

# 公法と私法

大久保 邦彦

## I 序 説

公法と私法の区別に関しては、まず、その意義（実益）つき争いがある。最近では両者の区別の意義を否定し、その結果、両者の体系的な区別を否定する説も有力である。両者の区別を肯定する説も、その基準については一致するところがない<sup>(1)</sup>。しかし、いずれの基準によっても公法ないし私法とされることに異論のない「典型的な公法」「典型的な私法」が存在することも確かである。また、あらゆる法が公法と私法の2つに

---

(1) 以上については、さしあたり、室井力「公法と私法との区別」『行政法の争点（新版）』（1990）22頁以下を参照。

(2) 磯村哲「近代法に於ける公・私法の分化について——中世法への対比を中心とするスケッチ——」私法1号57頁（1949）：「一応 Grenzfall を考慮外にをけば、公的政治的關係乃至は公権力の現れる関係を規律する公法と、私法関係を対象とする私法とが、はつきり分化してゐることは否定されない（純粹公法と純粹私法の形成）。」（下線は原文では傍点）

星野英一「民法とは何か(2)」法学教室2号19頁（1980）：「国、地方公共団体の組織や租税徴収、わが国には現在ないが徴兵のような、どう見ても公法的というべき制度・規定と、民法上の売買といったどう見ても私法的というべき制度規定があることは認められる」。

さらに、Franz Bydliński, *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, 1988, SS. 35-39; ders., *Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht*, AcP 194 (1994), SS. 332-340; ders., *System und Prinzipien des Privatrechts*, 1996, SS. 77-87 (以下では System として引

区分され、必ずそのいずれかに属するとは、少なくとも今日では考えられていない<sup>(4)</sup>。したがって、公法と私法の区別を肯定する説は、「公法」「私法」概念を、クラス概念（類別概念 *Klassenbegriff*）ではなく、類型概念（*Typusbegriff*）と捉えているものと理解できる<sup>(5)</sup>。

公法と私法の区別を肯定した場合にも、両者の関係をどう解するかについては見解が分れている。①公法と私法が同順位で並列すると解する説以外に、②公法を私法の特別法と解する「公法＝特別法論」、③公法と私法の上位に両法を包括する「共通法（*Gemeinrecht*）」を観念する説が有力に唱えられている。公法と私法の関係如何により、両者の規範的特殊性の理解も変化するので、両者の関係も検討する必要がある（IV）。

公法と私法を包括する共通法を観念する場合には、公法・私法だけでなく、共通法の規範的特殊性も問題となる。さらに、従来、私法（民法）に属すると考えられてきた法制度・法規定・法原理が、私法と共通法に分属することになる。いかなる法制度・法規定・法原理が共通法に属することになるのか、民法——特に民法総論——に残されるものは何か。こういった問題の検討も必要である。

---

用する）も、同趣旨を述べている。

(3) 藤田宙靖『行政法 I（総論）（第3版再訂版）』（青林書院・2000）27頁注(1)は、「正確に言うと、伝統的な行政法学で『公法と私法の区別』として論じられて来た問題の中には、『“公法”と“私法”の区別』という問題と、『“公法の適用を受けるべき社会的事実”と“私法の適用を受けるべき社会的事実”の区別』という問題とが含まれている」ことを指摘している。両者は密接に関連するものであるが（F. Bydliniski, AcP 194, S. 336）、本稿で扱うのは、直接的には前者の問題である。

(4) 星野「民法とは何か(2)」法学教室2号19-20頁。すでに、Gustav Radbruch が、そのように考えている（ラートブルフ著／田中耕太郎訳『ラートブルフ著作集 第1巻 法哲学』（東京大学出版会・1961）287頁，290頁）。

(5) F. Bydliniski, *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, S. 38; ders., AcP 194, S. 335; ders., *System*, SS. 83-84; ders. in Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, 1. Band, 3. Aufl., 2000, § 1 Rz 3 は、このことを明言する。

## 公法と私法

本稿の主目的は、公法と私法とが体系的に区別されるべきか、<sup>(6)</sup> 区別されるべきだとして、両者はいかなる規範的特殊性を示すのか、という問題を検討することにある。それと同時に、本稿は、筆者の前2稿に引き<sup>(7)</sup> 続き、オーストリアの偉大な体系主義者である Franz Bydlinski が広範な法分野に亘って描いた壮大な内的体系の全体像を明らかにする作業の一環をなすものである。但し、本稿では、公法と私法の区別の基準の問題には立ち入らない。「公法」「私法」を類型概念と捉えるのであれば、両者の規範的特殊性の判断に際しては「典型的な公法」「典型的な私法」<sup>(8)</sup> に着目すれば十分だからである。

## II 真の民法総論を確立する試み

公法と私法の上に両者を包括する共通法を観念する説は、一見突飛な感じを与えるかも知れないが、かなり以前から私法学でも問題になっ

---

(6) 宮沢俊義「公法・私法の区別に関する論議について——方法的反省の必要——」(初出1935)『公法の原理』(有斐閣・1967) 5頁は、「[公法と私法の区別]の問題の論議において方法的反省を必要とする点はきわめて多い。しかし、そこで一ばん重要なことは、一般に法秩序を構成するもろもろの法規をその論理的性格にもとづいて公法に属するものと私法に属するものに区別することが可能であるかという問題と、特定の実定法秩序においてなんらかの技術的な必要にもとづいて公法に属する法規と私法に属するそれとが区別されているかという問題を明確に区別して考えることではないかとおもう。かりに前の問題を理論的な(あるいは本質的な)区別の問題といい、後の問題を技術的な(あるいは制度的な)区別の問題と呼ぼう。これら二つの区別は原理的に互いにその性質を異にする」と言う(下線は原文では傍点)。本稿で取り扱うのは、前者の理論的な区別の問題である。但し、両者の問題は互いに密接に関連していると、わたくし自身は考えている。

(7) 拙稿「動的体系論と原理理論の関係に関する一考察」神戸学院法学31巻2号541頁以下(2001)、同「消費者法の体系的独立性」神戸学院法学31巻4号1541頁以下(2002)。

(8) F. Bydlinski, System, SS. 92-93.

ている。ただ、その問題意識が民法学界で広く共有されているようには見受けられない。そこで、まず、この問題に関する私法学での従来の議論を確認しておこう。

### 1 田中耕太郎の問題提起——民法総論の欠如——

商法学者である田中耕太郎は、1924年の論文で、民法学に対し、民法総論の欠如を批判した。<sup>(9)</sup>すなわち、「民法全体の統一的総合的研究、民法の基本観念の研究に対する努力は、殆んど缺けてみると云ふことを憚らない。人々は此等の研究の代りに、一般法律学上の概念、例へば権利義務の意義及び種類、法の時空に関する効力等を以てし、之れを以て民法の序論を構成し得たと誤り信じた。……法典が多少なりともより体系的に見えることは、民法学の発達の為めに禍を為した。パンデクテン的体系に拘束せられざる真の民法総論の確立は、今後の民法学の任務に属しなければならぬ。」

### 2 川島武宜の回答

田中耕太郎の問題提起が民法学者によって無視され続けてきたわけではない。

まず、川島武宜は、「住所」に関する1940年の有名な論文で、裁判の実際や学説においては他の法域にも関係する一般的概念として取扱われている「住所」が、近代民法典の下では一応民法上の技術的概念として規定されている理由を、19世紀ドイツにおいて私法学が法学全体の中に占めていた地位<sup>(10)</sup>に求めて、次のように述べていた。

「他の諸法域の研究は私法学に比し甚だ遅れていたものであり、パンデ

---

(9) 田中耕太郎「商法学の任務」(初出1924)『商法学 一般理論』(春秋社・1954) 30頁。

(10) 川島武宜「民法体系における『住所』規定の地位」(初出1940)『民法解釈学の諸問題』(弘文堂・1949) 242-243頁(下線は原文では傍点)。

## 公法と私法

クテン法学の総論的部分は他の諸法にも適用さるべき一般法学的意義を有していたのである。私法学のこの指導的役割と、他の諸法学への私法的概念の構成の影響の一つの理由はここに存するのである。従つて、私法学の概念構成は必ずしも純私法的のものとしてではなく、一般法学的のものとしてなされ、『住所』の如きも私法竝に私法学体系中においてかような未分化のものとして存在するのである。」

川島はついで、1951年に出版された『民法講義 第一卷 序説』<sup>(11)</sup>において、田中の批判に真正面から答えようとした。<sup>(12)</sup>川島の問題意識はその後の『民法 I 総論・物権』<sup>(13)</sup>、『民法総則』<sup>(14)</sup>と受け継がれていく。ここでは最も後の『民法総則』の「はしがき」から該当箇所（1-2頁）を引用しておくことにしよう。

「私は、民法全体の『総論』の重要性——理論上および教育上の——を承認し、私なりの努力をして、これを本書のはじめにおいた。そもそも従来民法の総論として説かれるものには二つのものを区別すべきであり、一つは民法の総論で、他は民法に限らず他の諸法領域をも含む実用法学一般の総論である。この二つが明確に区別されないで民法の解説のはじめに説明されるということは、ヨーロッパ大陸法学の長い伝統であるが、それは、今日の民法学に相当する研究が法学の先駆者でありしたがって『法律学』一般を代表していた時代の遺物であり、したがって、今後は法律学一般の総論ないし基礎理論として、民法以外の他の法領域をも視野の中に入れて、民法の総論から独立して説明されるべきであろう、と考える。ところで、他方で、右の前者すなわち民法の総論は、まさに民法学の任務に属するのであるが、かつて田中耕太郎博士が真の意

---

(11) 川島武宜『民法講義 第一卷 序説』（岩波書店・1951）の「はしがき」を参照。

(12) 星野・後掲「民法の意義」『民法論集 第4巻』16頁注（2）。

(13) 川島武宜『民法 I 総論・物権』（有斐閣・1960）。

(14) 川島武宜『民法総則』（有斐閣・1965）。

味での（すなわち総論でない）商法総論の樹立の必要性を説かれ自らその建設に努力されたにもかかわらず、民法学ではその総論の重要性は比較的軽視されてきたように思われるのであり、私は今また田中博士にならって、民法学の総論の樹立の必要性を主張したく考えるのである。」

しかし、川島が自ら認めるように（「はしがき」2頁）、同書の「総論」（1-59頁）では、民法の総論のみならず、実用法学の総論的諸問題についても説明されており、両者の区別は相変わらず不明確なままである。

### 3 外的体系レベルで民法総論を確立する試み（星野英一）

これに対して、真の民法総論を確立するための試みとして、法制度・法規定という外的体系のレベルでは、星野英一<sup>(15)</sup>の研究が極めて重要である。次に彼の研究を見ることにしよう。

星野は、「形式的意義における民法」とされる民法典の中に、「私法の」一般法でなくもっと一般的な制度・規定が存在することを指摘した（5頁）。具体的には、法人制度の基本部分、代理制度、契約（成立の時期、そこから生ずる義務の履行（弁済）に関する附款（条件・期限）、履行の過程、不履行の場合の対策（解除））、期間、権利（行使）の期間の制限が挙げられているほか、人格権、物権的請求権、占有訴権、事務管理、不当利得、不法行為の諸制度も共通法の要素をもつとする（11頁、13-16頁）。

このような制度・規定の位置づけに関し、星野は、公法学者特に行政法学者によって「公法と私法」の題目のもとに検討された成果から、①公法関係にも私法の適用可能性を主張する伝統的な考え方のほかに、②私法規定の多くが法の一般原則の表明であるとする説、③公法・私法の「共通法」が存在ししかもその多くが民法中に規定されているとする説、

---

(15) 星野英一「民法の意義——民法典からの出発——」（初出1974）『民法論集 第4巻』（有斐閣・1978）1頁以下。本論文については、以下3では、本文中で頁数のみで引用する。

## 公法と私法

④公法を私法の特別法であるとする説を析出し、自らは③説に与している（7-11頁）。

ついで、星野は、民法典の中に法の一般規定ないし共通法的な制度・規定が多数含まれている理由を探る。

星野はまず、中立的・技術的な多くの制度・規定を含む民法典が、異論もなしに「私法の」一般法と定義され続けてきた点について、わが国ではすでに古くから簡単に触れられていることを指摘した。引用されているのは、前出の川島武宜の「住所」に関する論文と、以下に紹介する行政法学者の田中二郎の論文である（17-18頁）。

田中は次のように述べる。<sup>(16)</sup>「〔公法私法の底に共通に流れて居る法的理想に基く一般法原理〕自体は私法にのみ特有のもでもなく、又公法にのみ特殊なものでもなくて、而も従来の沿革上私法規定の中に規定されて居る例があり、民法規定の中にはさういふ意味に理解さるべきものも尠くない。<sup>(17)</sup>それ等が単に民法典の中に規定されて居ることから直ちに私法原理として数へ挙げることは妥当ではない。それは一般法原理が私法に妥当する意味に於て、比較的早く発達した私法典中に規定されて居るに過ぎないものと見るべきであらう。／要するに私の考へる所によれば、総ての法域に通ずる一般法原理の存在を認めながら、別に純粋な私法的特色と公法的特色の対立を認め私法原理と公法原理が夫々其の特殊性を以て併存することを認めるに帰する。<sup>(18)</sup>」

---

(16) 田中二郎「公法に於ける私法規定適用の限界」（初出1935）『公法と私法』（有斐閣・1955）26頁。

(17) 具体例として、「能力、住所、意思表示、代理、期間、時効等に関する規定のあるもの。債権に関する諸規定の中のあるもの」が挙げられている（田中・前掲28頁注(15)。41頁注(12)(13)も参照）。

(18) ここに付された注で、田中はさらに、「かく考へることが若し正当であるとすれば、従来多くの学者が『公法に於ける私法名義』として論じた所は、両者の発達の沿革からいへば至極尤もではあるが、本来私法上の制度であることを前提して、公法上の特色を考へようとする問題の提出の仕方自体に妥当ならざるものがあるやうに考へられる。それを反面から言へば

ついで、星野は、わが民法典の淵源をなすフランス・ドイツ両民法典の精神および内容を略説した後(18-22頁)、以下のような結論に達した。

第1に、両民法典は近代自然法論の公理論的体系の影響を受けた法律学に由来する。このような公理論的体系化によれば、当時法主体間の関係を規律すると考えられた制度・規定がすべてそこに含まれてくるのは自然の勢いである。それらの制度・規定は、特に公法的社会関係と区別された私法的社会関係にのみ適用されるものとして意識的に選択されたものではない。したがって、そこに、公法的社会関係にも適用されうる制度・規定が含まれていたことは、当然である(22-23頁)。

第2に、公法・私法の区分とりわけ自律的な公法体系の確立は、両国においても19世紀をまつものである。ドイツの16・17世紀においては、一応学問上の区分はなされていたが、共通の部分が多いと解されていた。それらは、公理論的体系として私法または「民法」の名のもとに統合されたのであって、この際、必ずしも公法から切り離された私法の一部としての民法が考えられていたのではなく、およそ法主体と法主体の間の権利義務関係の問題がそこに採り入れられたのである(23頁)。

第3に、民法典に含まれている制度や規定は、すでにローマ法に存在し、注釈学派、後期注釈学派を通じて近代民法に引き継がれているものが多い。一方、ドイツに継受されたのはローマ私法であり、かつローマ公法の研究はずっと遅れてなされたにすぎない。また、ローマ法以来のいわゆる私法は、決して意識的に公法と区別して形成されたものでなく、いわば一般法であり、特に公法的関係について特別の規律がなされていたにすぎなかったと言ってよい(23頁)。

### III 私法(民法)の基本原理

次に、私法学(民法学)において、いかなる原理が私法(民法)の基

---

問題の提出の仕方としてはコルマンによつて先鞭をつけられた公法総則論又は法一般原理論の正当なることを証する」と述べている(28頁注(16))。



本原理として捉えられてきたかを、いくつかの特徴的な学説について見ることにしよう。

## 1 廣濱嘉雄

廣濱嘉雄は、公法と私法の区別を論じる際に、帰属説の立場から、次のように述べている。<sup>(19)</sup>

「法規の規範定立根拠を、社会自体に帰属せしめうるものを公法とし、社会成員たる個人に帰属せしめうるものを私法とする。即ち、公法は、組織的拘束性に基づき個人の意思の自由を制限することを本位とし、私法は、併列的無拘束性に基づき個人の意思の自由を尊重することを本位とする。されば、公法は権力的強制によつて配分的正義 (justitia distributiva) の実現を期するものであり、私法は私的自治によつて交換的正義 (justitia commutativa) の貫徹を冀うているといふことができる」。つまり廣濱は、交換的 (調整的) 正義が私法の基本原理だとするのである。<sup>(20)</sup>

廣濱が公法との対比において私法原理を探究した点は高く評価できるが、このような単純な見方によっては、私法の規範的特殊性は明らかにならない。実際、調整的正義は公法においても働くし (例、公用収用の補償)<sup>(21)</sup>、逆に、配分的正義が私法において作用することもある (例、債権者平等の原則)<sup>(22)</sup>。このことは、調整的正義および配分的正義が、共通法の原理であることを示唆する。

---

(19) 廣濱嘉雄「公法と私法」公法研究17号76-77頁 (1957)。

(20) 公法では配分的正義が、私法では平均的正義が支配するという考え方は、Radbruch に由来する (ラートブルフ『法哲学』288頁)。田中成明『法理学講義』(有斐閣・1994) 182-183頁、団藤重光『法学の基礎』(有斐閣・1996) 29-31頁、88-94頁も参照。

(21) F. Bydliniski, System, SS. 201-206. 拙稿「消費者法の体系的独立性」神戸学院法学31巻4号1560頁に、この部分の紹介がある。

(22) F. Bydliniski, System, SS. 299-302.

## 2 我妻栄

我妻栄は、「実質的意義における民法が、独立の法域を構成しうるのは、独自の指導原理を有するからである」と正当にも述べた後で、「公法に対する私法の特徴は、公法が命令服従を指導原理とするのに対し、私法が自由平等を指導原理とする点にある、と一応いいうるのであろう<sup>(23)</sup>」, 「民法の財産関係については、近代法思想における自由平等の原理の具体的顕現たる、個人財産権の絶対・個人意思の自治（契約の自由）・過失責任の三原則が、全般的に徹底し<sup>(24)</sup>」<sup>(25)</sup>ていていると言う。

しかし、自由・平等は、公法の原理でもあるのではなからうか。

## 3 前田達明

前田達明は、民法の基本原則（財産法における基本原則）として、①私的自治の原則（自由）、②権利能力平等の原則、③所有権絶対（財産権保障）の原則の3原則を挙げる。そして、「自由」「平等」「財産権保障」という思想が、John Locke→Voltaire→フランス人権宣言→フランス民法典→ボアソナード民法典→現行日本民法典という歴史的流れで伝えられたことを明らかにする。その上で、この3原則が「人権」の具体化であるとすれば、憲法との関係が問題となるとして、①私的自治原則の憲法上の根拠を個人の自由を定めた憲法13条に、②権利能力平等の原則のそれを法の下での平等を定めた憲法14条に、③所有権絶対の原則のそれを<sup>(26)</sup>財産権の保障を定めた憲法29条に求める。

---

(23) 我妻栄『新訂 民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店・1965）2-3頁。

(24) 我妻・前掲11頁。

(25) なお、我妻は、「民主主義の私法原理」（初出1949）『民法研究Ⅰ私法一般』（有斐閣・1966）3頁では、「近世民主主義においては、『公共の福祉』が永遠の目的であって、『自由』と『平等』とは、その目的に達するための手段である」と述べていた。

(26) 前田達明「民法の基本原則について——自由・平等・財産権保障——」法学教室223号10-13頁（1999）。

## 公法と私法

しかし、3原則の根拠が憲法に求められるのであれば、これら3原則は、同時に憲法の原理でもあることになろう。<sup>(27)</sup> そうであれば、これら3原則を「民法の基本原則」と呼ぶのは不適當だろう。これら3原則が民法の規範的特殊性を基礎づけるとは言えないからである。

### 4 大村敦志

大村敦志は、民法は衰退の危機に瀕しているという現状認識の下で、民法の生きる道として、「領土も覇権も求めず一つの老いた小国として、法の世界の片隅に静かに生きる」という選択ではなく、「固有の領土ではなくなったかに見える法域においても、なお民法規範は生き続けているのではないか。打ち捨てられたかに見える、あるいは、十分に根付いていないとも言えるその精神はもはや顧みるに値しないと断言してしまってよいのだろうか」という点を問い直すという選択をした上で、1つの思想としての民法を擁護する。そして、そこでいう民法の思想には、①公的領域と私的領域の区別を公事として議論するという姿勢、②民法を社会生活上の行為規範としてとらえてこれを受け入れるという意識、③私人の権利義務を中心に据えて社会を構成しようという思考様式、あるいは、④人間性の探求に裏打ちされた自由・平等という価値の承認などが含まれるとする。<sup>(28)</sup>

しかし、これらは、少なくとも同時に憲法原理でもあろう。大村自身もそのような批判を予想して次のように述べている。〔[以上の] 考え方<sup>(30)</sup>

---

(27) 辻正美『民法総則』（成文堂・1999）24頁は、「民法の基本原則は、同時に憲法の原理でもある」と明確に述べている（但し、例示されているのは、憲法24条と民法1条ノ2の関係である）。星野英一『民法＝財産法＝』（放送大学教育振興会・1994）23頁も、「民法には、近代憲法の保障する近代社会・市場経済の基本原則が含まれている」ことを指摘している。

(28) 大村敦志「民法と民法典を考える」（初出1996）『法典・教育・民法学』（有斐閣・1999）3-4頁。

(29) 大村・前掲112頁。

は『民法の思想』と言うよりも『憲法の思想』ではないかという疑問が投げかけられるかもしれない。この点については、さしあたり次のように考えることができるだろう。ここで述べたのは、法によって社会を構成しようという思想であり、それは必ずしも民法と不可分のものではない。たとえば、民法典や民法の観念を持たないアメリカ法においては、それは新たな社会構成原理として採択された『憲法』にかかわるものとして理解され議論されてきた。しかし、それはヨーロッパ大陸法においては、長い伝統を有するローマ法学の遺産の上に立つ『民法』を舞台に探究されてきた。一〇〇年前にヨーロッパから民法を、五〇年前にアメリカから日本国憲法を導入したわが国においては、双方がともにわれわれの伝統の一部になりつつあるということができる。ただ、憲法が『思想』性を有するということを理解するのは、それに対する賛否は別として、それほど難しいことではないのに対して、民法の場合には、その高度の『技術』性ゆえに、『思想』としての側面は意識的に自覚する必要がある」。

## 5 小 括

これらの見解に共通しているのは、公法との対比において、私法の基本原理を探究しようという意識が希薄な点である。これらの論者によって挙げられている私法の基本原理は、同時に公法の原理と見るべきものであろう。このことは、①私法が公法の一般法であるか、②逆に公法が私法の一般法であるか、あるいは、③両者を包括する共通法が存在することを強く示唆している。田中耕太郎の問題提起は、これらの論者においては、真剣に受け止められていないようである。

---

(30) 大村・前掲119頁注(32)。

#### IV 公法と私法の関係

以上では、主に私法学説を取り上げた。IVでは、主に公法と私法の関係という側面から、いくつかの特徴的な行政法学説を取り上げることにする。

##### 1 公法・私法峻別論

法体系全体を公法と私法の2つに峻別し、両者を、固有の法原理を異にする完全に独立した別個の法体系と捉える見解は、かつては有力だったけれども、今日それを支持する見解は存在しない。ここでは、成田頼明<sup>(31)</sup>による説明を引用するにとどめる。

「明治憲法下においては、公法と私法とを a priori に異なつた二つの別個の法体系として把握する前提の下に、その絶対化された二元的対立を実定法の解釈の中に持ちこんで、公法の固有の原理の支配する範囲をできるだけ広く画するとともに公法の特異性及び独自性を強調して、行政上の法律関係に私法規定や私法原理を導入することを頑強に拒む有力な学説があつた。そこでは、国や公共団体が公権力の担い手として人民に命令・強制する権力関係はいうに及ばず、公物・営造物の設置・管理や、その利用のような非権力的な管理関係についても、私法関係とは全く本質を異にする特殊な法律関係として、私法規定の適用はもちろん、その類推適用をも否定するのが通例であつた。穂積八東博士の、しばしば引用される『此ノ所民法入ルベカラス』という言葉は、オットー・マイヤーの『公法と私法に共通の法律制度はない』という言葉とともに、このような考え方を代表するものとして、あまりにも有名である。」

しかし、このような考え方に対して、公法と私法との絶対的な区別を

---

(31) 成田頼明「行政法における『公法と私法』の問題をめぐる判例の推移——行政上の法律関係への私法原理及び私法規定の妥当性を中心として——」公法研究22号78-79頁（1960）。

否定し、両者の共通性と関連性を強調して、従来もっぱら公法の独自の規律に服するものとされてきた領域に私法規定や私法原理を導入しようとする考え方が現れてくると、公法と私法の関係についても、さまざまな見解が生じてくる。

## 2 公法＝特別法論（今村成和）

従来もっぱら公法の独自の規律に服するものとされてきた領域に私法規定や私法原理を導入しようとする考え方からは、公法に規定がある限り公法が「特別法」として適用され、公法に規定がなければ「一般法」である私法が<sup>(32)</sup>補充的に適用されるという考え方が出てきやすい。ここでは、このような「公法＝特別法論」のうち、今村成和の見解を見ることに<sup>(33)</sup>にする。

今村は、1957年の論文「行政法上の不当利得」では、「現行憲法による裁判制度の統一ということに、単なる裁判組織の問題をこえ、法思想の転換を示す重要な意義を認めたい。具体的には、それによって、公法と私法との区別は相対化され、法の一般原理を内包する点において、私法が一般法としての地位を占めるに至ったと思うのである」と<sup>(34)</sup>述べ、翌1958年の論文「行政法における私法規定の適用」では、「公法は、一般私法に対する特別法としての存在に変化しつつあるのではあるまいか」と<sup>(35)</sup>述べていた。「公法＝特別法論」の明確な主張である。さらに、その10年後の

---

(32) 論理的には逆に、私法が公法の特別法であるという説も考えられるが、現実に「私法＝特別法論」を唱える者は存在しないようである。

(33) 他の見解については、さしあたり、塩野宏「公法・私法概念の再検討〈日本国憲法の下における〉」（初出1983）『公法と私法』（有斐閣・1989）126-130頁を参照。

(34) 今村成和「行政法上の不当利得」（初出1957）『現代の行政と行政法の理論』（有斐閣・1972）38頁。

(35) 今村「行政法における私法規定の適用」（初出1958）『現代の行政と行政法の理論』62頁（権力関係に関する記述）。非権力関係に関しても64頁に同旨の記述がある。

## 公法と私法

1968年の論文「現代の行政と行政法の理論」では、「私はもとより、公法と私法の分化という歴史的事実や、公法と私法との理論的な区別の可能性まで否定するつもりはない」<sup>(36)</sup>、「裁判制度が一元化されるに至った今日においては、理論的には兎も角、制度的に公法と私法を区別すべき実定法上の根拠は、全くなくなっているというべきではなからうか」<sup>(37)</sup>、「制度的に、公法と私法を分かつという思想は、実践的に有害無益——とっては過言かも知れないが——である許りか、理論的にも根拠のないものだといわざるを得ない」<sup>(38)</sup>と述べ、制度的には公法と私法の区別を否定する説を主張するに至った。

私法が法の一般原理を内包することから、私法が一般法としての地位を占めるに至ったとする今村の指摘は確かに鋭い。しかし、今村は、「形式的意義における民法」たる「民法典」に含まれている規定全体が、「実質的意義における民法」すなわち「私法」に含まれることを当然の前提としているようである。しかし、まさにその前提が、体系論的には疑われるべきなのである。民法典の規定や原理が公法にも妥当するというのであれば、それを括弧の前に括り出し、私法と公法とを包括する「共通法」を観念し、その共通法の規定ないし原理として位置づけるのが体系化の作業である。しかる後に、民法典の規定を、共通法および私法に、場合によっては(民84)公法に分類することが、初めて可能になるのである。<sup>(39)</sup>

### 3 公法と私法を包括する「共通法」を観念する説(高柳信一)

すでに登場した見解の中では、星野英一と田中二郎が、公法と私法を

---

(36) 今村「現代の行政と行政法の理論」(初出1968)『現代の行政と行政法の理論』21頁。

(37) 今村・前掲22頁。

(38) 今村・前掲24頁。

(39) この分析については、星野「民法の意義」『民法論集 第4巻』4-5頁、6頁注(4)を大いに参考にした。

包括する「共通法」を觀念する説を主張していた。両者の見解については、既述の箇所（II 3）に譲り、ここでは、高柳信一の見解のみを見ることにする。

高柳は、不対等な優越従属関係の存在が公法関係の徴表とされるのに対して、私法関係が対等者間の関係であると言われるとき、それは権利義務関係の内容ではなく、権利義務関係の形成のされ方に関わるものだと主張する。<sup>(40)</sup>すなわち、「対等な私人間にあつては、各人は契約の自由及び契約せざる自由をもっており、一方の当事者の欲しない権利義務関係はいかにしても形成されえない。これに反して、公権力の主体は、行政客体がその所有する土地を手放す意思を有しなくても、実定法上の根拠がある場合には、これにもとづき後者にこのことを強要できる。」

かような両者の相異を前提として、彼は両者の関係を次のように捉える。<sup>(41)</sup>「公法は、近代市民社会の成熟とともに、国家権力による承認をかけた<sup>(42)</sup>自己完結的な裁判規範の体系たる市民法を前提にし、それとの関係において理解把握されるべきものである。つまり、公法は国民代表議会がこれを定立すれば、一方的に国家対国民間に権利義務関係を形成するという<sup>(43)</sup>ことで問題が終るのではなく、それは市民法を補充又は修正するものとして、特別の必要がある場合に、その限度において許容されるものとして理解されるべきである<sup>(43)</sup>と考えるのである。」

おそらく高柳のこのような考え方に着目して、彼の見解を「公法＝特別法論」と解する者が存在する。しかし、彼はむしろ、公法と私法を包

(40) 高柳信一「公法，行政行為，抗告訴訟」公法研究31号101-104頁（1969）。

(41) 高柳・前掲115頁。

(42) なお、高柳自身は「公法」の対概念として、「私法」でなく「市民法」という語を用いている。その理由も含め、高柳・前掲117頁注（1）を参照。

(43) 成田頼明「法律学の成果と課題——行政法」法律時報37巻5号105頁（1965）、塩野『公法と私法』128頁、星野「民法の意義」『民法論集 第4巻』10頁注（15）。高柳自身は自説が「公法＝特別法論」であることを否定している（高柳・前掲123頁）。



## 公法と私法

括する「共通法」を観念していると見るべきである。

高柳によれば、本来私人間の関係において成立した近代法の基本原理たる「意思自由の原理（合意による権利変動の原理）」は、私法関係においては、直接的・実質的に妥当するが、公法関係においては、「国民代表議会による立法」および「法律による行政」という憲法原理と結合して、間接的・擬制的に妥当するにすぎない。公法関係においては、国民の代表者を通しての擬制的な同意が認められるにすぎないからである。<sup>(44)</sup>つまり、公法と私法とで「合意」の意味が同一でなく、そのことが、それぞれの関係を支配する法の性格を著しく異ならせている。その結果として、彼は、公法は「行為規範」であり、私法は「裁判規範」とであると主張す<sup>(45)</sup>る。すなわち、「国家法としての近代私法は、私人の行為を直接規律しようとするものではなく、私人相互間の合意に関して紛争が生じ、一方当事者より一定の利益的主張の実現について国家権力（司法権）の力添えを求めて来た場合、その力添えを与えるか与えないかの基準を定めることを主たる内容とする」のに対して、「公法は主権者（国民代表議会）の特定の実体的権利義務関係の存在（形成変更消滅）を求める意欲の表現であり、それは国家機関（行政庁）及び私人がその規範内容に従って行為（作為、不作為、給付、受忍）することを命令する。」

他方で、高柳は、公法と私法の区別を、形成された権利・義務の救済・制裁の領域にまで及ぼすべきでないとする。たとえば、「合意による権利変動の原理」に反する権利変動の効力を否認し、それによって生じた結果を是正し、復旧させる法理・法制度としての不当利得・損害賠償は、特殊私法的規律ではなく、近代法の基礎原理たる「合意による権利変動の原理」から導き出され<sup>(46)</sup>るとする。

---

(44) 高柳・前掲107-108頁。

(45) 高柳・前掲110-113頁。但し、「裁判規範」「行為規範」という用語例は、ミスリーディングであろう（高柳・前掲123-125頁注(3)）。

(46) 高柳・前掲108-109頁。

このように見るならば、高柳は、公法と私法のほかに、両者を包括する「共通法」を観念していると見るのが自然である。彼によると、「意思自由の原理（合意による権利変動の原理）」や不当利得・損害賠償の法理・法制度は「共通法」に位置づけられる。そして、公法と私法は権利義務関係の形成のされ方によって区別され、それが公法＝行為規範、私法＝裁判規範という両者の規範的特殊性を基礎づける。但し、高柳は、公法全体の規範的特殊性を基礎づける公法原理の存在については消極的な立場を採る。<sup>(47)</sup>すなわち、「必要なことは、行政の各分野——社会法、財政法、公用負担法等——の独自の法原理を形成することであって、法の実質的内容をはなれた公法一般の法原理を構想することではないであろう。……公法一般の原理は、むしろ、社会の実体に根ざす行政各分野の法の原理の形成を阻害するものになりはしないかをおそれる」<sup>(48)</sup>、「通説的見解が公法と私法の区別を、法の内容的原理の違いに求め、公法をそのような実体的な共通の指導原理をもった特殊固有の法の体系として考えようとするところに、公法を固定的に把握する原因があると筆者は考えている。そうではなくて、公法と私法の相違は権利義務関係の形成方式のそれにすぎず、共通の目的（政策内容）達成のためにことなる方式をそれぞれの特性に合わせながら利用するというふうになれば、公法の理論は諸々のドグマから解放されて、社会的実体の科学的認識と結びついた柔軟な運用を享受することができることになると思う」<sup>(49)</sup>。

#### 4 「共通法」のみを観念し、公法と私法の体系的な区別を否定する説 (Bullinger)

星野英一が「共通法」を観念することに対し、最も大きな影響を与え

(47) その意味では高柳を次の4に分類するほうが妥当だったかも知れない。

(48) 高柳信一「公法と私法」『政治と公法の諸問題』（東京大学出版会・1963）42頁注(55)。

(49) 高柳・公法研究31号123頁注(1)（下線は原文では傍点）。

## 公法と私法

たのは Martin Bullinger の見解であろう。<sup>(50)</sup>しかし、Bullinger 自身は、法史的見地からの検討の結果、(1)公法と私法の体系的区別を否定し、(2)「共通法」のみを観念する立場を採る。次に彼の見解を見ることにす<sup>(51)</sup>る。

### (1) 公法と私法の二区分の放棄

「公法と私法を<sup>(52)</sup>内的対立 (innere Gegensätze) と理解することはほとんど正当化できない。というのは、公法／私法の相違を、強制秩序／自由秩序、公共の福祉 (Gemeinwohl) の秩序／私利私欲 (Eigennutz) の秩序、国家領域／個人領域の対立と評価上同視することは、通例の法ドグマーティッシュな二区分とは一致せず、重大な誤解を招きかねないからである。さらにそのような同視は、一方の法領域に有利な一括した評価を容易に導き、二区分を放棄した上での細分化された共通法 (ein differenziertes Gemeinrecht) への思考転換を妨げるからである (S. 112)。

一方で、自由と自己責任の領域としての私法を、命令と服従、<sup>(53)</sup>官庁の恣意と個人の独自性の欠如の領域としての公法に対立させることは、説

---

(50) 星野「民法の意義」『民法論集 第4巻』8頁、10頁注(14)。

(51) Martin Bullinger, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, 1968 (以下、4では頁数のみで引用する。下線部は原文ではイタリックである。なお、「」内も、全文を直訳しているわけではない)。同書の紹介として、塩野宏「紹介 マルティン・ブリンガー『公法と私法』」(初出1969)『公法と私法』146頁以下がある。

(52) 「内的(inner)」という言葉の意味はややわかりにくいかも知れないが、「内的体系」「外的体系」という場合の用法と同じである。「内的」を「内容的」「原理的」「(外的)」を「形式的」「概念的」と読み換えてもよいだろう。

(53) Otto v. Gierke は、公法と私法との間の「原則的な鋭い対立」は不可侵である、私法において個人がもはや自己目的として承認されず、私法秩序が社会目的の手段に貶められるならば、「キリスト教があらゆる人間存在の比類なき不滅の価値を啓示しても、世界史が自由と正義の理念を発展させても、無駄だ」と表明したことを Bullinger は指摘し、Gierke において

得的でない。個人的・経済的展開の自由を他の市民と国家公共団体に対して保障することが可能となるのは、憲法・行政法と、私法で取り扱われている一般的な人法・所有権法 (Besitzrecht)・取引法が、並行的に形成され、相互に補充しあって、自由に寄与する場合のみである。たとえば、民法典の契約自由と所有権 (Eigentum) は、それにふさわしい展開の自由が、基本権と法律の留保、連邦・地方自治の組織による侵害停止、自由裁量の限界その他の公行政の法的拘束、活動の余地を与える経済法規、裁判所による包括的な保護によって、実効的に確立され保障されない限り、つまり、展開の自由が全体として憲法秩序・法秩序の内容になっていない限り、現実の自由価値を欠く法技術的な可能性にとどまる。自由自体を私法に帰属させ、公法には単に外的保護の機能を割り当てようとするならば、このような相互に多様に関連する自由秩序を正当に評価していないことになるだろう。しかし、契約自由・所有権の濫用に対する保護のために必要な諸拘束、大社会における共同生活を顧慮して必要となる諸拘束——たとえば、カルテルの禁止、市場を支配する企業による良俗違反・競争妨害的差別の禁止、隣人・公給水のための所有権の制限——を、強制秩序として外部から私法の純粋な自由秩序に介入する公法の表現と理解することも有意義でなく、その諸拘束は行政法・憲法の内容としてだけでなく、私法上の取引法・所有権法の内容としても考えられなければならない。差別の禁止が BGB 138 条〔良俗違反〕から導かれるか、カルテル法で特別に規律されているか、基本法14条1項2項の枠内での隣人のための所有権の制限が民法典自体 (たとえば906条) によって規定されるか、特別な建築法 (Baugesetze) によって規定されるかは、ほとんど法技術的な問題でしかない (SS. 112-114)。

全体としての憲法秩序・法秩序を、初めから私法と公法に区分し孤立

---

は、法ドクマーティッシュな私法体系を保障された「私人の権利」と融合させるところの私法と自由の同一視が、ほとんど信仰命題 (Glaubenssatz) にまで高められているとする (S. 55)。

## 公法と私法

的に評価せずに、自由を保障し自由を制限する諸要素の中で観察することが、Franz Böhm が執拗に追及した重要な関心事である。彼はすでに初期の論考の中で、『法律家の思考が慣習に従って公法と私法の伝統的な区分に照準を合わせていること』が、経済秩序の認識を妨げてきたことを指摘している。それゆえ、Böhm が支配のない社会秩序、私法社会 (Privatrechtsgesellschaft) と称したものは、技術—法的な意味における私法ではなく、コントロールされた自由な競争を志向する法秩序、つまり、たとえば、営業の自由、カルテル規定および類似の憲法・行政法規定を含めた法秩序の全体である (S. 114)。

他方で、公法を公共の福祉の秩序として、私的な私利私欲の秩序としての私法に対立させることはできない。この対立的評価の別パターン<sup>(54)</sup>は、少なくとも一般的利益と個人の利益が不可分に結合しているが、法ドクマーティッシュには公法か私法に属する法領域、たとえば、基本権・家族法・協同組合法・競争法・鉱業法では機能しない。しかしそれ以外でも、国家公共団体の公共の福祉が依存するのは、ある特別な公法の外的な法形式にではなく、法および法律関係が内容的にいかに形成されるかである。たとえば、ある具体的な国家観・国家秩序に従って、私的企業が自由競争において生産・商取引を行うことに公共の福祉が最もよく実現されていると見るのであれば、取引ルールと必要な保護・制限を伴った競争秩序が公共の福祉の公的秩序となり、公共団体による経済活動は、外的形式が私法的であれ公法的であれ、特別に正当化される必要がある。それに対して、公共の福祉が国家独自の活動・コントロールにおいてよりよく実現されると見るならば、国家作用の効率性が問題となるのみである (SS. 114-115)。

---

(54) たとえば、Hugo は、個人の私利私欲によって特徴づけられる反共同体的な (gemeinschaftsfremd) 私的所有権の秩序としての私法を、公共の福祉と共有財産 (Gemeinbesitz) の秩序としての公法と対立させていた (S. 55)。

つまり、法ドクマーティッシュな二区分の支配下においても、公法と私法が別個の対立する評価によって同定されうるのは、法的に厳密な意味分析・機能分析をせずに、個々の部分局面を選び出し一般化することで満足する場合のみである。それゆえ、この対立的評価は、法ドクマーティッシュな二区分を実質的には (sachlich) 正統化しえないが、法政策的には二区分を保護に値する財として登場させ、細分化された共通法への転換を妨害することになる。必要なのは、法形式から法内容への道、概念的体系から法の機能性への道、二区分から多様に段階づけられた交差的な (übergreifend) 共通法への道を開く一種の脱イデオロギー化 (Entideologisierung) である (SS. 115-116)。]

## (2) 「共通法」の形成

このように Bullinger は公法と私法の二区分を否定する一方で、共通法の形成を目指す。

「法ドクマーティッシュにまず問題となるのは、すべての法ないし法律関係が何らかの規準により公法と私法のいずれかに帰属しなければならないという観念を克服することである。細分化された共通法がこの二区分と交代しなければならないだろう。実質に従って、公法や私法と称されているもの間に共通の法準則が存在する限りにおいて、その共通性を可視的にし、共通法として承認することで十分である。さらに、公法と私法の区分を克服した共通法は、学問の思想的準備作業の下で立法や判例によって徐々に形成されなければならないだろう。かような共通法は、国家共同体の一般法として、それに国家行政庁・自治体・公私共同経営企業・政党・経済団体・私人・私企業が公的な機能・拘束を伴いあるいは伴わずに関与するかどうかを顧慮せずに、法律関係に対して妥当しうるのである。さまざまな分野における公行政、純粋に私的な生活態度又はその多様な中間形態の実質的特殊性は、相応の特別ルール又は特別な法制度によって、適切に (angemessen) 顧慮されうる (S. 81)。]

## 公法と私法

かく述べた上で、Bullinger は11項目につき例示的に共通法の内容を説明するが(SS. 82-106)、そこでは実質(Sache)に即すべきことが繰り返し説かれており、結局は公法と私法に共通の法原理の析出が目指されていると見る<sup>(55)</sup>ことができる。たとえば、男女平等の原則(基本法3条2項)は、国籍法(公法)だけでなく家族法(私法)にも関わる<sup>(55)</sup>ことが指摘されている(S. 88)。

## V Franz Bydliniski の見解

最後に、公法と私法を包括する「共通法」を觀念する説(IV 3)に立つF. Bydliniski の見解を見ることにしよう。

彼はまず、私法だけでなく公法をも包括する法秩序全体の規範的特殊性を基礎づける根本的法原則(1)が存在することから、一方の法分野が一般的に上位にあるという包括的・規範的な優先主張は完全な誤りだと<sup>(56)</sup>する。この主張によると、公法と私法を包括する共通法が体系的に觀念できる限り、公法を私法の特別法と解する「公法=特別法論」(あるいはその逆の「私法=特別法論」)は成り立ちえないことになる。そして彼は、私法の規範的特殊性をこの共通法の地平において見出すことはできず、むしろ問われるべきは、追加的な指導的格率が私法全体に対して示されうるか否か、いかなる指導的格率が示されうるか、であるとする。結局、彼によると、私法の規範的独自性を基礎づけるのは、その追加的な指導的格率と根本的法原則との結合<sup>(57)</sup>である。しかし、彼が挙げる追加的な指導的格率(2~4)は、形式的なメタレベルの原理であるか、あるいは、共通法の原理と見るべきものであり、私法の実質面での規範的

---

(55) F. Bydliniski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, SS. 30-31; ders., Das Privatrecht im Rechtssystem einer "Privatrechtsgesellschaft", 1994, S. 27 (以下では Privatrechtsgesellschaft として引用する)。

(56) F. Bydliniski, System, S. 89.

(57) F. Bydliniski, System, S. 92. なお、Bydliniski については以下も含め、下線部は原文ではイタリックである。

<sup>(58)</sup>  
特殊性はかなり希薄である。

## 1 根本的法原則

F. Bydlinski は、法理念 (Rechtsidee) として、〔A〕正義 (Gerechtigkeit)、〔B〕法的安全 (Rechtssicherheit)、〔C〕合目的性 (Zweckmäßigkeit) の3つを挙げる<sup>(59)</sup>。そして、法理念の下の原理層 (Prinzipienschicht) において、以下の12個の根本的法原則 (fundamentale Rechtsgrundsätze) の存在を認めている<sup>(60)</sup>。根本的法原則とは、すべての法準則、すべての事態に対して有効であり続ける法原理であり、すべての法準則の内容的統一性をもたらし<sup>(61)</sup>ものである。

### 〔A〕正義に属するもの

① 基本的な (elementar) 人格的利益 (生命・健康・人間の尊厳) の<sup>(62)</sup>保護

② 自由原理 (Freiheitsprinzip)

自由原理によると、何人もその都度の諸事情の下で他のすべての人の

---

(58) なお、公法に特有の原理の析出は「私法の体系と原理」という書物の名が示すように F. Bydlinski, System の対象外であるが、彼は民主制原理 (Prinzip der Demokratie) に言及している (SS. 91-92, Anm. 92)。これも、統一的意思形成の手續に関わるものだから、形式的な原理である。

(59) Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991, S. 81, SS. 325-369 (以下では Methodenlehre として引用する)。

(60) F. Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, SS. 291-295; ders., System, SS. 87-88.

(61) F. Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S. 301. なお、本稿では、F. Bydlinski がいかなる論拠に基づき、以下の根本的法原則を認めるに至ったかについては立ち入らない。根本的法原則につき追加・削除・内容修正の可能性があることは、F. Bydlinski, System, S. 88 自体が認めている。

(62) F. Bydlinski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, SS. 176-182.



平等な自由と両立しうる最大限度の（個人的・経済的）自由に対する請求権をもつ。<sup>(63)</sup>これは John Rawls の第一原理（平等な自由原理）に由来する。<sup>(64)</sup>

③ 配分的正義（*austeilende Gerechtigkeit*）

④ 最低限度の生活の保障（*Existenzminimum-Prinzip*）

④と⑤の2原理は、「社会的正義原則」としてまとめられている。<sup>(65)</sup>

⑤ （修正版）格差原理（*Differenzprinzip*）

より不利なグループの経済的財貨の分配が再配分によって改善されるべきなのは、より不利な者の長期的な見通しが再配分によって悪化せず、且つ、再配分による受益者が社会における財貨の平均的な分配を超えて受益することなく、再配分が可能な限りにおいてである。<sup>(66)</sup>この（修正版）格差原理は、Rawls の第二原理の前半部分（いわゆる格差原理）を修正したものである。

⑥ 調整的正義（*ausgleichende Gerechtigkeit*）

#### 〔B〕 法的安全に属するもの

⑦ 法的安全一般

⑧ 既得権の保護による法的安全

⑨ 国家機構による法的安全

#### 〔C〕 合目的性に属するもの

⑩ 最も一般的な意味における適合性（*Geeignetheit*）としての合目的

---

(63) F. Bydlinski, *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, S. 188, S. 291.

(64) Rawls の正義論については、さしあたり、田中成明「ジョン・ロールズ——反功利主義的正義論の旗手」長尾龍一編著『現代の法哲学者たち』（日本評論社・1987）1頁以下を参照。

(65) F. Bydlinski, *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, S. 294.

(66) F. Bydlinski, *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, S. 188, S. 255, S. 292. 詳細については、SS. 236-266 を参照。

性

① 効用 (Utilität) としての合目的性 (功利主義 Nützlichkeitsprinzip)

② 経済的効率性 (稀少な資源の浪費の防止) としての合目的性

経済的効率性 (wirtschaftliche Effektivität) とは、社会の規範的秩序は、必要な経済的財貨をできる限り包括的に且つ費用面で有利に配置することを志向すべきだとする指導的観念である。<sup>(67)</sup>

## 2 相対的 (二面的・両面的) 正当化原理<sup>(68)</sup>

私法規範は常に2人ないし数人の規範的に等価値の法主体間の関係に関するものであるから、権利・利益・機会の特定主体への割り当ては、特定の他の主体にとっては義務・負担・危険を意味する。したがって、ある法主体に有利な法律効果が帰属する理由と、他の法主体に不利な法律効果が帰属する理由だけではなく、まさにこの2人において、そのような法律効果が発生する理由もまた、基礎づけられる必要がある。それゆえ、相対的 (二面的 *zweiseitig*・両面的 *beiderseitig*) 正当化原理<sup>(69)</sup>が妥当する。「絶対的な」一方主体にのみ関わる一面的な論拠は、それがある関係において非常に強いものであったとしても、それだけでは私法の規範化を決して正当化しえない。たとえば、寄る辺のない小さな子供には、最低限度の生活の保障原理 (1④) により必要な扶養・世話・教育に対する請求権が与えられるべきだが、それだけではまだ、規範的に正当化された私法規範によって、かような請求権が他の私法主体に対して与えられうるとは、全く言われていない。かような請求権が誰に対し

(67) F. Bydliniski, *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, S. 272.

(68) F. Bydliniski, *System*, SS. 92-97. Ders., *Privatrechtsgesellschaft*, SS. 79-80 も参照。

(69) 相対的正当化原理自体は、人間の尊厳・生命・自由の平等な保護 (1①②) と調整的正義 (1⑥) によって基礎づけられる (F. Bydliniski, *Privatrechtsgesellschaft*, S. 79)。

て場合によっては正当化されうるか、という問いは、絶対的・一面的な基礎づけの枠内では、まだ立てられてさえもないのである<sup>(70)</sup>。しかし、この問いも、私法の枠内では同等の重要性をもつ。但し、相対的正当化原理は、私法上の規律が直接の当事者間で是認可能なものとして基礎づけられうることを要求するのみで、その規範化に際して、第三者や社会一般の利益を顧慮することを妨げるものではない（消滅時効の存在理由に関する議論を想起せよ）。

F. Bydlinski が私法の指導的格率として第1に挙げる相対的正当化原理は、確かに私法の規範的特殊性を示してはいるが、私法の規範化の際に守られるべき形式的なメタレベルの原理にすぎない、という評価を与えることができるだろう。

### 3 補完性原理の私法的（消極的）側面

「補完性原理（Subsidiaritätsprinzip）」は、カトリック社会哲学の基本原理の1つであり、ローマ教皇ピオ11世（Pius' XI）が1931年5月15日に渙発した社会回勅（Quadragesimo anno）の中では、次のように定式化<sup>(71)</sup>されている。

(70) 二面的正当化が疑わしい例として、不法原因給付の規律（民708）を挙げることができる。この場合、給付者が給付目的物を失うことを基礎づけるのはさほど困難ではないが、給付目的物を受領者に帰属させる根拠は薄弱である。二面的正当化が十分でないがゆえに、同条の法政策的当否については、起草段階から激しく争われているのである（広中俊雄『債権各論講義〔第6版〕』（有斐閣・1999）416-420頁）。

(71) 以下の訳も含め、澤田昭夫「補完性原理 The Principle of Subsidiarity：分権主義的原理か集権主義的原理か？」『EC統合の深化と拡大』日本EC学会年報12号33-41頁（1992）によるほか、「補完性原理」については特に、片山謙二「ECにおける『補完性原理』の援用をめぐって——補完性原理（principle of subsidiarity）とは何か——」『アジア交流56号4頁以下（1991）、白藤博行「西ドイツの地方自治における補完性原理と比例性原理（二）」名古屋大学法政論集128号241頁以下（1989）、宮川俊行「『補完

「つまり、昔は小さな集団が行なっていた多くのことが、社会状態のもろもろの変化のもとで今や大きな集団でなければ遂行できなくなっているということは、歴史が明らかに示しているように、真実ではあるが、それにも拘わらず常に確固不動で、変更も牽強付会も不可能なのは、社会哲学のあの、きわめて重要な原理である。すなわち、個々の人間が自らの努力と創意によって成し遂げられることを彼らから奪い取って共同体に委託することが許されないと同様に、より小さく、より下位の諸共同体が実施、遂行できることを、より大きい、より高次の社会に委譲するのは不正であると同時に、正しい社会秩序に対する重大損害かつ混乱行為である。けだし、社会のあらゆる活動は、その権能と本性ゆえに、社会体の成員たちに補助を提供せねばならず、彼らを破壊し吸収するようなことは決してあってはならないからである。

したがって国家の最高権力は、もし自ら関わっていると本来の任務への精力集中を著しく妨げるような副次的業務、問題の処理を、より下位の諸グループに任せるべきであり、そうすれば、最高権力のみで遂行可能であるがゆえに最高権力のみで属するすべての業務を、状況が勧め必要が迫る指導、監督、奨励、抑制を通じて、より自由、より強力、より効率的に執行できるようになろう。それゆえに為政者たちに確信して貰いたいのは、この補完義務の原理を守ることによって、多様な諸集団のあいだの段階的秩序がよりいっそう強化されれば、社会組織の権威と効率はいっそう秀で、国家政体はいっそう幸福かつ豊かになる、ということである。」

(72)

しかし、この原理は自然法原則にも属するとされる。憲法原理か否か

---

性原理』のトマス主義社会倫理的考察』『法の理論17』（成文堂・1997）1頁以下、井川昭弘「補完性と共同善（一）」九大法学76号229頁以下（1998）を参照。なお、F. Bydliński, System, S. 97, Anm. 95 が基本文献として挙げているのは、Josef Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968 である。

(72) 澤田・前掲47-48頁、宮川・前掲3頁。

## 公法と私法

については議論がある。<sup>(73)</sup> 実定法レベルでは、この原理はまず、行政法学において、国と地方公共団体、地方公共団体相互間（都道府県と市町村）の行政事務配分原則として問題とされている。<sup>(74)</sup> また、マーストリヒト条約（1992年署名、1993年発効）に「補完性（subsidiarity）」概念が導入されたことを契機として、EU法・国際法・政治学でも盛んに議論がなされている。<sup>(75)</sup>

F. Bydliniski<sup>(76)</sup> は、このような補完性原理も、私法の規範的特殊性を認識させると言う。彼によると、自由原理（1②）と「権力は有効な限界に出会うまで常に拡張する傾向をもつ」という経験的な「権力の法則（Gesetz der Macht）」との結合から、「（「垂直的な」）権限配分（“vertikale”）Gewaltenteilung）の要請、つまり、補完性原理が、法秩序全体の格率として導かれる。<sup>(77)</sup> しかし、補完性原理が（国家から離れた）「社会

---

(73) 白藤「前掲論文(二)」法政論集128号244-259頁（但し、西ドイツでの議論）。

(74) 邦語文献として、白藤「前掲論文(一)(二)未完」名古屋大学法政論集116号135頁以下（1987）、128号241頁以下、渡邊榮文「行政における補完性の原理」アドミニストレーション〔熊本県立大学〕3巻3号108頁以下（1996）などがある。

(75) 澤田・前掲31頁以下のほか、邦語のものだけでも、鈴木真澄「欧州連合の『憲法的』構造——『補完性原理』と『欧州連合市民』をとおして」早稲田大学大学院法研論集69号139頁以下、70号293頁以下、72号169頁以下、76号113頁以下、80号115頁以下（1994-1997）、中原喜一郎「欧州連合と補完性の原則に関する一考察」法学新報102巻3・4号375頁以下（1995）、福田耕治「欧州連邦主義と補完性原理——EUと加盟国の中央・地域・地方政府間関係をめぐる諸問題——」駒沢大学法学部研究紀要55号1頁以下、政治学論集〔駒沢大学〕45号59頁以下、法学論集〔駒沢大学〕55号33頁以下（1997）、和達容子「欧州連合における『補完性原理』——マーストリヒト条約下の議論を中心に——」法学政治学論究〔慶應義塾大学〕35号1頁以下（1997）など多数の文献がある。

(76) 以下、F. Bydliniskiの見解については、F. Bydliniski, System, SS. 97-99 によるが、ders., Fundamentale Rechtsgrundsätze, SS. 313-316; ders., Privatrechtsgesellschaft, SS. 67-70 も参考になっている。

(gesellschaftlich)」関係に適用されると、特殊に私法的な局面が現れるので、それを下位原理として、以下のように定式化することもできるだろうとする。すなわち、《より小さな社会的統一体 (Einheiten) —— まずは当然最小統一体としての個々の人間<sup>(78)</sup>——が、根本的法原則に十分適合した状態を惹起あるいは維持できるときは、そしてその限りにおいて、任務とその任務の遂行についての (語のあらゆる意味における!) 「能力 (Vermögen)」は、その統一体にとどまり続けることが要求される》と。国家領域内の「社会的」統一体は、国家組織全体よりも常に小さく、それが国家団体 (Staatsverband) における中心的意思形成および組織と結びついていない限りにおいて、国家から区別されるべき「統一体」である。その限りで、国家への不必要な権限委譲を禁止する補完性原理の「私法的側面」ないし「消極的側面」を語ることができる。さらに、補完性原理は当然のことながら、私法自体の枠内においても、その適用を要求する。逆に、補完性原理の「公法的側面」ないし「積極的側面」は、より小さな社会的統一体が上述の機能を十分に果しえないときは、そしてその限りにおいて、処理の任務および「能力」の国家への委譲を積極的に要求する。

補完性原理は——F. Bydliniski 自身が認めているように——法秩序全

---

(77) さらに、人間の尊厳 (1①)、法的安全 (1⑦)、経済的効率性 (1⑫) も、補完性原理の根拠となる (F. Bydliniski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S. 315; ders., System, S. 92, Anm. 92)。

(78) ついで、2人の契約当事者のような最小の共同体 (Gemeinschaften)、家族、その他の団体、最後に国家に、というように (F. Bydliniski, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S. 313)。片木淳も、本原理によれば、「より大きな社会的もしくは国家的組織は、より小さな組織がその任務を遂行できないときのみ、補助的にその任務を遂行すべきであるとされる。このようにして、先ず、個人と家族が最優先され、これに、教会、組合等の組織、市町村、州、連邦という順序で、社会的、国家的機能の担い手がそれぞれ前者の機能を補助するものとして位置づけられる」と言う (片木淳「西ドイツの地方自治」地方自治469号94-95頁 (1986))。

## 公法と私法

体（共通法）の原理であるだけでなく、相対的正当化原理（2）と同様、形式的なメタレベルの原理としての地位を占めるにすぎない。しかし、この原理が国家と社会の区別を前提とし、国家と社会の役割分担を決定する点は、極めて重要である。自由原理を基礎とする補完性原理の適用の結果、私法は公法に比して、自由という価値に相対的に重きを置くことになるからである。法律行為法における私的自治原理や、民事訴訟法<sup>(79)</sup>における処分権主義・弁論主義は、それぞれの法分野において補完性原理が発現したものと見ることができる。<sup>(80)</sup>

### 4 自己責任原理

自己責任原理（Selbstverantwortungsprinzip）は、①ある特定主体（A）の自らの行為（Handlungen）・不作為（Unterlassungen）により特定の他人（B）に生じた結果（Folgen）や、②ある主体（A）にすでに法的に帰属している利益領域・支配領域から特定の他人（B）に生じた影響（Auswirkungen）が、その責任主体（A）に他の主体（B）の利益に「帰責（zurechnen）」され<sup>(81)</sup>うることを要求する。自己責任原理は、損害賠償法<sup>(82)</sup>だけでなく、法律行為法や親子法<sup>(83)</sup>においても妥当する。自己責任原理は、約束は遵守されるべきこと（契約信義 Vertragstreue, pacta sunt servanda）<sup>(84)</sup>を要求するし、親が子に扶養・教育・世話の義務を負う

---

(79) F. Bydlinski の私的自治原理については、さしあたり、拙稿「消費者法の体系的独立性」神戸学院法学31巻4号1569-1571頁を参照。

(80) 弁論主義の根拠に関しては、本質説と手段説が対立しているが、弁論主義を民事訴訟法への補完性原理の適用と見るのであれば、本質説が妥当である。

(81) F. Bydlinski, System, S. 100, S. 105.

(82) F. Bydlinski, System, SS. 106-115, SS. 185-233.

(83) F. Bydlinski, System, S. 106.

(84) Franz Bydlinski, Eine Skizze über bewegliches Systemdenken im Vertragsrecht, in: Pacte, convention, contrat, Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin, 1998, SS. 197-198.

のも、子を作った行為の結果だからである。<sup>(85)</sup>私法で私的自治原理だけを問題にするのは狭すぎる。<sup>(86)</sup>なお、消極的な効果だけでなく、積極的な効果<sup>(87)</sup>（Wirkungen）の帰責も問題となる。

しかし、自己責任原理を私法固有の原理と見ることはできないだろう。自己責任原理は公法（特に刑法）においても妥当することは明らかであるし、F. Bydlinski 自身も「自己責任原理の公法的側面」<sup>(88)</sup>を語っている。自己責任原理自体は共通法の原理と見るべきだろう。

## VI 結びに代えて

以上の簡単な検討からだけでも、実質的原理の面で、公法と私法の規範的特殊性の相違を基礎づけるのは困難なことが明らかになったと思われる。基本的な実質的法原理は、公法と私法を包括する「共通法」の地平に存在する。法理念としての正義——したがって自由や平等——は、従来から「共通法」の地平に存在すると考えられてきたはずである。

F. Bydlinski が主張する私法の規範的特殊性を基礎づける3原理のうち、相対的正当化原理（V 2）は、立法や法解釈を行う際に十分に顧慮されるべきものであろう。また、補完性原理（V 3）は、国家（公法）と社会（私法）の役割分担を決定する際の「ものさし」となるものである。リバタリアニズム・リベラリズム・福祉国家論等の各種の政治哲学は、その「ものさし」<sup>(89)</sup>の目盛りとしての地位を占める。もちろん、私法も国家法であるが、公法とは規律の仕方において区別される。高柳信一

---

(85) F. Bydlinski, System, SS. 382-388. 拙稿「消費者法の体系的独立性」神戸学院法学31巻4号1566-1567頁に、この部分の紹介がある。

(86) F. Bydlinski, AcP 194, S. 342.

(87) F. Bydlinski, System, S. 105.

(88) F. Bydlinski, System, SS. 99-100.

(89) 民法学者でこのことを強調するのは、山本敬三である（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——」法学論叢133巻4号1頁以下、5号1頁以下（1993）、同『公序



## 公法と私法

の「私法＝裁判規範論」が、このことを明確に指摘していた（IV 3）。公法では、国家が、国家＝私人間の個別具体的な法律関係を直接的に規律するが、私法では、国家は、私人間相互の法律関係をまずは立法により一般的・抽象的に規律するのみで、訴えの提起をまって初めて、私人間の個別具体的な法律関係に国家（裁判所）が介入する。社会は国家とは無関係でないが、<sup>(90)</sup>相対的に国家から離れた存在なのである。

本稿で検討できなかった課題として、従来、私法（民法）に属すると考えられてきた法制度・法規定・法原理を、共通法と私法（民法）に振り分ける作業が残されている。しかし、共通法を観念する説（星野英一・田中二郎（II 3）・高柳信一（IV 3））が挙げるところを見ても、かなり多くの法制度・法規定・法原理が共通法にその居を移すことになるだろう。たとえば、法人・代理・法律行為（契約）・時効の各制度の基本部分のほか、権利救済法（不当利得・不法行為・物権的請求権）の基本部分、住所・期間に関する規定などは、民法ではなく共通法に属するものと見るべきだろう。

このように見れば、民法学が「法律学の女王」と呼ばれたり、民法の勉強が最も重要だと言われてきた理由もおおのずと明らかになる。<sup>(91)</sup>民法と<sup>(92)</sup>思って勉強していたものの基本部分は、体系的にはすべての法の上位に位置する共通法に属するものだったからである。そうであれば、民法学は、法哲学の主要問題領域の1つである「法の一般理論」との連携を深める必要があるだろう。

---

良俗論の再構成」（有斐閣・2000）の随所で主張されている。

(90) F. Bydlinki, System, SS. 77-78.

(91) 2002年の『法学検定試験問題集』（商事法務研究会・2002）の冒頭の「特別鼎談」12頁で、柏木昇が引用している「〈座談会〉会社員の自己啓発——大学教育と会社の実務——」ジュリスト343号74頁以下（1966）では、大学時代は民法の基礎理論の勉強が重要であることが、繰り返して述べられている。

(92) Lothar Michael, Methodenvergleichung zwischen den Disziplinen

---

des Rechts als Aufgabe der Rechtstheorie, in: Schilcher/Koller/Funk (Hg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, 2000, SS. 267-268 は, 法倫理学・法論理学・方法論とともに法哲学の一分野である法理論 (Rechtstheorie) は, 法史学・比較法と並ぶ第3の比較学 (Vergleichungswissenschaft) として確立されるべきだとする。すなわち, 法史学が時間的次元で, 比較法が場所的次元で比較を行うのに対して, 法理論はさまざまな法分野——民事法・刑法・公法——間で比較を行うべきだとする。