



Title	權利濫用理論と其の發展
Author(s)	小林, 巳智次
Citation	北海道帝國大學法經會法經會論叢, 5, 13-31
Issue Date	1937-03
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/10640">http://hdl.handle.net/2115/10640</a>
Type	bulletin (article)
Note	研究
File Information	5_p13-31.pdf



[Instructions for use](#)

# 權利濫用理論と其の發展

小林 巳智次

## 目次

序説 絶對的法律概念の社會的轉向

一、權利濫用理論の端初的形態

二、權利濫用理論の歴史的發展過程（第一期 胎生時代 第二期 建設時代 第三期 擴大時代）

三、權利濫用理論の地域的發展過程

第一類 權利の絶對性を尊重する諸國（英、米）

第二類 學說並に判例により相對性を是認する諸國（ラテン諸國、日本）

(a) 學說判例上の基準（フランス、日本）

(b) 本邦に於ける最近の主なる判例

第一、土地所有權に關するもの

第二、地下水利權に關するもの

第三類 成文によりて相對性を認むる諸國（獨、瑞西、中國）

(a) 目的主義的立法

(b) 機能主義的立法

結語

權利濫用論と其の發展

權利濫用理論と其の發展

序 說

近代國家がフランス大革命による砲火の洗禮を受けて華やかにそのスタートを切つたときに、私法上の指導原理として遵奉されたものは謂ふまでもなくかの人權宣言とナポレオン法典とであつた。爾後歐米諸國は勿論、世界各國の私法體制は何れも之を規準として新たなる扮装の下に國民生活の上に統一國家の權力を背景として押し被さつて來た。

然るに周知の如く、之等の原則はその淵源をローマ法に發し、當時アンシアン・レヂーム *Ancien régime* のアブソリュチズムに抗して澎湃として起つた第三階級の個人主義的自由主義を基調とするものであつた。夫故に大多數の民衆は王權の壓制より免れ得たる代りに、新たなるブルジョワジの壓制の下に喘ぐ可き運命に置かれたのである。斯くして之等の民法典は一方に於いて私有財産制度の維持發展に絶大の支持を與ふると共に、他方に於いては社會に於ける經濟的分化の速度を急激に促進せしめ深刻なる階級鬭争を胚胎するに至つた。之に對して民衆の友を以つて任ずる社會思想家の默殺する筈がなく彼等によつて幾多の尖鋭なる批判が行はれたが、就中近代國家の發祥地たるフランスに於いて、逸早くも少壯ブルードンは「所有權とは何ぞや」(*Qu'est-ce que la Propriété?*) と著し、その辛辣奇警なる筆を以つて所有權をめぐる法律機構の缺陷を暴露し之を完膚なきまでに批判した。彼の眞の目的は農民の耕作權を防衛せんとする建設的主張に在つたのであるが世人は徒らに既存機構に對する破壊的方面のみに囚はれブルードンは久しく誤解されて來たのである。

斯かる裡にも、やがて新制度の内部的缺陷は裁判上に於ても必然的に暴露せらるゝに至り、法規の概念的解釋が實世活に妥當せざることが明白となつた。即ちナポレオン法典に準據する權利がその適用に於ては一定の社會的制約を必要とする事が判例に於て宣言せられた。權利濫用理論の誕生が斯くして何人と雖も否定せられない事

實として記されねばならない。斯くして之に關する學說と判例とは相併んで法規の缺陷を補ひつゝ其の適用を合理的ならしむ可き使命を擔つて來たのである。フランス並にその流れを掬む諸立法は依然としてこの體制に置かれつゝ十九世紀はその終焉に近づいたのであつたが、果然ドイツ民法は之れを實定法の裡に織込んで茲に始めて學說と判例とに依つて支持されて來た新理論は勝利の榮冠を贏ち得るに至つた。やがてスイス民法も同じ路を辿り、更に降つて最近に至り、吾が隣邦中華民國に於てもその法律機構の近代化を斷行するに及び之の新しき法理を是認したのである。

然るに吾が民法典は不幸にして依然ナポレオン法典の先蹤を趁ひ、漸く近時學說と判例とにより個人主義的缺陷を匡救しつゝある状態である。民法典のみならず現代法制の全般に亙り、其等の囚はれたる法理を是正して社會が解放せられ可きものは猶ほ多々あることは勿論であるが、公私兩法制の全領域に亙りこの權利濫用理論ほどその適用の廣汎にして且つ重大なるものはないのである。之を全般的に論述することは到底この小論の克くなし能ふところでないから、次に主として私法上の問題に就いてその本質並に發展の過程を述べ、吾國に於ける現狀を鳥瞰しやうと思ふのである。尙ほ本文は嘗つて私が所有權の變遷を論じたる際にその一節として述べたところを更に補足追加したるものなることを謝つておく。

## 一.

羅馬法の法諺として知られて居るものに次の如きものがある。 *Qui jure suo utitur, nemini facit injuriam* 「權利ヲ行使スル者ハ何人ニ對シテモ不法ヲ爲サズ」。 *Qui jure suo utitur, neminem laedit* 「權利ヲ行使スル者ハ何人ヲモ侵害セズ」。この原理を所有權の絶對性と組合せて見よ。其處には無限に個人的自由意思に隨つて振舞ふも法律上何等の拘束なき地位を現出するであらう。既に奈翁法典に依り、羅馬法のこの思想は普く十九世紀

の歐米を風靡した。然るに、はしなくも一八五五年五月二日佛國コルマル (Colmar) 裁判所に於いて傳統的思想に一矢を放ちたる判決が現れた。<sup>1)</sup> 事案は隣人の窓に面して隣人を害せんといふ唯一の目的のために、自己の屋根の上に假裝煙突 (une fausse cheminée) を築造した件に係る。之に就き裁判所は斷じて曰く、「所有權ハ絶對的ニシテ所有者ガ自由ニ其物ヲ使用シ得可キコトヲ原則トナスト雖モ他ノ權利ト均シク、本權ニ於テモ、誠實適法ナル利益ノ充足 (la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime) ナル限界存ス。故ニ、道德ト衡平トノ原則ニ基キ、憎惡心ト惡感情ノミニ左右サレ、何等個人的利益ヲ齎サズ、而カモ他人ニ重大ナル損害ヲ蒙ラシムルガ如キ行爲アラバ、裁判ハ是認シ難シ」と。斯くてその煙突は取毀しを命ぜられた。

然るに更に引續き翌一八五六年 Lyon 裁判所に於ても、土地所有者が隣接地の湧泉を涸らさん許りに自分の所有地に穴を掘つたといふ事件につき、共同生活に基く、相互權の存在を認め、惡意に驅られて之を侵す者は準不法行爲 (Quasi-délit) に問はるものなりとなした。斯くて損害賠償責任が判定されたのである。<sup>2)</sup>

二

以上二判決は寔に異常の反響を喚起せしめ世論は賛否交々であつたが、漸次に理論研究も盛んになり、遂には學說判例のみならず、制定法の裡にも現るゝに至つた。これ所謂「權利の濫用」Abus des lois : Misbranch der Rechte) に関する新原則であつて、即ち權利の濫用は眞の權利行使に非ずといふに在る。この理論の適用を受ける問題の中、土地所有權に關するものは最も主要なるものであり、且つ頻發する度數に於ても多いやうである。私は茲に詳述するいとまはないが、一般的に如何にこの理論が發展したかをカムピオン (Campion) に從つて分類して見れば次の通りである。<sup>3)</sup>

第一期 胎生時代 (Phase inconsciente et fragmentaire)

1) Campion. La théorie de l'Abus des Droits. 1925, No. 44.

2) Campion. op. cit. No. 45.

3) Campion. op. cit. No. 367. 尙ほ之に就ては、末川博士、不法行爲並に權利濫用の研究、291頁以下參照

之の時期は略コルマール裁判所の劃期的裁判の出現した十九世紀の中葉からその末葉迄と見てよい。尤も既にローマ法にも類似した Schiavone の觀念、又は Immission の思想等もあるやうであるが、茲に云ふ濫用法理とは形式的は同様でも、性質上異なるものではあるまいか。近代の社會生活を背景として始めて理解さるべきこの新法理と、ローマ法以來の舊概念には根本的に相容れない何物かゞ存在すると思ふ。然しこの點については今斷言を留保する。

#### 第二期 建設時代 (Phase constructive)<sup>4)</sup>

これは今世紀の初から世界大戰前後まで、漸く積極的に確乎たる地位を認められたる時代である。

#### 第三期 擴大時代 (Phase d'élargissement)<sup>5)</sup>

大戰後、社會經濟的事情の激變に伴ひ、陳腐なローマ法的個人主義はその存在理由を失ひ必然的に新原理を要求する。茲に於いて半ば舊式論理に立ち、半ば之れを否定するこの濫用法理が益々膨脹する時代である。學者の研究が深化し行き、やがてはこの原理さへも克服さるか、又はより一層擴張されるかその混亂の過程に在るのである。

### 三

以上は此の理論の地域上の區別に依らざる各國一般の歴史的發展の姿であるが、然らば現代諸國家が如何程の限度に於いてこの新しい法理を取扱つて居るか。次にこれを述べやう。

前リオン大學法學部長ジョスラン氏 (L. Josseland) —最近大審院判事となる—は其名著「法律の精神と其の相對性」(別名權利濫用論) (De l'Esprit des Droits et de leur Relativité) に就いて比較法制史的に各國の權利濫用に關する態度を分類して次の三類となした。<sup>6)</sup>

4) Champion. op. cit. No. 376.

5) Champion. op. cit. No. 397.

6) Josseland. De l'esprit des droits et de leur relativité. 1927. P. 267 et s.

(a) *Les législations finalistes.*

(b) *Les Systèmes juridiques favorables à la conception de la relativité des lois.*

(c) *Les législations absolutistes.*

之の分類による配置は、權利濫用の法理を最も重要視する國を首位におき、漸次にその程度の微弱なるものに及んでゐる。私は説明の都合上、これを正反對に並べてよからうと思ふ。

第一類 權利濫用理論を認めざるもの（英、米）

これ上述の第三類に屬するものである。即ち依然として權利の絶對性に膠着し、個人主義的思想を謳歌するものである。尤もこの原則の適用に當つては漸次に緩和さるゝ傾向が明白に看取される。夫にも拘らず結局この世界に於ける最大の資本主義國家の生活風習、乃至は思想の謎を解く可き鍵は、斯る法律上の一點にも伏在して居ると言ふのが過言であらうか。之に關聯してジョスランは次の如く論じてゐる。

抑々個人主義的であるアングロサクソン民族に取つては、權利は法律と慣習とに依つて是認さるゝ限り、あらゆる物を徹底的に利用す可き手段であり、又武器であると考へられてゐる。されば立法家の任務は、個人の能力を自由且つ完全に發揮せしむ可く、あらゆる便宜を與へる事にあり、配分的正義 *Justice distributive* を實現せしむるために寸毫も努力する必要はない。従つて斯かる法律的武器とも言ふ可き權利を行使するに假借するところなく、おのづから之に依つて犠牲者を生じ易い。かゝる法律的鬭争 *mêlée juridique* に於て破るゝ者は畢竟するに弱者である。かの *«Le pavillon doit couvrir la marchandise en tout occasion.»*（中立國の國旗を掲揚する商船は拿捕を免れる。といふ原義より轉じて、利己的行爲を辯護する場合を言ふ。）てふ諺の如く、權利てふパイロンは生存競争場裡に於ける行動の全幅的自由を保障するものである。由來冒險を好む敢爲の民族としては、弱者の利益のために自己の行動を抑制することなど思ひも寄らない仕業である。嘗つて羅馬の詩人ルクレース

Tacerè (95-51. B. C.) が其の詩 *De natura rerum*, II, 1) に敘ぐた *Suave mari magno*……即ちこれは

「歡しき哉、蒼海にて、風は荒れ狂ひ、波は高く、人々の惱める様を、身は安らかなる大地に在りて眺むるは」の起句)にも酷似した言葉を、英法の權威ポロック Pollock (*The law of torts*, 5ed., P. 141) や、或は米國大統領ルーズベルト Roosevelt (*Ideal american*, transl. France, de Rousiers, P. 50) の著作の裡に見出されるではないか。

ジョスランはいさゝか激越な言葉を綴つて斯くも英米法の個人主義的絶對性を痛撃してゐる。羅馬法に所謂 *Summum jus, Summa injuria* 「法ノ餘リニ嚴格ナル適用ハ、往々不正ヲ冒ス」てふ古諺による誠を越えて、個人の恣意が斯くまでに尊重せらるゝ有様は、ダーキン Darwin の自然淘汰に依る進化の學説をば法律的領域にまで擴大したものであるとも述べてゐる。

然しながら、英米法と雖も、その反社會的個人主義を緩和し、絶對主義のドグマが相對主義の前に漸次に屈伏せらる可き秋が來たのである。就中、契約法にこの傾向が顯著に覗はれる。斯様にして、アングロ・サクソン系の法律に於ても絶對性の思想は漸次に崩壞し、歩一步、新しき相對性理論の浸潤を受くる傾向があると言はれる<sup>7)</sup>。之に就ては水利法に關する米國の判例に所有權の絶對性を否定する劃期的判例が現はれ學界の注目を惹いたことは嘗て私が述べた通りである。<sup>8)</sup>

即ち米國に於いて最も農業の盛んなる California 州に於て、既に一九〇三年現れた判例 (*Katz v. Wal-kinslaw*) は地下水の使用に就て相互權 (*Correlative Rights*) の存在を認め、各自は合理的に地下水を利用して共相隣者に損害を蒙らしむるが如き不法なる行使を爲し得ないものとした。爾後この判例は少くも、加州に於ては是認せられてゐるのであるから、或ひは將來これが基源となつて更に擴充され得ないとも言へない。要するにこの判例は性質上一八五五年の *Colmar* の夫れと略同一である。

7) Josserand, *of. cit.* No. 222-228.

8) 拙稿、地下水利權に關する一考察、農業經濟研究第一卷第三號



第二類 判例並に學說に認むるも未だ成文法として現れざる國、(佛、伊、白及び日本)

之に屬するものは奈翁法典の影響の多いものなる事が分らう。而して我が國も亦この部類に屬する。

然しながら實際の法律生活に於いて、之等の諸國が次の第三類に屬する諸國より遅れて居るとは決して斷言出來ない。民法の如き私法の基本法は一旦制定公布した以上は遽にこれを改廢することは困難である。従つて時代の變遷に順應せしむるために、學說並に判例を以つて其の短所を補足するのである。但し苟くも制定法主義を原則としてゐる以上は將來改正の曉に之れを明文となす可き必要あることは勿論である。一般に民法典のみならず後進國は先進國の立法、判例並に學說等を參考資料として利用し得可き有利の立場にあるから、少く共形式上法典は進歩したものを制定し得られる。中華民國民法の如きは其の顯著な例である。

(a) ジョスランは佛蘭西に於ける權利濫用の法理を判例並に學說から大體次の四通に分類してゐる。<sup>9)</sup>

(イ) 主觀的標準 (Critère intentionnel)

加害の意思及び之に附隨して生ずる主觀的意識によるものであつて、初期にはこれが典型的濫用と看做されたものである。

(ロ) 技術的標準 (Critère technique)

權利行使に伴ふ技術に依るもので、前者の主觀主義より一步進み、善意あるも、その方法手段が正當にして慎重ならざる可からずとするものである。

(ハ) 經濟的標準 (Critère économique)

權利行使が適法にして法律上保護せらる可き利益に非ざる限り、之を濫用と認むるものであり、イエーリングの利益法學の思想に相通するものがあり、未だ個人的エゴイズムに因はれてゐる嫌がある。蓋し、「利益」なる用語は權利行使者の個人的利益に限局して解釋され易く、又純粹に經濟的乃至物質的利益のみの追求に

9) Jossierand. of. cit. P. 341.

解され、それが合法的なる場合には社會的反應の如何を問はず是認される處がある。本説は佛蘭西の學者並に裁判官に最も多く支持者を有するものであり、かの有名なるコルマールの先驅的判決もこの思想に據つてゐる。爾後所有權について特に多くこれが適用され他にも影響を及ぼして居るが、未だ眞に客觀的乃至社會的條件を具備して居ないものである。

(二) 社會的又は機能的標準 (Critère sociale ou finaliste)

權利行使のその社會的機能より逸脱すること (Le détournement du droit de sa fonction sociale) を以つて標識とするものであつて、以上三者の缺陷を補ひ眞に將來の法律秩序として用ひらる可きものでありとする。元來、あらゆる特權、あらゆる法律的權能は其の基礎が社會的であり、従つて個人的利益が社會的利益のために役立つ範圍に於いてのみ是認するものとすのである。

斯くして初めて權利の社會的地位も永く安定し得らるゝであらう。而してこれは單に財産法のみならず身分法上に於ても勿論行はれるものであり、更に行政法上の權利行使に於ける基準としても妥當するものと言ふ可きである。之を要するに權利の行使には社會倫理的の制約が附せらるゝに至つたと言ひ得やう。

次に我國の實情を述べやう。學説上は既に夙く諸家の主張が現れ今や通説として是認せられたものと言ふも謬ないであらう。<sup>10)</sup> 然らば判例は如何。之に就ては末川博士の分類を藉りて現在までの實狀を述べやうと思ふ。<sup>11)</sup>

我國の判例に於いて明白に權利の濫用として其の正常の行使の限界を超え、従つて法律的保護に價ひしなないとしたるは最近の事に屬するが、この思想の萌芽は既に過去の判例にも覗はれる。博士は次の四種に分つて論ぜられて居られる。

(イ) 加害の意志乃至目的に重點を置くもの。

之に就いては、既に三十餘年前 (明治四〇年六月、東京控訴院、法曹記事第一七卷六號七〇頁) の判例にその一例を

10) 牧野博士、法律に於ける進化と進歩、二二三頁以下  
末弘博士、物權法、上卷、三二七頁及三四五頁以下

11) 末川博士、權利濫用、岩波法律學辭典一卷六六〇頁

見出し得られるが、近年のものとしては、電氣事業者の施設したる水路川の隧道の存在を知らながら、其土地を買受けたる者が土地所有權に基き妨害排害を請求したる事件に關する判例をあげてゐる。(新潟地裁、昭和七年、第二六號、法律新聞三四四五號)

判決は「會社(東京電燈株式會社)ニ於イテ右水路ノ一部ナル係争隧道ヲ收去スルトキハ甚シキ損害ヲ蒙ルコト極メテ明白ナリ。(中略)被控訴人(土地所有者)ガ右隧道ノ收去ヲ求ムルニ付何等ノ利益ヲ有セザル事實ヲ以テスル時ハ、被控訴人ガ本件隧道ノ收去ヲ求ムルハ控訴會社ニ對シ損害ヲ與フルコトノミヲ目的トスルモノナルコトヲ看取スルニ難シトセズ。左スレバ右隧道ノ收去ヲ求ムルハ、土地所有權ノ行使ナルコト勿論ナリト雖モ、其所有權ノ行使タルヤ許スペカラザルモノナリ。」と理由を説明して原判決を取消してゐる。之は最近の大審院判決(後述、昭和一〇年一〇月五日)に酷似したる事案であり、何れも商會社の企業であり會社側が勝訴となつてゐる事を私は注意して置き度い。所謂企業責任が企業者側の無過失にも拘らず、その結果に基き賠償責任を課するに對し、之は企業の經濟的價値が甚しく高唱されてゐる點は企業勃興時代の現象として特記に價する。

(ロ) 公序良俗を標識となすもの。

之に關しては次の一例を擧げてゐる。「凡ソ權利ハ國家ノ維持ト發達トヲ害セザル範圍内ニ於テノミ保護セラレ、モノナルヲ以テ、公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル行爲ハ權利ノ活動範圍トシテ認ムベキモノニ非ズ」(神戸地裁、大正五年九月十一日、法律評論五卷民一二五五頁)

今本件の係争は何に關するか詳にしないが、凡そ公序良俗に反する法律行爲を無効となすことは何人も異論の無いところであらう。問題は寧ろ如何なる具體的内容をこの抽象的用語に附與するかにあるのではあるまいか。即ち公序良俗そのものが時代と場所に依つて具體的には變遷があり得る筈である。

註

之に就いて吾妻教授は我國の判例を分析し大體次の如くに分類して居られる。<sup>12)</sup>

(a) 人倫に反するもの。例へば親子・夫婦の人情・道義に反するもの。  
(b) 正義の觀念に反するもの。不正行爲の徳惡又は加擔の契約、對價を與へて惡事を爲さしめざる契約の如きはこれに屬する。

(c) 所謂暴利行爲。他人の無思慮・窮迫に乗じて不當の利益を博する行爲をいふ。

(d) 個人の自由を極度に制限するもの。藝妓契約を以つて典型的事例とする。

(e) 營業自由の制限。例へば傭主が使用人に對し解雇後一定の營業を許さざるが如き封建的慣習、同業者間の營業禁止に關する規定にして社會制度を超えたるもの。

(f) 射倖的なるもの。賭博、當籤、無盡、馬券等にして反社會的の傾向を帶ぶる場合。

(g) 國民經濟上重大なる障礙となるもの。所有權の處分を永久に禁止することを條件として贈與するが如き場合。

(h) 現社會の公の制度に反するもの。私有財産制度、又は家族制度に反することを目的とするが如き行爲。

(ハ) 社會觀念を標準となすもの。

「凡ソ社會的共同生活ヲ爲スモノ、間ニ於テハ一人ノ行爲ガ他人ニ不利益ヲ及ボスコトアルハ免ルベカラザル所ニシテ、此ノ場合ニ於テ常ニ權利ノ侵害アリト爲スベカラズ。其他人ハ共同生活ノ必要上之ヲ認容セザルベカラザルナリ。然レドモ其行爲ガ社會觀念上被害者ニ於テ認容スベカラザルモノト一般ニ認メラル、程度ヲ超エクルトキハ權利行使ノ適當ナル範圍ニアルモノト言フコトヲ得ザルヲ以テ、不法行爲ト爲ルモノト解スルヲ相當トス」(大審院大正八年三月三日判決。民錄二五輯三六二頁) 本案は汽車の煤煙のために沿線の松樹が枯死した事件で當時これを機縁として權利濫用論が大いに論ぜらるゝに至つた。猶ほ之と同趣旨のものとして大審院刑事部判決(昭和九年八月二日、法律新聞三七六〇號七頁)<sup>13)</sup>を擧げることが出来る。

(ニ) 權利者の利益欠缺、他人への加害、社會經濟上の損失を標識となすもの。

之に就いて擧げられた判例は、市街地(東京府下龜戸町)に於ける相隣者間の係争事件である。被告の所有する家屋が敷地境界線を越へて原告所有道路上に突出し、其敷地の上空を占有する事實は認めるが、右突出部分に

因り占有する土地は、之を道路として使用する爲被告が原告より賃借する私道敷地の一部分であつて、右家屋の突出に依り該土地を従來通り道路として使用するに毫も妨害もなく、之に依つて原告の土地利用價値の減損せらるゝが如き事實は認め得られない。

依つて裁判所は「抑モ權利ノ行使ニハ自ラ一定ノ限界アリ、苟クモ權利ヲ有スル者ニ於テハ、之ヲ行使スルモ自己ニ何等ノ利益ナク、然モ之ニ因リ他人ニ損害ヲ加ヘ、社會經濟上損失ヲ招クガ如キ場合ニ於テモ、何等ノ制限ナク之ヲ行使スルハ全ク權利者ノ自由タルベシト謂フガ如キハ、到底法律ノ認容スル所ト解スルヲ得ズ。之ヲ本件ニ付見レバ、前認定ノ如キ場合、原告ガ被告ニ對シ本件家屋ノ突出部分ノ切取ヲ求メ、或ハ契約上ノ使用方法ニ違背スルモノトシテ、賃貸借ヲ解除スルガ如キハ、所謂權利ノ濫用ニシテ法律ノ保護ニ價セザルモノト云ハザル可カラズ」(東京地裁、昭和六年一〇月九日、法律評論、二〇卷民法九五七—九五九頁)と斷じてゐる。

以上の説明に依り從來我國に行はれてゐる學說並に判例の傾向は略推知出來やう。

\*

\*

\*

(b) 最後に最近の判例として注目す可きもの二個を挙げやう。

第一は、土地所有權に關する妨害排除請求事件である。(大審院、昭和一〇年一〇月五日、民事第三部判決、大審院判例集第一四卷、第二二號、民一九六五頁以下)

本件は本問題の最近の動向を察するに絶好の判例である。富山縣下新川郡内山村とて黒部川溪谷の入口にある宇奈月温泉は川上の黒雜温泉より遙かに數千間の木管に依つて引湯して居るのであるが、偶々その途中の一部分を既設後十數年を経過後、本事件の原告が購入し、其の所有地の中約二坪弱を通る木管につき、所有權者の當然の權利として引湯管の收去を請求し、萬一之に應ぜざる場合は、引湯管と關係なき荒蕪地なる自己所有地三千坪を本件土地と共に併せて坪七圓即ち總額二萬餘圓にて買取る外は一切の妥協に應ぜずと主張した。猶ほ本件土地

の前所有者は引湯管敷設當時は未成年であつたが親權者も無かつたので事實上の後見人の承認を得、爾後前地主が成年に達したる後も引續き該使用料を受領して居た。隨つて會社の土地利用權は暗黙に承認されたものと看做されてゐる。又、本件土地は事實上二坪弱の荒蕪地で經濟的價値は極めて低いが、之に對し問題の溫泉管の變更は一万餘圓を要するのみならず、附近一帶の住民の盛衰に重大の影響を及ぼす虞があつた。之に對して一審及二審共原告の敗北となつたが、大審院は同じく其の請求を斥けて次の如き要旨を以つて斷案した。

『所有權ニ對スル侵害存スルモ、之ニ依ル損害ノ程度微少ニシテ、而モ侵害除去ノ爲莫大ナル出費其ノ他ノ損失ヲ生ズベキ場合ニ於テ、第三者ガ不當ナル利得ヲ企劃シ、別段ノ必要ナクシテ、侵害ニ係ル物件ヲ買收シ、以テ所有者トシテ侵害者ニ對シ侵害狀態ノ除去ヲ迫ルト同時ニ、該物件等ヲ不相當ニ巨額ナル代金ヲ以テ買取ルベキ旨ノ要求ヲ提示シ、他ノ一切ノ協調ニ應ゼズト主張スルガ如キ事情アルトキハ、該侵害除去ノ請求ハ權利ノ濫用ニ外ナラザルモノトス。』

此の判決に對して穂積重遠博士は「從來の態度より更に大きく一步を踏み出して權利濫用の法理を全面的に採用することゝなつたのであり、判旨極めて正當、双手を舉げて賛成推獎したい」と言つて居られる。<sup>14)</sup>

以上の説明に依つて本問題に關する我國の判例並に學說の趨勢が視はれやう。要するに我國に於ても、個人的より社會的に、主觀主義より客觀主義に漸次に轉回しつゝあることを知つた。

第二は、地下水利權の競合に基く損害賠償請求事件（東京民事地方裁判所、昭和九年七八〇三號、同一〇年一〇月二八日判決、法律評論第二四卷第一一號民法一一五七頁以下）である。

本件は單に權利濫用理論上より見て興味あるのみならず、水利權に關する重要な問題を包含してゐる。次に事實の概要と判旨を述べやう。

東京府南多摩郡七生村に於いて、料理業者と養魚業者とが相隣接して營業中、偶々相互に於いて營業用の井戸

を掘り下げ、遂に競争的に掘井を増加又は深めた結果、前者の井戸が涸渇して營業停止するに至り、後者に損害賠償を請求したといふのが事案の大意である。始め原告は昭和七年、自己所有地内の眺望よき庭園に「滾々タル清水ノ噴出スル泉水ノ美觀ヲ特色トスル料理店」を經營する目的で、該庭園にコンクリートの泉水設備を爲し、第一（泉水及魚類保存用）及び第二（炊事及浴室用）の井戸を掘つて開業した。然るに翌年被告は該地の南側道路を経て隣接し、一段低き自己所有地に養鱒業經營の目的でコンクリート養魚池を設け、原告所有地より約三間の地點に約二十間の井戸を掘りたる外に尙ほ自己所有地内に數ヶの井戸を掘つた。之が爲めに原告の第一井は殆んど涸渇し、第二井も危くなつたので、更に第三井を設けた所、被告は更に井戸を掘下げて多量の噴水量を得て規模を擴大した。昭和九年に至り、被告は總計六箇の井戸により營業を繼續するに至つたが、之に反し、原告は三井共に殆んど涸渇するに至り、數次に互り合計千數百圓を費して改修工事を施したるも、營業に必要な用欠乏したるため、九年六月遂に休業するに至つた。依つて、營業上の損失一千百餘圓、改修工事費一千二百餘圓合計二千四百餘圓並に右完済に至るまで年五分の遲滯損害金の支拂を請求した。

尙ほ、原告は被告が掘鑿工事に依り原告の井水の涸渇又は減水す可きことを知りつゝ自己の工事を施したること、及び假に斯る豫見なかりしとするも、養魚業の如き多量の水を必要とする業務を開始せる者が自由に地下水を噴出せしむれば相隣地の渇水又は減水を招來することは何人も豫見し得るところであるから、被告は相當の注意を拂はずして過失に因りかゝる豫見をなさざりしものであると主張してゐる。

之に對して、被告は事實は大體認むるも、土地所有權の法律的効果として地下水を利用し得るは當然であり、その井戸に依る地下水利用も従つて適法行爲であるとなし、尙ほ原告が自己所有土地に於て穿井に依り地下水を利用し得るは「該地下水が右土地一體ヲ爲ス状態ニ於ケル範圍ニ限り、右土地所有權ノ内容トシテ許容サルルニ過ギズ」して右穿井に依り他に特別の權利を取得せるものに非れば、該地下水が一旦被告の所有地に浸潤した

る以上は自己所有地の地下水たりしことを理由として被告の地下水利用を違法なりと爲す能はずと抗辯してゐる之に對する判決の要旨は次の如くである。「土地所有權ハ法令ノ制限内ニ於テ其ノ土地ノ上下ニ及ブベキモノナレバ、土地所有者ハ法令又ハ慣習ニ依リ、禁止制限セラレザル限り、土地所有權ノ行使トシテ、其地中ノ水ヲ自由ニ利用シ得ルト雖モ、總テ權利ノ行使ハ社會觀念上適當ナル範圍ニ於テノミ之ヲ爲スコトヲ要シ、苟モ權利ノ行使ナル以上ハ、其結果他人ニ如何ナル損害ヲ及ボスモ何等ノ責任ナントハ謂ヒ難ク、權利行使ノ結果損害ヲ受ケタル被害者モ常ニ必ズシモ之ヲ忍容セザルベカラザルモノニハ非ズシテ、其ノ權利者ノ行爲ガ社會生活上一般的ニ被害者ニ於イテ之ヲ忍容スルヲ相當トスル程度ヲ超エタルモノト認メラル、時ハ右權利行使ハ社會觀念上適當ナル範圍ヲ逸脱シタルモノニシテ所謂權利ノ濫用ナリト謂フ可シ」

「自己所有地内ノ地下水ニシテ一旦他人ノ所有地ニ流出又ハ浸潤シタル以上、土地所有者ハ右地下水ガ自己ノ所有地内ヨリ流出又ハ浸潤シタルコトヲ理由トシテ、其他人ノ地下水利用ヲ直ニ違法ナリト爲スヲ得ザルコト云フ迄モナキモ、苟モ他人ノ行爲ニ因リ自己ノ所有地内ノ地下水ガ不當ニ他人ノ所有地内ニ流出又ハ浸潤シ、其ノ結果損害ヲ被リタル場合ニ右行爲者ニ權利濫用アリトシテ其ノ責ヲ問フハ固ヨリ妨ゲナキ所ナリ」

「甲ガ料理店營業者トシテ必要ナル使用水量從テ其ノ地下水利用設備ガ從前ト變化ナキニ拘ラズ、乙ガ養魚者トシテ從前ヨリ遙ニ利用設備ヲ擴大シ、之ガ爲メニ甲ガ休業スルノ已ムナキニ至リ、且ツ乙ハ自己井戸掘下ガ甲ノ井戸漏水スルコトヲ熟知シ居タルコトヲ推知スルニ難カラザルヲ以テ、乙ノ行爲ハ現時ノ社會觀念上適當ナル權利行使ノ範圍ヲ逸脱シタル權利濫用ニシテ違法行爲ナリトス」

以上の如く、裁判所は、一方に於いて土地所有權の絶對性に若干の執着を持ちながら、他方、社會生活の協同性を顧慮して、權利濫用の理論を全面的に適用した。之は地下水を土地の構成部分 (Bestandteil; Partie constitutive) とする傳統的立場から止むを得ない結論であるが、米國カリフォルニアに於ける新判例の如く、地下水



を土地の構成部分とせずして公水と同様に取扱へば、沿岸地所有者 (Riparian proprietor ; propriétaire riverain ; Uferbesitzer) の公水に對するが如く、當然相關權 (Correlative right) の効果として相互に一定の限界を超えたる利用權は是認せられず、従つてデレンマは直に解決される筈である。<sup>15)</sup>

而して、以上の論旨から最後に賠償請求權を是認して居るが、尙ほ次の様な甚だ含蓄ある解決案を擧げてゐる。「斯クノ如キ場合ニハ、被害者タル甲ヨリ乙ニ對シ、甲ノ損害賠償請求ニ代ヘ、涸渴ヲ償フ設備ニシテ、甲乙ノ各營業目的ニ適合シ、且社會經濟上不相當ナラザルモノ、例ヘバ乙所有ノ井戸ノ噴出水ヲ、動力等ニ依リ甲ニ引水分配スルガ如キ設備ヲ爲スコトヲ要求シ得ルモノトシ、乙ハ自費ヲ以テ甲ノ爲ニ右設備ヲ爲スモノトシ、之ニヨリ甲乙相和協シテ各自ノ營業ヲ持續スルコトヲ得ルモノトセバ、社會生活ノ一般的安全並ニ社會經濟ノ保護ノ趣旨ニモ副ヒ、極メテ當ヲ得タル解決方法タルベシ」

斯様に協同態倫理を高唱しながら「然レドモ未ダ被害者ニ對シ、斯ク設備請求權ヲ與ヘタル立法ナキ我國ニ於テ、當事者又此點ニ互讓ノ一致ヲ見ザル本件ニアリテハ、乙ハ右井戸ノ涸渴ニ因リ、甲ノ被リタル損害ヲ賠償スル外ナキモノトス」と半ば喟嘆的に、半ば現代法律制度の個人主義の本質に對する根本的批判を示唆してゐる。

惟ふに、吾田引水は洋の東西を問はず古今の通弊である。米國の諺にも Water is worse than whisky in making trouble (水はウイスキーより性の悪く喧嘩の種) とか、Winter Friendship (冬の親睦、即ち農業季節にはお互ひに水争で口も利かないが、冬になると仲直りする) などと言はれる。而かも資本主義的代表國のアメリカにさへ農業水利法上、漸次に傳統の埒から離れた協同的思想に立脚せる判例法が發達しつゝあるではないか。私は之を思ふとき、我國に於ても百尺竿頭更に一步を進めて速に水利法に於ける社會連帶的理論の根本的確立を行はんとを望むものである。

以上最近の二判例を見ても、如何に所有權の絶對性を固執することが、社會生活に妥當せざるかを實證してゐる

15) 拙稿、前掲參照

ると思ふ。畢竟するに我國に於ても權利濫用理論の支持されてゐることは明白である。

第三類 既に成文法の中に此法理を組入れたる國。

これ Josserrand が第一類となしたものである。更に之れは二種に分類される。

(a) 目的主義的立法 (Legislation à critère international) (獨、奧、支那)

茲に挙げた奧太利民法と言ふものは一八一一年の法文を指すのではない。當時の規定は勿論奈翁法典と同様絶對的專權主義であつた。然るに該法典は世界大戰の最中に修正されたのである。(一九一六年三月十九日の勅令)

ドイツ民法並に改正されたオーストリア民法の原理はフランス其他に於ける判例並に學說に依つて認められたる濫用の法理を成文法となしたもので、其の基調は要するに主觀主義である。<sup>15)</sup>次に其の代表的規定であるドイツ民法第二二六條をあげやう。曰く、

他人ニ損害ヲ加フル事ノミヲ目的トスル權利ノ行使ハ之ヲ許サズ (Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.)

即ち、單に、他人に損害を與ふる (einem anderen Schaden zuzufügen) とする目的 (Zweck) を豫め持つて爲すといふ主觀的條件が中心點である。換言すれば新法理を形式的意義にのみ是認したのであつて、次のスイス民法の客觀的實質主義と對比したならば、一層この新傾向の發達過程が明白となる。

因みにドイツ民法も其の第一草案に於ては未だこの點は認められず、當時の通説であつた濫用自由 (Schikane-freiheit) 主義に支配されて居たものを、Gierke の批難と提唱とに動かされて確定案の如く進化したものであると言はれる。<sup>16)</sup>我が民法典は言ふまでもなく第一草案時代の舊思想に囚はれ、僅に公序良俗に關する民法第九十條の規定に依つて微溫的な制限を設けて居るに過ぎない。尙、近代化された中華民國の新民法 (一九三〇年) もこの原理を採用してゐることを銘記しておかう。(第一四八條)

16) Josserrand op. cit. P. 266

17) 平野龍太郎、民法に於けるローマ思想とゲルマン思想、六二頁

(b) 機能主義的立法 (L. n. c. fonctionnel)

(スイス民法)

スイス民法の規定は次の如くである。<sup>18)</sup>

第二條 各人ハ信義ノ原則ニ從ツテ、ソノ權利ヲ行使シ義務ヲ履行ス可シ。權利ノ明白ナル濫用ハ法律ノ保護ヲ受ケズ。(Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.)

即ち、本規定は「明白ナル權利濫用」(L'Abus manifeste d'un droit; der offenbare Missbrauch eines Rechts) として客觀的結果に重點を置くものであつて、行爲者の主觀的惡意の有無を問はない。之に複雑なる社會生活の實狀に適する所以である。猶ほ本條は第一項に於いて法律行爲の積極的條件として所謂信義誠實の原則を掲げ、これに對し第二項は行爲の消極的要件を掲げたものと見られやう。

ジョスランは猶ほ之に次いでソビエツト・ロシヤ民法の規定をも掲げて居る。<sup>19)</sup> なるほど其の第一條はスイス民法の規定を更により一層具體的に規定した如く見ゆるも、國家の根本原則が異り、從つて法律制度も同一に取扱ふ點に於いて幾多の支障があるから、茲には加へない。

以上私は極めて不十分ながら權利濫用理論の大様を比較法制的に概觀したが、猶ほ之れに關聯して吟味す可き問題が少くないのである。殊に、不法行爲に依る損害賠償理論の發達は傳統的思想の破綻を補ふものとして看逃し難いのである。即ち吾が民法第七百九條は「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生ジタル損害ヲ賠償スル責ニ任ズ」と規定し、賠償責任の根據を加害者の故意又は過失なる主觀的要件に置くのであるが、學說並に判例に於ては進んで積極的に被害者が受けたる權利侵害の客觀的事實に重きを置き所謂結果責任主義を採り、從つて無過失損害賠償を認むるに至つた如きは、法律概念が固定のものに非ずして常に社會の實

18) Jossierand. op. cit. P. 270

19) Jossierand. op. cit. P. 273

狀に照應して進化する事を裏書するものである。

## 結 語

スイス並にドイツ民法は近代私法學の頂點を示すものであると謂はれてゐる。奈翁法典の出現より一世紀にして正に近代私法學の結晶として我等は二法典を得た。權利濫用理論はその一表象であらねばならない。之に依り權利の抽象的絕對性は除却せられ具體的相對性が示現されたものと言はれる。然しながら私はこの點について尙ほ若干の疑なきを得ないのである。

然らば何故に猶ほこの進化を以つて満足せざるか。單に所有權のみに止らずして、財産法の一般より、進んで身分法に及ぼし、從つて私法學全般が、否、更に進んで公法を加へたる法律制度の全領野に互り、即ち社會に於ける法律秩序 (Ordre juridique) の全構成が將に轉向して傳統的思想より完全に解放せられねばならない。ローマ法の基本的原則であるイムペリウムとドミニウムとの羈絆を斷つ可きである。蓋し、公權と云ひ私權と云ふ、その權利觀念の共通なる本質は要するに主觀的意義に終始するものであり、從つて客觀的妥當性を最初より欠くが故に如何に之れを社會的色彩を以つて紛飾するも夫れがために徒らに混雜と僞瞞とを犯すのみで結局その觀念の内部に於いて崩壞作用を起し自滅の道を辿りつゝあつたと見ねばならない。權利濫用理論はその事實を裏書するものであるが、百尺竿頭一步を進めてその主觀性そのものを完全に除却せば舊き權利の觀念は滅びるが新しき社會的機能としての法律的地位が生れ出づるのである。遂に其の時機が來た。即ち世界大戰は正に傳統的法律概念の主觀性が滅びゆく最後の挽歌に外ならなかつた。爾後法律思想と制度とは國家並に社會の全面に互る深刻なる批判に基いて舊套を脱し實生活に妥當せんとして潑刺たる動向を辿つてゐるのである。斯くして古き法律秩序は滅びゆくも新なる法律秩序がその權威を樹立し、社會生活を混沌より救ひ出す可き機能を果すであらう。