家ヲ成立スル所ノ元素」に分け、最前者に関する法を私法（各個人相互ノ関係ヲ規定）、第二者に関する法を社会法（社会ノ範圍ニ属スル関係ヲ規定）、最後者に関する法を国法（国家ノ範圍内ニ属スル事柄ヲ規定）に区分している。そして「社会トハ、社会進化したニ於テ同一ノ文明ノ程度ニ存在スル一ノ団結体ヲ総称スルモノニシテ、別ニ無形ノ一人人タル資格ヲ有スルコト」がないのに対し、「国家トハ一個ノ擬為人タル資格ヲ有スル無形人ニシテ：各独立シテ一國ヲ成立スルモノ」であり、「国家ニハ一個人タルノ資格アリ、社会ニハ一個人タルノ資格ナケレハ、決シテ二者ヲ混同ス可カラサルナリ」（一〇頁）とする。そして「国法内ノ権利ハ国家テウ一ノ無形人ニ属スルモノナレハ此ノ権利ヲ存廢スルハ国家ノ自由ナレトモ、各人各個ノ自由ニアラス。又社会ハ一ノ無形人タルノ資格ヲ享有セサレハ從テ其権利ノ主体タルモノハ各人各個ナレトモ、各人各個ハ敢テ社会ノ権利ヲ存廢スルコト能ハス、国家モ亦之ヲ束縛スルコトアル可ラス」（一一頁）として国家と社会を完全に分離している。<sup>(33)</sup> 社会法の中には「人身自由権、出版集会自由権、宗教自由ノ権ノ如キ諸権利」が含まれるが、「政府ニ於テ自由ニ之ヲ伸縮存廢

スルコト能ハサルナリ」としている。さらにこれらの権利は「社会進化主義ニ関係アルモノ」であつて、「社会上ニ優勝劣敗ノ活動ヲナサシメ社会ノ進歩」のためには必ず必要なものであり、「若シ自由ノ権利ヲ附與セザレハ優勝劣敗ノ原理行ハル、コトナシ。優勝劣敗ノ原理ニシテ行ハサレハ社会ノ進歩ハ決シテエ望ム可カラサルナリ」（二三頁）とする。もつとも「政府ハ自己ノ權威ヲ以テ自由ニ此等ノ権利ヲ束縛スルコトヲ得可シ。而シテ若シ政府ニシテ斯ク束縛スルコトアルトキハ、既ニ社会法ナルモノハ存在スルコトナク」としている。

社会法と国家法との関係については、「社会ノ發達ト共ニ必ス之レヲ統括スヘキ一定ノ法律原則ヲ生スヘキハ論ヲ待タスト雖トモ、各人各個力社会ノ区域ヨリ進シテ国家ノ区域ニ侵入スルハ法律上ニ於イテセシテ、社会進歩ノ事実上ヨリスヘキモノナリトス」（二〇頁）。「社会ハ只タ其ノ發達進歩ノ事実、即チ社会ノ法則ヲ以テ法律改良ヲ促カスコトヲ得レトモ、公然国家ニ対シテ抗抵スヘキ法律上ノ權利アルニアラサルナリ。而シテ此社会發達ハ早晚必ス法律ノ改良ヲ来スヘキ基因ニシテ此改良手段ヲ名ケテ立法ト云フ」（二二頁）。「社会ノ原理ハ社会ヲ以テ發動變遷スヘキ自由ナル文化ヲ為スヘキモノニシテ国家ノ範圍及ヒ国家ノ意思ヨリ獨立シテ自由ニシテ且ツ同等ナル自治ノ法律ヲ有スヘキモノトス」としている（二二頁）。

江木の社会と国家の理解は、国家が法人格をもつものに対して社会が法人格をもたないこと、「人」は「天地ノ間ニ存在スル個人」、「社会ヲ組織スル分子」、「国家ヲ成立スル所ノ元素」の三つの性格を持つことを基点として（この点を江木は繰り返し強調している）、国家と社会は嚴格に分離され、国家が社会の分野に属する権利を制限できない訳ではないが、その場合には優勝劣敗の社会を形成する社会法は消滅してしまう、としている。社会要求と国家がどのようなに関連することになるのかは、やや明確性を欠くが「法律上ニ於イテセシテ、社会進歩ノ事実上ヨリスヘキモノ

ノナリトス」としつつ、他面において「社会発達ハ早晚必ス法律ノ改良ヲ来スヘキ基因ニシテ此改良手段ヲ名ケテ立法ト云フ」としている。

江木は、その緒論がレースラーの『社会行政法』によっており、前期に授業を受けなかった者はレースラーの『社会行政法』を読むべきこと勧めているので、このような江木の説はレースラーの説の要約であることが期待される。

## (二) レースラーの「社会法論」

レースラーも国家が人格をもつの対し、社会は独立の人格をもつものではない (§2 §3. §3 ST)、社会は国家に対し独自性 (Unabhängigkeit) をもち、ないしは国家から区別 (Trennung) されるものであり、逆に国家も社会に対し独自性 (Unabhängigkeit) をもつものである (§3 ST) としている。しかし、レースラーにおける国家と社会の関係は江木のように対立的なものではない。レースラーは国家と社会の関係を概ね次のように記述している。(§3 STf.)

「①現代国家の理念の特殊性は、社会的な人格としての人間が国家によって承認されるというところであり、この社会的な人格という概念の要素は、(ア)個人の人格は国家によって与えられたものではなく、人間の倫理的な性格から直接に基礎づけられたものであり、(イ)訴訟による裁判的保護を必要とし、(ウ)個人と財産の刑法的保護を必要とし、(エ)人格を何人にも譲り渡すことはできない、ということからなっている。②社会的法原則は、国家という存在 Wesen に敵対するものではなく、国家は人間の発展の法形態であり、人間の発展と分離しがたく結びついている。③社会的な法理念は、国家という制度の改良に寄与する限りにおいて、国家の中で完全な実現をみるものである。④社会の理念は、国家の理念と調和し、また国家生活の要請を承認しなければならぬ。社会の法理念は、国家理念の否認に至



るまでに推し進められてはならず、これらの原理を維持することは、社会行政のもっとも重要な観点の一つである。例えば、出版の自由、結社の自由などの社会的法原則が絶対的な効力を持たなければならないことは、現代のもっとも危険な誤りに属する。従って、社会制度の保護の下に、国家の否定を意図的にまたは組織的に企図することに対しては、国家は適切な措置でその危険に対処することができるし、また対処することが許される。国家は、社会生活の理念と原則的に衝突することはゆるされないが、人間生活の中で国家独自の理念を主張するものであり、社会的志向の、単なる意思のない道具でも、受動的観客でもなく、また独自に国家意思に効力を持たせるものでなければならぬ。従って、いわゆる「なすがままにさせる原理」(Prinzip des *Gewährenslassen*)は、これらの原則を否定するものであって、正しくない。そこで社会と国家の相互的な独自性は次のように確定することができる。(ア)社会の中に現れている人間性の純粋な発展法則を国家も承認し、また、それが国家に関係している限り、国家はその実現に貢献すべきである。(イ)しかし、国家は社会法理念の逸脱又は濫用として、これらの理念を国家の中で適用することが正しくなく、また危険であるときは、全てのことを予防し、また、守らなければならない。(ウ)社会生活の充足は、それ自体、社会的な文化機関の任務である。しかし、その充足は一定の関係において国家の任務とされる場合がある。(エ)社会行政への国家そのものの関与は、社会理念と国家理念の生き生きとした統一を作り上げるといふ使命を有するものである。」

「社会行政における国家の機能は社会的な発展の本質(あり方) *Wesen* によって規定され、また国家の本質(あり方) *Wesen* を通じて特定のやり方で修正されるものである。社会的領域は、それゆえ国家からそれ自体区別されるものであるが、しかし、国家と社会の間には、いかなる対立も自家撞着も存在しない。国家と社会は、確かに外形的には

完全に一致するものではないが、しかし多くの部分では一致している *zusammenfallen*。国家と社会は多くの部分において、同じ発展と歴史を有するものである。国家と社会は、共同の機関 *gemeinschaftliche Organe* をもち、それは相互に役立つものである。」 (§9 S.27)

### (三) 江木とレースラーの「社会法論」の差異

上記のように江木の『行政法』緒論における社会行政法論では社会法と国家法は厳格に区別され、国家は社会の権利を束縛することができず、国家が社会法に属する表現の自由を制約することもできるが、その場合には社会法はなくなり、社会法が体现している社会の進歩もなくなるという関係にある。

しかし、レースラーの『社会行政法』では、社会と国家はそれぞれに対して独自性をもつものではあるが、相互に密接な関係をもち、「社会の法理念は、国家理念の否認に至るまでに推し進められてはならず、これらの原理を維持することは、社会行政のもっとも重要な観点の一つである。例えば、出版の自由、結社の自由などの社会的法原則が絶対的な効力を持たなければならないとすることは、現代のもっとも危険な誤りに属する。従って、社会制度の保護の下に、国家の否定を意図的にまたは組織的に企図することに対しては、国家は適切な措置でその危険に対処することができ、また対処することが許される」のであるから、表現の自由が国家の否認にまで及ぶ場合は、国家がこれに対して対処することは「当然」認められ、また、「社会法理念の逸脱又は濫用」に相当する行為があり、「これらの理念を国家の中で適用することが正しくなく、また危険であるときは、国家は全てのことを予防し、また、守らなければならない」のであるから、これによって社会法が消滅するという関係にはない。

江木の『行政法』緒論における社会行政法論のこのような特色は、江木の訳述『社会行政法論』中の「社会と国家

ノ關係」（二二頁以下）との対比においても、概ね言うことができる。

このように江木の『行政法』緒論における社会行政法論は、レースラーの社会行政法論と大幅にその内容を異にしているのである。そのことは、江木が、「社会ハ古来事実上ノ發達ニ成ルモノ」としていること（訳述『社会行政法論』二二頁）、「各人各個カ社会ノ区域ヨリ進ンテ国家ノ区域ニ侵入スルハ法律上ニ於イテセシテ、社会進歩ノ事実上ヨリスヘキモノナリトス」としていること（『行政法』二〇頁、訳述『社会行政法論』二二頁）、社会法を社会進化主義に基づく優勝劣敗法則に基づくものとしていること（『行政法』一三三頁）についても言うことができる。

レースラーが問題としている社会は、個人の自由と平等を基礎とする近代的社会であり、「古来事実上ノ發達ニ成ルモノ」ではなかった。また、社会の要請が法律という形をとることはレースラーにとっては当然のことであり、そのことを前提として行政法・社会行政法の法源が記述されていること（§1）、さらに、優勝劣敗の法則を内容とする国民経済の法則の絶対化や、国家の承認に依存しない不変の自然法則としての経済的な営利法則の妥当をレースラーは認めなかったのである（Vorrede v. §2 S.6 Anm. (8). §3 S.1 bes. S.9 Anm. (9)）。

レースラーの社会と法との関係をより具体的に示す記述としては、『社会行政法』中の記述ではないが、次のものがある。

「財産権は、立憲主義的な基本構造（憲法）を通じて国家権力の行使を獲得し、このことによって、正式に自由な国家権力 formell freien Staatsgewalt の実質的な内容を形成するのである。この様な事実状態を、現代国家においては、自由主義が支配するというのである。なぜならば、自由主義システムの下では、資本の支配が現代社会の中であらう、すべての広範な帰結が含まれているからである。ここでは、現代国法も行政も本質的に国民経済の発展の

産物として、また、資本の概念の帰結として把握され、取り扱われなければならないということが示されている。<sup>(34)</sup>

「国家が社会を支配するという考えは基本的に誤っている。むしろ逆に社会が立憲主義的憲法を通じて国家の秩序を規定し、国家を支配するのである。」<sup>(35)</sup>

このような考えは、国家から相対的に独立して形成される社会的要求は、立憲主義の下では、国民による選挙を通じて形成される議会を通じて国家法の形をとることが当然の前提となっていると考えてよいであろう。

レースラーは、「立憲主義的国家憲法は、多様な選挙制度によって、特にまた一般選挙権によって、国民の社会的形態の忠実な表現として特色づけられるものであり、学問的には、全く他のものと理解することはできない」としている。<sup>(36)</sup>

レースラーの上記のような考えは、「参政権ハ社会法ノ原理ヲ適用スルコト能ハスシテ、全ク主権内ノ一部分ナレハ、之ヲ人民ニ附与スルト附与セサルトハ政府ノ自由権内ニ存スルモノ」であるとする江木の主張（『行政法』一六頁）にはそぐわないものである。

従って、社会と国家を結ぶ選挙権のあり方についても、レースラーの理論と江木の理論は、大きな違いを持っているというべきであろう。もっとも選挙制度との関連は、『社会行政法』の中ではレースラーによる明示的な言及はないところであるが。<sup>(37)</sup>

#### 四 江木の社会進化論の特色

先にもみたように、江木は、社会法論を社会進化論によって根拠づけようとしている。当時において、法律学への社会進化論の適用は一つの潮流をなしていたと考えられるので、その状況の中で江木の進化論がどのような位置づけ

にあるのかを概観しておくこととする。<sup>(38)</sup>

強固な進化論的優勝劣敗の原則をとり、その観点から普通選挙権の採用に反対するものとしては、加藤弘之『人權新説 全』がある。<sup>(39)</sup>

江木の恩師でもあり、明治期の法律学界の牽引者ともいえるべき、穂積陳重も熱心な法律進化論者であった。穂積陳重は初期の論文「英仏独法律比較論」(『法学協会雑誌』九号二六頁以下、明治一七年)では、優勝劣敗の原則を取っていた。その後、穂積は「法の發生存在する所以及び法の人民に対して拘束力を有しその行為の規範たる所以は優強者が劣者を制馭するに由るものなりとする：強力説」は「法の本質を誤るもの」としてその見解を変更していると思われる。<sup>(40)</sup>しかし、穂積がどの時点で強力説を否定したかは不明であり、江木が『行政法』を書いた時点では、穂積も「優勝劣敗の原則」による法律進化論を取っていた可能性も否定しがたい。江木の優勝劣敗の原則を内容とする社会進化論はこれらの学説の影響を受けたものであると思われる。

一般的に見て、法律進化論の基礎には、自然法論や正義論の排除(自然法論は空理空論であるとする)という意味があることも見逃すことはできない。加藤弘之や初期の穂積陳重のように法律現象に関する進化論を優勝劣敗の妥当とみるか、後期の穂積のように「当然に優勝劣敗」を意味するものではないとするかの違いはあっても、それは単に方法論からのみ生じる結論ではなく、価値観的判断を含むものであったように思われる。

レースラーは人間の発展は人間の意思によらない生物的な成長の中にあるのではなく、自由な、人間的決定を行うという意識によって導かれた活動に基づくものであり、人間の生活の理念を直接に実現するために、人間が自由に自分で自分のことを決めるためには、文化活動を行う義務が生じる (§16550)。その基礎になっている自由平等な人

間性という社会の法概念は、キリスト教主義特に福音主義的發展によるものであるとしている(§2 S4Ann. (2))。レースラーの人間發展の根拠論の是非は別にして、江木の優勝劣敗を内容とする社会進化論はレースラーの社会發展論とはおおきく異なっていた。

### 〔五〕 江木 『行政法』 緒論における行政法の意義、性質等

この部分の記述については、先に要約したところであるが、その内容は、レースラー「社会行政法」行政法の概念」と大差がない。もつとも、レースラーは優勝劣敗原則を取らないので、行政機関についても、江木のように「行政機関ハ民人ノ優勝劣敗ノ作用ニヨリテ自然ニ社会自身ノ区域内ニ顕出スルモノ」という位置づけはしていない。

### 〔六〕 江木 『行政法』 緒論の特色のまとめ

以上のように江木は、行政法を本格的に議論する前提としての緒論として主としてドイツの学説によりつつ、公法、私法の区別、社会法の意義を論じているのであるが、その内容は、原典とされたものの内容と相当程度に差異を有するものであった。公法と私法に関するドイツにおける理論状況の把握が十分でなかったことは否定できない。イギリスやフランスの学説に対する評価も検討されるべき余地をもっていた。また、ドイツにおける行政法講義の定着が一八八一年であるとする<sup>(4)</sup>、江木がこの行政法を書いたのは一八八五(明治一八)年であるから、江木もこの定着した行政法論によって、その教科書を書くべきであったとの意見もありえよう。しかし、考える当時の情報伝達格差からすると、ドイツにおける行政法講義の定着前の段階において、もつとも包括的で統一的な行政法理論の構築を目

指したレースラー『社会行政法』に着目して、その訳述を図り、これを端緒として、我が国最初の行政法論の考察を行おうとしたことの意義は大きいというべきであろう。<sup>(42)</sup>

ただ、江木は緒論の内容はレースラー『社会行政法』によると言っているが、その内容は少なからぬ点において、訳述『社会行政法論』と異なったものであったこと、また、訳述『社会行政法論』も、レースラーの原典としばしば異なっていることは、上述のように否定することができない事実である。江木の前期授業（緒論部分）を受講せず、江木の『虞氏英国行政法講義』の緒言の勧めによって訳述『社会行政法論』に取り組んだ学生がいるとするならば、江木「緒論の社会法論」と訳述『社会行政法論』の内容の違いに学生は少なからず、戸惑ったのではないかと思われる。

#### 四 江木『行政法』汎論の内容と特色

##### 〔一〕江木『行政法』汎論と江木『虞氏英国行政法講義』の関連

上記の緒論につづいて、江木は、『行政法』汎論として英国の行政法を論じている（二二頁以下）。

汎論の「英国行政法」の講述がどの文献を基礎としているのかを示す記述は、江木『行政法』の中には見当たらない。しかし、江木はもともと英国行政法を講義する前提として「緒論」を提示したのであり、汎論は英国行政法の講義であり、江木は『虞氏英国行政法講義』の緒言の中で、「予ノ茲ニ講述スル所モ主トシテ同氏ノ著書ニ基ケトモ」と云っているから（三頁）、『行政法』の汎論部分は『虞氏英国行政法講義』に基本的によっていると見てよいであろう。現実にも、『行政法』汎論は、その目次からしても『虞氏英国行政法講義』とほぼ一致している。<sup>(43)</sup>

もともと『虞氏英国行政法講義』の内容は、グナイストの翻訳そのものではなく、「此ノ書ハ一千八百八十四年ノ開板ニ係ルヲ以テ爾來今日ニ至ル迄凡ソ三年間英国行政法上ノ變更多少記スヘキモノアルニ当リテハ予ハ之ヲ近代ノ

英国法令中ヨリ補修シ諸君ヲシテ英国行政法ノ現状ニ通曉セシメントス。」(三頁)とされている。

江木が講述し、その基礎とした、グナイストの著書は、次のものであると考えられる。

Rudolf Gneist . Das Englische Verwaltungsrecht der Gegenwart in Vergleichung mit den Deutschen Verwaltungssystemen. 3.Aufl. Bd. I. 1883. Bd. II. 1884. Berlin, Verlag von Julius Springer. <sup>(24)</sup>

(一) グナイスト「英国行政法」講述の意義

江木はグナイストの上記イギリス行政法を講述することの意味を次のように記している。(『虞氏英国行政法講義』緒言一頁以下)

「抑モ行政法ノ学科ハ欧洲ニ於テモ実ニ晩近ノ發達進歩ニ係ルモノニシテ、仏独ニ国ノ学者ハ現ニ之ヲ一派ノ学科トシテ其ノ研究ニ從事シ、其ノ著書モ亦少ナカラスト雖、英国ニ於テハ仍ホ一派ノ学科ヲ為サス、専ラ行政法ヲ講述スルノ著書タル未タ嘗テ之レアラザルナリ。然レトモ英国行政ノ善美ナルハ他ノ欧洲諸国ノ挙ツテ称讚スル所ニシテ、学者政治家ト雖又タ敢テ之ヲ非難スル者ナシ。然ルニ尚ホ未タ学者ノ之ヲ筆ニスル者ナク、僅々諸書ニ散見スルモノアルニ過キササルノミナラズ、而カモ此等ノ諸書タル已ニ数年若クハ数十年前ノ著述ニ係リ學術上ヨリシテ近世ニ於ケル英国行政法上ノ一大進歩ニ論究セルモノナキハ、實ニ痛嘆ニ堪ヘザル所ナリ。幸ニシテ独逸ニ碩学グナイスト先生アリ。夙ニ英国ノ行政法ニ注目シ自ラ英国ニ赴キ、多年其ノ實際ノ景況ヲ熟察シ、其嘗テ學理ニ於テ研究シタル秩序ニ則リ、英国行政法ノ一書ヲ著セリ」  
 「本学年即チ僅少ノ時間ニ於テ可成数多ノ事項ヲ論述シ了ラントスルモノナルヲ以テ、諸君カ英書ニ就テ講究スルコトヲ得ヘキ事項ハ講述ノ順序体裁ヲ失スルニ至ラサル迄ニ之ヲ略シ……英国行政法ヲ以テ独逸行政法ニ比較シタルノ点ニ至テハ只タ必要ナルモノ、ミヲ掲ケ……英国行政法ノ沿革ノ如キハ……諸



君カ已ニ英国憲法史ニ於テ学習シ得ラレタルモノトシテ之ヲ省ク」

また、東京大学の英米私法を担当し、英吉利法律学校の創始者の一人で、中央大学初代学長であつた菊池武夫は、「英米法学者」の観点から、江木の『虞氏英国行政法講義』に次の序を寄せている（一頁以下）。

「英吉利ノ行政制度ハ遠ク千百年ノ昔日ニ其ノ基ヲ開キ時勢ノ必要ニ從ヒ次第々々ニ之ヲ改良補修シテ遂ニ今日ノ結構美觀ヲ致セルモノナレバ新旧錯雜シ名実齟齬スル者甚ク少ナカラズ。故ニ其ノ制度ノ実相ヲ知ラント欲セバ先ツ其ノ沿革事跡ニ通曉セザルベカラザルハ今更喋々ノ弁ヲ要スル迄モナキコト乍ラ、此ノ沿革事跡ヲ講究スルコト極メテ困難ノ事業ニシテ英国ノ学者モ未タ嘗テ仔細ニ之ヲ取調ヘ能ク其ノ始末ヲ全フシタルモノアラザルノミナラズ、或ハ近ク現在行政ノ制度活動ヲ目撃シ乍ラ茫然トシテ、其ノ由来スル所ヲ知ラザルモノナキニアラズ。英国行政法理論ノ未タ今日ニ十分ノ發達進歩ヲ為スコト能ハザル所以ノモノ亦職トシテ茲ニ起因セズンバアラサルナリ。

抑モ一國制度ノ貴重スヘキ所以、其ノ研究ノ利益アル所以タル専ラ其ノ經歷ノ久シキ実験ノ数多ナル点ニ存シテ一朝一夕ニ構造シタル紙型制度（ペーパーコンステイテューション）ノ空理ニ存スベキモノニアラズ：・多年ノ実験經歷ヲ捨テ、徒ニ理論ニ狂奔スルモノ、如キハ予ノ素リ取ラザル所ニシテ：・心得違ノ飛越學問ナリト云フベシ。

而シテ英国行政制度ハ古來未タ嘗テ理論ヲ以テ非常ノ激變ヲ行ヒタルコトナク徹頭徹尾漸ヲ以テ發育成長セル健全ノ一体ナレバ、其ノ經歷実験ノ結果トシテ播根錯節縱横屈曲シテ殆ト由ル所ナキカ如クナレトモ、參差ノ中自ラ秩序ヲ存シテ整然不紊、条理ノ其ノ間ニ貫通スルノ妙趣アルハ敢テ疑ヲ容ルベキ所ニアラズ。然ルニ學者概ネ熟慮苦辛以テ其ノ蘊奧ヲ極ムルコト能ハス、一見以テ英国制度ハ他邦ノ倣ヒ得ベキモノニアラズトナス學者ノ英国制度ニ負クモノニシテ、英国制度ノ學者ニ負クモノニアラザルナリ。現ニ歐洲大陸ノ學者ハモンテスキュー氏以下往々英国制度

ニ注目シテ其ノ研究ニ従事セルモノ少ナカラズ。就中今日独逸第一流ノ碩学ト聞ヘタルグナイスト氏ノ如キハ自ラ英國ニ赴キ多年其ノ実況ヲ觀察シ英國学者ノ未タ着手セザル一大事業ヲ企テ而モ其ノ事業ノ極メテ困難タルニ関セズ、物ノ見事ニ之ヲ完成シタルハ英國制度ノ大知識ト称スベク、嘗ニ独逸ノ諸学者ノミナラズ英人自身ニシテ其ノ洪益ヲ享クルコト蓋シ少々ニアラザルベシ。我カ国モ亦近頃外国ノ制度ヲ参考シテ固有ノ旧制ヲ改良スルノ時運ニ遭遇シタレバ単ニ理論ニ適シタル制度ニ倣フノ危険ヲ避け、可成実験経歴ニ富ミタル制度ヲ研究シテ安全ニ其ノ改良ヲ施スハ今日ノ急務ト確信スル折柄：友人江木君：虞氏英國行政法ヲ訳述シテ将二世二公ケニセントス：此書ニシテ一タヒ世二出ツルアラバ英米ノ本国ニ於テハ未タ嘗テ研究セシ者ナキ英國行政法理ハ遠ク我カ国内ニ発達成育シテ遂ニ一派ノ学科ヲ成スニ至ルノ奇觀アラム」。

菊池は、この「序」でイギリス法の歴史的沿革からのイギリス法研究の困難性を指摘するとともに、「英國行政制度ハ古来未タ嘗テ理論ヲ以テ非常ノ激変ヲ行ヒタルコトナク徹頭徹尾漸ヲ以テ發育成長セル健全ノ一体」として位置づけ、グナイストのイギリス行政法を歴史的沿革を踏まえたイギリス人でも困難な業績として評価し、「我カ国モ亦近頃外国ノ制度ヲ参考シテ固有ノ旧制ヲ改良スルノ時運ニ遭遇シタレバ単ニ理論ニ適シタル制度ニ倣フノ危険ヲ避け可成実験経歴ニ富ミタル制度ヲ研究シテ安全ニ其ノ改良ヲ施スハ今日ノ急務」であるとして江木の講述の意味を高く評価している。

「可成実験経歴ニ富ミタル制度ヲ研究」することの重要性の指摘は、穂積の「法律進化論」に通じるところがある。この当時、イギリスにおいて行政法学が発達していなかったことは事実であり、その点でグナイストの著書が極めて重要な意味をもっていたことは否定できず、これによってイギリス行政法の概観を得ようとすることは意味のある

ことであつたといえよう。

## （二） 江木講述の範圍

しかし、他面、江木のこの講述は、上記のグナイストの著書の全てを講述したものではないことにも留意する必要がある。江木の講述の範圍は、グナイスト原著の第一卷「総論部分」(Allgemeine Teil) 第二分冊 (II Buch) 「行政法の一般的基礎」(Die Allgemeinen Grundlagen des Verwaltungsrechts) のうちの第一章「行政法の諸規範」(Die Verwaltungsnormen) 及び第二章「行政法の機関」(Die Organe des Verwaltungsrechts) 第一節「国王と王室顧問官 (Königlichen Räte)」の I から IV まで (I 「国王大権と權利 (Die königliche Prärogative und königlichen Ehrenrecht)」 II 「国王顧問官の理論 (Die Lehre von den königlichen Räten)」 III 「行政機関としての国会 (Das Parlament als Glied des Verwaltungsorganismus)」 IV 「枢密院 (Der Geheim Staatsrath, Privy Council)」) を講述したものである。従つて、グナイストの原著の内、第一卷第一分冊「イギリス行政法の歴史的基礎」、同第二分冊第二章「行政法の機関」第一節「国王と王室顧問官」 V 「枢密院から新しい内閣への移行」、第二分冊「中央行政官庁と直接国家官吏制度」、同第三節「自治行政の機関及び地方ボード」、同第三章「行政の統制」(「公法一般における法的保護及び法的統制」、 「行政統制の実施」、 「法的統制の実施」、 「行政法における議院統制の実施」の四節) 及び第二卷「各論」(外務、軍事、海軍、財務、内務(平和維持)、地方政府の内務等、商業・舟運・鉄道、司法、国教、大学等、領土等全二一章)、は、江木の講述には含まれていない。江木「講述」はあくまで「講述」であつて「翻訳」ではないから、グナイストの記述によりながら、江木が自己の考えを述べているところも少なからず存在することを注意すべきである。行政法講義「汎論」は、「講述」を簡略化したところもあるが、概ね、「講述」通りになっている。

## 二二 江木『行政法』汎論の内容

江木『行政法』汎論の概要を要約すると次のようである。なお、以下の要約部分をグナイストの原典と対照した結果、注意を要するものは、当該箇所について注記することとした。

### (一) 行政法の原理

#### ① 行政法ノ定義及起源 (二二―二八頁)

英国ノ行政法ハ法律、達令、習慣ノ三者ヨリ成立スルモノナリ。法律トハ国会ノ議決ヲ經テ發布セル法規ヲ云ヒ、達令トハ国会ノ手ヲ經スシテ諸官省ヨリ出ツル命令ヲ云ヒ、習慣トハ古来ノ風習慣例ヲ云フモノニシテ共ニ官民ノ遵奉スヘキ法則タリ。……(法律制定の沿革について時代を追つて概観……省略) エドワルト第三世ノ時代(在位一三二七―一三七七……筆者補)ニ……貴族ト平民トノ手ヲ經ルニアレサレハ法律ヲ發布スルヲ得サルノ原則ヲ生スルニ至リタリ。

この部分は『虞氏英国行政法講義』では、次のようにやや詳しく記述している。「エドワルド第三世ノ朝ニ及テ英國法上ニ所謂新条例(Statuta nova)ナルモノ起リテ此時始メテ、君主、貴族、平民三者ノ共同作用ニ依リタル君主ノ命令ニアラザレハ之ニ附スルニ法律タルノ効力ヲ以テスルコトナシ……以来凡ソ法律ハ国会ノ議決ヲ經タル旨ヲ記載スルヲ以テ常則トス……法律ハ……全国家ノ意思ヲ代表スヘキ最高ナル規律ニシテ上下兩院ノ承諾ナクシテ之ヲ變更スルコト能ハサルモノトナレルナリ」(二一頁以下)。

なお、江木は汎論において「英国ニ於テハ「法律」ヲ「スタチュート」Statute 又ハ「アクト」Act ナニシテ、達令ヲ「ラ

ルジナンス」Ordinance ト云ヒ、習慣を「ロモンロー」ト云フ、「右三者ノ法律ヲ総稱シテ「ロー」ト云フ、法律を仏では「ロハール」Loi、独では「ゲゼツ」Gesetz、達令を仏では「オルトナンス」Ordonnance、独では「フヘルオールドフング」Verordnung としてゐる（各国語は筆者）。この部分は、原文にはなく、江木が独自で付け加えたものであると思われる。また『虞氏英国行政法講義』の注（一〇頁）と対照すると、Statute を「条例」と訳してゐる。

② 行政法律ト達令トノ干係ヲ論ス（二八〜四二頁）：以下原文を便宜前後入れ替えて引用

行政法律（行政事項に関する法律：：筆者補）ト達令トハ如何ナル点ニ於テ區別アルカト云フニ、達令ハ単ニ行政法律ヲ以テ規定セサル事柄ニ付キテ定ムルモノニシテ、：：法律ト抵触セサルトキハ其ノ効力タルヤ更ニ行政法律ト異ナルコトナシ。故ニ達令ニ於テモ諸官省ノ遵奉スヘキ法則タルニ相違ナシ。左スレハ効力ノ点ニ於テハ異ナルコトナキモ、廢停變更ノ場合ニ至テハ二者相異ナル所アリ。即チ達令ハ達令ヲ以テ之ヲ廢停變更スルコトヲ得ヘク、又其達令ヲ發シ得ルノ権力アル官省ハ之ヲ廢停變更スルコトヲ得レトモ、行政法律ハ達令ヲ以テ之ヲ廢停變更スルコトヲ得ス、唯行政法律ノミ之ヲ能クスルナリ。

英国行政法ノ最モ著シキ性質ハ行政法中達令ヲ以テ規定スルモノ甚タ少クシテ、法律ヲ以テセルモノ甚タ多キ一事ナリ。

英国ハ既ニ第十四世紀ノ昔日ニ於テ其社会上ノ發達ニ促サレ：：已ニ營業及ヒ収税ニ関スル数多ノ条例、勞役、警察ニ関スル大ノ法律、乞食無宿者ニ関スル一般ノ刑律及ヒ宿屋取締、衛生警察等ニ関スル条例等アリテ皆法律ノ性質ヲ帯ヒタリ。：：第十八世紀ニ於テハ時勢ノ変移ニ応シテ大ニ行政法律ヲ布カサルヘカラサルニ至レリ。但シ時勢ノ變遷ニ応スルニハ必スシモ行政ノ法律ヲ以テスルヲ要セサルカ如シト雖トモ、是レ英国行政

法ノ原則ニ依リ、一タヒ法律ヲ以テ定メタル事ハ毫末ノ變更廢停モ亦タ法律ヲ以テセサルヘカラサルニ由レリ。而シテ更ニ第十九世紀……ニ及ヒテハ社会上及ヒ行政上ノ變更益々甚シキヲ加ヘ、從テ之ヲ規定スヘキ法律ヲ増加シ……今上ビクトリヤ女王ノ發シタル法律條例ハ盡ク前代諸王ノ發シタル法律條例ノ総数ヨリ多シト云ヘル諺ニ背カサルナリ。

然ラハ條例<sup>(マコ)</sup>(達令の誤りか。『虞氏英国行政法講義』一八頁では当該箇所は「達令」とされている。)ヲ以テ規定スル所ノ余地ナキカト云フニ決シテ然ラス。凡ソ世上ノ事ハ千種万類ナルヲ以テ独リ法律ノ之ヲ網羅シ尽サントスルモ到底為シ得ヘカラサルノ業ニシテ……條例ヲ以テ定ムル場合ヲ左ノ三個トス<sup>(達令)</sup>

第一 執行細則 法律ヲ以テ行政上ノ基本大則ヲ規定シタル場合ニハ之ヲ執行スルニ必要ナル細則アルニアラサレハ能ク法律ヲ實際ニ運用セシムルコトヲ得サルヘシ。……独逸ニテハ既ニ第十八世紀ニ於テ此必要ヲ覺トリ、行政諸官省ニ委ヌルニ達令發布ノ權ヲ以テシタレトモ英国ニ於テ第十九世紀即チ現世紀ニ及ンテ始メテ独逸ト同一ノ必要ヲ感シルニ至レリ。

第二 外交上ニ関スル達令 外交事務殖民地事務等ハ政党内閣ノ主義ニ從ヒ自由ノ活動ヲナスヘキ余地ヲ存シ達令ヲ以テ規定スルモノ甚タ多シ。

第三 地方事務ニ関スル達令 現ニ市邑ノ安寧幸福ニ関スル制度ハ其地方ノ狀況相異ナルヲ以テ一二法律ヲ以テ規定スルコトヲ得ス。

……而シテ達令ニ三個ノ種類アリ。

第一種 独立ノ達令 此達令ハ憲法上行政ノ範圍ニ属スル事項ニシテ未タ行政法律ノ規定セサル事項ニ関

スル一ノ行政達令ヲ云フ。：：独立ノ達令トハ行政官衙カ自己ノ独立ヲ以テ達スル行政令ヲ云フ。然ルニ第十八世紀ニ於テハ、此独立ノ達令ヲ以テ規定スヘキ条項ノ範圍極メテ狭小ナリシモ、外交事務殖民事務及ヒ官衙ノ組織法ニ関シテハ重要ナル枢密院令ナルモノアリテ、独立ノ達令タル性質ヲ備ヘタリ。此院令ハ法律上ニ於テハ枢密院ノ評議ヲ経テ発スヘキ告示又ハ命令ニシテ官報即チ「ロンドンガゼット」新聞ニ搭載スルヲ以テ其ノ公布式トス。：：外交事務ノ行政ニ関スル枢密院令ハ宣戰講和ノ告示、戰時捕獲船ノ禁令、檢疫所開閉ノ公示及ヒ条例執行ニ関スル方法細則トス。殖民地事務ニ関シテハ枢密院ハ、特ニ法律ヲ以テ許容シタル立法議會ノ設ケナキ殖民地ニ対シテ法律及ヒ達令ヲ発スルノ權ヲ有シ且ツ適法ナル立法議會ヲ設ケタル殖民地ト雖トモ其ノ議會ノ發シタル法律ハ院令ヲ以テ之レカ改正破壊ヲ為スコトヲ得。：：内治事務ノ行政ニ関シテハ枢密院令ハ甚タ自由ノ活動ヲ為スコトヲ得ス。如何トナレハ已ニ法律条例ヲ以テ定メタル事項極メテ数多ナルノミナラス院令ヲ以テ新ニ罪名ヲ設ケ又ハ刑罰罰金ヲ科スルコトヲ得サルヲ以テ英国行政法ノ原則トナレハナリ。

第二種 執行規則 行政法律ヲ以テ一般ニ規定シタル大綱基本ヲ執行スル細則ヲ云フ。：：司法省又ハ内務省ト云フカ如キ其一省管轄内ニ属スル事項ニ止マルモノハ該省大臣ノ副書シタル勅令ヲ以テシ、：：一般各省ニ関スル事務ハ総理大臣ノ副書シタル勅令ヲ以テス。

第三種 法律ノ許可ニ依リ發布スル達令<sup>(46)</sup> 法律条例自身中ニ於テ其法律ニ関スル細則ハ特ニ官署達令ヲ以テ之ヲ規定スルコトヲ許シ、又命シタル所ノ行政令ニシテ、法律条例中此事ヲ記載スル条項ヲ称シテ許權節目ト云フ。(原語「エンパウハイリソングクローズ」empowering clauses) : : 内治事務ニ関シテハ其細則ニ至ル

マテ：…甚タ数多ナルニ関ハラス、近世ニ於テハ大ニ此種ノ達令ヲ以テ定ムヘキ事項ノ範圍ヲ拡張シ：…現今ニ至テハ議院ハ条例ニ由リ君主ニ委スルニ枢密院令ヲ發シテ規則ヲ設ケ、又ハ各省大臣若クハ中央官衙ヲシテ此種ノ達令ヲ發セシムルノ權ヲ以テセリ：…斯クノ如キ達令ノ驚クヘキ迅速ナル範圍ノ拡張ニ依リ万般ノ達令ハ尽ク君主ノ主裁セル枢密院ノ機關ヲ經由シテ之ヲ發布スルコト甚タ難キニ至レルヲ以テ、君主ノ發スル達令ノ外又省令ナル一種ノ達令ヲ生シタリ。之ヲ要スルニ枢密院令ハ公共ノ利害就中財産ノ自由及ヒ交通ノ自由ニ多少ノ關係ヲ有スヘキトキハ諸大臣ノ協議ヲ經テ發スヘキモノタルヲ以テ通則トス。

(例外的に：筆者補) 君主ノ有スル特赦權ノ如キハ法律ヲ變更スルモノナルモ恰モ之ヲ慣習法ニ基キタル君主ノ特權ナルカ如クニ見做シ、又外國ニ對シテ開戦ヲ布告シタルノ秋ニ際シテハ君主ハ實際局外中立國及其他ノ諸邦ニ對シテ現行ノ商業條例ヲ變更スルコトアルモ、之ヲ君主ノ特有ナル宣戰講和ノ權ヨリ自カラ發生シタルモノト論結セリ。然レトモ茲ニ注意スヘキハ、英國憲法ノ原則ヨリ推究スルトキハ凶年飢饉ノ如キ危急ナル時期ニ際スルモ、現行法ナル自由輸出ノ條例執行ヲ停止シテ食料品ノ輸出ヲ禁スルカ如キ君主ノ權力アルヘキモノニアラス。故ニ英國ニ於テハ止ヲ得ス其処分ヲ大臣ニ放任シ大臣ハ自己一身ノ責任ニ由リ危險ヲ侵シテ断然現行法律條例ヲ停止セサルヘカラス。尤モ此場合ニ於テハ大臣ハ越權ノ処分ヲ以テ猥リニ法律條例ヲ停止シタルノ罪アルハ勿論ナリト雖トモ、議院ハ後ニ至リテ赦免條例ナルモノヲ發シシノ罪ヲ赦免スルヲ以テ通則トス。

③ 省令、州令及ヒ市邑令(四二頁以下)

凡ソ達令ヲ發スルノ權ハ施政權ト同シク之ヲ國家ノ高等下等ノ諸機關ニ分任スルコトヲ得。而シテ其分任セ



ラレタル機関ノ数多ナルニ從ヒ達令ヲ發スル場合ヲ増加セリ

…今マ君主ノ委任ニ基キ發シ得ヘキ達令ヲ分類スルトキハ左ノ三種トスルコトヲ得<sup>(46)</sup>

第一 省令 (Departmentsordnung…筆者補、以下同) 即チ各大臣ノ發スル所ノ中央官衙達令ニシテ之ヲ総則命令、達令手続等ト称ス。

第二 州令 (Bezirksverordnung) 即チ細則 治安判事庁又ハ州内軍務副官庁ノ總令、特令等ト称スル達令ヲ云フ

第三 市邑令 (Localverordnungsgrecht) 即チ市邑又ハ其他ノ團結ヨリ發スル細則

以下のそれぞれの説明部分については、特に重要であると思われる部分のみを要約しておく。

省令 今日ニ至リテハ…苟モ多少重要ナル行政ノ新法律条例ナランニハ其条中ニ與權節目ヲ包含セサルモノ殆ント之レナキニ至リシヨリ、中央官衙ハ毎ニ達令ヲ以テ其執行ノ方法細目ヲ定メサルヘカラサルノ必要ヲ發シ…省令ヲ發スルヘキ機會ヲ増加セリ。法律条例中ニ與權節目ヲ置キ中央諸官衙ニ發令權ヲ附與スルニハ大概左ノ數原則ニ從フ。

国交際ニ関シ又ハ直接ニ人民ノ財産若クハ人身ノ自由ニ干渉シ又ハ国家行政組織ノ大本ニ関スル事項ハ枢密院令、若クハ諸大臣ノ協議ヲ經タル勅令即チ君主ノ達令ヲ以テ規定セシム。<sup>(47)</sup>

財務政行政上ノ達令ハ…行政全体ニ交渉スルヲ以テ、財務院ノ有シタ…發令權ハ甚タ重大ナリ(以下省略)<sup>(48)</sup>

貧民救済ニ関スル事務ハ濟貧局ナルモノアリテ其ノ行政ヲ掌リ、其ノ局長ハ第二位ノ行政長官ヲ以テコレニ充テタリシカ、近世ニ至リテ大ニ其ノ權限ヲ拡張シ…数多ナル行政事務ヲ掌ラシメ…其ノ局ヲ地方政務局

(Local Government…筆者補)ト改称シテ：一省ヲ創立セリ。而シテ、此ノ…：条例ヲ以テ新設シタル新官局 (Parliamentary Boards…筆者補)ニハ諸省ノ大臣ヲ以テ其ノ局員ニ充テ…：局員タル諸大臣ハ…：常務ヲ執ルコトナシト雖…：局務執行上ニ於テ省令ヲ發ス(ルトキ…：筆者補)…：一般施政ノ大主義ト一致協合シテ彼此互相ヒニ抵触スルノ患ナカラシム

印度事務ノ行政(省略…：筆者)

司法事務ノ行政(省略…：筆者)

要スルニ各省主管ノ事務ニ付キ其ノ章程ヲ制定スルノ權ハ各省又ハ往々第二位ノ官署ニ委任シ、其諸省ト相牽連スルモノハ高等行政長若クハ内閣諸大臣ノ多数ニ依リ之ヲ官督整理ス。…：此等各省發令ノ權利ハ国家行政上極メテ重大ナルモノニシテ苟モ之ヲ忽ニスルコト能ハサル者ナルヲ以テ、国会モ…：與權節目ニ一條ノ追加ヲ為シ、此等ノ省令タル達令規則ハ宜シク之ヲ国会ニ呈出シテ上下兩院ノ認知ヲ得ヘキモノタル旨ヲ命セリ。故ニ斯カル追加ノ一條ヲ添ヘタル與權節目ハ近世ノ行政法律中數々見ル処ナリトス。

## 第二 州令

(歴史の経緯省略…：筆者)

此ノ数十年來ノ法律条例ハ中間官庁…：ノ發スヘキ自立ノ達令規則ヲ減少シテ大ニ其發令權ヲ退縮セシメタリ…：(此レ)行政上一般ノ統一ヲ得セシムルノ意ニ出ツルナリ。故ニ現今ニ在テハ中間官衛ノ達令規則(州令)ハ必ス大臣ノ認可ヲ要スルノミナラス、各省大臣ハ又タ之ヲ破毀スルコトヲ得ルヲ以テ通則トス。

## 第三 市邑令

（歴史の経緯省略：筆者）

十九世紀ノ今日ニ於テハ省令州令若クハ市邑令タルヲ問ハス共ニ一般ノ行政法律ト一致和合シ加フルニ行政上及ヒ司法上ノ裁判管督：：ニ依リ此ノ一致和合ヲ堅固ナラシムルヲ以テ此等諸種ノ達令規則ト法律條例ト互ニ相抵觸スルカ如キノ弊害アルヲ見ルコトナシ。

④ 第十九世紀ニ於ケル行政法律ノ編制類纂（コンソリデーション）（五八頁）

英国ニ於テハ古来ノ法律条例累積シテ山ヲ為スノ多キヲ致シ、事ヲ好ムノ徒ハ官民共ニ亡失シタル陳腐ノ法律ヲ搜出シ行政裁判ニ於テ其ノ適用ヲ請求スルモ法官ハ常ニ之ヲ拒ムコトヲ得サルノ弊害ヲ發生セリ：：英国内一万余ノ治安判事及其他ノ名譽官吏ハ数千ノ多キニ及ヘル法律条例ヲ適用スルノ煩勞ヲ取ラサルヘカラサルモノナレトモ、其根拠トスヘキモノハ民間ノ諸著書及ヒ熟練ナル下等書記生ノ補助ニ在ルノミナラス、而カモ其ノ書籍タル一定ナル正確ノ秩序ヲ存スルモノニ非スシテ僅カニイロハ順序ヲ以テ之ヲ編成シタルモノニ過キササルナリ。

故ニ行政法律成典編纂ノ挙ノ如キハ英国ニ於テハ未タ嘗テ之ニ着手セルモノナシト雖、近世ニ至リテ：：諸種ノ行政法律ヲ合纂編成スルノ傾向ヲ生シ古来ノ旧条例ヲ改正合纂シタル法律条例甚タ少ナシトセス。而シテ：：各行政事務ノ區別ニ從ヒ之ヲ類纂スルヲ以テ最モ容易ニシテ且ツ簡便ナル方法ナリトス。：：左ニ掲ケタル十一門ノ類別ヲ：：。<sup>(49)</sup>

以下においては、筆者の判断により、主にその分類だけを記しておく。<sup>(50)</sup>

一 外交事務

- 二 陸軍事務
- 三 海軍事務
- 四 財政行政
- 五 内務行政 (甲) 治安維持の旧主義(官吏に権限を与える方式)による場合(近年地方議会等の集合体に権限を移したることによって減少している)(一) 安寧警察事務、(二) 無宿者・乞食取締警察、外国人取締事務、(三) 出版結社、(四) 営業(一般的なものはない)、(五) 風俗警察、(六) 衛生警察、(七) 職工労役者等ノ人身ノ保護、(八) 道路及ヒ水路取締警察、(九) 獣獵及ヒ魚獵警察事務、(一〇) 採鑛警察、(一一) 癩凶者警察、(一二) 刑罰執行上ノ事務、
- (乙) 治安維持ノ新主義・地方議会ノ選定セル地方評議局(Board)及ヒ管督員(Commissioner、Inspector)ヲ新設シテ之ニ自治行政ノ事務ヲ掌ラシム。(一) 道路行政、(二) 済貧事務、(三) 身分登記、(四) 衛生、建築、福祉警察、(五) 市府構成、(六) ロンドン首府行政
- 七 商業航海、鉄道行政
- 八 司法事務 裁判事務ハ全ク行政ト独立シテ慣習法及ヒ憲法ニ於テ規定スヘキモノトス。然レトモ司法行政ト裁判事務トハ：互ニ相俟チ二者ノ機能能ク共同ノ作用ヲ為スニアラサレハ實際司法事務ノ活動ヲ見ルコト能ハサルナリ(裁判所構成法、裁判手続法、特別裁判所構成法(破産、婚姻、海上裁判)、検事、代言人、公証人等
- 九 教会事務

十 教育事務

十一 殖民地事務

新条例：…果タシテ如何ナル程度迄旧条例ヲ変更廢止シタルカ實際上頗ル困難ヲ来スノミナラズ、更ニ新条例ノ再三再四ノ改正アル毎ニ此ノ困難ヲ甚フスルノ不便アリ。故ニ英国政府ハ老練ナル校閲委員ヲ選定シテ、旧法律条例中如何ナル章節条目ハ新條令ニ於テハ直接又ハ間接ニ廢止セラレタルカ否カラ審査セシメント欲シ、一八五六年以來：…法律条例審査条例：…ヲ布キテ此ノ委員ヲ設ケ新条例中其ノ付録トシテ其ノ審査ノ結果ヲ表出サセタリ：…右ノ審査方法ニ依リ汎博涯ナキ法律条例モ漸ク之ヲ蒐集シテ官民ノ便ヲ増スコトヲ得ルニ至レリ（制定法年代別目錄及索引 *die Chronological Table and Index of Statute, 8. Ausgabe 1882. Unter der Controle einer Reductionscommission (Sir Erskine May und 6 rechtskundigen Autoritäten)*）。

(二) 行政の機関（八五頁以下）

江木は「行政ノ機関ハ分ツテ三種トス。第一ハ君主及君主補佐官、第二ハ中央官署及国家直轄ノ官署、第三ハ自治行政ノ機関トス。而シテ第一及第二種ノ機関ノ何物タルカハ英国憲法ニ記スル所ニシテ諸書ニモ散見スルモノアレハ特ニ之ヲ詳ニスルヲ要セサルヲ以テ予ハ講述ノ順序ヲ失セサル迄ニ之ヲ略述シ、主トシテ第三種ナル自治行政ノ機関ヲ論述セム」としている（八五頁以下）。しかし現実の講義は、第一種、第二種で終わり、第三種には及んでいない。これは、『虞氏英国行政法講義』でも同じである。講義が第三種に及んでいない理由は、講義時間の問題とされている（一五八頁）。ここでは、典型的に立憲君主制を論じている部分及び国会の位置づけに相当する部分のみを要約しておくこととする。

① 第一節 君主の專權 (大權 Prærogative) 及君主の尊榮 (權利 Ehrenrecht) (八六頁以下)

今日：：君主貴族及人民三族ノ有スル万種ノ政權ハ其淵源ナル君權ヨリ發生セサルモノモ亦一方ニ於テハ君權ハ国会ノ議決ニ出テタ根本法律ニ基クヘキモノナリ。：：土地所有權ノ原理、州務官及治安判事ノ地位權限、市府ノ獨立、自由、議員ノ選舉權、貴族世襲權、三族合議權等ニ関スル事項ハ、古來ノ憲法裁判断例ニ基キ解釈判断セサルヘカラサル英國法理ハ、沿革上此等ノ政權自由權ヲ以テ君權ニ基キタルモノトシ、彼ノ共和主義ノ理論ニ基キタルモノトスルコトヲ得ス。又君主ノ特權ハ凡テ國法ノ規定ニ從ツテノミ存在スヘキモノニシテ、國法外ニ存在スヘキモノニアラサルコトハ沿革上并ニ實際上争フヘカラサル事實ナリ。是レ今日ニ於テハ英國君主ハ復英國國土ノ所有主ニアラストスルノ原則ニ基クモノニシテ：：君位承襲權ハ三族ノ合議ニ出テタル議院ノ議決ニ基カサルヘカラサルモノトナセリ。君主ノ特權ハ：：君位ノ世襲、人身上ノ無責任、施政ノ權力及ヒ歳入ノ四類トナ：：スヘシ。

(第一類) 君位ノ世襲トハ：：君位ニ対スル皇族世襲權ヲ指スモノニシテ：：一般君位ノ相続權モ亦国会ノ議決ヲ經テ君主ハ之ヲ變更スルコトヲ得。：：(第二類) 君主ノ人身上ノ無責任トハ君主ハ刑法上ノ責任ナキコトヲ指ス。：：(第三類) 君主ノ權力トハ君主ノ施政權ヲ指スモノニシテ、其之ヲ君主一人ニ委任シタル所以ノ者ハ專ラ施政ノ統一ニシテ迅速ナルト及之ニ加フルニ威力ヲ有セシメンカ為ナリ。故ニ英國ノ君主ハ単ニ英國人民ノ仰クヘキ最高ノ行政長タルノミナラス、又唯一ノ元首ニシテ其他ノ行政機關ハ皆君主ノ委任權ニ由リ君主ノ配下ニ屬シテ活動スルモノタルニ外ナラス。：：(第四類) 君主ノ歳入ハ通常之ヲ君主ノ特權中ニ包含セシムレトモ、本來君主ノ特權ニ屬スル歳入ハ一般歳入中ノ一部即チ通常歳入ノミニ限りテ、其他ノ歳入即チ

非常歳入ハ国会ノ議決ニ由リテ生シヘキモノニシテ、今日ニ於テハ国库ノ歳入ハ主トシテ国会ノ議決ヲ得タル法律条例ヲ以テ之ヲ定ム。但国会ハ専ラ歳入ヲ議決スル迄ニシテ其配分使用ニ至リテハ、唯之ヲ監督スルニ止マレリ。尤国库歳入ノ徴収配当及支出事務ハ君主ノ配下ニ属スル行政機関ニ於テ之ヲ管掌ス。

② 第二節 君主の補佐官（王室顧問官 *königliche Räten*）（一一四頁以下）

第一 上下両院ノ総体ハ至高ナル君主補佐官タルハ英国国会ノ起源沿革上争フヘカラサル原理ニシテ：法律ノ両院各議員ニ許スニ言論ノ自由拒捕ノ自由其他人身上ノ特權ヲ以テスル者ハ蓋両院ノ至高補佐官タルノ故ニ出ツルナリ：<sup>(51)</sup>

③ 第三節 行政の一機関としての国会（一一八頁以下）

今日ノ国会政府ノ制度（ハ）君主ニシテ其專權ヲ濫用シ適法ノ区域ヲ脱シタル処分ハ：之ヲ不法ノ者ト云ヒ以テ拒絶スルコトヲ得ルニ至レリ

（一六四一年星法院の廢止により：：筆者補）枢密院ノ權限審判權又ハ其達令ニシテ人民ノ財産權ヲ侵シ若クハ刑罰ノ制限ヲ附スル者ハ盡ク之ヲ不法トシテ無効タラシメタリ。是ヨリ以降枢密院ニ於ケル君主主權ハ非常ナル無限ノ專權ヲ有スルヲ得サルニ至レリ。

国会ノ承諾ヲ得ルニアラサレハ、租稅ヲ徴收スルコト能ハサルヲ以テ憲法ノ原則トスルカ故ニ、罰金手数料ノ賦課關稅道路稅等ノ徴收ハ必ス国会ノ議會ヲ經サルヘカラス。

權利條款（權利章典：：筆者補）ノ法律ニ依リテ君主ハ国会ノ議決ヲ經ルニアラサレハ法律條例ヲ廢停スルヲ得ス。

法律ノ制度廢止ハ共ニ同一ノ權力ニ依ルヘキナルモノナルヲ以テ国会ノ議決ヲ經タル法律ハ復国会ノ議決ヲ經タル法律ニアラサレハ之ヲ廢止變更スルコトヲ得ス。

下院ハ：：国家行政上一般ノ監督ヲ行フノミナラス時々ノ事務ニ応シテ變移スヘキ行政処分ニシテ昔日ハ君主ノ行政権内ニ屬シタルモノト雖モ、今日ハ国会ノ議決ヲ要スルコト少カラス。而シテ国会ニシテ斯ル行政処分ヲ行フニハ時及場所ニ依リ或ハ法律ノ形式ヲ以テシ或ハ決定決議ノ形式ニ依ルモノアリ。

：：行政上ノ処分ヲ為スカ為ニ国会ノ發布スル法則ヲ名ケテ私条例ト（云フ）。英国ニ於テハ法律條例ヲ大別シテ二種トナシ、一ヲ公条例ト稱シ全国ニ通用スヘキ一般ノ法律ヲ指シ、一ヲ私条例（プライベートアクト）ト稱シ一個人若クハ一地方ノミニニ通用スヘキモノヲ地方条例ト謂ヒ、特種ノ人ノミニニ適用スヘキ者ヲ一身の条例（ペルソナルアクト）ト謂フ。：：（私条例ハ）多衆合同ノ議會ニ於テ処理シ得ヘキモノニアラサルヲ以テ国会ハ：：有給專任官吏ヲ任命シテ此等ノ事務ヲ掌ラシム。

：：上院ハ専ラ離婚、帰化、不動産売買等ニ関スル議決ヲ發シ、下院ハ金錢上ノ点ヨリシテ専ラ地方改良、市街修築、夜間ノ警備巡察、道路ノ葺石又ハ出費ヲ要スル市邑警察制度ノ創設、道路、橋梁、鉄道、運河ノ開設等ニ関スル議決ヲ發議權ヲ有ス。

然レトモ右ノ手續ハ近世ノ社会ニ於テハ：：煩勞ニ堪ヘサルモノ多キカ故ニ、：：鉄道敷設ニ関スル許可：：等ノ成規ニ関スル事務ノ許可等ニ就テハ暫時ノ仮達令ヲ以テ先ツ之ヲ処理シ、而シテ後国会ノ追認ヲ經ヘキモノト定メタリ

④ 第四節 枢密院の権限・組織（：：省略）



### 「三」 江木と同時代の二人の著作

上記のように、江木はグナイスト原著の第一巻第二分冊第一章「行政法の諸規範」及び第二章「行政法の機関」第一節「国王と王室顧問官 (Königlichen Räte)」のIからIVまでの「講述」を、ほぼそのままの内容で、「行政法汎論」としてしている。その内容は、イギリスにおける議会制度の発達とこれによる「法律の優位」を示すに十分な内容であり、明治憲法制定前の段階で、このような内容が「講義」として伝えられたことの意味は少なくないと考えられる。江木が講述した「行政法の諸規範」の部分は、後にふれるラートゲンの「政治学」や「行政学講義」にも纏まった形では見られないところであり、「行政活動を法規範との関係」で考察するには、重要な視点を学生に与えるものであったといえよう。しかし、他面、江木の「講述」の範囲が限定されていたことから、この「汎論」がイギリス行政法の全部を伝えるに十分であったか、という問題は基礎的な問題として存在する。次に江木と同時代の英国制度紹介の二つの事例を概観することとする。

#### (一) 江木とラートゲンによる英国制度の紹介

江木の「行政法」講義に先立つ明治一五年から東京大学文学部第二学科(政治学及理財学)において行われていたカール・ラートゲンの政治学の講義は「主トシテ独逸及英国ノ兩憲法ヲ材料トシ：立憲君主制ノ国家、憲法及行政ノ原理ヲ説明シタ者」であり、ラートゲン自身、「政治学ノ範圍タル實ニ広漠タルモノナレドモ：先ス公法ノ原理定則ヲ審ラカニスルヲ以テ緊要トス。故ニ方今欧土ニ領袖タル諸邦即チ普国(日耳曼) 英国及ヒ仏蘭西洋諸国ノ国体組織ヲ明ラカニセンカ為メ」<sup>(53)</sup>、として、政治学の中で英国の事例を取り扱っている。とりあえず、ラートゲン『政治学』

の目次からすると、「上巻」では「英国立憲君主制」（二三七頁以下）、「中巻」では「英国中央政府」（二七五頁以下）、「英国地方制度」（二五〇頁以下）、「英国行政裁判制」（四七三頁以下）、「下巻」 「英国貧民救助制度」（六九頁以下）、「英国初等教育制度」（二七〇頁以下）、「英国大学制度」（二〇二頁以下）がこれである。ラートゲンは、江木より「広範囲」に英国法を取り扱っていたと云えよう。また、ラートゲンは「政治学」と並んで「行政学」も講義していたが、独逸学協会で行った「行政学講義録」（明治一八年）<sup>54</sup>の中でも「第一ニ行政ノ原論ヲ略説シ、第二ニ独（亨）英仏三國ノ行政ノ異同ヲ講明シ、第三ニ行政ニ属スル各事項ヲ説悉スヘシ」とし、「三國ノ行政ノ異同ヲ講明」するために「英国ノ地方政治」（二七六頁以下）を取り上げている。

英国の地方自治については、「政治学」における説明よりも「行政学講義」の方がより詳しい。この意味では、江木の「行政法汎論」が時間切れで、「英国自治論」に及ばなくても、学生にとっては、それほど大きい問題でなかったのかもしれない。

ラートゲンがイギリスを重要な比較の対象としていたことは上記の通りであるが、もとより、このことがラートゲンがイギリスの制度を積極的に評価することにつながっていたわけではない。例えば、イギリスの法制度を考える場合に重要な要素となると一般的に云われている地方自治制度について、ラートゲンは、「行政学講義」で「グナイスト氏……ノ説ニ依レハ、……自治ハ官治ノ反対ニアラス却テ其ノ一種ナリ。各地方ノ互ニ法度ヲ異ニシ独立スルモノノ如キハ自治ニアラス。総テ一政府ノ統轄ニ歸スルアラサレハ真正ノ自治起コラス。是ニ於テ自治ノ本体如何ヲ推究スルニ蓋、地方組合ニ於テ其ノ地方ノ資金ヲ以テ相共同シテ処理スルヲ得ルトコロノモノ是ナリ」「近来マイエル、スタイン、及ラバンント等……之ヲ補ヒ夫ノ特異ナル英国ノ組織ヲ以テ必シモ自治ノ真況トナスヘカラス、此ノ如クナ

ラサルモ尚自治ナルモノ之アルヘシト論シ」(二〇五頁以下)とし、また「政治学」では、「地方制度ノ発達完備シタル未タ英国ノ右ニ出ル者アラス。地方制度ノ紛糾錯雜ナル亦英国ノ下ニ在ル者有ラサルナリ。蓋シ英国人民ハ元來甚タ自治自營ノ精神ニ富ミ、兼ネテ不羈獨立ノ氣象ヲ有スルヲ以テ、古來中央政府ノ誘掖干涉ヲ待タスシテ隣保相團結シテ自ラ公私ノ生活ヲ經營スルノ習慣アリ。是レ其夙ニ大陸諸國ニ冠絶シテ発達完備ノ域ニ達シタル。然レトモソノ氣風ハ守旧漸進ヲ愛シ：其地方制度モ亦自然ノ発達ニ任セテ：是其紛糾錯雜シテ取テ画一ノ秩序アラサル所以ナリ。故ニ英国地方自治ハ独リ其精神ヲ取ル可クシテ其形式ヲ取ル可ラス。其運転活用ノ妙ハ之ヲ学フニ足り、其組織制度ノ跡ハ敢テ学フニ足ラサルナリ」(二五〇頁以下)、とし、全体的にはプロイセンの制度の優秀性を説くものであったとされている<sup>(56)</sup>。

その際、ラートゲンはイギリスの政治にとって欠くことのできない議會主義に全く考慮を払っていない、とする意見もある<sup>(56)</sup>。しかし、ラートゲンは、『政治学』上の立憲君主制の中で、相当の分量を割いて「英国立憲君主制」を概観し(一三七頁〜一六五頁)、その中で君主と国会の関係、国会と内閣との関係、選挙権の拡大等の問題を取り上げているから、英国の議會主義にそれなりの考慮をはらっていたというべきであろう。むしろ問題は、ラートゲンが次のように三権分立を把握していたことにあるというべきであろう(『政治学』中、九四頁以下)。

「仏國ノ碩学「モンテスキュー」多年英国憲法ヲ研窮シ其行政權ハ政府ニ在リ、其立法權ハ国会ニ在リ、而シテ其司法權ハ裁判所ニ在リト認定シ、三権鼎立ハ元來是レ國家ノ真相ナル可キヲ主張セシヨリ、忽チ欧米ノ學術社会ヲ震蕩シ、数十年間國家学上ノ定説トナリ、復タ之ヲ疑フ者無キニ至レリ。然ルニ國家学ノ一新ト共ニ漸ク三権鼎立論ノ非ナルヲ發見シ、立法權ハ国会ニ在ラスシテ国会ニ於ケル君主ニアリ、行政權ハ政府ニ在ラスシテ政府ニ於ケル君主

ニ在リ、司法権ハ裁判所ニ在ラスシテ裁判所ニ於ケル君主ニ在リ。蓋シ国家ノ主権ハ唯一不可分ニシテ其本体並ニ作用尽ク君主ノ一身ニアリト雖モ唯之ヲ作用スルニ當テハ政府国会及裁判所等ノ補助機関ヲ通シテ之ヲ執行ス可キノ原則漸ク明ラカニナルニ至レリ」

そしてこのような考えは、江木がグナイストと共に「今日：・君主貴族及人民三族ノ有スル萬種ノ政權ハ其淵源ナル君權ヨリ發生セサルモノモ亦一方ニ於テハ君權ハ国会ノ議決ニ出テタル根本法律ニ基クヘキモノナリ。：・土地所有權ノ原理、州務官及治安判事ノ地位權限、市府ノ獨立、自由、議員ノ撰挙權、貴族世襲權、三族合議權等ニ関スル事項ハ、古來ノ憲法裁判断例ニ基キ解釈判断セサルヘカラサル英國法理ハ、沿革上此等ノ政權自由權ヲ以テ君權ニ基キタルモノトシ、彼ノ共和主義ノ理論ニ基キタルモノトスルコトヲ得ス。」（『行政法』汎論八七頁以下）とするこ  
とと通底するところがあるといふべきである。<sup>(57)</sup>

## (二) 江木と高田早苗による英国制度の紹介

上記のように江木はグナイストにより、イギリス行政法を講義するのであり、またラートゲンも基本的にはグナイストを始めとするプロイセンの理論によつて英國の制度を紹介検討するものであるが、イギリスの文献によつてイギリス行政を講義しようとする方法もあつた。それは、高田早苗の『英國行政濼』である。この印刷物は、明治一七年に「附印刷以代謄写勞」ものとして刊行されたもので、出版元は記録されていないが、おそらく東京専門学校（早稲田大学の前身）の出版に係るものではないかと思われる。その構成は次のようである。<sup>(58)</sup>

上編 中央政治論…総論、内閣、大蔵省、内務省、外務省、殖民省、陸軍省、印度省、海軍省、商務省、地方政務局、枢密院、内爾局及其他諸局、英国中央政府の傾向の一四章

下編 地方政治論…総論、地方政治ノ全局、パリツシユ、ユニオン、ミニニシパルボロー municipal borough、  
カウンティ、衛生区画、学校区画、道路区画及埋葬区画、中央都市（メトロポリス）、中央の監督の一四章

① 大臣責任制・内閣制

高田は、上編第一章「総論」で、「立憲政体ノ邦土其数多シ而シテ英国独リ其美ヲ擅ニシ其制度遠ク他方ニ卓越スル所以ノ者ハ一二大臣責任制度秩然トシテ紊レス整然トシテ乱レサルニ因ラスンハアラサルナリ」（一頁）とし、これを「王者ノ權威ヲ損セスシテ王權ノ跋扈ヲ防御ス可キ微妙ノ方策」と位置づけ、次の「三大主義」からなるものとしている。

第一 君主ハ無責任ナリ。

第二 君主ノ特權ヲ実施スルニ当リテハ大臣国会ニ対シテ其責任ヲ有ス。

第三 君主ノ特權ヲ実施スルニ当リテハ国会、大臣ヲ詰責シ其君主ニ捧ケタル意見ノ得失ヲ查察シテ之ヲ是非スルヲ得可シ。蓋、国会ノ之ヲナスハ其国家ニ対スルノ義務ナリ。斯三大主義一タヒ定マリテヨリ左ノ三種ノ義務亦随テ生スルニ至レリ。

第一 君主ハ国会議員多数ノ信用ヲ得タル者ヲ挙ケテ大臣トナシ其国会ノ信用ヲ喪ハサルノ間ノミ之ニ政務ヲ委託スルノ義務アリ。

第二 大臣ハ其政略ヲ国会ニ明示シ其裁断ヲ請ヒ其觀察ヲ受ケサルヘカラス。若政略ノ大体ニ就キ国会ト意見ヲ異ニスルアル時ハ速ニ其職ヲ辞スヘキ義務アリ。

第三 国会ハ君主無責任ノ大主義ヲ確認シ大臣ノ責任ヲ強迫シ行政事務ヲ妨碍セス以テ行政政略ヲ觀察ス

ルノ義務アリ。

これはいわゆる議院内閣制の原則を定式化したものであり、君主と国会の関係において、君主無責任制度を取りつゝ大臣責任制度を採用することによって、国会による君主権制約の現実的確保の仕組みを明らかにした点において、重要な意味をもっていると考えられる。この点、江木は、上記のように「君主ノ専権（大権 Paragative）及君主ノ尊榮（権利 Ehrenrecht）」の中で、立法・行政における国会と君主の一般的な関係及び君主無責任制度を明らかにしているが、国会と君主の関係で、大臣責任制を中核とする「議院内閣制」のあり方について言及していないものであった。

高田は、さらに内閣制度そのものに言及して、次のように記述している。

「凡ソ旧内閣ノ大臣其職ヲ辞スルニ当テハ君主直ニ議院中ノ勢力名望アル議員ヲ召シ内閣組織ノ事ヲ委ネザルヘカラス。而シテ之ヲ為スニ当リテハ……君主ハ下院ニ於テ多数ヲ占ムル所ノ党派中最モ勢力アル二三議員ヲ召シテ其中最モ黨員ノ推ス所トナリタル一人ニ新政府組織ノ事ヲ専任セザル可ラズ。斯ノ如ニシテ選抜セラレタル議員ハ新政府ノ大宰相タル……位置ヲ占ルモノナリ。而シテ君主ノ此事ニ干渉スル権力ハ実ニ此ニ止マリ大宰相ハ其意ニ適スル議員ト協心同力シテ政府ヲ組織スル特權ヲ有スルモノナリ（但シ君主ノ認可ヲ経サル可ラス）。……此ノ他ニ君主ヲ輔弼スルモノアラザルナリ……然……法律上ノ文言ニ拠レハ内閣員君主ヲ輔弼スルハ内閣員ノ資格ニ因ラスシテ「プリビカウシシロル」即チ枢密顧問官タルノ資格ヲ以テス。枢密院ハ往古英國ノ大政ニ參與シタリト雖モ今ハ全ク其勢ヲ異ニシ僅ニ内閣員ノカ議官タルノ名義ヲ帯ルニ止マレルノミ。夫レ斯ノ如キ名實齟齬ノ事トアルハ英國人民保守ノ精神ヲ抱キ變更ヲ好マサルニ起コルモノニシテ外邦未タ曾テ其比ヲ見ス……枢密院……内閣ニ変シタル……枢密院

…現時ニ至リテハ僅カニ行政ノ一部ヲ占メ又議員ノ指揮ヲ受ケテ立法ニ與ルノミ…。」

イギリスの枢密院がその独自の機能をほとんど失い、枢密院が内閣とほとんど一体化していたことはラートゲンも指摘するところであるが、江木は、上記のようにグナイスト第二分冊第二章「行政法の機関」第一節「国王と王室顧問官」V「枢密院から新しい内閣への移行」の部分や議院内閣制に関する部分（I. Buch. § 7 Die parlamentarische Regierung des XVIII. Jahrhunderts' § 7a. Theorie und Praxis der parlamentarischen Regierung）の部分講述を「しない。」

② 中央と地方・地方自治

中央政府と地方自治ないし地方自治そのものの関係に関しては、江木が元々これについて言及していないので、ここで言及する必要もないとの観もないが、先にラートゲンに関してふれたところであるので、高田についても、概観しておくこととする。

高田はイギリスにおける中央政府の傾向について、歴史的経緯を略述した後で次のように述べている。

「英国現行ノ状況ヲ觀ルニ（中央政府の…筆者補）支配ノ度ハ往昔（自然主義・いわゆる自由放任主義が盛んであったとき…筆者補）ニ優レリ。然レトモ中央集権ノ度ハ大ニ減少シ、彼ノ貧民救済ノ事ト云イ衛生ノ事ト云イ皆中央政府ノ権力ヲ縮小シテ地方會議ノ権力ヲ伸張スルノ方向ナリ。実ニ当今英国政事家ノ目的ハ地方自治ノ方法ニ拠テ支配ヲ増進セントスルニ在リ。」<sup>60</sup>

そこで、高田は、地方自治を論じる意味について、「余カ英国ノ地方自治ヲ論スルノ目的タル政治上ノ自由及ヒ地方制度ノ關係等ヲ論スルニ非ラスシテ其過去ノ沿革ト現在ノ景況等ヲ述ヘテ識者ノ参考ニ供セント欲スルニ在リ」（下

卷九頁以下)とし、客観的な立場を強調している。それは、英国の制度が「各地方ノ便宜ニ依リ其制度ヲ異ニセシムルニ起因スル者ニシテ現今ニ在リテハ其混雑云フヘカラサル」(二二五頁)ものであり、「英国地方政治ノ全局ニ就テ正当ナル解釈ヲ與ヘント欲スルハ極メテ困難ニシテ之ヲ称シテ為シ得ヘカラサルノ事ト為スモ敢テ不当ニアラサルヘキナリ」(二九頁)という状態にあるという認識に基づいているのであろう。

そのような前提の下で、高田は英国の地方自治について次のように記述している。

「地方政治ノ要務ハ地方人民飲食ノ供給ヲ得ノ途ヲ開キ道路ヲ修繕シ悪疫ヲ予防スル等種々雑駁ナル事柄ヲ包含スル者ニシテ：地方政治ノ：此錯雑混合ナル事務ハ誰カ能ク是ニ當ルヲ得ヘキカ：英国地方政治ハ古来ヨリ各地方ノ人民若クハ其代人ヲシテ之ニ當ラシメタル者ニシテ所謂地方自治ハ英国固有ノ制度ナリ。而シテ英国ノ国憲ヲ論スル者皆ナ其美ナル所以ヲ賞賛シテ止マス、或ハ之ヲ以テ政治自由ノ基礎トナスニ至ル：英国地方自治ハ今ニ至リテ尚衰運ノ歩ニ向フノ虞アラス、駁々乎トシテ其範圍ヲ拡張スルノ勢ヒアリ」。(五頁)

「英国地方政府ノ体面ハ中央政府ト均シク立憲代議ノ体裁ヲ具フル者ニシテ、其発達ノ如キモ亦自然ノ者タルニ他ナラス。蓋シ英人ハ制度ノ整頓ニ拘泥セサルカ故ニ其地方政府組織ノ如キモ整然乱レサルノ面目ヲ具エスト雖モ實際ノ事務ニ於テハ渋滞ノ虞少シ(一〇頁)。地方ニ対シタル英国人民ノ投票権ハ国会議員選挙ノ權ト同シク(一一頁)：地方政治ハ中央政治ト同シク民代議ノ主義ニ基ク」。(一三頁)

高田は、これに続いて英国地方団体の種類毎にその沿革、現状を詳しく分析、記述<sup>(61)</sup>、結論として、「其ノ制度ハ錯雑極マリナキ固ヨリ弊ナリト雖モ、地方自治ノ精神確トシテ動カサルニ至リテハ大ニ羨望スルニ足ルモノアリ」(一三四頁)としている。何が「地方自治ノ精神」であるのかは、定義的な形では示されていないが、各団体に様々



な差がありながら構成員参加の組織があることを意味するものと考えることができようか。

しかしながら、高田は、単にイギリスの地方自治制度を称揚するだけでなく、その問題点も指摘している。例えば、「地方政治ハ中央政治ト同シク民代議ノ主義ニ基クト雖モ其選挙ヲサルル人ノ種類ニ至リテハ大ニ異ナル所アリ。地方政権ハ多ク商人ニ帰シ投票権モ亦之カ専有タリ：：智力能力アリテ財産乏シキ者工業ニ従事スルノ徒ハ政権ヲ有スル能ハスシテ少数ナル商人ノ掌裡ニ帰スルハ英国地方選挙法ノ一大欠点ト謂ハサルヘカラス。：：貧民救済或ハ初等教育ノ事務ニシテ痛痒ヲ労働者流ニ及ホスコト少ナカラサルカ故ニ、地方政府ノ行政上此種類ノ者ヲシテ代表セシムルコト亦緊要ナリ」（一四頁）、「英国ノ地方制度：：現時ニ在リテ混雑云フヘカラサルニ拘ラス人民ノ多数ハ之ニ固着シテ其変更ヲ欲セサル者ノ如シ。斯ノ如キ制度ハ唯ニ事務ノ混雑ヲ来スノミナラス徒ニ時間ヲ費シ入費ヲ嵩マシメ、労力ヲ徒勞スルコト實ニ少ナカラス。：：之ヲ改良セント欲セハ、須ク其ノ目的ヲ二方ニ定ムヘシ

#### 第一 区画ヲ單純ナラシメサルヘカラス

#### 第二 役所ノ数ヲ減シテ事務ヲ統一セサルヘカラス

（このためには：：筆者補）新事業起ル毎ニ新タニ役所ヲ建設スルヲ止メ一個ノ役所ヲシテ数種ノ事務ヲ担当セシムルヲ要ス」（二六頁）、とし、「事務ノ整理整頓」「区画の合理化」の必要性を繰り返し指摘している。また、「英国地方行政入費：：（近年著しく：：筆者補）増額スル所以ハ三種ノ原因ニ帰着ス」として、「第一 地方財政ノ監督未タ充分ナラサルコト。第二 地方ノ吏員無智無学ニシテ事務ニ適セス、且ツ入費ヲ増加シテ間接ニ利益ヲ占ムルアルコト。第三 地方ノ区画錯雜シテ予算表ヲ編制スル能ハサルコト」（三一頁以下）を指摘している。

江木が講述せず、「汎論」にも含まれなかった、これらの事項がイギリス法の学習にとって無視できない意味を有

していたことは否定できないところであろう。<sup>(62)</sup>

#### 〔四〕江木「汎論」の特色のまとめ

すでに見たように、江木「汎論」は、グナイストのイギリス行政法に依拠しつつ、イギリス行政法を講義しようとするものであった。しかし、それはイギリス行政法の全てに及ぶものではなく、「行政法規範論」と君主を中心とした国家機関の一部を概観するものとなった。しかし、前者については、規範論を通して、議会・国会支配の確立と法律の優位のあり方、広範に及ぶ法律の規制の現実を見ることとなった。個別的に見ると原典との観点で、見直されるべき点がないとはいえないにせよ、また議会・国会が制度化される前のわが国においては、先進的な制度の紹介であったと思われる。国家機関に関する考察は君主と助言機関としての国会のあり方、議会と近代的な君主制のあり方を示し、また議会が個別具体的な行為についても権限を持ちうることを示すこととなった。しかし、他面においては立憲主義の下における君主無問責を国民の観点から実質化し、議会と君主を結ぶ重要な鍵となるべき内閣制度、大臣責任制度については、考察が深められなかった。また、民主主義の模範とさえいわれるイギリスの地方自治についても、考察が及ばなかった。このような論述の幅の点において、また一部はその深さの程度において、ラートゲンや高田に及ばない側面があった。しかし、そのような問題点はあるにせよ、「規範論」を通して、議会・国会支配の確立と法律の優位のあり方、広範に及ぶ法律の規制の現実を学生に対して示したという先進性は高く評価されるべきであろう。地方自治制度のあり方が典型的に示しているように、イギリスの制度が歴史の中で徐々に形成され、その実態がなかなか理解しにくいことから、イギリスの文献を用いてイギリスの法制度を研究するのではなく、ドイツ・プロ

イセンの観点から、体系的に整理記述されたグナイストの文献を用いたことの是非は、グナイストの記述と当時のイギリスの法制度の実質的な適合関係の実証的研究をまっぴら評価されるべきことがらであらう。

## 五 終章

以上、江木の『行政法』を概観し、それぞれの問題点を検討してきた。ここでは、その問題点をまとめておくとともに、江木以降の行政法講義の動向を概観しておきたい。

### 「二」 江木『行政法』の特色のまとめ

#### （一）「緒論」の特色

「緒論」においては、次のような特色があった。

① 江木のレースラー「社会行政法」への依拠への宣言（『虞氏英国行政法講義「緒言」一頁』）にも拘わらず、「緒論」には、レースラーの社会行政法には含まれていない形での「公法と私法」に関する考察が含まれており、イギリス、フランス、ドイツについて比較法的な考察をしたこと自体は重要なことであるが、その考察の内容は、原典との関係で独立した考察を必要するものであった。ドイツについてもフォン・モールとブルンチュリーの公法私法論が、正確な形で把握されていなかったことは、公法私法から独立した社会法への発展という江木の構想に十分な基礎を提供するものではなかった。

② 江木が公法私法と対立する社会法論者の第一人者と目するレースラーの社会行政法については、レースラー自身が社会法は公法の一部に属するものとの見解をもっていたし、江木自身が、そのことを「訳述」で訳出しているに

も拘わらず、「緒論」では、社会法を公法私法から独立するものと記述しているという問題があった。また、国家と社会との関係について、江木は両者の厳格な分離を主張し、国家から社会に対する侵害を許容するものそれは社会そのものを破壊するものであるものに対し、レースラーは国家と社会の相互の独自性、社会の国家からの独自の発展を認めるが、両者の密接な関係性を認め、社会の要求が国家的な価値と抵触する場合には社会の要求の国家による制限を当然と認めているという差異が存在した。また、江木は社会を古代から発展してきたものに対し、レースラーがいう社会は個人の自由と平等を基本的前提とする近代社会であった。江木は社会法の発展は優勝劣敗原則による社会進化の結果であるとするに対し、レースラーは、優勝劣敗原則による自然発展論を排斥していた。レースラーにとっては、社会法は国家法となつて受容され、その際、選挙制度（しかも普通選挙制度）を媒介する立憲主義が前提になっていたが、江木においては、社会法の国家法への受容は、第一次的にはものごとくの妥当性によるのであり、選挙制度は国家の自由な取捨によるものであるとされていた。江木は日本で唯一、レースラーの『社会行政法』の前半部分（全体の約四分一）を訳述し、それを基礎として自らの行政法一般論（「緒論」）を構成したが、現時点においてはその訳述の内容には原典との関係で検討されるべき側面があり、また「訳述」と「緒論」の関係にも、注意深い検討が必要であることが分かってきた。江木の緒論はレースラーの『社会行政法』をあくまでも一つの端緒として、独自の社会法論を展開したと言ってもよいであろう。

③ このように「緒論」には、当時の観点においても、また、今日の観点からも検討されるべき問題点が少なくない。しかし、ドイツにおける行政法論の全面的発展の時期に先だつて発表された当時のドイツにおいても唯一の統一的行政法教科書であったレースラーの『社会行政法』に着目し、その訳述に取り組み、それを端緒にして、行政法を

構成しようとした先見性は、評価されるべきであろう。このような「先見性」が十分に生かされなかったのは、レースラーの社会行政法が古典派経済学批判の上に構想された理論であり、また、行政法の内容をなす社会関係が「文化団体の自由で自主的な活動の基づく」という固有の理論に基づくものであつて、その理論構成が極めて難解複雑であつたこと、近代社会に対する理解の内容程度がレースラーと江木とでは大きな違いがあつたとみられることも影響しているのかも知れない。

## （二）「汎論」の特色

「汎論」においては、次のような特色があつた。

① 「汎論」は江木が云うように、グナイストのイギリス行政法の内容に即したものであり、特に行政法規範論と国家機関論の一部が紹介された。原典との関係において、検討されるべき側面がないが、これを通して、イギリスにおける議會・国会の支配と法律の優位、国会の君主に対する助言的機能、当時既にイギリスにおいて議會・国会制定法による社会統制が広範囲に及んでいたことを学生に紹介することになったことは、国会開設前のわが国の状況としては画期的なことであり、重要なことであつたと思われる。

② しかし、江木による『虞氏英国行政法講義』の講述の範囲が極めて限定的であつたことから、その内容は、「汎論」によるイギリス行政法講義も、同時代のラートゲンや高田の講義、著述と比べても限定的なものであり、イギリス行政現象を通観するものとはならず、また君主と国会の関係についても、大臣責任制や内閣制度に及ばなかつた点において深度を欠く側面を否定しえなかつた。また、教科書的記述の観点からすると、そもそも「緒論」記述の目的は、「一般行政法ノ原則ヲ講述シテ英国行政法ノ何者タルヲ知ルノ階梯ト為ス」ことにあつたが（「緒論」冒頭）、「緒

論」と「汎論」の間には特別な連関は見られない。

③ 江木のイギリス行政法もラートゲンのイギリス制度の概観も、グナイストのイギリス行政法の研究によつたもので、高田のようにイギリスの文献そのものによつたのではないという特色がある。イギリスの制度が歴史的連続的に発展してきたこと、成文法の拡大に拘わらず、重要な不文法や慣習法も多く、その内容を簡潔に把握することが困難であり、グナイストのイギリス行政法のように体系化された文献によることが、理解しやすいことは確かである。外国人が外国の制度を研究分析してその成果を明らかにすることが、制度の理解把握において適切性を欠くとは必ずしも云えないことはいうまでもない。その適切性は、成果の内容と現実の制度的実質的比較によつて判断する他ない。グナイストのイギリス行政法の研究がドイツ・プロイセンの観点からの記述を免れないという見解は今日一般的である。一九世紀におけるイギリス諸制度の研究は、グナイストを一つの重要な手がかりとしても、グナイストの研究成果は現実の諸制度との関係で、慎重に取り扱われるべきものである。明治期の研究においても、あくまでも当該社会やその社会・国の原典に即して研究を進めるべきであるという傾向があったことは、興味深いことである。英吉利法律学校のように英吉利法の全科の講義を校是とする教育機関において、この問題が全体としてどのように取り扱われて来たかは、なお、検討すべき課題であろう。

## 二二 江木以降の「行政法」講義

最後に江木以降の「行政法」講義の進展として、英吉利法律学校における江木の後任として行政法を担当した斯波淳六郎の著作、明治二二年に斯波と共に東京大学で行政法を担当していた末岡精一の行政法、明治二六年東京帝国大

学講座制の制定（勅令九三号）により末岡と行政法を分担した穂積八東、明治二十七年末岡の後任となった一木喜徳郎の行政法の構成を概観しておく。

(一) 斯波淳六郎の行政法

江木は明治二〇年まで行政法を担当したが、明治二十二年には斯波淳六郎が行政法を担当することとなった。<sup>(63)</sup>

斯波淳六郎は、明治一六年東京大学法学部卒業、翌一七年三年間の予定で公法学修業のため文部省よりドイツに派遣され、明治二十一年東京大学法科大学教授となり、行政法、国際法を担当した。法制局参事官を兼ねていた（『東京大学百年史』部局史一、四八頁以下）。英吉利法律学校では、明治二十一年、二十二年に行政法を担当し、英吉利法律学校が明治二十二年東京法学院と改称した後にも行政法を担当していた。斯波は二冊の傾向の異なる教科書を残している。明治二十二年には東京大学で末岡精一と共に行政法担当となっているから、これらのテキストは英吉利法律学校だけでなく、東京大学でも用いられた可能性がある。

① 明治二十二年『行政法 全』

これは、英吉利法律学校が明治二十二年に刊行した斯波淳六郎述『行政法 全』（一七五頁）である。「行政法」の表題の下に（ ）書<sup>やび</sup> Administrative law の記述がある。

この当時まだ、何を行政法として講義すべきか必ずしも確定していなかったようで、斯波は次のように述べている。「抑々行政法ニ関シテハ今日学者間議論区々ニシテ甲論乙駁未タ嘗テ確固不動ノ定説ナク其是非曲直容易ニ判定シ難シ。故ニ之ヲ講義スルニ当テハ勢ヒ諸学者ノ議論中余ノ最モ適當ト信用スル所ヲ諸君ニ講述セサルヲ得ス。是ヲ以テ若シ諸君ニシテ他書ヲ繕クニ当テハ往々余ノ講義ト相矛盾シ相抵触スルノ点ヲ発見スヘシト雖モ是蓋勢ノ然ラシム

ル所亦止ムヲ得サルニ出ツルモノナレハ之ヲ以テ直ニ余ノ講義ヲ是非スルコトナク彼此相参照シテ之ヲ研究セラルルシ」

実に謙虚な態度であるとともに、他の行政法論を学びつつ、自己の講義内容を精選しようとする態度がうかがわれる。目次により内容を見ると、緒論、行政ノ目的・事務ノ種類、法源等今日の行政法総論に相当する四項目、行政機関総論に相当する行政機関の構成等五項目、中央行政機関に相当する中央行政官等四項目、官吏に関する五項目、地方団体に關する地方共同体等四項目を含んでいる。主に行政組織論中心のように見えるが、事務ノ種類の箇所で行政作用の基本的特色が論じられている。実際の授業は目次項目通りではなく、かなり流動的に行われたことがうかがわれる。回数の明示は第二二回が地方共同体とされている。

② 明治二二年『行政法原理 全』

これは、翌明治二二年英吉利法律学校が刊行した斯波淳六郎述『行政法原理 全』（一九七頁）である（校友・岩波一郎編輯）。明治二二年英吉利法律学校が東京法学院と名称を変更した後の明治二四年にも刊行されている。

この冒頭で斯波は概ね次のように述べている。

本年度の講義は、本校において二回目の講義である。一回目の講義は一週間一回であったこと、他にいろいろ支障があつて、行政法の全体にわたつて講義ができなかつたし、行政法の講義は何しろ始まつたばかりで、順序が適當でなかつたこともあり止む得なかつたといふものの講義できなかつたこともあり、大変遺憾であつた。今年は授業回数も倍になつたこともあり、第一回目の授業では、落としてしまつたことも補つて講義したい。しかし行政法の範囲は広いので、一週間二回の授業でも、詳細に講義することはできないので、原理的な問題に絞つて講義したい。斯波



はそれに続いて、行政「法学」が成立するための要件を次のように述べている。注目すべき内容があるので少し長い  
が引用しておく。

「抑行政法トハ行政ニ関スル諸法規ヲ論スルモノナリ。然ルニ国家ノ組織未タ發達セサル国ニ於テハ行政ノ事ハ凡テ行政機関ノ意ニ任セ、行政機関ノ行為ヲ指揮スルニ至テハ唯上級機関ノ監督權ニ一任シ、別ニ行政ノ法規ナルモノアリテ存スルニアラサルナリ。故ニ斯如国ニ於テハ行政ヲ法学的ニ講究セントスルモ其材料之アル無ク、亦之ヲ講究スル必要モナキモノナリ。：我日本ノ如キ：新開国ニ在テハ国家ノ組織未タ完全ナラス只將ニ完全ナラントスルモノニシテ、則チ尚ホ彼ノ歐洲諸国以前ノ有様ニアルモノナリ。且ツ亦其国体ハ君主独裁ナルニ於テハ君主ハ絶対的無制限ノ權力ヲ有スルヲ以テ、立法行政一ツニ君主ニ歸スルハ論ヲ俟タス。君主ニ於テハ何時ニテモ随意ニ個々ノ事柄ニ付キ法律ニ矛盾スルノ行為ヲ為シ得ヘク、從テ理論上ヨリ觀察スルトキハ、行政法ナルモノアリテ行政全体ノ行為ヲ牽制スルコトアルヘキニアラス。尤モ毫モ行政機関ノ行為ヲ牽制スル規律ナシト云フニハ非ス。行政機関ノ職制ヲ定ムル規則アリ、其他種々ノ単行々政規則アリト雖モ、然レトモ行政ト云ヒ立法ト云ヒ均シク君主ニ歸スルニ於テハ、此等ノ法律ト雖モ唯ニ君主ニ從属スル行政機関ノ行為ヲ定ムルモノニシテ、只君主ノ意ニ依テ其効ヲ有スルニ過キス。彼ノ単行々政規則ノ如キハ唯一ノ原則ノ下ニアリテ互ニ相ヒ聯絡スルモノニ非ルヲ以テ、從テ之ヲ一定ノ原則ノ下ニ論スルコト能ハス、是レ我國ニ於テ從来自國ノ行政規則ヲ學ハントスルモ、其論スル処ハ僅ニ行政機関ノ組織ト單行々政規則ヲ記憶スルニ過キスシテ、之ヲ學フノ必要甚タ大ナラサル所以ナリ。然レトモ我日本國ニ於テモ明年ヨリ画然タル立憲國トナルコトナレハ行政法ヲ講スルノ必要ハ寧ロ今日ニ迫リタルモノトモ云フヘシ」

明治一九年の内閣制度を立憲主義の受容として、行政法の發達の基礎とした井阪右三の主張とやや似ているが、立

憲主義に対する視点は、井阪よりも貫徹したところがあるといえよう。

立憲主義が確立し、立法と行政が分離しなければ行政を統制（牽制）する法はなく、従って、法律学の対象となるべき行政法はなく、行政法学も成立しえない、ということは今日の観点から云えば、当然のことである。しかし当時の状況の中では、斯波が講義の前置きとしてではあれ、明治政府のあり方を「国家ノ組織未タ完全ナラス只将ニ完全ナラントスルモノニシテ、則チ尚彼ノ欧洲諸国以前ノ有様ニアルモノ」、「君主独裁」、「君主ノ絶対的無制限ノ権力」と位置づけたことの衝撃は大きかったのではないかと思われる。<sup>64</sup> それと同時に「行政法」の将来はこれからだということ自負が読み取ることができるともいえる。また、上記の引用に続いて「右論シタルカ如ク我国ノ行政法ヲ講究スルニハ其材料甚少ナク又之ヲ論セントスルモ一定ノ原則ノ下ニ之ヲ論究スルコト難キヲ以テ余ハ茲ニ単ニ行政法ノ原則ノミヲ講シ、日本行政法ノ講義ヲ為サ、ルナリ。此原則ニ照ラシ我国ノ行政法ヲ講究スルカ如キハ一ニ諸君ノ研究ニ任スルノミ」というように、自己の行政法学を極めて謙抑的に位置づけていることが注目される。

この行政法原理の内容は、前年の行政法と異なり、緒論の一般論（目次では第一「行政ノ義解」等三項目、実際の講義は緒論（第一回「行政と立憲主義」含め五回）を除き、全て行政各部に関する作用論からなっている。目次では「第一編内務行政法総論、第一「内務行政及其本質」等三主要項目（第三の内務行政事務については、「第一身体上ノ生活ニ関スル行政」として、人事に関する行政等九項目、第二「理財上ノ生存ニ関スル行政」として二主要項目・普通理財政政として会社等一二項目。）目次の中には記載されていないが、保険、融通、度量衡、貨幣、信用などにも及んでいる。実際の授業は「行政法」の場合と同様、目次項目通りではなく、かなり流動的に行われたことがうかがわれる。授業の回数は、全部で三二回程度であったと思われる。内務行政法総論の体系化が完成しているとは云えない

いが進められており、講義できなかつたものとして、各種理財行政として農業・工業・商業行政、内務行政機関組織論などがあげられている。<sup>65)</sup>

## （二）末岡精一の行政法

末岡精一は、明治一四年東京大学文学部政治学理財学科卒業、文学部兼法学部の准講師となり、明治一五年伊藤博文の憲法調査団の渡欧を契機とした特派留学生としてドイツ・オーストリアで政治学を研究するため文部省より派遣された。明治一十九年帰国後東京大学法科大学教授となり、明治二二年、斯波と共に行政法を担当した（『東京大学法学部百年史稿』（二）、『国家学会雑誌』九一巻一・一二号）。末岡は明治二七年一月に病没した。末岡は、専門の国法学についても著書を残さなかつたが、同年穂積八束の發議により遺稿集を出版することとなり（『東京大学百年史』部局史一、七〇頁）、明治三二年に故法科大学教授法学博士末岡精一遺稿『比較国法学 全』（博文館）が刊行された。その第二編が行政法にあてられている。しかし、末岡にはこれとは別に「学生ノ聴講筆記」に係る「講説手記」がある（『遺稿』序、濱尾新、七頁）。

### ① 明治三三年『行政法汎論講義 完』

この講義録は、日本同盟法学会（日本大学の前身）出版に係るもので、出版の年月が記録されていない。日本大学は、明治三二年日本法律学校として設立され、翌明治三三年に開校式を行ったこと、末岡の肩書きが「東京帝国大学教授文学士」とされていること、末岡は明治二四年に法学博士となっているから、講義録は明治三三年に出版されたとみるのが妥当であろう。末岡は、「大学教授ノ外他事ニ涉ルヲ欲セス、止ヲ得ズシテ一時他校ノ囑託ヲ受ケ」ていたことがあるとされている（前掲『遺稿』序、三頁）ので、この講義録も「止ヲ得ズシテ」作成されたものであるも

しれない。明治二一年以来、東京大学で行政法を担当していたから、この講義録が、東京大学でも用いられた可能性もないとは云えないであろう。

末岡の講義録は、斯波の講義録とことなり、前置きなく直ちに本題に入っているが、その構成は次のようになっている。

第一章 総論（款区分で「行政ト法律ノ区分」を含む総論部分五款、「職及職権」を含む組織法分野二款、計七款）、第二章 普仏英各国地方制度ノ概要（款区分でドイツ関係六款、フランス関係五款、イギリス関係四款、計一五款）、第三章 内務行政（款区分で「一個人及行政」を含む六款）、以下目次にはないが、第四章 行政裁判（款区分で「行政訴訟ト訴願トノ関係」を含む四款）、第五章 中央官制汎論（款区分で「枢密院及参事院」を含む三款）。

「第二章 普仏英各国地方制度ノ概要」が長く、行政組織に関する部分が分散しているという問題はあるが、いわゆる行政法一般論、組織法論、地方制度、行政作用各部法、裁判法が適切にまとめられている感が強い。斯波の教科書より、行政法の全体の体系的理解のために有益であると考えられる。

なお、この他に日本法律学校編輯部から、『法学博士末岡精一講述 行政裁判法 完』がある（日本法律学校参考科 二七年度講義録）。またこの科目と密接な関連を持つ「英仏独各国権限裁判」（一〇三）がある（『東京専門学校法律科講義録 参考課目 第五回 1年級』）。また、この二つの講義録は、次の『遺稿』の中にも含まれている（五六七頁以下、六一三頁以下）。

② 遺稿『比較国法学 全』 第二編行政法（三四三頁～五六五頁）

この部分は、実際に編纂作業を委嘱された法学士中村進午が、学生が筆記した講義録を「得レハ從テ編入」したも

のであるため、「文字語句ハ勿論、全編ノ結構敘次等ニ於テ」末岡の責めに帰することができないものであるとの断り書きがある(遺稿、緒言 第三項目(末岡の友人・田中稲城))。この稿が何時のものであるかは、明白ではないが、肩書きは「法学博士」となっているから、博士号授与の明治二四年から没年の前年二六年の間のものであろう。遺稿の項目の中には確かに順序に不整なところがあるので、それを考慮するとその内容は次のようである。

総論(「行政」を含む四項目)、行政裁判(「定義」「目的」「組織」「権限」を含む九項目)、兵制(「徴兵ノ種類」を含む三項目)、国民の権利(「営業ノ自由」「住居移転ノ自由」「集会結社」「信書ノ秘密」を含む八項目)、官吏(「任官等」を含む五項目)、官制(「中央官制ノ沿革」を含む七項目)、中央集権及ヒ分権ノ沿革(「官治及ヒ自治」「自治ノ利」を含む一二項目)、警察(「欧洲警察ノ沿革」を含む五項目)となっている。「遺稿」の整理では、総論の次に「○各論」とされているので、行政裁判以下は全て「各論」扱いであった可能性もある。また「遺稿」には『行政法汎論講義 完』にはない「兵制」「官吏」が項目となっていること、『行政法汎論講義 完』で章だてとなっている「内務行政」の区分がなく、「国民の権利」という項目を立てていること、地方制度の比較法的考察が簡略化されていることなどの特色がある。「官吏」は国民の権利(任官)との関係で位置づける趣旨であったのか、国民の権利の中間に位置づけられている。行政作用の各部門を国民の権利との関係で捉えようとするのはかつてフランス法の影響のもとに井阪がとった方法であり、行政各部法論述以上の意味を与えるべきかもしれない。国民の権利の観点から、行政法を理解、講述しようとしている点において「遺稿 行政法」は『行政法汎論講義 完』とは異なる「視点」を感じさせるものとなっている。いずれにせよ、総論、組織法論、地方制度、行政作用各部法、裁判法が構成単位となっていることには「汎論」と根本的な違いは無い。この「国民の権利」を含む講義が東京大学の講義であった可能性も否定

できないであろう。

### ③ 穂積八束の行政法

穂積八束は 明治一六年文学部政治学及理財学科卒業、一七年欧州制度沿革史・公法学専修としてドイツに留学、二二年帰国、法科大学講師の後、教授となった。授業の担当は明治二六年に末岡と共に東大行政法分担の記録がある〔東京大学百年史〕部局史一、五六八頁）。明治二六年東京法学院から「行政法」の講義録を刊行している（田中文蔵編輯）ので、同年には東京法学院で行政法の授業をもっていたと思われる。英吉利法律学校では、明治二二年から憲法の講義を担当していた。

穂積八束は、上記「行政法」の緒言で「我輩ノ行政法ハ専ラ我現行ノ法規ヲ説明スルヲ以テ其目的ト為スト雖モ、若シ夫レ一ノ法理論トシテ學術的ニ斯法ヲ研究セント欲セハ、必スヤ欧羅巴諸国ニ於テ発達シタル行政法学ノ理論及ヒ行政ノ歴史事実ヲ参照スルコトヲ要ス。故ニ我輩ハ現行法規ノ理論ヲ説明スルト同時ニ欧羅巴諸国ニ於ケル行政法学ノ結果ヲ報道スルコトヲ勉ムヘシ」とし、比較法的考察の重要性を指摘している。

構成としては第一編行政法理論として行政法学ノ研究方法、行政裁判を含む一〇章、第二編各論として、外務、司法等五章に分けて「行政各部ニ就キ各其法理ヲ説明」するとしている。比較法的な考察は、各項目との関連で連続的に述べられており、独立した項目化はされていない。行政法各論については、行政各部に固有の法理があるわけではなく、行政の法理は汎論で説明したものと同一であり、行政各論は各部毎にその法理を觀察するものにすぎないとする。

汎論の中には、第六章「大権及ヒ行政」があり（三〇丁以下）、法律の優位を内容とする法治国家の理論は、君主

が主権者であり、憲法上大権を与えられている日本には当てはまらない、行政法は主権者から委託を受けた機関の行為で、一個人に直接に影響を与える行為のみを対象にする、としている。<sup>(66)</sup>

#### ④ 一木喜徳郎の行政法

一木喜徳郎は、明治二〇年東京帝国大学法科大学政治学科卒業、内務省に勤務し、明治二三年内務省書記官。同年、自費により三年間ドイツ留学を願い出、内務大臣の許可を得て留学し、明治二六年に帰国、内務省に復職した。明治二七年、同年病没した末岡の後任として法科大学教授になり、穂積八束と行政法を分担した（『東京大学百年史』部局史一、六八頁）。この経歴から見ると、ドイツに留学していたといっても自費であり、能力のある内務省書記官であっても、突然帝国大学教授に任用されることには違和感がある。しかし、一木は留学中の明治二五年に『日本法令予算論』（哲学書院）を執筆刊行し、これが高く評価されたものと考えてほぼ間違いはないであろう。

この著書は、明治憲法の規定する予算の意味特色を、法律・命令との関係で、主としてプロイセン法制と比較して明らかにしようとするものである。<sup>(67)</sup> 東京法学院（英吉利法律学校）では、明治三〇年代になって講義を担当することになったと言われている。

一木の行政法のテキストで印刷されたものは、発見出来なかったが、「以謄写板換筆写」とされる講述年の記載のない、和装の『一木喜徳郎「行政法」上・下及び「一木博士述 行政法論 完」（行政法汎論と行政各論を合綴）がある。後者は、一木「博士」述のものであり、一木が博士号を取得したのは明治三二年であるから、その後のものである。前者は、「下」末尾に「時事問題」として日清講和条約によって日本領となった台湾への憲法・行政法の適用問題が論じられているから、明治二八年以降のものであると考えられる。ここでは、前者の構成特色を一瞥してお

く。「上」の構成は、緒論（「行政ノ觀念」、「公法トハ何ソヤ」等五章）、第一編「総論」（「行政手段ヲ論ズ」「公権」の二章）、第二編「行政機関ノ組織」（「官庁」、「官吏」等四章）第三編「地方制度」（「市町村」等三章）となっている。「下」の構成は、第四編「内務行政」（「警察」、「保安警察」、「保育」、「衛生」等二三章）、第五編「軍事行政」（「徴発」「徴兵」二章）、第六編「財政行政」（「国庫」、「予算」等六章）、第七編「公権ノ保護」（「公権の觀念」「行政裁判」等五章）となっている。いままでの教科書と異なり、いわゆる行政作用一般論や公権論を含むようになっていゝるに特色がある。<sup>(68)</sup>

### 〔結び〕

上記のように江木『行政法』は種々の点において検討されるべき課題が多いことは否定し得ない。しかし、末岡や斯波が経験したような一八八一年以降のドイツにおける行政法の新展開がまだ我国に伝播しない時期に、当時の最先端のドイツ行政法であったレースラーに着目して行政法一般論の構築を試み、また、行政法汎論として議会制度が出来る前に、イギリスの議会・国会の地位の確立とそこにおける法律の優位の考え方を我国に紹介した意味において、江木の『行政法』は我国初期の行政法講義として、それなりの重要な意味を持ったといつてよいであろう。

しかし、その後においては、斯波、末岡、穂積八束のような、ドイツを始めとするヨーロッパの最新の学説と社会動向を吸収した人達が帰国して、その経験をもとに新しい行政法を講義し始めると、江木『行政法』のもっていた役割は急速に減少したのではないかと思われる。ドイツ法優位の状態が現実には拡大したこともその大きな背景になっていると云えよう。また、江木が着想をえたレースラーの『社会行政法』が、一八八一年以降のドイツでは、「法学的



方法論の不採用、各論的項目の非納得性」から全く「統一的拒否されてしまった」ことも、江木にとっては不本意なことであつたかもしれない。<sup>(69)</sup>

斯波と末岡では、体系性の提示、論点の総括化という観点からすると、末岡が勝り、その提起した総論、組織法論、地方制度、行政作用各部法、裁判法からなる行政法講義は、その後の行政法講義のあり方に大きな影響を与えたのではないかと思われる。さらに穂積八束が、その体系化を推し進め、一木が、行政作用法総論（いわゆる行為論）、公権論を含み、広汎な各論を内容とする行政法を講義するようになった。東京帝国大学に講座制が設けられた明治二六年に東京専門学校から刊行された織田一の『日本行政法要論』は末岡の構成にほぼよるものであつた。織田一は、東京大学大学院時代にラートゲンの『行政法』を翻訳したとされる人であつた。<sup>(70)</sup> イギリスの法制度を原典に即して研究する方法を実践してきた東京専門学校にもドイツ法の波は及んでいたのである。行政法学のこのような展開が、明治憲法の制定による立憲主義の成立とこれによる立法活動の広域化、法整備の拡充を背景にしていることはいうまでもない。これらの内容的な検討は、本稿の目的をはるかに越えるものである。

## 〔注〕

- (1) 中央大学中央図書館準貴重書書架には、この合綴本（請求記号 323.13/A25）の外、①一頁一四行、一行三五字の「山村」「渡邊」各蔵印のもの（請求記号 323.9/E32）②同じ体裁の「織田完之図書章」「青淵」「祭魚洞」各文庫印のもの（同一請求記号）、③一頁二行、一行三〇字の和綴本で、表紙に「第三年級英吉利法律講義録第一六号」と記載があり、巻末に「明治二十年から明治二十一年七月までの学科及受持講師一覧」が付されたもの（同一請求記号）がある。この外、専修学校講義録として、『行政法』（久米金彌講義・大内定也筆記）に合綴された「科外講義 英国行政法講義」（江木衷講義・山村鐵六筆記）（請求記号 323.9/Ku37）がある。この「科外講義 英国行政法講義」の講義録上の名称は「英国行政法概論」とされている。また内容の範囲は本稿で取り扱う『行政法』の汎論第一章までと一致しており、「緒論」部分と「汎論」部分が分けられていない。
- (2) 利谷信義「江木衷」（潮見俊隆編著『法学セミナー増刊・日本の弁護士』一九七二年、日本評論社）一〇九頁。
- (3) 『独逸博士グナイスト原著法学士江木衷講述 虞氏英国行政法講義 汎論 一千八百八十四年伯林原版』（明治十九年十一月出版、筆記者・明治法律学校卒業生 横井敏太郎）
- (4) Roesler を日本語としてどのように表現するかについてはさまざまである。
- (5) 江木衷述『社会行政法論』ではリョースレル、江木『虞氏英国行政法講義』（緒言）ではロエスレル、稲田正次・後掲『明治憲法成立史』下、一〇四頁以下、及び鈴木安蔵『憲法制定とロエスレル』（東洋経済新報社、一九四二年）ではロエスレル、ジームス「後掲」日本語版（本間英世訳）ではロエスラー、塩野宏・後掲「公法と私法」一〇〇頁ではレースラーとなっている。なお、Anna Bartels-Ishikawa・後掲一七三頁の紋章図の下には、関係者が記したと思われる細字で Roesler となっている。この場合は、現代表記に従い「レースラー」とした。
- (5) 江木衷述に係る『社会行政法』の紹介としては、穂積陳重「江木法学士訳述社会行政法論」（『法学協会雑誌』

一三号、明治一八年）六六頁がある。

リースラーの業績に関する詳細な研究としては、J・ジームス著・本間英世訳『日本国家の近代化とロessler』未来社一九七〇年がある。この著作は、リースラーの明治憲法作成における役割を理解する上においても、また、リースラーの各種の著作、なかんずく社会行政法の内容を理解する意味においても極めて有益である。この研究は、ジームスのドイツ語原稿に基づく上記日本語版として出版されたのち、Johannes Siemes, Die Gründung des modernen japanischen Staates und das deutsche Staatsrecht, Duncker & Humblot / Berlin 1975, Schriften zur Verfassungsgeschichte Band 23 としてドイツ語で出版された。

日本語版とドイツ語版を比較すると次のような差異がある。①日本語版が編立て（二編）になっているのに、ドイツ語版はすべて章（Kapitel）立て（五章）からなっている。このことから、日本語版第二編第一章「日本の近代化に対するロesslerの貢献」、第二章「明治憲法に対するロesslerの寄与」、第三章「ロesslerと日本に対するドイツの影響」、第四章「ロesslerの私生活」、「むすび」は、ドイツ語版では、それぞれ、第二章、第三章、第四章、第五章、第六章とされている。②日本語版第一章にある「経済学的現象の法則性」は、ドイツ語版には存在しない。③日本語版第一編第一章「社会行政法」はドイツ語版では、リースラー社会行政法全体の詳細な分析に拡充されている。④日本語版第一編末尾の「補遺著書目録」は、ドイツ語版では巻末に移されている。⑤日本語版第一編第二章「ロesslerの社会行政法」（一社会法に基づく社会観）、「二社会行政法」、「第三章「近代国家の根本問題」（一資本と国家の関係）、「二シユタイン、ロessler、グナイストによる社会的立憲論」、「第四章「ビスマルクのドイツ帝国憲法に対する批判）」はドイツ語版には独立した項目が見当たらない。日本語版第一編第二章はドイツ語版第一章「社会行政法」に集約された可能性がある。⑥ドイツ語版第三章「明治憲法に対するリースラーの貢献」二「明治憲法の個別問題に対するリースラーの貢献」には明治憲法のドイツ語

訳 (W.Roehl) Die Japanische Verfassung, Frankfurt a.M. 1963 による) が含まれている。⑦ドイツ語版第三章「社会国家のレースラーの構想」には「議会制民主主義の限界」、「社会的立憲主義」、「社会行政」という日本語版第二編第二章三には含まれていない記述が含まれている。日本語版第一編第二章「ロエスラーの社会法」第三章「近代国家の根本問題」がこの箇所でも再整理されている可能性がある。

なお、その後の文献として、Anna Bartels-Ishikawa, Hermann Roesler : Dokument zu seiner Leben und Werk, Duncker & Humblot / Berlin 2006, Schriften zur Rechtsgeschichte, Heft 136 がある。(以下「Anna Bartels-Ishikawa」とする。) これは、私的な書簡・家族写真などを含む伝記的な文献であるが、『社会行政法』の内容やその学説の後年の行政法学からする位置づけにも簡潔に触れている。

レースラーの『社会行政法』は、一八七一年のドイツ帝国成立の翌年出版されたものであって、ドイツの統一的行政法教科書としては最も早期のものであり、その当時ドイツでは、統一国家形成期であることから「国法学」に関心が集まり、行政法に関心が移るのは、自由主義から保護主義への転換、社会保障制度の創設が行われた後(一八八一年)からであるとの指摘がある。Michael Stollens, Verwaltungswissenschaft und Verwaltungslehre 1866—1914, Deutsche Verwaltungsgeschichte, Band III, II Kapitel, S.94ff. Deutsche Verlags-Anstalt 1984, (以下「単に Deutsche Verwaltungsgeschichte」として引用。)

(6) Einleitung は五章 (Cap.) 二五節 (§§) からなっている。節には表題がつけられていない。参考までに、各章の表題及び江木が緒論執筆に際して特に依拠したと考えられる第一章の節に仮に表題をつけて示すと次の様である。二章以下については、概観をえるため、冒頭の節と末尾の節のみの仮の表題を示しておく。

第一章 行政法の概念、分類及び源泉

(節区分) 一 行政法の定義、二 社会行政法の意義、三 国家と社会、四 人間文化の発展と自然的発展の違

い、五 社会行政法の内容、六 行政法の淵源、七 行政法の形式的意味における法源

第二章 法その他の部門と行政法の区別

（節区分）八 私法と行政法→一三 司法と行政

第三章 社会行政の一般的原则

（節区分）一四 行政の形式的一般的原则→一八 社会行政を支配するその他の法的規律

第四章 行政法の歴史的発展の概観

（節区分）一九 古代・家族と国家→二三 現代・警察と行政の分離

第五章 行政法の学術研究と文献

（7） 当時において、英仏独法学の一般的特色を論じたものとしては、穂積陳重「英仏独法学比較論」（『法学協会雑誌九号、明治一七年）二六頁以下がある。

（8） 『法理学汎論』上・中（大橋素六郎翻訳、博聞社、明治二年）は、同一内容のものが、『警官練習所教科書法理学汎論』上・中（大橋素六郎纂訳、博聞本社、明治一九年）として出版されている。大橋素六郎は、明治一八年内務省に設けられた警官練習所で同一九年から少なくとも二〇年まで職員として『行政法大意』と、『法理学汎論』も担当していた。これについては、高橋雄材『明治警察史研究』第一卷（令文社、昭和三五年）七頁、五三頁以下、一一七頁以下、なお本稿においてイギリス・フランス文献の翻訳書と原典の比較対象は行ないえない。

（9） 『法学協会雑誌』第一号は明治一七年三月に発行され、その発刊の趣旨を当時の大審院院長玉乃世履は、東京大学教員、学生、学士が集まって「法律討論協会」を創設したこと、会員の中からの発議で、法律討論会での論

説を筆記し、これを会員に頒布し、後日の参考とし、公にすることとし、さらにこれに論説を付して印刷することになったことを「公序」の中で記している。討論は教員のみでなく、法学士（東大法学部卒業生）、学生が行う場合もあり、また、討論以外の論説も教員だけでなく法学士が執筆している場合もあった。江木も五号に「慣習法起源諸説ノ批評」、一一号、一四号に「公用土地買上規則ヲ論ズ」を寄稿している。冒頭に記したように江木は東京大学在学中から、穂積陳重によって奥田義人と共に高い評価を受けていたから、卒業後も、その論考を法学協会雑誌に寄稿するだけの能力があるとされていたのであろう。同様のことは奥田義人「行政及ヒ司法ヲ論ス」（『法学協会雑誌』一二号、明治一八年）四五頁以下についても言うことができる。

(10)

ダイシーについては、『エー、ヴィ、ダイシー原著・高田早苗梅若誠太郎共訳英国憲法論全（早稲田叢書）』（東京専門学校出版部蔵版・明治三二年、復刻版・信山社・日本立法資料全集・別巻㊟㊟）がある。なお、同書には、高田の「英国憲法」（東京専門学校蔵版・明治三二年）（行政部を含む）が合綴されている。高田早苗は、明治一五年東京大学文学部哲学理財学科卒業、東京専門学校（後の早稲田大学）の創設に寄与した。

(11)

翻訳局訳述『仏蘭西法律書』（印書局、明治八年）。冒頭に「例言」として箕作麟祥が同書の構成内容（憲法、民法、訴訟法、商法、治罪法、刑法）を述べている。明治八年刊行の同書は上（憲法、民法、訴訟法）、下（商法、治罪法、刑法）の二巻からなっている。同書は明治二〇年に箕作麟祥訳、自由閣翻刻として一巻ものとして出版されている。ボワソナード『性法講義』（井上操筆記、明治一四年、復刻叢書・法律学篇二九、信山社、一九九二年）八頁。同『法律大意講義完』（加太邦憲筆記、明治一三年、司法省版）。「法律大意」は、民法草案の講義を開くに際し、先ず生徒に「法律ノ大意原因及ヒ其支脈ヲ了解」させるために講述されたものであるとされている（凡例・加太邦憲）。

バトビーの「仏国政法理論」は、司法省蔵版として明治一一年に翻訳の一部として「出版自由ノ部」がまず刊

行され、その後明治一六年までの間に、全七帙（冊）が刊行された。第一帙は「大綱ヲ概論」するものとして、同帙上で「大意 公法建国法」として「第一章 国民ニ保護シタル権」「人民同等」等一三項目、「第二章政府大権」「立法権」三項目、「行政権」二項目等、「政法」二項目が、第一帙下には別巻として「道路」等八項目が、第二帙以下は「細目ヲ詳論」するものとして、同帙上には「補助学の緒論」として「経済学ノ原旨」と「統計学ノ要目」が、同帙下から第七帙下までに、「第一編 公権 即チ独立ノ権理」として「同等権利」等一五項目、「第二編 憲法論」として「政府属官ノ責任」「三大権ノ分立」等八項目、「第三編 施政権」として「施政上ノ地方区域」等二七項目が翻訳され、別帙として総目録が司法省蔵版として出版されている（復刻版・信山社・日本立法資料全集別巻 651, 652～666・翻訳者大井憲太郎他五名）。バトビーの本書の翻訳が司法卿大木喬任の命によるものであったことは、明治一一年に翻訳の一部として刊行された「婆督備氏仏国政法理論 出版自由ノ部 政法理論叙言」に言及されている。「出版自由ノ部」は国立国会図書館近代デジタルライブラリーでも見る事ができる。バトビーの原書は、Batie, Anselm Polycarpe, Traite theorique et pratique du droit public et administratif 1862 であると思われる。信山社復刻版及び後掲井阪右三『日本行政法大意』上六頁では、Traite du droit public et administratif とされているが、後掲ラートゲン『行政学講義録』五頁には、「ア、バットビー 公法及行政法理論并実用論」とされている。塩野「後掲論文」一一頁注（10）は、内容的には、バトビーによる別の著作（Precis du cours de droit public et administratif, 1885）である可能性を指摘している。

なお、明治二二年前の日本におけるフランス法、特に公法と私法の区別に関しては、七戸克彦「水法における公法と私法民法における水法関係規定を中心に（一）」（『法学研究』慶応義塾大学法学研究会、第七一巻一、二号、平成一〇年）一頁以下、特に四頁～八頁、参照。七戸はボワソナード、アペールによる講義録が残存していることを指摘している。

(12)

井阪は「我日本明治維新以来ノ諸制度……(ハ……筆者補) 東洋一般ノ風儀タル秘密政治ノ習慣ニシテ凡ソ行政ノ組織権限ノ類一モ之ヲ国民ニ公布セシモノナシ。出版演説ノ規則亦タ嚴重ニシテ凡ソ政治ニ関スル事項ハ容易ニ之ヲ公言スルヲ許サス、故ニ行政上ノ学問ハ之ヲ説クモ之ヲ聴クモ共ニ非常ニ困難ナリキ。今茲明治一九年ハ立憲政体ノ基礎已ニ成リ公文式一定シ官衙ノ官制亦皆備リ共ニ勅令ヲ以テ之ヲ国民ニ公布セラル。於是乎始テ日本行政学ヲ講スルヲ得ヘキナリ」(上五頁)との観点から、上巻では、主として日本の国家行政機関及び地方行政組織論を外国の参考例を含めて記述している。これに続いて明治二一年には、「凡ソ人政府ヲ戴クカ為メニ各其身ニ負フ所ノ義務ハ思想ノ自由ヲ制限セラレ身体ノ自由ヲ拘束セラレ、其財産ヲ取上ケラルルヨリ大ナルハナシ。然シ而シテ斯ノ大義務ヲ何ノ方法手段ヲ以テ政府之ヲ取攬シ人民其衝ニ當ルカラ知シメントス。是レ本編ノ主眼ナリ。然レトモ思想ノ自由ヲ制スルハ宗教、学制ノ範圍ニ属シ事緊急ナラスシテ而シテ此編紙数ニ限リアルカ故ニ姑ク之ヲ省キ、身体言論ノ自由制限ヨリ財産取得上ニ関スル規則ノ重ナルモノヲ集メ分テ八巻トナシ、順次ニ之ヲ左ニ説明ス」(下六頁)との観点から、平等権、身体ノ自由、集会・結社、出版、租税、公用土地買上、徴発、地役、行政裁判を含む下巻(外国の参考例を含む)を刊行している(復刻版・信山社・日本立法資料全集別巻283, 394)。バトビーの著作が「平等」等人権に関する記述を多く含んでいること等の点でも、井阪の論述はバトビーの強い影響の下で書かれたものと思われる。井阪のこの著作は出版当時の状況から極めて注目すべきものであるが、井阪が本書を出版したときの地位、本書がどのような場で用いられたのかは、解明できなかつた。なお、官報三〇三九号・明治二六年八月一日に「依願免本官神奈川県高座郡郡長 井阪右三」の記録がある。井阪については、赤木須留喜「明治期における内閣制度と行政制度」(『年報行政研究』二七号、一九九二年)七七頁以下が、井阪のいう「人定行政法」を、立法部の介入を許さない天皇の「行政大権」の内部構造である「行政府立法」の構造を明らかにする理論として取り上げている。また、塩野宏「公法・私法概念の確立」(『国家学



会雑誌』八三卷五・六号、国家学会八〇周年記念論集、一九七〇年、同所収『行政法研究』第二卷「公法と私法」（有斐閣、一九八九年）三頁以下、特に一一頁注（15）は、井阪の著書を我が国最初の市販された行政法教科書としている。なお、塩野は、薩埵正邦『行政法講義』（明治三二年）も井阪の著書と共に最初の市販された行政法教科書としている。これについては、後に注（65）で触れる。

井阪の『日本行政法大意』出版の翌年、明治二〇年には、富井政章『仏国大学法律博士富井政章著 法学綱論（時習社）上巻』が刊行されている。富井は、明治七年東京外国語学校入学後、一〇年フランスに私費留学し、一六年年法学博士の学位（リヨン大学）を取得して帰国、一八年東京大学法学部教授となり、後に京都法政学校（後の立命館大学）校長、和仏法律学校（後の法政大学）校長となった。富井は「前掲書」の中で公法を公益を維持するための法律として、立憲（政府ヲ構成スル諸大権ノ組織并ニ其相互ノ関係ヲ定ムル法則）、行政（全国一般并ニ地方行政ノ制度ヲ立テ行政府ト人民トノ関係ヲ規定）、保安（刑法、治罪法）がこれに属するとし、「人間私生ノ関係ヲ定ムル法」を私法としている。富井は「行政法学ノ目的トスル所ハ各民ヲシテ其行政府ニ対スル權利義務ノ何タルヲ知ラシムルニ在リ」としている。井阪の『日本行政法大意』下が国民の権利を基準にして編制されていることとの関係が注目される。

行政法分野においてフランス法の研究が深められるようになるのは、上記バトビーの翻訳や井阪の著作にも関わらず、織田萬（明治二五年東京帝国大学法科大学卒業、同二九年京都帝国大学法科大学教授採用予定の官費留学生として仏独に留学、明治三二年帰国、京都帝国大学教授、行政法担当。明治三三年『日本行政法論』）を待たなければならなかったようである。もっとも、織田の研究及びその業績にも関わらず、日本におけるフランス行政法の研究は、当時のドイツ法優勢の傾向の中で、十分な発展を見ることができなかった。これについては、和田英夫「織田萬博士の『日本行政法原理』（『法律論叢』六三卷四・五号二七頁、一九九一年）参照。なお、

- 一九世紀におけるフランス行政法学説の諸問題については、兼子仁・磯部力・村上順『フランス行政法学史』（岩波書店、一九九〇年）第一編・序章・第一章、第二編・第一部参照。
- (13) Deutsche Verwaltungsgeschichte Bd II . S.71
- (14) Robert von Mohl, Encyklopädie der Staatswissenschaften. 1859. フォン・モールに関する研究としては、佐藤功「ロベルト・フォン・モールの生涯と学説」(一) (二)『社会科学研究』四号五三頁、一九四九年、同二巻三号八一頁、一九五〇年)参照。佐藤は、Encyklopädie der Staatswissenschaftenを「国家科学大系」と訳し、この著作は、モールの国家哲学の領域に関する論文の集成であり、「その学問上の立場に対する最良の手引きとされるもの」であるとしている(四号七五頁)。また、諸学説との関連を分析したものとして、手島孝「ドイツ行政科学史論」(『行政法研究』第四二巻二〜三号、一一三頁、特に一三五頁以下)参照。モールに関するドイツにおける近年の総括的な位置づけとしては、次のものを参照。Hoffmann-Riehm, Schmitt-Abmann, Volkkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd1, Aufl.2 (2012). § 2 III (Rdn.33〜36)
- (15) R von Mohl, Die Geschichte und Literatur des Staatswissenschaften. 1855. S.70
- (16) R von Mohl, Das deutsche Reichsstaatsrecht 1873. S. 183
- (17) 加藤弘之訳『国法汎論』七頁、九頁。本文三一頁のプルンチュリーの翻訳引用部分は上記および江木『行政法』二頁によるものである。
- (18) J.C.Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht 4.Aufl. 1868. S.3ff.参照。また、一九世紀の反動期において君主の絶対権が私法理論によって構成され、公法理論がこの理論状況に対立して主張されたことについては、Deutsche Verwaltungsgeschichte Bd II S.72参照。モールも君主の絶対権を私法理論によって構成することに反対であった。なお、ドイツにおける公法学方法論の提唱者として広く知られているC.F.Gerberも君主権の公法による制

- 約を認め、詳細な理由付けをもって君主権の私法的な位置づけを排除している。C.F.Gerber, Über öffentliche Rechte, 1852 S.53f. 一九世紀ドイツにおける「公法概念」の成立とそのわが国における継受については、別途検討する必要があるろう。ドイツにおける「公法概念」の成立と日本における「公法概念の成立」の差異については、塩野「前掲論文」（公法と私法）二〇頁）参照。また、塩野は、ゲルバーの学説は日本の公法学草創の時代には、「十分に知られていなかった」可能性があることを指摘している。塩野「前掲論文」（公法と私法）二五頁）注（44）参照。
- (19) aaO.S.5～6.
- (20) R.vonMohl, Die Geschichte und Literatur des Staatswissenschaften. 1855 S.70
- (21) aaO. S.109
- (22) R.von Mohl, Das deutsche Reichsstaatsrecht 1873 S : 183
- (23) J.C.Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht 4.Aufl. 1868 S.7. J.C.Bluntschli, Über die neuen Begründungen der Gesellschaft und des Gesellschaftsrechts. in "Kritische Übersicht der duetschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft " von Arndts. Bluntschli. Poenzl. III Bd 1856. S.229ff. bes. S.265. ブルンチュリーは、上記論文の中で、フォン・モールの社会概念を詳細にわたって検討し（S.247ff）、結論として公法と私法以外に社会法を位置づけようとしている（S.265）。
- (24) J.C.Bluntschli, Gesellschaft und Gesellschaftswissenschafts. in "Bluntschli' s Staatswörterbuch in drei Bände" von Dr.Loening, II Band. 1876. S33ff
- (25) R.von Mohl, Encyklopädie der Staatswissenschaften.1859 S28.
- (26) R.von Mohl, Das deutsche Reichsstaatsrecht 1873 S : 183

- (27) ブルンチユリーの「社会」現象に関する考察については、上記注(23)・(24)参照。フォン・モールの「社会」現象の考察については、R.v.Mohl, Die Staatswissenschaft und die Gesellschaftswissenschaften in "Die Geschichte und Literatur des Staatswissenschaften. Erster Band. 1855. Erlangen. Verlag von Ferdinand Enke. S.67ff. 参照。
- (28) C.F.Gerber,a0.S.51. Bluntschli Allgemeines Staatsrecht 4aufl. 1868. I Band. S.5.
- (29) 松本丞治『日本会社法論』巖松堂書店、昭和四年)一〇五頁以下。
- (30) 斯波淳六郎『行政法原理』(東京法学院、明治三十四年)一一三頁以下(会社ニ関スル行政)。リースラーも、Privat Corporation (Genossenschaften) Genossenschaften mit unbeschränkter Haftung. A) Genossenschaften mit beschränkter Haftung. B) 項目を設けず。H.Roesler:Deutsches Verwaltungsrecht. I. Bd. Soziale Verwaltungsrecht. I. Abtheilung Erstes Buch. Personenrecht. Titel III. Die Juristischen Personen. Cap.3. II. 2.3。
- (31) 本多康直・今村信行共著『民事訴訟法註解』(博聞社蔵版、明治三三年)六頁。本多と今村は、共に明治一七年司法省内に設けられた「訴訟規則取調委員」であり、明治一六年内閣顧問として来日したヘルマン・テッヒョウ Eduard Herrman Robert Tchow が明治一十九年に作成した「日本民事訴訟法草案」の翻訳者であり、草案の審議に参加し、紆余曲折を経てテッヒョウ二次案に基づいて制定された明治三三年民事訴訟法に精通していたと考えられる。これについては、鈴木正裕『近代民事訴訟法史・日本』(有斐閣、二〇〇四年)六〇頁、九三頁参照。前記(27頁)のようにホルランドも民事訴訟法を公法としている。なお、第二次大戦後の民事訴訟法公法説については、次のものを参照。兼子一「民事訴訟の出発点に立返って」(『法学協会雑誌』第六五卷第二号、昭和二二年)・同『民事法研究Ⅰ』(酒井書店、一九五〇年)四七五頁。民事訴訟法を民事上の権利義務の実行のための制

度とみる考えかたについては、富井「前掲」五三頁以下。

(32) Anna Bartels-Ishikawa S43 は、レースラーは行政法について公法と私法を明確に区別していない、としている。

ジームス「前掲書」日本語版三五頁、ドイツ語版二六頁は「社会法の具体化である行政法は、国法と区別された公法の固有の分野を形成する。」としている。

(33) 江木は、国家法が社会法に干渉できない例として、一国での婚姻要件に該当しない婚姻であっても、他の国で

適式に婚姻すれば、当該の婚姻は無効にならない。これは万国私法の認めるところである、としている（上記一三頁）。しかし、既に、明治六年太政官布告一〇三号は「外国ニ於テ日本人外国人ト婚嫁セントスル者ハ其国又ハ其近国ニ在留ノ日本公使又ハ領事館ニ願出許可ヲ乞フヘシ」とし、江木の考えかたに必ずしも適合しない内容をもつものであった。明治二三年法律九七号「法例」第三条は「人ノ身分及ヒ能力ハ其本国法ニ従フ」とし、明治二三法律九八号民法人事篇第五二条は「日本ニ於テ外国人ガ婚姻ヲ為サントスルトキハ其能力ハ本国ノ法律ニ従フ」と定めるようになった。伊藤悌治講義『国際私法』（明治二三年東京法学院・恩田熊壽郎編輯明治二五年度第三年級講義録・窪田欽太郎編輯）は英国の判例を基礎にして検討し、「婚姻ノ要素ハ婚姻者ノ住居地ニ依リ其ノ方式ハ挙行地ノ法律ニ依ル」（八〇頁）としているまた、板垣不二男『国際私法』（明治三〇年、明法堂）（裁判官・大正二年五月より大審院判事、明治二五年より三六年明治法律学校講師）一〇七頁は、国際私法の準拠法について諸説を紹介分析し、従来我が国では、婚姻の有効要件につき、住所地主義（属地主義ともいう）をとるか、本国法主義（属人主義ともいう）をとるかは明確ではなく、英法学者は住所地主義をとり、仏、伊、独法学者は本国主義をとり対立していたが、明治二三年「法例」第三条は本国法主義をとることを明らかにしたとされている。さらに、明治三一年法律一〇号「法例」（明治三三年法律九七号「法例」を廃止）一三条一項は、「婚姻成立ノ要件ハ各当事者ニ付キ其本国法ニ依リテ之ヲ定ム」として、本国主義（属人主義）の立場をより明確に

した。梅健次郎『民法要義』「巻之四親族編」（明治三三年初版、和仏法律学校）一一二頁以下は、「国際私法ニ於テハ婚姻ニ関スル実質上ノ要件ニ付テハ原則トシテ各当事者ノ本国法ニ依リ……是レ今日ニ於テハ各国殆ト其撰ヲ一ニスル所ナリ」としている。板垣「前掲」一〇六頁は、本国法主義は、一八七四年スイスジュネーブの万国公法会で決議されている、としている。なお、中村進午『国際私法講義 完』（明治三〇年、司法省指定私立明治法律学校講法会出版）二二一頁以下参照。

こうしてみると、江木が行政法講義をした明治一八年～二〇年において、国際私法上の婚姻成立の実質要件につき住所地主義をとるか本国主義をとるか、学説上争いあったにせよ、住所地主義が唯一不動社会の法則であるとは言い得ないように思われる。

なお、現行家族法の下での国際結婚について江川英文『法律学演習講座・国際私法』（青林書院、一九五五年）二一七頁以下参照。江川は、国際私法上国際結婚における婚姻の実質的成立要件の準拠法には、婚姻挙行地法主義（板垣のいう住所地主義）と属人主義（板垣のいう本国法主義）があるが、属人法主義をとる国の方が多い、婚姻挙行地法主義をとるモンテビデオ条約（一八八七年）もあるが、婚姻に関するハーグ条約（一九〇二年）は属人法主義をとっていると述べている。

(34) H.Roesler, Über die Gesetzmässigkeit der volkswirtschaftlichen Erscheinungen, Annalen des deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik, 1875, S.396-8, 53

(35) H.Roesler, Die alte und neue Nationalökonomie, Zeitschrift für das Privat- öffentliche Recht 1876 Dritter Band, S.450

(36) H.Roesler, aa.O.S.437, また「ジームス「前掲書」（日本語版五五頁）、（ドイツ語版一一七頁）参照。リースラーは、伊藤博文、井上毅からの要望を受け、明治二〇年四月三〇日に井上に「日本帝国憲法草案」を提出している

- が、その第二二条には、「撰挙人名簿ニ記載シタル独立不羈ノ日本人ニシテ二十五歳ニ満チ国家ニ直税ヲ納メ撰挙法ニ掲ケタル不能力ノ理由ヲ全ク有セサル者ハ皆撰挙権及被撰挙権ヲ有ス」とし、さらに井上の質問に応えた六月四日の答義には、「多額ノ財産上ノ制限選挙ヲ斥ケ参政権ヲ下等社会ニ拡張シテ以テ君主制ヲ鞏固ナラシメ」ることを提案し、完全な普通選挙を提案していたとまではいえないまでも、かなりそれに近い選挙制度を提案していた。これについては、稲田正次『明治憲法成立史』下巻(昭和三七年、有斐閣)参照。憲法草案については一〇四頁以下、特に一〇八頁、答義については一四二頁以下、特に一四六頁。Anna Bartels-Ishikawa, oben genannte S.89. は、「一般普通選挙権を提案した」としている。
- (37) 一九世紀から二〇世紀初頭にいたる選挙制度の発達については、美濃部達吉『選挙法大意』(三省堂書店、大正三年)参照。美濃部は、ドイツ帝国議会の選挙が普通選挙によるべきことは、一八四九年のフランクフルト国民議会以来の既成の事実であり、一八六七年の北ドイツ連盟憲法及び一八七一年成立のドイツ帝国における帝国議会も普通選挙制度を採用した、としている(同著一七六頁以下)。レースラーに先立つモールが普通選挙制度に反対し、ブルンチュリーも普通選挙制度に消極的な態度をとっていたことについては、Deutsche Verwaltungsgeschichte Bd. II S.70f. 参照。
- (38) 法律進化論と優勝劣敗の理論を一般的に概観するものとしては、穂積重行「比較法と穂積陳重」(『比較法学』二二卷一号、早稲田大学、昭和六一年)一五九頁以下参照。
- (39) 加藤弘之『人權新説 全』(谷山楼蔵版、明治一五年)九三頁以下参照。
- (40) 穂積陳重「原力論断片三 強力説」(法律進化論叢第三冊「慣習と法律」、岩波書店、大正四年)二四三頁、二六五頁。この論文は上記第三冊編集当時(昭和四年)「別綴にしてあった草稿」であったとされているため(穂積重遠「はしがき」四頁)、どの時期に穂積が見解を変更したのは不明である。

なお、穂積陳重は「法律進化主義」として『法学協会雑誌』に論文を連載し（二七号、二九号、三一号、三二号、明治一九年と思われる）、三二号の末尾には「次二：…進化主義ノ法理論ヲ略述スヘシ」としているが、現時点において筆者は、法学協会雑誌上にその続きを発見することができなかった。しかし、穂積は、後年明治二二年に「法律学ノ一大革命」（『法学協会雑誌』六〇号）を発表している。内容的にはこの論文が、「進化主義ノ法理論（の略述）」に相当するものではないかと思われる。この論文で穂積は、法律学も進化法律学であるべきであるとして概ね次のように論じている。

「理科の諸科学は進化の法則によつて学問的基礎を確実なものとした。法律学がその一部をなす社会学も生物学の一部であり進化法則に支配され、社会の事象は生存競争自然淘汰に支配されている。法律学も理科の諸科学の研究方法に倣い、これら諸科学の原則を利用して始めて真正の学問となることができる。将来の法律学は進化主義の法律学となるべきであつて、自然法主義の法律学は死滅が近い。法律の原理を極めるためには、自然法や正義論によることなく、古今東西の法律の事実を集め分類して、なるべく多くの事実に共通する普遍的現象を発見するように努めるべきである。理科諸科学の研究方法は多くの事実から一定の原則を導き出すことにある。法律学を含む社会諸科学の研究方法も他の理科諸科学の方法と異なるべきではない。もつとも社会は最も複雑な組織であり、その中から原則を発見することは難しいが、その中に必ず不動の一定の原理があることは疑う余地がない。各国の法律はそれぞれ違いがあり、複雑極まりないが、その中に過去現在を通じて変化しない全ての国を通して不動の恒久的規則があり、これがベーコンのいう「法の法」である。将来の法学者は観察経験・論理を以てこの「法の法」を発見することが、本来の任務である」。この論文は学問方法的な進化論であり、優勝劣敗的進化論と大きな違いがあるが、この論文はいずれにせよ、江木が行政法を書いた時期とはずれている。

なお、古賀勝次郎「比較社会思想史研究（三）——穂積陳重と法律進化論——」（『早稲田社会科学研究』第三〇号



一頁、昭和六〇年)は、穂積が生物学と法律学との間において厳密性と蓋然性においてかなりの相違があるに違いないと考えていた、としている。

事実関係を分析して、その事実関係の中に妥当する法則を発見するという方法と、生物が次第に変化して違った性質をもつ生物になる、その際自然環境に適応して変化が生じるという意味での進化とは、同一ではないが、穂積においてその差異自体の認識が十分であったかは、今日の観点からすると明確でなかった可能性があるが、その分析は今後のことである。

(41) 前掲 Deutsche Verwaltungsgeschichte Bd. III, S.94

(42) 前掲ジームス「日本語版」一八二頁、「ドイツ語版」一三〇頁。リースラーの行政法理論の位置づけに

ついで、Deutsche Verwaltungsgeschichte Bd. III, S.92. 参照。また、手島「前掲論文」一六四頁参照。手島 Bodo Dennewitz, Die Systeme des Verwaltungsrechts: Ein Beitrag zur Geschichte der modernen Verwaltungswissenschaft, 1948, S. 102-104 に「リースラーの行政法論に積極的評価を与えていない。江木がどのような契機から、リースラーの行政法理論に取り組むことになったのかは、江木本人が具体的に触れるところがないので、明確でないが、明治一五年に東京大学文学部に着任し「政治学」を講義したラートゲンが、明治一八年から独逸学協会で開始した「行政学講義」の冒頭でリースラーの『社会行政法』を重要文献として挙げていることが注目される(ラートゲン講述『行政学講義録』、明治一八年、五頁)。

ドイツ行政法におけるその後の「社会法」の取り扱いの推移については、別途検討されるべき課題であろう。なお、ドイツにおける社会行政の発展については、Hansjochim Henning, Aufbau der Sozialverwaltung, Deutsche Verwaltungsgeschichte, Band III, IV, Kapitel 8, 4, S.275ff. 参照。

(43) 『虞氏英国行政法講義』の目次には、本文記載の第一章、第二章の他に、第三章として「行政ノ監督」、各論と

- して、当時のイギリスの各省に倣って「外交事務ノ行政」を含む一章が予定されているが、「講述」には記録されていない。
- (44) ゲナリストには『Das Englische Verwaltungsrecht mit Einschluss des Heeres, der Gerichte und der Kirche geschichtlich und systematisch, 1867, Berlin, Verlag von Julius Springer.』と云う著作もあるが、江木は、「一八八四年伯林原版」としているから、上記著書によったものと思われる。
- (45) この部分について原文 (S.127) は「法律にあらかじめ留保された命令・単なる執行の限界をしばしば意図的に越えて、また授權条項 (empowering clauses) の制度によつて、(法律を) 越えた、法律を改正する効果をもつ命令」(im Gesetz selbst vorbehaltene Verordnungen, die über die Grenzen einer blossen Ausführung oft absichtlich nach dem System der Ermächtigungsschlusseln (empowering clauses) auch eine transcendente, gesetzändernde Wirkung üben können) と云つてゐる。従つて「汎論」中のこれに関する事例は、大幅に原文と異なっている。
- (46) 原文では、「委任は次の三段階で行われる」と云われ、(1) General Regulation, Warrants, Order, Rule u.a. の名称で行われる大臣又は中央官庁の規律 (Regulativrecht der Ministerien)、(2) 治安判事一般裁判所又は特別裁判所並びに「州内軍務副官」(Deputy Lieutenants (江木訳) が地方的法規 (byelaw) の名称の下で定める地方的規定 (Bezirksverordnungsrecht)、(3) 都市及び農村地帯の地方的官庁並びに種々の公的団体の地方的法規の名称による地方的規律 (Localverordnungsrecht) と云つてゐる。省令 Departments ordnung は「大臣の発する命令」といふべきか。また、第二「州令」について江木は「General Session」「Special Session」を「総令」「特令」と訳しているが、Session は治安判事が開催する会議のことであり、江木の訳は適切でない。
- (47) 江木は「枢密院令、若クハ諸大臣ノ協議ヲ経タル勅令即チ君主ノ達令」とし「枢密院令」と「諸大臣ノ協

- 議ヲ経タル勅令即チ君主ノ達令」を並列しているが、「枢密院令」と「諸大臣ノ協議ヲ経タル勅令」との関係については、検討の余地がある。原文は、「also dem königlichen Verordnungsrecht unter Mitwirkung des Gesamtministerium vorbehalten」となっている。
- (48) この部分に関する原文の要旨は、「大蔵大臣の他の官省に対する監督権が十分に行われぬ場合には、大蔵省におかれる Junior Lord（江木訳「輔官」）と総理大臣が他の官省に対する監督権を行使することになり、その際、その監督がそれぞれ一定の規定に關して行われる。」とするにあると考えられるが、江木の記述との関係において、なお検討されるべき余地がある。なお、この Junior Lord と総理大臣に關する「財政行政上ノ達令」に大臣権限に競合が生じる場合の記述がある。
- (49) 旧法と新法との間の整理統合（Consolidierung）は、各法律毎に行われたものであり、11分野（英国の中央行政官庁の種類）への編制が、イギリスで行われていたものか、グナイストの発案に係るものかは、明確でない。原文一四〇頁では、Möglichkeit einer Consolidation と表現していることから、グナイストの発案ではないかとも思われる。
- (50) この部分の記述は、各項目毎に原文との対比照合を行う必要が高い。
- (51) この部分の江木の講述は、「上下両院ハ君主ニ対シテ献替賛相ノ義務アルモノト爲シ、君主ノ措置其当ヲ得サル時ハ誠忠ヲ以テ之ニ反対セサルヘカラサルノミナラス、仍ホ訓令ニ応シテ、自ら其行政ヲ掌ルヘキ責任アリ」とするなど、原文以上に君主の側に立ったものとなっており注意を要する。原文 Sätze は次の様になつてゐる。Der hohe Hof des Parlaments... ist zugleich der höchst beratende Körper des Reichs. Diese Auffassung entspricht durchaus dem historischen Gange der Entstehung des englischen Parlaments: noch heute werden die beiden Haeser nach der Wortfassung Ladung ad consulendum berufen mit der Pflicht, ihren Rath zu

vertheilen. Aus diesem Gesichtspunkt nennt sich auch die Opposition " Ihrer Majestaet getreue Opposition ", eben deshalb gilt sie als politisch verpflichtet ,nicht bloss zu widersprechen , sondern auf Verlangen selbst die Verwaltung zu übernehmen. 江木は「auf Verlangen」を「訓令に應じつ」と訳しつつあるが、auf Verlangenは国王の「組閣の求めに應じる」ということであつて、「訓令に應じつ」其行政ヲ掌ル」という意味ではないと思われる。

- (52) 『ラートゲン講述・季家隆介・山崎哲蔵訳述 政治学 一名国家学』上、凡例一頁。もつともラートゲンの「政治学」が『ラートゲン講述・季家隆介・山崎哲蔵訳述 政治学 一名国家学』(上・中・下、明法堂、復刻版・信山社・日本立法資料全集別巻398)として公刊されたのは、明治二五年から二六年のことであり、「毎年其稿を改竄修補・・・年処を経るに従て愈完備に進」んだとされており(石塚英蔵「序」三頁)、英国の制度についても、当初から完備されたものであつたかどうかは確實でない。しかし、基本的構想に変更はないであらう。

- (53) 『東京大学年報』第二卷(東京大学出版会、一九九三年)「内外教授教師等申報概要」二三四頁以下「国法学、政治学、統計学教師ラートゲン申報」。

- (54) ラートゲンが独逸学協会で行つた「行政学講義」の内容と東京大学で行つた「行政学講義」の内容は、非常に良く似ているとされていることについて、勝田有恒「カール・ラートゲンの『行政学講義録』―ドイツ型官治主義の導入―」(手塚豊教授退職記念論文集『明治法制史政治史の諸問題』、慶応通信、昭和五二年)一三七頁参照。東京大学で行われた講義の記録については、勝田「前掲論文」一五八頁注(35)。勝田「前掲論文」(同所)では、ラートゲンは大学で「行政法」も講義し、その講義録が「織田一補纂輯「行政法講義」大阪政法会」として残っているとされ、その内容は『行政学講義録』とほとんど同じであるとされている。ラートゲンは、政治学について「先ス公法ノ原理定則ヲ審ラカニスルヲ以テ緊要トス」としているから、その行政学講義の内容が「公法ノ原理定則」

によるものであり、「行政法講義」と似たものになっていることは予想されるところである。

ラートゲンについては、次のものがある。瀧井一博「帝国大学体制と御雇い教師カール・ラートゲン」ドイツ国家学の伝導—（『人文学報』第八四号、京都大学人文科学研究所、二〇〇一年三月）二一九頁以下、野崎敏郎「カール・ラートゲンとその同時代人たち—明治日本の知的交流—」（『社会学部論集』第三三号、仏教大学、二〇〇〇年三月）一七頁以下、同（資料の紹介と研究）カール・ラートゲン「日本人の世界観」（『社会学部論集』第五六号、二〇一三年三月）。

(55) 勝田「前掲論文」一四八頁以下

(56) 勝田「前掲論文」一五〇頁以下

(57) Rudolf Gneist, Das englische Verwaltungsrecht der Gegenwart . . . S156

(58) 高田は、『英国行政法』に次いで、『英国憲法』（東京専門学校、司法科講義録、明治二一年カ）を刊行し、その末尾（二〇四頁）にこの講義が William R. Anson, The law and custom of the constitution に依ったものであること、講義は第一巻を国会、第二巻を行政部とし、まず、立法部を印刷したこと、行政部については Alpherus Todd, Parliamentary Government in England が最も適切であるとしている。また、憲法に関する事実については、アンソンが最も適当であるが、「憲法論」においては、ダイシーが最も適当であるとしている。高田は、その後、行政部をあわせた『英国憲法』（東京専門学校蔵版、明治三二年カ）を刊行している。この行政部をあわせた「英国憲法」は、『エー、ヴィ、ダイシー原著・高田早苗・梅若誠太郎共訳 英国憲法論全（早稲田叢書）』（東京専門学校出版部蔵版、明治三二年）の中に合綴されている。

トッドについては、『英国国会政治』（アルフユース・トッド氏著、林田亀治郎・岸精一共訳、三省堂、明治二六年）がある。緒言の中で記者は「本書ノ特ニカヲ用イタル所ハ如何ニシテ王権政治ヨリ国会政治ニ遷進シタルカヲ論

スルニアリ」としている。

ダイシーの「法の支配論」に関する近年の文献としては、A・V・ダイシー著・猪俣弘貫訳『ダイシーと行政法』（政文堂、一九九一年）参照。

(59) ラートゲン『政治学 中』一五六頁

(60) これに対しラートゲンは『政治学 中』二五二頁以下で、「方今欧州大陸諸国ニ於テハ地方分権ノ方向ヲ取り益々自治体ノ事務并ニ権力ヲ拡張スルヲ勤メ、英国ハ中央集権ノ方法ヲ取り益々地方ノ事務并ニ其権力ヲ中央ニ集攬スルト勤ム」としている。同様の指摘は『行政学講義録』でも行われている（二七八頁以下）。高田の地方自治の位置づけと大きく異なっていることが注目される。もともと高田も、本文引用部分に続けて「惟フニ英国政府中央集権ノ度ハ往昔（一六、七世紀か：筆者）ノ如ク甚タシカラスト雖モ慈善ノ目的ヲ達スル為ニハ、其権力近來大ニ増長シタルカ如シ。彼ノ採礦ニ従事スル職工ノ危難ヲ救ハンガ為ニ礦山条例ヲ出シ又船舶ノ危険ヲ減シ水夫ノ生命ヲ保セン為メ船舶条例ヲ発スルカ如キ一トシテ慈善ノ目的ニ出サルハナキナリ。○中央政府ノ干渉ニシテ慈善ノ目的ニ出ラシメハ復タ何ノ限ルコトカ之アランヤ」としているので、ラートゲンの「英国ニ於ケル中央集権」の拡大はこの「慈善ノ為」の中央政府の権限の拡大を云うのかもしれない。

(61) 高田のこの部分の記述は三七頁から一三一頁に及んでいる。地方団体の種類の表示方法は、ラートゲン『政治学 中』二五四頁以下の記述と若干違いがある。

高田

ラートゲン

パリッシユ（民政・寺制に区別）

寺領制（パリッシユ）

ユニオン

地方組合制（ローカルユニオン）

ニユニンシバルボロー

市制（タウン・ボローを含む）

カウンティ

州制（カウンティ）

衛生区画・学区区画・道路区画・埋葬区画（↓地方組合制）

中央都会

倫敦ノ特別市制

なお、ラートゲンの記述に大きな影響を与えたと考えられているグナイストの『イギリス行政法』の中での地方自治行政の記述は、Die Organe des Selgouverment und die Local Board (II. Buch. Zeitens Kapitel. III. Abschnitt.) として行われているが、地方団体毎の記述がなされているわけではない。

(62)

大橋素六郎纂著『行政大意講義 上』（明治二十二年、印刷兼発行者・長尾景弼）も第一篇憲法大意の第六章を「英国国会政治ノ制度」として相当の記述を行っている。同書は、警官練習所の講義を筆記（板野常太郎）刊行されたもので、上巻は「憲法ノ大意及行政ノ通理」、中巻は「本法英仏普四国ノ中央及地方行政比較論」、下巻は「財政法及警察法ノ各論」とされ、現在上巻及び中巻が伝わっている。上記第六章は、「国会ノ起源」、「国会ノ諸成分ノ事」、「国会ノ一体トシテ有スル立法上ノ権力」、「国王及上下両院ノ権力」、「議案ノ事」、「王ノ裁可」、「議員選挙法」、「内閣」等二三款からなっている。

イギリスにおける地方行政に関するその他の文献として、「久米金彌訳『英国地方政治論』（哲学書院、明治二十一年）がある（復刻版・信山社・日本立法資料全集別巻914）。この翻訳はオックスフォード大学のG.C.Brodrickが書いた論文を翻訳したものである、との「例言」が附されている。内容的には、歴史的経緯、一八三二年改革法、現在の地方政治、あるべき改革が項目とされている。なお、久米は、専修学校講義録として、久米金彌講義・大内定也筆記「行政法」（科外講義「英国行政法講義」江木衷講義・山村鐵六筆記合綴）（中央大学図書館請求記号3239/Ku37）を出している。出版年は不明であるが、合綴されている江木の「英国行政法講義」は江木の「行政法」（明治二十一年）と内容に大きな差異がないことから、明治二十一年の出版であると思われる。

久米の行政法は、第一編緒論、第一章行政ノ本義分派及ヒ種類（行政ノ本義を含む五節）、第二章 内務及ヒ警察（内務及ヒ警察を含む四節）、第三章（法律上行政事務ノ性質（要領一節））からなっている。久米は警官練習所講師でもあった（高橋雄材『明治警察史研究』第1巻、五一頁）。

(63) 山崎利男『英吉利法律学校覚書』（中央大学出版部、二〇一〇年）二二二頁

(64) 斯波は明治二二年七月兼官（東京大学）を免じられている。『東京帝国大学五十年史』上冊二一四三頁以下。

(65) 同時期に出版された行政法講義としては次のものがある。

(一) 大橋素六郎掲『行政大意講義』上（明治二二年）。同書第二篇は「行政ノ通理」とされ、「行政及行政法ノ解」、「行政司法ノ本性及範圍」、「司法裁判ト行政裁判ノ區別 及分掌」、「公權利公義務」、「行政官任免ノ原則」、「繁議制及独任制」、「行政ノ方法」（命令、処分、契約、強制処分法等六款）、「自治ノ解」、「地方自治」（地方自治ト国政ノ關係）、「地方自治ヨリ生スル利益」等四款）、「集権及分権」、「行政ノ監督」の一章が記述されている。「公權利公義務」、「行政ノ方法」、「司法裁判ト行政裁判ノ區別及分掌」が含まれていることが注目される。大橋は、上記ホルランド『法理学汎論』を翻訳するなど、イギリスの制度に精通していたとみられる。

(二) 薩埵正邦『行政法講義』（明治二二年、中央法学会―東京法学校・後の法政大学の通信教育機関）。同書の正式名称は『各国比較行政法講義』であるようである（国立国会図書館目録）。薩埵は京都仏学校出身、上京し、内務省、司法省勤務、ボワソナードに師事。東京法学校の開設に係わり、東京法学校主幹となった。後に第三高等学校法学部教授。

同書は二つの部分からなり、第一巻総論は憲法、政体ノ種類、政権の三章の次に、憲法要略として、仏国、合衆国、独逸国、英国が章立てで記されている（英国の部分が一番長い）。第二巻は行政法とされ、上篇を「官制」として（下篇はない）、第一章総論に行政機関の種類等七節、第二章中央政府に第一節として「本邦ノ制度」が、第二節以



(66)

下には、フランス、プロイセン、独逸帝国、英吉利の制度が記されている。第三章は、地方制度として、第一節「日本ノ府県制度」（一部フランス・プロイセン）、第二節「郡区」（日本の郡長、書記の記述に次いで、フランス、プロイセンの記述）、第三節「現行市町村制及新市町村制」が記述され、その後に「仏国町村制度大要」、「行政裁判所」、「公用土地買上規則」が配されている（市町村の部分が一番長い）。このようにその内容は組織法を中心とした教科書となっており、同時期の教科書とは、著しく構成が異なっている。

富井「前掲書」は、「第九章行政法汎論」（六八頁以下）において「行政法トハ行政府ト人民トノ関係ヲ規定スル法律ヲ云フ：行政法学ノ目的トスル所ハ各民ヲシテ其行政府ニ対スル權利義務ノ何タルカヲ知ラシムルニ在リ」とし、地方自治制度及び行政裁判制度設立の重要性を説いている。

その後穂積八束は、明治三〇年にも東京法学院から講義録『行政法 完』を刊行している。構成は第一部行政法汎論（第一編行政（行政法学等四章）、第二編行政組織（行政ノ機関（中央官制、地方自治団体、行政裁判等七章）、第二部行政法各論（第一編総論、第二編内政（警察、人事、衛生、経済等一章）、第三編外務行政、第四編軍事行政、第五編財政、第六編司法行政）となっており、体系化が一層進むとともに、行政各部の第二編内務に関する部分が大幅に拡充されている。その他にも、出版年は不明であるが、「以贈写板換筆写」とされる和装の『行政法』上・下、（法学博士穂積八束講義「最新行政法学汎論ノ部、各論ノ部」）が残されている。さらに、『行政法大意』（明治二九年八尾書店、明治三三年有斐閣書房、明治四二年有斐閣）を出版している。少しづつ体系化の内容が異なっている。「大権」に関する項目立ては明治二六年行政法と『行政法』上・下に含まれている。穂積八束は、明治二四年に博士となっている。

公法体系の確立の観点から穂積八束が法学協会雑誌に掲載した「公法」に関する論文を中心して詳細な分析をしたものとして、塩野「前掲論文」二三頁以下参照。塩野は、穂積八束の教科書による記述としては『行政法大意』（明

(67)

治(二九年)によっている。また、穂積八束の公法観の基礎にある視点を析出したものとして、藤田宙靖「行政法理論体系の成立とその論理構造―穂積八束博士の公法概念を中心として―」(昭和四七年)、同『行政法の思考形式』(木鐸社、昭和五三年)所収三八頁以下参照。穂積八束の公法学全般にわたってその特色を分析したものとして、坂井大輔「穂積八束の「公法学」」(一)(二)(『一橋法学』一橋大学大学院法学研究科、二二卷一―二〇一三年)二三―一頁以下、同二号(同年)五四九頁以下(行政法については、(二)五九三頁以下)参照。坂井は、穂積八束の行政法を主として『行政法大意』(明治二九年)により考察している。

一木は、『日本法令予算論』執筆にあたり、その「緒言」の中で、第一回帝国議会における政党間の争いの背景には議会の予算議定権の範囲に関する憲法解釈の問題があるとし、議会において憲法に関する争いが生じるのは、憲法に関する学術の発展がまだ十分でないことに大きな原因があるとしている。

第一回帝国議会においては議会在が予算(震災補助、水害補助)を削減し、政府がこれについて予算外の支出をし、事後的に議会の支出承諾を得るための緊急議決を求めたが議会在がその審議を遷延して議決に及ばない事態が生じ、政府による予算外支出の可否、方法、議会による予算削減の範囲可能性等が問題になった。最終的には、明治二四年一月二六日勅令二四七号で、当該支出が認められた(同勅令の下に収録されている同月二五日の彙報「各大臣奏議」参照)。

『日本法令予算論』の構成は、緒言、第一章「法律及び命令」(法律及び命令の性質等二節)、第二章「法律」(法律案の提出等五節)、第三章「命令」(緊急命令等五節)、第四章「法律命令遵由の効力」(法律成立手続の審査等三節)、第五章「予算」(予算の性質等二節)となっている。一木は予算外支出は予備費の範囲で行なわれなければならない、予算不足については追加(補正)予算の方法で対応すべきであるとする。一木は明治三五年内閣法制局長兼恩給局長となり、教授は兼官となった。三九年に依願免本官兼官となり、教授も辞した。

(68)

一木の『行政法論 完』には、次のような特色がある。総論部分に「汎論」、各部分の「行政各論」の名称が附された。汎論の第一編「総論」第一章が「公法」とされ、「公権」論を内容とし、第二章「行政ノ活動スル形式」に「許可」、「認可」、「権利設立ノ処分」が追加され、第三編が「地方行政ノ組織」とされ「自治」「自治ノ事務」等が項目化されている。行政各論では、第四編「内務行政」について「保安警察」、「衛生警察」、「貧救行政」、「教育行政」が拡充され、『行政法 下』では「内務行政」の中で独立の章とされていた「貨幣」、「度量衡」が「経済ニ関スル行政」という新たな章にまとめられ、『行政法 下』では章として項目化されていた「一般文化ニ対スル行政」（七章）、「災害ニ対スル財産ノ保護」（九章）が削られ、意匠・商標・著作が特許と同一項目とされた。第五編「軍事行政」は、第一章軍事上ノ負担（徴発・要塞地帯ノ制限の二節）第二章兵役（兵役義務ノ性質、応募義務の二節）に拡充された。『行政法 下』では「公権ノ保護」とされていた第七編は「行政上ノ救済手段」とされ、訴願が独立の章となり、行政訴訟の章の下に、裁判手続に関する事項が拡充（九節）された。公権論が前面に出され、行政作用一般論が拡充され、各論については、行政機能の発展に伴い新しい体系化が進み、救済制度が充実されていることが注目される。

(69)

Deutsche Verwaltungsgeschichte. Bd. III. S.94

(70)

勝田「前掲論文」一五四頁注(27)

なお、本稿脱稿後、本間四郎「江木衷の行政法研究の一面」(『企業法研究』第二号、第三号名古屋経済大学企業法制研究所、一九九〇年)に接することができた。この論文は江木の「行政法」、「社会行政法論訳述」などにより、江木の「公法・社会法・私法論」、「行政法の定義」等を概観している。江木の『法理学講義』(明治十八年)が引用されていることが注目される。

(終わり)

本稿の作成にあたり史・資料の収集について中央大学史編纂課角田茂さん、日本比較法研究所事務室加藤裕子さんの助力を得た。明治二〇年前後の多くの日本語文献を国立国会図書館近代デジタルライブラリーから入手することができた。また、民法、国際私法、ドイツ法のかつての同僚から、貴重な教示をうけた。

(中央大学名誉教授)

正誤表

頁数	段	行数	誤	正	備考
3		9	明治五年	明治一五年	
19		3	第三分冊・第二分冊	第三分冊・第四分冊	
57		8	省令	第一 省令	
82		12	講義は緒論（第一回	講義は第一回	
82		14	九項目	四項目	
82		15	一二項目。）	三項目。）」	
91		3	おけるの役割	おける役割	
100		6	論』巖松堂	論』（巖松堂	
101		13	いるまた、	いる。また、	
102		1	健次郎	謙次郎	
102		7	不動社会	不動の社会	
102		14	Gesetzmaessigkeit	Gesetzmässigkeit	
102		16	Nationaloekonomie	Nationalökonomie	
105		10	島、Bodo	島は、Bodo	
107		19	Haeser	Häuser	
110		6	スルヲ勤	スルヲ勤	
110		19	ニュニンシパル	ミュニンシパル	