



Title	日本民法における「公共の福祉」の再検討（5・完） - 「市民的公共性」形成の試み -
Author(s)	宗, 建明
Citation	北大法学論集, 53(3), 1-52
Issue Date	2002-09-25
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/15149">http://hdl.handle.net/2115/15149</a>
Type	bulletin (article)
File Information	53(3)_p1-52.pdf



[Instructions for use](#)

日本民法における「公共の福祉」の再検討（五・完）

——「市民的公共性」形成の試み——

宗 建 明

目 次

序論

- 一 問題意識と課題の設定
- 二 本稿の構造
- 三 留意点

第一章 民法における公共の福祉論の現状と課題

第一節 民法改正段階（一九四七年）における議論

第一款 政府原案およびその理由

第二款 政府原案への批判

第三款 修正案およびその説明

第四款 小括

第二節 公共の福祉概念に関する議論の展開

第一款 公共の福祉と義務本位の権利観

第二款 「公共の福祉」概念に関する一般的理解

第三款 公共の福祉原則と私権

第四款 公共の福祉原則の適用

第五款 公共の福祉に関する新たな見解

第六款 小括

第三節 公共の福祉に関する代表的な見解の重点的検討

第一款 「国家協同体」における公共の福祉の一元化論

第二款 公共の福祉の所有者階層化機能への批判

第三款 政治社会における公共の福祉の一元化論及び公序論

第四款 民法特定分野の法理説

第五款 小括

第四節 公共の福祉に関する議論の限界

第一款 民法に公共の福祉条項を設ける理由

第二款 民法における公共の福祉の性格

第三款 民法上の公共の福祉の内容

第四款 民法上の公共の福祉の適用

第二章 権利濫用理論の客観的標識及びその根拠の再考察

第一節 権利濫用裁判例の再考

第一款 戦前民法改正前の裁判例について

第二款 戦後民法改正後の裁判例について

第三款 小括

第二節 権利濫用学説の再検討——判例評釈を中心として

第一款 権利濫用判断基準の転換

第二款 客観的標識の根拠たる私権の社会性の内容の転換

第三款 権利濫用理論の濫用に対する批判

第四款 公共の福祉の性格に関する検討

第五款 私権の制約原理と国への協力義務

第六款 小括

第三節 日本の権利濫用理論の展開

第一款 権利濫用理論の概観

第二款 末川博士の権利濫用論

第三款 権利濫用理論に関する松本博士の学説史の考察

第四款 小括

第四節 外国の権利濫用理論における判断基準

第一款 ローマ法におけるシカーネ禁止の概念について

第二款 ドイツ民法における権利濫用標識の転換

第三款 スイス民法における権利濫用の規定

第四款 フランス民法における権利濫用理論の標識の転換

（以上五十二卷五号）

（以上五十二卷六号）

第五款 外国における権利濫用理論の特徴

第五節 権利濫用論の本来の機能と濫用される原因

第一款 権利濫用論における客観的標識の内容の拡大

第二款 権利濫用理論の根拠の転換—私権の社会性から私権の社会的本質へ—

第三款 権利濫用論の濫用の根本的な原因

第四款 民法における公共の福祉の性格

第三章 借地関係調整における「有効利用」の性格

第一節 正当事由制度における「土地の有効利用」の性格

第一款 肯定裁判例における「土地の有効利用」の内容

第二款 否定裁判例における「土地の有効利用」の内容

第三款 「土地の有効利用」に関する諸学説

第四款 「土地の有効利用」の性格

第二節 借地条件変更制度における「土地の合理的な利用」の性格

第一款 借地条件変更制度に関する裁判例の推移

第二款 付近の土地利用状況で申立を認めた判例

第三款 付近の土地利用状況に関して棄却された裁判例

第四款 「土地の合理的利用」の性格

第三節 「有効利用」の性格及び変化

第一款 「有効利用」の実質的内容

第二款 有効利用と「公的介入」

第三款 「有効利用」のバブリックな性格

第四章 市民的公共性としての「公共の福祉」

第一節 「公共の福祉」の市民的公共性の性格

(以上五十三卷一号)

(以上五十三卷二号)

第一款 民法における公共の福祉規定の必要性

第二款 民法自身の命題としての公共の福祉

第三款 「公共の福祉」から排除されるべき内容

第四款 市民的公共性の内容

第二節 市民的公共性と公私関係の再構成

第一款 三つの市民社会理論の公私観

第二款 市民社会における公と私の関係

（以上本号）

第三款 「付近の土地の利用状況」の変化を否定して申立を棄却した裁判例

本款においては、申立人（賃借人）による「付近の土地の利用状況」の変化の主張を否定して申立てを棄却した裁判例の考え方を分析し、「付近の土地の利用状況」の概念・性格および主観的事情と客観的事情との関係を検討する。以下において分析の対象として取り上げるのは、次の裁判例である。【27】昭和四二年一月二七日甲府地民一決定、【28】昭和四三年六月二六日東地民三四決定、【29】昭和四三年二月二四日東地民三四決定、【30】昭和四五年六月二五日東地民三四決定、【31】昭和四五年六月二五日東地民三四決定、【32】昭和四六年一月一日東地民三四決定、【33】昭和四七年七月二〇日東地民三四決定、【34】昭和四九年六月五日大阪地民六決定、【35】昭和四四年二月二六日和歌山地決定、【36】昭和五六年三月一三日東地民二二決定、【37】昭和五七年三月三十一日大阪地堺支決定、【38】昭和五八年二月二日東地八王子支民一決定、【39】昭和五八年五月九日神戸地方裁判所尼崎支部決定、【40】昭和五八年二月一二

日大阪高等裁判所決定、【41】昭和五九年三月三〇日東京地方裁判所決定、【42】昭和六二年四月一日松山地宇和島支決定、【43】昭和六二年一月二七日横浜地民三決定、【44】昭和六三年四月二八日神戸地方裁判所姫路支部決定、【45】昭和六三年五月一三日大阪地方裁判所決定、【46】平成四年二月六日広島地民二決定、【47】平成四年六月二三日横浜地民三決定。

I 「付近の土地利用状況」の内容および性格

まず、棄却裁判例において、「付近の土地利用状況」についてどのような考え方が採られているのであろうか。裁判例を分析しながら考察しよう。

(一) 地域性と「付近の利用状況」とが厳格に区別された事例

まず、地域性と「付近の利用状況」とは別個のものであるとして、地域性の変更があっても、「付近」の建物の構造・規模が一般的にまだ非堅固建物である場合に、借地条件変更が認められないとする一連の裁判例が存在する。その内容を以下で検討する。

裁判例【29】。事実関係は以下のようである。①本件土地は、東京急行電鉄池上線石川台駅本屋から約一〇〇米西方にある同線ガード附近から東南方向に約七〇〇米にわたって長く延びている石川台希望ヶ丘商店街の中間点に近い位置（右ガードから約三〇〇米）にある。本件土地の南西側は幅員八米の右商店街の道路に、北西側は幅員六米の道路にそれぞれ接し、間口一三米、奥行一四、五米のほぼ正方形に近い角地である。しかし、②本件土地のある商店街は、今次の戦争前から小商店が立ち並び始めたものであり、戦災を免かれ商業地域に指定されているが、東京都小売店舗地区条

例第二条によって小売店舗地区に指定され、料理店、キャバレー、バー等の用途に供する建築物で風俗営業等取締法の適用を受けるもの、劇場、映画館等の用途に供する建築物、百貨店の用途に供する建築物等の建築が原則として禁止されている。そして、その地理的位置、ことに商業市街地として発展する中心となるような施設が欠けているため、いまだ繁華な商店街を形成するに至っていない。また、③東京都内の道路交通事情から考えると、右商店街は交通量も多い方ではない。④右商店街は、準防火地域に指定されているが、附近の建物の規模、構造は、殆んど木造平家建或いは二階建てであり、建築年度の比較的新しい建物は、東京都内の市街地の普通の建物にみられように、外壁をモルタル塗にして防火構造としたものであつて、いまだ耐火構造の建築物に移行するには至っていない。以上のような事実の下で、借地条件変更の申立てが否定された。

この裁判例の判断において特徴的な点を見ると、まず、地域性と建物の構造を区別した上で、商業地域に指定されているものの、建物の規模・構造は、殆んど木造平家建或いは二階建てであり、防火構造といつても単に外壁をモルタル塗にしているだけであり、まだ堅固建物への変更には至らないと認定している。次に、商業地域に指定されても、商業市街地として発展する中心となるような施設が欠けているため、いまだ繁華な商店街を形成するに至っていないとした。さらに、準防火地域に指定されたことをもつて、直ちに、事情の変更があつたものと認めるのは早計であり、附加された他の事情も必要であると判断した。

裁判例【31】。申立の理由は、「本件土地の前面道路は、下水道工事のため地盤が弛み、建物は前後左右に傾き、建具も満足に用をなさないので、密集地域でもあり、附近の建物も近代化されつつあるので、堅固建物に改築したい」ということである。裁判所は、「本件土地は、商業地域、準防火地域、小売店舗地区の指定を受けていることが認められるが、本件土地周辺の商店街は殆んど木造の二階家であり、堅固建物は極めて少なく、堅固建物の建築をするのを相当と

するような客觀的事情の變化は「まだ見られない」という理由で、本件申立を棄却した。

裁判例【32】。申立ては棄却されたが、その理由は次のようである。本件借地は、東側約五・五メートルの公道に面し、右公道の両側には南北約四〇メートルにわたり小売店舗が並んでいる。その背後地は、小住宅、共同住宅家内工業の小工場から形成されている。右公道に沿う店舗も背後地の建物も、その大部分が木造であり、鑑定委員会の意見によつても、右借地の近隣地域が近い将来高度利用化されるとは認め難いものであり、都市計画上も小売店舗地区、準防火地域、第三種容積地区の指定を受け、堅固建物を建築しなければならぬものではないので、現に借地権を設定する場合、堅固建物所有目的を相当とするような客觀的事情の變更があつたとは認めがたい。

裁判例【33】。係争土地は、住居地域、準防火地域、第三種容積地区の指定を受けており、中高層建物の建築は可能ではあるとはいふものの、環状八号線からやや離れているため、交通量の増加に因る騒音、震動の影響を受けず、附近一帯は比較的閑静な住宅地を形成している。また現存する建物は、非堅固のものが大半を占め、堅固建物はその間にわずかに点在するに過ぎない。裁判所は、この土地の利用状況が近い将来さして変化するとも思われず、現に借地権を設定する場合堅固建物所有を目的とするのを相当とする客觀的事情の變更があるとは認めがたいと判示した。

裁判例【37】。裁判所の判断は、次のようなものであつた。①本件土地は、準工業地域に属し、建べい率六〇％、容積率二〇〇％に指定されているが、柏原市の中心部をほぼ南北に通ずる国道二五号線の西側に面し、またこの道路の東西にこれにほぼ平行して走る新・旧国道一七〇号線（外環状線）を東西に結ぶ道路（平野本郷線）と右二五号線との交差点に近接する要地であり、将来徐々に發展してゆくことが予想できる。②しかしながら、現状においては、付近一帯には未だ古い木造建物が多く存在し、堅固建物は少なく、本件土地およびその付近は防火地域・準防火地域の指定を未だ受けていないなど、利用状況の變化その他の事情の變更はさして認められないし、近い将来において、付近

の土地利用状況が堅固建物の所有を標準とする程度に変化することが必至であると思われぬ。以上のように地域が徐々に発展することを肯定しても、本件土地の客観的利用状況を考察すると、従前と対比して堅固な建物を所有するの  
が相当という程度にまで状況が変化してきているとは到底言えない。

裁判例【42】。申立の理由は、次のようである。本件土地付近は、借地契約締結当初は木造建物が殆どであったが、昭和四四年以降、文教、文化地域として発展し、堅固な建物が次第に増加しているので、現に借地契約を締結するとすれば、堅固な建物の所有を目的とするのが相当であるに至った。しかし、この申立は容れられなかった。裁判所の判断は次のようである。「本件土地は、その南側に隣接する佐伯町の一部とともに、近隣商業地域に指定されており、本件土地の周辺は、右を除いて、いずれも住居地域に指定されている。そして、これらの地域には学校、病院などの公共施設があり、これらの施設建物の多くは堅固建物であるが、その余は木造低層の一般住宅、店舗が殆どであり、殊に本件土地に隣接する佐伯町一帯には堅固建物は僅少であり、今後とも当分は現状を維持するものと予測される。現在の借地条件を堅固建物所有を目的とするものに変更することは必ずしも相当とはいいがたい」。

裁判例【46】。申立人の予備的申立てについて、次のような判断がなされた。①本件土地の西側の道路を挟んでその向い側は、住居地域等であり、準防火地域に指定されているが、本件土地が所在する右道路の東側は、工業地域であり、防火地域にも準防火地域にも指定されていない。周辺に三、四階建てのビルが散見されるものの、本件土地の一帯は、平屋建ての丁工場であり、その周辺には、概ね平屋又は二階建ての木造住宅が建ち並んでいる。②本件土地付近の建物の状況に照らすと、本件土地付近の土地の利用状況が変化して堅固建物の建築が一般的になったものとはわかに認め難く、付近の土地の利用状況の変化があったものとは認められない。

以上のように、裁判例においては、地域性と「付近」の建物の状況が、さまざまな角度から区別されている。地域の變更・發展を認めても、附近の建物の規模、構造は殆んど木造平家建或いは二階建てであり、かつ建築年度の比較的新しい建物がまだ耐火構造の建築物に移行するには至っていない（裁判例【29】）こと、係争土地周辺の商店街は殆んど木造の二階家であり、堅固建物は極めて少なく、堅固建物の建築をするのを相当とするような客観的事情の変化はいまだ見られない（裁判例【31】）こと、環状八号線からやや離れているため、附近一帯は比較的閑静な住宅地を形成し、現存する建物は、非堅固のものが大半を占め、堅固建物はその間にわずかに点在するに過ぎない（裁判例【33】）こと、付近一帯には未だ古い木造建物が多く存在し、堅固建物は少なく、従前と対比して堅固な建物を所有するのが相当という程度にまで状況が変化してきているとは到底言えない（裁判例【37】）こと、学校、病院などの公共施設等堅固建物のほか、その余は木造低層の一般住宅、店舗が殆どであり、殊に本件土地に隣接する一帯には堅固建物は僅少であり、今後とも当分は現状を維持するものと予測される（裁判例【42】）こと、本件土地の一階は、平屋建ての町工場であり、その周辺には、概ね平屋又は二階建ての木造住宅が建ち並んでいる（裁判例【46】）こと等から判断し、申立が棄却されている。

(二) 異なる地域の状況は「付近」とはならないとされた事例

裁判例【28】。裁判所は、次の各事実を認めた。①本件土地は準防火地域に指定されているほか、住居地域、第一種文教地区容積第三種地区とされている。②本件土地の西側および南側にはそれぞれ道路があり、南側本件土地の面する道路に沿って小規模の商店が並んでいる。③本件土地の付近は、近い将来堅固建物の並ぶような繁華街が形成されるものとも見られない。④本件土地はすでに準防火地域に指定され、これに伴う建築基準法上の制約を受け、三階建て以上

の建築は耐火もしくは簡易耐火建築物としなければならぬが、二階建て以下であれば、外壁、軒裏を防火構造とする木造の建物で差支えないわけであり、現在の東京都内における準防火地域内の建物の多くはかようなものであって、本件土地の附近もまた同様の状況にあると認められるのである。以上のような「附近の土地の状況」から裁判所は本件土地については、現に借地権を設定するとした場合、必ずしも堅固建物所有目的とすることを相当とするに至っているとはいえず、借地法第八の二第一項の要件を充たさないものといふべきであると判示した。

裁判例【36】。本件土地の存する東京都目黒区大岡山一丁目は、これに隣接する周辺の地域が各種公共施設やマンション等高層堅固建物が多く混存する地域ないし商業地域であるに比し、純然たる住宅地域である。裁判所は、このことからすれば借地法八条の二第一項の本件土地の「附近の土地」とは、広くともほぼ大岡山一丁目と認めるべく、しかして右大岡山一丁目には堅固建物が存在するものの僅かであると判断した。

以上のように、「付近」というのは、当該借地周辺の状況を指している。それ以外の地域の状況は、「付近の土地利用状況」には当たらないので、借地条件変更の判断に際して、考慮されるべきではないとされている。

### （三）「付近の土地の利用状況」の概念

裁判例【29】において、裁判所は、借地法八条ノ二の第一項に例示されている「附近の土地の利用状況の変化」とは、「借地の附近の土地が堅固な建物を築造するのに相応しい地域となり、現実にも、その附近の土地に堅固な建物が立ち並ぶようになり、当該借地の利用としても、堅固な建物の敷地として利用するのが通常人の合理的な利用方法であると認められる状況になっていることをいう」と解した。その上で裁判所は、「本件土地の附近の土地の利用状況は、堅固

な建物は非常に少なく、堅固な建物の敷地として利用するのが通常の利用方法であると認められるような状況とはいえない」とした。

裁判例【42】における裁判所の判断は次の通りである。借地法八条ノ二第一項に規定する事情の変更の要件の存否の判断について、「付近の土地の利用状況の変化」が認められるかどうかについて検討するに、付近の土地の利用状況の変化とは、借地権設定当時、借地の付近の土地の標準的使用が木造等非堅固な建物の所有を目的とするものであると認められていたが、その後、その地域の標準的使用として、堅固建物の所有を目的とするのが合理的であると認められるようになり、現実にも、その付近の土地に堅固な建物が立ち並ぶようになり、当該借地の利用としても、堅固な建物の敷地として利用するのが通常人の合理的な利用方法であると認められる状況になっていることをいうものと解される。ところが、本件土地の付近の利用状況、堅固な建物は少なく、堅固な建物の敷地として利用するのが通常の利用方法であると認められる状況とはいえない。したがって、本件土地付近が、前記借地契約後に、各種法令による指定を受けて堅固建物の築造を必要とするような事情の変更があつた事實は認められず、また、付近の土地には依然として木造低層建物が主勢を占めており、近い将来に、堅固な建物を築造するであろうと認められるような過渡的現象あるいは具体的要因は乏しいと考えられるので、借地権設定後に客観的事情の変更があつたとするのは困難である。

裁判例【46】において、裁判所は、「借地法八条の二第一項にいう付近の土地の利用状況の変化は、借地権設定当時、当該借地付近の土地の利用状況が非堅固建物の築造を一般的としていたが、その後土地の利用状況が変化して、堅固建物の築造が一般的になったことをいう」と指摘した。

以上の検討から、「付近の土地の利用状況」の変化についての解釈は一致していることが分かった。まとめると、そ

には次のような内容が含まれている。①借地権設定当時には、当該借地の付近の土地の標準的使用が木造等非堅固な建物の所有を目的とすることであったこと。②その後、その地域の標準的使用として、堅固建物の所有を目的とするのが合理的となったこと。③現実にも、付近の土地に堅固な建物が立ち並ぶようになってきていること。④当該借地は堅固な建物の敷地として利用するのが通常人の合理的な利用方法と考えられること。「付近の土地の利用状況」概念は、このような四つの要素によって構成されているのである。とりわけ③および④は、裁判例において重点的に考慮される要素である。

（四）利用状況の変化があっても、周辺の建物の構造は変わっていないとされた事例

借地附近の利用状況の変化があつたとしても、いまだ現に借地権を設定するにおいて堅固の建物の所有を目的とすることを相当とするに至つたものとは認め難い、または、相当の変化があつても、堅固建物はまだ主流ではないとして、申立が認められなかつた裁判例もある。以下、この裁判例について検討する。

**裁判例【27】**。本件土地周辺においては、鉄骨造、土蔵造り、コンクリートブロック造りなどの堅固な建物は、いまだ極めて少なく、耐火構造の建築物も、木造を基盤としたいわゆる木造モルタル塗りの簡易耐火構造であつて、堅固な建物と認める資料はない。裁判所は、そうとすると、本件土地附近の利用状況には変化があるとしても、未だ現に借地権を設定するにおいて堅固の建物の所有を目的とすることを相当とするに至つたものとは認め難いといわなければならないと判断した。

**裁判例【36】**。裁判所の判断は、次のようなものである。本件賃貸借契約締結当時においては、堅固建物が皆無に等しかつたと考えられるが（本件土地の準防火地区としての指定年月日、附近の土地におけるこれらの法規制は明らかで

ない)、借地条件変更に必要な「附近ノ土地ノ利用状況ノ変化」に該当するとは認め難い。

裁判例【40】。裁判所の判断は次のようである。本件土地が存在する南武庫之荘十丁目およびこれに隣接する地域には、堅固建物が存在するものの、それは僅かであり、前記マンションを除き、一般的に低層したがって小規模のものである。また、本件賃貸借契約締結時においては、堅固建物が皆無に等しかったものと思われる。これらを考慮すると、いまだ、借地法第八条の二に所定の借地条件変更を相当とするに至つたものとは認め難い。

裁判例【43】。裁判所の判断は、次の通りである。本件土地の東側隣地には三階建ビル、前記未舗装道路をはさんだ西側には二階建ビルがあるほか、前記都市計画道路沿いの本件土地近くに六階、九階のホテル、マンションがあり、建築中の一〇階建マンションも存在するが、これらのビル、マンション、ホテルを含めて、本件土地周辺の堅固建物の占める割合は約三〇%で、同地域の標準的建物は未だ非堅固低層建物で、空き地も散見され、本件土地から前記橋本駅までの商業地域も中高層ビルが次第に増えているもの主流は非堅固の低層建物である。これら認定事実を総合すると、本件土地については、昭和二三年の当初の本件土地賃貸借契約時に比べると防火地域の指定、付近の土地利用状況の変化など相当の事情の変化はあるものの、それら事情の変更はもし現在本件土地の賃貸借契約を締結するならば、通常は未だ堅固建物所有を目的とすることが相当である状況には至っていない。

裁判例【47】。裁判所は、「認定される都市計画法上の地域・地区指定は、本件土地上に新たに築造すべき建築物を、その階数・面積等を問わず、全て一律に借地法にいう堅固建物とすることまで要求するものでなく、木造二階建ての建物の比率が高い近隣の土地利用状況にも着目すれば、右指定があることから直ちに本件借地契約の目的を堅固建物所有に変更する必要があるとまではいない」と判断した上で、これにほかの一切の諸事実関係を総合考慮して、本件借地契約について、「現に借地権を設定するにおいては堅固の建物の所有を目的とすることを相当とする」ような事情の変

更があったことを是認していま直ちに本件申立てを認容するのは適當といえないと判示した。また、今後更に相当期間、近隣地域の土地利用状況に関する推移や、相手方主張の更新拒絶の正当事由に係わる諸事情の変動等を見きわめる必要があると付け加えた。

以上のように、当該土地周辺の変化あるいは相当な変化があっても、本件土地周辺の堅固な建物がいまだ極めて少なく、耐火構造の建築物も木造を基盤としたいわゆる木造モルタル塗りの簡易耐火構造である（裁判例【27】）こと、一般的には低層かつ小規模のものである（裁判例【36】【40】）こと、主流は非堅固の低層建物である（裁判例【43】）こと、木造二階建の建物の比率が高い近隣の土地利用状況に着目すれば、堅固建物所有に変更する必要があるとまではいい難い（裁判例【47】）ことを理由として、申立が認められなかった。

付近の土地利用状況の内容および性格をまとめると棄却裁判例においては、地域性と「付近」の土地利用状況とが区別され、利用状況の変化があっても、主流が変わらないこと、または「付近」と全く異なる周辺地域の状況は認められないことを理由として、「付近」という概念を厳格に解釈して、地域性概念を否定する態度を取っていることが分かった。「付近の土地利用状況の変化」という概念において、付近の土地に現実に堅固建物が立ち並ぶようになることと当該借地を堅固な建物の敷地として利用するのが通常人の合理的な利用方法であるという要素が、判断の際に重視されたのである。

## II 将来性の欠如

事情変更があつても、その地域が将来性に欠けるとし、申立を棄却する裁判例も見られる。将来性というのは、当該地域の将来における発展可能性のことである。

裁判例【29】。裁判所は、以下のように判断した。本件土地の現在市街地において、通常築造される建築物の種類、規模、構造等から考えると、その土地が商業市街地として発展し、店舗、事務所、その他客の来集を目的とする旅館、料理店、映画館等の建築物を、高層又は中高層の規模のものとして築造するのが、その土地の通常の利用方法として合理的であり、建物の利用方法自体からもそれが要請される場合は、その土地が堅固な建物の築造に相応しくなったものということができよう。

しかし、本件土地附近が、賃貸借契約後に街路その他市街地としての施設等に格別の変更があつた事實は認められず、商業地ではあるが依然として規模は小さく繁華な状況は窺われない。そして本件土地のある東雪谷附近の購買人口は、最近商店街として著しい発展を示している五反田、蒲田方面に流出する傾向にあり、右商店街は後方の住宅地と比較しても、市街地としての環境上も格段の差異は見当らない。したがって現在堅固な建物の築造が相応しいと直ちにいうことはできない。

また、附近の幹線道路やその他の公共施設および官公庁会社等の公益的施設の具体的計画等から、五年先或いは一〇年先には、附近の土地に堅固な建物が立ち並び、繁華街が形成されるという具体的要因は乏しく、本件土地附近の利用状況が近い将来に右のように変更するものとは考えられない。

裁判例【32】。棄却理由は次のようである。本件借地は、東側約五、五メートルの公道に面し、右公道の両側には南北約四〇〇メートルにわたり小売店舗が並び、その背後地は、小住宅、共同住宅家内工業的小工場から形成されている。右公道に沿う店舗も背後地の建物もその大部分が木造であり、鑑定委員会の意見によつても、右借地の近隣地域が近い

将来高度利用化されるとは認め難いものであり、都市計画上も小売店舗地区、準防火地域、第三種容積地区の指定を受け、堅固建物を建築しなければならぬものではない。

裁判例【36】。裁判所は、申立人の主張を、将来のことであり、実現される見込みがないと判断して、申立てを棄却した。その理由は、次の通りである。①本件土地の至近距離に都市計画法上の道路計画が存するけれどもこれが具体的に実施される時期は不明である。②現在もしくは近い将来における借地条件の変更を相当とするに足る附近の土地の利用状況に変化があり、もしくは変化が見込まれる状況にあるとは認め難い。③更には、国において東京都区部における中層化のための第一種住宅専用地域の見直計画があるからといって、これが直ちにないし近い将来本件土地附近において実施に移されるとは俄かに断定し難い。したがって、右計画の存することの故をもって右「其ノ他ノ事情ノ変更」があるとも認めることは困難である。

裁判例【37】。裁判所の判断は、次のようなものである。本件土地は、将来徐々に発展してゆくであろうことが予想できる。しかしながら、現状においては、付近一帯には未だ古い木造建物が多く存在し、堅固建物は少なく、本件土地およびその付近は防火地域・準防火地域の指定を未だ受けていないなど、利用状況の変化その他の事情の変更はさして認められないし、近い将来において、付近の土地利用状況が堅固建物の所有を標準とする程度に変化することが必ずであるとも思われない。

裁判例【43】。裁判所は、本件土地については、昭和二三年の当初の本件土地賃貸借契約時に比べると、防火地域の指定、付近の土地利用状況の変化など相当の事情の変化はあるものの、それら事情の変更は未だもし現在本件土地の賃貸借契約を締結するならば通常は堅固建物所有を目的とするであらうとするまでには至っていないとみるのが相当であると判断した。

裁判例【46】。付近の土地利用状況の変化ないしその他の事情の変更があったとした鑑定委員会の意見について、裁判所は、本件土地は、防火地域の指定はなされていないし、付近の建物の状況も堅固建物の建築が一般的になったものとは認め難いので、採用できないと判断し、鑑定委員会の言う本件土地の周辺において順次堅固建物の建築が促進されていること、また、近い将来堅固建物が建ち並ぶことが確実に予想される状況であることを認めるに足りる証拠はないから、事情の変更ありということは困難であるとした。

以上の裁判例において、将来性に欠けるとの判断は、次のようになされている。付近の利用状況の変更があっても、あるいは堅固な建物の築造が通常の利用方法として認められても、本件土地附近の利用状況が近い将来に変更するものとは考えられない、あるいは近隣地域が近い将来高度利用化されるとは認め難い（裁判例【32】）。借地契約の性質からいって、五年先或いは一〇年先の土地の利用状況を考慮すべきであるという見解が考えられる。これが、単に人口の都市集中という現象から市街地が発展する趨勢にあるというだけでなく、附近の幹線道路その他の公共施設および官公庁会社等の公益的施設の具体的計画等から、五年先或いは一〇年先には、附近の土地に堅固な建物が立ち並び、繁華街が形成されることが、現在、当然に予測される状況であれば、すでに、現在、堅固建物の築造を相当とする事情の変更があると認める（裁判例【29】）。中層化のための第一種住宅専用地域の見直計画があるからといって、これが直ちに、ないし近い将来、本件土地附近において実施に移されるとは俄かに断定し難い（裁判例【36】）。将来徐々に発展してゆくであろうことが予想できる。しかし近い将来において、付近の土地利用状況が堅固建物の所有を標準とする程度に変化することが必至であるとも思われない（裁判例【37】）。本件土地賃貸借契約時に比べると防火地域の指定、付近の土地利用状況の変化など相当の事情の変化はあるものの、それら事情の変更は未だもし現在本件土地の賃貸借契約を締結す

るならば通常は堅固建物所有を目的とするであろうとするまでには至っていない（裁判例【43】）。

これらの判断においては、付近の土地の利用状況にある程度の変化があることは認められたが、近い将来において、当該地域および付近においては、堅固建物が一般化するとは思われないとの判断に基づいて、実質上土地の利用状況の変化が認められなかった。では、付近の土地の利用状況がどこまで変化すれば、付近の土地の利用状況の変化という要件が認められるのであろうか。裁判例においては、堅固建物の所有を標準とする程度に変化することがその基準であろう。また、将来性に欠けるということは、実際には地域の発展性に欠けることとつながっている。五年先あるいは一〇年先の土地の利用状況つまり繁華街の形成と堅固建物の立ち並び等を予測できるかどうかから判断されていると思われる。

### Ⅲ 客観的な事情と主観的な事情

借地法下において事情変更たとえば「法令による土地利用の規制の変更」、「付近の土地の利用状況の変化」は客観的なものに限るとされており、主観的な事情の変更は含まれないと解することにほとんど異論がなかった。棄却裁判例においても同様の見解が採用されている。

裁判例【27】において、申立人は、本件建物で旅館および料理業を営んでいるところ、現在では老朽化している上、ふすまの開閉による旅館形式の部屋が宿泊客に好まれないため、ホテル形式の建物に改築することが必要であると訴えた。これについて、裁判所は、「もつとも、申立人は、社会情勢の変化により、従来の木造建物で旅館業を営んでいたのでは競争に耐えることができず、堅固建物によるホテル形式の高層建物でなければ、その営業を継続することが困難である旨主張しており、借地人の主観的な事情が右のように変化した場合、堅固建物築造許可の申立てを認容することが

説  
できるかどうかは問題である」とした。

裁判例【46】においては、申立人は、営業上、立体マシニングセンターを導入する必要がある、右必要を充たすためには堅固建物にしなければならぬと主張した。これに対して、裁判所は、このような事情は主観的事情の変更であつて、借地法八条の二第一項の客観的事情の変更には当たらないものといふべきであると判断した。

このような裁判例の判断は、堅固建物所有目的への借地条件の変更が存続期間の延長を伴うものであつて、借地権設定者に与える不利益が大きかつたことを避ける発想であらう。

#### IV 土地利用と社会的利益・私法・行政施策

土地利用と周辺の社会的利益との関係、また土地利用と私法または行政政策との関係を根拠として申立を否定した裁判例には、次のようなものがある。

裁判例【29】。申立人は、将来の「町造り」のために率先して堅固高層の建物を築造するのが望ましく、また、住宅難解消のためにもこれが望ましいと主張したところ、裁判所の判断は、「勿論、右のような都市改造ないし市街地開発という公共的な見地からその場所に応じた堅固高層の建物の出現が望ましいことは否定できないが、これは、行政的施策に俟つほかはなく、そのために借地法第八条の二第一項によって強制的に借地条件を変更するのは、この裁判制度の趣旨を超える」というものであつた。

裁判例【38】。申立人は、「本件土地は、商業地域および防火地域として指定され、八王子市の商店街の中に位置し付近には大丸百貨店などの大型ビルが建っており、事情の変更によつて堅固な建物の所有を目的とするのが相当になつた」と主張した。裁判所は、申立ての要旨を認めながら、次のような事実を認定した。本件土地を含む八日町一帯は、八王

子市の中心市街地として発展してきたところ、最近国鉄八王子駅周辺地区に大型店舗が進出し、かつ同駅ビル建設の計画なども推進されるにおよび、八日町周辺の商店街は八王子市の中心街としての機能と立地に大きな変化をきたしている現況から、右商店街の発展と活性化を計るため、昭和五二年に至り再開発委員会が結成され、昭和五六年には市街地再開発計画が立てられ、昭和五七年四月ころには、同地区の土地所有者および借地権者の約七割以上の者がこれに同意し、一部土地家屋の買収も実施されるとともに、再開発反対者に対する代替地の買収準備も行われ、昭和五八年一月七日に開催された促進懇談会では、都市再開発法による市街地再開発組合設立の機運も高まりつつあることが認められる。以上の認定事実から裁判所は、本件土地を含む八日町市街地区における都市再開発事業はかなり具体化し、都市再開発法にしたがって近い将来実現する運びになることが予見されるころ、このような地域住民の要望による再開発事業を実施するにあたり、申立人のみが借地条件の変更を得て本件土地上に堅固な建物を築造することは、右計画の実施に重大な支障を及ぼすであろうことは推認するに難くないから、現段階において本件申立を認容するのは相当でないものと判断した。

裁判例【41】。裁判所は、諸般の事情から判断すれば、本件土地につき現に借地権を設定する場合に堅固な建物の所有を目的とするのを相当とするに至ったものとはいまだ認めがたいところであって、これを動かすに足りる資料はないと判示した。そして申立人の主張するように、都市開発や土地政策の観点からは土地の高度利用の促進が望ましいとしても、この観点を直ちに私法上の関係である借地条件の変更に結びつけることは相当でないとした。

以上のように、土地の利用については、地域社会の利益に反することは許されないとする明確な判断が、裁判例【38】において提示された。ここで、地域の再開発のために結成された再開発委員会は、まさに市民的な組織で、当該地域内

の市民の全体に関わる利益を実現することが目的である。このような市民的利益は、市民に関わる公共性と性格づけることができる。それは、まさに市民的公共性を意味する。裁判例【38】には、賃借人の本件土地の利用計画は、単に賃貸人との利害調整だけではなく、地域発展にかかわっているため、地域の市民の公共性を考慮した上で、判断されるべきとする考えが見られる。また、都市開発と土地政策の観点からの土地の高度利用促進の必要性から、直ちに私法的な借地条件変更を導くことは相当ではないという判断は、土地の高度利用を私法と別個の問題として扱うべきであるという考えによる（裁判【41】）。さらに、市街地再開発という公共的見地から、行政的施策によつて実現されるべきとする考え方も、土地の高度利用が公法的・行政的な問題であるとの認識に立っていると見うけられる。したがって、借地条件変更制度は、あくまでも私法たる借地法における私的關係を調整するために設けられたものである。土地の合理的利用も、私的利益に関わるものである。土地の高度利用に関わる行政施策および土地政策は、借地条件変更制度の趣旨を超越するものと見るのが、裁判例の基本的な立場であろう。

## VI まとめ

以上の諸角度の分析から分かるように、棄却裁判例においては、「付近」という概念を厳格に解釈して、地域性と「付近」の土地利用状況とを区別し、地域性概念を否定する態度を取っている。そして、「付近の土地利用状況の変化」という概念には、四つの要素が含まれている。その中でも、付近の土地に現実の堅固建物が立ち並ぶようになることと、当該借地が堅固な建物の敷地として利用するのが通常人の合理的な利用方法であるという要素が、きわめて重視されている。

他方、将来性に欠けるという理由で申立てを棄却する場合には、実質的な地域性を重視する見方も見られる。付近の

利用状況の変更があつても、あるいは堅固な建物の築造が通常の利用方法として認められても、借地契約の性質からいって、五年先あるいは一〇年先の土地の利用状況を考慮すべきである。そして、近隣地域が近い将来高度利用化されるとは認め難い等将来性に欠ける場合には、申立ては認められない。ここで将来性に欠けるということは、実際には地域の発展性に欠けることとつながっていると思われる。すなわち、五年先あるいは一〇年先の土地の利用状況つまり繁華街の形成と堅固建物の立ち並び等を予測できるか否かにより判断される。

さらに、土地の利用と地域社会の利益との関係について、土地利用が地域社会の利益に反することは許されないという判断も見られる。この地域社会の利益というのは、地域住民が再開発委員会を結成し、地域住民の要望に沿って再開発事業を実施させるという当該地域の住民側に関わる利益であるので、まさに市民的公共性という性格を有している。最後に、都市開発と土地政策の観点からの土地の高度利用の促進の必要性は、直ちに私法的な借地条件変更に結びつけることは相当ではないという判断から、土地の高度利用は、私法と別個の問題として扱うべきで、公法上あるいは行政的施策の問題であるという認識も見られる。このように、棄却裁判例には、土地の合理的な利用という文言を含んでいなくても、その地域性と社会的利益の重視から、土地の利用は、賃貸人と賃借人の利益の調整を超えて、より広範囲の市民に関わる利益であるという考え方が見出される。したがって、借地条件変更制度における土地の合理的利用とは、公法的・行政的な問題に基づく土地の高度利用と異なる概念である。ここでの「土地の合理的な利用」は、あくまで私法の制度たる借地条件制度に関連する概念と把握すべきなのである。

#### 第四款 「土地の合理的利用」の性格

私法の役割は、「私権に関する当事者間の利害の調整あるいは事後処理の妥当性の実現を図るものである」とされている<sup>(6)</sup>。しかし借地条件変更制度についての検討から分かるように、私法たる借地・借家法は、たしかに当事者間の利害調整を図っているが、他方、当事者の利益調整を超えて、土地の合理的な利用という観点から、地域性・地域の発展に関わる利益の実現をも担っている。それでは、ここでの「土地の合理的利用」は、どのような性格を有しているのか。

土地の合理的利用は、借地条件変更制度の趣旨の一つと解釈されている。しかし、この概念の内容は、裁判例および学説において、必ずしも明確にされたわけではない。借地の効率的・有効な利用の意味も含まれているが、土地といふものの特異性から、地域の観点からの合理的利用の推進に寄与することも含まれている。前者の場合には、賃貸借関係の平板的な利益調整に止まっている。したがって、借地条件変更制度において、土地の有効利用あるいは土地の効率的な利用の必要性は、ほとんど賃借人側つまり契約当事者の一方から申立の理由として取上げられている。しかし、判例の検討から、土地の合理的利用という概念は、賃貸借関係の利益調整を超えて、「付近の土地の利用状況」および地域性と深く関連していることが分かる。具体的に、土地の合理的利用の概念は、以下のような内容を含んでいる。

第一に、「付近の土地の利用状況」概念自体、「付近」とは限らず、より広範囲の、地域性の意味も含んでいる。「付近」という概念は、賃借人の「本件土地」および「本件建物」と空間的に極めて緊密な関係を有するものである。つまり、申立人は、借地条件変更を認められなければ、直接的に不利益を受けるということが考えられる。一方、「地域性」とは、直接申立人に関わる利益だけではない、当該地域の発展にも貢献しているということである。

第二に、「地域性」はまた、地域の将来性にも関連している。現在はそれほど堅固建物が建っていないが、近い将来、堅固建物が立ち並ぶことが確実である場合には、新規に借地権を設定するとき、原則として堅固建物所有を目的とするであろうから、「現に借地権を設定するにおいては堅固の建物の所有を目的とする」として、借地条件変更が認められ

る。「地域性」概念の登場は、必ずしも「本件借地」の借地人と賃貸人との間の利益調整に限定せず、「本件土地」に直接関係を持たない不特定多数の人々ないし法人が享受する利益を考慮することを求めるものである。棄却裁判例においても、将来性に欠けるという理由において、実質的な地域性を重視する見方も見られる。付近の利用状況の変更があつても、あるいは堅固な建物の築造が通常の利用方法として認められても、借地契約の性質からいって、五年先あるいは一〇年先の土地の利用状況を考慮すべきであり、借地条件を認められない近隣地域が近い将来高度利用化されるとは認め難い等将来性に欠けるため、申立を認められないとされた事例がある。

第三に、借地法における「事情変更」は、契約上のそれと異なるものである。つまり、事情変更の有無よりも、「借地人の現存建物が付近の土地の利用状況等と対比したとき土地の合理的利用の観点から不当であるかどうか」という客観的事実を重視して判断すべきであるという考え方がここでは採られているのである。ここでの土地の合理的利用があるかどうかの判断基準もまた、係争土地の利用状況と地域性の特徴にかかわってくるであろう。

第四に、棄却裁判例において、土地の利用と地域社会の利益との関係について、土地利用が地域社会の利益に反することは許されないという判断も見られる。この地域社会の利益というのは、具体的には、地域住民が再開発委員会を結成し、地域住民の要望に沿った再開発事業の実施を可能にするという当該地域の住民側に関わる利益であった。これは、まさに市民的公共性という性格を有している。

以上のように、土地の合理的利用の内容は、主に係争土地の土地利用状況と地域性に関わっている。地域性の発展を重視する土地の合理的利用の性格も、地域性の性格と関連しているというべきであろう。裁判例における地域性とは、国家・行政の利益に関わるものと無関係であつて、むしろ紛争当事者も含まれる当該地域の一般市民の利益に関わるものと把握すべきである。したがって、法制度としての借地条件変更制度は、土地の合理的利用の理念を通して、実質的

には、係争土地の地域の一般市民の利益の実現を目指すものと位置づけることができる。土地の合理的利用の性格は、市民に関わる公共性なのである。

### 第三節 「有効利用」の性格

判例および学説の検討を通して、借地法の正当事由制度と借地条件変更制度において、土地の「有効利用」の内容と性格が明確になってくる。本節においては、借地関係における土地の「有効利用」の実質的内容を総括し、個別的私的利益および「公的介入」と区別された「有効利用」の真の性格を検討したい。

#### 第一款 「有効利用」の実質的内容

第一節第四款および第二節第四款の検討を通して、借地関係における土地の「有効利用」の実質的内容は、係争土地の地域性に帰結できると思われる。

正当事由制度において、「土地の有効利用」概念は、二つの側面からなっている。第一は、地域の発展への寄与・地域発展との関連であり、第二は、当該地域の公法的な規制をあわせて考慮することである。判例において重視されているのは、前者つまり社会的・経済的・地域発展の寄与である。このような地域の発展への寄与とは、係争土地の賃借関係を越えて、当該地域の特定多数および不特定多数の市民の利益にもかかわる性格を有している。

借地条件変更制度における土地の合理的利用も、土地の利用状況における「地域性」を指している。ここでの「地域

性」とは、土地利用に対する借地契約当事者の支配を一定限度において排除しようとするものであって、「土地の合理的利用」の客観的側面を表現している。棄却判例の中に、土地の再開発には、地域住民の積極的参加で地域内の市民全体に関わる利益の実現する性格があることを肯定するものがあつた。すなわち、土地の合理的利用とは、賃貸借当事者間の利益調整を超えたものであり、地域の不特定多数の市民にかかわる利益を意味するのである。

したがって、本章の分析から見ると、借地関係における「有効利用」の実質的内容とは、個別私的利益とは異なるもので、紛争当事者の個別利益を超えて、ひろく係争土地の地域の発展と一般市民の利益にかかわるものである。

## 第二款 有効利用と「公的介入」

借地関係の調整に際して「有効利用」を考慮することについて、それが「公的介入」になるという理由で、学説の大勢は、批判的な態度をとっている。ここで問題になるのは、土地の「有効利用」の考慮は本当に「公的介入」なのか、である。この問題を考えるために、「有効利用」と「公的介入」との関係を考察する必要がある。

正当事由制度における土地の有効利用の考慮を肯定する学説と裁判例は、有効利用考慮の必要性を強調し、それが「公的介入」であるか否かについて、特に言及していない。一方、否定する学説および裁判例においては、明確に土地の有効利用が双方の個人的事情を超える外部的モメントであり、「公的」なものであると理解した上で、私権たる借地借家権に対する公的介入は、本来禁止すべきものと捉える。このような意味での公的介入を認めるならば、私権を犠牲にするおそれがあるからである。<sup>8)</sup>しかし、判例分析からみると、土地の有効利用を考慮する際に依拠されているのは、公法的な規制ではない、むしろ、地域の社会的・経済的發展への寄与がそこでは考慮されているのである。したがって、土

説 地の有効利用は、否定説が理解するような「公的介入」ではない。

論

借地条件変更制度における土地の合理的利用概念も、「公的介入」とは異なる概念である。借地条件変更制度について、学説は、これまであまり検討してこなかった。それゆえ、土地の合理的利用の性格も、十分な検討の対象にはされなかつた。本章の判例分析から明らかになつたことは、ここでの土地の合理的利用概念も、正当事由制度における土地の有効利用と同様に、地域発展への寄与をその内容とする、ということである。したがって、ここでの土地の合理的利用もまた、公法上あるいは行政上の施策ではないといわなければならない。

「有効利用」は、「地域性」という特定多数および不特定多数の市民にかかわる利益を内容としながらも、常に「公的介入」と解釈されている。その原因は、どこにあるのであろうか。それは、これらの見解が従来の公私観に拘束されたことに求められるように思われる。すなわち、伝統的な公私観においては、「公」は「私」に對峙する概念で、国家・行政の利益を指している。ここでの「私」は、個別的な私益と理解され、結局、個別的な「私」と異なるものは、すべて国家・行政を指す「公」に帰着することになる。本章において分析した「有効利用」に関する否定判例・否定説である、肯定判例・肯定説であれ、ともに、従来の公私峻別の立場に立つて、有効利用を従来の「公」と理解しているように思われる。そこでの思考様式は、まず「有効利用」を「公」と理解し、次に私的利益の調整に「公的介入」ができないと主張し、最後にその論理的帰結として借地関係の調整に際して「有効利用」を考慮することを否定する、というもののなのである。

本章の検討の結果明らかになつたように、借地関係の調整における「有効利用」の内容は、国家・行政の意味における「公」ではない。「有効利用」の考慮は、従来のいわゆる「公的介入」とはならない。それは、特定多数および不特定多数の市民に関わる利益である「有効利用」なのであって、私的関係である借地関係の調整する際にそれを考慮する

ことは何ら否定すべきことではないのである。

### 第三款 「有効利用」のパブリックな性格

以上の分析と検討を踏まえて、借地関係の調整における「有効利用」の性格をまとめよう。

正当事由制度と借地条件変更制度において、土地の「有効利用」は、一方、個別的な私的関係である賃借関係を超えたものであり、他方、「公的介入」の「公」にもならない。結局、借地関係の調整において、「有効利用」概念は、どのような性格を有するのであろうか。

今までの検討で見られるように、「有効利用」を「公」と把握する背景には、従来の「公」に関する理解がある。それでは、従来の「公」と異なる「公」があるのか。それがあるとするならば、それはどのような内容を有しているのか。借地関係の調整における「有効利用」概念の内容からみると、「有効利用」には「私的」な性格がある。しかし、それは、条件付きの「私的」概念である。すなわち、市民的利益を反映する点において、「有効利用」には「私」的性格が認められるのである。しかし、ここでの「私」は、従来の個別的「私」を超えたものであり、個別的「私」の概念ではない。すなわち私的利益を超えた特定多数および不特定多数の市民の利益を意味している。

一方、「有効利用」は「公的」性格をも有している。しかし、ここでの「公」は、従来意味での「公」とは異なっている。すなわち、「有効利用」は、国家・行政の利益ではない。個別的私的利益に対して特定多数および不特定多数の市民利益を対置するならば、それを「公」と性格づけることができるのである。<sup>(9)</sup>

借地関係調整における「有効利用」のこのような特徴は、従来の公私観では、解釈しにくいものといわなければなら

説  
ない。実際、「有効利用」の内容からみると、その性格は、個別的な私的利益を超えて、国家・行政のような「公」と異なる「パブリック」なものの特徴づけることができる。すなわち、これは、市民にかかわる公共性である。本章の結論として、「有効利用」は、市民的公共性の性格を有していると指摘しておきたい。

## 第五章 市民的公共性としての「公共の福祉」

以上、「民法における公共の福祉論の現状と課題」、「権利濫用理論の客観的標識およびその根拠の再考察」、「借地関係調整における『有効利用』の性格」という章立てで検討を行ってきた。それらを踏まえて、本章においては、本稿のまとめとして、民法の中に「公共の福祉」を規定する必要があるのか、必要であるとすれば、この概念は民法とどのような関係にあるのか、を検討することにした。より具体的には、民法における公共の福祉はどのような性格のものとして解釈されるべきかが問題である。結論的には、民法における公共の福祉を市民的公共性の性格を有するものと把握するのが本稿の立場である。本章においてはさらに、この概念の理論的な根拠についても検討を加えることにする。

### 第一節 市民的公共性としての「公共の福祉」

本節においては、以下の三つの命題について論証を行う。①まず、民法において「公共の福祉」条項を設けるべきかという問題については、この条項を民法に設ける必要性はあると考えられる。②次に、民法上の「公共の福祉」とは、民法に外在的な理念ではなく、民法に内在的な理念と位置づけられるべきである。③さらに、民法上の「公共の福

「社」の調整対象は、民事関係の利害紛争である。しかし、それは、単なる個別の私的関係を対象とするのではなく、独自の調整対象があると思われる。

### 第一款 民法における公共の福祉規定の必要性

「公共の福祉」条項の必要性については、否定説と肯定説とが対立しているが、肯定説を通説と見てよいであろう。それでは、否定説の理由は説得的であろうか。また、通説である肯定説には欠点はないのであろうか。本款においては、これらの検討を通して、民法において「公共の福祉」条項のような私権の社会性を宣言する条項を設ける必要性に関する本稿の見解を示したい。

通説の見解は、民法に公共の福祉条項を設けることを高く評価しながら、この条項の適用を慎重にすべきであると説く。これに対して、否定説は、以下のような二つの方向から、民法における公共の福祉の規定を否定している。その一つは、公共の福祉は、私権に対する統制を強行する場合の基礎理念となっており、その結果、公益の私益への優先を称揚するファシズムへの道にたらなる危険がある、ということである。もう一つは、公共の福祉条項は、直接に適用されることが殆どないという消極的理由づけである。これらは、たしかに全く理由のない批判ではないであろう。しかし、それは消極的な批判にとどまる。他方、肯定説も、私権の絶対性を制限する私権の社会性（公共の福祉）という理念を評価しながら、それをどのような形で民法に表記するのかについて、積極的な提案をなしてきたわけではない。その原因は、第一章第四節の第一款で検討したように、民法における公共の福祉条項を設ける理由に關する今までの議論が抽象的なレベルにとどまって、民法上の公共の福祉の性格および内容の具体的な検討を欠いていることに求められる

ように思われる。

民法に公共の福祉条項を設ける基本的な理由は、絶対的な所有権の制限を可能にする理念である私権の社会性を宣言することである。この点に関しては、異論がないであろう。しかし、私権制限といっても、その具体的な理由を検討すると、二つの異なる方向が見出される。

その一つは、資本主義経済の発達に伴い、絶対的な所有権が確立されるにつれて、私的利益も多元化し、それに対応して、私的所有権相互の衝突あるいは所有権とほかの権利との対立が、次第に表面化するに至ったことに私権制限の理由を求める見解である。私権も一つの社会の中に共存しているものであるので、私権の間に摩擦・衝突が生じることを放置することは、「力の論理」を承認することを意味する。「絶対とされる私的財産権も、その個人主義的濫用は許されない」<sup>(10)</sup>。このような考えは、「私権の社会性ないし社会的制限」の観念に基づいたものである。制限の対象は、私権の間の摩擦と衝突である。

私権制限の理由に関するもう一つの見解は、民法改正段階での政府原案およびそれについての説明において見出される。そこでは、「公共の福祉」を民法に持ち込む具体的な理由として、次のような点が説かれる。憲法一二条に規定された、権利はすべて公共の福祉に反しないように利用しなければならないという趣旨に基づいて、私権もすべて公共の福祉に反しないように利用しなければならないことは当然である。私権という文字それ自体が自己のために認められた権利であるということを含むものであるが、自己の利益のみに利用するものではないという意味をもう少し根本的に表す必要がある。私権というものが認められたこと自体、また民法というものがすでに公共の福祉のために作られているので、それから流れてくる私権の行使も、すべて公共の福祉に適合するように、公共の福祉に反してはならないはずである。

右の二つの見解は、絶対的な所有権を制限する必要性において一致している。しかし、その理由から見ると、その考え方の方向は、かなり異なっていると云えるであろう。すなわち、第一の方向は、従来の私権間の「力の論理」で生じる摩擦・衝突を放置することは、個人主義的な権利の濫用につながるので、私的利益の多元化とともに、私権の社会性ないし社会的制限を問題にする必要が出てくるものである。第二の方向は、具体的な法律制度における「公共の福祉」という規定と、国家・法制度自体の存在価値における「公共の福祉」という理念を混同し、一条一項の公共の福祉を民法に外在する概念として、私権を制限するものと理解するのである。最も問題であったのは、その後の学説において、第一の方向、すなわち民法に内在する理念として公共の福祉を把握する議論が、発展することができなかったことである。民法改正後の学説および実務を支配したのは、公共の福祉を民法外在的な理念と捉える第二の方向であった。そこでは、民法における公共の福祉は、民法に外在する概念として、公法上のその延長あるいは公法から民法への浸透と把握する解釈が採用される。かかる状況に対する反省が見られるようになるのは、ようやく最近になってからのことである。

公共の福祉条項は、私権の絶対性を修正し、私権の社会性を宣言するという意味を持つ。民法においては、従来も私権を制限する思想は展開していた。かかる私権制限条項として、公共の福祉条項は必要な条項である。しかし、民法上の公共の福祉を民法に外在する理念と扱うことは、私権の社会性を宣言することから外れるものである。公共の福祉原理は、民法に外在する命題ではなく、民法に内在する命題である。しかもそれは、独自の内容と性格を有している。この基本的な立場の確認は、きわめて重要なことがらと思われる。

## 第二款 民法自身の命題としての「公共の福祉」

以上、民法において公共の福祉条項を設けることが必要であるという本稿の基本的態度を示した。それでは、公共の福祉という概念は、民法に内在する概念なのか、または民法外在的な概念なのか。学説はこれまで、この問題を集中的に検討してこなかった。しかし、民法改正段階の議論およびその後の通説と最近従来の観点に対する反省と批判の学説への検討を踏まえると、第一章第四節第二款で指摘したように、この問題に対して基本的に二つの異なる方向での理解があることが分かる。すなわち、一つは、民法上の公共の福祉条項は、憲法上の同じ理念の延長にすぎず、民法独自の概念ではないと理解するものである。もう一つは、公共の福祉とは、私権に優越する国家公共の福祉ではなく、民法自身の命題であると理解するものである。

(1) 前者の理解は、民法改正段階での議論および、我妻の公共の福祉理論を始めとするその後の通説的な見解に見出される。これらの見解においては、公共の福祉と民法の関係を上下・従属の関係と捉えるのであれ、並立的な関係と捉えるのであれ、公共の福祉という概念を私権に対立するものと把握し、民法に外在的な理念と理解する点では、間違いなく一致が存在する。

これに対して、公共の福祉を私権の内在的な制約原理であるとする理解は、公共の福祉を民法に内在する理念と捉える方向に近づいたものと思われる。この理解は、私権が個人の利益に奉仕するものであることを確認しつつ、その内在的制約原理として、公共の福祉原理は、私権の存立が社会的共同体生活の利益に反するものであってはならないことを宣明するにすぎないものと捉えるのである。このように、私権の内在的な制約原理としての公共の福祉原理は、私権の私的性格を否定するわけではない、私権は、一方で私的性格を有し、他方で公共的な性格をも持っているのである。この公的な側面が、私権に内在し、かつ私権を制限するものである。このような理解は、上下関係か並立的な関係かという民法改正段階での議論と比べて、一歩前進した考え方であり、評価すべきである。

しかし、このような解釈によって問題が解決したわけではない。

まず、私権の内在的制約としての公的側面或いは公共的性格は、一体どのような内容を持っているのであろうか。これが問題の根幹である。従来の議論は、単に私権の内在的制約という性格を指摘するにとどまっており、私権の公的側面とか公共的性格の実質的な意味についての検討は、いまだ乏しいと言わなければならない。

次に、公共の福祉の内在的制約原理に関する議論は、かなり混乱していると言わなければならない。たとえば、ある学説<sup>(11)</sup>は、まず、民法に関する公共性について、「社会的観点から私権相互の衡平な調整を図るべきこと」と「私権に対して公益（公衆の利益）を優先させるべき場合があること」との二つを分け、前者を私権の外在的制約であるとし、後者を私権の公共的内在的制約と定義する。しかし、前者に関しては、公共の福祉の問題ではないとする立場や、社会的弱者の保護に関する場合のみを挙げる立場もある<sup>(14)</sup>。また、「民法は、私的利益相互の衡平な調整を通じて私権を保護するために存在するものであるから、私権相互の調整を『公共の福祉』のもとに位置づけることは必要でないばかりではなく、かえって全体主義的規制を容易にする恐れがあり、有害ですらあるといえよう」との主張もなされている<sup>(15)</sup>。このように、結局、この学説は、私的利益相互の衡平な調節を通じて私権を保護するためのいわゆる「私権の外在的制約」としての公共の福祉という規定を民法に設けることに否定的な態度を取ってしまうのである。ここでは「私権の外在的制約」の「全体主義的規制を容易にする恐れ」がいわゆる「内在的制約」としての「私権に対して公益（公衆の利益）を優先させるべき場合」と同じような内容を有することになる。結局、何が私権の外在的制約であるのか、何が内在的制約であるのかについて、同一の論文の中で混乱が生じていることは明らかである。混乱の主な原因は、公共の福祉の内容が不明なままで、民法に外在する理念と理解したことに求められるであろう。

(2) 先に指摘した第二の方向は、公共の福祉を民法外在的な概念と扱う従来の立場を批判する。かかる方向に立つ

最初の学説は、「公共の福祉」を私権に対立してこれに優越する意味での国家・公共の利益という意味ではなくして、私権がその認められるべきそれぞれの限界内において相互に妥当な調整を受けている状態を意味するものと定義し、「公共の福祉」を私的利益と対立する外在的な「国家・公共の利益」の意味に解することを排除した。その後、公共の福祉を民法上の概念として扱う学説が増えてきた。民法における公共の福祉の本質的な意味は憲法一三条の規定と同じであると主張しながら、公共の福祉の「一般性」と「特殊性」という特徴から、「市民法的公共の福祉」と「社会法的公共の福祉」という二つの類型を分ける学説もあつた。その類型化が妥当か否かという議論を一応横に置くと、市民法的公共の福祉という捉え方は、公共の福祉に市民法的な性格を与えるものであつて、有意義な試みであろう。

初めて公共の福祉を民法自身の命題であると明確に確認した学説は、民法において「公共」が問題となる余地は存しないという（ありうべき）考え方は、一条一項で否定されているとみるべきであるし、正当でもない主張しながら、他方では、民法全体にわたつて「公共」が問題となるように考えることも正当ではないと指摘した。この結果、民法上の公共の福祉命題は、民法の限られた分野で機能するにすぎないものとなる。すなわち、民法一条一項の命題は、民法上の意味で「公共性」が問題となる民法中の特定分野、具体的に言えば実質的意義における民法の体系のうち生活利益保護法および競争利益保護法の分野の法理を表現した命題と考えるべきものと主張されるのである。この見解が公共の福祉を民法自身の命題であることを明確にしたことは、民法における公共の福祉の性格についての検討として重要な一歩を踏み出したと言えよう。しかし、公共の福祉を、民法の一般原則ではなく、ただ一部の領域に機能するにすぎないと捉える考え方には、全面的には賛同できないものがある。

私権と公共の福祉の並行論であれ、私権の内在的制約論であれ、いずれも、公共の福祉と私権の関係を明確にしようとする学説である。しかし、これらの学説においては、民法における公共の福祉の性格が明確にされていず、公共の福

祉の内容が不明なままということを前提としているので、以上に指摘したような矛盾混乱は、当然避けられないと思われる。また、公共の福祉を民法自身の命題であると主張している学説も、公共の福祉を民法上の一部の分野での法理を表現したと主張されている。これも民法の命題としての公共の福祉の内容について、十分な検討を經ていない考えであろう。

本稿も、公共の福祉は、民法自身の命題であり、民法に内在的な理念であるという立場に立っている。かかる理念を表現するのに「公共の福祉」という概念が適切であったかについては、議論の余地がある。民法改正段階において、適切な概念がなかったので、便宜上、広範に使われていた「公共の福祉」概念を民法一条一項に規定したのである。その後の議論も、民法における公共の福祉の性格についての十分な検討を經ないままで、さまざま文脈で、この概念を使ってきた。そのため、結局、民法上の公共の福祉に国家公共の福祉という民法と異なる領域の内容が持ち込まれ、裁判例において、私権がもたらすはずの利益を犠牲する一つの道具として使われることになった。公共の福祉が民法上の概念であるという性格を明確にしようとする試みは、右のような結果についての反省に基づいたものであろう。

それでは、民法上の公共の福祉という概念は、どのような性格をもっているものであろうか。筆者の基本的な理解は、民法における公共の福祉概念は、公法上・憲法上のそれと異なるものであるというものである。公法上の公共の福祉は、国家の公共性問題に関わっているのに対し、民法上の「公共の福祉」は、民法の調整対象としての市民に関わる公共性である。すなわち、民法において調整されるべき利益には、単に私人間の利益だけではなく、私人の利益とその私人が属する共同生活・集団生活などパブリックとの間の利益関係も含まれるべきである。したがって、民法における調整されるべき分野には、従来の私人間の利益関係のほか、私人と特定多数または不特定多数の人々に関わる利益関係も含まれるべきである。この様な分野においては、公共の福祉原理が、市民にかかわるパブリックな利益つまり市民的公共性

の保護という機能を果たすべきであろう。したがって、民法における公共の福祉を別の言葉から表現すると、市民的公共性と呼ぶことができる。

### 第三款 「公共の福祉」から排除されるべき内容

公共の福祉を民法自身の概念、民法内在的な概念として確立するならば、本来民法に属すべきではない国家的公共の福祉は、ここから当然に排除すべきことになる。民法上の公共の福祉が拡大され国家的公共の福祉まで取り込まれることによって生じる問題性の一つは、本稿第二章で検討された権利濫用法理の濫用という現象である。

権利濫用理論の本来の機能とは、私有財産権の絶対的不可侵および個人活動の無制約な絶対的自由を制限し、私権相互の諸矛盾・対立を調整し、私権行使の個人性・自由性という市民法的な原理を前提とし、かつ、これを貫くために、単に私権相互間の衝突・対立を調整することにとどまる。しかし、判例においては、本来は以上のような機能を果たすにすぎない権利濫用理論が、市民対企業（資本）あるいは市民対公権との対抗関係において、市民を企業あるいは公権に従属させるという機能を果たすことになってしまった。すなわち、個人に認められた所有権その他の私権は、公益に従うことを強いられることになった。これがいわゆる権利濫用理論の濫用である。

権利濫用理論がこのように本来果たすべき機能から逸脱され、濫用された原因は、権利濫用判断の客観的標識の拡大解釈にある。すなわち、諸外国の権利濫用理論と比べて、日本の権利濫用論の特徴としては、判断の標識を始めから権利濫用の判断基準を客観的な標識に求め、そして権利濫用論の基準に関する十分な議論がなされないまま、客観的標識の内容を一般住民・一般公衆の利益にかかわるものから、国家・行政の利益および大企業の国家経済の復興再建への寄

与することまでに拡張解釈したことを指摘することができる。これが権利濫用法理の濫用の原因である。

権利濫用の判断の客観的標識が簡単に拡大解釈された根本的な原因は、権利制限理論および権利濫用法理の根拠の根拠と深くかわわっている。本稿の検討から見ると、その根拠は、私権制限の根拠について、私権の被社会的制約あるいは私権の社会性、相対性という把握から、私権の社会的本質概念へと転換したことに求められる。この転換こそが、権利濫用の客観的標識の拡大解釈を招き、それによって権利濫用法理の濫用をもたらした根本的原因である。

私権制限の根拠は、たしかに私権の社会性に求められる。しかし、この私権の社会性と「私権の社会的な本質」とは、異なる概念と言わなければならない。私権の本質が公共性・社会性であるとするならば、公権の本質は、何であろうか。公権の本質も公共性であろう。そうすると私権と公権とはどのように区別されるのか。たしかに、私権には、社会性がある。しかし、そこからストレートに私権の本質も社会性であると考ええることは、個人主義的市民法原理を確立することなく私権制限法理を展開した日本社会のあり方を反映するものといえないだろうか。

民法法原理としての権利濫用法理を擁護するためには、国家行政の利益および大企業の国家経済の復興への寄与などの内容を客観的標識から排除し、客観的標識を一般公衆、一般住民の利益に限定すべきである。そして、権利濫用の根拠は、私権の社会性、相対性制限の必要性に求めるべきであって、これは、私権の社会的本質とは関係がないことを銘記すべきである。民法における公共の福祉の性格は、私権の社会性・相対性を宣言するにすぎない。ここでの社会性・相対性とは、市民利益にかかわるもので、国家行政の利益とは異なっている。「私権の社会的本質」という表現は、誤解を招くものであって、民法上の公共の福祉概念から排除されるべきものである。

#### 第四款 市民的公共性の内容

以上、公共の福祉が民法内在的な概念であることを確認することによって、私的利益と対立する民法外在的な「国家・公共の利益」を「公共の福祉」概念から排除すべきであるとの結論を導いた。これが、民法上の命題としての「公共の福祉」に市民的公共性の性格を与える目的の一つである。本稿のもう一つの目的は、民法における「公共の福祉」の市民的公共性の性格を確立することである。

民法における公共の福祉が国家的公共の福祉にまで拡大解釈されたもう一つの原因は、本来民法に属するものを従来の「公」に関する理解に基づいて軽視または無視したことである。たとえば、権利濫用理論においては、一般公共の利益・一般公衆の利益など従来のいわゆる客観的標識の内容を、如何に市民対市民の利益衝突を調整する権利濫用理論の中に位置づけるかが問題となる。筆者の考えでは、民法一条の公共の福祉条項は、民法における私的関係を調整する原理を表明している。重要なことは、ここでの私的關係には、単に個人と個人の間関係だけでなく、個人と特定多数及び不特定多数の住民および地域の公衆利益との関係も含まれると理解すべきことである。すなわち、民法の調整の対象は、従来の単なる個別的私的関係以外に、個別対一般公衆および地域住民の利益などパブリックとの関係も含まれているはずなのである。パブリックな利益の擁護こそ、公共の福祉という条項の価値である。したがって、民法における公共の福祉とは、特定多数及び不特定多数の市民・公衆にかかわるパブリックの理念を示したものである。本稿において、このような公共の福祉の内容およびその理念を市民的公共性と理解している。

市民的公共性とは、新しい概念である。しかし、市民的公共性を示す内容すなわち私的利益とパブリックな利益の關係調整は、すでに従来の学説および裁判例においても、存在していた。この概念をよりよく理解するために、ここで、本稿の今までの検討を踏まえて、市民的公共性の内容を二つの類型に分けて、検討を行いたい。それぞれの特徴に即していえば、類型Ⅰは、特定の領域における社会一般と不特定多数の人々にかかわるパブリックな利益である。これに

対して類型Ⅱは、特定の領域における特定の人々にかかわるパブリックなものである。類型Ⅰに含まれるのは、本稿に即していえば、第二章において権利濫用法案との関連で検討した戦前・戦後の裁判例における一般公衆・一般公共の利益と、第三章の借地関係における土地の「有効利用」概念である。類型Ⅱに含まれるのは、地域社会の公共性を公平に実現するための共同秩序の形成にかかわるものであり、本稿に即していえば、第一章の「公序論」と、第二章の戦後裁判例において私道の通行権における地域住民の公序と慣行とがそれに該当する。以下、それぞれの類型の内容について簡単にまとめよう。

#### Ⅰ 特定の領域における不特定多数の市民にかかわる公共性

本稿において検討された「一般公衆の利益」、土地の「有効利用」という概念は、土地の所有と利用における当事者の利益を超えて、地域社会の発展に寄与するという不特定多数の市民にかかわる利益と関連している。

権利濫用に関する戦前の裁判例において、権利濫用の判断の客観的標識は、従来の双方の利益比較ほか、土地の明渡しによって、係争土地の周辺の交通に不便と危険、「一般公衆に不測の不便」を与えること、「一般の公共の利益を阻害する」ことが甚しいことなどを含まれている。これらの要素は、不特定の住民または公衆にかかわる利益であるので、市民的公共性の類型Ⅰに属するものといえることができる。

借地関係における土地の「有効利用」の実質的な内容は、係争土地の地域の発展への寄与である。これは、一方、個別的な借地関係を越えたものである。他方、「公的介入」にもならず、公法上、行政上の施策でもない。「有効利用」という概念は、不特定多数の市民にかかわるものであると解釈される。

借地関係を調整する正当事由制度において、「土地の有効利用」の要素を考慮すべきではないとする見解の理由は、

「正当事由制度は、私的関係を調整するためのものであるが、「土地の有効利用」の考慮は、「公的介入」であり、私的利益を犠牲にするものであるという点に求められる。しかし、「土地の有効利用」の考慮は、本当に「公的介入」なのか。第三章第一節の検討を通して、正当事由制度における「土地の有効利用」の主たる内容は、地域性と賃借人の土地利用状況から成り立っていることが明らかになった。その中でも、中心的な要素は「地域性」である。土地の有効利用に關する地域性は、主に二つの視点を提供する。一つは、地域の發展との関連であり、もう一つは、当該地域における公法的規制の考慮である。もつとも重視されるのは、地域發展への寄与である。これは、係争土地周辺の利用の高度化が進んでいること、付近一帯が高度に都市化されつつあること、本件土地周辺の發展、再開発に寄与することなどを意味している。これらの公共性を構成する要素は、公法的な概念ではなく、利害関係者の利益を超えて、不特定多数の市民にかかわるもので、市民的公共性に属するものである。

借地条件変更制度の趣旨の一つは、土地利用に対する借地契約当事者の支配を一定限度において排除し、「土地の合理的利用」を促進することである。裁判例への検討を通して、土地の合理的利用概念は、具体的に「付近の土地の利用状況」概念に反映されていることが分かった。「付近の土地の利用状況」は、客觀的事情の有無の判断における実質的な要件である。この概念は、「付近」より広範囲の地域性すなわち当該地域の發展、地域の将来性に貢献しているということを含んでいる。また、事情変更の時点および有無に關して、従来の条文の文理解釈による限定性から脱却して、「土地の合理的な利用」の理念に基づいて判断を下す傾向が見られる。一方、棄却裁判例においても、将来性に欠けるという理由で、申立を棄却する場合、実質的な地域性を重視する見方も見られる。また、土地利用が地域社会の利益に反することは許されないという判断も見られる。この地域社会の利益というのは、地域住民が再開発委員会を結成し、地域住民の要望による再開発事業を実施させるといふ、当該地域の住民にかかわる利益であるので、まさに市民的公共

性という性格を有している。付近の土地利用状況とは、地域性及び地域の将来性・発展にかかわる概念である。したがって、借地条件変更制度における土地の合理的な利用概念は、単に賃貸人と賃借人との利益の調整だけでなく、不特定多数の人々の利益にも関係している。その性格は、公法上あるいは行政的施策上の概念ではなく、あくまでも私法上の問題であり、市民的公共性の性格を有している。

以上のような権利濫用の判断における一般公衆・一般住民の利益、借地関係の調整における土地の「有効利用」概念は、すべて、従来の私法における単なる個別の私的な利益（本稿においては、土地所有者と土地所有権妨害者、賃貸人と賃借人との利益である）の調整を超えた、特定地域の不特定多数の市民・住民の利益にかかわるものである。このような利益は、従来の私的利益と異なっており、かつ、国家行政の利益とも異なる真のパブリックであり、市民的公共性の性格を有していると思われる。

## Ⅱ 特定の領域における特定の市民にかかわる公共性

特定の領域における特定の多数の市民にかかわる市民的公共性とは、公共性が特定地域の全員にかかわることを意味している。私道の通行権と一般廃棄物排出禁止請求事件に関する判決は、この類型をよく表現するものである。

私道の通行権に関する判決には、地域住民の公序に基づき、土地所有者の主張を権利濫用としているケースが多い。実際になされた判示としては、土地所有者の土地に設置された電柱の撤去は、係争土地の附近の住民に対し生活上重大な影響を及ぼし、地域の住民の生活にかかわる公共性に影響を与えること<sup>(16)</sup>、土地所有者がブロック塀を設置したことは、得られる利益や被害者の失う利益と比べて少ないだけではなく、その道路を利用する他の利用者や近隣の人々の利便にも影響を与えること<sup>(17)</sup>、土地所有者の請求は、附近住民の従来の合意と慣行を破り、いたずらに秩序を乱すものであるこ

(18) などがある。これらの判決においては、地域住民の公共性と公序や慣行を根拠として、土地所有者の所有権に基づく請求が権利濫用として否定されている。このような権利濫用判断の客観的基準は、係争地域における特定多数の住民にかかわる公共性を反映し、市民的公共性の性格を有している。また、通行妨害排除請求事件<sup>(19)</sup>における「外部との交通についての代替手段を欠くなどの理由により日常生活上不可欠なものとなった通行に関する利益は私法上も保護に値する」という判示は、私道の通行受忍義務が、私法上の問題であることを示している。したがって、地域社会における「公序」は私法上の市民的公共性の性格を有しているのである。

一般廃棄物排出禁止請求事件<sup>(20)</sup>において、地域の市民全員が受益する以上、ごみ集積場所の負担も全員が負うべきであるとするのは、地域社会の公共性を公平に実現するためには、共同秩序あるいは「公序」を形成するべきという考え方に依拠するものであって、「すぐれて地域的共同体秩序に関わるものである<sup>(21)</sup>」と評価されている。地域社会の生活利益の均衡を保つために、地域住民の共通の秩序・共通のルールの形成およびその拘束力の確保は、地域住民の公共性にかかわるものである。これから最も重視される公共性であると思われる。

以上、市民的公共性の内容を二つに類型化した整理を試みた。これはあくまで、暫定的な試みにすぎない。なお、本稿で検討された法制度は、土地の所有と利用を中心とした判例と学説である。市民的公共性の原理は、民法の特定の領域で機能を果たすものではなく、権利の絶対性を制限し、権利の社会性を宣言するものである<sup>(22)</sup>ので、民法の一般原則といえるであろう。したがって、市民的公共性の概念は、土地という特殊なものについてのみ関連性を有するとは限らない。また、公序のような公共性も「公共の福祉」の一つの側面ではない。市民的公共性の理念は、民法の他の領域にも浸透していると思われる。本稿は、一つの角度から検討を加えたものにすぎない。また、公共性とりわけ市民的公共

性が説明される際に、一般に空間・領域といった概念が思い浮かぶが、本稿における市民的公共性は、決して具体的な領域・空間を想定するものではなく、民法上のより一般的に妥当する理念を想定したものである。

## 第二節 市民的公共性と公私関係の再構成

以上、本稿においては、権利濫用理論と借地関係を調整する正当事由制度および借地条件変更制度を素材として、民法における「公共の福祉」への再検討を行い、その作業を通して「公共の福祉」の「市民的公共性」としての性格を明らかにしてきた。しかし、他方で、この試みにはいまだに不十分なところが多く残されていることも認めなければならない。

市民的公共性に関する内容は、実際に学説と裁判例において、萌芽的な段階のものとしてすでに存在していた。しかし、学説がそれに関して十分な理論的な検討を加えてこなかったのは、従来の市民社会理論および公私観念に束縛されたためであると思われる。ここで、市民的公共性概念をよく把握するために、その理論的な根拠すなわち現代市民社会理論に触れ、現代市民社会における公と私の関係の再構成を展望することにした。

### 第一款 三つの市民社会論の公私観

「市民社会」は、重層的かつ多義的な概念である。したがって、市民社会概念についてもその研究の視角によってさまざまな捉え方がある。吉田克己教授による最近の研究<sup>(22)</sup>によると、市民社会には、大まかに三つの種類がある。第一は、

「対等・平等な市民が市場において商品交換を行う市場経済社会」としての市民社会である。これは、「脱国家的脱政治的領域」であり、「市民社会 $\alpha$ 」と呼ばれている。第二は、「経済的原理とは異質で、かつ、国家による政治的統合とも区別される特殊な政治的社會」、すなわち政治共同体としての市民社会であり、「市民社会 $\beta$ 」と呼ばれている。第三は、「自由な意思に基づく非国家的・非経済的な結合関係」としての「市民社会 $\gamma$ 」である。これら三つの市民社会概念は、「あれかそれかの相互排斥的なものとみるべきではなく、それぞれが、近代以降の国家・社会の全体構造のある部分を主たる対象としつつ、全体として現実に対する批判原理として相互補完的な役割を果たしうるものと把握すべきである」とされている。<sup>(23)</sup>この三つの市民社会概念が主として想定する社会の領域を図式化すれば、国家Ⅱ「市民社会 $\beta$ 」、市場Ⅱ「市民社会 $\alpha$ 」、公共圏Ⅱ「市民社会 $\gamma$ 」となる。<sup>(24)</sup>民法学は、まずもって、「市民社会 $\alpha$ 」を対象にすると考えられる。しかし、民法学が対象とすべき市民社会は、「市民社会 $\alpha$ 」を中心としつつも、それに限定されるわけではない。<sup>(25)</sup>

「市民社会 $\beta$ 」と「市民社会 $\gamma$ 」もまた、民法学にとって無視しえない重要性を備えているからである。<sup>(25)</sup>「市民社会 $\alpha$ 」論は、伝統的な市民社会論であるが、そこでの一つの特徴として、公法と私法、公と私の峻別論がある。これに対して、「市民社会 $\beta$ 」論では、政治社会Ⅱ公共社会に公法・私法あるいは公と私の分別の意義はないと主張されている。そして「市民社会 $\gamma$ 」論における市民的公共性の理念（吉田説では、公共圏と呼ばれる）が出てきた。市民的公共性概念は、現代市民社会論の一つの重要な課題である。これをよく把握するために、それぞれの市民社会概念において、公私関係および「公」概念の展開についての検討が行われることが必要である。以下では、主に前近代の公私観および「市民社会 $\alpha$ 」と「市民社会 $\gamma$ 」における公と私あるいは公法と私法の関係について端的な検討を行う。なお、「市民社会 $\beta$ 」論における公私観は、まだ成熟するまでには至らないので、ここでは、省略する。

## 第二款 市民社会における公と私の関係

前近代社会においては、公と私は基本的に峻別されていなかった。「私」の概念があっても、それは、公に対峙するものではない。<sup>(26)</sup>「私」と云つても、それが社会に認められている場合は、「公」なのである。したがって、公と私は、未分離であるので、実は同質なものである。近代社会では、公私が峻別され、私的利益が強調され、その結果の一つとして、私権の濫用をもたらすことになった。したがって、国家権力による私権の制限を目指した公的介入は、近代市民社会の一つの課題になった。さらに現代市民社会は、公私関係の再構成をする課題に直面している。これは、市民的公共性概念が登場する理論的な根拠であると思われる。以下では、「市民社会 $\alpha$ 」論と「市民社会 $\gamma$ 」論における公私観の検討を加える。

I 「市民社会 $\alpha$ 」論における公と私の二項対立図式

我妻理論における公私観は、「市民社会 $\alpha$ 」における公私観をよく表現しているように思われる。次のようにいう。「人類は、近代文明社会においては、国家という特殊な社会形態を組織する」。したがって、その社会生活における国民としての生活関係と人類としての生活関係との二つに分けられている。前者は、国家を構成し、維持しまたは直接にその保護を受ける関係である、この関係を規律するのは公法である。後者は、国家と直接関係はない、私法関係であるが、これを規律するのが、私法である。「公法に対する私法の特色は、公法が命令服従を指導原理とするのに対し、私法が自由平等を指導原理とする点にある」。しかし、現代法において、「公法は次第に私法の領域を蚕食しているといわなければならない」<sup>(27)</sup>。これは近代法の個人主義の欠点を避けるためである。したがって、民法上の「公共の福祉」が登場す

るのは、公法・私法の対立を前提としながら両者の領域の曖昧化・融合現象とともに顕著な現代法における公法の私法への浸透に起因するものと理解されることになる。

公法・私法峻別思想、換言すれば民事法を「公」法との二項対立の下で「私」法と捉える法思想のもとでは、「公共の福祉」は、外在的かつア・プリオリな「私権」制約原理とみなされる。したがって、それは、「私」法の外の世界、つまり「公」の世界に固有のものとして捉えざるをえなくなる<sup>(28)</sup>。この結果、「朝」・「官」<sup>(29)</sup>「公」の一方的事情によって構成される「公共の福祉」が、それに対立する存在である「私」に関する権利を外在的に制約し、そのみならずその内容を積極的に領導するという枠組みが作られることになる。それが帰着するところは、まさに全体主義であろう。本稿において検討された公共の福祉に関する従来の議論の限界も、まさにこれと関連している。すなわち、公共の福祉は民法以外の理念として扱われ、その内容も一般公衆の利益から国家行政および大企業の国家経済復興への寄与へと拡大解釈されたわけである。したがって、「公共の福祉」概念は民法を凌駕する「公法的」概念と理解されている。

## II 「市民社会」論における市民的公共性の性格

「市民社会」論における公法上の「公共の福祉」の民法への一本化論は、公法的性格を有している「公共の福祉」を私法たる民法に直接的に浸透させるものである。このような考え方は、まさに全体主義的なものである。そこでは、私権を犠牲にする恐れがある。学者の大勢がこれに批判的な態度を取っているのは、そのためである。一方、「市民社会β」論においては、民法上の「公共の福祉」概念の一本化論は、公共の福祉に民法上の意義を与える点では、評価すべきである。しかし、民法上の「公共の福祉」の概念が常に公法の領域に拡大していくのは、妥当かどうかという疑問を残している。そして、私法上の「公共の福祉」の概念自体が明確にされていないので、この観点は、外延が極めて狭

い「公序」のところを求めることになる。

近代市民社会から現代市民社会への構造変容のなかで、「市民社会」の重要性は、ますます顕著なものとなっている。<sup>(30)</sup>「自由な意思に基づく非国家的・非経済的な結合関係」という「市民社会」論のもとでは、民法上の「公共の福祉」は、公法上のその延長ではない。民法自身の命題であり、民法上の独自の性格を持つ概念となる。これは、本稿の基本的な視点である市民的公共性的理解である。つまり、民法の調整対象は、従来の個別的な私的利益の關係以外に、個別的私利益対パブリック的な利益の關係も含まれるべきである。このような当事者双方の利害調整を超えた、自律した当事者間の共通な利益の形成は、当事者を含む特定多数あるいは不特定多数の市民（自律した市民）に及ぶ多層層の公共性の形成・維持を意味するものであり、市民的公共性と呼ばれるであろう。本稿で検討された権利濫用論における一般公衆・一般公共の利益、借地関係における土地の「有効利用」、私道の通行権受忍義務および地域の共同秩序である「公序」諸概念は、市民的公共性の性格を有し、現代市民社会の一つの新しい領域であり、これからもっと重視されるべき研究分野であると思われる。

### Ⅲ 「公」に関する理解の展開

公共の福祉の有する市民的公共性の性格に関する理解において、もっとも重要なのは、「公」概念の展開についての検討である。日本において、「公」という概念は、少なくとも幕末期までは、首長性と公共性を基本的な要素としていた。近代日本社会では、「公」は、首長性から国家に変わることに伴って、公共性も国家的公共性として定着した。したがって、「公」という概念は、基本的に「国家」の<sup>(31)</sup>ことを意味するもの、または国家によって具体化された各級行政機構を意味するものとして扱われている。このように「公」を国家秩序と理解することに対して、「私」とは官僚制国

家秩序から分離・対立する「私」でなく、「公」の下位者として、「公」に従属的であり、それゆえに個人的な内輪のこゝとである。<sup>(32)</sup>したがって、公私の対立とは、個別的な個人と国家秩序の対立と理解されている。現代市民社会において、「公」には公法上の規制と市民生活上のパブリックにかかわる利益という二つの意味がある。そして、パブリックとしての「公」は、むしろ国家秩序の「公」と対立して、私法領域に属する概念である。本稿において検討した一般公衆の利益、土地の「有効利用」および「公序」など諸概念は、市民にかかわるパブリックと捉えるべきものである。

現代市民社会において、私法たる民法の調整対象は、個別的な私的利益関係にとどまらず、私的利益を超える地域の共同秩序における特定多数および不特定多数の市民にかかわる利益にも及ぶべきである。従来の裁判例および学説は、民法に属すべきではない国家行政にかかわる利益を民法に取り込み、市民の利益を国家行政の利益に強制的に従属させてきた。これは、公共の福祉を国家的公共の福祉と誤解し、しかも公共の福祉を民法に外在する概念と理解したことと関連している。一方、民法における「公共の福祉」の独自の性格が意識されなかつたため、一般公衆の利益、地域社会への寄与および共同生活秩序等にかかわる利益が、あるいは民法以外の公共の福祉と理解され、あるいは全く関心を払われないうままとどまっている。本稿の検討から、筆者は、以上の公共の福祉に関する議論の二つの欠点は、いずれも民法における公共の福祉の性格についての検討が欠けていたために生じたものと考えられる。民法一条一項の公共の福祉とは、民法に内在する命題である。その内容は、抽象的な社会全体の利益ではなく、国家公共の福祉でもない。それは、民法における特定多数および不特定多数の市民にかかわる公共性である。したがって、民法における「公共の福祉」の概念は、市民的公共性としての性格を有している。今後、民法学の新たな研究領域が形成されてくるとともに、この概念は、もつと重視され、適用されるようになると思われる。

注

- (1) 判例時報五二九号五八頁。
- (2) 判例時報五五〇号七二頁。
- (3) 判例タイムズ二五四号二八一頁。
- (4) 判例時報六五六号七六頁。
- (5) 判例タイムズ四四四号一六一頁。
- (6) 三好登「借地制度のあり方に関する一考察」法律時報七〇巻七号六二二頁。
- (7) 瀬川信久「日本の借地」(有斐閣、一九九五年)二三三頁。そこでの指摘によれば、「土地所有か借地かの問題、借地人をどのように保護するかの問題は、これらの権限や利益・不利益を、都市社会の構成員間で、あるいは構成員と公共団体の間でどのように配分するかの問題であるから。この問題は地主対借地人の対抗図式の中では解くことができない」。
- (8) 宗建明「正当事由と『土地の有効利用』―公と私の関係を中心として―」北海道大学大学院法学研究科「ジュニア・リサーチ・ジャーナル」五号(一九九八年)五七頁。
- (9) 宗・前掲論文(注8)六〇頁。
- (10) 黒田喜重「私権と公共性」中川淳||貝田守編『未来民法を考える』所収(法律文化出版社、一九九七年)二三頁。
- (11) 黒田・前掲論文(注10)二九頁。
- (12) 黒田・前掲論文(注10)二九頁。
- (13) 黒田・前掲論文(注10)二二頁。
- (14) 黒田・前掲論文(注10)二九頁。
- (15) 黒田・前掲論文(注10)二九頁。
- (16) 名古屋地方裁判所昭和四〇年一〇月十六日、判例時報四五〇号四一頁。
- (17) 福岡地方裁判所昭和五二年十二月五日、判例時報八八五号一五七頁。
- (18) 仙台高等裁判所昭和六一年十月二十九日、判例時報一二一四号七五頁。
- (19) 最判平成九年二月一八日、民集五一巻十号四二四一頁。

- (20) 横浜地判平成八年九月二七日、判例時報一五八四号二二八頁。
- (21) 池田恒男「日本民法の展開(一) 民法典の改正——前三編(戦後改正による「私権」規定挿入の意義の検討を中心として)——」広中俊雄・星野英一『民法典百年Ⅰ』所収(有斐閣、一九九八年)一一二頁。
- (22) 吉田克己「現代『市民社会』論の射程」民主主義科学者協会法律部会学術総会シンポジウム「現代『市民社会』論の課題」における総論報告(一九九八年一〇月八日)、『法の科学』第二八号(一九九九年)所収、同『現代市民社会と民法学』(日本評論社、一九九九年)一〇六頁以下参照。
- (23) 吉田・前掲書(注22)一〇八頁。
- (24) 吉田・前掲書(注22)一〇八頁。
- (25) 吉田・前掲書(注22)一〇九頁。
- (26) 宗・前掲論文(注8)五九頁。
- (27) 我妻栄『新訂民法総則』三、四頁。
- (28) 池田・前掲論文(注21)一〇四頁。
- (29) 池田・前掲論文(注21)一〇六頁。
- (30) 吉田・前掲書(注22)一〇九頁。
- (31) 星野英一「民法のすすめ」(岩波書店、一九九八年)八四、八五頁。
- (32) 星野・前掲書(注31)八二、八三頁。

\* 本稿は、北海道大学博士(法学・民法)学位論文(二〇〇二年三月三日学位授与)を補筆したものである。