

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——

松 本 暉 男

目 次

- 一、はじめに
 - 二、わが国に於ける権利濫用理論の成立
 - 三、わが国権利濫用理論の発展
 - 四、結 語
- 一、はじめに

昭和二二年の民法改正によつて第一条三項「權利ノ濫用ハ之ヲ許サズ」という所謂権利濫用禁止の原則が成文化され、私権の公共性乃至社会性を宣言する同条第一項、信義則を規定する同第二項と共に、今やわが民法の指導原則は

わが国における権利濫用理論の特質についての一考察

七七

二〇世紀的な社会国家の法律原理に立つといわれている。

一九世紀的民法原理は、観念的に自由・平等な意思主体としての法人格を前提とし、この法人格の尊重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ていた。けだし、ブルジョア革命によつて樹立された近代市民法においては、私有財産制と一夫一婦制を基軸とする近代資本主義的生活関係にすべての人格をくみ入れねばならず、従つてここでは個人の権利∥義務を基調とする個人主義的法律原理が支配し、抽象的な権利主体としての人格が法秩序の基礎単位として措定されると共に、そのような人格の尊重のために何よりも先ず私権行使の絶対的自由が保護されねばならなかつたのであつた。人はすべて、自己の自由な意思に基いて法律行為をなしうる——特に所有権の行使と契約締結の自由——であり、その自由なる意思が、法の前に平等だという抽象的形式的な人格のそれであつたことはいふまでもない。人はただ、自己の故意・過失によつて他人の権利を害するのだけければ責任を問われることもありえない。このような民法に於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於いて自明の要請とされていたのであり、わが明治民法に於いても「私権ノ享有ハ出生ニ始マル」(現第一(三)条ノ三)として万人が法の前に平等の権利能力を有するとなし——まだ人格平等の原則の確立には到らなかつた(明一四一八・七)が——、所有権の不可侵性(二〇)条、契約自由の原則(五二)条、自己責任の原則(七〇)条等がすでに実現されていたことは周知の如くである。

資本主義の発展による社会的経済的諸条件の推移は、こうした一九世紀的個人主義的法律原理に修正を加えざるをえない社会的経済的諸関係を必然ならしめ、特に基本的階級対立の激化——わけても個人の経済的自由の放任からくる富の偏在のための貧富の差の拡大——を回避するためには市民法原理の修正の諸技術の創出だけでは十分でなく、

ここに社会法として総括される諸立法の形成をさえ促すことになったのであつた。^① 市民法原理の修正と社会法の形成とは、かくて資本主義的所有の制覇と独占の段階に於ける資本主義的人間関係の機構的保全のための法規制として、本質的には区別されるべきものではないが、社会法の形成が市民法的規制を疎外して現われねばならなかつたに對し、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。こうした対比は社会法の生成と市民法の解体過程についての歴史的事實的な研究によつて追究されるものであつて別の機会にゆずらねばならない。ここでは、二〇世紀の資本主義民法の指導理念が、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いわれることを指摘すれば十分であろう。^② 一九世紀の個人主義的法律原理が個人の形式的自由・平等の保護であつたに對し、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、人の實質的自由・平等を志向して社会的經濟的弱者の法的保護を考慮し、かくして福祉国家を實現しようとするものだといわれるのである。このものは資本主義社会の二〇世紀に於ける發展段階に照応する財産關係、身分關係を基礎とする資本主義の支配体制であつて、社会主義国家と峻別されねばならぬこというを俟たない。従つて又、二〇世紀の民法の法律原理が社会本位であり、権利の社会性を承認し實質的自由平等を考慮するといつても、危機段階——生産労働大衆の創出、階級対立の激化等——における生活關係の資本主義的調整という限界の存することはむろんである。

こうした二〇世紀的法律原理の集中的表現は「公共の福祉」(Public Welfare)という指導理念であるとされ、取引の安全の保護・濫用の禁止・無過失責任主義等々の諸原則は、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限りその立法根拠は自明のことだといわれている。^③ 公共の福祉

理念は、「各人に対して人たるに値する生活を保障する」としたワイマール憲法が「所有権は義務づける」との宣言をもたらして以来、各国市民法典の指導理念として世界的に承認され、信義則に関するスイス民法第二条、契約の解釈についての独民法第一五七条、権利濫用禁止につきスイス民法第二条・独民第二二六条等が私権の公共性の承認の立法例として援用されること周知の如く、わが民法第一条一項「私権ハ公共ノ福祉ニ違フ」も第一条の精神を代表するものだといわれている。

しかし、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・判例の努力によつて「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り、例えば権利濫用禁止の原則は沿革的にはローマ法に遡るかのぼることができるとは、ただ、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回したとき、つまり公共の福祉理念が世界史的承認をうけるにいたつて、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ということは歴史的事実として指摘していいのである。では果して権利濫用禁止の原則等が、実際に二〇世紀資本主義民法の解釈原理として、公共の福祉の実現という社会的機能を営んでいるであろうか。もし現実にもそういう機能を営んでいないとしたら、公共の福祉と権利濫用禁止・信義誠実義務等とは同一の法的価値を志向するものといえないし、わが民法第一条の規定の仕方は批判されねばならぬことになる。この問題を歴史的に検討するには、公共の福祉の実体が一体如何なるものであるかという検討と、権利濫用禁止等の原則がそう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を考慮するのだけければならぬであろう。

本稿は、二〇世紀の社会本位の民法原理の集中的表現として公共の福祉理念が是認されている場合、このものは私権の公共性・社会性・或いは少くとも権利の絶対的私的性質への批判的修正に立つ法理念、であると解されていること、そうだとすれば権利濫用理論がわが学説史の展開において、このような法理念とどのように結合せしめられてきたかを考察する。権利濫用理論が、本来、どういう目的で提唱され、それがどのような事情の下に「公共の福祉」理念の主張と提携させられることになつたか——この問題は市民法的原理の社会本位の原理への転回のプロセスに関する問題であり、各国の実情によつて特殊具體的にあらわれてきたことである。権利濫用理論が私権行使の絶対的自由の修正の立場にある——私権の社会性・公共性の是認に立つ——から、公共の福祉の理念と当然の如くに提携すると解するのが今日の通説であるが、本来、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よつて、いは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。それが公的且つ超私益的な「公共の福祉」の実現に当然に結びつくとする右の通説の立場は、特殊歴史的な発想——独占資本主義の段階に於ける——にすぎないのである。この発想がいつ頃から、どういう状況の下に形成されてきたかを吟味せず、これに従うのは正しくないであらう。

むしろ、権利濫用禁止の原則が、実際にどういふ社会的機能を果し、公共の福祉という法的価値を実現するものといえるのがどうかの事実問題は、学説史的考察に限つてしまうときは単なる思想史の上での認定に終つてしまうであらう。後日、判例法の中からも解明していかねばならぬ所以である。本稿は、民法第一三条三項の解釈学の背景に、明治民法下の権利濫用学説史の蓄積があり、それが判例に与えた影響の少くないのかかわらず現在まで詳細な研究がないのかながみて、専ら学説史の研究と紹介に終始したのである。

註① 市民法の自由・平等という個人主義的法律原理の修正は、特別法の制定・法律概念の拡張・学説や判例による新指導原理の創出等の手段によつて達成されてきた。それは、借地・借家関係、雇傭関係、企業災害関係など各種の法律関係にみられたが、公権力による社会的又は経済的の弱者の保護という点で共通し、市民法的原理の修正といつてよく、その根底に、後述のように私権の社会性・公共性の承認という態度が存在しているのである。しかし、資本主義の基本的階級対立は、更に労働法・経済統制法・社会保障法などの社会法の法域を実現せずにはおかなかつたのである。好個の文献として、宮川澄「市民法の解体と社会法の生成」(立教経済学研究第一一巻第一号・二号)がある。

②③ 二〇世紀法律原理を社会本位の精神によると解し、取引の安全保護その他の原則が「公共の福祉」実現のためのもの、或いはこれと一致するべきものという理解は通説の支持するところであり、民法第一条に対するわが学説の共通の態度といつてよい。我妻「民法総則」二九―三〇頁、末川「権利濫用概論」(比較法研究第三号)〔3〕、谷口「権利濫用と信義誠実の原則」(法学セミナー第一号一四―五頁)、穂積「民法五〇年」(法律時報二〇巻一号一六頁)。川島「民法」(一)四七頁以下も、「これらの思想」(「権利自由の原則への批判」)を反映するものとして、民法第一条一―三項の規定をあげている。

④ たとえば、我妻前掲二九頁は「第一項は原理を宣明し、第二項と第三項はその適用を示すものといつてよい」といい、末川「民法の改正をうらめく二つの理念」(季刊法律学第四号)及び前出「権利濫用概論」、谷口前出論文等も全趣旨と解される。末川「権利濫用の研究」三〇頁以下は、一条第一項が私権一般の内在的性格に関し、二、三項は、個別的具体的な次元に関するもの、つまり各面から第一項の精神にふれたものだ、とする。

二、わが国に於ける権利濫用理論の成立

すでにローマ法諺は「自己の権利を行使する者は、何人に対しても不法を行う者でない」(Ulpian, Neminem laedit, suo jure)とつひも「時として許されたこととして誠実ならざることなり」(Non omne quod licet honestum est.)「法の極致は悪の極致」(Summum jus, summa injuria.)といつており、権利濫用理論の萌芽をここに求める学者は少なくない。しかし、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思の表現として——樹立されたからである。従つてわが国の権利濫用理論に關係のあるものを他に求めるとしても、近代市民法典成立以後に提唱されたものに限られ、例えば絶対主義時代のフランス判例にみられる濫用理論などはここでは一応無視できるであらう。

わが国の権利濫用理論はすでに民法施行直後に学者がとりあげ、判例も身分権について明治三四年に権利濫用理論を適用している(大判明治三四・六・二〇、)。大陸法系諸国では、権利濫用に関する判例は何よりも先ず財産権(特に所有権)を適用している(民録七輯六卷四七頁)。大陸法系諸国では、権利濫用に関する判例は何よりも先ず財産権(特に所有権)を適用している(大判明治三四・六・二〇、)。大陸法系諸国では、権利濫用に関する判例は何よりも先ず財産権(特に所有権)を適用している(民録七輯六卷四七頁)。

わが国において現われ且つ殆んどすべてが財産権に關してしたのであるが、わが国の判例では財産権に關するものが身分権のそれより十年もおくれ、しかも学説上は当初の内は財産権の濫用のみを——大陸諸国と同様に——論じていたのである。このことから、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覺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つたのだということ、を知るのである。そうではなくて、外国の民事法制をそのまま直移入する傾向があつたために、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つたのであり、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つた。資本主義的社会構成は未確立で近代市民的生活關係(特に近代的私的所有關係)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——、従つてこの時期に移入され現代まで継承され來つた特殊な日本の権利濫用論は、法技術的(判例)にも法理論的(学説)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るかどうか——むしろ半封建的支配体制乃至ファシズムに奉仕する可能性をもつていないか——と危ぶまれるのである。(この危惧につき、すでに川島前掲。書四八―九頁に指摘されている。)

明治民法には権利濫用の規定はむしろ存在せず、公共の福祉・信義誠実の原則も認められなかつたが(但し、親権濫用(序良俗の原)はあり)、しかし、だからといつて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。すべて国民の権利は「法律ノ範圍内デ」(明憲第二章)享有されるべきものであつたし、このことは明治絶対主義下の臣民の地位に照応してゐたから(明憲第二七条「日本臣民は「公益」ニ天皇制支配、すでにこれだけでもフランス民法典にみられるような私権の利益に反しない範圍でのみ所有権を有した)、自由に理念と遠く距つていた。理由書にも権利濫用等の規定はない。しかし学者は、権利(私)を「法律により他人に自己の行為を正当と認めしむることを得る力」(梅「民法要義」卷之一・四頁)、「一個人が一個人との關係に於て有する利益にして法律の保護により之を主張することを得べきもの」(岡松「註釈民法理」由第一篇一二頁)と規定し、「所有権とは法律又は他人の權利に抵触せざる範圍内に於て最も自由に物を処置する權利を謂う」(梅「要義」卷之二・一〇二頁)といふのが第二〇六条の解釈として有力であつたことを思えば、一般に少くとも私権行使は法律の認める範圍内では個人の自由であるが、他人の私権を害するような事は許されないと解されていたことがわかる。そこでは所有権は決して独立無制限のものではない。それは、まだ判例によつても学説によつても権利濫用の法技術的・法理論的構成を与えられることはなかつたにせよ、学説によつて適法な權利の行使にも社会的制約のあることを指摘されていたのであり、「權利と義務は表裏し合ひ」「従つて『他人より一定の分界を侵されることなき保障を有する状態』たる權利は、凡ての人格相互の關係を一面から表現しただけであり」……「絶対権は単独に存在する場合だけでなく相對権にも附隨して發生する……『何人よりも其相對権を侵害されざる絶対権あるものなり』……」と明治三六年にすでに述べられていることは注目に値する。(富井)

「民法原論」第一卷(上)三。けだし、私権行使の自由に社会的制約の存することを承認してこそ、相対権の不可侵性六・一八・一〇九―一〇頁)。ところで権利の社会的被制約性の承認だけでなく民法施行直後に「権利濫用論」を説いた学者もある。岡松・前掲「註釈民法理由」(明三〇年)は民法第九〇条の説明の際に「善良の風俗に反すとは道德に反することのみに非ず、誠実な人の為さざる行為を含む」として将来の離婚の約束を引例している。この引例の適否は別として、傍点部分の説明の仕方は現代の公序良俗規定からすではみ出し、いるもの、つまり必ずしも反道德なことに限らず客観的に人の信義に反くようなものを、を法律行為の無効原因として設定しており(一六七)、信義則乃至権利濫用禁止の法思想を示唆するものとも思われる。彼は所有権の定義に際し、イェ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、公益のため法律上其の制限を受けることは当然のことなり……」とした(一三六)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)、二は事実上の制限であり、後者は(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)権利の濫用を許さず、という土地の性質上生ずる制限であるとしている(一四八)。この最後の、権利の濫用を許さずという制限は「事実上適当なりと認むべき程度にあることを要すとの義なり」とし「法理上の制限」であるといっている(一五)。むろん彼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、一体、事実上の制限そのものが、前者「法令上の制限」と区別され得ないことは不問にして、その後(内外論叢第一卷第一号所収「権」の彼の見解では、「国家の利益、社会の利益、共同の利益なるものは存する能はず」とし、個人的利益を内容とするのが権利の觀念だとされているのであり(同上第一号一〇―一一頁、第二号一―七頁等)、権利のう

ける社会的制約を彼が認めていたにせよ、「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方は、少くとも現行民法第一条における権利概念の捉え方——には全然結びつくものでなかつたことがわかる。

しかし明治三十七年の牧野英一「権利の濫用」(法協二二卷六号所掲「法律に於ける進化と進歩」二三三頁以下)が発表され、この頃から民法第八九六条(親権濫用規定)以外に判例が戸主権の濫用をとりあげることも行われ、四〇年代には財産権の濫用の判例も現われる。上

皇益三郎「権利濫用法則の實際的研究」(法律新聞一三(六五—六八号))と、G・アペール「相隣地所有者間の権利関係」の紹介(法協五卷第八号一—六二—一)も重要かと思われる。前者は大正期に属する研究だがフランスの権利濫用論を紹介した後、七二頁、渡部訳、明四〇年)も重要かと思われる。後者は大正期に属する研究だがフランスの権利濫用論を紹介した後、土地所有権(六号)、債権(一三六)、七号)等々に関するその適用を詳述したもので、後者の紹介と共に明治——大正期のわが権利濫用理論がフランスの学説及び判例に刺戟され又はこれに倣つていた事態を確認できるように思われる。

しかし、専らフランスの理論の移入に終らず、そこでの問題点を整理紹介してわが民法の解釈理論を構成しようとしたものとしては、前掲牧野「権利ノ濫用」以外には明治末年迄皆無といつてよい。ここでは、フランスの権利濫用問題を紹介した後、「法律のみとめる権利は、すべて絶対のものではない、一定の限界に於いてはじめてその実行の適法なることをうるものだ」という思想が、フランスでは先ず行政法上官吏の責任について次に私法や労働関係で現われたこと、しかし権利の濫用の標識は未確立であること、シャルモンが契約解除権について述べたように「全く、他人の権利を侵害することなくして而も権利濫用になりうる場合」がフランスで生じうることを肯定している(八〇条に)より期限の定なき雇傭関係に於いて当事者はい。フランスでは「解除権の規定は公益的主旨のもので、その行使が法律に)つても解約をなしうるが損害賠償義務を免れず)。フランスでは「解除権の規定は公益的主旨のもので、その行使が法律によつて監視され損害賠償義務を生じることにはあつても、あくまで適正の権利であることにかわりはない」^⑧。次に、権利濫用と権利不存在の区別を論じることには(1)他人の権利を侵害せずに而も損害を他人に生ぜしめた場合があるか(2)あ

るとすれば如何なる条件の下で損害の責に任ずべきかの問題になるとし、単に損害を以つて責任の基礎とするフランス民法第一三八二条(客観主義)と異り、わが民法は他人の権利侵害が不法行為の要件である(第七〇)から、何を権利濫用とするかによつてわが民法の解釈は重大な影響をうけるとする。そこで権利の適法な行使と濫用の区別の標識が必要になるが一こうに明白でないので最後に以下の四点に分けて考えるべきだと提案する。(1)権利濫用の觀念は羅馬法以来存したが「強者が権利の名をかりて弱者を圧し」濫用問題を生じ、一九世紀末以後、社会の変動によつて濫用の觀念の決定の必要が生じた。(2)濫用理論は一九世紀の権利絶対自由という思想の反省を意味する。(3)法律の内容が時代と共に道徳的制裁を含むようになって非難すべきでない——この点からの濫用論への批判は当たらない。(4)権利濫用理論は自由法学的解釈の上からいつても重大である。かくて牧野博士は結局、ふりだしに戻つ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於いて考察できることを述べたにすぎず、権利濫用理論について独自の見解を示したのではない。けれども、その後の博士の民法研究に於いて右の四視点はより深く掘り下げられたのであつたし、その後の権利濫用論の研究の發展に寄与したことむろんである。

明治三五—四五年頃は、わが民法学界における概念法学の古典的思維方法による解釈原理論の確立期であつたといえるであろう。それは主として財産法域についてであり、特に私権行使の自由の問題が中心であつたとみられる。外国の権利の濫用理論の紹介やニューサンス研究も出たが、制限物権の効力、契約解除権の効力、等々が多くとりあげられた他、相對權に絶對的効力をみとめたり、^⑨一般的不作為の訴や将来の給付の訴を実定法上是認し且つその実益を強調しようとする幾多の研究が續出したのであり、明治末年から大正年間にくだるに従つて所謂「權利思想の二〇世紀的転回」が次第に強調されてくるのを想うとき、その後の学説發展史の新方向についての重要な示唆をもたらすの

である。そのような意味では、明治末年迄は私権行使自由の原理が確認され追究された時代として大正期以後の学説発展から区別されていいであろう。かくて、明治期のすべての権利濫用理論が、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つただけで、わが国独自の解釈原理として再構成され得なかつたという事実は根拠あることであつた。明治期の権利濫用理論は、私権行使の絶対的自由の理論と両立せしめられねばならなかつたのであり、全く観念的に一つの理論として提案された場合にも「濫用の始まるころ権利なし」(Le droit cesse ou l'abus commence)とするプラニオルの見解^④、或いは少くとも権利濫用という概念自体の論理的矛盾を問題にしたデュギイやサレイユの見解^⑤が大きい障碍となつたであらうことは容易に察しられる。前掲牧野博士の論文が、権利濫用と権利不存在が何によつて定まるかを決定することこそ、濫用理論によつて最も必要な問題だと強調したことの中に、このような時代の制約をみる、ことができるのである。

かくて、わが国に於ける権利濫用理論成立は明治年代(特に三五年以後)であり、第一に、フランスのその移入紹介に終始し、権利 \parallel 義務を基調とする近代市民法的生活關係の自己修正として内から生れたものでなく、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。従つて、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、権利濫用理論に實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つた。第二に判例は当初身分権(特に戸主権と親権)の濫用を採用し、(後に学説に影響されて)次第に財産権の濫用をもとりあげることになつたが、これも外国判例にない現象であり、観念的に理論の採用をみたわけである。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、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究されなかつたのである。判例も同様であり、僅かに東京控訴院(明治四〇年六月六日)がシカーネ禁止の立場をとり、若干の判例がニューサンス乃至トレスパスに類する違法の権利行使の構成をなしたにとどまる(しかも、それも大正)。大審院判例で財産権の濫用の違法性を認めた例はない(三五年五月判決は権利行使の適當の範圍をこえたものでないから)。濫用に関するものでないとされる。尚、前述註⑧参照。

しかし、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。

註⑤ Mazeaud, *Traité théorique et pratique*, n. 555-6; Campion, *La théorie de l'abus des droits*, n. 8-9.

⑥ フランス民法下で、権利濫用に關する最初の劃期的判決は、コルマル法院の一八五五年五月二日判決だといわれる。隣人を害する目的でたてた煙突の破壊を命じたもの。Re, Mazeaud, *op. cit.*, n. 587; Campion, *op. cit.*, n. 44. しかし、民法施行前に、高等法院 *Parlement* は相隣地所有者間の争ひにつき、ニューサンスをみとめた判決を出しているのであり、近代民法上の権利濫用の先驅といえるであろう。(G. Appert, *Des droits du propriétaire vis-à-vis de Ses voisins*, *Revue trimest. de dr. civil*, t. 5, n. 1906.)

⑦ 前出アッペールの論文に於いても「仏民法典編纂後、其当初の判決は……判決の多数は他人に損害を加えぬ範圍内で各人は随意にその所有物を処分することができるという絶対的な原則を示したが」、「一八二〇年代からこの原則の修正がでてきたこと」を明らかにしており、初期の権利濫用の判例が、土地所有権等の相隣關係をめぐる権利問題で占められていたことがわかる。

⑧ 例外的に、たとえば、明治三二年二月一日大審院判決は、上流沿岸所有者の溪水使用权を認めつつも、下流沿岸所有者の使用権を害し得ずとしたのであるが、東京控訴院、四〇年六月六日判決がシカーネ禁止を打出す頃まで、権利濫用の法理に従つた判例は財産権に關しては、見当らぬようである。少くとも、不法行為とはされなかつたようである(鳩山「工業会社の營業行為に基

わが國における権利濫用理論の特質についての一考察

八九

く損害賠償請求権と不作為の請求権」法協二九卷六〇五頁。尚、青山「身分法における権利濫用」(法律時報三〇卷一〇号二三頁)参照。

- ⑨ 所有権同様に、債権もまた、天下万人が尊重義務を——単に債務者のみならず——負うべきものと彼は考えているのである。相対権に対応する義務は債務者だけのものと解し、物権と債権の効力を尊重義務者の範囲の面で区別するべきだというのは、市民法形成期の発想であり(対世的効力と対人的効力)、彼のような考え方はその後のわが判例法によつて次第に明らかになつてきたものにはすぎない(第三者による債権侵害行為の違法性は大審院刑事判決大正四年三月二〇日・同一一年八月七日・民事判決大正四年三月二〇日等)。従つて、その意味では富井博士の思想は、それがフランスからの直移人であつたにせよ、わが民法学界に於ける先駆者的存在だったのであり、絶対権・相対権を通じて、権利者たる以上は他からの侵害を常に排除し得るものでなければならぬとするその思想は「権利の行使によつて何人も不法に害されることなし」というローマ法的私権絶対性の論理と対立することというまでもない。「法律と権利とは同一物の二面であり」(Capitant, Introduction du droit civil, p. 17)。「法律は共同生活を保全する為、人格相互間に一定の分界を定め互に相侵されざることを保障するものなり」とも彼は述べている(民法原論三六頁)。「権利の本質」(三九—四三頁)でも、権利の社会性についてはふれていないし「利益説」「自由行為説」「意思能力説」等の觀念論的検討の後に、「権利とは人格相互間で、一方が他の一方に対して一定の利益を享受する法律上の能力」と結論しているにすぎないが、そこでの能力とは、利益的地位を指すのだと断つており、結局「共同生活の上で一定の限界を法律により設定されているが、その範囲では社会生活で一定の利益を享受しうる」という地位を「権利」とみていたわけである。かくて、彼に在つては、権利濫用の法理は援用されていないにせよ、権利の社会的被制約性が明確に構成されているといつてよいであらう。
- ⑩ フランス判例及びシャルモン等の契約解除権についての見解であり、契約解除権の行使によつて損害賠償義務を生じるときでも、右の見解によれば依然として権利行使として適法なることにかわりがないことになる。しかし、他人の権利を侵害するような権利行使をすべて権利濫用と解する立場では、右の契約解除権の行使は、実は権利濫用であると同時に権利の不存在ということになる(上述・牧野・八五三頁)。

- ⑪ 「権利の濫用」(法協二五卷一五二〇—二頁)、「最近独判例—善良の風俗違反の意義に関して」(同一五二二—二頁)、「ニュ—ザンスについて」(池田・法協二九卷五三五頁以下)、前に掲げたアペール「相隣地所有者間の権利関係」、上畠、前掲「権利濫用法則の實際的研究」等々あり、何れも外国法制の紹介であつて、わが民法の立場からの批判又は評価を行つたとはいえない。
- ⑫ 富井博士の思想については前述註⑨参照。二上「相對權の絶對的効力」(法協二二卷一号)は、相對權と絶對權の分類方法そのものを不可とし、外国判例・學説の紹介の後「絶對權は相對權の効力として發生した」という(一一六—七頁)。
- ⑬ 雑本「將來の給付の訴」(法學新報二二卷二号)の他、作為義務又は不作為義務履行の請求に関するものが多い。たとえば、梅「判批」(志林一〇卷四号)、川名「不作為の債權」(法協二六卷四五六頁以下)、石坂「一般的不作為の訴」(民法研究第二卷)、鳩山「工業会社の營業行為に基く損害賠償請求權と不作為の請求權」(法協二九卷四号)、等々がある。これらの學説の問題点は一切割愛するが、私權行使自由と相手方の保護の要求との調整の問題を含む点で、これらは重要な研究であつたといえる。尚、この頃、氏名權を如何に構成すべきか、もし權利といひうるならば第三者の僭稱を不作為義務によつて抑制できるか、又、一般に請求權の競合は是認すべきか、是認するとして如何なる効果を生ぜしめるべきか、等々の問題も多く論じられたのであるが、これらの現象は、私權行使の自由の保護の要請を強く反映してできたことはむろんである。
- ⑭ 前述註⑩に述べた第二の見解である。Planiol, *Traité élémentaire*, n. 871.
- ⑮ これらフランス民法學者の見解については、江川「フランスに於ける權利濫用論」(比較法研究第三号)、前掲「權利濫用法則の實際的研究」(法律新聞一三六五—八号)、末川「權利濫用の研究」一一五頁以下、等々にくわしい。

三、わが國權利濫用理論の發展

明治期の權利濫用理論が、私權相互間の社会的調整のための理論として發展させられる可能性をもつていたことは、一方で權利行使の自由を強調する限り濫用理論の機能がそのような形態でしかありやうがないからであり、又日本社会の資本主義化に伴う私所有權の確立に対応して次第に私權相互の衝突と矛盾を現実に生じたからである。同時

わが國における權利濫用理論の特質についての一考察

に、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、やはり觀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つ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つたが、わが民法学界に易々と滲透して明治期の権利濫用理論の發展方向の転機になつた。

岡村司「権利否定論」(京都法学会誌第四卷)⑩(一二号・明治四二年)は右の新権利思想提唱の極端なもので、「法律ノ活用」(同上第六号)はその自由法学的立場を明確にしていたといえよう。鳩山博士の次の見解は学界の状況を知るのに有用であり且つ明治末年以後大正期の権利濫用論を代表しうるのである(工業会社の營業行為に基く損害賠償請求權と不作為の請求權)⑪(明治四四年・法協二九卷第四号)。曰く「セメント製造は法律に於いて認められた營業行為即權利行使であり、故に不法行為になることはないといわれる……しかし、權利行使は必ず適法にして不法性を阻却しうるか、日本民法上争の存するところなり……」(六〇頁)。「学説で詳細に論じたものなき故、通説的見解は存しないが、一般に權利行使と不法行為は矛盾するもの故、權利の行使は不法行為たりえずとされる」(しかし、私見によれば權利の行使も適當の範囲内でのみ權利の行使になり、その範囲をこえれば、つまり善良の風俗に反すとみられるときは、最早權利の行使でなく不法行為になる)「団体の利益に反せざる範囲内でのみ個人の自由、個人の權利を認めること、これ進歩した二〇世紀の法律觀念であつて仏國の判例学説もこの法律觀念を採用したものである」(故に日本民法上も、權利濫用の規定はないが、且つ權利行使が不法行為になりうるとの規定もないが、法の解釈適用は社会の需要に応じ、國民の一般觀念に応じたる自由・責任を考えるべきで……私権は絶対的でなく社会団体の維持發達(善良の風俗)に反せざる範囲でのみ適法な權利行使なりとみるべきだ)(六〇四)と述べ、地役権者の承役地通行の際や、隣地の垣のすぐ傍に井戸を掘る土地所有者などにつき——つまり私益相互の調整に関して——權利濫用が成立するという例ばかりあげている(六〇頁)。(七頁)。この鳩山説の特色は、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。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るのは個人本位——つまり私権相互の衝突調整の目的——の前提に基いていたが、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たのであり、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ふのである。たしかに公共の福祉という概念は用いられていない。又、こ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人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つたのであり、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。

その後、大正年間に権利濫用を違法とする多くの判例が出て、学説もこれを支持するが、シカーネ禁止・権利侵害による不法行為要件の充足・公序良俗違反の権利行使・社会通念等々が濫用決定の主な要素であつた。以下では主要な学説だけを取りあげる。いう迄もないことであるが、権利濫用論が提起されてくるのは現実の日本社会に於ける法秩序が、単に一九世紀的な私権行使の自由を原則としていただけでは具体的妥当性を欠くような事態が瀕出してきたからである。しかし、他方で日本資本主義の特殊性によりこうした事態とならんで或いは同時に資本主義的所有にして法的に権利として構成され確立されねばならぬものも生じてくる。即ち、所有権の行使につき濫用の構成のケースが増してきた大正期に、例えば中小企業者の財産的支配関係はようやく権利として承認されつつあつた。石坂音四郎「営業権の侵害」(京都法学協会雑誌第一〇卷)第六号一七頁(大正四年)に於いては、当時のドイツで営業権という権利が必ずしも承認されてお

らず、承認されている場合でも人格権説・無体財産権説等に学説・判例が岐れていること、日本民法上も明文の規定なく、従つて営業侵害を不法行為となしえないから大正三年の大審院判決に一応反対することを述べ、立法論としては「営業自由を保護する要あり、権利侵害なきも不法行為の成立を認め、或いは不正競争防止法により営業者の利益保護の必要あり」(同頁)という。すでに同じ見解は竹田省「営業の法律上の地位について」(同誌第七卷第二号、明治四四年)に現われ、他方前掲鳩山論文は営業行為を権利行使として営業者(工業)が隣人に及ぼす影響(降灰被)は権利濫用即ち不法行為になるのではないかと論じたのであり、松本丞治「会社の営業譲渡を論ず」(法協第三二卷第一号、大正三年三九頁以下)は営業の権利概念を否認しつつも「人は営業に関し他人より侵害されざるの権利を有し、この権利は不法行為の目的たりうる」(五一頁)と述べて人格権説を説く。しかし、営業活動が明らかに私法上の権利として保護されるべきことは昭和期に入つて決定的に承認されたのであり、営業権の濫用は昭和期に入つてから問題となることができたのである。民法七〇九条が存する以上、営業の保護、特に不正競争の防止のために営業を権利として構成する必要があつたのであり、営業権を認めるときは、不正競争における加害者の行為は権利行使となり忽ち権利濫用のケースとみられうることになる。尚、松本博士は、「権利の本質を論ず」(法学新報第二六卷、四号、大正五年)の中で、当時の利益説、意思説に反対し「……権利の行使には自由なる意思の存在することを要す……自由とは行動の拘束なき状態、権利とは認容された行動力なり」(同五八―六一頁)といひ徹底した観念論を展開し、権利が生存の行為力であつて行為自体でないこと、つまり権利は力であつて権利の行使状態と権利の本質を峻別しようとした(五五―八頁)。かくて、権利行使の態様を問題とする権利濫用論が権利への伝統的価値観の何等かの修正を予想せしめる以上、彼において権利濫用論は採用しがたいものに考えられたのであろうか、例えば「煤煙に因る相隣者間の権利侵害」(私法論文集第二卷、大正四年、一六四頁以下)に於いて、イムミッシヨンの事例を権利侵害即

不法行為として把握し、被害者に侵害停止請求権、七〇九条による損害賠償請求権を是認しつつも、権利濫用の法理の採用を終始回避したのであつた。そして、彼以後のすべての学説が、こうした事例を権利濫用理論で解決してきたことの中に——この頃以後の権利思想の変遷に照応させるとき——権利濫用学説史の發展的転機を見出せるように思われるのである。

牧野博士はデュギイを批判して法の社会化・公序良俗思想を展開した(中央公論三三三号・法律新聞第一一四六号以下)。杉山「デュギイの権利否認論の批判」(法協三四卷・大正五年、一四七九頁以下)も牧野説への挑戦とみるべきではなく、末弘「所有権思想変革の提唱」(法律一七八一―五一七頁、大正一〇年)も当時の新権利思想を代表しうる。公序良俗規定は法律機能の最下限を示し、反社会性を有する社会現象の発生を防圧することにより、社会の存立・発展を確保するものであり権利行使もこれに制約されると述べた末川「民法第九〇条について」(法学論叢第七卷六四九頁以下、大正一一年)は、市民法上の私権自由を、私権の社会性から限定づけようとした試みで、「権利の濫用に関する一考察」「公序良俗の概念」(共に「民法に於ける特殊問題」の研究、大正一四年に所収)と共に、その影響は大きい。更に牧野「権利の觀念の転回について」(法学志林第二六卷七号六、七七頁以下、大正一三年)、更に、権利行使により他人に損害を与えても不法行為にならないがその適法の限度をこえるときは権利濫用とする入江真太郎「不法行為論」(大正一三年大阪、敵松堂・第一卷) 七四―五頁、同じ見解に立つ中島弘道「民法通論」(大正一四年、清水書店) 二二頁以下、牧野上掲論文を踏襲した岡松参太郎「権利の觀念に対する一考察」(法学志林第二七卷、九号・大正一四年)、権利行使自由の原則の歴史的相対性を説き近時の傾向として権利の社会的目的性乃至権利の行使義務を指摘し、シカーネに限つて濫用を認めた岩田「日本民法総論」(大正一四年、特に、三七一―八頁参照)、加害目的だけで権利を行使するのは公序良俗違反であつて法の保護に値せず、従つてそれが不法行為の要件を具備すれば権利行使であつても不法行為とみることを説く松本「註釈民法全書第一卷」(敵松堂・大正一五年、特に、七一―八頁、第一版明治四〇年)、等々の

すべてが一九世紀的権利思想への反省という立場を明らかにしていた。末川博士の「権利の濫用」「イムミッシュンについて」等々の貴重な先駆者的研究もここであげておかねばならぬ。

かくて、大正後期から昭和期にかけて、われわれは権利濫用理論が単なる私権相互間の衝突の調整の要具たるよりも——その基底にあつた私権行使自由の社会的被制約性の認識につきるのでなく——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とを知るのである。最早、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はない。そうではなく、そのような権利行使の態様は権利の本質的性格に照してむしろ違法行為であるからである。

こうした転機は、従来から維持されてきた法律行為乃至私法自治に関する原則への実証的総合的研究による反省を促進した。岡松参太郎「無過失損害賠償責任論」(大正一)、我妻「判例より見たる公の秩序善良の風俗」(法協四一巻第九四六頁大)、前掲末川「権利の濫用」・入江「不法行為論」等はその時代の動きを示すものであつた。鳩山「債権法に於ける信義誠実の原則」(法協四二巻一・二・五)は、その「日本民法総論」(大正二)が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、公序良俗によつて、権利は是認される」故に、「権利の濫用は権利の範囲をこえた違法行為である」(上巻第二章第三項(特に三六頁以下))と述べたことと相俟つて、権利思想乃至権利濫用理論の転機を代表するものであつたといつていいであらう。

かくて昭和期に入る頃に、わが民法学界に於いて権利濫用理論は民法解釈原理として一般の承認を得たのであり、

濫用の標識を何に求めるかは一様でなく、従つて濫用理論の法技術的構成はその後の学説・判例により發展せしめられねばならなかつたとはいへ、濫用理論は権利の本質的性格たる社会性・公共性によつて当然可能であるという発想が確立されることになつた。法原理の法技術的構成が未熟であつたとき、すでに法理論的構成のみが早くも支配的に樹立されるようになったというパラドックスは、元来この理論の形成と権利公共性の思想が外国からの移入によつたということ、しかも法技術的構成だけは特殊に具体的に日本社会の現実の中から——特に判例法によつて——築かれるのでなければならなかつたこと、によつて説明のつくことであらう。

⑯ すでにこの前年に同誌第三卷一―号に佐々木「公権と私権」が發表されていたが、専ら觀念論の立場に終始したため、後半(一六一三―一五頁)で、公権と私権とが互いに關係し合うことは學者の注意を促していないが重要であるという指摘を試みているにかかわらず、重要であるという説論の根拠が不明である。彼は、公権と私権は互いに影響し合うこと(たとえば評権のように私権は公権によつて効果を完全なものとし、被選挙権のように個人の財産権が公権の条件になりうること等)、公権の行使が私権発生の原因になりうること(国家の許可行為により鉱業権等が発生)、公権が私権に転化すること(徴税権が、納税者の破産―私法上の債権に転化するなど)、を述べるにすぎない。ただ、同誌次号の佐々木「公法による民事法系の変形」(フライネル博士の論文の概要)が紹介されたことにもうかがわれるように、公権と私権を対立的に把握し、前者の優位を指摘したことは、——そこでは、公法學者としての法源論が展開されたにすぎないが——、私法領域や私権が永遠絶対のものでなく、国家權力を背景にしてのみ考察の対象になりうるという自明の、しかし十分気付かれていなかった、権利觀念を明示しえたと考えられる。その限りで、国家社会の名に於いて私権行使の絶対性を是正しようとする新権利思想の一契機であつたといえるかもしれない。

⑰ 岡村「権利否定論」は、国家が政治社会で個人の集団であり、個人を離れて国家は存しないこと(六頁)、しかし個人の自由な権利を認めると国家社会は解体し闘争の場と化すこと(五頁)、社会連帯より生ずる行為則が權威を与えられていれば十分で、

わが国における権利濫用理論の特質についての一考察

権利概念は社会上・法律上無用だ（七一―八頁）とするが、立論のプロセスが明確でない。同様の欠陥があるが「法律の活用」に於いては、法の解釈と適用に於ける具体的妥当性重視の必要を強調し、立木所有権の取得につき、明認行為を権利取得の對抗要件として認めた大審院判決（三八年二月一三日）を支持している。裁判官は、法律に規定のない事項につき、「社会的・経済的事由を考慮して裁判していい」のであり、類似規定・条理はその際重きをなすべきであり、法典崇拜を排撃するべきだと説き、自由法学の立場を明らかにしたのである。こうした解釈学上の立場が、権利濫用理論生成への可能性をひらいたこと勿論である。

⑮ 大正三年四月二三日大審院第一民事部判決。商品販売の受託者は、脅迫によりその販売を停止せしめた者に対して損害賠償請求権を有するが、委託者も、委託販売により得べき利益を失った限りに於いて同様の権利を有すとしたもの。本判決は、営業に対する私法上の権利（営業権）をまとめ、従つて七〇九条により不法行為になるとしたのであるが、石坂論文では、営業権は、日本民法上、存在しえないのである。それは、わが民法では人格そのものを保護する人格権、特別法で精神的創出物を客体としてみとめられる無体財産権、の何れにもなりえないという（一一九頁）。

⑯ 七〇九条の解釈としても、権利侵害なき不法行為を認めようとしたことは、違法性に種々の段階の存すべきことを説いたことになり劃期的な見解であつたといえる。

⑰ ⑱ 営業行為主体を一の権利主体とみるときは、その行為は営業権（の行使）となる。従つて、石坂・竹田論文が認めなかつた営業権の存在は、営業主体が被害者でなく加害者である場合にかぎり、鳩山論文では是認されたわけである。松本論文ではそれが被害者の場合でも、権利主体でありうるとされたわけである。けれども、前者では、営業権がいかなる種類の権利なのか明らかでなく、後者では、営業に関する人格権の一つであると述べるにとどまる。資本主義社会の法秩序で、営業者の地位が権利主体としての構成を要求されるのは、営業活動が私法上の財産行為だからである。従つて営業権は、人格権としてでなく財産権として構成される傾向があると共に、自由競争を展開していく上に他からの不法侵害を防禦できなければならないから、権利としての構成は、被害者状況において促進される傾向がある。これらの傾向は昭和期に入つて具体的にあらわれてくるのである。

⑳ 営業を権利としてどこまで構成しうるかの問題は昭和期に入つて、民・商法学者が重視した問題の一つだつたといえるがここでは深く立入らない。前註に述べたように、権利侵害の主体又は客体——特に客体——として承認しなければならぬ実際の必

要のために、判例・学説の関心がむけられたのであり、七〇九条の権利侵害が、次第に、違法に他人を害することと足りるとされることによつて、營業権の本質は何であれ、とにかく右の實際的生活の必要に應じることが可能になつた。大正一四年一月二八日の大審院判決「大学の湯」事件は特に有名である。不正競争防止法は昭和九年の制定であり、商標法等の他の商事立法と共に、營業を一の正当な利益に權利として保護し、学者もこれを一種の財産権とみることに一致するようになった。村上「商号権保護と不正競争防止法」(法学新報五〇卷二五六頁以下)が、フランスの不法行為法では、権利侵害の要件が規定されていないが争われているに對し、わが民法では、権利侵害の明文があるにかかわらず、その要否が争われていると對照させたのは興味あることであり、わが七〇九条の権利侵害の解釈の前述のような動向と、権利観がフランスと異なる事実とから理解できるであろう。尚、フランスの判例は、不正競争につき、権利侵害の存否を問題とせず、権利濫用理論の適用が可能かどうかを問題にするといわれる(二五九頁)。

②⑤ 杉山博士は牧野博士の見解を通説とし(一四八一頁)、それに従つて博士も、デュギーが権利及び権利主体たる人格の制度を否認することを批判した。ただ、所論の後半(一七八七頁以下)で、デュギーの理論は「相対的意義に於いて考へると妥当な処あり」とし、デュギーは社会連帯の職分乃至人の社会的義務を権利に先行させているだけで、絶對的に権利を否認したり、義務本位を主張したのではないと評価し、その限りで肯定している(一七九〇頁)。こうした評価の中に、私権絶對自由への、博士自身の批判がよまれるのである。

②⑥ この少し前に、小島「権利の行使と濫用」(法学新報三〇卷六号)があり、鳩山「日本民法總論」三八頁、明治末にもどるが松本「人・法人・及び物」七八頁等々、一般に、民法概説書、不法行為論、等で権利濫用が重要テーマとして当然の如くにとりあげられてきたことが注意されてよい。この頃の末川博士の研究は、ローマ法の不法行為から比較法的・歴史的に実証的研究にまたがり、大正後期以後、権利濫用論がわが法学界で市民権をかくとくし、解釈学上の重要な基本的原則として承認されるにいたつたのは実に博士の研究成果をもとにしてこそ可能であつた。その意味では、次に述べる石田博士の業績も直接間接に末川博士の研究を背景にしてのみ評価されねばならぬこというまでもない。戦前・戦後を通じて、わが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つて過言でない。博士の研究で既述以外のものは、一〇一頁を参照のこと。

わが国における権利濫用理論の特質についての一考察

「私」をわが国の民法独自の問題として把握しうる可能性を実現したのであつた。権利濫用に関するわが国の主要研究も列記されており、権利濫用理論が外国のその紹介模倣の域を脱して、わが民法学の一般的体系に組み入れられつつ独自の立場から理論的技術的構成を与えられた——或いは少くとも与えられる可能性を得た——のは同書に因らざらざらいつて過言でないであろう。しかも、彼以後、公共の福祉を濫用理論の窮極の指標にしようとする発想はますます著しくなつたといつていいのである。^⑧

昭和期の学説史の詳細の検討は略するが、とも角も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ふことだけでなく、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實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ふことに在つた。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ぬ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ふことにおきかえられることになつたのである。^⑨

こうしたわが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つて決定的となつた。末川「権利侵害論」(昭和七年—不法行為に關する研究の一部分として)、「不法行為並權利濫用の研究」(八年)、「民法上の諸問題」(一年)、「判例民法研究」(二年)等参照。そして戦後の民法第一条に於いて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のであり、多くの学者もこれを当然自明のこととしている。しかし、こうした権利濫用理論に対する価値観は、すでに大正期以来のわが民法学者を支配した特殊——歴史的な発想の帰結とみられることが明白なのである。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、私権の社会的被制約性の認識に素朴に結合して可能となつたのである。権利濫用理論の法技術的機能が、公

其の福祉の実現に当然には結びつくものでないはずだということとは、本稿の学説史の素描から明らかになつたと考える。権利濫用理論は——わが国では少くとも——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り、公共の福祉という公的且つ超私益的価値を実現することは本来は目的外であつたはずである。新民法下の現代で、権利濫用理論のこのような使命が公共の福祉理念乃至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、私権の社会的被制約性乃至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り、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に必要なのかどうかは反省されることがなかつた。このような特殊 \parallel 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剝奪されて、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つた、といわざるを得ないであろう。

②⑤ このことは註②④ですでに指摘した通りであるが、昭和年代になると、ますますこの傾向が一般的になつてきた。つまり、権利濫用理論は民法の基本的な解釈理論になつてきたといえるのである。すでにあげた文献の他に、たとえば、斎藤「日本民法講義・総則」は、社会全体の利益のために当然個人の権利の自由は制限されるようになった、と述べ（三一—四頁）、権利行使に関する一原則として権利濫用即不法行為の理論をあげている（二六頁）。小松泰馬「法律学概論」（昭和八年）も、第二篇第一部財産法の「権利侵害」の項で「権利侵害に伴う損害賠償責任問題によつて、現代私法上、権利無制限性から生じる権利濫用の結果に対処できる」という（二二—四五頁）。末弘「物権法・上」三二—七頁や、鳩山「日本民法総論」（三八頁）、穂積「民法総論」七二頁以下等々何れも、私権に、社会性が本質的に内在するという考え方に従つ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。

②⑦ この石田「現行民法総論」の態度は「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

自由の法目的とし、むしろ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のであり私権は「公共の福祉」にしたが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造られていることを認めぬわけにいかない。その後、戦時統制経済の形成とその法規制を支える国家主義・全体主義の法理念とは、右のような、国家乃至団体の優位の思想をますます強化し、且つその限りでは右の「社会共同の利益」という合理的資本主義的な客観的標識を非合理的政治的価値に傾斜させることになった。学説・判例も、こういう時運に影響され、今日の公共の福祉的理念の発想はますます生長せしめられていくのであるが、戦時下及び戦後の学説はここでは検討する余裕がない。

②⑨ そして、現に少数の学者によつて、近代の権利濫用理論の社会的機能の、このような特質についての指摘がなされている。たとえば、戒能教授は「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（たとえば、大都市又はその近郊の住民）によつてすら光栄であり、名誉であり、感謝すべき恩恵であるとさえ解釈されている。」大企業や大施設は、その影響がどのようなものであろうと「その土地の人々にとつての名誉であることには、決して変りがないのである。」かくて「大きい権利濫用は、ともすれば公共の福祉である。」教授は「権利」の定義や「権利濫用」論形成の歴史的根拠にふれた後、「権利濫用という考え方は、このように決して文字通りの意味での公共の福祉を旨とするものではないなかつた。」「権利濫用と公共の福祉とは、いいかたを変えているというものの、実質的には同一物であることが圧倒的に多いのではないか。」として、「権利濫用論そのものが、実は権利濫用論ではなく、ある特定の権利の伸張論であつたこと自体、この理論の矛盾があるのである」といわれる（法律時報第三〇巻一〇号四—七頁）。個人の、私権行使の自由を制限する権利濫用理論が本来、社会公共の福祉と無縁であつたこと、資本主義機構の維持と安全のために、「公共の福祉」理念が登場してきたとき、たまたま「私権の公共性」——個人に対する社会公共の優位——の価値観が、権利濫用論に結合せしめられたのだということ、従つて、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扱えた瞬間から、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ことを、われわれも、日本の学説史から結論しえた。むしろ、民法第一条の規定があるにかかわらず、全く個人对个人の間の権利衝突の調整のために「権利濫用」が機能しうるケースは現在でもあるわけで、そうしたケースを含めてすべての権利濫用のケースを、公共の福祉の実現という発想で扱えることになる、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、なくなつてしまふのではないか。