

行政法的側面における明治近代化序説

新 井 隆 一

一

徳川三百年の封建的地方分権政治体制が、明治維新によって崩壊し、王政復古の大号令、明治二（一八六九）年の版籍奉還、明治四（一八七一）年の廢藩置縣、などの一連の象徴的事象過程を経て、中央集権的政治体制が形成されていく現象は、極めて巨視的にみれば、行政の側面における日本の近代化の出発点ともいえることができるであろう。

そして、この、封建的地方分権政治体制の崩壊と中央集権的政治体制の形成とは、明治維新という歴史的事象にともなった不可避の歴史的必然であったということもできることであろう。すなわち、鎖国政策の壊滅化によって、先進的諸国の真実体に直面的に接触することを余儀なくされることとなったこの国にとって、それら先進的諸国の資本主義的経済体制の強靱性と物質文明の高度の発達は、可及的速やかに少なくともこれらの形式的側面のみでも、これを自国のものとしなければならないという要請を惹起せしめたのである。そして、この要請を満足させしめるためには、いかにしても、強力な中央集権的な国家を造成し、卓抜優秀な官僚を網羅する中央政府の政治力をもって、国民

を卒いて事を成就するという必要があったのである。

急速な政治体制の変革にあつては、その良否・好嫌にかかわらず、そのような中央集権的政治体制が要望され、必要でもないではないことは、否定しえないところであろうが、そして、これが成功的結果をもたらしたにしても、それを、いかなる時点において再評価し、中央集権的政治体制から近代的な地方分権的政治体制に移行せしめるか、官僚国家主義体制から民主国家主義体制に転換せしめるか、というところに、眞の近代化が展開され、成功せしめられるか否かの要諦があるものといふことができるであらう。

しかし、諸外国列強からの重圧におびえ、激度を加える農民の抵抗と自由民権運動の抑圧になやまされつつ、幕藩領主支配体制を変革して、急速に、いわゆる近代的社会を創出し、資本制生産の発展を可能にしようとした明治政府にとって、至上命令としかうつらなかつた集権化的統一化の必要感とその成功感的満足感とは、その時期を見出すことに成功しないうちに、軍国主義化へと移行する結果になつてしまつたといふことができるのである。

明治維新前後におけるこのような急速な中央集権国家体制の形成の要請は、私法に関する統一的秩序をもたなかつたわが国においては、まず、行政権への権力の集中という形態をとつたことは、やむをえないところであつたといわなければならない。

しかも、封建的幕藩政治体制と、封建的地方分権政治体制との打破のうえに、新政治体制を創設しようとする必然は、一方では、近代的な中央行政組織の整備を迫り、他方では、従来の藩制に代る近代的な地方制度の確立を求めたのである。このころの、すなわち、明治初期における行政組織体制の近代化の一つの重要な特徴は、この、中央・地

方の二元的組織構造にあるということができるのであるが、とりわけて、地方制度については、中央集権的行政法体制を確保するうえで、地方における封建性の存在を利用しつつ、近代形態を採用し、これをもって、中央集権的統制に資せしめるという方法をとりとしたのである。中央行政組織が、後に述べるように、その後ひきつづいてその非変化性を保有することができたのに対して、地方行政制度が、つねに幾多の変遷の過程を辿らされたのは、それが、地方制度の集権化的統一化という課題を、つねに維持しつづけなければならない宿命をもっていたからであるということができるのであろう。

このような事情のもとでは、立法は行政の手段たるの地位を占めるにすぎず、司法は行政の従属物たるにすぎなかったのである。すなわち、立法も、司法も、極めて広く、行政の一環とのみ考えられえないでさえなかつたのである。そのことは、例えば、司法裁判所が、中央・地方の行政組織の整備とならんで、漸次、行政府から独立せしめられていったという事実、行政裁判が、あくまでも行政の一部であり、司法裁判所に属することとはならなかつたという事実、見出すことができるものであり、明治憲法下において、いわゆる緊急命令や独立命令が存在していたという、事実においても、明瞭にすることができるのである。

このようにみると、明治維新以降における日本のいわゆる法制度的近代化が、行政法的側面にすぐれて重点的力点をおいて展開していったということに、そして、いまもなお、その傾向を否定することができないということに、注目しておかなければならないのである。

ところで、明治維新以降のこの国の行政法制的歴史は、一般に、大きく三期に分けて考察せられているようであ

る。第一期は、明治維新以降明治憲法制定に至るまでの二十余年間、第二期は、明治憲法制定以降現行憲法制定までの期間、そして、第三期は、現行憲法制定以降今日に至るまでの期間、である。

これら三期の行政法制上の特色は、概括的には、第一期は、封建的幕藩行政制度の打破のうえに立憲的近代行政法体制を確立するための準備段階であり、第二期は、明治憲法のもとにおけるプロシヤ体制的立憲行政法制の影響の強烈な実現過程であり、第三期は、第二次世界大戦の徹底的敗北によるこの実現過程の瞬時的壊滅呈象と占領勢力たるアメリカの行政法体制の影響のもとにおいていわゆるドイツ行政法体制の影響が根づよい存続をみせている現状の進行過程である。

第一期が、行政的中央集権体制の理念を現実化しようとした時期であり、第二期が、行政国家主義の原則を実現化した過程であるのに対して、第三期は、司法国家主義の原則が創出された時期であるとするみかたが一般には行なわれているようである。その意味では、たしかに、第一期および第二期と第三期とは、行政法的側面における検討にあっては、基本的に分割して考察の対象となりうる時期区分ということができ得るであろう。しかし、この時期区分は、憲法をはじめとする実定行政法を基準とするものであって、行政法的側面における法社会学的考察からは、そのような時期区分が必ずしも可能であるということではできないのである。現実の行政の運営の過程においても、行政権の優越性は、現在もなお否定することができないからである。

このように、そのような時期区分に対する疑問はもちながらも、現行憲法の制定をもって時期を画し、まず、明治維新以降現行憲法制定に至るまでの時期の行政法的側面における日本のいわゆる近代化に及ぼした外国法の影響を語

ろうとするのは、「憲法は変わっても行政法は変わらない」のではなく、「憲法が変わって行政法も変わった」という、すぐれて現在日本的な理念的発想がもたれうると考えられたからである。

二

明治維新政府において、国家行政組織ともいうべきものが制度化される萌芽は、王政復古の大号令とともに設けられた、総裁・議定・参与の三職制にみることができるといへよう。しかし、この慶応三（一八六七）年一月九日の諭告による三職制の定立は、「太政官始追々可_レ被_レ為_レ與候間其旨可_レ心得_二候事_一」であつたにしても、三職の人選があつたにとどまり、その組織・権限のごときは、「人材御登庸（賢侯、有志、公卿、官武無差別）所謂衆議粹出、議事院の法に倣て、参与の職には、堂上地下の差別なく陪臣、草莽といえども人傑を以て御拔擢相成候」といひ、「三職ヲ置_レ万機可_レ被_レ為_レ行諸事神武創業ノ始ニ原ツキ縉紳武弁堂上地下ノ別ナク至當ノ公議ヲ竭シ」（王政復古の大号令）という程度のものであつた。それゆゑ、明治新政府における最初の事務分課をもつ行政組織は、慶応四（一八六八）年正月一七日達による三職七科制であつたといふことができるであらう。しかし、この三職七科制も、宮廷勢力・徳川親藩・西南諸雄藩の三者の均衡のうゑに支えられて、いわば、有力列藩による連立政権という過渡的措施を意図するものにならなかつたから、これを、この国における近代行政組織の端緒といふこともできなければ、まして、それが、日本の近代化を誘導する行政的施策に役立ったものであるとすることもできない、といわなければなら

ないであろう。現に、この三職七科制の原案は、雄藩諸侯を上京させて、国是を議定せしめ、政治組織として、関白・議奏・参議を置き、行政機関として、神祇・内国・外国・会計・刑部・軍部の六官と内大臣を設け、これらに、徳川慶喜以下各派の公卿・藩主を任じようとした、坂本竜馬・中岡慎太郎案であるといわれているのである。^(四)なにゆえに、このような、実は、発表当時、武断派からも公武合体派からも痛烈な批判があったこの案が採用されたかといえ、当時朝廷側には、倒幕の決意だけはあったが、倒幕成就の後に緊急必要であろうはずの、新体制の具体的な方針も施策も、充分には考えられてはいなかったのではないかとみられるし、さらに、徳川慶喜ら旧体制派の体制自己修正策は、その程度の朝廷側における体制改革策よりは前進していたという事実にてらすとき、その中間的存在が浮かび出ることとならざるをえない必然性ともいえるべきものがあつたからであるといえるのであろう。そして、この間の事情は、まもなく、慶応四（一八六八）年二月三日達による三職八局制の採用によつても、大した変化をみせたものではなかつたのである。

しかし、これらの行政組織化過程に比較して、五箇条の御誓文にもとづく慶応四年閏四月一二日の政体書による行政組織には、まがりなりにも、近代的行政組織体制を定立しようとする意図と努力とだけはみられていたといふことができることであろう。すなわち、三職制における総裁職を廃止して天皇補佐の補相（二名）を置き、天皇親政の政治構造に切換えることとしたこと、形式的にはあるが、アメリカ流の三権分立の制度に倣つて、太政官を議政官（立法機関）と行政官・神祇官・会計官・軍務官・外国官（行政機関）、刑法官（司法・檢察機関）とに分離したのと、地方制度をあらためて、府（京都・江戸・大阪）、藩（旧大名領）、県（旧幕府直轄地）を設けたこと、などがそ

れである。そして、このような体制を可能としたところのものは、慶応四年はじめに起った鳥羽・伏見の戦いからのち、武力による旧幕府勢力の討伐を主張する勢力が主導権を握って、それが、少数雄藩の優越というかたちで現われてきたことであり、それを実現させたところのものは、諸外国列強に対して、わが国近代化が急速に進展しているということを表示しておかなければならないという要請があったことであり、指導的地位に進出してきた旧下士階級が、その旧主である旧藩主を支配する権力の根拠づけに天皇の存在が欠くべからざるものとなっていたことである、という事実である。^(五)しかし、そのような政体書による体制の定立の施策が、当時としては急進的なものでありすぎた、ということ、とりわけて、このような三権分立の制度が、生育すべき土壌さえも当時のこの国にはなかった、ということ、立法機関と行政機関とが、制度としては分離されてはいても、その人的関係においては密接に結合せしめられていた、ということ、それゆえ、はやくも、議政官の制度は、慶応四年九月には停止されるというかたちとなり、翌明治二（一八六九）年五月には、廃止されて、集議院の制度に替えられて、つまりは、その実質が縮小されるということになったのである。すなわち、この政体書による近代国家的行政組織の制度化の意図は、諸外国列強に対して、日本の近代化状況をデモンストレートするという結果さえみせることのないうちに、実際には、ただ、天皇を背景とする、いわば前近代的な——律令的とさえいいうる——中央集権的国家行政組織の定立に奉仕したとのみいうるにすぎない現象を示したのである。

しかし、明治四（一八七一）年七月の廢藩置県は、このような太政官職制に、方向轉換的改革を加える動機を与えたものといえることができるであろう。

つまり、廃藩置県という旧体制打破のあとをうけて、太政官職制は、明治四年七月二十九日達により、太政官三院の制をとることとなり、正院、左院、右院に分かたれることとなったのである。すなわち、正院には、太政官および納言を置き、太政大臣は、「天皇ヲ補翼シ庶政ヲ総判シ祭祀外交宣戰講和立約ノ権海陸軍ノ事ヲ糾知ス」ることとされ、左院は、「議員諸立法ノ事ヲ議スル所」とされて、いわば立法機関ということになり、右院は、「各省の長官常務ノ法ヲ案ジ及行政實際ノ利害ヲ審議スル所」とされて、行政機関ということになったのであった。

このような太政官職制の改革をもって、国家の中央組織に近代的議會制度を導入したものであるとする見解もないではないが、^(六)左院の議員は政府の官吏であつて議官と称せられ、議長を参議が兼ねていたということをもつてしても、この見解を肯定することはできないものといわなければならない。しかも、このような太政官職制であつてさえ、中央集権的国家体制の確立に力をそそいでいた当時の政府にとつては、むしろ不都合な存在であつたから、間もなく、これは改革されることとなり、明治六(一八七三)年五月二日に、勅旨をもつて、太政官職制が改正され、「立法ノ事務ハ本院(正院)ノ特権ニシテ総テ内閣議官ノ議判ニヨリ其ノ得失緩急ヲ審案シ行政實際ニ附スヘキモノハ奏書ヲ允裁ノ欽印ヲナシ然ル後主任ニ下達シテコレヲ処分セシム」ということとなつて、正院の権限が強化されることとされるに至つたのであつた。このようにして、正院、とりわけて、太政大臣の地位と権限は拡大されることとなつたのであるが、他方、これによつて、左院は、諮問機関と化し、右院は、臨時的な存在となつたのである。もっとも、このような正院の権限の強化は、明治新政府の拡張する機構と行政内容を賄なう財政需要の増大にもなう予算の膨張と、地租改正の行なわれる直前という事情による財政収入の薄弱という矛盾を調整するために、各

省と財政の衝に当る大蔵省との対立を緩和しようとする政策的配慮から行なわれたものであるといわれているのである。そして、これを実効あらしめるために、この太政官職制の改正によって、太政官に参議のみから構成される内閣を設置して、これによる行政各部に対する統制力の強化が図られたのであった。

このような沿革を辿ってきた太政官職制も、征韓・征台論争によるかなり多くの当時の実力者の離反による政府の弱体化と、これにともなって各地に起った不平士族による武力抗争、漸やく活発化してきた自由民権運動とに対処するために策謀されたといわれるいわゆる大阪会議の結論にもとづく明治八（一八七五）年四月一四日の太政官布告第五八号によって発布された「立憲政体に関する詔書」をもって、構造上の大変革をみるに至るのである。この詔書と同時に公布された「正院職制章程」は、立法機関として元老院、司法機関として大審院、を設置することとして、再び三権分立の制度を採ることとなり、左院・右院を廃止し、他方、地方官会議を新設することとしたのであった。しかし、元老院の性格に関して、これを完全な立法機関としようとする主張と、完全な立法機関とするにしても漸進的にことを進めるべきであるとする見解が対立していたうえに、そもそも大阪会議の結論そのものに反対する有力な立場もあったから、それに、元老院議員の人選についての政府内部における混乱と、左右大臣が兼ねることとされていた元老院議長と大審院院長について、反対や拒否とが重なりあって、はじめから問題をはらんで、結局は、妥協的な処理がなされざるをえなかったのである。

しかも、大阪会議において、最大の課題とされていた、内閣と行政各部（各省）との分離問題は、原案では、内閣を参議のみではなく大臣をも加えた輔弼と内閣との一体化している機関とし、別に、行政院を設けて、各省の長官を

して行政事務を担当せしめることと内定して、右の詔書の発布と同時にそれが発表されることとなっていたのであったが、それまでに行政事務の範囲が確定しえなかったという理由をもって、見合わせることにされたのであった。^(七)しかし、その真の理由は、かねてから権力の一元化を要請していたものの強力な反対と、当時発生していた明治新政府における元勳間のあつれき、元勳と中堅との認識の相異、などによる政争の現象と、などにあつたようである。そして、この分離策は、後に述べるように、明治一三年（一八八〇）年二月二八日まで、その実現を延引されることになるのである。

右のような明治初年から一〇年前後に至る行政組織の変容は、この国が、これから、いわば、近代国家として成長していくために必要な、それにとまらぬ近代行政機構を求めての、巨視的にみれば、集権化的統一化という要請と近代化という理念の実現と意欲とが、微視的にみれば、旧権力者と旧下士階級との対立・新政府の元勳と中堅権力者との対立などをめぐる権力抗争、藩閥専制とその抑制の闘争とが混合した攪拌的状态の動揺であつたということができることであろう。

しかも、いわゆる近代化に対する当時の外国法の影響という視角すれば、例えば、さきあげた三職七科制の原案である坂本・中岡案が、意欲的に西欧諸国の文明の間接的影響をうけていたものとみられるのははじめとして、明治九（一八七六）年九月七日、明治天皇が、元老院議長有栖川宮に、憲法起草の勅命を下した際に、アルフォイス・トッド Alpheus Todd の著 *On Parliamentary Government in England its Origin, Development and Practical Operation, 1866*, を下賜したと云う事例などをみることができるのである。^(八)これなどは、当時の指導者や為政者が、

相当に無批判的ではあったといひうるにしても、外国の法制、とりわけて英国の議會制度の導入に對して、相当程度の意欲をもっていたといふことを示す証左にはなるといふことができるであらう。

もっとも、すでに、慶応三（一八六七）年八月、山内容堂・後藤象二郎と会見した英国公使館員エルンスト・ソトウ Sir Ernst Sotow が、「大英帝国のそれに似た憲法の觀念が既に彼等の心中深く根をおろしていたのは明白である」^(九)と述べているように、この英国の国家体制を導入しようとする思潮の基盤は、かなりに熟していたものであったといふこともできうるようである。この間の事情は、さきの憲法起草の下命の動機となつたといわれている民撰議院建白書が、主として、ミルの「代議政治論」(Consideration on Representation Government, 1861)などに依拠していたといひうることも知られることができるといふものである。

しかし、このような英国的体制に抛らうといふ当時の支配的ともいふべき動向に對しては、「其說過日帰朝本邦之様子ヲ不知仲々先入ト相成随分世上紛紜之手伝」(木戸孝允文書、明治七年一月松木鼎宛書簡)といふような痛烈な批判もあつたことであつた。このような批判をした木戸は、すでに、明治六（一八七三）年一月二〇日伊藤博文に示した政体改革意見書^(一〇)において、「一 會計裁判 クールトコントノ如キ也、一 國議院 コンセーダーノ如キ也」とし、「一 建國ノ大法ハ、デスポチツクニ無之テハ相立申間敷^{是ニハ愚 教育之候}、外ニ教育一般ト兵制ハ容易ニ、デスポチツクハ被止不申事」として、フランス系行政法体制が、中央集権的国家の確立のためには、英国的議會政治体制よりも、当時のこの国の実状に合し、優れているものであるとする見解を示唆しているのである。

(一) 岩倉公実記・中巻・一四八頁参照。

- (二) 田中惣五郎・明治維新体制史・三九頁。
- (三) さきの三職制も、その点については、これと異なるところはない、といいうることであろう。
- (四) 鈴木安藏・太政官制と内閣制・一一頁参照。
- (五) 佐藤竺・行政制度(法体制準備期)〈日本近代法発達史9〉・七七頁参照。
- (六) 綿貫芳源・行政法の歴史(日本における)〈行政法講座第一巻〉・八三頁参照。
- (七) 大久保利通伝・下巻・四二六頁参照。
- (八) 浅井清・明治立憲思想史に於ける英国議會制度の影響・二八五頁参照。
- (九) Sir Ernst Sokow, A Diplomat in Japan.——大島太郎・地方制度(法体制準備期)〈日本近代法発達史5〉・五九頁による——
- (一〇) 松菊木戸公伝・下・一六二五頁以下参照。

三

旧民法草案・旧刑法草案に、周知のごとく、フランス法の影響がみられると同じように、当時、行政法制の面に及ぼした影響も、決して少なくはなかったのである。右の木戸の政体改革意見書も、この動向のなかの一つの流れを示すものであったといふことができることであろう。

ところで、明治一三(一八八〇)年二月二十八日に至って、大阪會議以来の懸案であった内閣と行政各部(各省)と

の分離は、内閣における参議と各省卿との兼任の廃止という形態をとって実現されることとなったのであるが、内閣と行政各部との極端な分離がおそれられて、同年三月三日の太政官達第一七号は、太政官を六部制とし、法制・會計・軍事・内務・司法・外務の各部を置いて、各部に二ないし三人の参議を重複するように配置したのである。たしかに、内閣と行政各部との分離は、「天皇親政の実を挙ぐる為め、内閣と各省とを分離し、……元勳は内閣に在りて専ら輔弼の任に当り、各省には第二流の人物を配し、行政諸般の事務を専掌せしむること」^(一)に、そのかなりの理由と、充分な名分とがあったのではあろうが、右の実現の当時に至っては、漸やく実力を備えてきた中堅と維新以来の元勳との権力の再配分に資そうとする一般的意図が、個別化的に具体化し、当時の財政に支配的実力を有していた大藏卿大隈重信の実権を剥奪しようとすることに利用せられたということができるのである。この事象が、かなりに明白に浮彫りしているように、明治新政府の組織の制度化は、近代性の帶有を装いつつも、実は、制度を目的としてその存在のもとに人材を見出すという方策ではなく、人材あつてのちに制度を定立するという、組織近代化においては、もっとも避けらるべき方法が採られたのであった。そして、これが、明治新政府の組織化の常套手段としてとられたところに、その前近代性が終始まつわりついていたともいえるのである。

それゆえ、かの開拓使官有物払下げ事件で、大隈一派が薩長連合勢力によって下野せしめられると、この内閣と行政各部の分離は、その目的を達したものとされたからであろうか、権力一元化という、いわば名分のもとに、一年半後の明治一四（一八八一）年一〇月一二日、国会開設の詔書の渙発を理由として、太政官達第八九号をもって、旧制度に復せしむべく太政官の六部を廃止し、フランスのコンセイユ・デタ Conseil d'Etat の制度を模倣したといわれ

る「参事院」^(二)が設置されるとともに、参議と各省卿の兼任制が復活せしめられることとなったのである。参事院章程は、「参事院ハ太政官ニ属シ内閣ノ命ニ依リ法律規則草定書審査に参預スル所」と定めているが、元老院起草のものをも含めてすべての法令案の起草・審議・修正がここで行なわれ、また、それは、各部の報告の審査、行政官と司法官・地方議會と地方官の法律上・権限上の疑義の裁決、などの権限をもっていて、内閣が行政各部に対してその統制を保持するための補助機関としての地位にあったのである。

このような意味において、コンセイユ・データの制度が模倣されていたといわれうるにしても、しかし、この国に、フランスの行政裁判の制度を導入することについては、強い反対の意見が行なわれていた。その代表的なものは、井上毅の建議である。その理由とするところは、「仏国ノ法学者ニ行政裁判ノ非ヲ論ずるもの少なからず其説に行政權と裁判權の混淆闒雜なるを謂ふなり、蓋し社会上既に専門の裁判權あり、然るに裁判權の外更に又行政裁判を設けるハ重複といわざるべからず」^(三)というに帰するのであるが、その真意は、おそらく、井上みずからも説いているごとく、「右の原因を以て欧州大陸の行政裁判あるに拘らず我邦ハ現在未來とも此法を採用せざるべきなり、然らば旧法に依り凡そ行政官を訴ふるもの皆司法官の受理に帰せしむる哉又皆断じて人民ハ官府を訴うるの權なきものとし、特に嘆願する事を得るも争訴することを得ざらしむる哉、此兩端即ち現に議者の争案ナリ、従前何事何物に拘らず人民ハ行政官に対して之を裁判に訴うるの權を称し之が限界を設けざるは明治四年百事草創之間一時之無断に出て欧州各邦にも超え過度の自由を与えしものにして従て行政官吏は牽掣の不便を免れざる現況の弊害ハ已に人々の普く知る所にして更に喋々するを用いず即ち訴訟を廢して嘆願とするの新法案ある所以なり」^(四)というところであったのである。

う。

もっとも、このような反対をまつまでもなく、すでに、明治五（一八七二）年一月二八日には、司法省第四六号布達をもって、地方官等が違法な法規設定処分を行なったときに、人民が所轄の地方裁判所または司法省裁判所に出席することができること、地方裁判所および地方官の裁判に不服があるときに、司法省裁判所に出席することもできること、などが定められ、さらに、明治六（一八七三）年二月二五日には、訴訟事項が増加せられ、その一二月一五日には、司法省臨時裁判所が設置されて、司法省裁判所の裁判に不服のあるものは、上訴を提起することができる制度となっていたのである。しかし、このような行政訴訟制度の定立は、にわかに地方官に対する訴訟を増加せしめたものであったから、そこで、明治七（一八七四）年九月二日には、司法省第二四号布達によって、特定の事項については、まず、正院に具状申稟してその指図を受けるべきものとし、この裁決については控訴をゆるさないものとして、この増加の動向を制禦しようとしたのであるが、しかも、明治九（一八七六）年一〇月二二日の司法省第五号達によって、各上等裁判所に提起される人民の院省使府県に対する訴訟については、すべて司法省に伺出て、その受理すべき旨の命令があったからでなければ受理しえないものと定められたのである。

つまり、この制度にあっては、たしかに、行政事件訴訟が、通常司法裁判所において行なわれるものとされていたのであったから、英米流の裁判制度に近似しているともいえないことでもないかもしれないが、そもそも、訴訟を受理するか否かが実質的には行政府である司法省の権限に属していたものであるうえに、判決の内容も、太政官の裁定にかからしめられていたのであり、このような事情のもとにあっては、このように裁判所の独自性も、まして司法権

の独立の存在をも認めえなかつたのであるから、通常司法裁判所による行政事件訴訟どころか、近代的な意味における行政裁判所による行政裁判というべきものさえなかつた、というべきことである。^(五)

このような状況のなかで、明治一五年三月に、ヨーロッパの立憲制度取調べの目的で渡欧した伊藤博文が、ドイツ、オーストリアなどにおいて、あるいは、モツセ A. Mosse の、あるいは、シュタイン L. von Stein の意見を徴し、それら諸国の法制事情などを見聞し、帰朝して制度取調局長官に就任したのであった。もっとも、これよりさき、政府は、外国法制の継受態勢の形成という方向において、その調査、検討を進めていたのではあるが、その作業は、これによって一層活発に展開せしめられることとなり、さらに、ロエスラー H. Roessler やモツセらの協力を得て、推進せられることとなるのである。

このような事情から、行政裁判所制度の定立の過程にあつても、行政裁判所法案の第一案は、制度取調局からの、その法律顧問ロエスラーとルドルフ O. Rudolph への諮問と、いうこととなり、明治一七（一八四八）年五月の答申となつて現われるのである。また、ロエスラーは、同年一月には、フランス、プロシヤ、オーストリアなどの諸国の関係法規を参照して、七章三九条からなる「行政裁判所法案」起草しているが、それによれば、参事院内の一部をもって、「行政裁判所」の名義により行政裁判を行なわしめること、それは、参事院議長・副議長と内閣により特に任命される参事院議員および議官補によって組織されるものであること、などとなつていたのである。

もっとも、これに対しては、グナイストのように、「行政裁判所ハ一体ノ開化ト共ニ進歩スル者ニシテ普通ノ法律全備シタル後ニ非レハ之ヲ設ク可カラストス開化ノ未タ十分進歩セサル日ニ於テ之ヲ設クルトキハ政府重荷ヲ負ヒ大

ニ改進ノ妨害ニ当ルヘシ……今日日本国ニ於テハ日ニ開化ニ進歩スル際ニアレハ成ルヘク政府ノ自由ヲ多クシ其手足を蹙縮スルコトナカルヘシ」と、積極的な反対をするものもなかつた。^(六)

その後、制度取締局に代つた法制局によつて、行政裁判制度に関する立案作業は引継がれていくのであるが、明治一九・二〇（一八八六・七）年頃に、やがて、第二次案ともいふべき「法制局案」が起草されるに至るのである。ここでは、行政裁判院官制と行政裁判法、訴訟規則が、「欧州各国ノ法律ヲ審按シ、我国ノ慣例情態ヲ考察シ、且司法省立案ノ旨趣ヲ参酌シ」て起草されたのであつた。この法制局案が従来のロエスラー案と異なる特徴として挙げられるものは、訴願制度の充実を図つたことであり、とりわけて、独立の機関として、一個の行政裁判所を東京に設置することとしてゐることであろう。これらの特徴は、オーストリアの制度に依拠したものとされる明治二一（一八八八）年二月の「井上・ロエスラー案」にも現われており、やがて、明治二三年法律第四八号として公布された「行政裁判所法」の基礎をなしたとされている。「モツセー氏行政裁判法案」において結実していくのである。

しかし、当時の行政法制の展開過程においては、すでに述べたところからも知られるように、フランス法制の継受のことは次第に消滅の途を辿り、ドイツ・プロシヤの制度が採り入れられて、この国の国法構造ないし憲法体制そのものが、その著しい影響を受けることになるのである。

(一) 征韓論争により木戸、西郷らの元勳が下野して弱体化した政府の強化策として、かねて政府の近代化体制の確立を主張していた木戸孝允を再び迎え入れるために、伊藤博文が立案し、大久保利通が諒解した四カ条の国家機構改革案の第四条である。

伊藤博文伝・中巻・九〇六頁参照。

行政法的側面における明治近代化序説

- (二) 小早川欣吾・明治法制史論公法之部下卷・六七九頁参照。
- (三) 行政裁判所五十年史・三五頁以下参照。
- (四) 小早川・前掲書・八〇七頁参照。
- (五) 綿貫・前掲・八五頁参照。
- (六) グナイスト氏答議(村田・山脇・独逸法律書第八冊)・六五一頁以下参照。
- (七) 行政裁判所五十年史・三八頁(伊東巳代治家文書)参照。

四

明治維新以降の集権化的統一化は、これまで述べてきたように、封建的・地方分権的・法秩序に対して、封建性を潜在せしめながらの中央統一的法秩序の形成という方向を辿って進展したものであった。しかも、立法も司法も、行政政府における集中という現象過程を歩まされたから、国政における各般の積極的・消極的措置が、行政機関のはたらきという方法によって行なわれていたのである。つまり、これらの行政機関のはたらきによる人民の権利侵害については、これを保障する国家機構が整備されていなかったということであり、これに代るべき十分な措置も行なわれてはいなかったのである。そして、人民の権利保障手段ないし権利保障機構が、形式的にはあるが、不十分なりにも一応整備されたのは、明治憲法の制定をまっただであったのである。

しかし、その明治憲法下の行政法体制の法構造的な特徴を表現するものは、すでに述べたところからも知られうるこ

とく、一面意図的に、一面必然的に、封建性を温存する中央集権化の急速な進展現象のゆえに、フランス法系的影響を受けた成立過程をふまえて展開し、結果的には、ドイツ法系的影響のなかに生成していった特殊明治日本的現象であったといふことができるであらう。つまり、ここでは、大陸法制の継受は行なわれたにしても、イギリス法系の影響は、殆んどみられなかったといふことである。それは、結局、人民に対する法的拘束を、その人民の代表をもって構成される議会によって制定される法律にのみかからしめ、その法律を解釈適用する裁判機関を通常司法裁判所に限定する、というイギリス流の近代的な権利保障構造に依拠しないといふことであつたのである。つまり、国家の政体構造に三権分立の制度をとつてはいても、そこでは、とりわけて、行政府の優越的獨自性が強調されていたといふことであつたのである。

それゆえ、明治憲法において、立法に、帝國議会の協賛の制度が採られてはいても、その原則には、質量ともに著しい例外が制度化せられて、「公共ノ安全ヲ保持シ又ハ其ノ災厄ヲ避クル為緊急ノ必要ニ由リ帝國議會閉會ノ場合ニ於テ法律に代ルヘキ勅令」(同憲法八條)、すなわち緊急勅令の制定、「公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及臣民ノ幸福ヲ増進スル為ニ必要ナル命令」(同憲法九條)、いわゆる獨立命令の發布を可能ならしめ、また、いわばもう一つの立法権である条約の締結権は、天皇大権に属して議会の協賛を要しないといふことにされたのである。つまり、明治憲法のもとにあつては、法律と命令という二大法体系が並存的に存在するといふ構造が採られていたのである。このような構造による優越的獨自性を有する行政を現実に運用する行政組織なり官吏制度なりそのものも、天皇の官制大権・任官大権に属するものであつたから、法律といわず命令といわず、その執行の責任は、すべて終局的には天皇に対して負

うということになっていたのであり、つまり、「凡ソ官吏は天皇陛下及天皇陛下ノ政府ニ対シ忠順勤勉ヲ主トシ……」で職務を遂行すべきものとされていたのであったから、そこにたとえ、法による行政が行なわれていたにしても、それは、理念的に、天皇に対する責任の遂行という目的に奉仕するものにすぎなかったのである。

明治憲法下の行政における法治主義の實際的運営上の中核的課題は、この官吏制度の存在を尺度として行なわなければならぬものである。さらにまた、公法と私法の区別、権力行政作用と管理行政作用、羈束行為と裁量行為の観念、などの各種の問題についての明治行政法理論の展開過程も、いまでは、そのような観点から再検討されなければならぬものであるということができよう。明治行政法理論の多くが、国や公共団体が行政の主体であり、国民は行政の客体ないし対象であるという把握のしかたをしているのも、このような現象事情を明らかにしたものであったということができるのである。

しかし、このような行政権の優越的独自性も、財政的裏づけなしには確かなものとなりうるものではないことはいまでもないことであろう。それゆえ、ここでは、議会における財政議決主義という近代議会制度の中核的⁽¹⁾原則は、完全な形で取り入れられてはならないことになるのである。「帝王万機ノ権ヲ掌握スルニハ金権ヲ得ルニ在リ帝王ノ要用ノ金額ヲ議院ニテ議定スルハ然ル可ラス……議院ヲ起ス以前ニ税法ヲ確定スヘシ 政府ノ使用スヘキ金額ヲ下院ノ議定ニ付ス可ラス 下院ニ於テ政府ノ要費ヲ議定スルノ権ヲ有タシムレハ政府ノ困難知ルヘキナリ」「帝王ハ国ヲ保ツニ必要ノ金額ヲ前以テ確定スルヲ要ス之レヲ約言スレハ片時モ金ノ力ヲ忘却ス可ラス 軍隊ヲ養フニモ金ヲ要ス 帝王ハ兵権ト金権トヲ他ニ貸ス可ラス此ニ権ヲ常ニ掌握シテ失ハサレハ何事モ為シ得サルコトナシ而シテ金力

ヲ失ハサレハ兵力モ亦王室ニ帰シ他ニ奪ハル、コトナカルヘシ 是ニ於テカ法律警察ノ実行容易ナルヘシ」というグナスストの意見が、^(二)そのことを端的に示しているというものであらう。そして、この助言的示唆は、明治憲法のなかに、その意味においては不十分ではあるが実現され、「公共ノ安全ヲ保持スル為緊急ノ要用アル場合ニ於テ内外ノ情形ニ因リ政府ハ帝國議會ノ召集スルコト能ハサルトキハ勅命ニ依リ財政上必要ノ処分ヲ為スコトヲ得」(七〇条)という、いわゆる財政緊急処分の制度のほか、「帝國議會ニ於テ予算ヲ議定セス又ハ予算成立ニ至ラサルトキハ政府ハ前年ノ予算ヲ施行ス」(七一条)という、いわゆる前年度予算踏襲主義はいうまでもなく、「憲法上ノ大権ニ基ツケル既定ノ歳出及法律ノ結果ニ由リ又ハ法律上政府ノ義務ニ属スル歳出ハ政府ノ同意ナクシテ帝國議會之ヲ廢除シ又ハ削減スルコトヲ得ス」(六七条)、「皇室經費ハ現在ノ定額ニ依リ毎年国库之ヲ支出シ将来ノ増額ヲ要スル場合ヲ除ク外帝國議會ノ協賛ヲ要セス」(六六条)として大幅に議會の予算審議権を奪ったばかりではなく、「新タニ租税ヲ課シ及税率ヲ変更スルハ法律ヲ以テ之ヲ定ムヘシ」(六二条一項)と不完全ながら租税法律主義の原則を採用しながらも、「現行ノ租税ハ更ニ法律ヲ以テ之ヲ改メサル限ハ旧ニ依リ之ヲ徴收ス」(六三条)としていたのである。

また、地方行政にあつては、地方団体が、一方では、自治団体としての性格を有しながら、他方では、国の行政区画としての存在であり、したがって、地方長官が、一方では、地方団体の理事機関でありながら、他方では、国の行政機関である、という構造をもっていたのである。この構造は、新憲法になつたいまでも、本質的には変化をみせることなく存続しているのではある。もっとも、この構造は、現象的には、しばしば改正され、とりわけて、地方議會の権限は拡張され、地方議會の議員の選挙権も拡大されるなどして、いわば、民主的自治が顕現するような傾向

を包摂したのであったが、それも、つまりは、昭和一八（一九四三）年の地方制度改革によって変改されて、もとにかえるに至るのである。

つまり、行政権の優越的独自性と行政組織構造の集権的統一化という、いわゆる行政法的側面におけるいわゆる明治近代化的課題は、ここにおいてはいかなる場合にあって、維持されつづけていたということである。

(一) 新井隆一・財政における憲法問題・三頁以下参照。

(二) グナリスト講義筆記。

五

このような明治憲法下の行政の構造のうえにおける行政権の優越的独自性は、標語的には中央集権行政主義、官僚行政主義、警察国家主義、行政国家主義、という表現をもってあらわすことができるものであろう。そして、これらの主義・原則は、新憲法の制定によって、そのもとでは、一般的には、近代的中央集権主義から現代的分権主義に、官僚行政主義から民主行政主義に、警察国家主義から法治国家主義に、行政国家主義から司法国家主義に、変革をみせ、形式的にも、かなりに実体的にも、それが現実化していることは、否めないことであろう。しかし、その行政の実際の運用のうえにおいて、実質的変革があったとみることは、現実の事実に対する認識がゆるさないとはいわなければならないであろう。

行政の側面からみた日本の近代化、とりわけて狭く、その明治近代化というものが、いかなるものであるかを考察するについては、新憲法下におけるそのような事実認識のうえにたつてでなければ、これに正当な評価を与えることはできないといふべきものではないであらうか。