

# 準 不 法 行 爲 論

CASES ANALOGOUS TO TORT PROPER.

II.

教 授

中 村 萬 吉

PROF. M. NAKAMURA

1929

# 目 次

第一節 準不法行爲の意義	1
第二節 準不法行爲を認むる必要	3
第三節 準不法行爲の論據	13
第一目 現行法規の沿革	13
第二目 民法第七百九條及び第七百十條の類推適用	20
第三目 類推適用の要件概論	37
第四節 準不法行爲の各論	42
第一目 準不法行爲の種類	42
第二目 法益侵害行爲	44
第三目 財産侵害行爲	60
第一支 總説(成立要件概論)	60
第二支 法規違反に依る財産侵害行爲	69
第三支 良俗違反に依る財産侵害行爲	77
第五節 結 論	102

# 準不法行爲論

(續稿)

中村萬吉

第二目 法益侵害行爲	44
第三目 財産侵害行爲	60
第一支 總説(成立要件概論)	60
第二支 法規違反に依る財産侵害行爲	69
第三支 良俗違反に依る財産侵害行爲	77
第五節 結論	102

---

## 第二目 法益侵害行爲

法益侵害に依る準不法行爲とは個人に歸屬すとせらるゝ特定法益を有責不法に侵害し之に因りて損害を生ぜしむることをいふ。從來我が大審院も法律に依りて保護せられたる利益を以て第七百九條に所謂權利と同一なるものと爲し之に付き不法行爲の成立を認めたることありしは前述の如し。其旨趣に於て間然する所なしと雖も法益を權利と同視するは觀念の混淆を來たすの嫌あり寧ろ率直に類推適用の方法を採るに若かず。

法益を限定して個人歸屬の特定法益と爲す所以は前述の如く之に依りて行爲を特定し以て加害行爲と損害發生との間に因果關係の存在を確知する必要あるが爲めなり。

汎く法益とは法律に依りて保護せられたる利益を意味し嘗てイェリングに依りて權利と同視せられしものも亦其一種に屬す。斯くの如き法益は或は(一)法律の直接的保護に依りて生ず蓋し法律が特に或る人格者に歸屬すべきものとして或る生活利益を保護するの謂ひなり(イェリングの權利は蓋し之を意味するが如し)或は(二)法律が他人に或る行爲を命じ又は禁ずるに因り反射的に或る人が事實上利益を享受するに於て法益を生ずることあり(法律の反射作用、此點に關しては Jellinek, System der sub. öffentl. Rechte, 2Auff. S. 67 ff.)。以下便宜上前者を狹義の法益、後者を廣義の法益と稱すべし。廣義の法益が單なる自由に過ぎざるやは一の疑問なり。憲法上保障されたる各種の自由にてても直ちに公權とならず單なる自由たるに過ぎず之れが公權となるには特別の立法を要するものと解するを正當とす。然れども憲法上保障ある自由は法律上全く意義なき自由にはあらず少くとも統治權が之に干涉するに付て憲法上の保障を有す。而かも之れのみを以て私法上にも亦一個の法益として認めて可なるや否や疑問にして寧ろ之を否定するに若かざるなり。

然らば準不法行爲の客體たるに適する法益とは何をいふか。前上狹義の法益の之に屬するは恐らく異論なかるべし、蓋し固より此種の法益に在ては或る種の權利の如く特別の意力を内容とせず換言せば或る行爲を爲すことを適法とするの要素を包含

せずと雖も法律が個人に權利を許與すると其趣旨に於て全く異ならず且凡ての權利は必ずしも其目的となれる利益を實現するが爲めに特別の行爲を必要するものにあらず例へば人格權の如きは即ち之に屬するものとす。人格權は前述の如く人格的利益を實現享樂するに付き行爲を適法ならしむる點に存せず既存の人格的利益が侵犯脅威せられたるとき之を排斥し損害を回復する行爲を適法ならしむるにあり其狀物權的請求權と選ぶ所なきなり果して然らば法律觀又は社會觀上或る法益が侵害せらるゝとき均しく之を排斥して損害を回復することを適當と認めらるゝものありとせば人格權物上請求權等に關する規定を之に類推適用すべきは當然にして特に之を否定すべき理由なかるべしと信ず。

次に廣義の法益は如何。願ふに廣義の法益は法律の命令殊に其禁止に因りて反射的に生ずるものにして此場合法律の目的とする所は其命令又は禁止に在り、固より之に因りて法益を生ぜしむることをも全然顧慮せざるにあらず、否な之をも亦立法の一目的とすること多しと雖も此種の法規の内容は其命令又は禁止の外に出でず、從て法益は其法規の内容を成さず。加之廣義の法益は事物の性質上不特定多數人に依りて共通に享受せらるゝものにして特定人の爲め特に之を保護するにあらず。例へば刑法が往來妨害を禁止するに因りて(刑法一一章參照)一般公衆は往來の安全に付き利益を享受すべく此利益は刑法の規定に依

りて保障さるゝが故に正に一の法益なるに相違なしと雖も而かも刑法の主旨は例へば陸路水路又は橋梁を損壞又は雍塞して往來を妨害することを禁止するに在り、之に因りて公衆に往來安全の法益を許與し乃至或る特定人に之を許與することの如きは法文の上に其根據を發見することを得ず。されば廣義の法益を目して其齊しく法益なりとの故のみを以て直ちに準不法行爲の客體と爲すは類推の程度を逸脱するものにして正當ならず。

廣義の法益が侵害せらるゝと共に特定人の權利又は狹義の法益が侵害せらるゝことあり此場合には準不法行爲上の訴權を與へらるべしと雖も是れ特定人の私權又は狹義の法益が侵害されたる爲めにして廣義の法益が侵害せられたる爲めにあらず廣義の法益侵害に對する救濟は刑罰に依るの外なきなり。例へば道路管理者の過失に因り路面に危險物を生ずるときは公共の利益は脅威を受くべしと雖も單に此事實のみに基き公衆に損害賠償の請求を許すことなし之に反して偶々特定の通行人が其危險物に蹉いて負傷したるときは私權(身體權)侵害の理由を以て損害賠償を請求することを得べきなり。又例へば文書又は印章の偽造變造(刑法一七章乃至一九章參照)は取引安全に關する公共の利益を害するも爲めに一般人は個人的救濟を請求するに由なし然れども權利證明の具たる文書又は署名の眞正を表彰すべき印影は事物の性質上必ず特定人を以て利害關係人と爲し是等は其利害關係ある文書又は印影が偽造變造せられざることに付き特

種の法益を享受すべし故に若し偽造變造に因りて是等利害關係人が特種の利益を侵害せられ爲めに損害を招きたるときは準不法行爲の成立を認めざるを得ず、蓋し是等の場合には廣義の法益と共に狹義の法益あり其雙方が侵害さるゝものにして其損害賠償の請求權を生ずるは全く狹義の法益が侵害せられたるが故に外ならず。

準不法行爲の客體たる法益は法律上特に個人に歸屬せしめたる特定の法益たることを要す。法律上特に個人に歸屬せしむるとは法律が個人に既生せる利益に對する他人の侵犯脅威を禁ずることを以て必要且十分なりとす、故に法律が特別に個人に法益として之を許與したることを必要とせず。蓋しかの物權的請求權の如きも占有訴權を除くの外我が民法上特に物權に許與したるにあらず殊に債權侵害より流出する排他權の如きに至て然りとす。而かも是等の權利に排他權の認めらるゝは法律が權利を許與したる立法の趣旨に基き理論上當然に認めらるゝ結果にして即ち一方に於て權利を許與しながら他方に於て故なく之が侵犯を容認するは特別の理由なき限り自家撞著たるを免かれざるが爲めのみ。乃ち立法の合理性に其根據を求むるに外ならず、果して然らば今法律が特に或る個人の爲めに利益の侵犯脅威を禁ずることありとせば特に反對の事由なき限り法律は又其者に其禁止に依りて保護さるべき利益を歸屬せしむる目的と解するを相當とすべきなり。要するに法律上排他性ありとせらるゝ特

定の法益は特別の事情の存せざる限りは狭義の法益として準不法行爲の客體たり得るものとす。

法益は凡べて法規上の基礎を有せざるべからず、狭義の法益に付き亦同じ。此點に付き特に注目さるゝは刑罰法令なれども他の行政命令に付ても狭義の法益の基礎に供すべきものなきにあらず(註)。

(註) 此點はドイツにては同民法第八百二十三條二項の規定の解釋上大に議論の存する所とす (Vgl. Detmold, Göttingen Festgabe für Regelsberger, S. 328 ff.)、然れどもその議論の岐るゝは寧ろ法規の構造に由來するものにして問題の實體に觸るゝもの多からず具體的に言はゞ第八百二十三條第一項と同第二項との調和に於て議論の禍根を包藏するものとす。即ち彼の論争は本質的有意を有せざるが故に我が民法の解釋に付き特に参照するに値せず。

今我が刑法の保護せんとする法益を通覽するに其皇室國家等公益に關するものを除き私益のみに付て見るも民法上人格權又は財産權と重複するもの極めて多く狭義の法益として特に準不法行爲の客體となすに適するものは寧ろ少なしとす。以下私見に依り狭義の法益と見得るものに併せて關係的規定に付き論ずべし。住居不可侵の利益(一三〇條)及び第三百三十四條に規定する祕密(其他の祕密漏洩行爲は後述財産侵害行爲として論ずべきものとす)の之に屬するは争なし。之に反して偽造又は變造の通貨の行使を受けたる者に付ては我が民法上詐欺に因る不法

行爲上の訴權を有すべきが故に特に之に付き準不法行爲を認むる必要なく又偽證(一六九條以下)及び誣告(一七二條)に因り名譽を毀傷せられたる場合、一時の逮捕監禁を受けたるときは人格權の侵害あるが故に不法行爲の成立を來たす之に反し特に人格權の侵害なかりし場合には偽證行爲又は誣告行爲に依る財産侵害行爲として論すべきものにして特に狹義の法益を認むる必要なし蓋し偽證されず又は誣告されざる利益といふが如きは廣義の法益に外ならざればなり。第二十二章の猥褻姦淫罪と貞操童貞との關係に付ては議論の餘地なしとせざるも(有馬氏前掲三四九頁以下參照)余輩は各個の人格權の外に總合的人格權なる觀念を認むるが故に貞操權又は童貞權なる特別の私權を認むる必要なしと考ふ。第百八十八條の不敬罪に付ては或は宗教的感情に關する權利又は法益(Rechtsgut des religiösen Gefühls: v. Liszt, Deliktobligationen, S. 27)を認むるものあれども其理由に乏ぼし寧ろ不敬行爲に對する刑罰を以て一層有效に感情の満足を得せしむるに若かず。第二十五章瀆職罪に於ける職權濫用贈收賄に付ては後述財産侵害行爲として論すべきものにして從て特別の法益侵害行爲を認むる必要なし。最後に第三十五章に規定する信用及び業務に對する罪は準不法行爲の主要なる場合なりとす。

然るに信用と業務(營業を含むと解す)との法律上の觀念に付ては從來頗る議論あり(有馬氏前掲三六四頁以下參照)。先づ信

用に付て見るに我が學說の多數及び判例は之を以て名譽權の一種と爲す、稀には名譽權と獨立したる信用權なるものを認むるものあれども(末弘氏債權各論一〇三九頁)贅するものなきに似たり。併しいづれにするも人格權の一種として不法行為の客體とするには異存なきものと謂ふべし。然れども名譽權が非財産的權利なることに付き争なきに反し信用權が非財産權なりや財産的權利なるやに付ては相當議論の餘地を存す。茲には信用に付き深く論入する違なしと雖も余輩の見解は少しく是等の學說と異なり信用を以て名譽權とは獨立の財産的事實狀態と爲し法令の保護する一の法益なりと解す。通説は信用を分解して或る人の支拂意思及び支拂能力に對する第三者の信認となす、然かも信用を有する人に受信適格あるを要するや否やに付き議論あるのみならず所謂信用とは此適格又は適格ありとして之に附する第三者の評価そのものなりや或は評價に基く信頼なりやに付いても意見岐るゝに似たり。私見に依れば信用とは元來財産的取引上の觀念にして此點に於て已に名譽と異なる、即ち取引上の觀念なるが故に又之を取引の目的となすことを得べく(信用出資、商法五〇條五號七一條一〇五條一〇八條)是れ名譽と相容れざる點とす。ギールゲの如きは名譽の種類を立て社會的名譽として商人的名譽なるものを認む(Gierke, Deutsch. PR. I. S. 43 7 卅) 現にアメリカ人は財産の多寡に依りて人間の價値を評定すと聞く、然れども是れ國俗の異同に基くものにして我が國俗

に照して必ずしも贅すべからず、商人的名譽は信用の別名と解して之を名譽と區別すべきなり。又信用が他人の附する評價なりや信頼なりやの點も深く追求するに及ばず評價と信頼とは互に因を作し果を作し相排斥するものにあらず。

次に業務に付ては營業權なるものゝ存否に付き議論あること及び之に關する學說及び判例の要領は前に述べたるが故に再び贅せず。業務、營業と共に企業も亦重要な財的利益の基本の一とす。刑法には特に企業に付き規定するところなしと雖も解釋上之を除外すべき理由なしと信ず。蓋し企業の本質に付ては財産權の集成と見るか集成されたる財産權と見るかに付き議論なきにあらずと雖も(有馬氏四六〇頁以下參照)いづれに解するにしても財産權に影響せずして企業そのものを妨害すること能はざるは争なし。且企業を以て非人的客觀的體制と見るにしても顯勢に於ける企業には信用及び人間の業務又は營業を當然に包含すべきものなり。果して然らば刑法上財産權業務及び信用の侵害及び妨害を禁ずる以上之れが總合的法益としての企業を保護せざる筈なし。

法律は業務信用に對する保護を特定の場合に止む(虚偽の風説の流布、偽計の使用、威力の施用)。然れども業務信用の妨害が此に止まらざるは明かなるが故に(警察犯處罰令二條五號參照)準不法行爲として刑法所定以外の妨害行爲を認めて可なりや否やの問題を生ず。顧ふに業務又は信用が狹義の法益となる

は刑法が特定の妨害行為を罰するが爲めにあらず寧ろ之を以て重要な法益なりと考へたるが故に之に對する妨害を排斥するに外ならず而して刑罰を單に特定の妨害行為に止めたるは刑事政策上の見地より來れる結果にして他の方法に依る妨害を認容する精神にあらざるは多言を要せず。唯幾分疑問となるは刑法上保護されたる利益は亦私法上も一の法益として保護さるべきか否やの點なれども這は一に保護さるゝ法益の公私に依りて定まるものにして私法上の保護に適し且値する限りは之を私法上の法益とするに何等の支障なかるべきなり。此問題と憲法上の保障ある自由權が直ちに私權となるかの問題とは相關聯すれども論點を相同じくせず、信用業務に在ては刑法の規定に依りて特に保護さるゝが故に之を特定の法益と見るは固より怪しむべきにあらず其狀恰かも居住に關する不可侵の利益を刑法の規定に基き一個の法益とするが如し。

信用、業務、企業は取引上の法益として他人との間にも重要な牽聯關係を生ず、例へば信用出資に付ては出資者と受領者とは俱に出資者の信用の維持増進に關して利益を有すべく、又親銀行の信用は直に子銀行の營業に多大の利害を及ぼすが如し。刑法が虚偽の風説を流布することに依る信用妨害を罰するは公益上斯かる牽聯關係の保護にも努めたるものと見るべきが故に或る人の信用を妨害することは之と利害關係に立てる他の者の信賴利益をも妨害するものといふべく二者の間に利益侵害

の因果關係あるときは利害關係人の爲めにも亦不法行爲の成立を認むべきものとす。營業及び企業に付ても亦同様に解すべきなり。

茲に一言すべきは營業に關する準不法行爲と不正競争行爲との關係なりとす。不正競争は營業上の競争を要素とす、競争は數人が同一の目的を達せんが爲め他の競争者に對して意識的に行ふ意思活動にして競争に在ては得意先の争奪を以て其目的とす(有馬氏前掲四八頁以下參照)。不正競争を以て不法行爲と見るか又は之と獨立する特種の不正行爲と見るかは其本質の根柢的差異に基くといふよりも寧ろ法制上の便宜とするものにしてその一の違法行爲たるは争ふべからず從て若し之を不法行爲に準すべくんば不法行爲の一種となる。余は不正競争は取引の安全を特に顧慮する必要あるが故に其取締規定は可及的具體的内容を有せしむるを得策とすとの前提に立ち之を民法不法行爲より獨立せしめ特別の法制に譲るを以て立法政策上宜しきを得たるものと信ず。然れども若し之を不法行爲の一種として民法の規定を準用するものとしても不正競争は營業に對する不法行爲の全部にあらざるは明かなり、蓋し或る人の營業に對する加害行爲は常に競争者が競争の目的を以て之を行ふのみならず競争者以外の者が營業以外の法益に對すると同様の目的を以て之を行ふこと少なからざるが故なり。例へば暴力團が酒手を調達し又惡徳記者が私腹を肥やす爲め威力を用ひて危險状態にある銀

行又は會社の業務を妨害し又は信用を脅威するが如し。されば不正競争に關する研究は準不法行爲の一要素を成すに相違なしと雖も其全部を蔽ふものにあらざるは勿論なり。加之、假令不正競争に付き特別立法を爲すときと雖も其規定に洩れたるものは民法不法行爲の下に攝取して被害者を救済するを至當とするが故に此點に於て準不法行爲の研究は不正競争法の補充としても必要なりとす。而して不正競争に關する準不法行爲には茲に述べつゝある法益侵害行爲の外後に述べべき財産侵害行爲、就中良俗違反行爲あり。

刑法上狹義の法益を認め得る事例概ね斯くの如し尙ほ仔細に尋ぬれば多少の事例あるべし。而かも以上例示せし以外の犯罪は皆私權の侵害又は妨害にあらずんば則ち公法上の法益又は自己に對する犯罪にして共に不法行爲を以て論すべき必要又は餘地なきものとす。又狹義の法益と認むべからざるものに對する犯罪行爲は或は財産侵害行爲としての準不法行爲を成立せしむるものあること屢説明したるが如し。尙ほ刑法に未遂を罰する場合(例、住居侵入未遂一三二條)には理論上準不法行爲に基く不作爲債權(侵入の禁止又は停止)を生すべきなり。

警察令も亦刑法の如く狹義の法益を生せしむるや否やは疑問なり。ドイツ民法に付ては前上第八百二十三條二項に所謂「他人の保護を目的とする法律」の中に警察令を包含するや否やに關し〔議論あり有力なる學者は (Enneccerus, Lehrb. 6—8 Aufl §

452 ; Oertmann, Kommentar Zu § 823, S. 1063)之を肯定するも或は之に反對するものなきにあらず(Detmold, S. 344 ff.)。然れども同民法規定の趣向は前にも述べたる如く必ずしも余輩の見地と同じからざるが故に我が民法の解釋としては自から別種の研究を積まざるべからず。今夫れ刑法と警察令との異同に關しては諸説あり(Vgl. Hatschek, Lehrb des Verwaltungsrechts 2 Aufl. S. 149 ff.)要は犯罪(刑事犯)と警察犯(行政犯)との異同に歸著するものなるが余輩の正當と信ずる見解(sog. abstrakte Gefährdungstheorie)に依れば犯罪と異なり警察犯は單に一般的危險に關する安寧秩序を客體とするものにして性質上廣義の法益を生せしむるに過ぎざるものとす且往々狹義の法益又は私權に具體的危險を及ぼすものなきにあらずと雖も一朝その既遂に到るときは私權又は狹義の法益そのものゝの侵害となり民法又は刑法に基き十分に救濟せらるゝものとす。されば警察犯は寧ろ抽象的危險を生ずることを特色とし準不法行爲を構成するが爲めには實害發生の要件を缺ぐもの多しと考ふ。而かも警察犯は常に公序良俗に反する行爲なるべきが故に後述財産侵害行爲として準不法行爲を成立せしむるに足るものとす。

法益侵害に依る準不法行爲に於ける主觀的要件としては行爲者に故意又は過失を要することを一言せば足る、蓋し此種の不法行爲に在ては法益なるものが原則的不法行爲に於ける權利と入れ替りて其客體となるに過ぎず而して狹義の法益は前述の如

く取引の通念に照すも権利と同一視さるべき特定性限定性を具有するが故に加害者としても権利侵害に於けるより以上に責任を軽減さるべき理由なく従て單に故意に付てのみならず過失に付ても責任を負担すべきは公平の觀念上當然の事に屬す。警察犯には結果責任を課するもの多くあれども余輩は法益侵害行爲としては警察犯を包含せしめざるが故に茲に問題となれる主觀的要件に關しては姑らく不問に附して可なりとす。唯幾分疑問となるは刑法が過失を罰せざる場合に於ても民法上尙ほ過失犯を以て準不法行爲と爲し得るや否やの點とす、然れども余輩は既に一言したる如く刑法に因りて狹義の法益の生ずるは決して刑法規定の犯罪行爲の範圍内に限るにあらず苟しくも準不法行爲の客體たるに適する法益あらば犯罪行爲以外の方法に依りても亦之に對して準不法行爲の成立を認めんとするものなるが故に此理論を一貫するときは假令刑法が單に故意を罰して過失に及ばざる場合に於ても苟しくも其客體たる法益に對して過失に因る加害行爲の存する限り尙ほ準不法行爲の成立を認むべきものと信ず、蓋し刑法と民法との間には自から行爲に附する效果の上に差異あるが故なり。

狹義の法益の爲めにも正當防衛を許すべきかは亦疑問なり。我が民法(七二〇條)刑法(三六條)ともに防衛せらるべきものは之を權利に限ること明文上争ふの餘地なきに似たり。然れども狹義の法益が法的保護を受くべき點に於て權利と選ぶべからざ

るは前上屢々論じたる所なるのみならず我が刑法は舊刑法其他フランス法系の刑法の如く防衛せらるべき権利を限定せず一切の権利に及び得る立法の趣旨に照せば狹義の法益（例へば住居の不可侵）にも亦推及するを妥當とす（牧野博士日本刑法論—三版一九一頁参照）。而して正當防衛は加害行爲の違法性を阻却する點に於て刑法と民法との間に差異を認むべからざるが故に民法の解釋としても亦以上と同様に論ずべきものとす。唯正當防衛の適法要件として刑法は相手方の侵害行爲か急迫不正なることを要求し民法は特に之を明言せざるも防衛行爲が已むことを得ざるに出づることを要求するが故に結局同一の制限に服することゝなるべし従て此點に於て實際上法益に對する正當防衛は之を行ひ得る場合多からざるべきのみ。

法益侵害に依る準不法行爲に關する大審院の判例多からず。同院は嘗て定置漁業權に關し「定置漁業ハ漁場外ヨリ漁具ニ入ル魚類ヲ採捕スルコトヲ目的トスルモノナレハ未タ漁具ニ入ラサルモノト雖モ必然之ニ入り漁業權者ノ採捕シ得ヘキ自然ノ状態ニ在ル魚類ヲ保護区域内ニ於テ擅ニ採捕サレタルトキハ漁業權者ハ不法行爲ヲ原因トシテ」損害賠償を請求し得べく、此保護区域内に於て魚類を採捕せざることは行政官廳の命令に依り一般人の遵守すべき義務なれば債務不履行にあらず法令違反の不法行爲となるものと判示せることあり（大正五年三月七日民錄二二輯三五〇頁）。定置漁業權は専用漁業權と異なりその水面に

對する法律關係明かならずと雖も定置漁業の目的に應ずべき水面にも其支配權を及ぼすべきは當然にして此保護區域内に於ける他人の漁獲は漁業權を侵害するものと見るの外なし従て或る状態に於て浮游する魚類そのものに付き占有に類する如き一種の法益を認むるは必要なきのみならず往々不當の結果を生ずべし、此判示が動もすれば占有類似の支配權を魚類に認むる如き口吻を弄したるは不用意を免かれず。

裁判所が從來苦心したるは不法行爲上の訴權を認めんが爲め被害權利の存在を基礎づくるに當り其權利の種類及び法律の規定を發見するにありき。例へば田養の爲めに存する慣習上の分水權の侵害に付き法律上の規定なき爲め「他人ノ權利ハ必スシモ法令ノ明文ヲ以テ認許セラレタルモノナルコトヲ要セス」と放言したることあり（明治三九年三月二三日民錄一二輯四五二頁）又寺院が其境内地として使用權を有する國有財産の侵害に對しては「此使用權ハ物權タルト債權タルトヲ問ハス不可侵性ヲ有スルモノナレハ之ヲ妨害スル者ニ對シ其ノ妨害ノ排除ヲ請求シ得ヘシ」と斷せり（大正一二年四月一四日民集二三七頁）。分水權に付ては地方的慣習法を基礎とする途なきやを疑ふ（法例二條）寺院の國有地使用權（明治三六年内務省令三六條）に至ては公法上の權利が何故に私法上の權利となるかの點に付き説示する必要なかりしか、先づ此點に明解を與ふるにあらざれば私權不可侵性の論に入る能はざるものとす。いづれにしても權利

を被害物體とする不法行爲の法制下に於ては基本法規の發見に付き過大の苦心を要するものにして此點は狹義の法益を以て權利に替ふるも理は異なる所なし。法律が汎く占有制度を認め權原に關せず占有訴權を與へたる精神に比し我が不法行爲上の訴權に在ては徒らに構成の嚴重を尙びたる爲め被害者保護の點に於て大に權衡を失する嫌ありと謂ふべし、之を要するに法益侵害に依る準不法行爲は實用に乏しきものとす。

### 第三目 財産侵害行爲

#### 第一支 總說(成立要件概論)

財産侵害に依る準不法行爲の特色は權利又は特定法益の侵害を要素とせざる有責不法の加害行爲たる點に在り。然るに此不法行爲を認むるが爲めには二個の先決問題あり、第一民法上果して斯くの如き加害行爲を認め得る餘地ありや否や、第二之を認め得る餘地ありとするも果して我が民法上之に不法行爲に關する規定を類推適用することを得るや否や、即ち是也。

第一、他人の權利も亦狹義の法益をも侵害することなくして尙ほ且有責不法の加害行爲なるもの存し得るや。

不法は常に權利侵害を意味し且之に限るとの一派の見解(岡松氏無過失損害賠償論六五〇頁以下参照)に依れば本問題は固より消極に決せざるを得ずと雖も此見解の當たらざるは多言を要せず。蓋し法規は必ずしも私權を生せず又狹義の法益をも生

せざるが故なり。權利又は法益(狹義——以下倣之)は他人の侵害を排斥する力(排他性)を附與せられ特別の保護手段を具有するに相違なしと雖も法律は此程度の保護を與ふることなしに尙ほ個人的利益を保護すること少なからず所謂廣義の法益なるもの即ち是なり。例へば汎く財産上の利益といふが如きは固より特定の財産權又は法益にあらずと雖も尙ほ他人に依りて減損せらるゝ可能性あり、比隣の土地又は建物の利用方法宜しきを得ざるときは自己所有の土地又は建物の價格に惡變化を蒙るが如し。土地又は建物の有形的侵害、その經濟上の利用處分行爲の不法干涉は權利の侵害と認めらるゝも單に土地又は建物の無形的價値の減損に至ては直ちに以て權利侵害と爲すことを得ずと信ず。即ち廣義の法益に付ては排他性なきが故に之れが爲めに例へば正當防衛權の存在を認むることを得ずと雖も法律上全く保護を加へずと見るは正當ならず。願ふに不法と加害とは別個の觀念にして元來兩立すべきものとす、不法は汎く法規違反に外ならず之に反して加害は他人に損害を加ふることをいふ、されば法規違反にあらざる加害行爲あるべく(適法の加害行爲、例權利の正當なる行使)損害を加へざる法規違反あるべきの理なり(例、多數の犯罪行爲)。然れども法律生活の本則として加害行爲は一般に恕すべからず且加害の手段態様も一般に區別すべきものにあらず、法律が加害行爲を寛恕するは全く特別の理由あるに基く(違法阻却の事由)従て苟しくも加害の事實あると

きは一般に之を不法と認めざるべからず。有責と不法との關係に付ても議論なきにあらずと雖も是亦元來別個の觀念に屬するものにして有責は行爲者の主觀に關し不法は行爲の客觀的態様に關す從て無責の違法あり適法の有責あるべきの理なり。然れども加害の故意は本則として其行爲を不法とせざるべからず而して加害の手段方法、加害の對象の如何を問はざるものとす。是れ古來の定則たり(malitis non est indulgendum)。されば加害の故意あることは本則として不法の一例となる、その不法とならざるは法律上違法阻却の事由の存する場合に限るべきなり。斯くして吾人は理論上權利又は法益の侵害にあらざる有責不法の加害行爲の存し得ることを認めざるべからず。

然れども斯くの如き加害行爲の存在を認むること、之に基いて被害者の爲め損害賠償請求權を生ぜしむること、は自ら別問題とす。或る犯罪又多數の警察犯は必ずしも他人の權利又は法益を侵害せざる加害行爲なれども固より損害賠償請求權を生ずることなし。蓋し斯かる加害行爲に對する法律上の救濟又は保護は刑罰又は行政處分に依りても達せらるべく必ずしも被害者に損害賠償の請求を許すことを要せざればなり。されば斯くの如き加害行爲よりして損害賠償請求權を生ずるや否やは一般的に論ずることを得ず一に民法不法行爲に關する規定に照し別に研究せざるべからず。

第二、權利又は法益を侵害せざる有責不法の加害行爲は我が

民法上尙ほ不法行爲に準ずることを得べきか。

我が民法上斯くの如き加害行爲を何等の制限なしに不法行爲と認むべからざるは明かなり。民法には汎く加害行爲に基く要償權(損害賠償請求權の略、以下倣之)を認むる規定存せざればなり。然れども民法が不法行爲の要件として權利侵害を認めたる立法理由は前掲の如く大別して二となすことを得べし、即ち其一は汎く加害行爲に對して要償權を認むることは事態を紛糾せしむる虞あること、其二は損害賠償義務の生ずる場合を限定することに因りて取引の自由を保護せんとしたること、是れなり、これ以外に於ては特に權利侵害を要件と爲したる理由を發見すること能はず。果して然らば如上の加害行爲に付ても之に適當の制限を加へ以て右立法の趣旨を害せざる程度範圍内に於て要償權を認むるは必ずしも不當とせざるべきなり。更に立法理由を離れ民法の明文のみに付いて見るも一定の制限の下に要償權を認めざるを得ず。蓋し民法が不法行爲に基いて要償權を生ぜしむるは行爲の不法なること、損害の發生せることを以て根本的理由となす、精言せばその要償權を生ぜしむるは一般に權利を侵害したるが爲めにあらざるは被害者の承諾、正當行爲、正當防衛、緊急避難等幾多の違法阻却の事由を認むるに徴して疑ふべからず、違法阻却の事由あるときは假令權利を侵害するも亦要償權を生ずることなし、果して然らば權利侵害に因りて要償權を生ずるは其侵害行爲に違法阻却の事由を缺ぐこと

即ち其侵害の不法なるが爲めなりと謂はざるべからず。無過失損害賠償の法理的根據としては斯く解して可なるや否や一應疑問なるべしと雖も(岡松氏前掲三〇頁以下參照)損害賠償に付き本則として過失主義を採用せる我が民法に於ては當に以上の如く斷せざるを得ず。而して我が第七百九條が或る立法例と異り特に「違法に」(Widerrechtlich)なる辭句を加へざりし一事は之を善意に解せば違法に關する舉證責任を加害者に轉嫁せんとする用意に出でたるものといふべきも若し之を惡意に解せば權利侵害は常に違法なりとする誤れる學說に囚はれたるものと見るの外なし。されば我が民法に於ても不法行爲の重心は侵害行爲の不法性に之を求めざるべからず。

次に損害發生の原因行爲に付て見るに之には權利の侵害に因るものと特に權利侵害と謂ふべからずして損害を生ずるものと二種あり、而かも損害發生といふ點より見るときは此二種の行爲は俱に加害原因として同等の價値を有す。然るに凡ての不法行爲に共通する目的は之に因りて生じたる損害の賠償に在り。果して然らば加害行爲の態様が權利侵害に在ると否とは重要な要件に屬せず要は不法の加害に因りて個人が損害を蒙りたるの一事を以て足ると解せざるべからず。固より不法行爲に基いて生ずる請求權は要償權のみに止まらず、權利の侵害に在りては或は侵害の排除、妨害の豫防を目的とする請求權を生ずべく殊に名譽權毀傷の場合には名譽回復に必要な處分を請求

し得ることに付ては明文の存するあり。是等特別の請求權は特定の權利又は法益が被害物體たる場合に限りて發生するものにして一般の財産侵害の場合には發生することなしと雖も此一事のみを以てして一般財産に對する不法行爲の成立を否認すべき何等の根本的理由あることなきなり。

然れども權利又は法益が被害物體たる場合と一般財産が被害物體たる場合とは全く同一にあらず。權利又は法益の侵害あるときは第一に侵害行爲の不法性に付き一應の推定を受くべく(是れ前述舉證責任の轉嫁に因る)第二に侵害行爲が特定するに因りて損害發生に對する因果關係を確實ならしむべく、第三に本則として(違法阻却の事由なき限り)損害賠償の請求權を生せしむべし。之に反し一般財産の侵害に在りては第一其侵害が不法なることに付き特別の事由あることを要し、第二侵害行爲が特定せざることあり爲めに損害發生に對する因果關係を認むべからざることあり、第三必ずしも損害賠償請求權を生ずるにあらず。果して然らば如何なる要件の下に一般財産的侵害行爲に付いて不法行爲の規定の類推適用を許すべきか。

第三、財産侵害に依る準不法行爲の要件如何。その稍や具體的説明は後に譲り茲には一般的説明を掲ぐるに止めん。

(一) 財産侵害に依る準不法行爲の範圍及び態様

原則的不法行爲及び狹義の法益侵害に依るものは之を除外せざるべからず、ドイツ民法は前に一言したる如く保護法規違反

に依る不法行爲と良俗違反に依るものとを権利侵害に依る不法行爲と制限なく併置するが故に被害物體に重複を來たすものとす例へば權利は原則的不法行爲に於てのみならず他の二種の不法行爲に於いても亦被害物體となり得るが如し、然れども斯くの如き特別の規定なき我が民法の下に於ては同一に解すること能はず従ひて財産侵害に依る準不法行爲の客體としては特定の權利又は狹義の法益を除外せざるべからず。

財産侵害行爲は行爲の不法性に附いて責任原因を求むるの外なし。然るに汎く不法といふは前述の如く法規違反と良俗違反とを包含すとせざるべからず。蓋し法規違反の外に亦不法なしといふは必ずしも正當ならず、法規違反は法律上の義務違反にして即ち法律の命令又は禁止に違反するに外ならず、命令又は禁止以外の行爲は必ずしも適法にあらず尙ほ其他に適法にも違法にもあらざる中性の行爲あるは明かなり（岡松氏前掲六三八頁以下參照）此中性の行爲あるはイエリングも夙に指摘せる所にして（*Jahrbücher*, 4, S. 25）是れ即ち吾人の自由行動の範圍内に屬するものとす、此中性行爲は良俗に反するとき又不法となる蓋し法律は汎く公序良俗の違反を禁止するが故なり（九〇條參照）。されば中性行爲と雖も全く鳥獸の如くに自由なるにはあらず其一般的制限として良俗違反にあらざることを必要とするなり。斯くして財産侵害に依る準不法行爲は更に別ちて法規違反行爲と良俗違反行爲の二となさざるべからず、此二種を別つ

實益は法規違反に在りては據るべきの法規あるが故に行爲の違法性及び特定性を認むるに便宜なるに反し、良俗違反に在りては此事なく全く別個の標準に照して其違法性及び特定性を決定するの必要ありとせらるゝ點とす。

(二) 財産侵害に依る準不法行爲の客體。

此客體は單に消極的に權利又は狹義の法益にあらざる一切の生活利益といふの外なし、名づけて財産侵害に依る不法行爲といふと雖も被害物體は必ずしも財産に限るにあらず、唯此種の生活利益は權利にあらざるが故に排他性を缺ぎ不法行爲に基く救濟權としては金銭的賠償に依る要償權の外に認むべからざる事情に鑑み便宜上之を財産に對する侵害行爲の下に一括したるのみ。されば人格權と見るべからざる人格的利益、財産的價値を有せざる或る状態の如きも亦客體に屬せしめて可なりとす。加之、財産侵害に依る準不法行爲は不法行爲に對する救濟の最後の貯藏場なるが故に他の不法行爲上の救濟權を以て十分に保護の目的を達し得ざるものは一切包容するものとす。されば例へば權利又は法益にても其基本たる法規の曖昧なるもの又多數の權利又は法益が集合して例へば財團の如き形を取れる場合に其一團に對する侵害ありて何づれの權利法益が幾何の損害を受けたるか不明なるときも亦茲に取扱はんとする準不法行爲の客體とするを妥當とすべし。かの營業又は企業の蒙る損害の如きは寧ろ本項の準不法行爲を以て論ずるを便宜とすべし。

(三) 財産侵害に依る準不法行為の主観的要件。

此主観的要件は本質上因果關係とは別個の問題なれども若し過失責任主義を合理的に解し損害豫防の目的を有するものと見るときは(同説、岡松氏前掲五五頁以下)主観的要件と因果關係論とは不離の關係に立つものと謂はざるべからず。此立場よりすれば行為者に故意あるとき損害賠償の責任あるは明かなり。之に反して過失(狹義)を以て足るかに付ては古來議論あり(後述)或る立法例は故意を必要すと雖も(スキス債務法四一條二項、オーストヤ民法一二九五條二項)必ずしも妥當ならざるに似たり。余は此點に付き行為を細分して(一)客観的に特定人に損害を加ふるに適する行為と(二)然らざる行為となし、前者に付ては過失に對しても尙ほ責に任すべきものとす。蓋し行為の客観的性質が危険性あるや否やは固より具體的判斷に依りて決すべきものなれども既に行為の當時に於て豫見し又は豫見し得べかりし事情に照せば一般的に他人に損害を加ふる蓋然性あるに拘はらず單に加害の意思なかりし一事を以て責任なしとするは吾人の法律觀念に反す。之に反し客観的に危険性なき行為に因りて偶々損害を生ぜしむることあるも直ちに責任を問ふべからず此場合には行為者が故意に損害を加へたる事實を必要とす。

以上財産侵害に依る準不法行為の要件に付き序論的説明を終りたるが故に以下法規違反、良俗違反行為に付き細論すべし。

## 第二支 法規違反に依る財産侵害行爲

法規違反行爲に依る準不法行爲とは法規違反行爲に依り故意又は過失に因り他人に財産上の損害を加ふることをいふ。

茲に法規とは汎く公序といふに異ならずと雖も準不法行爲の基本たるに適する法規は被害者個人にも特別の救済を拒まざる趣旨なることを要す。蓋し法規にして廣義の法益を生せしむるものと雖も必ずしも個人的救済を目的とせざるものあればなり。されど法規が特に個人に救済を與ふる趣旨なることを要せず寧ろ消極的に個人的救済を排斥せざることを以て足るとす、何となれば公益の爲めに存する法規も結局各個人の私益の爲めにも存すと解すべければなり。ドイツ民法第八百二十三條二項には「他人の保護を目的とする法律」といふが故に解釋上種々議論を生じたるも固より移して參考に供すべきにあらず。以上の制限を附するときは法規の種類は問ふ所にあらず刑法可なり其他の刑罰法令亦可なり殊に警察犯處罰令に至ては前述の如く個人的法益を生せしめずと雖も同令違反の行爲に因りて財産侵害に依る不法行爲の成立を妨げざるものとす(註)。之に反して地方的警察規則に付ては稍や疑あり蓋し此種の命令は地方的要素を混するもの多く又間斷なく内容の變化するを免かれざるが故に漫然之を以て損害賠償の基本に供するときは取引の安全を害すべければなり。

(註) 警察犯處罰令の憲法上の地位に關聯して多少の疑あり、同令

は法律の委任(特別又は包括的)に因りて發せられたるにあらず直接憲法第九條の規定に基き發せしめられたるものと解す、固より之に附する罰則に付ては法律上の委任ありと雖も(明治二三年法律第八四號)此委任は命令の内容に關するものにあらず、故に警察犯處罰令等に基き民法上損害賠償の責任を課するは法律上の根據を缺ぐの違法あるもの、如し。然れども余輩が警察犯處罰令を引用するは民法上不法行爲の要件たる加害行爲の不法を決する資料たるに外ならず、民法上の不法を單に法律違反のみに限り命令違反は不法にあらずといふべからず、命令違反も亦不法なるが故に民法第七〇九條に依りて損害賠償を命ずるのみ、刑法に付ても亦同一に論ぜざるべからず。公法を直に基礎とするの謂ひにあらず。

加害行爲は法規の禁止する行爲に該當せざるべからず。固より條理に訴へて之に適當の擴張解釋又は類推適用を許すべしと雖とも法律の禁止せざる行爲は假令他人に財産上の損害を生ずるも法規違反を以て論ずべからざるは當然なり。加害行爲を斯くの如く法規に定めたるものに限定するは常に行爲の不法性を決定するに付き必要なるのみならず取引の安全を保護するに付ても亦必要なりとす蓋し加害行爲が法律上特定せざるときは加害者は如何なる要件の下に責任を負擔するに至るか到底豫斷することを得ざればなり。若し不法行爲の要件として權利又は法益の侵害ありたることを必要とする場合には其權利又は法益の特定するに因りて加害行爲の存否を確定し得べしと雖も茲に論ずる財産侵害行爲の如きに在ては他に行爲の存否を確定する方

法なきが故に勢ひ法規に照して之を確定するの外なければなり。例へば或る人が冤罪に依りて檢舉せられ自己の冤を雪く爲め辯護士を頼み多大の費用を支出したりと假定せんに冤罪に固る檢舉は其原因決して一ならず偽證又は誣告の如きは單に其一例を爲すに過ぎず故に若し其原因が偽證又は誣告に在りたること即ち法規違反行爲に依りたることを主張せんが爲めには刑法第二十章又は第二十一章に規定せる加害行爲の存在せることを立證せざるべからず。單に他人の所爲（例へば流言蜚語を放つか如し）に因りて自己の檢舉されたりといふのみにては足らざるなり。

加害行爲と財産上の損害との間に相當因果關係あることを要す。故に例へば往來妨害に因りて路を迂回したる爲め餘分の旅費を損し又は偶々自動車に轢かれたりとするも多くは因果關係の缺如せる爲め往來妨害者は必ずしも損害賠償の責任を負擔せざるべし。同様に隣家に賣春業を營むものある爲め家屋賃貸價格の低落を見たる場合も必ずしも損害賠償の理由ありと斷すべからず。蓋し公序に違反する行爲は公共の利益を害することは確かなれども或る特定人に特種の財産上の損害を生せしむるや否やは一般に斷定し得ざればなり。然れども法益侵害の場合と異なり法規違反行爲に因りて侵害されたる利益が其法規の正に保護せんとする利益と一致することは必要にあらず、蓋し財産侵害の場合には不特定の包括的財産が被害物體となるものなるが

故に法益侵害の場合と同一に論ずべからざればなり。次に財産上の損害は加害行爲のみに因りて發生したることを要せず、加害の危険が相當に危懼せらるゝに因り之れを豫防する爲め又は加害行爲の結果を除去する爲め必要なる費用を支出したる爲め又は加害行爲の結果已むを得ず費用を増加したる爲め被害者の蒙りたる財産上の損失も亦加害行爲に因りて生じたる損害と見るべきものとす。例へば祈禱の迷信に因り祈禱者が患者に善意に疾病の回復を期したる爲め症状悪化し後日過大の醫療費を要したる場合の如きも理論上尙ほ準不法行爲を成立せしむべし（警察犯處罰令二條一八號、但し過失相殺に因り損害賠償の額に減少を加へらるゝを免れず）。又隣家の營業が風紀を紊亂する爲め（同令一條二號）已むを得ず他に移轉したる場合に若し準不法行爲を認むべくんば移轉料其他の失費は亦之を損害と見るを至當とすべし。因みに損害と費用との區別に付ては必ずしも議論なしとせず（拙著債權各論六三一頁參照）余輩は費用と雖も意思に反して支出したるものは之を損害と見る、判例亦然り（註）。

- (註) 親族が殺害されたるに因り遺族其他が其屍體の運搬及び葬式の爲め費用を出したるときは正に法規違反に因る財産上の損害を生ぜしめたるものといふべし、判例は從來不法行爲として之れが賠償を命ず（明治四四年四月一三日刑錄一七輯五六九頁、大正一三年一二月二日民集三卷五二二頁。後の判決に付ては平野氏批判志林二七卷一八五頁、穗積氏判例民事法一

三年四七二頁以下参照)。又、辯護士に支拂ひたる報酬は任意の費用として賠償を認めざる判例あれども(明治三二年一〇月七日録九、五八頁)刑事被告人が自己の立場を擁護する爲め、辯護士に支拂ひたる報酬は権利防衛上適當と認むべき限り之を損害として舊刑訴法第一三條一項に依り告訴人に賠償せしむべきものとする判例あり(大正一〇年一一月一八日民録二七輯一九七一頁)上掲屍體運搬及び葬式費用の如きは早晚親族が負擔すべきものに係り唯其時期を早めたるに過ぎざるが故に損害と爲すべからずとの議論あり(イギリスの判例には斯く判示せるものあり Underhill, Torts, 1925, p. 73 note K.)。保險會社が第三者の加害の結果損害を填補せる場合と同様の問題とす(大正一三年七月一二日東地判決法律新報一四年二七號三五二頁)然れども若し此議論を一貫せば人間は早晚死すべきものなるが故に之を殺害するも責任なしとの不合理を生すべし、唯葬式費用の如きは後日當然支出すべきが故に今日之を損害として賠償せしむるときは一見不當利得の結果を生ずるが如し。然れども余輩は義務と雖も他人より履行せしめらるることなきを以て正當と信ずるが故に如上の場合にも汎く損害ありたりと解せんとす。

加害者の故意は損害の發生を欲することを要するや、損害發生に對することを要するや、法規違反(行爲の違法性)を認識することを要するや、或は單に加害行爲を認識且是認するを以て足るや。若し此場合に民法第七百九條の規定を類推適用するものとせば單に加害行爲に對する認識と是認とを以て足るものと解せざるべからず、蓋し既に引責要件の一として加害行爲と損

害發生との間に因果關係あることを要するものとし以て取引の安全に相當の顧慮を拂ふ以上特に此解釋に變更を加ふる必要を認めざればなり。過失に付ては行爲に客觀的危險性ある場合に限り責任ありとす。然れども若し法律に特別の規定あるときは此限に在らず、例へば誣告に付ては單に虚偽の事實を申告するを以て足らず「人をして刑事又は懲戒の處分を受けしむる目的」に出でたることを要し(刑法一七二條)又失火に因りて他人の營業を妨害したる場合に付ては失火者に重過失ありたるときに限り責任を課すべきが如し(明治三二年法律四〇條)。

法規違反行爲は犯罪よりも寧ろ警察犯たるもの多し。例へば警察犯處罰令第二條に規定する入札妨害(四號)交通妨害(一一號乃至一三號)會衆妨害(一四條)流言浮説又は虚報(一六號)蠱惑又は醫療妨害(一七號一八號)舟筏又は牛馬の繫縛開放(三七號)の如し。而して是等の場合には多く危險防止其他の爲め支出したる費用を以て損害と見るべきものとす。

大審院の判例として法規違反に依る不法行爲に適合するもの少なし、下の事件(明治四五年五月六日民錄一八輯四六二頁)は稍や之に屬すべきに似たり。

銀行の取締役及び監査役の在職中、銀行が實際無資力の状況に在りしに拘はらず業務を全然支配人の爲すがまゝに放任して其實狀を密にせず支配人が銀行の資力確實なる如く装ひて作成せる虚偽の營業報告書及び貸借對照表を漫然眞實のも

のとして採用し之を株主總會及び官廳に提出して通過せしめ遂に之を新聞紙上に公告しだるを以て上告人等は其公告を信じて預金を爲すに至り爲めに損害を蒙りたり。

之に對する判示の要に曰く、

(一)法律が貸借對照表の公告を命じたるは同時に一般公衆の利益をも保護せん爲めなるが故に一般公衆は右規定に依り常に正確なる貸借對照表の公告に信賴して保護を受くべき利益を享有するものと謂ふべく取締役及び監査役は過失に因り右の規定に反する虚偽の公告を爲したる爲め他人に損害を生ぜしめたるときは即ち過失に因り他人の權利(?)を侵害したると同時に之に因りて損害を加へたるものとす。

(二)一般公衆は通常其公告に依りて會社の財産狀況を知り會社の信用聲價等も亦自ら之に因りて生じ其信用聲價等に頼りて會社と取引を爲すに至るべきは自然の情勢なり(中略)其公告を見たと否とに關せず其公告に原因して生じたる銀行の信用聲價に信賴して取引を爲すに至るは世間普通の情狀なれば預金者は當初預金を爲すに至るは公告と如上の因果關係を有するものと推定すべきは當然の事なり。

本案件が從來の通説に依れば果して不法行爲を構成すべきか否や蓋し疑問なるべし、然れども通説に従ふて事實を構成すべくんば恐らく判示の如くするの外なかるべし。今通説に依りて此判示を批判するに少くとも下の如き難點を免かれざるべし。第一、貸借對照表の公告を爲さしむる立法の目的如何は姑らく別問題とするも、一般公衆は公告を信賴して取引を爲すに付き法律の保護する利益を有するや否やは容易に斷定することを得

ざるべし。斯くの如きは寧ろ當該銀行平素の業態信用に依りて定まるものにして如何なる銀行に付ても無差別に公衆の信頼を博せしむることは事實に反すべし、況んや斯かる薄弱なる利益を以て直ちに権利と爲し一躍して過失に因る権利侵害を認め去らんとしたるは到底速断たるの誹を免かれざるべし。公告に基きて預金を爲したるや否やに關する舉證責任を轉嫁したるは本事案を取扱ふの上に適當なるのみならず一般に公告なるものに附する效力より見て適當なりと信ず、一般人は兎に角少くとも現に預金を爲したる者より見るときは斯く推定さるゝを至當とすべし。翻て余輩の見地よりすれば自から別個の解決を下さるゝことゝなる。即ち本件に於ては取締役及び監査役が虚偽の貸借対照表を公告したるは恰かも商法第二百六十二條の二第二號乃至第九條の規定に牴觸せる法規違反行爲となす、而して此法規違反行爲は偶々其公告に信頼する他人に對して財産上の損害を生ぜしむる客觀的危險性あること明かなり且此危險は一般公衆が感ずるのみならず結局各人が之を感すべきこと多言を要せず、而して預金者は此公示に信頼して預金を爲し果然損失を蒙れるものなるが故に是れ取締役等の法規違反行爲に因りて財産上の損害を受けたるものと見るの外なし、而して商法の規定は取締役等を罰する目的なるに相違なしと雖も本件の如き預金者の個人的救済を排斥する趣旨と考ふべき根據なしと信ず。果して然らば大體に於て法規違反に依る準不法行爲の成立要件を充

たすものといふことを得べく、其主觀的要件として取締役等に過失ありたるは洵に判示に指稱する所の如し(註)。

(註) 本件に似て非なる事件あり。株式募集の委託を受け居たる銀行支店長が株式引受人より拂込なきに拘はらず拂込ありたるもの、如く虚偽の拂込濟證を作成し之を被上告會社發起人に交付したるに因り會社成立後取締役が拂込手續を爲さざりし爲め損失を招けり(大正七年五月八日民錄二四輯八九五頁)。是れ委任契約上の債務不履行(不完全履行)にして不法行爲にあらざること勿論なり。

### 第三支 良俗違反に依る財産侵害行爲

良俗違反に依る財産侵害行爲は所謂自由競争を以て固有の領域となすものなれども原則的不法行爲の補充たる目的を達する爲め自由競争以外の領域にも亘るものとす。

良俗違反に依る財産侵害行爲は少くとも二の點に於て困難なる問題を生ず。即ち第一此不法行爲に在りては法規違反の如く客觀的法規の據るべきものなきが故に極めて漠然たる社會の通念に訴へて何が良俗に反する行爲なるかを具體的に決定するの外なし、従て裁判の結果加害者が意外の責任を負擔するに至ることなきを保せず。第二被害物體が特定の權利又は法益にあらずして汎く財産なるが故に加害の客體明確を缺き損害發生との間に因果關係を認むること困難なりとす。以上二點は良俗違反に依る準不法行爲論の中心を形成するものと認めらるゝが故に

以下専ら之に付き論ずべし。

### 第一 良俗違反の財産侵害行爲

吾人は公序良俗に違反せざる範圍内に於て行動の自由を認めらる。英佛の通説及び判例は此種の自由を以て私法上の權利となし之を以て一方には被害權利と爲し他方に於ては違法阻却の事由に供することゝし以て權利侵害に依る本則的不法行爲の成立を可能ならしむ(岡松氏前掲六五七頁註一四の一、有馬氏前掲三三六頁以下)。此見解の不精確なるは多言を要せず又我が國法上之に従ふことを得ざるや勿論とす。從て茲に謂ふ所の自由は事實上吾人の享有するものにして固より權利にあらず。大凡權利は本則として自由に對して優越權あり故に權利者は權利の濫用<sup>i</sup>に亘らざる限りは他人の自由範圍に侵入して可なりとす(Qu juris suo utitur, nemim laedit)。權利對自由の關係は以上の如く解すべきものなれども自由對自由の關係を調停すべき法則に至ては未だ確定せるものなく亦到底現代法制の下に於て之れが確定を期待すべきにあらず。個人主義的法制の上に於ては唯消極的に此問題を取扱ふに止まる。即ち自由行動は唯公序良俗に違反せざる範圍内に於て之を許すといふものは是れなり。

如何なる事情あるとき自由行動は公序良俗に反して不法となるか。此點は社會の通念に訴へて具體的に決定するの外なく是れ判例法の活躍すべき一方面とす。社會的通念に依るべきものとする結果、社會及び時代の異なるに依り同一の行動に對して

も亦異なる判断の下さるべきは言ふまでもなし。或は良俗違反なる觀念を以て茫實捕捉し難しとなし具體的に事例を列舉せんとする學者なきにあらずと雖も(有馬氏前掲三四二頁参照)その到底完全ならざるは事物當然の結果なり。余輩は良俗違反を決定するの便宜問題として自由行動を二種に別つ。其一は自由の競合ある場合、其二は自由の兩立する場合、即ち是なり。

(一)自由が競合する場合は更に汎き意義に於ける自由競争と自由取引との二となる。競争に在ては二人以上の者が同一の目的を達する爲めに各自由行動を爲す、若し競争者が同種の營業者なるときは茲に競業を生ず。取引に在ては二人又は二人以上の當事者が相對立し互に反對の利益を目的として各自由行動を爲す、競争と異なるは當事者が互ひに主觀的に異なる目的を有する點に在り。自由競争と自由取引とは斯くの如く本質を異にすと雖も齊しく自由の競合たる點に於ては同じ。而して自由が競合する場合には各自の自由争闘に一任するの外なし(Principe du laissez-faire)是れ現代財産法の本則となす。故に競争に於ては他の競争者の利益を侵害するを妨げず又取引に於ても相手方に不利益を加ふるを妨ぐることなし。換言せば自由競合に於ては加害行爲自體は法律の支配外に在り正不正、合法違法の判断に超越する中性のものとして爲す。されば競業を目的とするトラスト、カルテルの如き、勞働條件の改善を目的とする合同取引の如き、いづれも自由競合に於ける行動の自由としてそれ自體法

律的支配の範圍外に屬すべきものとす。

自由競争が法律上不法となるは其手段が公序良俗に反するときとす。故に自由競争と不法行爲との關係は行爲の目的に於てせず其手段に於てするものなり。自由競争に於ける不法の手段として法規違反のもの(例、刑法三五章)權利濫用に屬するもの多しと雖も茲に論ずる邊なし、その良俗違反のものに至ては不正競争を以て最も重要なるものとすと雖も亦特に茲に研究するの要あるを見ず(有馬氏前掲研究に譲る)。今如何なるものが良俗違反なるかを積極的に論定するは自體困難なるのみならず實益に乏し、それよりも寧ろ反對に如何なるが良俗に違反せざるかを消極的に指摘するを以て比較的容易にして且實益多しとす。

判例は一般に所謂二重賣買を以て不法とせず。例へば同一の不動産の二重賣買に於て後の買主が惡意なるとき又試掘權の二重讓渡に於て讓渡人と共謀して第三者に讓渡せしめ登録を爲し之れが爲め前讓渡契約に因る登録義務の履行を不能に歸せしむるも不法行爲とならず(明治四四年一二月二五日民錄一七輯九〇九頁)蓋し惡意の第二讓受人は尙ほ其不動産を取得するの自由を存するが故に偽計其他特に良俗違反の手段を弄したるにあらざる限り法律上是非の判斷を下すべきにあらず。讓渡人と共謀して試掘權の再讓渡を爲さしめたる者も亦例へばブローカー等の如く自己の營業の爲めにするときは特に不正手段を用ゐざ

りし限り亦周旋の自由を有すべきなり。此點は汎く第三者に依る債權の侵害として論せらるゝ題目の一なれども本質上不正競争又は不正取引に屬すべきものとす。されば他の判例に於てと

債權は物權と異なり排他性を有せざるを以て物の給付を目的とする債權は同一物に之が給付を目的とする他の債權の成立竝に之に關する物權の設定移轉を妨げず(中略)從て第三者の既に債權の目的と爲れる物に對し物權の設定移轉を目的とする法律行爲に因りて所有權を取得するも此一事に依りて之を違法とし債權者に對する不法行爲成立するものと謂ふべからず(大正九年一〇月四日民錄二六輯一四一六頁)

判示せるは我が國學說も一般に是認する所とす。

各人單獨に爲す自由行動は良俗に反せざる場合にても多數人共同して同種の行動に出づるときは不法となるや否や、換言せば共同又は結黨そのものが良俗違反となるや否や。此點は從來勞働爭議に關聯して論ぜられたる所なるが(拙著勞働協約の法學的構成二九〇頁以下參照)我が大審院は從來共同そのものに付き不法性を認むるものゝ如し(大正一三年六月二〇日刑集五〇六頁)。事實はいづれも共同絶交に依る自由名譽の侵害なるが故に直接問題には觸れずと雖も間接には或る關聯を有す。同判例は絶交そのものは各自の自由意思に基き行動したるに非ずして部落民中の多數と協力同盟して絶交するは被絶交者の社會上活動し得べき自由を妨げ且之を社交上より擯斥して其社會より享くべき價值を受くることを得ざしむるものなるが故に不法な

りとす（本判決に對する穂積氏批判判例民事法一三年度二六一頁以下、同所引用刑事判例參照）。之に依れば單獨絶交は自由名譽を侵害せざるべきが故に不法とならず之に反して共同絶交となるときは被絶交者の自由名譽を侵害するに至るが故に不法となるといふものにして共同絶交は結局權利侵害の必要的手段なる點に於て不法性が認めらるゝものと見るべし。若し此推論にして正當なりと假定せば共同行動を以て他人の權利にあらざる自由を妨げたる時は如何。例へば同業者多數團結して同業の一人をボイコットし又は多數労働者が團結して賃金値上の交渉（團體交渉）を爲すが如し。若し英佛の學說及び判例の如く營業自由權、企業自主權なるものを認むるときは之れ即ち權利の侵害を目的とする團結共同に外ならざるが故に我が判例に依るも亦不法と斷するに疑なかるべしと雖も若し之に反して營業又は企業を以て單なる自由と解するときは當然不法と斷することを得ざるべし。従て若し單なる自由の侵害に就ても之を不法と爲すが爲めには共同そのものに不法性を認むるの外なきに至る。然れども共同的行動の不法性は唯公序又は公益を理由とする場合に限り之を考ふることを得べく良俗の上より見るとき寧ろ中性とするの外なし、従て次に述ぶる自由競合なき場合に關して問題となるのみ（註）。

（註） 英米法、殊に米國にては共同行動の不法性に付き説岐るゝが如し。一派の見解に依れば conspiracy とは多數共同して他

人の自由權、財産權等を侵害して損害を加ふるが故に不法なりとし實害を加へざる共同は不法にあらずと見る (Dwight, C. in *Place v. Minster*, 65 N.Y. 89, 95, 1875)。之に對して他の見解は一人にては能くし得ざる加害行為も多數共同に依りて之をなし得べきが故に共同そのもの付いて不法性を認めざるべからずと爲す (Lord Macnaughten in *Quinn v. Leatham*, A. C.495, 511, 1901)。而して茲に他人の自由權、財産權といふは前述の如く吾人の所謂營業企業の自由、一般的財産といふに同じ。共同そのものに不法性を認むるはイギリスの傾向なるが如く殊に一人にては不能の行為も共同にて爲せば可能となる點は例へばストライキ、ボイコット等の如き勞働爭議に關して其例を見るべし。

競合せる自由行動には相當の限度ありや。斯かる限度を越ゆる行動は不當 (unfair, unreasonableness) なりとして不法となるや否や。此點は少くとも現行個人主義的法制の下に於ては本則として否定すべきものとす。他の競争者又は相手方の破滅は自體競争を不法とならしめず蓋し自由競争は競争そのものを以て良俗に合すとせざるまでも不法とするものにあらざるが故に競争の蓋然的結果としての破滅も亦不法とすべからざればなり (註)。自由取引に於ても對價の對等なることを本則として要求せざるは之れが爲めなり。従て法令に特別の規定存せざる限り自由行動には限度なしとせざるを得ず。

(註) 此點は英國に於ては有名なる *Mogal Steamship Co. v. McGregor*, 15 Q. B. D. 476 事件の判決に依りて決定せられ以後諸

判決之に従ふ(Burdick, Torts, p. 79)。我が民法の解釋としても亦同様となるべし。

(二)自由が互に兩立する場合とは互に競合せざる場合をいふ。その著しき例は吾人が社交し談話し乃至家庭生活を爲すが如し。取引に付ても例へば契約を爲すと爲さざると又自己の權利を行使するとせざるとの如き亦之に屬すべし。此場合には各自その自由行動を爲すに當り他人の自由を阻害すべき何等の理由あることなきが故に吾人は互に他の自由を侵害せずして自由行動を爲すべきなり。此故に自由が競合せざるに拘はらず他人の自由範圍内に侵入するは本則として不法とせざるを得ず。斯くの如き加害行爲は正當の理由なきものとして公序良俗に反すること多言を要せず。されば此種の不法行爲に在りては其手段の正不正よりも其加害の目的を有することが不法性を生ずるものとす。權利行使は形式上適法の行爲なるも例へば權利者に何等の利益なく單に他人に損害を加ふる目的を以て之を行使するが如きは明かに良俗違反なりとす(權利濫用)、自由に付ても亦濫用を認むべし、例へば他人が新聞發行の計畫あるを知り之を妨害する爲め其他人の使用せんとする題名を先きに官廳に届出づるが如し。自からも亦同種の新聞を發行する計畫あるときに斯かる行動に出づるは自由競争の爲め必ずしも不法とせずと雖も然らずして故なく他人の行爲を妨ぐるは良俗に反すること多言を要せず。

質權の實行を妨害する爲め質物に付き何等の權利を有せざるに拘はらず所有權を主張し質權者に對して質物返還の訴を起し質權の實行を遅延せしめたる者は質權の侵害として質權者に對し不法行爲上の責に任すべきは當然なれども、同時に右質物返還を目的とする訴訟中に於ける質物の價額低落に因り辨濟に不足を生じたる爲め尙ほ他の財産を以て辨濟を爲したる債務者に對しても亦不法行爲に基く損害賠償の義務あるべし（大正一〇年七月九日民集四一八頁）。此場合には權利の濫用といふべからず當に訴權の濫用即ち自由の濫用を以て目すべきものとす而して此自由濫用に因り質物の價額下落したる結果債務者は財産上の損害を蒙りたるものにして本件の被害物體は質物所有權といふべからず蓋し質物に對しては有形的に何等の損害を加へず唯價格に付き變化を生ぜしめたるに過ぎず而かも價格の下落とても經濟界の事情が原因を爲したるものにして被告の訴訟提起そのものは固より下落の原因にあらず、即ち債務者の被害は訴訟提起を原因とし質物價格の下落を副因として其一般財産に付いて生じたるものと見るの外なく従て若し通説に依り權利侵害を以て不法行爲の成立要件と見るときは本件の如きは遂に適當に不法行爲の成立を以て目すべからざるものとなる。之に反して若し余輩の如く良俗違反に依る財産侵害の場合にも不法行爲の規定を準用するときは其解決極めて容易なりとす。尙ほ本件の事實は白紙委任狀附にて株式の賣却を委託したる者が委託を解

除し委託株券の返還を請求中受託者が之を他人に賣却し買主が更に他人に之を質入したるものにして被告は此質入は虚偽行爲なりと主張して防衛の事由に供したるものなるが故に具體的事實の判断として果して大審院の右判決が妥當なるや否やは疑問なれども判例に示されたる事實のみに基きて之を見るときは判旨は結果に於て正當なりと信す。

假裝行爲に基く虚偽の債權を眞正の債權なりとして讓渡したるに因り善意の讓受人が其債權を相殺に供したる爲め假裝行爲上の債務者は不法に財産上の損害を受けたるものとす（大正七年一〇月一九日民錄二四輯一九九三頁）。これ亦良俗違反に依る財産侵害の一例となすべし。

其他、過失に因り不當の申立を爲したる爲め裁判所をして事實の認定上錯誤に陥らしめ以て破産の決定を爲さしめ依て他人に損害を加へたる如き（明治三二年一二月二一日錄一一、八八頁）假差押申請者が本案の請求立たずして敗訴したるときは不當に他人の財産を差押へたるものなれば損害賠償の責任ありとする如き（明治二八年一〇月一二日錄三、四六頁）亦之に屬すと謂ふべし、蓋し破産手續の開始といひ假差押といひ巨細に分析すれば個々の財産權の侵害となるべしと雖も寧ろ之を一括して總財産に對する侵害と見るを以て自然的と爲せばなり。

尙ほ參考の爲め他の事例を紹介すれば下の如し。（Vgl. Ennecerus, Lehrbuch. 6—8 Aufl. § 455）。

(一) 保證の目的を以て振出されたる爲替手形あるとき其引受人の抗辯(日民四五二條四五三條參照)を剝奪する爲め他人に其手形の裏書を爲すこと。

(二) 比隣の地價を低落せしめ安價に買収する目的を以て計畫的に一般に嫌惡さるゝ業務を遂行すること。

(三) 讓受人の期待を裏切り之に損失を加ふる目的を以て讓渡人を指喚し自己に目的物を賣渡さしむること。

(四) 他人に損害を加ふる目的を以て虚偽の登記を爲さしむること。

(五) 他人が地上權を得て建物を築造せんとする計畫を失敗に歸せしむる目的を以て第三者を指喚して地上權の目的たる土地を買取らしむること。

(六) 差押を徒勞に歸せしむる目的を以て友人に自己の財産を處分すること。

(七) 代理權が既に消滅せるに拘はらず元代理人が善意無過失の相手方と代理行為を爲したるに因り本人が財産上損失を蒙れること。

## 第二、良俗違反行為の主觀的要件。

行為者に加害の目的意思あるときは一般に損害に對する責任を課することを得べし蓋し我が民法上假令損害が特別の事情に因りて生じたる場合にも加害者が行為の當時損害の發生を豫見したるときは尙ほ責任を免かれずとするが故なり、(四一六條

二項)。此點は自由競合の場合たると自由兩立の場合たるとを區別すべき理由なし、唯問題となるは汎く損害發生に對する故意あるを以て足るか或は積極的に加害の意圖あることを要するか點なりとす。例へば隣地に於て風紀紊亂の業務を營みたる結果附近の邸宅の賃貸價格を下落せしめたるが如き場合に於て其損害賠償の責に任せしむるには、其者が風紀紊亂的營業を爲す點に付き故意ありたるを以て足るか或は更に邸宅の賃貸價格下落なる點即ち損害發生に付ても故意ありたることを要すと爲すべきか。ドイツ民法(八二六條)は汎く良俗に反して「故意に」(vorsätzlich)に損害を加へたるときと規定したる爲め以上の點に付き議論を生じたるがスキス債務法(四一條二項)オーストリア民法(一二九五條二項)はドイツ民法の此規定を採用するに當りて此點に留意し特に加害の「目的を以て」(absichtlich)なる立言法を用ゐたり。加害の目的を以てすることを要するが故に損害發生に付き故意あることを必要とするは明かなり。今何故に加害者の故意が良俗違反に付いて存するを以て足らず損害發生に付いて存することを必要とするや。察するに(一)良俗違反は刑罰法令に依りて處罰せらるゝことあるべしと雖も他人に實害を生ずる目的を有せざる以上損害賠償の問題を生ずる餘地なし又(二)良俗違反行爲は必ずしも加害の危険性を伴はず、その果して危険性あるや否やは一に加害の目的の有無に依りて之を決するの外なし、要するに良俗違反の行爲に因りて偶々損害を生

することあらんも其行為と損害発生との間には必然的因果の關係なきが故に取引の安全を顧慮するときは寧ろ加害の目的に出でたるときに限り責任を認むるの妥當なるに若かずと爲したるが如し。然れども余輩は前にも述べたる如く此見解に従はず。蓋し問題の焦點は行為の客觀的危險性に付て責任の根據を求むるか又は意思の危險性に付いて之を求むるかにあり。然れども元來意思の善惡は處罰の理由としてこそ相當の價值あれ被害者救済の上より見れば格別の價值なし、民事責任原因の一要件として若し意思を認むべくんば唯損害豫防の目的を達するや否やの點に歸著するものにして結局因果關係の問題と牽聯して解決せらるべきものとなる。乃ち余は行為自體に客觀的危險性ある場合と然らざる場合とを區別し前者に付いては行為そのに對する故意あるを以て足り、唯後者に付ては損害發生に對する故意あるを必要とすと解せんとす。之を實際に徵するに例へば前掲代理權の消滅せるに拘はらず引續き代理行為を爲すが如きは客觀的に損害發生の危險あり、されば特に本人に損害を加へんとする目的に出ですとも單に代理權の消滅を知るに拘はらず代理行為を爲すの故意ありたるときは損害賠償を命じて何の不可がある。之に反して元來騒がしき町内に於て良俗に反する卑猥のダンスホールを經營したるに偶々隣地の住宅の賃賃價格を下落せしめたりとするもダンスホール經營は町内の狀況に照して損害發生の危險性なしと認むべきが故に本則として其責に任せず

唯住宅の賃貸價格を下落せしむる目的に出でたるときに限りて其責に任せしむべきが如し。

幾分疑問となるは自由兩立に於ける加害行爲にして其手段が絶対に不法ならず單に加害の目的あるが爲めに其行爲を不法ならしむる場合とす、例へば前掲他人が地上權を取得せんとする計畫を妨ぐる目的を以て第三者に之を買取らしめ又は差押を徒勞に歸せしむる目的を以て自己の財産を友人に贈與するが如し。是等の場合には事物の性質上損害の發生に付ても故意あることを要すとせざるべからず。然れども一層正確に言はゞ是等の場合には行爲の手段と目的とを區別するは無意義にして手段と目的とを併せて一個の權利又は自由濫用の加害行爲と見るべく従て加害の點に付き故意を必要とすと解すべきものとす。

良俗違反に依る加害行爲は單に故意に對してのみ責に任すべきか。此點は從來大に議論ある所にして外國立法例は多く之を故意に限り(ドイツ民法八二六條、スウェーデン債務法四一條二項、オーストリア民法一二九五條二項)過失に對しては責任なしとす。イェリングは嘗て契約締結に於ける過失(*culpa in contrahendo*)を論ずるに當り其前提として此點に觸れモムゼンが不法行爲の主觀的要件を説いて況く故意及び過失とせるに對し (Momm-  
sen, Beiträge zum Obligationenrecht, Abteil. 1. S. 123) 契約外の責任原因は過失を包含せず單に故意に限るべき旨を主張したるは (Jhering's Jahrbücher, 4, S. 1 ff., insbesond. S. 12 ff.) 人の

知る所なり。イエリングはローマ法に根據を求むる爲め *actio doli* と *damnum injuria datum* とを比較し前者に於ては被害物體を汎く財産となすが故に責任を故意に限れるに對し後者に於ては被害物體を有形的特定物體に限るが故に責任を故意に限らず過失にも及ぼせるものとす(S. 25)。加害行為と損害發生との因果關係を確實にし取引の安全を保護する必要よりすれば此見解は蓋し大體に於て妥當とすべきが如し。且問題は自由行動の領域内に屬するが故に假りに過失に對する責任を認むべしとするも法律上の根據を缺ぐに似たり蓋し通説に依れば過失に對する責任は法律上注意義務あることを前提とするが故に法律の支配が及ばざる自由對自由の關係に付ては法律上注意を爲す義務の如き固より之を認むるの餘地なければなり。然るに若し過失に對しても責任を課することゝせんか例へば他人に道を訊ねられたる際漫然之に答へたるに因り其通行人が行先を誤りて蒙れる損害を賠償せざるべからず、友人に法律上の意見を求められ相當調査研究を積まず粗雑なる意見を述べたる爲め其友人が取引上招きたる損失を賠償せざるを得ざることゝなり爲めに吾人の日常生活は全く堪へ難き窮屈を感ずるに至るべし(Jhering a, a. O.)。要するに自由相互の關係に於ては凡べての行動は法律上當然に正不正の評價を下ださるべきに非ずして唯加害の目的あるに依りて始めて不法性を有することゝなるべきのみと。以上イエリング一派の契約外過失否定論の要旨となす。

然れども理論上以上の見解は必ずしも正確にならざる如し。

第一、不特定の財産が被害物體たる場合に引責要件を故意に限り、特定物體たる場合には故意の外過失にも及ぶとするは結局因果關係の整理を目的としたる見解なれども前にも述べたるが如く或る行爲が客觀的危險性を有する場合には其被害物體が特定せると否とを問はず之を因果關係の基礎に供するに付き何等の不當あるを見ず従て問題は之を各具體的事案に付いて決定すべきものにして豫め概括論定すべき性質のものにあらず、固より立法論として一個の抽象的規定を設けんとするにはイェリング一派の見地に從ふを以て妥當とすべけんも之を理論上より見る時は到底正確なりと謂ふべからず。例へば他人の財産に屬する個々の財産權を差押ふると其總財産に對して破産を申請するの間には外形上目的物の特定せると不特定なるとの相違あれども若し加害の蓋然性より見る時は二者區別すべき理由なかるべく又代理權の消滅せるを知りながら加害の目的を以て代理行爲を爲す場合と過失に因りて之を知らず代理行爲を爲す場合とを見るに本人に損害を及ぼす危險の程度に於て殆んど等差あるべからず、苟しくも故意過失なる心的態様に對して道義上の咎責を認めず専ら被害者の救濟といふ點より問題を處理すべきものとせんか當に行爲の危險性(加害蓋然性)を基準として故意過失の評価を下だすの外なし。次に自由行動の領域内に於ては注意義務を認め難きが故に従て亦過失に對する責任を認め難しとの

説に付て考ふるに大凡加害の目的が良俗に反するの故を以て其行爲を不法と爲す以上は加害の危険ある行爲を過失に因りて爲すことも亦不法と爲さざるべからず、蓋し自由行動の領域内に於ても各人は公序良俗に反して行動すべからざるの一般的義務あるものにして唯此義務に違反せざる限りに於てのみ自由行動は本則として法律上中性なりといふに過ぎず。乃ち客觀的に危険性ある行爲を過失に因りて爲すことを以て良俗に反するものとなす。自由行動に付ては權利もなく義務もなしといふは他人の自由範圍内に侵入せざる場合に限りて言ひ得るのみ一朝他人の自由範圍内に侵入するに至らば此瞬間に於て其行動は公序良俗に反せざるの義務を生ずるものとす。次に若し自由行動に付いて過失の責任を認むるものとせば日常生活に於ける一舉手一投足すらも損害賠償の危懼を伴ひ到底社會生活の安全を期すべからずと言ふは一種の詭辯に外ならず蓋し斯かる行爲は多く法律上の意義を生せず單なる社交的のものなるが故に之に對して過失を云爲して責任を論ずることは却て良俗に違反するものとす、加之斯かる行爲は本則として客觀的危険性を伴はざるものなるが故に假令余輩の如く自由行動に付き過失の責任を認むるにしても是等の行爲に對してはその適用なきこと多言を要せず。之を要するに手段は正當なるも加害の目的あるが故に良俗違反となる場合にては他の自由行動の場合と異なる所なく、即ち其行爲が客觀的危険性あるときは過失に對しても責に任すべ

く、斯かる危険性なきときは單に損害發生に對する故意に付てのみ責に任すべきものとす。尙ほ我が刑法は誣告罪の成立に加害の目的を必要とす(一七二條)と雖も畢竟是れ我が刑法が本則として過失を罰せざる主旨と犯罪捜査を阻害せざらんとする用意とに出でたる結果と見るべく輒ち茲に論ずる不法行爲の要件と相關する所なしと信す。

他人が信賴することを豫期して虚偽の事實を傳へ、不適任者を適任として推薦又は紹介し、又は相手方が第三者に傳達することを知りて虚偽の事實を告げたるに因り之に信賴したる者が損失を招きたる場合は良俗違反に依る加害なること疑なきも、若し相當の注意を爲すときは他人が信賴することを豫見すべかりしに拘はらず以上の行爲を爲したるときも亦注意の懈怠ありとして其過失に對し責に任せしむべきものと信す。

此種の行爲と似て非なるは契約締結上の過失なり。上掲の行爲は自由兩立の場合なるに反し契約締結の過失は自由競合即ち自由取引に關する事項なればなり。況く契約締結上の過失と言ときは契約當事者の一方が過失に因りて或る事實を告げざりし爲め相手方が損害を蒙るべき事を意味すれども問題は自から二に岐る。即ち第一は當事者一方の過失が累をなして契約が結局不成立となれるに因り相手方が信賴利益を失ふ場合、第二は其過失に拘はらず當事者間に契約が有効に成立し而かも相手方が信義公平の原則上期待すべき利益を收め得ざる場合、是れな

り。この第二の場合に於ては被害の原因を契約締結上の過失に求むべきには相違なしと雖も其効果は契約の効果として取扱はるべきものにして不法行爲を以て論ずべきにあらず、例へば委託者又は寄託者が契約に際して委託又は寄託すべき事項又は目的に危険性あることを告げざりし爲め受任者又は受託者が自己に過失なくして損害を蒙りたる時は委託者又は寄託者をして之を賠償せしめ得るが如し（六五〇條三項、六六一條、六七一條）賣主の擔保責任も亦之に屬すべし（五六〇條以下）。但し是等は必ずしも過失を要件とせず一種の結果責任を課したるものなるが故に民法の規定のみを根據とするときは特に契約締結上の過失を以て論ずる必要なし蓋し結果責任なるが故に過失責任は勿論之を包含すべきが故なり。唯其他の場合例へば當事者の一方が給付の全部不能なる事實を過失に因りて告げず之を目的としたる契約を成立せしめたる場合に付ては賣主擔保責任は當然に適用なく従て過失者に關する損害賠償責任に付き疑問を生ずる餘地あり。此場合の如く給付が原始的客觀不能の爲め契約が無効となるとき當事者の過失の有無を問はず賣主擔保責任の規定を類推適用するは不當たるを免れず蓋し賣主擔保責任は契約が一應有效なることを前提とし其契約が有償なる點に着眼して當事者間の利害を調停せんとする信義公平則上の制度なるが故に契約が全然無効となれる場合に之を準用すべき理由なければなり。

當事者一方の過失に因りて契約が成立せざるか又は取消されたる時は如何といふに此場合は契約關係存せざるが故に若し損害賠償の問題を生ずとしても契約上の效果として論ずるに由なし。此場合に屬すべきものは大要下の如くなるべし。

(一) 當事者の一方甲の過失に因りて相手方乙が契約の要素に關する錯誤に陥りたる爲め契約が無効となれる場合。此場合に於て相手方乙は不法行爲に基き要償權を有すべきかは一般的に解決し難し。蓋し甲は乙との間に自由取引を爲すものなるが故に甲は本來自由行動に依りて可及的有利の契約を贏ち得べきものにして苟しくも不正ならざる限り如何なる手段を用ゆるも不法行爲となることなし、乃ち甲に不法行爲上の責任を生ずるは其手段が公序良俗に反する場合に限るは前に論定したるが如し、即ち例へば甲が乙に對して詐欺強迫を用ゆるか(九六條)偽計威力を弄するか(刑法三五章)其他の不正手段を用ゆるにあらざれば甲に責任なしとす。從て詐欺に出でざる限りは其知りたる事實を黙秘するも責任なし況んや單純なる過失に至ては固より責任なしとせざるべからず。然れども契約の性質上甲が其知りたる事實を告げざることが信義公平の原則に反し從て良俗に違反する場合には詐欺偽計に由らずとも尙ほ良俗違反として責任を免かれざるべし唯斯かる事實を過失に因りて知らざりし爲め之を告げざりし場合に付ては稍や疑ありと雖も斯かる不作爲は客觀的に危險性ありと認むることを得ざるが故に法令に特別

の規定なき限り（商法四二九條參照）責任なしとせざるべからず。要するに此に述べたる場合には甲に故意あるときに限り責任あり單に過失あるに止まるときは本則として責任なし法令に特別の規定ある場合は此限に在らず。

（二）錯誤に因りて契約の無効を主張せんとする當事者甲が自己の過失に因りて其錯誤に陥りたる場合。此場合にも契約が無効となる爲め相手方乙に不測の損害を生ずることあり、依て相手方乙は其賠償を請求し得るやの問題を生ずべし。民法は重過失に因りて錯誤に陥りたる者には錯誤の主張を許さざるが故に（九五條但書）問題を生ずるは唯錯誤者に輕過失ありたる場合に限る。外國民法には錯誤者が錯誤等を理由として契約を取消すときは過失の有無に關せず善意無過失の相手方又は第三者に對して當然信賴利益の賠償を命するものあり（例ドイツ民法一二二條）取引の安全を保護する點より見て蓋し適當の處置と謂ふべし。然れども此場合も亦自由取引上の問題なるが故に理論上甲に責任を認めざるを本則とせざるべからず蓋し甲は單純なる過失に因りて漫然契約を爲さんとするに過ぎず相手方乙としては之を承諾すると否とは全く自由にして（豫約あるときは格別）若し之を承諾せんとするときは十分事實を審査して自衛の途を講ずべきものなるが故に偶々甲の申込を妄信して損害を招くも特に救済を與ふべきにあらざればなり。但し例へば假令過失に因るとは言へ相手方乙に對して積極的に契約の有効なることを

信賴せしむべき言動を爲したるに拘はらず後に至り錯誤を主張するが如きは多數の場合に於て良俗に反すべく其状恰かも甲が積極的に詐欺偽計を用ひたと選ふ所なき場合には或は契約の無効を主張することを禁ずるか (Estoppel) 或は無効の主張を許すと共に損害賠償の責に任せしむるを妥當とする而して我が民法は無効の主張を許さざることを錯誤者に重過失ありたる場合に限るが故に我が民法上の取扱としては後者の解決方法を採用すべきものとす。

(三) 第三者の過失に因りて当事者が善意に無効の契約を爲し又は取消し得べき契約を爲すことあり。其場合にも当事者の双方又は一方は其契約の無効又は取消に因りて損害を蒙ることあるべし。然れども第三者が当事者に對し例へば委任契約上給付の目的、方法、場所等を指定すべき債務を負ふが如く特別の法律關係に立たざる限り本則として過失に對して責任なし、蓋し此場合は自由兩立に於ける行動なるが故に第三者が良俗に反して損害を加ふる目的を有するに非ざれば不法とならず従て單純なる過失は加害の目的を有せざればなり。但し第三者の行動が客觀的に危險性を有するときは過失に付ても責任ありとす。例へば建築材料會社が定價表を公表し且或る期間内之を變更せざる旨を言明したるに或る材料の價格を輕過失に因りて誤記したる爲め之に基いて請負契約を爲したる当事者が損害を蒙れる場合の如し(註)。

(註)契約締結上の過失に付ては鳩山民法研究三卷八九頁以下、岡松氏前掲四二六頁以下参照。

大體上述の如く良俗違反に依る財産侵害行為は本則として侵害行為又は損害發生に對する故意に付いて責任を生ずるも其侵害行為が客觀的に危險性を有するときは過失に付ても亦責任を生ずるものとす、外國法の或るものゝ如く常に故意に對する責任に限るは往々妥當を缺ぐものにして斯かる特則なき我が民法に於ては必ずしも採て以て裁判の基本と爲すべきにあらず。而して過失に對しても責に任すべき場合には本則として輕過失の責に任すべきものなれども例へば友人に法律上の意見を求むる如く特に委任契約を爲すものと認められざる場合に於ては寧ろ具體的過失に對してのみ責に任せしむるを妥當とすべく其他民法は行為の性質が有償なると無償なるとに依り過失の責任にも輕重の差等を設くるが故に當事者の性質、事物の輕重其他の情況に照して用ゆべき注意に適當の程度を認むるを以て民法の精神に従ふのみならず、又實際上信義公平の要求に副ふ所以なりとす(鳩山氏前掲一〇三頁参照)。又過失に對する責任を課するに當ては過失相殺の適用を見るべし(七二二條二項)。依て例へば、

借金の依頼狀は金圓領收の委任狀杯とは其性質が違ひ消費貸借成立の證據とならず唯借金の依頼狀を發するが如きは人事正當の行動を取りたるに過ぎざるが故に偶然依頼狀を利用する惡

漢ありて損害を生じたりとするも依頼狀を發したるものに於て毫も過失上の責任を負ふべき謂ばれなし（明治四一年四月二一日名控判決、最近判二卷一一四頁）

といふが如きも當時の事情如何に依りて當否岐るゝものとす。

良俗に反する不作為が責任を生ずるかは一の疑問なり。例へば水に溺れんとする者を水泳の達人が見殺にし、汽車の同乗客が下車驛を寢過さんとするを知りて警告を與へず、自己が詐欺取財に罹り同様の手段が友人に對しても亦行はるゝことを豫知しながら警戒を與へざるが如し(v. Diszt, Deliktsobligationen, S. 42ff., S. 72 ff.)。不作為の因果關係に付ては議論あり假に不作為にも法律上の因果關係を認め得べしとするも其不作為に對して法律上の責任を課すべきか否やは作為に對する場合と同一に論ずべからず、正當なる見解に依れば不作為に責任を生ずるは法律が作為の義務を課したる場合に限るものとす（拙著債權各論七二八頁以下參照）。果して然らば自由行動の領域内に於ては何人も他人に對して作為の義務を負はざるを本則とするが故に（例外なきにあらず、警察犯處罰令二條二七號末段）以上掲げたる不作為に對しては本則として責任なしとせざるべからず。此事と過失に對する責任とは自から異なり、過失も亦注意の懈怠として不作為を包含するには相違なしと雖も此場合には積極的に或る行動を爲すか又は或る状態を作出することに關聯して注意の懈怠あるものなるが故に初めより積極的に行動せず状態を

作出せざる前掲不作爲の場合とは本質を異にすること明かなり。

然れども法律觀と道德觀とを如何なる點まで區別して可なるかは重大なる問題にして現代私法の基調たる個人主義的見地が漸く没落して少くとも共存共榮を旨とする社會連帶主義へ移らんとする時代の要求に對しては從來の法律觀も必ずや新しき主義に向つて一步を進むべきにあらざるか。例へば強風の夜中通行人が放火あるを發見したる場合に最寄の交番又は消防屯署に申達するが如く又鐵道線路に丸太の横たへられたるを發見したるものが之を撤去するが如く眞に一舉手一投足の勞を以てして能く人命財産を救濟し得る場合には特別の事情なき限り申達又は撤去の義務を課するを至當とせざるや。人命財産の救助に對する表彰には自から限りあり且つ重きに過ぐるときは却て道義の觀念の墮落に導く、之に反して救助の義務を課するときは公德心の涵養に便あり。表彰と義務とは相待て十全を期すべきなり。但し救助の義務を認むとするも其義務違反を以て常に不法行爲と爲し被害者に個人的損害賠償請求權を與ふべきかは全く別問題にして若し之を與ふとするには被害者の數と利益の輕重とに適度の制限を加へざるべからず殊に過失相殺の法則を十分に活用せしむる必要あり。

## 第五節 結 論

準不法行爲に關する余の論旨は略ぼ以上に盡く。その巨細に互りての研究は他日を期すべしと雖も問題の要旨は之れ以外に出でざるなり。即ち上來の論旨を要約せば下の如し。

(一)不法行爲は契約違反と對峙して民事責任の要部を形成するものにして且凡ての他の民事責任に洩れたるものを最後に受入るべき使命を有するが故に不法行爲の包容力は可及的大ならしめざるべからず。我が民法の規定は此點に於て到底不十分たるを免れず。

(二)我が民法が第七百九條に於て單に權利侵害、損害發生をいふのみにして其侵害行爲の違法をいはず、同條以下の規定を一括して冠するに『不法行爲』なる名稱を以てしたるは用意周到なりとす、即ち不法行爲の要件たる侵害行爲の不法といふは單に法規違反のみならず良俗違反をも包含すと解し得るの餘地を存するものにして此規定の構成は外國法に比して寧ろ優れたるものと謂ふべし。之に反して不法行爲の被害物體を權利に限定したるは到底狹隘なるを免れず。此點は民法の規定を類推して權利と同等の特定性及び重要性ある法益に及ぼすは勿論更に侵害行爲が不法にして且侵害行爲と損害發生との間に相當因果關係を見出し得べき特定性を具備するときは一般財産上の損害にも之を及ぼすべきものとす。

(三)斯くの如くにして準不法行爲は先づ大別して(イ)特定法益に對する有責不法の侵害行爲と(ロ)一般財産に對する有責不法の侵害行爲となし、更に後者を細別して(イ)法規違反に依るものと(ロ)良俗違反に依るものとの二となす。此中、特定法益に對する準不法行爲の主觀的要件は原則的不法行爲と同じく故意及び過失となすべきに反し、財産侵害たる準不法行爲の主觀的要件に付ては學者間議論あり又立法例一ならずと雖も私見に依れば其行爲が客觀的に損害發生の危險性を有するときは過失に對しても責任あり然らざるときは單に加害の故意に對してのみ責任を生ず。

以上の要旨を以て試みに前上第二節所掲の設例に適用せば大體の下の如くなるべし。

事例第一(イ)丙が平生甲に對する私怨を晴らす爲め乙に對して甲の資産状態の不良なる事實を暴露する行爲は良俗違反に依る財産侵害行爲の中特に自由兩立の場合に該當する準不法行爲となす。唯少しく疑問となるは丙が甲の資産状態に關して虚偽の事實を告げたるにあらざる點にして丙が眞實を告げたることは乙より見れば寧ろ危險豫告の利益を與へられたる形となる。然れども甲乙間に於ける自由取引に關しては甲は自己の資産状態の良否に付き乙に眞實を告白すべき義務なく又丙も乙に對して特別の法律關係に立たざる限り乙に他人の資産状態を報告すべき義務なきが故に丙の行動は全く中性のものとする、此中性の

行爲が不法となるは加害の目的を有するときにして此場合には凡ての事情に照して加害の目的ありとせざるべからず、且丙が私怨を晴らす目的は自由取引に關する適正の目的と見ることが得ず、是れ加害行爲を不法ならしむる他の理由となす。次に事例第一(ロ)及び(ハ)の場合を見るに孰れも不正競争として余の分類に依れば良俗違反に依る特定法益の侵害に該當す蓋し得意といひ又營業上の祕密といひ俱に特定の法益に屬すればなり、競争は余の所謂自由競争の場合に屬し理論上競争者に損害を加ふこと自體は不法にあらず唯其手段が不法なるとき加害行爲が不法となるのみ。得意を奪ふ爲めの贈賄、祕密を洩取する爲めの買収は外國法に於て之を良俗違反に依る不法となすも我が國法には直接の規定なきが故に一應疑問なれども贈賄買収が一種僞計を用ゆるものなること争ふ餘地なきが故に僞計を用ゆるものとして不法と爲すことを得べし。

事例第二(イ)は私見に依れば自由兩立の場合に於ける法規違反の財産侵害行爲にして乙の工事用器具の破壊は甲の請負事業の阻害を通じて客觀的に損害發生の危険ある行動なるが故に丙は甲に對して加害の故意なかりしとするも尙ほ過失に付いて責を免れず。本件を財産侵害と見ず企業妨害と見るときは丙が過失に對して責に任すべきこと一層明かなり。次に(ロ)の場合は通行妨害として刑事責任を生ずるも一般には民事責任を生ぜずと雖も本件に於ては乙に加害の目的ありたるが故に通行妨害よ

り一般には損害發生に對する因果關係を認め得ずとしても本件の場合は乙に於て損害發生の特別事情を豫見したるものとして責任を課するを妨げず(四一六條二項)。尙ほ甲は不可抗力を理由として遅延利息の支拂を拒むとを得ざる事情に照すも(四一九條二項)以上の如く判斷するの必要あり。(ハ)に付ては既に述べたり。(ニ)の事例は自由兩立の場合に於ける良俗違反に依る財産侵害たるの性質を有す、銃丸一發の損失は實際問題とするに足らずと雖も理論上は斯く解せざるべからず。大審院が嘗て定置漁業權の侵害事件(前出)に於て保護區域内に於ける魚類に一種占有に似たる支配權を認むるかの口吻を洩らしたる妄は既に注意し置けり。本件に於ても甲と鳥との間に支配權ありと見るよりは惡戯に依り他人の自由行動を妨げ財産上の損失を期待することが不法なりと見るを妥贅とす。

事例第三に付ては既に論せるが故に再び贅せず。

不法行爲に關する法規は各國とも内部的に内容を充實すると俱に外面的に分化するの迹歴然たり。蓋し法的文化發展の自然的結果とす。殊に其外面的分化の例としては工業所有權、不正競争に付いて特別法を生ぜること、自由取引に伴ふ不法行爲にして勞働運動に關する特別立法を生ぜざることを擧ぐべく、かの無過失損害賠償を命ぜらるゝ特種の加害行爲も亦不法行爲の分化と見るべき方面あり。是等特別法規に對して不法行爲は通則たるの地位を占むるが故に其觀念は益す包容性を豊かならし

むる必要あり。今ローマ及びイギリスの法制史を通覽するに其不法行爲の内部的充實に苦心努力せる點大に參考に値するものあり。

ローマには當初不法行爲に關して四の典型ありにき、furtum (領得犯) rapina (強取犯) damnum iniuria datum (毀傷犯) 及び iniuria (傷害犯) 即ち是れなり。就中毀傷犯は動産に對する有形的加害行爲にして始め lex Aquilia に依りて制定せられし當時は有體動産に對する直接的有形的毀損 (damnum corpore corporis datum) ありたるとを要件としたるも後類推適用に依りて之を他の場合即ち直接的方法に依らざる毀損 (damnum corporis datum) の場合に及ぼし更に有形的毀損にあらざる物件侵害(例へば指輪を激流に投入し又は奴隸の繫縛を解いて逃亡せしむる如し)にまでも及ぼすに至りぬ。是等の類推は actiones utiles なる準訴權に依れるものなるが遂に之を基礎とする一般的訴權 actio in factum なるものを制定し況く利益傷害の場合に適用することとし以て lex Aquilia に對する補充とすることゝなれりといふ (Czyhlarz-Nicolo, a. a., O. S. 270; Windscheid, Pandekten, §455) 又傷害犯も當初十二表法時代には肢體切斷、骨折、脱臼に止めたるも後學說に依りて之を擴張し言語上又は實行上の凌辱をも含め身體名譽自由に對する不法行爲の成立を認め遂に actio iniuriarum aestimatoria は他の不法行爲に屬せざる一切の惡意的權利侵害に對する一般的訴權とせらるゝに至れりと

いふ。乃ちローマに於ても不法行爲に對する訴權は時代の進歩に伴ひ社會の必要に應じ漸次擴張せられしものにして之れが擴張の手段としては立法手續に依れるものなきに非ずと雖も主として執政官の裁量及び學說の指導に依れるものと見るべし。殊に注意すべきは惡意の訴權 (*actio doli*) が本來獨立の不法行爲訴權なりしに拘はらず汎く取引を規律すべき各種の訴權の補充として適用せられし點にして其趣旨とする所凡べて現存の訴權の及ばざる場合の補充として公正なる救済を付與するに外ならず。惡意訴權の精神は信義に反して意識的に損害を加ふる行爲に對抗するに在り從て僞計を以て他人に經濟上の損失を惹起せしめたる者は汎く此訴權を以て損害賠償を命ぜらるべきなり、蓋し各國民法が權利濫用又は良俗違反の加害行爲に關して規定を設けたるの先驅といふべし。當時此訴權の利用せられたる事例の中特に本論に關係あるものを摘示せば、(一) 第三者が僞計に因りて當事者をして債權關係を解除せしめたる時は債權者は其第三者に對して求償權あり(二) 僞計を用ひて目的物を變更したる爲め用益權の消滅を來たし又測量師が惡意に測量を拒み債務者をして土地の明渡を遅延せしめたる場合にも損害賠償の責任あり(三) 文書の僞造又は隱匿に依りて損害を蒙らしめ、僞計を以て(例へば辯護士と通謀して)裁判官をして債務を確認せしめたる場合も亦同様とす而して惡意訴權は漸進的發達に因りて成立せしものなるや否や議論なきにあらずと雖も一説に依れ

ば *Aquilia* の布令中に於て既に斯の如き補充的訴權の存在を豫料したるものとす (Vgl. Pernice, *Labeo*. 2 Aufl. Bd. 2, Abtel. 1. S. 200 ff., insbes. S. S. 208, 220, 222)。

イギリスに於ても當初不法行爲(私犯)の典型としては恐らく *Trespass*; *Deceit*; *Conspiracy*; *old Assise of Nuisance* 等を認めたるに過ぎず且舊時の訴狀形式 (*Writs*) は常に時代の新要求に對して不足なるのみならず又適用上の不備あるを免かれず而して此法の缺陷を補充せんとして *action on the case* を大膽に認めたるを有名なる *Statute of Westminster the Second* (13Edw. I, st. I. c. 24, 2—1275) と爲す。其要旨は特定の舊訴狀形式に則りて之と同様の場合 (*in consimile casu*) に於て同様の救済を要するときは *Clerks of the chancery* は新たなる訴狀形式を發行すべしといふに在り。即ち法律に依り類推適用を許したるものと謂ふべし。爾來先づ *Trespass on the case* に依りてイギリスの不法行爲は發展の緒に就き (Jenks, *History*. p. 68) *Trespass* は今日に於ても汎く有體物及人體に對する有形的侵犯を包容することゝなれるのみならず更に舊き *Writ of Deceit* に基き類推に依りて各種の權利又は權限濫用に及ぼし舊き *Writ of Conspiracy* に基きて誣告に對する責任を生せしめ舊き *Assise of Nuisance* に基いて多數の權利防害に對する責任を生せしめ其他有形又は無形の名譽毀傷に至るまで概ね類推訴權 (*action of case*) の利用に依らざるはなしといふ (Jenks, p. 133 ff.; Ames,

Lectures on Legal History. p. 56 ff.)。

以上ローマ法及びイギリス法に於ける不法行為法制の發達の述を通觀するに凡べて法益の侵害を以て救濟權付與の根據となす其狀恰かも刑法が法益 (Rechtsgut) を以て被害物體と爲すが如し、換言せば形式上權利の有無に著眼するよりは寧ろ實質上利益の保護に値するものありや否やの點を基礎とす、是れ法制發展の骨子なりとす。固よりイギリス法現在の解釋としては不法行為は *iniuria sine damus* (損害を伴はざる權利侵害) に付て存するも *damnum absque iniuria* (權利侵害を伴はざる加害) に付ては存せずと爲し *inuria* は *legal rihts* に對する侵害と解するを通説とし一見權利の侵害を以て總ての不法行為に對する必須成立要件と見るが如しと雖も之を實際に徴するにその所謂權利なるものは汎く法益 (個人的) をも包含することは之を看取するに難からず(前述)。加之同法に於ける過失犯 (*Negligence*) は加害者の義務違反を以て寧ろ主要々件と爲し *Nuisance* に於て法益侵害に因る不法行為を認めたり。要するにローマ法及びイギリス法は從來學者の説くが如く不法行為に關して概括的規定を設けずと雖も其法制全般に就て見るときは極めて廣汎なる保護を與ふものにして特に現代に活きたるイギリス又はアメリカの不法行為訴權の如きに至ては其被害物體の數を盡くし種類を竭くせる爲め之れに系統を與ふること殆んど不可能とせらるる有様なり。而して不法行為が往時の加害處罰本位より全く

損害回復本位に變し被害者の救済を基調とするに至れる今日に於ては斯くの如く周到なる訴權を與ふること寧ろ當然にして識者の深く留意を要する點なりとす。

我が民法不法行爲に關する規定不備なりとして偕て如何に之を補充すべきか。かのスキス債務法又はオーストリア民法の如く不法行爲の原則的規定に適當なる追加を爲すべく立法手續に訴ふるも一方法たるべく、或はイギリスに於ける Statute of Westminster the Second の如く現存法規を基本とする類推を許すべき立法を爲すも亦一方法なるべしと雖も、前者は折角の追加が狹隘に失して更に第二段第三段の追加を必要とするに至る虞れあり之に對して後者は此點の憂なきも稍もすれば類推の濫用に流るゝの危険あり。いづれにしても新立法は机上の立案を避け先づ判例法の集積を待つを妥當とせざるべからず。而して判例法の精練を期するには我が國法の如く規定の窮屈なるを却て得策とするものにして難産に伴ふ苦痛は産兒の精選を促がすと同様なればなり。されば本編固より準不法行爲論として未だ竭さる點多しと雖も幸に問題の開展に向て刺戟を與ふると俱に漠然ながら開發の指導觀念を呈供するを得て我が學說及び判例に今一段の進出を促がすことゝならんか眞に分外の喜と爲す。

---