

民法におけるいわゆる

『公共の福祉』理論について (完)

宮 川 澄

- 一 問題の提起
- 二 民法における『公共の福祉』の意味
- 三 いわゆる『公共の福祉』理論の成立の社会・経済的背景(以上前号)
- 四 いわゆる『公共の福祉』理論の展開(以下本号)
- 五 『公共の福祉』理論の科学的把握
- 六 むすび

四 いわゆる『公共の福祉』理論の展開

わたくしは、これまでいわゆる『公共の福祉』がどのような社会・経済的背景のもとに形成されるようになったのか、またそれがいったん形成された後どのように変移していったか、そして、こんにちでは、それはどのような意味をもつものとして、現実には機能しているかについて考察してきた。とくに、それを主軸として、たえまなく変化する社会・経済的諸条件との相互的な関連性において把握しようと努力してきた。すくなくとも、そのような主観的企図のもとに取扱ってきた。だが結果的にみて、それはまことに不十分なものであるようである。それはたんに問題の

提起に終ったようである。しかしこれまでの考察によって、『社会・経済的条件が、一般的意味において『公共の福祉』にたいする規制的側面をもつことの事実については、理解できたと思う。この項では、そうした理解の基礎にたつて、いま一步すすんで、つぎのことを理解することにした。それは、いったいこんにちの社会・経済的諸条件のもとでは、この『公共の福祉』のもつ真実の意味は、どういうものにならないのかということである。

ところが、『公共の福祉』の意味・内容は、『公共の福祉』理論によって理論的な支柱をえることになる。こうして『公共の福祉』理論を問題とせざるをえない。こんにちの資本主義社会は、だれでも知っているように階級社会である。そこでは階級関係が現存し、それが激烈な形態にまで発展している。こういう事態のもとでは、『公共の福祉』に理論的根拠を与えている、『公共の福祉』理論を科学的に把握しなければ、立法その他の国家権力を把握している、ブルジョアジーの利益に奉仕する意味において、『公共の福祉』の意味・内容を理解し、解釈するための法律的理論に落入ってしまうだろう。ことに、こんにち『公共の福祉』のもつ真実の姿はみうしなわれ、一般国民の生活にとつて否定的に作用している。階級的な利益のために、その意味・内容を確定し、解釈されているにもかかわらず、いわゆる『公共の福祉』理論の法理論的な支えによって、問題の焦点がみうしなわれている。それはかつての資本主義社会への歴史的な移行期において、素朴な形態であったが、『公共の福祉』理論が現実にも果した役割や、その法律的理念に支えられて、資本主義社会の革命的誕生に、重要な役割をなしたという事実によつて倍加されている。たしかに、かつての封建的生産関係にとつてかわる、新しい資本主義的生産関係への、歴史的移行期におけるとう時の『公共の利益』理論は、ブルジョアジーのもつ法律的イデオロギーに従つて形成されたものであった。しかしそのとう時に

おいては、この『公共の利益』理論に導かれた『公共の利益』は、封建的諸關係にたいする關係にとつての、慾意的な権力的作用を阻止することになったという意味において、なお歴史的には進歩の意味をもち、かつ實際にそういう社会的役割を現実に果したたのである。従つて、こんにちわれわれが、この『公共の福祉』の眞実の意味・内容を理解するためには、さらにつきの二つの点について、明確な區別をなしていなければならぬことがわかる。すなわち、第一に、民法における『公共の福祉』規定は、実定法としても市民法自体の、法律的理念となつてゐる資本主義的法律秩序のもつ、階級的性格を覆いかくすために、一般的条項 (General Klausel) として抽象化してしまつたための機能的側面をもつということである。第二は、実定法としての市民法が、『公共の福祉』規定を通じて、現実の民法關係にたいし、資本主義的法律秩序を實際に形成してゐるという規制の側面をもつということである。この二つの点を、つまり『公共の福祉』規定のもつ二つの側面について明確に區別しなければ、『公共の福祉』理論の把握の仕方に、幾多の混乱が生じ、結局のところ科学的に取扱ふことはできなくなつてしまふ。なぜならば、第一の機能的側面は、『公共の福祉』理論に裏づけられて、はじめて可能なものとなる。そして第二の規制の側面は、裁判所の判決などの國家的作用を通じて、民法關係にたいし直接に規制的作用を実現しうるからである。だから、これらの二つの作用は『公共の福祉』理論を、その結節点となしつゝ、相互に強固にからみあつてゐる。しかし第二の規制の側面、つまり、裁判所の判決などの國家的作用を通じてなされる民法關係にたいする直接の規範的作用が実現されなければ、結局はこんにちの資本主義的法律秩序は実現することはできないことはいふまでもない。こういうわけで、われわれが『公共の福祉』の眞実の意味・内容の究明をなすにあつては、この第二の点、つまり『公共の福祉』規定のもつ規制の側面に焦点を合わせつゝ、出発していかなければならない。そして、そこから第一の点、つまり『公共の福祉』

規定の機能的側面にたちかえり、なに故に『公共の福祉』規定が、実体的な民法關係にたいする規制的作用を裁判所の判決などを通じて実現しうるかを検討していかなければならない。そうすれば、こんにち市民法の法律理念的形式である一般的条項 (General Klausel) としての、『公共の福祉』が、なに故に人々の頭脳に誤って受け入れられているかの理解も可能となるであろう。

さて、この項では、『公共の福祉』理論が、歴史的な社会、経済的諸条件のもとに、具体的にどのように展開してきたかについて、考察しようとしている。もちろん、ここでは全体との関連において、展望的な素描をなすにすぎない。ことに資本主義社会が二〇世紀において独占資本主義にまで発展すると、民法学上では『個人の利益』と『公共の福祉』とが、調和のとれない異質的なものと主張されるようになってきた。こんにちでは一般的にそのように理解されているようである。こんにちの資本主義社会の現実においては、經驗的にいって、たしかにこの両者は、調和のとれない矛盾する性格があらわれているようである。こういう事態にぶつかることによって、人々は經驗的にそのことを確信するようになる。たとえば『公益は私益に優先する』 (Gemeinnutz geht vor Eigennutz) ということが、特定の歴史的時期における法律思想となって登場した。ことにナチ・ドイツのいわゆる全体主義のもとでは、国民協同体 (Volksgemeinschaft) という観念と結びついて、それは結局のところ各種の国家的統制の諸立法の指導的な法律理念となった。そして、それが一切の民法關係を、独占資本に隷属させるために規制したという事実を想い起すだけで、充分に理解できると思う。これまでの民法では、『個人的利益』 (Individual Interests) と『公共的利益』とのあいだには、このように対立しあった、矛盾するものとして存在するのだと理解されてきたのである。もちろん、この『公共の福祉』の具体的な意味・内容はいうまでもなく、これまでのふるい社会・経済的条件についての經驗的諸事

実によって、生みだされたものである。従って、もしも後者が変化し異ってくるならば、とう然に『公共の福祉』の意味・内容も変化せざるをえない。社会・経済的諸関係が変化すれば、それについて『公共の福祉』の意味・内容も必然的に変化しなければならぬ。なぜならば社会発展にもなつてうまれる、あたらしい要求と必要とにさからつて、もしもふるい法律的秩序を維持しようとするならば、それは新しい社会・経済的条件に適合した国民の利益にさからつて、それには適合しない特殊な利益を偽善的なやり方で維持することになつてしまふからである。このような法律的秩序を維持することは、もはや特殊な利益が支配的なものではなくなつてゐるのに、なおそれを支配的なものとして、適用させようとすることになるからである。それでは生産関係そのものの発展によつて、やがてほろびるように運命づけられてゐる法律的秩序を、強制することになつてしまふ。つまり、もつぱら特殊な利益だけを追求する特定の者の利益のために奉仕することになる。そうなれば、国家的権力作用を濫用し、少数者の利益のために暴力を用いてまでも、多数者の利益に優先させることになる。そのため、たえず現在の必要と衝突し、社会的危機を準備することになつてしまふだろう。しかも、この社会的危機は、政治的に解決することなしには解決しえないような、激烈な・爆発的なものに発展せしめざるをえないよう¹⁾になる。

資本主義社会における生産諸力の発展にもなつて、資本主義的生産はたえまなく変化し、従つて資本主義的生産関係も変化することになる。だから、この変化していく資本主義的生産関係にふさわしいものとして、資本主義的法律秩序も変化せざるをえない。資本主義的生産関係がいつでも同一の個所にとどまりえないという事實は、資本主義社会に生活している人々の人間関係の在り方を変化させていく。こうして資本主義社会における社会関係そのものの在り方をさしめすところの資本主義的法律秩序自体の内容をも、必然的に変質させることになる。もしも資本主義

的法律秩序の内容が不変なものであるならば、生産諸力のそれ以上の発展と矛盾するようになる。従って、民法自体のもつ生産諸力の発展にたいするおもな動因としての役割は失われ、反対にそれを阻止する力に転化する。だから資本主義的法律秩序のたえまない内容の変化を可能にする法律的手段としての、抽象的な一般の条項 (General Klausel) を利用し、そこに『公共の福祉』規定を導入するのである。従って、この『一般の条項』としての『公共の福祉』規定は、個々の・具体的な法律関係における適用において、とう然にブルジョアジーの利益を表現するものとして、その意味・内容が確定されることになる。そしてそうすることがあたかも合法的なものであるかのように、一般化するために法律思想の裏付けを必要とする。この場合、社会の支配的な物質的な力であるところの階級は、同時に支配的な精神的生産の諸手段を自由とすることができるのであるから、精神的生産の諸手段を欠いている人々の法律思想は、概してこの支配階級の法律思想に従属させられることになる。

既に述べたように、この『公共の福祉』は、資本主義的法律秩序の抽象的な・一般的な法律理念形式をなしている。それは資本主義社会における法律的イデオロギーを表現している。そのため、この『公共の福祉』規定自体の基底には、社会・経済的諸関係が存在している。そして法律理念形式としての『公共の福祉』をもちいつ、資本主義社会のそのときどきの経済的内容と要求とを充足することができるのである。それ故にこそ、それは現実的な契機となっている。こうして資本主義社会における法律的イデオロギーである『公共の福祉』は、すべての民法関係に資本主義的法律秩序を形成するという規制的作用を果しうることになる。²⁾ 従ってこの『公共の福祉』は、資本主義社会における支配的な物質的諸関係の観念的表現である。それは法律的イデオロギーとして表現されるところの支配的な物質的諸関係なのである。³⁾ 従って、まさに資本主義社会における特定の階級を支配的なものとする物質的諸関係の観念

的な表現以外の、従つて特定の階級のもつ支配的な法律思想以外のなものでもない。このばあい特定の階級を構成する個々人は、なによりもまずじぶん達のおかれてゐる条件に規制された意識をもち、思想するようになる。だから、じぶん達のもつ社会・経済的な諸条件に都合のよいように、人々の法律思想一般を支配していこうとする。そのため、法律的イデオログの頭脳を借りて、いわゆる『公共の福祉』理論によつて、法理論的に根拠づけようとし、できうる限りの努力を傾けているのはいうまでもないことである。こうして、いったいなにが『公共の福祉』であるかは、ブルジョアジーの利益がなんであるかによつて確定されることになる。もちろん、それはブルジョア的法律思想によつて導かれてくる、いわゆる『公共の福祉』理論を経由することによつて、はじめて人々の頭脳に押しつけられることになる。それと同時に、他方では資本主義国家機関、たとえば裁判所や行政機関などの手によつて、それぞれのもつ権限内で具体的に確定され、それが実行されているという事実を、人々が認識し、経験することによつて一段と強化されている。このように、資本主義国家自身の手にもとずいて、『公共の福祉』の意味・内容が、法律、政令、裁判所の判決などによつて確定され、実行されていることは、『公共の福祉』にたいするイデオロギー的強制が、あたかもそれ自体で独自のな真実の力をもつたものであるかのような幻覚を人々に与えることに役立つのに充分である。

(一) K. Marx: Assisenverhandlung Wegen Aufreizung zur Rebellion. Verhandelt zu Köln den8. Februar. 1849. (邦訳『マルヘン選集』四巻下々大月書店版一九五一年二月)三九一ページ〜三九二ページ)

(二) Стальберг, А. К. Путь Разрешения Советской Правовой Миссии. Издательство Коммунистической Академии. Москва. 1928. (山之内一郎訳サウェト法思想の発展過程々大畑書店、一九三三年四月)九三ページ)

(三) この点でついでに K. Marx や F. Engels はこのように述べてゐる。すなわち『支配的思想とは、支配的な物質的諸関

係の観念的な表現、すなわち思想としてとらえられた支配的な物質的諸関係以外のなものでもなく、したがって、まさに一個の階級を支配的なものにするところの諸関係の観念的な表現、したがってこの階級の支配の諸思想以外のものでもなく』(Deutsche Ideologie, 1848, 邦訳『マルヘン』選集一巻上へ大月書店版 一九五〇年四月頁五一ページ)

こうして、いわゆる『公共の福祉』理論によって、法理論的根拠づけをなすことによって、『公共の福祉』は普遍的な・統一的な資本主義的法律秩序の存在を、証明しうるかのような確信がなされるようになる。なぜならば、科学的な、法理論にもとづく理論づけがなければ、人々はなつとくすることもなく、従って、歴大な体系をもつ民法はたちどころに足元から崩壊してしまうからである。法理論的な支えがなければ、たとえ一時的にでも、資本主義的法律秩序の普遍的な・統一的な存在を主張することができて、それはつかのまのことであり、けつきよくは幾多の疑問を生ぜしめることになってしまう。かくして法理論的な統一性や自己完結性を自己目的となしている『概念法学』的方法をもちいるならば、とう然なこととして、その基礎に横たわる資本主義的法律秩序や法律的意識の無媒介的・一体性を主張しなければならぬ。そのためには資本主義社会の真実の姿を覆いかくし、抽象的な社会一般に還元せざるをえない。そうして階級関係のまったく存在しない、階級の対立と矛盾とがまったく存在していないことを前提となしつつ、法理論を展開せざるをえないのである。これが『概念法学』の特色である。それゆえに、『概念法学』が目標となしている法理論的統一性は、資本主義的法律秩序のもつ一体性、従って、また資本主義社会の体制的矛盾を激化させることなく、すくなくとも外見的に、それが一体制をたもつたものとして、より安固なものとさせることができるほど、その意味をもちうることになる。だから、それが安固なものであればあるほど、それだけ『概念法学』の方法論的限界性も矛盾を露呈しないですむことができる。⁴⁾

いわゆる『公共の福祉』理論にたいす科学的把握の必要性が認識されうようになったのは、まさに資本主義が独占資本主義の段階に発展し、その安固さが崩れはじめたからである。問題はそこからはいま。この安固さは、これまで資本主義的法律秩序のわくにしめつけられていたところの、広汎な人々が、じぶん達の法律秩序を自覚しはじめようになつたため崩れだした。このことは、資本主義の全般的危機を社会的背景として、これまでの近代法体系のなかに、新たに『社会法体系』が組立てられてはじめるようになったことでも、理解できると思う。だから広汎な人々を、これまで通りの資本主義的法律秩序のもとにしばらくしておくことができぬようになったところから崩れはじめたのである。従つて、こんにちブルジョアジーが、いわゆる『公共の福祉』理論にたいして要求しているものは、『公共の福祉』規定の客観的意味・内容についての説明でもなく、またそれを科学的に説明しようとするものでもない。それはさまざま方法をもちいて、こんにちの資本主義的法律秩序そのものを正当化し、資本主義的法律秩序に内在する諸矛盾を覆いかくすために、たんに法論理的な構成をなしていこうとしているにすぎない⁶⁾。ところが資本主義社会においても、生産諸力はたえまなく増大していく。だから資本主義的経済体制のうちには、たえず構造的諸変化が生みだされている。たとえば資本主義がまだ若かった・独占資本主義以前の産業資本主義のもとでは、自由競争は資本主義そのものの発展に役立つものであった。そのため、とう時『自由放任』(Laissez-faire)という思想とともに、普遍的なものとして行われていた。ところが独占資本主義の段階となると、いままでの自由競争は失われてしまい、独占的支配が、それにとりかえられる。こうして資本主義的生産関係の土台のない手であるブルジョアジーの考え方にも、とう然にある変化が生ずることになる。こうして独占資本主義以前の・産業資本主義の時期においては、ブルジョア・法イデオログは、もっぱら市民法とその資本主義的法律秩序のもっている階級的な性格を、

超階級的なそれであるとして、性格づけるために努力を傾けていた。これがとう時の、ブルジョア・法イデオログの主目標をなしていた。そのためにはどうしても『概念法学』として法律的思考形式を發展させざるをえず、市民法そのものを、それが発生する基盤たる社会・経済的条件から切り離して考察するという、形而上学的な法律的思考形式を採用してきたのである。だから『公共の福祉』の意味・内容は、形式的・独断的に解釈されてきたのである。

一九世紀末より二〇世紀の初頭にかけて、資本主義社会における諸矛盾は、一般的に増大した。これと関連して、資本主義社会の内部にもっとも顕著な社会的変化が生じた。これまでの自由競争にもとづく経済的關係に代って、独占と金融資本との支配とが成立することになった。こうして資本主義的生産の一般的機構における個別的な産業資本に代って、シンジケート、トラント、コンツェルンなどの資本主義的統一が現われた。こうして資本は、少数の独占資本家の手中の集積・集中されることになった。このような事態のもとでは、資本は社会生活のすべての過程を支配する唯一の力と化したのである。しかしながら、資本主義的機構におけるこのような変遷とその發展が、独占資本主義に移行しても、独占資本相互のあいだの矛盾は消滅せず、それどころか激しい競争は止揚されず、最大限の資本主義的利潤の獲得のために、一連のさらに大きな矛盾が追加されることになった。そのため、ブルジョア・法イデオログは、これらの諸過程について、法理論的基礎づけをなすのに忙殺され、法律の見解が分岐していくことになった。⁸⁾ ことに一九一七年のソヴェト革命によって、これまで存在していた単一の資本主義的市場は分割された。従って、それだけ狭ばまった資本主義的市場の内部では、激的な資本主義競争をなさざるをえなくなった。こういう資本主義の全般的危機のもとでは、これまでのブルジョア的法律学のまゝに、これまでの課題と同時に、さらに新らたな

別の課題が加えられることになった。すなわち、独占資本主義のもとでは、もはや適合しなくなったところの、資本主義的民主主義にもとづく諸原則の拒否の合法性にたいする幻想をあたえるために、思想的根拠づけをなす必要が生れた。そのことよって、新しい段階においては充分に機能を發揮しえない市民法が、直接に独占資本の基本的な経済的要求に順応させる過程を実現させるという課題が生じたのである。こうして、こんにちのブルジョア的ないろいろの法律学説（法理論）は、これまでそれが従っていた法律思想の伝統的思想の基礎にたちつつ、たえず新しい法律学的な基礎づけと、その正当化を必要とするような、新しい政治的現象にぶつかっている。だから、ブルジョア的法律学説（法理論）のまえには、つねに新しい意識・形態をさがし求め、ふるい意識形態を現代化していかなければならないという問題が存在している。事実において現代のブルジョア的法律思想は、細部においては種々の異った法律理論的構造をとりつつ、自己の見解を主張しているのである。従って独占資本主義のもとでは、かつての『公共の福祉』のなかに表現されていたような進歩的特徴は消失してしまっている。この『公共の福祉』自体は、いわゆる『公共の福祉』理論に擁護されて、一切の民法関係を、資本主義的生産関係の一層の強化を確保するのにかんたものとなすという役割に、変質させられている。それは『公共の福祉』が、資本主義的土台を強化するための役割をはたしているという意味である。

(四) 宮川澄 民法学についての一考察（立教経済学研究九卷二号 一九五六年一月）一六〇ページ

(五) 渡辺洋三 天皇制法体系と法学イデオロギー（思想 No. 386 一九五六年八月）三六ページ

(六) この点について V. И. Ленин は『マルクス主義の三つの源泉と三つの構成部分』のなかで、つぎのように指摘している。

すなわち『これ以外の態度を期待しようもないのである。なぜなら階級闘争のうえにきずかれてはいる社会に「公平無私」の社会科学などはありませんからである』（村田訳 マルクス・エンゲルス・マルクス主義第一分冊〈国民文庫版 一九五三年四月〉

1011(2-1)20.

- (17) Rudolf Hilferding: Das Finanzkapital. Eine Studie über die jüngste Entwicklung des Kapitalismus (Wiener Volksbuchhandlung, 1910. (林要訳 金融資本論第一分冊 国民文庫版 一九五五年四月) 二八四ページ)
- (18) Оральевич, А. К. Путь Развития советской Правной мысли. Издательство Коммунистической Академии, Москва, 1928. (山之内一郎訳 サヴェト法思想の発展過程 大畑書店 一九三三年四月) 三三三ページ)
- (19) Грязе Изучать И Критиковать Вульгарную Юрицирпацию Советское Государство И Право, No.4, 1956. С.7. (ブルジョア法学の研究と批判 ソヴェト国家と法 一九五六年四月) ソヴェト法学二巻一号 一九五六年二月) (七ページ)
- (20) Буржюа法学の研究と批判 ソヴェト国家と法 一九五六年四月) ソヴェト法学二巻一号) 一九五六年二月) (五ページ)

これらの実例は、『公共の福祉』理論の形成が、資本主義社会への歴史的移行期における物質的生活の、その機に熟した諸要求にもとずいて生じたということ、だが『公共の福祉』理論の形成におけるこの進歩的意味は、ただそれだけの理由で、こんにちまで引きつづいていると考えることは正しくないことを教えている。つまり『公共の福祉』理論がひとたび出現した後は、それ自身は、社会の物質的生活の発展の当面している諸課題の解決のために、どうしてもなくてはならない強力な力となって、否定的に作用しはじめ、こんにちのようないわゆる『公共の福祉』理論と違って展開していることを理解させる。こういう点についての理解は、ことに労働法体系においては、いわゆる『公共の福祉』理論を、市民法体系に転換するための法律的手段の中核として、利用しようとしていることで理解できる。すなわち、『公共の福祉』を日本国憲法のもっている規範的構造上の地位から切りはなし、それをブルジョア的に都合のよい特殊な規範的性格をもつものとして主張する。そして逆に日本国憲法の規範的構造を、反動的な基調におきかえ、再編成しようとしている。こういう観点からすれば、『公共の福祉』はいうまでもなく、ブルジョアの利

益そのものの維持と擁護ということになり、しかもそれを国民全体の利益と同列的な意味において、觀念化することになる。¹¹⁾すでに述べたように『私権ハ公共ノ福祉に遵フ』(民法一項)という、日本民法の表現している文章的形式による規定の内容は、いうまでもなくこんにちの私権自体のもつ、本質的な性格ないし要請を指示するものである。だから『公共の福祉』規定そのものを、いくら抽象的な論理的操作をもちいて、形而上学的に究明してみても、そこからは客観の意味において、個々の私権のもつ現実的な内容は導きだされない。

これまでの叙述によって解ることであるが、『公共の福祉』は一般的にいつて、民法が他の個所の条文において規定している『公ノ秩序』・『善良ノ風俗』(九〇条・九二条)などという表現形式と同じように、それは『一般的条項』(General Klausel)をなしている。従つて、その意味・内容も、ほぼ同一であるといひうる。それは資本主義社会における人々の社会生活の在り方を示す、市民法自体のもつ理念的形式なのである。¹²⁾ところがこれまで市民社会そのものは、啓蒙期の自然法思想によつて、個々人から構成される社会的な有機的構成体と考えられてきた。この自然法思想を背景としつつ、資本主義社会のすべての構成員(市民)の個人的尊厳性は確保され、その社会生活上の利益が平等に保護されるのだとされていた。そのことによつて、資本主義社会の自由な商品交換は可能となり、従つて資本主義的発展は可能となると考えたのである。そこに『公共の利益』は存在することになった。だから、そのとう時において理解されていた『公共の利益』は、私権の否定のうえではなく、すべての個人の本来の利益が尊重されるような法律の秩序を確保するために、そのような法律の秩序を乱す一部の私権の内容ならびにその行使を、制約するものとされていた。『公ノ秩序』・『善良ノ風俗』は、そのことを意味する法律的な表現形式であった。この『公共の利益』は、すでに述べたように二〇世紀になつて、『公共の福祉』(Public Welfare)という法律的な表現形式によつて、

補強されることになった。従って『公共の福祉』は、あくまでも市民法を貫徹している個人の尊厳性と平等性を否定するものであってはならない。『公共の福祉』は、かえって個人の尊厳性と平等性を、実質的に確保するための原理として、登場していることになる。だから『公共の福祉』そのものもつ具体的な意味・内容の確定にあたっては、そのときどきの社会・経済的条件と結びつけつつ、上記のような視角から把握しなければならぬわけである。こういう見地に立っていえば、『公共の福祉』の把握のためには、つぎのようなこんにちの社会・経済的諸条件を理解していなければならない。すなわち第二次世界戦争後、東ヨーロッパの人民民主主義諸国や中華人民共和国の成立、そして諸植民地などの独立などを一般的背景として成立した資本主義の全般的危機の第二段階のこんにちでは、社会主義的勢力の増大によって、相対的に資本主義勢力の範囲が縮小していることである。こうして資本主義市場はそれだけ狭ばめられている。このことによって、資本主義の内的諸矛盾・主要な帝国主義諸国それ自身のあいだの矛盾は、極度にはげしくなっている。それと同時に、これら諸国と植民地・従属国とのあいだの矛盾も激化していることを特徴としている。こうして、資本主義の基本的矛盾や、さらに生産と市場とのあいだの矛盾やその他すべての矛盾が、異常にはげしくなったことは、全体としての帝国主義の侵略的傾向をつよめていることである。¹⁴⁾もしもわれわれが、この点についての理解をなしていなければ、資本主義社会における諸矛盾を調整するという主張のもとに、人々のなす正当な権利行使までも、『権利の濫用』として印象づけ、それによって最大限の資本主義的利潤を追求するために、なに故にいわゆる『公共の福祉』理論がもちいられているかという事実の認識に欠けると思う。ブルジョア的ないわゆる『公共の福祉』理論によって主張されている『公共の福祉』の内容は、いつの場合でも、資本主義的法律秩序を意味していることはいうまでもない。それは民法関係そのものの許された範囲を示す一般的基準とし

て主張されている。従って、一般の国民にとっては、民法關係の在り方の基準となつてゐるこの『公共の福祉』という抽象的概念を、どのように把握するかが重要な意味をもつてゐる。¹⁵⁾

このばあい抽象的な一般的条項としての、この『公共の福祉』の内容は、もちろん裁判所を通過し、判決によつて具体的に・確定的に示されることになる。そして裁判所が判決によつて特殊・具体的な民法關係（法律事件）にたいして『公共の福祉』を適用するばあいには、一般国民の現実的な社会生活關係が、それによつてどのように規制されてしまふかには、すこしも考慮を払わない。裁判所がなよりも全力をあげてつくすことは、いかにこんにちの資本主義的法律秩序を守りとうすかということである。それは裁判所が、現行法規の正しく行なわれていることを保障する、実践的使命になつてゐるからである。もちろん裁判所は、一般国民の権利を、その侵害から守つてくれる。しかしそれと同時に、同じ努力をもつて、財産権やその他の権利を、資本のために有利に守つてくれる。しかも、裁判所の判決の基準となるものは、いうまでもなく現行法規そのものである。従つて、現行法規として位置づけられてゐる、この『公共の福祉』の意味いかんによつては、結果的に異つたものとなることはいうまでもない。しかもこのことは、資本主義社会が基本的な階級關係、つまりブルジョアジーとプロレタリアートという、社会的にも經濟的にも利害關係の相反する、二つの階級によつて構成されてゐるという事実によつて、倍加されてくる。そこでは『公共の福祉』は、けつして資本主義社会のなかで生活してゐる諸階層の統一ある法律の秩序としては存在しえないし、成り立ちえないという事実においてである。しかもこんにちのような資本主義の全般的危機（第二段階）のもとでは、ますます尠大な独占資本のあいだの矛盾は、いっそう激烈なものとなり、資本主義社会は不可避的にこうした決定的変化によつて影響をうけざるをえない。従つて、これまでの市民法を貫徹してゐた諸原理は、これらの事情の

もとに、独占資本自体の手によって侵害されることになってしまふ。こうした諸傾向は、こんにちますます明白なものとなつてゐる。だからいわゆる『公共の福祉』理論は、こうした独占資本の利益に奉仕するために、支配的な法律イデオロギーが、『公共の福祉』の内容の確定にたいして重要な役割をはたすという事実によって、ますます現実の社会関係と遊離したものととして、発展せざるをえない。いわゆる『公共の福祉』理論の展開してきた理由は、まさにこのためであつた。もしも『公共の福祉』理論がこのように展開しなければ、支配的な法律イデオロギーは、人々の社会関係に大きな影響を与えることはできないであらう。従つて、いわゆる『公共の福祉』理論の展開によつて、たえず発展していく人々の社会関係に、資本主義的法律秩序を形成するという、社会的役割がなしとげられたのである。

(一一) こういう観点にたつて、沼田稻次郎教授(都立大学)は、基幹産業におけるゼネ・ストを『公共の福祉』によつて、禁止しようとするれば、すくなくとも一般民衆のもつ規範意識と抵触することになるから、ゼネ・ストが国民経済の阻害、すなわち、『公共の福祉』の阻害となるという論理的操作によつてゼネ・スト禁止の合法性を根拠づけようとすることを述べ、これが『電気事業及び石炭鉱業における争議行為の方法の規制に関する法律』(昭和二八年)に端的に示されてゐるとされている(労働法領域における法解釈の対立へ日本法学の課題と展望 一九五五年一月▽三七ページ)

(一二) この点について末川博教授(立命館大学)は、公序良俗が法全体の根底を貫ぬいてゐる理念形式であると述べられ、つぎのように説明されてゐる。『公序良俗自体は、条理といふ文化規範といふ正義といふのと等しく、直ちに内容を顕現することのない理念たる形式にすぎない。いいかえれば公序良俗そのものは予定された内容を有してゐないのである。若しその内容が予定されてゐるならばそれは法全体に通ずる理念としてあらゆる法的なものに隔々まで滲透することはできぬ筈である。そこで、公序良俗が具体的に個々の生活現象についての評価標準とせられるには、それに実証的な内容が盛られることを要する。そしてその実証的な内容はその時その社会において経験的に与えられるものであるから、時が移り社会事情が動くに伴つ

てその内容も亦必然に変化せざるを得ない。即ちそれは多分に歴史的的性格を帯有せざるをえないのである(末川博 所
有権・契約その他の研究(岩波書店 昭和一四年一月)三二八ページ〜三二九ページ)と。

(一三) 中川善之助 法律学演習講座 民法(上)(青林書院 一九五四年二月)一四ページ

(一四) R・グーテルムート 現在のドイツ帝國主義の若干の問題(豊田四郎編 西ドイツにおける帝國主義の復活(新興出版
社 一九五七年一月)二一一ページ)

(一五) 宮川澄 民法講義(総論)(青木書店 一九五六年一月)一八二ページ〜一八三ページ

一九四五年(昭和二〇年)八月の敗戦によって、『ポツダム宣言』を受諾するまでの日本の社会においては、労働者
や農民などの広汎な層の国民の現実的生活は、市民法からすらも外されている状態であるといえる事態であった。こ
れは日本資本主義の特殊的性格にもとずいているといえる。それは日本資本主義の後進性のゆえに、国際的競争に
参加していくためには、これまで強く残存してきた封建的諸関係をも、自己に有利に利用せざるをえなかったとい
事情にもとずいている。だから、これらの者は、いわば法律外的・封建的な諸規制のもとに放任され、低賃金を実現
する結果となっていた。これがいままでの日本における市民法関係の現実(事実)であった。だからそこでは、近代
的な市民法のように然に予定している権利や義務などの民法的觀念は、十分に成熟する余地がなかった。従って、『公共
の福祉』(Public Welfare)という法律的概念が形成され、開花することはできなかった。日本国憲法(昭和二二・一一・三)
の制定は、『ポツダム宣言』の諸要求を表現する可能性を、それだけ強化した。そうした努力は、もちろんまったく
不十分にしかなされていないが、とにかくこれまで日本の社会に芽生えることの困難であった社会関係における権利
||義務関係についての、法律的意识の形成と、その十分な展開とが、期待されることになった。しかし不幸なこと
に、資本主義の全般的危機(第二段階)におかれていたという事実にもとずいて、ブルジョアジーは市民法を自から

の手によって解体させ、排除させる必要性をもつような状態にたたされていた。そのため、外部的な力によって、民法のもつ民主主義的合法性を否定するために、まずもって『公共の福祉』の意味・内容を、自己に都合のよいように変質させていこうとした。こうして日本におけるいわゆる『公共の福祉』理論は、その発生の歴史的基盤からは切り離され、すでに展開しおえたところの『公共の福祉』理論を機械的に導入せざるをえなかった。こういう点で、いわゆる『公共の福祉』理論は、そのもつ歴史の意味をとびこえて、反科学的性格が強くあらわれざるをえなかったという特徴をもっている。こんにちの人々の社会関係は、権利⇌義務関係として法理論的に構成されている。これが民法のとる立場である。そうして権利と義務とは、相互に矛盾しつつ均衡しあっている。そして、この均衡の上にたつて、人々の社会生活は調和することになり、そこに資本主義的法律秩序が維持されている。こうして法律的に観念化され、抽象的に概念づけられている権利⇌義務関係のあいだでは、すこしも価値判断の根本的対立を生じる余地がない。だから、資本主義的法律秩序の一体性を安固なものとして保持できるわけである。ところが『公共の福祉』の意味・内容が、恣意的に確定されるものであれば、それ自体はもはや客観性をもったものとはいえなくなる。そのため個々の民法関係にたいして、純粹の意味での権利⇌義務関係を、展開させなければならないはずの、『公共の福祉』理論は、本来的な機能を充分にはたしえない。このことは他の面から把握すれば、一般の民衆そのものが、国家的法律秩序（市民法的秩序）の平面には、登場することができないことを意味している。それでは個々の民法関係に、資本主義的法律秩序を樹立しようとしている、この『公共の福祉』は、現実と背離してしまふであらう。

五 『公共の福祉』理論の科学的把握

これまで民法にいわゆる『公共の福祉』理論について、いろいろの角度から理解を進めてきた。ここで、これらの分析と理解とを基礎にして、つぎの諸点を理解することができたと思う。すなわち、これまでの日本のように、近代的市民法意識が、つまり個人の尊厳性という一般的理念が充分に開花することのなかったところでは、この『公共の福祉』という言葉だけの印象にたよって、それを理解してしまうという傾向が、根強く残存している。だから『公共の福祉』のもつ歴史性について理解しようとはしない。これはブルジョアの民主主義にたいするほのかな願望が、なお充分に経験しえないが故に、人々の心を把えていたためである。しかし、『公共の福祉』自体のもつ意味・内容は、そうした人々の主観的な願望とはかかわりなく、いつでもそのときどきの現実的な経済的諸関係によって具体的に確定されている。それ故に、それらにたいする科学的分析と考察をなすという方法にたよらなければならないことが、理解されざるをえない。これが第一の点である。この点について、いますこしくわしく取扱ってみたい。とくにこの項で問題としたいと考えている事項は、主として『公共の福祉』理論をどのような見地にたつて把握するならば、『公共の福祉』理論自体をほんとうに科学に帰するものにならざるかという点についての反省である。であるから、いま述べたことをここで説明することは、なによりもまず『公共の福祉』理論が、科学的方法に従ったものでなければならないとする、わたくし自身の課題の展開に役立つからである。なぜならば、そのことなしには『公共の福祉』を客観的に把握できないし、その確定された意味・内容が妥当性をもつものとして、かつ私法関係の正しい在り方として、社会的に強制しうるということができないと考えるからである。

『公共の福祉』はいうまでもなく、『公共の福祉』理論によって、法理論的に根拠づけられ支えられている。この根拠づけによつてはじめて、資本主義社会における法律理念として、資本主義的法律秩序の一般の条項として位置づ

けられることになる。従つて、この『公共の福祉』理論の一般的基础として、いうまでもなく市民法自体をどのように考えるかの、法律理念がよこたわつてゐる。これまでの法律学は、市民法自体を貫ぬいてゐる法律理念を、そのおかれてゐるそのときどきの社会・経済的諸条件からは、まったく切りはなされたものとして抽象化する、いわゆる『概念法学』的方法を中核として、形成されてきたのである。従つて、ここではどうしても『公共の福祉』理論は形而上学的に、これまで民法がその条文のなかで用いてきた『公ノ秩序』や『善良ノ風俗』が一般的にそうであつた意味において、個々の私法關係に資本主義的法律秩序を実現するための、『一般的条項』として恣意的に解されることになった。『一般的条項』(General Klausel)は、規定自体としてはまったく空虚なものである。であるから、社会の歴史的発展についての法則性になつたものとして、民法關係が展開してゐるかどうかという観点からではなく、たんに個々の民法關係が、この『公共の福祉』に反するか否かが確定されている。かういふ『公共の福祉』の認識や確定、つまり恣意的な理解から解放される必要がある。それならばなにによつて認識すればよいのか。そこに科学的意味での『公共の福祉』理論にたいする方法が問題となつてくる。

そういう意味で、その方法についてわたくし自身の考えをとりまとめてみたい。もちろんわたくしは、『公共の福祉』を問題とするには、まず『公共の福祉』が現行の民法法規自体のもつ全体的意味を通観したうえで、どのような地位と比重をもつかを、はっきり理解しなければならぬと思つてゐる。それによつて、現在の民法のなかで『公共の福祉』がなにを意味するかを考察する場合の、一つの視点をみつけたことができるからである。つきに個々の民法法規とのからみあいのもとで、法論的操作のたすけを借りて、究明することが必要であると考へてゐる。それは、このことによつてこんにちの民法の背後にながれてゐる法律思想を通じて、『公共の福祉』規定のもつ一般的意

味を理解できると思うからである。これらの考察の全体は、こんにちの民法關係にたいし『公共の福祉』規定の位置づけを可能なものとなす²⁾。これまでのいわゆる『公共の福祉』理論は、以上の点についての理解をなしていたのもちろんである。これなしには、いわゆる『公共の福祉』理論は、人々に受け入れられなかつたろう。それにもかかわらず『公共の福祉』規定を、現実の社会・経済的諸条件としつかり結びつけることによって、理解しようとはしなかつた。こういうように、たんに『公共の福祉』規定を、論理的抽象化の方法によって捨象した形態において、把握したという欠陥を指摘せざるをえない。このことがどんなに『公共の福祉』規定を、現存の法律秩序を維持するために、恣意的に利用させることになつたかを、指摘せざるをえない。しかも人々の法律意識において、あたかも合法的なものであるという幻覚をあたえるための法理論的根拠として、いわゆる『公共の福祉』理論が役立つたかを、指摘せざるをえない。こういうようにわれわれは、いわゆる『公共の福祉』理論のもつ欠陥のみに目をうばわれることなく、すぐれた点についても素直に認める必要がある。そうすれば、なに故にいわゆる『公共の福祉』理論においては、個人の権利や自由よりも、より高次の原理としての存在を、『公共の福祉』規定自体に主張することができるかの理由をも、理解できると思う。そうしてその結果はいうまでもなく、この『公共の福祉』という一般的な基準が、民法上のいろいろの権利を、ただ独占資本の利益に従つて、ほいほいままに制限することになるかを、理解できるわけである。そして資本主義の諸矛盾が激化し、階級闘争が深刻化していればいるほど、いわゆる『公共の福祉』理論はますます抽象化し、そのことが科学からの背離を強めていくことになってしまうことも理解できる。ブルジョアジーにとっては、現存の資本主義的法律秩序の維持は、何物にも勝る絶対至上の要請となつてゐる。従つて、『公共の福祉』の意味・内容を抽象的な概念規定によつて一般化しうるならば、その理論は支配的な理論としての地位が保

証されるであろう。しかしそうした法理論的構成をとれば、事実によって現実とのあいだには矛盾することが示されてくる。そうなればその法理論的構成そのものについて、いろいろの批判がなされることになる。それが、『公共の福祉』理論を科学的考察によって、おき変えざるをえない根拠なのである。

こんにちには、まさにこのような事態であるといえる。これは一九四五年（昭和二十年）八月の敗戦以後、科学としての法学を成長せしめうるような条件をもつことができた日本法学の、こんにちまでの諸成果によって支えられていると思う。戦後の日本法学は、科学的立場にたつて、すべての法律的問題を解明しようと努力しているからである。だからもしも科学的な方法にたよらなければ、実践において独占資本の利益に奉仕し、理論においては科学的でない諸概念にたよっていることを、自から認めざるをえないからである。科学としての「公共の福祉」理論には、社会全体の利益のために奉仕しうる、また社会の歴史的発展を促進しうるような、新しい法律の秩序や、現存の法律の秩序を形成することが、要求されているわけである。³⁾従って、われわれが『公共の福祉』を科学的に把握するには、かならず価値判断における正しい立場にたつて、必要とすることを要とする。そのためには、この『公共の福祉』という抽象的な概念規定が、具体的な民法関係に適用され、実際に運用されるばあいには、現在の歴史的段階でどのような方向において利用されているか、またされなければならないかについて、社会科学的に認識することを前提としなければならない。⁴⁾

(一) 宮川澄 民法学における方法論についての一考察（立教経済学研究九卷一号へ一九五五年五月）一二四ページ。

(二) 浅井清信 民法学原理（法律文化社 一九五〇年四月）一四五ページ〜一四六ページ。

(三) Maurice Cornforth: The Theory of Knowledge, Dialectical Materialism, An Introductory Course, Vol. I, 1954.

（藤野涉他訳 認識論上巻へ理論社 一九五六年一月）二一〇ページ。

（四）宮川澄 民法講義へ総論（青木書店 一九五六年十一月）一八二ページ～一八三ページ。

さて、問題をもとにもどそう。『公共の福祉』という文章の構成の一つの部分となっている『公共』という概念は、それ自体では法律的概念をなしているとはいえない。それは『福祉』の対象としているひろがりについて、人々の範囲を示しているのに過ぎない。だから、どの範囲についていうかということである。そのため、一般的な文章の表現自体の意味から理解する必要がある。そうすると社会全体を表現している。⁵⁾この意味での公共が福祉と結合し、さらに民法の規定する『私権ハ公共ノ福祉ニ遵フ』^{（一項）}という法律的規範としての定式に、固定化されることになる。このことによって、はじめて規範定立のための一般的基準（尺度）としての価値を表現することになる。いいかえれば『公共の福祉』は、たんに市民法の一般的理念を表現することとなる。こうして市民法の根底によこたわる、価値概念としての『公共の福祉』についての統一的理解ができると思う。⁶⁾これを一つの実例について眺めることにしたい。市民法の基本原理の一つを構成している『契約の自由性』(Vertragsfreiheit)は、資本主義社会の商品交換関係の自由性を、法律的に表現したものである。これは絶対的な原理として、これまで民法関係にたいして、資本主義的法律秩序を形成するものとして貫徹されてきた。たしかに独占資本主義への移行までの時期においては、経済的諸関係において経済的自由競争がはなはしく展開されてきた。そして、それを実現する法律的条件として、このことは妥当した。しかるに、二〇世紀になって産業資本主義が独占資本主義に移行したために、そこに商品交換関係における独占資本の支配が、確定的なものとなった。独占資本はこの地位を利用して、契約関係におけるこれまでの在り方を変えていく。このことは契約形式として『普通契約条項』(Allgemeine Geschäftsbedingungen)が普遍的な事象と

なるようになったことでも解ると思う。そうすると契約自体は、こういう新らしい経済的要求に従って、調整されることを必要とするようになる。こうしてすべての民法関係にとっては、これまでの『契約の自由性』は、『公共の福祉』の導入によって、契約自体のなかに社会的制約が内包されたものとして、記述されるようになる。そうして、そのような考え方が歴史的に形成され、いわゆる『公共の福祉』理論に支えられて、多少とも裁判所の判決によっても支持されることになる。⁷⁾このように客観的に把えるならば、『公共の福祉』理論は、特定の歴史的な発展段階において、一つの方向をもったものであることができる。だからもしも、『公共の福祉』理論が科学的に把握され、それによつて『公共の福祉』のもつ意味・内容が、社会発展の法則性になつたものとして価値判断されるならば、それは一般国民の基盤にたつことになり、それ故に、一般国民にとつても、うけいられるものとなるであろう。しかしそうなれば、こんにちの独占資本主義のもとにおける最大限の資本主義的利潤の実現のために、『公共の福祉』理論が果たしていた役割は、とう然に否定される運命を荷うことになる。だから、われわれが『公共の福祉』理論を科学的に把握しようとするならば、そうした法理論上のことなつた見解・立場が、事実において存在していることを理解しなければならぬ。そしてわれわれが、どのような見解・立場をとるかによって、結果的にはまったく対立する方向にむかうことになることをも、理解する必要がある。いづれの見解・立場においても、『公共の福祉』が一つの法律的价值判断・法理念として、市民法の基底的なものとして存在することについては、肯定しているわけである。だが、こんにちの資本主義社会が一つの階級社会である以上は、その価値判断・法理念は、支配的な法律的イデオロギ―によつて、一般的に意義づけられることになる。だからこそ、具体的な民法関係について『公共の福祉』規定を適用する場合には、そのときどきの社会・経済的条件、つまり歴史的な発展段階に即応して、独占資本に有利なもの

して、『公共の福祉』が概念構成されるように、いわゆる『公共の福祉』理論が作用しているわけである。⁸⁾

こうして『公共の福祉』理論は、もともと私権概念の設定についての問題である。それは民法で『私権ハ公共ノ福祉ニ遵フ』(一項)という条文から構成されることによっても解ると思う。従って私権そのものをどのよう考えるかにたいする、法律の見解と固く結びついてくる。こんにちでは、すべての私権が、社会の共同生活の目的を達成するために存在するものだという、法理念的根拠から出発しているといえる。ことに第一次世界大戦後の資本主義の全般の危機を背景として成立した、ドイツ・ワイマール憲法(条五三)で、『所有権は義務を包含する』(Eigentum verpflichtet des Gemeine Beste.)という規定がなされた以後においては、これは人々の普遍的な確信となっている。もちろんワイマール憲法におけるこの規定は、ドイツ・ブルジョアジーが一時的に譲歩し、このような社会的制約を、私権自体に認めざるをえなかつたような事態のもとに、制定されたものである。しかし、すべての民法関係の基底としての所有権に代表される、個人的利益の独占的享受を保障する私権が、かかる意味で憲法的に確認され、一般的に性格づけられたことは、非常な進歩であつた。こういう私権概念のもとでは、『公共の福祉』規定は、権利主体たる個人的利益の十全的な実現を、直接的目的とする意味において用いられていることは疑いない。そこではすべての民法関係が、現実的な社会関係を正しく法律的に反映するように、『公共の福祉』規定として、法律的に表現され、かつそれが、法律制度的に保障されるものとしての意味にもちいられている。こういう私権自体にたいする理解、従つてまた『公共の福祉』にたいする理解は、その後の資本主義の相対的安定期においては、私権は資本主義的生産関係の在り方によつて規定されるという一般の法則を、狭義に理解することによつて、独占資本にとつて都合よく主張される傾向を濃厚にしていく。もちろん私権は、その成立のはじめから、資本主義的生産関係に奉仕し、調和する限りにおい

ただ、存在しうるものである。のみならず実質的にみれば、資本主義社会の発展は、すべての個人の主体性、つまり商品所有者としての位置づけなしには考えられない。そのため個人の人格を認めた上で、自由な商品交換関係が展開することを法律的に保障し、資本主義社会の発展のために、不可欠の社会的要件となっていることを根拠となしている。⁹⁾従ってこんにちにおいては、資本主義の成長期において自然法思想が主張してきたように、個人の自由と財産についての自由、つまり私権は絶対不可侵性をもち、法以前の天赋不可譲のものとは考えられてはいない。もちろんこういう考え方自体は、それまでの封建的諸制約を打破して、そこに資本主義諸制度を樹立するために、なによりも必要な個人の尊厳性を確認するためには、限りない大きな功績を残したという歴史的事実を、けっして否定しているわけではない。しかし、こんにちそうした考え方に機械的に従うならば、それは錯倒した法理論的構成におちいることになってしまうだろう。のみならずこの自然法思想が、私権の絶対不可侵性をそのように強調したのは、そうすることによって、社会全体の向上発展が可能となるという実践的命題からであった。従って歴史の意味において、その時には十分に正しい妥当性をもっていたわけである。だが歴史の意味において正しかったとするも、だからといってその法論理構成においても正しかったという証明にはならない。従って、一九世紀末から二〇世紀初頭にかけての産業資本主義から独占資本主義への移行の歴史的条件の変化によって、もはや社会全体の向上発展を計ることが不可能となれば、こんどは自然法思想自体のたすけを借りて、私権の不可侵性は、社会発展の否定的要素に転化していることを、立証するようになる。従ってそこには、私権自体を、『公共の福祉』理論によって否定するか、それとも『公共の福祉』理論によって、私権の社会性・公共性を確認していくかという問題が生じていることになる。これが、資本主義の全般的危機を社会的背景として成立するに至った『公共の福祉』理論の科学的把握の実践の意味であ

る。

もちろん、K.Martxが述べているように、『社会の物質的生産諸力は、その発展のある特定の段階で、それが従来その内部で運動してきた現存の生産諸関係と、あるいはその法律的表现にすぎないところの所有諸関係と矛盾するようになる。これらの諸関係は、生産諸力の発展諸形態からその桎梏に急変する。そのときに、一つの社会革命の時代がはじまる。経済的基礎の変化とともに、巨大な全上部構築が、あるいは徐々に、あるいは急速に、変革される』¹⁰⁾だから独占資本主義への発展という社会・経済的条件の変化、ことに第二次世界大戦後において世界市場が二つに分裂し、そこで最大限の資本主義的利潤を獲得するという社会・経済的条件の変化が生ずると、徐々にではあるが私権自体のもつ内容が変化することになる。しかし私権自体がどのように変化すればよいのかを見出し、それを制度化するまでは、やはりこれまで通りのふるい形式をそのまま利用せざるをえない。こうして私権の内容は、徐々にではあるが、いわゆる『公共の福祉』理論を媒介として、変質される。しかしこの変化は、社会・経済的条件の変化にたちおくれざるをえない。そのため、新らしく形成されつつある社会・経済的条件に、完全に照応することはけつしてできない。このように私権は、これまで通りの・ふるい形態のまま残され、そのため社会・経済的条件と衝突せざるをえない。この衝突を防止するために、『公共の福祉』規定という一般的条項が、法律的手段として利用されるのである。

(五) この点について我妻栄編『新法学辞典』(有斐閣 一九五三年九月)をみるとつぎのように説明している。すなわち「わが国では成文法の言葉としては、新憲法で初めて使われていら(憲法一二、一三、二二、二九)、広く使われるようになった(民一、刑法一)。その概念は明白ではないが、大体において互いに矛盾することのある多数の個々の利益の正しい調和を意味する。通常、憲法は基本的人権を公共の福祉に反しない限り保障すると(憲一三)説かれているが、そう解すると公共の福祉の名の下にあらゆる基本的人権の侵害が是認されることになって不当だという反対論もある。しかし、この社会における各個

人の利益が相互に矛盾しうる以上、しかもある個人の基本的人権を保障することが他の個人（特にその多数）の基本的人権を無視することを是認するものでない以上、かような意味の公共の福祉の概念を全く否認することは許されない。尤も、その場合も、「公共の福祉」の意味は、民主主義の原理と基本権の意義に照応して嚴格に解せらるべきであつて、これを有機的全体主義の傾向に歪曲してはならぬ』（同上二六一ページ）と。

(六) 峯村光郎他 判例を中心とした『公共の福祉』の研究（法律時報二八卷一号へ一九五六年一月号）六二ページ）

(七) 鶴銅信成 判例を中心とした『公共の福祉』の研究（法律時報二八卷一号へ一九五六年一月号）七二ページ）

(八) 峯村光郎 判例を中心とした『公共の福祉』の研究（法律時報二八卷一号へ一九五六年一月号）七二ページ）

(九) 我妻栄 民法総則（岩波書店 一九五一年六月）二八ページ〜二九ページ）

(一〇) Karl Marx: Zur Kritik Der Politischen Ökonomie, Erstes Heft, Volksausgabe, Besorgt vom Marx—Engels—Lenin—Institut, Moskau, 1934. S. 5. (邦訳『マルクス選集』補巻三へ大月書店版 一九五一年一月号）三ページ）

こうして『公共の福祉』論の科学的把握のためには、いわゆる『公共の福祉』理論が、現代資本主義のもとでもつ、特殊的使命の理解にたつていなければならない。従つて、この視角にたつて『公共の福祉』理論を考察すると、つぎの二様の立場が存在していることが解る。すなわち、民法体系において築き上げられた民法関係にたいして、なによりも現在の民主主義的法律秩序を維持し、擁護するために、『公共の福祉』理論で強化しようとする立場である。それと並んで他の一つは、『公共の福祉』理論によつて、それを弱化させ、つき崩そうとして提唱する立場である。第一の立場からは科学的方法が、第二の立場からは反科学的方法が導かれてくる。この二様の『公共の福祉』理論、つまり対立し矛盾し合う見解が生ずるのは、いうまでもなく資本主義社会が階級関係をもっているという事実によつてである。こんにちのように、独占資本が国家権力と強固に結びつき、独占資本主義を形成していれば、法律は政治と直結せざるをえない。こういう事態のもとでは、政治的対立が立法過程においても、解釈過程においても、強く侵透し

てくるのはいうまでもない。こうなれば、『公共の福祉』の解釈が、これまでの論理的形式主義のもとで安固なものたらしめられていた事態は、政治的諸関係の鋭い対立によって、足もとから崩れ去るようになる。¹¹⁾そして政治的諸関係の変化は、いつでも法律的イデオロギーの面に影響をあたえずにはおかない。人々のもつ法律の意識は、けっして政治的諸関係の影響の外にたたされることがない。従って、資本主義社会における支配的な政治的見解は、とう然のことながら、人々の法律の意識に巨大な影響を与えることになる。こうして、かつてのブルジョア革命¹²⁾によって樹立され、従って、かつては資本主義社会に生活している大多数の人々の、共通の法律の意識ともなることのできた人々のあいだの人間関係に、民主主義的法律秩序を実現するための、基礎理念としての『公共の福祉』が、その本来の意味を失うことになる。資本主義社会の発展は、一方の極に位置する労働者階級の不自由・不平等・隷属などを結果する。そのため、いままで人々のあいだに存在することのできた人間関係をして、非人間的関係に変質することに利益を感じるようになるからである。こんにちの労働者階級は、その物質的關係の変化によって、これまでじぶん達が理解してきたような民主主義的法律秩序、つまり『公共の福祉』が失われ、それに代ってますます人間関係における不平等・人間関係の完全な実現にたいして、『公共の福祉』理論が否定的に作用していることを、気づかざるをえないような事態に到達して行く。

こうして、ほんとうの人間関係の実現にとって、不可欠な、失われつつある民主主義的法律秩序を民法関係自体のなかにとりもどし、そのもとに法律の意識を形成し、強固なものとし、それにもとずいて、真実の人間関係として展開できるように、民法関係を調整するような要求が生ずるのはとう然である。それと同時に、そこから一步前進し、かつてのブルジョア革命の理念的基礎であった、自然法思想による超階級的なものとしての資本主義的法律秩序、つ

まり『公共の福祉』のこんにちの在り方にたいする批判に到達せざるをえない。もちろんその批判は、現代資本主義の現実の社会・経済的諸条件の科学的分析から出発し、生産力と生産関係との矛盾の理解から、現実の人間関係は経済的裏付けがなければ、自由・平等は確立しえないという理論的認識、それをよりどころとしての法理論的な究明が必要であることを、理解しなければならぬ¹³⁾。これまでの『概念法学』でとられた方法は、K. Marx が “Juristisch also falsch” (法律的な、だから偽りの) という言葉で端的に特徴づけたように、資本主義社会において生起するもろろの法律的現象を、現実の社会・経済的諸関係から遊離して、抽象化する方法であった。つまり法律的現象を、それを発生させた基盤としての物質的原因にたいする認識からではなく、純粹に、思弁的な・形而上学的な思弁によって、法律的現象を純粹形式において認識する方法であった。このばあい、抽象的な法律的構成を、いわゆる技術的方法(形式論理)の体系を、特殊の方法論の段階にまで高めて、法律学的定理・定式などとなすことによってえられる、法律学的論理をもちいたのである¹⁴⁾。こうして市民法のもっている物神崇拜性は、ほかならぬこの物神化された、抽象化された姿での『概念法学』自体のもつ、法律的諸概念の物神崇拜性に由来していたのである¹⁵⁾。従って、この『概念法学』的方法にもとずく『公共の福祉』規定の理解は、論理抽象的なものであるが故に、現実との背離をうみだすことになる。そして論理的手段は、そのときどきの政治的要求に応じてつくりだされる、いわゆる『公共の福祉』理論の多様性を形成する根拠となる。このことが、いわゆる『公共の福祉』理論のもつ恣意性と反科学性の理由でもある。これまでのいわゆる『公共の福祉』理論は、自己のたつ法律学的方法によって、つまり、『概念法学』的方法によって、資本主義社会において展開している民法関係にとつての民主主義的法律秩序を、形成できると主張してきた。しかしそれは、『概念法学』が資本主義社会の法律的諸現象のもつ秘密を、科学的には解き明かすことができないと

同様に、期待できないものである。そういう法律学的方法は、この目的にとって適切でない。それはとう然であろう。すなわち『概念法学』は、法律学的概念や法律的表象によって、ヴェールにおおわれているいろいろの法律的現象を、法律の外部に存在し、しかも法律そのものを規制する社会・経済的諸関係にたいして、科学的な分析をなそうと努力するかわりに、もっぱら法律的概念や法律的表象の抽象的・論理的形式において操作しているからである。それは法律現象を、自己自身のために、自己自身において存在するものを、そのもの自体として閉鎖された自己自身のなかに、自己の始めと終りとをくみとる現象として観察する。純粹に論理的な方法をとっているからである。¹⁶⁾ これまでのいわゆる『公共の福祉』理論が、こういう『概念法学』的方法にたっているかぎりには期待できない。もちろん、そうした法律学的方法がもちいられてきたのは、それだけの理由が存在していた。それは外見的には、民法に規定される『公共の福祉』が、一つの法律的規範として、現実の人々の民法関係にたいして機能しているからである。そのためすべての法律的規範がそうであるように、それと同列的に現実の社会・経済的諸関係から、切り離されて存在するものとして、把えてきたのである。だが『公共の福祉』理論は、これまでの資本主義的發展にたいして、たんに受動的（消極的）に作用してきただけでは決していない。それはさらに能動的（積極的）に資本主義的發展にたいして干渉してきたのである。これが、こんにち『概念法学』的方法論にたつて、いわゆる『公共の福祉』理論が構成される根拠である。だから、いわゆる『公共の福祉』理論は、たんにこんにちの資本主義の全般的危機の一その深化を反映するところの、思想的反映であるだけではない。さらに、独占資本に直接奉仕する用具ともなっている。なぜならば、こういう『概念法学』的方法にたつことによって、いわゆる『公共の福祉』理論は、自己の土台に奉仕することのできる能動的（積極的）な一要因となることができ、従って重要な用具として機能している。こういう事実の認識

が必要である。われわれが、いわゆる『公共の福祉』理論のもつ、この資本主義的發展にたいする積極的（能動的）機能と消極的（受動的）機能との、この二つの側面を正しく理解するならば、そのときにはじめて、いわゆる『公共の福祉』理論が、形而上学的な概念構成のもとに發展せざるをえなかつたかを、理解することが可能となる。

- (一一) 尾高朝雄 法の解釈（日本法哲学会編 法の解釈 有斐閣 一九五四年一月）二七ページ～二八ページ。
- (一二) エム・ペ・カレヴァ 社会主義社会における法と道徳（巖松堂書店 一九五五年五月）一九七ページ。
- (一三) 鈴木安藏・吉田力共編 法学概論（評論社 一九五六年五月）七二ページ。
- (一四) スタリゲヴィツチ 山之内 一郎訳ソヴェト法思想の發展過程（大畑書店 一九三三年四月）八一ページ。
- (一五) ヴィシンスキー ソヴェト社会主義法学の基本的課題（一）（ソヴェト法学一卷五号 一九五六年一月）八一ページ。
- (一六) ヴィシンスキー ソヴェト社会主義法学の基本的課題（一）（ソヴェト法学一卷五号 一九五六年一月）八一ページ。

さて、以上の説明をここで要約してみよう。こんにち『公共の福祉』理論を問題にし、すくなくともそれを科学的に把握するには、つぎの諸点について充分の留意を必要とする。それはまず第一に、もつとも重要なことであるが、これまでのいわゆる『公共の福祉』理論が、それなりに身につけることのできた諸成果を、だいたんにとりいれることである。これはすべての理論の發展にとつての基本的態度となるからである。しかしながら、これまでの『公共の福祉』理論の諸成果を正しくとりいれるには、ただそれにとりいれる科学的な・批判的な態度にもとづいてなす必要がある。第二に、これまでのいわゆる『公共の福祉』理論は、とにかく人々の頭腦のなかに根をはやし、それが生きつづけていた事実を認識しなければならぬ。そのためには、いわゆる『公共の福祉』理論が法論理的構造をもち、法理論体系をもつたものとして、構築されたものであることを理解しなければならぬ。このことから第三に、いわゆる『公共の福祉』理論は、抽象的形式において、ますます法論理的構造において、高度にすぐれた技術的發展をとげ

ざるをえないことを、理解する必要が起る。もしもこれらの諸点を無視して狭い視点にたち、そのことを否定してしまふならば、決して『公共の福祉』理論にたいする科学的把握とはなりえないだろう。要するに一歩進んだ法律理論としての『公共の福祉』理論を築きあげるためには、過去のいわゆる『公共の福祉』理論がもち、しかもそのうちに存在している肯定的・価値あるものを、批判的に撰取する態度をもたなければならないのである。そういう態度がなければ、『公共の福祉』理論を科学的なそれとして形成していくことはできないと思う。われわれが、『公共の福祉』理論を科学的に把握し、それを通じて、これまでのいわゆる『公共の福祉』理論を克服し、発展させていくには、しっかりと科学的基盤にたつて、そのたつ社会・経済的諸条件を把握するという必要がある。

(一七) ヴィンセンスキー ソヴェト社会主義法学の基本的課題(一)(ソヴェト法学一卷五号 一九五六年三月) 七九ページ。

六　む　す　び

こんちの民法において考えられている、民法関係にたいする資本主義的法律秩序の形成は、『公共の福祉』という一般的条項 (General Klausel) の規定形式によつて、なされている。そして、それを利用して具体的な社会・経済的諸条件に適應するものとして、維持されている。つまり、抽象的定式によつて、民法のもつ理念形式が示されている。そのため、われわれが『公共の福祉』規定自体の意味・内容を把握するには、科学的な『公共の福祉』理論にたよらなければならぬ。そこに『公共の福祉』理論にたいする実践的課題がもちこまれてくる。これが、『公共の福祉』理論にたいして科学的な把握をしなければならぬ必要性である。これまでの考察から、この点についての認識は強化できたと思う。そのばあい、『公共の福祉』理論を科学的に検討するには、まずもつてこんにち人々が現実に生

活し、人々をとりまいてゐる社会・経済的諸条件にたいする科学的分析を行ない、それとの相互的関連において、この『公共の福祉』規定を理解するという方法に、たよらなければならぬことが導きだされる。ことにこんにちのよう日本資本主義は、二つの側面において、アメリカ独占資本に従属することをますます強化せざるをえない側面と、いま一つの面として、アメリカ独占資本と相対的に対立しあい、矛盾しあうという二つの側面との二重の關係にたたされている。こういう事態のもとで、われわれの民法關係が、いかにあらねばならないかが問題なのである。要するに、この二つの側面において日本資本主義を理解することは、こんにち日本の独占資本が、いかにして最大の視野にたつて、いわゆる『公共の福祉』理論を再検討し、『公共の福祉』理論を再認識しなければならない。

この小稿のはじめに―問題の提起に―わたくし自身の企図を述べておいたが『公共の福祉』理論という困難な課題について、たんに素描的な叙述をなすに終つてしまつた。これは、わたくし自身の勉強と力の不足が、大きな要因となつてゐると思う。しかし、それと同時に、課題自体の複雑さにもよることも否定しえないだろう。それはそれとして、これまでのいわゆる『公共の福祉』理論の観念的・抽象的な法論理的構成から、一歩でも逃れでて、わたくしは、そこに科学的な法論理的構成を築き上げなければならぬことを、主張したためであつた。そうして、そのことが同時に、実践的な根拠をもつてゐることを指摘したためであつた。この素描的な小稿が、そういう点で、若干でも叙述できたとすれば、なんらかの意味をもつのではないかと考えてゐる。そして、さらに深い研究を、後日に期したいと考えてゐることを附言しておきたい。