

# 社会保障法における「慣習法」

—その法源性に対する若干の疑問—

大 野 拓 哉

Takuya Ohno

## 目 次

1. はじめに
2. 「法源」としての「慣習法」
  - (1) 法源
  - (2) 法源としての「慣習法」
3. 社会保障法の法源としての「慣習法」
  - (1) 行政法における「慣習法」論
  - (2) 社会保障法における「慣習法」
4. おわりに

## 1. は じ め に

「法の存在形式を法源という。社会保障法の法源には、成文法（制定法）と不文法（非制定法）がある。」

社会保障法のある入門書<sup>1)</sup>では、社会保障法の法源に関する叙述がこうして開始される。そして、成文法源として、憲法、（健康保険法をはじめとした）「社会保障にかかわる法律」、「政令」、「省（府）令」、「告示」のほか、地方公共団体の「条例」と「規則」、さらには、「わが国が批准した社会保障法に関する条約」、加えて、不文法源として、判例法と慣習法が挙げられる。――

成文法源と不文法源という区別をはじめとした、このような叙述の仕方自体は、社会保障法に限ったものではなく、他の法領域に関してもごく一般に見られるところであり、その限りでは、一見して、何の違和感も感じられまい。それどころか、簡にして要を得た叙述とまで受け止められるかもしれない。

しかし、端的に言って、筆者には、若干の違和感が残る。それはいかなる点にかといえ、ば、「慣習法」なるものが不文法源とされていることであり、また、特に、次のようにいわれるところでもある。いわく、「社会保障法分野でも予算措置に基づく社会保障政策が通達の形で示されることが多い。通達は、行政庁内部又は相互間のもの

あり、行政庁に対して拘束力をもつ法規ではなく、裁判所もそれに拘束されない」。「ただし、この通達によるものを含め社会保障に関する取扱い行政庁によって一般的かつ反復継続して行われ、それが法であるとの法的確信が国民の間で定着した場合には、国民に対して拘束力をもつ慣習法としての行政先例法の成立をも認めるべきであり、行政庁もそれに拘束されると解される」と。

ここにおいて、筆者とすれば、逆に、「行政庁内部又は相互間のもの」でしかなく、行政庁や裁判所を拘束するものでもないところの「通達によるものを含め（た）社会保障に関する取扱い」が、何故、国民の「法的確信」なるものへの定着という想定のもと、慣習法として「国民に対して拘束力をもつ」ことになるのか（あるいは、そう考えるのか）、そのことに、一体、何が期待されているのかと問いたくもなる。

かくして、以下においては、まず、「慣習法」についての一般的考察を行い、次いで、社会保障法が依拠していると覚しき行政法における「慣習法」を考察し、そこから、「慣習法」に関する二つの疑問、すなわち、「法的確信」をめぐる疑問、および、成文法をも改廃し得るとされる「慣習法」の効力に関する疑問を析出し、これらを社会保障法に重ね合わせながら、この分野において「慣習法」が果たすことになる役割へと検討を進めていくことになろう。

## 2. 「法源」としての「慣習法」

### (1) 法 源

まず、われわれとしては、（いまさらの感はあるが、多義的な用いられ方をするが故に）法源とは何かを先に確認してかかることから始めたい。

この「法源」なる語について、例えば、ある法哲学的知見によれば、主要な用法として五通りの

ものが挙げられる。すなわち、「(a) 法を生み出しその内容を制約する究極の源泉（自然の秩序、社会の諸生活条件、社会の法意識とか世論、政治権力等）」、「(b) 法の成立をもたらす社会的事実（制定、慣習、判決、協約等）」、「(c) 法がいかなる形で存在するかという、法の認識根拠、存立形態（国家制定法、慣習法、判例法、社会自生法、条約等）」、「(d) 裁判所が事件の決定に当って、規準的資料として考慮し採用しなければならぬもの、またそうすることを許されるもの（(c)の外、条理或いは「事物の自然」、有力な学説、慣習、道徳の原則等）」が挙げられ、加えて、「(e) 法源という語は法史学的研究の場合の法認識の史料を意味することもある」とさえいわれる<sup>2)</sup>。

もとより、これらは相互に無関係ではない（あるいは、あり得まい<sup>3)</sup>）が、さしあたり、問題とすべきは、「裁判という法実践の立場にとつての法源の概念<sup>4)</sup>としての、上記引用にいうところの(d)であり、また、通常は、それで事足りる。

実は、このあたり、冒頭の入門書の叙述こそ必ずしも明快ではないが、それ自体が依拠するとは覚しき次なるくだりに拠れば、まさに、同様な理解であることがわかる。すなわち、「社会保障法の法源は、(…)特に訴訟において裁判所の判断のより所となる裁判規範としての意味を有する<sup>5)</sup>という。

要するに、われわれは、この「法源」なる語によって、(特に、裁判における)法の解釈・適用にあたって援用されるべき規範を念頭におく、言い換えれば、いわゆる法解釈学にとつての「法源」を問題にするだけでよく、その際、「国家法特に裁判規範の内容を形成した社会的事実（たとえば、慣習・学説・時には外国の立法例など）」のような「法社会学の立場にとつての法源<sup>6)</sup>」などと混同すべきではない<sup>7)</sup>ということになろう。これを本稿との関連でいえば、たとえば、法社会的な意味でなら、通達慣習法として人々の間で「定着」しているとみえたとしても、問題は、それが、あくまでも、法解釈学的立場で「法源」たり得るかどうかに絞って考えることにつながるであろう。実は、こうした立場を確認しておくことは、すぐ後で取り上げる、いわゆる「慣習法」なるものを考察の対象とするについても少なから

ず重要な意味をもってくると考えるものである。

## (2) 法源としての「慣習法」

ここで、あらためて、「慣習法」を社会保障法の法源のうちに入れる見解が、その間の事情をどのように説くか<sup>8)</sup>をみておこう。すると、まず、「多年の慣習によって一般国民の法的確信を得て法規範として承認されるに至ったものを慣習法といい、慣習法も社会保障法の法源となり得る」という。(なお、これに続けて、「慣習法には、地方的・民衆の慣習法と行政先例法があり、前者については、「社会保障法は基本的に法令に基づいて行政庁による給付として行われるので慣習法として認められるものは多くないであろう」し、後者については、「社会保障法の分野においても多くの通達が出されている」ところ、「この通達によるものを含め社会保障に関する取扱いが行政庁によって一般的かつ反復継続して行われ、それが法であるとの法的確信が国民の間に定着した場合には、国民に対して拘束力をもつ慣習法としての行政先例法の成立をも認めるべきであり、行政庁もそれに拘束されると解される」という。)――

他方で、従来、「慣習法」なるものが説かれるにあたっては、おおよそ、次のような叙述が一般的である。すなわち、「社会の慣行によって発生した慣習律」が「いわゆる社会の法的確信または法的認識によって支持される程度に達すると、社会の中心勢力は、これを法的規範として承認し、強行するようになる。この程度に達した慣習律がすなわち慣習法である<sup>9)</sup>」といった論旨ではある。そして、それは、慣習法を社会保障法の法源に数え上げる先の見解によっても受け入れられているものとみえる。

また、「慣習法」が論じられる場合、わが国制定法上の根拠として法例第二条が挙げられるのが通例であり、先の見解もその例に洩れない。ちなみに、法例第二条は、「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ノ規定ナキ事項ニ関スルモノニ限り法律ト同一ノ効力ヲ有ス」と規定している。

ところで、「慣習法」に関する諸説にあっては、一つの共通した特徴がみられる。すなわち、このように法例第二条に言及はするものの、その実、

どうやら、国家法に先行し・国家法から独立した「慣習法」なるものが存すると捉えているようにさえ思われる。例えば、「社会生活の流動する以上、慣習法がおのずから不断に発生し、成文法をいかに完備させても、これを永久に阻止しえない」<sup>10)</sup>といわれるときに、また、裁判所の判断は「社会生活中に行われる慣習を確認するもの」にほかならず、慣習法は、「裁判所によって認識される機会を一度ももち得ない場合においても慣習法であることを失わないものであり、裁判所はそれが問題となった場合に既存の慣習法を適用するに止まり、それを創造するものではない」<sup>11)</sup>といわれるときに、その感は強くなるであろう。

かく捉えられたうで、その延長線上では、「慣習法」には、成文法との間で、これを改廃する効力まで承認されるに至るであろう。例えば、「慣習法の効力の基礎は主として社会心理的なものであるが、実は制定法にしても社会心理的基礎を有しなければならない」から、「慣習法と制定法とは、本質的に効力に優劣があるわけではない」。「もちろん、慣習に国家法として効力をみとめるためには、国家的見地からは是認される性質のもでなければならない」が、「任意法規の内容と異なる慣習があってそれが法的確信の裏づけをもっているばあいには、その法的性格を否定する根拠は、どこにもない」ばかりか、場合によっては、「強行法規でさえも、単に政策的理由から強行法規とされているものについては、おなじく政策的理由から、慣習に法的性格を承認してもよいばあいがありうるはずである」<sup>12)</sup>などといわれるとき、そこに、その徹底した姿をみることができよう。

しかし、「慣習法」に関する、こうした徹底した主張も、困難な状況に逢着する。それは、いわゆる「事実たる慣習」を定めたものといわれる民法 92 条（同条は、①その内容が法令中の「公ノ秩序ニ関セサル規定」（任意法規）と異なる「慣習」が存し、かつ、②「法律行為ノ当事者」が、そのような「慣習」に「依ル意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキ」には、その「慣習」に従う旨を規定する。）を前にした場合にである。というのは、「慣習法」が承認されていると解されている法例第二条によれば、「慣習」は、一定の要件（①

「法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ」であるか、「法令ニ規定ナキ事項ニ関スルモノ」であること、かつ、②当該事項に関する慣習が「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗」に反しないこと）を充たす限りで、せいぜい、「法律ト同一ノ効力」を認められるにとどまるのに対して、民法 92 条のいわゆる「事実たる慣習」であれば任意法規には優先し得る（その限りで、制定法を改廃できる）からである。この事態を指して、「法としてむしろ高度の性質を有するもの [= 法例第二条のいわゆる「慣習法」：引用者] は任意法規に反して成立しえざるに反し、低度のもの [= 民法 92 条のいわゆる「事実たる慣習」：引用者] がかえって任意法規に優先する」<sup>13)</sup> という「注目すべき現象」<sup>14)</sup> とも評される。

ここに至って、先の主張は混乱を免れなくなろう。しかし、それは、法例第二条と民法 92 条の間の不整合によるというよりも、法例第二条にいう「慣習」こそは、同条に先立ち・それから独立して存在する「慣習法」だと解するところに発している（ここから、いわゆる「ボタンのかけ違い」が始まっている）のではなかろうか。そうではなく、むしろ、法例第二条にいう「慣習」もまた（民法 92 条の「事実たる慣習」といわれる場合の「慣習」と同様に）「慣習」であるにすぎないと解すれば、ことのほか、事情は明快になるであろう。すなわち、法例第二条の規定するところによると、（「慣習法」ではなく）「慣習」が「法律ト同一ノ効力」を有する場合というのは、（もちろん、「慣習」そのものが公序良俗に反しないことを求められるが、）a) 法令自体が「慣習」を裁判規範にすべきものと規定している場合、および、b) 当該事項に関して、そもそも、法令に規定が欠けている場合ではあり、他方、民法 92 条によれば、「慣習」が裁判規範となるのは、c) 法令中に規定はあるが、それが任意法規である場合である。しかも、これら三つの場合は相互に重なることも、相矛盾することもなく並存し得る。つまり、法例第二条は、ここにいう a)、b) のように、一定の要件を充たす慣習に「法律ト同一ノ効力」を認めるという仕方で、他方、民法 92 条は、c) のように、「慣習を以てする効果意思の補充したがって慣習規範にもとづく裁判規範の

定立」<sup>15)</sup>という仕方で、ともども、「慣習が裁判規範(すなわち法規範)となることを認めている」のであって、およそ、「慣習が社会生活の半面で事実上の拘束力ないし『法的確信』を有するかどうかによってこれらを区別すべきではない」<sup>16)</sup>ともいわれるところなのである。

この通り、民法 92 条にも触れるなど少々遠回りをしてきたが、以上からは、少なくとも、次のようにいえるのではなからうか。まず、前提として、実定法の解釈論としては、制定法に先行し、それから相対的に独立した「慣習法」なるものを認める余地はない<sup>17)</sup>ということである。これは、当然ながら、法例第二条が、その種の「慣習法」を承認しているわけではないということを意味しよう。他方、そう解すればこそ、いわゆる「慣習法」成立の重要な根拠とされる「法的確信」<sup>18)</sup>の契機を考慮してさえ解消され得ないでいた解釈論上の齟齬(前出の「注目すべき現象」が生ずること)も、容易に、かつ、合理的に説明し得るということである。こうみてくると、実定法解釈論としていうならば、「慣習法」というものを措定することはできないばかりか、措定すればこそ却って、先にみたように、解釈論上不合理も生じようから、措定すべきではないと考えられてくるのである。

### 3. 社会保障法の法源としての「慣習法」

#### (1) 行政法における「慣習法」論

本稿は、もとより、行政法に関するものではない。しかし、ここまでたびたび紹介してきたところからも伺えるように、社会保障法の法源とりわけ「慣習法」が説かれる場合、その論述が行政法に関する諸成果に大きく依存しているようには思える。それ故、以下では、少しく、行政法の分野での「慣習法」の捉え方をみておかねばならないであろう。

まず、大づかみにいって、この分野においては、いわゆる「慣習法」の存在については、ほぼ異論のないところのようにさえ映ずる。それは、例えば、「行政法が成文法主義をとっているということは、不文法、特に慣習法の成立を否定する意味ではなく、行政法の分野においても、慣習法

の存在とそれのもつ意義とを無視することはできない」<sup>19)</sup>などというくだりにも集約されているよう<sup>20)</sup>。

さて、この際、「慣習法」なるものも法源の一つと解することではば共通する行政法の諸成果ではあるが、そうであればなおのこと、いかなる見解を以て代表的な見解としておくかには却って迷わざるを得ないかもしれない。とはいえ、ここでは、詳細に展開される、次なる叙述<sup>21)</sup>あたりを代表的な見解と見定めて、本稿の以下の論述を進めていきたい。

その叙述によれば、行政法の分野では、「法律による行政の原理」が認められているが、「一切の公法関係が法律(又は制定法)によって余すところなく規律されているとはいえず、むしろ、私法の分野に比べて、制定法による規律がより不完全である」という。そして、「人民の権利及び自由を侵害するような行政作用については」、「立法者は、行政権の発動を認めない趣旨で法規の根拠を与えていないと解釈することができるとしても、法規の欠缺が一切の行政活動を許さない趣旨と解釈することは妥当とはいえず」、「そこには、当然に、慣習法が成立し、自らその存在を主張することがあり得る」と続ける<sup>22)</sup>。また、この見解は、(前にも紹介したところと重なるが、)「長年にわたる事実上の慣行が社会一般の法的確信によって支えられて慣習法が成立するとともに、これと矛盾する成文法が、これを支持する法的確信を失って、もはや法として妥当しなくなる」ということは、実際上にあり得ることである」<sup>23)</sup>とする。

ここまででも容易に気付くのだが、行政法の分野で「慣習法」を承認する論理の運びは、控え目にいえば説明不足、忌憚なくいえば、少々短絡的なのではないだろうか。既に紹介してきたところだけでも、それは、例えば、「行政法が成文法主義をとっているということは、不文法、特に慣習法の成立を否定する意味ではな」と断じ、あるいは、「法規の欠缺が一切の行政活動を許さない趣旨と解釈することは妥当とはいえず」、「そこには、当然に、慣習法が成立し、自らその存在を主張することがあり得る[傍点:引用者]」と主張してやまないところに端的に現れているように

思う。また、他の論者にしても、例えば、「行政上の法律関係は、主として成文法規によって規律される。だが、ときにその空白を埋め、あるいはその疑義を補足解釈するために、不文法源が意味をもつことがある。主たる不文法源としては慣習法と判例法がある〔傍点：引用者〕」<sup>24)</sup>とか、「〔慣習法と条理（社会通念）から成る〕「不文の法源がみつめられるのは、成文法の規定が完全ではなく、また、不確定概念を用いることが少なくないことによる」<sup>25)</sup>」などと、先に紹介してきた見解でも触れている以上に大きく出るものでもなからう。

いうまでもなく、本稿は、いわゆる「法源」論、しかも、その一端を取り上げるにとどまるものではある。しかし、それにしても、問題は、誰でもが行政法の基本原理の一つには数え上げるであろう「法律による行政の原理」<sup>26)</sup>には間違いなく関わってこよう。しかも、いずれかといえば、その例外に属する事柄とも考えられるところであるから、この原理が貫徹されるべき行政法の分野で「慣習法」がなぜ承認され得るのか、という疑問<sup>27)</sup>にもっとよく応え得る説得的な理由が示されて当然なのではなからうか。

ともあれ、ここでは、推測で満足せざるを得ないのだが、その場合、思い至るのは、やはり、善くも悪くも、行政法の分野ならではの特殊な要請ではあろう。そして、それは、何は措いても、「法律による行政の原理」以外のものからは発し得まい。そもそも、この原理は、それを貫徹しようとし、また、貫徹し得るならば、「慣習法」など成立し得る余地は与えられようはずもなからう<sup>28)</sup>。ところが、（この原理の貫徹という観点からすれば、悪いことに、）「私法の分野に比べて、制定法による規律がより不完全である」事情が存し、さりとて、「法規の欠缺が一切の行政活動を許さない趣旨と解釈することは妥当とはいえない」事情も存する。そこで、「法律による行政の原理」が、もともと、「行政（の担い手）の恣意をコントロールすることにより、私人の自由を保護する、という狙いを持っている」<sup>29)</sup>とすれば、法規の欠缺に際しては、（「行政（の担い手）の恣意」に委ねるよりも、）せめて、国民の「法的確信」に支えられた「慣習法」に拠るべきである、

と考えるに至ったのではないかと推測するものである。つまり、制定法の不完全さと行政需要への対応といういわばジレンマから脱すべく、最善は望み得ずとも、いわば次善の策として、「慣習法」の承認は位置づくのではなからうか。

こうした推測が的を射ているかどうかはわからないが、それかあらぬか、行政法の法源として「慣習法」を認める論理の運びには、成文法の欠缺という事態をうけて、だから、「当然に、慣習法が成立」すると論結するような、どこか性急な印象が伴うのは否めまい。

ところで、論理の運びにみられる、このような性急さはといえば、実のところ、われわれは、他の機会にもそれを感じ取りはしなかっただろう。そして、それは、そもそも、行政法の分野における「慣習法」の例として挙げられることの多い<sup>30)</sup>、公式令廃止後の法令の公布に関して成立をみられるという「慣習法」についてはなかったらうか。

かくして、「慣習法」が認められたといわれる最高裁判決<sup>31)</sup>にあらためて接してみると、実は、そこでは、「慣習」にも「慣習法」にも言及はなされていない。それどころか、「公式令廃止後も、法令の公布は官報をもってする従前の方法が行われて来たことは顕著な事実ではあるが、これをもって直ちに、公式令廃止後も法令の公布は官報によるとの不文律が存在しているとまでは云えないことは所論のとおりであり、今日においては法令の公布は官報による以外の方法でなされることを絶対に認め得ないとまで云うことはできないであろう〔傍点：引用者〕」というくだりさえみられる。（国民の「法的確信」にまで定着しているか否かということは、ここでは一応、措くとして、）ここにいわゆる「不文律」こそは、行政法の分野での「慣習法」を説く者なら期待してやまないであろう「慣習法」そのものに相当するはずだとは考えられるのだが、判決は、いともたやすく、それを否定する。そして、ただ、「特に国家がこれに代わる他の適当な方法をもって法令の公布を行うものであることが明らかな場合でない限りは、法令の公布は従前通り、官報をもってせられるものと解するのが相当である」と付け加えるにとどめる<sup>32)</sup>。「一般行政慣習法」の名の下、

法令等の公布を官報に登載して行うのは、今日では「一種の慣習法に基づくもの」と考え、「その他の方法によったときは、適式の公布があったものとはいえず、その法令は現実の拘束力を生じないものと解すべきである」とまで主張する学説<sup>33)</sup>との間には、かなりの隔たりがあるとはいえないだろうか。

ところで、行政法における「慣習法」の態様については、直前で名称に触れた「一般行政慣習法」のほか、「行政先例法」および「地方的・民衆的慣習法」という区別<sup>34)</sup>がなされる。特に、後二者については、社会保障法の分野にもそのまま重ね合わされていることは、既にみたところでもある<sup>35)</sup>。

ただし、「行政先例法」、「地方的・民衆的慣習法」については、前者は「行政庁における長年にわたる取扱例（行政実例）」、後者が民衆の間の長年の慣行というように、慣行がみられる場こそ異なるが、反面、それぞれ、一般国民の「法的確信」に支えられることが要件とされる限りでは、共通した成立のメカニズムをもつものとして主張されている。かかるところ、本稿は、こうしたメカニズムとそれによって「慣習法」が成立するという思考法にこそ関心を寄せるものであり、例えば、「行政先例法」、「地方的・民衆的慣習法」のいずれが社会保障法の分野でより多くみられるか<sup>36)</sup>といった点などには二次的以下の関心しか抱かない。従って、以下においては、これらを敢えて区別せず、いわゆる「慣習法」として一括して論じていくことになる。

## (2) 社会保障法における「慣習法」

ここまで瞥見してきたところを踏まえて、以下では、社会保障法の分野での法源として「慣習法」を見出すことの意味を中心にして論述を進めていこうと思う。

それにあたり、まず、以下の論述が円滑な議論に馴染むように、筆者の姿勢を再確認するとともに微調整できるところはそのようにしておくことにしたい。

第一に、筆者は、「慣習法」一般について、従って、社会保障法の分野における「慣習法」についても、実定法の解釈論としては、否定的であ

る。

しかし、既にみてきたように、「慣習法」一般についても、また、社会保障法の分野における「慣習法」についても、多くの論者は肯定的である現実が存する。

そこで、第二に、単なる“水掛け論”に終始する愚を避けるべく、その限りでの一定の譲歩はやむを得ないとも考える。その一つは、先に、筆者の推測ということで提示したが、行政法の分野であれ、社会保障法の分野であれ、そこにおいて行政が関わってくる以上、常に踏まえられべき「法律による行政の原則」に対する一つの例外として位置づくはずの「慣習法」を承認するについては、(先には、「次善の策」と表現したが、)制定法の不十分さとそれ故の補完という趣旨が伺える<sup>37)</sup>だけに、少なくとも諸論者の主観にあっては、よもや、この原理を潜脱する意図のないものとは心得ておこうと思う。いま一つには、あくまでも用語法上の問題として、法例第二条で法律と同一の効力を承認される「慣習」を、この際は、「慣習法」と呼ぶものと一応譲っておこうと思う<sup>38)</sup>。

というように筆者の姿勢を再確認・微調整したところで、議論は噛み合い疑問はすべて氷解するかといえば、それは望めず、むしろ、それでも残る疑問こそが、以下での中心になってこよう。しかして、それは、一つには、「慣習法」成立において、国民への定着が求められる、いわゆる「法的確信」に関わる疑問であり、いま一つは、「慣習法」の法としての効力、より直截に言えば、成文法をも改廃し得る(とも捉えられかねない)効力に関する疑問である。特に、これらを、社会保障法という分野に関連づけて述べると、以下のようになる。(なお、これらは、おそらく、諸論者の主観を超えた次元に属するであろう。)

1<sup>o</sup> これらのうち、前者、いわゆる「法的確信」については、一言でいって、それに信をおくことが常に望ましいという保証はないということを銘記してかからねばなるまい。すなわち、一方において、社会保障法は日本国憲法 25 条を制定の根拠としているとは広く認められているほか、憲法 13 条、14 条等にも根拠が求められる<sup>39)</sup> など、「社会保障の権利」が主張され、「権利としての社

会保障」<sup>40)</sup>への志向が常にみられてきたが、「慣習法」でいうところの国民の「法的確信」もこうした方向性をもって形成・定着のプロセスを辿るならば、ここで、ことさら、疑義や懸念を提示するも愚かしいことであろう。しかし、他方において、これとは正反対の方向で国民の「法的確信」が形成・定着をみたり、また、裁判所によってそのようなものとして考慮に入れられたりするのではないかという懸念にも無視し得ないものがあるのではなかろうか。

このようなとき、事柄自体は「慣習法」に関係するものではないけれども、朝日訴訟控訴審判決<sup>41)</sup>における次のくだりなどは、極めて象徴的であり得る。すなわち、「社会保障費につき一定の必要額を認めながら、ことさらにそれを必要以下に削減したものとは、証拠上は認められない」という事実認定をするにあたって、「昭和31年当時生活扶助を受けていた者は140万程度であったにかかわらず国民中1,000万人に近い数の者が生活扶助水準と同程度又はそれ以下の生活を営んでいたこと、またその頃生活保護を受けている一部の者の生活が保護を受けていない多数貧困者の生活より優遇されているのは不当であるとの国民感情も一部に存在していたこと〔傍点：引用者〕」などが認められる、とした。「一部」という断わりつきながら、ここにこの通り、「国民感情」なる要素が取り入れられていることには、二重の意味で懸念を抱かざるを得まい。

その一つは、もちろん、生活保護受給者が優遇されているのは「不当であるとの国民感情」自体の不当性であり、この類いの要素が本稿で問題にしてきた「法的確信」の実体となることがありはしまいか、という懸念である。しかし、この点については、朝日訴訟が「人間裁判」の名を冠して大規模な運動に発展したこと<sup>42)</sup>を考えれば、あるいは、拭いされる懸念であるかもしれない。

これに対して、もう一つの懸念は、より深刻なものであり得る。大雑把に言えば、(事柄自体を客観的に把握できるか否かは別として、いずれにせよ、「一部」という限定が付されているにもかかわらず、)先の「国民感情」の類いのものが、存外、簡単に裁判所の判断に組み入れられてしまうのではないか、という懸念ではある。この点、

(「慣習法」に限らず制定法も同様だと留保をつけつつ、)「果して慣習法としての要件を具備しているかどうかについて、最終的には裁判所の判断を濾過されなければならず、それによってはじめて、国家法秩序の中に確定的な位置づけを得られるものといえよう」<sup>43)</sup>といわれるのは、前出の朝日訴訟控訴審判決の、ここで問題としている箇所に照せば、まさしく、その通り、裁判所次第ということにはなろう。もとより、事柄(の処理)が法例第二条の規制の範囲内にとどまれば、むしろ、それは、穏やかな方に属するであろう。そうではなく、これを超えて、つまり、法例第二条とは別個・独立に「慣習法」が成立すると考え、そのような「慣習法」は「裁判所によって認識される機会を一度ももち得ない場合においても慣習法であることを失わない」<sup>44)</sup>とまで主張されるに及んでは、もはや、議論は異なった次元のものになってしまうであろう。その次元に達したかのごとくみえるのが、次なる疑問、すなわち、「慣習法」の効力に関する問題ではある。

2<sup>o</sup> 「慣習法」の法としての効力、特に、成文法を改廃し得る(とも捉えられかねない)効力に関する疑問については、はじめに、一つ、断わりを述べておかなければならない。すなわち、本稿冒頭で紹介したような、社会保障法の入門書などにおいて、「慣習法」は成文法をも改廃し得るとまで述べられてはいない(改廃し得ないとも述べられていないが)。しかし、行政法の見解にかなり依拠して展開されているとは覚しき、その叙述からすれば、言外の可能性として想定することもまた許されるのではないかと考える。まさに、その意味を込めて、「成文法を改廃し得る(とも捉えられかねない)」なる表現のもとで、以下の論述を進めようとするものである。

さて、こうした断わりをつらねたうえで、(もちろん、社会保障法とはいわず、一般的に述べられた)次なる見解をみるところから始めよう。

それは、「余の信ずる所に抛れば慣習法は全然制定法と同一の効力を有するものなり、制定法を以て慣習法を変更し得べきと共に又慣習法を以て制定法を変更するを得べく、又仮令制定法を以て慣習法の発生を制限し若くは絶対之を禁止することあるも、其の制限又は禁止に拘らず慣習法は

尚発生するを得べきものなり」<sup>45)</sup>といい、また、「我が法例第二条は慣習法が法たる力を有し得べき場合を限定して、公の秩序又は善良の風俗に反せざること及び法令に規定なき事項に関するもの又は法令により認めたるものなることを其の要件と為せり。言い換ふれば我が法例は全然法令の規定に抵触する慣習法の発生を禁止したるなり。然れども此の規定の下に於ても慣習法を以て全く制定法を変更するの力を有する能はざるものと為すは正当ならず。此の規定あるにも拘らず制定法の規定が反対の慣習法に依りて自ら其の効力を失ふことは之あり得べき所なり」<sup>46)</sup>ともいう。ここからは、つまるところ、法令、特に、法例第二条にもかかわらず、慣習法は制定法(成文法)を改廃し得る旨が読み取れるであろう<sup>47)</sup>。

この見解が驚嘆に値するのは、ひとえに、「慣習法」によって改廃の対象にされるのは、「制定法」なのであって、そこに何ら限定は加えられていないことであろう。かくして、「慣習法」はいわば自己増殖のおそれなしとはし得まい。また、それを前にして、何が一体“歯止め”になり得るのだろうか。例えば、「公序良俗」はどうかといえば、法例第二条にも拘らず「慣習法」が成立するという論理の下では、ここにいう“歯止め”には期待できまい。その役を果たし得るとしたら、それは、おそらく、先にみた国民の「法的確信」ではあろうが、それについては、既にみたような懸念もついてまわるのである。

もとより、こうした想定は、「慣習法」が憲法の保障している人権をも事実において改廃してしまうおそれがない訳ではないといえ、あるいは、荒唐無稽にも響こう。とりあえず、そこまでの想定はしないとしても、反対に、もしも、下級行政機関のレベルで、「わが国の社会保障行政上重要な役割を果たしている」とも評される「通達」によるものを含め社会保障に関する取扱いが行政庁によって一般的かつ反復継続して行われ、それが法であるとの法的確信が国民の間に定着した場合には、国民に対して拘束力をもつ慣習法としての行政先例法の成立を認めるべきであ」<sup>48)</sup>との主張に沿うならば、本来、国民に対して拘束力を有しないはずの「通達」に、それが「慣習法としての行政先例法」に姿を変えたばかりに、拘束

力を与えることにはなってしまうであろう。しかも、先の想定によれば、そこに成立が想定される「慣習法としての行政先例法」なるものは、仮に、法律に反するものであっても、その効力にいささかも影響がないことにもなる。

このような事態は、憲法に直接違背する「慣習法」などというものを想定するのに比べてかなり目立たないものではあろうが、夙に指摘されてきたようないわゆる「通達行政」の弊<sup>49)</sup>をも考え合わせれば、看過し得るものではないであろう。また、「モザイク」とも評され<sup>50)</sup>、体系化が盛んに主張される<sup>51)</sup> 社会保障法制にあっては、実のところ、その足許に位置するような、一見些細な、「慣習法としての行政先例法」なるものに道を開くことが、延いては、“蟻の一穴”として、社会保障の権利に少なからざる影響を及ぼさないと断言し得ざるところではないだろうか。

#### 4. お わ り に

「社会の慣行によって発生した慣習律」が「いわゆる社会の法的確信または法的認識によって支持される程度に達すると、社会の中心勢力は、これを法的規範として承認し、強行するようになる。この程度に達した慣習律がすなわち慣習法である」<sup>52)</sup>とか、「慣習法は一つの社会における立法機関が制定した法ではなく、その社会内において慣習の形で存在する法」であって、第一に、「同一の原則が反覆して度々慣行されること」、第二に、「慣習法においては慣行が法的な性質のものであること」を要件とする<sup>53)</sup>、などとして、いわゆる「慣習法」は捉えられる。

この「慣習法」に関しては、「ある一定の事項について紛争がおこったときはこの慣習によって解決されることになるのだ」という規範意識<sup>54)</sup>が実在していることが求められるが、まさに、こうした“自分たちの間の法的仕組み”によって自分たちが規律されるということが、「慣習法」が人々を魅きつけてやまない所以でもあろう。

ところで、このように、“自分たちの間の法的仕組み”によって自分たちが規律されるということ(それは自治と呼んで差し支えないかもしれない)が十全に働くについては、一般的にいて、



「行為の自由の範囲および程度が広大であり、従って行為の反覆の機会の多い私法ことに商法の領域においては、慣習法の発生がもっとも容易である」といわれる。これに対して、このような「自由がもっとも狭い公法の範囲では」慣習法の「発生の余地がきわめて少ない」<sup>55)</sup>とさえいわれる。

社会保障法は、通常、公法には分類されない。しかし、一面で、その基本部分が国家による国民に対する給付の法律関係を規定するところから、社会保障法は、「国家と国民の間の関係を中心に規律する行政法との関係が深い」<sup>56)</sup>ともいわれる。かくして、「自由」の契機でいえば、社会保障法は、その幅が比較的狭く、従って、「慣習法」の発生も少ない分野には位置しよう。

ところが、そんな社会保障法の分野でも「慣習法」は見出されるという。ただし、その意味するところは、基本的に私的自治に立脚する私法の領域とは大きく異なるにちがいない。おそらく、もはや、私法の領域と同様には、「自由」の契機では捉え難く、むしろ、わが国の社会保障法の不備を補完することや、元来、国民にとっては「法」ならざる「通達」によるものを含めた行政庁による社会保障に関する取扱いを「法」に仕立て上げ、正当化することが、この領域で「慣習法」に期待される真の、そして、実際の役割ではないのかとさえ疑いたくもなろう。その場合、あたかも取ってつけたように援用される「法的確信」も、当然、本来の文脈において受け止め得るものではなく、上記のような目的に奉仕させられる一つの道具としての位置におとしめられることになるのではないと思わざるを得ない。果たして、これは、単なる誤解にすぎないのだろうか。

## 注

- 1) 窪田隼人・佐藤進・河野正輝編『新現代社会保障法入門〔第2版〕』(2002年、法律文化社) 9-10頁〔河野〕。
- 2) 加藤新平『法哲学概論』(1976年、有斐閣) 152-153頁。
- 3) 団藤重光『法学の基礎』(1996年、有斐閣) 163頁。
- 4) 川島武宜『民法総則』(1965年、有斐閣) 16頁。
- 5) 堀勝洋『社会保障法総論』(1995年、東京大学出版会) 121頁。
- 6) 川島・前掲書 16頁。
- 7) たとえば、同書 16頁で紹介されている、学説の法源

性をめぐる「無用の論争」を想起せよ。なお、同書 34頁以下では、これを踏まえて、民法学や判例研究の任務等が詳細に展開されている。

- 8) 堀・前掲書 124頁。
- 9) 我妻榮『新訂 民法総則』(1965年、岩波書店) 17頁。このほか、田中耕太郎『法律学概論』(1953年、学生社) 282-284頁なども同様。
- 10) 我妻・前掲書 19頁。
- 11) 田中(耕)・前掲書 285頁。
- 12) 団藤・前掲書 185-186頁。
- 13) 末弘嚴太郎『民法雑記帳(上)』(1953年、日本評論社) 60頁。
- 14) 我妻・前掲書 253頁。
- 15) 川島・前掲書 252頁。
- 16) 同書 253頁。
- 17) 同書 22頁は、商法1条が、明文で、「商慣習法」なるものを民法に優先する法源としていることの趣旨を解き明かしている。
- 18) 「法的確信」を重視するについては、たとえば、「法的確信」という語こそ用いていないが、「社会心理に於いてそれを必ず守らねばならぬ規律であり、之に違反することは、義務法に在っては社会上許すべからざる不法であり、権利法に在っては定められた権威を発生しない無効のものであるとする意識が成立して居なければならぬ」(美濃部達吉『法の本質』(1948年、日本評論社) 152頁)とか、慣習法は「各人が慣習に従うことを法に従うものとして意識することを必要としないのであり」、それが「無意識的に慣行されたところのものであっても、何人かがそれに反して行動した場合に違法の感じをもたせるときはすなわち慣習法が存在するのである」(田中(耕)・前掲書 284頁)といわれる。これらのほか、直截に「法的確信」という語を用いて、「国家の権力から離れて、長期にわたる事実上の慣行―裁判所や行政官庁におけるもののみに限らず、民衆の間におけるものも含めて―が広く一般の法的確信を得て法となることを無視又は否定することはできない」(田中二郎『行政法総論』(1957年、有斐閣) 151頁)とか、「慣習は、民衆のあいだに法的確信―『ある一定の事項について紛争がおこったときはこの慣習によって解決されることになるのだ』という意識が生じたとき、慣習法となる」(団藤・前掲書 184頁)ともいわれる。
- ところで、かくも重視される「法的確信」ではあるが、それは、しばしば、民法92条のいわゆる「事実たる慣習」との対比においてより強調されよう。いわく、「慣習法は固より単純な事実たる慣習とは異なる。社会生活に於ける人間の意思及利益が事実上に或る法則に依って規律せられて居るとしても、それだけでは未だ直に法たる力を有するものではな」く、結局、「社会心理に於いて強要的の規律として認められて居るや否やが、専ら事実たる慣習と慣習法とを区別すべき標準たるべきものである」(美濃部・前掲書 151-152、154頁)とか、あるいはより簡単に、民法92条の慣習は「法例第二条の慣習(慣習法)と異なり、社会の法的確信によって支持される必要はない」(我妻・前掲書 252頁)などと説かれる。
- 19) 田中(二)・前掲書 148頁。なお、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題』(1938年、有斐閣)193頁以下が、既に、行政の領域で慣習法が成立し得るか否かということ「古くから争はれて来た問題」として、国内外の学説の整理などを踏まえて取り上げている。
- 20) なお、不文の法源のうち、「判例」については、これを法源ではないと解する見方もある一方で、「ただ、長期にわたって繰り返された判例が慣習法として法的効力を認められる余地」も、「条理とみてその法的効力を認める」余地もある旨(芝池義一『行政法総論講義[第4版]』(2001年、有斐閣)12頁。)が示され、「慣習法」という場合の外縁に慎重な扱いが求められる部分もあろう。本稿では、この点については触れないが、上記のように、「判例」の長期にわたる繰り返しが「慣習法」となると考えるについては、「慣習法」なるものについて常に要求される、いわゆる「法的確信」の存否がどうなのかという関心のあることは一言付しておきたい。
- 21) 田中(二)・前掲書147頁以下。
- 22) 同書148頁。成文法の不完全さというあたりを根拠にして「慣習法」の成立を認めるについては、たとえば、原田尚彦『行政法要論 全訂第四版増補版』(2002年、学陽書房)35頁や、塩野宏『行政法Ⅰ[第二版増補]』(2002年、有斐閣)51頁なども同様。
- 23) 田中(二)・前掲書152頁。
- 24) 原田・前掲書35頁。
- 25) 芝池・前掲書11頁。
- 26) 藤田宙靖『第四版 行政法Ⅰ(総論)』(2003年、青林書院)47頁以下。なお、この原理の意義と限界については、芝池・前掲書39-40頁。
- 27) この疑問に真正面から応えるものではないが、塩野・前掲書51-52頁は、「行政上の法律関係についても、慣習法の成立する余地がある」とはしつつ、「法律による行政の原理が強く支配する領域においては、慣習法の成立は認め難い」ともいう。また、藤田・前掲書55頁は、法律違反の行政実務は、相当期間継続的に行われていても、法的に拘束力のある慣行とは認められないという意味で、行政法の分野では慣習法は成立し得ないか極めて困難だと言われるが、「慣習法の成立が否定されるのは、このように『法律による行政の原理』と抵触する限りにおいてなのであり、『既に存在する法律に反せず、また(…)『法律の留保の原則』にも抵触しない場合(…)には、行政活動のあり方に関しても慣習法の成立の余地が理論的に無いわけではない[傍点:引用者]』という、ややもってまわった見方を示す。だが、果たして、これをどう受け止めたらよいのだろうか。「理論的に」なら成立の余地があるか解するのはよいのか、はたまた、「理論的に」しか成立の余地はないと解すればよいのか。
- 28) 藤田・前掲書55頁。
- 29) 同書51頁。
- 30) 例えば、原田・前掲書35頁。
- 31) 最大判昭32・12・28刑集11巻14号3461頁。
- 32) 杉村敏正『全訂 行政法講義 総論(上巻)』(1969年、有斐閣)28頁注(1)は、公式令廃止後の十数年間、法令の公布が官報登載の方法によっていた事実を鑑み、「それは国民の法的確信をえたものと認定するの
- が、正当であったと思われる」という。
- 33) 田中(二)・前掲書156頁。
- 34) 原田・前掲書35頁、田中(二)・前掲書158-159頁。なお、前者は、「一般行政慣習法」も「判例法」も挙げてはいない。他方、後者は、「判例法」と「一般行政慣習法」も合わせて、「慣習法」を4種類に分類している。
- 35) 堀・前掲書124頁。
- 36) 例えば、田中(二)・前掲書159頁によれば、公水の引用使用、公有林の入会使用、道路敷・河川敷の占有使用等に関する「地方的・民衆的慣習法」の例が「少ない」とされるのに対して、堀・前掲書124頁では、「社会保障法は基本的に法令に基づいて行政庁による給付として行われるので」、その例は多くないといわれるように、行政法、社会保障法それぞれの分野による違いを反映するであろう。
- 37) 本稿注24)、25)参照。
- 38) 川島・前掲書22頁は、法例第二条に関して、(そこにおける二つの場合のように)「一定の限度で慣習規範に『法律と同一ノ効力』すなわち制定法と同順位の法源性が承認された」という意味で、これは『慣習法』を規定したものだ、と言うことができる」という。しかし、同書24頁は、法例第二条の「慣習」の確定は裁判所により、民法92条の「慣習」の確定は訴訟当事者の主張および立証によるという意味で、「この両者を慣習法および事実たる慣習ということばで区別することは、有意義」だが、「これらのことばにそれ以上の意味を附与すべきではな」く、『『事実たる慣習』と別種の『慣習法』というものが先ずあってそれが法例第二条に規定されているのだと考えたり、そう考える結果として、『慣習法』の社会学的概念を追求したりする必要はない」ともいう。
- 39) 佐藤進『社会保障法の法体系(全)』(1990年、勁草書房)149頁。
- 40) 小川政亮『権利としての社会保障』(1964年、勁草書房)。
- 41) 東京高判昭38・11・4判時351頁。なお、上告審判決(最大判昭42・5・24民集21巻5号1043頁)もこれを追認するものにほかならない。
- 42) 朝日訴訟運動史編集委員会編『朝日訴訟運動史』(1971年、草土文化)参照。
- 43) 田中(二)・前掲書151頁。
- 44) 田中(耕)・前掲書285頁。
- 45) 美濃部・前掲書198頁。
- 46) 同書・200頁。
- 47) なお、杉村・前掲書26-27頁のように、成文法の改廃に関して、「慣習に成文法による承認から独立して法源性をもとめることと、これに成文法を改廃する力をもとめることとは、別個の問題」という立場に立ち、さらに、「国民の権利義務に関する一切の公権的行政は、必ず、法律(または地方自主法たる条例)の根拠を必要とし、また、公権的行政であると否かを問わず、一切の行政はこれに違反しえないから、国民の権利義務に関する公権的行政の根拠法(すなわち、授權法)としての慣習法の成立や、成文法に違反する慣習法の成立は、否定されなければならない」という見解もあるにはある。

- 48) 堀・前掲書 124 頁。
- 49) 小川・前掲書 264 頁以下（特に、267 頁以下には、生活保護法による給付を制限していく傾向が、上級庁の通達から下級庁のそれに下降していくに従って、より明瞭になっていく例が紹介されている。）。また、大橋洋一『行政規則の法理と実態』（1989 年、有斐閣）19 頁は、いわゆる「通達行政」の問題点を、一般的に、①「通達またはそれに基づく行為により市民の権利自由が侵害・制限されること」、②「通達・要綱に基づく給付制度において、受益者である市民の法的地位が弱いものとされたり、申請手続が裁量的に扱われたこと」、③「通達が行政施策の最も基本的な方針を定めているために法律の改正手続を経ることなく、通達レベルで右の方針が簡単に変更・廃止されること」の三点指摘している。
- 50) 窪田ほか・前掲書 53-54 頁〔佐藤〕。
- 51) 同書 52 頁以下〔佐藤〕。
- 52) 我妻・前掲書 17 頁。
- 53) 田中（耕）・前掲書 282-285 頁。
- 54) 団藤・前掲書 184 頁。
- 55) 田中（耕）・前掲書 285 頁。
- 56) 堀・前掲書 118 頁。