

# 日本憲法学の中の憲法習律

——戦前からの学説史分析を通じて——

武田 朋起\*

## 要 旨

日本において、憲法習律に関する議論は主として衆議院の解散に関係する問題として論じられてきた。その中では内閣の恣意的な解散を阻止するためにどのような制約を課すべきかが主な論点となり発展を遂げてきた。しかし、習律という規範そのものの性質に関してはイギリスの議論を参考とすることが先行し、日本でもこうした規範が実際に運用されるのかという問題については十分に意識的であるとは言えない状況が続いてきた。

本稿では、成文の憲法典を有する日本でも習律という規範は機能するのかを考察する前提として、旧来の日本における習律概念を歴史的に振り返る。具体的には、日本で憲法が学問の対象となり始めた時期から大日本帝国憲法が解釈された時期（Ⅱ）、そして日本国憲法が解釈される時期（Ⅲ）に亘って習律が憲法学者により如何に扱われてきたかを学問の系譜に沿って検討することとする。本稿はこうした考察を通じて、日本の政治的・学問的状况の変動に伴い習律の捉え方が変化していく様子を俯瞰的な視点から捉え、これからの習律論に対する端緒を開くことを企図するものである。

## 目 次

- I はじめに
- II 戦前憲法学と習律
- III 戦後憲法学と習律
- IV おわりに

## I はじめに

1885年にAlbert Venn Diceyはその著書*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*において、イギリスの憲法は裁判所により強制される規範である「憲法上の法」“law of the

constitution”とそうでない「憲法習律」“convention of the constitution”から構成されると説いた。

日本において、この憲法習律を実際の運用に用いようとした試みが、深瀬忠一による1962年論文「衆議院の解散—比較憲法史的考察—」<sup>1)</sup>であった。この論文は、かつての解散権論争を経て、いったんは終結したかと思われた解散権規定に関する解釈及び運用に新たな示唆をもたらすものであった。そうした意義を持つこの論文は、次のような主張をもって結論付けられている。すなわち、内閣は衆議院の解散を決定する実質的権限を持つが、それは恣意的に濫用することを憲法が容認したわけではなく、憲法習律上の制約を課した上での運用が望ましいという主張が深瀬の最重要論旨であった<sup>2)</sup>。

それ以来、衆議院の解散を制約するためにはこ

\* たけだ ともき 法学研究科公法専攻博士課程後期課程

2020年10月2日 査読審査終了

第1推薦査読者 橋本 基弘

第2推薦査読者 畑尻 剛

の憲法習律が有用であることが広く受け入れられ、どのような制限を課すべきであるかの議論は現在に至るまで継続されている<sup>3)</sup>。

更に、昨今では過度の首相リーダーシップをも習律によって制約すべきであるとする見解<sup>4)</sup>や、政治学の立場から日本の憲法学における解散権と習律の関係に言及する見解<sup>5)</sup>も登場し、習律に対する研究の重要性は依然として損なわれていないといえることができるだろう。

しかし、これまでの研究を振り返ると、習律としてどのような具体的制約を課すべきかという議論に注目するものが大多数であり、そうした議論の前提となる習律それ自体の性質についての検討は十全であるとは言い難い状態にある。また、習律そのものを論じたものであっても、イギリスにおける研究を日本に導入する目的で行われるものが殆どであり、統一的な成文憲法典を有さないイギリスにおける習律の特性が日本でもそのまま通用するかという問題点はあまり意識されてこなかったのではないだろうか。

こうした現状を引き起こした理由として、私見として二点の原因を提起する。すなわち、習律に対する戦前からの日本での議論に目を配ることがなかったという事実<sup>6)</sup>と、特に戦後においては憲法習律に関する議論が憲法変遷の議論の枠内で行われるようになったという事実<sup>7)</sup>により、わが国では習律それ自体の性質の究明が遅れてしまったと推測する。

こういった問題を解消し、日本における習律の意義を論じるためには、学問として憲法学が成立した時期から、大日本帝国憲法、日本国憲法という二つの憲法に関連して習律が憲法学者によってどのように扱われてきたのかを鳥瞰することが一つの助けになると思われる。

習律自体の性質を検討するために、本稿ではDiceyが提唱した習律概念が日本の憲法学者にどのように受容され継承されたのかを、類似性を持つ規範としての慣習法との相違を踏まえ明らかに

する。Ⅱでは国法学として憲法が扱われた時期から大日本帝国憲法が運用された時期の学説史を振り返る。そしてⅢでは日本国憲法制定時から習律論の新たな出発点とも言える深瀬忠一に至るまでの学説史を概説する。これらの検討を行うことで、深瀬の理論までにどのような経緯があったかが明白になるだろう。

## Ⅱ 戦前憲法学と習律

### 1. 国法学と習律

まずは、大日本帝国憲法制定前後の時期において“convention”をイギリス特有の憲政運用として紹介した末岡精一、吉田喜六、高田早苗、合川正道による説明を確認する。この時期の文献には、習律を日本の憲法運用に直接結び付けるものはないが、当時の日本においてイギリス型の憲政が志向されていたことを示す一定の根拠になるだろう。

#### (1) 末岡精一

日本最初の憲法学者とも言われる末岡精一はDiceyを参照し、議会制度について次のように説明している<sup>8)</sup>。

「18世紀ノ終リニハ、内閣ハ衆議院ニ於テ多数ヲ占ムル党派ノ首領、之ヲ組織スルノ慣習生シ来リタルヲ以テ、18世紀ノ終リニハ代議政体モ大ニ進歩シタリト云フベク、而シテ之レ実ニ仏国及米国等ノ憲法ノ模範トナリタルモノナリ」<sup>9)</sup>。

また、イギリス国王の有する君主大権（royal prerogative）については「議會ノ参与ヲ要セス、国王ガ独立ニ有スル所ノ権」であるとし、これは「習慣法」に基づくものであり、その具体的な事項として、開戦宣言、講和勅令、戦時中の通商制限のほか、議会の招集、閉会及び解散が該当すると述べている<sup>10)</sup>。

以上の記述を見ると、末岡は「習律」という語こそ用いてはいないが、これに関連する領域である議会制度や君主大権についての言及の中で、こうした規則が「慣習的に」生じたことについては一定程度意識していたことが窺える。

## (2) 吉田喜六・高田早苗

日本で最初に Dicey の著書を翻訳、出版したのは吉田熹六である<sup>11)</sup>。大日本帝国憲法公布と同年に刊行され、『憲法論』と題されたこの本では“law of the constitution”「憲法律」に対して“convention of the constitution”は「憲法ノ慣例」と訳されている<sup>12)</sup>。「慣例」という語を用いたことは、先例が人々の行動指針となる状況を概ね適切に表した言葉であると言えよう。

吉田に続いて本書を翻訳し、刊行したのは高田早苗である<sup>13)</sup>。彼は東京専門学校でイギリス憲法の講義を行っていて、その中で Dicey を取り扱っていたようである。

高田による“convention”の訳語に関しては、著書『憲法論』では「假法」となっている一方で、他の著作『英国憲法論』では「黙契」となっている<sup>14), 15)</sup>。この二つの語句を現代的用法から見ると、前者の「假法」とは仏教用語で「種々の原因によって仮に存在している事物」を指す言葉として用いられる語である。また、「黙契」は「無言のうちに互いの意思が一致すること」という意味合いの言葉として現在では用いられている。しかし、高田の意図としては「假法」は“convention”が厳密には憲法上の法規範ではないことを、「黙契」は政治的アクター間の先例に関するコンセンサスによって維持されることを強調して用いたということが考えられよう。

## (3) 合川正道

合川正道は、その著書『憲法要義』と『徳義憲法論』の中で、Edward A. Freeman の所説を参照しながら、イギリスの憲政について論じている<sup>16), 17)</sup>。

『憲法要義』において、合川はまず、成文の憲法典を持つ国においても、その成文規定の他に実質的な「憲法」が存在することを指摘する。これにつき、合川は政治の「外相」と「実相」という言葉を用いて説明している。すなわち、政治は憲法に基づいて行われるものであるが、これは「外相」

である法律的条規だけではなく、「実相」たる道徳的条規をも観察することで初めてその全貌を把握できるものであるという<sup>18)</sup>。そして、この法律的条規と道徳的条規を説明するにあたり合川は Freeman を参照している。ここでは政治道徳とは「政治家ノ卒由遵奉スル条規ニシテ成文律ニモ習慣法ニモ視ヘ」<sup>19)</sup>のものであり、これが成文法に表れるのが「法律的憲法」であり、習慣法に表れるのが「道徳的憲法」であるという Freeman の説が示されている。

続いて、合川は上記の道徳的条規として以下の三様の例を紹介している。すなわち、皇帝は下院の信を受けた人物に組閣を命じること、内閣の宰相は公益に関する法案を起草し、それを議会で議決される任務を負っていること、議院の信を失った内閣は辞職すべきであるとする例を挙げた上で合川は、この中で最も重要な道徳的条規は最後者であるとし、こうした内閣責任を定める規範こそが「英国政治ノ秘訣」と評している<sup>20)</sup>。

しかし、彼は自身を「英国ノ政軀ニ心酔シ成文律ヲ輕視スル者ニ非ス」<sup>21)</sup>と自認しているように、重要な政治規則はいずれも不文の慣行から成立されるべきであると主張したわけではない。ここで「道徳的条規」を取り上げた本意は、むしろ成文法の条文を過度に重視する解釈姿勢への戒めにあった。イギリスのように、「法律的憲法」と「道徳的憲法」が複雑に交錯する集合体こそが憲法政治であり、こうした政治こそが紛れもなく「立憲政治の骨髄」であることを、合川正道は明治の世において既に指摘していたのである<sup>22)</sup>。

## 2. 大日本帝国憲法解釈学と習律

1900年代に入ると、明治憲法制定から10年以上の時が経つこともあって、数多くの憲法学者が登場することとなる。また、憲法制定時には予期されていなかった政治状況の変化もあり、そういった事実上の憲政運用の理論的裏付けが必要とされた時代でもあった。

ここでは、穂積八東から上杉慎吉へと続く東京帝国大学神権派憲法学の系譜と、一木喜徳郎から美濃部達吉に受け継がれ、その後、宮沢俊義、清宮四郎らへと続く東京帝国大学民権派憲法学の系譜、そして井上密から佐藤丑次郎や佐々木惣一に続き、大石義雄、田畑忍らが継承した京都帝国大学の系譜に分けて、学説史を鳥瞰する。

#### (1) 東大神権派学説

この節では、東京帝国大学で教鞭を執った憲法学者のうち、穂積八東と上杉慎吉の二名の慣習法概念、そして習律に関連する憲政観について検討する。両名は典型的な神権派学者であり、彼らの学問体系は、やがて美濃部達吉らの憲法学に駆逐されていったと現在の一般的な憲法学からは評価されている。しかし、ここではあえて国体。政体論や天皇についての主張ではなく、これらとは直接には結び付かない法源に関する所説を見ることとする。

##### (a) 穂積八東

穂積八東は東京帝国大学の憲法学講座を初めて担当した人物である<sup>23)</sup>。そのポストは彼が1883年に東京大学文学部を卒業した後、1889年から1912年までの24年もの期間に及んだ<sup>24)</sup>。しかし穂積が不文法源についてどのように捉えていたのか窺える文献は残念ながら殆ど見受けられない<sup>25)</sup>、<sup>26)</sup>。ただし彼の死後、弟子である上杉慎吉によって編纂された『憲政大意』では、イギリスとアメリカと比較した日本の憲政論が比較的詳細に述べられている。穂積は両国の「君主と議会」「君主と政府」「議会と政府」「上院と下院」の関係について憲法上の「名」と運用上の「実」の両面を意識して位置付けを行っているが、習律概念を検討している本稿からすると、ここで述べられている穂積の憲政観には二つ重要な点を見て取ることができる。

まず一点目は、結論として英国の政治を下院偏重の議会政治と専断する際に、具体例として君主を補佐する政府、大臣は議院の信任に基づく慣行が成立していることを、「憲法成例」という言葉で

表現していることである。これは“convention”が先例から成立することに注目した語であり、訳語の一つとして注目に値しよう<sup>27)</sup>、<sup>28)</sup>。

そしてもう一点、統治機構について検討する際には、各国の歴史、沿革が重要であるとしつつも、そうした歴史的背景のない日本の場合には、欧州の歴史を参照するのではなく、憲法典の文言を見て判断するしかないと主張していることもまた重要である<sup>29)</sup>。憲法学として歴史を参照する場合、欧米ではなく、必要な限りにおいて明治憲法制定以前における日本古来の歴史を対象とすべきであるという主張は、穂積が教授に任命された同年に公にした論文「新憲法ノ法理及憲法解釈ノ心得」でも示されており、穂積の歴史的分析法の大前提であると言えるだろう<sup>30)</sup>。上記の穂積の方法論に対し、習律とは基本的に憲法制定以降に生じた慣行に関して成立する取り決めであるため、歴史的、社会的事実には注目せず、憲法の文言を重視すると、その認識が困難となるのもまた当然のことと言えよう。

##### (b) 上杉慎吉

さて、ここからは上杉慎吉の学説を見ていこう。上杉は1903年に東京帝国大学法科大学政治学科を卒業し、美濃部達吉に先立つこと1910年から東京帝国大学の憲法学教授を担当し、1920年からは美濃部の憲法講座と上杉の憲法講座が両立する形となっていた<sup>31)</sup>。習律に対する彼の考え方を見る前にまずは慣習法の定義を確認しよう。

#### ① 慣習法の定義

上杉は、初めに法と慣習の関係について「慣習が如何に広く如何に永続して行はるるとも、法に置き代はりて法たることを得ぬ」<sup>32)</sup>とした上で、単なる慣習が慣習法となるための要件は、統治権者が当該慣習を法であると形式的に認定することであるとしている<sup>33)</sup>。そのため、ただ慣習に違反したとしても、それは事実として存在する先例に反するだけで、何らの違法の評価を引き起こすものではないことになる。また慣習法に限らず、法で

あることの必須要件は、統治者がその規範を法として認定することのみであると判断している。

これに対して、認定を得ない単なる事実の累積としての慣習は「法ノ解釈ノ資料トシテ法ヲ補充シテ規律ノ完全ヲ得セシム」<sup>34)</sup>効果を得るとし、あくまで慣習は法に劣位するという結論が導き出されている。以上の点を踏まえると、上杉は成文法を運用する中で慣習法が成立することを一応は認めてはいるが、後に見る美濃部達吉や佐々木惣一と比べると、その効力に対しては消極的に解していることが分かる。

## ② 習律に関する定義

慣習法に対する説明とは別に、上杉は憲法習律についての言及も行っている。上杉は「コンベンショナル、ルウル」を「実行儀則又は例格」と訳すべき語であるとした上で、その性質について次のようなものであると説く。すなわち、“convention”とはイギリスの憲政において約束として行われている規則であり、イギリスの憲法の一部を構成しているルールであるが、法とは別種の規則である。また、イギリスにはこうした規則が多く存在する一方で、成文憲法の国にも少なからず同様の規則が認められるという<sup>35)</sup>。

しかし、具体的な例として、代表的な習律と解される英国国王の法律拒否権の不行使については、この権限が法的に消滅したかどうかはイギリス憲法の問題として別個に研究すべきであるとしつつも、日本の法律論として考えると、単に事実として権限が行使された、またはされなかったというだけでは法律上の権能は変化しないと結論付けている<sup>36)</sup>。

## (2) 東大民権派学説

この節では、東京帝国大学出身かつ、天皇の地位に関して君主機関説の立場にあったと位置付けられる学説系統に沿って、慣習法ないし習律についての検討を行う。その中でも、本稿では習律への明確な言及がある美濃部達吉、宮沢俊義、田上穰治の所説を検討する。

### (a) 美濃部達吉

美濃部達吉の経歴について、学説史を追う本稿との関係からは、一木喜徳郎を憲法学の師とし、また、松岡修太郎、清宮四郎、宮沢俊義、鶴飼信成、田上穰治らを指導した学問的系譜と、一木の後任者として1908年から東京帝国大学の行政法講座を担当したのち、1920年からは上杉慎吉と並んで憲法学講座をも担当したこと、東京商科大学では30年近く務めた行政法学、憲法学講座の担当者を田上に引き継いだという事実は共有する必要があるだろう<sup>37)、38)</sup>。

なお、美濃部の師と言える一木は憲法法源の一種として慣習法の存在を認めていた。ただしその効力は限定されたものであったこと、成立要件にも国家の認定を必要とする点で上杉の慣習法像と極めて類似したものであった<sup>39)</sup>。それに対して美濃部の慣習法、習律概念は非常に急進的なものである。そのため、美濃部によるこうした学説は一木より継承したものではないということが窺える。以下では美濃部の示した学説を著書の刊行順に検討する<sup>40)</sup>。

### ① 慣習法の定義

ここでは美濃部による慣習法の定義を参照する。まず確認すべきは、1912年に初版が刊行された『憲法講話』である。本書では慣習法は「長い間事実上慣習として行はれたが為に法たる力を有するもの」<sup>41)</sup>であるとされている。それ以上踏み込んだ定義は無いが、代わりにその例が列举、分類されている。具体的には、不文法の一類型として存在する慣習法の中でも、その成立領域に応じて「政治的慣習法」「行政的慣習法」「判例的慣習法」「民間慣習法」の区別をすることが可能であるという。このうち、「行政的慣習法」は行政による先例を指し、「判例的慣習法」は裁判判例と同義であり、「民間慣習法」は商慣習など私法上の慣習法を広く示している。そして、「政治的慣習法」であるが、美濃部はその一例として、日本が万世一系の天皇によって統治されることや、皇室典範以前における

皇位継承の法則をここで挙げている<sup>42)</sup>。

さて、次は“convention”に関する言及もある『憲法撮要』における慣習法の記述を確認しよう。本書では憲法上の不文法源を対象としているため「憲法的慣習法」という表現が用いられている。また、「憲法的慣習法」たる規範を生じさせるのは主として政府、議会、裁判所であるとされているが、その理由は「何レモ独立ニ憲法ヲ運用執行スル権能ヲ有シ、自己以上ニ其行為ヲ審査シテ之ヲ取消シ又ハ変更スル権能ヲ有スル者」が存在しないからである。換言すると、政府と議会及び裁判所は、国家機関としては他機関の干渉を受けない最高の地位にあるため、その決定が法としての効力を持つということが根拠となっている。そうした権威に基づく決定は人々の心理を支配する傾向があるため、結果として先例を繰り返す慣習が規律力を持つこととなる<sup>43)</sup>。

上記のような「憲法的慣習法」の例として、美濃部は「戦時中の占領地を戦後にも継続して占領していること」「帝国議会の招集が毎年12月にあること」「帝国国旗が日の丸旗であること」「中央政府の所在地が東京であること」を紹介するほか、議院の運営に関しては先例集を参考に行っていることを挙げている<sup>44)</sup>、<sup>45)</sup>。

また、慣習法と制定法の関係について美濃部は『逐条憲法精義』にて以下のように述べる。すなわち慣習法は制定法と同等の効力を有し、これを改廃することも可能であるとしながらも、「制定法ノ権威ヲ尊重スル社会感情」が存在する法秩序においては「其慣習ハ唯習俗的規律トシテ行ハルルニ止マリ国法タルカヲ有セザル」ことが一般的であると結論付ける。

そして最後に、美濃部はこうした慣習法の効力については、憲法に明文で規定されている事項についての解釈基準を提供し、条文の不足に対しては修正・補充をするほかに例外を示す機能を持つとしている<sup>46)</sup>。

## ② 習律の定義

美濃部が習律について明確に言及ようになるのは1923年初刊の『憲法撮要』が初となるが、東京帝国大学にて美濃部が憲法学を担当し始めた次年度にあたる1921年刊行の『日本憲法』の中にもその片鱗を見て取ることができる。

本書では法的に付与された権限が現実には行使されなかった例と、当初の憲法が予期しなかった憲法上の勢力が登場した例が述べられているのだが、前者の代表例としては「英国女王の法律不裁可および庶民院解散権が実際には女王の判断では行われていないこと」、後者の代表例としては政党の台頭と「日本の内閣は実質的に元老によって監督されていること」が挙げられている<sup>47)</sup>。これらは度々習律上のルールと評価される政治実務であるが、この時点での美濃部はあくまで憲法を構成する「法」のみを研究対象とするために、意図的に“convention”に相当する言葉を用いなかったということが想像できる<sup>48)</sup>。

初めて美濃部が明確に習律に関する言及を行うのは『憲法撮要』上のことである。本書では「憲法ト習俗的規律」という項目が設けられている。その定義は、「未ダ法トシテ認識セラルルニ至ラザルモ事実上殆ド法ノ如クニ行ハルル慣習ヲ謂フ」<sup>49)</sup>、<sup>50)</sup>とされ、それは他ならぬ私法領域における「事実たる慣習」であると美濃部は指摘する。そうした性質を持つ「習俗的規律」が成立する領域として、ここでは憲法外の機関である政党と元老が挙げられている<sup>51)</sup>。しかしその一方で、こうした習俗的規律に違反した例に対する制裁については語られてはいない。単に事実の問題として、「習俗的規律」は法形成に影響を与えることがあり、また、その態様としては度々既存の法と抵触するものや憲法の効力を制限するものが多いと述べるのみである<sup>52)</sup>。ともかく、本書での「習俗的規律」の性質を見ると、あくまでもその規範としての効力は事実上のものに過ぎないということが強調されていることが窺える<sup>53)</sup>。

### ③ 慣習と法の関係

先に見た『憲法撮要』において、「習俗的規律」とは私法における「事実たる慣習」であるとされていたが、この「事実たる慣習」とはどのようなものだろうか。最後に1948年に再刊行された『法の本質』から、「事実たる慣習」の項目を見てみよう。ここでも、「事実たる慣習」と関係の深い慣習法の成立要件が問題の前提となる。美濃部は慣習が法として成立するためには次のような条件が必要であるとす。

「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い。それは慣習法たり得る為には、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、義務法に在つては社会上許すべからざる不法であり、権利法に在つ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」<sup>54)</sup>。

つまり、社会に当該規範を遵守しなければならないという意識が存在することが成立要件であり、そうした規範意識がない段階では未だ「事実たる慣習」に過ぎないということが分かる。美濃部は、この区別こそが英国での「憲法的習俗」(conventions of the constitution) と「憲法」(law of the constitution) の区別に他ならないと指摘する。すなわち、この「習俗」とは、政治領域に関する「事実たる慣習」で、「未だ法たらざるもの」を意味する用語であり、この規範について違反があったとしても、それは「非立憲」であり、「不穏当」との評価が下されるに過ぎないという<sup>55)</sup>。

また、美濃部は法意識のほかにも慣習法の成立要件を提示している。それは以下の四点である。すなわち、「その慣習が相当の長い期間にわたって継続されていること」、「慣習が通常の一般社会全体に遵守されていること」、「慣習の内容自体が正義に反しないこと」、「制定法に反しないこと」である。しかし、あくまでもこれらの要件は参考程

度のものであり、結局は社会の心理状態が「慣習法」と「事実たる慣習」を区分するのだと論じられている<sup>56)</sup>。

#### (b) 宮沢俊義

宮沢俊義は1923年に東京大学法学部政治学科を卒業し、1934年からは退官した美濃部に代わって教授となり、東大にて憲法学の講義を担当した経歴を持つ。宮沢の憲法学上の特色は、憲法の「理論」と「実践」を峻別する方法論、すなわち「あるべき法」と「ある法」を別個に考察することであった<sup>57)</sup>。

宮沢は同時期の他の研究者とは違い、「日本の憲法の不文法源」というテーマについてあまり言及をしていない。具体的には、不文法源としては慣習法のみを認めて、条理法は法源としては認められていない<sup>58)</sup>。しかし成文法源として大日本帝国憲法、皇室典範、皇室令、法律、勅令、議院規則、国際条約の七つを挙げているのに対し、慣習法が如何なるものかについては彼の著書では明確な説明がなされていない<sup>59)</sup>。

他方で「憲法的習律」については宮沢による明確な言及がある。とはいえ、これも Dicey の提唱した“convention”を紹介するに止まっているため、宮沢はこうした事実上の社会規範を日本の憲法実務として利用することにはどちらかといえば消極的だったのではないかと考えられる。しかし、学説の継承を追う目的を持つ本稿では念のためその内容を確認する。

Dicey は憲法的諸規律を「憲法規範」(law of the constitution) と「憲法的習律」(conventions of the constitution) に区別している。「憲法規範」とは、裁判所によって執行される成文又は不文の規律であり、「憲法的習律」とは、裁判所によって執行されない constitutional morality のことである。具体例としては、国王は悪をなしえない、王は法律に服従する義務を免除することはできない、王の行為には必ず法律的責任者があることを要す、というような規範が前者の「憲法規範」である。他方

「憲法的習律」とは、国王には法律等の不裁可権がない、上院は金銭法案を提出できない、上院が裁判所として活動する場合はlaw lords以外の者はこれに参加してはいけない、下院の信任を失った大臣は辞職する、というような規律を指す<sup>60</sup>。

以上のようなイギリスの“convention”概念を提示しつつ、宮沢は日本において習律と考えられる政治実例をいくつか挙げている。そこでは総理大臣の選任に関して元老に諮詢すること、国務大臣は議院の不信決議を受けた際には、衆議院を解散するか辞職すること、衆議院議長と副議長は第一位の候補者が勅任されること、議院の議長と院長は評決に参加しないこと、といった慣例を紹介し、これらは日本の「憲法的習律」と考えることも可能であるという<sup>61</sup>。

これに加え、宮沢は法源として条理法の存在を認めていないことを加味すると、彼による（憲法的）慣習法の定義は、当然として慣習の存在を要件とするのに加え、少なくとも「不文の規範であり（＝成文法でない）」、「一応は裁判規範となる可能性を持つ（＝習律でない）」、ということになるだろう<sup>62</sup>。

そして、結局のところ、宮沢は少なくとも戦前期には不文法源についてそれ以上のことを説明してはなかったと思われる。例えば1940年発行の講義案を見てもその記述は全く同一であり<sup>63</sup>、上記講義案に先立つ1935年発行の講義録を見ても、これと等しい内容が記述されている<sup>64</sup>。また、1942年に出版された『憲法略説』は体系書として初めて公刊されたものと言えるが、内容としては先述の講義案を基にしているため、習律や不文法源に関する記述に変化は見られない<sup>65</sup>。

### (c) 田上穰治

本稿における戦前の東大民権派憲法学の系譜の中では最後となるが、美濃部門下であり、東京商科大学でその助手を務めたのち、美濃部、笈克彦の後任として同大学にて1941年から憲法の講義を担当した田上穰治の所説を見てみよう<sup>66</sup>。

田上は、法は事実から定立されるものとする一方で、法は「通常その実現の最終の保障として警察力或は裁判権の如き実力を要する」<sup>67</sup>のものであると定義している。これに加え、強制や刑罰によって強要されない法規範であったとしても、その違反の際に習俗や道徳違反よりも社会的非難を大きく受ける場合には、その性質は同様に強要的であるという。

そうなる、次に「習俗」がどのようなものかを把握する必要性が生じてくる。この「習俗」が“convention”と同一か確認するためにも、ここではその定義を検討する。これについて、田上は次のように説明する。

「習俗・慣習は社会の事実は無批判的に固着する社会的規範である。それは最も事実性の顕著な規範であり、現実を理想に指導する力が乏しいが、法の地盤又は素材を提供するもので……発生的観察によれば習俗から、外面的には強制力ある法を生じ、内面的には理想を固く把握する道徳を生ずるものと解される」<sup>68</sup>。

ここでは「習俗」に対応する訳語として、“custom”の他に“Konventionalregel”が列記されていることから、この「習俗」は概ね本稿における習律と同一視して良いものと考えられる<sup>69</sup>。これは、田上が「習俗」の例として元老制度や「憲政の常道」を挙げていることから推察できよう<sup>70</sup>。

### (3) 京都帝国大学学説

この節では、京都帝国大学で憲法学を教授した人物及び彼らに師事した憲法学者について検討する。具体的には、習律に関する言及のある佐藤丑次郎、佐々木惣一、田畑忍についてここでは取り扱う<sup>71</sup>。

#### (a) 佐藤丑次郎

佐々木惣一と同年の1903年に京都帝国大学を一期生として卒業した憲法学者として、佐藤丑次郎の名を挙げるができる。佐藤は東北帝国大学の初代法文学部長を務めたほか、1920年から1939

年の間、同大学にて清宮四郎の前任者として憲法学を担当していた人物でもある<sup>72)</sup>。

佐藤は1931年に初版が刊行された『帝国憲法講義』にて、“Constitutional Law” または“Verfassungsrecht”を「政治組織法」と訳した上で、日本の法制上は明文規定として憲法、皇室典範、皇室令、法律、命令がこれを構成すると説明している<sup>73)</sup>。また、日本は成文憲法を持つものに対し、イギリスは慣習、先例、判決等から憲法が成り立っている不文憲法の国であることを指摘している<sup>74)</sup>。

しかし、佐藤は成文憲法をとる日本であっても不文法を排除するものではないと続ける。

具体的には民事法分野で慣習法の成立を認める法例第二条を援用し、公法上の事項であっても「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セザル慣習」であれば「法令ノ規定ニ依リテ認メラレタルモノ」と「法令ニ規定ナキ事項ニ関スルモノ」は慣習法“Gewohnheitsrecht”として法律と同様の効力を持つとする。

他方で、慣習法と似て非なる規範の存在をも佐藤は認めている。それこそが「憲法上の成例」(convention of the constitution)であり、換言すると「憲政上の道德律」(rules of positive morality)である<sup>75)</sup>。端的に言えばこれは「裁判所ガ未ダ認メテ之ヲ慣習法トナスニ至ラザルモ、之ニ由ルニ非ザレバ円滑ニ権力ヲ行使スルコト能ハザル規範」にしてその成立には次の三つの要件が必要となる。すなわち当該規範が成文法に矛盾しないものであること、また、それが継続的に行われていること、そして、この規範なしには国家権限の行使が円滑に行えなくなる条件を満たした場合にのみ「憲法上の成例」が成立すると佐藤は述べる<sup>76)</sup>。また、この「成例」は法の前段階的規範であるため、これに違反した場合は違法(illegal)ではなく、非立憲(unconstitutional)の評価を受けるに過ぎないとしている点で、概ね佐藤はDiceyの示した伝統的“convention”概念を踏襲していると理解で

きる<sup>77)</sup>。

(b) 佐々木惣一

佐々木惣一は先述の通り1903年に京都帝国大学法科大学法律学科を卒業した。佐藤は政治学科卒業であるため、佐々木のほうがより純粋に法学研究者であったと言えるだろう。佐々木は1927年から京都帝国大学の憲法学を担当し、そのキャリアはいわゆる「滝川事件」によって彼が1933年に退職するまで続いた<sup>78)</sup>。

① 習律の定義

佐々木の習律論は、「憲法的習律」を語る前提として、まず社会に存在する「習律」と「習俗」の区別からスタートする点が特徴的である<sup>79)</sup>。その出発点として、佐々木は「社会生活ニ於ケル慣習ニシテ法ニ非ザルモノ」<sup>80)</sup>である「風習」が現実社会には存在すると説く。そして、その「風習」が細かな性質によって「習律」と「習俗」に二分されるというところから議論が始まっていく。

ここで、一方の習律とは、「社会ガ其ノ社会生活ニ於ケル人類ノ行為ノ規範トシテ希望スルモノノ慣習ニ於テ表示セラレタルモノ」<sup>81)</sup>、すなわち「規範たる風習」であり、他方の「習俗」とは「社会ガ規範トシテ希望スルニ非ザルモ事実トシテ行ハレテ慣習トナリタルモノ」<sup>82)</sup>、換言すると「事実たる風習」である。そうになると、「習俗」は規範的効力を持つ慣習ではないため、法との関係性の検討からは除外されることとなり、習律の法との差異のみが更に検討を要することとなる。

そして習律と法の区別であるが、習律の持つ特徴として、佐々木は三つの要素を次に示している。一点目の特徴は、既に述べたように、習律も社会生活上における行為の規範であるということであり、これは法と同様である。次に二つ目の特徴であるが、法は主として制定によって提示されるのに対し、習律は慣習という形をとって示されるという違いがある<sup>83)</sup>。これが両者の相違点である。そして最後に第三の特徴であるが、これは習律が社会によって希望されるものであることだと言う。

社会によって規範が構成されるという意味では法と同様であるが、その細部においてはその相違が明らかとなる。つまり、社会に要請される規範であっても、法は強要されるものであり、その違反には裁判や刑罰といった法的制裁が課されるという性質を持つ一方で、習律は単にその遵守が望ましいと思われるだけの規範であり、その違反に対しても、事実上の社会的制裁が課されるに過ぎないという性質を持つという点で、両者は異なる規範である。

以上の検討の結果浮かび上がった習律の特徴をまとめると以下になる。

習律は一応社会に存在する規範であり、この点で規範ではない「習俗」とは異なるものである。そして、習律は社会に要請される規範ではあるが、その違反に対する制裁はあくまで事実上のものに止まる。この点で法とは異質のものである。

ここまで法と対比される習律の性質について論じたところで「憲法的習律」の定義に移る。佐々木はこれを「社会が憲法上ノ事項ニ関スル規範トシテ希望スルモノニシテ慣習ニ於テ表示セラレタルモノ」<sup>84)</sup>としている。そして、詳細な「憲法的習律」の性質を見ていくと、これは制定された憲法典は当然として、憲法上の慣習法とも異なるものとされ、その一番の違いとして制定法と抵触する習律は成立しえないということが説かれている。すなわち、憲法上の慣習法は明文規定に反することが可能であるが、習律はあくまでも法よりも低次の次元に位置する規範であるため、法と抵触する習律は論理的にはありえないという。結果として、明文規定と抵触する習律はもはや事実上の規範に止まらず、(慣習)法となると佐々木は結論付ける<sup>85)</sup>。

以上のことを論拠にして、佐々木は「憲法的習律」の定義を以下のように述べている。すなわち「社会が、其ノ規範ヲ、憲法上ノ事項ニ関シ、憲法ノ規定ノ範囲内ニ於テ、事情ニ適応スル処置トシテ希望スル」<sup>86)</sup>ことによって成立する、憲法運用上

の規範こそが「憲法的習律」である。

## ② 慣習法の定義

以上で法に対する習律と、憲法に対する「憲法的習律」の概念を見てきたわけだが、ここで一旦、法源としての慣習法に目を配ることにしよう。佐々木は「日本憲法の淵源」として成文法のほかに、美濃部と同様、慣習法と条理法を挙げている。

本稿で問題とするのは憲法分野の慣習法だが、その前に佐々木の示す慣習法一般の性質について簡単に確認する。その成立要件は社会に慣習が存在すること及び社会がその慣習を規範として強要することの二つであり、後者のことは「法律確信」とも言い換えられている。これにより成立した慣習法の効力は制定法と同等であり、制定法を改廃する力を持つとされる<sup>87)</sup>。

この基準に基づくと、「憲法的慣習法」の成立要件には次の二つが必要となる。それは「一定ノ事項ニ付テ国家全体ノ立場ヨリ考察シテ、同様ノ行為ノ繰返サルルコト」と「其ノ決定ガ社会意識ニ依テ社会生活上ノ行為ノ規範ナリトシテ強要セラレルルコト」である<sup>88)</sup>。ここで注意しなければならないのは、「憲法的慣習法」の行為者は国家機関になることが大半であるが、「社会意識」とはこうした政治的アクターのみならず、一般社会全体の意識を指していることである。そのため、国家機関が先例に則って行う行為であっても、「憲法的慣習法」となる場合もあるし、「憲法的習律」となる場合、または単なる事実上の一致に過ぎない場合もあると佐々木は指摘している<sup>89)</sup>。

そして、最後に「憲法的慣習法」の持つ効力であるが、これは慣習法の一つであるため、既に制定された大日本帝国憲法の条文を改廃する力を持つと述べられている<sup>90)</sup>。これは憲法より低次の規範と見なす市村の慣習法概念との大きな相違点である。

## ③ 習律と慣習法の関係性

以上のように佐々木は「憲法的習律」及び「憲法的慣習法」について詳細な定義を展開した。そ

の結果佐々木は、次のような事項は「憲法的習律」であるという。第一に、帝国議會を内閣の所在場所に招集すること、内閣を帝都に置くことという取り決めである<sup>91)</sup>。また、最も重要な「憲法的習律」として、内閣が議会の信任を失ったときには辞職することと、内閣組織の大命は時の議会の多数党の党首が行うことを挙げているが、これらは実際の政治慣行の中では未だ成立していないことを付言し、「将来此ノ種ノ憲法的習律ノ成立ニ努力スルコト我國民ノ責務ト云フベシ」としている<sup>92)</sup>。

このように、具体的な「憲法的習律」が示されているわけだが、佐々木は習律に関してもう一点興味深いことを述べている。それは、法と習律の区別においてはその規範の内容そのものは問題ではないとしている点である。例えば、議会在内閣の不信任を議決した際に内閣は辞職すべきであることや内閣総理大臣は議会在における多数の代表者を有す政党から選出されるべきであること、貴族院は衆議院の可決した予算の議決を尊重すべきことといったルールは、「憲法的習律」という形式をとっても、明文の憲法の規定としても、何らの問題を惹起することはないとしている<sup>93)</sup>。

#### (c) 田畑忍

佐々木に師事した研究者のうち、田畑忍はその著書において明確に習律についての言及を行っている。大日本帝国憲法時代の体系書『帝国憲法逐条要義』中では、法の淵源として非制定法たる不文法 (ungeschriebenes Recht) を慣習法 (Gewohnheitsrecht) と条理法に区分するほか、「憲法的習律」についても言及されている。その中でもここでは慣習法と「憲法的習律」の定義を確認する<sup>94)</sup>。

#### ① 習律の定義

田畑は『帝国憲法逐条要義』において、法と習律、道徳、宗教をそれぞれ区別して論じているが、本稿ではこのうち習律と法の関係についてのみを検討する。

第一に、習律とは社会的規範としての風習であ

って、この点で社会意識としての「習俗」とは区別される。「習俗」は規範ではないため、法との関係を論じる必要は生じない。問題となるのは習律である。ここで田畑は習律の特徴を3点挙げている。まずは、法と同様に社会的規範であること、次に法と違って国家による制定を伴わない社会的規範であること、最後に国家的強制力（及び国家的制裁）を伴う法と異なり、習律は単に社会的拘束力（または社会的制裁）のみを有することが田畑の述べる習律の特徴である<sup>95)</sup>。

以上を一般的な習律としたところで、田畑は「憲法的習律」の説明に移る。習律とは上記のように、慣習を基にした社会的規範であり、国家による制定、強制を伴わない規範であるが、「憲法的習律」とは、憲法上の事項について存在するこうした規範のことを指すとここでは定義される。そして、その発生の要因としては次のような2種類が存在するという。一方は憲法外機関における政治実務（例えば政党や元老）、もう一方は憲法上の機関が制定憲法と抵触する慣行を成立させる場合である。ここで重要なのは憲法制定法及び憲法慣習法と憲法的習律の間には規範の内容的な差異は存在しないと説かれていることである<sup>96)</sup>。

#### ② 慣習法の定義

続いては習律と類似した存在である慣習法の定義を見よう。田畑は慣習法を「国家の一定の機関に依りて制定せられたる法ではなくて、すでに当該社会に於て慣習として存在せる社会的規範を、国家が何等かの形に於て法として認容したるもの」<sup>97)</sup>としている。ここでいう社会的規範とは、既に見たように、「習俗」（単なる慣習）とは区別される習律を指すものである。加えて習律とは異なった、慣習法としての成立要件としては当該社会規範が国家的社会に係る規範であることと、国家が当該規範を法であると認容することが示されている<sup>98)</sup>。

以上のような性質を持つ法規範が慣習法ということになるが、大日本帝国憲法を運用する中で「憲

法的慣習法」が制定法規範の他に存在する。一般的な慣習法との大きな違いは、「憲法的慣習法」の基礎となる国家機関（政府や議会、裁判所）の行為は、他の社会的慣習よりも遥かに規範的な存在だということである。そして、その効力は制定法と同等であるため、「憲法的慣習法による憲法的制定法の改廃変更の事実を認めざるを得ぬ」<sup>99)</sup>と指摘する一方、そうした慣習は国家の認容を得ることが困難であるために「憲法的習律」のレベルに止まることが多いだろうともしている。また、先述したように、憲法外の制度である政党や元老の行為も、これと同様に「憲法的慣習法」を形成しにくいためやはり「憲法的習律」に止まることが多いということが説示されている<sup>100)</sup>。

### 3. 小 括

本章では憲法が学問の対象となった19世紀末から日本国憲法制定までの期間に習律がどのように論じられたかを検討してきた。戦前の憲法学における習律の論じられ方は以下のように整理することができる。

第一に、日本最初の憲法学者が誰かという問いを棚上げしても、憲法学という学問が成立した当時から英国の“convention”に対する高い注目度があったことが確認できる。元々諸外国の憲法を扱う意図のあった末岡や高田、合川に加え、日本固有の憲法を追及した穂積ですら英国の憲政への言及を行っていることから当時の憲法学にとって習律は無視できない存在であったということが分かる。

二点目として指摘できることは、習律と慣習法に対して最も積極的に言及及び評価を下したのは、三通りの系譜に共通して二代目の憲法学者（上杉、美濃部、佐々木）であったということである。彼らの師はいずれも習律はもとより慣習法の存在に対しても否定的であった。これに対して美濃部や佐々木は慣習法に制定法と同等の効力を認めた上で習律についてもその規範力を認めている。これ

に対しては Georg Jellinek の影響を見て取ることができるだろう。上杉も含む彼らが Jellinek に多大な影響を受けたということは論を俟たないが、それは特殊イギリス的な規範である習律の理解にも波及したということは違和感なく受け入れることができるだろう。

最後に、戦前の習律概念の理解として概ね共通するのは以下の要素であった。すなわち①既に該当の慣習が存在することが必要である。②あくまでも事実上の規範であり法規範を改廃する効力は持たない。③憲法典に抵触する習律は存在しえず、こうした（抵触する）規範は慣習法と見なされる。このような理解に基づくと、本稿が前提とする「解散権を制約する習律」は「習律」として考えることは果たして可能だろうか。憲法が内閣の無制限かつ恣意的な解散を要請するものと捉えない限りはこうした制約は憲法に抵触しないと判断できる。しかし、未だ適切な実例の存在しない規範を習律として扱うことは戦前の憲法学上の理解からは困難だということが窺える<sup>101)</sup>。次章では、この課題を深瀬に至るまでの憲法学が克服していたのかに注目しながら戦後初期の学説史を検討したい。

## III 戦後憲法学と習律

この時期は、大日本帝国憲法から日本国憲法へと憲法典の変動があり、憲法学そのものにも大きく変化があった時期であると言える。旧来の憲法学者は、新憲法と習律の関係に際してどのような解釈を示したであろうか<sup>102)</sup>。この節では、これを検討する対象としてまずは、二つの憲法に向き合った研究者である清宮四郎、鵜飼信成、松岡修太郎の所説を参照する。

また、後半では美濃部、佐々木の二代後の世代にあたる佐藤功、野村敬造、佐藤幸治、そして本稿の出発点となる深瀬忠一の示した習律にまつわる学説を見ることで学説史の旅に一旦の幕を下ろすこととする<sup>103)</sup>。ここからは習律自体の性質が分

析される一方で、日本国憲法の実際の運用における習律の具体的事例の探求も並行して行われる時代へと移り変わる。

### 1. 清宮四郎・鶴飼信成・松岡修太郎

ここで取り上げる三人には、美濃部に師事したということに加え、戦前に京城帝国大学での教員経験があったという共通点がある<sup>104</sup>。こうした事情を踏まえると、時期としては明治憲法期に配するのが適切であるが、いずれも明治憲法期の著作では習律に関する説明を見出せないため便宜上ここに位置付けた。

清宮四郎は、まず法を成文法と不文法に区別した上で、後者の多くは慣習法や判例法からなると説いている<sup>105</sup>。その上で慣習法とは「多年の慣行が一般国民の法的確信を得ることによって成立する」<sup>106</sup>もので、日本国憲法の運用上成立することは稀であるという。加えて、憲法領域の慣習法の例として、領土、国旗の定めのほか、国会の議事を紹介している。また、その一方で明治憲法下における統帥権の独立も慣習法の一例とされている<sup>107</sup>。

なお、清宮はイギリスの“convention of the constitution”を、裁判所によっては執行されない「憲法の習律」であるとする一方で、日本における不文法の一つとしては、慣習法があるとしか述べず、日本の憲法運用上、習律規範が存在すると明確には主張していない点には注意する必要がある<sup>108</sup>。

また、鶴飼信成は憲法習律について、「憲法上の不文法であっても、それが旧来の政治勢力に対して、新たに成文の根拠と限界とを要求しつつある新しい政治勢力が事実上獲得した権限規範である場合には、それに法的な効力を認めることは、憲法の歴史的・政治的性格からいって当然のことといわなければならない」<sup>109</sup>として、英国では多くの「憲法習律」が認められていることを指摘している。

そして、松岡修太郎も英国において「実質的な

憲法的諸規定は、普通法律・慣習法・判例・または政治道徳律とでもいふべき習俗律(Conventions)などの形式をもって散在している」<sup>110</sup>と、鶴飼と同旨を論じている。

以上の清宮、鶴飼、松岡による習律に対する説明を見ると、三者共通して、習律が英国に存在する規範であることを強調しているものの、その日本における運用については全く触れられてはいないことが分かる。清宮による慣習法の成立要件を見ても、慣行の存在と国民の法的確信をその要件とするため、習律との明確な差異を見出すことは困難である。また、鶴飼の説く習律概念も「法的な効力を認める」とされている一方で、法規範との具体的な異同についてはいまひとつ不明瞭なままである。このように彼らによる習律概念は、師である美濃部と比較すると慣習法との差が明確ではなくなっているということが指摘できよう。

### 2. 佐藤功・野村敬造

佐藤功と野村敬造は共に宮沢俊義の門下という共通点を有している。

佐藤は成文憲法と不文憲法の分類を説明する際に、英国の“Constitutional Conventions”を「憲法的習律」とし、英国の不文憲法の特質は、他の国では憲法典の重要な内容をなす諸原則が慣習法または習律として実施されていることを指摘している。他方で成文憲法を持つ国であっても、憲法典の運用に関する慣行が長期間に亘って継続されるような場合には、それは「不文憲法上の原則」として認められることもある<sup>111</sup>。

また、野村は佐藤と同様に成文憲法と不文憲法の説明の中で、憲法習律について以下のように言及している。

「他の諸国において、憲法典に定められるべき事項が、英国においては、或は法律として存在し或は慣習法又は憲法的習律(constitutional convention)として存在する。即ち、一方において、1679年の人身保護法、1700年の王位継承法、1911年の

国会法として成文化され、又は、現在なお、法律としての効力を持つ1215年の大憲章、1628年の権利請願、1689年の権利章典が存在する」<sup>112)</sup>としながら、「憲法習律」に関しては、

「然し、それ以外の重要な憲法的規律、例えば議院内閣制、国王の政治的無答責等については、慣習法又は憲法的習律として存在する。第一次大戦又は第二次大戦後の諸国の成文憲法が詳細に規定する原則が、英国においては、慣習法または習律として行われている」<sup>113)</sup>と述べている。

以上の記述から分かるように、佐藤と野村は習律について、基本的に英国特有の事項であるように説明していることが分かる。また、野村の言う慣習法と憲法的習律の差異について踏み込んだ説明はなされていない。しかし、「憲法の変遷」の文脈において「慣習または不文法による憲法の変遷は認められないが、それは不文法の成立の余地を全く禁止するものではない」とした上で、佐藤丑次郎と同様に法例第2条を参照しているため、野村のいう慣習法も戦前の憲法学における「憲法的慣習法」と同義のものとしてよいだろう。とはいえ両者の説明共に慣習法と習律の境界線が定かではなく、日本で習律規範が成立するかについて明確な解答を見出すことは難しい。

### 3. 佐藤幸治

佐藤幸治は、佐々木惣一に師事した大石義雄の指導を受け、京都大学を卒業している<sup>114)</sup>。佐藤は憲法法源の中には慣習法、判例、条理（あるいは学説）、習律が不文法源として存在しうると説いているが、慣習法と習律の構成要件が説かれているため、その異同を検討することができる。

前者は「一定の行為が長期にわたって反覆持続され、そこに明確な規範意識が発生し、国家がその規範を強要するもの」<sup>115)</sup>であり、これは「憲法的慣習法」または「慣習憲法」と呼称されることとなる。

他方、「実際上は法的規律とほとんど同じように

遵守され、国家としても遵守されることを待望するけれども、国家としてそれを強要するという程には至らず、それに違反することがあっても不法とはいわれぬような類のもの」<sup>116)</sup>もあり、こうした規範がすなわち「憲法的習俗律」あるいは「憲法的習律」であると佐藤は区分している。

また、更にもう一点の区別として、憲法典の文言に反する「憲法的慣習法」は論理的にありえず、そうした規範は「憲法的習律」としてのみ認めうる余地があるとしている<sup>117)</sup>。

以上のような慣習法と習律の定義を佐々木のものと比較すると、類似性と相違点の両面を兼ね備えていることが分かる。前者としては、慣習法には社会または国家による強制作用が伴うという指摘である。慣習法の成立に国家の認定を要とした市村や田畑の説明も合わせると、概ね国家の積極的関与を要するという要件が継承されてきたということが窺える。その一方で、憲法典と反する慣習を如何に扱うかという問題については判断が分かれている。佐々木はこうしたルールを慣習法と解すのに対し、田畑と佐藤は習律と解している。従来憲法典に反する慣習を問題としてきた「憲法の変遷」との差異を明確にするためにも、この観点は特に意識する必要があるだろう。

### 4. 深瀬忠一

深瀬忠一は、東京大学在学中に宮沢俊義の指導を受け、卒業後は北海道大学にて退官まで教鞭を執ったほか、同大学にて法学部長も務めた<sup>118)</sup>。冒頭に示したように、解散権に関する習律の可能性を示したほか、憲法九条に関わる訴訟に携わったことも重大な業績であろう。

深瀬は内閣による衆議院の解散は「習律上の制約」に服すべきであることを説いた上で、このような制約として国政上の具体的な事案を想定していたが、一方で憲法習律そのものの性質については解散権に関する論説以外で言及されているものは見受けられない<sup>119)</sup>。

ここでいう憲法習律とは第一に「単なる政治道徳律以上の強行性を持つ法的規範である」<sup>120)</sup>。更にDiceyによる区分を踏襲し、習律は法律外的(extra-legal)規範であって、裁判所による強制に馴染まない規範であるが、憲法規範の一部分をなす「法的規範」であると説明される<sup>121)</sup>。加えて1985年論文「解散権問題と定数違憲判決」においては、憲法習律(constitutional conventions)とは、裁判所が解釈、適用、強制する憲法法律(constitutional laws)ではなくとも、内閣、国会、国民の規範意識によって維持される憲法規範であり、これに違反した場合には取捨不可能な程の混乱を生じ、窮極的には法違背の制裁を蒙るような規範であると説明する。その上で、習律規範は「ほとんど法律と同様」の強行性を持つのだと結論付けている<sup>122)</sup>。

深瀬による定義を見ると、習律の性質自体は、伝統的な定義を踏襲していると言える。しかし、習律の実際の運用に関して注意すべき点が一つある。すなわち、深瀬は憲法習律の淵源について「我が国及び諸外国の解散制の歴史及び経験から帰納される」<sup>123)</sup>としているが、これは、深瀬以前の習律論及び慣習法論では指摘されなかったところである。明治期から始まる「慣習と法」の議論においては、あくまでも自国に慣習が存在していることが大多数の前提となっていた。それに対し、深瀬の説く習律は、自国にはそうした慣行が存在していません、実際の拘束力を持つとされている。

## 5. 小 括

本章では日本国憲法の解釈に際して習律がどのように扱われてきたかを引き続き研究者の系譜に沿って検討してきた。ここでは戦前の憲法学との相違点を踏まえながら習律概念を振り返りたい。

第一に、習律の概念であるが、戦前は基本的に「憲法典に抵触しない事実上の規範」であることが重視され、慣習法とは別種の規範であることが十分に意識されてきたが、そうした学説を継承と思

われた清宮や佐藤功らの理解との間には相当の変化があったことが推察できる。習律に「法的な効力」を認めるとした鶴飼や、憲法典に反する慣習法は論理的には習律であると説く佐藤幸治、そして自国に止まらず海外の経験を基にした習律の成立を認める深瀬の立場は戦前の習律の特質を大きく揺るがしかねない主張となっていた。

更に、美濃部を中心とした戦前期の学説は、いわゆる「憲政の常道」のような日本の政治実務における習律の存在想定していたことは対照的に、戦後初期の学説では習律とはあたかも英国特有の規範体型であるかのような説明がなされていることも注目すべき特徴である。こうした変化があった理由としては、次のような背景から説明することが可能だろう。すなわち日本国憲法が大日本帝国憲法と比較すると条文の内容がより網羅的になり、憲法が予定していない政治状況を想定することが困難になったということが指摘できる。また、大日本帝国憲法は非民主主義的な要素をも備えていたのに対して、日本国憲法は一貫して民主主義の精神を貫く構造となっていることも、「憲法典に反する慣習」に対する評価の変化の一因として考えることができるだろう。戦前は憲法に反する民主的な慣習を積極的に規範付けるために用いられた習律であったが、戦後では非民主的で恣意的な憲法運用を正当化するために悪用されかねないこととなった。このことは、習律の議論がやがて憲法変遷の問題に取り込まれていったこととも無縁ではないだろう。

ともかく、憲法習律の性質という問いに対して包括的かつ網羅的な共通認識を示すことは困難であり、戦前と戦後の学説状況を比較するだけでも更なる詳細な検討が要されることが理解できる。このように、戦前と大きく変化した習律の理解を踏まえ、現在の日本の課題状況に対しどのような示唆がもたらされるか、最後に若干の検討を行うこととした。

#### Ⅳ おわりに

本稿では日本の憲法学において憲法習律がどのように論じられてきたか、戦前と戦後の二つの時期に区分し、とりわけ慣習法との相違点を踏まえて検討を行ってきた。戦前期には慣習法とは全く別個の規範類型として習律の存在を肯定する学説が多数見られたが、結論として両者の差異を提示するならば以下になるだろう。すなわち、「憲法慣習法」とは、成文憲法典に記載された事項または憲法制定以前からの慣行に関係して成立する法規範であり、その要件には社会ないし国家による積極的な関与が必要であると考えられていた。これに対して、「憲法習律」とは憲法典に記載のない事項、または憲法が当初予定していなかった事項としての慣行に結び付いた、法規範ではない事実上の社会規範であると解されていた。

また、戦前期の学説を系譜ごとに分類して分析したが、その結果として習律の成立を比較的緩やかに容認する美濃部や佐々木の立場とこれを殆ど否定する上杉の立場に二分して考察することができた。条文としては天皇に主権を認めるのに対し、実務的には民主主義的な憲法運用が志向されたということも鑑みると、これは従来の国体論や政体論に基づいた衝突と同様の対立軸であると言えるだろう。その上で、日本固有の習律論の創始者は佐々木惣一であると評価することができる。その理由は「習律」の語を初めて用いたというだけではない。美濃部は Jellinek に依拠し、習律に止まらず憲法の変遷をも肯定した。一方の佐々木は憲法の変遷という現象は否定しつつも事実上の規範たる習律の効力を容認したからである。習律に特有の意義を求めるとすれば、佐々木の示した習律概念を踏まえた議論が第一の前提となるだろう。

そして戦前とは一転して、日本国憲法の解釈に際した習律の立ち位置は非常に不明確なものとなった。すなわち一度は日本の政治実務に見出された習律は、再び英国に特有の現象と見なされるよ

うになった。また、これに付随して、習律の性質自体も大きく変容して論じられたことにも注意する必要があるだろう。かつては法規範とは別個の社会規範であった習律はいまや「一種の法規範」として扱われている。更には憲法典に抵触する慣行こそが習律と解されるような事態にもなっている<sup>124)</sup>。現在の憲法学では、憲法習律の議論は概ね深瀬による解釈を出発点としているが、深瀬の想定する習律概念はそれ以前の多数の説とは異なり、「先例なき習律」をも想定する構造となっていることには十分に意識的である必要があるだろう<sup>125)</sup>。衆議院解散権について未だに妥当な憲法習律が形成されていないと指摘される今日、改めて習律そのものの特徴を検討する必要性は決して低下してはいない。日本においてはドイツ国法学の影響が習律の理解にも及んでいることにも言及したが、とりわけ、戦前の美濃部と戦後の芦部が共に、憲法習律及び憲法変遷の理解に対して Julius Hatschek の示した“Konventionalregel”概念を参照したことを鑑みると、英国での議論の蓄積に留まらず、成文憲法典を有し憲法変遷が主として論じられてきたドイツにおける議論をも詳細に分析することが、日本における実務上の習律概念を解明する一つの手がかりへとなっていくことだろう。そして最後に、深瀬が示したような普遍的な習律概念、すなわち他国の経験をも借用できる規範像を設定するための取り組みを次の課題として検討する必要がある。本稿は習律に関する議論の出発点を明らかにし、更なる検討の必要性をささやかながらも提示することでその目的を達成するものである。

#### 注

- 1) 深瀬忠一「衆議院の解散—比較憲法史的考察—」田中二郎編『日本国憲法体系 第四巻 統治の機構 I』（有斐閣、1966年）127-210頁。また、同「解散権問題と定数違憲判決」ジュリスト830号（1985年）55-64頁でも解散権と習律の関係が論じられている。
- 2) 習律によって解散権を制約すべきとする立場とし

- て、高見勝利「解散制度と国民主権」奥平康弘、杉原泰雄編『憲法学4 統治機構の基本問題Ⅰ』（有斐閣、1976年）82-97頁、中村睦男「衆議院の解散」同『憲法30講』（青林書院、1984年）213頁、樋口陽一『憲法Ⅰ』（青林書院、1998年）322頁、大石眞「衆議院解散権の根拠と習律上の制約」同『憲法秩序への展望』（有斐閣、2008年）280-281頁、赤坂幸一「解散の原理とその運用」大石眞ほか編『各国憲法の差異と接点 初宿正典先生還暦記念論文集』（成文堂、2010年）155-157頁、長谷部恭男『憲法〔第七版〕』（新世社、2018年）402-403頁、岩切大地「解散権の制限—イギリスにおける実例から検討する」法律時報90巻5号（2018年）36頁などが挙げられる。
- 3) 習律の性質を分析する近年の研究として、原田一明『議会特権の憲法的考察』（信山社、1995年）、木下和朗「司法審査における憲法習律の援用に関する覚書—イギリスにおける議論の素描—」『深瀬忠一先生の人と学問』刊行委員会編『深瀬忠一先生古稀記念 深瀬忠一先生の人と学問』（1997年）132頁以下、内野広大「憲法と習律 Dicey 伝統理論と「議会主権論」の基底にあるもの」法学論叢166巻3号（2009年）108-132頁・167巻1号（2010年）142-169頁・167巻4号（2010年）126-141頁、同「習律の理論的根拠についての一考察 イギリスにおける「多元論」の憲法概念に関する論争を手がかりに」法学論叢172巻2号（2012年）63-81頁・173巻3号（2013年）80-100頁・173巻5号（2013年）51-76頁などが挙げられる。
- 4) 木下和朗「日本における首相統治の制度基盤とその統制」辻村みよ子編『憲法研究 第5号』（信山社、2019年）72頁参照。
- 5) 小堀眞裕「英国議会「自由な解散」神話 解釈主義政治学からの一元型議院内閣制論批判」（晃洋書房、2019年）187頁は、「戦後の憲法学者たちは、政権が衆議院解散権限を濫用しないように、習律によって政権を抑制しようとした」ことを指摘する。
- 6) ただし、高柳賢三と伊藤正己の業績を取り上げる原田・前掲注3）や、佐々木惣一「の習律概念を参照する内野・前掲『憲法と習律』110-115頁のように、日本における習律の議論が全く顧みられなかったというわけではない。なお、高柳と伊藤が習律を論じたものとして、高柳賢三『英国公法の理論』（有斐閣、1948年）354-362頁、伊藤正己『イギリス公法の原理』（弘文堂、1954年）89-96頁などが挙げられる。
- 7) 憲法変遷の議論の中で憲法習律を説明するものとして、粕谷友介「『憲法上の習律』試論」上智法学論集19巻2・3号（1976年）112-113頁、時本義昭「憲法上の習律」ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ3『憲法の争点』（2008年）344-345頁などが挙げられる。
- 8) 末岡は欧州留学後の1886年から1894年まで、東京大学にて日本人初となる国法学講座担当者を務めていた。高見勝利「講座担任者から見た憲法学説の諸相—日本憲法学史序説—」北大法学論集52巻3号（2001年）5-8頁（以下、高見「学史序説」と略記）はその事実に基づいて彼を「最初の憲法学者」とする。当時の東京大学には憲法学よりも国法学の講義が先行して存在していたが、その実際の内容は欧米諸国の憲法について学ぶ比較憲法学となっていた。末岡については家永三郎『日本近代憲法思想史研究』（岩波書店、1967年）（以下、家永『思想史研究』と略記）、鈴木安蔵『日本憲法学の生誕と発展』（叢文閣、1934年）（以下、鈴木『生誕と発展』と略記）参照。
- 9) 末岡精一『比較国法学』（博文館、1899年）193頁。
- 10) 末岡・前掲注9）96-97頁参照。
- 11) 吉田は慶應義塾卒業後、大隈重信による立憲改進黨設立に参加、その後は尾崎行雄と共に郵便報知新聞記者となった経歴を持つ。
- 12) 代士威著、吉田喜六訳『憲法論』（集成堂、1889年）41頁。底本は第2版である。
- 13) 高田は1882年の東京大学文学部卒業後に吉田同様、立憲改進黨に参加し、また東京専門学校の設立運営に尽力した人物である。高田については、高見「学史序説」、鈴木『生誕と発展』参照。
- 14) ダイシー著、高田早苗訳『憲法論』（東京専門学校、1895年）、エー・ヴィ・ダイシー著、高田早苗＝梅若誠太郎共訳『英国憲法論 附英国憲法講義』（東京専門学校出版部、1899年）参照。
- 15) また、1933年に高塚謙という人物がDiceyの著書を翻訳したものも出版されているが、ここでも同様に“convention”は「默契」とされている。参照、エイ・ヴィ・ダイシー著、高塚謙訳『英国憲法論』（広文堂書店、1933年）。
- 16) 合川は東京大学卒業後、元老院御用掛などを務めた後、英吉利法律学校、専修学校などで憲法学を講じた経歴を持つ。また、合川が1881年に私家版として『憲法原則』を発行したことを理由に、家永三郎

- 『日本憲法学の源流 合川正道の思想と著作』（法政大学出版部、1989年）2-3頁は彼を「アカデミズム憲法学の創始者」と評している。合川については高見「学史序説」、鈴木安蔵『日本憲法学史研究』（勁草書房、1975年）（以下、鈴木『学史研究』と略記）も参照。
- 17) 以下、『憲法要義』『徳義憲法論』ともに、家永・前掲注16) 所収のものを参照した。
- 18) 家永・前掲注16) 72-73頁参照。
- 19) 家永・前掲注16) 74頁。
- 20) 家永・前掲注16) 75-76頁参照。
- 21) 家永・前掲注16) 77頁。
- 22) 家永・前掲注16) 78頁参照。ここまでの『憲法要義』で示された論旨と同一の内容が、『徳義憲法論』でも展開されている。こちらは家永・前掲注16) 99-104頁参照。
- 23) 長谷川正安『日本憲法学の系譜』（勁草書房、1993年）107-108頁（以下、長谷川『憲法学の系譜』と略記）は、穂積が初めて憲法学としての体系的学説を提示したことを理由として、彼を「オーソドックスな」日本憲法学の創設者であるとしている。
- 24) 穂積については、長尾龍一「穂積八東」潮見俊隆・利谷信義編『日本の法学者』（日本評論社、1975年）97-113頁、同『日本法思想史研究』（創文社、1981年）（以下、長尾『法思想史研究』と略記）、高見「学史序説」、家永『思想史研究』、鈴木『生誕と発展』、鈴木『学史研究』、長谷川『憲法学の系譜』参照。
- 25) 穂積の代表作『憲法撮要』（有斐閣、1911年）149頁では「憲法ノ実質ヲ成スノ法則ハ不文ノ慣習ニ存スル物アリ」と述べられるのみで、他に法源について具体的説明を見出すことはできない。
- 26) 穂積が不文法源に言及しなかった理由の一つとして、彼が大学では憲法学の授業のみを担当していたことが考えられる。当時、公法系の講義として、国法学、憲法学、行政法学が存在していたが、国法学は諸外国との比較を通じた共通の憲法原理を探求する一方で、行政法学は憲法運用に関する法律全般を取り扱っていた。そうすると憲法学の任務としては憲法典の解釈しか残されていなかったということが想像できる。しかし、日本がその学問体系を輸入したはずのドイツでは、「国法学」は「憲法学」と同義に用いられた言葉であった。この学問の関係については、樋口陽一『比較憲法（全訂第三版）』（青林書院、2000年）11-14頁参照。
- 27) 穂積八東著、上杉慎吉編『憲政大意 故法学博士穂積八東先生遺稿』（穂積八東博士遺稿憲政大意発行所、1917年）205頁参照。なお上杉編纂ではあるが、彼の著作では後に見るように「実行儀則」「例格」と訳されているため、「成例」の訳は穂積によるものと考えられる。
- 28) なお、穂積の生前の論文である、穂積八東「英国風ノ政党ノ武士道」穂積重威編『穂積八東博士論文集 増補改版』（有斐閣、1943年）所収（初出1910年）867頁では“convention of the constitution”が「法則及慣例」と訳されている。
- 29) 穂積・前掲注27) 203頁参照。
- 30) 穂積八東「新憲法ノ法理及憲法解釈ノ心得」穂積重威編『穂積八東博士論文集 増補改版』（有斐閣、1943年）所収（初出1889年）10頁では「憲法成典ハ必スシモ憲法ノ全体ニアラサルヲ以テ我新憲法ヲ解釈セントナラハ日本国体史ハ勿論苟モ新憲法ニ抵触セラル以上ハ古来ノ法令習慣ヲ参酌シテ解釈ヲス可キコト」と述べられている。
- 31) 上杉については井田輝敏「上杉慎吉 天皇制国家の弁証」（三嶺書房、1989年）、長谷川正安「上杉慎吉」潮見俊隆ほか編『日本の法学者』所収、高見「学史序説」、鈴木『学史研究』、長谷川『憲法学の系譜』、長尾『法思想史研究』参照。
- 32) 上杉慎吉『新稿帝国憲法』（有斐閣、1922年）359頁。
- 33) 上杉・前掲注32) 360-361頁参照。
- 34) 上杉慎吉『帝国憲法』（清水書店、1905年）103頁。
- 35) 上杉・前掲注32) 360頁。
- 36) 上杉・前掲注32) 358-359頁参照。また、上杉はここで類似の事案としてドイツ帝国憲法に規定されるブデスラートの閉会がなされなくなったことで、これが常設会議となったと解された例を挙げている。しかし上杉は「法の変化」を認めず、明文の規定は、その事実上の運用によっては効力を変ずることはないとする。
- 37) 正確には東京商科大学の憲法学講座としては、美濃部と田上との間に寛克彦が担当していた1935年からの5年間の期間もある。本稿では、寛は“convention”について言及していないことを理由にその法理論には立ち入らない。なお、寛について論じたものとして、石川健治「権力とグラフィクス」長谷部恭男・中島徹編『憲法の理論を求めて—奥平憲法学の継承と展開—』（日本評論社、2009年）251頁以下

参照。

- 38) 美濃部については、家永三郎『美濃部達吉の思想的的研究』（岩波書店、1964年）、奥平康弘「美濃部達吉」潮見俊隆ほか編『日本の法学者』所収、高見「学史序説」、鈴木『生誕と発展』、鈴木『学史研究』、長谷川『憲法学の系譜』、長尾『法思想史研究』参照。
- 39) 一本喜徳郎『国法学』（出版社不明、1899年）21-33頁参照。
- 40) また、美濃部を初めとした戦前期の研究者は、不文法源として慣習法のうちに理法が存在を認める者も多いが、理法は条理を基礎とする点で過去の慣行に基づく習律との関連性が低いと判断し、本稿では割愛する。
- 41) 美濃部達吉『憲法講話』（岩波書店、2018年）501頁。
- 42) 美濃部・前掲注41）501-502頁参照。
- 43) 美濃部達吉『改訂 憲法撮要』（有斐閣、1946年）111頁では、『憲法講話』と同様に慣習法が「民間慣習」「行政慣習」「司法慣習」「政治慣習」に分類されており、とりわけこの中では中央権力による「政治慣習」が「憲法的慣習法」の淵源であるという記述に置き換わっている。
- 44) 美濃部達吉『憲法撮要』（有斐閣、1923年）119-120頁参照。また、改訂版である美濃部・前掲注43）111-112頁では「国家と神宮神社の関係」「国家と宗教の関係」「首都、国旗、暦法」「議会招集の場所」「議事慣習」が「憲法的慣習法」の例として挙げられている。
- 45) また、美濃部達吉『逐条憲法精義全』（有斐閣、1927年）34-35頁でも「憲法的慣習法」の例として天皇の祭祀大権・頒曆大権、帝都・国旗・国語の指定が挙げられている。なお、同28-31頁で法律は裁判所により維持されるのとは対照的に、憲法の大部分は裁判所による強制に馴染まず、違反への制裁が予期されていないと美濃部が指摘していることは、「法」と「習律」との区別を考える意味で重要な意味を有しているように思われる。
- 46) 美濃部・前掲注45）34-35頁参照。
- 47) 美濃部達吉『日本憲法』（有斐閣、1921年）35-36頁、40頁参照。
- 48) 本書中では、英国の代議制に基づく政体を立憲政体と呼ぶ「慣例」ができ（348頁）、英国では議院内閣制が「慣習」となった（356頁）との記述があるが、こうした表現が統一的に用いられているわけではないため、あくまでも一般的用語としてこれらの語句を用いたとする方が妥当だろう。
- 49) 美濃部・前掲注44）123頁。また、改訂版である美濃部・前掲注43）112頁では「殆ど法ノ如クニ遵奉セラルルコト通常ナル」政治慣習が「憲法的習俗律」とであるという説明に置き換えられている。
- 50) 美濃部達吉『議会制度論』（日本評論社、1946年）396頁では、「ダイシイは、イギリスの憲法的習俗律（conventions of the constitution）の一例として…」とされていることから、『憲法撮要』における「習俗的規律」ないし「憲法的習俗律」は、本稿の対象たる“convention”と同一視して良いものと思われる。
- 51) 改訂版である美濃部・前掲注43）112-113頁では「内閣が衆議院の多数党から作られること」「総辞職に伴う新内閣の組織に際して重臣に諮詢すること」「衆議院議長として、当選した第一候補者を勅任すること」「貴族院は内閣不信任決議をなすことができないこと」「衆議院の解散は同一原因につき一回しか行えないこと」が挙げられている。
- 52) 美濃部・前掲注44）123-124頁参照。
- 53) 改訂版である美濃部・前掲注43）113頁では「習俗律」違反は違法として認められることはなく、ただ「非立憲」で「不穏当」の行為に止まるとされている。
- 54) 美濃部達吉『法の本質 [第一版]』（日本評論新社、1952年）151-152頁。
- 55) 美濃部・前掲注54）152頁参照。ここにある「非立憲であり不穏当に止まる」という一節は改訂版の『憲法撮要』と等しいものである。おそらく、これが美濃部の“convention”違反に関する評価としての終着点と見てよいだろう。
- 56) 美濃部・前掲注54）153-154頁参照。
- 57) 宮沢については、高見勝利『宮沢俊義の憲法学的研究』（有斐閣、2000年）、丸山眞男「法学部三教授批評」同『丸山眞男集第一巻』（岩波書店、1996年）35-37頁（初出1937年）、高見「学史序説」、長尾『法思想史研究』参照。
- 58) 宮沢俊義『憲法講義案Ⅰ』（宮沢俊義、1936年）13頁参照。本書は東京帝国大学の憲法第一講座を実施するために作られた私家版である。高見・前掲『宮沢俊義の憲法学史研究』456-465頁参照。
- 59) 宮沢・前掲注58）14-18頁参照。
- 60) 宮沢・前掲注58）19頁では、こうした規範は「法」

ではないが、「法」に転化することもあると説明されている。

- 61) 宮沢・前掲注58) 20頁参照。
- 62) 宮沢・前掲注58) 20頁では、条理は實際上法の淵源となることはあっても、理論的・形式的には成文法や慣習法と並ぶ法源とはなりえないと指摘されている。
- 63) 宮沢俊義『憲法講義案Ⅰ』（宮沢俊義、1938年）13-23頁参照。
- 64) 宮沢俊義『最新増訂 帝国憲法論』（高等試験聯盟本部、1935年）83-99頁参照。ところで、本書と『憲法講義案』の差異として、第一章の第一節で「法」全般についての記述があることが指摘できる。しかし、そこでも「慣習法」を含む不文法に関する説明は確認できない。
- 65) 宮沢俊義『憲法略説』（岩波書店、1942年）18-26頁。本書のみ“conventions of the constitution”が「憲法習律」とされているがこれは内容上の本質的な差異とは言い難い。
- 66) 田上については、「田上穰治先生略歴・主要著作目録」亜細亜法学18巻2号（1984年）257-281頁、「名誉教授田上穰治先生略年譜、著作目録」一橋論叢65巻1号（1971年）140-163頁参照。
- 67) 田上穰治『法の本質と憲法』（有斐閣、1942年）1頁。
- 68) 田上・前掲注67) 2頁。
- 69) なお、習律を“Konvention”と表記することには Georg Jellinek 及び Julius Hatschek の影響を見て取れる。両者はドイツにおいて「憲法の変遷」を説明する際にイギリスの憲法習律概念を用いていた。当時の日本の憲法学者が論じたものとして、上杉慎吉「憲法ノ欠缺」同『国体憲法及憲政』（有斐閣、1916年）331頁以下、美濃部達吉「憲法の改正と憲法の変遷」同『人権宣言論 外三篇』（日本評論社、1946年）187頁以下、同「ハツチェック教授ノ習『俗法』ノ説」法学志林15巻11号（1913年）3頁以下、佐々木惣一「憲法の改正」同『法の根本的考察』（佐々木惣一博士米寿祝賀記念刊行会、1965年）1頁以下参照。また、憲法変遷における「習律説」を論じたものに、川添利幸「『憲法変遷』Verfassungswandlungの法的性格」同『憲法保障の理論』（尚学社、1986年）所収、芦部信喜「憲法の改正と変遷」同『憲法制定権力』（有斐閣、1983年）所収等がある。
- 70) 田上・前掲注67) 2頁では「習俗は慣習法との区別が頗る困難である」としていることから、田上はこの両者を一応は区別していることが分かる。ただし、本文中の語のほか“Sitte”, “Gewohnheit”が併記されていることもあり、この両者の実際の相違点は明確ではないようにも思われる。
- 71) なお、京都帝国大学で佐々木の前任者を務めた人物に井上密と市村光恵が存在する。井上は憲法典のみが憲法学の対象であるとして不文法源を研究対象とすることはなかった。井上密講述、三浦裕史編『大日本帝国憲法講義 日本立法資料全集別巻180』（信山社、2000年）18頁参照。これに対し、市村は井上とは対照的に慣習法の存在を認めてはいるが、慣習法は憲法よりも低次の規範に止まるとする。また、慣習法の成立には立法機関による認定が必要であるとする点で上杉との類似性を見ることが出来る。市村光恵『改訂 帝国憲法論』（有斐閣、1924年）266-270頁、同『憲法要論 全』（有斐閣、1908年）163-169頁参照。
- 72) 佐藤については、石川健治「解説」佐々木惣一『立憲非立憲』（講談社、2016年）223頁以下、高見「学史序説」参照。
- 73) 佐藤丑次郎『帝国憲法講義』（有斐閣、1941年）22頁参照。
- 74) 佐藤丑次郎・前掲注73) 23頁参照。同『憲法』（日本評論社、1939年）26頁でも憲法の概念について同一の内容が述べられている。
- 75) 佐藤丑次郎・前掲注73) 34頁では、成例はDiceyによる語法で、道徳律は河川と同様に John Austin による語であることが同箇所で見られている。また、「成例」という翻訳は穂積八束と同一のものである。
- 76) 佐藤丑次郎・前掲注73) 34-35頁参照。
- 77) 佐藤が“unconstitutional”に「非立憲」の訳を充てたことには、佐藤と同様、井上に師事した佐々木の著した『立憲非立憲』の存在を無視することができないように思われる。当時、二人を並べる新聞記事があったことから、佐藤は佐々木を意識していたらうことは推測できる。「京都大学の人々（二）佐藤丑次郎博士と佐々木惣一博士」『読売新聞』1915年7月1日参照。
- 78) 佐々木については、田畑忍『佐々木博士の憲法学』（一粒社、1964年）、田畑忍編『佐々木憲法学の研究』（法律文化社、1975年）、針生誠吉「佐々木惣一」潮見俊隆編『日本の法学者』所収、高見「学史序説」、鈴木『学史研究』、長谷川『憲法学の系譜』参照。

- 79) なお、“convention”に対して、現在では最も一般的に用いられている「習律」という訳が公刊本にて初めて登場したのは佐々木の『日本憲法要論』であると思われる。
- 80) 佐々木惣一『日本憲法要論』（金刺芳流堂、1930年）12頁。
- 81) 佐々木・前掲注80）12頁。ここでは例として「長上の者に敬礼をし弱者に道を譲ること」が挙げられている。
- 82) 佐々木・前掲注80）12頁。例示として「年賀状を出すことと茶代を払うこと」が挙げられている。
- 83) 佐々木・前掲注80）13頁。ただし、「主として」法が制定されるとしていることから、当然慣習法の存在も念頭に置いていることが分かる。
- 84) 佐々木・前掲注80）114頁。
- 85) 佐々木・前掲注80）114頁参照。
- 86) 佐々木・前掲注80）115頁。
- 87) 佐々木・前掲注80）23-24頁参照。同頁では慣習は「具体的ニ発生シタル同様ノ事実ニ付テ同様ノ意識作用反覆セラレ、其ノ結果、同様ノ事実ニ接スルトキ特別ノ熟慮ヲ用キルコトナクシテ同様ノ意識作用ヲ為スノ傾向ヲ生ズルコト」と定義されている。
- 88) 佐々木・前掲注80）121頁。
- 89) 佐々木・前掲注80）121-122頁参照。
- 90) 佐々木・前掲注80）122-123頁では、制定法に反する慣習法は社会の「法律確信」を得にくいため、こうした「憲法的慣習法」の成立は稀であるとされている。
- 91) 佐々木・前掲注80）185頁参照。他方で「帝国議會を毎年12月に招集すること」という慣行は「事実たる慣習」に止まるとしているが、両者の違いはさほど明確でないように思われる。
- 92) 佐々木・前掲注80）185-186頁参照。ここでは、こうした慣行と並んで、「貴族院ガ衆議院ノ財政案ノ議決ヲ尊重スルコトモ亦未ダ習律トナルニ至ラズ」と言及している。
- 93) 佐々木・前掲注80）114-115頁参照。
- 94) 田畑については、上田勝美ほか編『平和と人権への情熱 田畑忍その人と学問』（法律文化社、1979年）、高見「学史序説」参照。
- 95) 田畑忍『帝国憲法逐条要義 上』（政経書院、1933年）34-35頁参照。田畑はここでは「習律」を“Sitte”と表記している。
- 96) 田畑・前掲注95）75-76頁参照。
- 97) 田畑・前掲注95）42頁。
- 98) 田畑・前掲注95）42-43頁参照。
- 99) 田畑・前掲注95）74頁。
- 100) 田畑・前掲注95）72-74頁参照。
- 101) とはいえ、将来的に習律とすべき規範を提唱した佐々木のような立場もあるため、「先例なき習律」が全く理論的に成立しえないとまでは断言できないだろう。
- 102) 美濃部と佐々木、宮沢と田畑は日本国憲法と習律の関係についても論じているが、みな戦前期とほぼ同一の説明に止まっている。美濃部達吉著、宮沢俊義補訂『日本国憲法原論』（有斐閣、1952年）280頁、佐々木惣一『改訂 日本国憲法論』（有斐閣、1970年）37-38頁、66-67頁、宮沢俊義『憲法大意』（有斐閣、1949年）68-70頁、田畑忍『憲法学原論 上巻』（有斐閣、1951年）70-71頁参照。
- 103) 紙面の都合上本稿では取り扱わないが、同時期で習律を論じた研究者として、高柳賢三『英国公法の理論』（有斐閣、1948年）、伊藤正己『イギリス公法の原理』（弘文堂、1954年）、鈴木安蔵『憲法学原論（第一版）』（勁草書房、1966年）、小林直樹『憲法秩序の理論』（東京大学出版会、1986年）を挙げることができる。
- 104) この三名については、石川健治「京城の清宮四郎一『外地法序説』への道」酒井哲哉・松田利彦編『帝国日本と植民地学』（ゆまに書房、2014年）305頁以下、同「コスモス—京城学派公法学の光芒」酒井哲哉ほか編『岩波講座「帝国」日本の学知第一巻「帝国」編成の系譜』（岩波書店、2006年）171頁以下参照。
- 105) 清宮は、戦後の日本国憲法については体系的な基本書を刊行しているのに対して、戦前の大日本帝国憲法に関して同様の著作は出版されていない。そのため明治憲法と不文法の関係についての彼の理解を知ることは困難である。ただし1937年の京城帝国大学での講義のうち、「緒論」として「一 憲法の語源及び用語例」「二 憲法概念」「三 憲法の種類」「四 日本憲法の法源」「五 大日本帝国憲法」「六 大日本帝国憲法の通用」が説明されていたようで、ここで不文法源についても講義されたと思われる。石川「京城の清宮四郎」403頁参照。
- 106) 清宮四郎『憲法 I 統治の機構』（有斐閣、1952年）382頁。
- 107) 清宮・前掲注106）382-383頁参照。

- 108) 清宮・前掲注106) 383頁。
- 109) 鶴飼信成『憲法〔第一版〕』（岩波書店、1970年）18頁。
- 110) 松岡修太郎『憲法講義』（有信堂、1967年）12頁。
- 111) 佐藤功『日本国憲法概説〔全訂第三版〕』（学陽書房、1985年）10-11頁参照。
- 112) 野村敬造『改訂 憲法要説』（有信堂、1965年）18-19頁。
- 113) 野村・前掲注112) 19頁。
- 114) 大石義雄『日本国法原論』（増進堂、1944年）165-181頁では習律について明確な言及は見出せない。また、不文法源としては慣習法と条理法の二者を認める一方で、判例法の法源性についてはこれを否定している。
- 115) 佐藤幸治『憲法〔第三版〕』（青林書院、2004年）24頁。
- 116) 佐藤幸治・前掲注115) 24頁。
- 117) 佐藤幸治・前掲注115) 24頁参照。ここでは判例や条理も憲法典に準ずる効力しか持たないと説かれている。
- 118) また、本稿で取り上げた人物との関係としては、深瀬が北海道大学にて助手になった1953年当時、京城から復員後の松岡修太郎が教授として同大学に所属していた。
- 119) 深瀬がイギリス流の習律による制約という結論にたどり着いたきっかけを考察するのも興味深い。深瀬の指導を受けた中村睦夫、熊本信夫によると、論文発表に先立つ1960年には、北海道大学の深瀬ゼミにてDiceyの*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*が取り扱われていたようであり、それによる影響も推測できよう。深瀬とDiceyの関係については、中村睦夫「深瀬先生とフランス憲法学の手ほどき」『深瀬忠一先生の人と学問』刊行委員会編『深瀬忠一先生古稀記念 深瀬忠一先生の人と学問』（1997年）55頁。熊本信夫「深瀬忠一先生とダイシ」同49頁参照。
- 120) 深瀬・前掲「比較憲法史的考察」129頁。
- 121) 深瀬・前掲「比較憲法史的考察」130頁参照。
- 122) 深瀬・前掲「解散権問題」59頁参照。
- 123) 深瀬・前掲「比較憲法史的考察」204頁。
- 124) 他方で、橋本公亘『日本国憲法〔改訂版〕』（有斐閣、1988年）463-464頁は、習律とは「憲法に定めた以外の行為で、慣行にもとづくものである」として天皇の「おことば」を習律として論じるなど、戦前同様に、慣習法と別種の規範としてこれを区別する立場も存在する。
- 125) とはいえ解散権制約に関して習律の成立要件に自国の先例を要する立場を貫徹すると、「内閣の裁量による解散は憲法習律として成立している」とする以上の規範的内容を引き出せなくなることもまた留意すべき事実であろう。伊藤正己『憲法〔第三版〕』（弘文堂、1995年）81頁参照。