

# 権利と公共の福祉

—— 民法 1 条 1 項の序論的研究 ——

山 里 盛 文

## 目次

- はじめに
- 「公共の福祉」に関する議論
- i 一般論的な検討
- ii 「公共の福祉」の具体化
  - 1) 生活利益・競争利益に限定
  - 2) 「公共の福祉」から「公共空間」へ
    - (1) 「公共の福祉」について
    - (2) 「公共の福祉」から「公共空間へ」
  - 3) 市民的公共性
- iii 財産権に限定するもの
- 検討
- i 「公共の福祉」概念の必要性
- ii 「公共の福祉」の内容
  - 1) 生活利益・競争利益に限定
  - 2) 「公共空間」とするもの
  - 3) 市民的公共性とするもの
  - 4) 財産権に限定するもの
- iii 私見
  - 1) はじめに
  - 2) 「権利」と「公共の福祉」
  - 3) 「公共の福祉」の内容
- おわりに

はじめに

民法は、その冒頭の条文において、「私権は、公共の福祉に適合しななければならない。」と規定する。この条文は、近時の教科書においては、「私権」の内容（形成権、財産権など）についての説明はされているが、「公共の福祉」の内容については、記載されていない。しかし、民法における「権利」については、不法行為法分野において<sup>1)</sup>、また、差止請求権との関係<sup>2)</sup>において議論がされている。そこでは、現実の事件とその被害救済として、民法709条が活用され、不法行為責任の成立要件である、「権利」（現代語化前）・「権利又は法律上保護される利益」（現代語化後）の解釈の必要性から、また、差止請求権の発生要件との関係から、検討がなされてきている。

しかし、私は、民法の冒頭の条文である1条1項について検討する必要があると考える。すなわち、「権利」といってもその範囲が明らかなもの（所有権などの絶対権）に対し、その範囲が明らかではないものも存在し、そのような「権利」については、その範囲を明らかにする必要があるところ、民法1条1項では、「私権は、公共の福祉に適合しななければならない」と規定されており、「公共の福祉」概念が権利の範囲を画定する概念として機能すると考えられるからである。

そこで、本稿においては、序論的研究として、「公共の福祉」に関する議論について概観し、その内容を明らかにする方向性について提示したい。

- 
- 1 山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究5号（2008年）77 - 140頁、同「不法公法における『権利又は法律上保護される利益』の侵害要件の現状と立法的課題」現代不法行為法研究会編『不法行為法の立法的課題』（商事法務・2015年）97 - 116頁など。
  - 2 大阪弁護士会環境権研究会『環境権』（日本評論社・1973年）85頁、根本尚徳『差止請求権の理論』（有斐閣・2011年）95頁など。

「公共の福祉」に関する議論

i 一般論的な検討

我妻栄博士は、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、「私権の内容及び行使は、これと調和を保つべきであり、従って、これに違反する範囲においては私権としての効力を認められない」<sup>3</sup> ことであるとされる。

解釈にあたっては、「わが国では、身分関係はもとより、財産関係においても、近代個人主義的法思想が未だ十分に徹底していない分野が決して少なくない。かような分野に『公共の福祉』という理念をあまり性急に適用することは、私権の有する第一段の使命を犠牲にするおそれがある。その意味において、第1条は、つぎの第1条ノ2（現2条 注山里）によって代表される、個人の自主・自由の尊重の理想と、充分調和させて解釈されなければならない」とされる<sup>4</sup>。そして、私権の有する第一段の使命とは、「人類が、社会共同生活において、その幸福を追及し、向上発展をはかるためには、自己の人格の尊厳を確認されるとともに、身分と財産関係において種々の利益を独占的に享受することを必要とする、従って、国家は——人類の社会共同生活の向上発展のために組織されたものである当然の帰結として——この社会的利益の独占的享受を保障しなければならないのであるが」、近代国家は、社会的利益の独占的享受を保障するために、「特定の人々の独占的な利益の享受をその人の権利と認める態度をとった。それが私権である」とされる<sup>5</sup>。また、近代個人主義的法思想が十分徹底していない分野については、自由平等が徹底していない分野として、家族関係と農地の地主・小作人の関係を挙げ、富の不均衡として、企業労働関係と企業災害を挙げられ、「戦後の改正によって加えられた民法の冒頭の

3 我妻栄『新訂 民法総則』（岩波書店・1965年）34頁。

4 我妻・前掲注3『新訂 民法総則』34頁。

5 我妻・前掲注3『新訂 民法総則』32頁。

2 個条は、……、この両面の思想を民法全編を支配する原理として宣言したものと見ることができる<sup>6</sup> とされる。

そして、「公共の福祉といい、信義誠実の原則という抽象的な規定はともするとその場その場の近視眼的な判断によって恣意的に解釈され、私権の存立を脅かし、ひいては私法秩序を不当にみだすおそれがある<sup>7</sup>」とし、「客観的に正しい基準を与えることに努力することが私法学者の任務であろうと思う<sup>8</sup>」とされる。

川島武宜博士は、「元来どの社会でも私的利益と共通利益との分裂と対立が存在するが、近代市民法の古典的な思想においては、私的利益が強調せられ、私的利益の自由な発展がおのずから資本制社会全体の発展をきたすと考えられてきた」とし、民法1条1項は、「この古典的思想に対する反対を表明し、社会の共通利益にもと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り、<sup>9</sup>「したがって、同条は、類似の表現を用いる社会主義国家の法律とは内容を異にすることは言うまでもない」とされるが、「同条は解釈の如何によっては、ファシズム体制の思想的根柢ともなり得るものであることは、注意を要する」とされる<sup>9</sup>。

星野英一博士は、「この規定の実益はあまりない」とし、意味について「ここでは、いちおう、ある権利のみではなく対立する他の権利との調和をはかること、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る」とし、民法1条1項の「適用が問題となることはあまりなく、<sup>10</sup>「各規定の妥当な解釈をすれば十分である」とされる<sup>10</sup>。そして、「わが国などでは、あまりこの思想を強調する

---

6 我妻・前掲注3『新訂 民法総則』4頁。

7 我妻・前掲注3『新訂 民法総則』40頁。

8 我妻・前掲注『新訂 民法総則』41頁。

9 川島武宜『民法総則』（有斐閣・1965年）50頁。

10 星野英一『民法概論（序論・総則）』（良書普及会・1971年）73頁。

ことは、……危険であると考えられる」<sup>11</sup> とされる。

幾代通博士は、「わが国においては、身分関係はもとより、財産関係においても、近代個人主義的法思想すらいまだに定着していない分野があり、また他面では、資本制社会の発展や爛熟に伴う新しい問題をも背負っているから、『公共の福祉』という理念を性急・軽率に適用することは、社会全体の真の幸福や進歩を阻害するおそれなしとしない」<sup>12</sup> とし、「要するに、民法1条は、個人の自由と尊厳の理想をかかげる同法1条の2（現2条注山里）や、憲法の認める基本的人権などの諸規定と十分調和するように解釈・適用されるべきである」<sup>13</sup> とされる。

鈴木禄弥博士は、「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広げられるおそれがあるから、本項は、自明のことを念のために明記したにすぎないと解釈すべきであり、本項の存在は、あまりこれを重視すべきではない」<sup>14</sup> とされる。

公共の福祉により、所有権に制限を加える場合があるが、これは、憲法の問題であり、権利行使の制限については、「権利濫用禁止の原則によって制限すれば十分であり、それを越えて公共の福祉を理由に権利行使を直接制限することには慎重でなければならない」<sup>15</sup> するものもある。

松坂佐一博士は、「私権はもとより直接には権利の主体たる個人の利益を保護するために、認められているものであるが、間接的にはそれを認めることが同時に社会の幸福を増進すると考えられるからであり、「公共性」ということは私権に内在する性格だといわねばならず、「初期の市民社会においては、封建的拘束から解放された個人をして、不羈独立の立場で自由に個人的利益を追求せしめることが最も社会の幸福を増進する所以

11 星野・前掲注10『民法概論』73-74頁。

12 幾代通『民法総則（第2版）』（青林書院・1984年）13頁

13 幾代・前掲注12『民法総則』13-14頁。

14 鈴木禄弥『民法総則講義（二訂版）』（創文社・2003年）350頁。

15 四宮和夫・能美善久『民法総則（第8版）』（弘文堂・2010年）14頁

であった」とされる<sup>16</sup>。そして、「当時にあつては、私権の公共性は専ら私権の擁護として現れた」が、「しかし、資本制経済の進展に伴い人々の間に貧富の懸絶を生ずるに及んで、個人的利益の追求は必ずしも常に社会の幸福と一致しなくなって、ここに私権の内在的性格に矛盾対立を生じた。私権の公共性は私権の制約として現れることになった」とされる<sup>17</sup>。

「しかし、これは、私権が自由放任にまかされた個人的利益の擁護の手段であるという独断に立つものであって、歴史的発展の過程が示すように、真実の個人的利益は、社会の安全・幸福との調和においてのみ得られるものであることを反省されるならば、私権における個人的利益と公共性との二元対立はより高い立場からこれを止揚・統一することができる」とし、「かかる立場が新しい公共性の理念、すなわち公共の福祉である。したがって、公共の福祉は個人的利益を無視するものではなく、その正しい意味において尊重するものである」とされる<sup>18</sup>。

## ii 「公共の福祉」の具体化

### 1) 生活利益・競争利益に限定

「公共の福祉」について具体化を図る見解も存する。広中俊雄博士は、民法1条1項について「民法上の命題である」とされる<sup>19</sup>。そして、「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、1条1項で否定されているとみるべきであるし正当でもない」が、「民法全体にわたって『公共』が問題となるように考えることも正当ではなく、「民法上の意味で『公共』が問題となる民法中の特定分野」であり、「生活利益法および競争利益法の分野の法理を表現した命題と考えるべき」であるとされる<sup>20</sup>。

---

16 松坂佐一『民法提要 総則（第3版・増訂）』（有斐閣・1982年）51頁。

17 松坂・前掲注16『民法提要 総則』51-52頁。

18 松坂・前掲注16『民法提要 総則』52頁。

19 広中俊雄『新版民法綱要 第一巻 総論』（創文社・2006年）135頁。

20 広中・前掲注19『民法綱要』135-136頁。

人格権としての身体の自由の制限、所有権の制限としての公用収用、そして、人格権としての名誉権については、「刑事法なり、行政法なり憲法なりの問題となる」とされる<sup>21</sup>。

これに対して、生活利益や競争利益については、「所有権という法的形態において個人に帰属している財貨を利用あるいは処分する行為が近隣ないし地域の住民の享受すべき生活利益を侵害を侵害するもの（……）であってはならず、また他の事業者ないし一般消費者の享受すべき競争利益を侵害するもの（……）であってはならないという要請は、『公共の福祉』によって説明しうるもの、しかも民法の問題としてそのように説明しうるものであるといえよう。生活利益法においては地域住民による生活利益の共同享受という形で、競争利益法にお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、それぞれ、民法上の『公共』が問題となるのであり、1条1項は、まさに右兩分野の法理を表現し右兩分野でのみ問題となりうる規定とみるべきものである」とされる<sup>22</sup>。

さらに、公共の福祉は、『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・全体主義とは全く無縁のもの」とであるとされる<sup>23</sup>。しかし、民法1条1項について、欠缺補充としての機能を有するとも考えられるが、民法1条1項は利用が抑制される方向にあり、生活利益は受忍限度論により保護が図られ、競争利益の保護は独占禁止法により保護が図られるようになったことから、欠缺補充機能を営ませることも不要となり、生活利益法・競争利益法における違法性の判断基準の一般条項的性格により、民法1条1項が個別事案の処理における裁判基準たる一般条項としての機能をさせることも不要となっているとされる<sup>24</sup>。

21 広中・前掲注19『民法綱要』136頁。

22 広中・前掲注19『民法綱要』136頁。

23 広中・前掲注19『民法綱要』137頁。

24 広中・前掲注19『民法綱要』137 - 138頁。

2) 「公共の福祉」から「公共空間」へ

(1) 「公共の福祉」について

このような、「公共の福祉」については、「生活利益」や「競争利益」に限定されるという見解に対して、大村敦志教授は、「広中が、意識的に適用領域の限定をはかろうとしているのは理解できる」とし、権利の外延が定まっていないようなケースの場合には、「一方で『公共の福祉』を念頭に置きつつ……、ルールを生成させる必要がある」とされる<sup>25</sup>。そして、「生活利益」や「競争利益」に加えて、「人間の尊厳」も加えるべきであるとされる<sup>26</sup>。

そして、「公共の福祉」と「公の秩序（公序）」の関係について、「『公序』が法律行為の限界を画するのに対して、『公共の福祉』は、権利の外延を画するもの」であり、「実際には、結論において大きな差は生じないかもしれないが、理論的な整理は必要であろう」とし<sup>27</sup>、民法1条1項は、個人の利益と公共の利益との調整をする規定」であり、「法の欠缺（lacune）がある場合にこれを補充するための法原理であり、「規範の欠缺がある状態で、ある個人にある権利を認めるにあたって他の個人の利益がその外延を画することになり、「この点は、1条1項に前提として含まれて」おり、「その上で、公共の利益をも考慮に入れて欠缺補充をすべきことを示している」とされる<sup>28</sup>。そして、民法1条1項は、本来は立法者によりなされるべきである『『公共』に関する価値判断』すなわち、「何が『公共の福祉』に適うか」についての判断を、「例外的に、裁判官による欠缺補充を認め」、「裁判官は、立法者であるかのように、あるべき『公共の福祉』を定立しなければならない」とされる<sup>29</sup>。

---

25 大村敦志 『民法読解 総則編』（有斐閣・2009年）12頁。

26 大村敦志 『「民法0・1・2・3条」 私 が生きるルール』（みすず書房・2007年）97頁。

27 大村・前掲注25 『民法読解 総則編』12 - 13頁。

28 大村・前掲注25 『民法読解 総則編』20 - 21頁。

29 大村・前掲注25 『民法読解 総則編』21 - 22頁。

さらに、民法1条1項、2条は、「『個人と公共』の関係を実質化する役割を担っている」<sup>30</sup>とし、近代民法の基本原則である「自由平等」は、民法3条により宣言されており、権利の社会性についても、民法1条2項3項により示されているにもかかわらず、民法1条や2条は、「個人の価値と公共の価値についてさらに念押し」をすることにより、「形式的な自由・平等や限定的な権利の社会性・公共性を超えて、より望ましい形での自由・平等、権利の社会性・公共性を実質的・発展的に求めていくことが要請されているとみるべき」とされる<sup>31</sup>。

## (2) 「公共の福祉」から「公共空間」へ

大村教授は、民法1条について、「現行の民法典に小さな修正を加えた」、「仮私案1・小改正案」と「さらに立ち入って修正を進めた」、「仮私案2・大改正案」という改正案を提示されている<sup>32</sup>。

### 仮私案1・小改正案

#### 第1条

私権は公共福祉に適合しなければならない。

### 仮私案2・大改正案

#### 第1条 (権利の性質・法の解釈)

市民としての権利は、公共空間における一般的利益に適合する。

この法律は、個人としての尊厳と平等を旨として、解釈される。

この改正案では、「私権」と「公共の福祉」に代えて、「市民的権利」と「公共空間」という言葉が用いられており、「市民的権利」とは、「ある社会の一員（市民）であることによって有する権利である」とされ、「公共

30 大村・前掲注26 『民法0・1・2・3条』97頁。

31 大村・前掲注26 『民法0・1・2・3条』98頁。

32 大村・前掲注26 『民法0・1・2・3条』104頁。なお、改正案については、「考え方を示すもの」とであるとされている（大村・前掲注26 『民法0・1・2・3条』111頁）。

空間」は、「市民的権利」の範囲を画するものであるとされ、「つまり、『市民的権利』は市民社会を前提とした権利であり、また、『公共空間』は市民と独立に存在するわけではない」とされる<sup>33</sup>。そして、この条文案について、プライバシーを例として、「プライバシーの範囲をどこまでにするか」は、「外部（社会）に対して自分の内面を隠すことによって、自己の領分を確保する。他方、外部（社会）に対して自分を示して、様々な関係を結ぶ。」とし、「自分の領分の決め方は、『人』と『人』とが公共空間でどのような関係を結ぶかにかかって」いるとする<sup>34</sup>。ここでは、「人」と「人」との関係により、権利の範囲を画するということになると思われる。

そして、この「公共空間」のありかたは、「ひとりひとりの『人=市民』が考えるべきであり、議会は、「公共空間」を決める「一つの仕組みにすぎない」とされる<sup>35</sup>。

### 3) 市民的公共性

宗建明博士は、「公共の福祉」を公法上の「公共の福祉」と民法上の「公共の福祉」とに分け、公法上の「公共の福祉」が「国家の公共性問題に関わる」ものであり、民法上の「公共の福祉」は「民法上の調整対象としての市民に関わる公共性」であり、「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」とされる<sup>36</sup>。「私人間の利益関係」や「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」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を果たす」とし<sup>37</sup>、「民法に

---

33 大村・前掲注 26 『「民法 0・1・2・3 条」』 129 頁。

34 大村・前掲注 26 『「民法 0・1・2・3 条」』 130 頁。

35 大村・前掲注 26 『「民法 0・1・2・3 条」』 131 頁。

36 宗建明「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（5・完）」北大法学論集 53 巻 3 号（2002 年）37 頁。

37 宗・前掲注 36「日本民法における『公共の福祉』の再検討（5・完）」37 - 38 頁。

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<sup>38</sup>とされる。

「市民的公共性」の内容については、二つの類型に分け、「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」とし、「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」とされる<sup>39</sup>。

類型 Ⅰに属するものは、「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『有効利用』概念」であるとされる<sup>40</sup>。すなわち、権利濫用に関する戦前の判例の客観的判断基準は、「従来の双方の利益比較ほか、土地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』ことが甚だしいこと」であり、「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」ことから類型 Ⅰに属するとし、土地の「有効利用」概念については、その実質が「係争土地の発展への寄与であり、これは「個別的な借地関係を越えたもの」であり、「『公的介入』にもならず、公法上、行政上の施策でもない」ことから、類型 Ⅰに属するとされる<sup>41</sup>。

類型 Ⅱに属するものについては、まず、「特定の領域における特定多数の市民にかかわる市民的公共性」について、「公共性が特定地域の全員にかかわること」と定義され、その例として、「私道の通行権」に関する判決と「一般廃棄物排出禁止請求事件」に関する判決を挙げられる<sup>42</sup>。「私道の通行権」に関する判決については、「権利濫用の客観的基準は、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」ていることから、

38 宗・前掲注 36 「日本民法における『公共の福祉』の再検討（5・完）」38頁。

39 宗・前掲注 36 「日本民法における『公共の福祉』の再検討（5・完）」40 - 41頁。

40 宗・前掲注 36 「日本民法における『公共の福祉』の再検討（5・完）」43頁。

41 宗・前掲注 36 「日本民法における『公共の福祉』の再検討（5・完）」41頁。

42 宗・前掲注 36 「日本民法における『公共の福祉』の再検討（5・完）」43頁。

市民的公共性を有するとし、「一般廃棄物排出禁止請求事件」<sup>43</sup>については、「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、地域住民の公共性の確保である」とされる<sup>44</sup>。

なお、宗博士は、「これはあくまで、暫定的な試みにすぎない」とされ、「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」れず「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」とし、「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、民法上のより一般に妥当する理念を想定したものである」とされる<sup>45</sup>。

### iii 財産権に限定するもの

民法1条1項は、「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のと同時に、他面では個人を超えた公共的な福祉に従うべきものである、という最も基本的な理念を示すものであり、憲法29条2項（「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」）の規定を承けたものであるとする<sup>46</sup>。そして、私法の領域においては、個人の社会的活動の自由が尊重されなければならない、個人的利益の追求を法的に保障するために私法が存在するが、「個人的自由は絶対・無制約的なものではなく、その「最小限の制約として公共の福祉との調和が要求され、そこに本条1項の趣旨がある」とする<sup>47</sup>。

---

43 横浜地判平成8年9月27日判時1584号128頁。

44 宗・前掲注36「日本民法における『公共の福祉』の再検討（5・完）」44頁。

45 宗・前掲注36「日本民法における『公共の福祉』の再検討（5・完）」44-45頁。

46 谷口知平編『注釈民法（1）総則（1）』（有斐閣・1964年）53頁 [田中実]、谷口知平＝石田喜久夫『新版 注釈民法（1）総則（1）（改訂版）』（有斐閣・2002年）[田中実＝安永正昭] 60頁。

47 谷口編・前掲注46『注釈民法』64頁、谷口＝石田編・前掲注45『新版 注釈民法』69頁。

公共の福祉の内容については、「憲法をはじめ諸他の法律の場合と、ほとんど異なるところではない」が、「私法の領域においては、かなり消極的である」とする<sup>48</sup>。

判例において、公共の福祉が援用されたケース（大判昭和11年7月10日民集15巻1481頁、大判昭和13年10月26日民集17巻2057頁、最判昭和25年12月25日民集4巻12号625頁、最判昭和40年3月9日民集19巻2号233頁）によれば、「公共的な利益と目される発電事業、鉄道事業あるいは軍事のため等の施設の前に、いわば個人的な私的利益の譲歩・犠牲が強いられることになっている」とする<sup>49</sup>。

池田恒男教授は、「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』に領導されるべきかである」<sup>50</sup>とされる。そして、「民法1条1項は、その生い立ちに問題はあっても、『公共性＝市民社会』としての政治社会を貫く『公序（public order）』との関係性において理解を深めるべき課題に満ちている」とされる<sup>51</sup>。

原島重義博士は、「公共の福祉」に関する判例（大判昭和11年7月10日民集15巻1481頁、大判昭和13年10月26日民集17巻2057頁、最判昭和25年12月25日民集4巻12号625頁、最判昭和40年3月9日民集19巻2号233頁）は、「所有と所有との裸の対立であり、それ故にほんらい不法行為や物権的請求権に関する規範が妥当する領域である」が、「裁判所が、あえて所有秩序＝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、他方の所有を劣後するもの、とランキングをつけて民法規範

48 谷口編・前掲注46『注釈民法』65頁、谷口＝石田編・前掲注45『新版 注釈民法』69頁。

49 谷口＝石田編・前掲注46『新版 注釈民法』70 - 71頁。

50 池田恒男「日本民法の展開（1）民法典の改正 前三編（戦後改正による『私権』規定挿入）」広中俊雄＝星野英一編『日本民法典の百年 全般的観察』（有斐閣・1998年）109頁。

51 池田・前掲注50「日本民法の展開（1）」116頁。

の適用のかたちを借りた事実上の収用」をするものであり、「公共の福祉」は、「所有階層化の機能」を果たしているとされる<sup>52</sup>。

## 検討

### i 「公共の福祉」概念の必要性

「公共の福祉」に対して否定的な見解は、文言の漠然性から解釈の幅が広がりすぎること、そして、「公共」という文言から、「少数者の権利」や「個人の権利」が、「多数者の権利」や「国家的な利益」に劣後すると懸念するものであると思われる。確かに、「公共の福祉」という文言が漠然である点是否定できず、その適用を限定ないしは否定するという状況となることも理解できないではない。しかし、このような状況は、望ましいものではない。「国家的な利益」が「個人の利益」に優先しないというような解釈をすることにより対処すべきであると考ええる。

### ii 「公共の福祉」の内容

#### 1) 生活利益・競争利益に限定

「公共の福祉」の内容を生活利益・競争利益に限定するものに対しては、大村教授が指摘<sup>53</sup>されるように、「公共の福祉」は、生活利益・競争利益に限定するべきではないと考える。

この見解は、人格権としての身体の自由の制限、所有権の制限としての公用収用、そして、人格権としての名誉権については、「刑事法なり、行政法なり憲法なりの問題となる」としている<sup>54</sup>。確かに、犯罪を犯した者に対する身体の拘束（制限）が許されるかという点については、刑事法によると思われる。また、公用収用に関しても憲法や行政法の問題であると

---

52 原島重義『民法における『公共の福祉』概念』同『市民法の理論』（創文社・2011年・初出1968年）260頁。

53 大村・前掲注26『民法0・1・2・3条』97頁、同前掲注25『民法読解 総則編』12頁。

54 広中・前掲注19『民法綱要』136頁。

思われる。しかし、私人による私人に対する、人格権としての名誉権の侵害については、民法の問題であり、侵害されているとされる権利の外延を明確にする必要があると考えられる。もっとも、行政機関などによる人格権としての名誉権の侵害に関しては、憲法や行政法の問題となる可能性は否定できない。

広中博士は、「権利」を絶対権に限定し、市民社会には「社会構成員一般に 平均的に 一定の規範的行動様式を觀念させることによってその方向づけるものである」とする「基本的諸秩序」が成立する<sup>55</sup>とし、この秩序違反に対するサンクションとして各種の請求権（損害賠償請求権、不当利得返還請求権、差止請求権など）が発生するとされている。

この秩序には、「根幹秩序」として、「個別主体への財貨の帰属および帰属主体の意思に基づく財貨の移転という仕組み」である「財貨秩序」<sup>56</sup>、そして「個々の人間が人格的利益の帰属主体として扱われる仕組み」である「人格秩序」<sup>57</sup>が存在するとされる。財貨秩序は、財貨の帰属に関する秩序であり、「財貨の帰属が侵害されないことのなかに『秩序』が觀念される」、「財貨帰属秩序」、そして、財貨移転すなわち契約を通して行われる商品交換としての「財貨移転秩序」が存在し、財貨帰属秩序では財貨の帰属が侵害されると秩序違反となり、財貨移転秩序では給付がされない場合に秩序違反となるとされる<sup>58</sup>。人格秩序は、「人格的利益には、生命、身体、自由、名誉その他さまざまなものがあり」<sup>59</sup>、「その人格的利益が侵害されないこの中に『秩序』が觀念される」<sup>60</sup>とし、人格的利益の侵害が秩序違反となるとされる。

さらに、根幹秩序に対し「外郭秩序」が存在するとし、財貨秩序の外郭

55 広中・前掲注 19 『民法綱要』 2 頁。

56 広中・前掲注 19 『民法綱要』 3 - 4 頁

57 広中・前掲注 19 『民法綱要』 14 頁。

58 広中・前掲注 19 『民法綱要』 4 - 8 頁。

59 広中・前掲注 19 『民法綱要』 15 頁。

60 広中・前掲注 19 『民法綱要』 16 頁。

秩序として、「個別主体（個々の経済主体）にとって、財貨移転に関する競争が可能となっている経済環境からの利益の享受が問題となるのであり……帰属が問題となるのではない」<sup>61</sup>、「競争秩序」<sup>62</sup>が、そして、生命身体の侵害にまでは至らない生活環境を悪化させる行為により、「環境の共同享受によって享受しうべき生活上の利益を不当に害するものと評価される類型」のような人格秩序が問題とならないが、「環境の共同享受生活利益の享受という内容において正当なものとみる社会的意識」をもとにして「環境からの生活利益の享受の仕組み」である人格秩序の外郭秩序として「生活利益秩序」<sup>63</sup>が存在するとされる。

「権利」を絶対権に限定するのか、「利益」との関係をどのように捉えるのかという点については、議論が存するところ、広中博士は、権利を絶対権に限定し、秩序違反による救済を図るとされる。しかし、「公共の福祉」の内容が「競争利益法」そして「生活利益法」であり、人格権については、民法の問題ではないとしながら、「秩序」において、「人格秩序」が存するとし、名誉・身体の自由に対する侵害について、民法上の救済手段の適用を認めるとするのは、矛盾しているのではないだろうか。そして、「競争利益法」について「競争秩序」、「生活利益法」について「生活利益秩序」を対応させることが可能であると思われるが、これらについて、独占禁止法などの特別法、受忍限度論などの法理論によって、その役割が不要となっているとするのであれば、このような秩序概念も不要となっているのではないだろうか。

そして、この秩序論に対しては、「環境秩序や競争秩序にも例外があり、またその秩序も時代や場所により大きく変遷してきたように、『秩序』というものが一義的に決まるものではなく、多くの場合は不明確であることからすると、これを権利利益に代わる位置づけを与えることはそもそも可

---

61 広中・前掲注 19 『民法綱要』 9 頁。

62 広中・前掲注 19 『民法綱要』 8 - 12 頁。

63 広中・前掲注 19 『民法綱要』 15 頁。

能か。そのような状況で、あえて憲法 13 条の幸福追求の自由に対する『公共の福祉』を『公益』として格上げしようとする見解に近いといいうる立場を、むしろそれと正反対の議論をしようとしている論者が採用することはどう見たらよいのか。これが競争・環境以外の分野に拡張する可能性はないのか。『秩序』を主張することには、両刃の剣としての機能があることに注意しなくてよいのか<sup>64</sup>、「秩序」の内容や、その規範的な正当化や構成原理を積極的に提示していないことは、「支配権的な『権利』が認められないところで、個人は秩序によっていかなる理由からどのようなあつかいを受けることになるかわからず、不安定ないし危険な状態にさらされる可能性が残る<sup>65</sup>」との批判がなされている。これらの指摘からもわかるように、秩序を構成する原理・内容を明らかにしなければ、公共の福祉は、「『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・全体主義とは全く無縁のもの」である<sup>66</sup>としても、これまで「公共の福祉」概念に対して抱かれていた懸念（「少数者の権利」や「個人の権利」が、「多数者の権利」や「国家的な利益」に劣後する）がそのままではまるものと考えられる。

## 2) 「公共空間」とするもの

この見解については、民法 1 条 1 項の内容を明らかにし、その再構成をはかろうとする点については評価できる。しかし、「公共の福祉」を「公共空間」とするだけでは、内容の不明確性という問題は解決されていないように思われる。もっとも、この見解は、「『私権 = 公共』から『市民的権利 = 公共空間』へ<sup>67</sup>」とされているように、「市民的権利」との関係で理解

64 大塚直「環境訴訟と差止の法理 差止に関する環境共同利用権説・集団利益訴訟論・環境秩序説をめぐって」能見善久＝瀬川信久＝佐藤岩昭＝森田修編『平井宜雄先生古稀記念 民法学における法と政策』（有斐閣・2007年）731頁。

65 山本敬三・前掲注1「基本権の保護と不法行為法の役割」107頁。

66 広中・前掲注19『民法綱要』137頁。

67 大村・前掲注26『民法0・1・2・3条』129頁。

する必要があると考えられる。

「市民的権利」について、大村教授は、次のように条文案として提案されている<sup>68</sup>。

仮私案 2・大改正案

第 2 条 (市民的権利)

市民としての権利は次に掲げる権利及び自由からなる。

- 1 生命、身体、名誉、私生活その他人格に関する権利、家族に関する権利及び財産に関する権利
- 2 思想、信条、宗教、集会、結社、表現の自由

この「市民的権利」の中核にあるのは、「人格権」であるが、「財産権」も「市民的権利」に属するとされ、「財産権」も「新たに発見された公共空間における一般的利益（たとえば環境利益）のために、『財産権』の範囲が再設定されることもありうる」とされる<sup>69</sup>。そして、市民的自由（仮私案 2・大改正案 2 条 2 項 2 号）も「一般的利益との関係で、その限界を画される」とされ、「市民的権利」に含めるべきであるとされる<sup>70</sup>。

上記によると、この見解は、「市民的権利」にはどのような「権利」または「自由」が含まれ、その「市民的権利」または「市民的自由」は、「人」と「人」との関係で構成される「公共空間」により発見された「一般的利益」により、その範囲が画されるということになると考えられる。しかし、生命・身体、財産（特に所有権）、そして、家族に関する権利としての監護・養育権などのように、比較的権利の外延が明らかなもの、または、法律により明らかなものは、良いかもしれないが、「私生活その他人格に関する権利」、「家族に関する権利」の中でもその範囲が明確でないものについては、やはりその範囲を画する基準が必要となることになろう。

68 大村・前掲注 26 『「民法 0・1・2・3 条」』 104 - 105 頁。

69 大村・前掲注 26 『「民法 0・1・2・3 条」』 130 頁。

70 大村・前掲注 26 『「民法 0・1・2・3 条」』 130 - 131 頁。

そして、「公共空間」により発見された「一般的利益」によって、「市民的権利」・「市民的自由」は範囲の再設定や限界を画されることになるとするが、「公共空間」により、どのように（どのような基準により）、「一般的利益」が発見されるのかという点について明らかにすることも必要となろう。この点が明らかにならなければ、これまで「公共の福祉」概念に対して抱かれていた懸念（「少数者の権利」や「個人の権利」が、「多数者の権利」や「国家的な利益」に劣後する）を払拭することはできないのではないだろうか。すなわち、「公共の福祉」を単に「公共空間」に読み替えただにすぎず、その適用については、以前として漠然としたままということになっていると思われる。

### 3) 市民的公共性とするもの

この見解については、公法上の「公共の福祉」と民法上の「公共の福祉」を分けた上で、民法上の「公共の福祉」について検討するところ、民法が私人間の法律関係を規律する法律であることからすると、問題となるのは、個人対多数の私人との争いとなり、この問題について、民法1条1項に規定する「公共の福祉」が適用されると考えることも可能である。すなわち、ある者の行為が、多数者の権利を侵害する場合に、多数者の権利を可分のもの（個別の権利に分解できるもの）と解し、ある者の行為が、それぞれの個別の権利に対する侵害と解することができる。この点について、たとえば、消費者団体訴訟制度における保護法益についての議論（「消費者全体の利益」の理解）については、私益の集合体（個別に分解することができる）と考えず、公益と私益の中間とするもの（中間的利益説）<sup>71</sup>、特定の法主体（個人や団体さらには政府）に帰属するのではなく社会に拡散して

---

71 森田修「差止請求と民法 団体訴訟の実体的構成」総合研究開発機構 = 高橋宏志編『差止請求権の基本構造』商事法務研究会（2001年）121頁、鹿野菜穂子「消費者団体訴訟の立法的課題 団体訴権の内容を中心に」NBL 790号（2004年）59頁。

いる利益・権利で、個別に分解できないか、するべきではないとする拡散的利益とするもの（拡散的利益説）<sup>72</sup>、集团的利益の帰属主体を、「不特定かつ多数の消費者」であるとし、この「不特定かつ多数の消費者」を一つの集団として捉えるもの（公的利益に近い私益説）<sup>73</sup>などが存在するところ、私見では、ここで問題となっているのは、消費者個人の権利・利益の集合体（個別に分解することができるもの）であると考えらるべきである<sup>74</sup>。また、公益とされているものにおいても、私益の集合体と考えることができるものも多く存在すると思える<sup>75</sup>。もっとも、私見としては、私益の集合体と考えることができないものも存する（種の保存、文化財の保護）と考えている<sup>76</sup>。また、国防のための土地の購入などについても、同様に、私益の集合体と考えるべきではないかもしれない。このような場合には、収用により処理すべきなのかもしれない。

そうすると、集合体のもととなる個人の権利について、その範囲を確定する必要がある。そこで、その範囲を確定する概念が「公共の福祉」であるとしても、それが、「市民的公共性」という概念では曖昧といわざるを得ないと思われる。

- 
- 72 アントニオ・ジディ（三木浩一ほか訳）「ブラジルにおけるクラスアクション 大陸法諸国のためのモデル（4）」国際商事法務 34 卷 11 号（2006 年）1500 頁、三木浩一「多数当事者紛争の処理」ジュリスト 1317 号（2006 年）44 頁、三木浩一「訴訟法の観点から見た消費者団体訴訟制度」ジュリスト 1320 号（2006 年）61 頁、三木浩一「消費者利益の保護と集会的訴訟制度」現代消費者法 1 号（2008 年）90 頁。
- 73 千葉恵美子「消費者取引における情報力の格差と法規制 消費者法と市場秩序の相互関係に着目して」現代消費者法 12 号（2011 年）73 頁。
- 74 山里盛文「消費者団体訴訟制度による消費者個人の権利保護 「消費者全体の利益」の意味について考察を通して」法学ジャーナル 28 号（2012 年）147 - 174 頁。
- 75 山里盛文「公益と私益の関係について 公益通報者保護法の検討を通してのスケッチ」明治学院大学法科大学院ローレビュー 21 号（2014 年）114 - 124 頁、特に 120 - 123 頁参照。
- 76 山里・前掲注 74「公益と私益の関係について」123 頁。

#### 4) 財産権に限定するもの

財産権に限定するものについてであるが、確かに、憲法 29 条 2 項には、「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」と規定する。そして、民法には財産権について規定されている。しかし、民法は、私人間の法律関係を規律する法律として、財産権のみではなく、人格権についてもその保護が必要となり、保護されるべき人格権（人格的利益）についても、検討する必要がある。そうすると、人格権（人格的利益）についての外延を画する必要があるのであり、権利の外延を画するために「公共の福祉」の概念が必要となると考えるべきである。従って、「公共の福祉」概念を財産権に限定するべきではないと考える。

### iii 私見

#### 1) はじめに

私見としては、「公共の福祉」は、様々な原理で構成され、私権・権利の外延を画するものであると考える。ここで、明らかにしなければならない点は、以下のとおりである。まず、権利の外延を画するという点につき、「権利」について、どのように考えるか、という点について検討すべきである。そして、「公共の福祉」を構成する原理について検討する必要がある。

そこで、以下において、「権利」と「公共の福祉」について (2))、「公共の福祉」の内容、構成する原理について (3))、検討する。なお、これらの点については、詳細な検討が必要となるところ、以下での検討は、現段階での考えである点についてお断りをさせていただきたい。

#### 2) 「権利」と「公共の福祉」

民法における「権利」に関しては、山本敬三教授による詳細な研究が存在する<sup>77</sup>。そこでは、『自由』の保障を第 1 とし、『自由』に対する介入を

---

77 山本敬三・前掲注 1 「基本権の保護と不法行為法の役割」 77 - 140 頁、同・前

必要最小限にとどめるため、『権利』として保障されるものを限定する」とする「自由基底型権利論」、そして、「『権利』の保障を第1とし、『自由』はそうした『権利』を侵害しない限りで保障されるとみる立場」である「権利基底型権利論」とに分類される<sup>78</sup>。そして、「自由基底型権利論」は、「物の所有権や生命・身体への権利のように外延が明確な権利」である支配的権利<sup>79</sup>・絶対権に権利を限定する古典的権利論に代表され<sup>80</sup>、「権利基底型権利論」においては、「他の権利との相関において外延が画される権利」である相関的権利<sup>81</sup>を「権利」に含めることができるとされる<sup>82</sup>。

まず、以下の点について確認しておきたい。民法典において、権利についてどのように規定されているかという点についてみると、一定の「法律要件」を充足した後に「法律効果」として生じる「権利」、そして、「法律効果」としての「権利」を発生させる「法律要件」としての「権利」が存在している。例えば、民法709条をみると、「故意または過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う」と規定されている。この民法709条の規定には、「法律要件」を充足した後に「法律効果」として生じる「損害賠償請求権」、そして、「法律効果」としての「損害賠償請求権」を発生させるための「法律要件」としての「権利（又は法律上保護される利益）」が存在する。「法律効果」として生じる「権利」については、「法律要件」の充足

---

掲注1「不法行為法における『権利又は法律上保護される利益』の侵害要件の現状と立法的課題」97 - 116頁。

- 78 山本敬三・前掲注1「不法行為法における『権利又は法律上保護される利益』の侵害要件の現状と立法的課題」115頁。
- 79 山本敬三・前掲注1「基本権の保護と不法行為法の役割」95 - 97頁、同・前掲注1「不法行為法における『権利又は法律上保護される利益』の侵害要件の現状と立法的課題」98頁。
- 80 山本敬三・前掲注1「不法行為法における『権利又は法律上保護される利益』の侵害要件の現状と立法的課題」115頁。
- 81 山本敬三・前掲注1「不法行為法における『権利又は法律上保護される利益』の侵害要件の現状と立法的課題」98頁。
- 82 山本敬三・前掲注1「不法行為法における『権利又は法律上保護される利益』の侵害要件の現状と立法的課題」115頁。

により、その範囲が画されるものと考えられるところ、「法律要件」としての「権利」については、その範囲が明らかではないと考えられる。

そうすると、「法律要件」としての「権利」が侵害されているとするためには、「権利」の外延が明らかにならなければならないことになる。「権利」を支配的権利・絶対権に限定する場合については、「権利」の外延が明らかであるから、「権利」の範囲について検討の必要はない。これに対し、相関的権利については、「権利」の範囲は、他の権利との関係において権利の外延が明らかになるとするが、ある「権利」の範囲を明らかにするための、他の「権利」の外延はどのように明確にするのであろうかとの疑問が生じる。相関的権利は、「権利が侵害されたかどうかの確定が、同時に、他人（加害者）がなしうることの確定でもあり、故意・過失の判断と重なることから両者が融合して一元的に判断されることになりやすい」との指摘<sup>83</sup>も存するところ、ある行為の相当性判断として、行為者の「権利」の存在が前提となるのであれば（被害者の「権利」と行為者の「権利」との比較により、行為者の行為の相当性が判断されるのであれば）、行為者の「権利」の範囲の確定も必要となるのではないだろうか。行為者の「権利」が支配的権利・絶対権であれば、問題はないが、そうではない「権利」の場合、どのように「権利」の範囲を確定するかという問題が生じると思われる。

民法1条1項は、「私権は、公共の福祉に適合しなければならない。」と規定する。「私権」は、「公共の福祉に適合」ということは、「公共の福祉」という概念は、「権利」の範囲を画する概念となる。そうすると、「公共の福祉」という概念は、ここでの検討対象となっている、法律要件としての「権利」の範囲を画する概念として用いることができるものと考えられる。なお、法律効果としての「権利」については、その範囲は、法律要件の充足により定まることになるので、信義則（民法1条2

---

83 山本敬三・前掲注1「不法行為法における『権利又は法律上保護される利益』の侵害要件の現状と立法的課題」98頁。

項) および権利濫用の禁止 (民法1条3項) の問題となると考えられる。

また、権利論について、「個人の権利を保障することに他の社会的な目標の実現に優先する価値を認める立場」<sup>84</sup> であるとし、「そこでいう権利には『自由』が含まれる」<sup>85</sup> ともある。そうすると、「権利」について、「国家や他人から介入されない」ことを内容とする「自由権」としての側面があることを認めるならば、「権利」の範囲を画定することは、「権利」を制限することにもなる。そうすると、「公共の福祉」は、「権利」を制限する概念にもなる。

そうすると、これまで「公共の福祉」概念に対して抱かれていた懸念(「少数者の権利」や「個人の権利」が、「多数者の権利」や「国家的な利益」に劣後する)を払拭するためには、「公共の福祉」の内容、「公共の福祉」を構成する原理について明らかにする必要がある。

### 3) 「公共の福祉」の内容

「公共の福祉」の概念については、その漠然とした文言ゆえに解釈の幅が大きくなることから、「多数者の権利」または「国家の利益」と解釈され、「少数者の権利」や「個人の権利」が、「多数者の権利」または「国家の利益」に劣後すると考えられることもありえる。このような懸念から、民法1条1項についての議論がなされず、「1項は黙殺する」と考えられてきた<sup>86</sup>こと、そして、このような状況は、望ましいものではないこと、「国家的な利益」が「個人の利益」に優先しないというような解釈をすることにより対処すべきことは、先述のとおりである。このような懸念が生じないようにするためにも「公共の福祉」の内容を明らかにすべきである<sup>87</sup>と考える。

---

84 山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望 権利論の視点から」法学論叢 154巻4=5=6号(2004年)294頁。

85 山本敬三・前掲注1「不法行為における『権利又は法律上保護される利益』の侵害要件の現状と立法的課題」116頁。

86 大村・前掲注25『民法読解 総則編』22頁。

87 山里盛文「契約の解釈 契約責任における主観と客観」明治学院大学法科大

そこで、私見としては、この「公共の福祉」の概念については、さまざまな原理により構成されると考えている<sup>88</sup>。では、どのような原理により、または、どのような原理のみに、「権利」は、その範囲が画されることになるのであろうか。

「公共の福祉」を構成する原理について、私は、他者加害禁止原理<sup>89</sup>と平等原理<sup>90</sup>を挙げている（もっとも、これらについてもさらに検討が必要である）。ただし、この二つの原理のみにより「公共の福祉」は構成されているのではなく、「公共の福祉」を構成するものはほかにも存在すると考えている。この「公共の福祉」を構成する原理については、個人の尊厳を重視しつつ、多数者の利益を優先すべき場合があるとしても、それは、補充的に機能させるべきであると考えている。

おわりに

以上で、「権利」と「公共の福祉」の関係についての検討をひとまず、終えることとする。「権利」の範囲を画する概念として、「公共の福祉」概念を機能させるべきこと、そのために「公共の福祉」の内容として、さまざまな原理を明らかにすべきであると考えている。今後の課題としては、「公共の福祉」を構成する原理を明らかにすべきであり、そして、「権利」と「利益」の関係についても検討すべきである。

ここで、強調しておきたいことは、私見は、「権利」の範囲を画する概念として「公共の福祉」を用いるものであるが、決して、国家的利益や多数者権利を個人的利益や少数者の権利に優越させることを許容するものではない。個人的利益や少数者の権利を保護するためにも、「公共の福祉」

---

学院ローレビュー 23号 (2015年) 110頁。

88 山里盛文「消費者個人の差止請求 差止請求権の一般理論についての考察」法学ジャーナル 30号 (2014年) 49 - 50頁。

89 山里・前掲注 85「消費者個人の差止請求」48 - 50頁。

90 山里盛文「消費者概念について 私法上の平等原理に関する検討を通して」経営実務法研究 17号 (2015年) 7頁。

## 論 説

概念の内容を明らかにする必要があると考えるものである。

最後に、片桐善衛先生におかれましては、名城大学を定年退職されることとなり、お祝い申し上げますとともに、ご功績に心より感謝いたします。片桐先生とは、法政大学での研究会で一緒させていただく機会があり、多くを勉強させていただきました。この度は、このような機会をいただき、拙い論文であることをお詫びしつつ、心より感謝いたします。