HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	日本民法における「公共の福祉」の再検討（３）　－「市民的公共性」形成の試み－
Author(s)	宗, 建明; ZONG, Jianming
Citation	北大法学論集, 53(1), 29-85
Issue Date	2002-05-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15134
Type	departmental bulletin paper
File Information	53(1)_p29-85.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

日本民法における「公共の福祉」の再検討（三）

――「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　権利濫用裁判例の再考
第一款　戦前民法改正前の裁判例について
第二款　戦後民法改正後の裁判例について
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
第一款　権利濫用理論の概観
第二款　末川博士の権利濫用論
第三款　松本教授による権利濫用理論学説史の考察
第四款　小括
第四節　外国の権利濫用理論における判断基準
第一款　ローマ法におけるシカーネ禁止の概念について
第二款　ドイツ民法における権利濫用標識の転換
第三款　スイス民法における権利濫用の規定
第四款　フランス民法における権利濫用理論の標識の転換

（以上五二巻五号）

（以上五二巻六号）

第五款　外国における権利濫用理論の特徴
第五節　権利濫用論の本来の機能と濫用される原因
第一款　権利濫用論における客観的標識の内容の拡大
第二款　権利濫用理論の根拠の転換－私権の社会性から私権の社会的本質へ－
第三款　権利濫用論の濫用の根本的な原因
第四款　民法における公共の福祉の性格
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）

第三節　日本の権利濫用理論の展開

権利濫用の観念は、学説においてかなり早い時期から存在した。(1) 本節は、権利濫用判断の標識およびその根拠を中心として日本の権利濫用理論を概観し、その上で学説として特に重要な意義を有すると考えられる末川博博士および松本晤男教授(2)の権利濫用理論を取上げて検討する。

第一款　権利濫用理論の概観

I　権利濫用理論の成立（明治時代）

明治民法には、権利濫用の規定も公共の福祉・信義誠実の原則に関する規定も存在しなかった。しかし、「私権の市民的自由性が全面的に容認されていたわけではない」[3]。梅謙次郎博士や岡松参太郎博士等学者の見解を見ると、「一般にすくなくとも私権行使は法律の認める範囲内では個人の自由であるが、他人の私権を害するようなことは許されないと解されていたことが分かる」[4]。民法起草者の一人富井政章博士の明治三六年に公表された見解においても、適法な権利の行使にも社会的制約があるとの考えが見られる[5]。富井博士の議論において権利濫用の法理が援用されているわけではないが、この時期においてすでに、所有権は決して独立無制限のものではなく、権利の社会的被制約性が明確に構成されている、と指摘されている[6]。

民法施行直後に「権利濫用論」を説いた岡松博士は、「所有権の定義に際し、イエーリングの説を引用して『私権、殊に所有権は人類の共同生活の影響を受け、公益のために法律上其の制限を受けることは当然のことなり…』としただけでなく、第二〇七条がローマ法以来の土地所有権の範囲に関する原則を規定しているがそこに二つの制限の存すること、一は法令上の制限（公益の必要上、法律又は命令による）、二は事実上の制限である」[7]と述べた。岡松博士のいう土地所有権の濫用禁止は、「恐らく僅少の土地を囲んで大衆の交通を妨げるような社会的な便宜上の問題を念頭において説かれたものと思われる」[8]。また、岡松博士は、「国家の利益、社会の利益、共同の利益なる物は存する能はず」とし、個人的利益を内容とするという権利の観点から、権利の受ける社会的制約を認めた[9]。

明治末期、牧野英一博士は、フランス学説とりわけ科学学派の影響を受けつつ、しかしその単なる移入に終らずに、そこでの問題点を整理して我民法の解釈理論を構成しようとした。牧野博士は、権利濫用理論についての独自の見解を示したのではない。「ふりだしに戻って権利濫用という一つの問題をそれに接近しうる四つの視点において考察できることを述べたすぎない」[10]。権利濫用の体系的議論は、明治三七年の牧野博士の論文[11]によってはじめて展開されることに

なった。[12] 牧野博士は、一九世紀から二〇世紀初めにかけてのフランスにおいて、さまざまな事件において権利濫用が問題になっていることを紹介し、特に権利濫用の観念が権利の欠缺と同一であるかおよび権利の正当なる実行と濫用との境界はどこにあるかについて論じ、権利濫用の問題は、現代において社会思想が自由の観念を基礎とする個人主義から共同の観念を中心とする団体思想へと変遷しつつあることの反映であると述べた。[13]

鳩山博士は、浅野セメント会社の降灰被害問題を考察するなかで、諸外国のニューサンス法を参照して、民法上の個人の権利は、「社会団体の維持と発達とを害せざる範囲においてすなわち善良の風俗に反せざる範囲においてのみ権利の存在あり其適法なる行使」ができると述べた。[14] このように、鳩山説は、従前の学説が私権行使の制約根拠を他人の個人の権利との衝突調整に求めていたのと異なり、「社会団体の維持」ないし「善良の風俗」に求めた点に特色がみられる。[15]

明治期日本の権利濫用理論における判断のための標識は、すでに「社会団体」・「善良の風俗」等客観的基準に求められていた。この時期の理論は、権利濫用を正面から論じ、あるいは権利行使の限界を生活妨害との関係で論ずるなど、その成果は、後の研究の発展に寄与し、またその後の判例の展開に影響を与えることになった。[16] しかし、客観的標識の具体的な内容については、議論が展開されなかった。

Ⅱ　権利濫用理論の展開（大正期）

末川博士は、信玄公旗掛松事件判決についての評釈において、明文規定を欠く日本国民法上も権利濫用の観念を認めるべきであり、その標準は、法の目的観念と背馳し、公序良俗に反するか否かに求めるべきであると主張している。[17] 牧野博士も、権利濫用の意義に関して、権利とは権利の反対思想としての「公の秩序善良の風俗なる原理」に制約されな

ければならないものであると述べている。その理由は、所有権は、所有者がその社会的連帯関係における自己の活動をなすについての道具であるから、公の秩序、善良の風俗にしたがって行使されなければならず、「不当に行使された場合」または「行使されないことが不当である場合」には権利の濫用となる、ということである。[18] 平野義太郎博士は、権利の絶対性とその行使の無制限を原則とするローマ法が資本主義社会に復活したのを当然としつつも、今や団体を基本とするゲルマン法の権利行為の相対性の考え方が個人と社会の調和に役立つとして、権利濫用の成立要件を主観的要件と客観的要件とに分けることができる旨を論じた。[19]

この時期において、学説は、権利濫用の客観的標識を公序良俗に求めた。これは、明治期の観点と同じ立場である。しかし、その具体的な内容についての議論は、依然として展開されることがなかった。ともあれ、この時期に、権利濫用の判断基準を客観的標識に求めることが学説上定着したということができる。

Ⅲ　昭和前期における権利濫用理論

大正期に引き続き、この時期においても、末川博士は、ヨーロッパの学説・判例および法制定の研究や日本国判例の評釈などを通してその権利濫用理論を展開した。[20]「権利の認められている社会的目的に反してこれを行使すること」が権利濫用にほかならず、権利濫用の標識は「公序良俗に反するとか社会観念上認容できぬとかいうような点」に求めるのが正当である。これが末川権利濫用論の核心である。しかも、「その社会的目的なるものは時空の関係において制約されている経験的の生活自体によって定められる」ものである。[21]

一方、石田文次郎博士は、私権は社会共同の利益に従うべきだとする立場から、権利の社会的・経済的目的に反する権利行使は権利濫用であるとし、権利濫用の存否は具体的権利行使が法の目的、権利法定の精神に反するか否かの客観

的考慮により決すべきこと、権利濫用理論は個人本位の民法を社会本位の民法に進めるために重要な役割を果たしたことなどを説いた。石田博士はまた、所有権をもって「社会的な一機能」とし、共同体の利益との調和において物を使用・処分する「所有者の義務」と見る。そして、権利濫用理論によって、「社会に於ける共同生活の秩序を害するような範囲に於いて、所有権は否定される」という結論が導き出されたと把握するのである。(22)

この時期において、権利濫用の学説は、大正期から引き続きなされていたいくつかの研究のほかには新たな進展を見せず、わずかにナチス法思想が所有権の理論に若干の影響を与えた程度であったと評価されている。(23) しかし、末川博士においては、権利の社会的目的と公序良俗など客観的標識について、その内容の具体性すなわち時空関係および経験的な生活などがすでに言及されていたことに注意すべきである。

Ⅳ　戦後の権利濫用理論

戦後の民法改正によって民法に権利濫用禁止の条項が設けられることになった（一条三項）。この権利濫用禁止規定は、次のように評価されている。すなわち、一九世紀までの個人主義に徹した諸国の民法では、所有権などに関して個別的な規定はあったにしても、権利の濫用に関する一般的な規定が設けられることはなかった。したがって、この規定は、二〇世紀民法としての特色が発揮されるものである。(24)

戦後の学説においては、議論の重点は、権利濫用理論の濫用に対する警戒に移っていった。すなわち、権利の濫用であると断ずるには厳格な検討を要するのであって、軽々なる判断はとくに戒められなければならない。(25) 権利濫用理論が多方面に安易に適用され、その濫用の疑いのある事例が少なくないこともあって、多くの学説がこれを警戒すべきことを説くに至った。(26) すなわち、権利濫用理論の適用にあたっては、具体的事件における紛争ないし権利の態様ならびにそ

の場合権利濫用と判断することがいかなる意味をもつかを慎重に検討すべきであるとか、具体的事案ごとに権利濫用理論の利用が必要不可欠であるか否かを検討して必要不可避の最小限の事案にのみ適用すべきであるとか、あるいは、一般条項としての権利濫用条項が濫用されているのでその適用を慎重ならしめる必要がある、といった、権利濫用に対する警戒感が異口同音に述べられているのである。また、権利濫用理論が、「相互間の衝突・対立の調整」ないし「弱者の権利保護」といった本来の機能から離れて、小さな濫用にだけ適用され、「弱い者いじめの理論」ないしは「ある特定の利益の伸張論」になっているとの批判も提示されるようになった。

このように、戦後の学説は、権利濫用理論の濫用を警戒し、権利濫用条項の適用を慎重に行うことを重視している。しかし、どうして権利濫用理論の濫用現象が起きるのか、また客観的標識の内容をどのように考えるべきかについては、学説においてその検討の必要性すら意識されなかったように思われる。

第二款　末川博士の権利濫用論

「大正期以後、権利濫用論がわが法学界で市民権を獲得し、解釈法上の重要な基本的原則として承認されるにいたったのは実に博士（末川）の研究成果をもとにしてこそ可能であった。……。戦前・戦後を通じて、我が国の権利濫用学説は主に末川博士の手で構築されているといって過言ではない」。末川博士の権利濫用理論は、日本の権利濫用理論の展開過程において、まことに重要な意義を持っている。博士の権利濫用理論は、外国の権利濫用論の紹介、判例評釈、そしてこれらを踏まえた権利濫用理論についての学術的な考察等から形成されている。本款においては、博士の権利濫用の判断基準に関する議論を中心にして検討を加えよう。

I　権利濫用理論の根拠

(一)　権利の絶対性の原則およびその欠点

末川博士はまず、権利の絶対性とそれを支える個人主義の限界を強調する。次のようである。

「自己の権利を行使する者は何人に対しても不法を行うものではない」というローマ法諺によって表わされる権利の絶対性の原則は、個人主義的なものである。日常の私人相互の生活に関する私法上の法律制度はこの個人主義的な所謂権利本位の思想の上に築かれている(35)。この原則は、理想主義的な、しかも形而上学的な立場から個人の孤立を擬制することによって、個人の権利特に財産権の不可侵性を形式化して以来、不可疑のものであると考えられてきた(36)。

しかし、近代の法制度は余りに個人主義的な基調の上に形式化され、所有権その他の個々の権利の内容を定義するに当っても権利主体たる個人を実在の世界から切り離して擬制の世界のものにした。そして個人は、権利を有するが故に、権利を行使するに際しては社会から隔絶された孤独の人であるかのように自由に振舞い得ることになった。そのような結果となったのは、権利の絶対性を権利の行使が制限無しと誤解されていたためである。

(二)　権利を制限する理由

末川博士は、次いで、法律の本質、権利の相対性、所有権の内在的性質から権利を制限する理由を検討する。その要旨は、以下のようなものである。

第一に、法律は、本質的に社会的でなければならない。権利絶対の原則は、このような要請を無視しているものといわねばならない(37)。

第二に、権利の相対性とは、権利の認められている社会的目的に反してこれを行使することは許さるべきではないということである。「権利は本来社会生活における個人と個人との関係を規律する為めに認められているものであるから、

権利の行使に当っても権利者以外の者の利害を全然顧慮することなしに、権利者が社会から絶縁された孤独の存在であるかのように振舞うことは許されぬ訳である」[38]。社会的な所産たる権利は社会的共同体においてのみ与えられる。その起源は法律のそれと同じように社会における生活であるから、その存在理由は現存の共同生活における秩序の維持に見出されねばならない。したがって権利の相対性はそれ自体の起源において常に要請されている[39]。このように、「権利の相対性を主張して、権利の経済的・社会的目的に濫用認定の標識を求めようとするフランスでの近時の考え方はこれに相通ずるものがある」[40]。

第三に、所有権は、社会から絶縁されることはできない。所有権が「物に対する唯一絶対の支配を内容とする権利であるということは、所有者が社会の他の成員の利害を全然顧慮しないで利己的な立場のみから所有権をいかようにも行使し得ることを許すものとはいえぬ」[41]。「所有権と雖もその存在理由ないし機能は現存の共同生活における秩序の維持に見出されねばならぬ」[42]。

第四に、「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」にある[43]。末川博士が権利制限の理由を共同生活に求めたことは、信玄公旗掛松判決と同様の考え方に立つものと解することができよう[44]。

Ⅱ　権利濫用理論の客観的標識および判断方法

末川博士は、権利濫用の標識を社会的目的に反する行使つまり客観的な標識に求め、そして、客観的な標識を具体化し、社会経験原則に基づいて判断すべきと主張している。

（一）主観標識から客観的標識へ

末川博士は、信玄公旗掛松事件判決の評釈において、権利濫用の判断基準について次のように論述した。

権利濫用の標準に関して、「単に他人に損害を加ふる目的（意思）のみを以て権利を行使するは、公序良俗に反するものにして、法律の保護せざる所なり」と述べる見解は、ドイツ民法二二六条所定の所謂 Schikaneverbot と同じ趣旨である。[45] しかし、損害を与える目的だけは足りないのであり、さらに消極的要件を要する。博士は、多くの論者にとって権利の濫用とは公序良俗に反する権利の行使を意味するものであると理解しつつ、これに賛成を表し、[46] さらに、スイス民法の規定は、ドイツ民法の規定よりも弾力性に富むこと大であり、参照になると評価した。[47]

末川博士にとっては、害する目的という主観的要素のほか、「寧ろ、客観的要素たる法律および法律の認むる権利の本質と目的とに鑑み、周囲の諸事情を考慮して、行為が全体として法の保護に値する」[48]か否かということを重視すべきである。結論としては、「公の秩序又は善良の風俗に反する事項は、総ての成文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」ものであり、「我国法上も亦権利の濫用なる観念を認め得べく、而て其標準は公の秩序又は善良の風俗に反するや否やの点に求むべき」である。

（二）客観的標識の具体化

権利濫用の標識に関して、末川博士は、二つの角度から議論している。まず、権利行使は、社会的目的に反すること、つまり公序良俗に反するとか「社会観念上認容できぬ」ものと評価されることが必要である。つまり、客観的な標識の必要性である。次に、権利の社会的目的なるものは、時空の関係において制約されている経験的な生活自体によって定められるほかはないと主張される。[49] つまり、客観的標識の具体化の必要性である。

権利濫用の標識の具体化というのはこうである。権利の濫用というだけでは、内容的には何ものも示されているわけではないから、これにどういう内容を盛るかは、その時その所における社会的な経験法則によってこれを決すべきであ

る。[50] したがって、権利濫用の標識は、個々の場合において、権利というものの本質的な性格ないし要請にかんがみ、歴史的社会的な制約を考えて決定すべきことを求めているものと解してよいのである。[51]

具体的な判断方法について、末川博士は、次のように述べた。「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」[52]。「煤煙、臭気、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、社会観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」[53]である。

権利濫用の標識について、末川は、まずドイツの規定とスイスの規定を比べて、スイスの規定の方が参照になるとした上で、主観的な標識よりも客観的標識を注視すべきであると主張している。次に、権利濫用の社会的目的に反するという客観的標識も具体化の必要があるとする。これは、末川権利濫用論の一つ特徴ともいえるであろう。標識の具体化を求める主張は、抽象的な公序良俗の概念より、公序良俗の具体的な内容を重視していることの現われである。具体的に言えば、「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」など日常の経験に照して、社会観念上の公の秩序又は善良の風俗に反すると認められるかどうかということである。このように、各時代の社会的な経験法則（例えば忍容限度など）に基づいて、標識を求めるわけである。末川理論の影響により、日本民法学界では、客観的な標識を権利濫用の標識とする傾向が定着した。そして、標識の内容の具体化という考えも一般的になってきた（例えば、受忍限度理論の形成）。

（三）相対する利益の均衡

末川博士は、経済上の相互の利益の比較を権利濫用の客観的標識の中でも重要なものであると強調している。権利濫

用を判断する際に、「最も厳密なる考量と周到なる注意とを要し、唯外部的物理的標準のみを以て之を決するを得ず、特に経済的観察を加味せる一般的社会見解に従」うべきである。[54] ここには、経済的な利益比較という考え方の萌芽が見られる。この観点からすれば、宇奈月温泉事件判決が極めて重要かつ総合的適切な判断を下したものと評価されるのは[55]当然である。ここで判旨が強調したのは、対立する利益の間には比較にならない大きな開きがあるとともに、土地所有者の側には侵害の除去を請求するについての正当な利益がない、という事情である。このような考え方は、「相対する利益の均衡の破壊」をもって、または「適法な利益の欠缺」をもって権利濫用認定の標識とするフランスの見解に相当する、というのが末川博士の評価である。[56]

このように、末川博士は、フランスの学説が権利濫用の判断において考慮すべきとする「相対する利益の均衡の破壊」「適法な利益の欠缺」要件を積極的に受け入れた。これが、後の日本民法学における利益比較論に大きな影響を与えることになる。

（四）権利濫用の濫用への警戒

末川博士は、早くから権利濫用理論の濫用に対する警戒を呼びかけた。博士によれば、スイス民法規定のもう一つの特徴は、「疑がある場合には、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」にしていることである。[57] 博士は、これを重視し、次のように述べる。「権利の濫用ありと断ずるには、最も厳密なる考量と注意とを要す。若し漫りに権利の濫用なる観念を濫用せんか、夫は却て法が各人に生活利益の保護を確保する為めに権利を附与したる根本精神を覆没し、惹いては吾人の社会生活に於ける法的秩序を攪乱し、角を矯めて牛を殺すの愚を演ずるの虞無しとせず。瑞西民法が権利濫用の明白なることを要件と為したる亦、故無きにあらざる」のである。[58]

以上概観してきた末川権利濫用理論において注目すべき点をまとめておこう。

第一に、ドイツの規定とスイスの規定とが比較されつつ、スイス民法の規定の方が参考になるとされている。つまり、主観的な標識よりも客観的標識が重視されている。

第二に、客観的標識に関して、公序良俗という抽象的な概念に止まらず、その具体的な内容が重視されている。これを通じて、各時代の社会的な経験法則（例えば忍容限度など）等に基づいて標識を求める考え方が、日本民法学において一般的な認識となっていくであろう。

第三に、経済上の相互利益の比較も、権利濫用の判断をする際の重要な要素である。ここには、「相対する利益の均衡の破壊」または「適法な利益の欠缺」をもって権利濫用認定の標識とするフランスの考え方の影響が見られ、さらには「相対的な利益の均衡の崩壊」というフランス学説の考え方の影響が見られる。これは、後の日本民法学における利益比較論の萌芽ともいえる。

第四に、権利の絶対性原則を是正するについて、法律の本質、権利の相対性、所有権の内在的性質から権利を制限する理由が検討され、権利の起源とその存在の理由は、社会的共同体・共同生活における秩序の維持にあると結論づけられた。

第三款　松本教授による権利濫用理論学説史の考察

日本の権利濫用理論は、基本的には末川博士の理論に基づいて展開されているといってよいであろう。そのような中で、新たな観点から日本の権利濫用理論に関する新地平を切り拓いたのは、松本教授による権利濫用理論学説史の考察(59)

である。松本教授は、この論文において、日本の権利濫用論の背景およびその展開過程を考察し、権利濫用論の本来の機能が、如何にそして何故「公共の福祉」という団体優位の思想に切り替えられたのかを検討している。

I　民法指導原理の転換

松本論文は、民法改正における権利濫用条項を考察する前に、民法の指導原理における一九世紀から二〇世紀にかけての変化を視野に入れて、それぞれの特徴について述べている。次のようである。

一九世紀的な民法原理は、観念的に自由・平等な意思主体としての法的人格を前提とし、この法的人格のために私権の絶対不可侵性と契約自由の原則は当然のことと考えられた。民法における個人主義の原理、特に私権行使の絶対的自由の確立は、成文法の有無にかかわらず、近代資本主義諸国においては自明な要請とされていた。(60) 一九世紀の個人主義原理に対して、二〇世紀の資本主義民法の指導理念は、社会国家の憲法精神を反映して、所謂社会本位の権利保護となり、そこでは権利の社会性が承認されている。一九世紀の個人主義的法律原理が個人の形式的自由・平等の保護であったのに対し、今や権利の社会性、公共性の承認は当然自明のこととされ、人の実質的自由・平等を志向して社会的経済的弱者の法的保護を行うことは、福祉国家を実現しようとするものだといわれているのである。「市民法原理の修正は『私法の社会化』といわれるように、法技術的には社会法化への傾斜を示しつつ市民法的規制の延長として位置づけられるであろう」(61)。

二〇世紀的法律原理を集中的に表現したものは、「公共の福祉」(Public Welfare) という指導理念である。この理念に基づいて、取引の安全の保護・権利濫用の禁止・無過失責任主義等々の諸原則が認められる。そこでの基本的観点は、「私権行使の絶対的自由よりは権利の社会性を承認するものである故に、公共の福祉の優位をみとめる」、というもの

である。これは、民法第一条一項「私権ハ公共ノ福祉ニ遵フ」の立法根拠であり、第一条の精神を代表するものだといわれている。(62) 一方、権利濫用禁止の原則をはじめ、公序良俗・信義誠実・無過失責任等の理論は、学説・判例の努力によって「公共の福祉」理念の登場以前から理論的・法技術的構成を与えられ且つ発展せしめられてきたものである。(63)

このような認識を踏まえつつ、松本論文は、公共の福祉と権利濫用禁止・信義誠実義務等とは、決して同一の法的価値を志向するものではないにもかかわらず、どのような理由からともに日本民法第一条に規定されるに至ったのか、また、権利濫用禁止等の原則が公共の福祉という公的且つ超私益的価値に結合して理解される可能性が、「いつ頃、どのようにして形成されてきたか」(64)という問題を提起する。そして、かかる問題意識に基づいて権利濫用理論の学説史的な考察が行われ、さらに公共の福祉と権利濫用との関係が検討されるのである。

Ⅱ　日本の権利濫用理論成立の特徴

権利濫用の萌芽をローマ法に遡って考察する論者と異なって、松本教授は、「権利濫用理論が近代民法解釈学の問題として提起され得るのは、権利の体系としての近代市民法が成文の法規（Rechtsgesetz）の形態で―権利を抽象的法人格者たる個人の徹底的に近代的な自由意志の表現として―樹立されたからである」(65)という理解の下に、権利濫用論についての考察範囲を日本民法典の成立後に限定し、そして日本における権利濫用論成立の基本的な特徴について、次のような指摘をした。

第一に、自覚的権利濫用理論の登場が不可能である。すなわち「わが国における権利濫用理論の成立は、近代諸国がその市民法秩序の内から権利―特に所有権―の絶対性の修正のためにうみ出したのと全く事情が異なること、身分権については無論、財産権についても―その半封建的な社会制度と法意識とのために―私権行使の自由へのコントロールと

して自覚的に権利濫用理論が登場させられる可能性は全く存在しなかった[66]」ということである。

第二に、半封建的支配体制乃至ファッシズムに奉仕する可能性がある。「外国の民事法制をそのまま直移入する傾向があったために、権利濫用論も既定のドグマとして当然の如くに形式的に採用されることになったのであり、その結果、封建的な身分的支配権の濫用が法技術的構成を先ず与えられるという矛盾した現象を生じたのであった。資本主義的社会構成は未確立で近代市民的生活関係（特に近代的私的所有関係）は実在せず－その後も半封建的支配体制の中でのみ成長する－、したがってこの時期に移入され現代まで継承されてきた特殊＝日本的権利濫用論は、法技術的（判例法的）にも法理論的（学説史的）にも、所謂二〇世紀的法律文化の一表現である現民法第一条の解釈原理としてそのまま活用されうるかどうか－むしろ半封建的支配体制乃至ファッシズムに奉仕する可能性をもっていないか－と危ぶまれるのである[67]」。

具体的に松本論文は、明治期の権利濫用理論の特徴について、主に次のような点を論述している。

第一に、明治期のすべての権利濫用理論は、外国特にフランスの学説・判例に刺戟され且つこの移入に努めることに終っただけで、日本国独自の解釈原理として再構成され得なかった。

第二に、明治時代（特に明治三五年以後）において成立した権利濫用理論は、権利＝義務を基調とする近代市民法的生活関係の自己修正として内から生まれたものでなく、むしろそのような個人主義的法律原理の樹立と時を同じくして成立したことが特色的である。したがって、フランスにおけるように、個人主義的法律原理を貫こうとするとか、或いは権利の社会性を是認しつつも別の救済手段でいけば十分であるというような、権利濫用理論に実質的反対を唱える立場を克服せねばならぬということが遂に体験されなかった。

第三に、私権行使上の社会的被制約性は、早くから学者の指摘するところであり、その意味で当時の権利濫用理論は

私権相互間の社会的調整にorientierenされていたはずであるが、権利濫用理論が私権行使自由を認めつつ可能であるかどうかの法理上の関心にひきずられ、濫用の標識を何に求めるべきかは探求されなかった。[68]

第四に、学説の「社会公共の利益のために」私権が制約されるという権利社会性の考えかたが、少なくとも現行民法第一条における権利概念の把え方と「全然結びつくものでなかった」。[69]

Ⅲ　権利濫用理論の標識の転換―権利の被社会制約性から私権の相対性・社会性へ―

大正期にはいると、私権行使の自由を前提とし単に他の私権との衝突からくる権利の社会的被制約性のみを認める権利理論は後退し、権利の社会性・公共性を手がかりにして濫用を禁じようとする立場があらわれてくる。[70]松本論文によれば、その状況は次のようなものであった。「私権自由の一九世紀的法律思想に対する修正乃至批判の学説が、やはり観念的無批判的に移入されていく。この学説は、個人に対する団体の優位を説き、私権の相対性を強調する立場であってドイツやフランスの民法理論の主流を形成するものであったが、わが民法学界に易々と浸透して明治期の権利濫用理論の発展方向の転機になった」。[71]この時期における岡村司の「権利否定論」[72]と佐々木の「公権と私権」[73]に見られる新権利思想は、「国家社会の名に於いて私権行使の絶対性を是正していこうとする新権利思想の一契機であった」。[74]しかし、権利濫用理論の代表的な学者は鳩山博士である。[75]

鳩山説の特色は、私権行使の自由を認めるが、私権の社会的被制約性を個人本位の立場からでなく社会という団体からの制約として―つまり社会本位の立場から―述べたことにある。[76]従来の学説では、私権の行使の態様に社会的制約が当然視されながら、その前提は個人本位―つまり私権相互の衝突調整の目的―のものであったが、今や私権自由の相対性乃至権利の社会性を根拠として私権の社会的被制約性が説かれているのであり、他人の権利を侵害する以上は―権利

濫用は－反社会的＝違法の行為であり不法行為だというのである。ここでは、たしかに公共の福祉という概念は用いられていない。また、そこでは権利行使の自由の限界は私権相互の衝突の調整のために設定されているにすぎない。しかし、一方で、私権自由の原則を認めつつそうした限界を権利の一般的性格として設定するには、社会乃至団体の個人への優位という思想的根拠を援用せざるを得なかったのであり、私人間の紛争解決の要具たる理論が、社会乃至団体の名で基礎づけられるという飛躍の内に、すでに現民法第一条三項を一項と同精神とする発想が胚胎しているように思われるのである。[77] このように、鳩山の権利濫用論は、私権相互の衝突調整の目的を根拠として私権の社会的被制約性という個人本位の立場から、私権自由の相対性ないし権利の社会性を根拠として私権の社会的被制約性が説かれている立場への転機を示している。

従来の権利濫用理論は、単なる私権相互間の衝突の調整の要具であった。その基底にあったのは、私権行使自由の社会的被制約性の認識につきる。しかし、大正後期から昭和期にかけて、「超個人的な社会或いは公序という概念の援用、そしてこの社会乃至公序からの限定又は制約を権利に内在する本質的性格とみることが行われ、かくて権利濫用は権利本来の社会的性格に反する権利行使の態様である－不法行為そのものである－という発想が確立された」。このように、従来の権利濫用理論において権利行使が「濫用」の名で制限されるのは、「それが他人の権利をたまたま害したために被害者の救済を－便宜的にでも－考慮せねばならぬから」である。これに対して、この時期においては、そのような権利行使つまり権利の濫用は、「権利の本質的性格に照らしてむしろ違法行為である」[78]とされるようになる。権利の行使は最早無制限でなく「個人的理由だけでも社会的理由だけでもなく、公序良俗によって権利は是認される」が故に、「権利の濫用は権利の範囲を超えた違法行為である」[79]とする鳩山博士の見解は、この権利思想ないし権利濫用理論の転機を代表するものである。[80]

Ⅳ　権利濫用と公共の福祉の関係

さらに、権利濫用と公共の福祉の関係に関する松本論文の分析を辿ろう。

（一）権利濫用理論と公共の福祉の区別

権利濫用禁止の原則をはじめ、公序良俗・信義誠実・無過失責任等の理論は、学説・判例の努力によって「公共の福祉」理念の登場以前から理論的・法技術的構成を与えられ且つ発展せしめられてきた。一九世紀的市民法原理が二〇世紀的な社会国家の民法原理に転換したとき、つまり公共の福祉理念が世界史的承認をうけるにいたって、これら諸原則は私権の社会性・公共性を是認するものとして－公共の福祉理念に一致するものとして－確認され或いは成文化されるようになった。しかし、二〇世紀の社会本位の民法原理の集中的表現としての公共の福祉理念は、私権の公共性・社会性・或いは少くとも権利の絶対的私的性質の批判的修正に基づく法理念である。つまり公的且つ超私益的価値である。これに対して、権利濫用論は権利主体である人間の社会生活の法的統制の要具として提起されてきたものにすぎない。それは、いわば私権の社会的被制約性－つまり私権相互間の衝突や矛盾の調整だけを目的にしていたのである。その意味で権利濫用の原則は、公共の福祉の社会的機能を営んでいない。そうすると公共の福祉と権利濫用禁止・信義誠実義務等とが、同一の法的価値を志向するものとはいえない。(81)

（二）権利濫用理論の「公共の福祉」への置換え

昭和年代になると、権利濫用理論は、民法の基本的一般的な解釈理論になってきた。(82) 民法教科書や概説書において、権利濫用理論を取上げるのが一般的な傾向になった。この時期の民法文献は、「私権に、社会性が本質的に内在するという考え方にしたがって、権利濫用論を根拠づけているといえるであろう。ただ『公共の福祉』という公的且つ超私益的価値を表わす語はまだ援用されていない」(83)ことが多かった。具体的には、松本論文は、石田文次郎の「現行民法総論」

を取上げて、権利濫用理論に関する注目されるべき当時の見解を分析している。[84] 石田説においては、「公共の福祉」という言葉こそ用いられてはいないが、「社会共同の利益」を私権行使の法目的とし、私権行使義務を提唱し、社会本位の法律原理に立つべきだと主張するものであり、私権は「公共の福祉」に従うべきで、権利濫用禁止の原則は自明のものだ、という現代の通説の発想が完全に形作られていることを認めぬわけにはいかない。[85] したがって、石田説以降、公共の福祉を濫用理論の究極の指標にしようとする発想が更に顕著になるのである。[86]

昭和期において、「わが権利濫用学説史の発展方向は、具体的な権利濫用成立の標識から権利思想の転回を自覚していくということでなく、所謂社会本位の原理乃至社会公共の団体的利益の優位を実現するものとして権利濫用理論を正当化・価値づけていこうということに在った。私権相互間の衝突の社会的調整の要具として機能しなければならないというその本来の使命は、かくて昭和期には『公共の福祉』に奉仕すべきだということにおきかえられることになったのである」[87]。こうした日本国の権利濫用理論発展の特質は、更に時代の進運と末川博士等の代表的学説によって決定的となった。

(三) 権利濫用論の変質

権利濫用理論は、本来、私権行使の個人性・自由性という市民法的な原理を前提とし、かつ、これを貫くために、単に私権相互間の衝突・対立の調整の機能を期待されていただけであり、公共の福祉という公的かつ超私益的価値を実現することは、本来は目的外であったはずである。[88] しかし、戦後の民法改正によって産まれた民法第一条においては、公共の福祉優位と権利濫用禁止とは、同一理念を表わすものとして成文化された。こうした権利濫用理論に対する価値観は、明白に、大正期以来の日本の民法学者を支配した特殊＝歴史的な発想の帰結である。すなわち、独占資本主義諸国－特にドイツ・フランス－に普及した、個人に対する社会＝団体の優位の思想が移入され、これが私権の社会的被制約

性の認識に素朴に結合うることにより可能となったのである。[89] 権利濫用理論のこのような使命が公共の福祉理念ないし社会国家の精神と不可分に結合して理解されているのは、私権の社会的被制約性ないし社会性が要求されるのは「公共の福祉」のためだという思想があるからである。ここでは、公共優位・団体優位の原則が私権相互の対立の調整に不可欠なものかどうかは、反省されることがなかった。このような特殊＝歴史的な発想に立つ限り、権利濫用理論は、私権相互間の衝突・対立の調整という従来の社会的機能を剥奪されて、独占の段階に於ける資本主義統治権力の社会的機構の保持に奉仕する―より大きい利益追求の権利の方を保護することにより―という機能を営むものになった、といわざるを得ない。[90]

結論としては、公共の福祉の理念と、権利濫用禁止の原則とを同一方向で把えた瞬間から、権利濫用理論は本来の使命をはなれて、資本主義機構の維持に奉仕する要具にならざるをえない。したがって、近代的個人主義的共同生活からくる私権の社会的被制約性を、常に私権本来の公共性の結果とみてしまうことになり、私権の私権たる所以さえ、遂にはなくなってしまうのではないか[91]という疑いが提起された。すなわち、松本論文によれば、権利濫用論と公共の福祉とは異なる概念であるが、同一的な理念になるのは、権利濫用理論の根拠が私権の社会的被制約性から私権の公共性へと転換したためである。それ故、権利濫用理論の根拠をどこに求めるかが、きわめて重要な問題になる。

松本論文は、日本の権利濫用理論に関する本格的な学説史研究として唯一の文献と言ってよい。その問題意識と視角はきわめてユニークである。しかし、日本民法学界において、このような議論に共鳴した理論展開がその後見られなかったのは、興味深いところである。ここで、松本論文によって提示された主張の核心部分を改めてまとめてみると、次のようになる。

第一に、権利濫用理論と公共の福祉とは、異なる理念である。権利濫用理論は、私権行使の個人性・自由性という市民法的な原理を前提とし且つこれを貫くために、単に私権相互間の衝突・対立の調整の機能を期待されていただけである。一方、公共の福祉は、社会本位の原理乃至社会公共の団体的利益の優位を実現し、公的且つ超私益的価値を実現するものである。したがって、権利濫用理論は、本来社会公共の福祉と無縁であって、公共の福祉を実現するといった社会的機能を営んでいない。

第二に、権利濫用論が公共の福祉概念と結び付く最初の原因は、日本の権利濫用理論の成立が、権利＝義務を基調とする近代市民法的生活関係の自己修正として内から生まれたものでなく、むしろそのような個人主義的法律原理の樹立と時を同じくして成立したことに求められる。したがって、フランスにおけるように個人主義的法律原理を貫こうとするとか、あるいは権利の社会性を是認しつつも別の救済手段でいけば十分であるというような権利濫用理論に実質的反対を唱える立場を克服せねばならぬということが、遂に体験されなかった。私権自由に依拠する一九世紀的法律思想に対する修正ないし批判という外国の学説は、単に観念的無批判的に移入されたにすぎない。

第三に、権利濫用理論の標識が権利の被社会制約性から私権の社会性へ転換されたのは、鳩山の学説においてである。すなわち、鳩山説は、私権相互の衝突調整の目的を根拠として、私権の社会的被制約性という個人本位の立場から、私権自由の相対性ないし権利の社会性を根拠として私権の社会的被制約性を説く立場への転機を示したのである。ここでは、超個人的な社会あるいは公序という概念が援用されつつ、社会ないし公序の観点からの権利の限定または制約が、権利に内在する本質的性格とみられるようになった。

第四に、日本においては、権利濫用法原理の法技術的構成が未熟であったとき、すでにその法理論的構成のみが早くも支配的に樹立された。その原因は、この理論と権利公共性の思想とは元来外国からの移入によるものであったにもか

かわらず、法技術的構成だけは特殊＝具体的に日本社会の現実の中から－特に判例法によって－築かれたことに求められる。

第五に、現代において、権利濫用理論が公共の福祉理念ないし社会国家の精神に不可分に結合して理解されているのは、公共優位・団体優位という原則のためである。したがって、権利濫用理論は、私権相互間の衝突・対立の調整という従来の社会的機能を剥奪されて、独占の段階における資本主義統治権力の社会的機構の保持に奉仕する－より大きい利益追求の権利の方を保護することにより－という機能を営むものになった。権利濫用を公共の福祉の実現という発想で把えることになると、近代的個人主義的共同生活からくる私権の社会的被制約性を、常に私権本来の公共性の結果と見てしまうことになり、私権の私権たる所以さえ遂にはなくなってしまう。

松本論文によれば、権利濫用論は、本来、私権行使の個人性・自由性という市民法的な原理を前提とし、かつ、これを貫くために、単に私権相互間の衝突・対立の調整の機能を担うものである。このような理解は、権利濫用理論として正鵠を得たものと評価すべきである。しかし、松本論文には、本稿の観点からはなお問題が残っていることも指摘しなければならない。すなわち、同論文は、権利濫用と公共の福祉の区別を、個人本位の立場からの私権の社会的被制約性と、「私権自由の相対性乃至権利の社会性」または「社会という団体」との関係での私権の社会的被制約性の区別に求めている。ここには、概念上の混乱が見られるといわなければならない。たしかに、私権の社会的被制約性について、個人本位の立場と社会本位の立場を分けるという視角は、適切なものである。しかし、松本論文においては、私権自由の相対性、権利の社会性が社会本位という観点から位置づけられているが、それは適切ではないように思われる。私権自由の相対性は、むしろ個人本位を前提とする私権の社会的被制約性に位置づけるべきなのである。

第四款　小括

以上、日本における権利濫用理論に関する学説の展開を検討してきた。そこから、日本における展開の特徴として、次の諸点を指摘することができるであろう。

①明治民法には権利濫用の規定が定められなかったにもかかわらず、権利を制限すべき場合があるとの考え方は、明治民法の起草者にもすでに明確に意識されていた。「権利濫用論」についての最初の論述は、民法施行直後の岡松博士によるものであり、そこでは、権利が受ける社会的制約が認められている。その後、牧野英一博士の権利濫用論を経て、鳩山説を代表として、権利濫用理論は、権利の社会的被制約性を根拠とするものから権利の社会性を根拠とするものへと転換する。権利濫用理論は、この時期すでに、従来の単なる私権相互間の衝突を調整する要具から、個人に対する団体・社会の優位の理念に変りつつあったのである。昭和期において、権利濫用理論はさらに、社会本位の原理ないし社会公共の団体的利益の優位を実現するものとして、正当化・価値づけされるに至った。

このようにして、権利濫用理論は、私権相互間の衝突の社会的調整の要具として機能するというその本来の使命から、「公共の福祉」に奉仕する要具へとその性格を変じた。しかし、民法学界は、この変化について十分な検討を行わず、権利濫用を公共の福祉および権利の社会的本質という概念と同じ価値として扱ってきた。その後、いくつかの裁判例の検討を切っ掛けとして、権利濫用理論の濫用が問題となり、その原因として、権利濫用理論の適用範囲の問題が議論になった。しかし、議論は、権利濫用の本来の使命の強調のところに止まって、権利濫用の根拠についての具体的な検討にまでは及ばなかった。

②しかしながら、権利濫用理論とここで問題とされている「公共の福祉」とは、異なる概念で、両者は無縁である。

権利濫用理論は、個人本位の原理に基づいて単に私権相互間の衝突・対立の調整という機能を果たしている。一方、公共の福祉は、社会本位の原理ないし社会公共の団体的利益の優位を実現し、公的かつ超私益的価値を実現するものである。しかし、日本の権利濫用理論展開の過程において、両者は、しばしば同じ次元の理念として把握される傾向にあった。

③権利濫用の判断基準についても、右のような特徴が反映している。日本においては、権利濫用の判断規準が主観的標識から客観的標識へ転換することについて、特に抵抗がなかった。実際、学説は、早くから権利濫用の判断を「社会団体」・「善良の風俗」等の客観的基準に求めていた。松本論文が正当に強調したように、本来の権利濫用理論は、単なる私権相互間の衝突の調整の要具である。しかし、日本においては、当然のことのように、権利濫用の有無を判断する要素として超個人的な社会あるいは公序という客観的標識が援用されたのである。そして、この社会ないし公序の観点からする権利の限定または制約を権利に内在する本質的性格とみる傾向が一般的であったため、権利濫用法理によって権利を制限する根拠は、権利の社会性に求められることになった。このようにして、権利濫用理論の標識は、私権の社会的被制約性から私権の社会性へ転換される。

第四節　外国の権利濫用理論における判断基準

日本民法における権利濫用理論の成立とその展開は、外国の権利濫用理論から大きな影響を受けている。本節においては、諸外国の権利濫用理論における判断基準に関する議論の展開を分析し、外国の権利濫用理論が如何に日本のそれに影響を与えたのかを検討する。

第一款　ローマ法におけるシカーネ禁止の概念について

「自己の権利を行使する者は何人に対しても不法を行うものではない」、もしくは「自己の権利を行使する者は何人をも害することはない」というローマ法諺[92]は、権利の絶対性を示している。しかし、普通法時代のドイツの学者は、ローマ法において、たとえ個別的であるにしてもシカーネ禁止という観念が認められていたかどうかという問題を検討し[93]、権利の行使はそれによって他人が損害を被るという理由では不法とならず、他人に損害を加える目的で権利を行使することのみが許されない（Windscheid）というシカーネ禁止の原則がローマ法源にすでに存在していたことを明らかにしている[94]。すなわち、権利濫用法理の萌芽が、例外的にではあれ認められていたのである。

第二款　ドイツ民法に権利濫用標識の転換

権利の行使に関して一般的な規定を設けた最初の法典は、一七九四年のプロシヤ普通国法である[95]。同法第一編第六章の第三七条と第八章の第二七条および第二八条[96]においては、他人を害する目的のみで権利を行使することが明白に違法とされている。しかし、ドイツ民法においてシカーネ禁止の規定を設けるべきか否かについて、草案の立場は消極的であった。一八八八年のドイツ民法第一草案[97]と第二草案[98]には、シカーネ禁止の一般的規定が設けられていない。一八九六年の第三草案も消極的な態度を維持していたが、聯邦会議の決議に基いて、所有権の内容に関する第八八七条の規定に、「他人に損害を加える目的のみを有する（ことを得る）所有権の行使は許されぬ」という第二項を付加することになった[99]。

現行ドイツ民法二二六条（シカーネ禁止の規定）立法の趣旨は権利濫用の禁止であったが、もともとこの規定は権利濫用の禁止のためには不完全なものであった。権利濫用の標識を他人に損害を加うる目的というシカーネ禁止のみに求められていたからである。したがって、ドイツ民法二二六条は権利濫用を一般的に禁止するものではなかったし、それをなしうる資格もないものであった。この欠点を補う方法としては、二二六条の意味を広く自由に解釈するということも考えられるが、ドイツの学説と判例はこの方法を取らなかった。むしろ、ドイツ民法制定の際に民法典に明示的に取り入れられなかった普通法上の「悪意の抗弁」（exceptio doli）を、解釈によって民法の中に導入することによって、これをなしたのである。[100]

ドイツの「権利濫用」ないし「権利行使の不許容」理論の発展過程に関して、ジーベルトは、次のような図式化を試みている。すなわち「権利および規範濫用理論の二二六条から八二六条を越えて二四二条への発展は、主観的徴表の後退・客観的事情の強調によって特徴づけられる」[101]。シカーネ禁止規定の非実用性のゆえに、判例は、二二六条の適用領域において、普通法の「一般悪意の抗弁権」の趣旨の承継の下に広汎な権利行使制限をうち出し、その実体法的基準を当初八二六条の「良俗」規定に求めていった。[102]

シカーネ的権利行使はつねに「良俗違反」となり、後者は前者をも包含するが、良俗違反の権利濫用の存在は、シカーネの要件の存しない場合においても肯定されている。「二二六条から八二六条への展開」[103]は、シカーネ禁止規範が独自性を失い、より包括的な良俗違反の権利行使禁止規範に吸収されてゆくプロセスである。

一方、二四二条の信義則規定も漸次に進出し、遂には権利行使のもっとも包括的・基礎的な制約根拠を提供するにいたった。[104]良俗違反の価値判断は多くの領域において信義則に席を譲ってきている。[105]その背景は、資本主義の高度化である。第一に、大規模な取引の展開は、契約の定型化・個性化とそれに伴う契約関係の特別社会関係としての性格を表面

化し、またその全経済過程の一環としての機能を明確化した。このような特別社会関係に有利な利益衡量と全経済過程の順当な展開の視角から合理的な利益衡量が契約関係を支配することになり、そしてかような利益衡量の原理は契約を起点として既存の権利義務関係・取引関与者関係・団体関係などの特別関係に浸透してゆく。その法技術手段が信義則である。第二に、工業化の進展と社会的接触の増大は、相隣関係における古典的諸規定をもってカヴァーしえない特有の利益対立とその調整の必要性を現実化した。信義則（＝相隣共同体）観念は利益調整手段として機能し、イミッシオン規定の実質的修正・土地所有権の制約をもたらしたが、遂にはシカーネ禁止規定のふるさとである消極的イミッシオンの領域をも掌握するにいたったのである。

結局、特別諸関係における権利行使（および規範利用）の制約は専ら「信義則」に委ねられ、一般社会関係および特別関係のうち公益的な理由から権利の「軟化」を許さない関係（たとえば判決の利用）におけるそれが「良俗違反」の視角に服すことになる。[106] このように、二二六条・八二六条から二四二条への発展は、主観的な徴表から客観的利益衡量へと展開されている。ドイツの判例・通説におけるように、シカーネ・良俗規定による権利の制限と信義即によるそれをいずれも「権利行使の制限」という統一的視角から把握する立場を前提してのことである。[107] したがって、権利濫用の標識の拡大解釈は、いずれも民法の原則に依拠しているわけである。そして、良俗規定と信義則の内容は、いずれも客観的利益衡量であり、客観的標識である。

第三款　スイス民法における権利濫用の規定

一九〇〇年のスイス民法第一草案においては、権利濫用の禁止に関する一般的な規定が欠けていたが、第六四四条に

は所有権の内容に関連してシカーネ禁止に関する規定が設けられていた。[108] 一九〇四年の第二草案には、信義誠実の原則と共に権利濫用禁止の原則を民法全体の序編において規定することとした。この規定は、一九〇七年民法典の第二条の一項および二項となった。[109] このように、スイス民法は、普通法学説や一九世紀大陸法系において中心的問題であったシカーネ、加害の意思をもってする権利行使の禁止という観念を越えて、加害の意思という要件を削って客観的な形で権利濫用禁止の規定を設けた（「権利の明白な濫用は法律の保護を受けぬ」）。同法施行後に客観的基準による権利濫用を認める傾向がフランス・ドイツにおいて判例・学説を通じて進展するにつれ、スイス法の規定がもっとも広範な形で規定されているため、拡げられた権利濫用禁止を包含できる先駆的な規定として承認されるにいたったものである。[110] しかし、フランス・ドイツの学説・判例の影響下に、権利濫用の場合を個別化し類型化するという傾向は、スイス法にも示されている。さらに、客観的基準によると利益状態の比較からただちに権利濫用を認められる傾向がある点について、実際の学説判例では当事者の主観的態容が考慮せられている。[111]

第四款　フランス民法の権利濫用論の標識の転換

フランス民法における権利濫用論は、一八五五年のコルマール控訴院の判決にその端を発したものとされている。その後の歴史を見ると、前半期は判例によってそれが確立し発展した時代であるが、後半期は判例が拡大されるとともに学説によってその拡大傾向が理論づけられた時代であると言える。[112] フランスの学者がこの問題を説くにあたっては、その萌芽をローマ法にもとめ、またそれの顕れをフランス古法のうちに指摘するのが普通である。ローマ法諺は、一見して権利濫用理論と相容れないようなものである。しかし、ローマ法諺を照合し、ローマ法の全体を思い合わせるならば、

権利濫用理論の思想が認められたと説かれている。[113]

I　民法典成立後の二つの画期的な判例

末川博士は、フランス裁判所の二つの判決を、権利濫用の観念を明白にしたという意味において画期的であったと評価している。[114]これを受けて、フランス権利濫用理論が判例上形成していくことになる。[115]

（一）一八五五年五月二日のColmar控訴院判決は、「権利の行使は、他のあらゆる権利の行使と同じように、真面目で適法な利益の満足を以て限界とする。悪い感情に支配されて敵意を以て為された行為が、何ら権利者には利益をもたらすことなくして而も他人には甚だしい損害を加えるような場合に、その行為を裁判が是認することは道徳と衡平との原則の許さないところである」という理由から、「隣家の窓に面して日光を遮るような仮装の煙突を、ただ隣人を害する目的のみで、建造した家の所有者はその煙突を取毀さねばならぬ」[116]と判断した。

（二）一八五六年四月一八日のLyon裁判所判決は、土地の所有者が隣地に湧出る鉱泉を涸らすために自己の所有地を掘穿した事案に関し、「所有者がその所有物を自由に使用し得るということについては、隣人にも亦隣人の所有権による享受を為さしめねばならぬという義務によって認められる限界がある。単に嫉妬によって隣人を害する為めに為された行為は、所有権によって是正されることはない」として、かかる行為を準不法行為であると断じ、損害賠償義務を生ずるものとした。[117]

II　権利濫用の標識に関する研究の展開

フランスにおいては、権利の行使、したがってその濫用に関する規定は、法典上のものとなっていないので、権利濫

用に関する原則ないし理論はドイツやスイスにおけるほどに確立されているとはいえない。学説の論説は、多彩で、百花斉放の観であった。[118] 権利濫用理論展開の契機となったのは、一八九八年の Sirey の判例集における Esmein の評釈である。[119] また、第一次世界大戦以降法律の社会化というようなことが喧しくなってからは、個人本位の権利思想を打開しようとする学問上の運動の一端として、権利濫用に関する研究が一層熱意と深刻さとを加えた。[120]

権利濫用の標識をどこに求めるべきかについては、判例および学説によってさまざまである。しかし、権利濫用の理論構成はこの点にかかっているので、この点が権利濫用問題の中核になる。学説は、さまざまな方法で分類し論述している。

Charmont は、権利濫用認定の標識として他人を害する意思という主観的な標識と権利の経済的および社会的な目的に反するという客観的な標識とを同時に認めるべきことを主張し、連帯の思想がやがて自由の思想を克服すべきであると唱えている。[121]

Porcherot は、権利濫用は権利の目的に反する行為であるという点から、その違法性は加害の意思・個人的利益の欠缺および適法の動機の不存在という三つの主観的な標識によって認められ得ると主張している。[122]

Cornil は、権利行使の反社会性は、他人を害する意思というような心理的主観的な要素によって定められべきではなくて、権利の機能が調和に存する点から観て利益の均衡の破壊という客観的な標識によって認められることを要すると力説する。[123]

Demogue も、諸学者の提議を検討した後、加害の意思というような主観的な標識と権利の経済的社会的目的に反するというような客観的な標識との綜合を提唱して、「主観的な基本標識を認めると共に、権利の行使が不正常で反経済的であるならばそれは容易に害意を推定せしめるに足るものであるということを附加すべきである」と主張している、

Campionは、権利濫用の標識について従来の学者が説くところを要約して、①相対する利益の均衡の破壊、②加害の意思、③適法な利益の欠缺、④権利の経済的社会的目的への背反、を挙げてそれぞれについて検討を試みている。結論としては、「本当の標識は、社会的利益の均衡の破壊若くは個人的利益についての社会的性質の比較考量」であり、②③④のいずれも結局において①に帰結し、つまり権利濫用の本当の標識を社会的利益の均衡の破壊もくは個人的利益についての社会的性質の比較考量という客観的な標識に求める。(124)

Markovitchは、判例で示された標識として、①加害の意思、②行使における過失、③利益の欠缺、④行使における不正常性、⑤均衡の破壊、および⑥その社会的機能よりする権利の背反する六つの標識をあげているが、最後の四つをまとめて目的的標識としている。(125)

L.Josserandは、従来フランスにおける学説判例が提唱してきたところを整序して、権利濫用の標識を①加害の意思およびこれに類する主観的な意識内容、②行使における過失、③適法な利益の欠缺、④権利の社会的機能への背反、の四つとし、(126)それぞれ周到な考察を試みている。四つの標識の中で、前三者はいずれも権利濫用の一部については真実の標識であるが、第四の社会的・目的論的若くは機能的な標識のみが、法律生活のもっと公正な、もっと社会的な整頓を熱望する現代の要求に副うことができるものであり、(127)社会的もしくは目的的標識こそ全体の真理であるとされている。

以上の権利濫用標識の分類に関する学説と異なって、MarcDesserteauxは、権利濫用の言葉自身を斥けるべきであり、権利の衝突という語の方が妥当であると主張している。二つ以上の権利が対立する場合に何れの権利が優先せしめられるべきかについて、三つの標準(128)を論じた。その内容から見ると「根本においては、利益の均衡を破るところに権利濫用を認めようとする見解に近似している」(129)。

Ⅲ　権利濫用理論の根拠に関する検討

権利濫用の標識の主観的心理的標識から客観的標識への転換は、権利濫用論の根拠への理解と関っている。フランスの権利濫用においてその根拠は、共同生活の相互犠牲の要求から社会利益と個人利益の接点へ、さらにその目的は私法と公法との交錯を誘導することへと転換している。具体的に、Campionは、権利濫用の変遷を①無意識的、断片的時期、②構成的時期および③拡大的時期という三つの時期に分けていた。末川博士は、これに倣って、フランスにおける権利濫用に関する研究の展開におけるそれぞれの時代の代表的な論著についての梗概を紹介した。(130) 一方、Markovitchは、これを①狭い理論の時期、②拡大された時期という二つの時期に分けている。この区分はおおよそCampionの①および②がMarkovitchの①に該当し、前者の③が後者の②にあたるものであるが、Markovitchの区分は権利濫用の標識による区分である。①は主観的および心理的な標識による権利濫用が支配的な時期であり、②は客観的標識すなわち経済的社会的標識の時期であるのに応じて、異なる様相を呈している。(131)

（一）個別的考察時代においては、絶対の権利が認められないのは、「共同生活が相互の犠牲を要求する」（Laurent）ためであるとされた。

（二）統一的理論建設の時代において、権利濫用論の根拠はより一層深化された。権利濫用は法律上の信頼を裏切ることである（Emmanuel Levy）とする見解は、実証主義と理想主義との調和を図ろうとする立場から、法律の理想的根源はすべて集合意識に発するのであって、すべての権利は信頼の関係であり、環境の精神は人を保護すると同時にまた人を拘束すると主張している。その論法からすれば、権利者が自己に権利を認めてくれているところの集合意識の信頼を裏切るならば、権利の目的に背反して反社会的に行為するものと非難されねばならないこととなるのである。(132) 権利はすべて個人の利益と社会の利益との均衡を保つ為めに認められているとする見解（Bosc）は、絶対完全の権利とせられて

いる所有権は、理論上はともかく実際上は人類が共同生活を営んで以来嘗てどの時代にも存したことはない。権利の行使は、個人の利益と社会利益の均衡を破ってはならないと述べている。権利は社会的な生活が個人的な生活と結合したところに生ずる（Saleilles）とする見解は、フランス革命当時の個人本位の考え方が是正さるべきことを説いている。権利濫用は権利の経済的又は社会的な目的に反する行使、換言すれば公共意識によって非難される行使に存するのである。すべての権利は社会的な見地においては相対的であって、所有権といえども絶対的な権利ではない。この様な権利濫用理論の根拠は、単に共同生活が相互の犠牲を要求することから、権利が集合意識の信頼、個人の利益と社会の利益との均衡を保つこと、社会的な生活が個人的な生活と結合したところに生ずること等、個人利益と社会利益の結合および利益関係の均衡へと深化されてきた。権利に関して、従来の個人主義的な理解から、個人と社会の関係を視野に入れた理解へと移行している。さらに権利の濫用は、権利の経済的又は社会的な目的に反する行使であるとする見解も見られた。

（三）権利濫用理論の拡大時代において、権利濫用論の根拠は、権利の目的が社会的であるという観点に求めている。

権利は、本来社会生活における個人と個人との関係を規律するた為めに認められ、社会の他の成員を顧慮しないで個人に与えられる権利というようなものはあり得ない。絶対的個人主義の観点は、法律が本質的に社会的であるという要請を無視し、権利主体たる個人を実在の世界から切り離して擬制の世界のものとする。余りに個人主義的な立法の形式的欠陥は権利の反社会的な行使が濫用されることから、非難され補正されねばならない（Comil）[133]。また「権利の反社会的な行使」という言葉の方が、権利の濫用というよりも一層適切である。

L. Campion は、権利濫用の観念は広狭両義に分けられ、狭義においては反社会的な権利行使が特定の他人に損害を加えることを意味し、広義においては善良な風俗に反するというような意味で社会的な利益を害することを総称すると

述べている。[134] また、権利の利益という観念を否認し権利の社会的機能を重視している。これは、権利の本質を利益からその社会的機能へと転換する考えであろう。

社会的な所産たる権利という観念は、社会的共同体においてのみ与えられる（L.Josseran）。第一に、権利濫用は、権利の目的という理念と密接に結び付いており、しかもその目的の制約は社会的に必要であって、それはただ法規に示されている表面的な制限によって為されるのみならず、各種の法律上の権能の社会的機能から推して法律的な理由を探求することによっても与えられるのである。[135] 第二に、社会的な所産たる権利という観念は社会的共同体においてのみ与えられるのであって、その起源は法律のそれと同じように社会における生活であるから、その存在理由は共同生活の円滑な進展を保障するということ以外にはあり得ず、権利の相対性はそれ自体の起源において常に要請されているところである。[136] 第三に、権利濫用観念は、社会的相互依存の最高の法則を現している。したがって、権利がすべてその起源とその本質およびその果たすべき使命において社会的であることは、それが全体として強制的な社会の規則に他ならぬところの法律から流出するものであることを考えれば極めて明白である。このように権利濫用の根拠は、権利の本質が社会的であるという考えである。

Ⅳ　権利濫用理論についての評価

権利濫用理論の根拠とその判断標識の展開は、権利における個人主義的観点から連帯主義的観点への転換を伴っている。権利濫用理論がこの転換において果たした役割を、学説はかなり高く評価している。最も代表的な論者は L.Campion であり、その主な見解は、次のようなものである。

第一に、権利濫用理論は、連帯と秩序という二つの理想に忠実にしたがっている。権利の反社会的行使の理論（権利

濫用理論）が、「民法の根幹自体に対して攻撃を加えるかのように見えるの故を以て、これを社会秩序に対する破壊的な原則であると考えてはならぬ」ものである。権利濫用の理論のみが、必要な変遷と法律上の適応とを促進し得る。この理論は「吾々をしていわしめれば、吾々は人類の連帯と法律における秩序との二つの理想に忠実にしたがっているのだと考える」[137]。

第二に、権利濫用の理論は、個人主義的な考え方と連帯主義的な考え方との間の連鎖である。Campion は、権利濫用の理論は個人主義的な考え方と連帯主義的な考え方との間、すなわち天賦の権利の理念と権利義務融和の理念との間における連鎖をなすものであるという。そして、権利濫用の理論は、個人の自由に活動し得る範囲を共同生活の利益の為めに制限し得る機能を裁判官または法規に附与するものであって、その目的が社会的である点において、やがて私法と公法との交錯を誘導するものである（L. Campion）、と評価している[138]。

第五款　外国における権利濫用理論の特徴

以上、末川博士の業績を中心とする従来の研究成果によりつつ、諸外国における権利濫用理論の展開を辿ってきた。それを要約的にまとめると、次のようになろう。

第一に、「自己の権利を行使する者は何人に対しても不法を行うものではない」、もしくは「自己の権利を行使する者は何人をも害することはない」というローマ法諺は、いわゆる権利の絶対性を謳っている。しかし、「他人に損害を加える目的のみの為に権利を行使することは許されない」というシカーネ禁止の原則は、ローマ法源にすでに存在した。ただ個別的にシカーネというようなものを禁ずる例外が認められたに止まっていた。

第二に、ドイツ民法における権利および規範濫用理論の二二六条から八二六条を越えて二四二条に至る発展は、主観的徴表の後退・客観的事情の強調によって特徴づけられる。「二二六条から八二六条への展開」は、シカーネ禁止規範が独自性を失い、より包括的な良俗違反の権利行使禁止規範に吸収されてゆくプロセスである。次いで、二四二条の信義則規定が漸次に適用され、遂には権利行使のもっとも包括的・基礎的な制約根拠を提供するにいたった。ドイツの判例・学説において権利濫用理論の根拠が客観的利益衡量に求められるのは、民法における良俗違反の規定と信義則規定に基づく場合である。したがって、このような客観的利益衡量の内容も、私的関係を調整するというものであろう。一方、スイス民法典の第二条の二項の規定は、必ずしも固有の意義におけるシカーネのみではなくて、広く一般に権利の濫用と呼ばれるべきものに及ぶことになった。したがって、ドイツ民法のシカーネ禁止の規定から、さらに一歩進んで、すべて権利の明白な濫用は不法行為であって法律上の保護が剥奪さるべき旨を定めたわけである。

第三に、フランス民法典においては、権利濫用禁止の規定が設けられなかった。しかし、民法典成立後、一八五〇年代の二つの画期的判決において、権利の絶対性を制限する考え方が裁判上採用された。権利濫用法理は、すでに早い時期から存在したわけである。その後、フランス民法においては権利濫用の標識、特にその分類に関する研究が展開された。権利濫用の標識の内容に関する学説の展開のプロセスとしては、次のようにまとめることができる。当初には加害の意思が専ら権利濫用の標識と認められ、時とともにしだいに相対する利益の均衡の破壊、適法な利益の欠缺、権利の経済的社会的目的への背反的客観的要素をも加えられた。特に、「権利の経済的社会的目的への背反」は、最も重要な標識になったわけである。このようにフランス民法における権利濫用の標識を客観的標識に求めることが、通説になったわけである。

第四に、フランスの権利濫用において権利濫用の根拠は、共同生活の相互犠牲の要求から社会的な生活が個人的な生

活との結合へ、さらにその目的が私法と公法との交錯を誘導することへと転換されてきた。このようなプロセスは、権利に対する個人主義的観点から連帯主義的観点への転換と呼応していると思われる。権利の社会的被制約の理由は、共同生活、集合意識、社会の利益、社会的見地等という従来の個人主義的な観点と異なる連帯主義の観点である。しかし、連帯主義的な観点とは一体どのような内容を持っているのか、学説はこの点についてまったく議論していない。学説のニュアンスから見ると、連帯とは所有権者の権利を行使する際に他人の利益をも顧慮すべきである、ということだと思われる。あくまでもこれは、私法世界の枠内の課題であると思われる。連帯概念はその模糊性によってその理解の幅もかなり柔軟であり、必ずしも私法世界に限定された概念ではない。したがって、私的利益を超える理解も可能である。

第五節　権利濫用論の本来の機能と濫用される原因

判例および判例評釈の再考察と日本の学説および諸外国の権利濫用理論の再検討を通じて、権利濫用理論の客観的標識の内容が如何に変換され、権利濫用論の根拠が如何に転換したか、権利濫用理論が如何に本来果たすべき機能から逸脱し濫用されているのか、さらにこれらの転換は、民法における「公共の福祉」の性格に関する理解がどのように関連するのか、等問題についての答えが見えつつあると思われる。以下、四つの項目において結論をまとめておこう。

第一款　権利濫用論における客観的標識の内容の拡大

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として先に主観的な標識を用いていたところ

に客観的な標識をそれに併合し、さらに客観的標識のみを用いるようになったという転換のプロセスは見られない。そこでは、むしろ、はじめから権利濫用の判断基準は客観的な標識に求められていた。これが、日本における権利濫用理論の重要な特徴の一つである。

さらに、判例の展開とともに、権利濫用の客観的標識の内容が転換されることになった。戦前の判例において、客観的標識は、従来の双方の利益の比較のみから、利益比較並びに「一般公衆」の利益および「一般公共の利益」、特に住民の交通の便利という二つの点から構成されている。ここで、一般公共の利益、社会通念上の考量とは、市民生活に関わるものであって、それ以上のものではないと思われる。一方、戦後の裁判例においては、権利濫用理論の客観的標識の内容に関して、二つの見方が提示されている。その一つは、戦後の裁判例において客観的標識の内容は不当に拡大されている、と見る見方である。このような権利濫用法理適用の不当な拡大は、日本に特有な現象なのであると指摘されている(139)。もう一つは、従来の客観的標識である「一般公共の利益」をより具現化された地域住民の公益性と公序と解釈するものである。客観的標識の内容に関するこのような二つの解釈は、判決の二つの異なる方向を反映するものであろう。客観的標識の内容の不当な拡大と評価されているのは、「国の敗戦後の経済の復興再建」の必要性、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一連の判決である。他方、「一般公共の利益」の具現化と評価されているのは、「付近の住民に対し生活上重大な影響を及ぼす」こと、「市民一般に不測かつ重大な損害が生ずる」こと、「道路として近隣の人々の利便に供されていた」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」ことを根拠として権利濫用法理を適用した判決である（たとえば、裁判例【21】）。

学説は、とりわけ板付基地判決（裁判例【17】）をきっかけとして、権利濫用の客観的標識の拡大について、さまざ

まな疑問と批判を提示している。疑問と批判の着目点は、権利濫用の判断に際して、客観的標識だけを考慮することには限界があり、主観的標識をも考慮すべきであるということである。たしかに、客観的標識のみで権利濫用を判断することには問題がないではない。しかし、問題の核心は、主観的標識の不考慮にではなく、客観的標識の内容の拡大さらには変質にこそあるのではないだろうか。

日本の学説は、権利濫用の判断基準を主観的標識から客観的標識へと転換することに対して、特に抵抗感を示さなかった。学説は、早くから権利濫用の判断基準を「社会団体の維持」、「公序良俗」、「公の秩序善良の風俗」に反するか否かに求めていた。戦後において、権利濫用の濫用への警戒から、権利濫用の基準を厳格に検討する必要があるという声が上がってきた。しかし、権利濫用の濫用および客観的標識に関する議論は、客観的標識の内容自体を問題にするという次元までは進まなかった。

外国の権利濫用理論において権利濫用の標識は、まずは権利の絶対性への反省から、シカーネ禁止という主観的標識に求められた。シカーネ禁止の原則は、ローマ法諺にもすでに存在し、ドイツ民法にはシカーネ禁止の規定が明確に設けられた。しかし、権利濫用の標識を主観的要素にのみ求めるのでは不十分であり、客観的標識考慮の動きが出てくるのは当然であった。実際、その後制定されたスイス民法典は、「権利の明白な濫用は法律の保護を受けぬ」と規定して、客観的標識をも重視することを明らかにしている。一方、ドイツの判例・通説における権利濫用の解釈は、シカーネ禁止の原則の拡張解釈をとらず、二二六条から八二六条を越えてさらに二四二条に至る図式を通して、主観的標識を後退させ客観的標識をより強調することになった。しかも、権利濫用の標識についての解釈は、それを民法上の原則すなわち良俗違反と信義則に求めていた。フランス民法には、権利濫用の規定が設けられなかった。しかし、判例と学説においては、主観的標識から客観的標識への展開のプロセスがあった。その展開は、権利の本質に関する個人主義権利観か

ら連帯主義権利観への転換を前提として、十分な検討が行われたことに基づいて実現されたのである。しかも、客観的標識の内容がより詳しく検討され、分類されたのである。もっとも強調されたのは、権利の社会経済的目的である。これによって、客観的標識が拡大された。

日本の権利濫用理論が外国、特にフランスのそれに大きな影響を受けたとする点は、学説における一般的な見解である。しかし、日本においては、「一般公衆」の利益および「一般公共の利益」は、「国の敗戦後の経済の復興再建」への寄与、国家行政の利益の実現へと転換されることになった。この結果、権利濫用法理の適用は、市民利益を犠牲にする危険をはらむことになる。これは、日本の権利濫用判例と理論の特徴ともいえるであろう。日本の権利濫用理論に大きな影響を与えたフランスにおいても、権利の社会的・経済的目的という考え方が採用され、第一次世界大戦期には「広く政治的な処置から切り離されて独自の世界を有するものと考えられていたところの所有権その他の私権を中心とする私的法律生活は、極度に圧縮されることになった」[140]といわれる事態が生じていた。しかし、これが意味するのは、国家・大企業の利益による市民利益の犠牲ということではないと思われる。また、ドイツ民法における良俗違反（八二六条）と信義則（二四二条）は、いずれも民事関係を調整するための民法上の規定である。したがって、ここでは、良俗違反と信義則における客観的標識の内容も、民法の領域において民法の理念に基づいて展開されたものと考えられる。日本の事態は、やはり特異といわなければならない。

第二款　権利濫用理論の根拠の転換－私権の社会性から私権の社会的本質へ－

日本の権利濫用理論において、一般住民・一般公衆の利益を国家・行政の利益および大企業に従属させるという帰結

をもたらした、いわゆる客観的標識の不当な拡大解釈の原因は、権利濫用理論の根拠である私権の社会性、公共の福祉および私権の社会的本質などの概念に関する理解と深く関わっていると思われる。本款においては、権利濫用理論の根拠が如何に私権の社会性から私権の社会的本質へ転換されたかについて検討を加えたい。

判例において、明確に権利濫用理論の根拠を論じたのは、戦後の板付基地事件判決である。所有権者の原状回復を求める請求は、私権の本質である社会性、公共性を無視し、過当な請求であると判断された。このように、権利濫用の根拠は、私権の社会性の本質に求められたわけである。しかし、私権の相対性、公共性、社会性という概念は、私権の本質である社会性、公共性とどのような関係があるのかについては、判例は言及してなかった。

権利濫用裁判例の判例評釈において、所有権の制限および権利濫用の根拠は、所有権自体に内存する必然的な性質や公序良俗や権利の社会的合理性、あるいは社会的合目的性や私権の本質的性格である社会性、公共性（田中）等に求められている。それぞれの具体的な内容を検討すると、公序良俗とは市民生活のルールと秩序に関わるものである。社会的合目的性・合理性とは、市民生活と離れてより高次元のものである。私権の内在的制約である社会性、公共性とは私権の社会的本質という概念と区別されておらず、同じように扱われている。したがって、個権利制限および権利濫用の根拠には、市民的利益とそれを越えた国家・行政の利益が含まれている。

学説において日本における権利濫用の根拠の展開過程を最も詳細に検討したのは、松本論文である。その検討の結論は、日本の権利濫用の根拠が、私権の社会的被制約性という個人本位の立場から、私権の相対性ないし権利の社会性という社会本位の立場へと転換したということである。そして、その転換の契機は、鳩山説に求められた。さらに、私権の社会性は、私権の社会的本質、公共の福祉と同じ理念を示すものとされた。私権の社会性・相対性概念を通して、権利濫用の概念が公共の福祉の理念に結び付けられたのである。

しかし、民法一条一項の規定は、本当に権利の社会的被制約性が、権利の相対性・権利の社会性と対立する概念なのか。民法において権利濫用と公共の福祉の概念の共通性はないのか。あるにはあるとしてどこに共通性があるのか。松本論文には、これらの問題に関する検討はない。しかし、これらの問題を検討せずに、単に権利濫用の根拠を従来の私権の衝突の調節機能に求めても、それが権利濫用理論濫用の恐れに対して十分な解決策を提示しうるものとは思われない。

外国の権利濫用理論において、権利濫用の根拠が特に議論されたのは、フランス民法学である。フランスの権利濫用理論における権利濫用の根拠に関する議論は、時代に応じて、異なる様相を呈している。すなわち、権利濫用の根拠は、共同生活の相互犠牲の要求（個別的考察時代）から社会利益と個人利益の接点（統一的理論建設の時代）へ、さらにその目的は私法と公法との交錯を誘導する（権利濫用理論の拡大時代）ことへと転換されている。このような転換は、権利に対する個人主義的観点から連帯主義的観点への転換と呼応している。

日本の学説・判例において、確かに権利濫用理論の根拠は転換された。しかし、その転換は、権利の社会的被制約から権利の相対性、社会性への転換ではない。権利の社会性、相対性こそ、権利濫用理論にも根強く支えるものである。したがって、権利の社会的被制約性と権利の相対性、社会性は、同じレベルの概念である。私権の社会性、相対性から、私権の社会的本質概念への転換こそ、権利濫用の客観的標識の拡大解釈さらに権利濫用法理濫用の原因であると思われる。

権利濫用の客観的標識の内容の拡大は、権利濫用の根拠が私権の社会性、相対性から、私権の社会的本質概念へ転換されたことと深く関わっている。その原因は以下のような二つがあると考えられる。

原因の一つは、法律または権利の社会的本質という一般的な理解が、たまたま安易に私権の本質をも社会性に位置づけることに至ったことである。権利の本質は、社会性といえる。しかし、そこからストレートに私権の本質を社会性と

する考えは、個人主義的市民法原理が日本社会に根強く植えつけられなかったことに由来する歪んだ解釈であろう。

二つ目の原因は、私権の相対性、社会的被制約性としての私権の社会性と私権の社会的本質概念としての私権の社会性とが、混同して理解されていることである。すなわち、そもそも私権の社会性・公共性は、私権を内在的に制約するものである。ここで、私権を制約するものとしての社会性と私権の本質としての社会性とは異なる概念である。しかし、この二つの概念は、判例において同一視されているだけでなく、評釈においても区別されることがなかった。その結果、市民の利益が、簡単に、私権の社会的本質の論理を通じて大企業・国家の利益のための犠牲に供されてしまう。本稿は、私権の社会性と私権の社会的本質概念の区別を、きわめて重要なことと考える。私権の本質が公共性・社会性であるならば、公権の本質は何か。公権の本質も公共性であろう。そうすると私権と公権とはどのように区別されるのか。したがって、私権の社会性、公共性は、私権が社会性・公共性に制限されることを意味するだけであって、私権の社会的本質の表現とは全く関連がない概念である。私権の本質は公共性であるという表現を安易に使うことは、私権たる土地所有権を安易に否定する結果をもたらすものと思われる。

以上のような二つの原因の分析を通して、私権の社会性、相対性から、私権の社会的本質概念へ転換の根本的な原因は、私権の内在的制約としての社会性・公共性と私権の権利の一種類としての社会的本質という二つの異なる概念を同じようなものとして扱っていることであることが明らかになった。私権の相対性、社会的被制約性としての社会性と私権の社会的本質としての社会性とは、異なる概念である。この二つの異なる概念を同一に扱い、権利濫用の根拠を私権の社会性から私権の社会的本質へ転換したことにこそ、日本民法において権利濫用理論の変質がもたらされた理由があるのである。

第三款　権利濫用論の濫用の根本的な原因

権利濫用の濫用という現象は、権利濫用理論の本来の機能から逸脱したことである。権利濫用理論は、私法における私人間すなわち市民対市民の利害衝突を調整する原理である。その本来の機能は、市民対市民の利害衝突、諸矛盾・対立を調整するものである。したがって、この法理は、私権行使の個人性・自由性という市民法的な原理を前提とし且つこれを貫くものである。しかし、実際に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も、市民の利益を大企業の利益あるい公権に従属させる機能を果してきた。換言すれば、日本における権利濫用理論は、権利対無権利の形の利害対立[14]の調整機能を果たしているのである。このようにして、権利濫用理論は本来の機能から逸脱し、いわゆる権利濫用の濫用になったわけである。その一つの重要な原因は、民法における「公共の福祉」、「権利濫用」など一般条項を金科玉条として、不当に拡大解釈し、公共の福祉を公益と区別せず、公益優先論によって個人に認められた所有権権を公益に従わせることを強いてきたためである。

それでは、権利濫用の理論は、如何に不当に拡大解釈され、ストレートに公益優先論と結ばれたのか。本節の第一款・第二款において検討したように、それは権利濫用の客観的標識の内容の拡大と権利濫用論の根拠の転換に関連する。すなわち、客観的な標識の内容を一般公衆・一般公共の利益から、大企業の国への寄与・国家或いは行政の利益にまで拡大したことである。拡大解釈の根本的な原因は、権利濫用論の根拠を私権の社会性から私権の社会的本質へと転換させ、しかも民法上の公共の福祉が私権の社会的本質と同じ理念としから扱われたからであると思われる。

権利濫用理論の濫用のもう一つの原因は、一般公共の利益・一般公衆の利益など、従来のいわゆる客観的標識の内容を、如何に市民対市民の利益衝突を調整する権利濫用理論に位置づけるかの問題にある。私人間の利益の衝突とは、個

別的な利益関係である。したがって、特定多数および不特定多数の住民の利益を私人間の利益調整として解釈することは、難しいであろう。それでは、これら一般公共的利益・一般公衆の利益は、民法においてどのような性格を持つべきか、この点について従来の判例および学説は、全く検討してこなかった。これが、権利濫用法理が、安易に私権の社会的本質によって解釈されてしまった原因と思われる。この問題は、私権の社会性・公共の福祉概念への検討と深く関わっている。

第四款　民法における公共の福祉の性格

学説において、権利濫用理論の根拠の転換を検討する際、権利濫用理論と公共の福祉の関係、さらに公共の福祉の性格が議論され、いくつかの見解が示されている。

第一に、権利濫用と公共の福祉の関係について、以下のような異なる学説が見られた。

松本説は、権利濫用と公共の福祉が異なるとの理念を説いている。すなわち、権利濫用禁止の原則は学説・判例の努力によって「公共の福祉」理念の登場以前から理論的・法技術的構成を与えられ且つ発展せしめられてきた。権利濫用論は、私権の社会的被制約性に基づいて、私権相互間の衝突や矛盾の調整だけを目的にしていたのである。これに対して、二〇世紀の社会本位の民法原理の集中的表現としての公共の福祉理念は、私権の公共性・社会性など公的且つ超私益的価値に立つ法理念である。したがって、権利濫用の原則とは公共の福祉のもつ社会的機能を営むものではなく、公共の福祉と同一の法的価値を志向するものでもない。私権の社会性、公共性の理念に立つ公共の福祉とは、私権の社会的被制約性に立つ権利濫用理論と異なる概念である。

一方、吉岡説は、「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ながら、公共の福祉と権利濫用は共に市民の利益に求めなければならない、と主張している。ここでは、公共の福祉と権利濫用の根拠は同一であり、私権の社会性であると理解されている。本稿の立場も権利の濫用と公共の福祉の法理は、私権の社会性という点で同じような価値を示し、公共の福祉も民法上の利害衝突の法原理であると考える。

第二に、民法における公共の福祉は一体どのような性格を有するのか。これについて、学説の考え方が二つの方向に分かれている。

一つの方向は、公共の福祉は市民的利益を調整する原理であるとするものである。公共の福祉といえば、少数支配層のそれではなく、国民の多くのそれを指すものといわねばならない。「公共の福祉」という観念は、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、言い換えれば「市民の利益」、「市民の権利」を基盤に、市民を保護する点を中心に形成されなければならない。したがって、「市民の利益」と「公共の福祉」という観念とは本来的同義的に対置できるが、国家権力ないし公権力の行使と一致するのではなく、公益優先論の「公益」と異なって、あくまでも個人主義的理念に立脚するものである。

二つ目の方向は、判例に表れたように、公共の福祉を国家への協力義務の根拠とする考え方である。この考え方の下では、公権および大企業の利益も公共の福祉に組み込まれ、「公共の福祉」は、国家目的遂行のための概念になる。松本論文における「公共の福祉」の把握も、基本的には同じ発想に基づくものであろう。しかし、このような考えは警戒すべきであろうと思われる。

本稿の立場は、民法における公共の福祉原理と権利濫用法理とは、ともに私的関係を調整する原理であるとするものである。その具体的な内容についての検討は、本稿の第四章において展開しよう。

注

(1) 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) 一三八頁。

(2) 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＝六号 (一九五八年) 五九八頁。

(3) 松本・前掲論文 (注2) 五九四頁。

(4) 松本・前掲論文 (注2) 五九四頁。

(5) 松本・前掲論文 (注2) 五九四～五九五頁。

(6) 松本・前掲論文 (注2) 六〇〇頁の注九参照。

(7) 事実上の制限については、(イ) 人力の届かぬ処に所有権は及ばず (ロ) 経済上の需要に制限される (ハ) 権利の濫用を許されず、という土地の性質上生ずる制限であるとされている。松本・前掲論文 (注2) 五九五頁。

(8) 松本・前掲論文 (注2) 五九五頁。

(9) 松本・前掲論文 (注2) 五九五～五九六頁。

(10) 松本・前掲論文 (注2) 五九七頁。

(11) 牧野英一「権利の濫用」法協二二巻六号 (一九〇四年) 年八五〇頁以下。

(12) 菅野・前掲書 (注1) 一三八頁。

(13) 菅野・前掲書 (注1) 一三九頁。

(14) 鳩山秀夫「工業社会の営業行為に基づく損害賠償請求権と不作為の請求権」鳩山秀夫『債権法における信義誠実の原則』(有斐閣、一九六五年) 四二五頁以下。

(15) 菅野・前掲書 (注1) 一四〇頁。

(16) 菅野・前掲書 (注1) 一四〇頁。

(17) 末川博「公序良俗－民法第九〇条について」『権利侵害と権利濫用』(岩波書店、一九六〇年) 五八二頁以下参照。

(18) 菅野・前掲書 (注1) 一四六頁。

(19) 平野義太郎『民法に於けるローマ法思想とゲルマン思想』(有斐閣、一九二四年) 三四頁以下。

(20) 菅野・前掲書（注1）一五六頁。
(21) 末川博「権利濫用概説」法律時報五巻七号九九頁以下参照。
(22) 石田文次郎「現代物権法の基礎理論」石田文次郎＝我妻栄＝中川善之助『現代民法の基礎理論』（大明堂書店、一九四三年）二六頁。
(23) 青山道夫「わが国における権利濫用理論の発展」末川古稀『権利の濫用上』（有斐閣、一九六二年）三一頁。
(24) 末川・前掲書（注17）二五三頁。
(25) 菅野・前掲書（注1）一七四～一七五頁。
(26) 菅野・前掲書（注1）一七五頁。
(27) 幾代通「権利濫用について」法政論集一巻二号（一九六二年）一八一頁。
(28) 鈴木禄弥「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一六頁。
(29) 竹下英男「権利濫用の一機能」立正大学経済学季報一三巻一＝二号（一九六三年）一四二頁。
(30) 松本・前掲論文（注2）六一二頁。
(31) 田中・前掲論文（注2）三九頁。
(32) 戒能通孝「『権利濫用』と『公共の福祉』」法律時報三〇巻一〇号（一九五八年）七頁。
(33) 菅野・前掲書（注1）一七五頁。
(34) 松本・前掲論文（注2）六〇九頁。
(35) 末川・前掲書（注17）一〇一頁。
(36) 末川・前掲書（注17）一〇一頁。
(37) 末川・前掲書（注17）一〇一頁。
(38) 末川・前掲書（注17）一〇二頁。
(39) 末川・前掲書（注17）一〇五頁。
(40) 末川・前掲書（注17）二四三～二四五頁。
(41) 末川・前掲書（注17）一〇一頁。

(42) 末川・前掲書（注17）二二四頁。
(43) 末川・前掲書（注17）一三七頁。
(44) 末川・前掲書（注17）一三七頁。
(45) 末川・前掲書（注17）一三一頁。
(46) 末弘、松本、水口等の議論に従えば、「総ての法規の根基をなせる統一的根本原理に照合して、公序良俗に反する行為は、総て法規の非難するところなりと解し、権利の行使が、公序良俗に反する場合には、その限度において法の保護を受くる能はざるものなりと断ずること正当」である。末川・前掲書（注17）一三二頁。
(47) 末川・前掲書（注17）一三二頁。
(48) 末川・前掲書（注17）一三三頁。
(49) 末川・前掲書（注17）一〇五頁。
(50) 末川・前掲書（注17）二五二頁。
(51) 末川・前掲書（注17）二五九頁。
(52) 末川・前掲書（注17）一三五頁。
(53) 末川・前掲書（注17）一三六頁。
(54) 末川・前掲書（注17）一三七頁。
(55) 末川・前掲書（注17）二四一、二三九頁。
(56) 末川・前掲書（注17）二四二～二四三頁。
(57) 末川・前掲書（注17）一三三頁。
(58) 末川・前掲書（注17）一三四頁。
(59) 松本・前掲論文（注2）五八八頁。
(60) 松本・前掲論文（注2）五八八頁。
(61) 松本・前掲論文（注2）五八九頁。
(62) 松本・前掲論文（注2）五八九～五九〇頁。

(63) 松本・前掲論文（注2）五九〇頁。
(64) 松本・前掲論文（注2）五九〇頁。
(65) 松本・前掲論文（注2）五九二～五九三頁。
(66) 松本・前掲論文（注2）五九三頁。
(67) 松本・前掲論文（注2）五九三～五九四頁。
(68) 松本・前掲論文（注2）五九八頁。
(69) 松本・前掲論文（注2）五九六頁。
(70) 松本・前掲論文（注2）五九九頁。
(71) 松本・前掲論文（注2）六〇二頁。
(72) 京都法学会誌第四巻一二号（一九〇九年）。
(73) 京都法学会誌第三巻一一号。
(74) 松本・前掲論文（注2）六〇七頁の注一六参照。
(75) 鳩山秀夫「工業社会の営業行為に基づく損害賠償請求権と不法行為の請求権」法協二九巻第四号（一九一一年）。
(76) 松本・前掲論文（注2）六〇二頁。
(77) 松本・前掲論文（注2）六〇三頁。
(78) 松本・前掲論文（注2）六〇六頁。
(79) 鳩山秀夫「債権法における信義誠実の原則」法協四二巻一、二、五、七、八号（一九二四年）および同『日本民法総論』上巻（一九二三年）第二章第三項特に三六頁以下。
(80) 松本・前掲論文（注2）六〇六頁。
(81) 松本・前掲論文（注2）五〇九頁。
(82) 松本・前掲論文（注2）六一二頁。
(83) 松本・前掲論文（注2）六一二頁。
(84) 松本・前掲論文（注2）六一〇～六一一頁。

(85) 松本・前掲論文（注2）六一二～六一三頁。
(86) 松本・前掲論文（注2）六一一頁。
(87) 松本・前掲論文（注2）六一一頁。
(88) 松本・前掲論文（注2）六一二頁。
(89) 松本・前掲論文（注2）六一一頁。
(90) 松本・前掲論文（注2）六一二頁。
(91) 松本・前掲論文（注2）六一三頁。
(92) 末川・前掲書（注17）一五五～一五七頁参照
(93) 末川・前掲書（注17）一六七頁。
(94) 末川・前掲書（注17）二〇八頁。
(95) 末川博「ドイツ民法およびスイス民法における権利濫用理論に関する規定の成立過程」・前掲書（注17）一八六頁。
(96) 末川・前掲書（注17）一八六頁。
(97) 第一草案においてシカーネ禁止の原則を設けなかった主な理由は、次のようなものである。①権利の行使はその性質上法規の承認する利益享受のための意思内容の主張でなければならないから、権利の行使を違法とするのは不必要である。②権利者がただ他人を害する目的のみで権利を行使するということ、換言すれば、権利者が権利の行使について別に何らの利益をも有するものでないということを相手方に証明すること殆ど不可能であるから、シカーネを禁止することは、実際上役に立たないのである。③シカーネの禁止を規定するならば、権利の行使に対する異義が容易となって、「適法な行使を妨げるためにすなわち権利を害するために濫用されうる」というような結果をもたらさないとは限らないので、この規定を設けることは不適当である。これに対して、ギールケは、次のように批判した。「草案を支配するローマ流の思想は、唯外部から対立する権利によって制限されまた義務を伴い得るがそれ自身の内において制限を伴うことのない純粋の権能のみを知っているに止まる。之に反して、本来ゲルマンの考えかたではすべての権利が同じに義務であって内在的な道義上の制限を含有すると解せられるのであるが、こういう考えかたは草案の精神において全然顧られていない」。末川・前掲書（注17）一八七～一八八頁、一八九頁、一九〇頁。

(113) 江川英文「フランス法における権利濫用論」比較法学会『比較法研究』三号（一九四一年）二一頁。
(114) 末川・前掲書（注17）二〇五～二〇六頁。
(115) 高橋康之「フランスにおける近隣妨害の法理（一）」立教法学三号二四頁。
(116) 末川・前掲書（注17）二〇五頁。
(117) 末川・前掲書（注17）二〇五頁。
(118) 木村・前掲書（注100）一七五頁。
(119) 江川・前掲論文（注113）二三頁。
(120) 末川・前掲書（注17）二〇五～二〇六頁。
(121) 末川・前掲書（注17）二一四頁。
(122) 末川・前掲書（注17）二一四頁。Procherot の『権利濫用について』（一九〇一年）は、権利濫用のみに関する単行著作として公にされた最初のものである。
(123) 末川・前掲書（注17）二一二頁。
(124) 末川・前掲書（注17）二一八頁、江川・前掲論文（注113）二九頁。
(125) 江川・前掲論文（注113）二九頁。
(126) 末川・前掲書（注17）二三三頁。
(127) 末川・前掲書（注17）二三四頁。
(128) 末川・前掲書（注17）二一五頁。第一に原告の利益は生命又は自由であるのに被告の利益は金銭的なものにすぎないとき、第二に原告の利益は適法で真面目であるのに被告の利益はそうでないとき、第三に被告はその権利行使が他人にもたらす不利益を避けて他の方法で同一の目的を達し得るであろうと考えられるときには、原告の権利を重んじ被告の権利行使を不法と認めるべきである。
(129) 末川・前掲書（注17）二一六頁。
(130) 末川・前掲書（注17）二〇七頁。
(131) 江川・前掲論文（注113）三二頁。

(132) 末川・前掲書（注17）二一三頁。
(133) 末川・前掲書（注17）二二六頁。
(134) 末川・前掲書（注17）二二六～二二七頁。
(135) 末川・前掲書（注17）二三一頁。
(136) 末川・前掲書（注17）二三一頁。
(137) 末川・前掲書（注17）二二八～二二九頁。
(138) 末川・前掲書（注17）二二八頁。
(139) 吉田克己「土地所有権の日本的特質」原田純孝編『日本都市法Ⅰ 構造と展開』所収（東京大学出版会、二〇〇一年）三八六頁。
(140) 末川・前掲書（注17）二二一頁。
(141) 吉田・前掲論文（注139）三八六頁。

＊本稿は、北海道大学博士（法学・民法）学位論文（二〇〇一年三月二三日学位授与）を補筆したものである。