

论宪法和民法在人权保障中的作用

明治大学法科大学院 高桥和之

一. 个人和社会

我们通常是同他人共同构成社会而生存的。那是因为社会为我们提供一个人难以得到的各种各样的便利（也包括维持生存的必需品）。而与此相对应，我们也必须承担社会所要求的一定 的责任和义务。因此，社会对其成员提供何种便利，同时又会要求其成员承担何种义务，是每个社会成员都非常关注的极为重要之事。

在考虑如何构筑社会与其成员之间的关系时，可以有各种各样的观点。笔者认为最为重要的是，社会的基本构造是基于个人主义的观点还是基于全体主义的观点来构成的问题。这里所说的个人主义是把平等地保障每个社会成员的自律性生活方式作为社会的目的来考虑的方式，即每个人的自律性生活方式的平等保障才是真正目的，而社会只是实现此目的的手段而已。与此相对应，全体主义是以社会的持续发展为其最高目的，每个社会成员的首要义务是为了实现此目的而做出贡献，而作为其义务履行的代价是享受社会所提供的一定的便利。

如上所述，个人主义和全体主义对社会模式的理解与描述是相对立的极端性的理念模式，但实际上社会并不是只以其中的某一种为基础而运转。社会（全体）与其成员（部分）的关系及其构成方式是所有社会面临的普遍性问题。既然承认由每个人构成社会而生存的这一前提，那么两者的共存是必要的。因此不能片面地优先某一方，而只能在两极之间的某处划线来区分其侧重点。而该线如何划分？是侧重于对个人更为有利的方面还是侧重于对社会的重视方面？抽象地说，这主要取决于个人生存对社会的依赖程度。如果在对外的安全或生活必需品的获得方面，越是需要社会的协作互动，社会对其成员的要求也就越高，全体主义理念的适用程度就会提高。相反，即使基于个人的自由也能确保最低限度的必要的社会的协作互动的話，那么社会对于个人的要求就会降低，个人主义理念的妥当性程度就会提高。近代宪法以个人主义为理念而成立的这一事实，说明在近代使这种个人主义成为可能的客观条件已广泛成立。

二. 立宪主义的宪法观念

在法的渊源中被称为 [有社会就有法]。法的作用在于规范在社会中所缔结的人与人之间的关系。因此，实定法秩序中理所当然包括对社会与其成员的关系予以规范的方法。于欧洲形成的近代社会，其基本结构是由个人主义的原理而构成的。因此其所形成的法秩序中反映着个人主义原理。近代社会的法秩序，虽然以自生性法为基础，但为了更有效地规范日益复杂化的社会关系而逐渐以制定法秩序为优先。而为了管理这种法秩序，近代社会产生了国家。近代国家，从法的观点来看，是管理·运作近代社会所需要的制定法秩序的机构。在这里重要的是，这种近代国家的法秩序是以何种结构如何形成的问题。

根据对近代国家与法秩序进行辩证论述的社会契约论，人类为了更加切实地保障在自然状态下所拥有的自然权而设立了政治社会（国家）。所有政治社会的设立目的都是为了保全自然权（参照法国 1789 年的人权宣言第 2 条）。基于政治社会的设立而产生了政治权力（国家权力），而对其权力行使的形态予以规定的是宪法。宪法的制定权力属于创建社会的每个人（人民或国民），在他们或他们的代表所制定的宪法中，规定了行使政治权力时所应遵守的规则。而这些规则为了与宪法之名相符，必须规定权利的保障与权力的分立（参照法国 1789 年的人权宣言第 16 条），这就是近代立宪主义思想，这是众所周知的。这种立宪主义思想，基本上也被现代宪法所继承，认为宪法是由规定权利保障的部分和规定基于权力分立的统治机构部分来构成的。这里所说的权力分立以立法权、行政权、司法权的三权分立为核心内容，其分立的形态有各种不同形式。基于此种权力分立的统治机构以规定由谁来担当法律的制定及执行，以及由谁来对法律纠纷予以裁决，并以怎样的程序进行等等为其内容。因此，这些规定的对象为这些权力的担当者及行使者是不言自明的。在这里我们把这些权力的担当者·行使者统称为“国家”，并把国家作为宪法规定的规制对象。问题是，其他的权利保障规定（人权规定、基本权的规定）的性质该如何掌握呢？在此问题上，出现了两种对立的见解，可以说是当今人权论的重要特征。

如果从宪法把组织各种权力，并规定其行使的应有方式作为使命这一角度来考虑的话，那么宪法中的权利保障规定以国家为对象几乎是无可非议的。在这里用了“几乎”这一表达方式，是因为并不是完全没有异议，即也有人主张基本权在现今不仅仅以国家而且也以私人作为其直接的对象。但是，这种预把传统的人权观及宪法观进行大幅度变更的想法，现在还只不过是极少数人的见解，大多数还是坚持传统的人权观。基于此，宪法上的人权或基本权，第一是可以向国家请求其尊重的权利，借助德国宪法学的用语的话，是对国家的“防御权”。在这种理解上，宪法所规定的人权、基本权是国家进行活动时应遵守的规则，在这一点上同关于统治机构的规则并没有什么区别。即国家在进行活动时，不仅要被有关统治机构的规则所拘束，同时也要被人权规定所拘束。在此，国家以何种目标来进行活动并不是问题。无论基于何种目标，规定了其活动所必须遵循的规则的是宪法。因此，宪法上的人权规定其规定的并不是国家目标，宪法只不过是规定了国家在进行活动时所应遵循的法律程序。而国家的目标是宪法之前的问题。根据社会契约论，国家是为了更好地保障自然权而被设立的。因此，自然权的保障才是国家的目标。而宪法规定的是国家为了实现此目标而进行活动时的“法律程序”。也就是说，宪法所规定的人权并不是作为国家的目标而规定在宪法中，而是为了实现宪法之前的目标（自然权的保障），作为国家所应遵守的规则的一部分而规定在宪法中的。

传统的理解，在此方面可以说是没有争论的。问题是，对于宪法所保障的权利的意义的理解，是应该认为现在也如同上述的理解，还是应该认为其内容有所变化已超过对国家的“尊重请求”或防御权的意义了呢？从这一点上来讲，德国的宪法判例、学说所提出的国家的基本权保护义务说，对宪法的对象仅限定为国家的这一近代宪法观带来了挑战，使其面临着修正的重大问题。

三. 国家的基本权保护义务

根据国家的基本权保护义务论，宪法所规定的各项基本权条款把该基本权保护的法律责任赋予国家。在此理解中，基本权的对象被理解为国家，在这一点上与传统的宪法观并无区别。但是，要求国家把“尊重”作为义务的基本权和把“保护”作为义务的基本权虽然是在同一条文下被保障的权利，其意思内容上却有着微妙的区别。在“尊重”的情况下，作为侵害基本权的主体所能设想的不言而喻是国家。正因如此，要求国家履行对基本权的尊重义务。那么，在“保护”的情况下，作为侵害基本权的主体又能够设想到谁呢？如果在此也将其设想为国家的话，那么保护义务所要求的是需要设计并实施确保国家不违反尊重义务的制度和当违反尊重义务时应给予的救济制度，其作为尊重义务和保护义务的对象的基本权应该是同一内容。当然，我们认为起源于德国的保护义务论也预测到国家违反尊重义务时的情况，但是这种保护义务论所设想的基本权的侵害，实际上不仅仅是由于国家的侵害，而且也包括“第三者”（个人）的侵害在内。不，也许是基于个人的侵害才是其设想的中心。也就是说，认为保护某个私人 A 的“基本权”不被另外的私人 B 所侵犯，才是国家的保护义务的中心内容。因此，虽然使用同样的基本权用语，但作为尊重义务之对象的基本权和作为保护义务之对象的基本权其内容是不同的。这种情况，若以私人 A 的行为来观察的话，可做如下分析：假如 A 要行使表现的自由，这时国家须尊重这种表现自由而不得进行限制干涉（尊重的义务）。但是，如果 A 的这种意向，不是基于国家而是因 B 的某种原因而被妨碍的话，这时，国家负有保护 A 能够实现其意向的义务，而对 B 进行停止该妨碍的命令。在这种情况下，A 对国家所提出的尊重其表现自由的范围·程度和保护其表现自由的范围·程度当然是不同的。因为在确定范围·程度的时候所考虑的要素是不同的。比如在保护的情况下，B 的妨碍也许是基于合同，也许是基于事实行为，而且，这些原因也许是 B 自身的如行使经济上的自由权的结果。如果是这样的话，就不能说是同一条文下所保障的同一基本权的问题了。在这里就不能排除同一条文下所要保障的基本权也许是不同的基本权的疑问。正因如此，有人认为是是否出现了承认基本权的“多元功能”的倾向。

当然，同一权利根据不同情况而具有不同的功能并不以为奇，也许也有人会认为尊重与保护正是这种基于不同情况所产生的不同结果，在这一点上不予深入分析。对笔者来说还有一个令人担忧的问题，即虽然保护义务论将基本权的对象限定为国家，但实际上基本权的效力是否已经悄然延伸到了第三者关系之疑问。如上所述，在保护义务论中，侵害基本权的主体设定为私人 B，但是因基本权的对象是国家，故 A 不能向 B 主张其基本权。也就是说，A 不能要求 B “不要侵犯我的基本权”，并对国家提出要求对其侵害予以救济。尽管如此，如果 A 提出 B 侵犯了自己的某种“法律利益”并向国家要求救济时，若国家不给予救济的话，则会提出国家违反其基本权保护义务之主张。那么，该“法律利益”如果不能以基本权为依据的话，又能以何为依据进行主张呢？在此如果有能够依据的法律存在的话，A 与 B 之间的争议就可以依据此法律的解释与适用而得到解决。此时，如果法律的内容侵犯了 A 或 B 的基本权的话，就要对法律进行违宪审查。此外，如果法律不存在的话，A 的请求就会因缺乏法律依据而被驳回。但是，在这种情况下 A 可主张“如果驳回请求的话，国家就会违反其保护义

务，因此必须认可其请求”。从 A 与 B 的关系来看，A 对 B 缺乏利益侵害的法律依据，故所发生的事态只不过是 A 事实上“利益”的事实上的“侵犯”。但是在与国家的关系上，其事实上的利益侵害是基本权保护义务的对象。本来，国家为了实现此保护义务，应该制定必要的法律。但是，不能说因立法机关的失职，构成国家权力的一部分的法院免除国家的基本权保护义务。因此，为了履行此义务，虽然为时已晚，也要通过法院的审判进行代之以法律的法之订立。这对于 B 来说完全就是事后法。在没有法律制约的前提下认为是自由的 B，突然由于法院的立法而受到事后制约。而且若 B 的行为是作为基本权能够向国家提出尊重其基本权请求的行为时，等于意味着法院没有依据法律而对 B 的行为进行了规制，违反了法律保留原则。B 遭受此种以外归根结底是由于国家没有基于正常程序制定法律而没能履行其保护义务的结果，其根本责任在于国家。因此，A 本不应该针对 B 而是应该追究国家的立法不作为责任。即使如此，如果 A 对 B 的请求得到认可的话，那么不就等于是默认了 B 对 A 要负某种法律责任了吗？而且，此种法律责任除基本权的尊重义务之外别无其他选择。也就是说作为国家对 A 所负有的基本权保护义务的反射，本应由国家予以保护的 A 的基本权利 B 也负有尊重之义务。而对应于 B 的尊重义务，不能说 A 对于 B 具有主观性的权利。在此前提下，似乎基本权是针对于国家的权利这一前提得以维持。但是，为了说明私人间的尊重义务为法律义务，其实不就是把它作为客观法律义务来看待了吗？那样的话，在同一条文中所规定的基本权，对应于国家是作为主观权利发挥其作用，而对应于私人时，则作为客观法来发挥其作用。就算宪法具有客观法的性质，其已向着把国民也作为其规制对象的方向迈出了一步。

这种德国的议论，以笔者的推测，是从宪法解释角度承认国家基本权保护义务出发的。若对此予以承认，则在理论上也将必然得以自我展开。的确，德国基本法第 1 条第 1 款规定了“人的尊严不可侵犯。对它的尊重与保护是所有国家权力的义务”，因此作为解释论解释为“尊重义务”和“保护义务”是很自然的。把保护义务的对象同尊重义务的对象区别开来，甚至解释为包括对基于私人的基本权侵害的保护在内，这在德国的宪法史中，也许并不是不能解释的。但是，若将此种解释引入到日本国宪法的解释论中，有必要采取更为慎重的态度。日本国宪法第 13 条规定：“(关于幸福追求权)只要不违反公共福祉，在立法及其他国政上都必须予以最大尊重”。在此，只提到了尊重义务而没有提到保护义务。第 99 条规定：“天皇或摄政以及国务大臣、国会议员、法官及其他公务员均负有尊重和拥护本宪法的义务”。但是，第 99 条中所言“拥护”同德国宪法中的“保护”是明显不同的。它只是指“宪法的拥护”而不是“人权的拥护”，其所设定的是对于否定、破坏宪法之类的行为有防御的义务。因此，在日本国宪法表述中很难找出理解为人权保护义务根据。即便如此也一定要通过解释论来承认德国式的保护义务的话，只能作为支持日本国宪法的原理论来论述。既不能单纯的主张因德国承认所以日本也要承认，同时对承认时的利弊探讨也是必不可缺的。特别是对于以在国民中形成近代立宪主义观念为目标的日本来说，必须考虑轻易变更宪法观所带来的负面影响。

四. 日本国宪法解释中的人权保护义务的构造

在上文中已阐述了日本在引进保护义务论时必须持慎重的态度。但作为日本国宪法的解释论，将国家的人权保护义务之观点赋予原理论上的根据也并不一定是不可能的。虽然与德国的理解有所不同，结合近代立宪主义的人权论进行如下的探讨是可能的。即根据社会契约论，由于国家是为了更好的保障作为自然权的人权而设立的，因此负有保护作为自然权的人权的义务。从逻辑顺序上来说，基于社会契约成立了国家（政治社会）之后，由作为主权者的人民或国民来制定宪法，因此这种人权（自然权）的保护义务是国家先于宪法之前所具有的义务。但是，既然以宪法为出发点的实定法秩序是国家在执行保护人权（自然权）任务时应该遵守的“法律程序”，那么，自然权的保护义务是作为这种实定法秩序的“法律程序”的内在目的，在此意义上可以认为它具有实定法的效力。这种情况下，作为保护义务对象的人权被认为是写入宪法之前阶段的问题，因此，所有社会成员均作为其对象。在此意义上可以认为是超宪法的权利=自然权，国家=实定法的秩序=法律程序把对该权利的保护义务作为“宪法内在的义务”来承担。在履行该义务的活动过程中，国家负有尊重作为“宪法上权利”的人权的义务。自然权在所有的关系中都应受到保护，不仅是私人间，在国家设立后国家和每个国民（私人）间关系上也必须受到保护。因此，在规范国家与私人间关系的宪法中加入自然权，并赋予国家对其尊重的义务。因此，宪法上的权利是被作为尊重义务的对象，而不是作为保护义务的对象。

德国的宪法判例·学说将保护义务的对象解释为作为“宪法上的权利”的基本权，其理由不仅如上所述在宪法的条文中规定了“保护”义务，同时也是因为受到了法律实证主义思想的影响，避免将自然权式的思考带到宪法解释中。其原因是否是因为将自然权作为法律上的保护义务的对象，从法律实证主义的角度有欠妥感呢？宪法上的保护义务的对象必须是宪法上的权利，故要把每个基本权作为保护义务的对象。为此，虽然对同一基本权赋予了不同的意义，但比起提倡自然权的主张，这种观点被认为更具有说服力。但是，原本理解为自然权保护的内容却将此加入到实定的基本权中，因此只要被加入到基本权中，基本权也只能变为在私人间也具有效力。但是，另一方面，因基本权是针对国家的防御权，故从这一前提来看的话又不能从正面承认基本权的私人间效力。于是想出一个办法就是把基本权的尊重义务和保护义务加以区分，将私人间效力作为保护义务论予以采纳。的确，基于此种观点，基本权是针对国家而言的这一理论似乎可以得以维持。但是，在这里基本权被赋予了同尊重义务不同的含义，而使基本权的概念复杂化、暧昧化。不仅如此，国家所承担保护义务的基本权实际上已悄然成为私人间关系问题的前提，基本权不仅是对国家的防御权，已变化成即使是对私人之间也具有某种法律效力（客观法的效力）的观念了。

以上论述了德国形成保护义务论的原因之一是否是受到了法律实证主义思想的影响的推测。与此相反，在进行自然权论的讨论时，并不一定非要参与自然权思想。在这里的自然权思想的关键是设想支持实定法秩序的前实定法价值的存在。也并不能说如果不承认前实定的价值的客观存在的话这个讨论的构造就变得没有意义。关于基本价值的统一意见虽然是必要的，但意见统一之构想同客观真理之构想是不同的。统一的意见处于不断的形成过程中，实

定法只不过是它的暂时的着陆点。统一意见的形成是通过自由的讨论(deliberation)永远持续进行的，宪法将此程序依据暂定的统一意见制定为法律上的规则，通过这种法律程序，基本价值的具体内容被实定法秩序所采纳。

五. 层次结构的设定和法领域的分设

对以上的理解予以简要概括的话可论述如下。即宪法是规定了国家为履行其职责而进行活动时遵守的法律程序的法律，宪法的规制对象只限定为国家。因此，宪法所规定的人权也是针对国家提出其尊重义务的权利。私人不负有尊重“宪法上的权利”的义务。保障私人间的“自然权”被尊重的职责，即保障私人间关系以“个人尊严”为基础而被规范的职责是国家的职责，国家为了实现该职责，依据宪法所规定的“法律程序”制定、执行必要的法律，并对纷争予以裁定。在这里重要的是，这种“法律程序”将法律形式的层次结构编入自我结构当中。宪法根据法律制定及执行的权限机关与程序的不同来区分“法律形式”，并设定法律形式之间效力上的上下关系。首先，规定“法律程序”的宪法是其他所有法律形式的授权规范，作为根本依据在理论上理所当然处于最高地位，这在宪法本身的规定中也有体现。即宪法第 98 条第 1 款规定：“本宪法为国家最高法规，凡与本宪法条款相违反的法律、命令、勅令、诏勅以及有关国务的其他行为之全部或一部，一律无效”，宪法本身宣布了其最高规范性及所具有的高于其他法律形式之上的效力。这种最高性，通过被视为“本宪法的组成部分”（第 96 条第 2 款）的宪法修订比其他法律形式的制定被赋予了更加慎重的程序也能够得以保证。其次，在此宪法之下最为重要的法律形式是法律。法律承担着使宪法规定的“法律程序”得以启动的使命。以国民为对象进行的国家所有的活动，必须在法的支配原则下，遵循法律形式予以展开，而其最初应遵循的形式是法律。“法律程序”的下一个层次是法律的“执行”，该执行是依据法律的委任，或者在基于补充法律的必要而或多或少需要一般性的法律制定的情况下，通过命令这一法律形式来进行。最后的层次是法律或命令的个别具体的执行。“法律程序”就是以如此的层次结构即“宪法→法律→命令→个别具体的法律制定”作为其基本框架，而把条约、条例、政令等其他的法律形式安排在适当的位置上而存在的。

社会中所有的关系，除宪法本身所规范的关系外，首先通过法律来规范。法律将应该规范的各种关系分设到各个领域，再对各个领域依据其独自的法律规则进行规范。此时，被用于各领域分类整理的传统的框架为公法和私法的区别。公法是把国家作为一方当事人的法律关系作为其基本的调整对象，而私法是把私人之间的法律关系作为其基本的调整对象。有关公法和私法的严密的定义是有探讨的余地的，但在这里不准备介入。在这里重要的是民法这一法律，是私法中的中心法，是具有私法的一般法之性质的法律。

所有的社会关系必须将“个人尊严”作为基本价值来构成并予以规范。这是从宪法自身把“个人尊严”作为基本价值这一事实来推断的。宪法所规定的“个人尊严”（参照第 24 条）

以及从中派生出的“个人尊严”原理（第 13 条），直接以国家作为其对象。将其基本价值写入唯一的、在实定法秩序中占有最高地位的宪法中体现了对其前宪法性的、前实定法秩序的基本价值的统一意见的存在。这种思考方式也许在法律实证主义式的思考中难以得到认可，但在日本国宪法的理解中难道不是具有整合性的吗？如果这样的想法被认可的话，则所有的法律都必须反映作为前实定法秩序的基础的“个人尊严”。特别是对于构成私法的核心民法，其要求将更为强烈。这种要求在实定法当中，宪法通过使立法行为服从宪法上的“个人尊严”而得以间接的担保。但是，宪法的“个人尊严”涉及到私人之间的效果，只不过是立法行为服从于此的所谓的反射效果。以法律效力规范私人间关系的是法律，特别是民法。而民法所进行的是，将应规范私人间关系的作为前实定法价值的“个人尊严”作为实定法规范而予以具体化。因此，日本民法第 2 条规定：“本法律，必须以个人尊严和两性的实质上的平等作为宗旨，来进行解释”。依据此条文，个人尊严作为规范私人间关系的基本价值而被加入到实定法中。另外，法律也规范公法关系。但是因公法关系是以国家作为一方当事人的关系，故宪法上的个人尊严以其效力，作为法律的上位规范直接规范构成公法关系的法律。因此，在这里，将要求法律的合宪性解释。就这样，作为前实定法价值的“个人尊严”，作为实定法的价值被规定在公法及私法中，但其规定的理论及程序有所不同。

六. 基于民法的人权保障

民法以“个人尊严”为基本价值来构成并规范私人间关系，但并不是运用同宪法同样的人权概念来进行规范的。宪法是以个人尊严为基础，要求将个人“作为个人”来尊重（13 条前段部分），因此，采取了提倡“幸福追求权”的尊重（13 条后段部分），并对从中派生的个人人权在 14 条以后予以规定的结构。但是，民法对于私人之间的个人尊重的实定法的具体化和其实现，采用了区别于宪法的结构。那是因为，民法所规范的，是原理上处于平等立场的私人间的关系，与以公权力的行使为核心，表现为不平等关系的宪法关系比较，在个人尊严的表现方法上是不同的。

即使把同样的“个人尊严”放在前实定法的基础·出发点上，作为实定法来设计其实现的时候，根据该实定法在实定法秩序中所占的位置、性质、课题等的不同，个人尊严的法的具体的内容、形态也可能不同。在宪法中予以具体化的情况下，依据宪法是约束国家的规范这一性质，个人尊严是作为国家所应该尊重的个人人权而被表现的。那是为了个人作为个人而被尊重，即为了自律性规制的可能性，作为对于国家所能要求的必不可缺的权利而构成的。与此相对，在民法中予以具体化的情况下，是基于为了实现建立在个人尊严基础上的私人间关系，而将其作为怎样的法律关系、权利义务关系来设计为好这一观点来进行的。作为其中的一个解答而被采用的，是以原则上承认所有的国民的权利能力·行为能力，允许契约自由等等为内容的现行民法。民法采用的是私人自治的原则，但在学者当中，也有人主张私

人自治也得到宪法的保障。但是，日本国宪法并没有明示私人自治原则。如果将私人自治看作私人间关系的原则，则宪法不规定私人自治是理所当然的。的确，宪法保障像财产权或职业的自由之类的经济自由权，基于此，私人间可以不受国家的妨碍而自由地进行经济交易。但是，从宪法的角度来看，那只不过是事实上的存在，是经济自由权相对于国家而受到保障的“反射效”而已。在此反射效的范围内，设计并保障私人之间自由交涉的实定法的具体化的是法律（民法）。之所以说是“反射效的范围内”，是因为若将私人间的关系具体化了的法律，构成了侵犯此法律所内含的个人的对国家的（对立法权的）防御权的内容，就会成为违宪的法律。

关于民法是如何基于个人尊严来将私人的关系予以具体化的详细探讨是民法学的课题，在这里不做深究。但是，有必要在这里阐述一下，从笔者的观点来看，作为民法的一般规定的第 90 条和第 709 条具有什么样的意义。关于所谓的人权的私人间效力论这一问题，作为通说的间接适用说采取的是将宪法的人权价值引用到第 90 条（公序良俗的规定）或第 709 条（侵权行为的规定）中这一构成。但是，宪法上的人权及于私人间的效果只不过是反射性的产物，因此缺乏引用的前提。若像德国的支配性理论那样，以宪法的基本权价值作为客观法而拥有全方位的效力为前提的话，引用也是有可能的。但采用这种构成时，必须接受宪法观和人权观的改变。若要避免于此，既维持传统的宪法观又要实现私人间的“人权价值”的保障的话，可以将民法本身看作是为了保障作为前实定法的基本价值的“个人尊严”的实定法，从而基于此基本价值来进行民法的解释。民法第 2 条的规定，正与此理解一致。在这种解释下，第 90 条和第 709 条的一般规定具有将以个人尊严为基础的具体化委任给法院解释的意义。在此条件下，民法承认由法院进行法的制定。但是，法院并不是作为宪法解释，而是作为民法解释来进行法的制定的。因此，法律保留得以维持。