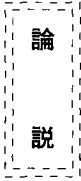




Title	日本民法における「公共の福祉」の再検討（２） - 「市民的公共性」形成の試み -
Author(s)	宗, 建明
Citation	北大法学論集, 52(6), 1-51
Issue Date	2002-02-28
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/15124">http://hdl.handle.net/2115/15124</a>
Type	bulletin (article)
File Information	52(6)_p1-51.pdf



[Instructions for use](#)



# 日本民法における「公共の福祉」の再検討（二）

——「市民的公共性」形成の試み——

宗 建 明

## 目 次

序論

一 問題意識と課題の設定

二 本稿の構造

三 留意点

第一章 民法における公共の福祉論の現状と課題

第一節 民法改正段階（一九四七年）における議論

第一款 政府原案およびその理由

第二款 政府原案への批判

第三款 修正案およびその説明

第四款 小括

第二節 公共の福祉概念に関する議論の展開

第一款 公共の福祉と義務本位の権利観

第二款 「公共の福祉」概念に関する一般的理解

第三款 公共の福祉原則と私権

第四款 公共の福祉原則の適用

第五款 公共の福祉に関する新たな見解

第六款 小括

第三節 公共の福祉に関する代表的な見解の重点的検討

第一款 「国家協同体」における公共の福祉の一元化論

第二款 公共の福祉の所有者階層化機能への批判

第三款 政治社会における公共の福祉の一元化論及び公序論

第四款 民法特定分野の法理説

第五款 小括

第四節 公共の福祉に関する議論の限界

第一款 民法に公共の福祉条項を設ける理由

第二款 民法における公共の福祉の性格

第三款 民法上の公共の福祉の内容

第四款 民法上の公共の福祉の適用  
第二章 権利濫用理論の客観的標識及びその根拠の再考察

第一節 権利濫用裁判例再考

第一款 戦前民法改正前の裁判例

第二款 戦後民法改正後の裁判例

第三款 小括

第二節 権利濫用学説の再検討——判例評釈を中心として

第一款 権利濫用に関する判断基準の転換

第二款 客観的標識の根拠たる私権の社会性の内容の転換

第三款 権利濫用理論の濫用に対する批判

第四款 公共の福祉の性格に関する検討

第五款 私権の制約原理と国への協力義務

第六款 小括

第三節 日本の権利濫用理論の展開

第四節 外国の権利濫用理論における判断基準

第五節 権利濫用論の本来の機能と濫用される原因

第三章 借地関係調整における「有効利用」の性格

第四章 市民的公共性としての「公共の福祉」

（以上本号）

## 第二章 権利濫用理論の客観的標識およびその根拠の再考察

公共の福祉は、私権の社会性、公共性を宣言したものである。日本民法において私権の社会性・公共性が認められるべきことは、はやくから学説判例において確立されていた。その中で、最も代表的な理論は、権利濫用理論である。

この理論は、戦前期に判例によって認められたのち、戦後の民法改正によって、民法典に明示の規定として取り込まれた。このようにして、日本民法典の冒頭第一条に、前章で検討した「公共の福祉」(一項)とともに、信義誠実の原則(二項)および権利濫用法理(三項)とが定められることになったわけである。

学説においては、権利濫用と公共の福祉との間にはどのような関係が認められるのかを含めて、民法一条に規定された三つの条項の関係をどのように理解するかについて、様々な見解が見られた。原理説と独立説<sup>(1)</sup>、および私権の内容と行使に関する制限説等<sup>(3)(4)</sup>である。これらの見解は、この三つの条項の間の関係をどう見るかについては視点を異にするものの、これらの条項が私権を制限し私権の社会性を宣言するという点で共通の性格を有しているということについては、理解を同じくしていた。

しかし、民法一条の三つの条項の關係に関する議論の實務的な目的は、それぞれの適用を区別しようという点にある。その結果、議論においては三つの条項の共通性よりもその相違が重視されることになった。そのために、従来の議論には、民法一条の三つの法原理に共通する権利の社会性・公共性の概念、すなわちその実質的な内容についての検討を深めるといふ点で、弱点があったように思われる。権利濫用の理論の展開についても事情は同様であつて、権利濫用理論の根拠である私権の社会性、公共性の実質的な内容の検討が十分にはなされなかつた。権利濫用理論については、その適用の不当な拡大、すなわち権利濫用理論の濫用という問題がしばしば指摘される。その根底には、従来の理論展開に

おける右のような弱点があったというのが、本稿の基本的理解である。

より具体的には、権利濫用理論に関する従来の検討は、権利の行使を制限する際の権利濫用の標識が主観的なものから客観的なものへと転換することに集中しており、その反面で客観的標識の内容自体の検討およびその根拠の転換についての検討が欠落していた。たしかに、一部の民法学者は、つとに権利濫用理論の濫用に痛烈な批判を加えていた。しかし、権利濫用理論の根拠の実質的な内容についての検討が依然見失われていたため、批判はあっても問題を解決に導く道筋は提示されず、権利濫用理論の根本的な進展は見られなかったのである。権利濫用法理における根本的な問題は、その適用に際しての客観的標識の内容自体の転換および権利濫用論の根拠の転換に求められるべきである。客観的標識の内容の拡大とその転換に伴って、権利濫用理論の根拠もまた、《私権の社会的被制約性》あるいは《私権の相対性・社会性》というところから、《私権の社会的本質》へと転換していった。私権の社会的被制約性あるいは社会性という観念は、私権の絶対性という近代の権利観念を前提としつつそれを修正するものである。しかし、私権の社会的本質という観念は、表面的には、私権の絶対性に対する単なる修正概念に見えるかもしれないが、この概念の本質的な性格は、私権をあくまでも共同体の機能を果たす役務にすぎないと位置づける点に求めるべきである。したがって、その根拠が私権の相対性・社会性から、私権の社会的本質へと転換することに伴って、権利濫用法理は、単に市民生活における私権相互間の衝突・対立の調整機能を有するものから、社会公共の団体的利益の優位を実現するための一つの道具にその性格を變じることになったのである。権利濫用理論の濫用現象とは、このような法理の性格転換を表現するものに他ならない。

本章においては、権利濫用理論が、私権の相対性、公共性を明らかにする点において公共の福祉原理の理念と一致しているという立場に立ちつつ、権利濫用理論の判断基準およびその根拠の再検討を試みる。より具体的には、裁判例お

よびこれに対する評釈、日本民法学界の権利濫用理論および外国の権利濫用理論を素材としつつ、権利濫用理論の客観的標識の転換およびその根拠の変化のプロセスを考察する。そして、これを通して、権利濫用理論の根拠がどのようにして市民生活における紛争を調整するというその本来の役割から逸脱し、民法の領域を越えていったのか、さらに何故そのような現象が生じたのか、を明らかにすることを試みる。その上で、民法の調整原理としての権利濫用理論のあるべき理論根拠はどこにあるのかを提示したい。そしてさらに《私権の社会的被制約性》《私権の社会性》、《私権の社会的本質》という二つの系列の概念の区別を明確にし、民法における私権の社会性概念が持つている市民的公共性としての性格を析出したい。これらが本章の課題である。

### 第一節 権利濫用裁判例再考

権利濫用法理を適用した裁判例には、客観的な要件または一般公共の利益の名で、私的所有権を制限し、土地所有者の請求を否定したケースが少なくない。それでは、これらの判例における私権制限の理由はどこに求められたのか。ここでは、土地所有権を制限する権利濫用裁判例を再考し、判例において《私権の社会的被制約性》という観念が、いづごろどのような切っ掛けで《私権の社会的本質》という観念に転化したかを検討する。一九四七年の民法改正により「私権は公共の福祉に遵う」との条項が設けられまた権利濫用の禁止も法認されたことから、この前後を分けて裁判例を検討する。

### 第一款 戦前民法改正前の裁判例

I 判例における権利濫用理論展開の諸時期

権利濫用理論は、戦後に民法一条三項が新設される以前から学説上異論のない理論として確立され、また判例上も定着<sup>(6)</sup>を見ていたものである。

明治期において、判例は、まだ明確に「権利濫用」という観念を示してなかったが、権利には自ら限界がありそれを越え得る権利行使は許されないとする法理を、財産法では水利権の紛争の中から、身分法では戸主権をめぐる争いを通じて形成し始めていた。<sup>(7)</sup> 主な裁判例としては、【1】大判明治三二年二月一日、<sup>(8)</sup> 【2】大判明治三八年二月二〇日、<sup>(9)</sup> 【3】大判明治三四年六月二〇日等<sup>(10)</sup>がある。

大正期において、重化学工業の興隆は、イミッション (Immission) ないしニューサンス (Nuisance) にあたる生活妨害問題<sup>(11)</sup>を惹起し、訴訟になるケースも見られるようになった。しかし、裁判所は、当初権利濫用法理の適用に消極的態度を取り、故意・過失の認定を厳しくし、不法行為の成立を認めようとしなかった。<sup>(11)</sup> この時期における主な裁判例としては、【4】大判大正五年二月二二日 (大阪アルカリ事件)、<sup>(12)</sup> 【5】大判大正六年一月二二日、<sup>(13)</sup> 【6】大判大正八年三月三日 (信玄公旗掛松事件)、<sup>(14)</sup> 【7】安濃津地判大正一五年八月一〇日等<sup>(15)</sup>がある。

昭和前期に入ると、所有権をめぐる紛争において権利濫用法理を適用する注目すべき裁判例が現れ、権利濫用に関する判例理論を一段と発展せしめることになる。<sup>(16)</sup> この時期には、従前から見られる土地所有権およびその使用収益権の濫用のほかに、所有権を妨害された者の妨害排除請求が権利濫用とされる事例が現われる。<sup>(17)</sup> 土地使用収益権の濫用に関する主な判例は、【8】大判昭和一三年六月二八日、<sup>(18)</sup> 【9】東京地判昭和五年七月四日、<sup>(19)</sup> 【10】大判昭和一六年二月一九日、<sup>(20)</sup> 【11】大判昭和一二年一月二二日等<sup>(21)</sup>である。妨害排除請求権の濫用というのは、被害者の側からの正当な権利に基づく妨害排除請求が権利濫用とされる事例である。主な判例は、【12】大判昭和一〇年一〇月五日 (宇奈月温泉事件)、<sup>(22)</sup>



【13】大判昭和一一年七月一〇日（発電用トンネル水路事件<sup>(23)</sup>）、【14】大判昭和一三年一〇月二六日（土地所有権確認土砂取除地形原形回復請求事件<sup>(24)</sup>）、【15】東京控判昭和一五年七月一〇日等<sup>(25)</sup>である。その外、身分権の濫用に関する判例も<sup>(26)</sup>あった。

## II 戦前判例における権利濫用の判断基準

裁判例【1】において、権利制限の理由としては、「我国古来ノ慣行」に従い「下流沿岸者の利益」ならびに「国家の公益」を考慮すると「上流沿岸所有者ノ溪水使用权ハ下流所有者ノ使用权ヲ害セサル範囲内ニ止ル」べきであることが挙げられている。ここで問題となっているのは「上流沿岸所有者ノ溪水使用权」であつて、近代的所有権に対する権利行使上の制限が問題になっていゝのではなかつた。<sup>(27)</sup>しかし、権利にも限界があることが本判決によつて示されている。裁判例【2】は、土地所有者が所有権に基づいて掘削し温泉を湧出させたため他の温泉に影響を与えた事案にかかわる。ここでは、「法律上許サレタル権利行使ノ結果ニ外ナラサレハ之ヲ以テ法律ニ違背シテ他人ノ権利ヲ侵害スルモノト云フヲ得ス」とされた。

裁判例【3】は、「家政ノ整理ニ必要ナル範囲」といつた客観的標識を以つて当初からの戸主権の絶対性を修正し、限界づけた。<sup>(28)</sup>

裁判例【5】においては、「権利行使（モ）其範囲ヲ超過シ失当ナル方法ヲ行ヒタル（トキハ）不法行為タルモノ」とされている。

裁判例【6】は、権利濫用理論（判決自体は「権利濫用」なる用語を使用しないが、これを用いた原判決を正当としているのであるから、実質的には「権利濫用」を承認したものとみられる）を直接に展開したもので、そのリーディング

グ・ケース<sup>(29)</sup>と評価されている。具体的に、権利濫用の判断基準に「社会観念」という客観的な基準を導入した点、汽車運転という公共的企業の権利行使を制限した点、しかもその対象が国家事業であつた点<sup>(30)</sup>などにおいて、画期的な判決として注目されている。

裁判例【7】は、シカーネの事例であり、いわゆる嫉妬建築の事例である。判断の基準は、公序良俗である。しかも「所有権ノ明白ナル濫用」という観念も判例においてはじめて明示されている。

裁判例【9】においては、土地使用収益権の濫用に関して、「社会生活上」「社会観念上」または「社会見解ニ於テ」それを「甘受」または「認容」すべき限度を超えているとして権利濫用による不法行為が認められた<sup>(31)</sup>。

裁判例【12】は、関係者の主観的要件と客観的要件の双方を考慮して、土地所有者の請求を権利濫用として否定した。本土所有者側の主観的要件は、「不当ナル利益ノ獲得ヲ目的トスル」意図である。双方の受ける利益の比較というのは、排除によって、侵害行為者側の被る「不相当ニ巨額ナル代金」や妨害除去の「著シキ困難」「莫大ナル費用」などである。このような主観的、客観的要素を検討して、所有者の妨害排除請求は、「社会観念上所有権ノ目的ニ違背シ其ノ機能トシテ許サレルベキ範囲を超脱スルモノニシテ権利ノ濫用」であるとした。

裁判例【13】は、土地所有者が発電用水路の撤去を請求した事案にかかわる。裁判所は、本件工事の撤去のためには「巨大ナル物質ト労力ノ空費ヲ来シ社会経済上ノ損失尠カラサルモノアル」という客観的な標識に基づいて、土地所有者の所有権に基づく妨害排除請求を認めなかった。

裁判例【14】の事案では、鉄道会社は、本件土地所有者の再三の抗議を無視して、線路敷設工事にあたり土地所有者の土地を無断で埋め立て、工事を完成させた。土地所有者は、鉄道会社に対して土地所有権の確認を請求しまたは所有権に基づき原状回復を求めた。裁判所は、線路を除去すれば、「一般公共ノ利益」を阻害する、巨費がかかり原状回復

不能であると判断し、土地所有者の請求は権利濫用であると判断した。具体的な理由は、以下のとおりである。①土地所有者の請求のように原状回復をすると、周辺の交通に不便と危険を来し、一般の公共の利益を阻害することが甚しく、公益上大きな損害を及ぼす。②掘取工事のため、「一般交通上ヨリスルモ相当長期ニ亘リ多大ノ不便ト危険ヲ生スル」。

③「土地所有者ニ無断デナサレタ埋立工事ノ土砂ヲ取除イテ原状ニ回復スルコトハ、多大ノ日時ト費用ヲ要ス」る。④本件土地附近の地勢によつて、原状回復は技術上も社会通念上も不可能である。したがつて、土地所有者の原状回復請求は所有権行使の範囲を超え、権利の濫用に当り、失当である。

裁判例【15】においては、権利濫用の判断基準としての客観的要素は、多大の費用と労力という利益比較と「一般公衆に不測の不便」および「社会通念上不能」という二つの点から成り立つている。特にその利益は、一般公衆に関わるものであり、裁判例【14】の判決に同調している。

### Ⅲ 諸時期における特徴

以上のような戦前の権利濫用にかかわる裁判例には、それぞれの時期において特徴があると指摘されている。

明治期は、私権行使自由の原則がようやく意識され確認されはじめたばかりの時代であり、社会状態がまだ私権行使自由の行過ぎに対する修正原理を必要とするまでには至っていなかった。権利行使の限界を論じて権利濫用の嚆矢とみられている前掲諸裁判例も、権利行使の自由が認められていない共同体的水利権や家制度下の戸主権といったようないわゆる前近代的な権利に関するものであった。それゆえ、これらの裁判例は、その後の権利濫用理論展開の基礎となりえなかつた<sup>(33)</sup>ことはいうまでもない、と評価<sup>(34)</sup>されている。

大正期に入つてようやく近代的土地所有権ないし営業権に関する権利濫用の判例が現われたのであるが、その推移を

見ると権利濫用理論が形成されていく過程が分かる。この時期の判例は、いずれも権利濫用理論が不法行為に援用された事例である。すなわち、判例は、権利といえども社会観念上一般に認められている範囲内において行使すべきことを説示しているが、その範囲を超えた場合に不法行為として損害賠償責任を認めらるゝとどまり、権利行使を許さないとはいっていない。権利濫用の理論の動きとしては、やや消極的であると評価されている<sup>(35)</sup>。

昭和前期においては、代表的な裁判例は何といても裁判例【12】である<sup>(36)</sup>。これは、事案の性質からすれば主観的な要件のみを問題とすれば足り、いわゆるシカーネ事例といえる<sup>(37)</sup>。しかし、詳細に客観的利益をも考量してそれを権利濫用成立の一要素に加えているため、客観的な要件を重視したものととして評価されるとともに、一方、利益考量如何によっては権利濫用理論の濫用に通ずるものとして批判の対象ともなっている<sup>(38)</sup>。すなわち、その後の判例はこれとは異なつた事案においても、収去にともなう巨大な費用（裁判例【13】【15】）や一般公共の利益（裁判例【14】【15】）といった点を強調して権利濫用の成立を認めるに至つたため、ファッシズム体制下において権利濫用理論が私権相互の調整よりも全体主義に奉仕する機能を果たすことになつたとの批判もなされている<sup>(39)</sup>。

## 第二款 戦後民法改正後の裁判例

戦前の判例と比べて、戦後の権利濫用に関する判例は豊富であり、その適用領域は、土地使用収益権、妨害排除請求権、対抗力なき借地権者に対する明渡請求権、担保権、借地・借家契約解除権、損害賠償請求権、身分権、訴権、執行権等多岐にわたる。以下では、土地の所有と利用を中心として裁判例を取上げ、権利濫用の判断基準である客観的標識の内容の転換を分析することにする。そこでは、とりわけ二つの現象が注目される。客観的標識の内容の拡大（↓I）

と地域住民の公益性の重視(↓Ⅱ)である。

### Ⅰ 権利濫用の判断基準が拡大された判例

裁判例【16】天ノ川流木事件<sup>(40)</sup>において、最高裁は、上告人の本件の河川使用権は、上告人にとって生活に不可欠の要素であるという主張について、「原判決は、現在わが国敗戦後の経済の復興再建における電力事業の重要性を強調し、若し被告会社が上告人等のために流材に必要な河水量をこのえん堤から放流するとすれば、同会社の事業に大きな障害を与えるであらうことを説き、必ずしも上告人等の死活に関するような特に甚大とも言へない本件損害のごときは、(殊に原判示のごとき補償契約の現存する以上)上告人等はこれを忍受しなければならぬと説示したのであり、右に關する事実關係については、逐一これが根拠となるべき証拠を判示しているのであって、如上原判決の判断は正当」であると判断した。本判決は、直接に権利濫用概念を用いなかつた。上告人らの権利を制限する理由を客観的な標識に求める点は、戦前の判旨の延長ともいえる。

裁判例【17】板付基地事件<sup>(41)</sup>において、権利濫用法理の解釈が初めて議論の対象になった。

上告人は、原判決における客観的要件の比較検討が具体性を欠くこと、上告人の本件土地における利益が大きいこと、特に原判決の民法一条第三項(権利濫用法理)の解釈に誤りがあるという理由で上告した。権利濫用の解釈について、上告の主張は次のとおりである。(一) 原判決の民法一条第三項による権利の濫用であるとする判断には、明らかに法令の適用を誤った違法がある。権利濫用理論がフランスの判例に使用され、ドイツ民法二二六条、スイス民法二条一項に成文化されているところ、これらについては、「権利の行使であっても他人に損害を加える目的で為されたときは許されない」という標識で貫かれてきたのであり、この様な「加害の意志」とか、その他「適法な利益の欠缺」など「社

会的経済的目的違反」とかの権利濫用の標識について原判決が何等の検討すらせずに本件請求を権利濫用としたのは、民法一条三項の解釈適用を誤った違法がある。(二) 原判決は、単に明渡によつて蒙る損害と得る利益とを比較検討した上で、本訴請求は権利濫用であると判断した。これは、民法第一条第三項の「権利の濫用はこれを許さず」との規定の解釈を誤つて適用したものである。(三) 我国民法は「権利の濫用はこれを許さず」と極めて簡明直接に規定しているにすぎないが、漸く承認されてきた学説や判例や限られている国での立法例をうけて規定されたものであることは疑いなく、そこには自ら歴史的發展によつて例外的に認められてきた権利濫用の法理が潜んでいるのであり、実定法解釈、適用の準拠しなければならぬ基準や標識があるのである。この承認されてきた権利濫用の法理をはなれて規定を解釈適用することはまことに専断な解釈、適用という外なく許されないものである。原判決はこの法理を遙かに逸脱し、いわば権利濫用の法理を濫用して上告人らの請求を排斥した明らかに違法なものである。

以上のような上告人の主張について、最高裁は、原判決の結論を支持し、次のように判断している。国が私人所有の土地を駐留軍に提供している場合に、当該土地の所有者らは、占領の終了に伴う当初の契約期間満了後も引続き駐留軍による使用が必要とされる間は、その土地の明渡を求めることができない。国が、所有者から賃借して占領軍に提供し、空軍基地の一部として、現にガソリンの貯蔵設備用地に使用している土地に対する所有権に基づく明渡請求は、権利の濫用に当り許されない。最高裁の判決を分析すると、土地所有者らの明渡し請求が権利濫用であるという判断の理由は、次のとおりである。(一) 原審認定によれば、被上告人国の駐留軍に対する土地の提供は、日米安全保障条約三条に基づく条約上の提供義務の履行としてなされているのであって、右条約の誠実な履行は国の義務であり、関係土地所有者からも直接間接この国の義務履行に協力すべき立場に置かれているものというべきである。(二) 本件土地所有権の侵害については、不法行為または不当利得に関する法規により救済を求めるのであれば格別、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。(三) 所論は、一般的に権利濫用を認めることが憲法二九条に違反すると主張しているのではなく、本件で原審が原告の本訴請求を権利濫用であるとして所有権の実質を否定したのは、私法生活において権力を特別扱いにするために人権を犠牲にせんとする全く権力に迎合した考え方によるものであって、憲法二九条の解釈適用を誤った結果である、というのである。しかし、原判決は所有権行使の一態様である原状回復請求を否定したのみであり、それは、私権の本質的性格である社会性、公共性に基づいてのものであることは明白であって、格段、所論のように権力に迎合する思考に出でたものとは認められない。したがって、所論は、原判決を正解しないことに基づいて原判決の違憲をいうものであり、前提において採用できない。

## II 地域住民の公益性から権利を制限する判例

裁判例【18】<sup>(42)</sup>所有権確認等請求事件では、本件係争の土地は当初から分譲地の道路敷地に予定され完全な道路の形態に整備されていたが、A B共有のまま残されていた。その後昭和三五年に係争土地の所有権を取得した原告Xは、A B兩名から分譲された各土地の所有者である被告Y<sub>1</sub>外二四名の居住者に対し、主位的に原告の係争土地の使用の妨害禁止その他を、予備的に通行による使用損害金の支払を、右土地上に電柱を設置している被告Y<sub>2</sub>電力会社および被告Y<sub>3</sub>(電電公社)に対し電柱の撤去その他を訴求し、被告Y<sub>1</sub>外二四名が反訴として通行権確認および通行妨害禁止を訴求したのが本件事案の内容である。裁判所は、Y<sub>2</sub>電力会社およびY<sub>3</sub>(電電公社)に対する電話施設等(電柱)の撤去請求は権利の濫用にあたるとして棄却している。

その具体的な理由は、次のとおりである。(一) 本件土地上に被告ら所有の電柱が設置されていたことは、当時の本

件土地の所有者であつたA・B両名の希望によつてなされたものであつて、爾来三〇有余年本件土地にずっと被告等所有の電柱が設置されてきた。(二) 右電柱はいずれも道路敷地の側端に設置されているものであつて、これを存続させても本件土地の使用に支障を与えることが殆んどない。(三) これからの電柱を撤去して他に移転することは本件土地附近の地形上極めて困難である。(四) 送電施設および電話施設を撤去することは本件土地附近の住民に対し生活上重大な影響を及ぼすことになる。以上のような理由で、原告が本件土地を所有しているからといつて、直ちに被告等所有の電柱の撤去を求めることは正に権利の濫用にあたり、到底認容されるべきものではない。

裁判例【19】工作物撤去等請求事件の概要は次のとおりである。原告人（控訴人・原告）はAおよびBの二筆の山林を所有しているが、被告原告人（被控訴人・被告）はなんらの権限なしに右山林に配水管等を所有し、原告人の右山林の所有権を侵害している。第一、二審とも、原告人の土地所有権に基づいて同土地上の構築物の撤去を請求することが権利の濫用として許されないとした。最高裁は、原審の認定は、原判決挙示の証拠関係に照らして首肯できると判断して、原判決を維持し、原告人の請求をしりぞげた。

原判決の上告人の本訴請求は権利の濫用であるという判断の理由は、次のとおりである。①上告人が右配水管等の撤去によつて受ける利益は比較的僅少であるのに対し、右配水管等の設備は、仙台市の南地区市民約七万人の利用のため巨額の資金、多数の日時を費し、敷設、掘鑿され、これを連繋する大規模な総合水道幹線の枢要部分を形成しており、これを撤去して原状に回復し、新たに替地を求めて同一設備を完成するには相当多額の費用と日時を要する。②右撤去によつて給水の機能が停止し、近い将来その再現は望みえず、市民一般に不測かつ重大な損害が生ずる。

裁判例【20】妨害禁止等仮処分申請事件の概要は、次のとおりである。債務者Xはその所有地で焼肉店を経営していたが、公道からX所有地までの道路の一部（本件土地）に被告Yがブロック塀を設置したため、XがYの通行妨害は権



利の濫用ないし不法行為にあたるとして、ブロック塀の撤去および通行妨害禁止を求めた。判決は、私道上にブロック塀が設置されたとしても、それによって土地所有者が受ける利益よりも、通行妨害による不利益が大きい場合においては、右ブロック塀の設置は権利濫用たる行為であり、その撤去および通行妨害禁止が認められるべきであるとした。また、道路として近隣の人々の利便に供されていた土地にその所有者がブロック塀を設置したことが権利濫用に当るとして、その撤去を求める仮処分申請を認容した。土地所有者が工作物を設置した場合でも、それによって所有者が受ける利益に比べ相手方の受ける不利益が著しい場合には、工作物の撤去が認められるのが一般的な見解である。本判決と同様に、権利濫用を肯定して板塀撤去、通行妨害禁止を認めた先例は<sup>(45)</sup>あるが、仮処分段階で塀の撤去が認められたものは珍しい。

裁判例【21】償金請求事件<sup>(46)</sup>の概要は、以下の通りである。X（原告）らは分譲住宅地の中央を通る生活道路として附近住民が公道に至るための通路として使用している道路（本件道路）の一部分であるA土地の七人の共有者のうちの二名であり、Y（被告）らは右道路に接する住宅地の一部であるB土地を所有し、B土地部分をも通路として使用している者らである。XらからYらに対し、YらがA土地を通行していることを理由に民法二二二条に基づく償金を、その通行を廃するまでXらの共有持分に按分して支払を請求した。YらはB土地の元所有者の道路開設時、または不動産業者の道路付け替え時に、付近の土地所有者（B地所有者らYらを含む）のために設定された地役権を有するか、民法二二三条の無償の通行権を有する、そうでないとしてもXらの償金請求は権利濫用に当たると抗弁した。原審は、Yらの通行地役権、民法二二三条の通行権をいずれも否定したが、Xらの償金請求は権利濫用に当たるとしてその請求を棄却した。

Xらは控訴審において「権利濫用の法理はその行使が社会生活上許容しえないような不当の結果を惹起するか、他

人に損害を加える目的のみでなされるなどの場合にのみ適用されるべきである」と主張した。裁判所は本件の事実に基づいて、次のように判断した。「本件道路は、附近の住民らがその所有地の一部を提供して作った西側道路と一体をなす道路として、A、B両土地の居住者を含めた附近の住民全体の共通の生活道路として何人も相互に無償の通行を容認し合つて来たものであり、したがって、附近の住民らの間においては、従来より相互に道路部分に当る自己所有の敷地について、その使用の対価たる償金を請求しないことの一般的、黙示的な合意が存在し、何人もこれにしたがつて来たものというべきであるから、Xらが、本件道路の敷地であるA地の共有権を取得したことを根拠に、附近住民の一部の者であるYらに対し、自己の持分の割合に応じた道路使用の対価たる償金を請求することは、附近住民の如上の合意と慣行を破り、いたずらに秩序を乱すものとして許されないものであり、権利の濫用に当るものといわねばならない」。

また、Xが本件道路の補修維持のために費用を支出し、それだけの損失を負担し、また将来も同様の負担が見込まれるとして、その金額相当の通行料を償金として請求することについて、次のように述べた。「本件道路および西側道路のいずれであるとを問わず道路の補修維持のために費用を要したとすれば、これらの道路を共通の生活道路として受益している附近住民らの共益費用として住民ら各自が応分の負担をなすべきものであることは勿論であるけれども、控訴人らの右請求は、このような共益費用の応分の負担を求めるのではなく本件道路使用の対価の支払を求めているものであるから、かかる意味における本件土地使用の対価の支払を求めること」が許されない。

### III 戦後裁判例の特徴

以上見てきたように、戦後においては、権利濫用の判例はかなり豊富である。客観的標識の内容という観点から見ると二つの現象が目目される。第一は、権利濫用の判断基準である客観的な標識の内容が拡大される傾向にあることであ

る。すなわち、従来から見られた双方の利益の比較や一般公共の利益のほかに、国の敗戦後の経済復興再建の必要（裁判例【16】）や国民が無条件で「国の義務」に協力する立場（裁判例【17】）も加えられているのである。第二は、地域住民の公益性が浮上してきていることである。つまり、客観的標識の中で双方の利益の比較のほか、本件土地付近の住民の生活への重大な影響（裁判例【18】）や市民一般に対する不測かつ重大な損害（裁判例【19】）、近隣の人々の利便【20】など、戦前のような一般公衆・公共の利益をも考慮した権利濫用の判断がなされている。さらに、その判断が付近住民の従来の合意と慣行を破り、いたずらに秩序を乱す（裁判例【21】）という理由に基づいてなされていることも指摘すべきである。これによって、権利濫用理論の客観的標識の内容に関しては、一般公衆・公共の利益が地域住民の公益性と地域公序などに具現化されていることがわかる。

このように、本稿において取上げた戦後の権利濫用の判例は、権利濫用判断の客観的標識の内容に即して、三つのタイプに分けることができる。第一は、双方の利益の比較+付近の住民の利益について考慮するものである。第二は、双方の利益の比較+国家の利益・国への寄与について考慮するものである。第三は、住民の従来の合意と慣行について考慮するものである。したがって、権利濫用を判断する際に、客観的標識としては双方の利益の比較のほか、国に関わる利益および市民に関わる利益も考慮している。この二つの利益の区別および関係について、判例自体は特に論述していない。

### 第三款 小括

以上のような戦前・戦後の裁判例の再検討を通して、日本の権利濫用法理の適用に関して、次のような特徴を見出す

ことができる。

第一に、日本の権利濫用に関する裁判例においては、権利濫用の標識および根拠に関して、主観的な標識から客観的な標識へとというような転換のプロセスは見られない。むしろ、日本においては、最初から権利濫用の判断基準を客観的標識に求めていたと思われるのである。判例においては、権利濫用の客観的標識に対するアレギーは最初から見られなかった。

第二に、戦前の裁判例においては、権利濫用の客観的標識の内容は、二つの要素から構成されていると見られる。一つは、当事者の利益比較であり、他の一つは、「一般公衆」あるいは「一般公共の利益」、特に住民の交通の便利などである。多少敷衍しよう。

明治期における権利濫用判断の理由は、権利行使には限界がある、というところにとどまっていた。大正期に入ると、権利濫用の判断基準として、「社会観念」(裁判例【6】)という客観的な基準が明確に導入され、「所有権ノ明白ナル濫用」という観念(裁判例【7】)も明示され、下級審では、権利濫用の判断基準を「公序良俗」とする判例も見られるようになる。昭和前期の判例とくに妨害排除請求権の濫用の判例において、下級審も大審院もすでに妨害排除請求者に「何等ノ利益ナク」、被請求者に「多大ノ損失」ないし「社会経済上ノ損失」が生ずるといふ客観的利益的比較考量によって、権利濫用とした。<sup>(48)</sup>さらに、客観的標識には、利益比較のほか、「社会観念上所有権ノ目的ニ違背シ」(裁判例【12】)、「社会経済上ノ損失尠カラサルモノアル」(裁判例【13】)、「一般公共の利益を阻害する」(裁判例【14】)、「一般公衆に不測の不便」を与えることを招来するか否かということ(裁判例【15】)なども含まれている。

ここにいう一般公共の利益、社会通念上の考量とは、国家に関わるものではなく、むしろ地域の発展と不特定多数の「一般公衆」に関わるものである。すなわち、土地所有者の権利行使も、一般公衆の利益あるいは一般の公共利益によつ

て制限されるべきとの考え方がこれらの裁判例の背後にあるわけである。しかし、裁判例において、この点に関してこれ以上立ち入った理解はなされていないようである。

第三に、権利濫用の判断基準である客観的標識の内容に関して、戦後の裁判例は、二つの類型に分けられる。その一つは、客観的標識内容を拡大するものである。もう一つは、従来の客観的標識の内容の一つである「一般公共の利益」をより具現化し、地域住民の公益性と公序と解釈しているものである。前者の客観的標識内容の拡大を示すのは、「国の敗戦後の経済の復興再建」の必要性（裁判例【16】）、または「国の義務」であるから国民が無条件で義務履行を協力すべきである（裁判例【17】）などの理由で、土地所有者の妨害排除請求を権利濫用とした裁判例の存在である。ここに見られる拡大傾向は、不当と評価すべきものであった。「一般公共の利益」の具現化というのは、「付近の住民に対し生活上重大な影響を及ぼす」（裁判例【19】）こと「道路として近隣の人々の利便に供されていた」（裁判例【20】）こと、地域住民の「合意と慣行を破り、いたずらに秩序を乱す」（裁判例【21】）ことなどと解釈されたことである。したがって、戦後の判例において、客観的標識の内容の解釈には、二つの異なる方向が存在していたわけである。

第四に、戦後の判例において初めて、権利濫用法理の根拠についての言及がなされた。裁判例【17】は、権利濫用の客観的標識の根拠について、次のように述べている。「被上告人国の駐留軍に対する土地の提供は、日米安全保障条約三条に基づく条約上の提供義務の履行としてなされているのであって、右条約の誠実な履行は、国の義務であり、関係土地所有者らも、直接間接、この国の義務履行に協力すべき立場に置かれておべきものである。さらに、権利濫用理論の根拠については、「私権の本質である社会性、公共性の観点からいって、明渡請求は認容し難いものである」としている。すなわち、ここでは、権利濫用および権利制限の根拠は、私権の社会性の本質に求められているのである。

第二節 権利濫用学説の再検討——判例評釈を中心として

第一節においては、日本における権利濫用裁判例の検討を通して、権利濫用の根拠である客観的標識には、当事者相互の利益比較のほか、一般公衆・付近の住民の利益と国家の利益・国への寄与も含まれていることを明らかにした。それでは、このような裁判例の態度は、学説においてはどのように評価されているのであろうか。本節においては、判例評釈を中心としてこの点を検討する。具体的には、権利濫用の判断基準の転換、客観的標識の内容の転換、権利濫用理論の濫用、公共の福祉の性格等の事項を取り上げることにする。

第一款 権利濫用に関する判断基準の転換

I 客観的標識の必要性

前述のように、日本の裁判例においては、主観的な標識から客観的標識への転換のプロセスが見られたわけではなかった。しかし、他方では、他人に損害を加える目的（意思）のみをもって権利を行使するのは、公序良俗に反するものとして、法律の保護せざる所なりと為し、このような場合に限定して権利濫用法理の適用を認めようとする学説も存在した。<sup>(49)</sup>そこで、このような学説に対峙して権利濫用法理の適用をより広く認めようとする学説が提示されてくる。

たとえば、末川博士は、本稿で取上げた判例【6】の判旨に賛意を表しつつ、主観的標識から客観的標識への転換の必要性を次のように論じた。<sup>(50)</sup>権利濫用判断基準は主観的な標識のみであるとの考えは、ドイツ民法二二六条所定のいわゆるシカーネ禁止と同じ趣旨である。しかし、この原則により権利の濫用となすには、権利の行使が他人に損害を加え

る目的を以つてなされるのみだけは足りず、さらに消極的な要件が必要である。<sup>(51)</sup>したがって、我国法上権利の濫用を論ずる際には、ドイツ民法のシカーネ禁止の規定よりも、スイス民法の第二条第二項の「明白なる権利の濫用は法の保護を受けることなし」という規定が、弾力性に富むところ大であつて、さらに重要な参考資料である。<sup>(52)</sup>スイス民法における権利濫用の要件は、加害目的という主観的要素に限定しないので、客観的要素である法律および権利の本質と目的とに照らして行為が全体として法の保護に値するか否かを判断せざるをえない、とするものである。

建物収去土地明渡請求上告事件最判昭和三七年六月六日<sup>(53)</sup>についての楠評釈は、権利濫用の判断基準は、双方の利益の比較に基づくべきであると主張している。本件土地の賃貸借関係について土地所有者と借地権者との権益—権利または利益—を対比的に考察することを通して、次のような結論を出している。本件借地の明渡によって、借地権者は相当大きな損害を被る結果となるから、「このような契約更新拒絶は信義誠実の原則に反し、権利の濫用となるといふ改正前の借地法の判例理論を更に前進せしめて、土地所有者の主観的要素の如何を問わず、当事者双方の権益の均衡とか社会的合理性などという客観的基準に準拠して契約更新拒否権の正当な行使をなすべきである」<sup>(55)</sup>。つまり、本件において、利害調整の基準は、双方の主観的な要素ではない、「双方の権益の均衡」と「社会的合理性」などという客観的なものである。<sup>(56)</sup>

田中評釈は、<sup>(57)</sup>裁判例【17】に賛成しながら、我妻博士の権利濫用の定義<sup>(58)</sup>および末川博士の権利濫用禁止の法理的根拠<sup>(59)</sup>についての論述を引用した上、権利濫用の標識は、従来の主観的要素の重視から、客観的基準を重視することへ変化することについて次のように述べた。「かつては、『加害の意思乃至目的』という主観的要素が重視されていたが（ローマ法におけるシカーネの禁止、独民法二二六条）、現在では学説上、公序良俗違反、信義則違反、利益均衡の破壊というような客観的基準を重視し、前記の主観的要素を副次的ないし補充的な標準と解することに、大体において異論なきに

至っている」。それは、従来の「私権絶対の思想から私権の社会性、公共性の認識への移行の深化に、即応するものといえる」<sup>(60)</sup>。

## II 客観的標識の厳格な適用

末川博士は、客観的標識の必要性を強調する一方で、権利濫用の客観的標識を厳格的に適用するべきであると主張している。次のようである。「権利濫用の『明白ナル』事を要件と成せるのは、法の保護に値する利益の存否は、これを客観的に決定せざるべからざる旨を明にすると共に、或場合には、法律を厳格に適用すべく、漫りに権利の濫用ありとして、法の保護を剥奪すべからざる旨を明らかにせるものとなりと解すべし」<sup>(61)</sup>。したがって、「権利の濫用に関する規定を欠く我国法上の議論としては、直ちに瑞西民法の規定に倣ふを得ざるべしと雖も、公の秩序又は善良の風俗に反する事項は、総ての成法法規の根底を貫流せる根本理想に照して、何れの場合に於ても法律の許容せざる所なること、疑無きを以て、仮令形式上は権利の行使たりとも、已に其れが公序良俗に反するに至りたるときは、法律の非難して許容せざるものなりといはざるべからず」<sup>(62)</sup>。

## III 客観的標識の内容の具体化の必要

末川博士はまた、客観的標識の内容の具体化の必要性を説く。次のようである。客観的標識を判断する際に、「如何なる程度に至るときは、公序良俗に反するものとして法の非難するところなりやは、個々の場合に付て具体的に決せらるべき問題なりと雖も、畢竟、吾人日常の経験は、かかる影響の忍容せらるべき程度を決する標準を、教示するに十分なり、といはざるべからず」。すなわち「かかる場合に於ては、其地域の慣例、土地の地位、性状等に鑑みて、之が忍



容せらるべき程度を決せざるべからず<sup>(63)</sup>」。たとえば、「煤煙、臭氣、音響、震動等の隣地に及ぼす間接なる影響は、土地の利用に当りて避くべからざるものなるが故に、原則として、隣地利用者は之を忍容せざるべからずと雖も、若し其れが、吾人日常の経験に照して、社会觀念上公の秩序又は善良の風俗に反すと認めらるるに至るときは、権利の濫用ありとして、隣地利用者は之が停止を請求し、尚ほ損害を生じたる場合に不法行為の要件具備するときは、損害の賠償を請求することを得べし<sup>(64)</sup>」。そして、客観的基準による判断は、「唯外部物理的標準のみを以て之を決するを得ず、特に経済的觀察を加味せる一般的社会見解に従ひ、あらゆる成法法規の根基を成せる全般的なる法の目的理念に鑑みて、明白に公序良俗に反するや否やによりて、之を決せざるべからず<sup>(65)</sup>」と主張される。

田中評釈も、客観的標識の具体的内容について、次のように述べている。「権利行使が、具体的な当該場合に如何なる利益と衝突するものであるか、その権利行使が、私権の内在的制約である社会性、公共性の基礎をなす社会的利益、公共的利益と抵触し、調和しないのが、直接的であるか、間接的であるかが考慮されるべきであること、また、権利者の主観（認識、予期）との関係で、その他の事情とあいまって、どのような場合に、その権利行使が権利濫用とされ、その結果として無権原者による侵害を受忍すべきものとされるのであるか、更には、権利濫用の標識としては、加害の意思乃至目的なる主観的要件は、主たる若しくは不可欠なものではなく、かつ、当然のことであろうが、客観的要件の内部においての個々の要件の間に相互の補充関係が認めらるべきこと等<sup>(66)</sup>」である。

以上のように、主観的標識或いはシカーネ禁止の原則のみに依拠して権利濫用法理の適用を考えるには限界があるため、客観的要素の必要性が説かれるわけである。客観的標識とは、法律および権利の本質と目的とに照らして行為が全体として法の保護に値することであり、公序良俗違反、信義則違反、利益均衡の破壊というようなものである。しかし、

これは、あくまでも抽象的な表現であるので、その内容を具体化（たとえば地域の慣例、土地の地位、性状等）する必要がある。そして、客観的要件の内部における個々の要件の間に相互の補充関係をも重視するべきとも説かれている。

## 第二款 客観的標識の根拠たる私権の社会性の内容の転換

権利濫用判断基準たる客観的標識には、公序良俗違反、利益均衡の破壊そして国家行政の利益などが含まれる。これらの内容を含む根拠は、私権の社会性であろう。私権の社会的被制約性あるいは私権の社会性さらに私権の社会的本質等の表現は、常に混同して使われがちである。本款では、判例評釈において、権利・私権制限の根拠についてのような理解がなされているか、そしてその理解がどのように展開されているのかを分析してみよう。

### I 所有権に内蔵する必然的な性質としての所有権行使の制限およびその可能性

末川教授は、「臭気、煤煙、音響等の隣地に及ぼす影響は、羅馬法以来私法上特に所有権の限界に関する問題として *Immissionen* なる概括的觀念の下に論議せらるる」と指摘した<sup>(67)</sup>うえ、物権の対物と対人という支配権の二つの絶対性を認める通説に対して、それぞれの限界を次のように指摘した。物権の「其対物的關係に於て總括的支配力と云ふも、抽象的な概念上の標準を示すに止まり、事実上無制限なる完全支配力なりといふの義にあらざるや言を俟たず。既に法律によりて認められたる権利たる以上、制限せられたるものにして、又制限せられ得べきもの」である。一方、物権の「对人的關係に於て絶対権なりと云ふも、無制限なる排他性と不可侵性を認め得べしとなすには非ず、法律的共同生活の立脚地より、自ら制限せられたるものにして、又制限せられ得べきもの」である。したがって、「公序良俗に反せざ

る範囲内に於てのみ所有権は行使せらるべしとなすが如き、所有権行使の制限および其の制限せられ得べき可能性は、所有権自体の内に内存する必然的の性質」であり、「総ての権利の通有性」である。<sup>(68)</sup>

## II 権利の社会的合目的性

楠評釈は、権利濫用を判断する標識は当事者双方の權益の均衡とか社会的合理性などという客観的基準に準拠すべきであると主張している。このような標識は、「実質的正義の要請にマッチし且つ社会的にみても合理性が存する限りにおいて有効なものとして認容せられるべき」である。<sup>(69)</sup>土地の所有権に関する制限の根拠は、権利の社会的合理性あるいは社会的合目的性である。「この社会的合目的性の具体的な顕現としては、賃貸人、賃借人の当事者双方を含む社会が健全な進歩発展を遂げること、所有者並びに借主は共通の社会的目的を実現すべく共同関係に立ち、各自が対立的な平等の立場に立ちながら、相互に相手方の信頼性を裏切ることのないように行動を慎しむべき」ことである。<sup>(70)</sup>

このような権利の社会的合目的性の理念は、所有権の社会公共的制約の理念と一致している。社会的立場から所有権を制約する最初の動きは、ワイマール憲法一五三条（所有権は義務を包含する。所有権の行使は同時に公共の福利のためにすることを要する）にみられ、一八、一九世紀流の所有権絶対の思想から、「所有権を社会公共の立場から社会全体に役立つものとして保障するという二〇世紀流の所有権思想への推移」を意味している。<sup>(71)</sup>日本の新憲法も個人の利益と公共の福祉の両者が調和すべきものとする立場を採っている。「憲法の精神に則つた民法も所有者の権能は、法令の制限に服することを明示し、私権したがって所有権も公共の福祉に遵うものとされている」<sup>(72)</sup>。さらに、土地は自然物であるという特殊性から、土地所有権は社会公共の立場と資本主義の立場から二重に制限されるべきである。<sup>(74)</sup>

以上のように、楠評釈は利益比較の社会的合目的性・合理性と土地の特殊性から、所有権の社会公共による制限の必

要性を論じて、所有権特に土地所有権に制限を加えることは、憲法精神とは矛盾せず、むしろ、このような制限は、憲法の個人の利益と公共の福祉の両者を調和させることと同じ立場であると主張している。

### Ⅲ 権利行使の基礎としての私権の内在的制約たる社会性、公共性

田中評釈は、権利行使が私権の内在的制約である社会性、公共性の基礎をなす社会的利益、公共的利益と抵触し、調和しないのが、直接的であるか、間接的であるかが、権利濫用の判断の際に考慮されるべきであると主張したうえで、本件における私権制限の理由として、次の三つの点を指摘しながら判決の立場を肯定している。第一に、「本判決が借地法四条一項の精神を借用しているのにならわれているように、不動産利用関係における、利用関係維持に向けて私権を制限するものとしての社会的利益や、信義則の観念を容易に導入する素地を有するものといえる」<sup>(76)</sup>。第二に、国の「条約および行政協定に基づく施設および区域の提供義務履行として駐留軍の用に供するという国の使用に対する、関係土地所有者の社会的協力義務を肯定すべき実定法上の理由を提供する」<sup>(77)</sup>。第三に、本判決は、その間の国の側における優越を肯定し、以上の特殊、具体的な事実関係のもとで、不法行為又は不当利得の規定による救済の途あることを傍論として示しつつ、本訴の如き原状回復の請求は、私権の本質的性格である社会性、公共性を無視するものであつて、権利行使として許容される範囲を超えたものと判断の下に、原判決の結論を支持したものである。

田中評釈においては、社会的・公共的利益と本判決における国家の利益とはどういう関係であるのか、明確に論じられていないが、国の利益の優越などの表現から、国家の利益もこの社会・公共の利益の一つとして捉えるものと思われる。これは、最高裁判決と同じ立脚点に立つと思われる。田中評釈は、判決に使われた「公共の福祉」の表現に代わり、頻繁に「私権の公共性・社会性」という表現を用いている。また、民法一条一項の公共の福祉の原則は、「私権の社会

性、公共性という、権利の内在的制約の存することを宣言し、同三項における権利濫用の禁止は、かかる内在的制約ある権利の具体的動態における制限を規定したものであると解釈している。<sup>(78)</sup>

#### IV まとめ

末川教授は、所有権行使の制限可能性を、所有権自体に内存する必然的な性質に求めている。すなわち、所有権は、公序良俗に反しない範囲内においてのみ行使することができるのである。楠評釈においては、所有権制限の根拠は、権利の社会的合理性あるいは社会的合目的性と関連している。その内容は、当事者双方を含む社会が健全な進歩発展を遂げること、共通の社会的目的を実現すべく共同関係に立ち、各自が対立的な平等の立場に立ちながら、相互に相手方の信頼性を裏切らないこと等であるとしている。田中評釈は、権利行使の基礎は私権の内在的制約である社会性、公共性であるとしている。ここでは、私権の内在的制約と私権の本質的性格である社会性、公共性が同義に捉えられていることが窺える。

このように、権利制限・権利濫用判断の根拠は、公序良俗から権利の社会的合目的性・合理性さらに私権の本質的性格である社会性・公共性へと転換されている。そして、それぞれの内容も異なってきた。末川理論という公序良俗とは、共同生活における隣人のイミッシオンの違法に対する制限の必要性を意味するものである。これは、まさに市民生活のルールと秩序に関するものである。楠説のいう社会的合目的性・合理性とは、賃貸借関係の当事者双方を含む社会が健全な進歩発展を遂げ、双方が共通の社会的目的を実現すべく共同関係に立ち、各自が対立的な平等の立場に立ちながら、相互に相手方の信頼性を裏切らないことである。ここでの社会の健全な発展・共通の社会的目的等は、市民生活と離れたより高次元のものであろう。田中説がいう私権の内在的制約である社会性、公共性とは、国の条約上の提

供義務に対する関係土地所有者の社会的協力義務を指している。したがって、ここでは、私権の内在的制約たる社会性・公共性は、私権の本質である公共性・社会性と理解され、さらに公権力に解釈されてしまう。たしかに、私権の内在的制約は、社会性・公共性である。しかし、民法におけるその公共性・社会性は、市民生活以外の公権力とは無関係であるはずである。そして、社会性・公共性は、私権の内在的制約であるが、私権の制約と私権の本質とは異なる概念である。したがって、私権の社会的・公共的本質という表現は、市民生活の範囲を越えたものであると思われる。私権の社会性・公共性と私権の社会的本質という二つの表現は、判例においては同義に用いられている。評釈においても、この二つの表現の区別はなされていなかった。そのために、単に私権の絶対性を制限するにすぎない「私権の社会性」という観念が、私権は公共の福祉のために存在し、共同体の機能を果たす役割にすぎないという「私権の社会的本質」という観念と区別されず混同されることになったのである。

### 第三款 権利濫用理論の濫用に対する批判

権利濫用の根拠が公共の福祉というような不明確な概念に求められるため、市民と公権および大企業（資本）との間の利害衝突を調整する際に、常に市民の利益が後者に従属させられ、犠牲にされてしまう状態になっている。ここに、権利濫用理論の濫用と言われる現象が見出される。判例評釈の一部は、権利濫用理論の濫用を批判しながら、権利濫用理論の本来あるべき性格を再確認しようとしている。以下、この点を検討しよう。なお、本款において取り上げるのは、すべて裁判例【17】についての評釈である。

学説は、つとに権利濫用理論における客観的標識の限界を指摘していた。たとえば、楠評釈は、公共の福祉による所有権の制限は、「無制限に許容せられるものではなく、私有財産制度を否定しない範囲内に止めなければならない」と説いていた。田中評釈も、権利の社会性、公共性の過度の強調や権利濫用の成立要件としての客観主義の偏重の結果として権利濫用理論が濫用されることを危惧している。<sup>(80)</sup>

裁判例【17】についての加藤評釈は、「本件は、駐留軍への基地の提供というきわめて特殊な事例についての判決であって、これを権利濫用の判例として一般化することは、理論的にも、実際的にも、不適當である」と批判した。<sup>(82)</sup> 具体的に以下のような理由を述べている。まず、「権利濫用については、加害の意思というような主観的要件を弱め、あるいは外す方向に学説が向かっている」のは、確かである。しかし、「それをどこまで弱めてよいか、あるいは全く外してもよいかについては、疑問がないわけではない」。<sup>(83)</sup> 次に、「単に経済的利害だけを比較して権利濫用を認めるのは、国あるいは大企業の作り出した既成事実を追認することになるおそれがあり、きわめて危険である」。<sup>(84)</sup> したがって、単に客観的利益の比較で所有者の正当な主張を否定するのは賛成できない、という立場である。

## II 無権原者による侵害に対する被害者側の妨害排除請求が権利濫用になるか

従来から、無権原者による侵害に対して被害者側からする妨害排除の請求もまた利の濫用になることは、裁判例の認めるところであった。具体的には、宇奈月温泉事件を初めとして、その例は少なくない。鈴木解釈によると、これは、権利濫用理論が具体的衡平を得るための強制調停のごとき機能を果たすものである。しかし、権利濫用とされた後の法律関係については、一概には論じ得ない困難な問題を生ずる。<sup>(86)</sup> さらに、問題になるのは、権利の社会性、公共性の過度

の強調や権利濫用の成立要件としての客観主義の偏重の結果としての権利濫用理論の濫用である、特に本稿で取上げた裁判例【14】については、権利濫用理論の濫用の危険性を指摘する見解が多い。田中評釈自体も裁判例【17】の判決の権利濫用判断基準に賛成しながら、権利濫用理論の濫用の危険性にも警戒感を示している。

### Ⅲ 権利濫用法理の濫用への批判

吉岡評釈は、裁判例【17】について、次のように批判している。まず、本件判決は、「砂川判決に示した内容をより積極化したものである」<sup>(87)</sup>。つまり「砂川事件判決よりも一そう統治行為論を押しすすめ、安保条約並びにこれに基づくアメリカ合衆国軍隊の駐留に対する司法権の判断を中止することによって、『政府の政治的立場』を代弁し、その義務履行を国民に強要し、『国家の優越と既成事実の肯定のうえにたつて』、不適法な権力行使の結果を、権利濫用の法理をもちいることで是認せんとするものである」<sup>(88)</sup>。次に、判決では、「国家権力の行使ないしその既成事実が、市民法理論の専断的解釈・適用によって優位づけられ、それに市民の権利を従属せしめるという法的操作がおこなわれている」<sup>(90)</sup>。さらに「私権の公共性、社会性という表現によって、資本に対する市民の権利を制約するという機能を果たしてきた権利濫用の理論は、今日では、アメリカ軍事基地の維持と存続のために用いられている」<sup>(91)</sup>。

以上のような指摘を踏まえつつ、吉岡評釈は、権利濫用法理の本来の機能と濫用される本質を次のように論述している。第一に、権利濫用の法理は、元来「資本制初期の段階における私有財産権の絶対的不可侵・個人活動の無制約な絶対的自由が資本主義の発展段階において必然的に露呈しなければならなかった諸矛盾を調整する」ための、「資本主義の弊害を修正しようとする諸々の法理」の一つである。つまり、「私権相互の諸矛盾・対立の調整」という社会的機能を分担すべく位置づけられてきた制度である。第二に、資本主義が高度に発展すればする程、「資本主義的統治権力の



社会的機構の保持に奉仕する<sup>(92)</sup>」ことが、権利濫用法理の具体的、現実的機能になってきた。このような機能の実質は、「権利濫用の法理は、市民対市民の利害衝突の調整的機能を果すというよりは、すぐれて市民対企業（資本）あるいは市民対公権との間において、権利の対抗關係が存する場合に前者を後者に従属させるという本質的機能を果してきた<sup>(93)</sup>」点にある。その結果、権利濫用の法理は、まさに「資本主義的原理に支えられ、時には国家政策的目的遂行のために用いられてきたのである」。「権利」は小さく濫用すれば「権利濫用」になるけれども、大きく濫用すれば「権利濫用」でないのみか、濫用の被害者によってすら光荣であり、名誉であり、感謝すべき恩恵である<sup>(94)</sup>。

次に、畑評釈は、本判決が「いわゆる統治行為論によって事実上安保条約を合憲とした上で、国民の条約順守義務を強調し、一方では、契約期間の解釈に、米軍の必要とする期間という不確定期限説を採用し、他方では、民法上の権利濫用理論によって米軍事基地の維持と確保をはかり、市民法自体の軍事化、したがってまた、市民法の側からする安保体制法への一元化が行なわれているからである<sup>(95)</sup>」と指摘した。

その上で、福岡高裁の判旨については、次のように指摘している。「安保条約・行政協定上の従属的な基地提供義務を絶対的な所与として、国の義務履行のために市民法原理を歪曲し、権利濫用理論を恣意的にとりいれ基地維持の軍事目的を貫徹しようとした。権力ないし資本の権利行使から一般市民の權益を保護すべく生長した権利濫用の理論は、逆に米軍の便宜のために使用され、『権利濫用の濫用』が行なわれている<sup>(97)</sup>」。

そして、最高裁の「さらに私所有権の社会性という歴史的な法イデオロギーを反憲法的・軍国主義的に再構成し、市民法を軍事化することによって、市民法の側からする安保体制法秩序との整合をはかろう<sup>(98)</sup>」という考えは、「独占資本（の生産手段）を私有財産制によって保障し、資本の運動に抵抗する人民の権利を、「私権の社会性、公共性」によって制約するものとして客観的・法則的に機能した権利濫用理論は、今日、米軍基地の維持と保護に拡大適用され、市民

法体系は安保体制法秩序へ一元的に修正・統合されているのである<sup>(99)</sup>。

以上のように、畑評釈は、本件判決の私所有権の社会性という歴史的な法イデオロギーを反憲法的・軍国主義的に再構成し、市民法体系が安保体制法秩序へ一元的に修正・統合されていることは、「権利濫用の濫用」であると批判している。

#### IV 権利濫用の濫用の原因

このような現象に直面して、吉岡評釈は、判例の類型化に依拠しつつ、一般条項たる権利濫用法理濫用の原因を解明しようとする。以下のようにである。

権利濫用の法理適用の可能性を類型化する学説は、判例を以下のように三つに分類する。<sup>(100)</sup> ①権利の範囲に属する行為であるが、その主観的意図が認容されるべき一定の限界をこえた非道徳性、違法性をもつ行為である場合。②権利の範囲に属する行為であり、且つ他人に損害を加える主観的意図を有しないが、その行為の結果において他人に損害を与える場合。③ならん権限を有しない者による侵害に対して、自からの正当な権利の行使によってこれを排除することが権利の濫用とされる場合である。権利濫用法理適用が最も問題視されるべきなのは、③の類型である<sup>(101)</sup>。というのは、そもそも権利濫用法理は、「資本主義社会が発展すればする程露呈する諸矛盾のなかで、社会的経済的に弱い立場にある市民の利益をまもるという意味で、その機能が前提される」<sup>(102)</sup>べきであるのに、類型③においては、「市民への権利侵害という既成事実をつくり上げた企業⇨資本ないし国家、公権力機関を防御するという現実的な機能を果た」すことになるからである。権利濫用法理はどのようにして③類型に適用されるのか。その原因は、「いわゆる一般条項としての性格をもつ規定―『公共の福祉』『権利濫用』とかの規定は、しばしばかかる文言を金科玉条として、不当に拡大解釈され、

逆に本来の目的趣旨とは離れた反対の結果―市民の利益、市民の権利を制限する」ことになったこと(103)に求められる。

## V 権利濫用の濫用と公益優先論

菅野評釈は、権利濫用法理の濫用は公益優先論と関連していると指摘している。第一に、シカーネ的要素のない権利行使について客観的要件のみにより権利濫用を結論づける判例(裁判例【12】【13】)は、当時支配的であった公益優先の法思想の影響によるものである。本件最高裁判決は、このような判例の傾向に従い、権利行使者にシカーネ的要素がないのに客観的要件つまり国が明渡義務を履行するについて被る損害と、所有者が明渡によつて得る利益とを比較し、前者の方が大きいことを根拠に土地の明渡請求を権利濫用とした(104)。このような比較は具体的に「どのような損害または利益で、いかにほどであるかを何ら示さず」、従来の諸判例のそれと比較してみても著しく具体性に欠けており、「問題のある比較考量(105)」である。第二に、本判決は、条約に基づく国の用地提供義務の履行に土地所有者も協力すべきこと、私権が公共性・社会性を有するなどとしているところ、「権利の行使が公益ないし大企業の利益と対立する場合は、権利者はシカーネの存否も問わず公益等への服従を強いられる」ことは、公益優先論の立場であり、このような権利濫用理論の適用は、「権利濫用理論の濫用」である(106)。第三に、本判決には、公共の福祉と公益の区別を意識せず、公益の前には私権は制限されるのは当然であるとする思想が流れているように思われる。そうしたストレートな公益優先論によれば、個人に認められた所有権その他の私権が、公益ないし大企業の利益と対立する場合には、その法的な正当性の議論もなしに公益に従うべきことを強いられることになる。それを正当化する理論として権利濫用理論を用いるのは、権利濫用理論の濫用といわざるをえない(107)。

#### 第四款 公共の福祉の性格に関する検討

##### I 「公共の福祉」の実質的内容検討の必要性

末川博士は、「社会性・公共性」というような言葉を使うときには、これにどのような内容を盛るべきかを十分に考えなければならぬのであるが、現在の日本においては、憲法の根本理念たる主権在民の民主主義の建前から、公共とか社会とかいうことは国民大衆を本位にして考え、公共の福祉といえ、少数支配層のそれではなくて国民の多くの者のそれを指すものといわねばならない。だから、本件において被告入国の被る損害と比較される原告人らの利益というのも、原告人らを含めて基地周辺の住民や広く国民全般のそれともつないで考えることを要するのであって、そう簡単に割り切つて断定してはならない」と板付基地事件の判旨を批判している。

吉岡評釈も、従来の研究の欠点を指摘しながら、「公共の福祉」等の概念の実質的内容の検討の必要性を強調した。「一般に、私法学者は、『公共の福祉』という觀念、あるいは『私権の公共性』『社会性』という意味内容を形式的にとらえようとすゝいいかえれば、その抽象性で満足する傾向があつた」。『なによりも、その実質的意味内容が検討されることが必要とされるのではないであらうか。もとより、かかる觀念は相対的なものであり、個別的、具体的場合を通して類型化する作業が必要であるが、その類型化を通して現実的課題・実践的課題の提起が要求されよう』。その理由は、「かかる一般条項の解釈、適用の基準は、あくまで憲法規範の具体的実践機能を第一義的前提として、いいかえれば、『市民の利益』、『市民の権利』保護という点にもとめなければならぬ」ことにある。このような考えに基づき、「権利濫用という一般条項を形式的論理的に解釈するのではなしに、その適用の限界性―市民の利益、市民の権利保護という範疇における―の認識の上にたつことが要求されるのである。その点において、私権の社会性ということが問題とされる

といわねばならない」。

## Ⅱ 公共の福祉Ⅱ市民の利益

判決【17】は、利害の比較衡量については、なんら具体的に論じることなく、単に国の被る損害として多額の費用と基地としての使用に甚大な不便と困難を来すという理由に基づいて、上告人の主張を否定した。その根本的な理由は、国家政策の遂行を簡単に公共の福祉として扱う考えにある。吉岡評釈は、それと異なり、両者の区別について次のように指摘しながら、公共の福祉・公共の利益の市民的利益の性格を論じている。

第一に、市民の利益Ⅱ公共の福祉Ⅱ国家の政策である。「市民の利益」―「公共の福祉」という観念もまた本来的には同義的に対置できよう―ということは、必ずしも国家権力ないし公権力の行使、それにもとづく既成事実と一致するとは限らない。殊に、今日のように、憲法秩序とあいられない政治体制が現実に存在する場合、国家目的遂行のための権力行使、その既成事実は、憲法規範を前提として理解されるべき「市民の利益」Ⅱ「公共の福祉」とは、全く無縁な相反するものであることを確認することができるであらう<sup>(10)</sup>。つまり、「国家政策の目的遂行のためになされる諸権力の行使が、即時的に公共の利益であるということにはならない。ましてや、違憲的な権力行使の存在を前提とした既成事実に対して公共の利益を主張することは許されない。公共の利益は、市民の利益であり、国の政策的遂行がこの市民の利益と一致する場合において、はじめてそのような主張が認容されるのである。判決が、公共の利益―私権の公共性に関してこれに言及することなく、ただ多額の費用、基地使用の不便、困難ということのみを理由に権利濫用の適用をおこなったのは恣意的即断審理不届であり、まさに権利濫用の濫用という非難を免れないであらう<sup>(11)</sup>」。

第二に、公共の利益の内容について、本判決は、なんの具体的判断も示していない。多額の費用、基地使用の不便、

困難ということとは、単に、「国が不都合を来す」ということにすぎず、ならん公共の利益についての判断を示したものである。本件において、公共の利益は、むしろ、「明渡によって土地所有者個人のうける利益以上に、住民の利益―公共の利益に作用するということ」<sup>(12)</sup>に示されている。一方、「明渡を認めなければ、軍事基地の維持、存続の固定化という事実によって、爆風、爆音に日常的に悩まされ、生命の危険、生活権への脅威、戦争の恐怖におびやかされ、市民の享有すべき諸権利を制限するという作用の継続でしかありえない」。それは、「あくまで軍事政策への奉仕でしかありえない。公共の利益と相反する国家政策目的の遂行である。また、このことは憲法にしたしまない違憲現象であり、それを論ずるまでもなく公共の利益とは無関係である」<sup>(13)</sup>。

第三に、結論として、「判決における権利濫用の適用は、権利濫用の客観的要件である利害の比較衡量、公共の利益に関する具体的認定を欠いたものとして、不当であるといわなければならない」<sup>(14)</sup>。また、判決は「合法性正当性を無視、軽視して既成事実を偏重し、その具体的検討なしに、抽象的一般的な『公共の利益』あるいは『経済的利益』に籍口した、権利濫用理論の濫用であるといわざるをえない。国家権力行使による既成事実を市民の利益に優先させ、本来市民の利益、市民の権利を保護すべき権利濫用の法理をもちいて、国家政策目的に奉仕するという役割を果したのだというほかはない」<sup>(15)</sup>、としている。

### III 公共の福祉と「公益」の区別

公共の福祉とは、公益優先論の「公益」とは異なる概念である。加藤評釈は、「公益性」は公法上の概念であり、排除されるべきであると主張している。国に対する公法的な関係と私法上の所有権とは別個の問題であり、これについての調整は、土地収用の手続によってなされるべきであると主張している。そもそも、権利濫用においては、公益性も一

つの考慮すべき事情に入りうる。しかし、ここで、「公益性をなまの形で、つまり私法上の利益と同じ平面で比較衡量することは、やはり妥当でない」<sup>(16)</sup>。さらに、「本判決は法的な理由づけが十分ではなく、法的には是認しがたいものである。その意味では政治的ないし政策的見地が織りこまれているのではないかという臆測も出てくることになるう」。「判決に政策的見地が入ってくることは、場合によつて認めてよいことではあるが、それを持ちこんだときには、それを実質的理由として十分に論じるべきである」<sup>(17)</sup>としている。

菅野評釈も、公共の福祉は、ナチスの標語「公益は私益に優先する (Gemeinnutz geht vor Eigennutz)」における「公益」とは異なり、「あくまでも個人主義的理念に立脚するもの」であると主張してゐる。そして「公共の福祉すなわち公益なのではない。公共の福祉は、公益のほかに社会全般の福祉を含む理念であり、すべての個人の権利の実質的に公平な保障をも含むものであるといえる。本件判決には、こうした区別を意識せず、公益の前には私権は制限されるのは当然であるとする思想が流れているように思われる。そうしたストレートな公益優先論によれば、個人に認められた所有権その他の私権が、公益ないし大企業の利益と対立する場合には、その法的な正当性の議論もなしに公益に従うべきことを強いられることにならう。それを正当化する理論として権利濫用理論を適用するのは権利濫用理論の濫用といわざるをえないのである」<sup>(18)</sup>と述べている。

#### IV 公共の福祉と私権の社会性

吉岡評釈においては、公共の福祉は、抽象的な概念ではなく、市民的な利益に関わるものである。そして、公共の福祉と私権の社会性とは、市民的利益の意味で、同じような概念であり、国家の政策の遂行のためのものではないと主張している。畑評釈も、「私権の社会性、公共性」は、民法法の原理であると主張している。一方、田中評釈も、民法一

条一項の公共の福祉の原則は、「私権の社会性、公共性という、権利の内在的制約の存することを宣言し、同三項における権利濫用の禁止は、かかる内在的制約ある権利の具体的動態における制限を規定したものであると解釈している<sup>(19)</sup>」したがって、公共の福祉は、私権の社会性を宣言するものであり、権利濫用の原則も、私権の社会性の具体的な表現であるとする。ここでは、公共の福祉と私権の社会性は、同じ意味で扱われている。

しかし、田中評釈において、この社会的・公共の利益と評釈判決における国家の利益とはどういう関係であるのか、明確に論じられていない。判決の内容に照らして、国家の利益もこの社会・公共の利益の一つとして捉えられている。したがって、公共の福祉と私権の社会性の具体的な内容について、市民の利益に重点を置くか国家の利益に重点を置くかにより、議論は異なる様相を呈する。しかし、やや微妙なところは、田中評釈は、判決に使われた「公共の福祉」という表現に代わり、頻繁に「私権の公共性・社会性」という表現を用いているということである。権利の内在的制約という表現は、権利の本質という表現の意味するところとは、異なることを示唆している。楠評釈において、権利の社会性と公共の福祉とは同じような概念として扱われている。また、憲法における公共の福祉と民法上のそれとは同質的なものと理解され、民法上の「公共の福祉」の特殊性が意識されていない。

#### 第五款 私権の制約原理と国への協力義務

公共の福祉・私権の社会性を国家の利益に関わるものと理解している評釈においては、私権の制約原理と国への協力義務の関係は、問題にならないであろう。しかし、公共の福祉・私権の社会性を市民の利益に関わる原理として扱う評釈においては、両者の関係が一つの問題として議論されることになる。



吉岡評釈は、「借地法が、正当事由にもとづく更新の拒絶という規定をもうけているのは、いうまでもなく、借地人を保護する趣旨のものであり、つとに住宅政策的意図をもつものである。そのような意味をもつ借地法上の規定を、本件土地を不法に占有するアメリカ駐留軍の存在にまでおよぼすということほどナンセンスなことはあるまい。借地法上の『正当な事由』という判断までが、私法と公法の交錯的過程あるいは公法的側面において不当に拡大適用されていることに注意を喚起しないわけにはいかない」と指摘している。

加藤評釈は、次のような具体的な観点を展開している。第一に、国の条約上の義務は、法的に見れば国の義務にすぎず、国民までを直接に拘束しないのが原則である。「条約に国の提供義務があるからといって、個々の土地所有者の土地提供についてこれを考慮に入れることは、妥当でないといわなければならない」<sup>(121)</sup>。第二に、国に対する公法的な関係と私法上の所有権とは別個の問題である。「本判決は法的な理由づけが十分ではなく、法的には是認しがたいものである。その意味では政治的ないし政策的見地が織りこまれていないかという臆測も出てくることになろう」。「判決に政策的見地が入ってくることは、場合によって認めてよいことではあるが、それを持ちこんだときには、それを実質的理由として十分に論じるべきである」<sup>(122)</sup>。

菅野評釈も、「国民は国の条約上の義務履行に協力すべきであるとしても、それは国が条約上の義務履行だとして行うことには何でも無条件に追従すべきことを意味するものではない。国民に法的な義務を課するには法律によるべきであり、駐留軍の用に供する土地等の使用については特別措置法があるのである。こうした法律によらずに、国が条約上の義務の履行につき、特定の個人にそれへの協力を義務づけることはできない。本件において、国が特別措置法による土地の使用または収用の手続をとらなかつたことは、明らかに落度といふべきである」<sup>(123)</sup>と批判している。

## 第六款 小括

以上、判例評釈を中心として学説を分析してきた。その到達点は、次のようにまとめることができよう。

第一に、権利濫用判断に関して主観的基準から客観的基準への転換を説き、そして客観的基準の主な内容とその判断方法を提示する末川説は、日本の判例と学説にはほぼ受け入れられたと評価することができる。その後の判例評釈においては、権利濫用判断の客観的基準がより重視されるようになっていく。しかし、板付基地判決(裁判例【17】)をきっかけとして、客観的基準のみで権利濫用を判断することに対して、次のような疑問が提示されるに至った。第一に、利益衡量も必要であるが、不法侵害に対する所有権の正当な主張という利益を忘れてはならない。すなわち、不法侵害に対する所有権の主張の正当性の存否(シカーネ的要素の存否)の問題も排除すべきではない。次に、単に経済的利害だけを比較して権利濫用を認めるのは、国あるいは大企業の作り出した既成事実を追認することになるおそれがあり、きわめて危険である。さらに、権利の行使が公益ないし大企業の利益と対立する場合、権利者がシカーネの存否も問わず公益等への服従を強いられるのは、公益論に立つとされるわけである。これらの疑問と批判の着目点としては、権利濫用の判断に際して、客観的標識のみを用いることに限界があるという点である。従来の主観的標識をも考慮すべきであるとされる。すなわち、このような立場は、主観的標識が考慮されるのであれば、少なくとも、板付基地判決は成立し得ないという考えであろう。

たしかに、客観的標識のみに依拠して権利濫用の成否を判断することに問題がないではない。しかし、ここで、最も問題とすべきは、主観的標識の考慮それ自体ではなく、客観的標識の内容が、双方の利益の比較+一般公衆・付近の住民の利益という図式から、双方の利益の比較+国家の利益・国への寄与という図式へと転換してきたことである。一言

でいえば、問題になるのは、客観的標識の内容自身の変質なのである。板付基地判決に即して言えば、従来の基準である利益比較と一般公衆の利益だけではなく、国家の利益をも権利濫用の判断基準とした点が問題なのである。このように見てくれば、この判決に対する学説の疑問と批判が、主観的標識の考慮の必要性を強調するだけにとどまり、客観的な標識の内容自体を問題にすることがないのは、ことからの本質を捉えていないと言わざるをえない。

第二に、権利濫用理論の根拠は、私権の制限原理である私権の社会性・公共性ないし公共の福祉の理念であろう。しかし、私権の社会性や公共の福祉概念についての理解は、かなり異なっている。この点は、判例評釈の分析を通して明らかである。しかし、評釈においては、その理解が異なることの重要性が重視されていない。筆者は、その異なることこそ、権利濫用理論濫用の批判の重要な根拠になると考える。そして、この点は、民法における私権の社会性・公共の福祉のあるべき性格の検討にもつながっていると思われる。

評釈において、公共の福祉・「私権の社会性・公共性」とは、抽象的な概念ではなく、市民法の原理であり、市民的な利益に関わるものであるという理解も見られた。一方、民法一条一項の公共の福祉の原則は、「私権の社会性・公共性」という、権利の内在的制約の存することを宣言」しており、その内容は、市民の利益ではなく、国家の利益であるという理解も見られた。したがって、公共の福祉と私権の社会性の概念の具体的な内容について、市民の利益に重点を置るか国家の利益に重点を置くかにより、議論は異なる様相を呈する。【17】の判決は、まさに公共の福祉が国家の利益をも含まれるという立場に立っているのである。

第三に、権利濫用の根拠を公共の福祉というような不明確な概念に求めたため、市民と公権および大企業（資本）との間の利害衝突を調整する際に、常に市民の利益を後者に従属させ、犠牲にしてしまう状態になっている。このようにして、権利濫用理論が濫用されることになる。本来、権利濫用の法理は、私権相互の諸矛盾・対立、市民対市民の利害

衝突を調整する社会的機能を果たすべきものである。しかし、現実には、それは、市民対企業（資本）あるいは市民対公権との対抗において、市民の利益を大企業および公権に従属させるという機能を果している。その原因は、権利濫用の根拠である『公共の福祉』の内容が不当に拡大解釈されたところに求められる。この点は多く指摘されるところである。しかし、問題は、「公共の福祉」の内容が如何に拡大解釈されたか、その拡大解釈の具体的な原因はどこにあるのか、である。この点は、いずれの判例評釈においても検討されることがなかった。したがって、公共の福祉の性格に関する検討も進められなかったわけである。

## 注

（一）原理説は、通説的な理解ともされている。我妻博士は、民法一条一項は私権の社会性という原理を宣言したものであり、二項と三項はその具体的な適用を示すものと主張している（我妻栄『新訂民法総則八民法講義Ⅰ』（岩波書店、一九七二年）三三頁）。多くの学説は、このような理解に同調している（たとえば、遠藤浩Ⅱ川井健Ⅱ原島重義Ⅱ広中俊雄Ⅱ水本浩Ⅱ山本進一編『民法（一）総則』【第四版増補補訂版】（有斐閣、二〇〇〇年）二九頁（遠藤浩執筆））。末川教授も次のように論述している。「二条三項の総てが、権利ことに私権の相対性を明らかにして、公共的な立場からする制約があることを定めているのである。したがって理念的に關しては全く同じようなことを、裏と表と横という風に別々の方向から宣明しているといつてよい。もつとも、それぞれの項は、それぞれ違った角度から、権利についての一般的なものを規定しているのである。すなわち、第一条の各項は、全体として互いに関連しながらも、なおそれぞれ別異の方向から、権利一般について規定しているのである。第一項においては、私権のもつべき本質的な性格ないし要請を『公共の福祉にしたがう』という理念形式を用いて表明している。第二項は、権利義務として現れている法律関係の内容を具体的に現実化する動態に關する法的な要請を示すものである。したがって、第二項は、第一項が権利のそのものに内在する本質的な性

格ないし要請を定めているのよりも、さらに一段階進んだ次元のことに關しているということが出来る。第一項および第二項は、権利そのものおよび権利の動態が適法なるべきことについての制約たるわくを示しているのに、第三項は、さらにそのわくとは別のわくで濫用を違法とする方面から、権利の動態について規定しているのであって、念には念をおすという立法上の周到的な用意に出たものといえよう」(末川博「権利の濫用に関する新しい規定『権利侵害と権利濫用』(岩波書店、一九六〇年)二五二―二五六頁参照)。末川説は、有力説と評価されている。我妻説と末川説は共に原理説と呼ばれ、通説的な見解と理解されている(黒田喜重「私権と公共性」中川淳・貝田守編『未來民法を考える』(法律文化出版社、一九九七年)三〇頁)。

(2) 我妻栄「公共の福祉・信義則・権利濫用の關係」末川先生古稀記念論文集刊行委員会『末川古稀・権利の濫用上』、有斐閣、一九六二年)五八頁。三つの条項はそれぞれ独立して機能するという独立説としては、ここに示された我妻博士の昭和三七年の見解が代表的なものである。次のようにいう。第一項は、専ら社会一般―公共の福祉―と私人間の利益との衝突・調整を意図するものである。私権を認めこれを保護することも、終局においては、社会共同生活の向上發展のためである。したがって、私人間の利害の衝突を信義則にしたがって調整することも、間接的には公共の福祉にかなう。しかし、第一条の規定の解釈としては、第一項は専ら私権の存否・内容・行使方法などと公共の福祉との關係を支配するものとみるのが妥当である。公共の福祉に反する私権の行使は、私権の濫用になる―したがって濫用という句を用いてもよいが、その基準を定めるには、第三項とまた違ったグループとすることが適當である。幾代博士もこの観点をとっている(幾代通「民法総則」【第二版】(青林書院、一九八四年)一四頁)。

(3) 四宮和夫「民法総則」【第四版】(弘文堂、一九八六年)二九頁。四宮教授は、私権の制約にはその内容に関する制約と行使に関する制約という二つの制約があると説明している。公共の福祉の原則は、先ず私権の内容に関する制約原理として、私権の内容が社会全体の利益と調和すべき旨を宣明するものであるとする。ついで、私権の行使に関する制約として、民法一条に定める三つの法理があり、公共の福祉の原則は、私権の行使が社会的共同生活の利益に反してはならないことを要求するものであって、これに反する行使は権利濫用とされることがある、としている。したがって、一条一項は、私権の内容を制限するものとしては独自の存在意義を持つが、私権の行使を制約する原則としては、権利濫用の禁止を背後から支える機能を持つものとし、他方、公共の福祉と信義則との關係については、直接の連結はないが、権利義務の内

容はその社会的機能に合致するように定めなければならないという法理の理念の現われである点では同根である、とする。

(4) 米倉明『民法講義総則（二）』（有斐閣、一九八四年）三五頁以下。米倉教授は、一項は私権の社会的制約の思想を表明しているにとどまり、二項、三項に対し、それらの思想的背景をなしていることは確かであるが、それ以上の関係はないとする。

(5) 一条三項の総てが、権利、ことに私権の相対性を明らかにして、公共的な立場からする制約があることを定めている。末川・前掲書（注1）二五二頁参照。そして、一九世紀の民法における権利の絶対性の特徴に対して、二〇世紀的民法における権利の特徴は、「権利というものの社会性ないし公共性を認めて、権利の行使に限界があるという見地から、権利一般について濫用を許さないとする考え方は、いわば社会本位に権利の相対性を肯定しようとするものである」との評価がなされている。末川・前掲書（注1）二五三頁。

(6) 菅野耕毅「権利濫用理論の史的展開」菅野耕毅『信義則および権利濫用の研究』（信山社、一九九四年）一三五頁。

(7) 菅野・前掲書（注6）一三六頁。

(8) 民録五輯二卷一頁。

(9) 民録一輯一七〇二頁。

(10) 民録七輯六卷四七頁。

(11) 菅野・前掲書（注6）一四二頁。

(12) 民録二輯二四七四頁。

(13) 民録三輯一四頁。

(14) 民録二五輯三五六頁。

(15) 法律新聞二六四八号二頁。

(16) 菅野・前掲書（注6）一五〇頁。

(17) 菅野・前掲書（注6）一五〇頁。

(18) 法律新聞四三〇一号一二頁。

(19) 法律新聞三二七二号九頁。

- (20) 法律新聞四六八五号七頁。
- (21) 判決全集四輯二三号二一頁。
- (22) 民集一四卷一九六五頁。
- (23) 民集一四卷一九六五頁。
- (24) 民集一七卷二〇五七頁。
- (25) 法律新聞五八九号二一頁。
- (26) 大判昭和六年七月二四日、大判昭和一九年一〇月五日。
- (27) 菅野・前掲書(注6)一三六頁。
- (28) 谷口知平編『注釈民法(一)』(有斐閣、一九六四年)一二六頁〔植林弘執筆〕。
- (29) 菅野・前掲書(注6)一四〇頁。
- (30) 川井健「信玄公旗掛松事件」民商七八卷臨時増刊(一)(一九七八年)一一六頁。
- (31) 大阪地判昭和六月一二月二日、法律新聞三三三三九号四頁。福岡地判昭和一三年一〇月三二日、法律新聞四三四四号三頁。
- (32) 水本浩「權利の絶対性—權利濫用理論の發展」伊藤正己Ⅱ甲斐道太郎編『現代における權利とはなにか』(有斐閣、一九七二年)七頁。
- (33) 五十嵐清「權利の濫用」石田喜久夫編『民法I』(日本評論社、一九七七年)一六頁。
- (34) 菅野・前掲書(注6)一四〇頁。
- (35) 田中美「權利濫用の法理の展開と反省」法学教室第一号(一九七三年)三三三頁。
- (36) 菅野・前掲書(注6)一五八頁。
- (37) 竹下英男「權利濫用の一機能」立正大学経済学季報一三卷一Ⅱ二号(一九六三年)一三四頁、五十嵐・前掲論文(注33)一七頁。
- (38) 青山道夫「わが国における權利濫用理論の發展」末川古稀『權利の濫用上』(有斐閣、一九六二年)三一頁。五十嵐・前掲論文(注33)一七頁。

- (39) 田中実「権利の濫用」総合法学一卷一号（一九五八年）三九頁、鈴木祿弥「財産法における『権利濫用』理論の機能」法律時報三〇巻一〇号（一九五八年）二二頁、松本暉男「わが国における権利濫用理論の特質についての一考察」学説史にあらわれた「公共の福祉」理念との結合の過程を通して」関西法学九巻五〇六号（一九五八年）五八七頁、竹下・前掲論文（注37）一三四頁、藤岡康宏「権利濫用に関する一覚書」北大法学二六巻二号（一九七五年）一〇四頁など参照。
- (40) 最判昭和二十五年二月一日、最高裁判所民事判例集四卷二二二号六二五頁。
- (41) 最判昭和四〇年三月九日、最高裁判所民事判例集一九卷二二二号三三三頁。
- (42) 名古屋地方裁判所昭和四〇年一月一日、判例時報四五〇号四一頁。
- (43) 最高裁判所昭和四三年一月二六日、第三小法廷判例時報五四四号三二頁。
- (44) 福岡地方裁判所昭和五二年二月五日、判例時報八八五号一五七頁。
- (45) 東京地判昭和二十七年九月七日下民三・九・二二〇七、大阪地判昭和二十八年二月二十五日下民四・一二・一九九六年、広島高判昭和三十三年八月九日日本誌一六四・二〇などがある。
- (46) 仙台高等裁判所昭和六二年一月〇月二九日、判例時報二二二四号七五頁。
- (47) 神戸地判大正五年九月一日、法律新聞二二〇四号三一頁。
- (48) 東京地判昭和六年一〇月九日、法律評論二〇巻民法九五六頁、大判昭和七年二月二〇日、法律新聞三五二一四頁。
- (49) 松本丞治「人、法人及物」(厳松堂、一九一〇年)七八頁。
- (50) 末川博「権利の濫用に関する一考察」煤煙の隣地に及ぼす影響と権利行使の範囲」『権利侵害と権利濫用』(岩波書店、一九六〇年)一一八頁。
- (51) 末川・前掲書(注50)一三一―一三二頁。
- (52) 末川・前掲書(注50)一三二頁。
- (53) 最高裁判所民事判例集一六巻七号一二六五頁。
- (54) 楠正純「借地法第四条第一項の合憲性法学」東北大二八巻二号（一九六四年）三八九頁以下参照。
- (55) 楠・前掲評釈(注54)四〇六頁。
- (56) 楠・前掲評釈(注54)四〇六頁。



- (57) 田中永司「土地明渡請求と権利濫用（板付空軍基地事件）」ジュリスト三三二二号（一九六五年）二二六頁。
- (58) その定義によれば、権利濫用とは、「外形上権利の行使のように見えるが、具体的の場合に即してみるときは、権利の社会性に反し、権利の行使としては認することができない行為」である。我妻・前掲書（注一）三二頁。
- (59) 「権利濫用禁止の法理的根拠が権利の本質的性格である社会性、公共性にある」。末川博「権利濫用概論」比較法研究三号五頁。

- (60) 田中・前掲評釈（注57）二七頁。
- (61) 末川・前掲書（注50）一三三頁。
- (62) 末川・前掲書（注50）一三四頁。
- (63) 末川・前掲書（注50）一三五頁。
- (64) 末川・前掲書（注50）一三六頁。
- (65) 末川・前掲書（注50）一三七頁。
- (66) 田中・前掲評釈（注57）二八頁。
- (67) 末川・前掲書（注50）一二〇頁。
- (68) 末川・前掲書（注50）一三七頁。
- (69) 楠・前掲評釈（注54）四〇六頁。
- (70) 楠・前掲評釈（注54）四〇六頁。
- (71) 楠・前掲評釈（注54）四〇七頁。
- (72) 楠・前掲評釈（注54）四〇八頁。
- (73) 楠・前掲評釈（注54）四〇七頁。
- (74) 楠・前掲評釈（注54）四〇七頁。二重の制限とは、社会公共の立場からの制限と資本主義の立場からの制限とを指している。社会公共の立場からの制限が必要になるのは、「土地を、私人の自由な排他的・独占的支配に委ねること」になれば、「社会公衆の生活上諸種の弊害を惹起せしめる」からである。資本主義の立場からの制限が必要になるのは、「土地を所有していないが資本をもっている者、或いは土地の上に資本を投下して生産・生活を営もうとする者にとつて、土地所有権

の存在は、かなりの障害と」なるからである。

- (75) 田中・前掲評釈(注57) 二八頁。
- (76) 田中・前掲評釈(注57) 二八頁。
- (77) 田中・前掲評釈(注57) 二八頁。
- (78) 田中・前掲評釈(注57) 二八頁。
- (79) 楠・前掲評釈(注62) 四〇九頁。
- (80) 田中・前掲評釈(注57) 六五頁。
- (81) 加藤一郎「板付飛行場事件―所有権に基づく明渡請求が権利濫用とされた事例」法学協会雑誌八二卷六号(一九六六年)八四頁以下。
- (82) 加藤・前掲評釈(注81) 九八頁。
- (83) 加藤・前掲評釈(注81) 九六頁。
- (84) 加藤・前掲評釈(注81) 九六頁。
- (85) 鈴木祿弥「財産法における『権利濫用理論の機能』法律時報三〇卷一〇号二〇頁。
- (86) 田中・前掲評釈(注57) 二七頁。
- (87) 吉岡幹夫「権利濫用の機能的考察―板付基地事件最高裁判決に思う―」法経論集(静岡大)二〇号(一九六五年)一頁。
- (88) 吉岡・前掲評釈(注87) 一頁。
- (89) 吉岡・前掲評釈(注87) 二―三頁。
- (90) 吉岡・前掲評釈(注87) 一三頁。
- (91) 吉岡・前掲評釈(注87) 一四頁。
- (92) 吉岡・前掲評釈(注87) 一五頁。
- (93) 吉岡・前掲評釈(注87) 一六頁。
- (94) 吉岡・前掲評釈(注87) 一七頁。
- (95) 畑穰「板付事件最高裁判決をめぐって」法律時報三七卷七号(一九六五年)四六頁。

- (96) 畑・前掲評釈 (注95) 四六頁。  
 (97) 畑・前掲評釈 (注95) 四八頁。  
 (98) 畑・前掲評釈 (注95) 四八頁。  
 (99) 畑・前掲評釈 (注95) 五〇頁。  
 (100) 幾代通「權利濫用について」法政論集一卷二号(一九六二年)、鈴木・前掲論文(注85)一六頁、川島武宣「權利濫用の意味論的考察」『末川古稀・權利の濫用上』二二九頁(有斐閣、一九六二年)等参照。  
 (101) 吉岡・前掲評釈(注87)一六〇一七頁。  
 (102) 吉岡・前掲評釈(注87)一七頁。  
 (103) 吉岡・前掲評釈(注87)一七頁。  
 (104) 菅野耕毅「所有權の濫用―板付基地事件(所有權に基づく土地明渡請求が權利濫用とされた事例)」半田正夫ほか(編)『現代判例民法学の課題』(森泉章教授還曆記念論集)(法学書院、一九八八年)一〇頁。  
 (105) 菅野・前掲評釈(注104)二〇頁。  
 (106) 菅野・前掲評釈(注104)一〇頁。  
 (107) 菅野・前掲評釈(注104)二一、二二頁。  
 (108) 末川博「判批」民商五三卷四号(一九六六年)六二七頁以下。  
 (109) 吉岡・前掲評釈(注87)一八頁。  
 (110) 吉岡・前掲評釈(注87)一八頁。  
 (111) 吉岡・前掲評釈(注87)二三、二四頁。  
 (112) 吉岡・前掲評釈(注87)二五頁。  
 (113) 吉岡・前掲評釈(注87)二五頁。  
 (114) 吉岡・前掲評釈(注87)二五頁。  
 (115) 吉岡・前掲評釈(注87)二五、二六頁。  
 (116) 加藤・前掲評釈(注81)九六頁。

- (117) 加藤・前掲評釈（注81）九七頁。
- (118) 菅野・前掲評釈（注104）二一～二二頁。
- (119) 田中・前掲評釈（注57）二八頁。
- (120) 吉岡・前掲評釈（注87）二三頁。
- (121) 加藤・前掲評釈（注81）九二頁。
- (122) 加藤・前掲評釈（注81）九七頁。
- (123) 菅野・前掲評釈（注104）二〇～二二頁。

\*本稿は、北海道大学博士（法学・民法）学位論文（二〇〇一年三月三日学位授与）を補筆したものである。