

## 憲法・民法関係論の展開とその意義 ——民法学の視角から

山本敬三

### I. はじめに

ただいまご紹介にあずかりました、山本敬三と申します。本日は、北海道大学GCOE研究会にお招きいただき、ありがとうございます。

お手元に、資料として、私の法学セミナーの論文<sup>(1)</sup>のコピーとパワーポイント原稿があると思います。報告の内容は、法学セミナーの論文に沿ったものですが、さすがにまったく同じでは、聞いていただく意味がありません。というわけで、2つの工夫をすることにしました。1つは、適宜、この法学セミナーの論文に書いていないことを付け加えるということです。もう1つは、書いてあることでも、その内容をわかりやすくするために、スライドで図解するというものです。かえってわかりにくくなるおそれもありますが、とりあえず、報告は、パワーポイント原稿にしたがって進めていくことにします。

まず最初に、憲法と民法の関係に関するこれまでの議論状況を振り返っておきたいと思います。これは、法学セミナーの論文には書いていないといえますか、その前提にあたることです。法学セミナーの最初には、今から15年あまり前、正確には、1992年の秋ごろのエピソードを書いています。このころ、久しぶりに会った同世代の研究者に最近何を研究しているかと聞かれて、「憲法の私人間適用」というと、怪訝な顔をされたという話で

---

(1) 山本敬三「憲法・民法関係論の展開とその意義——民法学の視角から(1)(2)」法学セミナー646号17頁・647号44頁(2008年)。

す。まず、なぜ怪訝な顔をされたかという経緯を説明しておきたいと思えます。

憲法と私法の関係という、話は戦後すぐのあたりにさかのぼります。もちろん、ドイツでは、さらに戦前にさかのぼるところはあるのですが、これはきりがありませんので、さしあたり戦後すぐまでにしておきたいと思えます。

日本では、日本国憲法が制定された直後から、我妻先生が精力的に新憲法の理念と意義について啓蒙的な論文を出されました。それは、後に、我妻先生の『民法研究』という論文集の第8巻、「憲法と私法」という表題を付けられた論文集にまとめられています<sup>(2)</sup>。

ドイツでは、ボン基本法が制定されたころから、基本権の第三者効、日本でいう私人間適用に関する議論がはじまりました。きっかけは、ニッパードアの男女間の同一労働同一賃金に関する論文で、男女同権規定の私人間効力が問題とされました<sup>(3)</sup>。ニッパードアはここでいわゆる直接効力説を主張しまして、彼が後に連邦労働裁判所の長官になったこともあって、直接効力説にどう向き合うかが当時の最大の問題となりました。これに対して、いわゆる間接効力説を主張したのが憲法学者のデューリヒで、1956年の論文がその代表作です<sup>(4)</sup>。これを受けて、1958年に連邦憲法裁判所がリュート判決を出して<sup>(5)</sup>、判例・通説はいわゆる間接効力説で固まることになりました。

日本では、1960年あたりから、このドイツの状況を紹介する論文が出はじめました。芦部先生の一連の論文も、60年代半ば以降に出されたもので、規定によっては直接適用を認めたり、アメリカのステイト・アクション論を採用するという面はありますが、基本的には間接適用説を採用するというものでした<sup>(6)</sup>。71年には、宮沢先生が、無効力説から間接適用説に改説

(2) 我妻栄『民法研究Ⅷ憲法と私法』（有斐閣・1970年）。

(3) Hans Carl Nipperdey, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, RdA 1950, 121ff.

(4) Günter Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, FS für Nawiasky, 1956, S.157ff.; Maunz/Dürig, Grundgesetz, 1964, Art.1 Abs.3 Rdnr.127ff.

(5) BVerfGE 7, 198ff.

(6) 芦部信喜「人権保障規定の私人間における効力」同『現代人権論』（有斐閣・1974

をされて<sup>(7)</sup>、このころに通説が確立したとみることができます。さらに、73年に三菱樹脂事件判決が出て<sup>(8)</sup>、これをどう理解するかということについては今なお争いがありますが、少なくとも直接適用説は否定され、間接適用説、ないしは無効力説に近い立場が判例上確立することになります。

その後、日本では、いくつか論文は出のですが、80年代後半まで、あまり大きな展開をみせることはありませんでした。ドイツでも、状況は似ていて、71年に、シュヴァーベが、基本権の第三者効力論について、いわゆる防御権的構成、つまり、この場合も私人が他の私人の基本権を侵害しているのではなくて、国家が私人の基本権を侵害している場合にたとする考え方を主張して<sup>(9)</sup>、注目は集めたのですが、支持が得られないまま終わりました。そのほか、1975年に、これは私人間適用とはまったく別の問題についてですが、連邦憲法裁判所が基本権保護義務を認めるという画期的な決定をおこないました。これは、刑法の堕胎罪を廃止することが違憲かどうか争われたケースで、国家は胎児の基本権を保護する義務を負っているとして、堕胎罪の廃止はこの国家の基本権保護義務に反するため、違憲であるという判断をおこなったものです<sup>(10)</sup>。

ただ、これはいうまでもなく刑法の規定に関する判断で、私人間適用論については、従来どおりの議論状況がその後も続きました。この状況を大きく転換したのが、1984年のカナーリスの論文です<sup>(11)</sup>。これは、先ほどの

年・初出1964年)3頁、同「私人間における基本的人権の保障」同『現代人権論』（有斐閣・1974年・初出1968年)49頁のほか、同「私人間における人権の保障」同編『憲法Ⅱ』（有斐閣・1978年)39頁以下[芦部信喜]、同「私的団体に対する人権規定の効力」同『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣・1981年・初出1978年)381頁等も参照。

(7) 宮沢俊義『憲法Ⅱ』（有斐閣・新版・1971年)248頁以下。

(8) 最判昭和48年12月12日民集27巻11号1536頁。

(9) Jürgen Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971.

(10) BVerfGE 39,1

(11) Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184(1984), 201ff. さらに、ders., Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, 993ff.; ders., Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, 161ff.; ders., Grundrechte und Privatrecht, 1999 など

基本権保護義務が基本権の第三者効力論にもあてはまることを示した画期的な論文で、さらにアレクシーも、『基本権の理論』という大著のなかで、これに類する考え方を提唱したこともあって<sup>(12)</sup>、当時の学界にセンセーションを起こすことになりました。カナーリスはその後にも精力的にこの考え方を展開した論文を書き続けて、1990年に、連邦憲法裁判所も、代理商決定で、カナーリスの考え方を採用したのではないかという判断を示しました<sup>(13)</sup>。判例の理解については、現在も争いがあるのですが、少なくともこのころに、ドイツでは、「基本権と私法」というテーマが非常に熱いテーマとしてさかんに議論されるようになり、憲法学だけではなくて、民法学でも、基本権保護義務論をベースにした博士論文や教授資格論文が量産されるようになりました。

このような展開を敏感に察知したのが、棟居先生<sup>(14)</sup>と小山さん<sup>(15)</sup>で、80年代の末ごろから、一連の論文を発表されました。実は、私が最初にドイツに留学したのはちょうど1990年の春からで、しかも留学先がカナーリスということもあって、このようなドイツの動きに触発されたことは否定できません。ただ、正直をいいますと、留学前に、カナーリスの84年論文などは読んでいたのですが、あまり関心は持てませんでした。私自身は、法律行為の解釈や一部無効といったテーマのほか、法学方法論に関心があって、むしろドイツでは動的システム論の論文ばかり読んでいました。したがって、棟居先生の論文も小山さんの論文も、帰国するまで知らなかったぐらいです。

ただ、帰国する少し前に、アレクシーの『基本権の理論』を読み出して、これはひょっとすると、カナーリスの仕事とつながるのではないかと思いついたところから、状況は一変しました。そこで、92年の春に帰国してからは、ひたすら私人間適用論の文献を読み出しました。ちょうどそのころに、

---

を参照。

(12) Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1985.

(13) BVerfGE 81, 242ff.

(14) 棟居快行「私人間適用」同『人権論の新構成』（信山社・1992年・初出1988～91年）1頁。

(15) 小山剛『基本権保護の法理』（成文堂・1998年・初出1987～97年）。

法学セミナーの冒頭に書いたエピソードがあったわけです。当時の民法学者にとって、憲法の私人間適用論を勉強している民法学者は、きっとエイリアンだったでしょう。

ともかく、私自身、何とかこのテーマの論文を発表できたのが、93年の夏ごろです<sup>(16)</sup>。このテーマにとっては幸いなことというべきですが、ほぼ同時期に、星野先生が、フランス民法典の位置づけという観点から、民法からみた憲法というテーマで研究をされていました。そこで、私の法学論叢の論文をみて、一方で衝撃を受けると同時に、他方でドイツ型とは違う考え方を周知させる必要がある——と考えられたかどうかはわかりませんが、94年に、法学教室で「民法と憲法」という特集を組まれました<sup>(17)</sup>。立場の違いはともかくとして、これで、民法学の側で、このテーマが認知されるにいたったのではないかと思います。

その後、私自身、「公序良俗論の再構成」をはじめとして、一連の論文を発表したほか、先ほどの星野先生の問題提起を受けて、大村さんも民法典の位置づけという観点から、これまた大きな論文を発表されました<sup>(18)</sup>。

---

(16) 山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治——私法関係における憲法原理の衝突(1)(2)」法学論叢133巻4号1頁・5号1頁(1993年、以下では「リベラリズム」として引用)。そのほか、山本敬三「憲法と民法の関係——ドイツ法の視点」法学教室171号44頁(1994年、以下では「憲法と民法」として引用)、同「基本法としての民法」ジュリスト1126号261頁(1998年、以下では「基本法」として引用)、同『公序良俗論の再構成』（有斐閣・2000年・初出1995～99年）、同「民法第1条ノ2」谷口知平＝石田喜久夫編『新版注釈民法(1)』（有斐閣・改訂版・2002年、以下では「1条ノ2」として引用）225頁、同「基本権の保護と私法の役割」公法研究65号100頁(2003年、以下では「基本権の保護」として引用)、同「憲法システムにおける私法の役割」法律時報76巻2号59頁(2004年、以下では「憲法システム」として引用)、同「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」田中成明編『現代法の展望——自己決定の諸相』（有斐閣・2004年、以下では「契約関係」として引用）3頁、同「民法と他領域(1)憲法」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』（有斐閣・2007年）8頁等も参照。

(17) 「特集・民法と憲法——民法から出発して」法学教室171号6頁以下(1994年)。

(18) 大村敦志「民法と民法典を考える」同『法典・教育・民法学——民法総論研究』（有斐閣・1999年・初出1996年）1頁、同『民法総論』（岩波書店・2001年）、同『「民法0・1・2・3条」——〈私〉が生きるルール』（みすず書房・2007年）、同『他者と

では、憲法学の方はといいますと、棟居先生、小山さんの論文がその後に出たほか、木下さんや藤井さん、松本さんの論文なども出はじめて<sup>(19)</sup>、徐々に注目が深まりつつありましたが、それが本格化したのは、90年代の末以降ではないかと思えます。君塚さんの一連の論文もそのなかで出たものすし<sup>(20)</sup>、松原さんや中山さんなど、若手研究者の論文も量産されるようになりました<sup>(21)</sup>。さらに、この傾向に火をつけたのが高橋和之先生で、無効力説の再評価を熱く説く論文を出されて、大変な状況になりました<sup>(22)</sup>。ちょうど私が公法学会のお招きを受けて報告をしたのもそのころで<sup>(23)</sup>、議論が白熱化するのに、多少なりとも寄与したのではないかと思えます。現在では、中堅・若手研究者がひきもきらずにこのテーマについて論文を書いて、文字どおり文献が爆発的に増えています<sup>(24)</sup>。

それに対して、民法学の側では、そこまではいかないものの、2003年に法律時報の特集で、吉田克己さんが企画されて、大村さん、私も入ってミ

---

ともに生きる——民法からみた外国人法』（東京大学出版会・2008年）等。

(19) 木下智史『人権総論の再検討——私人間における人権保障と裁判所』（日本評論社・2007年・初出1987～2004年）、藤井樹也『「権利」の発想転換』（成文堂・1998年・初出1991～97年）、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会・2001年・初出1994～1998年）等。

(20) 君塚正臣『憲法の私人間効力論』（悠々社・2008年・初出1997～2007年）。

(21) 松原光宏「私人間効力論再考——最近までのドイツ法理論を参考に(1)(2)」法学新報106巻3号4頁・11号12頁63頁（2000年）、同「人格権侵害の憲法論的構成——名誉毀損の場合を中心に(1)～(4)」法学新報108巻3号191頁・109巻4号31頁・5号6号377頁・7号8号75頁（2001～03年）、中山茂樹「私人間効力について——憲法上の権利の概念の整理から」西南学院大学法学論集33巻4号95頁（2001年）がこの考え方に属する。

(22) 高橋和之『憲法上の人権』の効力は私人間に及ばない——人権の第三者効力論における『無効力説』の再評価』ジュリスト1245号137頁（2003年）、同「現代人権論の基本構造」ジュリスト1288号100頁（2005年）、同「人権論のパラダイム——私人間効力論を中心にして」憲法問題17号36頁（2006年）、同「私人間効力論再訪」ジュリスト1372号148頁（2009年）。

(23) 山本・前掲注(16)基本権の保護。

(24) 愛敬浩二『「憲法と民法」問題の憲法学的考察』名古屋大学法政論集230号169頁（2009年）を参照。

ニシンポをおこなったりしましたほか<sup>(25)</sup>、最近でも、関連するいくつかの論文や特集があったりして、状況は変わってきています<sup>(26)</sup>。伝統的な公法と私法の二分論を見直し、憲法との関係において民法の意義と役割をどのように理解するか、ひいては法システムの全体の構造と基本原理をどのようにとらえるか。そして、そのような体系的・原理的な理解を背景として、民法であつかわれてきた個々の問題——たとえば公序良俗や不法行為、消費者紛争・環境訴訟等に関する諸問題——がどのようにとらえ直されることになるか。現在では、このような一連の問題について、議論をすること自体、少なくとも違和感を持たれなくなっているのではないのでしょうか。ただ、そうはいっても、多くの民法学者は、今なお、他人事とはいわないものの、議論の帰趨を静観している。そんなところではないかと思えます。

さて、今日のところは、この議論、これをさしあたり憲法・民法関係論と呼んでおきますと、これまで、この問題についてどのような考え方が明示的にまたは暗黙のうちに主張されていたか。とくに、民法学においてどのような考え方が主張されてきたかということを中心にご紹介したいと思います。ただ、これを平板に紹介するだけではおもしろくありませんので、どこに立場の分かれ目のポイントがあるか、そして、そのような議論をすることの意味はどこにあるのかというあたりを中心に、報告をすることとしたいと思います。

## II. 憲法・民法関係論—従来の議論状況

まず最初に、この憲法・民法関係論の従来の議論状況を簡単に確認しておきましょう。ここで「従来の」というのは、1990年代の前半ごろまでということですが。

この時期には、大きく分けると、3つの考え方がみられます。

1つ目は、異質論です。これは、憲法と民法はそもそも異質な法であるという考え方です。

---

(25) 「シンポジウム・憲法と民法」法律時報76巻2号50頁以下（2004年）。

(26) 「特集・憲法と民法——対立か協働か 両者の関係を問い直す」法学セミナー646号（2008年）11頁以下等を参照。

2つ目は、融合論です。これは、憲法と民法を異質なものとみない。むしろ、融合するようなものにとらえる考え方です。

3つ目は、規範階層の重層論です。これは、憲法と民法の関係を上位法と下位法の関係としてとらえるものです。

以下、順にみていきましょう。

## 1. 異質論

まず、異質論です。最初にふれましたように、1990年代の前半あたりまでは、憲法と民法の関係は、民法学者にとって、とくに論じるべき問題としてとらえられていませんでした。それはなぜかといいますと、この当時は——そしておそらく今でもかなり多くの民法学者にとって——、憲法と民法はそもそも異質な法だと理解されていたからです。

その基礎にあるのは、国家と社会の二分論です。それによると、社会は、市民の自由な活動によって成り立つものであり、国家とは切り離された領域をなす。私法とは、そうした国家とは切り離された市民相互間の自由な活動を規律する社会内部の法であり、民法はその中核をなす。これに対して、それとはかかわりのない国家の活動を規律する法が公法であり、その中核をなすのが憲法である。このように、憲法と民法は、規律の対象を異にし、それに応じて内容も質的に異なると考えられたわけです<sup>(27)</sup>。

こうした考え方によると、私人間において基本権にかかわる事柄が問題になっても、民法の問題として論じれば足りるし、むしろそうすべきであるということになります。実際、民法の分野では、ローマ以来、私人の複雑な利益を調整するさまざまな規範が制定法や判例などを通じて形成されている。しかも、それらを整合的に整序し、体系化する洗練された民法解釈学の伝統が存在する。こうした営みを通じて高度に発展した民法体系が形成されているのであり、私人間の紛争はこの体系のもとで十分対処できる。したがって、憲法のようないわば新参の、抽象度の高い法をみなくてもやっていける。そこまでいって言い過ぎかもしれませんが、それに近

(27) 星野英一「民法講義総論(3)」法学教室3号22頁(1980年)のほか、くわしくは、栗城壽夫「ドイツにおける『国家と社会の分離』をめぐる議論について」社会科学の方法138号10頁(1980年)を参照。

い感覚があったことは否定できないでしょう。

## 2. 融合論——我妻栄の考え方

もつとも、戦後の民法総則の教科書などをみても、かなり様子が違っていることがわかります。そこでは、民法の理念や思想を語る際に、当たり前のように、日本国憲法の規定やその基礎にある考え方が援用されていました<sup>(28)</sup>。憲法と民法は、少なくとも理念や思想に関するかぎり、質的に区別されていなかったといつてよいでしょう。このようなとらえ方、つまり融合論の原型を形成したのは、実は、我妻先生でした<sup>(29)</sup>。

我妻先生の考え方の基礎にあるのは、次のような近世以来の法発展の理解です。

それによると、まず、近世の自由主義的法思想のもとでは、個人の身分と財産の関係は、平等な個人の自由な契約によって規律されるべきものとされていた。国家の命令・強制も、各個人のこの自由と平等を保障するために是認されていたにすぎない。

しかし、その結果、いちじるしい富の不平等という現象が生ずるにいたったため、国家はむしろ、各個人の最少限の文化的生存を保障するために、個人の財産関係や身分関係に積極的に関与するようになった。こうした変化を背景として、私法の指導原理も、自由と平等を基礎としつつも、公共の福祉という理念によって浄化されたものとなる。

こうした「浄化」は、個人の自由、したがってまた国家と個人の関係に関する見方の転換によってもたらされる。それは、個人主義から協同体主

(28) 勝本正晃『新民法総則』(弘文堂・1948年)13頁以下(本書の「序」では、「民法は明治三十一年(1896)に施行せられて以来、五十年にして、新しい日本国憲法に順応して更正した」と述べられている)、柚木馨『判例民法総論・上巻』(有斐閣・1951年)166頁以下、於保不二雄『民法総則講義』(有信堂・1951年)15頁以下等を参照。

(29) 我妻栄「新憲法と基本的人権」同『民法研究VIII』(有斐閣・1970年・初出1948年)89頁、とくに172頁以下・245頁以下、同「民主主義の私法原理」同『民法研究I』(有斐閣・1966年・初出1949年)3頁以下・41頁以下、同『新訂民法総則』(岩波書店・1965年)2頁以下、同『民法大意・上巻』(岩波書店・第2版・1971年)21頁以下等を参照。



義への転換である。ここでいう協同主義とは、国家を1つの協同体とみる考え方です。この協同体としての国家においては、個人と国家とが有機的に結合した個と全体の関係に立つ。そこでは、個人の自由は、国家全体とともに文化の向上に尽くすべき責務をともなうものであり、国家は個人の自由の発展のために積極的な関与をなすべき責務を負うことになると思われるわけです。

このような協同主義に立脚する「公共の福祉という理念によって浄化された自由と平等」という原理は、我妻先生の理解によると、まさに日本国憲法の基礎にある考え方にはなりません。つまり、我妻先生によると、こうした原理は、現代における法の根本原理であり、それが憲法によっても民法によっても確認されていると理解されるわけです。これはまさに、そのかぎりでは憲法と民法を統合的にとらえる考え方にほかなりません。

### 3. 融合論——近代法論

憲法と民法の関係についてのこのようなとらえ方は、その後有力に説かれないいわゆる近代法論にも共通してうかがわれます。

近代法論とは、強いてその共通の考え方をまとめますと、「近代という時代空間を構成する法」があることを認め、それが「近代という時代空間」に属するところに——実定法として——妥当するという構想です。この構想によると、憲法も民法も、いずれも近代法を構成する法として統一的に把握されることになります。

もちろん、この近代法が想定する社会は近代市民社会であり、この近代市民社会を構成する法は市民法、つまり民法です。その意味で、近代法論にとって、民法は——その内実をどう理解するかについては争いがありうるとしても——まさに基幹的な意味を持つことになります。

この近代市民社会は、自由・平等・独立の市民によって構成された社会を意味します。こうした市民社会は、歴史的に言えば、それに対立するものもろの封建的な関係を解体させることによって実現します。しかし、市民社会が確立するためには、それだけでは足りず、さらに国家権力を市民社会の法にしたがわせる必要があります。市民革命とは、まさにそうした

市民社会の法にしたがった国家、つまり市民国家を成立させるものにほかなりません<sup>(30)</sup>。

このように考えますと、まさに共通した原理にもとづいて、国家と社会を統合した「市民社会」を構成する法が形成されることになります。それが、近代法だというわけです<sup>(31)</sup>。

ここで重要なのは、そうした近代法の基礎に、近代法を構成する基本原理があることが想定されている点です。近代法論の主張の核心は、このような近代法の構成原理が憲法と民法をつらぬくかたちで存在し、しかも現実に定められた憲法律や民法典の理解を方向づけるところにあります<sup>(32)</sup>。したがって、これによると、憲法や民法をそれだけで独立に論じたり、両者の関係を問うことにあまり意味はありません。重要なのは、そうした憲法や民法の基底にある近代法——「市民社会」の法——の構成原理が何であり、そこからどのようなことが要請されるかであるということになります。

### 4. 規範階層的重層論

以上に対して、憲法と民法の関係を上位法と下位法の関係としてとらえるものもありました。民法も、上位の法である憲法の下にある。したがって、憲法に反しないように解釈されなければならないし、どうしても憲法に反する規定は、改められなければならない。戦後の民法改正は、まさに

(30) 渡辺洋三『法というものの考え方』（日本評論社・1989年・初出1959年）72頁以下を参照。川島武宜『民法総則』（有斐閣・1965年）5頁以下も参照。

(31) たとえば、清水誠『時代に挑む法律学——市民法学の試み』（日本評論社・1992年）6頁以下は、「市民法」は、広義には、私法にかぎらず憲法、刑法などの公法もふくむとしている。広中俊雄『新版民法綱要・第1巻』（創文社・2006年）1頁以下・3頁以下・22頁以下が、「市民社会に成立する基本的諸秩序」として、「財貨秩序」と「人格秩序」およびその「外郭秩序」のほかに、「権力秩序」をあげているのは、さらに進んで——国家と社会の二分論を超えて、「市民社会」の法がすべてに妥当するという意味で——「市民社会」の法が憲法や民法をつらぬく構成原理であるという構想を示したものにほかならない。

(32) 笹倉秀夫『『実定法的原理』考』三島淑臣教授古稀祝賀『自由と正義の法理念』（成文堂・2003年）381頁、とくに387頁以下を参照。

その最たる例だというわけですから<sup>(33)</sup>。

このように、憲法と民法の関係を規範階層的にとらえるという理解は、民法学者のなかでは明言する者こそ少ないとはいえ、ある意味では当然の前提とされていたと推測されます。というのは、憲法は「国の最高法規」であるとされ（憲98 I）、違憲審査の対象とされる「一切の法律」（憲81）に民法（典）がふくまれることは否定しようがないからです。憲法の私人間適用に関しても、間接適用説が通説化し、判例も基本的にそれと同様の立場に立つことをあきらかにしました<sup>(34)</sup>。それによると、憲法の私人間適用が問題となる場合には、民法90条をはじめとした私法の一般条項を憲法の趣旨を取り込んで解釈し、適用すべきであるとされます。このような間接適用は、憲法が民法の上位法にあたるということから基礎づけることも可能です<sup>(35)</sup>。多くの民法学者も、問われるならば、このような理解を否定しなかったのではないのでしょうか。

## 5. 民法の脱憲法化

もともと、以上のような議論があったにもかかわらず、1970年代から80年代にかけて、少なくとも民法の体系書・教科書のなかで、憲法との連関をくわしく論じるものは姿を消していきます。とくに言及するとしても、当時の民法1条と1条ノ2（現在の1条と2条）が日本国憲法の制定を受けて規定されたことを指摘するにとどまって、憲法についてほとんど言及しないものも多くなりました<sup>(36)</sup>。こうした傾向は、先ほどふれた異質論を前提としつつ、政治的な色あいをもちうる憲法との連関を払拭して、民法をあくまでも「私法」の枠内に位置づけようとしているという印象が強い

(33) 星野英一『民法概論 I』（良書普及会・1971年）26頁以下。

(34) 前掲注(8)最判昭和48年12月12日を参照。

(35) 憲法学において、このような考慮から私人間適用を基礎づけようとするものとして、君塚・前掲注(20)とくに258頁以下を参照。

(36) たとえば、幾代通『民法総則』（青林書院・第1版・1969年）12頁以下、四宮和夫『民法総則』（弘文堂・第1版・1972年）19頁・24頁以下・39頁以下、鈴木禄弥『民法総則講義』（創文社・第1版・1984年）244頁以下、石田喜久夫『口述民法総則』（成文堂・第1版・1986年）26頁以下・40頁以下、石田穰『民法総則』（悠々社・1992年）40頁以下等を参照。

といえます。その意味で、これは民法の「脱憲法化」と評することができます。冒頭で述べた1990年代前半は、まさにこの「脱憲法化」が浸透していた時期だったわけです。

## Ⅲ. 憲法・民法関係論の新たな展開

これに対して、1993年を境として、憲法と民法の関係を新たにとらえ直すようとする一連の試みが登場することになります。これも、大きく分けると、3つの考え方に整理できます。

第1は、憲法基底的重層論です。これは、憲法を基礎におきながら、憲法と民法が国家・社会の基本法を重層的に構成しているという考え方です。

第2は、並立論です。これは、憲法と民法は、自然法を共通の基盤としつつ、同格のものとして並立しているとみる考え方です。

第3は、民法基底的重層論です。これは、民法を基礎におきながら、民法と憲法が国家・社会の基本法を重層的に構成しているという考え方です。以下、順にみていきましょう。

### 1. 憲法基底的重層論

この最近の議論のいわば第一陣となったのが、最初に紹介した私自身の研究です。そのポイントは、今もいいましたように、憲法と民法は、憲法を基礎におきつつ、たがいに協働しながら、国家・社会の基本法を重層的に構成しているとみるところにあります。

(a) この見解は、憲法が——社会の基本法であると同時に——国家の基本法であることから出発します。そして、そのような国家の基本法である憲法が個人に基本権を認めるという基本決定をおこなった結果、国家は次の3つの責務を負うことになると考えます<sup>(37)</sup>。

第1は、国家の介入禁止です。つまり、国家は、それを正当化するに足りるだけの十分な理由がないかぎり、個人の基本権を侵害してはならない。

第2は、国家の基本権保護義務です。つまり、国家は、個人の基本権を他人による侵害から保護するために、積極的な措置をとらなければならない

(37) 山本・前掲注(16)「基本法」263頁、「憲法システム」64頁以下を参照。

い<sup>(38)</sup>。

第3は、国家の基本権支援義務です。つまり、国家は、個人の基本権がよりよく実現されるよう、積極的な措置をとらなければならない。

(b)その上で、この見解は、民法もまた国家法としての性格を持つ以上、国家の基本法としての憲法の拘束を受けることになるものとします。これによると、民法は、少なくとも次の3つの任務を有するとされます<sup>(39)</sup>。

第1は、憲法によって保障された基本権の内容を具体化することです。たとえば、「財産権」として各種の物権や債権などを定めることは、そうした基本権の具体化として位置づけられます。

第2は、そうした基本権を他人による侵害から保護するための制度を用意することです。たとえば、不法行為制度や物権的請求権、不当利得制度などは、そうした基本権の保護制度として位置づけられます。

第3は、基本権をよりよく実現できるように支援するための制度を用意することです。たとえば、契約制度や代理制度、法人制度、家族制度などは、そうした基本権の支援制度として位置づけられます。

(c)もっとも、以上のような基本権の内容形成についても、保護や支援の方法についても、実際にはさまざまな可能性があります。そこでは、憲法によって要請される基本権の保障体制をどのような枠組みで構成し、その内容をどのような方針にしたがって形成するかについて、さらに多くの基本的な決定をおこなう必要があります。まさにそうした基本決定を、私法の領域についておこなうのが、民法にほかなりません。その意味で、民法には、憲法には尽くされない独自性があります。このように、憲法と民法は、いわば重層的に、たがいに協働しあいながら国家と社会の基本法を構成していると考えられるわけです<sup>(40)</sup>。

(38) 山本・前掲注(16)「リベラリズム」(1)16頁以下、『公序良俗論の再構成』199頁以下、「基本権の保護」107頁以下、「契約侵害」8頁以下を参照。

(39) 山本・前掲注(16)「基本法」264頁以下、「憲法システム」66頁以下を参照。

(40) 山本・前掲注(16)「基本法」265・267頁、「1条ノ2」234頁、「憲法システム」67頁を参照。民法がさらに具体的にどのような意味で基本法といえるかについて、くわしくは、山本・前掲注(16)「基本法」265頁以下を参照。

## 2. 並立論

これに対して、ほぼ同時期に、憲法と民法は、共通の基盤を持ちつつも、同格のものとして並立しているとみる考え方、つまり並立論が提唱されました。

(a)このような考え方は、まず、星野先生によって提唱されました<sup>(41)</sup>。星野先生によると、憲法は国家の基本法、民法は社会の基本法であり、両者があいまって国家・社会の基本構造を構成しているのとらえられます。

その際、星野先生が手がかりとするのは、フランス民法典が人権宣言を実現する法律として編纂されたという点です。人権宣言によって確認された人間の自然権を、人間相互の関係、つまり社会においてどのように保護し、その限界をどう画するかということを決めた基本法が民法にほかなりません。その意味で、憲法が「国家の基本法(constitution)」であるとする、民法は「社会の基本法(constitution)」として位置づけられることとなります。

これによると、憲法と民法は並立的にとらえられることとなりますが、両者の基礎にフランスの人権宣言にあたるものが考えられている点が重要です。そうした人権、つまり自由・平等——さらに星野先生は博愛と連帯を付け加えます——という原理が、憲法も民法も超える原理として妥当していることを前提として、それを国その他の公共団体に対して保護するのが憲法、私人に対して保護するのが民法だと考えるわけです。

このように、憲法と民法は、同じ自然法の原理を実定化したという点で、同質性を持つものとしてとらえられます。しかし、実定法のレベルでは、両者はそれぞれ国家の基本法と社会の基本法として独自性を堅持することとなります。そのかぎり、これは上述した異質論と重なります。それは、ここでも、国家と社会の二分論が前提とされているところからもうかがうことができます。

(b)憲法学でも、その後、高橋和之先生が、同じように「フランス・モデル」に準拠して、先ほどの憲法基底的重層論、とりわけ基本権保護義務

(41) 星野英一『民法＝財産法＝』（放送大学教育振興会・1994年）5・52頁、同「民法と憲法——民法から出発して」法学教室171号6頁（1994年）、星野英一＝樋口陽一「社会の基本法と国家の基本法」ジュリスト1192号2頁（2001年）を参照。



を否定して、憲法の私人間適用について無効力説を主張しています<sup>(42)</sup>。

それによると、国家が私人間において人権を保護する義務を負うこと自体は認められます。ただ、そこで保護されるべき人権は、あくまでも自然権であり、国家に対して保障される憲法上の権利、つまり基本権ではありません。むしろ、基本権は、もともと私人間では意味を持つものではないのだから、国家の「基本権」保護義務なるものはおよそ観念できない。かりにそのようなものを認めるならば、憲法の射程が私人間にまで広げられ、憲法は「全社会の基礎として社会内のあらゆる関係において妥当すべき法的価値をも宣言したもの」へと変質することになる。それは「近代的な立憲主義の観念を逆転し、憲法・人権が権力をではなく、国民を拘束するものへと転化するモメントを秘めており、看過することのできない重大な意味をもつ」というわけです<sup>(43)</sup>。

### 3. 民法基底的重層論

(a) もっとも、最近になって、以上のような並立論が前提としているフランス・モデルの理解には問題があることが、法史学者の水林先生によって指摘されています<sup>(44)</sup>。

それによると、歴史的にみれば、フランスでは、ドイツ型の国家と社会の二元論——政治的国家と脱政治化された経済的市民社会の二元的秩序——とは異なり、むしろそのような二元論に相当するものを克服して成立した、経済社会であると同時に政治社会でもあるような市民社会(société civile)——「政治的経済的市民社会」——が規律の対象とされていた<sup>(45)</sup>。しかも、1789年人権宣言と1791年憲法の段階では、人権宣言と憲法がこの意味での市民社会に妥当する全法体系の根本法として位置づけられていたのに対して、1804年憲法および民法典の段階になると、民法典が全法体系の根本法として位置づけられ、憲法はむしろその特別法としての位置を占

めるにすぎなくなる。つまり、民法典は、全社会関係——国家と諸個人との関係および諸個人間の関係の双方——に妥当すべき人権を定めるとともに、——その第1編にフランス国民の資格要件(国籍)と国民身分証書に関する規定をふくむことからわかるように——政治社会の基本となる全国民の編成も規定するものとして理解される。それに対して、憲法は、そのような国民の一部である——国政に能動的にかかわりうる——能動国民による統治機構の形成に関する法に限定されることになったわけです<sup>(46)</sup>。

このように、フランスでは、「すべてのフランス国民に妥当する、フランス国民のあり方の根本を定めた、比類なき法典」が民法典だったのであり、そこに「近代民法の本源的形態」がある。まさにこのような「民法典を根本法とする一元的法体系」<sup>(47)</sup>こそが、本来フランス・モデルといわれるべきものだったのではないか。並立論は、国家と社会の二分論にとらわれたために、民法を脱政治的な「市民社会」——市場経済的市民社会と非市場経済的市民社会からなる——の法として理解するにとどまったというわけです<sup>(48)</sup>。

もちろん、憲法のなかに基本的人権のカatalogueが定められて、さらに違憲審査制を有するようになりますと、以上のような民法典を根本法とし、憲法をその特別法とする考え方——これを民法基底的重層論と呼んでおきますと、この考え方——をそのままのかたちで維持することはできません。実際、フランスでも、第二次世界大戦後、このような理由から、憲法が根本法としての地位を復権しはじめ、民法が相対的に後景に退きはじめていくことが指摘されています。現在では、憲法とともに、民法もなお全法体系の根本法の地位を占めているということはできるものの、その中ではむしろ憲法が根本法の首座を占めるにいたっているというわけです<sup>(49)</sup>。

(b) 同じような事情は日本にもあてはまるものの、それでもなお、現代の日本において、意識的に民法基底的重層論に近い立場を主張するものも

(42) 前掲注(22)所掲の高橋の諸論稿。

(43) 高橋・前掲注(22)ジュリスト1245号142頁を参照。

(44) 水林彪「近代民法の本源的な性格——全法体系の根本法としての Code civil」民法研究5号1頁(2008年)。

(45) 水林・前掲注(44)28頁以下を参照。

(46) 水林・前掲注(44)38頁以下を参照。

(47) 水林・前掲注(44)49頁を参照。

(48) 水林・前掲注(44)65頁以下を参照。

(49) 水林・前掲注(44)55頁以下を参照。

あります<sup>(50)</sup>。「シビル」の再生を説いて、「共和国」を実現する法として民法をとらえることを提唱する大村さんの見解がそれにあたります<sup>(51)</sup>。

大村さんもまた、「市民社会」を、市場はもちろん、非営利活動——いわゆる公共圏——のほか、さらに「市民相互の関係を調整するための規範を市民自身が創出する」場面——その意味での政治の領域——もふくむものとして理解します<sup>(52)</sup>。「市民 (citoyen)」とは、本来、個人の領分の保障を求めると同時に、公共の空間において他者とともに活動し、この公共空間の存立にも一定の責任を負うものです。「シビル(civil)」とは、このような両面性をもった人間のあり方を指す言葉なのであって<sup>(53)</sup>、そのような意味での「シビル」を再生させることが必要だというわけです。

大村さんがこのような問題提起をするのは、現在、都市化の進行によって、人と人との絆が解体され、「国家」による後見的な介入にゆだねるのがよいのか、「個人」ないしは「市場」にゆだねるのがよいのかという困難な二者択一をせまられているためです。国家に対する過度の依存は、その負担の増大をまねくとともに、国家に対する監督の懈怠は、その非効率を許すこととなります。しかし、すべての規範を除去して、「私」の領域にゆだねれば、そこに生ずるのはアノミー——社会解体期に見られる行為・欲求に対する無規律状態——でしかない。むしろ必要なのは、市民社会が自己規律の規範を持つことであり、「民法」を持つということは、まさにそのことにほかならない。このような意味で、大村さんは、「民法」を持つという「思想」——それは私人間の関係を権利義務を中核として構成される法規範によって規律するというそのものの正統性を主張す

(50) 水林・前掲注(44) 7頁以下・69頁以下は、広中俊雄の見解をまさにそのような試みとして理解する。ただし、広中においては、注31)でもふれたように、たしかに市民社会の法一元論ではあるものの、そのなかでとくに民法を基底的なものとして位置づけるという志向は薄いように感じられる。むしろ、憲法と民法の関係はいわば二次的な問題であり、市民社会の法をトータルにとらえ直すところに、広中の最大の関心があるようである。

(51) 前掲注(18)所掲の大村敦志の緒論稿を参照。

(52) 大村・前掲注(18)『民法総論』156頁、『他者とともに生きる』243頁を参照。ただし、大村は、「市民社会」からさしあたり「国家」だけは除外している。

(53) 大村・前掲注(18)『民法0・1・2・3条』41頁を参照。

ることにほかならないとされますが、そのような思想——をあらためて意識的に選択すること呼びかけるわけです。大村さんは、こうした考え方を「社会構成原理としての民法」と呼んでいます<sup>(54)</sup>。

ここからもわかりますように、大村さんは、有形無形のさまざまな制約を除去して、個人の活動の領域をひろげるだけでは、社会は社会として存立し続けることができないと考えます。社会の存立を確保するためには、「ある種の共通価値」、「一定の凝集力」を社会の内部にセットする必要があります。そこで、「個人の多様なあり方を許容しつつ緩やかな統合を保った社会(自由ふるまいつつ他人への配慮を失わない個人からなる社会)」<sup>(55)</sup>をめざすために、民法に体现されているものの考え方——つまり、個と共同性の双方に配慮しつつ社会のあり方をともに模索するという考え方<sup>(56)</sup>——をあらためて選び取ろうというわけです。そうした「共通のことがら(res publica)」をふまえた社会のあり方(人間のあり方)を「共和国」というのなら、民法はまさにこの意味での「共和国」を実現する法として位置づけられることとなります<sup>(57)</sup>。

以上のかぎりでは、大村さんの考え方は、民法基底的重層論と評することもできそうです。ただ、大村さんは、憲法を民法の特別法や下位法とみているわけではありません。むしろ、憲法と民法は重なり合うことを認めた上で、それぞれ役割を異にするとしています。市民的自由に関していいますと、民法は、日常生活のなかの個別の争いを解決することを通じて、新たな法のルールを少しずつ発展させることを役割とするのに対して、憲法は、より長い時間の流れのなかで人権のリストを書き換えていくことを役割とする<sup>(58)</sup>。また、社会を構成する原理は、人為的なものであると同時に伝統的なものです。憲法は、前者の意図的・固定的な側面に対応するの

(54) 大村・前掲注(18)『民法総論』12頁以下・128頁・152頁以下を参照。

(55) 大村・前掲注(18)『民法総論』37頁以下を参照。

(56) 大村・前掲注(18)『法典・教育・民法学』112頁を参照。

(57) 大村・前掲注(18)『民法0・1・2・3条』139頁以下、『他者とともに生きる』241頁を参照。

(58) 大村・前掲注(18)『民法0・1・2・3条』99頁を参照。

に対して、民法は後者の無意識的・生成的な側面に対応する<sup>(59)</sup>。民法レベルでの法形成の積み重ねが、やがては憲法レベルでの法形成へと還元されてゆく。大村さんがイメージする両者の関係は、このようなものとみてよいでしょう<sup>(60)</sup>。

#### IV. 憲法・民法関係論の意義

それでは、憲法・民法関係論に関するこれらの諸見解は、いったいどこがどう対立しているのか。ここでは、さしあたり体系論——つまり、体系構成の論理構造——と原理論——つまり、その基礎におかれている原理——に分けて、対立のポイントを分析し、議論の意味をあきらかにすることにしましょう。

##### 1. 体系論の側面

まず、体系構成の論理構造に関していいますと、次の3つの問いが立場の分かれ目になっていると考えられます。

第一は、国家と社会を二分して考えるか、つまり、国家・社会二分論をとるかかどうかです。

第二は、かりに二分して考えるとして、憲法は国家、民法は社会を規律の対象にしているとするかです。

第三は、かりに憲法が国家、民法が社会を規律の対象にしているとして、両者は無関係かです。

(a) 最初に紹介した異質論は、①の問題について、国家と社会を二分し、②の問題について、憲法は国家、民法は社会を規律の対象とし、③の問題について、両者は無関係であるとみる見解です。そのかなめになっているのは、①の問題について、社会を経済社会を中心とした脱政治的な市民社会とみて、国家と対置するという考え方です。②③の問題について、国家を対象とするのが憲法、この意味での社会を対象とするのが民法で、両者

(59) 大村・前掲注(18)『他者とともに生きる』241頁を参照。

(60) 大村敦志「大きな公共性から小さな公共性へ——『憲法と民法』から出発して」法律時報76巻2号71頁(2004年)も参照。

は無関係であるとされるのも、そのためです。

(b) もっとも、①の問題と②の問題について同じように考えるとしても、③の問題についてこれとは違った考え方をする可能性もあります。

第一は、規範階層的重層論です。これは、②の問題、つまり「規律の対象」とは別に、「規律の主体」に着目します。たしかに、民法は、社会を規律の対象とする。しかし、そのような規律を国家がおこなうのであれば、国家を規律の対象とする憲法が妥当することになる。このようにして、民法もまた、国家が規律の主体となるかぎり、憲法の拘束を受けると考えるわけです。

第二は、並立論です。これは、②の問題の「規律」の意味を実定法レベルでとらえて、その背景にある自然法のレベルで憲法と民法を架橋しようとし、いずれも同じ自然法を実定法化したものとみることによって、その限度で両者を同質的なものとみるわけです。

(c) これに対して、①の問題は同じように考えるとしても、②の問題について違った考え方をする可能性もあります。融合論のうち、我妻先生の考え方——および近代法論の一部も——がこれにあたります<sup>(61)</sup>。

まず、我妻先生も、①の問題について、ひとまず国家と社会を二分し、いわゆる公法・私法二分論を採用しています。しかし、その上で、②の問題について、憲法は、国家だけでなく、社会を対象とする規律も定めると考えるわけです。このように、憲法のなかに私法に関する事柄が定められる可能性があることは、ワイマール憲法が示しているとおりです。そこには、有名な「所有権は義務をとらなう」という規定（同153条）などのほか、家族制度（同119条以下）、契約自由（同152条）、相続権（同154条）をはじめ、それまで私法の問題と考えられていた多くの事柄が規定さ

(61) 我妻・前掲注(29)『新訂民法総則』1頁以下。このこと自体については、山本敬三＝加藤雅信＝加藤新太郎「鼎談：『公序良俗論の再構成』をめぐる」判例タイムズ1177号11頁（2005年）の加藤雅信の指摘はあっている。ただし、同11頁以下で私も指摘したとおり、我妻は、少なくとも20世紀においては、国家から隔絶した社会という考え方ではもはや立ちゆかず、国家による介入をむしろ積極的に認めていくしかないという考え方に立っているとみることができる。

れています。我妻先生は、すでに戦前からこれに注目して<sup>(62)</sup>、日本国憲法と同様の潮流を見て取ろうとしたわけです。

(d) 以上に対して、そもそも①の問題について違った考え方をする可能性もあります。

まず、民法基底的重層論——および市民社会の法一元論を前提とする近代法論の一部も——がこれにあたることは、いうまでもありません。それによると、①の国家と社会の二元論は、政治的国家と脱政治化された経済的市民社会の二元的秩序として「国家」と「社会」とをとりえるというドイツ型の考え方である。しかし、「近代民法の本源的形態を示すフランス民法典」が規律の対象としていた「市民社会」は、そのような意味での「社会」ではなく、経済社会であると同時に政治社会でもあるような「政治的経済的市民社会」だった。このような理解を基礎とするならば、もはや②③の問いは意味をなさず、そうした「政治的経済的市民社会」を規律の対象とする民法が、全法体系の根本法として位置づけられることになるわけです。

このほか、憲法基底的重層論も、実は、①の問題について以上と違った考え方をしています。この見解のポイントは、国家と社会の関係を個々の市民の側から分析し、国家と市民Xの関係、国家と市民Yの関係、市民Xと市民Yの関係に分解するところにあります。これによると、「社会」に相当するのは、市民Xと市民Yの関係です。しかし、そこでも、たとえば市民Xの基本権が市民Yから侵害を受けたときは、国家が市民Xの基本権を市民Yの侵害から保護する義務を負うと考えれば、これは国家と市民Xの関係の問題となります。さらに、国家がそのような保護をあたえるならば、市民Yの基本権が国家によって制限される以上、これは国家と市民Yの関係の問題となります。これはいずれも、国家を対象とする法、つまり憲法の問題にほかなりません。このようにして、社会の法を——部分的に<sup>(63)</sup>——国家の法としてとらえることにより、憲法の適用を基礎づけよう

(62) 我妻栄「ニッパードイ編『ドイツ国憲法に於ける基本権と基本義務』同『民法研究VIII』（有斐閣・1970年・初出1932年）471頁を参照（同474頁は「ドイツ憲法の私法原理」と呼んでいる）。

(63) これは、社会の法が全面的に国家の法に転化するのではなく、国家の作

とするのが、憲法基底的重層論です。

実は、高橋先生の並立論も、単純な国家と社会の二分論を前提としていないように思われます。高橋先生も、国家と市民の関係、市民相互間の関係というように分析的に考えて、憲法は、国家および国家と市民の関係を規律するのに対して、民法は、市民相互間の関係を規律する法律であると考えています。ただし、高橋先生の場合、憲法レベルでは、国家に基本権保護義務は認められませんので、私人間について法律を定めるときでも、国家がその法律によって市民Yの基本権を侵害してはならないという制約のみが憲法から出てくることとなります。いずれにしても、高橋先生の並立論は、星野先生の並立論と違って、単純な国家と社会の二分論を採用しているのではなく、むしろ憲法基底的重層論と同じようなものの見方を採用しています。

これをもう少し立ち入って考えてみますと、実は、憲法というものをどのようにみるかというレベルで、考え方に違いがありそうです。具体的には、大きく分けて、3つの考え方があるのではないかと。

第1は、国家の内部に国家の法があり、憲法はその最上位に位置づけられるというものの見方です。これを国家内部法としての憲法観と呼んでおきます。最初の異質論がそうですし、星野先生の並立論もこれです。さらに、規範階層的重層論も、国家法のなかの上位法が憲法、下位法が民法というものの見方をしますので、この系列に属します。

第2は、市民社会の法として、憲法と民法があるというものの見方です。もちろん、ここでの市民社会とは、国家をふくめたものです。そうした市民社会がみずから作り出した法が憲法であり、民法であると考えられるわけです。明白なのは、近代法論と水林先生の民法基底的重層論です。大村さんも、おそらくこの系列です。我妻先生の融合論もこの系列と考えられます。

---

用が問題となるかぎり、国家を規律の対象とする憲法の適用をまねがれないということの意味するにとどまる。ただし、念のため述べておくと、私自身は、少なくとも日本国憲法は、市民相互の関係という意味での社会のあり方についても基本的な枠組みを定めているとみている（山本・前掲注(16)「リベラリズム」(2)28頁、「憲法と民法」50頁、『公序良俗論の再構成』24頁以下、「基本法」262頁、「憲法システム」63頁以下等を参照）。



第3は、国家を構成する法として憲法をとらえるというものの見方です。これは、国家を作り上げ、その国家を規定する根本的な禁止・命令を憲法が定めるという考え方で、おそらく、憲法学者の通常の憲法観はこれだと思われまふ。いうまでもなく、私の憲法基底的重層論はこれです<sup>(64)</sup>、高橋先生の並立論もこれです<sup>(65)</sup>。これによると、民法は、国家が法律として、ないしは裁判官法として定めるかぎり、この憲法による拘束を受けることとなります。ところが、このような憲法の見方がどうも民法学者には共有されていないのではないか。実は、そこにこそ問題の核心があるのではないかという気がしています。

## 2. 原理論の側面

ただ、以上のような整理をただけでは、憲法・民法関係論が何か形式的な体系構成の仕方のみを問題としていて、実質的な違いや意味は乏しいのではないかという印象をもたれるおそれもありそうです。しかし、各見解を紹介したところからもうかがえますように、これらの見解の多くは、憲法と民法の関係を問題とすることによって、民法のあり方——その存在意義と基本原理——を方向づけようという実践的な意図をもっていると考えられます。

(a)このような実践的な意図がもっとも先鋭にあらわれているのが、融合論のうち、我妻先生の考えと私の主張する憲法基底的重層論です。両者は、体系構成の論理構造は異なりますが、憲法を手がかりとすることによって、民法のあり方を規定しようとしている点に違いはありません。違いは、憲法の理解、したがってまたそれによって民法にもたらそうとするものにあります。

我妻先生が目指していたのは、「公共の福祉のための個人的自由と全体的平等の調和」が今日における私法の基本原則となっていることの基礎づけです<sup>(66)</sup>。我妻先生によると、この調和は、国家と個人に関する見

方の転換——つまり、個人主義から協同体主義への転換——によってもたらされます。我妻先生は、まさにそのような転換を日本国憲法のなかに読み取り、それを新しい時代における民法の出発点にすえようとしたのです。

これに対して、私の主張する憲法基底的重層論は、日本国憲法は、我妻先生のこのような秩序論にもとづく協同体主義——つまり、個人と国家は有機的に結合された個と全の関係に立つと考え、秩序を支配する理念が同時に権利のあり方をはじめから規定するとみる考え方——を採用するものではなくて、13条を通じて、リベラリズムの思想——つまり、個人個人が自己のアイデンティティを求めつつ、みずから「善い」と信ずる生き方を等しく追求できることが何よりもまず保障されねばならないという考え方——の採用を宣言していると理解します<sup>(67)</sup>。これはまさに、個人の権利を保障することに他の社会的な目標の実現に優先する価値を認める立場、つまり権利論の考え方と重なります<sup>(68)</sup>。私が先ほどのような体系構成の基礎づけを試みるのは、それによって、このようなリベラリズムの思想に立脚した権利論の考え方によって民法のあり方が枠づけられることが正当化されると考えるからです。

(b)これと似た対立の構図は、自然法によって憲法および民法のあり方を枠づけようとする並立論のなかにもみとることができます。そこでも、ポイントは、自然法の理解、したがってまたそれによって民法にもたらそうとするものにあります。

先ほども述べましたように、並立論のなかでも、高橋先生が自然法として理解するのは、自然権としての人権です。高橋先生によると、国家は、そのような自然権としての人権を保護する義務を負い、民法という法律は、私人間におけるそのような自然権としての人権を調整・保障することを目

(67) 山本・前掲注(16)「リベラリズム」(2)5頁・27頁以下、『公序良俗論の再構成』24頁以下を参照。

(68) この意味での権利論の観点から公序良俗や不法行為法を再構成する可能性を探究したものとして、山本敬三「民法における公序良俗論の現況と課題」民法雑誌133巻3号1頁(2005年、以下では「公序良俗論の現況と課題」として引用)、同「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究5号77頁(2008年、以下では「不法行為法の役割」として引用)を参照。

(64) 山本・前掲注(16)「リベラリズム」(1)8頁以下のほか、同「憲法システム」64頁等も参照。

(65) 高橋・前掲注(22)憲法問題17号36頁以下、ジュリスト1372号159頁以下を参照。

(66) 我妻・前掲注(29)『民法研究I』41頁以下を参照。

的とするものとして位置づけられます。たしかに、そこでは、「憲法上の人権」としての基本権は問題にされません。しかし、「私人間における人権保障は民法を中心とする私法によりなされる。ゆえに、私法の解釈は人権価値に適合的になされねばならない。」といわれるとき<sup>(69)</sup>、そこには先ほどの権利論と同様の考え方をうかがうことができます。この点に着目すれば、私の主張する憲法基底的重層論との違いは、見かけほど大きくないわけです。

これに対して、並立論のなかでも、星野先生が自然法として理解するのは、フランス人権宣言に示された自由と平等ではありません。星野先生自身、最近では、博愛と連帯という価値もそれとならべてあげています。もともと、星野先生は、自然法論者として知られていますが、そこで説かれていた自然法の内容は「アリストテレス＝トーマス・アクィナス的な自然法論」に相当するものとされてきました<sup>(70)</sup>。これは、事物のなかに一定の正しい価値秩序が内在していると想定し、理性的存在としての人間にそうした価値秩序にしたがった行動をとることを命ずるものです<sup>(71)</sup>。自然法の内容がそのように理解され、それによって民法が方向づけられるとしますと、それは権利論とは異なります。むしろ我妻先生がめざした秩序論の考え方につらなるといってよいでしょう。

(c)近代法論や民法基底的重層論では、近代法ないしは——一元的に理解された——市民社会の法によって憲法および民法のあり方が枠づけられることとなります。そこでも、やはりポイントとなるのが、そうした近代法ないし市民社会の法をどのように理解するかです。

近代法ないし市民社会の法の基本原理が、市民の自由と平等の保障にあるとみるのであれば、そのかぎり、先ほどの権利論を基礎とする立場と基本的に異なりません。しかし、現代では、市民相互間の対等性が失われ、強者による弱者の搾取がおこなわれていることから、そうした弱者を保護すべきであると考えれば、福祉国家的な介入が「現代法」の課題とし

て認められることとなります。そのような近代法から現代法への変容を基礎づけるために、社会国家的な秩序論に相当するものが援用される可能性が出てきます。

また、市民の権利を保障するという近代法ないし市民社会の法の中核部分を堅持するとしても、そこでいう権利を所有権のような支配権に相当するものとみるかぎり、たとえば環境や競争に関する問題に対処しきれません。環境そのものを個人に排他的に帰属するものとみることがはむずかしいですし、自由競争を旨とする市場で、個々の取引ないし取引の相手方を排他的に確保することは認められないからです。そこでは、権利による保護を補完するものとして、秩序——たとえば環境秩序や競争秩序等——による保護を認める可能性が構想されることとなります<sup>(72)</sup>。

実は、水林先生の重層論も、結論としては、同じ方向です。水林先生は、「近代民法の本源的形態」はこのフランスモデルだというのですが、これは、「土地所有者を中心とする市民オイコス経済社会に照応的なものであり、民法が、今日のようなきわめて発達した資本主義経済社会における一元的法体系の中心に位置する根本法たるためには、権利論において質的飛躍——droits civilsからdroits civils et sociauxへ——が必要になろう」といわれます<sup>(73)</sup>。これは、結局のところ、現代法論の主張と重なります。

また、水林先生は、民法中心の法体系一元論と憲法が「国の最高法規」であることとをどのように調和させるかと問いかけた上で、「問題解決の方向は、憲法次元の基本的権利論と広中体系における人格秩序論ないし人格権論との統一」であるように思われるとします<sup>(74)</sup>。これも、先ほどの秩序による保護を志向する考え方につらなる可能性があります。

大村さんが、民法を持つことの意味を強調して、民法を「共和国」を実現する法として位置づけようとするのは、このような権利論と秩序論の架橋をはかろうとしたものと受けとめることもできます。大村さんがめざすのは、「個人の多様なあり方を許容しつつ緩やかな統合を保った社会（自

(69) 高橋・前掲注(22)ジュリスト1245号144頁。

(70) 星野英一「日本民法学の出発点——民法典の起草者たち」同『民法論集・第5巻』（有斐閣・1986年・初出1977年）155頁を参照。

(71) 加藤新平『法哲学概論』（有斐閣、1976年）158頁以下を参照。

(72) このような考え方の意味とその問題点については、山本・前掲注(68)「不法行為法の役割」98頁以下・106頁以下を参照。

(73) 水林・前掲注(44)69頁以下を参照。

(74) 水林・前掲注(44)70頁を参照。

由にふるまいつつ他人への配慮を失わない個人からなる社会)」であって、しかもそうした「市民社会」は、市民みずからが能動的に参加することによって創り出されるものです。そこでは、個々の市民は、自由で独立した主体でありつつ、「共通の価値」を自覚し、「共通のことがら（res publica）」に参加するものとしてとらえられます。これは、西欧社会にいわば通底するかたちでうかがわれる共和主義の考え方に対応します<sup>(75)</sup>。こうした共和主義では、権利と秩序は対立したものではなく、いずれも他方を前提としてはじめて意味を持つものとしてとらえられます。大村さんが「個と共同性」の再定位を課題とするのは、このような共和主義の考え方にしたがって権利論と秩序論を架橋し、自立した市民の統合を可能にするためであるとみてよいでしょう。

もっとも、ひとくちに共和主義といっても、歴史的にみても、また国によっても、その意味するところには相当大きな偏差があります。実際、我妻先生や星野先生の考え方も、共和主義に属するとみることにも不可能ではありません。共和主義が志向する「共通価値」のとらえ方によっては、秤は秩序論に大きく傾くでしょう。逆に、リベラリズムにおいても、権利や自由を可能にする共通の基盤が不可欠であって、その保障をどの範囲でどのようにはかるかが問題となります。それが、権利論における「秩序」の課題であるということもできるでしょう<sup>(76)</sup>。はたして社会の存立を可能にするものをどこに求めるか。問われるべきは、そこにあるわけです。

## V. 終わりに

憲法と民法はどのような関係に立つか。現在では、このような問いを立

てることは不思議に感じられなくなったかもしれませんが、今なお違和感を持ってながめている人は少なくないでしょう。それは、途中でふれましたように、民法の脱憲法化が進められ、異質論に相当する考え方が広く深く浸透しているからだと考えられます。本報告の実践的な意図は、そのような状況を打開するところにあります。憲法・民法関係論は、体系編成の論理構成を議論しながら、実は民法の存在意義や基本原理を方向づけることをめざしています。もちろん、その方向は論者によってさまざまであるとしても、現代における民法のあり方を根底から見直そうとしていることに変わりはありません。そのような問いが突きつけられていることが理解されたのであれば、本報告の目的は達成されたというべきでしょう。

(75) 共和主義に関する最近の研究として、小林正弥「古典的共和主義から新公共主義へ——公共哲学における思想的再定式化」宮本久雄=山脇直司『公共哲学叢書⑧ 公共哲学の古典と将来』（東京大学出版会・2005年）239頁、レジス・ドゥブレ=樋口陽一=三浦信孝=水林章『思想としての＜共和国＞——日本のデモクラシーのために』（みすず書房・2006年）、佐伯啓思=松原隆一郎編著『共和主義ルネサンス——現代西欧思想の変貌』（NTT出版・2007年）を参照。

(76) 山本・前掲注(68)「公序良俗論の現況と課題」30頁以下を参照。