

民法における「公共の福祉」 —国家安全保障という視点からの一考察—

福田健太郎

目次

- I はじめに
- II 「公共の福祉」の内容に国家安全保障は含まれるか
- III 「公共の福祉」の内容に国家安全保障が含まれることの意味
- IV おわりに

I はじめに

近年、外国資本による日本の土地購入が各地で問題となっている。対馬の海上自衛隊基地に隣接する土地が（島民名義で）韓国資本に買収されそこに韓国資本のリゾートホテルが建設されたという報道⁽¹⁾は記憶に新しいが、それ以外にも、中国をはじめとする外国資本によって日本各地の森林⁽²⁾や沖縄の米軍基地周辺の土地⁽³⁾が買収されているという報道が頻繁になされるようになってきている。これらの現象に共通するのは、いずれも日本の安全保障上重要な土地が取引の対象とされていることである。在日米軍基地や自衛隊基地周辺、国境の島である対馬・沖縄が安全保障上重要な土地であることは言うまでもないが、水資源の確保という観点からは各地の山林も安全保障に欠かせない土地である。

不動産の購入は純粋な私法上の契約であり、法形式の面だけをみるとそれ自体に何ら問題はない。しかし、このような民法の通常のパラダイムを用いた完全に合法的な行為によって、現実的あるいは潜在的に国の安全が脅かされる状態が発生しているという現実がある。そして、このような行為を防止する手段は現行法上用意されていない。この点で現行法体系には重大な欠陥がある。長尾一紘は、2011年に出版された著書の中で、「戦後体制の顕著な特質のひとつとして、国家意識の欠

如を挙げることができます。この国家意識の欠如が、外交、安全保障のみならず、日本のすべての局面での隘路になっているように思われます。国家意識の欠如は、現在、あらたな局面をむかえつつあるようです⁽⁴⁾と述べているが、日本の安全保障にとって重要な土地を外資が購入することに関して必要な規制が何らなされていないという現状も、その原因のひとつに国家意識の欠如が存在することは否定できない。長尾は、国家意識の欠如から派生する各論的問題が重要な憲法問題になることを指摘するが、上記の例に代表されるように、民法のパラダイムを用いた行為によって安全保障上の問題が惹起されているのであるから、国家意識の欠如は重要な民法問題にもなるといってよい。

本稿では、以上のような問題意識の下、外国資本（以下、主体に着目して適宜「外国人」という言葉を用いる）による土地買収の問題について、民法学として何らかの対処法を用意することができないか検討を試みる。解釈論として依拠できる可能性のある条文は1条1項である。1条1項は、文言通り読めば、公共の福祉による私権の制約を認めた規定とも読めるため、1条1項について検討することが必要となるわけである。以下、①1条1項の「公共の福祉」の内容に国家安全保障が含まれるのか、②それが肯定されたとして、具体的にどのような効果が生じるのか、

といった点について検討を進めていく。

II 「公共の福祉」の内容に国家安全保障は含まれるか

本章では、民法1条1項の「公共の福祉」の内容に国家安全保障を含めることが可能なのかという問題を検討する。検討の中心は、立法趣旨やその後の学説の展開がこのような解釈を許容するのかという点に向けられることになる⁽⁵⁾。また、後述のように、1条1項は憲法の理念を民法に取り込むという趣旨で設けられたものであるため、憲法学における「公共の福祉」論を参照することが不可欠となる⁽⁶⁾。そこで、憲法学上の議論が上記のような解釈を許容するのかということについても検討することにする。最後に、隣接諸領域の議論も一瞥しておくことにする。

1. 民法学における議論の推移

(1) 立法時の議論⁽⁷⁾

帝国憲法改正案が帝国議会において審議中であった1946年7月9日、政府は臨時法制調査会を設置した。臨時法制調査会に求められたのは、憲法改正に伴い制定・改正が必要となる主要な法律について、その法案の要綱を示すことであったが、同年10月26日に出された答申の第13項目「民法中改正法案要綱」の第40において、調査会は「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こと」を提案した。これを受けて、内閣は、1947年7月18日に「民法の一部を改正する法律案」(政府原案)を国会に提出したが、ここでは、民法1条1項として「私権ハ総テ公共ノ福祉ノ為メニ存ス」という文言が用意されていた。憲法12条の精神を民法に現わす表現としてはこれが適当であるというのが政府の説明であった。

この政府原案に対しては、一方で、憲法の個人主義の原理と矛盾しており全体主義的な考え方そのものであるとの批判がなされ、他

方で、私権がすべて公共の福祉のために存することは憲法の大原則であり民法中に規定することは蛇足であるとの批判⁽⁸⁾が投げかけられた。このような中、1947年10月27日の衆議院司法委員会において、2つの修正案が提出された。「私権ハ公共ノ福祉ニ遵フ」という文言の社会党・民主党・国民協同党の共同提案と「私権ハ公共ノ福祉ニ反セサル限度ニ於テ存ス」という自由党の修正案である。

三党共同修正案については、憲法12条、13条の意味を極めて十分に完全に言い表したものであり、私権は公共の福祉とともにある、公共の福祉と調和協同するという意味であるとの説明がなされ、自由党修正案については、私権は前提として最大の尊重を必要とするものであるが、公共の福祉に反してはならないというのが憲法12条、13条を貫く精神であるとの説明がなされた。審議の結果、三党共同修正案が賛成多数で可決され、若干の紆余曲折を経つつも、12月9日、最終的に法律として成立した。

この段階における立法者の認識として確認しておくべきことは、公共の福祉が私権に対する外在的な制約原理として理解されていたということ⁽⁹⁾、そして、かかる理解が憲法、とりわけ、憲法12条、13条の趣旨に沿うものとされていたことである。

(2) 民法学における伝統的通説の理解

では、伝統的通説は1条1項をどのように理解したのか。伝統的通説を代表する我妻栄が政府原案の起草段階においても主要な役割を果たした⁽¹⁰⁾ことに鑑み、ここでは1965年に出版された『新訂民法総則』の記述をもとに、我妻の理解を概観することにする⁽¹¹⁾。

我妻は、私権がその権利主体たる個人の利益を直接の目的とすること自体は肯定しつつも、①理論的には、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、あるいはそれ以上の私

権なるものはありえず、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するものである、②のみならず、実質的にみれば、社会全体の向上発展は、すべての個人の充実発展なしには考えられないと同時に、各個人の充実発展は社会全体の向上発展とともにのみ可能であるから、私権の認められる根拠は、それが社会共同生活の向上発展のための不可欠の要件であることに存在すると述べ、私権は究極において社会共同生活のために存在するものであり、1条の規定はかかる私権の社会性を宣言したものであることを指摘する⁽¹²⁾。そして、公共の福祉とは社会共同生活の全体としての向上発展のことを指し、私権がこれに遵うというのは、私権の内容及び行使はこれと調和を保つべきであって、これに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ことを意味するという理解を示す⁽¹³⁾。

我妻の理解は、立法段階における政府原案の文言と密接に結び付くものであるが、条文として結実した三党共同修正案の趣旨とも合致するものであり、この点で立法時の理解が基本的に維持されていることがうかがえる⁽¹⁴⁾。

(3) 民法学におけるその後の理解

では、『新訂民法総則』以後の状況はどうであったか。以下では、民法学におけるその後の見解について、概説書等の1条1項に関する記述をもとに、概観することにする。

まず、『新訂民法総則』と同年代、1960年代の見解であるが、たとえば、川島武宜は、本条について、私的利益を強調する「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る」と述べている⁽¹⁵⁾。幾代通⁽¹⁶⁾も、①本来、あらゆる私権は社会共同生活のために存在すべく法によって認められるものであり、法ないしは国家より以前からの(あるいはそれ以上の)私権なるものは理論上ありえない

はずであること、②近代初期における古典的な思想の下では私権(とりわけ所有権)をもって絶対不可侵の天賦不可譲のものと考える傾向がありそれは封建制度下における種々の拘束を打破し個人の尊厳を確立するのに役立ったが、19世紀の後葉以降の富の偏在によってもたらされた社会的・経済的諸事情の変化は古典的私権観を維持することを不可能ならしめるにいたったこと、を指摘したうえで、社会の共通の利益に基づいて私権の絶対性を制約するような解釈がますます増加する勢いにあり、1条1項はこのような動きを正当化するものであるとしている⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾。このように、川島の見解にせよ幾代の見解にせよ、この時期の見解は基本的に我妻の理解を踏襲し⁽¹⁹⁾、個人の利益を超えた社会的な利益によって私権を制約するものとして公共の福祉を理解していることが読み取れる。

1970年から1980年代にかけてであるが、この時期になると、憲法との関係について若干の悩みを見せる見解が登場する。たとえば、星野英一は、公共の福祉という言葉は「憲法に数箇所出ており、これとほぼ同じ意味であるといえよさそうだが、憲法におけるその意味も、そう明らかではない」として、公共の福祉の意味をどのように捉えればよいのかということについて、憲法学説の理解に従おうとしてもその憲法学説が統一的な理解を打ち出せていないことを指摘する。そして、憲法学における一元的内在制約説にも理解を示す形で、公共の福祉を「ある権利のみでなく対立する他の権利との調和をはかること」としても理解する見解を打ち出す⁽²⁰⁾。

もっとも、全体の流れとしては、学説は基本的に伝統的通説を踏襲しており、たとえば、米倉明は、「私権は私法によって認められるものであり、その私法は社会共同生活の発展(公共の福祉)を目的としているのだから、私権は社会共同生活の発展と両立する限りで認められることになるのはむしろ当然で

あって、私権にはもともとそのような限界（公共の福祉による限界づけ＝私権の社会性）があるというべきなのである。民法1条1項は私権の社会性を宣言した条文であって、当然のことを述べたまでもいえる⁽²¹⁾とする⁽²²⁾。

1990年代以降は概説書の数が増加する時期であるが、それと反比例するような形で（1条1項を活用する判例が乏しいことも影響していると思われるが）、公共の福祉の説明は簡単なものになっている。特徴的であるのは、「公共の福祉」を内在的制約原理であると表現する見解が増加していることである⁽²³⁾。この点について、北川善太郎は、1条1項には2つの異なる性格、すなわち「ある私権の行使を排除する一般の公共利益を定めた規定」としての意味と、「一定の状況で一般の社会的利益により私権そのものが内在的に制約されている旨を定めた規定」としての意味があり、前者の場合においては、「民事紛争における原告による私権の主張が、公共の福祉に優先されそもそも許されない」ことになり、後者の場合においては、「私権の主張に対抗して、一定の状況下ではその私権の行使が内在的に制約されている」ことになるとする⁽²⁴⁾。

このように、我妻『新訂民法総則』以後の民法学説を概観しても、基本的には我妻の見解（＝伝統的通説）をベースに公共の福祉が理解されているということがわかる⁽²⁵⁾。すなわち、個人の利益に還元できない社会的な利益（その内容は明確ではなく、もっぱら解釈に委ねられているということが出来る）によって私権が制約を受けるということが承認されているのである⁽²⁶⁾。そうであるなら、今日に至るまでの民法学の議論を前提にする限り、国家安全保障という視点を公共の福祉に組み込むことは排除されておらず、国家安全保障という必ずしも個人の利益に還元できない利益によって私権が制約を受けるという考え方が許容される余地は十分あるというこ

とができる。

2. 憲法学の動向

もともと、1条1項は、その成立の経緯から見ても憲法の理念を取り込むという趣旨で設けられたものであり、憲法解釈のレベルで、「公共の福祉」に安全保障という内容を取り込むことが否定されるのであれば、いかに民法学が独自の発展を遂げているとしても、民法解釈としてそれを完全に無視することはできない。以下では、憲法学における議論の変遷をごく簡単に振り返ることにする⁽²⁷⁾。

(1) 伝統的通説における「公共の福祉」論

初期においては、一元的外在制約説⁽²⁸⁾、内在・外在二元的制約説⁽²⁹⁾の対立がみられたが、その後、一元的内在制約説⁽³⁰⁾が登場し、通説化していくことになる。これは「憲法施行後初期の段階で対立的に主張された以上2つの考え方をいわば折衷する形で、昭和30年代の初めに学界に登場し、その後の学説・判例の動向に大きな影響を与えた」⁽³¹⁾見解であり、大要次のように主張した。

①ある個人の人権の主張は、多くの場合において、他人の人権と多かれ少なかれ矛盾し、衝突する。社会生活が維持されるためには、こうした矛盾・衝突を調整することが必要である。②絶対制の下では、こうした調整は比較的容易だといえるが、民主主義的思考の下では事情が異なる。ここでは、「人間」が至上であるから、人権は何よりも高い価値を認められる。人権に対抗する価値を認められるのは、他人の人権だけである。したがって、甲の人権と乙の人権とを等しく尊重しつつ、両者の間の矛盾・衝突の調整をはからなければならない。③このような人権調整の原理ともいべきものは、実質的に公平なものでなければならない。日本国憲法における公共の福祉という言葉のコンテクストは、明らかに自由国家的・社会国家的国家観に支配されたものであり、「人間性」の尊重をそ

の最高の指導理念とするが、ここにはすべての個人を超えた「全体」の利益ないし価値というようなものは存しない。④このように考えると、日本国憲法における公共の福祉とは、人権相互の間の矛盾・衝突を調整する原理としての実質的公平の原理を意味すると解すべきことになる。⑤この意味での公共の福祉は、人権の保障そのものの本質から論理必然的に派生する原理であり、憲法の明文にその根拠を有するものではない⁽³²⁾。

この見解は、公共の福祉による一元的な制約を説く限りでは一元的外在制約説と同じ立場に立つが、「ある人の人権に対して規制を要求する権利のあるものとしては、他の人の人権以外にはあり得ない」という理解の下、「公共の福祉」を人権相互の矛盾・衝突を調節する実質的公平の原理と解するところに特徴がある⁽³³⁾。この見解は、合憲性の基準が明確でないといった批判は受けたものの、徐々に通説としての地位を確立し、その後の見解は一元的内在制約説をベースに組み立てられていくことになった⁽³⁴⁾。

(2) 憲法学における動揺

ところが近時、憲法学において、公共の福祉の理解に変化の兆しがみられる。伝統的な通説である一元的内在制約説に対して異議を唱える見解が登場しているのである。長谷部恭男の見解がそれである⁽³⁵⁾。

長谷部は、一元的内在制約説を次のように批判する⁽³⁶⁾。第1に、一元的内在制約説は、人権を制約する根拠となるのは必ず他の人権でなければならないとの前提から出発するが、これは我々の常識と衝突する。たとえば、表現の自由を規制する根拠として持ち出される街の美観や静穏、性道德の維持、電波の混信の防止などは、いずれも個々人の人権には還元されえないものであり、せいぜい社会全体の利益としてしか観念し得ない。一元的内在制約説のよって立つ前提は、政府が必ずしも個々人の人権には還元し得ない社会全

体の利益としての公共の福祉の実現をその任務としているという明白な事実を曖昧にするばかりでなく、現にある人権が制約されている以上、その制約根拠となっているのも人権であるという誤った思考を導く危険がある。

第2に、一元的内在制約説は、人権が本来互いに矛盾・衝突するものであって、それを調整するために公共の福祉に従って制約されざるをえないものであるとの前提に立っているが、この前提に対しても疑問がある。一元的内在制約説は、暗黙のうちに「人権」を一般的な行動の自由と同視しているが、その前提に立つと、およそ人は自らの好むことは何であれこれをなしうる天賦の人権を有し、人殺しをする自由、強盗をする自由、他人を監禁・暴行する自由などを天賦人権として有することになり、公共の福祉の観点から制約されなければならないということになる。殺人や強盗の制約と所有地の建築制限・職業の許可制などが一元的に説明されることになるわけであるが、このような考え方は我々の直観に反する。表現の自由や思想・良心の自由など、我々が通常「人権」として想定するものは、殺人の自由や強盗の自由と同列に論じられるべきものではない。他者と共存可能な存在として人間を考える限り、他者へ害悪を加える自由はそのような人間の属性に含まれないはずである。また、「人権」を本来、無制約とする一元的内在制約説の考え方は、公共の福祉を名目とする国家による規制をも無制約とする危険をはらんでいる。他者にほしのままに害悪を加えようとする邪悪な存在として人間を想定する限り、平和な社会生活を成立させ、維持すべき国家の行動範囲が無制限に及んでいくことも不思議ではない。その結果、あらゆる人権は、そもそも公共の福祉の観点からの制約を内在する「一応の自由」にすぎないとの結論が導かれる。社会に完全に飲み込まれない形で個人を尊重するためには、公共の福祉の観点からしても制約される

べきでない人権を保障する必要があるはしないかという問題は、このような観点からは見失われることになる。

このような問題意識のもと、長谷部は「国家権力の正当性根拠」という視点を設定することで公共の福祉の問題を捉え直す。大要、次のように説く⁽³⁷⁾。公共の福祉を実現しようとする国家権力が個人の行動の自由の制約を通じて、その目的を達成するものである以上、公共の福祉に関する諸学説は、国家権力（国家の権威）の正当性根拠を問題にするものであるが、一元的内在制約説は、この問題に対し、人々が国家の権威に服従すべき理由は、相互に衝突する多数の人権の調整にあると答えたことになる。しかし、国家の行動の正当化根拠が個人の人権に限られていないとすれば、国家権力の正当性の限界と個人の人権の限界とは一致せず、両者は独立に検討されなければならない。では、どのような場合に人は国家に従わなければならないのかというと、国家が私人よりもすぐれた知識を有している場合や問題を解決するうえで国家が一般人よりも適切な立場にある場合である。そうであれば、国家が私的領域に介入しうる限度は内在的に定まってくる⁽³⁸⁾。たとえば、国家がすぐれた知識を有するとの根拠から権威を要求している場合には、法令の根拠となる知識が、主張されるような妥当な知識でない限り従う必要はないことになるし、国家が公共財⁽³⁹⁾の適切な供給を行っておらず、かえって社会全体の利益の低下が予想される場合にはその法令に従う必要はない。このような場合、国家は公共の福祉を低下させていることになるから、裁判所はそのような法令の適用を拒否すべきである。

しかし、国家が妥当な専門的知識に基づいて行動し、適切に調整問題を解決し、公共財を提供しているにもかかわらず、なお国家の法令に従わないことが正当化される状況があり得る。人々が直面する問題の中には、より

よい知識や他者との協調の如何ではなく、自ら考え、決定し、行うことに意味のある問題があり、そのような問題について、国家が専門的知識や社会的調整の必要等を口実に介入するならば、個人の人権を侵害することになる。このように、公共の福祉には還元されえない部分を憲法による権利保障にみる必要がある、それが「切り札」としての人権である。「切り札」として機能することを認められる権利であるためには、いかなる個人であっても、その人が自律的に生きようとするのであれば、多数者の意思に抗してでも保障してほしいと思うような権利でなければならない、そのような権利がもしあるとすれば、個人の人格の根源的な平等性こそが、その核心である。他人の権利や法益を侵害しているからという「結果」に着目した理由ではなく、自分の選択した生き方や考え方が根本的に誤っているからという理由に基づいて否定され、干渉されるとき、そうした権利が侵害されているといえる。このように、個人の自律に基づく「切り札」としての権利は、「特定の理由にもとづいて政府が行動すること自体を禁止する」もの（国家の権威を外在的に制約するもの）なのである。

以上のように考えると、憲法上保障された権利には「切り札」としての人権⁽⁴⁰⁾と公共の福祉に基づく権利⁽⁴¹⁾の2種類があることになる。そして、憲法13条前段は、個人の自律を保障する「切り札」としての権利の存在を一般的に宣言した原則的条文として受け取るべきであり、13条後段は、国家権力が公共の福祉に適う範囲内においてのみ行使されるべきことを一般的に定めた規定として理解すべきことになる。

長谷部の見解は、人権と公共の福祉という二項対立の破産を宣告し、その背後にある人権と国家権力の対立関係を表に出し、国家権力の正当性と限界を真正面から問うことを通じて人権と公共の福祉の関係の組み替えを図

るものである⁽⁴²⁾が、人権制約原理という従来の枠組みそのものは維持しつつ公共の福祉を再構成するのが高橋和之の見解である⁽⁴³⁾。

高橋は、まず、一元的内在制約説に対する長谷部の上記第1の批判について、「首肯しうるものである」⁽⁴⁴⁾と理解を示し、長谷部の見解についても、立憲主義の核心原理である個人の尊重を「切り札」としての人権という構造で浮き上がらせようとした点で興味深い試みであると高く評価する⁽⁴⁵⁾。しかし、人権と公共の福祉の対立構造を曖昧化させた点でいまだ十分に詰め切れていないように思うと批判し、人権と公共の福祉の対立構造は維持しつつ、公共の福祉の見直しを通じて、一元的内在制約説の問題点を克服することを試みる⁽⁴⁶⁾。具体的には次の通りとなる。

人権を制約することができるのは他者の人権のみであるという論理に明確な憲法上の根拠があるわけではない。憲法13条の根本哲学は、すべての個人を個人として尊重すべきであるということにある。前段におけるこの哲学の表明を受けた後段は、幸福追求権にせよ公共の福祉にせよ、この根本哲学からの帰結として理解すべきである。そうだとすれば、公共の福祉とは「すべての個人」を等しく個人として尊重するために必要となる施策内容を意味するという解釈はきわめて自然に出てくる帰結である。そして、そのように解することが正しいとすれば、そのような施策が人権衝突の場合に限定されなければならない必然性はない⁽⁴⁷⁾。また、個人として尊重されたかというために個人に保障されなければならないのは幸福追求権に限定されるわけでもない。その他の利益も、たとえ憲法上の保障ではないにしても、個人として尊重するために必要な限り考慮されなければならない。したがって、人権と利益の衝突は起きるのであり、その調整もまた公共の福祉となる。もっとも、人権と利益が対立したときに常に人権が勝つとはいえず、当該利益が個人

主義の哲学の下で正当なものである場合は人権の方が譲歩すべきこともあり得る⁽⁴⁸⁾。

長谷部説に対する高橋の批判に対しては、長谷部による反論がなされているが⁽⁴⁹⁾、長谷部自身が述べているように、長谷部の見解と高橋の見解は大きく重なるものであり、公共の福祉を人権相互の衝突の調整原理という役割から解放する点でも、それを国家の活動の正当化根拠と捉える点でも、両者の見解は共通するところが多い⁽⁵⁰⁾。

本稿は民法における公共の福祉について検討するものであるため、憲法に散在する「公共の福祉」をどのように理解すべきかという問題にはこれ以上立ち入らないが、少なくとも個人の人権に還元できない何かによって人権が制約される場合があり、それが「公共の福祉」の内容となっていることは認めざるを得ないであろう⁽⁵¹⁾。その点からすると、ここでの憲法学上の議論については、人権総論の原理レベルで権利制約の根拠が他者の権利に限定されないということを明らかにしたという点で重要な意義を有するものといえる。

(3)「国益による人権制約」という議論

では、人権はいったい何によって制約されることとなるのか。その具体的な内容が次に問題となる。本稿の問題意識との関係で参考になるのが、近時、複数の論者から提示されている「国益による人権制約」という議論である。具体的に見ていくことにしよう。

内野正幸は、人権制約正当化事由のカタログとして、①他者の権利・利益の確保、②本人の客観的利益の保護、③公共道徳の確保、④経済取引秩序の確保、⑤自然的・文化的環境の保護、⑥国家の正当な統治・行政機能の確保、⑦社会政策的・経済政策的目的の実現、という7つの項目を挙げるが、⑥の意味で国益という言葉を用いている⁽⁵²⁾。具体的には、次のような場合が国益によって人権が制約されている場面になるという。

第1は、税収入の確保のために特別の規制

がなされる場合である。内野は、酒税法による酒類製造免許制を例に挙げて、かかる規制は営業の自由という人権を制約するものであるが、この場合の人権規制の目的は、国の重要な財源をなす酒税を確実に徴収することであり、かかる税収入の確保というのは（経済政策的目的の一部とみる余地もあるしつつも）国益の範疇に入るものと見ている⁽⁵³⁾。第2は、外国の国旗を損壊する行為を禁止する場合である。刑法92条1項は「外国に対して侮辱を加える目的で、その国の国旗その他の国章を損壊し、除去し、又は汚損した者は、2年以下の懲役又は20万円以下の罰金に処する」と規定し、外国の国旗その他の国章を損壊する行為を犯罪としている。かかる外国国章損壊罪の保護法益については、刑法学説上、外国の法益とみる見解と日本国の国際的地位とみる見解が対立しているが⁽⁵⁴⁾、内野は良好な対外関係を維持するという日本の国益を保護するものとする。第3は、選挙犯罪者に対して選挙権を制限する場合である。公職選挙法は、選挙犯罪者の選挙権・被選挙権を一定期間、剥奪したり停止したりする規定をおいているが（11条1項4号、252条）、かかる権利制約の目的は選挙の公正の確保であり、かかる目的は国益に分類されるべきものとする⁽⁵⁵⁾。

この問題について、（法哲学の視点からではあるが）より詳細な検討を加えるのが内藤淳である⁽⁵⁶⁾。内藤は、国益と表現の自由とが衝突するケースの検討を通じて、「国益による人権制約」が実際には存在し、それは判例・通説が認めるところであることを示す⁽⁵⁷⁾。

内藤はまず国家機密の保持について検討する⁽⁵⁸⁾。ここでは、国家機密に属する情報を職務上・立場上知っている人の表現の自由やそれを知りたいと思う人の知る権利と国益との間で衝突が生じるわけである。判例に現れたものとして、外務省秘密電文漏洩事件がある⁽⁵⁹⁾。沖縄返還協定の交渉過程で、沖縄米

軍用地の復旧補償費を日本政府が肩代わりする密約があったことを裏付ける外務省極秘電文を、毎日新聞の男性記者が外務省の女性事務官を通じて入手し、野党代議士が国会で暴露したという事件である。女性事務官は国家公務員法100条1項、109条12号（守秘義務）違反容疑で、記者は同法111条（秘密漏示そそのかし罪）違反容疑でそれぞれ起訴され、女性事務官は1審で有罪が確定し、記者も最高裁で有罪が確定した。「国益による人権制約」という観点からポイントとなるのは、「外交上の利益」という「国益」を根拠にした「国家機密」の存在が認められるのかという点である。具体的には、「外交上重要な、その漏洩が国の外交機能や対外的地位を脅かすような情報などには、それを知っている関係者（外交官その他の公務員など）が自らの『表現の自由』の行使としてこれを公表することを（国家が）制約しうる『機密』性が認められるか、そして、関係者以外の第三者が自らの（『表現の自由』の一環たる）『知る権利』に基づいてその開示を国に要求することを（国家が）制約しうる『機密』性が認められるか」⁽⁶⁰⁾ということが問題となり、この問いを肯定することができれば、国民の「表現の自由」行使を制約する国益的要因の存在が認められることになる。

最高裁決定では、外交交渉中の会談内容の具体的内容に機密性が認められた。「これが漏示されると相手国ばかりでなく第三国の不信を招き、当該外交交渉のみならず、将来における外交交渉の効果的遂行が阻害される危険性がある」というのがその理由であるが、内藤は、かかる理由（換言すると、国家の外交機能・対外的地位の保全・確保）が「国益」を意味することは明白であり⁽⁶¹⁾、学説上も（「秘密」の認定をどのように行うのか等の点で議論はあるものの）外交上の利益に基づく国家機密の存在自体は肯定されているとする⁽⁶²⁾。このように、内藤は、公開されるべ

きでない国家機密が存在することを確認し、表現の自由（知る権利を含む）は最大限尊重されるべきであるが、最低限必要な機密に関しては、公務員の秘密保持義務や報道機関その他への公開義務の不存在という形で表現の自由を制約しようとして、外交上の機密保持という国益を根拠にした表現の自由への制約があり、かつそれが是認されることを明らかにする。

内藤は、外国国章損壊罪（刑法92条）についても次のように検討を加える⁽⁶³⁾。刑法92条は、「外国に対して侮辱を加える目的で、その国の国旗その他の国章を損壊し、除去し、又は汚損」する行為を禁じているが、ここでは、①規制対象となっている行為はそもそも表現行為なのか、②制約の根拠（保護法益）は何かということが問われなければならないとする。そして、①については、「侮辱を加える」という言葉の刑法学上の意味および国旗冒瀆罪の適用が問題となったアメリカの判例を参考に、本条の対象となる行為が外国への否定的な評価を表示する意図をもってなされる「表現行為」であることを示す。そのうえで、本罪の保護法益（②）について、学説上、「外国の国益」とする説と「日本国の国際的地位・外交上の利益」とする説の対立があることを紹介しつつ、情報ツールや報道の発達によってある国での事件やデモが外国でも速やかに報道されそれが世論に影響を与えることを考えれば、たとえ私人によるものでも、国内で外国国旗損壊事件が起こり、またその「自由」が保護されるなら、外国からの批判・非難、さらには日本国に対する不信を招く可能性が高いとして、後者の見解への支持を表明する。このようにして、内藤は本罪が国益による「表現の自由」制約の実例であることを明らかにする。刑法という実定法においても国益による表現の自由が存在し、認められていることが分かるわけである。

ここでの議論は、個人の利益に還元できな

い国益という利益によって人権が制約されることを明らかにしたものであるが、内藤自身が述べるとおり、内容自体は判例・学説によって承認されてきたものである。一元的内在制約説という伝統的通説の枠組みの中では論じることが困難な利益で、必ずしも意識的に論じられてきたわけではなかったというだけであり、暗黙のうちにはどの論者も認めてきたことである。その意味で、上記の議論は、これまで表に出ることのなかった国益という視点を前面に出し、人権制約原理として正面から認めたといい点で、意義があるものといえる。憲法学における伝統的通説は、個人の人権を制約できるのは別の個人の人権のみであるという点から出発していたが、この点が克服されるのであれば、個人の利益に還元できないものによる人権制約も憲法上否定されるものではないということになる。

3. 国際法上の議論からの示唆

以上、民法と憲法の学説を紹介しつつ、私権（ないしは人権）を制約する「何か」の内容について見てきたが、国益を理由とする規制は、他の法律学の領域においてはごくありふれた話である⁽⁶⁴⁾。ここでは国際法のルールを一瞥することにしよう。国際法では外資規制・貿易規制という形で現れてくる問題である。権利の「制約」ではなく純粋な「規制」の問題であるため、ここでの議論がそのまま国内法上の議論に適用できるわけではないが、どのような利益を保護するために規制がかけられるのかということを探ることは国内法の問題を考えるにあたって参考になる。

まず、一般国際法上、国家には外資を受け入れる義務はない⁽⁶⁵⁾。WTOのサービス貿易一般協定（GATS）、二国間投資保護協定（BIT）、経済連携協定（EPA）などにおいて投資を受け入れることに合意している特定の業種においては、外資規制は当該合意違反となる場合があるが、GATS14条の2などで安

全保障のための例外⁽⁶⁶⁾が認められている。資本移動の自由化推進を OECD 諸国間で約束した OECD 資本移動自由化コードにおいても、①公の秩序の維持又は公衆の衛生、モラル及び安全の保護のために必要な行動、②重大な安全保障上の利益の保護のために必要な行動、③国際の平和及び安全に関する義務の履行のために必要な行動をとることは妨げられない旨の規定がある（3条）ほか、特定業種への外国投資の受入れを留保できる旨の規定がある（2条）。日本政府は、上記①のうち「公の秩序」にかかる業種としては、電力・ガス、熱供給、通信、放送、水道、鉄道、旅客運送が、「公衆の衛生」にかかる業種としては、生物学的製剤製造業、警備業が、②の「国の安全」にかかる業種としては、武器、航空機、原子力、宇宙開発、火薬類及びこれら産業等にかかる電子部品、電気機械器具、情報通信機械器具等製造業が、それぞれ該当するとして外資規制を行っている。具体的には、外国為替及び外国貿易法27条が対内直接投資に関する届出の規定をおいているほか、航空法、貨物利用運送事業法、日本電信電話株式会社法、電波法、放送法、金融商品取引法、船舶法などの個別業法が外資規制・外国人役員規制に関する条項⁽⁶⁷⁾をおいている⁽⁶⁸⁾。このように、国際法のレベルでは、国益という観点から外資規制が行われているのである。

問題は国益というときにその内容としてどのようなものが含まれるかということであるが⁽⁶⁹⁾、これについても上記国際法のルールが参考になろう。GATS14条の2第1項や OECD 資本移動自由化コード3条においては、安全保障上の重大な利益による例外が定められている。国内法に目を向けても、外為法27条3項は、同条1項の届出があった場合において、当該届出に係る対内直接投資等が「国の安全を損なうおそれのある対内直接投資等に該当しないかどうかを審査する必要

があるときは、（財務大臣及び事業所管大臣は）当該届出に係る対内直接投資等を行ってはならない期間を一定期間延長することができる旨、規定している。このように考えると、国益の内容のひとつに国家の安全保障が含まれることに異論はないであろう⁽⁷⁰⁾。

4. 小括

以上、民法学及び隣接の諸領域における議論を参考に、民法1条1項の「公共の福祉」に国家安全保障を含めることが許容されるのかという問題について検討してきたが、まず、民法学における議論を見る限りでは、1条1項の「公共の福祉」の内容として安全保障を加えることに理論的な支障はない。また、憲法学においても、個人の人権制約の根拠を他者の人権に求める伝統的な見解に理論面で風穴があいており、実際上も国益による人権制約という議論が行われている以上、安全保障を理由とする人権制約も論理的に成り立ちえないものではない。この問題は、国際法など隣接諸領域の議論からも補強でき、民法における「公共の福祉」のひとつに国家安全保障を含めることは許容されていると考えることができる。本稿の問題意識に即して言えば、民法が規定する財貨帰属・財貨交換等に関するルールを利用して国の安全を脅かす行為が公共の福祉によって規制される対象となる。

Ⅲ 「公共の福祉」の内容に国家安全保障が含まれることの意味

前章では、「公共の福祉」の内容として国家安全保障が含まれるのかという問題を中心に検討したが、以下では、「公共の福祉」の内容に国家安全保障が組み込まれた場合における具体的な効果について見ていくことにする。過去の判例を本稿の視点から再検討した後、外国人による土地購入問題に対して何らかの解決策を用意できるのかという問題に

ついて検討を加えることにする。

1. 板付基地事件判決の評価

民法1条1項が問題となった最高裁判例は限定されているが、その中で安全保障問題と直結するものとして板付基地事件判決と呼ばれる最判昭和40年3月9日民集19巻2号233頁が挙げられる⁽⁷¹⁾。本件は、終戦後、占領軍により板付空軍基地として接収され、占領軍及び駐留軍（占領終了後）により使用されている土地について、占領軍による使用を国内法上合法ならしめるために国との間で締結した賃貸借契約の期間が満了し、駐留軍の使用を合法化するための新たな賃貸借契約も締結されなかったため、土地の所有者が国を相手に所有権に基づいて土地明渡請求を行ったという事案であるが、最高裁は、「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、過大な請求をなすものとして、認容しがたい」と述べ、所有者の請求を認めなかった。国としては、土地の所有者が新たな賃貸借契約締結を拒否した時点で「特別措置法に準拠して土地の使用または収容の手續をと」ることができたが、国はこれを怠っており、判決が述べるとおり、国に落ち度があることは明白である。しかし、だからといって本件で所有者の請求を認めてしまうと、駐留軍に対する土地の提供という安保条約上の義務の履行が国内法上違法となってしまう、日本の安全保障に与える影響が小さくない。本判決は一種の救済判決として辛うじて正当化できるものといえるが⁽⁷²⁾、1条1項に安全保障の意味を読み込むということは、このような正当な権利行使に一定の制約が加えられるということを必然的に含意することになる。

2. 公序良俗規範の活用とその限界

では、「公共の福祉」の内容に国家安全保障が組み込まれることによって、権利行使が

制約されるという効果以外にどのような効果が生じるのであろうか。本節ではこの問題について検討することにするが、まず前提を確認しておく。本稿は（安全保障に影響を与える形での）外国人による不動産買収に対する対処法を検討するものであるが、そのような場面を規制する法律が存在しないわけではない。外国人土地法（大正14年4月1日法律第42号）がこれである。この法律はそれまで外国人に対して認められていなかった土地所有を認めるという趣旨で制定されたものであるが⁽⁷³⁾、4条1項は「国防上必要ナル地区ニ於テハ勅令ヲ以テ外国人又ハ外国法人ノ土地ニ関スル権利ノ取得ニ付禁止ヲ為シ又ハ条件若ハ制限ヲ附スルコトヲ得」として国防の観点から土地所有を制限している。もっとも、法律を実効ならしめる勅令（政令）が存在しないため、同法は現在機能していない。

この問題を解釈のレベルで取り扱う場合、考えられるひとつの可能性は外国人であることを理由として私権を制限することであろう。具体的には、公序良俗規範を活用して、国の安全に影響を与えるような土地の売買を、外国人に対してのみ特別に規制することが考えられる。1条1項の趣旨を90条の公序良俗規範に取り込んで、法律行為を無効あるいは一部無効とする形で公共の福祉を実現するわけである。たとえば、安全保障上重要な土地（自衛隊や在日米軍の基地周辺の土地であるとか国境付近の離島など）所有権の外国人（法人を含む）による取得や永久の地上権の設定⁽⁷⁴⁾などを90条によって（一部）無効にすることが想定できる。

もっとも、公序良俗規範の活用には致命的な欠陥がある。前述のように、一般国際法上、国家には外資を受け入れる義務はないが、WTOのサービス貿易一般協定（GATS）、二国間投資保護協定（BIT）などにおいて投資を受け入れることに合意している場合には、外資規制は当該合意違反となる。この点

に関して、土地取得にかかる規制を規律する法律は、業務上の拠点を通じたサービス提供に影響を及ぼす措置であり、市場アクセス(16条)に係る制限や内国民待遇(17条)に係る制限を約束表のうちの各分野に共通の約束(分野横断的約束)の中で明記していれば規制は(GATSとの関係では)可能となるが、日本の約束表ではこの点に関して何ら制限をしていないため、土地取得にかかる規制はGATSの規定と抵触することになる⁽⁷⁵⁾。二国間投資保護協定との関係でも、たとえば、2003年発効(2002年署名)の日韓投資協定では、日本側は「外国人による土地の取得」を附属書Ⅰにも附属書Ⅱにも掲げていないため、協定2条で規定された内国民待遇や最恵国待遇に適合しない「外国人による土地の取得」の制限措置をとることができない⁽⁷⁶⁾。このように、外国人の私権を制約するという観点からの対処は、国際協定の壁に阻まれているため、現行の法体系の下では不可能ということになる⁽⁷⁷⁾。

そもそも、安全保障の問題を考えるに際して、権利主体の属性に着目して、外国人の権利を制限するという形で規制を加える手法には限界がある。たとえば、自然人の場合であれば日本国籍さえ取得すれば後は日本人としていかなる制約に服することもなく行動することができる。民法上のルールを用いて国の安全を脅かす行為を排除するという本稿の目的との関係では、外国人の私権制限という観点からのアプローチは、以上のような2つの意味で欠陥を有するものと言わざるを得ない。

3. 立法を促す理論的根拠としての「公共の福祉」

そこで、もうひとつのアプローチが求められることになる。権利主体の属性に関係なく一律に一定の義務を課すというアプローチが考えられる。2011年改正森林法が採用する手

法である。2011年改正は、森林の有する公益的機能が十分発揮されるよう、森林所有者が不明の場合にも必要な間伐・造林等の施業を確保するための措置を強化するとともに、森林計画制度を見直すことを主な内容としているが⁽⁷⁸⁾、本稿との関係で重要なのは、地域森林計画の対象となっている民有林について、新たに土地の所有者となった者は、市町村長にその旨を届け出なければならないこととなったことである⁽⁷⁹⁾(10条の7の2、214条)。この規定は当初の政府案には存在せず、審議の過程で追加されたものであるが⁽⁸⁰⁾、ここでの規制は土地所有者の属性に着目して規制するというものではなく、すべての所有者に平等に届出の義務を課すという点で、前述の外国人という観点からのアプローチとは手法を異にする。このように、すべての所有者に一律に制約を課すということであれば、平等原則や国際協定との抵触も回避することができる⁽⁸¹⁾。

もとより、このアプローチをとると(そもそも私人の所有を認めるのかということも含めて)具体的な内容は立法に委ねるほかないが、少なくとも「公共の福祉」はこのような立法を促す理論的根拠となると考えることができよう。

IV おわりに

1. 本稿の意義

以上、民法1条1項の「公共の福祉」には国家安全保障という内容が含まれること、そして、それが立法を促す根拠となり得ることを述べてきた。本稿の意義は、安全保障に基づく私権制限の理論的根拠を提示したことと一応言える。しかし、このことは、解釈論のレベルで対処できることはほとんどないということの裏返しでもあり、解釈論の限界を露呈したものとも言える。包括的な立法が急務である。

もっとも、対処できることが全くないかと言われればそういうわけでもない。外国人をめぐる民法上問題となることのひとつに外国人差別がある。この点については、裁判例が一定程度蓄積されているが、そこでは、外国人であることを理由にマンションへの入居を拒否したりゴルフクラブへの入会を拒否したりすることが損害賠償責任を生じさせるのかという形で問題提起がなされる⁽⁸²⁾。不動産賃借権に関しては、公刊物未登載の裁判例ではあるが、神戸地裁尼崎支判平成18年1月24日、その控訴審判決である大阪高判平成18年10月5日がある⁽⁸³⁾。在日韓国人夫婦が不動産店舗内で希望物件を申し込んだところ、申込書の本籍欄を見た家主から直ちに契約を拒絶されたという事案で、神戸地裁尼崎支部は、本件における契約拒絶は国籍を理由とするものであるから何ら合理性を有せず、憲法14条1項の禁止する差別に当たる不合理な差別であって社会的に許容する限度を超えているとして、家主の損害賠償責任を認めたようである⁽⁸⁴⁾。この結論の是非自体、検討しなければならない問題ではあるが、それを脇に置いたとしても、希望する物件が例えば軍事基地周辺などの国防上重要な位置にある場合に、同様の判断が正当化されるのかということは考えておく必要がある。安全保障という視点を強調するのであれば、逆の結論が要請されると考えることも不可能ではない⁽⁸⁵⁾。試論の段階ではあるが検討の余地はあろう。

2. 課題

外国人による不動産買収に限定するのではなく、より一般的な観点から公共の福祉と国家安全保障を考える場合、公共の福祉によって制約される私権とは何かという問題を避けて通ることはできない。本稿は外国人による不動産買収の問題を検討対象にしたため、制約対象となる権利は必然的に所有権（およ

び、地上権をはじめとする不動産の利用に関する権利）であった。そして、憲法29条が財産権について特別の制約を認めていることや、土地基本法2条が「土地については、公共の福祉を優先させるものとする」と規定していることに鑑みると、所有権が公共の福祉による制約を受ける典型的な権利であることに間違いはない⁽⁸⁶⁾。問題は、他にどのような権利が考えられるのかということである。学説が説くように、1条は「解釈の如何によつては、ファシズム体制の思想的根柢ともなり得るものである」⁽⁸⁷⁾ため、「その軽率な濫用に陥らぬよう十分に慎重なることを要する」のである⁽⁸⁸⁾。常識的に考えて、生命や健康に対する権利が安全保障の名の下に制約されることは許容されえないが、この点について掘り下げた検討が必要である。

また、「公共の福祉」論一般に視点を広げるのであれば、公共の福祉の内容（視点を変えれば、1条1項の適用領域ともいえる）についても検討する必要がある。国家安全保障はあくまでも公共の福祉の一内容に過ぎない。この点については既にいくつかの見解が登場しており、たとえば、広中俊雄は、1条1項の適用領域を生活利益法と競争利益法に限定する解釈を提唱している⁽⁸⁹⁾。そこで想定されているのは地域住民の生活利益や関係事業者ないし一般消費者の競争利益であるが、それらの共同享受という形で「公共」が問題になるとするのである⁽⁹⁰⁾。これに対して、宗建明は、民法上の公共の福祉は（国家の公共性問題ではなく）民法の調整対象としての市民にかかわる公共性であるという認識の下で、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とし、このような分野においては、「公共の福祉」原理が、市民にかかわるパブリックな利益（これを「市民的公共性」と呼んでいる）

の保護という機能を果たすべきであるとする⁽⁹¹⁾。いずれも、本稿とは異なるアプローチであるが、公共の福祉の意味を探る試みとして参考になる。

注

- (1) 2008年10月21日付産経新聞。
- (2) 2009年5月13日付産経新聞。2012年4月26日付読売新聞によると、外国人・外国法人によって取得された日本国内の山林などの土地は少なくとも1103ヘクタールに上るといふ。本当の所有者を隠すために日本人の名義を借りているケースも少なくない(同)。
- (3) 2012年1月27日付産経新聞。
- (4) 長尾一紘『日本国憲法〔全訂第4版〕』(世界思想社・2011年)はしがき。
- (5) 立法時における議論から現在に至るまでの経緯については既に優れた研究があるため(最近のものとして、池田恒男「日本民法の展開(1)民法典の改正一前3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』41頁以下〔有斐閣・1998年〕以下、池田・展開として引用)、宗建明「日本民法における『公共の福祉』の再検討(1)～(5・完)」北法52巻5号109頁～53巻3号1頁(2002年)〔特に「再検討(1)」121頁以下〕がある)、ここではそれらに依りつつ、本稿に必要な範囲で民法学における「公共の福祉」論を概観することにする。
- (6) 民法上の「公共の福祉」論は、憲法上の議論にほとんど影響を受けることなく、権利濫用法理や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るに至っているが(宮下修一「民法における『公共の福祉』の現代的意義」名法227号148頁〔2008年〕)、池田・展開71頁も、「1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)、起草趣旨に照らすと、憲法学の議論を完全に無視するわけにはいかない。
- (7) 以下は、池田・展開73頁以下、宗・前掲注(5)「再検討(1)」121頁以下参照。
- (8) この批判は、所有権絶対の観念、資本主義観念からの脱却を目指す立場からのものである。
- (9) 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』48頁(有斐閣・2007年)参照。
- (10) 池田・展開100頁。
- (11) 我妻の考え方については、池田・展開100頁以下、宮下・前掲注(6)150頁以下も参照。
- (12) 我妻栄『新訂民法総則』32-33頁(岩波書店・1965年)。
- (13) 我妻・前掲注(12)34頁。「現代における私権の本質として、当然の事理である」とする(同)。
- (14) もっとも、個人主義思想の意義を軽視しているわけではなく、それが封建制度を打破し個人の尊厳を確認するために大きな功績を残したことを高く評価している。むしろ、そうであるからこそ、身分関係はもとより、財産関係においても、近代の個人主義的法思想が未だ十分に徹底しない分野が少なくない日本において、かかる分野に公共の福祉という理念を性急に適用することは私権が有する第1段階の使命を犠牲にする恐れがあり、1条の規定は、1条の2(現2条)によって代表される個人の自主・自由の尊重の理念と調和させて解釈されなければならないという指摘がなされることになる〔我妻・前掲注(12)33-34頁〕。なお、憲法との関係については、我妻栄=有泉亨『民法総則・物権法』16頁(日本評論社・1950年)が、憲法における公共の福祉が自由制限の論理であることを前提に、1条にいう公共の福祉は憲法という公共の福祉と全く同じ内容をもつものであるという理解を示している。
- (15) 川島武宜『民法総則』50頁(有斐閣・1965年)。
- (16) 幾代通『民法総則』12-13頁(青林書院新社・1969年)。
- (17) 1条1項と憲法29条(とりわけ2項)との関係については、後者が主として私権についての立法(あるいは取用など)にかかわるものであるのに対し、前者は、各種の私権についての私法的側面における解釈の場において機能するとする〔幾代・前掲注(16)13頁〕。
- (18) 注釈民法においても、「私権をもつてもっぱ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あわせて、同時に他面では、個人を超えた公共的な福祉にもしたがうべきものである、という最も基本的な理念を示すものである」という記述がみられる。谷口知

- 平編『注釈民法(1)』53頁〔田中実〕(有斐閣・1964年)。
- (19) 留保の付し方も類似している。幾代・前掲注(16)13-14頁は、日本においては、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、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から、1条の2(現2条)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とする。
- (20) もとより、伝統的通説の理解を捨て去っているわけではなく、本文の叙述に続いて、「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」という定義も提示している。星野英一『民法概論I(序論・総則)』73頁(良書普及会・1971年)。
- (21) 米倉明『「私権」、「公共の福祉」、「信義誠実」』法教14号24頁(1981年)。
- (22) 広中俊雄「民法第1条の機能」法教109号16頁(1989年)は、憲法と同じ言葉が用いられていても憲法ではなく民法の文章なのであるから、1条1項の意味を憲法29条2項の規定などから直接導くのは適当でないとして、民法の条文は民法の条文として解釈すべきことを説く。
- (23) 内田貴『民法I総則・物権総論〔第3版〕』482頁(東京大学出版会・2005年)、近江幸治『民法講義I民法総則〔第6版〕』19頁(成文堂・2008年)、川井健『民法総則〔第3版〕』7頁(有斐閣・2005年)、河上正二『民法総則講義』14頁(日本評論社・2007年)、平野裕之『民法総則〔第3版〕』622頁(日本評論社・2011年)、谷口知平=石田喜久夫編『新版注釈民法(1)〔改訂版〕』59頁〔安永正昭〕(有斐閣・2002年)など。
- (24) 北川善太郎『民法総則〔第2版〕』17頁(有斐閣・2001年)。
- (25) 民法学においても内在的制約という表現を用いる見解が増えているが、そこでいう内在的制約という表現には注意が必要である。後述のように、憲法学(一元的内在制約説)においては、ある者の人権を制約できるのは他者の人権でしかありえないという意味で内在的という言葉が用いられているのに対し、民法学においては、私権が社会的な性質を有している点を捉えて(私権にはおのずから限界があるという意味で)内在的という言葉が用いられているのである。したがって、公共の福祉による制約が内在的な制約なのかという問題は、「内在的」という言葉をどのように理解するかという言葉の問題に帰着する。ここでは、憲法学と異なる意味で内在的という言葉が用いられていることを確認しておきたい。
- (26) そして、公共の福祉を伝統的通説のようにとらえるからこそ、その適用には慎重であるべきであるという指摘が1条1項の解釈論においてなされることになるわけである。既に我妻『新訂民法総則』の中にかかる指摘が見受けられるのである〔我妻・前掲注(1234頁)〕。その後の見解も、1条1項の適用については慎重であることを要求している〔幾代・前掲注(16)13-14頁、川井・前掲注(23)7-8頁など〕。
- (27) 以下の記述は、基本的に、芦部信喜『憲法学II人権総論』188頁以下(有斐閣・1994年)による。説のネーミングは同書による。
- (28) 芦部のまとめるところによると、①人権は憲法12条、13条により公共の福祉と調和する限度で尊重されるものであるから、公共の福祉は人権の外にあってすべての人権を制約することのできる一般的な原理である、②憲法22条、29条が特に公共の福祉を掲げたのは、すべての権利・自由に通ずる原則を念のために再言したにとどまり、特別の意味を有しないとする見解である〔芦部・前掲注(27)188頁〕。
- (29) 法学協会『註解日本国憲法上巻』293頁以下(有斐閣・1953年)。内容は次のとおりである。①およそ個人が国家ないし社会を構成している以上、その権利や自由は絶対無制約なものたることは本来ありえないのであって、抽象的には絶対無制約の如く見える権利自由も、その社会における具体的な存在としては、多かれ少かれ相対化されて現われる。しかし、その制約は、権利自由の外から加えられる超越的な制限・侵害と見るべきではなく、むしろ権利なり自由なりは、そのような制約を当然に包含するものとして歴史的社会的うちに形成発展されて来たものと考えなくてはならない、②憲法3章に掲げる権利自由もまた、そのような意味で具体的な現代の社会的基盤の上に妥当する権利自由を当然に前提としているのであって、それは現代の社会秩序の要請する制約に当然に服すべきものである、③この意味での権利自由内に内在する制約には客観的な限界が存在し、立法

- 者によって左右することはできない。このような制約を公共の福祉による制約というかどうかは用語の問題であるが、それは12条、13条の規定を特に俟たない当然の理として考えられるべき性質のものである。④これに対し、権利自由の制約が右の内在的制約に止らず、さらにその上に外から加えられる場合がある。それは、特定の国家目的を達成するためとか、あるいは或る政策的考慮によって公益のために加えられる制約である。⑤かかる制約は国家の或る積極的な意欲の発現として公共の福祉のために要請する制約である点で、前述した内在的制約とその性質を異にし、具体的には、立法者の考えによっていかような制約にまで及ぶことができる。
- 30) 宮澤俊義『憲法Ⅱ』224頁以下（有斐閣・1959年）。
- 31) 芦部・前掲注27195頁。
- 32) 宮澤・前掲注30230-231頁によると、同書出版以前にも同趣旨のことを述べている旨の記述があり、引用先の宮澤『憲法〔第5版〕』126-127頁（有斐閣・1956年）には確かにその旨の記述があるが、芦部・前掲注27198頁注(8)の参照先は『憲法Ⅱ』であるため、ここでは『憲法Ⅱ』の記述を参照した。
- 33) 芦部・前掲注27195-196頁。社会公共的な利益によって人権が制約されることはありえないことになる。
- 34) 橋本公巨『憲法〔改訂版〕』94頁以下（青林書院新社・1976年）、伊藤正己『憲法〔第3版〕』219頁以下（弘文堂・1995年）、浦部法穂『憲法教室〔全訂第2版〕』77頁以下（日本評論社・2006年）など。
- 35) 長谷部恭男「国家権力の限界と人権」樋口陽一編『講座憲法学第3巻』43頁以下（日本評論社・1994年）（同『憲法の理性』63頁以下〔東京大学出版会・2006年〕所収。以下では、同書の頁数で紹介）。
- 36) 長谷部・前掲注3565-68頁。
- 37) 長谷部・前掲注3569頁以下。
- 38) 国家権力の限界として公共の福祉が捉えられることになるわけである。
- 39) 長谷部は、憲法上保障されている権利の中に、社会の利益を増大させる公共財としての性格を有し、その性格を有するからこそ保障されている権利があるとす [長谷部・前掲注3374頁]。たとえば、表現の自由は、それが広範に認められ、社会に様々な情報が行き渡ることで、政治を理性的に判断しうる市民が育成される等、社会全体に及ぶ利益が実現されることになるが、そのような公共財としての価値を有するからこそ憲法上の地位が認められ、より厚く保障されることになる（同75頁）。
- 40) 個人の自律を根拠とする「切り札」としての権利のみを「人権」と呼ぶのが適切だとす。長谷部・前掲注3380頁。
- 41) 法人に認めることが許されるのは、この種類の権利（公共の福祉を理由とする権利）ということになる。長谷部・前掲注3381頁。
- 42) 高橋・後掲注43294頁。
- 43) 高橋和之「すべての国民を『個人として尊重』する意味」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革 上巻』269頁以下（有斐閣・2001年）。
- 44) 高橋・前掲注43293頁。
- 45) 高橋・前掲注43297頁。
- 46) 高橋・前掲注43297頁以下。
- 47) たとえば、殺人を禁止するのはすべての個人を個人として尊重するための措置であるが、そこに生命への自由と殺人の自由という人権の衝突があるわけではない〔高橋・前掲注43298頁〕。
- 48) たとえば、街の美観という利益のために表現の自由の規制が許される場合、これを無理に人権の衝突と構成するより、人権と利益の衝突と捉えたうえで規制の限界を考えるほうが実態に合っている〔高橋・前掲注43298-299頁〕。
- 49) 長谷部恭男「『公共の福祉』と『切り札』としての人権」法時74巻4号83頁以下（2002年）〔同『憲法の理性』102頁以下〔東京大学出版会・2006年〕所収。引用は同書による〕。
- 50) 長谷部・前掲注49103頁注(3)。
- 51) 伊藤正己も、社会秩序維持と危険防止という目的のために人権が制約されることを認めるし〔伊藤・前掲注34220頁〕、長尾一敏も、「社会的利益」によって権利が制約される場合があることを正面から認める〔長尾・前掲注(4)66頁〕。
- 52) 内野正幸「国益は人権の制約を正当化する」長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』47頁以下（日本評論社・1995年）。国益という言葉を広くとらえると、⑦の社会政策的・経済政策的目的の実現はもとより、⑤の自然的・文化的環境の保護や④の経済取引秩序の確保もそれに含まれるこ

- とになるが、内野自身としては、国益を⑥国家の正当な統治・行政機能の確保という意味で捉え、それは刑法各論でいうところの国家的利益に大体対応するものであるとする(48-49頁)。なお、本文で示したカタログについては、内野正幸『憲法解釈の論理と体系』340頁以下(日本評論社・1991年)も参照。
- 53 酒類「販売」業の免許制については、最判平成10年7月16日判時1652号52頁参照。
- 54 大谷實『刑法講義各論〔新版第3版〕』535頁(成文堂・2009年)。
- 55 内野・前掲注52「国益は人権の制約を正当化する」49-50頁。内野は、公務員や在監者などに対する人権の制約も国益を理由とするものであるとする。たとえば、公務員の政治活動が制約される根拠は公務の中立性やそれに対する国民の信頼確保であり、在監者の人権が制約される根拠は監獄内の規律・秩序の維持や逃走の防止にあるところ、これらは国益に属するものとする。さらに、(人権の行使といえども公有財産を侵害してはならないという)公有財産原理や(公共施設の利用者の人権が公共施設の適正な管理という目的によって制約を受けるといふ)公共施設原理も国益に属するとする(同50-52頁)。
- 56 内藤淳「国益による人権制約と『人権の基礎』(1)(2・完)―進化生物学的人間観・人間集団論に基づく人権制約基準の考察―」一橋法学4巻3号331頁以下、5巻1号279頁以下(2005~2006年)。
- 57 ただし、内藤論文の目的自体は、(国益という人権制約要因の存在を説明することは従来の人権制約論に即する限り困難であることを指摘したうえで)もう一歩進んで、従来とは異なった観点から「人権の基礎」理論を提示することにある。
- 58 内藤・前掲注56「人権制約(1)」342頁以下。
- 59 最決昭和53年5月31日刑集32巻3号457頁。
- 60 内藤・前掲注56「人権制約(1)」344-345頁。
- 61 内藤・前掲注56「人権制約(1)」346頁。
- 62 内藤・前掲注56「人権制約(1)」347頁以下。
- 63 内藤・前掲注56「人権制約(1)」355頁以下。
- 64 上述の議論において刑法92条の例が登場したが、まさに刑法の保護法益のひとつとして国益というものが挙げられるわけである。特別刑法のレベルでも、たとえば、不正競争防止法上の営業秘密の不正使用及び開示罪に国外処罰規定(21条4項)が導入された(2005年改正)ことについて、「日本経済の対外的競争力という一種の国家的利益のようなものの保護が意図されているのであろうか」とする見解がある(一原亜貴子「不正競争防止法による営業秘密の刑事法的保護」商学研究56巻2=3号298頁〔2005〕)。
- 65 中谷和弘「国家安全保障に基づく外資規制及び貿易規制」法教332号149頁(2008年)。以下の記述は同論文及び中谷和弘「外資規制をめぐる最近の諸課題」ジュリ1418号44頁以下(2011年)による。
- 66 同条は、「加盟国が自国の安全保障上の重大な利益の保護のために必要であると認める」措置(具体的には、「(i)軍事施設のため直接又は間接に行われるサービスの提供に関する措置、(ii)核分裂性物質若しくは核融合性物質又はこれらの生産原料である物質に関する措置、(iii)戦時その他の国際関係の緊急時にとる措置」)をとることを認めている〔1項(b)〕。
- 67 たとえば、航空法4条1項は、「日本の国籍を有しない人」(1号)、「外国又は外国の公共団体若しくはこれに準ずるもの」(2号)、「外国の法令に基づいて設立された法人その他の団体」(3号)、「法人であつて、前3号に掲げる者がその代表者であるもの又はこれらの者がその役員3分の1以上若しくは議決権の3分の1以上を占めるもの」(4号)が所有する航空機の登録を禁止している。
- 68 企業買収防衛策のひとつとして黄金株(拒否権付種類株式、会社法108条1項8号)があるが、これについては、中谷・前掲注65「貿易規制」152-153頁、同・前掲注65「諸課題」47頁参照。
- 69 内野・前掲注52「国益は人権の制約を正当化する」48頁以下にあるように、「国益」という言葉には様々な意味を盛り込むことができる。
- 70 不正競争防止法の領域でも国家の安全保障が関係してくる。2009年改正に関してであるが、加藤佐千夫「刑事罰による営業秘密の保護と不正競争防止法の変遷」中京法学44巻3=4号95頁(2010年)は、「国家安全保障を視野に入れた技術情報等の保護というもう一つの観点があったように思われる」と述べている。
- 71 民集では「所有権に基づく土地明渡請求が権利の濫用であるとされた事例」として紹介されているが、判決文を読む限り、本判決は1条1項の

- 「公共の福祉」に関する判例として位置付けるべきであろう。谷口＝石田編・前掲注2369-70頁〔田中・安永〕も、私権の内容・行使が公共の福祉と調和しないことを理由に私権を制限したものとして、本判決を挙げている。
- (72) 本判決にいう「公共性」を（批判的な意味合いで）「国策」と捉えるものとして、吉岡幹夫「私法における『公共性』について」内山＝黒木＝石川先生古稀記念『続現代民法学の基本問題』14頁（第一法規出版・1993年）がある。なお、所有階層化機能という観点から本判決を批判するものとして、原島重義『市民法の理論』257頁以下（創文社・2011年）（初出：「民法における『公共の福祉』概念」法社会学20号〔1968年〕）。
- (73) 大正14年3月2日貴族院第1読会における司法大臣小川平吉の提案理由説明（『第50回帝国議会貴族院議事速記録第17号』356頁）による。
- (74) 永久の地上権の設定が可能であるかは見解の分かれうるところであるが（民法268条1項の条文上は必ずしも明らかでない）、判例はこれを認めている（大判明治36年11月16日民録9輯1244頁）。
- (75) 中谷・前掲注65「諸課題」49頁。
- (76) 中谷・前掲注65「諸課題」50頁。韓国側は「外国人による土地の取得」を附属書Iに掲げているため、4条によって「外国人による土地の取得」に関しては2条に適合しない措置をとることができる。なお、日中投資保護協定（1988年署名、1989年発効）では、議定書3項に「協定第3条の2の規定の適用上、いずれか一方の締約国が、関係法令に従って、公の秩序、国の安全又は国民経済の健全な発展のために真に必要な場合において、他方の締約国の国民及び会社に差別的な待遇を与えることは、『不利な待遇』とみなしてはならない」とする規定が設けられており、これに該当する例外的な場合には、投資財産（動産・不動産に関する権利もこれに含まれる）等に関して内国民待遇を付与しないことが認められる（同上）。
- (77) 見方を変えれば、現行法体系は、国の安全を当該土地の所有者個人の意思に委ねているということになる。
- (78) 黒井哲也「森林・林業の再生と森林法の一部改正」時の法令1887号25頁以下（2011年）。
- (79) 安全保障という観点からは、無届伐採が行われた場合の行政命令に関する10条の9や森林所有者等に関する情報の（市町村長による）内部利用に関する191条の2の新設も重要である。
- (80) ベースとなったのは野党が提出した森林法改正案である。野党案には、森林所有者等となった旨の届出や無届伐採の場面における市町村長の伐採中止命令に関する規定が置かれていたが、提案理由からも読みとれるとおり、外国資本による森林取得という安全保障上の問題を（も）意識して作成されたものであった。第177回国会衆議院農林水産委員会議録6号21頁、7号20頁、第177回国会衆議院会議録13号2頁。なお、野党案（提出までの経緯等）については、法案作成を主導した衆議院議員高市早苗のHP（コラム）も参照。
- (81) 水資源をめぐる自治体レベルで動きがみられる。都道府県に限ると、北海道議会が2012年3月23日、水源地売買の取引監視を強化する条例を成立させ、埼玉県議会も同26日、水源となる森林の売買に事前届け出を義務付けた水源地域保全条例を成立させた（2012年3月26、27日付産経新聞）。東京都は、2010年度から多摩川上流域にある民有林の買収に乗り出している（2010年12月10日日経新聞）。もっとも、条例レベルの対応では根本的な解決にはならず、立法による対応が不可欠である。
- (82) 村上正直『人種差別撤廃条約と日本』183頁以下（日本評論社・2005年）、吉田克己『市場・人格と民法学』67頁以下（北海道大学出版会・2012年）が網羅的な検討を行っている。
- (83) 吉田・前掲注8274頁で紹介されている。
- (84) 大阪高裁でもこの判断が維持されたようである。なお、公刊物に登載された裁判例として、大阪地判平成5年6月18日判時1468号122頁がある。しかし、これは、原告が不動産仲介業者との間で賃貸マンションへの入居について合意したにもかかわらず家主から入居を拒否されたため、かかる入居拒否が民族差別である（原告は協定永住の資格をもつ在日韓国人であった）などとして、家主らに対して損害賠償を求めた事案（契約の成立に対する信頼を裏切ったことの是非が問われた裁判）であり、本文の裁判例とは性質を異にする。このケースで、大阪地裁は、仲介業者と原告との間で契約交渉が相当程度進行し、原告が契約の成立を確実なものとして期待するに至った以上、家主が合理的な理由なく契約締結を拒絶することは許されない（そして、本件契約締結拒否は原告が在日韓国人であることを理由としているから、合理的

- な理由はない）として、家主の損害賠償責任を認めた。本件の事実関係の下では妥当な判断といえる。
- 85) 賃貸借契約の更新拒絶の場合も同様の考慮が要請されることがあろう。
- 86) 槇悌次「民法からみた公共の福祉」小林孝輔教授還暦記念『現代法の諸領域と憲法理念』106－108頁（学陽書房・1983年）参照。
- 87) 川島・前掲注1550頁。
- 88) 谷口編・前掲注1865頁〔田中〕。
- 89) 広中俊雄『新版民法綱要』136頁以下（創文社・2006年、初版：1989年）。大村敦志は、公共の福祉が問題となる場面をこれら2つの領域に限定することに反対し、権利の外延が定まっていないようなケースにも、一方で公共の福祉を念頭に置き他方で個人の尊厳を念頭においたルールを生成させる必要があると説く（大村敦志『民法読解 総則編』12頁〔有斐閣・2009年〕）。池田・展開116頁も広中の見解に疑問を呈する。
- 90) したがって、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」の利益を説く団体主義・全体主義とはまったく無縁のものとなるのである〔広中・前掲注89〕137頁〕。なお、公共の福祉と私権との関係や財産権秩序における公法と私法の相互関係をめぐって「近隣的公序」とでも称すべき法が判例を通して形成されつつあることを指摘するものとして、池田・展開109頁以下。
- 91) 宗・前掲注(5)「再検討（5・完）」629頁以下。公共の福祉は民法に内在する概念であり、民法外在的な国家・公共の利益は、民法上の「公共の福祉」概念からは排除される（630頁以下）。