

# 行政法の法源に関する考察

横山 信二

- 1 法体系における行政法の意義 — 公法と私法 —
- 2 日本国憲法の法体系における行政法の法源 — その比較法的考察 —
  - (1) 行政法の制度的消滅
  - (2) 統治機構の法原理と「行政に関する法」
- 3 行政事件訴訟法の制定における行政法の法源 — 公法の出現と展開 —
  - (1) 行政事件訴訟特例法の制定と司法権
  - (2) 行政事件訴訟法による行政法の法源
  - (3) 「行政に関する法」(行政法)を発見する淵源について
- 4 行政法の法源(おわりに)

## 1 法体系における行政法の意義 — 公法と私法 —

公法私法二元論に関する種々の議論を周知のうえで、公法と私法の区別があることを前提とし、その区別の基準は、それぞれの法が対象としている法関係そのものの違いであると理解することに然したる問題はないであろう。とりあえず、そうした理解を前提に敷衍するならば、公法は、国家作用(日本国憲法のもとでは地方公共団体の自治作用を含む)における立法(議会における法定立作用)に関する法、司法(具体的な権利義務に関する紛争である事件を解決する作用。この作用は、日本国憲法は地方公共団体の自治作用に含めない)に関する法、そして行政(国家作用

から立法作用と司法作用を除いた残余の作用<sup>1)</sup>）に関する法を総称し、私法は社会における人と人との権利義務関係（権利主体である自然人または法人としての人。国家や地方公共団体も社会の一員として私人=法人の地位にたつ）を対象とする法をいう。通常、公法と私法を区別する代表的な標準として主体説、権力説、利益説の三つがあげられているが、これらも法が対象としている法関係を前提とするものであって、法関係の違いそのものではなく、公法と私法に別々の法関係があるものではない。したがって、行政法を「行政に関する法の全部ではなくて・・・行政に特殊固有の法の体系」<sup>2)</sup>と意義づける場合、行政上の法関係のうち、国家（または地方公共団体）が行政主体として行政機関の総体（行政組織）として観念され、行政庁を介して公権力の行使（行政行為）によって私人とのあいだに一方的に形成される公法上の法関係（本来的公法関係）を行政法の直接の対象としている。そして、相手方と対等な関係で契約や不法行為によって形成される純粋に私法上の法関係を形成する場合を行政法から排除したうえで（公法私法二分論）、行政目的（すなわち国家目的）を契約や行政指導などの非権力関係によって実現するときには私法原理とは異なる特殊な法原理に立脚する法関係（伝来的公法関係）を本来的公法関係と同レベルの公法として認識する<sup>3)</sup>。しかし、この公法私法二分論は、わが国においては、日本国憲法の制定によって公法の具体的な内容を宣言してきた行政裁判所が廃止され（憲法76条2項<sup>4)</sup>）、その制度的な支柱を失ったとされる。最高裁も、公営住宅の使用関係に関する事件において、公法を私法と区別された別々の法体系としてではなく、公法を私法の特別法（当該事件に即していえば、公営住宅の使用関係を規律する法は公営住宅法およびこれに基づ

1) いうまでもなく、行政概念を控除説（消極説）でとらえた場合である。行政概念を控除説に拠るならば、夜警国家における警察行政、福祉国家における給付行政のように国家の役割が行政の具体的な内容に投影する。

2) 田中二郎『行政法総論』64頁（有斐閣，昭和32年）。

3) 原田尚彦『行政法要論（全訂第四版増補版）』19頁（有斐閣，2001年）の公法と私法の関係を表示した図を参照。

4) もちろん、憲法76条2項が、ただちに行政裁判所の廃止を意味するのかわについては議論の余地がある。宮澤俊義『日本国憲法（法律學体系コンメンタール篇1）』601頁，602頁（日本評論社，昭和30年）参照。

く条例が特別法として民法および借家法に優先して適用される)として位置づけている。

「公営住宅の使用関係については、公営住宅法及びこれに基づく条例が特別法として民法及び借家法に優先して適用されるが、法及び条例に特別の定めがない限り、原則として一般法である民法及び借家法の適用があり、その契約関係を規律するについては、信頼関係の法理の適用があるものと解すべきである」(最判昭和59年12月13日民集38巻12号1411頁,判時1141号58頁)

そうすると、こんにち、法体系を公法と私法に二分し、公法には私法とは異なる法原理、法原則が存在するはずであるから、公法上の法関係に私法が入り込む余地がない<sup>5)</sup>とする公法私法二分論は、判例法が採用しているところではない。学説の多くも公法と私法を区別する種々の基準を批判し、公法と私法の区分を論じることには疑念を抱いている<sup>6)</sup>。したがって、公法を私法の特別法であるとする、公法は私法と別個の特殊固有の法体系として存在するのではなく、私法と同一の土俵にある法(law)という共通の規範群の中に在って、私人と私人を規律の対象とする私法ではうまく説明できない、あるいは私法を適用することが不適当な場合に公法が——私法の特別法として——存在する<sup>7)</sup>ということになる。

公法と私法の関係について以上に述べたところを、公法、とくに行政を法の対象とする行政法についていうならば、前述の公法私法二分論にたった行政法の意義づけ(つまり、「行政に特殊固有の法の体系としての行政法」)は、次項で少し詳細に検討するところであるが、さきに簡単に指摘しておいた日本国憲法76条が定めるところから帰結されるこんにちのわが国の法体系において妥当するとらえ方ではなく、行政法は行政に関する法の総体<sup>8)</sup>としてとらえることになるであろう。そうすると「行政法の存在形式」としての行政法の法源は、これまで

5) 明治29年の民法典の施行に際して、穂積八東博士が、「余ハ公用物ノ上ニ『此ノ所民法立  
入ルベカラズ』ト言フ標札ヲ掲ゲテ新法典ノ実施ヲ迎エントス」と述べたことは有名である。

6) 差し当たり、塩野宏「公法・私法概念の再検討〈日本国憲法の下における〉」同  
『公法と私法』所収論文134～136頁(有斐閣,1989年)。

7) 村上武則編『基本行政法(第二版)』7頁(有信堂,2002年)。

8) 原田尚彦『行政法』11頁(学陽書房,昭和54年)。同旨、前掲注3),14頁および27頁。

のように「成文法中心主義」あるいは「成文法源がより重要な地位を占める」<sup>9)</sup> といつてよいのであろうか。このことは、日本国憲法が採る法治主義原理が「法の支配」原理であることも関わつて、検討を要する問題であるようにおもふ。

## 2 日本国憲法の法体系における行政法の法源 — その比較法的考察 —

### (1) 行政法の制度的消滅

ここで、とくに日本国憲法制定の由来やその一国の憲法としての正当性、つまり、日本国憲法改正の議論に立ち入るつもりはなく、日本国憲法がアメリカ法（英米法）の強い影響のもとに制定され、こんにちまで50余年、その憲法のもとでわが国の法体系が育まれてきたという事実を前提にして論じることをあらかじめ断っておきたい。

まず、日本国憲法76条は「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置される下級裁判所に属する」（1項）、「特別裁判所は、これを設置することができない。行政機関は終審として裁判を行ふことができない」（2項）と定めた。行政機関による裁判を知らない英米法<sup>10)</sup> に基づく日本国憲法において、大日本帝国憲法60条および61条<sup>11)</sup> に存立の根拠を得ていた行政裁判所と異なり、その行使する裁判権は司法権と同一視され、そして、すべて

9) 同上書30頁、塩野宏『行政法 I（第三版）』45頁（有斐閣、2003年）。

10) ダイシーが「行政法とか行政裁判所というような概念は、イギリス法にはまったく未知のものである」（A.V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10<sup>th</sup> ed., Macmillan, 1959, at 203）と述べたことは周知のことである。また、WADE & FORSYTH, *Administrative Law*, 8<sup>th</sup> ed., Oxford, 2000, at 23-24、和田英夫『ダイシーとデュギー』17頁（勁草書房、1994年）を参照。

11) 大日本帝国憲法の関係条文は以下のとおり。

第57条 司法権ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ

第60条 特別裁判所ノ管轄ニ属スヘキモノハ別ニ法律ヲ以テ之ヲ定ム

第61条 行政官庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ属スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラス

の司法権が帰属する最高裁判所と下級裁判所で構成される司法裁判所の系列に属さない裁判所を特別裁判所として、その設置が禁止された。裁判権を司法権と同一視する法文化は英米法の理解であり、日本国憲法76条の原案である総司令部案68条に「強力ニシテ独立ナル司法府ハ人民ノ権利ノ堡壘ニシテ全司法権ハ最高法院及国会ノ随時設置スル下級裁判所ニ帰属ス」(1項)、「特別裁判所ハ之ヲ設置スヘカラス又行政政府ノ如何ナル機関又ハ支部ニモ最終的司法権ヲ賦与スヘカラス」(2項)としていたところからも窺える。けっきょく、日本国憲法の制定によって、行政裁判所の設置は、司法権の帰属に関する憲法76条と齟齬するために廃止された<sup>12)</sup>。そして、「日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措置に関する法律」(昭和22.4.19法75)が定められ、司法裁判所の管轄に属することになった抗告訴訟の出訴期間を制限する特別の規定が設けられただけで、行政裁判所が管轄していた行政事件は、民事訴訟法の手続によるところとなった。すなわち、行政事件は司法裁判所が管轄する民事事件となったのである<sup>13)</sup>。こうして、すべての権利義務に関する争いは司法裁判所の管轄であって、「すべて司法権」(第76条1項)を担当する裁判所が唯一日本国憲法上の裁判所となった(裁判一元論)。

したがって、「司法権」の意味に関する諸説のうち、司法権とは民事・刑事の事件を裁判する作用を指し、行政事件の裁判を行うことは当然に司法権に含まれるものではないとする見解は、行政裁判所が廃止されて「行政事件」が「民事事件」として扱われるという制度上の変革を前提にすると、日本国憲法76条を介して採用された英米法の「法の支配」原理における裁判一元論に反し

12) たとえば、芦部信喜『憲法』302頁(岩波書店、1997年)。

13) 日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措置に関する法律1条は「この法律は、日本国憲法の施行に伴い、民事訴訟法について応急的措置を講ずることを目的とする」として、裁判手続に関する若干の規定(第2条～第6条)と行政庁の処分(「決定又は命令」)に対する特別抗告(第7条)につき定め、第8条に「行政庁の違法な処分(の取消又は変更を求める訴は、他の法律・・・に特別の定めのあるものを除いて、当事者がその処分があつたことを知った日から6箇月以内にこれを提起しなければならない。但し、処分の日から3年を経過したときは、訴を提起することができない」とのみ定めるだけである。

て行政事件と民事事件の区別を認めるもので、制度の歴史的な展開に一致しないことになる<sup>14)</sup>。しかし、司法権には民事・刑事の裁判のほか行政事件の裁判も含まれるという見解も、歴史的に正確であるとは言い難いものがある。それは、日本国憲法76条によって、権利義務に関する「一切の法律上の争訟」（裁判所法3条）を司法裁判所のみが管轄するという裁判一元論に、文字どおり「応急的に措置」するための実定法（日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措置に関する法律）は、行政事件（行政裁判所の管轄に属する事件）の痕跡を留めることなく、もっぱら司法裁判所に提起された「一切の法律上の争訟」の裁判手続をどうすすめるかを定め、行政事件という事件そのものの存在を認めていないからである。したがって、少なくとも日本国憲法の制定から行政事件訴訟特例法（昭和23.7.15法81）の制定で「行政事件」が再び登場するまでは、行政事件そのものが存在しない、というのが正確であろう。けっきょく、行政事件の不存在は、行政事件を審理することによって裁判所が具体的に導き出す「行政に関する法」（行政法の法源のひとつとしての判例法）の不存在を意味するものである。

もともと英米法においては、法の下での平等から裁判所の前の平等を「法の支配」原理の構成要素のひとつとしているから、行政も私人も司法裁判所（通常裁判所）によって同じ法（common law コモン・ロー）で裁かれるのであって、行政に関する事件であっても、司法裁判所において、当該行政を担った「官吏」が他方の当事者である私人と争う民事事件であり民事訴訟の手続をとるのであって、行政事件という訴訟形態が存在するわけではない<sup>15)</sup>。さらに加えて、周知のごとく、英米法は、裁判所（ordinary court）が当該事件に適用すべき法をさまざまな形式で存在する社会規範（法源）の中から発見し、宣言することによって法と

14) 樋口陽一『憲法（改訂版）』394～395頁（創文社、1998年）、杉原泰雄『憲法Ⅱ統治の機構』359～360頁（有斐閣、1989年）。とくに樋口は同上書で『司法』の概念についても、『立法』や『行政』と同様、論理的にきめられるその実質概念があるわけではなく、その内容は歴史的に可変的である。それぞれの時、所での実定法が何を『司法』形式のもとに所属させてきたかが、問題となる。」（392頁）と指摘される。

15) DICEY, *supra* note 10, at 193-194. なお、杉村敏正『法の支配と行政法』4～5頁（有斐閣、1970年）を参照。

して認識する（換言すれば、法（law）とは、裁判所が発見し、宣言した「旧き善き法」としての common law であるとする）コモン・ロー・システムとして発展してきたことも考えあわせるなら、英米法が司法権を民事・刑事の事件を裁判する作用として理解し、行政事件、したがって行政法（Droit Administratif）は未知のものであったから、少なくとも憲法レベルでは、英米法系の法体系を導入した日本国憲法においては、行政法を認識する礎石が失われたということになる。

## (2) 統治機構の法原理と「行政に関する法」

日本国憲法は「内閣は、行政権の行使について、国会に対し連帯して責任を負ふ」（憲法66条3項）、「内閣総理大臣は、国会議員の中から国会の議決で、これを指名する」（同67条1項）、「内閣は、衆議院で不信任の決議を可決し、又は信任の決議案を否決したときは、10日以内に衆議院が解散されない限り、総辞職をしなければならない」（同69条）などと定め、これらの規定は、わが国の統治のしくみが議院内閣制であることを示し、また「国会は、国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である」（同41条）、「行政権は、内閣に属する」（同62条）、「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」（同76条1項）として、わが国の統治の基本原理が権力分立論に基づいていることを示している。すなわち、日本国憲法は議院内閣制を統治のしくみとし、権力分立論をその統治のしくみの基本原理としている。そして、議院内閣制と権力分理論の関係について、国家権力がひとつのところ（一人の者）に集中して濫用されるのを防ぐために、国家権力を立法、司法、行政に価値中立的に形式的に分立させたとき、当該国家の歴史的、政治的、社会的背景によって、立法に実質的価値を置いたのが議院内閣制であると説明する<sup>16)</sup>。つまり、等族会議以来のイギリス議会に対する伝統的な国民の信頼が議会にあったことを背景として立法権に実質的な価値が置かれ、その立法権を行使する議会から内閣が形成され、内閣は議会の信任を基礎として行政権を行使するという権力分立論の具体的な形態のひとつとしての議院内閣制が理解

16) 田上穰治「権力分立」田中二郎他編『行政法講座』第1巻8～9頁（有斐閣、昭和31年）。

されている。それをアメリカの統治のしくみである大統領制と比較すると、イギリスからの独立を果たして合衆国憲法を制定したアメリカにおいては、権力分立論があっても、国家権力のどこかに実質的価値を置くという歴史的価値が形成されていなかったから、立法権を担当する議会も、行政権を担う大統領も国民の選挙によって形成され、これらに司法権（裁判所）を加えて、三つの作用が対等に抑制と均衡を保つ大統領制という統治のしくみが、権力分立論の忠実な形態として登場した。

日本国憲法において議院内閣制が採用されたのは、もとより、イギリスと同じような議会に対する国民の信頼があったというわけではない。むしろ、憲法制定時の眼目は、大日本帝国憲法が「天皇ハ帝国議会ノ協賛ヲ以テ立法権ヲ行フ」(第5条)、「國務各大臣ハ天皇ヲ輔弼シ其ノ責任ニ任ス」(第55条)、「司法権ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」(第57条)として権力分立制を採用しながらも、「天皇ハ・・・統治権ヲ総攬シ」(第4条)として天皇に権力が集中する外見上の権力分立制であったため、日本国憲法においては形式的な権力分立論を徹底させようとし<sup>17)</sup>、極東委員会の動向と日本占領に当たったアメリカの対日政策の必要性から、天皇を日本国および国民統合の象徴として残す(第1条)ための選択肢のひとつとして、大日本帝国憲法のもとで事実上発展してきた内閣制が採用されたと考えるのが素直であろう<sup>18)</sup>。したがって、日本国憲法の議院内閣制を権力分立論だけに依拠してとらえるには理論的な無理が生じるばかりでなく、そもそもイギリスをモデルに説明されている議院内閣制そのものが、行政権を担当する内閣が議会の信任に依存しているばかりで

17) 高野真澄『現代日本の憲法問題（改訂版）』183頁（有信堂，1995年）。

18) 宮澤，前掲注4，488頁，504頁，531頁等を参照。また，大石眞『日本憲法史』275頁（有斐閣，1995年）。

なお，日本の統治機構の改革に関してGHQが示した原則に“(2) An executive branch of government deriving its authority from and responsible to the electorate or to a fully representative legislative body:”とある（2003年5月3日から国立国会図書館が，Webで公開しはじめた「日本国憲法の誕生」にある“Reform of the Japanese Government system (SWNCC 228)”(<http://www.ndl.go.jp/constitution/siryo>)に拠る。



なく、立法権の一翼を担う貴族院の中に民事・刑事の裁判所 (High Court) が設置されており、イギリスの議院内閣制は権力分立論とはおそらく関連がないと理解するほうが妥当であろう<sup>19)</sup>。

そこで、日本国憲法上の議院内閣制と権力分立論に関する諸規定は、英米法における「法の支配」原理と国家権力の形式的な分立の徹底とが組み合わせられた統治のしくみとしてとらえると理解しやすい。つまり、日本国憲法における基本的人権保障の原理と司法裁判所の違憲審査権の行使 (第81条) によって、議会が定める法律 (立法) は司法裁判所が発見し宣言した正義の法 (英米法のコモン・ローを指すが、日本国憲法では究極的に基本的人権の保障ということになる) に反してはならず、また議会は「国の唯一の立法機関」であるから、内閣は法に適合する法律に基づいて行政権を行使し、裁判所は事件を法に適合する法律に基づいて審理し裁判しなければならない。実質的意味の立法権が議会にのみ存する (憲法41条) ことに形式的権力分立原理を加味すれば、行政権は、法律の定めるところに従う (「法律の優位」原則) ばかりではなく、法律のみが定めることができる法規を執行し (「法律の法規創造力」原則)、公行政のうち少なくとも公権力は法律に基づいて行使し (「法律の留保」原則)、行政に関する事件について裁判をすることができない。したがって、行政に関する法は、第一次的には法律が明示するところである (行政法の法源は成文法中心主義である)。しかし、終局的には、判例法が示すところでもある (判例法が不文法として行政法の法源のひとつに挙げられている)。

### 3 行政事件訴訟法の制定における行政法の法源 — 公法の出現と展開 —

#### (1) 行政事件訴訟特例法の制定と司法権

日本国憲法における裁判一元論のもとで民事事件と行政事件が区別されたのは、平野事件をきっかけに制定された行政事件訴訟特例法による。民事事件が

19) René DUSSAULT et Louis BORGEAT, 《Traité de Droit administrative》, t 1, 12<sup>e</sup> éd., 1984, p.11.

当事者（行政主体または公務員対私人）の権利義務に関する争いを対象とする事件であるのに対し、行政事件が行政主体を具現する行政機関である行政庁と、その行政庁が権限を行使した相手方である私人とのあいだで（行政庁対私人）、当該権限の違法（または適法）を争う事件であるという意味では、行政事件は民事事件の範疇ではとらえることができない事件である。それでも、憲法上「すべて司法権は・・・裁判所に属する」ことから、この行政事件も司法裁判所が管轄するところであり、行政事件の訴訟手続として昭和23年に行政事件訴訟特例法（行特法）定められた。行特法は「行政庁の違法な処分<sup>20)</sup>の取消又は変更に係る訴訟」（取消訴訟）、および、行特法を民事訴訟法の特別法（補充法）として位置づける<sup>21)</sup>から「公法上の権利関係に関する訴訟」（当事者訴訟）も行政事件とした。行特法が当事者訴訟を行政事件としている趣旨は明確でなく<sup>21)</sup>、行特法の全12ヶ条のほとんどが取消訴訟に関する定めであるところから考えると、行特法は、差し当たり行政事件としては、行政庁を被告とし、権限を争う取消（変更）訴訟を司法裁判所の管轄とする趣旨であったと理解してよいであろう。行特法の当事者訴訟の意味するところは別の機会に検討することにし、行特法が設けた新たな訴訟手続の対象となる行政事件（取消訴訟）の再登場は、日本国憲法制定時の法体系における行政法の法源に関して、つぎのような変化をもたらしたことを指摘することができる。

第一に、民事事件（民事訴訟）と行政事件（行政訴訟）を区別することによって、民事上の法関係とは別に行政上の法関係の存在——つまり、行政法の法源の存在——を認めたということである。そして第二に、憲法解釈上、行政裁判所を設置せずに（できないために）、行政事件は司法裁判所の管轄となるから、行政庁の権限行使に関する法は第一次的には裁判所の判決に明示されることになる。すなわち、議会が定めた法律は行政に対する行為規範として機能し、行政法の

---

20) 行特法1条は「行政庁の違法な処分<sup>20)</sup>の取消又は変更に係る訴訟その他公法上の権利関係に関する訴訟については、この法律によるの外、民事訴訟法の定めるところによる」と定める。

21) 園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』62頁（園部担当）（有斐閣，1989年）。

法源としては第二次的なものに退き、法律が行政庁に権限を付与した関係条文の意味するところであるとか、あるいはまた、当該法律やその関連法令の法適合性の判断（日本国憲法における「法の支配」原理に基づくならば、司法裁判所が行使する違憲審査権による）、さらに法律の根拠なく行なわれた行政の法効果であるとか、それらの行政に関する法<sup>22)</sup>の発見と宣言が、行政事件を介して、司法裁判所によってされることになったということである。たとえば、法律の根拠なく行われた行政指導に関するつぎの二つの判決は、行政が当該行政目的の達成をめざす際に、公権力の行使に匹敵するような強い行政指導を行うことができるのか、それとも行政指導は相手方の任意の協力を前提になしうる限定的なものなのかという、法の枠の中で行える行政指導について——行政に関する法を——司法裁判所が語った好個の例である。

「夜警国家においてはともかく、現在の行政は、流動する社会現象の中で、絶えず生起する新しい事態に適切に対応し、憲法を頂点とする法秩序の中で、そこに示された福祉国家の理念の実現に努力しなければならない責務を負っており、行政に対するこのような国民の負託を考えるならば、非権力的行政活動であるかぎり、法律の欠如が行政指導の禁止を当然に意味しているものと解する余地はありえない」

（東京地判54年10月8日判例時報952号18頁）

「建築主において自己の申請に対する確認処分を留保されたままでの行政指導には応じられないとの意思を明確に表明している場合には、かかる建築主の明示の意思に反してその受忍を強いることは許されない・・・当該建築主が受ける不利益と右行政指導の目的とする公益上の必要性とを比較衡量して、右行政指導に対する建築主の不協力が社会通念上正義の観念に反するものといえるような特段の事情が存在しない限り、行政指導が行われているとの理由だけで確認処分を留保することは、違法である」（最判昭和60年7月16日民集39巻5号989頁）

つまり、司法裁判所は、行政が私人に対し公権力を行使する場合は法律の根

---

22) ここで念のために想起してもらいたいのは、行政法、つまり行政に関する法 (law) は法典 (a code) としての法律 (a law) を意味するものではない、ということである。

拋を要するという法を発見し宣言しているのである（こんにちの「法律の留保」原則に関して述べられる権力留保説<sup>23)</sup>）。

## (2) 行政事件訴訟法による行政法の法源

行特法は、実質的には「行政庁の違法な処分<sup>24)</sup>の取消又は変更に係る訴訟」を行政事件として、これに対応する12ヶ条の訴訟手続を民事訴訟法の特別法としてを定めた。しかし、12ヶ条では提訴される行政事件に十分に対応することができなくなり、昭和37年、行特法は改正されて新たに行政事件訴訟法（行訴法）が制定された<sup>24)</sup>。行訴法は45ヶ条からなり、行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟を「抗告訴訟」としてまとめ、処分の取消訴訟のほか、裁決の取消訴訟、処分の無効や不存在を確認する訴訟、処分の違法を確認する訴訟の4つを法定した（第3条）。そして、公法上の法律関係に関する「当事者訴訟」（第4条）に関する第4条の規定を新たに設けた。さらに、もっぱら行政庁が行使する権限の法適合性や争議に関する判断を司法裁判所に求める「民衆訴訟」（第5条）と「機関訴訟」（第6条）を行政事件の訴訟類型に加え、行訴法は、行特法が行政訴訟を民事訴訟法の特別法として位置づけたのを受け継がず、行政事件を管轄する司法裁判所によるところの一般法たる訴訟手続として位置づけた<sup>25)</sup>。

行訴法が定める4つの訴訟類型は、通常、主観的な権利義務に関する争いである主観訴訟（抗告訴訟と当事者訴訟）と、客観的な法秩序に関する争いである客

23) この権力留保説は、原田尚彦教授が、はやくから「現行法のもとでは、行政庁が一方的に国民の権利義務を変動させるような、いわゆる権力的な行為形式をとる場合には、それが国民の権利自由を侵害するものであると、国民に権利を与え義務を免ずるものであるとにかかわらず、法律の授權を要することになる。いいかえれば、あらゆる権力的な形式の行政活動には法律の根拠が必要である」と述べておられ（同『行政法要論』第14版、67～68頁、学陽書房、昭和55年）、最判は学説も行政法の法源となることを示したといえる。

24) 行訴法の制定過程について、南博方編『条解行政事件訴訟法』8～9頁（弘文堂、1987年）。

25) 行訴法1条は「行政事件訴訟については、他の法律に特別の定めがある場合を除くほか、この法律の定めるところによる」と定めている。

観訴訟（民衆訴訟と機関訴訟）とに分けるが<sup>26)</sup>、行政庁の権限行使をめぐって争われる私人対行政庁の事件である行政事件に関する訴訟（抗告訴訟，民衆訴訟）と当事者の「公法上の法律関係」が争われる事件に関する訴訟（当事者訴訟）とに分けてみると、以下に描くように、行訴法は司法裁判所が管轄する行政事件の訴訟手続を定めた法として、わが国独自の法体系をもたらすことになり、行政に関する法を宣言してきたといえるのではないだろうか。

① 制度上、民事事件と行政事件を別個の事件とし、行政事件の裁判制度については、「すべて司法権は・・・裁判所に属する」ことから、本来ならば歴史的に行政事件に関する訴訟を管轄すべき行政裁判所を設けることなく、司法裁判所の管轄とした。

行政法（行政に関する法）が、行政裁判所の判決の集積であるという意味では、民事事件と行政事件を区別しながら、行政事件も民事・刑事事件について法を宣言する司法裁判所の管轄とし、司法裁判所に行政に関する法をも宣言させるところに行政法の英米法的側面と大陸法（とくにドイツ法）的側面を混在させたわが国の独自性が窺われる。英米法的側面というのは、とくに行政事件という範疇を認識せず、行政主体と私人の法律関係に関する争いも行政主体を具現する行政機関たる公務員と私人の争い（民事事件）として考え、裁判所の前の平等原則から、行政主体（具体的には行政機関）も同じ通常裁判所において、同一の法の裁きを受けるシステムをいい、前述したように、日本国憲法上はそのような法体系が採用された。したがって、英米法には行政法という法領域が観念されなかったが、行政権の拡大強化という現象から行政をコントロールする法が次第に姿をあらわすのであるが、行政法が未発達の時期は、行政に関する法は民事事件をとおして行政過程に裁判所が介入する基準、すなわち司法審査の基準としてとらえられていた。これに対して、大陸法的側面とは、国家が立法でも司法でもない、つまり行政によって社会に関わるが多くなり、そこに生

26) 主観訴訟と客観訴訟の区別の意味については、横山信二「フランス越権訴訟の訴えの利益」広島法学6巻1号（1982年）42頁を参照。とくに客観訴訟は、裁判官が行政庁の権限行使の法（droit）適合性を審査するだけであることを確認しておきたい。

じる行政主体（行政庁）と私人との法律関係に関する争いを民事事件と異なる行政事件とし、行政裁判所が当該事件を行政訴訟手続に従って裁判し、行政に関する法を宣言するしくみのことである。民事事件と行政事件とを区別し、行政事件の訴訟手続である行訴法は、まさに行政法の大陸法的側面を有している。

② 私人が行政機関（とくに、行政庁）の権限を争う抗告訴訟と民衆訴訟だけでなく、行訴法は、行特法とは異なる位置づけで行政主体と私人の「公法上の法律関係」を争う当事者訴訟を行政事件とした。

当事者の権利義務の争いは、もともと司法裁判所の管轄に属する民事事件なのであるから、当事者訴訟を行政事件とする意義は、当該事件で争われる権利義務が「公法上の」権利義務であるということに求めるほかない。公法の意味についても、英米法的な理解と大陸法的な理解では異なる。すなわち、「法の支配」原理に基づく英米法においては、「旧き善き法」（common law）を発見し宣言するのは裁判所の任務であるから、裁判所に持ち込まれる通常の事件は民事または刑事事件であり、したがって、裁判所は司法裁判所（「通常裁判所 ordinary court」とも称される）であることが前提である。この前提が「法の支配」原理によって支えられて、行政事件をとくに観念することなく、通常の事件の裁判は、司法裁判所の系列に属しない特別裁判所を設置することなく、すべての事件が司法裁判所の管轄である。行政主体または公務員対私人の権利義務に関する争いで宣言される法もコモン・ロー裁判からエクイティ<sup>equity</sup>裁判へと展開し、やがて行政対私人の法律上の争訟に関する司法審査基準として公法が形成された。しかし、わが国の行訴法は民事事件とは別の事件として行政事件の存在を認め、しかもそれは民事訴訟と異なる訴訟法である——行訴法は行政事件訴訟の一般法である——行訴法によって司法裁判所による裁判がなされる。したがって、日本国憲法を最高法規（または国の基本法）とする法体系のもとで、行政事件訴訟を経て宣言された判決は司法裁判所が行政に関する法を宣言したものであり、冒頭に触れた最高裁昭和59年12月13日判決に示されているように、公法は私法の特別法と位置づけられる。

これに対して、大陸法は司法裁判所とは別に行政裁判所を設け、行政対私人

の法律関係を行政裁判所が審理し解決するから、行政法は行政裁判所の判決が集積した行政判例法として認知される。したがって、大陸法において公法は、英米法のコモン・ローと同様に、行政裁判所による判例法を意味するが、それは司法裁判所が当該事件に適用される民法等の法律を解釈して示される私法（後述(3)項の「私法の法典化と法源」を参照）とは異なる別の法原理や法原則を意味する（公法私法二元論）。これももしかし、わが国憲法および行訴法は、行政裁判所を設置せず、行政事件を司法裁判所の管轄とするから、公法を私法と異なる法原理や法原則としているとはいえない。当事者の権利義務関係の争いである民事事件は、司法裁判所の管轄に属するのだから、たとえ民事事件と行政事件の区別があったとしても、やはり前述の最高裁昭和59年判決のように、公法を私法の特別法として理解しなければ、行政事件を民事事件と別のものとし、司法裁判所に行政事件の訴訟類型のひとつと定めた「公法上の法律関係に関する訴訟」を司法裁判所の管轄とすることを論理的に説明することはできなくなる。

以上のように、行訴法に具体化された行政訴訟の制度設計においては、憲法レベルの英米法原理に基づきながら、これを具体化する実定法レベルで日本国憲法制定前に支配的であった大陸法の制度ないしその大陸法的運用を覗かせているために、行政訴訟を通じて発見され宣言されるはずの行政法——「行政に関する法の総体」<sup>27)</sup>という意味の行政法——の法源（sources of Administrative law）について統一した理解がなされず、行政法全体を見渡すことを不十分にしているし、行政法理論や行政判例法そのものに対する意義づけの混乱さえ導きかねないところである<sup>28)</sup>。

(3) 「行政に関する法」(行政法)を発見する<sup>source</sup>淵源について<sup>29)</sup>

27) 原田、前掲注22（第14版）、22頁。

28) 畑博行「行政訴訟の諸問題—行政訴訟の本質と機能を中心に—」日本弁護士連合会『特別研修叢書』352頁（1978年）、Gérard TEBOUL, Nouvelles remarques sur la creation du droit par le juge administrative dans l'ordre juridique français, RDP, 2002, n° 5, pp.1363-1364.)。

29) 本項の詳細は、横山信二「立法と司法、そして行政法」阪本昌成編（畑博行先生古希記念）『立憲主義—過去と未来の間—』181頁以下（有信堂、1999年）を参照。なお、本稿ではその後の研究に基づいて適宜修正を施した。

**私法の法典化と法源**　そこで、公法と私法の関係に絡みながら、公法であるところの行政法をどのように理解するか、つまりは私法に対する行政に関する法の認識について考察していくことにする。

社会規範 (social rules) からある規範を法 (law) として認識する具体的な手続きは、中世まで裁判官による「旧き善き法」の発見と宣言、つまりコモン・ロー (common law) の形成を通じてであったことは周知のとおりである<sup>30)</sup>。社会の発展とともに社会規範も変化するが、コモン・ロー裁判所で発見できない法は、エクイティ裁判所が教会法から借用し創造した。エクイティ裁判所はやがてコモン・ロー裁判所に吸収され、エクイティを含めた広義のコモン・ロー<sup>31)</sup>が社会規範から導かれた法規範を具体的に認識させるもので、法の創造者は裁判官であり (judge-made law)<sup>32)</sup>、裁判官が法を宣言した判決がくり返されて法的確信が得られ、あるいは先例拘束の原理によって法として認識されてから、コモン・ローにおける法は不文法の形式で存在した。すなわち、中世まで法とは、「民衆の法感情および伝統中に存在している『旧きよき法』を発見し顕在化させることであった。立法と裁判は未分化であり、法を発見することが立法でもあり、同時に裁判でもあった」<sup>33)</sup>。

1804年3月21日、大革命後のフランス国民議会である le Corps Législatif は、ナポレオンによって提出された民法典 (CODE CIVIL DES FRANÇAIS.1807年に Code Napoléon と改称) を可決した。フランス民法典の起草は、ナポレオンによって法案を用意する Conseil d'Etat (ナポレオンによって任命されたトロンシュ (Tronchet) ら4人の法律顧問)、法案を議論するTribunat (100人の議員で構成)、法

30) 高柳信一「近代国家における基本的人権」東大社研編『基本的人権1総論』15頁 (東大出版会, 1968年)。

31) コモン・ローの種々の意味を整理したものとして、J. ブロム (朝見行弘訳)「カナダにおけるコモン・ローと制定法」ジュリスト757号105頁 (1982年) を参照。

32) メイトランド (トラス60・エクイティ研究会訳)『エクイティ』6～11頁 (有斐閣, 1991年)。Jacques VANDERLIDEN, AVANT-PROPOS dans Pierre FOUCHER 《DROIT ADMINISTRATIF》, 1997, Yvon Blais, p. XVII.

33) 高柳信一, 前掲注30, 16頁。



案の可否を投票で決する Corps Législatif (300人の議員で構成) の3つ集会 (assemblées) に分担され、その内容はローマ法や慣習法などフランス古法だけでなく、私有財産の不可侵・契約の自由・法の前の平等など革命による新たな法を条文化していたから、議会によるフランス民法典の制定は、立法権 (le pouvoir législatif) と司法権 (le pouvoir judiciaire) の概念を区別し、裁判官ではなく議会が法を発見し創造し、法律の形式で (条文によって) 法を宣言し認識する新たな法体系が生じたことを意味する。その法体系は、社会のさまざまな事件を解決するために裁判によって法規範を示してきた判決の集積である判例法と社会の新たな法とをはじめて法典化したのが民法典 (CODE CIVIL) であったから、シビル・ロー・システム (civil law system; 大陸法) と呼ばれた<sup>34)</sup>。ここに法を定立するという意味の立法権を与えられた議会が、私法の領域において、社会規範の一部として法規範の淵源を形成してきた古法やローマ法だけでなく、慣習法や教会法、さらに自由・平等などの新たな条理法を法の淵源 (source) として、条文の形式で構成された法律で法を宣言する<sup>35)</sup>。事件の解決のために、裁判官はまず成文法を解釈し、当該事件に適用する。シビル・ロー・システムにおいて、法は、まず法律など成文法の形式で存在する。換言すれば、「法の存在形式」(通説はこれを法源としている) は第一次的に成文法であるから、シビル・ロー・システムの法源は成文法中心主義といわれてきた。

国民主権に基づく立法機関 (近代議会) の形成過程において、立法と裁判は概念上区別されることが示された。このことは、シビル・ロー・システムにおいて、裁判所が行っていた裁判の作用が、議会固有の作用である法の発見／創造／宣言する作用 (すなわち、立法の作用) と、新たな裁判所の作用として法律を解

34) Bernard SCHWARTZ, FRENCH ADMINISTRATIVE LAW and THE COMMON-LAW WORLD, New York University Press, 1954, at 1-2.

35) G.S.VIATOR, 《HISTOIRE DE FRANCE ET Notions d'Histoire générale》,1887, p.719, V.LAFFONTT- BOMPIANI, 《DICTIONNAIRE DES OEUVRES》,1954, p.816. なお、フランス民法の法案の作製に当たった法律顧問は、トロンシェの他、ポルタリ (Poltalís), ビゴー＝デュ・プレアムヌ (Bigot de Préameneu), マルビユ (Malleville) である。

積し、適用し、紛争を解決する司法作用に分離したことを意味している。フランス1791年9月3日憲法第3編第5章3条は、「裁判所は、立法権の行使に関与・・・することはできない」として裁判所 (les tribunaux) が判決の形式で法を創造する法規的判決を下すことを禁止した (第10条は「裁判所は、直接であると間接であると問わず、立法権を行使し、議会のデクレを妨げ、中断したりすることはできない」、第12条「新しい法律 (réglement) をつくる必要があるときはすべて、議会に申し出る」とされた)。また、法律の適用を監督するための破棄裁判所 (le tribunal de cassation) が議会に設けられ (1791年憲法第3編第5章19条)、破棄裁判所が下した「判決 (des jugements) について、事件の概要と判決に適用された法律の条文 (le texte de la loi) を議会に付」すことが義務づけられた (同22条)<sup>36)</sup>。裁判所の任務は、法律を事件に厳格に適用し解決すること、すなわち司法権の行使に限定されることが、次第にあきらかにされていく。

このように私法の法典化によるシビル・ロー・システムの確立によって、裁判作用から立法作用と司法作用がそれぞれ分立し、私法は議会制定法 (法律) を法を認識する第一次の法源とすることになる (法実証主義または成文法中心主義)。

しかし、ナポレオンのヨーロッパ遠征をトラファルガーの海戦で敗退させたイギリスでは、コモン・ロー裁判所による「旧き善き法」の発見と宣言による事件の解決という裁判概念が維持され、さらに、議会制定法が「旧き善き法」に反するときは無効となり、当該事件に適用されないという自然法 (高次法また

36) 樋口陽一『比較憲法』60頁 (青林書院新社, 1977年)。なお、樋口が同書で掲げる条文の原文は、インターネットの [www.elysee.fr/instit/c1791.htm](http://www.elysee.fr/instit/c1791.htm) および Dalloz 社の “CODE ADMINISTRATIF” (1989) に拠り、本文には樋口が掲げていない他の関係条文も付加した。また、「1790年8月16-24日の法律」を樋口はデクレとしているが、《Loi des 16 et 24 août 1790》が原名であるので「法律」とした。さらに、この法律10条が定めるデクレは、議会が定めた法律 (Lois) の執行法律の意味で使用している。また、本来、行政立法を意味する *réglement* を、同法12条は議会が定めるものとして規定しているが、法規たる法律を意味するものと考えられる (横山信二「フランスにおける行政立法とその法的統制」松山大学論集1巻第4号 (1989年) 265~266頁を参照)。破棄裁判所の設置に関しては、民法典 (Code civil) を起草したトロンシェが関与している (Georges PICCA et Liane COBERT, 《LA COUR DE CASSATION》, Que sais-je?, 1986, p.13.) ことが、裁判と立法を区別するようになるひとつの過程を窺わせる。

は正義の法) 適合性の審査を法律に対し及ぼすことになる<sup>37)</sup>。したがって、コモン・ロー・システムにおいて、第一次的に法源は「旧き善き法」であり、これを宣言した判例法である。

**行政法（公法）の生成と法源** 国民代表議会による立法権の行使が觀念され、私法の法典化があらわれた時期は、主権者である国民と、その信託をうけて統治する者との間の法を発見／創造／宣言することが求められる時期でもあった<sup>38)</sup>。主権が国民に存することを宣言し、統治権の私的領域への介入の限界として基本的人権（自由権）が保障され<sup>39)</sup>、統治のしくみを定めた法が Constitutional law として国家と国民の関係を規律した<sup>40)</sup>。しかし、議会の立法作用が十分に対応できないほどに速いテンポで社会が展開し、複雑化し、統治者（行政主体）に対する国民の行政需要が増大するにつれ、行政と国民との間に紛争も生じてきた。それは、最初のうちは統治者を代弁する者（国王の公僕たる行政官）との民事事件として、その解決は司法裁判所による裁判の作用に委ねられた。何故なら、紛争の解決は、第一次的に裁判作用であり、行政対私人の事件を解決する法や行政を規律する法は、いまだ立法化（法典化または成文化）されていなかったからである。しかし、裁判によって行政対私人の紛争に適用されるべき法を発見（創造）し宣言するには、2つの異なる制度がみられる。ひとつが、フランスのコンセイユ・デタ（Conseil d'Etat）によるもので、行政事件に妥当する法の発見／創造／宣言のために、司法裁判所の系列に属さ

37) 阪本昌成『憲法理論 I (第二版)』375頁以下（成文堂，1997年）も、概念の理解に私と齟齬するところがあるが、司法と裁判の区別を指摘する。司法と裁判の概念が異なるのは、阪本がコモン・ロー・システムからアプローチしているのに対し、私がシビル・ロー・システムからアプローチしているせいであろうか。その違いがあるが、裁判に対するさまざまな見方を踏まえた上で（376～381頁）、「司法の特質は、法を発見し維持することにある」（同書385頁）と指摘されるニュアンスは私が説くところと一致している。

38) B.SCHWARTZ, *supra* note 33, at 1-3.

39) 渡辺洋三「現代資本主義と基本的人権」212～213頁，東大社研編，前掲注32。

40) André HAURIU et Jean GICQUEL, 《DOIT CONSTITUTIONNEL ET INSTITUTIONS POLITIQUES》, 1980, p.324.

ない特別の裁判所である行政裁判制度を設けるものである。そして、もうひとつのしくみは、そのような特別の裁判制度を設けることなく、つまり、特別の裁判ではないという意味での通常の裁判所である司法裁判所が行政対私人の紛争に適用されるべき法を民事事件として発見（創造）し宣言するものである。行政対私人の紛争を行政事件とする場合にしろ、民事事件とする場合にしろ、どちらも行政に関する法は、裁判所によって発見／創造／宣言されるから、行政法は判例法（狭義のコモン・ロー）であり（le droit administratif de common law<sup>41)</sup>）、行政に関する法は、まず第一に判例法から導き出される。ところが、行政裁判制度によって発見し宣言された判決は行政判例法を集積し、行政法（droit administratif）という行政法の領域を形成したのに対し、司法裁判所のみで裁判を認めるコモン・ロー・システムにおいては、行政対私人の紛争を通常の法の発見／創造／宣言として裁判を行うことになるため、とくに行政法という法領域が形成されることがなかった。通常法と区別される行政法という法領域が認知されるのは、20世紀初頭から中葉後半以降のことになる。

ダイシーの著名な指摘にもあるように、イギリスの法体系、すなわちコモン・ロー・システムには行政法が存在しなかった<sup>42)</sup>。これは、イギリスの伝統である「法の支配」原理から、何人も同一の裁判所によって同一の法の適用を受けるから<sup>43)</sup>、フランスのように、行政庁による権限行使や行政主体と私人の権利義務が関係するような行政事件を、私法とは別の法を語る行政裁判制度を設けることはイギリス法の原理からは生まれなかった。したがって、コモン・ロー・システムにおいては、すべての事件について、裁判官により社会において適用される同一の法が発見／創造／宣言されるから、コモン・ロー裁判所は CERTIORARI, PROHIBITION, MANDAMUS, INJUNCTION, HABEAS CORPUS,

41) P.FOUCHER, supra note 31, p.1.

42) A V DICEY, supra note 10, at 328. 和田、前掲注10, 8頁は「フランスの行政法学者ベルテレミーに対し、『われわれは行政法なるものを知らない』と語ったダイシーの影響・・・」を紹介している。同書の第2論文「イギリス公法とフランス行政法の再評価」58頁以下に、ダイシー前掲書の該当箇所を詳細に分析している。

43) Ibid., at193-194.

QUO WARRANTO などのコモン・ローおよびエクイティ上の法を語り、行政に対し令状 (prerogative writ) を発し、あるいは国王 (または官吏) を被告としてコモン・ロー裁判所に提訴した私人が、そこでは救済されない得ない場合 (コモン・ローを見出し得ないときには)、教会法など他の法源を援用して平等で同一の法源から救済法を発見し、行政上の決定 (decision-making) の法適合性をはかった<sup>44)</sup>。

また、「法の支配」原理に基づくコモン・ロー・システムにおいては、フランスのように、行政裁判所が行政法を創り出していった過程で生じた裁判における行政作用 (活動行政) と司法作用 (裁判行政) の区別<sup>45)</sup> も生じなかった。つまり、イギリスの統治のしくみには、立法権と行政権とを関係づける議院内閣制と同様、立法権と司法権についても、行政権と司法権についても、一般に語られているような意味での権力分立論は存在しなかったのである。しかし、現代社会における行政需要の増加は、統治作用としての行政領域の拡大と強化をもたらし、行政に関する法律 (議会すなわち国民が行政主体に権限を付与する) を制定するということがあって、コモン・ロー・システムにおいても、行政を規律する法という意味での行政法の存在が認知されはじめた。とくに「行政決定の手続に関する法 (Judicial Review of the Manner in which Decisions are Taken/Statutory Procedural Requirements)」と「行政決定の適法性を審査する法 (Judicial Review of the Scope and Correctness of Decisions)」は、行政を行う者 (decision-makers) を規律するコモン・ロー・システムにおける行政法の主要な内容となっている<sup>46)</sup>。したがって、コモン・ロー・システムにおいては、国民代表議会が法律の形式で行政主体に権限を付与する (国民を代表する議会を主権者として、司法裁判所がこの議会の立法に関与してはならないという裁

44) David J. MULLAN, ADMINISTRATIVE LAW, 1979, Carswell, p.3・85-86. 田中, 前掲注10, 13頁。

45) 横山, 前掲注25, 192頁。

46) D.MULLAN, supra note 43, p. 3 et pp.85-86. なお, 同書の第3版 (1996年) も同様である。

判と立法の分立<sup>47)</sup>）ということは大陸法と同様であるが、法律に基づく行政権限の行使について、司法裁判所が、行政権限の根拠となっている当該法律の法適合性の審査も含めて、行政権限の行使をコントロールするという意味から、司法裁判所が行政に関する法を発見（創造）し宣言するのである。

#### 4 行政法の法源（おわりに）

行政裁判制度はフランスからドイツに持ち込まれ、ドイツの「法律による行政」原理と結びつき、行政法は法律に基づく行政活動の法律適合性の存在形式となり、法律や命令などの成文法が行政法の法源の中心になった。ところが、法源の原語である sources of law は、法を発見する淵源となる規範の意味であり、法の存在形式は、法の淵源（法源）に存在しているさまざまな社会規範である慣習、先例、常識（条理）、法律といった形式を指している。「法の支配」原理は、裁判官の前に持ち込まれた事件を法の淵源に存在する社会規範の中から裁判官がコモン・ローを発見し、それは法であると宣言し強制力をもたせて執行する原理である。法の淵源としての法源に法律の形式で存在している議会制定法がコモン・ローに反する内容であれば、法と宣言されない。

行政法を「行政に関する法」とし、行政法の法源は行政をコントロールするコモン・ローに合致する法規範の総体である。司法裁判所が民事事件と行政事件を管轄するわが国の訴訟制度において、行政法は裁判所が発見（創造）し宣言することによって具体化するから、行政法の法源は第一次的に判決の集積である判例法であり、個々の判決は社会規範を法源として行政に関する法を宣言するものと理解される。行政法の法源をこのようにとらえるならば、行政法に対する裁判官の役割は大きい。

47) DICEY, supra note 10, pp.39-179.