



|                  |   |
|------------------|---|
| Title            | 日本民法における「公共の福祉」の再検討（1）－「市民的公共性」形成の試み－   |
| Author(s)        | 宗, 建明; ZONG, Jianming   |
| Citation         | 北大法学論集, 52(5), 109-168  |
| Issue Date       | 2002-01-11  |
| Doc URL          | <a href="https://hdl.handle.net/2115/15107">https://hdl.handle.net/2115/15107</a> |
| Type             | departmental bulletin paper   |
| File Information | 52(5)_p109-168.pdf  |



日本民法における「公共の福祉」の再検討（一）

——「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

第三章 借地関係調整における「有効利用」の性格

第四章 市民的公共性としての「公共の福祉」

（以上本号）

序論

一 問題意識と課題設定

「公共の福祉」は、今日では法のあらゆる分野に入り込んで広汎に利用されるようになってきている法観念である。一九四七年の民法改正において、民法の冒頭に「私権ハ公共ノ福祉ニ遵フ」という条項が設けられた（一条一項）。通説的見解は、公共の福祉観念がこの改正によって民法に導入されたことをもって、二〇世紀民法としての特色を發揮するものであると高く評価している。<sup>（1）</sup>しかし、それにもかかわらず、この条項は、慎重に適用すべきであると一般に主張されてきた。公共の福祉の性格について、従来の通説は、それは憲法の大原則、すなわち民法の外側にある理念を民法の領域に貫徹する性格のものであり、その内容は社会一般・社会全体ないし国家公共の利益を指すものと理解してきた。他方、批判論は、そのような通説の解釈は、公益を私益に優先させるといふファシズムへの道にたらなるものであると非難してきた。批判論が公共の福祉条項の適用に消極的態度を採るのは、ある意味で当然である。しかし、これと対立す

る通説もまた、公共の福祉条項を慎重に適用すべきだという点では、批判論と態度を同じくしていた。要するに、民法における公共の福祉条項は、通説において、原理の次元では高い評価を受けながら、実際の適用の次元では慎重さを要求されているのである。ここには、一見して評価矛盾が存在する。公共の福祉条項に関するこの矛盾は、注目すべき現象といわなければならない。

どうしてこのような矛盾した現象が生じているのであろうか。公共の福祉観念に関する基本的検討の不十分性がその原因として指摘しうるのではないだろうか。これが本稿の基本的発想である。そもそも民法典に公共の福祉を定める条項を設けるべきか否か、民法と公共の福祉とはどのような関係に立つのか、公共の福祉は民法自身の概念であるのかあるいは民法外的な概念であるのか、さらに民法上の公共の福祉はどのような性格と内容を有しているのか。これらの公共の福祉に関する基本的問題の検討は、今日に至るまで十分なかたちではなされていらない。このような事情が、右に示した評価矛盾がもたらされた背景に存在すると思われるのである。

公共の福祉観念に関する検討の不十分性はまた、実務上および理論上、少なくとも次のような二つの弊害をもたらしつつあるように思われる。

第一に、民法上の公共の福祉は、通説的理解によれば、前述のように、憲法上・公法上の公共の福祉の延長・浸透に過ぎない。このような把握の結果、公共の福祉は、民法外的概念と把握され、国家・公共的な利益と理解されることになった。公共の福祉はまた、国家の経済発展への寄与という考え方を媒介として、企業の利益を包摂することになった。その結果、判例において、国益・大企業の利益と市民の一部あるいは個人の利益が同じ平面で比較され、公共の福祉の名で、国益・大企業の利益が優先され、私利利益が安易に犠牲にされるといふ事態が生じている。権利濫用法理の領域において、裁判例が、国家・大企業のいわゆる「公共性」「公共の福祉」に市民の権利を従属させ、市民の土地所有権

制限を正当化しているなどが、その一例である。これは、「権利濫用法理の濫用」として学説から鋭く批判されるところのものである。

第二に、民法上の公共の福祉が民法に内在するものではないとされることから、民法で調整されるものは、すべて単純な私人対私人の関係であると理解されている。個別的な私的利害関係を越えて、特定多数の市民あるいは不特定多数の市民に関わるものは、ごく簡単に「公法」上のものと扱われる。そして、学説の大勢は、私的利害関係を調整する際に、これが「公的介入」であるという理由で、その考慮を排斥・否定する傾向にある。後に検討する予定の正当事由制度における「土地の有効利用」、借地条件変更制度における「土地の合理的な利用」などは、まさにそのような学説の態度が見出される問題領域である。しかし、現代社会において、不特定多数の市民が自由に接近する「公共圏」・公共領域における市民の安全や利益に関わるパブリックは、従来の「公」・「国家」とまったく異なるものと理解すべきである。<sup>(2)</sup> そのようなパブリックは、——もちろん純粋な私人の利益と異なる性格を有することはたしかであるが——私的利益の調整の際に単に「公的介入」であるとしてその考慮を排斥すべき性質のものではないのである。

第一の弊害を具体的に表現する「権利濫用論の濫用」に対して学説が批判していることは先に触れた。しかし、問題は、かかる現象が生じる根本の原因に關して十分な検討がなされてこなかったことにある。第二の弊害に關していえば、学説は、裁判例が、いわゆる社会的な要請に基づいて「土地の有効利用」の考慮を認める傾向を強めていることに対して批判的である。その理由は、公と私の対立の立場から見ると、私的関係を調整する際に「土地の有効利用」を考慮することは、「公的介入」であるという点にある。しかし、「土地の有効利用」や「土地の合理的利用」とは、従来用いられているような意味における上からの「公的介入」であるのであろうか。この点については、否定説・賛成説ともに、十分な検討を加えてこなかった。しかも、学説においてであれ、裁判例においてであれ、「土地の有効利用」や「土地

の合理的利用」を不特定多数の市民に関わる公共の福祉と関連づけるという問題意識は、まったく見られないのである。かかる問題性を意識しつつ、民法上の公共の福祉の特殊な性格および内容の検討を深めていくことを通じて、右の二つの弊害に対する対処の方向が見出されるのではないか。これが本稿の基本的問題意識である。

このような問題意識に基づきつつ、本稿は、公共の福祉とは基本的に民法自身の命題であり、その内容は、多数人の合理的な利益であつて、私権に対立してこれに優越する意味での国家・公共の利益ではないという立場に立つ。その上で、公共の福祉の性格および内容、権利濫用における私権の社会性の内容、「土地の有効利用」・「土地の合理的な利用」の性格、および公序論についての検討を行う。そして、これらの検討を通して、一方では本来民法に属すべきでないものを「公共の福祉」の名で強引に民法に押しつけることにより私権が害される現象を排除し、他方では本来民法に属するものを軽視・無視し、または否定する現象をも排除すべく努める。このようにして、根本的には、今後民法において市民総体に関わるパブリックな利益を新たな領域として一層重視すべきであるという姿勢を表明し、民法における公共の福祉に市民的公共性の性格を与えることを試み、民法における市民的公共性の概念を形成しようとする。これが本稿の目的である。

なお、近時の学説においては、日本の法体系の中に「公共の福祉」を従来の伝統的な「公」概念の延長線上で理解するのが危険であると述べ、大衆ではなく公共性を担いうる「公衆」の都市計画への参加の重要性を強調するものがある<sup>(6)</sup>。また、公法と私法における公共性論の考察を通して、市民法的公共性論を説く見解も現われた<sup>(7)</sup>。さらに、相隣関係における調整の論理と都市計画との接点と連携の検討を通して、「生活利益秩序」は、「個別的な私的利益」と「公共的な利益」という二重の性格を帯びているとする見解も現われた<sup>(9)(10)</sup>。私的利益の二重性格を指摘する点や、個別的な利益を越えた市民的公序を構築しようとする点は、評価されるべきであると思われる。しかし、私法と公法の区別・対立を越えて

市民的公序を目指す考え方は、本稿の市民的公共性へのアプローチとは異なるものである。<sup>(11)</sup>

## 二 本稿の構造

以上のような課題設定に基づいて、以下においては、まず、民法における公共の福祉の性格とその内容の究明を試みる。これが第一章の課題である。第一章においては、民法改正段階における議論の到達点を明らかにし、公共の福祉概念に関する議論の鳥瞰を試み、公共の福祉に関する代表的な学説などを検討する。このような作業を通じて、どうして公共の福祉が民法自身の概念と扱われないか、また民法における公共の福祉の実質的な内容の検討がなぜ欠けているのか、このような民法における公共の福祉論の到達点とその限界およびその原因を解明したい。

第二章においては、裁判例および裁判例に対する評釈を主たる素材としつつ日本における権利濫用理論の展開を辿り、またこれまでの研究に依拠しつつ外国における権利濫用論の展開を検討する。ここでは、権利濫用理論において、権利濫用を判断するいわゆる客観的標識がどのように拡大解釈され、私権を制限する根拠がどのようにして権利の社会的被制約性から権利の相対性・社会性さらに権利の本質である社会性へ転換したのかを解明するよう努める。その上で、「権利濫用法理の濫用」の根本な原因を析出し、権利濫用理論の本来の機能と公共の福祉の性格に検討を加えたい。このようにして、最終的には、民法における権利の社会性概念における市民的公共性の性格を析出することが第二章の課題である。

第三章においては、借地関係を調整する正当事由制度と借地条件変更制度における「有効利用」概念を取り上げて、肯定判例・否定判例および学説の検討を通して、「有効利用」概念の実質的内容を解明したい。そしてその実質的内容

の性格といわゆる「公的介入」の「公」とが如何に混同され、その原因がどこにあるのかを検討するつもりである。さらに私法たる借地法における「有効利用」について、個別的な私的関係を超える市民に関わる公共的性格を析出したい。これらが第三章の課題である。

以上のような検討を踏まえて、最後に、第四章において、「市民的公共性としての公共の福祉」および「市民的公共性と公私関係の再構成」という二つの項目を立てて、民法において公共の福祉条項を設ける必要性、民法自身の命題である公共の福祉の独自の意味、公共の福祉から排除されるべき内容および市民的公共性の内容を検討する。このようにして、公私観念の展開および市民社会理論の特徴から、市民的公共性理念の理論的な根拠を探ろうとするものである。

### 三 留意点

なお、本論に入る前に、予め留意点を何点か述べておきたい。

①本稿の視点は、民法における市民的公共性理念の形成であるところ、それに直ちにふさわしい典型的な裁判例は存在しない。そこで、本稿においては、土地の所有と利用を中心として、いくつかの具体的素材を取り上げて問題に接近することにしたい。取り上げる具体的な素材は、権利濫用法理の適用、借地法に関する正当事由制度と借地条件変更制度等における私権の社会性、土地の有効利用・土地の合理的な利用に関する裁判例である。これらの再考察を通して、裁判例および学説におけるその理念的な根拠を掘り出したい。この作業においては、いずれにしても、莫大の裁判例の中から一部を取り上げて分析の対象とするに止めざるをえない。

②本稿において扱われる法制度は、土地の所有と利用に関するものである。しかし、市民的公共性の概念は、土地の

特殊性に起因するわけではない。つまり、土地だから、市民的公共性の性格を有しているということではない。市民的公共性の視点は、土地の特殊性とは、別の次元の異なる視点である。したがって、土地の所有と利用は本稿において扱う一つの素材であるが、民法の他の領域にも、市民的公共性は浸透していると思われる。本稿は、基本的に市民的公共性を民法における一般的な原則として扱う立場に立っている。

③公共性とりわけ市民的公共性を説明する際に、理解を容易にするために、領域あるいは空間的概念が想起されることが多い。しかし、本稿における市民的公共性は、決して具体的な公共領域、あるいは一定空間における手続に関する概念ではない。たとえば、公共性を公と私の間の中間の領域というように把握するのは、本稿の発想ではない。本稿においては、むしろ、公の領域にも、私の領域にも公共性の理念が浸透している、という理解が採られる。本稿が着目するのは、法意識における価値理念としての市民的公共性である。

### 注

- (1) 末川博「権利の濫用に関する新しい規定」『権利侵害と権利濫用』（岩波書店、一九七〇年）二五三頁。
- (2) 吉田克己「現代市民社会と民法学」（日本評論社、一九九九年）二六八頁以下参照。
- (3) 広中俊雄『民法綱要 総論上』（創文社、一九八九年）一六頁。
- (4) 星野英一『民法概論Ⅰ（序論・総則）』（良書普及会、一九七二年）七二―七三頁。
- (5) 須永醇『新訂民法総則要論』（勁草書房、一九八八年）二〇―二二頁。
- (6) 寺尾美子「都市基盤整備にみるわが国近代法の限界―土地の公共性認識主体としての公衆の不在―」『岩波講座・現代の法九都市の法』（岩波書店、一九九七年）一三六―一三七頁、一四〇頁。次のような観点を参照。「公」「私」は対概念で

あり、社会的存在としての人間が、自己を社会や国家との関係でどのように認識するかにつき、きわめて重要な機能を営む。その上、歴史的に形成されてきた日本的『公』『私』概念は、現代に至っても広く残存しており、このため、わが国の法体系の中に『公共の福祉』等の形で盛り込まれている欧米近代の公共性概念を無意識のうちに従来の伝統的な『公』概念の延長線上で理解する危険が絶えず存在している。したがって、こうした誤解という危険から自由になるためには、この分野の研究の進展と、その成果の一般社会への還元的重要性が、広く認識される必要がある。このように述べた上で、寺尾論文は、「欧米近代における the public とは、公共性を担った状態にある民意なのである」と指摘し、さらに「参加の機会が与えられさえすれば問題が解決することを意味しない。それは、われわれが、いかにして、自らを、大衆ではなく、公共性に担いうる公衆として、自らのうちに発見できるかという課題を二重の意味で負っているからである」と論じている。

(7) 牛尾洋也「市民法的公共性論のための覚え書き―震災復興計画を契機として―」甲斐道太郎編著『大震災と法』（京都学園大学ビジネスサイエンス研究所叢書一）（同文館出版、二〇〇〇年）一九五頁以下参照。牛尾論文は、次のように述べている。「震災後復興計画において、すでに公法・私法の枠組みが動揺している今日、公私の垂直的關係を前提にその民主的コントロールを如何に図るかという従来の公法的視点だけではなく、市民の権利關係を規律している民法の内在的価値とその実現の方法論に立脚し、そこから「公共性」実現の可能性を模索することが求められており、市民間の権利關係のあり方の問題としてその内に市民的公共性の契機を見出し実現してゆく手だてこそが街づくりの基本とされなければならないであろう」（二二四―二二五頁）。ここにいう「民法の内在的価値」は、公序に関連している。この点については、池田教授の公序論からの影響が大きいように思われる。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・星野英一編『民法典の百年Ⅰ』（有斐閣、一九九八年）一〇九頁以下参照。

(8) 秋山靖浩「相隣関係における調整の論理と都市計画との関係―ドイツ相隣法の考察―」（五・完）『早稲田法学』第七四卷第四号（一九九九年）一〇頁以下参照。

(9) 秋山・前掲論文（注8）一四―一五頁。秋山論文は以下のように述べている。「生活利益秩序」の視角は、この秩序が「個別的な私的利益」と『公共的な利益』という二重の性格を帯びていて、二つの利益の間に相互依存関係（公共の利益

の実現が私的利益の実現を通じて確保され、公共の利益の実現によって個別的・私的利益もまた実現される、という関係が成立していることに着目する。そして、公共の利益の実現という側面を重視して問題を把握し、それを私的利益の実現を図る際の具体的な要件の解釈に反映させる、というのである。ここで、都市計画の理念・目的が「公共的な利益」として援用されるならば、その実現を志向しながら民法上の要件を解釈することも十分に成り立ちうる。

(10) 「生活利益秩序」によって確保される利益が、「個別的な私的利益」と「公共的な利益」という二重の性格を帯びているという観点は、吉田克己教授によってつとに指摘されていた点である。吉田克己「土地基本法体論—土地をめぐる企業・市民・国家—」法の科学一九九号（一九九一年）四八頁参照。また、次の引用も参照。「生活世界の外部環境は、不特定多数の市民の接近が可能であり、あるいはそのあり方が市民総体の利害に重要な影響を及ぼすという意味で、これまた『公共圏』である。そして、そこでの安全性の確保やその質の確保を始めとする生活利益秩序のあり方は公共的な性格を有し、その内容をどのように定めるかは、公共事に属する」（吉田・前掲書（注2）二六八—二六九頁）。さらに、「市民を主体とする外郭秩序の確保を志向する場合には、外郭秩序が確保する利益の二重の性格を留意すべきである。すなわちそれは、一方では、市民総体に公共的利益を配分するとともに、個々の市民にも個別的な私的利益を割り当てているのである」、「このように外郭秩序においては、市民総体の公共的利益と、私的・個別的利益とが、分離・対立するものではなく、オーバーラップするもの、二重性を帯びたものとして現われる」（吉田・前掲書（注2）二七〇—二七二頁）。

(11) 本稿における市民的公共性概念形成への試みは、私法たる民法の領域に限定され、公法・私法の枠を超える観点から出発するものではない。秋山の「生活利益秩序」は、「個別的な私的利益」と「公共的な利益」という二重の性格を帯び、公共の利益の実現によって個別的・私的利益もまた実現されるという観点において、公共の利益は、都市計画の理念・目的と関わり、民法領域を超えているものであろう（注8参照）。したがって、本稿の立場と異なっている。一方、本稿は、民法における「公共の福祉」の実体的な価値を探ることを課題としており、考察の対象は特定の公序にとどまるものではない。これは、牛尾の観点とは異なるであろう。牛尾論文は、被災者の法的救済の問題に対して、時効や危険負担、事情変更などさまざまな民事法の制度を活用する前提として、「単に民法の技術的道具立てとしての有用性を指摘するだけではなく、公法・私法の枠組みに対する懐疑を越え、市民的公序に公共性を支える民法の価値に新たな光を与えて積極的にその原理を生かす方向が模索されなければならない」（牛尾・前掲論文（注7）二二三頁）と主張している。ここでの「新たな

「光」は、特定の市民的公序を指すことにとどまっている。

## 第一章 民法における公共の福祉論の現状と課題

民法一条に規定された信義誠実および権利濫用禁止という二つの指導原理については、「特に公共の福祉という理念があげられて、ひろく私権のあり方を示すこととなつているところに、きわめて大きな特徴が見出される」という評価がなされている。<sup>(1)</sup>そして、この「私権のあり方」の内容について、一般的には、民法一条一項の「公共の福祉」条項は、私権の社会性を宣言していると解釈されている。しかし、公共の福祉に対する民法学者の議論は現在のところ、余り深まつているとはいいがたい。<sup>(2)</sup>実際、「私法学者は、『公共の福祉』という観念、あるいは『私権の公共性』『社会性』という意味内容を形式的にとらえようとする—いいかえれば、その抽象性で満足する傾向があつた」が、「なによりも、その実質的意味内容が検討されることが必要とされるのではないであろうか。もとより、かかる観念は相対的なものであり、個別的、具体的場合を通して類型化する作業が必要であるが、その類型化を通して現実的課題・実践的課題の提起が要求されよう」という課題の指摘も見られるのである。公共の福祉は、一般的には個人的利益に対立するものと把握されている。<sup>(3)</sup>しかし、問題は、個人的利益に対峙するこの「公共の福祉」が、具体的にどのような性格を持つているのか、である。学説は多岐にわたつて存在するといえ、このような公共の福祉に関する基本的問題は、必ずしも明確にはされてこなかつた。その結果、公共の福祉概念がかなり拡張され、さまざまな場面で万能薬的な概念として扱われるという傾向も見られるようになってい

本章においては、かかる問題性を念頭に置きつつ、戦後この規定を新設した民法改正の審議を検討し、またその後の公共の福祉概念に関する議論の展開を鳥瞰し、さらに、公共の福祉に関する代表的な学説を検討する。このような作業を通じて、民法における公共の福祉の理解に関する特徴点を解明し、諸議論の到達点とその限界を明らかにすることが、本章の目的である。

### 第一節 民法改正段階（一九四七年）における議論

「公共の福祉」についての議論は、臨時法制調査会から新民法が成立するまでの各段階で展開された。具体的な論点は、私権および民法と公共の福祉との関係という点である。この点に関する議論を検討することによって、公共の福祉の性格に関する改正段階での理解を明らかにするように努めよう。

#### 第一款 政府原案およびその理由

まず、政府原案の内容およびその理由を見よう。そのポイントは三点に集約される。

#### I 憲法の大原則の貫徹

一九四六年一〇月二六日の臨時法制調査会の答申に別冊として添付された「民法改正要綱案」<sup>(5)</sup>の第四〇項において「民法に関する憲法改正案の大原則を民法中に明文を以って掲ぐること」が提案された。その大原則の一つが、公共の福

社である。その後提示された民法改正に関する政府原案<sup>(6)</sup>において、民法の第一条第一項は、「私権ハ総テ公共ノ福祉ノ為ニ存ス」とされた。ここでは、公共の福祉の私権に対する優位というかたちで両者の関係が定式化される。このように、この規定は、私権と公共の福祉との間の関係という問題を提起し、その後の議論も、この問題に集中することになる。

政府原案についての提案理由説明によると、この規定の目的は、「民事法全般に通ずる日本国憲法の大原則を明文を以つて規定<sup>(7)</sup>」することである。具体的な理由は、次のように述べられている。「憲法一二条の、いわゆる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きまして、それよりもなお一般的に、……私権はすべて公共の福祉の反しないように利用しなければならないことはもう当然であるのだから……<sup>(8)</sup>。つまり、私権も権利の一種類であるので、私権の利用が憲法一二条の規定に反してはならないのは、当然であるという解釈である。

## II 私権を規律するための公共の福祉

それでは、憲法上の規定があるのに、なぜわざわざ民法上にも同様の規定を置かなければいけないのか。それは、「私権という字それ自身が自己のために認められた権利であるということを含んでおるのであるから、それは自己の利益のみに利用するものではないという趣旨を、もう少し根本的に表すため<sup>(9)</sup>」である。その基本的な趣旨は、「公共の福祉に適合するように、反しないように行使しなければならない」ということである。つまり、民法に公共の福祉条項が置かれたのは、私権は、自己の利益のみに利用するものではなく、公共の福祉によって制限されることを示す目的に出たものである。言い換えれば、公共の福祉の機能は、私権の規律にある。

Ⅲ 私権が認められ、民法が作られること自体がすでに公共の福祉のためである

さらに、「私権というものも認められたこと自体、言い換えれば、民法というもの自体がすでに公共の福祉のために作られておるものである、したがってそれから流れてくる私権の行使というようなことは、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のだ」とその根本を明らかにしたい<sup>(10)</sup>と説明されている。

## 第二款 政府原案への批判

以上の政府原案およびそれに関しての説明に対して、次のような批判があった。政府原案の第一条を見ると、「個人というものが忘れられたる感がある。何か団体のために、あるいは全体のために使われるがごとく、著しく社会化されるような権利の本質に副わざる感がいたす<sup>(11)</sup>」。また、「公共の福祉ということが主体になっておるのでありまして、私権はこれを守るために生まれてきたという感じを与えられている<sup>(12)</sup>」ので、「全体主義的の匂いがするとか、あるいは極端に申せば、これは憲法違反ではないかというような疑いを抱かせ<sup>(13)</sup>」る。さらに、政府原案の一条をこのまま見ると、「全く全体主義国家の書き方で、これでは私権は公共の福祉のためにしか存在しないように取れる」。これは、憲法の一二三条とは「立場が違う<sup>(14)</sup>」。「公共の福祉のために使うこと」が私権の目的であるならば、私権は、自身の利益のために使うことができないと解釈されることになってしまう。公共の福祉のためにのみ存するような立法規定は、「全体主義的な考え方そのままの現れである<sup>(14)</sup>」。このような考え方は、すでに「憲法の精神を蹂躪するもの<sup>(15)</sup>」である。「公共の福祉の名におきまして、個人を犠牲にし、それを手段化するということが新憲法下あるべきことではない<sup>(15)</sup>」。

## 第三款 修正案およびその説明

論

以上のような批判に基づいて、一九四七年一〇月二七日、衆議院において政府原案に対する修正案が提出された。修正案は二つあるが、ここでは、社会党、民主党国民協同等の提案になる修正案（第一提案）を取り上げよう。この第一提案においては、原案を「私権ハ公共ノ福祉ニ遵フ」と修正する案が提案された。その理由は、政府原案の「公共ノ福祉ノ為ニ」という表現が余りに強いために、「私権は公共の為にのみ存するというような誤解も、あるいは起るのではないかということ、非常に恐れる」というものである。第一提案が提示する「私権ハ公共ノ福祉ニ遵フ」という定式化についての説明は、次のとおりである。①「憲法一二条、一三条の意味を、極めて十分に完全に言い表したものと信ずる」。②私権が公共の福祉と共にある。『遵フ』という意味を、「共に存するか、あるいは何々の線に沿う」という意味だと解釈している。すなわち私権は公共の福祉の線に沿う、公共の福祉と共にある。公共の福祉と調和協同するという意味だと解釈している。このような修正によって、「国民の平和と幸福の促進のために、この私権が十分に保護せられ、しかもそれが公共の福祉と調和する」。「そうして民主主義的な平和主義的な国民生活が、これによりまして完全に行われる」。すなわち、一方では、国民の権利を尊重し、他方、「国民的な共同生活、協同利益というものは、決して侵されることはない」<sup>(18)</sup>。

そして、この修正案が採用されて、現在の民法一条一項ができあがったわけである。

## 第四款 小括

以上に概観した民法改正過程における「公共の福祉」に関する議論から、次の諸点を指摘することができよう。

第一に、一般原則として民法に置かれるべき公共の福祉概念と憲法上の公共の福祉概念との関係が問題になる。前者は、後者の延長であるとして理解されていたのである。仮にそのように理解されていたとすれば、民法上の公共の福祉と憲法上のそれとは同じ概念ということになり、民法上の「公共の福祉」が民法自体の独自の概念として扱われないのは当然ということになる。この点について、政府原案と政府原案に対する批判は、同じように、公共の福祉は民法に外在するものであり、民法に内在するものではないという立場をとっているように思われる。すなわち、双方とも、一条の公共の福祉の規定を「一条と共に生まれつかりの憲法の理念を民法に書くことを意図したもの」と理解してたわけである。換言すれば、当時の立法関係者は、「私権」とりわけ財産権に関する憲法感覚を共有していたということができる。

第二に、政府原案の説明においては、私権それ自体が公共の福祉の為に存在していると説明された。ここでは、私権と公共の福祉とは上下あるいは従属の関係にあると解釈されうる。そうであるならば、ここには全体主義的な「匂い」があり、民主主義の理念と背離しているという批判が提示されるのはある意味で必然である。かくして、この原案に対する批判論およびそれに依拠する第一修正案は、私権と公共の福祉との間に上下関係を設けることを避けることに力を注いだわけである。結論的に提示された構成は、両方が上下の関係に立つのではなく、共に存在するというものであった。すなわち、公共の福祉は一般的な原則を定めるものではあるが、それと私権との相互関係は、共にある、あるいは並列的に存在するものと理解されるわけである。私権と公共の福祉の関係についてのこのような理解は、政府原案と比較すれば一歩前進したもので、評価すべきである。しかし、他方で、批判論もまた、公共の福祉を民法に外在する概念と理解しているので、民法における公共の福祉の性格の検討は視野に入つてこなかったことも指摘しておかなければな

らない。

第三に、「公共の福祉」といっても、次元の異なる性格が混同して扱われている。前述のように、政府原案の説明は、私権ないし民法というものの自体が「すでに公共の福祉のために作られて」いるものであり、「それから流れてくる私権の行使というようなことは、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のだ」と説いていた。ところで、具体的な法制度における「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」という理念とは、異なる次元に属する。にもかかわらず、右の説明は、この二つを混同しているといわなければならない。その原因は、民法における公共の福祉の内容の検討を欠けているところに求められるであろう。

第四に、民法改正を審議する議会において私権と公共の福祉の関係について議論された際に、私権の社会性・公共性についてはあまり言及されていなかった。これは、民法改正当時の課題としては、私権の本質に関する議論よりも、憲法上の「公共の福祉」という大原則を民法に貫徹しようとする際に、私権と憲法上の「公共の福祉」との間にとどのような関係があるのかを明らかにするという点のほうが重要であったからである。

## 第二節 公共の福祉概念に関する議論の展開

戦後の改正によって民法一条一項が設けられた後、公共の福祉概念およびその適用に関する本格的な研究は存在しない。また、この問題に関する議論が学説において活発に展開されたともいえない。しかし、代表的な民法体系書においては、公共の福祉についてのさまざまな理解が示されている。そこには、公共の福祉の性格に関する理解が時代とともに変遷してきたことが示されている。このような事情を踏まえて、本節においては、民法体系書を主たる素材としつつ、

公共の福祉に関して学説がどのような基本的理解を示してきたのか、その展開のプロセスを概括的に鳥瞰してみたい。

### 第一款 公共の福祉と義務本位の権利観

まず、公共の福祉概念が登場する背景についての理解を押さえておくと、それは、一般的には、権利義務関係理論の展開であるとされている。たとえば次のように説かれる。「今日多くの法律関係が権利として意識にのぼったのであるが、資本主義経済の発達による諸の弊害を抑制するため、欧州では義務本位たるべきことが主張せられ、わが国においても、これが主張せられたのであった」。「かくて封建思想の払拭のためには、権利思想の徹底化が必要ともいえるが、今日の資本主義経済の発達段階に於いては、私権は公共の福祉に遵うべきだから義務思想の尊重も忘れるべきではなく、遵法精神の高潮が肝要であると考えられる」（谷口知平<sup>(21)</sup>）。これは、「近代的民法が、はじめに構想した権利観の修正を宣明したものであり、従来すでに、解釈を通して次第に実現してきたところを確認し、一般化したものであったということが出来る」（高島平藏<sup>(22)</sup>）。要するに、民法における公共の福祉原理の登場は、義務本位の権利観の反映であると理解されているのである。

### 第二款 公共の福祉概念に関する一般的理解

#### I 民法上の公共の福祉と憲法上の公共の福祉との同一視

次に、「公共の福祉」概念に関する一般的理解を見ると、まずもって指摘すべきは、民法上の公共の福祉と憲法上の

公共の福祉とが同一視されていることである。多少例示的に学説の説明を引くと、本条（民法一条）にいう公共の福祉は憲法一二条、一三条のいう公共の福祉と「まったく同じ内容を持つものと解して差し支えない」<sup>(23)</sup>、日本国憲法の二九条二項の公共の福祉の規定を「承けたものである」<sup>(24)</sup>などと指摘されるのである。そしてまた、民法における公共の福祉は、日本国憲法の公共の福祉と「共にドイツのワイマール憲法に『所有権は義務づけられる。その行使は同時に公共の福祉のための奉仕でなければならない』とあるのと、思想を同じくする」<sup>(25)</sup>、ドイツワイマール憲法の「所有権は義務を負う」という觀念から由来するものである<sup>(26)</sup>とも指摘されている。このような観点は、民法体系書においてはほぼ一貫して維持されており、確固たる通説を形成してきたと評価することができる。

このような傾向は、近時に至っても変わらない。九〇年代に入ってから出版された教科書を参照してみると、たとえば、民法一条一項は、「憲法一九条に由来するものであり、所有権その他私法上の権利が公共の福祉により制限を受けることを認めたものである」<sup>(27)</sup>とか、私権の公共性・社会性を宣言し、「日本国憲法一九条の趣旨を民法上も確認したのである」<sup>(28)</sup>とか、憲法で要請される原理を定めたものである<sup>(29)</sup>とか、民法の財産権の規律概念（憲法二九条）であるだけでなく、憲法一二条・一三条・二二条に観るとおり、内容的にも公共次元の規制を対象として定立されているものが多い<sup>(30)</sup>とか、憲法で要請される原理を定めたものであり、それは、「公共優先という全体主義を示すものではなく、私権の内在的制約を表すものである」<sup>(31)</sup>などの記述が見られるのである。

## II 公共の福祉の内容

民法上の公共の福祉の内容については、学説は、当初はそれを社会全体の利益と理解していたが、その後、国家公共の福祉という見解も見られるようになった。

まず、当初の学説を見ると、公共の福祉とは、社会共同生活の全体としての向上発展であり（我妻<sup>(32)</sup>）、社会の共通利益に基づいて私権に対し法律上の制限を加えることを正当化することを目的とするものである（川島武宜<sup>(33)</sup>）などと説かれた。要するに、公共の福祉イコール社会の共通利益という理解である。かかる理解が、その後の通説となる。たとえば、「私権が、公共の福祉すなわち社会共同生活の全体として向上発展に遵うべきで」ある<sup>(34)</sup>とか、「公共の福祉の原理がもつばら社会一般と私人との衝突を調整する意図を有するものと見るべきことは、おそらく誤りがない」<sup>(35)</sup>とか、私権の行使は社会的共同生活利益に反してはならない<sup>(36)</sup>とか、本項は、直接には、社会一般の利益（公共の福祉）と私人の利益との間を調整する機能を果たすものである<sup>(37)</sup>とか説かれるのである。これらの解釈は、初期に我妻によって展開された<sup>(38)</sup>解釈と基本的には同じである。

他方、公共の福祉は、「究極するところ、国民全般の利益は国民一部の利益に優先することを意味する」<sup>(39)</sup>という説も見られた。これは、社会一般の利益という右の見解と結局は同旨に帰すようにも考えられるが、「国民」概念を打ち出すことによって、公共の福祉に国家的観点を持ち込んだとの評価も可能な説明である。実際、公共の福祉を直接に国家公共の福祉と解釈する説も登場している。次のようにいう。私権は、国家公共の福祉を乱してはならないという制限に服しながら是認され実現を保障される。「私権は市民たるわれわれ個人の利益のために認められたものであるが、それ自体絶対的なものではなく、国家公共の福祉に反せず、福祉に適う範囲において認められる相対的なものであるといわねばならない」<sup>(40)</sup>。

### 第三款 公共の福祉と私権

それでは、以上のようにその内容を把握された公共の福祉は、私権とどのような関係に立つものと理解されたのであろうか。公共の福祉原理とは、私権の内在的制約原理であり、私権の私的性格を否定するわけではない、というのが、学説の一般的な理解である。つまり、私権は、一方では私的性格を有し、他方では公共的な性格をも持つ。したがって、私権には私的側面もあるし、公的側面もあるはずで、この公的側面は、私権に内在し、かつ、私権を制限するものである。このような理解が学説の大勢を占めている。具体的には次のようである。

公共の福祉原理とは、私権の内在的制約原理である。「私権は我々個人のために認められるものということが出来る。併し社会の平和な秩序維持に役立つ範囲においてのみ国家が強制実現するのであり、私権自体にかかる条件が内在しているといわねばならぬ。このことを改正民法一条は第一項に『私権は公共の福祉に遵う』という表現で宣言し<sup>(41)</sup>た。本項は、「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、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つてはならないことを宣明するにすぎないものと理解すべきである」<sup>(42)</sup>。一条一項は、憲法で要請される原理を定めたものであつて、公共優先という全体主義的思想を示すものではない。私権には、もともと社会的見地からの内在的制約があり、私権の絶対性に対する内在的制約原理と解すべきである<sup>(44)</sup>。公共の福祉の内容を検討するならば、それは「一面では国民大衆の生活上の福祉を、他面で国家の一般的秩序を意味するものとみられる。そこには、積極的なものから消極的なものまで、広く公共性の觀念が―国民の持つ個人的利益を無視するのではなく、少なくとも私的な放恣を許さね意味で個人的利益に対する公共的なものと考えが―存在しているわけである」<sup>(45)</sup>。それらの解釈の理由は、次の点に求められる。すなわち、市民社会における権利も、あくまで社会的な権利であつて、それゆえ制約を内在しているという原則の宣言である<sup>(46)</sup>。法は社会が生み、権利はその法からでてくるので、権利も利己的な主張を許さず、他の個人との関係や社会全体の立場からするコントロールを受けるといふものである<sup>(47)</sup>。

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。それは、私権が一方では私的性格を有し、他方では公共的性格・社会的側面をも持つとするものである。この原理は、「私権をもつてもつばら権利者の個人的な利益にのみ奉仕するものとする私権絶対の思想を修正し、私権が一面では権利者の個人的な利益を対象とするものとあわせて、同時に他面では、個人を超えた公共的な福祉にもしたがいすべきものである、というもつとも基本的な理念を示すものである」。したがって、民法一条一項は、私権の私的性格を全面的に否定しているわけではなく、単に、私権は私的性格と合わせて公共的性格をも有すべきであるとしているにすぎない。<sup>(48)</sup>私権が私権たりうるのは、権利者における私的利益の実現が他の者との関係においても承認され保護されているという、いわば社会的側面をも権利が含むこと<sup>(49)</sup>によってである（権利の私的側面が強調されるか社会的側面の方が強調されるかは、時代によって異なってくる）。

#### 第四款 公共の福祉原則の適用

民法に一条一項が設けられたことによって、公共の福祉は実定法上の原則になったわけであるが、その具体的な適用に関しては、さまざまな見解が提示されている。以下では、それらを、積極説、消極説および否定説という三つに大きくまとめよう。

##### I 公共の福祉の適用に関する積極説

まず、公共の福祉の適用を積極的に考える見解がある。たとえば、田中実教授の発想である。その基本的把握によれば、個人的利益と公共的利益との対立は、いかなる社会にも存在するものであるが、とりわけ現代社会においては、人

間の自利心の無限伸長によってこの対立が深刻なものとなつているので、公権力による公共的利益の擁護と推進が要請される。<sup>(50)</sup> ここには、公共の福祉原則の適用に積極的な姿勢が示されているといつてよいであろう。我妻教授も、民法一条一項の制定によつて、従来民法の規定の中にも若干存在し、学説・判例でこの点にふれるものも少なくはなかつた私権を規律する原理が法律上認証されたわけで、この原理の今後の發達が期待されると述べている。<sup>(51)</sup> ここにも、公共の福祉原則の適用に関する積極的姿勢が示されている。しかし、その後には、公共の福祉の適用に関する積極説は余り見られないし、見られるとしても、非常に抽象的なレベルに止まつてゐる。

## II 公共の福祉の適用に関する消極説

### (一) 公共の福祉原則の適用に対する消極的態度

右に挙げた積極説に立つ田中実教授は、公共の福祉概念を三つの種類<sup>(52)</sup>に分けて検討し、現状認識として、私法の領域においては公共の福祉の消極性が見られる旨を指摘している。すなわち、公法領域の諸法律と比較すると、民法一条における公共の福祉に対する価値づけは極めて消極的であり、積極的な公共の福祉の増進や維持は、むしろ存しないといえる。私法領域において第一義的なものは、何よりも自利心による個人的利益の追求なのである。<sup>(53)</sup> 「公法ないしこれに隣接する法領域における公共の福祉の現われ方に対比してみると、私法の領域におけるそれは、むしろきわめて消極的である」<sup>(54)</sup>。

右の状況認識は正鵠を得ているように思われる。実際、民法学者の多くは、公共の福祉の強調には全体主義の匂いがあり、私権を犠牲にする恐れがあるという理由で、その適用に消極的な態度をとつているのである。いくつかの例を引こう。

高島教授は、本項は、「私権によつて維持される社会制度に根本的な変改を加えることなく、寧ろ近代法の認められた私権觀念の一層の展開を意味するにすぎないものと考えられる」から、「したがつてその具体的な適用に於いては、十分慎重であることが要請されるのである」<sup>(55)</sup>と主張している。島田教授も、「『公共の福祉』概念の権力的な使用が、そのゆきつくところ『公益は私益に優先する』との、ファツツシヨ的なイデオロギーにも転化することをかんがえれば、小市民的権利や自由を擁護する立場からは、その解釈やイデオロギー操作に、慎重に対処する必要があるといえる」と述べている。また、鈴木祿彌教授も、本項自体が直接に適用されなければ解決不可能な事案はまずないし、本項を強調しすぎると、公益が私益に優先するという考え方が危険な形でその適用範囲が推し拡げられる恐れがあるから、本項は、自明のことを念のために明記したすぎないと解すべきであり、本項の存在は余りこれを重視すべきではないと主張している。<sup>(57)</sup>九〇年代の民法体系書においても、公共の福祉の適用に関してはそのほとんどが慎重論をとっている。私権の領域で公共の福祉を過度に強調すると、紛争当事者の一方の立場が偏重され、私権が害される可能性が生じる。したがつて、公共の福祉の原則の適用は慎重でなければならぬ。<sup>(58)</sup>「公共の福祉を振りかざして結論を導くことは、全体主義的、国家主義的規則に誘なう紛争処理傾向をもたらす危険があることを認識し、この原則の適用には、信義誠実の原則および権利濫用禁止以上に慎重であることが望ましい」<sup>(59)</sup>。「個人の社会的活動の自由が基調となつて私法の領域においては、その社会的活動の自由は、信義誠実の原則および権利濫用禁止によつて調節ないし制約されるから、公共の福祉という公・私その他諸法域にわたる高次元の制約原理をふりかざすことに消極的になるもの」<sup>(60)</sup>である。もつとも、公共の福祉条項は私権の理念を謳つたものであり、実際の事件の処理に本条項が使われることはまれである。<sup>(61)</sup>民法改正経緯からしても、公共の福祉の名の下に個人の権利行使を制限することには慎重でなければならぬ。多少例示しただけでも、このように数多くの消極的見解が見出されるのである。

## (二) 公共の福祉原則適用に関する消極説の主な理由

以上のように、公共の福祉条項の適用に消極的であるべき理由は、私権を害する恐れに求められたわけであるが、このように「公益優先」が私権の侵害さらには全体主義へと転化する恐れの原因は、どこにあるのであろうか。この点に言及する見解もある。

たとえば、星野英一教授である。教授によれば、日本においては、西欧におけるのとは異なり、私権は公共の福祉に遵うとの思想を強調することは、危険であると考えられる。日本においては、いまだに正しい意味で権利が尊重されていないからである。「したがってわが国では、一方、権利（これに対応する義務）の内容・範囲をはっきり・きちんとさせ、単なる既存の実力から画し、義務者を不当な圧迫から免れさせるとともに、他方、正当な範囲内の権利をもつと強く保護し・主張するべきことを強調する必要がある。いわば両面作戦が必要である」<sup>(63)</sup>。そして、この観点に同調する民法学者も見出される。たとえば、民法一条一項は一般に私権の社会性・公共性についての原理を宣明したものといわれているが、しかし個人主義的な権利意識が民法制定後80余年を経つてなお十分に確立したと言えないわが国の実情のもとでは、この原理の適用は慎重でなければならぬ<sup>(64)</sup>、と説く見解があるのである。

## III 否定説

以上の消極説は、公共の福祉原則に対して警戒しつつも、その適用を否定するわけではない。実定法上の原則である以上、適用を否定するのは無理だと考えているのであろう。これが、学説の主流と見てよい。他方で、これに対して、民法に公共の福祉という条項を設けることに反対し、この条項の適用を否定する学説も存在する。

たとえば、五十嵐清教授は、公共の福祉の規定は「憲法二九条二項に由来するものであるが、私法上どのような意味

を持つのか争われている」と指摘したうえで、「近時の有力説は、私法の世界で私的利益と公的利益を調整させることは、公益は私利益に優先するというファシズムへの道につらなるものであるとして、この規定の存在に反対している」と紹介しつつ、この有力説である原島説<sup>(66)</sup>に賛成している。そして、この問題が顕在化している板付基地事件の判決に反対する姿勢をとって、「本項は民法上は直接に適用されることはほとんどないと主張している<sup>(67)</sup>。

副田隆重教授も民法一条一項の適用が問題となる余地は殆どないし、適用すべきでもないと主張している。わが国において、「公共の福祉」という概念はときに本来当然認められるべき権利行使をも否定してしまう危険性、および公益優越・私権軽視の危険性を孕んでいる。したがって、紛争の具体的な処理に際しては、この「公共の福祉」を理由に直接に権利行使を制約するのは適当ではなく、信義誠実の原則或いは権利濫用禁止法理により解決すべきである（公共の福祉はその際のさまざまな利益の比較考量にさいしての一要素として考慮される<sup>(68)</sup>）、というのである。

さらに、辻正美教授は、「民法一条一項は、憲法二九条二項の範囲を越えて、憲法の保障する財産権を制約するものとして、憲法違反の疑いがあるとも解されかねない。そこで、民法の解釈・適用に当たっては、『公共の福祉』を理由として安易に私権を制限することにならないように留意すべきである<sup>(69)</sup>」と主張している。

一方、山中康雄教授は、公共の福祉は、統制経済法の理念であるという観点から、民法一条一項を批判している。つまりこうである。「私権は公共の福祉に遵う」という規定は、「統制経済法が私法の基礎法にもたらした修正理念である<sup>(70)</sup>」。資本主義の後半期に入ると、統制経済政策に転換する。「その統制の理念は、例えば『所有権は公共の福祉の制限に服する』という法理のように公共の福祉という法的表現を与えられる。公共の福祉という語は、大多数の場合、官辺側では『私所有の基礎の上にたつて社会相対資本の再生産運動の円滑な維持発展』という実質の意味を持つものとして、私権に対する統制を強引する場合の基礎理念となっている。より高次の統制経済法の『公共の福祉』の理念は、いまや

新たに、その基礎法である民法や商法の基礎理念とされるようになる<sup>(71)</sup>」。

第五款 公共の福祉に関する新たな見解

以上で概観した民法上の公共の福祉原理の適用に関する諸説は、積極説、消極説、否定説という態度の差異にもかかわらず、公共の福祉という理念を民法外のものと扱っている点においては、共通の前提に立っている。《公共の福祉Ⅱ 民法外の理念》という図式が、これまでの議論のいわば共通の土俵をなしていたのである。しかし、一九八〇年代の末葉になると、従来の議論のこのような前提自体を再検討しようとする見解も見られるようになってくる。いまだ萌芽的な発想であるけれども、きわめて注目すべき動向といわなければならない。本款においては、この新たな見解を鳥瞰的に眺めてみる。

I 「国家・公共の利益」と異なる公共の福祉

(一) 社会全体の利益から多数者の利益へ

この新たな動向の先駆けとなったのは、公共の福祉の内容について、それを、全体共同的利益ではなく多数者の利益あるいは多数者の合理的な利益と理解するという視座の転換であろう。このような転換を示す学説は、一九六〇年代にはすでに生じていた。

まず、柚木馨教授は、公共の福祉を「少数者の利益は多数者の利益にその席を譲らなければならないという、民主主義ないし社会的法思想の表現である」と限定的に考えている<sup>(72)</sup>。また、星野教授も、民法における公共の福祉とは、「い

ちおう、ある権利のみでなく対立するほかの権利との調和を図ること、一個人の権利が多数人の合理的な利益に反する場合には、後者を優先させること、としておけば足りよう<sup>(73)</sup>と柚木説と同様の発想を示している。さらに、石田穰教授は、次のように「抽象的な社会全体の利益」という公共の福祉に関する従来の解釈を否定している。すなわち、公共の福祉という概念も、権利者と他人の権利が衝突・対立する場合に両者の利益状況を勘案しつつ衝突・対立を調整する基準として理解するのが妥当であり、両者の利益状況とは関係のない抽象的な「社会全体の利益」を指すのではないと解すべきであろう<sup>(74)</sup>。「社会全体の利益」といつても、それは社会を構成する各人の利益に還元されたものであり、社会を構成する各人の利益から離れて抽象的に『社会全体の利益』が存在するわけではない<sup>(75)</sup>。また、「公共の福祉」という言葉は憲法にも出てくるが、結局、社会共同生活の全体としての向上発展を意味する。しかし、社会を構成する全員にとって利益があり向上発展があるということはありえない。究極的には多数決が基準にならざるをえない<sup>(76)</sup>とする理解も提示されている。

## （二）私法領域の調整原理

以上の把握を延長すれば、公共の福祉は、民法外のものではなく、民法に内在するものという理解が導かれるであろう。このようにして、「公共の福祉」に初めて民法内在的な性格を与えようと試みたのは、須永醇教授の次のような論述であると思われる。すなわち、『公共の福祉』とは、私権と対立し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（そのような意味での社会調和）を意味するもの、と解せられるべく、したがって、本条は、私権に対する内在的・合理的な制約を規定したにすぎない、と解せられるべきである<sup>(77)</sup>。そして、須永教授は、発電用の河川利用と木材流送のための河川使用权とが衝突した事件において、「わが敗戦後の経済の復興再建における電力事業の重要性」を強調しつつ発電用

の河川利用を優先させた最判昭和二五年一月一日を批判的に引用して、その先例的価値を過大視することに慎重であるべきと説く。とりわけ注目されるのは、「公共の福祉条項が「個人ノ尊厳」を規定する一条の二と同時に設けられたことに特別の注意が払われ、「ここにいわゆる『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は、本条制定の経緯にも反する<sup>(79)</sup>」と主張されている点である。公共の福祉は、民法外在的な私的利益と対立するものではなく、民法内在的な私権相互の妥当な調整をする原理と捉え返されたのである。

## II 民法上の命題として、民法中の特定分野の法理を表現する公共の福祉

広中俊雄教授もまた、公共の福祉が民法上の命題であることを明確に確認する。その上で、公共の福祉が機能すべき領域をより明確に理論化したところに、広中説の特徴を求めることができる。詳細な具体的検討は次節に譲り、その結論だけをまとめると、広中教授によれば、民法一条一項の「公共の福祉」は、民法上の命題であり、民法上の意味で「公共」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られるのである。<sup>(80)</sup>つまり、公共の福祉は、民法上の「公共」問題であり、民法全体にわたって公共問題が存在するのではない以上、それは、民法上の特定分野の法理を表現していることになる。このようにして、民法一条一項は、生活利益保護法および競争利益保護法の領域において欠缺補充のために機能する潜在的可能性を含んだ一般条項であると把握される。<sup>(81)</sup>このように把握された「公共の福祉」は、「各個を超越した全体」の利益を説いた団体主義・全体主義とはまったく無縁のものである。

## III 市民法的公共の福祉概念

さらに、公共の福祉を民法上の概念と捉えつつ、その類型化を試みる見解も提示されている。篠塚昭次教授の見解であり、同教授は、民法上の公共の福祉の本質的な意味は憲法一三条と同じであると主張しつつ、公共の福祉には、二つの類型があると指摘する。一つは、道路、公園、学校、病院など一般公衆の利便となる、いわば「一般性」を表現する公共の福祉であり、もう一つは、生活保護、公営住宅、農地改革など特定階層の人々に利益を付与する、いわば「特定性」を表現する公共の福祉である。前者は市民の平等な享受を予定し、各人の立場の交換可能性を基礎としているので、いわゆる「市民法」の領域に入るから、「市民法的公共の福祉」といえる。後者は、特定階層の人々だけを対象としているので、各人の立場の交換性はなく、いわゆる「社会法」の領域に入るから「社会法的公共の福祉」といえる<sup>(82)</sup>。そして、篠塚教授は、公共の福祉だけではなく、私権についても、市民法的なものと社会的なものと指摘している<sup>(83)</sup>。

篠塚説は、このように、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区別するわけである。その類型化が妥当か否かについてのコメントはここでは差し控えるが、市民法的公共の福祉という問題意識には、右に紹介した公共の福祉を民法上の観念と把握する見解と響き合うものがあり、高く評価すべきであろう。

#### 第六款 小括

以上、公共の福祉に関する議論の展開を鳥瞰した。そこから、公共の福祉に関する議論の到達点を次のようにまとめることができる。

第一に、民法一条一項における公共の福祉の性格について、通説的な解釈は、民法上の公共の福祉は憲法上の公共の福祉に由来し、両者は基本的には同じものであると主張している。この様な理解が、長い時期にわたって、民法学説を

支配してきたのである。しかし、学説の一部には、最近、民法上の公共の福祉は、その本質的な意味においてだけは憲法一三条の規定と同じであると限定し、公共の福祉は、公共優先という全体主義を示すものではなく、私権の内在的制約を表すことであると主張するものが現れてきた。この発想によれば、「公共の福祉」は、私権の私的品格を全面的に否定するわけではなく、単に、私権は私的品格と合わせて公共的品格をも有すべきだと解釈されるのである。この前提には、公共の福祉は民法に内在する概念であり、これを具体化していくことは民法自体の課題であるという観点がある。このように、公共の福祉の性格に関する理解は、この条項を設けた当時の理解と比べて、かなり異なる方向になってきたと評価することができる。

第二に、公共の福祉概念に関して、通説は、これを、社会共同生活の全体としての向上発展や社会の共通利益、社会一般の利益、国民全般の利益、社会全体の利益、社会的共同生活利益などと抽象的に解釈している。さらに、公共の福祉を直接に国家公共の福祉と解釈する説も現れている。しかし、近時において、民法学者の一部は、従来の解釈に疑問と反省を呈示するに至っている。そこでは、公共の福祉は、抽象的な「社会全体の利益」を指すのではなく、多数者の合理的な利益を指すと解釈される。この利益は、私権に優越する社会全体の利益、国家・公共の利益とは異なって、あくまでも私的利益の相互に妥当な調整を意味している。そして、民法上の命題としての公共の福祉条項は、民法上の公共にかかわる特定の分野の法理を表現した命題であるとする見解も現れてきた。

第三に、民法における公共の福祉条項の適用に関して、さまざまな見解が展開されてきた。一方で積極的な適用を志向する見解がある反面、公共の福祉という条項の適用を否定し、この条項を設けること自体に反対する学説もあった。しかし、このような積極説と否定説は、いずれも少数説と評価すべきである。学説の主流は、適用を認めつつそれを限定する消極説であるといつてよい。消極説は、民法における公共の福祉原理の適用には十分慎重であることが要請され

ると主張するわけであるが、その主な理由は、次のようなものである。まずは、民法において、第一義的なものは、何よりも自利心による個人的利益の追求である。次に、公共の福祉の強調は、全体主義により私権を犠牲にする恐れがある。さらに、日本においては、未だに正しい意味で権利が尊重されていないので、私権を害する恐れがある公共の福祉条項の適用が慎重に対処する必要がある。このような把握の前提になっているのは、公共の福祉を民法外在的なものとして理解する伝統的な公共の福祉観である。公共の福祉を民法内在的な観念と捉え返す近時の発想を前提とすることができれば、公共の福祉条項の適用についても、新たな方向が切り拓かれるであろう。

### 第三節 公共の福祉に関する代表的な見解の重点的検討

前節においては、公共の福祉に関するこれまでの議論の展開を鳥瞰的に眺めた。その上で、本節においては、そこで見出された公共の福祉に関する代表的な議論、とりわけ最近の新たな方向を示す議論を重点的に取り上げて、前節よりも立ち入った考察を加えたい。

#### 第一款 「国家協同体」における公共の福祉の一元化論

まず、伝統的通説を形成する代表的な見解として、我妻説を取り上げよう。

我妻教授によれば、民法一条一項の公共の福祉の規定は、「私権の社会性を宣言したものである」<sup>(84)</sup>。ここでは、私権は、個人の利益のために社会から孤立した絶対不可侵のものとして存在するものではないことが立論の前提になる。つまり

こうである。「私権は、その成立のそもそもから、社会全体の福祉と調和する限りにおいてだけ、存在しうる」。「各個人の充実発展は、社会全体の向上発展と共にのみ可能である」。それゆえ、「私権の認められる根拠は、それが社会共同生活の向上発展のための不可欠の要件であることに存在する<sup>(85)</sup>」ということになるのである。ここから、次のような公共の福祉の内容把握が導かれる。すなわち、「公共の福祉」というのは、社会共同生活の向上発展と「個々の人の個別的利益を超えた社会全体の利益である」。これは「日本国憲法にもしばしば用いられている」ものである<sup>(86)</sup>。このように私権の社会性を宣言した公共の福祉条項を設ける背景には、一九世紀の末から、主として富の偏在による社会事情の変化のために、私権が国家以上の絶対不可侵のものであるという近世の個人主義法思想を基礎として社会全体の向上発展を企図することがもはや不可能となった、という事情がある<sup>(87)</sup>。

次に、我妻教授においては、「個」と「全」との関係についても、近世の個人主義法思想からの転換という認識が表明される。次のようである。「個」と「全」の関係の調和は、人類生存の理想である。しかし、どこに調和を求むべきかは、容易に分からない。それは、それぞれの時代に制約され、ある時は個の尊重に傾き、ある時は全の尊重に傾く。近世私法の態度は、個人の尊厳と自由を主張した時であった関係上、「個」の主張に傾いており、「全」との調和は、国家権力に対する関係でも、ほかの個人に対する関係でも、いささか軽視された嫌いがあった<sup>(88)</sup>。しかし、二〇世紀に入ってから、「全」を強調して「個」を抑える傾向が現れてきた。公共の福祉条項は、このような思想の宣言である<sup>(89)</sup>。

以上のような個々人の個別的利益を超えた社会全体の利益を内容とする公共の福祉は、日本国憲法にもしばしば用いられている（一三条・二二条・二九条<sup>(90)</sup>）。ここでは、民法上の公共の福祉は、憲法上の公共の福祉と全く同じ内容を有している、という認識が前提になっている。このような解釈は、「国家協同体」の次元における公共の福祉の憲法理論を民法に一元化したものと評価することができるであろう。すなわち、第一に、憲法上の公共の福祉と民法上の公共の

福祉とは、本質的な内容が同じである。「協同体理念に於いては、個人のすべての権利は、公共の福祉のために義務づけられている。しかも、この義務は、主権者たる国民自らを自覚し、これに忠実なものでなければならぬ<sup>(91)</sup>」。具体的には、「国家すなわち国民が全体として有する主権は、個人の基本的人権を確認・保障することを以ってその本質的内容となし、個人の基本的人権は、国家すなわち国民全体の向上発展を以ってその本質的内容とするものでなければならぬ<sup>(92)</sup>」。第二に、公共の福祉概念が活用されることによって、一方で国家と個人、全と個という二つの領域の曖昧化・融合がもたらされるとともに、他方で現代法における公法の私法への顕著な浸透がもたらされる。現代法においては、「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>(93)</sup>」。

このように、我妻説においては、公共の福祉の内容は、憲法上のそれと同じものである。公共の福祉の概念を通じて、公法と私法の領域が融合し、公法から私法への浸透が示されている。ここでは、「国家協同体」次元で把握された「公共の福祉」が、公法と私法を貫く原理とされる。公共の福祉の一元化である。

### 第二款 「公共の福祉」の所有者階層化機能への批判

次に、以上のように理解された公共の福祉概念に対する批判を取り上げよう。最も鋭い批判を展開していると思われるのは、原島重義教授の論文である。原島論文<sup>(94)</sup>は、三つの問題意識に基づいて、従来の権利濫用ないし信義則に関する判例研究および論文——とりわけ戦後の幾代通論文<sup>(96)</sup>、鈴木祿彌論文<sup>(97)</sup>、好美清光論文および磯村哲論文<sup>(99)</sup>——を検討したうえで、「公共の福祉」や私権の「公共性」・「社会性」という理解が現実的に持つ所有者階層化機能を析出する。そのような作業を通して、民法における「公共の福祉」概念のもつ社会的な意味を考察し、公共の福祉の内容の不明確さを

批判しようというのが、原島論文の狙いである。

原島論文は、まず、鈴木祿彌教授が提示した権利濫用に関する三つ類型を引用しながら、その中で、第三類型いわゆる「強制調停」型判例における解決の妥当性に対して疑問を提示する。具体的には、この類型に属する裁判例——【1】発電用トンネル水路事件、【2】鉄道敷設埋立て事件、【3】ダム建設流木事件、【4】板付基地事件——の特徴が再検討され、これらの裁判例に共通して認められる特徴が次のように指摘される。すなわち、①原状回復を求める権利者の側に、その主観的容態についていかなる意味でも問題はなく「悪意防衛」を論ずる余地がない。むしろ、加害者の側に、故意もしくは過失による権利侵害がある。②ここで問題になっているのは、取引上の信頼関係や相隣関係の利用調節とというような「特別の結合関係」に特有の相互的利益調整の要求から来る「硬直性の調整」の問題ではない。③ここでの権利濫用法理の適用は、制定法改廃の過程における規範創造の機能を営むものではない。④妨害排除請求自体は排斥するが、傍論で損害賠償請求であったならば認容することが暗示されている。⑤「客観的」な利益衡量の外観を呈し、その基準として加害側に存する「公共性」が持ち出される。

以上の共通点から見ると、「公共の福祉」による私権の制限は、所有階層化の機能を果たしているといわねばならない。<sup>(108)</sup>これが、原島論文の核心的な指摘である。このような所有階層化は、次の理由から批判されるべきである。すなわち、元々これらの当事者間には、所有対所有の関係であるので、ここで問題になっている紛争は、不法行為や物権的請求権に関する規範によって処理されるべきである。それにもかかわらず、裁判所は、「所有秩序」物権的帰属秩序に直接介入し、一方の所有を優先するもの、他方の所有を劣後のもの、とランキングを付け、民法規範の適用の形を借りた事実上の収用を<sup>(109)</sup>しているのである。ここで、「利益衡量」の基準とされる加害側の「公共性」なるものは、大規模な施設的所有なるがゆえに大きな経済的価値と社会的な影響力を事実上持っているということに外ならない。それが私的所

有である点では、被侵害側の所有と異なるところはないにもかかわらず、大きな経済的価値と社会的な影響力を持っていることによって、加害者の利益が保護されるのである。

さらに、問題なのは、所有階層化の機能を果たしている「公共の福祉」概念が、日本民法において融通無礙であることである。その原因は、主に次の点にまとめられている。第一には、民法一条は、極めて抽象的な規定を設けているために、論理的命題による拘束が直接動かない。第二に、「利益衡量」の基準の不明確を補うために、内容不明の「公共の福祉」や「私権の公共性・社会性」などが持ち出される傾向が生み出される。<sup>(10)</sup>第三に、行政国家特有の「公法」観念が支配するところでは、公法の機能も、対立する私的利益の中で、それを優先させるかに求められる。また、私益と関係のない抽象的な公益は存在しないという視点も欠如しているため、対立する所有の一方の私的所有がたちまちにして抽象的で内容不明瞭な「公共性」を帯びてしまうことになる。<sup>(11)</sup>

### 第三款 政治社会における公共の福祉の一元化論および公序論

原島論文による批判は、従来の公共の福祉観念を前提にしつつその現実的帰結を問題にするものであった。これに対して、池田論文<sup>(12)</sup>は、従来の我妻理論に代表される公共の福祉理論の枠組み自体を批判する。そして、「政治社会」理論に依拠して公共の福祉の性格を論じ、新たな公序論の形成を試みる、というのが池田論文の狙いである。

#### I 政治社会における公共の福祉の一元化論

池田論文は、従来の公共の福祉論を批判しながら、近代市民社会の「政治社会」的性格を強調し、民法を「政治社会」

における基本法として位置づける。具体的には次のようである。

まず、池田論文によれば、我妻の公共の福祉論は、「民法法を『公』法との二項対立の下での『私』法を捉える法思想の下で、『公共の福祉』を外在的かつア・プリオリの『私権』制約原理とみなす思考<sup>(13)</sup>」である。このような考えは、「公共の福祉」を「私」法の外的世界、すなわち「公」の世界に固有するものとして捉えざるをえず、「したがってそれを振り回せば何でも出てくる『打ち出の小槌』として、為政者にとっては、その『裁量』権で武装され、どんな人権もいかようにも制限できる便利な主観的道具概念とすることも可能となるのである<sup>(14)</sup>」。このような理解が出てくる背景には、我妻の理論であれ、政府原案の理念であれ、政府原案についての批判であれ、一九世紀の遺産としての「市民社会」がよく考察されないという問題点がある。そのため、「新憲法の大原則を民法に明文をもつて掲げる」方針を現実化するための必要な道具としての理論枠組みの欠落にあり、当時のそのような法イデオロギーの「場」が当初からボタンを掛け違えさせたのである<sup>(15)</sup>。

そのような批判的見地に立ちつつ、池田論文は、民法と市民社会との関係を考察し、近代市民社会の性格および民法の位置づけについて、次のように論じる。「民法は、元来近代法における用法としては、『自然』状態に対する『文明』状態にある政治社会（『市民社会』）を措定し、前者の人間関係を規律する『自然法』の対語として観念された。そのような見地からすれば、民法は最も簡潔には『政治社会の基本法』と定義すべきである<sup>(16)</sup>」。したがって、この「政治社会」においては、「民法Ⅱ私法」論の土台となった民法典編纂以来の公法・私法の（カテゴリーカルな）峻別論は、無意味になつてゐる。民法一条の公共の福祉の概念は、「公共社会Ⅱ市民社会」としての政治社会を貫く「公序」との関係性において理解を深めるべき課題<sup>(17)</sup>として提起されている。ここでは、「政治社会」という次元で公共の福祉が一元化されるわけである。

## II 公序論

このように、池田論文は、憲法理論における公共の福祉との一元化論という我妻説とは異なり、「政治社会の基本法」つまり純「私法」における公共の福祉の一元化論の立場にたつて、民法における「公共の福祉」概念を「公序」論と結びつけようとした。「今問われるべき問題は、財産権が領導される「公共の福祉」をいかに限定するかに腐心することにあるのではなく、財産権がいかなる内容の「公共の福祉」に領導されうべきかである<sup>(118)</sup>」。つまり、政治共同社会において、「公共の福祉」は、基本原則である。財産権は「公共の福祉」に制約されるべきである。具体的な表現としては、「公序」における財産権の制限である。このような観点からすれば、「公共の福祉」と私権との関係や財産権秩序における公法と私法の相互関係をめぐって、「近隣の公序」とでも称すべき法が戦後五〇年を経て判例を通してようやく形成されつつあることを見逃がすことはできない<sup>(119)</sup>」。

このような考えに基づいて、池田論文は、【1】工事妨害禁止請求事件<sup>(120)</sup>、【2】通行妨害排除請求事件<sup>(121)</sup>、【3】通行地役権設定者登記手続等請求事件<sup>(122)</sup>、【4】一般廃棄物排出禁止請求事件等の裁判例を取上げて分析しながら、公序論の具体的な内容を論じる。次のようである。【1】の判決について、池田論文は、これは「相隣関係法を支える近隣の土地利用の公共秩序を基準とする具体的妥当性を相隣関係法に介在させた<sup>(124)</sup>」と評価する。【2】判決は、「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べき」であるという判示するが、これに対して、池田論文は、「新興住宅開発地で多発する私道の通行権をめぐる紛争に関する重要な先例<sup>(125)</sup>」であり、「地域社会における『公序』を考え直す方向に進むであろう<sup>(126)</sup>」と評価する。【3】判決については、「裁判所が通行地役権は隣保的ないし地域社会的公序に関わる性質を帯びていることを正面から承認して、一七七条に投影したことを意味する<sup>(127)</sup>」と評価している。最後に、【4】判決については、当該裁判は「特定態様

の秩序Ⅱ法規規範関係を認めやすくした」もので、「すぐれて地域的共同体秩序に関わるものである」<sup>(28)</sup>との評価がなされる。

#### 第四款 民法特定分野の法理説

さらに、公共の福祉が民法自身の命題であることを明示しつつ、その適用領域を理論化しようとする試みが存在する。それは、広中教授の見解である。

##### I 民法自身の命題としての公共の福祉

広中教授は、まず、民法一条一項に規定された公共の福祉原理は、民法の命題であるということの確認が必要である旨を強調する。その理由は、「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、<sup>(29)</sup>正当でもない」ということである。すなわち、民法においても「公共」が問題になるのである。

次に、民法一条一項の命題は、民法上の特定分野の法理であるとの限定がなされる。「民法の全体にわたって『公共』が問題となるように考えることも正当ではなく、この点において、原案にあった『総テ』という文字が消えていることは示唆に富む<sup>(30)</sup>」と指摘している。つまり、民法においては公共の問題があるが、民法全体にわたって公共の問題があるわけではないという見方である。

##### II 民法の特定分野の法理としての公共の福祉

それでは、民法上の意味での「公共」は、民法中のどのような特定の分野で問題になるのか。それは、「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」である。公共の福祉は、この「分野の法理を表現した命題と考えるべきものなのである」<sup>(131)</sup>。

民法上の公共の福祉法理を生活利益保護の領域に適用する理由は、次のようなものである。「所有権等の法的形態において個人に帰属している財貨の利用ないし処分が、近隣ないし地域の住民の享受しうべき生活利益を害するもの（例えば所有地を高層建築物の所有のために使用して近隣住民の享受しうべき日照利益を害するなど）であつてはならず」、したがつて、「生活利益保護法においては地域住民に生活利益の共同享受という形で」、民法上「公共」が問題となるのである。<sup>(132)</sup>

民法上の公共の福祉法理を競争利益保護の領域に適用する理由は、「他の事業者ないし一般消費者の享受しうべき競争利益を害するもの（たとえば工場を外の事業者と協定された生産制限下に置くとか製品を他の事業者と協定された価格で処分（販売）するとかの行為によつて一般消費者の享受しうべき利益を害するなど）であつてはならないという要請は『公共の福祉』によつて説明しうるもの、しかも民法の問題としてそのように説明し得るものであるといえよう」。したがつて、「今日利益保護法に於いては関係事業者ないし一般消費者による競争利益の共同享受という形で」、民法上「公共」が問題となるのである。<sup>(133)</sup>

公共の福祉の以上のような適用は、全体主義の思想とは全く無縁である。「一条一項のいう『公共の福祉』は、地域住民に一定の生活利益を供する環境あるいは公正な競争の存在によつて関係事業者ないし一般消費者に競争利益を供する環境からの各個の（且つ）共同の利益享受のなかに見出されるものにほかならず、……『私益』に対する『公益』の優先あるいは『各個を超越した全体』（国家とか『民族共同体』とか）の利益を説いた団体主義・全体主義とは全く

論 無縁のものである<sup>(134)</sup>。

### Ⅲ 公共の福祉法理の欠缺補充機能

広中教授の把握によれば、生活利益の保護および競争利益の保護は、民法典における欠缺領域である。そして、公共の福祉原理は、これらの領域で「欠缺補充のために機能する潜在的可能性を含んだ一般条項であった<sup>(135)</sup>」のである。しかし、この原理の「利用」は、抑制される方向をたどった。その理由は、民法一条一項については「公益優先」的、「全体主義」的規律につながるのと危惧があったこと、そして、不用意に「公益」や「私権の……公共性」を説いた裁判例に対する批判があったことに求められるという指摘がなされている<sup>(136)</sup>。

### 第五款 小括

以上、公共の福祉に関する主要な学説を重点的に検討してきた。そのような作業を通して、伝統的な通説がいくつかの角度から批判されていることが示された。そのような批判は何を明らかにしたか。このような視点から、以上の作業をまとめてみよう。

第一に、通説のような公共の福祉の把握が現実にもたらすかが明らかにされた。原島論文が指摘したように、日本民法における公共の福祉が現実的に果たしている機能は、所有者階層化機能だったのである。すなわち、裁判所は、所有秩序Ⅱ物権的帰属秩序に直接介入し、一方の所有を優先し、他方の所有を劣後させ、所有権にランキングを付けている。このような機能を可能にしているのは、民法上の公共の福祉概念の抽象性、内容の不明確性である。

第二に、民法における公共の福祉の性格に関して、通説とは異なる枠組みがありうることが明らかになった。通説を代表するのは、我妻教授の見解と見られるが、そこでは、「公共の福祉」条項は、私権の社会性を宣言したものと把握された。その理論的な根拠は、「個」と「全」の関係に関する理解の転化に求められる。すなわち、近世私法は「個」の主張に傾くという態度を採っていたが、今日では、「全」を強調して「個」を抑えるという傾向に転換している。ここで挙げられている「全」の内容は、個々人の個別的利益を超えた社会全体の利益であり、憲法上のそれと同じものである。したがって、民法一条一項は、憲法上の公共の福祉原理を民法上に一元化するものであり、公法の私法への浸透を意味していると把握されるわけである。ここには、「国家協同体」の憲法理論における公共の福祉の一元化論が見出される。

これに対して異なる見方を提示したのが、池田教授の見解である。その基本的な立場は、近代市民社会は「政治社会」であり、民法はその「政治社会」の基本法である、というものである。「政治社会」においては、公法と私法(＝民法)の区別の必要がない。さらに、民法における公共の福祉の概念は、民法・私法以外のものではない。それは、基本法たる民法の理念として、市民社会(政治社会＝公共社会)に一元化されるのである。ここでは、政治社会における公共の福祉の一元化論が説かれている、とまとめることができる。この「政治社会」において、「公共の福祉」概念の内容は、「公序論」として表現されうる。公序論の具体的な内容は、「近隣の土地利用の公共秩序」、「地域の共同秩序」などである。そして、「公序」概念は、公法と私法の峻別を超えて、日本の「市民社会＝公共社会」に根付いていたものである、しかも、長い間忘れていた置き土産であるが、舶来思想の「啓蒙」精神によるものではない。<sup>104)</sup>

最後第三に、従来の解釈と抜本的に異なつて、初めて公共の福祉を民法自身の命題であると把握する見解を提示したのは、広中教授の見解である。この前提には、民法上も「公共」の問題が存在しているという理解がある。この立場か

ら、公共の福祉は、民法上の特定の分野すなわち生活利益保護法と競争利益保護法という二つの領域に適用され、欠缺補充機能を果たすべき観念であるという理解が導かれる。公共の福祉の適用をこのように考える場合には、それは、全体主義の思想と全く無縁なものになる。

#### 第四節 公共の福祉に関する議論の限界

以上、民法上の公共の福祉に関するこれまでの議論を到達点をまとめてきた。この問題に関する通説的見解には、根本的などころで問題があり、近時それを異なる枠組みを提示する学説が登場してきていることが、その検討の中で示された。これらの新しい発想を示す学説にも、しかしながら、限界があるように思われる。その限界を克服する中から、今後の公共の福祉論の展望が切り拓かれるであろう。以下では、これまでの議論の限界を検討することによって、次章以下における分析につなげることにしたい。

##### 第一款 民法に公共の福祉条項を設ける理由

民法に公共の福祉条項を設けるのは、私権の絶対性原則を修正するためである。それでは、何故、私権を制限する必要があるのか。この問題について、民法改正段階での政府原案についての説明、その後の通説および我妻教授の公共の福祉理論は、いろいろな角度から議論を展開したわけである。一つの見方としては、権利義務関係における権利本位論から義務本位論への展開が、公共の福祉概念を民法に規定する背景にあると説かれた。一方、我妻の公共の福祉理論に

においては、「個」と「全」の関係が、近世私法の「個」へ傾きから、二〇世紀には「全」を強調することに転換してきたことが、私権制限としての公共の福祉概念の背景にあると説かれた。これらの角度からの議論は、間違っていない。しかし、問題は、これらの議論が、抽象的な段階にとどまって、民法上の公共の福祉の具体的な性格と内容を検討するまでは、進むことができなかったことである。

最も問題があるのは、政府原案についての説明に見られるように、次元が異なる「公共の福祉」が混同して扱われたことである。すなわち、具体的な法制度における「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」という理念とは、本来別個のものであるはずなのに、公共の福祉をめぐる議論に空いてはしばしば混同されたのである。その原因は、民法における公共の福祉の性格および内容についての検討が、一般原則のレベルに止まっていたことに求められるであろう。たしかに、民法自体だけではなく、あらゆる法制度・法律ないし国家の存在価値はすべて公共の福祉を実現するところにある。この意味で、私権を含めあらゆる権利は、公共の福祉に従属している。しかし、民法における公共の福祉条項は、具体的な法制度として、私権を規律するために設けられた。この場合には、私権と公共の福祉の調和という観点に重点を置かなければならない。

## 第二款 民法における公共の福祉の性格

「公共の福祉」という概念は、民法自身の命題であるか、または民法以外の概念であるのか。これは、民法上の公共の福祉の性格を考える場合の最も基本的問題である。この問題に関するまとまった議論は、これまで見られなかった。しかし、本稿のこれまでの分析を踏まえると、この問題については、二つの異なる方向での解釈が対立している。一つ

説は、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。

他の一つは、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いう理解である。

論 第一の理解を表明するのは、民法改正段階での議論、その後の通説的な理解、さらに我妻の公共の福祉理論などである。

公共の福祉に関する民法改正段階での議論は、公共の福祉と私権の関係を中心として展開された。ここでは、憲法上の大原則としての公共の福祉をどのように民法に持ち込むか、両者の関係をいかに表現すべきかという点が論点であった。これに対して、民法に設けられた公共の福祉概念がどのような性格を有するのかについての議論は、十分には展開されなかったといわなければならない。私権と公共の福祉の関係については、それは上下あるいは従属的な関係であるとの理解（政府原案およびその説明）であれ、両者は共に存在するものであるとの理解（現行民法一条一項およびその説明）であれ、いずれにしても、公共の福祉は民法に内在的な概念ではなく、憲法上の公共の福祉そのままの延長であるという理解が前提になっている。

通説は、民法改正段階での理解と同じように、民法上の公共の福祉概念は、憲法上のそれ由来し、憲法上のそれと同じ意味であると理解している。たしかに、民法上の公共の福祉は、憲法上の大原則の反映である。しかし、単にこのような抽象的な理解に止まることは、民法における公共の福祉の位置づけおよびその意義を無視し、結果として、一条一項の公共の福祉が民法に外在する原理にすぎないという理解を導くことになってしまう。したがって、一条一項の規定は、本質的に憲法の思想の反映であると同時に民法独自の規定であると理解し、その独自の性格、実質的な内容の検討を深めるといふ視点が欠かせないと思われる。

我妻の公共の福祉理論は、繰り返し指摘しているように、「国家協同体」の憲法理論に基づいて、公共の福祉理論を

公法・私法に一元化した。すなわち、民法上の公共の福祉は、私法の内在的「指導原理」ではなく、国家共同体における公法的性格を有しており、しかも次第に私法領域まで浸透しているという観点である。この様な考え方において、民法上の公共の福祉に対する理解は、民法改正段階の議論と同じような憲法感覚に基づいたものである。そこには、いまだ全体主義あるいは団体主義のニュアンスが残っていることを否定しえないと思われる。そして、このような性格を持った我妻説が、その後の民法学界において、大きな影響を及ぼすことになるのである。

第二の理解を表明するのは、池田説や広中説である。学説の一部には、すでに民法上の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しながら、公共の福祉を全体主義的な「公共優先」と区別し、公共の福祉を私権の内在的制約であると主張するものがあつた。これらの観点は、民法上の公共の福祉は憲法上のそれと同義であるという理解を維持しながら、通説的な解釈を限定し、民法上のその独自の意味を探るといふ考えの表れであろう。このような立場の延長線上に、明確に公共の福祉を民法上の命題であると確認する見解（広中説）が一九八〇年代末葉に現われてくるわけである。このような解釈は、従来のいわゆる通説的な解釈の方向とは抜本的に異なり、高く評価すべきものである。しかし、この見解においても、民法における公共の福祉原理の内容についての議論が十分展開されたとはいいがたないように思われる。公共の福祉の民法上の性格への検討は、あくまでも公法上のそれとの区別のとどこまっつていように見えるのである。民法上の公共の福祉原理の内容に関する展開が期待される。

政治社会における公共の福祉の一元化論（池田説）は、公共の福祉は、民法上の理念であると主張しながら、民法は市民社会（「政治社会」）の基本法であるゆえに、公法と私法（＝民法）の区別は必要がなく、民法上の公共の福祉理念は、「公序」の形で、市民社会（政治社会＝公共社会）に一元化されていると主張する。この見解は、我妻説および従来の公共の福祉論に対して、「公共の福祉」を外在的かつア・プリオリの「私権」制約原理とみなす思考だと批判する。

この批判は、正鵠を得ている。そして、公私法の峻別を超えた公共の福祉の検討は、従来の公共の福祉に関する理論と比べて、新しい方向からの論究であるといへば、評価すべきである。民法を政治共同社会の基本法として扱い、さらに、公共の福祉は、政治社会における一般的原則であるとする考え方は、従来の議論と明確に異なっている。しかし、それにもかかわらず、その思考方法においては、従来の発想とこの見解との間には共通性があるように思われる。つまり、従来の考え方は、公法上の公共の福祉と私法たる民法の公共の福祉を一元化する。池田論文は、民法における公共の福祉と政治社会のすべての法制度における公共の福祉を一元化しているのである。双方ともに、公私法の峻別を超えて、公私法における共通する公共の福祉理念に求める点において、同じような思惟方法であると思われる。問題は、民法上の公共の福祉には、どのような中身があるのかということである。特に基本法としての民法の「公共の福祉」と従来の学説の憲法上のそれとどのように区別されるべきか。これらの問題は、「公共の福祉」に関する研究として重要な課題であろう。

以上のような公共の福祉に民法上の性格を与える学説の傾向は、評価すべきである。しかし、これは、まだ定着した傾向とはいえない。その原因は、まず、以上の通説と異なる主張は、ほとんど民法の体系書において、その大まかな観点だけを述べる段階にとどまり、一つの問題意識として集中的な検討がまだなされてない点にある。また、民法一条一項の公共の福祉という概念は、一体どのような内容を有するのか、どのような意味で民法以外の「公共」に対して特別視されるのかなどについての学説な検討は、いまだ十分には展開されていないことも指摘しておく必要がある。

### 第三款 民法上の公共の福祉の内容

公共の福祉は、どのような内容を有しているのか。この問題については、公共の福祉の性格に関する解釈が分かれたのと同様に、異なる方向での答えがある。すなわち、通説的な解釈においては、民法上の公共の福祉概念の内容は、憲法上のそれと同じように解釈されることになる。一方、公共の福祉が民法上の概念であると理解する学説においては、その民法上の内容に関して独自の検討が必要になるわけである。

通説においては、民法上の公共の福祉の内容は、社会共同生活の全体としての向上発展や、社会の共通利益、社会一般の利益、国民全般の利益、社会全体の利益、社会的共同生活利益などに求められる。さらに、公共の福祉を直接に国家公共の福祉として解釈する説も登場している。社会全体の利益や一般の利益という観念は、きわめて抽象的である。それゆえ、公共の福祉の内容は、国家公共の福祉という理解へ繋がりがやすいであろう。このような公共の福祉に関する解釈について、全体主義の匂いがないわけではないと批判される所以である。このような問題が出てくる根本的な原因は、公共の福祉の性格を民法内部に求めないで、憲法上の公共の福祉のままの延長と捉えるところにある。

通説の解釈とは異なって、民法学者の一部は、公共の福祉を社会全体の利益や国家公共の利益と解釈することについて、早くから疑問と反省を呈示していた。この新たな発想によれば、公共の福祉は、私権に優越する抽象的な「社会全体の利益」を指すのではない、それは、多数者の合理的な利益を指すのである。民法上の公共の福祉は、あくまでも私的利益の間の相互に妥当な調整を意味している。この解釈は、従来のような解釈とは根本的に異なる方向を指向している。すなわち、従来の解釈においては、公共の福祉を民法外のもの、国家・公共の利益と理解しているが、新たな方向は、公共の福祉を民法における具体的な利益の調整原則として理解しようとするのである。この点は、十分に評価しなければならぬ。しかし、民法上の「公共の福祉」とは、本当に私的利益の相互に妥当な調整という意味にとどまるのであろうか。仮にそうだとすれば、公共の福祉を民法に加える必要性は、どこにあるのであろうか。新しい方向を指向

する場合には、当然にこのような問題が提起される。このような問題に答えるためには、民法上の公共の福祉の内容について具体的な検討を深めることが、不可避の課題となる。

かかる方向での作業を行ったと位置づけることができるのが、広中説と池田論文の公序論である。

広中説は、民法上の公共の福祉の内容に関して具体的な検討を試みたという点で、画期的な意義を有する。しかし、そこにはなお問題も感じられる。広中説においては、公共の福祉原理は、民法の限られた領域に適用されるべきものと理解されている。具体的には、生活利益保護法と競争利益保護法である。したがって、公共の福祉は、私権を制限する意味よりも、民法典における欠缺領域において、欠缺補充機能を果たすにすぎないとされるのである。公共の福祉に関する従来の抽象性の解釈は避けられているが、このように公共の福祉原理の適用を民法の限られた二つの領域に限定することには、民法上の一般条項としての公共の福祉の価値を見失うおそれがあるのではないかとも思われるのである。

池田教授が提示する「公序論」においては、地域住民の共同秩序など「近隣的公序」が重視されている。しかし、ここにいう公序は、あくまでもある領域内の成員に関わるものである。しかも、ある空間あるいは領域における独特の公共の福祉である。ここにいう公序としての公共の福祉は、民法上の一般条項としての公共の福祉の一つの側面しか捉えていないように思われる。つまり、ここでの公共の福祉は、民法の一般原則としての公共の福祉とは異なるレベルの概念と考えられるのである。そうだとすれば、この見解は、公共の福祉の一つの種類に過ぎないものを一般原則として扱うという意味で、やや偏っているといわざるをえない。

また、「公序」というものは、単に言葉自体だけから見ると、たしかに昔から存在する概念である。それは、特に新しいものというわけではなく、その意味で、長い間忘れていた置き土産であるが、舶来思想の「啓蒙」精神によるもの

ではないといえる。しかし、池田論が取上げた判例の中身を分析すると、公序の依拠している共同体は、かつての共同体とは全く異なったものになっている。つまり、今日の地域社会の公序は、地域の自律している構成員により形成されたものであり、これが、従来社会に内在する成長力によって「日本社会に根付いていた」ものに当たるかどうかは、一つ疑問であると思われる。

#### 第四款 民法上の公共の福祉の適用

公共の福祉の適用に関しては、従来の通説的な理解の枠内において、積極説、消極説および否定説という三つの見解が見られた。これらの中で学説の主流である消極説は、公共の福祉原則の適用に関して、公共の福祉を強調すると全体主義により私権が犠牲にされる恐れがあるので、その適用には十分慎重であるべきだと主張していた。しかし、なぜ民法に公共の福祉という規定を設けながら、その条項の適用については消極的態度をとるのか。消極説は、右のように述べるわけであるが、そのような事態をもたらす原因はどこにあるのか。従来の検討においては、この点についての検討が欠落しているように思われる。

公共の福祉を強調すると私権が害される恐れがあるとすれば、その原因は、民法における公共の福祉概念の性格および内容を明確にしていない点に求めるべきである。すなわち、公共の福祉概念を、あくまでも民法以外の概念あるいは民法に優越するものでその内容も社会共同利益等の抽象的な概念であると解釈するならば、そのような民法外の観念を民事紛争に介入させることは、慎重に考えるべきであろう。しかし、ここで問題になるのは、一条一項は、本当に民法に外在する概念なのか、その内容を社会全体・国家公共の福祉と解釈するのが適当であるのか、という点にあるのであ

る。本稿は、民法上の公共の福祉を民法内在的なものと把握し、その内容を市民の利益と捉える。その場合には、公共の福祉原則の適用に関する基本的態度も、従来のものとは根本的に異なってくることになるはずである。

右の基本的方向は、すでに新たな方向の学説において提示されていたものである。しかし、公共の福祉に関して新たな方向を提示する学説においても、公共の福祉条項の具体的適用については、十分な議論が展開されていない。新しい枠からの民法上の公共の福祉の具体的な内容の検討は、まだ未成熟の段階に止まっているのである。

すでに触れてきたところではあるが、ここで、本稿の基本的な立場を改めて示しておこう。民法一条一項に規定された公共の福祉は、民法に内在する命題・原理であり、私法以外あるいは私法に優越する抽象的な社会一般、国家公共の利益ではない。これが本稿の基本的立場であり、本稿の出発点ともいえるものである。これを前提とした上で重要なのは、民法における公共の福祉概念は、一体どのような内容を有しているのか、あるいは公共の福祉原則を適用した私権の制限は、どのような方向でなされるべきなのか、公共の福祉の調整対象は、本当に従来の個別的な私的利益関係であるのか、など問題についての検討である。このような問題意識を踏まえて、以下では、民法における公共の福祉の性格および内容の検討を、具体的な法律制度に即して進めることにしたい。具体的に取り上げるのは、権利濫用制度および借地関係における利害関係の調整（正当事由制度と借地条件変更制度）である。

## 注

(1) 谷口知平編『注釈民法(二)総則(一)』(有斐閣、一九六四年)五〇頁(田中実執筆)。

- (2) 田中・前掲書（注1）六三頁および谷口知平・石田喜久夫『新版注釈民法（一）総則（一）』（有斐閣、一九八八年）六五頁（田中実・安永正昭執筆）にも同じような表現で述べられている。この意味では、民法学者から公共の福祉に関する議論は、余り展開されていないともいえるであろう。民法一条一項を活用する判決例が余り見られないのと同様に、民法における公共の福祉に関する論議は活発ではない（北川善太郎『民法総則（民法講要Ⅰ）』（有斐閣、一九九三年）一六頁。
- (3) 吉岡幹夫「権利濫用の機能的考察―板付基地事件最高裁判決に思う―」法経論集（静岡大）二〇号（一九六五年）一八頁。
- (4) 田中・前掲書（注1）六四頁。
- (5) 国立公文書所蔵「公文雑纂」巻三・閣甲第三四四号。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・星野英一編『民法典の百年Ⅰ全般の観察』（有斐閣、一九九八年）から引用する。以下の注（6）（18）についても同様である。
- (6) 一九四七年七月一八日内閣が国会に提出した「民法の一部を改正する法律案」。
- (7) 一九四七年七月三〇日の参議院司法委員会での法案の予備審査にあたって鈴木義男司法大臣の提案理由説明である。第一回国会参議院司法委員会会議録六号一頁。
- (8) 一九四七年八月二七日の参議院司法委員会での奥野健一政府委員会の趣旨説明。第一回国会参議院司法委員会会議録一八号二―三頁。
- (9) 一九四七年八月九日の衆議院司法委員会での奥野健一政府委員会の答弁。第一回国会衆議院司法委員会会議録一七号一八五頁。
- (10) 一九四七年八月二七日の参議院司法委員会での奥野健一政府委員会の趣旨説明。第一回国会参議院司法委員会会議録一八号二―三頁。
- (11) 一九四七年九月一九日の衆議院での花村四郎委員発言。第一回国会衆議院司法委員会会議録三四号三二―一頁。
- (12) 一九四七年一〇月二日での参議院での岡部常議員発言。第一回国会参議院司法委員会会議録二七号一頁。
- (13) 一九四七年八月九日の衆議院での荊木一久委員発言。第一回国会衆議院司法委員会会議録一七号一八五頁。
- (14) 一九四七年八月二七日の参議院での一松政二議員の発言。第一回国会参議院司法委員会会議録一八号五頁。

- (15) 一九四七年八月二七日の参議院での松井道夫議員の発言。第一回国会参議院司法委員会会議録一八号五頁、九頁。
- (16) 政府原案の一条一項について、二つの修正案が提出されている。一つは、社会党・民主党・国民協同等の協同提案（以下、第一提案と称する）である。第一条 私権ハ公共ノ福祉ニ遵フ。二つ目の案としては、自由党の修正案（以下、第二提案と称する）である。第一条 私権ハ公共ノ福祉ニ反セザル限度ニ於イテ存ス。
- (17) 第一案についての八並委員の提案理由説明。第一回国会衆議院司法委員会会議録衆五〇号四二〇頁。
- (18) 第一案についての八並委員の提案理由説明。第一回国会衆議院司法委員会会議録衆五〇号四二二頁。
- (19) 池田・前掲論文（注5）九八頁。
- (20) 池田・前掲論文（注5）一〇〇頁。
- (21) 谷口知平「新版」民法要説（有斐閣、一九六〇年）一二頁。
- (22) 高島平蔵「民法総則」（成文堂、一九六八年）二二頁。
- (23) 我妻栄Ⅱ有泉享著、清水誠補訂「新版」コンメンタール民法総則」【第二版】（日本評論社、一九九六年）三三六頁。
- (24) 田中・前掲書（注1）五三頁。
- (25) 柚木馨「民法上巻」（青林書院、一九六一年）六頁。
- (26) 谷口知平Ⅱ甲斐道太郎編「新版」現代民法入門（法律文化社、一九八七年四月）一〇頁。
- (27) 三和一博Ⅱ平井一雄「民法総則要説」（青林書院）一九九〇年一八頁。
- (28) 副田隆重Ⅱ中舎寛樹Ⅱ山崎敏彦「新・民法学一総則」（一粒社、一九九二年）三五〜三六頁（副田隆重執筆）。
- (29) 川井健Ⅱ鎌田薫編「民法総則」（青林書院、一九九四年）八〜九頁、川井健執筆。
- (30) 水本浩編「民法Ⅰ」総則（一）「序論・第一条―第八九条」（青林書院、一九九五年）二四〜二五頁（水本浩執筆）。
- (31) 川井健「民法概論一民法総則」（有斐閣、一九九五年）八頁。
- (32) 我妻栄「新訂民法総則八民法講義ⅠⅤ」（岩波書店、一九七二年）三四頁。
- (33) 川島武宜「民法総則」（有斐閣、一九六五年）五〇頁。
- (34) 高島平蔵「民法総則」（成文堂、一九六八年）一三頁。「私権が、公共の福祉すなわち社会共同生活の全体として向上発展にしたがうべきであり、私権の内容はこれとの調和を保つべく、これに違反する範囲においては、私権としての効力を

否定される」。

- (35) 田中・前掲書（注1） 六六頁。
- (36) 四宮和夫『民法総則（第四版）』（弘文堂、一九八六年）二九〇―三〇頁。
- (37) 幾代通『民法総則』（第二版）（青林書院、一九八四年）一四頁。
- (38) 我妻栄「公共の福祉・信義則・権利濫用の相互関係」末川先生古稀記念論文集刊行委員会『権利の濫用上（末川先生古稀記念）』（有斐閣、一九六二年）五八頁。
- (39) 柚木馨『民法上巻』（青林書院、一九六一年）六頁。
- (40) 谷口Ⅱ甲斐・前掲書（註26） 一〇頁。
- (41) 谷口・前掲書（註21） 一〇頁。
- (42) 四宮・前掲書（注44） 二九〇―三〇頁。
- (43) 川井Ⅱ鎌田・前掲書（注29） 八〇―九頁。
- (44) 近江幸治『民法講義Ⅰ「民法総則」』（第二版補訂版）（成文堂、一九九六年）一五〇―一六頁。
- (45) 田中・前掲書（注1） 六二頁。
- (46) 内田貴『民法Ⅰ総則・物権総論』（東京大学出版会、一九九四年）四一―八頁。
- (47) 椿寿夫『民法総則』（有斐閣、一九九五年）二八頁。
- (48) 田中・前掲書（注1） 五三頁。
- (49) 須永醇『新訂民法総則要論』（勁草書房、一九八八年）二二頁。
- (50) 田中・前掲書（注1） 六二頁。
- (51) 我妻Ⅱ有泉・前掲書（注23） 三六〇―三七頁。
- (52) 田中・前掲書（注1） 六〇―六一頁。田中実教授は、公共の福祉概念を次のように三つの種類に分けた。その一は、積極的に公共の福祉の増進を目標としてあげる諸法律のグループであり、その中でさらに三つの種類の法律を分けている。その二は、公共の福祉の積極的増進ではないにしても、少なくとも公共の福祉の擁護をもって第一義的地位におく、主として公序維持ないし警察行政的な作用をめざす諸法律のグループである。その三は、個人の意思と行為の自由性を尊重し、

原則として特別な規制を加えないのを建前とするが、ただ個人の恣意が公共の福祉に違反することのないよう最小限の規制を考慮するものである。

- (53) 田中・前掲書(注1) 六一頁。
- (54) 田中・前掲書(注1) 六二頁。
- (55) 高島平蔵『民法制度の基礎理論』(敬文堂、一九八七年) 三二一―三三三頁。
- (56) 島田信義『民法大綱 総則編』(敬文堂、一九七三年) 三一―三三頁。
- (57) 鈴木祿彌『改訂版』民法総則講義』(創文社、一九九二年) 二九八―二九九頁。
- (58) 川井謙田・前掲書(注29) 八―九頁。
- (59) 水本・前掲書(注30) 二五頁。
- (60) 水本・前掲書(注30) 二八頁。
- (61) 四宮和夫『能見善久』民法総則』[第五版] (弘文堂、一九九九年) 一六頁。
- (62) 四宮能見・前掲書(注61) 一七頁。
- (63) 星野英一『民法概論Ⅰ(序論・総則)』(良書普及会、一九七一年) 七三―七四頁。
- (64) 三和平井・前掲書(注27) 一八頁。
- (65) 五十嵐清Ⅱ泉久雄Ⅱ鍛冶良堅Ⅱ甲斐道太郎Ⅱ稲本洋之助Ⅱ川井健Ⅱ高木多喜男『民法講義 一総則』[改訂版] (有斐閣、一九八四年) 一八頁(五十嵐清執筆)。
- (66) 原島重義『民法における『公共の福祉』概念』日本法社会学(編)『公共の福祉』(有斐閣、一九六八年) 二〇号一頁。
- (67) 五十嵐・前掲書(注65) 一八―一九頁。
- (68) 副田・前掲書(注28) 三六頁。
- (69) 辻正美『民法総則』(成文堂、一九九九年) 三一頁。
- (70) 山中康雄『民法』[総論・総則・家族・相続] (法律文化社、一九七八年) 一〇八頁。
- (71) 山中・前掲書(注70) 四四―四五頁。
- (72) 柚木・前掲書(注25) 六頁。

- (73) 星野・前掲書（注61）七二～七三頁。
- (74) 石田穰『民法総則』（悠々社、一九九二年）四一頁。
- (75) 石田・前掲書（注74）四一頁。
- (76) 遠藤浩・水本浩『民法総則「改訂版」』（青林書院、一九九三年）二九頁。
- (77) 須永・前掲書（注49）二〇～二二頁。
- (78) 民集六二五頁。
- (79) 須永・前掲書（注49）二二頁。
- (80) 広中俊雄『民法綱要総論上』（創文社、一九八九年）一一六～一二七頁。
- (81) 広中・前掲書（注80）一一八頁。
- (82) 篠塚昭次・前田達明『新・判例コンメンタール民法総則「二」（一条～一八条）」（三省堂、一九九一年）五頁（篠塚昭次執筆）。
- (83) 篠塚・前掲書（注8二）四～五頁。
- (84) 我妻栄『新訂民法総則八民法講義ⅠⅤ』（岩波書店、一九七二年）三三三頁。
- (85) 我妻・前掲書（注84）三三三頁。
- (86) 我妻栄『民法案内Ⅱ』（日本評論社、一九六〇年）二〇頁。
- (87) 我妻・前掲書（注84）三三三頁。
- (88) 我妻栄『民法案内Ⅱ（民法の道しるべ総則）』（コンメンタール刊行会・日本評論社、一九六七年）一九頁
- (89) 我妻・前掲書（注88）一九頁
- (90) 我妻・前掲書（注84）二〇頁
- (91) 我妻・新憲法二四八頁。池田・前掲論文（注5）一〇二頁による。
- (92) 我妻・新憲法二四六頁。池田・前掲論文（注5）一〇三頁による。
- (93) 我妻・前掲書（注84）三頁。
- (94) 原島・前掲論文（注66）二頁。

(95) 三つの問題意識とは、次のようなものである。①「もし民法第一条の公共の福祉ないし信義則・権利濫用に関する規定が、既存の民法規範を修正するものとすれば、その修正は、それぞれにどのような方向を指し示し、どのような問題に繋がってゆくのか」(二頁)。  
 ②「民法第一条の公共の福祉、ないし信義則・権利濫用に関する規定の活用は、いわゆる一般条項の活用として、より詳細で具体的な命題のかたちをとった民法規範の適用に比べて、規範の論理的命題の拘束力が弱く、より多く、いわゆる具体的「利益衡量論」の実践の場となる可能性をもっている」(三頁)。  
 ③「信義則や権利濫用に関する規範は、たとえば、旧来の、孤立した個人の『自由』に対して、今は、『連帯』を強調する場合のように、とかく法外的な習俗的・倫理的観点の法内へのもちこみ、としてうけとられることがある。もし、そのような理解をすればよいのか。あるいはこのような理解は、法規範の社会的な意味を看過した法学思想上の一種の観念論ではないのか」(三〇四頁)。  
 原島・前掲論文(注94)参照。

(96) 幾代通「権利濫用について」名大法政論集一卷二号(一九五一年)。

(97) 鈴木祿彌「財産法における『権利濫用』の理論の機能」法律時報三〇卷一〇号(一九五八年)。

(98) 好美清光「信義則の機能について」一橋論叢四七卷二号(一九六二年)。

(99) 磯村哲「シカーネ禁止より客観的利益衡量」『権利の濫用上(末川先生古稀記念)』(有斐閣、一九六二年)六〇頁以下。

(100) 鈴木祿彌教授は財産法における「権利濫用」の理論の機能において、事例を三大別とした。①「権利濫用」の理論が実は単なる不法行為に適用されている事例である。この類型の事例は、権利の明瞭化の過程で、つまりは規範具体化の機能を営むものである。②権利の新しい限界の成立過程において「権利濫用」の理論が利用される事例。このような事例は、規範創造の機能である。③一種の強制調停の機能を持つものとして「権利濫用」の理論が利用される場合。このような事例は、「公共の福祉」の所有階層化機能を示すものである。原島・前掲論文(注99)六〇七頁、二三頁参照。

(101) 大判昭和二年七月一〇日民集一五・一四八一頁。

(102) 大判昭和十三年一〇月二六日民集一七・二〇五七頁。

(103) 最判昭和二十五年二月一日民集四・一一・六二五頁。

(104) 最判昭和四〇年三月九日民集一九・一一・三三三頁。

- (105) 原島・前掲論文(注94) 二五頁。
- (106) 原島・前掲論文(注94) 二五頁。
- (107) 原島・前掲論文(注94) 二五頁。
- (108) 原島・前掲論文(注94) 二六頁。
- (109) 原島・前掲論文(注94) 二六頁。
- (110) 原島・前掲論文(注94) 二七頁。原島教授は、『利益衡量』の価値基準が、全体的な価値体系を前提として、その中で位置づけられ、明示されるという努力にかけ、特に価値の現実化に必然的に伴う力の関係を視野の外に追いやる傾向が見られる。その結果、論理構成だけではなく、利益衡量もいかなる利益といかなる利益の対立をいかなる基準で衡量したか明白でなく、それを補う言葉として当然に内容不明の『公共の福祉』や『私権の公共性・社会性』などが持ち出される傾向が生み出す」と指摘した。
- (111) 原島・前掲論文(注94) 二七～二八頁。
- (112) 池田・前掲論文(注5) 九八頁。
- (113) 池田・前掲論文(注5) 一〇四～一〇五頁。
- (114) 池田・前掲論文(注5) 一〇四～一〇五頁。
- (115) 池田・前掲論文(注5) 一〇七頁。
- (116) 池田・前掲論文(注5) 一一五頁。
- (117) 池田・前掲論文(注5) 一一六頁。
- (118) 池田・前掲論文(注5) 一〇九頁。
- (119) 池田・前掲論文(注5) 一一〇頁。
- (120) 最判平成五年二四日民集四七卷七号五〇三五頁。
- (121) 最判平成九年一月一八日民集五一卷一〇号四二四一頁。
- (122) 最判平成一〇年二月一三日民集五二卷一六号六五頁。
- (123) 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。

- (124) 池田・前掲論文(注5) 一一〇頁。
- (125) 池田・前掲論文(注5) 一一〇頁。
- (126) 池田・前掲論文(注5) 一一一頁。
- (127) 池田・前掲論文(注5) 一一一頁。
- (128) 池田・前掲論文(注5) 一一二頁。
- (129) 広中・前掲書(注80) 一一六頁。
- (130) 広中・前掲書(注80) 一一六頁。
- (131) 広中・前掲書(注80) 一一六、一一七頁。
- (132) 広中・前掲書(注80) 一一七頁。
- (133) 広中・前掲書(注80) 一一七頁。
- (134) 広中・前掲書(注80) 一一七、一一八頁。
- (135) 広中・前掲書(注80) 一一八頁。
- (136) 広中・前掲書(注80) 一一八頁。

\*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。

## Reexamination of the Character of Public Welfare in Japan's Civil Code

— An Attempt to Give Shape to "Civic Public Values" —\*

Jianming ZONG\*

Article 1, Paragraph 1 of the Japanese Civil Code is said to positively project the features of the Civil Code in the 20th Century. However, this section is asserted passively. This contradictory stance has come about, I believe, because the character and contents of concept of public welfare have not been studied sufficiently. Thus far, public welfare has only been considered as an external conception of civil law. That is, it has been considered as a socially abstract generality or comprehensive social interest that is only realized as a constitutional or public law concept, and there by is interpreted to included the state's public welfare. Recently, legal theory is beginning to reflect some of these shortcomings in its general viewpoint. Examples exist. Public welfare is recognized as an essential concept of the Civil Code. And its contents are only be limited by a comprehensive reasonable interest and the proper reciprocal adjustment between private interests. However, the essence of those views, example that public welfare should be considered as an external conception of the Civil Code, has not taken hold. Thus, the limitation placed on public welfare to only apply as an adjustment principle of distinct private interest relationships has its shortcoming. As a result, I believe there is still much to gain from studying the substantive contents and character of public welfare in the Civil Code.

The identity, character, and contents of public welfare in Japanese Civil Code has not been studied sufficiently, thus at least two positions can be seen in practice and theory. First, because public welfare in the Civil Code has been interpreted expansively

---

\*Doctoral thesis:

Doctoral of Law (Civil Law), Hokkaido University, Japan, March 23, 2001.

\*Research Associate, Law School, Hokkaido University, Japan.

to include the state's interest, the result has been the further subordination in case law of the people's interest to the state's interest. From that develops a position that the abuse of the rights theory itself be abused. Second, because public welfare is not realized as an essential concept of the Civil Code, only distinct private interest relationships come to be regulated in the Civil Code. Furthermore, a multitude of theories has developed concerning specific citizen groups and non-specific citizen groups as an interest that must be denied and rejected. Within this debate, this thesis studies the interpretation of the theories on the "Effective Utilization of Land" and the "Rational Utilization of Land", common order in localities, and the theory of public order.

In Chapter 1, I studied the limitations and origins of the theories on public welfare. I make several conclusions. The first limitation I note is that public welfare deals with an external conception of the Civil Code. This results from the fact that the public welfare is treated with the same conception as a constitutional issue. The second limitation I note is the lack of thought given to public welfare's substantive contents as an essential concept of the Civil Code. This results from the fact that it is dealt with as an external concept of civil law and according to theory this is realized as an essential concept of the Civil Code which covers only the rational profits of many people.

In Chapter 2, I studied the causes and theoretical foundations of the abuse of the abuse of rights principle. In case law and doctrine after World War 2 the objective standard of the theory of the abuse of rights expanded from the general public's and community's interest in big business' economical renaissance to the state and administration's interest. In fact, the cases compared the interest of the state and big business equally with personal interests. Pursuant to this, personal interests were easily sacrificed to the interests of the state and big business in the name of public welfare. Consistent with this interpretation, the foundation for restricting rights is not seeking to convert the public limitations on rights to relativity and society of rights but it instead is searching to convert from society and relativity of rights to a conception of private right's social nature. For this, it seems that the objective standard of the abuse of rights theory is expanded and becomes an abuse of the abuse of rights theory. The idea that the foundation of private rights restrictions comes straight from the social nature of private rights is an individualistic principle rooted in Japanese society and has been

distorted and interpreted from the theory developed by French Academia. This is consistent with an expanded interpretation of public welfare in the Civil Code.

In Chapter 3, I studied the character and contents of the "Effective Utilization of Land" in the system for land-leases. I studied two systems of the land-lease, one is the "just cause" system, and another is the "change of the conditions of the land-lease" system.

In the "just cause" system, the "state's involvement" was strongly criticized by the "Effective Utilization of Land." But, after considering the case law and theories it becomes very obvious that cases on the "Effective Utilization of Land" are a variant from the control of public law. This is also a factor related to community development. Considering the "Effective Utilization of Land" in "just cause" terms surpasses accommodations to distinct private relationships and its variants with "state involvement". Namely, this requires that the accommodation of distinctly private interests with other interests of specific citizen groups or non-specific citizen groups, and thus, it is concerned with the public interest of non-specific citizen groups in the community. The concept of the "Effective Utilization of Land" is thereby misunderstood as "state involvement" in the modern understanding of private and public interests in Japan.

In the "change of the condition of land-lease" system, I studied the character and contents of the "Rational Utilization of Land" in the Japanese Civil Code's conciliation system for land-leases. This concept concerns community interest and future interests. Accordingly, it is not a regime of public law or administrative policy. It is only an issue of private law and only concerns the interests of specific citizen groups in the community. It should be a civic public value.

From these conclusions this study may be tied together as follows:

First, public welfare is a modification of the principle of absolute private rights and it creates a society of private rights. Thus, it is an indispensable item in the Civil Code.

Second, the principle of public welfare isn't an external conception of civil law. But, it is an essential concept of the Civil Code itself and it possesses identifiable characteristics and contents. Public welfare is established as an external concept of civil law; by this we can evaluate those factors such as state public welfare from the accommodating objective of civil law. Originally, state public welfare belongs to the

accommodating objective of the civil law, but it is shoved aside in the Civil Code.

Third, the concept of public welfare is different from that in administrative law and constitutional law. It relates to the interest of citizens as an accommodating objective of the Civil Code. Namely, the accommodating objective of the Civil Code does not only include distinct private interests, but also includes the relationship between private interests and the community's public interest. Thus, this means the interests of specific-citizen groups or non-specific citizen groups. In this way, it can be called Civic Public Values.

Fourth, to better understand the concept of Civic Public Values, I tried here to separate the contexts into two types. Type 1 means the interest of non-specific citizen groups in specific areas. Type 2 means the interest of specific citizen groups in specific areas. In this thesis, the context of Type 1 includes general public and communal interests in cases of pre and post World War 2 in Chapter 2, and also includes the concepts of the "Effective Utilization of Land" in Chapter 3 and the "Rational Utilization of Land" in Chapter 4. The context of Type 2 includes the "Theory of Public Order" from Chapter 1 and the public order and usage cases from post World War 2 that concern a community's right-of-way in private matters in Chapter 2.

Fifth, while public welfare arises in Civic Public Values, the crux of the study is to develop a concept of ("Public"). In Japan, from both the public and private perspectives, the concept of is realized fundamentally as "state". But in Japan's contemporary civil society, the importance of public interest in the people's daily-life is becoming more noteworthy. The public interest that involves the citizen is an authentic is the essential concept of private law.