

学位論文題名

日本民法における「公共の福祉」の再検討

- 「市民的公共性」形成の試み -

学位論文内容の要旨

民法1条1項について、学説は、二十世紀民法としての特色が発揮されたものと評価しながら、この条項の適用には消極的な態度をとってきた。このような矛盾する事態に至ったのは、民法における公共の福祉概念の性格や内容について、十分な検討がなされなかったためであろう。従来、公共の福祉は、民法に外在する概念であると考えられた。すなわち、公共の福祉とは、抽象的な社会一般または社会全体の利益を指すのであり、憲法上または公法上の概念であると理解されていた。更に、このような理解は、国家的な公共の福祉を含むとの解釈を生むこととなった。近時、学説には、このような通説の欠点を反省し、公共の福祉を民法に内在する概念として捉え、その内容を、多数者の合理的な利益および私的利益の相互に妥当な調整に限定して理解するものが現れている。しかし、公共の福祉を民法に内在する概念として捉える傾向がまだ定着していない。そして、「公共の福祉」を個別的私利関係の調整原理と限定するのは、民法における公共の福祉の性格およびその実質的な内容への検討が依然として欠けていると思われる。

民法上の公共の福祉が有する独自の性格・内容について、十分な検討がなされなかったために、実務上および理論上、少なくとも二つの弊害が生じている。第一に、民法上の公共の福祉を国家的利益にまで拡大して解釈した結果、判例においては、市民の利益を常に国家の利益に従属させる事態に至っている。ここから、権利濫用の主張が濫用されるという弊害が生じている。第二に、公共の福祉は民法に内在するものではないとしたため、民法が調整するのは当事者間の私的な利害のみであることとなり、学説の大勢は、特定多数の市民あるいは不特定多数の市民に関わる利害の調整を、「公的介入」であり、否定または排斥されるべきものとするに至った。本稿で検討した「土地の有効利用」と「土地の合理的利用」の解釈、地域の共同秩序、および「公序論」は、まさにこの問題に関わるものである。

第1章では、公共の福祉に関する従来の議論の限界およびその原因について検討した。ここで得られた結論は、次のようなものである。限界の第一は、公共の福祉を民法に外在するものとして扱ったことである。その原因は、公共の福祉を憲法上の概念と捉えたことにある。第二の限界は、民法上の公共の福祉の実質的な内容についての検討が欠如していたことである。その原因は、公共の福祉を民法に外在する概念と理解し、民法に内在する概念と理解する学説も、多数者の合理的な利益を含むとすることに止まっていたことにある。

第2章では、権利濫用の濫用の原因およびその理論根拠は次のようである。戦後の判例

と学説においては、権利濫用の客観的標識は、一般公衆・一般公共の利益から大企業の国家経済復興への寄与及び国家行政の利益に拡大された。実際に、裁判例において、国益・大企業の利益と市民の一部ないし個人の利益を同じ平面上で比較し、公共の福祉の名で、国益・大企業の利益を優先させ、私的利益を安易に犠牲にしている。このような拡大解釈は、私権を制限する根拠を権利の被社会的制約に求めることから権利の相対性、社会性に求めることへの転換（松本説）ではなく、むしろ私権の社会性、相対性に求めることから、私権の社会的本質概念に求めることへの転換である。これこそ、権利濫用の客観的標識の拡大解釈さらに権利濫用の濫用の原因であると思われる。私権制限の根拠をストレートに私権の社会的本質に求めたのは、個人主義的市民法原理を日本社会に根付かなかったことに加え、フランス学界の連帯理念に国家権力をも加えるという歪んだ解釈のためであろう。このことは、民法における公共の福祉の拡大解釈と関連すると思われる。

従来判例上も学説上も、「公的介入」としての「土地の有効利用」への批判は、強かったわけである。しかし、第3章の検討を通して、土地の有効利用の内容は、公法上の規制と異なって、地域の発展に関わる要素であることが明らかになった。土地の有効利用の考慮とは、私人対私人の個別的な関係の調整を越えるものであるが、他方、従来の「公的介入」とも異なる。すなわち、土地の有効利用とは、個別の私人対特定多数および不特定多数の市民の利益関係の調整を意味し、地域の不特定多数の市民・住民に関わる公共性の問題である。「土地の有効利用」の考慮を「公的介入」と誤解する原因は、公私峻別という近代的な理解にある。第4章で検討した土地の合理的利用は、地域性及び地域の将来性・発展に関わる概念である。したがって、公法上或いは行政的施策上の概念ではなく、あくまでも私法領域の問題であり、地域の特定多数の市民に関わる利益であり、市民的公共性であると思われる。

以上のような検討から、本稿の結論として、次のように纏めることができる。第一に、公共の福祉という条項は、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において、民法に不可欠な条項である。第二に、公共の福祉の原則は、民法に外在する命題ではなく、民法自身の命題であり、しかも独自の内容と性格を有している。公共の福祉を民法に内在する概念として確立し、本来民法に属すべきではないが、しかし民法に強引されたものとして、たとえば国家的公共の福祉を民法の調整対象から排除すべきである。第三に、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り、民法の調整対象としての市民の利益に関わるものである。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、すなわち私人と特定多数または不特定多数の人々に関わる利益も含まれるべきである。後者の内容によって、公共の福祉の性格は、市民的公共性と呼ばれるであろう。第四に、市民的公共性概念をよく理解するために、その内容を以下のような二つの類型に分ける。類型Ⅰの特色は、特定領域における不特定多数の人々に関わるパブリック的な利益である。これに対して類型Ⅱは、特定領域における特定の人々に関わるパブリックなものである。類型Ⅰは、本稿に即していえば、第2章の戦前・戦後の裁判例における一般公衆・一般公共の利益と第3章の「土地の有効利用」概念および第4章の「土地の合理的な利用」概念であろう。類型Ⅱは、本稿に即していえば、第1章における「公序論」と第2章の私道通行権に関する戦後裁判例における地域住民の公序と慣行であろう。第五に、公共の福祉の市民的公共性の性格の理解において、最も重要なのは、「公」の概念の展開についての検討である。近代的な公私観において、「公」とい

う概念は、基本的に「国家」を意味するものとして、扱われている。しかし、現代市民社会において、市民生活に関わるパブリックの重要性が顕著になってくる。市民に関わる公共性こそが、真の「公」であり、しかもこの「公」は私法領域の「公」である。

学位論文審査の要旨

主 査 教 授 吉 田 克 己

副 査 教 授 瀬 川 信 久

副 査 教 授 鈴 木 賢

学 位 論 文 題 名

日本民法における「公共の福祉」の再検討

－「市民的公共性」形成の試み－

(論文の要旨)

戦後の民法改正によって導入された民法1条1項は、「私権ハ公共ノ福祉ニ遵フ」と定める。この条項は、一方で20世紀民法としての特色を発揮するものとして高い評価を受けながら、他方でその適用については慎重にすべしと説かれてきた。このような「矛盾」する事態に立ち至ったのは、民法における「公共の福祉」概念の独自の性格や内容について十分な検討がなされてこなかったためである。そのために、少なくとも二つの弊害が生じている。第一は、民法上の「公共の福祉」を国家的利益にまで拡大して解釈し、市民の利益を国家の利益に従属させる事態が生じていることである。第二は、反対に、民法上の「公共の福祉」を民法に内在するものではないと捉えたため、特定多数または不特定多数の市民に関わる利害の調整を、民法外在的な価値を持ち込むものとして否定的に評価する傾向が生じていることである。これら二つの弊害を克服して、第一に、本来民法に属すべきではないものを「公共の福祉」の名で民法に持ち込むことによって私権を害するという現象を排除し、第二に、私人の利益と市民にかかわるパブリックな利益との調整を、新たな問題領域として重視する必要がある。

本論文は、かかる問題意識に基づいて、上記の二つの弊害が見出される具体的素材として、①権利濫用法理、②借地借家法の「正当事由」制度における「土地の有効利用」、③借地条件変更制度における「土地の合理的な利用」の三つを取り上げる。そして、それらの検討を通じて、民法上の「公共の福祉」を市民のパブリックな利益すなわち市民的公共性として捉え返す理論を構築しようというのが、本論文の最終的な狙いである。

このような問題意識に基づいて、まず、第1章において、「公共の福祉」に関する従来の議論が批判的に検討される。従来の議論は、公共の福祉を民法外在的な価値理念と解してきた。戦後の民法改正過程における議論において、憲法上の公共の福祉を民法に貫徹するという観点が強調されたことが、そのような理解の背景にある。これに対して、近時、公共の福祉を民法内在的な価値理念と把握する新しい見方が提示されるようになっていることが注目される。この動向は積極的に評価すべきものであるが、いまだ定着するには至

っていない。また、この新しい動向は、公共の福祉を私的利益相互の妥当な調整を内容とする原理と把握するが、この把握によって公共の福祉を民法に加える意味を十分に説明しうるか、疑問である。このようにして、公共の福祉の実質的内容に関する検討をさらに展開する必要性が生じてくる。

以上の問題提起を受けて、第2章において、権利濫用法理の日本的適用に関する検討が行われる。日本においては、しばしば権利濫用法理の濫用が指摘される。その原因として一般に指摘されるのは、権利濫用の判断に当たって、主観的要素の比重が低まり、客観的要素が中心になったことである。しかし、日本においては、もともと権利濫用法理の主間接的理解は弱く、客観的要素を中心に権利濫用の有無が判断されていた。権利濫用法理濫用の原因は、むしろ、客観的要素の内容の転換に求めるべきである。すなわち、一般公衆の利益だけでなく、大企業・国家あるいは行政の利益も加えたことである。このように、本来民法に持ち込むべきではないものを民法に持ち込んだところに、権利濫用法理濫用の原因が求められる。権利濫用法理の適用に当たって客観的要素を重視するにしても、それは、民法内在的な公共の福祉、すなわち一般公衆の利益と捉えられるべきである。

以上は、本来民法に持ち込むべきではない要素を民法に持ち込んだことによる問題性の指摘であったが、反対に、本来民法に属すべき要素が否定ないし無視されている問題領域もある。そのようなものとして、第3章において、「正当事由」判断における「土地の有効利用」の観念が、第4章において、借地条件変更における「土地の合理的利用」の観念が検討される。

まず、「正当事由」判断であるが、学説は、一般的に、土地の有効利用を理由として「正当事由」具備を認めることについて、私権調整の法である借地借家法にはなじまない「公的介入」であるとして否定的に評価してきた。しかし、裁判例を検討すると、土地の有効利用の内容は、地域発展への寄与を指すことが多い。これは、当該地域の市民の利益に関わるものであって、上からの「公的介入」ではない。従来議論は、土地の有効利用のパブリックな性格を軽視している嫌いがある（第3章）。

次に、借地条件変更における「付近の土地の利用状況」という実質的要件を中心として裁判例を分析すると、この制度には、賃借権強化と土地の合理的利用促進という2つの趣旨があることが分かる。土地の合理的利用促進は、地域性、地域の将来性・発展に関わる観念である。したがって、これは、公法上の観念ではなく、これを考慮することは、あくまで市民的公共性に関わる私法上の問題である（第4章）。

最後に、第5章において、まとめとして次の諸点が指摘される。①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において、民法にとって不可欠な条項である。②公共の福祉は、民法内在的な理念と理解すべきである。民法外在的な国家的公共性をここに持ち込むことも、反対に民法内在的な公共の福祉、すなわち市民的公共性を軽視ないし無視することも、避けるべきである。③市民的公共性については、本論文での検討をふまえると、不特定多数の人々に関わるパブリックな利益（類型Ⅰ）と、特定領域の特定の人々に関わるパブリックな利益（類型Ⅱ）とが区別される。④近代的な「公私」観においては、「公」は基本的に国家を意味するものとされた。しかし、現代においては市民生活に関わるパブリックの重要性がますます高まる。この市民的公共性こそが真の「公」であり、これは私法領域に属するものである。

(評価の要旨)

近時、様々な学問領域において、公共性観念の再検討が活発に試みられている。そこで見出される基本的方向は、上からの垂直的な国家的公共性ではない、水平的な市民的公共性の観点から公共性を捉え直そうとするものである。本論文は、これらの動向に刺激を受けつつ、民法1条1項の「公共の福祉」を市民的公共性という観点から再構成しようとする、きわめて意欲的な試みである。民法学の領域において、この方向での検討を行う業績も、いまだ萌芽的とはいえ、現れつつある。本論文は、そのような動向を踏まえつつ、そこで示される方向を徹底して一つのまとまった考え方を提示した点において、日本の学界においても十分にその存在意義を主張することができるものである。

本論文の主題を扱う場合には、ともすれば抽象的な一般理論の検討に止まってしまう危険がある。本論文は、具体的素材を丹念に分析するという手法を意識的に採用することによって、その危険を免れている。そして、裁判例や学説の丹念な検討の中で、日本の学界に対して新しい知見ももたらしている。たとえば、借地条件変更に関する裁判例の網羅的検討は、これまでなかったものである。また、権利濫用法理に関して、日本においては当初から主観説的発想が希薄であったという指摘も、従来強調されてこなかったが、説得的である。そして、このような作業の前提となっている裁判例・学説の渉獵は、外国人留学生としての水準を抜いたものであることを指摘しておきたい。

反面、本論文にはなお改善すべき点もある。本論文は、200字詰め原稿用紙で1500枚を超える労作であるが、やや繰り返しが多く、冗長な部分が見られる。また、提示されている具体的な理論についても、たとえば市民的公共性の2つの類型が解釈論上どのような意味を持ちうるかなど、今後のさらなる検討が期待される部分が少なくない。しかし、これらの弱点にもかかわらず、本論文がきわめて意欲的な労作であることに変わりはなく、審査員は、全員一致で、本論文が博士論文としての評価に値するものと判断した。