

第3課 法源 — 慣習・条理

成文法主義の日本でも、慣習は不文法として重要な法源となることがある。また、法源性は疑問視されているものの、裁判のよりどころとしての条理の役割も見逃せない。

慣習というのは、様々な定義が考えられるが、ある社会の中、あるいは一定の範囲の人々の間で、反復継続的に行われ、その社会や人々の間で、心理的な（場合によっては物理的な）拘束力を持っているような行動様式を指す。このうち、法と同視されるほどの強い拘束力をもっているものを「**慣習法**」と呼び、それほどまでには強くないものを「**事実たる慣習**」と呼んでいる。

制定法が明文で慣習や慣習法を適用すべきことを命じていることもある。たとえば、民法第262条は、入会権（いりあいけん）について、「各地方の慣習に従う」としているし、商法は、その第1条で、商事に関して規定がないときには、民法に優先して商慣習法を適用するとしている。

次に、条理については、これを法源とする見解と法源ではないとする見解があり、後者が支配的であるが、ある問題につき、制定法も、判例法も、慣習法も、慣習もないときには、裁判官は判断の最後のよりどころとして「**条理**」に則して判断をせざるをえない。法が見あたらないからといって、裁判官は裁判を拒否することはできないのである。しかし、「**条理**」による裁判は、「**条理**」の内容が不明確であることから、恣意的判断をもたらしやすいので、安易に**条理**に頼ることは禁物である。現存する成文法、慣習法、判例等を可能な限り解釈し、これに依拠して事案の解決を図り、それでもなお、適用すべき法がどうしても見あたらないという場合にのみ、**条理**による裁判を考えるべきなのである。その際、裁判官が、自らの考える「**条理**」が、本当に理にかなった公平なものであるかの検討を怠ってならないことは言うまでもないであろう。

1 重要語句

a 慣習法

慣習が国民の間で法規範として承認され、強行されるようになるとそこに慣習法が生まれる、と説明することもできる。近世の法学は、封建主義の下で培われた秩序・慣習を否定し、法規範の定立を国家の独占としようとしたため、慣習法に敵意を示すこととなった。しかし、現代では、慣習法は制定法を補完するものとして広く認められるに至っている。日本法も、法例第2条が「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限り法律ト同一ノ効力ヲ有ス」と定め、慣習法を法として承認し、補充的地位を与えている。

b 事実たる慣習

慣習法と区別しなければならないのが「事実たる慣習」である。事実たる慣習は、慣習法のように、法規範として扱わなければならないほど強いものでなくてもよい。事実たる慣習が主として問題となるのは、契約などの法律行為の解釈に関する。契約などは、慣習の存在を前提として行われる場合が多く、その場合、契約の条項が不明確な場合に、慣習によってこれを解釈し、あるいは補完することがある。この場合の慣習は、法規範そのものではなく、契約がこのようなものであった、とするための基準であり、慣習法ほど強いものではないので、「事実たる慣習」と呼ばれる。