

# 民法におけるいわゆる『公共の福祉』理論について

宮 川 澄

## 目 次

- 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（以上本号）
- 四 いわゆる『公共の福祉』理論の展開（以下次号）
- 五 『公共の福祉』理論の科学的把握
- 六 むすび

## 一 問題の提起

日本国憲法第一二条はつぎのように規定している。すなわち、

この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によって、これを保持しなければならない。又、国民は、これを濫用してはならないのであって、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ。<sup>1)</sup>

憲法学者達はこれらの規定を、つぎのように理解しているようである。すなわち、「国民は権利を消極的に濫用できないに止まらず、積極的にこれを公共の福祉のために利用する責任を負う。自由には常に責任が随伴する。これは個人の恣意のために或いは或る一部のものの利益に奉仕するために与えられているのではなく、あくまでも「公共の福祉」のために与えられているのである。この積極面において本条が国家協同体的思想の表現たる意味が最も明白に示されている。ここにいう「公共の福祉のために利用する」とは、利己的目的のために権利を行使することを排斥する意味で、広く憲法の保障する権利及び自由の公共性を指示していると解してよい」と。<sup>2)</sup>憲法学者達はこういう説明から『公共の福祉』を基本的人権との関連において、理解されている。つまり基本的人権そのものが『公共の福祉』によって制約され、また制限されるものであるかという点に焦点を合せて、問題を説明しようとされている。そういう問題の取扱いに従えば、前記のような『公共の福祉』自体の論理的な解明から、出発していかなければならないことは、とう然である。

しかし、『公共の福祉』を把えるには、やはり一般的な社会生活そのものの現状から、把握しなければならないと思

う。こんにちの人間生活は本質的に社会的な生活である。従って、こうした社会生活における特質からして、『公共の福祉』とは、もちろん社会的共同生活の利益を、意味するという理解が生れてくるだろう。それは一七八九年のフランス人権宣言の『自由とは他の者を害しないすべてのことを得ることをいう。故に各人の自然的権利の存立は、社会の他員をして同一の権利を享有せしめることを確保する他には制限を有しない。この制限は法律によらずしては定めることができない』(第九)という規定や、また一八四八年のフランス憲法が『これらの権利の行使にとつては他人の権利と自由及び公共の安全のみが限界となる』(第八)と定めているのも、やはりこうした社会生活にたいする、一般的理解にもとずいていると考えられる。つまり、これらの規定は基本的な人権には、もともと社会共同生活の利益からの制限がとう然の制約として、いわゆる内在的に存在していることを、簡明に示しているといえるだろう<sup>3)</sup>。しかしそれと同時に、そこには国家の政策的考慮などからする、外部的な制約を理解させる。それはたんに基本的人権にたいする内在的制約だけでは、解決しえないような事態が発生したためであった。なぜならば、資本主義社会の社会関係そのものの発展にともない、そこに即応した法律制度がうみ出され、それらの法律制度にたいして階級的な利害関係の対立がみられるようになった。つまり、資本主義的生産関係の変移にもなって、複雑な社会関係が現出し、そのために基本的人権と社会公共の利益の調整をば、たんに各人の内在的な制約のみに求めるだけでは、不十分なものとなったためである。従って基本的人権にたいする、立法上の制度的な諸制約を必要とするようになったのである<sup>4)</sup>。

さて、この日本国憲法の規定をうけて、日本民法はなにもまず第一に、『私権ハ公共ノ福祉ニ遵フ』(二條)という規定をおいている。この規定が日本民法の冒頭におかれているという事実は、いうまでもなく日本民法において『公共の福祉』を、民法上の諸権利や権利関係についての、一般的原则となしていることを明示的に示すものである。

そして、この『私権ハ公共ノ福祉ニ遵フ』という規定は、民法関係の要素となつてゐる諸権利が、それ自体のうちに『公共の福祉』を内包しているという意味で、一般的に理解されてゐるようである。すなわち、それに引き続く『權利ノ行使及ヒ義務ノ履行ハ信義ニ従ヒ誠実ニ之ヲ為スヲ要ス』(三項)や、『權利ノ濫用ハ之ヲ許サス』(三項)などの諸条項と結びつくものとして理解する。そのことから民法上の権利は、つねに権利者によつて信義誠実の原則に従つた、かつ『公共の福祉』にも適合したものととして、行使されることによつて、はじめて私法上の保護をうけるに値いすることになるといふ意味に、理解されている。たとえば我妻栄教授(東京大学)は『公共の福祉とは要するに、社会の全体としての向上発展である。私権がこれに遵うとは、要するに私権の内容及び行使は、これと調和を保つべきであり、従つて、これに違反する範圍においては、私権としての効力を認めないということである。現代における私権の本質として、当然の事理である』と説明されている<sup>5)</sup>。また中川善之助教授(東北大学)は『公共の福祉とは私権の内容が絶対無制限のものではなく、その本質上、社会的制約をもつものであることをいつたものといえる。これを私権の相対性という。権利が本質上相対的のものであるとしたり、如何に形式上は権利行使の如き外觀を呈する行為であつてもそれが社会公共の福祉に反したり、また他人の不利益になることだけを目的とするものであつたりした場合には、その外見上の権利行使は正当のものとして許さるべきでないことは明らかである』と説明されている<sup>6)</sup>。

これらの代表的民法学者の説明によつても解るように、『公共の福祉』は、それに引きつづく、信義誠実の原則や権利の濫用についての規定と結びついて、とう然に権利行使の限界性を示すものだとして理解されている。そこからさらに、この民法第一条全体の意味している、権利についての二つの側面における機能を、理解するようになる。つまり『公共の福祉』を、権利の積極的側面についての機能を、示すものとして把握する。そして『権利の濫用』を、権利の消

極的側面についての機能を、示すものとして把握する。こうして『公共の福祉』は民法法規の全体系を貫く、基礎的な理念をなすものとして理解されている。だから、民法上の『公共の福祉』規定は、権利についての一つの機能的側面を、つまり、権利（ことに私権）自体に内在する、本質的性格を示していると考ええる。そして、この権利自体に内在する本質的な性格からして、そこには公共的・社会的見地からする、諸制約の存在が要請されていることを、明白にしているものとして理解する。このような民法上の『公共の福祉』にたいする民法学的理解の根底には、おそらく権利自体が権利者自身のものであると同時に、それは他の側面において、資本主義社会に展開している法律関係（私法関係）の一つの要素として、現実の社会生活そのものを、法律的に表現するものであるという、事実の認識が存在しているのではないかと思われるのである。もしもそうであるならば、民法上の『公共の福祉』の規定は、民法において展開している、法律関係（私法関係）にたいする、資本主義的法律秩序をうちたて、それをば維持するために、法律制度的に確認されたものであるといいうることになる。従って、それはたんに権利者個人の主観的立場だけに従って、確定さるべきではない。それはもっと広汎な客観的立場において確定されなければならないわけである。こうしてとら然のこととして、そこに、こんにちの一般的な『公共の福祉』理論が形成されることになる。

いま民法上の『公共の福祉』規定を、客観的立場によって確定しなければならぬということから、『公共の福祉』が、資本主義的法律および法律制度の、本来的使命である法律関係に、資本主義的法律秩序を形成し、それを維持しようとする機能的側面についての、理解をなすことができる。このように『公共の福祉』規定を、資本主義的法律秩序の個々の場面における、部分的な表現として把握することに意味があるわけである。従って、権利はつねに『公共の福祉』に従ったものでなければならず、それは権利者個人の主観的立場から、『濫用』することは許されないという、

社会的制約を認めることの意味も、理解できるわけである。このことからして、民法学において『公共の福祉』理論を問題としようとするならば、まずもって資本主義社会における社会・経済的諸関係についての、正しい科学的な分析と理解をなしてゆかなければならなくなる。そして、その吟味を通じて、公共の福祉はいつたいなにを意味しているかについて、歴史的現実のなから把握しなければならぬ。このことはのちに説明しようとするように、民法学上のいわゆる『公共の福祉』理論そのものが、事実においてだれのものとなってしまうのか。また、それゆえにだれのためのものでなければならぬのかという、認識にたつことの必要性をもつことになる。そして、そのことによつて、『公共の福祉』の歴史的 성격や意味・内容を、科学的基礎のもとに理解することができると思う。<sup>8)</sup>

わたくしが、この小稿において取扱おうとしている問題点は、つぎのようである。すなわち、これまでの民法学上で一般的に主張されていた、いわゆる『公共の福祉』理論が、なにを基盤として生み出されるようになったのか。そして、それがいったん生みだされた以後こんにちまで、実際にどのような社会的役割をはたしてきたかを、理解することである。そうした努力によつて、科学的意味における『公共の福祉』を理解したいと思うのである。なぜならば、こんにちの『公共の福祉』理論を、ほんとうに正しい・科学的理論にたかめるためには、どうしても、それのたっている基盤にたいする、科学的基礎にまで立ちかえり、理解することから出発しなければならぬという、一般の命題に立脚する必要があるからである。しかし、わたし自身のこうしたところも、結局は研究の不足によつて、た問題の焦点を指摘することだけにすぎないことを、あらかじめ御了承願いたいと思う。

(1) 日本国憲法における『公共の福祉』という文言は、たんにこの第二二条の規定のみに、もちいられているというのではなく、もちろん、その他の条項においても、もちいられている。たとえば、第二三条の個人の尊重についての条項、第二二条一

項の居住・移転および職業選択についての条項、第二九条二項の財産権についての条項にも、もちいられている。

- (2) 法学協会 註解日本国憲法上巻(有斐閣 昭和三年一〇月)一五四ページ。
- (3) 佐藤功 公共の福祉 法学セミナー No. 5 (日本評論新社 一九五六年八月)一〇ページ。
- (4) 佐藤功 公共の福祉 法学セミナー No. 5 (日本評論新社 一九五六年八月)一〇ページ。
- (5) 我妻栄 民法総則 (岩波書店 一九五一年六月)二九ページ~三〇ページ。
- (6) 中川善之助 民法大要(総則・物権法) (勁草書房 一九五五年一月)一四ページ~一五ページ。
- (7) 末川博 権利侵害論(日本評論社 一九四四年一月)序一ページ。
- (8) 石本雅男 私法における公共の福祉(恒藤博士記念 法と経済の基本問題(有斐閣 一九四九年一〇月)三三ページ)。

## 二 民法における『公共の福祉』の意味

いうまでもなく、これまでの日本民法(明治三九年(法八九号)の諸規定のなかには、『公共の福祉』という規定は存在していなかった。すなわち、そこには『公ノ秩序』や『善良ノ風俗』という一般的条項がおかれ、それが私法関係についての、資本主義的秩序を表明する規定となっていた(九〇条・九二条)<sup>1)</sup>。日本民法で規定されている、この『公ノ秩序』や『善良ノ風俗』とは、いったいどういう意味をもっているのだろうか。もちろんそれになりたいする理解は、いろいろに岐れている。しかし、それらはたんに倫理的規範という意味ではなく、あくまでも法律的規範(Rechts normen)として、私法関係についてある法律的基準を、示しているものとして理解されている点では、一致しているといえる。<sup>2)</sup>だから、もしも『公ノ秩序』や『善良ノ風俗』に違反する、法律行為がなされるならば、それはただちに違法なものとしての評価をうけることになった。<sup>3)</sup>しかし現行日本民法においては、『公ノ秩序』や『善良ノ風俗』という規定とともに、さらにそれ

らを包括するところの『公共の福祉』を、法文の上ではっきり明示することになった。これはもちろん、太平洋戦争に日本が敗戦し、『ポツダム宣言』を受諾し、そこに日本国憲法を新たためて、制定した以後のことである。つまり改正民法(昭和三年)によって、はじめて法文に示されることになったのである。従って、こんにちの『日本民法』が、『公共の福祉』を規定しているのは、この日本国憲法の示している、二〇世紀的要請によってであるといえる。すなわち日本国憲法は、こんにちの権利が『公共の福祉』に従ったものであることを要求している(三〇)。そして、この『公共の福祉』そのものが国民生活における一般的な要求であることを明示している(三〇)。従って、とう然のことながら、この日本国憲法のもつ、一般的理念はまた私法生活の面においても、はっきり打ち出されるわけである。

(1) この『公ノ秩序』や『善良ノ風俗』という規定は、もともとローマ法のなかに規定されていた。それが後になって、フランス民法(一一三條)に継受されることになった。そしてそれらはやがて近代民法の、一般的原则とされるようになった。もともとドイツ民法(八三條)やスイス債務法(三〇)においては、たんに『善良ノ風俗』と規定しているにすぎない。

(2) Krantz-Ehrenzweig; System des österr. allgemeinen Privatrechts, Bd. I, S. 347; Hansenhilf; Das österr. Obligationenrecht, Bd. II, 1890. S. 141. ff.

(3) 末川博 権利侵害論 (日本評論社 一九四四年一月) 一五六ページ、二一八ページ以下。

一八九六年(明治二九年)の日本民法典は、一八八八年に公表された『ドイツ民法第一草案』を、母法として成立したものである。この『ドイツ民法第一草案』は、ローマ法的・個人主義的色彩をもつたものであった。しかしドイツにおいては、この『ドイツ民法第一草案』に代って、『第二章案』と『第三章案』が起草され、それがやがてドイツ民法典(BGB)となっていくことになったのである。日本民法は『ドイツ民法第一草案』を参考として成立したことから、財産法的部分についていえば、急速に発展したドイツ資本主義を、その社会的基盤として、産業資本主義のよ



りいっその發展のための、法律的手段となつてゐるわけである。従つて財産法的部分を貫徹し、基底的な理念となつてゐるのは、いふまでもなく經濟的自由主義である。だがそれは純化された形でのそれではなく、日本資本主義の後進性のゆえに、なおおくれた封建的諸關係を極度に利用するという、非近代的性格を同時に、その根底となしつつ編纂されてゐるわけである。<sup>4)</sup>ことに旧民法典をめぐる、はげしく展開された、いわゆる『日本民法典論争』は、とう時の絶対主義的天皇制確立を政治的背景とし、産業資本主義の確立という經濟的要求によつて、まき起された論争であつた。この『日本民法典論争』の結果は、資本主義の不均等的發展の法則によつて、急速に資本主義的發展をあげた、後進国ドイツの民法典を母法として、日本民法典を制定することが、日本資本主義の後進性のゆえに、政策的にも必要とされたのである。従つて、とう時のおくれた日本資本主義が、激烈な資本主義競争に勝利しうる条件は、すべてをあげて資本の蓄積を可能ならしめるような、財産法を構成することではなければならなくなる。だから財産法には近代的性格と同時に、それとらんで封建的諸關係をも、資本にとつて有利なものであるかぎり、それを残存させる注意をおこたつてはいないのである。こうして日本民法典は、そのとう時の日本資本主義の法律制度的要求に合致する、財産法的構成をとりかえたのである。そのため、その時期においては『公共の福祉』という問題は、いまだ成熟する余地はなかつた。そしてわずかに私法關係についての、一般的な資本主義的法律秩序自体を示すために、前記のように、法律行為の目的が、反社会性・反倫理性をもつたものではならぬことを、規定したのである。つまり、法律行為の正当性を示すために、『公ノ秩序』や『善良ノ風俗』ということの規定するだけであつた。<sup>5)</sup>ところが日本の産業資本主義は、第一次世界大戦を契機として飛躍的に發展し、やがて独占資本主義に發展をとげることになった。こうした独占資本主義への移行という、急激な社会・經濟的諸条件の變移にもなつて、そこにいろいろ

問題を結果したのである。<sup>6)</sup>

ことに第一次世界戦争と、それに引きつづくロシアにおけるソヴェト革命によって、全体としての資本主義は、全般的危機の段階(第一段階)に入ってしまった。この全体としての資本主義の、全般的危機の開幕を背景としつつ、これまでの近代市民法(民法)における基本的原理の、中核をなしていた『所有権の絶対性』<sup>7)</sup>、つまり、神聖不可侵と考えられていた、財産権にたいして科学的批判がなされるようになった。すなわち『所有権の絶対性』は、けっきょくのところ、それは『資本の絶対性』を意味するにすぎない、という点についての理解が、なされるようになったのである。そして、この生産手段にたいする私的(資本主義的)所有が、社会的生産と矛盾することによって、資本主義社会の諸矛盾を生み出す、根源となつてきていることについての、科学的理解がなされるようになった。こうして二〇世紀憲法のさきがけをなしているワイマール憲法では、所有権が相対性を、つまり社会性をもつことを強調したのである。それはワイマール憲法の『所有権は義務を伴う』(二五三)という文言によって成文化された。こうして日本国憲法も、このワイマール憲法的規定の例にならない、『財産権の内容は公共の福祉に適合するように、法律でこれを定める』(二九条)ということを規定したのである。しかし、このことはまえに述べたように、権利の社会性を指摘するものであつて、たんに財産権のみに限られるものではない。それは私権のもっとも代表的な所有権について、表現しているにすぎないものである。従つて、およそ権利そのものに内在する、本質として把握されている。そのため、それはあらゆる権利に押しおほされることになる(日本国憲法二二条)。こういうわけで改正民法は、私法の根本法としての立場から、『私権ハ公共ノ福祉ニ遵フ』(二二条)という、一般的な表現形式をとつて規定したのである。こうしてそこに、いわゆる『公共の福祉』の原則が、私法関係の最高原則であることを宣言しているのである。<sup>7)</sup>『公共の福祉』が民法関係についての一般的な法律秩序の、宣言

として登場したのは、こうした産業資本主義から独占資本主義への移行を、その社会・経済的背景としてなされたものである。そしてその結果として生じた、いろいろの社会的弊害を是正しようとする、二〇世紀的な一般的必要性ないし社会的思潮に従って、そこに『公共の福祉』理論が生み出されることになったわけである。<sup>8)</sup>

- (4) 宮川澄 日本民法典論争の社会・経済的基礎について(立教経済学研究六卷一号へ一九五二年一月) 八五ページ。
- (5) 穂積重遠 改訂民法総則(有斐閣 一九三一年一月) 二九九ページ。
- (6) 宮川澄 民法講義(総論) (青木書店 一九五六年一月) 二一ページ。
- (7) 中川善之助 法律学演習講座 民法へ上 (青林書院 一九五四年二月) 一三ページ。
- (8) 中川善之助 法律学演習講座 民法へ下 (青林書院 一九五四年二月) 一一ページ。

こうして民法上のいわゆる『公共の福祉』理論は、それが導き出されている、社会・経済的基礎をもっているわけである。この『公共の福祉』理論が実際に裁判所の手によって、どのように用いられているかを理解してみたい。このことを具体的に知るために、裁判所のなした判例(見解)について、考察する必要がある。しかしこんにちまでの民事判例においては、直接に『公共の福祉』について示されているものはない。それは改正民法によって『公共の福祉』規定が採用された以後、まだわずかの歳月が経過しているすぎないということ、それとともに私権についての争訟においては、権利行使の消極的側面としての、『権利の濫用』(三項)ということが問題となってくる場合が、一般的であるからであるといえるだろう。従って、民事判例をつうじて、こんにちの裁判所の見解そのものが、具体的にどのように展開しているかを、確定的に指摘することはできない。しかし裁判所の『権利の濫用』にたいする判断の基礎は、権利のもつ限界性を前提として、抽象的な『公共の福祉』についての見解に立っているということは、推論できると思う。それはこれまでのいわゆる『公共の福祉』理論に従ったまでである。もちろん民法が予定している、

民法關係にたいする資本主義的法律秩序は、資本主義社会における人と人との關係、つまり、物質的な人間關係そのものの在り方を規定するものである。なぜなれば、資本主義的生産における人々の位置や状態は、資本主義的生産手段にたいする關係を、とうして現われることになるからである。資本主義的法律秩序は、こういう意味での資本主義的社會關係の在り方を、法律的に示すものとして表わされている。従つて、資本主義的法律秩序自体のもつ、本能的衝動によつてではないのである。

それにもかかわらず、一般的にはなにか法律秩序自体のもつ本能的衝動によつて、それが確保され、単一性をもつものだと理解されている。これはこれまでの伝統的な民法学（概念法学・解釈法学としての）の理解の傾向を示すものである。ここでは資本主義的法律秩序そのものを、それが成立するにいたつた社会・經濟的基盤から、つまり、現實の社會關係から遊離し・抽象化してしまつて、あたかも一つの自然史的存在であるかのように理解しようとする。その結果は、けっきよくのところ資本主義的法律秩序のもつ、階級的秩序としての性格を陰蔽し法律秩序一般という觀念的存在として、理解させてしまうことになる。法律秩序は一つの社會關係である。そのため、民法のなかに示されている資本主義的法律秩序は、こんにちの民法關係が、資本主義社会にふさわしいものとしての在り方を示していることは、あらためて説明する必要はないだろう。従つて、それは資本主義社会の一定の歴史的条件によつて、認められたところの社會的規則正しさ、つまり、資本主義的生産および商品交換關係の規則正しさ・資本主義的生産および商品の交換關係が、円滑になされるといふ經濟的要求を、法律制度的に保障しようとしていることを意味している。このように資本主義的法律秩序の内容は、主觀的認識ないし理解によつて確定されはしない。それは具体的な資本主義社会の生産關係に入りこんでいる人々自身によつて、維持され、確保されている。だから、人々がいかなる生産關係にたたされて

いるかによって、客観的に確定されることになる。このことによつて資本主義的法律秩序そのものは、資本主義社会に生活している人々にたいして、個人々の意志を超えた・強制力(国家権力)をともなつたものとして、維持し確保されることになる。<sup>10)</sup>従つて、資本主義的法律秩序が抽象的な・一般的な『公共の福祉』というような、形式をとつて表現されていても、それは同じように強制力を、ともなつたものとしてあらわれることになる。そのため、もしも『公共の福祉』そのものが、基本的人権と内面的な調和を保つことができないならば、『公共の福祉』そのものは、けっきよブルジョアジーの法律の支配の道具と化してしまふことになつてしまふだろう。このことは人権の保障が極めて不完全であつた絶対主義的天皇制の明治憲法のもとでは、いかに公共の安全と秩序の維持という名目によつて、『公ノ秩序』や『善良ノ風俗』が、人権侵害を合法化するための、理論的武器として利用されていたかをみれば、明らかであると思う。

このようにもしも『公共の福祉』が、基本的人権と調和性をたもていなければ、『公共の福祉』は支配階級の利益に奉仕し、その客観的妥当性は、すこしも実現されないことになつてしまふ。ところが資本主義社会では社会的生産と生産手段にたいする私的(資本主義的)所有とのあいだに、いつでも矛盾が存在しているのである。従つて、ここに普遍的な・客観的妥当性をもつた、『公共の福祉』なるものを、その規定自体だけの法論理解釈によつては、けつして実現することはできない。それにもかかわらず、これまでの『解釈法学』のように、抽象的に把握するならば、この『公共の福祉』は、すくなくとも客観的には、社会構成員全体の福祉として説明することができても、実際には特定人の利益擁護の手段と化している。なぜならば政治権力をもつものは、じぶん達の利益をして、『公共の福祉』であると僭称しうる地位を占めてゐるからである。

(9) 宮川澄 民法講義(総論)(青木書店 一九五六年一月)二七ページ。

民法におけるいわゆる『公共の福祉』理論について

(10) 杉之原舜一 法とは何か(民科編 法社会学の諸問題 へ北隆館 一九五〇年四月) 六ページ、二七ページ。

### 三 いわゆる『公共の福祉』理論の成立の社会・経済的背景

これまでの『解釈法学』のように、この『公共の福祉』を抽象的に把握するならば、『公共の福祉』自体を観念的に理解してしまう。そして、『公共の福祉』自体があたかも、資本主義社会における社会関係からの、論理必然的なものであるかのような結論を導きだし、合法化してしまうことになる。そのためにこそブルジョアジーは、じぶん達の法イデオログの頭脳を借りるのである。そして、それらの法イデオログは、じぶん達の頭脳を通過させることによって、法律的な理論構成によって、この『公共の福祉』に法理論的な根拠づけを与えてしまう。そこにいわゆる『公共の福祉』理論が展開することになったのである。従って、こんにちまでの『公共の福祉』理論は、いわば資本主義社会におけるブルジョア的な実践的要求と、その必要性にもとずいて、つまり、政策的見地にたつて構築されたものであるといえるわけである。そのため、この『公共の福祉』は、ブルジョアジーにとつての法律秩序、いいかえれば資本主義的秩序を表現する、一つの法律的形態をなしているのである。

では、いったい『公共の福祉』理論は、どのようにして具体的に形成されてきたのだろうか。いますこしこの点についてたちいて眺めることにしてみたい。一八三〇年代から一八四〇年代にかけて、ヨーロッパの幾多の国では、資本主義的生産様式が確立することになった。この封建的生産様式から資本主義的生産様式への移行は、いわゆる資本の本源的蓄積の時期を通過することによって、準備されることになった。この資本の本源的蓄積の時期における

政治的形態は、一般に中央集権的な専制国家（封建的絶対王制）となって現われることになる。この封建的絶対王制は、そのとう時の封建的分裂状態の均衡の上に立つ、中央集権的政治権力（絶対王制）であった。これは歴史の特定の発展段階においては、これまでの商業資本を帝国主義的なそれらにまで発展させ、そこに資本主義国家を導くという過渡的形態であるという意味において、進歩的現象といいうる。1) ここでは国民生活そのものについて、国家権力をもってする全面的な規制がなされていた。なぜならば、資本の本源的蓄積という経済的諸要求に従って、国民生活にたいする国家的規制が、必要とされたからである。そして、そういう意味において、国民の福祉を増進させることになるという、名目によってなされていた。その限りにおいては、普遍的なものと認される根拠をもっていたわけである。そのため、みづからを『福祉国家』と称していたのである。

ところが産業資本主義が形成され、ブルジョアジーが生成すると、とう然のことながら、この絶対主義的・専制的国家権力の手から、じぶん達が解放される要求が増大する。このたえず増大する要求は、けっきょくブルジョア自身の手に、政治権力を獲得しなければ実現できない。こうしてブルジョア革命を通じて、じぶん自身の政治権力、つまり近代市民国家をうちたることになった。ここではこれまでと異って、ブルジョア的自由を確保するために、じぶん自身を国家権力からの、侵害から守ることが必要であり、それが『公共の福祉』でなければならなかった。2) 従って、その意味において、近代市民国家は『法治国家』と称されていたわけである。こうしてブルジョア革命の勝利の宣言である、フランスの『人権宣言』は、ブルジョア的な自由・平等の、自然法的主張を表明している。ここでは『公共の利益』という立場から、権利自体にたいするブルジョア的利益からする諸制約を、法律によって制限しうることを予定されている。とう時主張された『公共の利益』は、ブルジョアジーの社会変革の理論的基礎となしていた自然法思想であり、

それはまたブルジョアジーが、これまでの封建制度にたいする革命的勢力であったという理由にもとずいて、一般の共感を呼んでいたわけである。つまりそこでは、基本的人権と『公共の利益』による制約とが、相互に内面的な調和を保つことができたのである。このように『公共の利益』という主張は、封建的諸拘束からの国民生活の解放という、歴史の意味をもって主張されたものであり、権利自体にたいする制限の根拠として理解された。このため、『公共の利益』という理念が、一般的・普遍的妥当性をもちえたのである。従って、後になって、産業資本主義から独占資本主義への移行を、社会的背景として形成されていった、『公共の福祉』理論は、かつての『公共の利益』のもっていた、進歩的意味にたいする、一般的理解の幻映が、根底となつていえるわけである。従って、『公共の福祉』理論を具体的に把握しようとするばあいには、たんに『公共の福祉』という文言の進歩性からだけでは、その正当性を承認することはできない。それがどのような歴史的な、社会・経済的基礎にたつていているかについての、科学的な分析と理解を必要とするわけである。

(1) 宮川澄 民法講義(総論) (青木書店 一九五六年一月) 六三ページ~六四ページ。

(2) 佐藤功 公共の福祉 法学セミナー No. 5 (一九五六年八月) 一〇ページ。

社会における生産と消費との、つまり、人々の社会生活に必要な物質的基礎(生活資料)にたいする、たえず増大する慾求と現実とに社会的に生産される物質とのあいだには、たえず矛盾が存在している。この矛盾によって、社会は発展し進歩することになる。従って、資本主義社会についていえば、いうまでもなくそれは、人々のたえず増大する物質的基礎(生活手段)にたいする慾求によって、ますます社会化されるところの生産と、生産手段にたいする私的(資本主義的)所有によって、社会的に生産された物質にたいする、私的(資本主義的)所有されることになるといふ事実との



あいだに存在している矛盾が、基本的矛盾をなしている。この基本的矛盾によって、ブルジョアジーは資本主義的利潤を、追求することができるのであり、激烈な経済的競争の結果、産業資本主義は独占資本主義に発展するに至った。こうして現代資本主義は、独占資本の経済力と政治的影響力が、たえず増大していることである。その結果は政治権力がますます少数の巨大な経済力をもった、独占資本の手中に集中されるようになることは、とう然である。こうしてこんにちでは、独占資本と国民の広汎な諸層とのあいだによこたわっている溝が、たえず深められつつある。従って、かつては社会における生産諸力の発展を、阻止する要因に転化してしまった、封建的生産諸関係を打倒し、社会的生産力を推進させる、動因となることができた資本主義的生産関係も、いまでは資本主義社会における社会・経済的諸条件の変化は、資本主義的生産関係をして、これまでどうりの進歩的役割をはたすことをできなくさせている。いまではかえって、社会的生産を阻止するという要因に、転化させてしまうことになる。従って問題の基礎は、そこにあるといえるだろう。そしてこのような資本主義社会の発展にともなう、必然的に生み出され、たえず増大していくプロレタリアートは、じぶん達の経験と自覚とにもとずいて、労働者運動を通じて、その社会的・経済的諸要求を強く主張するようになる。従ってそこには、政策の見地からも一時的な譲歩が、ブルジョアジーの側からも、とらざるをえないような事態にたちいたるようになる。<sup>3)</sup>そしてそれらの譲歩は、資本主義自体のもつ内面的な諸弊害ないし、諸矛盾を修正し・克服するという主張のもとに、ブルジョアジーの市民的自由、ことにその私的(資本主義的)所有にたいする制限によって、妥協を表現することになるわけである。<sup>4)</sup>

このことは第一次世界大戦後の、ドイツ労働者階級の力の増大を背景に、妥協的な政策的意味をもって制定される

ことになったワイマール憲法の、各種の社会権にたいする法律的规定によって、その実例が示されている。だが資本主義社会の内的矛盾は、資本主義社会自体の否定なしには、除去することのできないものである。従って、それらの矛盾の修正ないし、克服という人為的な諸政策は、一時的・相対的なものであることはいうまでもない。しかしブルジョアジーは、じぶん達の法イデオログの頭脳を借りて、ブルジョアの民主主義を利用して、じぶん達が国民の代表であることを強調する<sup>5)</sup>。こうして資本主義的法律秩序が、階級的な利害関係とはなんのかわりもない、『正義』や『合法性』という、社会一般に共通した理念と、合致したものであると主張する。だが、それは資本主義社会の全発展過程において確認されたところの、ブルジョアジーの意志であることが理解できる。こうしてブルジョアジーは、資本主義的法律および法律制度を、じぶん自身の優位な地歩のいっそうの強化のために、もっとも強力な用具の一つとして利用することになる<sup>6)</sup>。

- (3) 宮川澄 民法講義へ総論(青木書店 一九五六年一月)九六ページ〜九七ページ。
- (4) 佐藤功 公共の福祉 法学セミナー No. 5 (一九五六年八月)一〇ページ。
- (5) ストチュエーカ ソヴェト法の理論 (一九三二年一〇月) 司法資料一七二号 二三ページ〜二四ページ。
- (6) クレーゼルマン 蔵原惟人訳 上部構造論 (青木書店 一九五六年九月) 七二ページ。

まさにこうした資本主義的社会関係が存在しているところに、『概念法学』は成熟しうる基盤をもっているのである。つまり、ブルジョアの民主主義によって、究極における資本主義的法律秩序の普遍的性格、従って、対立する社会諸階層が共通に承認しあうことのできる、規範意識(遵法精神)の存在を、法理論的な前提とすることによって、この『概念法学』ははじめて理論的基礎をもちうるわけである。だから、ブルジョアの民主主義の理念的基礎にたつて

いなければ、『概念法学』の主張するところの、法律における論理的・理性的契機を説明することはできない。すなわち、法律における論理的統一性、したがって、また資本主義的法律秩序の統一性こそは、『概念法学』における内在的要求をなしているのである。従って、『概念法学』においては、自己の立脚している法理論的見解が、普遍的な性格をもったものであることを強調する。そのためには、資本主義社会が特定の歴史的時期において、示していた先資本主義社会（奴隸制社会・封建社会）よりも、相対的に進歩的であったという事実、そして、それゆえにそこから派生することになったところの、個々の美点を強調することによって、例証しようとしているのである。民法上のいわゆる『公共の福祉』理論は、このような資本主義社会における、社会・経済的背景のもとに生れたものである。従って『公共の福祉』規定は、もっともひろい意味における、資本主義的法律秩序をしめす普遍的条項をなしているわけである。そのため、『公共の福祉』ということの意味・内容の具体的理解の如何によっては、私権が権利者個人のために認められていることにたいして、大きな制限を劃することもできることになる。たとえば個々の私権が権利者にたいして認められてはいるが、その具体的な権利の範囲は、はなはだしく縮小されることもありうるわけである。そうならば、『公共の福祉』は、かえつて私権の絶対性を否定し、私権の相対性を表明するものである点に、意味をもちうるわけである。だから、それはけっして私権そのものを否定するものではない。従って、『公共の福祉』の理解の如何によっては、私権のもつ社会的使命をいっそう明らかにすることもできるのである。<sup>8)</sup>

(7) 渡辺洋三 天皇制体系と法学イデオロギー 思想 No. 386 (一九五六年八月) 三五ページ～三六ページ。

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

——以下次号——