

# 民法における「公共の福祉」の現代的意義

宮下 修一

- 一 はじめに
- 二 戦後の民法改正における「公共の福祉」概念の導入と我妻理論
- 三 憲法上の「公共の福祉」との関係
- 四 裁判例にみる「公共の福祉」論の展開——一条一項の紛争解決規範性の検討
- 五 一条一項・二項・三項の関係
- 六 まとめ——「公共の福祉」の現代的意義

## 一 はじめに

### 1 本稿の目的——民法における「公共の福祉」の現代的意義の解明

現行民法の冒頭規定である一条一項は、「私権は、公共の福祉に適合しなければならない。」と定められている。この一項を含めて、現行一条の規定は、明治時代に制定された当初の民法には存在せず、第二次世界大戦後の「日本国憲法」の制定（正確には、「大日本帝国憲法」の改正）を受けて、一九四七（昭和二二）年の民法改正により、初めて民法上に設けられたものである。<sup>①</sup>

この一条には、一項の「公共の福祉」に加えて、二項の「信義誠実の原則（信義則）」、三項の「権利濫用の禁止」

と、三つの条文が用意されている。これらの三つの条文を具体的にみると、すでに判例法上展開されてきた二項の「信義則」及び三項の「権利濫用の禁止」を明文化したうえで、さらに上述した憲法上の理念を民法でも体现する形で、私権の内容の社会性を「公共の福祉」という形で宣言した一項を規定したものと見える。

この民法一条（及び二条）の規定は、民法の根本原則ないし基本姿勢を示す、いわば「綱領規定」であって、「信義則」と「権利濫用」法理以外は、実定的な紛争解決規範としての意味をもたないとするのが一般的な考え方であろう。

これに対して、二で述べるように、戦後の民法改正で、「公共の福祉」を定めた一条一項の導入に大きな役割を果たしたとされる我妻栄博士は、同項に独自の紛争解決機能を与え、「信義則」法理と「権利濫用」法理との棲み分けを図ろうとした。

しかしながら、四で分析するように、その後展開された一連の裁判例をみると、「公共の福祉」概念は、民法特別法の規定自体が違憲であるか否かを争われる場面では一定の紛争解決規範としての役割を演ずるが、その他の場面では、むしろ「権利濫用」法理（あるいは「公序良俗」法理）の中にそれらの判断要素として取り込まれることにより、独自の紛争解決規範としての意義を失いつつある。

また、上述したように、民法一条一項は、憲法上の理念を体现したものである以上、本来、民法一条にいう「公共の福祉」をめぐる議論と、憲法一三条または二九条等に規定される「公共の福祉」をめぐる議論とは、相互に大きな関係をもっていなければならないはずである。しかし、三で詳論するように、実は、憲法上の議論は、民法上の議論にほとんど影響を及ぼしていない。むしろ、五で述べるように、民法上の「公共の福祉」論は、「権利濫用」法理（あるいは「公序良俗」法理）と密接に絡み合いながら、憲法とは異なる独自の発展を遂げていると評することができようであろう。

以上のような観点からすると、民法では、その冒頭の条文として位置づけられ、かつ、あたかも当然の前提であるかのように捉えられながらも、現代ではあまり正面から顧みられることのない「公共の福祉」につき、その歴史

的経緯をふまえつつ、裁判例や学説における取扱いをもとにして、改めて、現在の民法における位置づけを確認する必要があるように思われる。

もっとも、二で紹介するように、「公共の福祉」をめぐることは、すでに、その制定の経緯や重要な最高裁判決の動向をふまえたいくつかの詳細な研究が存在する。

そこで、本稿では、近時の研究ではそれほど深く検討されることがない憲法と民法との関係、さらに、最高裁判決のみならず、下級審判決を含めた実際の裁判例における「公共の福祉」論のもつ機能の分析に焦点をあてながら、民法における「公共の福祉」の現代的意義について明らかにすることを目的とする。

## 2 本稿の構成

本稿では、1に述べた目的に従って、次のような形で論述を進めていくことにしたい。

まず、二で、戦後の民法改正で「公共の福祉」が導入された経緯とその概念の導入に大きな役割を果たした我妻博士の議論について振り返ったうえで、三で、「公共の福祉」をめぐる憲法と民法における議論状況を比較して、相互の関係を検討する。また、四では、裁判例の分析をもとに、民法一条一項が具体的な紛争解決規範として機能しているか否かを検証したうえで、五では、一項の「公共の福祉」と二項の「信義則」、三項の「権利濫用」法理との関係を整理する。そして最後に、六で、「公共の福祉」の現代的な意義について、改めて考察することにした。

## 二 戦後の民法改正における「公共の福祉」概念の導入と我妻理論

### 1 戦後の民法改正における「公共の福祉」概念の導入

すでに、一で述べたように、現行民法一条（および二条）の規定は、戦後の民法改正において導入されたものであるが、その経緯については、いくつかの詳細な研究が存在する。<sup>4)</sup>そこで、ここでは、「公共の福祉」概念導入の経緯について、これらの文献によりながら、本稿の分析に必要な範囲で概観しておくことにしたい。

一九四六（昭和二一）年一〇月の「民法改正要綱」では、要綱第四〇に「民事法に関する憲法改正案の大原則を民法中に明文を以て掲ぐる」という形で漠然としか示されなかったものが、民法第一条として姿を現したのは、一九四七（昭和二二）年の五月に司法省民事局より示された『昭和二十二年五月編 新旧対称改正民法案』である。<sup>5)</sup>当初の案では、民法一条一項は、「私権ハ総テ公共ノ福祉ノ為メニ存ス」とされていたが、この文言をめぐっては、衆参両院の議論の中で、とりわけ「ノ為メニ」という表現について、個人を従属的に捉えるもので全体主義的であるという痛烈な批判が数多く寄せられた。そこで、一九四七年一〇月に、当時の片山哲内閣の与党である社会党・民主党・国民協同党の三党が共同で、文言を「私権ハ公共ノ福祉ニ遵フ」とする修正提案を行い、種々の議論を経て、最終的には修正案通りに規定されることになった。<sup>6)</sup>

なお、二〇〇四年の民法の現代語化に際しては、「遵フ」という文言を単に「遵う」とするのではなく、その従属的な響きに抵抗感があることもあってか、「適合しななければならない」という形に修正されている点にも、留意しておきたい。<sup>8)</sup>

### 2 我妻博士の「公共の福祉」論

(1) 一条各項の紛争解決機能の棲み分けをめぐる提言

ひるがえってみると、世界の民法典においては、民法典の底流に流れる原理として私権の社会性・公共性という

観念を承認するのはいわば当然であるとしても、日本民法典のように「公共の福祉」という直截的な形で条文を設けているのは、きわめて稀である。<sup>9)</sup>むしろ、諸外国の法律家からすれば、日本民法典がことさらに「公共の福祉」にこだわっているのは、奇異な感じすら覚えるかもしれない。

それにもかかわらず、日本民法典にこのような「公共の福祉」にかかわる条文が設けられたのは、一で述べたように、一般的には、起草委員であった我妻博士の考え方が大きく反映されているからであると考えられている。<sup>10)</sup>

実際に、「公共の福祉」に対する我妻博士の強い想いは、一九六五年に発刊された民法の代表的教科書である『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』、さらにその他の文献の記述からも窺い知ることができる。

これも一で述べたように、民法一条の三つの条項の関係については、一項が私権の社会性に関する原理を宣明し、二項と三項はその適用を示すものと考えられることについては、我妻博士も承認している。<sup>11)</sup>

ところが、我妻博士は、あえて「三つの項は、それぞれ独立して、別個の法律関係を規律するものと解する」という提案を行っている。すなわち、一項はもっぱら私権と社会一般の利益との調節を目的とするもの、二項は特別の権利・義務によって結ばれている者の間の利害の調節を目的とするもの、三項は特別の権利・義務によって結ばれていない者の間の利害の調節を目的とするものと考えるのである。この見解によれば、一項は、私権の存否・内容・行使方法が公共の福祉に適合する範囲において認められることを意味することになる。したがって、公共の利益に適合する範囲を超えて権利を主張することは権利の濫用となるが、それは三項によるのではなく、権利の性質上当然のこととして一項から導かれることになる。<sup>12)</sup>

このように我妻博士の提案によれば、一条の各項は、それぞれに独自の紛争解決機能が与えられ、棲み分けが図られることになる。

## （2）我妻博士による「私権」の存在理由と「公共の福祉」の役割

（1）で紹介した提案の理由について、我妻博士は、次のように説明する。「一つには、各項の成立した沿革に

もよるが、より重要な理由は、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からである。公共の福祉や信義誠実という理念によって、硬直した私権観念が制約されるようになったことは、私法秩序にとって大きな進歩であることは疑いない。しかし、勢のおもむくところ、その理念が恣意的に濫用されるおそれがないともいえない。今や、これに対して、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ると思う。ことに、わが国では、近代社会の基本理念である個人の自主性になお不徹底なものがあることを考えると、いよいよその感を深くする」(下線は筆者が付加したものである)。<sup>40</sup>

前段の理由づけで注目すべきは、下線を付した部分である。すなわち、公共の福祉や信義則は、人権を制約するのではなく、「硬直した私権観念が制約される」という形で、プラスに作用するものと捉えられている。我妻博士のこの考え方の根底にあるのは、「すべての私権は、究極においては、社会共同生活のために存在する」という思想である。同博士は、さらに次のように説く。「すべての私権は、法によって認められるものであり、法は社会全体の向上発展を目的とするものであるから、法ないし国家よりも、以前の、あるいは以上の、私権なるものは、ありえない。従って、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、存在しうるものである」(以上、本段落の引用中の下線および傍点は、すべて筆者が付加したものである)。<sup>41</sup>

上述した点をふまえれば、おそらく我妻博士が主導したであろう一条一項の当初案において、「私権ハ総テ公共ノ福祉ノ為メニ存ス」(傍点は筆者による)とされていたのは、ある意味で必然的なことであろう。

### (3) 国家協同体の思想

このような我妻博士の考え方のさらに根底にあるのが、「国家協同体の思想」である。この点については、我妻博士は、「新憲法と日本国憲法」という論稿で次のように説く。まず、日本国憲法は、「主権を規整する人類普遍の真理を承認した点において、自然法思想を承継する」が、「基本的人権をもって個人本位のものと考えずに、国家

協同体の理念に立脚している」点で自然法とは明らかに異なっているとされる。そのうえで、「国家と個人とを対立的に考える傾向を免れなかった」自然法思想とは異なり、「主権が国民に在り、その運用が国民の総意に基づいてなされるものとすれば、国家と個人の対立は止揚されるべきであ」って、「国家と個人は有機的に結合された全と個との関係となるべきである」。したがって、「国家すなわち国民が全体として有する主権は、個人の基本的人權を確保・保障することをもってその本質的内容となし、個人の基本的人權は、国家すなわち国民全体の向上発展をもつてその本質的内容とするものでなければならぬ」。

以上のような観点からすれば、「協同体理念においては、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」ことになる。さらに、我妻博士はこの文章に続けて、「この義務は、主権者たる国民みずからがこれを自覚し、これに忠実なものでなければならぬ。……国民みずからがその基本的人權の義務性を自覚しなければ、国家の単一性は破れることになるであろう」としたうえで、「すべての基本的人權を主張する者に、国家を自己の対立物と考え、みずからもまた国家構成の有機的一分子であることを忘れるきらいがないであろうか。かような態度は、せっかく二十世紀の性格を備えて生れいでた新憲法の生命を殺すものだといわねばならない」と説くのである（以上、本段落の引用中の下線および傍点は、筆者が付加したものである）。

このような考え方に立てば、憲法二九条二項の財産権の保障の規定についても、「新憲法の下においては、所有権も、本来自由な権利なのではなく、『公共の福祉に適合するやうに法律でこれを定める』内容をもつものとして、認められる権利に過ぎない」という形で、公共の福祉による制約は外在的なものではなく、むしろ権利内在的な制約ということになる。そうであるならば、まさにその憲法上の内容を体現した民法一条一項の規定する公共の福祉は、私権の内容をいわば基礎づける、きわめて重要な意味をもつことになるように思われる。

したがって、我妻博士の立場からすれば、民法一条一項は、憲法二九条二項と連動する形で把握するという点が強く意識されることになるであろう。

(4) 国家協同体の思想に対する批判とその検証

(3) で紹介した「国家協同体の思想」に典型的に現れているように、「我妻法学のなかに、穏やかな保守主義のにおい」が感じられるという指摘は、まさに的を射たものであるということができようであろう。

とりわけ、「公共の福祉」をめぐることは、立法段階においてもこの「国家協同体の思想」に立脚したであろう条文案が、全体主義的であるとしてきわめて厳しい批判の対象となり「非常に攻撃を受けた」結果、最終的には「公共の福祉ノ為メニ存ス」という文言が「公共ノ福祉ニ遵フ」という比較的穏当な形に修正されることになったのは事実である。また、近時においても、池田恒男教授により、次のような形で同様の厳しい批判がなされている。

「『朝』・『官』＝『公』の一方的事情によって構成される『公共の福祉』が、それに対立的存在である『私』に関する権利を外在的に制約するのみならずその内容を積極的に領導するような枠組みはまさに全体主義であって、それに対する自由主義的あるいは民主主義的な感覚からの反発はけだし当然であろう」。

もっとも、我妻博士は、決して戦前の思想に回帰するような形で、この「国家協同体の思想」を説いていたわけではない。実際、民法改正法案の立法経過に関する座談会においても、民法一条に話が及んだときに、次のように発言している。「原案の『公共の福祉ノ為メニ存ス』というのを全体主義だというのはおかしいような気がする。

『遵フ』と修正したことに對して格別異存はないが……。原案を社会主義的だというならわかるがね。「ナチスに反対で大いに進歩的なのもりなんだろう。ぼくはその点について承伏しないのだ」。このような強い表現からすると、そもそも我妻博士の(3)で述べた考え方からすれば、むしろ戦前とはまったく違う思想のもとに、非常に進歩的な、しかし、現実の社会との調和を重んじたバランスのとれた発言であるにもかかわらず、誤解されているの思いが強かったのかもしれない。

このほかにも、例えば、自由党憲法調査会改正要綱試案が、「法律で制限することのできない基本的人権などはありえないという思想」に基づき、基本的人権を制限する規準として「公共の福祉を増進するため」という理由をあげている点について、「これは、制限の規準とは絶対にならない」としたうえで、「かような思想のもとに『公共



の福祉の増進』に必要な基本的人權を制限しようといったのでは、基本的人權の保障は全く空名に帰することを私はおそれる」と指摘している。<sup>24)</sup>

また、このような我妻博士の態度は、民法一条・一条の二の新設とともに行われた家族法改正の根本思想の一つともいえる「家庭生活の民主化」とそれを支える「協力による秩序の維持」という発想にも共通するところがある。すなわち、「家庭生活における秩序を權威、オーソリテイによって維持することをやめ、平等なものの協力によって維持するようになければならない」という「家庭生活の民主化」のために、従来の家族制度を捨て去るとして、<sup>25)</sup>「家庭生活においても、秩序が必要であることはいうまでもない」。しかし、ここでいう秩序は、「一人の者の權威を中心にして、他の者をその權威に服従させるといふやり方で維持して行く」戦前の家族制度のもとの秩序とは異なり、「各人に平等な地位を与え、平等な義務を負わせて、その平等なものとの間の自覚と協力によって維持して行く」ものである。それこそが、「正しい意味での個人主義的な原理だといってよい」。<sup>26)</sup>

第二次世界大戦後の大きな喪失感と新たな「民主主義」への高揚感の中で、我妻博士の説く「国家協同体の思想」やそれに基づく改正提案が、あたかも戦前の全体主義を想起させるような思想であるとして批判の対象となったことは、たしかにある意味では必然的であろう。しかし、前二段に述べたことを考慮すれば、我妻博士が想定していた「公共の福祉」や「秩序」は、ある種の理想に對置される形の現実を見据えたものともいえる（もっともこれらの発言は、いずれも民法改正の作業をしていた時期から五年以上を経過してからのものであって、その間に若干の考え方の変化があったことも否定できないことは付言しておくたい<sup>27)</sup>）。逆に、その意味では、理想の行き過ぎの抑止という、見方によってはバランスのとれた現実的な観点を強調しすぎるあまりに、新たな理想を掲げて新たな国を建設しようとする戦争終結直後の社会にはそのまま受け入れがたいものとなっていたように思われる。

もっとも、結果的に、さまざまな批判を浴びながらも、政治的な妥協の産物とはいえ、「公共の福祉」について直截的に言及した条文が民法に残ったことを考慮すれば、私権の社会性・公共性を強調する我妻博士の感覚は、社会の中にある程度共有されていたことを示すとも評価することができるであろう。

その意味で、我妻理論が世の中に受け入れられるところとならなかったのは、上述したイデオロギー的な理由によるところも大きいであろうが、それ以上に、すでに権利濫用法理適用の場面等で世の中の人々に共有されてきた、より素朴な社会性・公共性という形（この点については、四<sup>2</sup>で詳述する）を超えて、大上段な議論を展開しようとしたからではなかるうか。

### 三 憲法上の「公共の福祉」との関係

#### 1 緒論

すでに、一および二でも言及したように、民法一条一項は、財産権の補償について定めた日本国憲法二十九条二項（「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。」）および三項（「私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる。」）と密接な関連をもつ規定であるといわれている<sup>80</sup>。また、憲法一二条は、憲法が保障する自由及び権利について「国民は、これを濫用してはならないのであつて、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ」と定め、さらに一三条は、生命・自由・幸福追求権については、「公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と定めている。

これもすでに二<sup>2</sup>（三）でも言及したように、我妻博士が提唱した「公共の福祉」論は、憲法との関連性を強く意識したものであるといえる。それでは、このような関連性は、現在の議論においても維持されているのであろうか。

そこで、これらの憲法上の「公共の福祉」という概念と、民法上の公共の福祉の概念とが同じ内容をもつか否かについて、検討することしよう。

## 2 憲法における「公共の福祉」論の展開

憲法の「公共の福祉」をめぐっては、一般的には、次の五つの説が存在するといわれている。以下、基本的には、芦部信喜教授の整理に従って、これらの説の概要のみをごく簡潔に紹介することしよう。<sup>88</sup>

### ① 一元的外在制約説

「一元的外在制約説」とは、一二条・一三条の「公共の福祉」は人権を外在的に制約する一般の原理であり、二条（職業選択の自由）・二九条の「公共の福祉」は特別の意味をもたないとする見解である。

### ② 内在・外在二元制約説

「内在・外在二元制約説」とは、「公共の福祉」による制約はそれが明文で定められている経済的自由権と社会権のみに限定されるのであって、一二条・一三条は訓辞的・倫理的規定にすぎず、経済的自由権や社会権以外の自由権は、権利が社会的なものであることに内在する制約に服することとまるとする見解である。

### ③ 一元的内在制約説

「一元的内在制約説」とは、公共の福祉は、人権相互の矛盾・衝突を調整するための実質的公平の原理であって、憲法規定にかかわらずすべての人権に論理必然的に内在し、自由権を保障するために制約する場合は必要最小限度の規制のみを認め（自由国家的公共の福祉）、社会権を保障するために自由権を制約する場合には必要限度の規制を認める（社会国家的公共の福祉）という見解である。

### ④ 比較衡量論

「比較衡量論」とは、人権を制限することにより生ずる利益とそれを制限しない場合に維持される利益を比較して、前者の価値が高いと判断される場合には人権を制限することができるという見解である。

### ⑤ 二重の基準論

④比較衡量論の準則が明確でなく、国家権力の利益が優先する可能性が強いという問題を指摘しながら、③一

元的内在制約説の趣旨を具体的違憲審査基準としようとするもので、経済的自由の規制立法に適用される「合理性」の基準は、精神的自由の規制立法には妥当せず、より厳格な基準によって審査されなければならないとする見解である。

### 3 憲法と民法との関係

それでは、2で概観した憲法上の「公共の福祉」論は、民法上の議論にどのような影響を与えているのであろうか。

民法の教科書等をみると、通常は、民法一条をめぐる議論につき、2で述べたような憲法上の学説の対立にふられることはほとんどない。もっとも、憲法との関係が意識されていないかという点ではなく、民法上の公共の福祉は、「憲法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」などと説かれることもしばしばである。<sup>80</sup>

これに対して、2で述べた立法時の状況をふまえて、「新憲法の理念を民事法に反映させるという政府原案の立法意図（特に現行一条一項に相当する原案）は国会での反対・修正にあつて碎かれたとするのが民法学の常識であり、またその常識ゆえに少なくとも新一条に限って言えば、憲法規範に対応するという観点は比較的早くから無視ないし忘却されてきた」とする見解もある。<sup>81</sup>

ただ、4で分析するように、実際の裁判例をみると、そうした両極端の結論が導かれるというわけではない。

具体的には、農地法や借地借家法などの民事特別法上の規定が憲法二九条等に反するか否かが争われたものは、憲法上の議論を意識してはいるものの、明確にどの見解をとっているかは断言できない。あえていえば、公共の福祉を外在的なものとして捉えつつ、比較衡量論に近い手法をとっているといえる。

それ以外のものについては、両当事者の利益を比較して公共の福祉の制限に服するか否かを判断しているという意味では、やはり比較衡量論的な手法をとっていると評価することも可能ではあるが、特に大上段な形で憲法上の

議論を意識しているというわけではなく、もう少し素朴な形で利益衡量が行われているという印象を受ける。

また、憲法二九条二項にいう「公共の福祉」は、権利の公平な保障を目的とする自由国家的公共の福祉と人間的な生存の確保を目指す社会国家的公共の福祉を意味するため、財産権は内在的制約に加えて、積極目的規制（政策的規制）にも服するとされている。これに対して、二九条三項にいう「公共のため」は広く社会公共の利益（公益）のためという意味であるとされる。この点については、民法一条の解釈においては憲法二九条二項及び三項の関係をめぐる議論を背景として解釈されなければならないと説く見解もあるが、近時の裁判例・学説等においてそのような解釈が展開されたものは存在しない。

その理由としては、現行の民法一条が規定される以前から具体的な紛争解決規範として機能していた信義誠実の原則（信義則）や権利濫用の禁止（三項）とは異なり、民法上の公共の福祉（一項）については私権のあり方を示す一般的な原理を宣言する意味合いが強く、それ単独で直接に紛争解決規範として機能する場面が少ないことがあげられよう。

ただ、上述したように、事例としてはそれほど多くはないものの、民法一条一項が直接の紛争解決規範として機能する場合には、憲法上の議論が意識されている。

もっとも、「公共の福祉」という概念それ自体は非常に広範な内容を含みうるものであるから、具体的に権利を制約するための法理として用いる場合には、安易な、かつ過度の制約につながらないよう慎重に対応することが求められることは、多言を要しないところであろう。

#### 四 裁判例にみる「公共の福祉」論の展開——一条一項の紛争解決規範性の検討

##### 1 緒論

二および三では、歴史的経緯をふまえつつ、学説の中で展開されてきた「公共の福祉」論の現代的意義について検証を行ってきた。

しかし、実際に「公共の福祉」を定めた民法一条一項が紛争解決機能を果たしているか否かについては、実際の裁判例の分析を通して、検証を進めていく必要がある。

そこで、この四では、「公共の福祉」をめぐる裁判例につき、まず2で、最高裁判例のみならず下級審裁判例も含めて網羅的な形で分析を行う。繰り返しになるが、民法一条一項は、「私権は、公共の福祉に適合していなければならぬ。」と定められている。そのため、裁判例の分析にあたっては、(1)そもそも「私権」とはなにか、(2)「公共の福祉」とは何か、(3)公共の福祉に「適合」するとは何か、が問題となるため、それらについて順次検討することにした。そのうえで、3では、一条一項の紛争解決規範性という観点から、裁判例を改めて検討することにする。

## 2 「公共の福祉」をめぐる裁判例の分析

### (1) 「私権」とは何か

一般に、一項にいう「私権」とは、私法上の権利を指し、公法上の権利である「公権」とは異なると説明される。<sup>83</sup> この「私権」は、いくつかの異なる基準を用いてそれぞれ分類可能である。例えば、権利の内容である具体的な利益の差異に着目すれば、財産権と非財産権（人格権・身分権・社員権）に分類できるし、また、利益を現実化する権能や作用の差異に着目すれば、支配権・請求権・形成権・抗弁権・管理権に分類できる。<sup>84</sup> いずれにしろ、一項は、私法上の権利が包括的にその社会性に服することを宣言したものととってもよいであろう。

実際の裁判例で「公共の福祉」の制限に服するか否かが問題となった「私権」の種類は、それほど多岐にわたるわけではないが、民法上の財産権全体にわたっているといえる。

具体的に、「公共の福祉」をめぐるっては、次に掲げるような形で「私権」との関係が問題となる。

- ① 所有権に基づく権限の行使・所有権に基づく妨害排除請求<sup>35)</sup>、賃借人に対する明渡請求<sup>36)</sup>、對抗力のない賃借人に対する明渡請求<sup>37)</sup>
- ② 土地通行権の行使・囲繞地通行権<sup>38)</sup>・通行地役権<sup>39)</sup>
- ③ 慣習上の物権・流木のための河川使用权の行使<sup>40)</sup>
- ④ 債権・共有持分の売買契約<sup>41)</sup>、賃貸人の和議開始により和議法上の制限を受ける賃貸借契約における保証金返還請求権<sup>42)</sup>、組合契約の締結<sup>43)</sup>、鉄道会社間の一般乗合旅客自動車（バス）運送協定の廃棄通告<sup>44)</sup>、不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効の援用<sup>45)</sup>

(2) 「公共の福祉」とは何か

(a) 「公共の福祉」の判断基準——公益性

一項では、私権が「公共の福祉」に適合していることが求められているが、そもそも裁判例において「公共の福祉」とされている事柄はどのようなものであろうか。

まず、すでに三で述べたように、本項でいう「公共の福祉」は、憲法にいう公共の福祉とまったく同じ内容をもつとされながら、学説においては、特に憲法上の議論に従って厳格に捉えられている様子もうかがわれない。

ただ、実際の裁判例で問題となった「公共の福祉」の内容をみると、ダム建設や干拓事業、あるいは空港開港などを妨げようとする行為については、相当高いレベルの「公益性」の存在が強調されている<sup>46)</sup>。ただし、社会全体の公益性も考慮されているが、さほど高いレベルでは要求されず、実際にはそうした公益性よりも当事者間のより具体的な事情が強く考慮されていると評価できる場合も少なくない<sup>47)</sup>。

逆に、権利行使の対象が一種の公益性を有する場合であっても、それだけでは権利行使が公共の福祉に反して許されないということはできない。例えば、下級審裁判例ではあるが、抵当権の実行に際して、土地上にある権原のない建物に関する収去・土地明渡請求において、その土地上に存在する建物が幼稚園であったとしても、それだけ

では公益性は認められない<sup>88)</sup>。

(b) 判断基準としての公益性認定の曖昧さ

(i) 公益性判断をめぐる事例の検討

ちなみに、「公益性」という判断基準は、必ずしも明確なものではない。以下では、二つの具体的な事例をもとに検討してみたい。

(ii) 日常生活と公益性との関係

下級審裁判例ではあるが、建築基準法四二条二項に基づいて手前の土地に通行権を有していた奥の土地所有者がその土地を賃貸駐車場として利用しようとしたところ、手前の土地所有者がポールを立てて通行を妨害したため、奥の土地所有者がポールの撤去を求めた事例で、自動車通行は日常生活には必須ではないが緊急自動車の立入りが制限される可能性があり公共の福祉に反し違法であるとしたものがある<sup>89)</sup>。

もっとも、その上告審判決において最高裁は、公共の福祉に反するか否かにはふれることなく、建築基準法四二条二項の道路通行については、同法四一条一項五号の道路通行に関する最高裁判例と同様に、日常生活上不可欠の利益を有する者から人格権的権利として妨害排除・予防請求権を行使できるが、本件では、日常生活上不可欠の利益を有しているとはいえないとして、原審判決を破棄自判した。その理由としてあげられているのは、①当該道路は、これまでごく一部の時期（近隣、ヒルの工事に必要な一年間）を除いて自動車通行は行われず、徒歩・二輪車の通行に供されてきた未舗装の道路であること、②居住用ではなく賃貸駐車場として利用する目的であることの二点である（なお、最高裁は、通行地役権は黙示に設定されているものの、自動車の運行を目的としたものではないとして、これに基づく撤去請求も否定している）。

原審判決では、「公共の福祉」に反するか否かの判断がなされているものの、日常生活には必須ではない緊急自動車の立入りというかなり無理のある理由をもとに、「公共の福祉」に反するという判断がなされている。そのた



めもあってか、最高裁は、むしろ日常生活における当事者間のより詳細な利益衡量を行うことにより、「公共の福祉」という大上段な議論を排斥している。

(iii) 公益性判断と権利濫用との関係

やはり、下級審裁判例ではあるが、牛乳搾取業経営目的の土地賃貸借契約が、本来の目的に従わず空地として放置していることを理由に貸主が契約を解除し土地明渡請求をした事例では、本来の「用途に活用することこそ当事者に対する公平という見地から見ると一般公共の福祉の点よりも考えるも正当なる結論」であると述べて、借主側からの権利濫用の主張を排斥している。<sup>80</sup>ここでは、本来の目的で利用せず空地として放置しているというさほど社会的公益性が高いとはいえないことを「一般公共の福祉」に反するとしているようにみえるが、実際には、明渡請求が権利濫用にあたらぬとする判断の一要素をそのように表現しているだけで、借主側が牛乳搾取業を再建する可能性があるか否かも考慮して判決が下されている点に留意すべきである。

ここでは、「公共の福祉」に反するか否かということにふれつつ、実質的には、権利濫用にあたるか否かという判断の中に前者の判断を吸収しているといえる（公共の福祉と権利濫用法理との関係については、五で詳述する）。

(iv) 小括

以上、(ii) および (iii) で検討したように、「公共の福祉」と一口に言っても、その公共性のレベルは幅広く、安定した基準を提供できるものではないことがわかるであろう。ただ、「公共の福祉」が問題となる場面では、当事者間の具体的利益衡量をもとに、比較的素朴な形で公益性の有無が判断されている点に留意しておきたい。

(3) 公共の福祉への「適合」とは何か

民法一条一項では、私権が「公共の福祉」に「適合」していることを要求しているが、「公共の福祉」に対するどのような状態をもって「適合」していると評価するのであるか（なお、本稿でとりあげている裁判例は、すべて二〇〇四年の民法の現代語化より前に判決が下されたものなので、本来は、公共の福祉に「遵フ」か否かと表記

する方が正確であろう)。

実際の裁判例をみると、特別法上の規定が憲法上の「公共の福祉」に反するか否かが問題となっている場合には大上段に当該規定の公共性が強調されているが(後述する<sup>3)</sup>を参照)、具体的な権利行使が公共の福祉に「適合」しているかという判断が求められている事例では、かなりきめ細かな利益衡量が行われている。

例えば、「天の川発電用えん堤放流請求事件」(五二(一)参照)では、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、下流の住民に死活的で甚大な損害が生じるとはいえないこと等を考慮している。<sup>53)</sup>

また、下級審裁判例において公益性がきわめて高いことを強調している事例であっても、権利行使が制限される側の具体的な事情が考慮されている。例えば、「霞ヶ浦北浦干拓事業中止事件」(三(三)参照)では、請求者の土地について強制収用手続の準備が進んでいること等が考慮されているし、「三里塚空港反対同盟鉄塔共有化事件」(三(四)参照)では、権利主張をする当事者側が空港開港阻止のためだけに、権利としての本来的機能をもちうるか疑問視される程度に分割・微小化して土地を売買していることが考慮されている。<sup>54)</sup>

さらに、社会全体の公益性も考慮されているが、むしろ当事者間の具体的な権利行使を制限する根拠として公共の福祉が用いられる場合には、当事者間のかなり具体的な事情が考慮されている。例えば、いずれも下級審裁判例ではあるが、土地の新所有者からその賃借人に対する建物取去・土地明渡請求をした場合には、当該賃貸借契約の目的やその土地における当事者の居住や営業の必要性、あるいは賃貸借契約に至る具体的な経緯等が考慮されている。<sup>55)</sup>

### 3 一条一項の紛争解決規範性の検討

(1) 紛争解決規範性の有無という観点からの裁判例検討の必要性

2では、一条一項の文言に従う形で、その内容を裁判例をもとに検討してきた。しかしながら、実は、これらの裁判例を視点を変えて眺めると、裁判例において、一項の公共の福祉の規定のみを直接適用して具体的な紛争解決

を図った事例はほとんど存在しない。

通常は、権利の行使が公共の福祉に反するばかりではなく、権利濫用にあたるか否か（それにあたる場合には権利行使を認めない）という形をとることが多い。その理由としては、後に五でも詳論するように、公共の福祉が権利濫用法理適用の前提となっていることもさることながら、公共の福祉が問題となる事例ではそれを請求原因とするのではなく、抗弁事由あるいは再抗弁事由として主張されていることもあげられよう。

そこで、以下においては、五で詳論する権利濫用が問題となる場合以外について、(2) 公共の福祉が単独で紛争解決規範として機能する場合、(3) 公共の福祉が単独で紛争解決規範として用いられているが、他の法理で解決可能な場合、(4) 公共の福祉が、公序良俗違反等を理由とした契約無効を導く要素として用いられる場合に分けて、検討することにしよう。

(2) 公共の福祉が単独で紛争解決規範として機能する場合

民法に関連する裁判において公共の福祉が他の法理と併用されることなく単独で用いられるのは、借地法（現・借地借家法）や農地法など特別法の条文の規定が憲法二九条に反するか否かの判断にあたって、これらの法律による財産権の行使の制限を正当化する規範として登場する場合である<sup>50</sup>。これらの判決では、三三でも述べたように、公共の福祉は外在的な制約原理として位置づけられているものの、借地法や農地法の制定趣旨や規定内容をあげたうえで財産権である所有権の制限を正当化している点では、広い意味での利益衡量的判断がなされているといえよう。もっともこの場合には、そもそも憲法二九条の公共の福祉が問題とされており、民法一条の公共の福祉が直接に問題とされているわけではない点に留意する必要がある。

(3) 公共の福祉が単独で紛争解決規範として用いられているが、他の法理で解決可能な場合  
公用水面埋立法に基づく霞ヶ浦北浦干拓に関連する工事の中止をめぐる下級審裁判例で、公共の福祉に反するこ

とも理由としてそれらの請求は認められないとした裁判例がある（霞ヶ浦北浦干拓工事中止請求事件<sup>88</sup>）。ここでは、公共の福祉が単独で権利行使を妨げる法理として機能しているようにみえる。もっとも、この事例では、公用水面埋立法が、土地造成という「大きな利益の追究のためには、或る程度の私権が侵害されることはやむをえないことであるとの建前をとっていること」をふまえ、同法に基づく免許処分取消しを求める行政訴訟を提起する場合は別として、そもそも所有権に基づく妨害排除請求を根拠に干拓工事中止やすでに構築された堤塘の撤去は求められないとした。さらに、新堤塘構築工事は、原告の土地の手前で中断しており、任意買収か土地収用の方法によらない限り、そもそも所有権が侵害されるおそれがないとしたうえで、公共の福祉にも反することを理由としてその工事中止を求めることができないとしている。

したがって、本判決は、公共の福祉をわざわざ持ち出すまでもなく他の法理による解決が可能であるが、そのような解決を補強するためにあえて公共の福祉に言及したものと評価することも可能であろう（なお、仮に民法一条による解決を図る場合であっても、本案では権利濫用法理を用いた処理も十分可能であると思われる）。

（４）公共の福祉が、公序良俗違反等を理由とした契約無効を導く要素として用いられる場合

非常に興味深いのは、下級審裁判例ではあるが、空港開港阻止を目的とする土地の共有持分売買契約が、「私権の社会性、公共性を唱つた民法第一条の趣旨に悖る」として公序良俗違反（民法九〇条）により無効とするものが存在することである（三里塚空港反対同盟鉄塔共有化事件<sup>89</sup>）。ここでは、「公共の福祉」という文言が直接用いられるではないが、私権の内容の社会性・公共性の原理を定めた公共の福祉の概念が、もともと契約内容の社会的妥当性を確保するために用いられる公序良俗（違反）の概念と相通ずるところがあることが、その理由であろう（なお、この事例では、航空法四九条一項および二項〔航空機の進入表面等の上に出る物件の設置等の制限〕が憲法二九条三項に反するか否かも争われたが、判決は、航空法上の各規定が「公共用飛行場に離着陸する航空機の航行の安全確保という高度な公共の利益のため一般的に一定の周辺の土地の利用について制限」するものであることを理由と

して否定している）。

さらに、同じく下級審裁判例であるが、ダム建設阻止のための土地共有を目的とする組合契約について、「法律行為が、それ自体としては合法的であっても、その法律行為によって取得される権利が、その法律行為の目的や取得される権利の態様によって必然的に権利の濫用に結びつくことが現に確定的である場合には、そのような法律行為は公共の福祉に反し無効である」とした事例もある。この事例では、無効という表現を使用しているものの、「権利の濫用に結びつくことが現に確定的である」ことがその最大の理由としてあげられており、実質的にはそのような契約に基づく権利行使が権利濫用である以上は、その契約そのものが一種の公序良俗違反と同様の状況にあると評価しているように思われる。

以上のように、公共の福祉が公序良俗違反と結びついて用いられる場合以外にも、権利濫用法理の一種として登場するケースも少なからず存在するが、この点については、次の五で改めて検討することにしよう。

(5) 小括—— 一条一項違反の効果の検討もかねて

(a) 他の法理の適用根拠を補強する「公共の福祉」の役割

以上の検討をふまえれば、民法一条一項の公共の福祉は、それ単独で用いられることはきわめて稀なことであり、むしろ、権利濫用や公序良俗違反など、他の法理による具体的な紛争解決にあたってその根拠を補強する（すなわち、それらの法理適用に際しての一要素となる）法理として用いられるのが通例であるといえる。さらに、公共の福祉が問題となった裁判例は、いずれも決して大上段に公益性優先の論理をふりかざすのではなく、当事者間の具体的な利益状況も考慮したうえで、より素朴な形で公益性の有無を判断している点に留意する必要があるう。

(b) 一条一項違反の効果は何か—— 権利濫用・公序良俗違反との関係

ところで、公共の福祉が、仮に紛争解決規範として機能する場合には、どのような効果を生じるのであろうか。

もちろん、すでに三でも述べたように、公共の福祉が紛争解決規範として直接効力を生ずる場合もあるが、それはごく限られた場面での現象に過ぎない。

公共の福祉が権利濫用法理の一要素とされる場合には、権利行使を認めないという形で効力を生ずることになる。なお、権利濫用の場合には、損害賠償請求も認められるが、公共の福祉と権利濫用双方の文言が判決文中に登場する事例で、公共の福祉に反する形での権利濫用による損害発生を請求原因としてその賠償を求めたものは存在しない。

また、公共の福祉が公序良俗違反等の要素として考慮される結果、法律行為が無効とされることもある。

もっとも、これらはいくまで権利濫用や公序良俗違反の結果として生ずる効果であって、公共の福祉に反する行為であること自体からただちに生ずるわけではない点に留意する必要がある。

## 五 一条一項・二項・三項の関係

### 1 従来の見解からみた一項・二項・三項の関係

四で述べたように、民法一条一項の公共の福祉が他の法理を適用するための一要素として考慮されるとするのであれば、改めて、民法一条一項の意義、とりわけ、一条の他の条文との関係の中でその存在意義が問われ直されることになる。

すでに一に述べたように、一条一項の公共の福祉と、二項の信義則・三項の権利濫用の禁止とは、その制定された背景・理由が異なっている。この点をめぐる一般的な考え方においては、もともとは、一項が私権の社会性に関する原理を宣明し、二項と三項はその適用を示すものと考えられてきた。これに対して、二で詳論した我妻博士の見解のように、一項・二項・三項が別個独立して効力を生ずるという見解も存在する。

それでは、実際の紛争解決においては、これらの条項の相互関係は、いったいどのように取り扱われているのだろうか。

そこで、以下においては、2で一項と三項の関係、3で一項と二項の関係について、裁判例の分析をもとにして明らかにすることにした。

## 2 一項と三項の関係

(1) 「天の川発電用えん堤放流請求事件」にみる一項と三項との関係

公共の福祉が問題となった事案として、電力会社が発電用のえん堤（ダム）を建設したため水量が低下し、流木のための河川使用权を有する下流の住民がその使用をできなくなったことから、当該えん堤からの放流を求めたものがある（天の川発電用えん堤放流請求事件<sup>80)</sup>）。この事例は、「公共の福祉」という観点から権利行使を認めない事例の典型例として教科書等でしばしば紹介されるが、22で紹介した一項・二項・三項を別個独立したものと捉える我妻博士の見解によれば、一項から当然にその結論が導き出されることになる<sup>81)</sup>。

もっとも、最高裁判決は、原審判決の結論を是認したものであって、同判決そのものに「公共の福祉」という言葉が登場するわけではない。たしかに、原審判決では、「国民に基本的人権の濫用を禁止し公共の福祉のために利用する責任を負わせた憲法の精神からいつても当然」にその状態を忍受しなければならないとして、河川使用权に基づく放流請求権そのものの存在が否定されている。ただ、ここでは、「基本的人権の濫用」、すなわち「権利濫用」と「公共の福祉」が並列されているのであって、必ずしも公共の福祉のみに着目しているわけではないことに留意しなければならない。

さらに、最高裁判決では、むしろ原審判決が結論を導き出す際に考慮した二つの要素を強調している。すなわち、①敗戦後の経済の復興再建における電力事業の重要性からすると、流木のためにえん堤から放流をして大きな障害を与えるわけにはいかないこと、②下流の住民は降雨増水時に流木が可能であり、自動車による代替輸送が可能で

あるなど死活的で甚大な損害が生じるとはいえないこと（さらに、電力会社と住民の居住する村との間に補償契約が存在すること）の二点である。

このようにみると、上述した最高裁判決は、従来の権利濫用論において展開されてきた、かなり詳細な利益衡量をふまえたうえで結論を導き出していると評価することができるであろう。そうであるならば、この判決は、むしろ権利濫用に関する裁判例として捉えることも十分に可能であるように思われる。

## （２）「板付基地」事件にみる一項と三項との関係

どちらかというところ、権利濫用法理の適用例としてあげられることが多いものの、（１）でとりあげた「天の川発電用えん堤放流請求事件」と並んで、「公共の福祉」の代表的な適用例としてしばしば登場するのが、いわゆる「板付基地事件」である。<sup>65</sup>

この事件は、原告らの有する土地が、戦後、米軍の使用する空軍基地の用地として接收されたものであるが、その際に、国と原告らとの間で、期間を連合国軍隊が占領してその使用を継続する間とする賃貸借契約を締結したところ、占領が終了したためその適法な占有権原が失われたことを理由に土地所有者が明渡しを求めたという事案である。

第一審では原告の請求が認められたが、原審（控訴審）では請求が退けられたため、原告らが上告した。

最高裁は、占有権原が失われた後も占有が継続することは著しく予期に反しないこと、当該土地がガソリン地下貯蔵設備に利用されており駐留軍による使用の必要性が高く、仮に請求を認めれば国のこうむる損害がより大きいことから、所有権に基づく土地明渡請求権の行使は権利濫用にあたり許されないとした。具体的には、次のように判示されている。

「本件において前記特別措置法（日本国とアメリカ合衆国との間の安全保障条約第三条に基づく行政協定の実施に伴う土地等の使用等に関する特別措置法）——筆者注）に準拠して土地の使用または収用の手続をとらなかつ



た点に被上告人国の落度のあることは明らかであるが、右の手續をとらなかつたことによる本件土地所有権の侵害については、不法行為または不当利得に関する法規により救済を求めるのであれば格別、原状回復を求める本訴のような請求は、私権の本質である社会性、公共性を無視し、過当な請求をなすものとして、認容しがたい。従つて、原審の前記終局の判断は支持されるべきものであり、本件事案の経過に照らし、原判決はあながち信義則に違反したものとはいえない」。

上述した判示は、権利濫用を定めた一条三項の解釈適用を誤つたとする上告理由に対してなされたものである。直接には、権利濫用の内容を論じたものであることはいうまでもない。<sup>66)</sup>ただ、判示中に、「私権の本質である社会性、公共性」という表現があることもあって、しばしば「公共の福祉」との関係が取りざたされるところである。もっとも、ここでいう「公共の福祉」については、やはり権利濫用の判断の一要素として位置づけられていると考えるのが適當であろう。<sup>67)</sup>ちなみに、判決文中には、同時に「信義則に違反」という表現も出てくる点も考慮すれば、むしろ、この判決は、一項・二項・三項の「切つても切り離せぬ縁」を象徴している判決ということもできるであろう。

### (3) 「権利濫用」の一要素としての「公共の福祉」

さらに、他の裁判例においても、特別法上の条項そのものが公共の福祉に反するか否かが問題となる場合を除いて、具体的な私法上の効果が生じる場面、公共の福祉に反することだけを理由に権利行使の正当性や損害賠償について判断しているものはほとんど存在しない。むしろ、権利行使を制約するための根拠として公共の福祉を持ち出して、権利濫用の有無を問う場合が少なくない。

このような状況をふまえれば、民法上の原理を宣言する意味合いが強く、場合によっては私権制約の範囲が広くなりすぎる可能性のある一項をあえて単独で用いる必要性は薄いように思われる。やはり、(2)でも述べたように、一項の公共の福祉は、よりきめ細かな利益衡量が確立されつつある三項の権利濫用法理を適用する際に考慮さ

れるべき重要な要素と捉えた方がよいのではなからうか。

この点で興味深いのは、下級審裁判例ではあるが、いわゆる予防接種禍訴訟において、原告である患者側の事情だけでなく、「少数の犠牲者の発生を認識しながら、公共の福祉のために予防接種を強制し、公益目的を実現しているものであって、これらそのための犠牲者の救済も被告の責務といえること」から、国による消滅時効の援用が権利濫用にあたりとされたものが存在することである。ここでは、予防接種自体が公共の福祉を目的とする行為であることを認めながら、逆にそれを理由に予防接種を強制することが、抗弁事由としての消滅時効の主張を権利濫用として否定するための要素（再抗弁事由）として考慮されている。

なお、本稿において一項について適用を慎重にすべきであると主張するのは、単に一般条項であるということと理由とするわけではない。いわゆる一般条項であっても、本条二項の信義則・三項の権利濫用あるいは九〇条の公序良俗違反のように、具体的な利益衡量をふまえた裁判例の蓄積により一定の適用基準が明示されている場合には、法の欠缺の補充などの場面でむしろ積極的に利用することも可能であろう。

むしろ、「公共の福祉」という概念は、これら他の一般条項の判断要素として取り込まれていることによって条文が本来予定している目的の達成が十分可能である反面、独立して利用するとその言葉のもつ茫漠な内容ゆえに私権を過度に規制することにつながりかねない危惧がある点に留意すべきであろう。

### 3 一項と二項との関係

#### (1) 緒論

一項の公共の福祉と二項の信義則については、権利義務の内容について社会性が要求されるという点では一致するが、直接の関連性がないという指摘がある<sup>86</sup>。実際、裁判例をみると、権利濫用の有無の判断にあたって公共の福祉を考慮するものは多いが、信義則の適用にあたって公共の福祉を考慮するものはほとんど存在しない。

ただ、両者の関係が問題となった事例として、土地の新所有者からなされた従来の借地人に対する土地明渡請求

に関する二つの下級審裁判例がある。そこで、(2)では、これらの裁判例について、検討することしよう。

(2) 二つの下級審裁判例にみる一項と二項との関係

第一に、弁護士であって、隣地上の家屋に事務所を構え、他に更地も所有する新所有者が、自己の利益を追求するために、借地人に対抗力がないことを確認したうえで建物収去・土地明渡請求を行った事案である。

この判決では、請求を認めると被災者である借地人の生活基盤が奪われることになり、かつ、当時の住宅事情からすると家屋収去自体が社会経済上重大な損失となることを指摘したうえで、法律に明るい新所有者が利益追求のため法律上の瑕疵に基づいて法律上の瑕疵に乗じた結果としてその損失が生じることは、「健全なる社会通念上公共の福祉に反するものとして到底容認できない」という。そして、新所有者による借地権または家屋登記欠缺の主張は信義則に反し、かつ、建物収去・土地明渡請求は権利濫用にあたる」と結論づける。

第二に、それぞれ商店を営む九名の借地人がいる土地について道路拡張に伴い換地が指定されることになったが、他の借地人から共同利用を拒絶された者がやむを得ず旧所有者から土地を買受けた（本来は自己の借地権分のみ買い取ろうとしたが、旧所有者が一括売買にしか応じなかったのですべての部分を購入した）ところ、他の八名の借地人が換地予定地上に新所有者が店舗を建設できない形で建物を建築したため、新所有者が建物収去・土地明渡しを求めた事案である。ここでは、八名のうち七名については借地権の対抗力を有しない者であることを前提として、新所有者による建物収去・土地明渡請求をすることが権利濫用となるか否かが問題となった（なお、本判決の上告審判決は、原審で換地上の借地権の存在を認められた残り一名の借地人につき、そもそもその借地権が存在しない旨判示して破棄差戻しをしたもので、公共の福祉・信義則・権利濫用のいずれの法理の適用も問題とはされていない）。

本判決は、この点につき次のように判示したうえで、新所有者の請求は、信義則に反せず、権利濫用にもあたらないとした。「権利濫用とは、権利者にさしたる利益がないのに相手方に過大な損害を招来するが如き場合又はそ

の行使が公共の福祉に反するが如き場合等権利行使に名を藉りて信義の法則に反し又は社会の秩序を混乱するが如き場合を指称し、権利者の利益と相手方の損害額との比較衡量とか相手方の蒙る損害が過大であるとかの観点からこれを軽々に適用すべきものではないと解する」。

### (3) 小括

このように、いずれの裁判例も、公共の福祉と信義則の関係だけが問題となっているわけではなく、むしろ権利濫用を基礎づける要素として公共の福祉と信義則の双方に反することをあげているにすぎない。信義則が兩判決で言及されているのは、建物収去・土地明渡請求権という具体的な「権利の行使」が問題となっているからであるように思われる。

以上の点を考慮すれば、理念が共通するという点は別として、二項の信義則違反の判断に際して、一項の公共の福祉が直接影響を与えることはほとんどないといえるであろう。

## 六 まとめ —— 「公共の福祉」の現代的意義

以上で検討してきたように、本稿では、民法における「公共の福祉」の現代的意義について、一条一項の生みの親ともいえる我妻博士の法理論を中心に、歴史的な経緯を確認したうえで、下級審裁判例を含めた裁判例の分析をもとに明らかにすることを試みた。

すでに与えられた紙数を大幅に超過しているので、ごく簡単に結論のみまとめれば、次の通りである。

国家協同体の思想のもとで「公共の福祉」の独自の意義を示そうとした我妻理論は、公が私権に優先する全体主義的な思潮を危惧する世論のもとで、一般的な形で受け入れられるところとはならなかった。しかし、我妻博士は、

決して民法を全体主義的な形に引き戻そうとしたのではなく、むしろある種の理想に対置される形の現実を見据えつつ、新しい民法の姿を模索していたといえる。ただ、我妻理論が受け入れられなかったのは、上述のようなイデオロギー的理由にとどまるわけではない。すでに権利濫用法理適用の場面等で世の中の人々に共有されてきた、より素朴な社会性・公共性という形を超えて、あえて大上段な議論を展開しようとしたところに問題があったように思われる（二）。

また、我妻博士も強調した憲法と民法の関係についてみると、憲法上の議論は民法上の議論にそれほど大きな影響を与えているわけではなく、むしろ民法における「公共の福祉」は独自の発展を遂げているともいえるが、ただ、民法一条一項が直接の紛争解決規範として機能する場合には影響がある点には留意する必要がある（三）。

さらに、民法一条一項に関する裁判例を分析した結果、同条項がそれ単独で紛争解決規範として用いられることはきわめて稀なことであり、むしろ、権利濫用や公序良俗違反など、他の法理による具体的な紛争解決にあたってその根拠を補強する（すなわち、それらの法理適用に際しての一要素となる）法理として用いられるのが通例である。すでに述べたように、民法上、公共の福祉が問題となる裁判例では、大上段に公益性がふりかざされることは少なく、むしろ当事者間の具体的な利益を考慮したうえで、より素朴な形で公益性の有無が検討されている点も留意しておきたい（四）。

そのうえで、一条一項・二項・三項の各条項の関係という観点から裁判例を分析すると、巷間「公共の福祉」が適用された代表例と評されている裁判例も含めて、実は、「権利濫用」法理による解決が図られており、「公共の福祉」はその一要素として考慮されているにすぎないものが少なくないことがわかる。ちなみに、「公共の福祉」は、信義則の要素としては、あまり考慮されていない点にも留意しておきたい（五）。

以上の検討をふまえれば、「公共の福祉」は、現代の裁判においてその中心的な役割が期待されているわけではないものの、その役割は、権利濫用法理を中心とした民法の中で脈々と受け継がれている。激動する世の中で、「公共の福祉」と民法は、互いに飛び跳ねることもなく、手を携えて六〇年以上の長い間を生き抜いてきたともい

える。

茫漠な内容ゆえに私権を過度に規制する可能性をもつ「公共の福祉」概念と今後も上手に付き合うことができるのか——これは、まさに、これからの民法学に課せられた使命といえるのかもしれない。

## 注

- (1) 周知のように、民法制定当時の一条は、現行民法三条にあたる「私権ノ享有ハ出生ニ始マル」(一九四七年改正後・二〇〇四年改正前は一条の三)であった。なお、現行二条の規定も、一条の二として、戦後の民法改正により導入されたものである(二〇〇四年改正により、条数が変更された)。
- (2) 民法一条制定の経緯については、我妻栄編『戦後における民法改正の経緯』(日本評論新社、一九五六年)一九八〜一九九頁(なお、同書では、家族法を中心とした戦後における民法改正の経緯について、議論の経緯を含め詳細に記録されている)、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 全般的考察』(有斐閣、一九九八年)六六〜一〇九頁、谷口知平・石田喜久夫編『新版注釈民法(一) 総則(一)〔改訂版〕』(有斐閣、二〇〇二年)五八〜六一頁(田中実・安永正昭執筆部分)、宗建明「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」北大法学論集五二巻五号(二〇〇二年)一一一〜一二六頁、前田達明編『史料民法典』(成文堂、二〇〇四年)一三二〇〜一三二四頁(前田達明・姫野学郎執筆部分)。このほか、我妻栄『新訂民法総則(民法講義I)』(岩波書店、一九六五年)三三〜三四頁、吉田克己「公共の福祉・権利濫用・公序良俗」内田貴・大村敦志編『民法の争点(ジュリスト増刊・新法律学の争点シリーズI)』(二〇〇七年)四八〜五〇頁、我妻栄・有泉亨・清水誠・田山輝明『我妻・有泉コンメンタール民法 総則・物権・債権(第二版)』(日本評論社、二〇〇八年)四七頁、等も参照。
- (3) 加藤雅信『新民法大系I 民法総則(第二版)』(有斐閣、二〇〇五年)三九〜四〇頁。
- (4) 以下の本稿における紹介については、前掲注(2)に掲記した諸文献を参照。とりわけ、池田論文は、衆議院・参議院での審議の状況を含めて、「公共の福祉」の条文案の変遷につき、きわめて詳細な検討を加えている。
- (5) 要綱案第四〇については、前田編・前掲注(2)一三〇六頁。なお、池田・前掲注(2)七三〜七八頁も参照。

- (6) 『新旧対照改正民法案（日本立法資料全集別巻一〇六）』（復刻版、信山社、一九九八年）一頁。なお、池田・前掲注(2)七八頁では、「民法の一部を改正する法律案」が、一九四七年七月に国会に提出された旨が紹介されている。なお、その前の三月から五月にかけて発行された新聞各紙で、すでにこの条文案が明るみに出ていたことを指摘するものとして、前田編・前掲注(2)一三二―一三三頁も参照。
- (7) 以上については、池田・前掲注(2)七八―九八頁、前田編・前掲注(2)一三二―一三三頁。
- (8) 二〇〇四年の民法改正で一条一項の表現が変えられていることが指摘されているものとして、池田眞朗編『新しい民法——現代語化の経緯と解説』（有斐閣、二〇〇五年）五三頁、河上正二『民法総則講義』（日本評論社、二〇〇七年）一二頁。
- (9) 例えば、わが国の法継受の対象の一つであるドイツ民法典（BGB）では、「信義則」（一五七条・二四二条）と「権利濫用」法理（二二六条）は規定されているが、「公共の福祉」に関する規定は存在しない。ちなみに、日本の民法典の影響が色濃くみられる民法典のうち、韓国民法典や旧満州国民法典はやはり「信義則」と「権利濫用」法理を規定するのみで（いずれも二条）、やはり「公共の福祉」の規定は存在しない。なお、韓国民法典および旧満州国民法典については、それぞれ、前田編・前掲注(2)一八一―一五頁および一七一―一七頁を参照。
- (10) 二〇〇八年三月一・二日に、民法改正研究会（代表・加藤雅信教授）の主催で開催された「民法改正国際シンポジウム——日本・ヨーロッパ・アジアの改正動向比較研究」では、公が私権に優先するという印象のある現在の「公共の福祉」の規定につき、「私権は、公共の福祉と調和しなければならない。」という改正提案が示された。これに対して、アーサー・S・ハートカンブ教授（ラドブート大学）からは、ヨーロッパの民法典にはみられないという若干の違和感が表明された。また、カール・リーゼンフーバー教授（ポッフム大学）からは、「現行民法典が冒頭規定にこのような文言を置いていることは、ナチズム的なコミュニケーションが個に優先する全体主義的な思潮との連想を生みかねないのではないか」という疑念が表明されている。以上については、加藤雅信「日本民法改正試案の基本方向——民法財産法・冒頭と末尾（第1章 通則）」「不法行為」の例示的検討」ジュリスト一三五五号（二〇〇八年）九四―九五頁。
- (11) 池田・前掲注(2)一〇〇頁では、「原理に透徹して体系的に物事を考える当時の代表的法学者であり、実際政府原案を起草するうえで中心的な役割を果たしたことが明らかな我妻栄」という表現がなされている。また、同七六頁で、臨時法制調査会における「民法改正要綱」案・第四〇をめぐる議論での我妻博士の発言について、次のような紹介がなされていることも、我妻博士の関与を印象づけるものであろう。「事柄を挙げますれば、基本的人権の濫用を許さぬと云ふことと、進んでそれを公共

の福祉の為に利用せよと云ふこと、それから個人の権威と両性の本質的平等を記さうと云ふことと、恐らく此の項目が四つあるだらうと思ひます。之を出来れば民法の冒頭に掲げたい』とアイデアを開陳しながら、『中々名文句が浮かびませぬ』ために具体案として提示することは断念して衆議に委ねた経緯を説明している。この点については、前田編・前掲注(2)一三二二頁も参照。

(12) 我妻・前掲注(2)三三頁。また、我妻Ⅱ有泉Ⅱ清水Ⅱ田山・前掲注(2)四六頁も参照。なお、一条各項の關係については、我妻栄「公共の福祉・信義則・権利濫用の相互の關係」『民法研究Ⅱ 総則』(有斐閣、一九六六年)三四頁(初出は、一九六二年)も参照。

(13) 我妻・前掲注(2)三八〜四〇頁。ちなみに、二項と三項については、より具体的には、次のように説明される。二項について、相手方の些細な債務不履行を理由とする解除は、三項の権利濫用ではなく、信義に反する解除権の行使として効力を生じないということになる。また、三項について、特定の者の所有権の行使と社会の一般人との關係が中心的な対象となるため、特許権・商標権の行使、不正競争などもこの例になるとされる。なお、二項・三項のいずれも、その基準は、単に常識的・道徳的判断ではなく、できるだけ客観的に定めなければならないという。

(14) 我妻・前掲注(2)四一〜四二頁。

(15) 我妻・前掲注(2)三二〜三三頁。なお、本文で述べたことと同様の点に着目するものとして、池田・前掲注(2)一〇〇〜一〇一頁。

(16) 我妻栄「新憲法と基本的人権」『民法研究Ⅷ 憲法と私法』(復刻版、有斐閣、一九八五年(初版は一九六五年))二四五〜二四六頁(初出は一九四八年)。

(17) 我妻・前掲注(16)二四八頁。

(18) 我妻栄「農地改革は憲法違反か」前掲注(16)『民法研究Ⅷ』三三四頁(初出は一九四八年)。なお、我妻博士が公共の福祉を権利内在的に捉えているというのは筆者の評価である。ちなみに、一条一項の命題は、民法上の意味で「公共」が問題となる民法中の特定分野(生活利益法と競争利益法)の法理を表現した命題と捉えるものとして、広中俊雄『新版民法綱要第一巻総論』(創文社、二〇〇六年)一三三頁。これとは別に、公共の福祉を、民法外在的な「国家公共の利益」ではなく、民法内在的な「市民的公共性」という観点から把握することを説くものとして、宗建明「日本民法における『公共の福祉』の再検討(5・完)——『市民的公共性』形成の試み」北大法学論集五三巻三号(二〇〇二年)三〇〜五〇頁。この点については、吉田・



- 前掲注(2)四九〇頁も参照。
- (19) 加藤・前掲注(3)三〇頁。
- (20) 我妻編・前掲注(2)一九八頁（奥野健一発言部分）。この点を指摘するものとして、前田編・前掲注(2)一三三頁。
- (21) 池田・前掲注(2)八五〇頁、前田編・前掲注(2)一三二〇～一三二三頁。
- (22) 池田・前掲注(2)一〇六頁。ちなみに、生活利益法における地域住民による生活利益の共同享受、さらに競争利益法における関係事業者・一般消費の競争利益の共同享受という意味で「公益」が優先することがあるが、これは国家協同体などの「各個を超越した全体」の利益を説いた国家主義・全体主義とはまったく無縁であるというものとして、広中・前掲注(18)一三六〇～三七頁。なお、我妻理論とその後の学説による批判の状況については、宗・前掲注(2)一四一〇～一四二二頁を参照。
- (23) 我妻編・前掲注(2)一九八頁（我妻発言部分）。最後の「ナチスに反対で……」という発言があったことを指摘するものとして、前田編・前掲注(2)一三二三頁。
- (24) 我妻栄「基本的人権の保障」前掲注(16)『民法研究Ⅷ』三四八〇～三四九頁（初出は一九五五年）。
- (25) 我妻栄「憲法二四条は改正すべきか」前掲注(16)『民法研究Ⅷ』三八八頁（初出は一九五五年）。同様の指摘をするものとして、我妻栄「家庭生活の民主化」『法律における理屈と人情』（第二版、日本評論社、一九八七年（初版は、一九五五年））一五六〇～一六〇頁。なお、我妻博士は、戦後の民法改正で追加された一条と一条の二について、「個人の尊厳」と「両性の本質的平等」は「自由」の原理の徹底・浸透を期するものであり、「公共の福祉」と「信義誠実」は「平等」の要請にこたえるものであるという（我妻栄「民主主義の私法原理」『民法研究Ⅰ 私法一般』（有斐閣、一九六六年）四九頁（初出は一九四九年））。
- (26) 池田教授は、我妻博士が「わが国の民法学者が——私をも含めて——これまで、『自由なる所有権』の理想の行き過ぎを是正することにだけ力をいたしたこと」（我妻）を反省していると指摘している（池田・前掲注(2)一〇五〇～一〇六頁）。ちなみに、我妻博士がナチスの私法理論を批判しつつ、「ナチスの私法理論の『協同体』観点から非合理的なものを除き、これを批判的な努力の指標に変更することによって多くの示唆を受けることができる」（我妻・前掲注(2)四〇頁）と述べているのも一種の現実的観点の現れである。もっとも、このような記述が真意を誤解される一因となったことは、否めないであろう。
- (27) 我妻・前掲注(2)三九頁、谷口〓石田編・前掲注(2)『新版注釈民法（一）』六〇頁。
- (28) 以下の記述については、若部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第四版）』（岩波書店、二〇〇七年）九六〇～一〇一頁、若部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、一九九四年）一八六〇～二二三頁の整理に全面的に依拠している（そのため、各説の論拠につ

- いては割愛する)。なお、長谷部恭男「国家権力の限界と人権」樋口陽二編『講座・憲法学 第三卷 権利の保障』(日本評論社、一九九四年)四三〜七四頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(有斐閣、二〇〇五年)一〇二〜一八頁も参照。
- (29) 例えば、我妻Ⅱ有泉Ⅱ清水Ⅱ田山・前掲注(2)四七頁。
- (30) 池田・前掲注(2)七〇頁。
- (31) 以上の記述については、芦部・前掲注⑧『憲法(第四版)』二二〇〜二二二頁および二二四頁。
- (32) 我妻・前掲注(2)三九頁。
- (33) 我妻・前掲注(2)三二頁、谷口Ⅱ石田編・前掲注(2)『新版注釈民法(1)』六一頁、我妻Ⅱ有泉Ⅱ清水Ⅱ田山・前掲注(2)四六頁。
- (34) 分類の方法は、学説によって微妙に異なるが、ここではさしあたり谷口Ⅱ石田編・前掲注(2)『新版注釈民法(1)』六二〜六八頁の分類による。なお、別の観点からの分類については、我妻・前掲注(2)三二頁、四宮和夫『民法総則(第四版補正版)』(弘文堂、一九九六年)二四〜二八頁、等を参照。
- (35) 東京地判昭和三十三年一〇月三日判時一六七号一五頁(「霞ヶ浦北浦干拓事業中止事件」/干拓により影響を受ける建物)、東京地判昭和三十三年一二月一七日判時一七八号一八頁(借地人により無断で設置された営業看板)、大阪高判昭和三五年一二月一五日下午民集一巻二二号二六五四頁(抵当権を行使された土地上にある幼稚園として利用されている建物)。
- (36) 最大判昭和三五年二月一〇日民集一四巻二号一三七頁(農地)、最大判昭和三七年六月六日民集六巻七号一二六五頁(借地)。
- (37) 神戸地判昭和三五年三月二日下民集一巻三三三九頁(借地)、甲府地裁沢支判昭和三〇年九月一五日下午民集六巻九号二〇二〇頁(借地)、名古屋高判昭和三一年四月一七日民集一二巻一十一号一六八三頁(借地)。
- (38) 高知地判昭和六〇年三月二六日判タ六二五号一八七頁。
- (39) 東京高判平成八年二月二九日判時一五六四号二四頁。
- (40) 最判昭和三五年一二月一日民集四巻二二二六二五頁(「天の川発電用えん堤放流請求事件」)。
- (41) 千葉地判昭和六〇年一二月二六日訟月三三巻一十一号二五三八頁(「三里塚空港反対同盟鉄塔共有化事件」)。
- (42) 東京地判平成四年六月二五日金判九一六号四一頁。
- (43) 中之条簡判昭和四三年四月一三日判タ二二五号一五二頁。
- (44) 横浜地小田原支判昭和四四年四月三〇日下民集一〇巻四号八九一頁。

- (45) 福岡地判平成元年四月一八日判タ六九九号六一頁。  
本文中述べたような観点から公共の福祉にあたるべきとされた事情としては、次のものがある。
- (46) 敗戦後の経済復興・再建に必要な電力会社の事業（前掲注④）・最判昭和二五年一月一日／ただし、後に五で述べるように、最高裁判決では、直接「公共の福祉」には言及せずに原審判決の結論を是認している）
- ② 農業経営民主化のための自作農化促進及び小作農の地位の安定向上を目的とする農地法二〇条による農地賃貸借解約の制限（前掲注③）・最大判昭和三五年二月一〇日）
- ③ 他人の土地を宅地として使用する必要のある者がなお庄倒的に多く、しかも宅地不足が甚だしい現状において、借地権者保護を目的とする借地法四条一項（現・借地借家法五条一項）による借地権消滅後に建物が存在する場合の借地契約の更新（前掲注③）・最大判昭和三七年六月六日）
- ④ 戦災者の生活基盤としての住宅事情（前掲注③）・神戸地判昭和二五年三月二日）
- ⑤ 干拓事業による土地造成（前掲注③）・東京地判昭和三三年一月三日）
- ⑥ ダム建設（前掲注④）・中之条簡判昭和四三年四月一三日）
- ⑦ 防火等の公益的見地から規定された建築基準法四三条一項（建築物の敷地の接道要件）による行政上、建築物の敷地となる土地の用法の制限（前掲注③）・高知地判昭和六〇年三月二六日）
- ⑧ 羽田空港が手狭となったため航空管制、気象条件、工事上の問題、都心との連絡などの利用上の便益、買収民有地が比較的小範囲にとどめることができるといった諸事情を勘案したうえで設置場所を決定し、その建設のために既に巨費を投じたきわめて公益性の高い新東京国際空港（成田空港）の開港（前掲注④）・千葉地判昭和六〇年一月二六日）
- ⑨ 企業の破産手続による解体が、債権者のみならず、社会的、国民的な経済的損失をもたらすことに鑑み、再建の見込みのある者について、債権者等の利害関係人の利害を調整しながら事業の維持等を図ることを目的とする和議法に基づく債権行使の制限（前掲注④）・東京地判平成四年六月二五日）
- (47) 本文中述べたような観点から公共の福祉にはあたらないとされた事情としては、次のものがある。
- ① 収去・明渡請求の対象となる建物が幼稚園であること（前掲注③）・大阪高判昭和三五年一月一日／なお、原告が公共の福祉に反することのみを理由に権利行使が許されないと主張しており、権利濫用等の判断はされていない点に注意する必要がある）

②私有地を自由に通行すること以上の内容をもつ使用権の付与（前掲注(44)・横浜地小田原支判昭和三四年四月三〇日）

- (48) 前掲注(35)・大阪高判昭和三五年一月一日。
- (49) 前掲注(39)・東京高判平成八年二月二十九日。
- (50) 最判平成二年一月二十七日判タ一〇二五号一八頁。
- (51) 最判平成九年一月八日民集五一卷一〇号四二四一頁。
- (52) 前掲注(37)・甲府地獄沢支判昭和三〇年九月十五日。
- (53) 前掲注(40)・最判昭和二五年一月一日。
- (54) 前掲注(35)・東京地判昭和三三年一月二十三日。
- (55) 前掲注(41)・千葉地判昭和六〇年一月二十六日。
- (56) 前掲注(37)・神戸地判昭和二五年三月二日、甲府地獄沢支判昭和三〇年九月十五日、名古屋高判昭和三二年四月十七日、前掲注(35)・東京地判昭和三三年一月十七日。
- (57) 公共の福祉が、特別法上の規定やそれに基づく行為を正当化する根拠として単独で用いられる裁判例としては、次のようなものがある。
  - ①農地法二〇条（農地等賃貸借における解約等の制限に関する規定）は、農業経営民主化のための自作農化促進及び小作農の地位の安定向上という重要政策に基づく立法であり、同条の制限する程度の所有権行使・処分に関する不自由さは公共の福祉に適合する合理的な制限であり甘受しなければならないとして憲法一九条及び一四条に違反しないとした事例（前掲注(36)・最大判昭和三五年二月一〇日）
  - ②借地法四条一項（現・借地借家法五条一項／借地権者の更新請求権に関する規定）は、「他人の土地を宅地として使用する必要のある者がなお圧倒的に多く、しかも宅地の不足が甚だしい現状において、借地権者を保護するため」のもので、公共の福祉の観点からは認められるべきとした事例（前掲注(36)・最大判昭和三七年六月六日）
- (58) 前掲注(35)・東京地判昭和三三年一月二十三日。
- (59) 前掲注(41)・千葉地判昭和六〇年一月二十六日。
- (60) 中之条簡判昭和四三年四月十三日判タ二二五号一五二頁。
- (61) 前掲注(40)・最判昭和二五年一月一日。

- (62) 我妻・前掲注(2)三八～三九頁。
- (63) 従来の裁判例における権利濫用の判断には、①権利行使の害意性と、②私権の公共的利益との利益衡量という二つの要素が関係していることを指摘するものとして、加藤・前掲注(3)四一～四六頁（特に四四頁）。
- (64) 最判昭和四〇年三月九日民集一九卷二号三三三頁。
- (65) ちなみに、すでに注(63)でも述べたように、権利濫用法理では、権利行使の害意性を問われることも多いが、本最高裁判決では、「なお、この判断に関し、原判決中に上告人らの加害の意思について判示されていないことは、格段の障害となるものではない」と判示されているように、私権の公共的利益との利益衡量という客観的な事情のみで権利濫用であるとされている点是非常に興味深い。紙幅の関係もあり、検討は割愛する。なお、国家政策遂行という政治的観点が、権利濫用の客観的要素として考慮される公共の福祉の内容となった結果、権利濫用法理は、侵害行為を部分的に適法化し、一種の私的取用の機能を果たすようになったと批判するものとして、吉田・前掲注(2)四九頁。
- (66) 谷口Ⅱ石田編・前掲注(2)『新版注釈民法（1）』七〇頁。
- (67) 「公共の福祉」の適用は慎重にすべきと説く見解として、川島武宜『民法総則（法律学全集一七）』（有斐閣、一九六五年）五〇頁、幾代通『民法総則（第二版）』（現代法律学全集五）』（青林書院、一九八四年）二三頁、四宮和夫Ⅱ能見善久『民法総則（第七版）』（弘文堂、二〇〇五年）一四頁、平野裕之『民法総則（第二版）』（日本評論社、二〇〇六年）六〇四頁、等を参照。
- (68) 前掲注(4)・千葉地判昭和六〇年一月二六日。
- (69) 谷口Ⅱ石田編・前掲注(2)『新版注釈民法（1）』七三三頁。
- (70) 前掲注(37)・神戸地判昭和二五年三月二日。
- (71) 前掲注(37)・名古屋高判昭和三一年四月一七日。
- (72) 最判昭和三三年七月三日民集二卷二一号一六六一頁。