

# 行政法における不文法源の発達

須藤陽子\*

## 目次

はじめに

### I 戦前の行政法理論における不文法源

#### 1. 慣習, 条理, 判例

(1) 明治8年6月8日太政官布告第103号「裁判事務心得」

(2) 戦前の行政法理論における慣習, 条理

#### 2. 警察上の比例原則——行政法各論警察法から行政法総論へ——

### II 戦後の行政法理論における「条理」の定着

#### 1. 占領期の「条理」論——美濃部達吉「条理」の影響——

#### 2. 1950年代——田中二郎「条理」論の輪郭——

(1) 昭和29年『行政法 上』……日本法における「条理」

(2) 昭和32年『行政法総論』……比較法研究と比例原則

(3) 訴訟事項の拡大と不文法源の変化

#### 3. 1960年代以降の「条理」

(1) 杉村敏正の「条理」

(2) 外間寛の「条理」

### III 「法の一般原則」の由来

#### 1. 問題の所在

#### 2. 原田尚彦と「法の一般原則」

(1) 「法の一般原則」という用語法

(2) 1976年原田尚彦『行政法要論』初版とフランス法の影響如何

#### 3. 『行政法要論』における条理と「法の一般原則」

おわりに

---

\* すとう・ようこ 立命館大学法学部教授

## はじめに

本稿は、筆者が「比例原則」研究に没頭する或る時、現代の行政法教科書の記述に対して抱いた素朴な疑問に端を発する。現代の行政法教科書には、比例原則を「法の一般原則」として不文法源に位置付けるものがある。しかし、「法の一般原則」とは何だろう。かつて警察上の比例原則は条理ではなかったか。比例原則は日本法においていつから不文法源の一つに挙げられるようになったのであろうか。かような疑問が、「比例原則」研究に没頭する或る時、ふと、頭に浮かんだ。比例原則の問題というよりも、行政法理論における位置付け方、位置付けることとなる「場所」の問題である。

公刊されている各種の法律学辞典を当たってみたが、「法の一般原則」は国際法の原則として説明されている。筆者が大学図書館で探した限りでは、行政法で用いられている「法の一般原則」の内容が記述されている辞書はわずか一つ、それは行政法教科書の「法の一般原則」に関する記述をなぞったようなものであった<sup>1)</sup>。小さな疑問を解消しようとした行動は、さらに疑問を深めることとなった。

本稿は、戦前・戦後の不文法源、とりわけ条理に関する学説史の輪郭を明らかにしようとする小論である。

---

1) 佐藤幸治・藤田宙靖・長尾龍一・淡路剛久・奥島孝康・村井敏邦・寺田逸郎編集代表『コンサイス法律学用語辞典』（三省堂、2003年）1480頁。「法の一般原則 法的正義の内容を表現するものとして、特定法領域を超えて法全般において法として妥当するものとされる原則。不文法源である条理の内容を構成し、法解釈の指針や裁量権の限界として働き、成分法源を補充する機能を有する。例として、平等取扱の原則、比例原則、手続的正義の原則、信義誠実の原則、禁反言の法理、権利（権限）濫用の禁止、信頼保護の原則、法的安定性の保護などが挙げられる。通常は不文法源に分類されるが、憲法の規定に根拠を有するもの（例：平等取扱の原則についての憲14Ⅰ）や、個別法領域において成文化されている場合（信義誠実の原則について民1Ⅱ）もあり、そのあり方は様々である。」

## I 戦前の行政法理論における不文法源

### 1. 慣習, 条理, 判例

#### (1) 明治8年6月8日太政官布告第103号「裁判事務心得」

現代の行政法理論において、不文法源として挙げられるのは慣習、条理、判例の三つである。裁判におけるその三つの取り扱い、遡れば、明治8年（1875年）6月8日に発せられた5か条の太政官布告に見出し得る。

杉山直治郎は、明治8年太政官布告第103号は「私法及び刑法の法源ならびに民事刑事の裁判基準を定めた基本法」であり、5か条中第1条と第2条は民事刑事に共通する基本原則を定め、第4条、第5条は法源として認められないものであるという。第4条は判決の先例拘束性を認めない意味に解されるが、杉山の論文には判例法の論点はなく、条理の論点のみを取り上げている。「第三條は私法法源其階級性並に之に基く民事裁判の基準を明らかにし」、「而かも第一条すら消極方面より条理法源を認めたものと解し得る<sup>2)</sup>」とする。そして「第三條は先づ以て『民事裁判』に限る、行政裁判は含まれない<sup>3)</sup>」と述べるが、第3条が行政裁判を含まない理由を明らかにしていない。

戦前には第3条「裁判」に行政裁判は含まれないと解されていたとしても、後述するように、戦後の行政法理論においては、田中二郎を初めとして、条理を語る際には明治8年太政官布告第103号に言及するようになる。

布告 明治八年六月八日第三百号

---

2) 杉山直治郎「明治八年布告第三百号裁判事務心得と私法法源——ジェニー先生の古稀を祝して——」（法学協会雑誌49巻（1931年）9～12号、50巻（1932年）1号初出）同『法源と解釈』（有斐閣、1958年）所収6頁。杉山はこの明治8年太政官布告第103号を「我国の私法法源並びに民事商事の裁判の基準を定めた「基本法律」であるとしつつ、この「法律の存在は我国に於てすら閉却され来った」という。加えて、杉山はこの明治8年太政官布告第103号が明治初期の法律文化、フランス法の影響を知るうえで、意義深いものであることを指摘する。同書5頁参照。

3) 杉山・前掲注（2）19頁。

今般裁判事務心得左ノ通相定候條此旨布告候事

第一條 各裁判所ハ民事刑事共法律ニ従ヒ遅滞ナク裁判スヘシ疑難アルヲ以テ裁判ヲ中止シテ上等ナル裁判所ニ伺出ルコトヲ得ス但シ刑事死罪終身懲役ハ此例ニアラス

第二條 凡ソ裁判ニ服セサル旨申立ツル者アルトキハ其裁判所ニテ辨解ヲ為スヘカラス定規ニ依リ期限内ニ控訴若ハ上告スヘキコトヲ言渡スヘシ

第三條 民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ條理ヲ推考シテ裁判スヘシ

第四條 裁判官ノ裁判シタル言渡ヲ以テ将来ニ例行スル一般ノ定規トスルコトヲ得ス

第五條 頒布セル布告布達ヲ除クノ外諸官省隨時ニ就テノ指令ハ将来裁判所ノ準拠スヘキ一般ノ定規トスルコトヲ得ス

## (2) 戦前の行政法理論における慣習、条理

行政裁判には明治8年太政官布告第103号のような裁判基準というようなものとは定められていないが、行政法学説において慣習や条理が行政裁判に適用可能か否かは論じられている。戦前の行政法理論といっても、明治末の学説と昭和10年代末の学説には大きな隔たりがあり、いつの時代を、誰の、どの教科書を捉えるかによって得られることは大きく異なる。ここでは大正13年(1924年)に公刊された佐佐木惣一『日本行政法論総論』(改版)と大正14年(1925年)美濃部達吉『行政法撮要』、そして戦前の行政法理論の到達点であり、戦後の行政法理論との結節点となる昭和10年代に公刊された論文集、行政法教科書に現れる条理に注目する。

古くから行政法において不文法源に位置付けられていたのは、条理ではなく、慣習法である。行政の領域において慣習法が成立し得るか否かという問題について、昭和12年(1937年)頃の学説の状況は「通説は近時之を積極に解するに傾いて来たとは云え、今猶有力な反対も跡を絶たない」<sup>4)</sup>

4) 鈴木義男「行政に於ける慣習の法源性」『佐佐木博士還暦記念 憲法及行政法の諸問』

というものであった。しかし、行政において如何なる範囲においても慣習法が絶対に成立し得ないという主張はなく、何人も何等かの制限の下においては慣習法が成立することを認めるという<sup>5)</sup>。佐佐木惣一は、理論的に行政における慣習法は否定されるものではないが、行政の性質上行政に関して慣習法が成立することは稀であると述べている<sup>6)</sup>。

昭和10年代の行政法において慣習法という法源に対する評価は、現代とさほど差はないが、行政法における条理は、現代と大きく異なっているように思われる。大正期の佐佐木惣一、大正期・昭和期の美濃部達吉の教科書は条理を法源であると言い切っていないのである。

佐佐木にあつては、「潜在法たる行政法」として条理を適用可能とする。条理それ自身は法ではなく、また「法の淵源」でもない。「或ル行政上ノ事項ニ付テ制定法及ヒ慣習法何レモ存サセルトキハ条理ニ従テ之ヲ決定スヘク、其ノ条理トスヘキモノヲ内容トスル行政法アリ。コレ行政法トシテノ潜在法ナリ。」<sup>7)</sup>という。そこでは制定法、慣習法、そして最後に条理、という適用順序が述べられている。

次に、美濃部であるが、明治期、大正期、昭和期と、教科書に書いていることが変わってゆく。明治期、大正期の美濃部の教科書では条理ではなく理法という<sup>8)</sup>。それが昭和11年（1936年）『日本行政法 上巻』では理法の用語は消えて条理が用いられるが、条理が法源か否かを明確にしていない。「行政法の成文法主義」の見出しの下に不文法として明確に挙げるのは行政的慣習法である<sup>9)</sup>。美濃部は、行政法が法典化されていないことを行政法の特徴であるといい、法の欠缺を補うために民法総則を類推適用するにも限界があること、「其の缺けて居る所は一に条理に依てこれを判断

---

ㄨ題』（有斐閣、1938年）193頁。

5) 鈴木・前掲注（4）194頁参照。

6) 佐佐木惣一『日本行政法論総論』（有斐閣、1924年改版）39頁。

7) 佐佐木・前掲注（6）40頁。

8) 美濃部達吉『行政法撮要 全』（有斐閣、1925年初版第5刷）28頁。

9) 美濃部達吉『日本行政法 上巻』（有斐閣、1936年）58頁以下参照。

するの外は無い<sup>10)</sup>と述べるのである。『日本行政法 上巻』の説明の仕方は、条理の必要性を説いているように思われる。

戦前に美濃部の「行政法の法源」に関する研究は問題視され、昭和10年(1935年)日本評論社から公刊された美濃部達吉『法の本質』(美濃部達吉論文第2巻)は公安を害するとして発売頒布を禁止されている。現在私たちが目にする『法の本質』は、「多少の修正」を加えて昭和23年(1948年)に上梓された『法の本質』<sup>11)</sup>である。美濃部は積極的に「条理」の内容を明らかにするというよりも、あくまで、法の基盤である「正義の内容」を語るうえで、その一面として「条理」に言及するに過ぎない。正義、条理、衡平、人道、公の秩序善良の風俗、信義誠実などと言い換え、正義の力に基づいて法たる正義法があり、それは条理法、自然法であると言い換えている<sup>12)13)</sup>。しかし、美濃部の場合、論文に書いてあることが教科書に反映されているとは言い難いのである。

京都学派とされる渡辺宗太郎の場合、昭和7年(1932年)と昭和15年(1940年)の教科書を比較すると、条理の位置付け方は大きく異なっている。昭和7年(1932年)『行政法講義(総論)』には、佐佐木と美濃部、両方の影響というべきものが散見される。佐佐木の影響色濃く法源を「法の淵源」といい、美濃部の影響を受けてか、不文法源として慣習法、理法を挙げるが、「理法とは制定法及び慣習法以外に於いて特定人の条理の認識に依つて成立する法を云う。」<sup>14)</sup>と述べる一文があるのみである。条理が認識の問題であることを指摘するが、論拠も敷衍もない。

---

10) 美濃部・前掲注(9)60頁。

11) 美濃部達吉『法の本質』(日本評論社,1948年)「序」1頁参照。

12) 美濃部・前掲注(11)164頁,170頁以下参照。

13) 昭和23年『法の本質』には明治42年に著された「非制定法小論」が収められている。理法存在を認めるべき必要を実例を挙げて説明し、裁判官の「課刑裁量の標準は専ら條理に依るの外なく、即ち制定刑法の他に條理が獨立に法の淵源なり。」(214頁)と述べている。現代では、「課刑裁量の標準」は比例原則を用いて語られることがある。

14) 渡辺宗太郎講述『行政法講義(総論)』(弘文堂,1932年)7頁。

昭和15年（1940年）『改訂 日本行政法（上）』になると、「法の淵源」ではなく「行政法の法源」となり、法源として制定法、慣習法、条理法の三つを挙げるようになる<sup>15)</sup>。理法から条理法となったのであるが、「条理法とは制定法及び慣習法の領域以外に於て、特定人の条理の認識に依て表現せられる法をいふ」とあり、理法の定義から特に変わっていない。注目すべきは、渡辺が制定法ですべての行政上の関係を規律することの困難さから条理法の重要性を語る点である。「行政上の生活関係は複雑多岐に亘るが故に、これ等を遺漏なく制定法の規律の下に置くことは、固より困難なことであるのみならず、行政に関しては右に述べる如く慣習法の成立も亦困難なる事情あるが故に、条理法は行政法の法源として相当重要な地位を有つものである。」<sup>16)</sup>という。

佐佐木、美濃部、渡辺が述べる条理に共通しているのは、行政法関係における法の欠缺ゆえに条理による判断を認めざるを得ないことであろう。

昭和13年（1938年）に公刊された『佐佐木博士還暦記念 憲法及行政法の諸問題』には、行政法における条理に関する論稿が2本収録されている<sup>17)</sup>。高橋貞三によれば、「村税附加税賦課取消請求ノ訴」について行政裁判所昭和12年5月20日第三部宣告は「条理」に基づいて判断を下しているという<sup>18)</sup>。しかしながら、その行政裁判所判決は美濃部、渡辺の行政法

15) 渡辺宗太郎『改訂 日本行政法（上）』（弘文堂書房、1937年初版1940年改訂4版）9頁参照。

16) 渡辺・前掲注（15）11頁。

17) 2本収録されているが、いずれも行政法における信義誠実の原則の適用を論じている。高橋貞三「行政法における信義誠実の問題——カール・ヘルマン・シュミットの所論を中心として——」、原龍之助「行政法における信義誠実の原則序説」『佐佐木博士還暦記念 憲法及行政法の諸問題』（有斐閣、1938年）。高橋貞三によれば、信義誠実の原則は「大正9年12月18日大審院判決以来債権法の領域に信義誠実の原則が行われるに至った。」という。348頁。

18) 行政裁判所は判決理由において「條理上宇波村及藪田村ニ於テ本税ノ歩合ヲ定メ之ヲ標準トシテ村税漁業税附加税ヲ賦課スヘキモノニシテ宇波村ニ於テ本税全部ヲ標準トシテ之ヲ賦課スルコトヲ得サルモノトス」と述べている。行政裁判所判決録第48輯第4巻ノ

教科書の法源には引用されていない。

## 2. 警察上の比例原則——行政法各論警察法から行政法総論へ——

戦前の行政法理論において、比例原則は警察上の比例原則として警察権の限界を構成する一原則であった。警察権の発動を抑制すべく規範的に理解され、学説は警察権の限界を超えれば当該処分は「違法」と解していた。佐佐木惣一は、昭和19年(1944年)に出版された演習書において、警察権の限界を超える権限行使について「確かに違法です。警察が其の限界を守るを要することは、法の規範ですから。違法だから、無効ですか。」と受講者役に問い、違法だから常に無効だとは云い得ず、警察処分の場合には行政救済の問題があると述べている<sup>19)</sup>。

それは訴訟法上の問題であり、行政裁判所法(明治23年法律第48号)および明治23年法律第106号のもと、著しく訴訟事項は制限され、警察上の比例原則に違反した警察処分は違法であると解されても、警察処分の違法を争うことはできなかった。したがって、警察上の比例原則は行政裁判所の判決に適用されることはなかったのである。

警察上の比例原則を比例原則として行政法総論にもたらししたのは、昭和11年(1936年)美濃部達吉『日本行政法 上巻』「第三篇 行政争訟法」であった。比例原則は自由裁量の限界を画する原則として行政法総論にもたらしされたが、現代の行政法教科書と異なって「行政行為論」ではなく「行政争訟法」に比例原則を登場させ、そして行政裁判所の裁判例を引用して

---

↘第175・176頁。高橋貞三は、「條理上宇波村及藪田村ニ於テ本税ノ歩合ヲ定メ……」とは、宇波村と藪田村に対し附加税を賦課し得ることが条理であるということではなく、その割合を定める手続上の問題について条理上といわれたものと解すべきであるという。高橋・前掲注(17) 348頁参照。

19) 佐々木惣一『憲法・行政法演習 第三卷』(日本評論社, 1944年) 239頁「警察権の限界」以下参照。受講者役に「警察処分を違法なりとしても、之に対して行政救済を求むることは、極めて僅少な場合に限ります。大體に於て泣寝入の外ありません。これは喜ばしい制度ではありません。」と答えさせ、「同感です」と応じている。

いる点に特色がある<sup>20)</sup>。戦前の行政法教科書で行政裁判所の判決を引用することが非常に珍しいことに加えて、美濃部は行政裁判所の判決中に比例原則の適用を見出している。しかしながら、比例原則を行政裁判所の判例と関連づけて登場させつつも、かかる原則がなぜ行政裁判所において適用可能であるかについて言及していない。

上巻の法源の頁に比例原則に関する記述はなく、昭和15年（1940年）初版『日本行政法 下巻』で上巻の記述を後追いし、総論の原則と位置付けることが可能な理由を各論で語る。「比例原則（上巻933頁）とは、公益上の必要と権利又は自由の侵害とが正当な比例を保たねばならぬことの原則を意味し、必ずしも警察にのみ適用せらるるものではなく、凡て国権を持つて権利又は自由を制限する場合は、等しく其の適用を受けるべきであるが、就中警察は社会公共の利益の為に人民の自由を制限する作用であるから、比例原則の適用は、殊に警察作用に付き重要な意義を有する。」<sup>21)</sup>と述べている。

戦後の行政法理論を見れば、比例原則は行政法総論において行政裁量統制の原則として語られるようになったが、本稿の問題関心は、行政法総論の法源論に、「いつ」「どのように」比例原則が根付いたのか、そして裁判所がどのように比例原則を行政訴訟に適用するようになったのか<sup>22)</sup>、と敷衍される。

## Ⅱ 戦後の行政法理論における「条理」の定着

### 1. 占領期<sup>23)</sup>の「条理」論——美濃部達吉「条理」の影響——

行政法における不文法源の意義が詳述されている教科書に、昭和23年

---

20) 美濃部・前掲注（9）933頁以下参照。

21) 美濃部達吉『日本行政法 下巻』（有斐閣、1940年初版）75頁。

22) 公表する順番が逆になってしまったが、裁判所がどのように比例原則を行政訴訟に適用するようになったのか、という論点についてはすでに論文を公表している。須藤陽子「わが国裁判例における比例原則審査の生成」行政法研究34号（2020年）1頁以下。

23) 占領期は、日本国憲法を頂点とする法秩序の構造が連合国の管理下において重大な制

(1948年)に公刊された美濃部の遺稿『行政法序論』がある。戦後行政法に見られるようになる「条理」は、昭和23年『法の本質』の影響を受けたものである。『行政法序論』は「條理法は一般社会の正義心又は條理意識に依り斯くあらざるべからずと認めらるるに依り自ら法たる力を有する」「時代と社会とに依り変遷し得べきもの」であると述べている。慣習法及び條理法は成文法の欠缺を補うばかりではなく、「成文法規の解釈の標準となり、時としては之を修正し変更する作用を為す」<sup>24)</sup>という。

条理を成文法規の解釈と結びつける考え方は、占領期以降の田中二郎の條理論で決定的になる<sup>25)</sup>。後年、田中二郎自身が美濃部の昭和23年『行政法序論』に負うところが大きいこと、美濃部の「条理」論に連なるものであることを明らかにしている<sup>26)</sup>。

田中二郎は、昭和24年(1949年)に公刊された『行政法講義案 上巻 第一分冊』(以下、昭和24年『行政法講義案 上巻』という)において、「法の解釈原理としての条理(理法)」を打ち出している。行政法はその規律の対象が複雑多岐かつ変遷恒なき状態にあり、法相互の間に矛盾、不統一の存するところも少なくなく、しかも法全体としては統一ある法として合理的な解釈が必要であるから、条理に従った合理的な解釈が行政法の領域においては特に重要であり、そして「法の解釈原理としての条理(理法)の支配する余地が他の領域に比して広い」<sup>27)</sup>と述べつつ、他方で、条

---

、約を受けていたため、成文法源の諸形式として、日本国憲法に上位して降伏文書、指令、覚書が位置付けられていた。降伏文書は超憲法法規的基本法としての性質を有し、降伏文書の定める降伏条項を実施するための指令と覚書も、超憲法的基本法の実施措置として、超憲法的性質を有するものと認められていた。田中二郎『行政法講義案 上巻 第一分冊』(有斐閣, 1949年) 57頁以下参照(以下、昭和24年『行政法講義案 上巻』という)。

24) 美濃部達吉『行政法序論』(有斐閣, 1948年) 37頁以下。

25) 兼子仁『行政法学』(岩波書店, 1997年) 34頁は、「戦前の美濃部・田中学说以来の條理解釈主義」という。

26) 田中二郎『法律学全集 行政法総論』(有斐閣, 1957年) 161頁参照。以下、昭和32年『行政法総論』という。

27) 田中・昭和24年『行政法講義案 上巻』 56頁。

理は「法の表現形式という意味においては、法源とは称しえないが」<sup>28)</sup>という。

田中二郎の不文法源には、美濃部と異なる独自の主張もある。昭和24年『行政法講義案 上巻』が不文法源において法の表現形式として挙げるのは条理ではなく、慣習法と判例法である。判例法は戦前の行政法理論には見られなかった新しい不文法源である。昭和24年『行政法講義案 上巻』に見られる不文法源としての「判例法」に関する言及はわずか1行、「(2)判例法 行政事件に関する通常裁判所の判例は、行政法の法源の一となす。」<sup>29)</sup>と論拠もなくあるのみであるが、後に公刊される一連の教科書・体系書において、次第にその主張が肉付けされてゆく。

1950年前後の学説を見渡せば、田中二郎の学説が突出していることがわかる。田上穰治の昭和25年（1950年）『行政法総論』、同昭和32年（1957年）『行政法原論』には法源論そのものがなく、須貝脩一の昭和25年（1950年）『行政法』「行政法の法源」に条理はない。

有倉良吉の昭和25年（1950年）『行政法学』は、条理の法源性を疑問視している。明治8年太政官布告第103号裁判事務心得第3条「民事裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ条理ヲ推考シテ裁判スベシ」という規定から直ちに条理が法の一形式であると主張することはできず、条理が実定法の内容を解釈する際の基準たるべきものであるとしつつも、成文法や慣習法と並んで法源の一に数えるのは適当でないという<sup>30)</sup>。柳瀬良幹も、民事の裁判官が成文法も慣習法もない場合には、条理に基づいて処分や裁判をする権利と義務があると考えられているといっても、それが行政について直ぐに同じことが言えるかどうか、大きな疑問であると

28) 田中・昭和24年『行政法講義案 上巻』68頁。

29) 田中・昭和24年『行政法講義案 上巻』69頁。

30) 有倉良吉『行政法学』（評論社、1950年）56頁以下参照。有倉良吉は、行政法の法源とは行政に関する法の存立形式としつつ、法源という用語の使い方が必ずしも一義的ではなく、法の本質という意味や、あるいは成文法規成立の歴史的淵源を意味し、法律原案や議事録等という場合もあるという。

述べている<sup>31)</sup>。

田中二郎は新たに判例法を不文法源に加えるなど、積極的に不文法源を拡充しようとする傾向を示すが、それは1950年代の学説において一般的ではない。しかし、行政法における条理の法源性を疑問視する学説があったとしても、条理の必要性は否定されず、その必要性ゆえに、次第に行政法の不文法源に根づいてゆく。おおよそ10年を経た1960年代の行政法教科書を見れば、その傾向は顕著である。昭和38年(1963年)の原龍之助『行政法概説 第1』は、「条理は法の成立形式という意味では法源といえぬが、行政法の解釈の基準として、かつ、法に欠陥ある場合の補充的法源として、重要な意味をもつ。」<sup>32)</sup>と述べている。

## 2. 1950年代——田中二郎「条理」論の輪郭——

戦後に田中二郎が打ち出した不文法源論は、その主張について最初から十分な説明があったわけではない。昭和24年『行政法講義案 上巻』は条理の必要をいうのみであったが、後続の教科書・体系書において、田中二郎のいう条理の内容が次第に語られてゆくようになる。版を重ねた田中二郎の代表作は、昭和29年(1954年)『法律学講座 行政法 上』(以下、昭和29年『行政法 上』という)と昭和32年(1957年)『法律学全集 行政法総論』(以下、昭和32年『行政法総論』という)であるが、この2冊で主張されている条理は、その論拠(日本法を論拠とするか、比較法研究の成果を論拠とするか)、法源論への比例原則の位置付けの有無という観点からすれば差異が見られ、各書で述べられていることが後の行政法理論における「条理」に大きな影響を与えたのではないかと思われる。

### (1) 昭和29年『行政法 上』……日本法における「条理」

昭和24年『行政法講義案 上巻』は条理の必要をいうのみであったが、昭和29年『行政法 上』では条理の内容が詳しくなり、明治8年太政官布

---

31) 柳瀬良幹『行政法講義』(良書普及会, 1951年)54頁以下参照。

32) 原龍之助『行政法概説 第1』(評論社, 1963年)12頁。

告第103号裁判事務心得第3条も引き合いに出すようになる。そして、不文法源の見出しとして、慣習法、判例法と並んで条理も挙げられるようになる。

条理とは「一般社会の正義心において、かくあるべきもの」「法の解釈の基本原則として、且つまた法に缺陷のある場合の補充的法源」と位置付けられている。条理の内容を、時代の推移と社会の変遷に伴い、推移し変遷すべきものとしつつ、「ある時代の社会において、一般人が「条理」「筋合」として認めるところは、それ自体、法として意味をもつものであり、裁判は、究極においてこの条理に従つたものであることを必要とする（明治八年太政官布告第一〇三、裁判事務心得第三条参照）。法に矛盾欠缺の多い行政の分野においては、この意味での条理法の支配する余地が大である。」<sup>33)</sup>と説明する。

注目すべき点は、田中二郎の条理の内容に「筋合」という意味合いが新たに含められたことである。そして裁判との関係で、明治八年太政官布告第103号裁判事務心得第3条をも引き合いに出す説明の仕方が、以降の行政法教科書に定着してゆく。

## (2) 昭和32年『行政法総論』……比較法研究と比例原則

昭和32年『行政法総論』の条理は、田中二郎の「条理」の完成形ではないかと思われるが、田中二郎は条理を不文法源に位置付けつつも、やはり法源性を否定する。「一般社会の正義心において、かくあるべきもの」を条理と呼ぶとすれば、これを「法の表現形式」という意味での法源の一つに数えることは必ずしも妥当とはいえないという。田中二郎はかように条理の法源性に問題があることを認めつつも、行政法が抱える事情、つまり、成文法の未整備、法相互間に矛盾不統一があること、規律対象の変遷という条理の必要から、既存の法そのものによってはまかない切れぬ場合を挙げて、行政庁や裁判所がそのような場合に正義・公平の観念に基づ

---

33) 田中二郎『法律学講座 行政法 上』（弘文堂、1954年初版）49頁。

いて判断すべきことを説く。

昭和32年『行政法総論』は、単なる教科書ではなく、ドイツ法との比較法研究の成果をベースとした体系書である。とりわけフォルストホフの影響を受けたものであるとされるが、不文法源についていえば、慣習法がフォルストホフの学説<sup>34)</sup>に依拠したものであり<sup>35)</sup>、条理についてはオットー・マイヤーの警察権の限界が引用されている。

「法の基礎となり、法を法として支えている正義・公平の観念が一種の自然法的原理として登場し、法の欠缺を補い、法の解釈原理として重要な役割を果たすべきことを無視することができない」といい、オットー・マイヤーが「自然法的基礎 (naturrechtliche Grundlage)」の上に警察権の限界を主張したこと、「公平の思想 (Billigkeitsgedanke)」に従って公法上の損失補償の理論を展開したことを、この意味での条理を認めたものであるとする。警察権の発動について、法令の明文に別段制限をしていない場合においても、当然条理上の限界があると考えられること、損失補償の額について、法令上別段の規定のない場合に、社会の通念に照らし正当 (just) と考えられる補償をなすべきものとしたりするもの、ここにいう条理判断の一例と考えてよいとする<sup>36)</sup>。

オットー・マイヤーの「自然法的基礎 (naturrechtliche Grundlage)」は警

---

34) E. Forsthoff の法源論については、瀬尾俊治「法源論と法解釈論から見たフォルストホフ (E. Forsthoff) の現存在配慮 (Daseinvorsorge) ——ドイツ行政法学におけるフォルストホフの功罪——」中央大学大学院研究年報第34号 (2005年2月) 1頁以下参照。フォルストホフは法源を「組織化された法制定 (Die organisierte Rechtssetzung)」と「組織化されない法源 (Nicht organisierte Rechtsquellen)」とに分類し、成文法主義の例外として、後者に慣習法を含める。平等原則や比例原則のような法原則も後者に含める。3頁参照。

35) 田中・昭和32年『行政法総論』150頁以下参照。田中二郎「行政法における慣習法」田中二郎・原龍之助・柳瀬良幹『行政法講座 第一巻』(有斐閣, 1956年) 273頁は、「フォルストホフのいうように、長期継続の慣行という事実が一般的な法的確信を得てはじめて、慣習法が成立するという考え方は、恐らく今日の通説的な考え方よりもよいであろう。」といい、美濃部の見解も大体これに近く、恐らく正当であろうとする。

36) 田中・昭和32年『行政法総論』161頁以下参照。

察権の限界、換言すれば、警察上の比例原則の論拠である。田中二郎がそれを行政法総論の不文法源「条理」の論拠とすることは、行政法各論警察法の原則である警察権の限界論を行政法総論の「条理」に位置付けることを意味し、裁判官も適用可能な条理であるということを初めて示した点が重要である。美濃部は昭和11年『日本行政法 上巻』において警察法の原則である比例原則を自由裁量の限界に用いたが、裁判所においてなぜ適用可能であるのかという説明を欠いていたからである。警察上の比例原則が条理であることは学説が認めるところであったが<sup>37)</sup>、裁判所が適用可能な条理であることに、誰も言及していなかったのである。

不文法源「条理」の見出しの下で語られるのは警察法に適用される「警察権の限界」であり比例原則は明示されていないが、行政行為論に比例原則は行政作用法に適用されるべき基礎原則であるという主張が現れる。田中二郎は、「行政権の発動は、制定法による羈束がない場合においても、慣習法又は条理法による羈束を受けるものと解すべき」<sup>38)</sup>であると述べ、かかる条理法に比例原則や平等原則を挙げ、行政作用法の基礎原則であるべきことを主張する。

### (3) 訴訟事項の拡大と不文法源の変化

昭和32年『行政法総論』の不文法源には、慣習法、条理、判例法の三つが挙げられている。不文法源としての判例法は美濃部、フォルストホフの教科書に記述はなく、田中二郎のオリジナルな主張である。昭和24年『行政法講義案 上巻』は論拠も明かさず、たった一行、「行政事件に関する通常裁判所の判例は、行政法の法源の一をなす。」<sup>39)</sup>とあるのみであった

---

37) 依静夫『行政法』（有信堂、1952年）124頁は、「第二節 行政作用の目的」において「警察権の限界を画する条理上の限界として、警察公共の原則、警察責任の原則、警察比列の原則の三つが挙げられる。」と述べているが、法源論には挙げられていない。

38) 田中・昭和32年『行政法総論』287頁。その例として、「例えば、公益上又は広く行政上の必要の範囲を超えて権利を制限し義務を賦課する行為のごときは、やはり、違法の行為と解する外はない。」という。

39) 田中・昭和24年『行政法講義案 上巻』69頁。

が、昭和29年『行政法 上』では「行政争訟に関する裁判所の判例は、抽象的な行政法規を具体化し、その内容を明らかにし、且つまた、慣習法の存在と内容を明確にする。かようにして明らかにされた規範が一種の法源としての効力をもつ。これが判例法である。」と述べるようになる。最高裁判所が従前の判例の変更に慎重な態度をとること、判例変更のしにくさを論拠に挙げる。昭和29年『行政法 上』で述べたことは昭和32年『行政法総論』でも維持され、さらに「判例法も慣習法の一つ」<sup>40)</sup>という記述が見られるようになる。

条理も判例法も、田中二郎にあってはどちらも「必要」からそれは主張され、それらの法源性が疑問視されることは、田中二郎自身が認めるところである。田中二郎は、行政裁判所への出訴事項が狭く限定されていた制度から、一切の法律上の争訟について通常裁判所に出訴できるようになったことに伴い裁判所が出す判例のもつ意義が増す、ということを強調する。行政裁判所法の時代とは異なって最終的に裁判所の判決で決着することになるのであるから、成文法規が未整備、法相互に矛盾、不統一が存するときも、裁判所が最終的に判断を出さなければならない。そういった場合に「条理」が拠り所となる。

田中二郎は、行政法の理論を立てるにあたって、行政庁が法律の解釈をする場合においても、裁判で争われることを見通した理論、解釈を立てるべきこと、裁判所の判断に堪え得るような理論でなければならないという。

---

40) 田中・昭和32年『行政法総論』157頁。英米法のような先例拘束性がないという点において学説は一致し、そして慣習法の一つとして判例法を認める。杉村敏正の不文法源に「判例法」という見出しはないが、『行政法講義 総論(上)』(有斐閣、1963年)25頁において「最高裁判所の判決であっても、そこに示される解釈は当該事件についての最高裁判所の有権解釈であるに止まって、それが当然に行政法の法源となるものではない。しかし、裁判所の長期にわたって継続的に繰り返された判例は、国民の一般的な法的確信をうるに至って、慣習法の一つとしての判例法(case law)が成立しうる。」と述べている。

### 3. 1960年代以降の「条理」

#### (1) 杉村敏正の「条理」

1960年代の行政法教科書では、行政裁量の司法審査において比例原則・平等原則を適用すべきことが述べられるようになる。筆者が注目するのは、昭和38年（1963年）に公刊された杉村敏正『行政法講義 総論（上）』（以下、『総論（上）』初版という）の「条理」と、『行政法講義 総論（中）』（以下、『総論（中）』初版という）の裁量統制である。

比例原則の適用について<sup>41)</sup>、杉村敏正は昭和33年（1958年）「公務員の懲戒処分と懲戒権者の裁量権」と題した最高裁昭和32年5月10日第二小法廷判決民集11巻5号699頁の判例評釈において「比例原則が問題となった」と指摘する<sup>42)</sup>など、杉村敏正が比例原則を行政行為の裁量統制の原則として著し始めたのは非常に早い時期であった。『総論（中）』初版「三 行政行為に関する法的拘束と行政裁量」において「比例原則・平等原則に違反して行政行為が行われる場合には、裁量権の行使は恣意的であり、違法な裁量濫用<sup>43)</sup>であることを明らかにしている。

比例原則と平等原則を「条理法」<sup>44)</sup>としつつも、不文法源には比例原則と平等原則に関する言及はない。『総論（上）』初版の不文法源には、慣習法と条理が挙げられ、「条理」の見出しの下、まず、行政法の領域において通則的規定をもつ統一的な法典が欠けていること、各個の行政法令においてそれぞれの規律対象である行政上の事実について規定する場合にも、法に不備のあることが少なくないことが語られる。つまり、田中二郎と同様に、行政法の事情から「条理」の必要が肯定されるのであるが、杉村敏

---

41) 須藤陽子「わが国裁判例における比例原則審査の生成」行政法研究34号（2020年）1頁以下は、占領期の行政事件訴訟特例法の下、下級審裁判例における比例原則の生成を論じている。

42) 杉村敏正「公務員の懲戒処分と懲戒権者と裁量権」民商法雑誌36巻5号（1958年）65頁。

43) 杉村敏正『行政法講義 総論（中）』（有斐閣、1963年）31頁。

44) 杉村・『総論（中）』29頁。

正の「条理」には注目すべき点が2つある。条理とは「事物の本質的法則」とする点、そして成文法または慣習法にこれを規律する公法法規を欠く場合に「条理を採求」という点である。「条理を採求」し、これに従って事案を判断する。その例に、瑕疵ある行政行為の無効と取消を挙げている。「この場合、人間理性に基き、条理に法的効力、したがって、行政法の法源が認められる」という<sup>45)</sup>。

田中二郎の条理は「筋合」というものであったが、杉村敏正は「事物の本質的法則」という。現代の「条理」には「物事の道理、筋合、筋道」という説明と、「事物の本質」という二通りの説明が見られるが、両者はこれら現代の説明の源流ではないかと思われる。杉村敏正の条理は、田中二郎の条理とは異なった一面を見せるが、残念ながらその論拠を示していない。杉村敏正の不文法源「条理」に関して割かれた紙幅はわずか6行である。

## (2) 外間寛の「条理」

占領期に田中二郎が新たに条理と判例法を不文法源として打ち出して以降、1950年代から1960年代にかけて、行政法教科書において各人が自説を主張することはあっても、不文法源に関する日本法研究や比較法研究の成果は見られない。昭和46年(1971年)『精解行政法 上』に収録された外間寛「第三章 行政法の法源・効力」において「条理」は、わずか1頁、不文法源の末尾に位置付けられているにすぎないが、戦後行政法の法源論の特色が教科書的ながら非常によくまとめられている。

外間寛は「条理とは、ものの道理・筋道をいう。あるいは、「法の基礎となり、法を法として支えている正義・公平の観念」であるともいわれる。」と定義する。その出典として挙げるのは、前述した田中二郎の昭和32年『行政法総論』である。外間寛は、田中二郎が条理の法源性を否定した意味に考察を加え、「法の表現形式という意味での法源の一つに数える

---

45) 杉村・『総論(中)』26頁, 27頁参照。

ことは、必ずしも妥当とはいえない」とする意味を分析し、一つの答えを提示する。「条理は、成文法・慣習法・判例法などと異なり、何らの外形的存在標識を有するものでない点を強調すれば、これを、成文法・慣習法・判例法などと同じ意味で法源と呼ぶには疑問が残るということになる。」と述べる。法の「表現」形式という文言に着眼した答え方である。

そして最後に、1960年代までの学説の大勢は、判例は慣習法の一種であるという立場であったが、外間寛は条理と判例法の関係に言及する。「条理が、個々の裁判において具体化され、そしてこれが判例法として形成されるにいたることはいうまでもない。」<sup>46)</sup>という。条理は訴訟事項の拡大ゆえに必要とされた不文法源であり、条理と判例法の間を明らかにする必要があるであろう。

### Ⅲ 「法の一般原則」の由来

#### 1. 問題の所在

行政法における不文法源としての条理は、戦前の美濃部の「条理」論や、信義誠実の原則を条理として行政法に適用する議論など、戦前にはドイツ法を素材にした比較法研究の成果に基づく議論であったが、戦後の「条理」論のベースになっている田中二郎の「条理」は、比較法研究の成果ではない。

では、現代行政法学において条理に代わって見られるようになった「法の一般原則」はどうか。実のところ、その由来も、内容もよくわかっていない。大橋洋一は「行政法では「法の一般原則」という用語が確立している」<sup>47)</sup>と評価するが、「確立している」という評価は妥当ではないと思われ

---

46) 外間寛「第三章 行政法の法源・効力」杉村章三郎・山内一夫編『精解行政法 上』（光文書院、1971年）88頁参照。

47) 中田裕康・大橋洋一「法の一般原則 民法との対話」宇賀克也・大橋洋一・高橋滋編『対話で学ぶ行政法 行政法と隣接法分野との対話』（有斐閣、2003年）20頁。

る。行政法教科書に「法の一般原則」という章を置く大橋洋一は、章の冒頭、「行政法関係においては、法律に明文規定が存在しない場合であっても、行政機関が尊重しなければならない法原則として複数のものが認められている。これを「法の一般原則という。」と説明し、「法の一般原則」に含まれる法原則である信義誠実の原則、権限濫用の禁止原則、比例原則、平等原則、現代型一般原則（効率性原則、説明責任と調査義務原則、透明性原則、基準準拠原則）を挙げる<sup>48)</sup>。しかしこの説明は、裁判の基準としての側面に言及せず、「法の一般原則」を積極的に語ろうとするが、「法の一般原則」と条理の相違ないし関係には関心を示さない。

ドイツ法を素材とした行政法における法源に関する比較法研究は、ようやく2000年代に見られるようになる。瀬尾俊治「行政法における「法の一般原則」論の構築」（未公開の博士論文。中央大学、2006年。以下、瀬尾博士論文という）は、「法の一般原則」は条理を含んだ特殊な法概念・法命題であるにもかかわらず、これまで特に整理された形で議論されてきた経緯は見当たらないという。また、条理と「法の一般原則」の関係を「条理や法の一般原則の法源性の有無や法解釈における条理や法の一般原則の役割等から」、学説を5つ（消極的法源性説、積極的法源性説、条理解釈説、法源性条理解釈説、法の一般原則説）に分類している<sup>49)</sup>。これらの分類も、それぞれの論者によってその言い回しには微妙なニュアンスの違いがあり、同じ学説に位置付けてみても必ずしも同様のものと言えない場合もあり、条理論が学際的な領域に及ぶ難解なテーマであるということにも起因して、学説は多岐にわたっているという<sup>50)</sup>。

本稿の考察の観点は、学説を分類しようとする瀬尾論文の試みとは異なるものである。前述したように、そもそも戦後に構築された「条理」論は

48) 大橋洋一『行政法Ⅰ 現代行政過程論 第4版』（有斐閣、2019年）40頁以下参照。

49) 瀬尾俊治「行政法における「法の一般原則」論の構築」（未公開の博士論文。中央大学、2006年）7頁以下参照。

50) 瀬尾俊治「ヴォルフ（H. J. Wolff）の基礎規範論——日本行政法学の条理論についての比較法的考察——」中央大学大学院研究年報32号（2003年2月）21頁参照。

ドイツ法の影響をほぼ受けておらず、本格研究というべき研究業績が無い中で、教科書レベルで学説が形成されたものである。また、「法の一般原則」については、その由来自体が明らかでない。そういった状況で、学説が条理と「法の一般原則」との相違を意識して不文法源を論じているとは、筆者には考え難いのである。まず、わが国行政法における「法の一般原則」の由来を明らかにするべきであろう。

## 2. 原田尚彦と「法の一般原則」

### (1) 「法の一般原則」という用語法

「法の一般原則」という概念がいつ頃から使われ始めてきたのか<sup>51)</sup>。瀬尾俊治はこうした問いをたて、「法の一般原則」という呼び方が何時ごろから使われ始めたのかも判然とはしないが、民法の一般条項を「法の一般原則」として適用が始まりと思われる。このため、当初は、条理と民法の「法の一般原則」の適用とが並存していたが、公法と私法の一元化により、「法の一般原則」の用語に統一されてきたところに、現代的な新しい行政法の一般原則が台頭してきたため、「法の一般原則」として統合されてきたのではないかと一応推察される。<sup>52)</sup>という見解を示している。

しかしながら、この見解を是とすることは難しいのではなからうか。民法の一般条項を「法の一般原則」と呼び習わしていた、普及していた、とは言い難いからである。

「概念」の使用の始まりを問われて正面から答えることは難しいが、「用語」の使用ならば古くは田中二郎の法源論の文献に見出される。田中二郎の法源に関する論文には1956年『行政法講座 第一巻』に収められた「法律と命令——行政法の法源として」「行政法における慣習法」という二つがある。前者の論稿において、「一般的には、むしろ反対に、後法は前法を廃しない (lex posterior non derogat priori) ことを以て法の一般原則であ

---

51) 瀬尾博士論文9頁。

52) 瀬尾博士論文16頁注(42)。

るとする者もある」, という Merkl の述べるところを引用する際にこの用語を使用している<sup>53)</sup>。しかしながら, 同論文では「法の一般的原理」という用語も使用しているため, 両者の違いが明らかでない。「概念」といえるほど用語法は緻密ではない。

## (2) 1976年原田尚彦『行政法要論』初版とフランス法の影響如何

わが国の行政法教科書に初めて「法の一般原則」を登場させたのは, おそらく昭和51年(1976年)に公刊された原田尚彦『行政法要論』(以下, 『行政法要論』初版という)であると思われる<sup>54)</sup>。原田尚彦『行政法要論』は, 当初公務員研修用テキストとして執筆されたが, その後, 研究者, 学生に広く読者を得て, 昭和51年(1976年)初版から平成23年(2011年)全訂第7版補訂版まで35年間にわたり版を重ねた, 昭和, 平成を代表する行政法教科書である。その教科書が「法の一般原則」という用語を初版で打ち出し長きにわたり版を重ねたことは, 用語の普及に大いに貢献したと言えるのではないだろうか。

それでは, 原田尚彦はどこから影響を受けたのか。『行政法要論』初版が巻末に掲げる「必読の教科書」には, 田中二郎『新版行政法(上)』(弘文堂, 1954年), 今村成和『行政法入門』(有斐閣, 1966年), 「その他の標準的教科書」として田中二郎『行政法総論』(有斐閣, 1948年。筆者注: 原文で昭和23年となっているため1948年とした), 田上・市原『行政法上巻』(法学書院, 1967年), 成田ほか『現代行政法』(有斐閣, 1968年), 杉村敏正『全訂行政法講義(総論)』(有斐閣, 1969年), 広岡隆『行政法総論』(ミネルヴァ書房, 1973年), 田中館照橋『セミナー行政法』(自治新報社, 1970年), 南・原田・田村『行政法(1)(2)(3)』(有斐閣, 1976年)が挙げられている。いずれにも「法の一般原則」はなく, 今村成和『行政法入門』にはそもそも法源論の項目がない。原田尚彦は既存教科書から「法の一般原則」の着想を得たわけではないと思われる。ドイツ法を素材とした本格研究はな

53) 田中二郎・原龍之助・柳瀬良幹『行政法講座 第一巻』(有斐閣, 1956年)238頁参照。

54) 原田尚彦『行政法要論』(学陽書房, 1976年)。

かったのであるから、考え得るとすれば、ドイツ法ではなく、フランス法の影響である。

『行政法要論』初版が刊行された昭和51年（1976年）以前にわが国に紹介されていた「法の一般原則」研究に、夭逝した神谷昭による昭和35年（1960年）「フランス行政法における法の一般原理」<sup>55)</sup>がある。神谷がいう「法の一般原理」とは、le principes généraux du droit の訳語である。神谷が挙げる「法の一般原理としてコンセイユ・デタの判例上に適用された諸原則」は、平等原則（法律のおよび命令の前の平等の原理、公役務の前の平等の原理、公負担の前の平等の原則）、自由を防御するための原理（自由の概念に直接むすびつけられる法の一般原理、市民の基本的自由を保障するための手段として現れる法の一般原理）、法的安定の原理、行政生活の必要から生じた原理である<sup>56)</sup>。

また、昭和38年（1963年）には法源として「法の一般原則」を紹介する鈴木重武・田中館照橘「フランス法（九）——法の一般原則は法源としてどのような地位を占めるか——」<sup>57)</sup>、同「フランス法（完）——法の一般原則は法源としてどのような地位を占めるか——」<sup>58)</sup>がある。フランス法教室として掲載され、近代フランス法における制定法、慣習法、判例法、学説、法の一般原則、という5つを説明する連載である。コンセイユ・デタは法の一般原則を発見するのだという。「行政法は、法典化されていない無数の法律、統令、規則——そのすべてが行政または公役務上の特定事項を規律することを目的とし、一般原則とはあまり関係のないものである——から、なっている。これら種々の法規を整序し、その根底に流れている法の

55) 神谷昭「フランス行政法における法の一般原理」『フランス行政法の研究』（有斐閣、1965年）所収297頁以下（国家学会雑誌73巻6号（1960年）初出）。

56) 神谷・前掲注（55）302頁以下参照。

57) 鈴木重武・田中館照橘「フランス法（九）——法の一般原則は法源としてどのような地位を占めるか——」時の法令452号（1963年）55頁以下。

58) 鈴木重武・田中館照橘「フランス法（完）——法の一般原則は法源としてどのような地位を占めるか——」時の法令455号（1963年）48頁以下。

一般原則を発見することが、行政裁判所の職務となっている。すなわち、「行政裁判所の判例は、原則がつくり出される源泉であった」<sup>59)</sup>という。

原田尚彦の著名な研究業績の多くはドイツ法を素材としたものであるから、「法の一般原則」についてフランス法の影響を指摘することに異論があるかもしれない。しかし『行政法要論』初版は、行政の理念について「行政はもはや国家統治のために個人の権利や利益を抑圧する公権力（öffentliche Gewalt）の発動作用として特徴づけらるべきものではなく、国民の共通の便宜を最大限に増進し助長することを究極の目標とした、「公共の役務」（public service）の提供活動であると規定されなければならない。」<sup>60)</sup>と述べるなど、必ずしもドイツ法的思考一色の教科書ではないのである。

### 3. 『行政法要論』における条理と「法の一般原則」

原田尚彦は『行政法要論』初版において、不文法源につき独創的な打ち出し方をする。不文法源に慣習法、判例法、「法の一般原則」という三つの見出しを挙げ、さらに「法の一般原則」の見出しの下に「条理による法解釈の重要性」も同時に主張する。法解釈において「現代の要請にかなった結論」に重きを置き、「法の矛盾や欠陥の多い行政法解釈においては、この意味で、条理ないし正義感覚」が重要であるという。

『行政法要論』初版において「法の一般原則」とは、「必ずしも法令上に明文では示されていないが、一般に正義にかなう普遍的原理として認められている諸原則が、法として扱われることがある。平等則、比例原則、禁反言の原則、信義誠実の原則などがこれである。これらの法の一般原則も不文法源の一つに数えてよいであろう。」とする。この枠組みは2010年全訂第7版<sup>61)</sup>まで変わらず維持されているが、初版と比較すると、手続的正

59) 鈴木・田中館・前掲注(57)58頁。1980年代の研究業績に、植野妙実子「フランス法における法の一般原則」比較法雑誌16巻3号(1983年)1頁以下がある。

60) 原田・前掲注(54)7頁。

61) 2011年全訂第7版補訂版が出版されているが入手できなかったため、本稿は2010年全訂第7版を参照した。

義の原則が付け加えられ、信頼保護に関する諸判例が加筆されている。

他方で、原田尚彦は、「条理による法解釈の重要性」という見出しの下で「法の一般原則」という用語の他に「一般原則」という用語も使用している。「行政法はさまざまな法源によって成り立っている。その関係で、法規の内容に矛盾撞着の生ずることを避け難い。これらの矛盾は「上位法は下位法に優先する」「後法は先法を廃す」「特別法は一般法に優る」といった一般原則によって調整され、法秩序全体の統一と調和がはかられる。」<sup>62)</sup>と述べている。『行政法要論』初版にはこういった文脈で「一般原則」という用語が見られ、それゆえ瀬尾俊治は、原田尚彦が「条理による法解釈の重要性」を語るくぐりで「一般原則」という用語を用いていることから、原田尚彦の学説を「条理と一般原則を同一視する」説に分類するのである<sup>63)</sup>。

しかしながら、条理と「法の一般原則」が重なるものであることを前提としたうえで、原田尚彦の「法の一般原則」と条理は区別され得るものである。「法の一般原則」が「正義にかなう普遍的原理」とするならば、様々な局面・事情のもとで条理を見出そうとする場合、かかる条理がすべて「普遍的原理」といい得るものばかりではないからである。

## おわりに

現代の行政法理論において、法解釈に際して比例原則などの法原則の重要性を否定することはできない。しかし、学説はそれら法原則の位置付けに無頓着ではなかっただろうか。田中二郎が提唱した条理も判例法も、法源性に疑問符付きで行政法理論に定着し、「法の一般原則」はその由来が不明なままに行政法理論に普及した。田中二郎の提唱した不文法源論は、一般的な法源論と異なる「行政上の法源」論の特色を示すものである。戦

---

62) 原田・前掲注(54)32頁、33頁。

63) 瀬尾博士論文、8頁、15頁～16頁参照。

後の訴訟事項の拡大に伴う日本法特有の「行政上の法源」論の発達に注目すべきであろう。

最後に、現代行政法において、比例原則を条理ではなく「法の一般原則」という意義について考えたい。日本国憲法から導かれ、法解釈のみならず、行政の行為規範、立法の基準としても用いられようになった現在、日本法における比例原則の発達に鑑みれば、法解釈の必要から生み出された「条理」という枠に比例原則をとどめておくことは、妥当ではないであろう。