

準 不 法 行 爲 論

CASES ANALOGOUS TO TORT PROPER

I.

教 授

中 村 萬 吉

PROF. M. NAKAMURA

1928

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 準不法行爲各論	42
第一目 準不法行爲の種類	42
(以下次號掲載)	
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

中 村 萬 吉

第一節 準不法行爲の意義

茲に準不法行爲とは我民法第七百九條に規定する要件、就中「權利侵害」なる要件を缺ぐ有責不法の加害行爲にして固より嚴格なる意義に於ける不法行爲にはあらずと雖も而かも尙ほ被害者救済の爲め不法行爲に關する通則の準用を見るべきものをいふ。本論は第一我民法上斯くの如き準不法行爲を認むる必要なきや否や、第二若し之を認むる必要ありとするも果して我民法上之を認め得るや否や、第三我民法上之を認め得るものとせば其要件如何、以上三點に付て多少の考察を試むるに外ならず。

尙ほ準不法行爲なる名稱に付き誤解を避くる爲め豫め一言を費やし置く必要あり、蓋し外國法には一見茲に謂ふ準不法行爲に應當する名稱あればなり。例へば Quasi-delits といひ又 Quasi-torts といふが如し。然れども是等は余の所謂準不法行爲と觀念を異にす。即ちローマ法にて *quasidelict* とは古典時代以後殊にユスチニャヌス法典に於て認めたる一種の不法行爲にして (D. 44,7,5§§4—6 ; D. 9,3,6 § 2 ; J. 1V. 5.) 四の場合に別たる。其一は裁判官が過失に因りて當事者に損害を與へたる場合 (*Iudex qui litem suam facit*) 其二は住宅占有者が其建物より

物を突出して往來者に損害を加へたる場合 (*actio de deiectis et effusis*) 其三は公路の上空に設けたる張出しに物を呈置又は吊懸して危険を生ぜしめたる場合 (*actio de posito et suspensio*) 其四は船主又は客の來集する場屋の主人が其使用者又は同居人の客の荷物に損害を加へたるに因りて責に任ずる場合 (*actiones in factum advertus nautas, caupones et stabularios*) にして今日我國法に於ても既に之に相當する規定あり (陪審法一〇八條以下、民法七一七條、商法三五四條五四四條其他、民法七一五條等參照)。又フランス民法に *quasi-delits* とは過失に因る不法行爲にして (同法一三八三條) 故意に因るものに對するものなれども我民法上之を準不法行爲とするに由なきは多言を要せず。スコットランド及びルキジャナにも *quasi-delicts* なる觀念あれどもフランス民法を承繼せるものと見るべし (Burdick, *Torts*. P.31 ff.)。イギリスには嘗て形式的訴訟主義の結果 *quasi-torts* なる觀念あり蓋し或る種の契約上の義務違反を救済する爲め便宜上不法行爲上の訴訟形式 (*assumpsit*) を借用したるに由來す、此事同國の契約法の發達に資したること多しとするも爲めに一時不法行爲と契約との境界を紛更したるの迹あり現今に於ては形式訴訟主義を認めざる爲め全く不用の觀念に屬す (Salmond, *Torts*. P 5 ff.)。されば余輩の所謂準不法行爲に相當する觀念としては寧ろローマ法にては *doli actio* を取るべく (Czyhlarz-Nicolo, *Instit.* 18 Aufl. S. 273) 又イギリス法にては *action on the*

case を取るべし (Jenks, Short History, 3rd edit. P. 137) 蓋し
いづれも舊來の不法行為に不足を感じ之れが補充の爲め案出さ
れたる訴權としての方面を有すればなり。余輩の準不法行為も
亦同一の趣旨に出でたること多言を要せじ。

第二節 準不法行為を認むる必要

我民法上不法行為の成立するには其客觀的要件として不法な
る權利侵害行為、損害發生及び二者を聯絡する相當因果關係あ
るを要し又其主觀的要件として加害者に責任能力及び故意過失
あることを要す、主觀的要件其他に付ては多少の例外なきにあ
らずと雖も客觀的要件として以上の三事實を要するに付ては例
外を設けざること明文上全く疑なし。特に我民法上加害行為は
汎く損害を生ずべき行為たるを以て足らず常に他人の權利を侵
害するに因りて損害を生ずる行為たることを必要とす、故に我
民法上不法行為の成立を主張せんが爲めには常に被害物體とし
て何等か權利の存在したることを立證せざるべからず、乃ち權
利の存せざる所亦不法行為の存することなし、被害者に於て如
何に多大の損害を蒙るも權利侵害なる事實を媒介せざるときは
復た不法行為上の訴權を有することなきの理とす。されば權利
の概念を如何に論定すべきかは實に不法行為論の中心を形成す
ものにして是れ學者或は不法行為の規定を前提として汎く權利
の本質を探究するものある所以とする (Vgl. v. uhr, Allgem.

Teil des D. B. R. Bd. 1, S. 53 ff.)。

嘗てドイツ普通法時代に於て權利の本質に付き意思說、利益說の對峙を見たるは事古りにたり今更に反覆するの違なし、今や通說の權利を以て法律の許與且保護する意力的手段と解すること蓋し正解にして我國の學者亦一般に之に従ふものと見るべし。精言せば權利と法益とは同一ならず、權利は法益を取得享受する的手段にして従て法益は此場合に於て正に權利の目的たり權利行使に因りて生ずる結果たるに外ならず。且法益は汎く法律に依りて保護せらるゝ生活利益にして必ずしも權利の目的たることを要せず權利を伴はずして存在するもの少なからず又之と反對に權利にも利益を目的とせざるもの少なからず例へば第三者の有する形成權(殊に選擇權、指定權)の如し戸主權又は親權に包含する或る權利の如き亦専ら家族又は未成年者の爲めに存し權利者には直接の利益を生せずして反て權利を行使すべき義務を伴ふものあり。由此觀之、權利と法益とは實體に於ても範圍に於ても差異あること明かなり。今若し權利の概念を以上の如く定むるとして我民法上不法行爲の被害物體たり得るものを指摘せんが大要下の如くなるべし。即ち所有權以下各種の物權が之に屬するは明かなり占有權に付ては占有訴權との關係上嘗て多少の異論ありたるも今や通說之を以て同じく不法行爲の被害物體にもなり得るものとす。債權に付ても嘗て有力なる反對說あり外國民法の解説としては寧ろ反對論多數とするが如し

と雖も我國に於ては多數說之を被害物體とす、判例亦同じ。形成權に至ては義務の對立するものなく、從て義務違反即ち不法の要素を生ずる餘地なしとの理由を以てその不法行爲の客體たることを否定する學說及び判例なきにあらずと雖も是れ全く權利侵害なる觀念の誤解に出づるものにして到底首肯すべからず。其他親族法及び相續法上の權利、無體財産權、社員權等いづれも不法行爲の客體たること通説の齊しく認むる所なり。沿革上最も議論ありしは唯人格權なりしも學問上之を法益と見るか將た權利と見るかは別問題とし多數の立法例概ね之を以て不法行爲の客體と爲す我民法上亦明文の炳焉として存するあり議論の餘地なし唯人格權の中に收容すべき權利の種類範圍に付いては各國多少の異同あり我民法の解釋としても尙ほ討究の餘地を存するのみ。

斯くの如くにして我民法上不法行爲に對する救濟は眞に至れり盡くせるの觀ありと雖も之を實際に徴するに及んでは尙ほ幾多の遺憾なき能はず且不法行爲の成立要件として汎く損害發生を以て足り特に權利侵害なる制限を附する必要ありやの根本問題に至ては頗る議論の餘地あり是れ本論固より解釋論を主とすべきに拘はらず議論の時に立法論に涉るの已むべからざる所以なりとす。

以下順序として我民法上不法行爲の規定を以て少くとも形式上解決し得ざるものと認めらるゝ事例を掲出すべし。尙ほ念の

爲め權利と法益との區別に付き一言反覆し置くを便宜とせん。蓋し權利は法律の許與且保護する法的意力なるが故に第一權利を付與する特別の規定なかるべからず、第二法的意力なるが故に特に權利者に於て權利の内容を實現し得る手段 (Rechtsmittel) なかるべからず、之に反して單に法律の反射的效力として事實上保護せらるる利益の如きは權利にあらずして單純なる法益たるに過ぎず。此點は尙ほ後節に稍や詳しく論ずべしと雖も差し當り此程度の前提に止めて直ちに事例の掲出に入るべし。

事 例 第 一

(イ) 甲が乙との間に有利なる取引を開始せんとする計畫を探知したる丙は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したるに因り甲は豫定の計畫敗れ損害を蒙れり。

(ロ) 甲は丙會社に於ける乙の得意を奪ふ爲め丙會社の支配人に贈賄し遂にその目的を達し乙は爲めに得意を失ひ多大の損失を招きたり。

(ハ) 甲はその競争會社乙の業務又は營業を妨害する目的を以て乙會社の支配人又は技術者を買収して乙會社の業務上又は營業上の祕密を漏洩せしめ依りて乙會社に損害を加へたり。

以上は大體に於てドイツ不正競争禁止法中の規定 (一條、一二條、一七條) に該當する場合にして同法に依れば加害者は一方に於て刑事上の責任を課せらるゝと俱に他方に於ては被害者の

爲めに損害賠償を命ぜらるゝものとす。又我刑法の規定に依るも加害者は刑事上の責任を課せらるゝ場合あるべしと信ず。然れども我民法上果して之を不法行爲と斷じて可なるや否やは頗る疑問とせらるゝ所にして、例へば以上(イ)の場合に付て見るに被害物體は甲が乙に對して有する取引開始の盖然的事實状態にして固より經濟上有利の地位なるのみならず甲に對して重要な生活上の基礎を與ふるものに相違なしと雖も之を以て直に一個の權利と見るべからず、又甲の資産状態を暴露したる事實は信用妨害たること明かにして若し信用を以て一種の名譽とする見解(後述)に従ふものとせば此場合一種の名譽權の侵害ありたるものと見ることを得べしと雖も少くとも我民法第七百十條に規定せる名譽は人格權の一種にして當然財産的名譽を包含せず従て信用を包含せざること多言を要せず且此場合に於ては取引開始の阻害が損害の原因となれるものにして信用妨害は單なる手段と見るを相當とすべし。其他(ロ)に於ける乙の得意(ハ)に於ける乙會社の有する業務上又は營業上の秘密に至ても之を權利と見るべからず單なる法益と見るを至當とせん。要するに取引、得意又は秘密の如きは吾人經濟上の自由に因りて事實上有する利益にして取引權、得意權又は秘密權なるものあることなし若し偶々刑法其他の法令の規定に依りて間接に保護せらるゝことありとせば一の法益となり得るに相違なしと雖も直ちに之を以て權利と爲すべからざるは多言を要せじ。要するに以上

第一の事例はいづれも不正競争に關するものとす。(有馬忠三郎氏不正競争論、就中第五章參照)。

事 例 第 二

(イ) 甲は或る請負事業を爲すに付き下請負人乙を使用せり然るに乙の同業者丙は乙の仕事を嫉み乙に喧嘩をふきかけ大亂闘の末乙の工食用器具を破壊せしより工事中止の已むなきに至り爲めに甲は多大の違約金を支拂ふことゝなれり。

(ロ) 甲は某銀行に支拂に赴かんとするに乙之を妨害し損害を蒙らしむる目的を以て甲の平素通行する小橋を撤去せり依て甲は已むなく遠路を迂回せし爲め遂に銀行の營業時間に間に合はず多額の遅延利息を支拂ふことゝなれり。

(ハ) 多數人行列を作り廉價に買入を爲さんとするに甲外十人のもの前列に位する者の同意を得て途中に割込みたる爲め後列の者は遂に締切に逢ひ利益を逸失せり。

(ニ) 甲獵銃を以て枝上のツグミを撃取らんとして照準を定め今や發砲せんとする刹那傍人乙惡戯を爲し大聲を出して枝上の鳥を追掃へり。

以上は多少興味中心に馳せたれども日常生活に對して一層切實なる類似の事例少なからず。この中(イ)は業務妨害として警察犯となるべし(同處罰令二條五號)と雖も業務又は其遂行そのものは警察犯處罰令の反射作用として事實上享受せらるゝ一種の法益たるに過ぎず未だ以て業務權乃至業務執行權なる權利と

爲すに足らず固より甲は下請負人乙に對して契約違反に基き損害賠償の請求を爲し得べしと雖も加害者丙に對しては不法行爲上の訴權を有せざるべきなり。(ロ)は往來妨害として刑事上の訴追を受くべきものなれども(刑法一二四條)爲めに甲は公路通行權なる權利を有するにあらず蓋し吾人は公法上通路に對して通行の自由(法益)あるに過ぎずと解するを正當とすればなり。航行流筏の自由、公水の共用の如き亦之に屬すべきは勿論とす。(ハ)は一見して事實上の状態又は地位の侵犯たること明かなり同様の例としては汽車内の占席、講堂又は活動寫眞館の占席を想起すべし。(ニ)も結局は(ハ)の場合と同様にして俱に占有權の侵害を以て擬すべきものにあらず、常山の蛇陣といひ占席といひ孰れも場所の占有を以て目すべからず蓋し權利の象徵たるべき占有は事態一の權利的内容を表はすべきものたるを要するに拘はらず蛇陣占席とも其場所に賃借權其他の權利が成立することを前提とするものに非ざればなり。枝上の鳥に至ては未だ以て所持の事實ありと爲すべからず豈に占有あらんや。然かも以上の事例は日常生活に於て多少の差こそあれ各意義あるものにして法律上之れが侵犯に對しては相當の救濟を與ふべきは多言を要せず。之を要するに以上事例第二はいづれも自由行動の妨害たるものとす。

事 例 第 三

(イ) 保險に附しある家屋又は物件を故意に燒棄したる場合。

此場合には保險者が被保險者に其負擔額の全部を支拂ひたるときは保險契約者又は被保險者に當然代位するが故に（商法四一六條一項）特に問題を生せずと雖も尙ほ通常の危険率に反して保險金を支拂へる爲めに蒙りたる損失（利息其他）なきにあらず故に保險者にも加害者に對して獨立に不法行爲上の訴權を與ふるを相當とす 反對、東地、大正一三年七月一二日判決、法律新報一四年二七卷三五二頁）而も保險者は保險物件の保全に付き單に事實上の利益を有するのみ何等の權利を有せざるを奈何。

（ロ）住居の侵害は不法行爲となるや。刑法上（同法一三〇條）住居侵害を罰する立法上の理由に付ては議論あり（神保氏刑法各論九二頁以下參照）我民法上住居權なるものを認め得るや否や亦多少疑ひあり。その戸主權又は親權の效力に限らざるは家族又は親族關係なき者の營む住居ある點に想到せば明かなり而かも家屋に對する所有權の效果とも斷じ得ざるは住居と邸宅との別物なるを考量すれば自から亦明かなりとす且邸宅なくとも例へばテント又は幔幕を張繞らしたる場合にも亦以て住居の成立を否認すべからず、固より所有權其他の行使と戸主權親權の行使との結果住居の成立すること多かるべしと雖も此場合には特に住居權なる獨立の權利を認むる必要なし、或は家主權なる一種の支配關係上生ずる權利と解するものあれども畢竟これ住居なる事實狀態に付したる形容詞に外ならず。元來住居權なるものは憲法上吾人に保障せられたる自由權にして國家に對する

公法上の地位なれども私法上亦之を權利と認むべきか大に疑ひあり。若かず一の重要な法益と見るの妥當なるに。住居權に關聯して考察すべきは比隣の情形なりとす例へば純潔なる住宅の隣家に賣春窟を營むものある爲め其住宅の賃貸價格を著しく低下せしめたる場合の如し、賣春窟の經營は直ちに住宅所有權の侵害と見るは通念に反す而かも之を以て占有妨害と爲すことも亦觀念を過大に擴張するものとす、その必ずしも居住者の名譽又は信用を害するものに非ざるや謂ふまでもなし。

(ハ) 文書又は印影の真正に對する權利ありや。或人の所有に屬し又は其占有中に在る文書に付いて偽造又は變造を爲したる場合、又他人の印類を盜用したる場合等に於ては或は所有權又は占有權の侵害として不法行爲の成立を認め得ざるに非ざるべしと雖も其他の事情の下に於て偽造變造したる場合に付ては固より同一に論ずることを得ず。偽證又は誣告に因りて檢舉されたる者が辯護士を雇入れ其他百方苦心し多額の費用を投じて僅かに偽證又は誣告の事實を認めしめ免訴を得たる場合に於て偽證を爲し又誣告を爲したる者に對し不法行爲を理由として名譽の回復を請求し得るか。一見する所名譽毀損を以て擬し得るが如くなるも既に偽證又は誣告の事實明白となり之れが天下に公表せられたる以上一たび毀損されたりとせらるる名譽は十分に回復せられたる筈なり従て名譽毀損を以て名譽心の毀傷と爲さざる見解に従ふ限り此場合に於て名譽毀損に因る不法行爲は成

立せざるものとす。唯檢舉に因りて一時的毀損せられたる名譽に對しては損害賠償の請求を許すべきものなれども被害者の好んで支出したる費用そのものは必ずしも損害と爲すべからず。

之を要するに以上事例第三はいづれも刑罰法令に依りて反射的に保護せらるゝ法益の主要なるものに對する侵害なれども常に必ずしも權利の侵害と爲すべからず。

以上事例第一乃至第三に掲出したる場合はいづれも主要なる法益なるに拘はらずそれが權利にあらざるの故を以て不法行爲の客體となることを得ず單に刑罰法令其他の法令に依りて僅かに間接の保護が享受せらるゝに過ぎざるものと爲すは到底吾人の法律觀と相容れず。加之、その權利に非すとせらるゝ結果之れが爲め正當防衛行爲をも許さざることゝなり往々にして實際上不條理の論結を生ずることとなるべきなり。固より汎く法益といへば各受益者に付せらるゝ理由に種々あり一概に不法行爲の客體とはなり得ずと雖も若し之を權利と同一の程度に具體化し個別化することを得べきものありとせば法律上亦權利と同様に保護するを以て法の精神を得たる所となすべし。要するに我民法不法行爲の規定を嚴格にのみ適用するに於ては實際上尙ほ幾多の遺憾を感せずんばあらず而して此點は既に識者の夙に齊しく看取せる所なるが故に之れ以上主張する必要なるべしと信ず。

第三節 準不法行爲の論據

第一目 現行法規の沿革

大要上述の如く不法行爲に關する我が民法の規定は到底不十分なるを免れず。果して然らば吾人は如何なる方法に依りて此缺陷を補充すべきか、是れ次で起るべき難問題なりとす。

凡そ法に缺陷ありや否やの問題に付ては、法そのものに對する根本的見解の異なるに依り其解答必ずしも一途に出でざるは人の知る所なり。然れども此點に關する既往の論戰を姑らく度外視し現實に直面するものとせば法の缺陷は已むを得ざる所にして従て之れが補充も亦必要缺くべからざる所とすべし。我が不法行爲に關する法規に付ても亦同様に論ぜざるべからず。而して法の缺陷を補充する方法として援用せらるゝは所謂法の發見 (Rechtsfindung) に外ならずして類推 (Analogie) は其最も重要なるものとす。然れども類推は最後の補充手段にして法律の擴張解釋が許されざるに及んで始めて用ゆべきの非常手段といふの外なし。擴張解釋は尙ほ解釋の一種にして法規適用の常道たるを失はず苟しくも此方法の可能なる限りは未だ法の缺陷を認むべからずとするを通説にして且正解と爲す。されば我が民法不法行爲に關する通則即ち第七百九條に就ても先づ之に擴張解釋の可能なるや否やを試み、その不能なることの確定したる

とき始めて類推に移るを以て順序を得たるものと謂ふべし。

権利の觀念に付ては嘗てドイツ普通法時代に於て意思説と利益説との間に論争あり假に利益説に従ひて権利とは「法律に依りて保護されたる利益」なりと解することゝせば第七百九條の規定は頗る況きに互りて擴張解釋を許すことゝなるべけんも權利々利益説の不當なるは今日餘りに明白にして到底再議を容るざるを奈何せん。我が國判例には稀に利益説に従へる口吻を洩らせるものなきにあらず（大正八年一〇月一四日大審院判決民録二五輯一八一五頁、同一四年一一月二八日大審院民集六七一頁）と雖も其當否疑ふべし（後論參照）。されば若し強ひて権利の觀念に付いて擴張解釋を施さんとせば第七百十條に基き人格權を出發點とするの外なし。人格權に付いては尙ほ後述すべしと雖も假に之を權利と見るの通説に従ふとして身體自由及び名譽の外に果して如何なる人格權を擴張解釋に依りて認めて可なるかは必ずしも定説あるにあらず、例へば氏名權の如きすら之を人格權と認むべからずとする一部の學者あり又營業權に至ては之を自由權の一種として人格權中に屬せしめて可なるか否やは我が國に於て學説及び判例俱に一定せず（有馬氏前掲四八一頁以下參照）更に貞操權、肖像權の如きに至ては我が國通説亦特に之を獨立の人格權とせず名譽權の一種と爲す。信用は或は之を以て財産的名譽權と見る學説及び判例なきにあらず（有馬氏前掲三六四頁以下、同三七〇頁註引用判例、鳩山氏債權各論八

八一頁) 又別に獨立の信用權なるものを認めんとする見解あり(末弘氏債權各論一〇三九頁)と雖もその凡ての意義に於ける信用に付き斯く斷じ去るべきにあらざるべしと信ず。いづれにしても以上述べたる範圍以外に人格權の擴張を爲すことは到底之を望み難かるべく果して然らば第七百十條の擴張解釋全體としても多大の望を繋ぎ得ざるは多言を要せじ。

既に擴張解釋を以て吾人の需要に應じ難きものとせば次で起るべきは第七百九條の類推適用に移るの外なしとす。然るに此點に付ては其前提として相當に研究を要する問題あり。即ち第一に我が第七百九條の規定は沿革上類推を許さざる趣旨なりや否や。由來此種の法規の眞趣に徹底するには立法の沿革をも參照すべきものとす。第二に沿革を離れ法規の明文に徴して果して類推を許さざるや否や。此點は本論の出發點となるが故に次項に於て詳論することゝし茲には沿革に付て蛇足を添ふべし。

近世自然法學派は抽象的に損害賠償責任を説き、一般に過失に因りて他人に損害を加へたるものは之を賠償するの責に任すべきものとしたるが如し (M. Wellspacher, Das Naturrecht und ABGB, Festgabe z. Jahrhundertfeier des ABGB, Teil I. S. 198 ff.) 然れどもドイツ普通法の學說としては斯くの如き概括的原則を認むべきや否やに付き賛否相半ばしたるものゝ如く (Dernburg, Pandekten, 2, § 135 Anm. 2) 稍古き近世民法は寧ろ自然法學派の概括主義に左祖したるに似たれども (普國民法一篇

六章一條一〇條其他、佛國民法一三八二條一三八三條、奧國民法一二九三條乃至一二九五條) 普通法の學說として概括主義は遂に敗北に終れり。スミス債務法は新舊とも概括主義を採れるは全くフランス民法に則れるものと聞く (Oser, Kommentar, zu Art. 41, I.)。ドイツ民法は恐らく普通法の通説たりし限定主義に影響せられしものゝ如く其形式に於ては概括的なれども其内容に於ては寧ろ極めて限定的にして近世諸立法例の傾向に逆行したるの感あり。而してドイツ民法(八二三條)が此點に付てフランス民法に倣はず退いて嚴格なる立法を選びたるは一に之に依りて裁判官の爲め確實なる法律的基礎を作らんが爲めなりとせり (Denkschrift, XXIII, 1. Haftung für eigene Handlungen)。然れどもその餘りに概念の精確を期するに過ぎ却て解釋上幾多の疑義を生じ平地に波瀾を捲くの嫌ありとの非難なきにあらず (Dernburg, a. a. O.; v. Liszt, Deliktsobligationen, S. 6 ff; Wellspacher, a. a. O. S. 190)。同法は人も知る如く通則的不法行爲を大別して三とす、(一)人格權其他の權利を故意又は過失に因りて違法に侵害する場合(八二三條一項)。(二)保護規定に違反し故意に他人の法益を侵害する場合(八二三條二項)。(三)良俗に反し故意に他人の權利(特定の)其他の物件又は財産に損害を加ふる場合(八二六條)是なり。是等の規定に付ては固より解釋上議論少なからず茲には唯極めて其概略を傳ふるに過ぎず。之に由て見るにドイツ民法に於ける不法行爲の被害物體は加害行

爲の異なるに従ひ或は權利に止まることあり或は法益をも包含することあり更に或は包括的の財産をまで包含することあり、殊に第八百二十六條に規定する良俗違反行爲の如きに至ては極めて含蓄的に屈伸性に富むものにして眞に被害者救済の爲めに謀りて忠なるものとす、宜なるかなスキス民法は其改正債務法(四一條二項)に之を採用し且一層適用の範圍を大にしオーストヤ民法も亦同一趣旨を以て不法行爲の原則を改正するに至れり(同法一二九五條一項二項)。

然るに我民法には唯ドイツ民法第八二三條一項に相當する規定を設くるのみにして他に及ぶことなし而かもドイツ民法の立案者の嚮に倣ひてフランス民法に従はず不法行爲の客體を權利に限定したり、蓋し「不法行爲ニ關スル規定ハ之ニ依リテ既ニ存在セル他人ノ權利ヲ保護スルモノナレバ或事業上他人ト競争シテ此等ニ損失ヲ被ラシメタル場合ノ如キ未ダ權利ヲ侵害シタルニ非ザレバ云々……………多數ノ立法例ニ依レバ權利侵害ナルコトヲ以テ特ニ不法行爲ノ原則中ニ明示セズト雖モ其歸スル所ハ權利ト認ムベキモノヲ侵害シタルトキニ限り賠償ノ責任ヲ生ゼシムルモノニシテ既成法典モ亦單ニ損害ヲ加ヘタル事實ノミヲ明示シ其原因事實ヲ明示セザルハ後ニ至リテ疑ヲ生ゼシムル虞ナシトセザルニ因リ本案ハ特ニ權利侵害ノ數字ヲ加ヘ損害ノ原因タル事實ヲ明確ナラシメタリ」といふに在り(民法修正案理由書五一〇頁)。然れども此理由は今にして之を見れば到底

首肯し得ざるは多言を要せず。第一、不法行爲に對する保護を單に權利侵害に限るは權利と法益とを混同するものにして不十分なるべく、第二事業上の競争に依り他人の利益を害することは權利侵害にあらずと假定するも而かも此前提よりして競争は常に不法にあらずとの反對論法は成立することなし、第三各國立法例には權利侵害てふことを明言せざれども歸する所は權利と認むべきものを侵害したるときに限り賠償の責任を生ぜしむといふは獨斷にして採るべからず固よりフランス民法の規定は概括主義なれども解釋上不法行爲の成立要件としては尙ほ權利侵害を必要とする見解(通説)と然らざる見解とあり、我が立案者は恐らく此間の消息に囚はれたるものなるべしと雖も今日の民法の規定に照せば獨斷たるを免れず、第四權利侵害なる數字を加ふるに因り將來の疑義を斷たんとするは一應尤もなれどもドイツ民法が其第八百二十三條一項に於て特に此事を必要とせるは同條二項に於て法益保護の規定を設くる關係上觀念の明確を期したるに外ならず蓋し法益の侵害には故意を要し過失を以て足らずとの見解に立つものにして若し第一項の如く故意と俱に過失に因る侵害を認むるが爲めには被害物體を狭く權利に限るを以て適當と爲したるに外ならず即ち第一項と第二項とを併せ考ふるに於て始めて權利侵害なる文字が面目を發揮することとなるなり。

然れども我が民法第七百九條はドイツ民法(八二三條一項)ス

キス債務法(四一條一項)の如く特に「違法に」widerrechtlich 他人の權利を侵害したることを明示せず(此點はフランス民法一三八二條一三八三條、オーストリア民法一二九五條一項と同じ)單に第五章不法行爲なる標題を置くに止まる。この「違法に」なる制限を附せざりし立法者の意思不明なれども(後述參照)成文の上に立脚するときは我が民法の不法行爲は單に違法即ち法規違反に依る侵害行爲のみに限るべき理由なく更に良俗違反行爲をも包含するものと解するの餘地ありと謂ふべし。蓋し違法といふときは法規違反に限り當然良俗違反を包含せしむるに困難を感ずれども汎く不法といふが故に違法よりは範圍廣しとす、不法は即ち法律上非難さるべきことをいふに外ならず而して法律上非難さるべきことは單に法規違反のみならず例へば權利濫用の如く公序良俗に違反することも亦然るべきが故なり。ドイツ民法第一草案第七百五條には「一般的自由に基き自體正當とする行爲にても若し他人に損害を加へ且善良の風俗に違反して之を爲したるときは亦之を不法と看做す」なる趣旨の規定あり、此規定に付ては學者間大に議論を生じたるも(就中 v. Liszt, Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht. 1889) 要するに良俗違反行爲を指したるに外ならず。我が民法立案者は此規定と法規違反行爲に關する同草案第七百四條の規定とを一括して我が第七百九條の規定を作りたるものと想像し得べく、乃ち我が民法には第七百九條に於て法規違反とも良俗違反とも稱

せず標題に於て汎く不法行爲と謂へるものと考へらる。尙ほ民法が不法なる文字を汎義に使用するは第五百十七條、第七百八條に「不法の原因」といへるに徴しても殆んど疑ひなかるべし蓋し是等の場合に不法といふは明かに第九十條に所謂公序良俗に違反することををも包含すべきが故なり。大審院の判例にも不法行爲に關して權利濫用を認め不法の意義を廣義に解したりと見るべきものあり(註)。

(註) 法律の認許する方法に依らずして私力を以て擅に他人に行爲不行爲を強制するは假令實體法上に於て其行爲不行爲を要求する權利を有する場合と雖も他人の權利を侵害する不法の行爲なりとす(明治三六年五月一五日刑錄九輯七六〇頁)。本件は自力救済の不法に關するものなれども亦權利濫用の一例と爲し得べし。

權利の行使にても法律の認むる適當の範圍内に之を爲す事を要す(中略)權利行使が社會觀念上被害者に於て容認すべからざるものと一般に認めらるゝ程度を越へたるときは權利行使の適當なる範圍に非ざるものとす(大正八年三月三日民錄二五輯三五六頁)。是れ鐵道沿線の松樹を汽車の煤烟に依り枯死せしめたる事件なるが汽車の運轉を權利と見たるは必ずしも正當ならず

第二目 民法第七百九條及び 第七百十條の類推適用

民法第七百九條は類推適用を許さざるか。先づ之を許さずと

する理由を想像して其非を辨じ次いで類推適用を許すべしとする積極的理由を補足すべし、固より粗雑なる私見に過ぎず大方の叱正を仰ぐ所以なり。

類推適用を許さずとする一の理由は當該規定の沿革に在るべし。蓋し此規定は舊民法財産編第三百七十條に「過失又ハ懈怠ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ其賠償ヲ爲ス責ニ任ス、此損害ノ所爲カ有意ニ出テタルトキハ其所爲ハ民事ノ犯罪ヲ成シ無意ニ出テタルトキハ准犯罪ヲ成ス」とありしを前掲修正案理由書に示せる理由に因り之を限定し新に權利侵害なる要件を追加したるものにして形式上現行民法の規定は舊民法の規定に對する例外法規と見るべきものとす、即ち單に有責不法の加害行爲といふを以て汎きに失すと爲し之を權利侵害の場合に特に限定したるものなるが故に權利侵害を伴はざる他の有責不法の加害行爲に類推適用するは全く立法の精神に反すべきに似たり。

然れども現行民法第七百九條を以て舊民法第三百七十條に對する例外規定と見るは正當ならず蓋し舊民法は實施に至らざりしが故に或は修正立案者に對しては原則規定と例外規定との關係ありたらんも成法の上に於ては此關係は之を認むべからず且一步を譲つて之を例外規定とするも例外規定は必ずしも類推適用を絶対に許さざるにあらず、一般に例外規定の類推を許さずといふは唯類推の結果例外規定の本旨を没却して原則規定と同様ならしむることを得ずといふに過ぎず、從て問題は民法第七

百九條が特に權利侵害なる要件を認めたる立法理由を没却せざる程度に於て類推を許す餘地ありや否やといふに歸著すべきのみ。且第七百九條は現行民法不法行爲に關する諸規定に對する關係に於ては當に原則的規定たるの地位を占むるのみならず我が民法には不法行爲に關する例外的規定としては第七百十二條以下の規定あるのみにして他の民法に於けるが如き補充的規定を設けざるが故に他の民法と同様に原則的規定たる第七百九條を嚴格に取扱ふの理由に乏し。

或は曰くかの自然法學派が汎く有責不法の加害行爲を以て不法行爲と爲したるは其精神に於て正當なれども大凡私的法益の保護を期するに當て如何なる方法に依るべきかは全く立法者の自由の權内に屬す、故に加害行爲を犯罪又は警察犯として罰するに依り間接に私益を保護すると又之を不法行爲として被害者に訴權を與へ以て自から私益の保護に當らしむるとは立法の便宜問題にして何等先天的の必要に基くものにあらず。而して我が立法者は有責不法の權利侵害行爲のみを不法行爲として之に民事責任を課したるものなるが故に之を他に類推するは當を得ず。故に我が民法上權利侵害にあらざれば則ち不法行爲にあらずとの反對論法が成立すべきものとすべしと。

然れども此見解は先入主の偏癖を免れず蓋し我が民法の立法者は果して第七百九條に該當せざる場合を以て絶対に不法行爲と爲さず之に對する保護又は救濟を一切他の法律に一任せんと

したるや否やが疑問にして此點を解決すべき何等法典上の根據あることなしと信ず。換言せば第七百九條は有責不法の權利侵害行爲は不法行爲なり故に權利侵害にあらざるものは不法行爲にあらずとの反對論法を立て得るや否やが未決の問題たるなり。願ふに或る有責不法の加害行爲を待つに公益保護の方面より刑事責任を以てすると將た私益保護の爲め民事責任を以てするとは必ずしも互ひに相排斥するものにあらず殊に刑事責任に損害賠償の觀念を伴はず民事責任に刑罰的要素を包含せずと爲す我が國法の下に於ては一層然るべきものと爲す。且不法行爲の制度は契約違反其他特定の義務違反に關する制度に對する關係に於ては補充的法制たるべきものにして況く有責違法の加害行爲に關する民事責任を包容すべく性質上包括的 (Inclusive) なるを立法の精神とす、是れローマ法イギリ法等の沿革に照して一點の疑を容れざる所にして不法行爲の制度は要するに他の責任制度の餘水の集注すべき一大貯溜場たるべきものとす。殊に我が國に於て不正競業に關する特別法制なきことは民法立案者も顧慮したるべき筈なるが故に民法不法行爲の觀念は之を可及的廣義に解釋すべきは立法者の意思にも適合すべき事情あるに於てをや。

或は曰く不法行爲が民事責任を生ぜしむるは恰かも犯罪が刑事責任を生ぜしむることに對應す、損害賠償の責任が被告の財産に對して加へらるべき惡報なることは恰かも刑事責任に於て

刑罰が被告の身上又は財産上に加へらるべき惡報たると同一ならざるべからず、然るに刑法の規定は類推を許さず故に不法行爲の規定も亦之を許さずとせざるべからずと。

然れども刑法の類推適用を許さざるは主として罪刑法定主義に基く、加之刑法にも類推適用を許すべしといふを近來の傾向とするは人の知る所なり。不法行爲に基く損害賠償責任は固より法定の責任にして加害者の財産上に加へらるべき惡報なる點は否むべからずと雖も其趣旨に於ては刑罰と全く異なり唯被害者の救済を目的とするものにして一種衡平の原則に基く結果なりと信ず。乃ち刑法に關する法則を以て不法行爲を律するは謂はれなきものとす。以上は想定的反對論に對する一應の辯明にして専ら形式上の議論に關せり。依て以下實質上より類推適用の許さるべき積極的理由を述ぶることとすべし。

夫れ權利と法益とは觀念上區別さるべきこと前に一言したるが如し。然れども正しき見解に依れば權利は法益の爲めに存する一の手段たるに過ぎず、法律が權利を許與すると法益を保護するとの差異は要するに權利に在ては享益者自からをして法益を實現せしむべき手段を供するに對し法益に在ては享益者に此手段を與へず國家が直接に之を保障するに存す。國家直接に之を保障するとは要するに他人をして法益を尊重すべきを命じ又は之を侵犯するを禁ずるに外ならず。斯くの如き差別を生ずる理由は固より一ならずと雖も就中法益の價値、保護の輕重、

手段の便否などを主要なるものとすべし、然れども法律上保護の終局目的は法益そのものに存すべきは多言を要せずして法益の伴はざる権利の存せざるは全く此理に外ならず。固より當面の権利者に付いて利益の伴はざる権利もなきにはあらず、例へば第三者の有する指定権、判定権又は選擇權の如し、然れども是等の權利とても直接の利害關係人あるは之を看取するに難からず、例へば其第三者が是等の權利を行使せざるときは本則として之を直接の利害關係人に移屬せしむるに見て明かなるべし(四〇九條)。されば權利の保護は到底法益の保護に若かざるものと謂はざるべからず、權利侵害に對する保護のみに止めて法益侵害を顧みざるは權利の本質より見て本末顛倒と評せざるべからず。此非難に對する唯一の辯解は立法者の意思のみ、即ち立法者は保護の手段を自由に決定するの權あり而して立法者が權利を必要としたるが故に權利を與へしのみ、その必要なしと認めたるが故に權利を與へず單なる法益に止めたりといふにあり。然れども若し保護の必要、價值の高下、手段の便否其他の點に於て權利と同等の法益ありとせば如何。立法者は保護の手段を選定するの自由を有すといふも不合理あるを許さず、否許さざるものと解するを法律解釋の本領とす。法律上同一の理由あるものは亦同等に待遇すべきは公平正義の要求にして立法者は合理的に此要求を滿たすものと解せざるべからず。是れ積極的理由の第一とす。

權利侵害といふは其實法益侵害に外ならざるは多言を要せず。例へば所有權の侵害とは權利の目的たる動産又は不動産の滅失又は毀損を來たさしめ乃至權利者の使用收益又は處分を全部又は一部分不能ならしむるに外ならず、蓋し權利は法律上の無形の觀念にして他人の侵犯する餘地なければなり、用益物權又は擔保物權の侵害といふも亦同じ。又身體權の侵害とは身體そのものゝ侵害たり自由權の侵害とは自由なる法益の侵害たり名譽權の侵害も亦名譽の侵害に外ならず、否嚴格にいはず人格權の侵害とは身體自由又は名譽が侵害され又は其虞あるに因り之れが救濟又は防衛の爲めに發生する權利に過ぎずして其客體の侵害され又其虞ある前に發生すと見るは一種の擬制に外ならず。元來不法行爲の被害物體たる權利は性質上排他權たるを其特色とす、或は之を速斷して不法行爲の客體は絶對權に限るといふは未だ中たらずと雖も蓋し遠からざるなり。絶對權は排他權なるが故に常に不法行爲の客體となるべく、債權又は形成權は絶對權にあらずと雖も尙ほ不可侵なるべきが故に此點に於て又排他性あり而して其排他性ある點に於て亦不法行爲の客體となり得るものとす(大正四年三月二〇日民錄三九五頁、同年三月一日刑錄二九五頁。同一〇年一〇月一五日民錄一七八八頁 同一二年四月一四日集二卷二三七頁)。然れども此排他性は元來他人の違法的侵害又は妨害あることを前提として第二的に法益より流出する救濟權に過ぎずして全く後發的權利たるものとす。されば物權の本質は物上支配權たる點に存するものにして排他性は單に其論理的假定

に外ならず、或は物權の排他性を説明して不特定人に對する不作爲(侵害又は妨害せざる)の請求權ありといふも全く一の空想に過ぎず、絶對權は何人にも對抗し得といふも亦同じ。絶對權は何人にも對抗するにあらず唯現に權利の侵害又は妨害を爲しつゝある何人にも對抗し得るに過ぎず every person に對抗するにあらず any person に對抗し得るのみ。他の權利の排他性に付き亦之と異なる所なし。果して然らば法律が權利侵害といふは其源を法益侵害より發するものにして先づ法益の侵害あり然る後に權利の侵害ありとせざるべからず。唯此點に於て注意を要するは權利の目的たる法益は重要性に富み且比較的明確に認識せらるゝに反し權利の目的たらざる法益には爾く重要性なく又明確に認識せられざるものある點なりとす、簡短にいはず權利を伴ふ法益は特定性に富むも權利を伴はざる法益には特定性に富むもの少なしとす。然れども權利を伴はざる法益にも其重要性に於て又其特定性に於て權利を伴ふ法益に劣らざるものあり、或は立法者は之を劣ると認めたるかも知れざれども現代の法律觀及び社會通念に照して劣らずとせらるゝものなきにあらず、例へば特定人の有する祕密、特定人の享有する信用、特定人の主宰する營業の如き是れなり、假に是等を以てかの身體自由又は名譽と比較するに其重要性乃至特定性に於て果して甲乙ありとするか。夫れ然り既に不法行爲の客體たる權利とは救濟權的排他權にして財産權、身分權其他の權利そのものにあらず

るを知り而して此排他權は法益の侵害又は妨害を待て法律が派生せしむるものなることを知れる以上、不法行爲の客體たり得る權利は決して原權(救濟權に對していふ)のみに限定すべきにあらず原權の法益の重要性と特定性とを標準とし苟しくも之れと同等の重要性と特定性とを具備する法益あるときは亦同等の救濟に浴せしむるを以て合理的なりと爲さざるべからず。之を以て積極的理由の第二とす。

侵害せられたる權利を救濟すること、侵害せられたる利益を回復せしむるとは別個の觀念なり。不法行爲に基く請求權は二者いづれを以て其目的と爲すか。顧ふに權利救濟の爲めには他に適當の方法あり、例へば占有訴權其他の物上請求權の如し、我が民法は占有訴權に依り損害賠償をも併せて請求するを得せしむれども是れ便宜規定のみ物上請求權の本質を成すものにあらず、又債權の保全に付ては債權者代位權、詐害行爲取消權あり、その他凡ての權利救濟の爲めには正當防衛權あり此防衛權は元より自衛權にして自救權にあらず然れども齊しく權利侵害を排斥する目的を有し一種の救濟權なること多言を要せず。若し不法行爲に對する救濟が權利救濟の爲ならば其被害物體を權利に限定すること洵に正當なれども同時に之れが爲め不法行爲なるものを認むることは徒らに屋上屋を架することゝなるべし。されば不法行爲に對する救濟は侵害せられたる利益の回復を目的とすと解するの外なし。果して然らば其被害物體を權利

に限定するは正當ならず宜しく之を他の被害物體にも及ぼすべきものとす。更に方面を換へて第七百十條の規定に付いて見るも以上の主張を維持すべき十分の根據ありと信ず。同條に所謂身體自由又は名譽とは果して權利なりや單なる法益に過ぎざるやドイツ民法第八百二十三條一項に於ける同様の字句に關して争あれども法文の構成を異にする我が民法を解釋する上に付き固より參照するの價値なく我が民法上は之を權利と見るべきを通説にして且正解なりとす。尙ほ人格權なる觀念に付ては單一説、総合説及び個別説など見解岐れたれども（有馬氏前掲二八三頁以下參照）予輩は個別説と併せて総合説を採る蓋し身體權自由權又は名譽權なる個別的法益の外に之を總合せる全的人格に付き享有さるゝ特別の法益の存在をも認むべきが爲めなり（同説 Egger, Schweiz. ZGB, Bem. zu Art. 28）。翻て第七百十條（修正案七〇九條）の立法理由を見るに「身體ハ勿論自由名譽ノ如キハ社會ノ進歩ト共ニ最モ貴重ナル生存要件ヲ爲スモノナレハ法律ハ宜シク適當ノ方法ヲ盡シテ之ヲ保護スルコトニ務メサルヘカラサレハナリ」とあり（修正案理由書六一二頁）社會の進歩云々は聊か滑稽なるのみならず「宜シク適當ノ方法ヲ盡シテ之ヲ保護スル」に務むべしとは身體自由名譽を權利として保護すべしといふに在るか或は重要な法益なるが故に權利同等に保護すべしといふに在るか一見了解に苦まじむるものあり、然れども法文の地位及び構成より見てその之を權利として保護

するに在るは今や殆んど争ふの餘地なかるべし。唯立案者が人格權を此三者に限るの趣旨にあらざるは「身體ハ勿論自由名譽ノ如キハ」と稱するに照して明かなるべく、身體自由名譽の如く「社會ノ進歩ト共ニ最モ貴重ナル生存要件ヲ爲スモノ」他に存するときは亦同様に適當の方法を盡して之を保護するに努むべきは沿革上最も民法の精神を得たるものと解せざるべからず。是れ積極的理由の第三となす。

民法第七百九條を一定の要件の下に法益侵害の場合にも類推適用すべしとする理由尙ほ之れであるべしと雖も予輩の見て以て十分と爲すものは以上の如し。而して私見に依れば此類推適用は常に權利類似の法益のみならず更に汎く財産侵害の場合にも及ぼすべきものと爲す、然れども此點は一見類推の程度を超過するの感なきにあらざるが故に後段更に節を更めて論ずることとし茲には念の爲め我が國判例の態度を概觀せんと欲す。

不法行爲の成立要件として權利侵害の事實を要するや否やに付き我が國は下級裁判所より大審院に至るまで未だ確乎たる態度を示すことなし。即ち一方に於ては權利侵害を以て絶対に必要と爲すかと見れば他方に於て具體的事件の特殊事情に依り單なる法益侵害に付ても亦不法行爲の成立を認めたること少からず。例へば大審院は舊き判例に於て公道の共同使用權は公法上の關係より發生したるにもせよ各自の生活上の必須且諸般の權利行使の要件にして各人當然之を有するものなれば私法上に於

ても亦當然之を保護せざるべからずして共用權の侵害は個人の自由の侵害として不法行爲に相當すと判示し（明治三十一年三月三日錄三卷八五頁）たるも東京控訴院判決には「公道通行は個人の自由なれども之れ公法上の關係より來るものにして私法上權利を附與せられたるものに非ざるが故に公道を損壞し通行を妨ぐる妨害物を置く者あるも直に私權侵害ありといふことを得ずと斷するあり（明治四〇年六月二七日最近判例集一卷一二九頁）又大審院自からも不法行爲とは損害の原因たる權利侵害行爲を指稱す故に結果たる損害の自體を權利の侵害なりとして不法行爲と謂ふを得ずと判示するに至れり（明治四四年二月九日民錄一七輯三五頁）。特に營業の自由（所謂營業權）に付いて大審院は前後明白に矛盾せる判決を下だせることあり、即ち先には商品委託販賣の委託を受けたる者を脅迫して其販賣を停止せしめたるときは不法行爲として受託者は勿論委託者に對しても損害賠償の責任ありと判示しつゝ（大正三年四月二三日民錄二〇輯三三六頁）蓄音器音譜の創作營業者が音譜に付き著作権なき以上は假令競業者が無斷に之を複寫販賣し創作者に營業上の損害を蒙らしむるも不法行爲とならずと斷じ複製者に對する損害賠償竝に複寫販賣の差止の請求を否認したることあり（大正七年九月一八日民錄二四輯一七一〇頁）。而かも復た後に至り之と反對に出で競賣法に依る競賣不動産の所有者は競落許可決定に依りて其不動産の賣主となり最高價競買申込人より代金の支拂

を受くべき地位に在り此地位は單純なる希望にあらずして法律に依りて保護せられたる利益なりと謂ふに妨なく従て民法第七百九條に所謂權利とあるに該當するものとすと判示し（大正八年一〇月一四日民錄二五輯一八一五頁）更に最近に及んで一層リベラルなる態度に出で各國不法行爲を認むる態様に第一制限的のもの第二概括的のもの第三前二者を折衷するものあるを指摘したる後「吾民法ノ如キハ其ノ第二類ニ屬スルモノナリ故ニ民法第七百九條ハ故意又ハ過失ニ因リテ法規違反ノ行爲ニ出テ以テ他人ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任スト云フカ如キ廣汎ナル意味ニ外ナラス… 侵害ノ對象ハ所有權、地上權、債權、無體財產權、名譽權等所謂具體的權利ナルコトアルヘク或ハ此ト同一程度ノ嚴密ナル意味ニ於テハ未タ目スルニ權利ヲ以テスヘカラサルモ而モ法律上保護セラレルルノ利益ナルコトアルヘク否詳ク云ハハ吾人ノ法律觀念上其ノ侵害ニ對シ不法行爲ニ基ク救濟ヲ與フルコトヲ必要トスト思惟スルルノ利益ナルコトアルヘシ夫權利ト云フカ如キ名辭ハ其用法ノ精疎廣狹固ヨリ一ナラス各規定ノ本質ニ鑑ミ以テ之ヲ解スルニ非サルヨリハ爭テカ其ノ眞意ニ中ツルヲ得ヘキ云々」と稱し以て湯屋の老舗に對する侵害を不法行爲と爲すに至れり（大正一四年一二月二八日民集六七一頁以下）。

願ふに公路通行又は海面共用の自由の如き憲法に依りて保障せらるゝ臣民の自由權なるものを以て直に私法上の自由權と解

して可なるや否やは各國流風に依りて一定せずイギリス、フランスの如きは之を以て私法上の權利と見て不法行爲の客體と爲すもドイツの如きは學說寧ろ之を私權と認めず。學說としてはドイツの精確なるに若かずと雖も實際生活上如何に之を保護すべきかの點に至ては自から別個の問題にして私見に依れば此種の自由は生存上重要な法益なるが故に寧ろ之を權利に準じて不法行爲の客體と爲すを簡便且妥當の事と信ず、固より公路の障害そのものを以て直ちに私權侵害と爲すべからざるは多言を要せずと雖も公路障害に因り公衆一般が蒙る不便に對し特殊の個人的損害を招きたるときは之を救濟する爲め私權保護請求權を與ふべきものと信ず。而して公路障害の結果蒙れる損害が身體權又は自由權の侵害に外ならざる場合は特に通行自由の法益に對する侵害を云爲するの要なく身體權又は自由權の侵害として原則的不法行爲を成立せしめて可なりと雖も公路障害の爲め迂回を爲し其他の理由に因り不本意なる失費を生じたるが如き場合には通行自由の法益侵害に因る損害として不法行爲を成立せしむるを最も自然の解決法とすべし。此點に於て大審院當初の判決は結果に於て妥當とせざるべからず、唯之に理由を附する方法として共用權が公法關係上のものなれども亦私法上之を保護せざるべからずといふ立言廣きに失し一般の例となすべからざるのみ。

營業權と不法行爲との關係に付ては既に有馬氏の周到なる研

究あり(同氏前掲四八一頁以下)蛇足を添ふる必要なしと雖も前掲大審院判決に付ては多少論すべき點あり。委託販賣營業の妨害そのものが常に不正競業にあらざるは明かにして本件に於ける妨害行爲の不法性は脅迫なる不正手段を弄したる點に求むるを可とすべし蓋し脅迫は即ち民法上自由權の侵害として十分不法行爲を成立せしむべき理由あり特に營業權にまで論及する要あるを見ず又委託者の要償權に付ては其受託者に對して有する委託契約上の債權を侵害せるものとして不法行爲を認むるを正當と信す若し然らずして漫然受託者の營業權が侵害されたる爲め委託者も未收の利益を逸せるに因り要償權ありと爲すは論理の一貫を缺ぐ蓋し營業妨害の不利益は之を營業主體たる受託者に付て論ずることを得れども營業主體にあらざる委託者には本來關聯せしむべからざればなり假に關聯せしむることとするも因果關係に於て缺ぐる嫌あり。蓄音器音譜に關する事件は論理に於て寧ろ間然する所なし唯判決の結果に付て法律感は太だしく不滿を訴ふものあり大審院の態度としては不用意の誹を免れざるべきなり。音譜に著作権なきことよりしては必ずしも他人が無斷に之を僭窃することを可とすべき何等の論理を生せず、我が國には不正競業に對する一般的禁止規定なしと雖も苟しくも競業が良俗に違反し又は公序を紊亂するに至るときは法律觀念上何處にか理由を求めて之を防遏し被害者を救濟するの用意なかるべからず、此點に付き社會觀念上より權利濫用を論

斷したる大審院の他の判例（前掲大正八年三月三日民錄二五輯三五六頁）は注目に値すべし。

次に不動産競賣に關する事件を見るに裁判所は被害物體を以て不動産所有者が競落決定に因り代金の支拂を受くるに至るべき地位と爲し此地位は一種の期待權なるが故に第七百九條に所謂權利に相當すと斷し依て若し賣主に損害を與ふる目的を以て競賣申立の取下を爲すは不法行爲なりと爲すに在れども元來競賣申立人は競落期日までは最高價競買申込人の同意を得て其申立の取下を爲し得るものなるが故に（競賣法二三條）競賣不動産所有者の期待權を認むるとするも之に依りて競賣申立の適法なる取下を妨ぐる理由と爲すに足らず、乃ち本件は寧ろ不動産所有者に損害を加ふる目的を以て特に取下權を濫用したる點に不法行爲の理由を求むるを理論上正當とすべし、余輩は後節に述ぶる如く權利濫用に依る準不法行爲を認むるものにして此種の不法行爲に付ては特に被害物體として特定の權利又は法益の存在を必要とすることなし。然れども裁判所が競落決定に依りて賣主となるべき地位に一種の法益を認め之を私權と看做し以て形式上第七百九條の體裁を害することなく適當の救濟を與へんとしたる苦心は之を估ふに餘りあり且其結果に於ても亦妥當なりと謂はざるべからず。

若し夫れ湯屋の老舗に關する事件の判示に至ては不法行爲に關する法制の大局に高處して其精神を大膽に宣明せんとするも

の其の規模の雄大なる大審院稀に見るものと評するの外なし。枝葉の見解は兎もあれ余輩は其態度に賛せざるを得ざるなり。本件の判決理由に於て注目すべきもの大要下の如し。第一不法行爲の重心を法規違反の點に求め「不法ナル行爲トハ法規ノ命スルトコロ若クハ禁スルトコロニ違反スル行爲」となしたるは大審院としては見地の稍や狭きを惜しむ、余輩は汎く不法といふを解して法規違反と良俗違反とを包含するものとす。第二、本判例は被害權利又は法益を介せず直接の財産侵害行爲としての不法行爲を認めたるに似たり。即ち「此等ノ場合侵害ノ對象ハ賣買ノ目的タル所有權若クハ老舗ソノモノニ非ス得ヘカリシ利益即是ナリ斯ル利益ハ吾人ノ法律觀念上不法行爲ニ基ク損害賠償請求權ヲ認ムルコトニ依リテ之ヲ保護スル必要アルモノナリ」と爲し原審が老舗そのものを以て被害物體と爲したるの誤判を指摘す。詳しくいはゞ「老舗ノ賣買贈與其ノ他ノ取引ノ對象ト爲ルハ言フ俟タサルトコロナルカ故ニ若シ被上告人等ニシテ法規違反ノ行爲ヲ敢テシ以テ上告人先代カ之ヲ他ニ賣却スルコトヲ不能ナラシメ其得ヘカリシ利益ヲ喪失セシメタル事實」を以て侵害行爲の本體と爲すに外ならず。此點は余輩が曩に論明せる所と趣旨を同じくするものにして所謂權利の侵害なるものは結局法益の侵害に外ならず苟しくも加害行爲と利益喪失との間に相當因果關係の認めらるゝ限りは特に其連鎖として權利侵害なる事實を介入せしめずとも一個の不法行爲を成立せしむ

るに何等の不可なしとするものとす。此場合大審院が實體の曖昧なる老舗の觀念を被害物體とすることを避け單刀直入財産上の損失を以て侵害と爲したるは卓見にして、一面に於て從來の通説に反する點が或は議論を招く虞なしとせざると共に他面に於て形式論に囚れず法の精神を伸暢せんとしたる點は貴重的態度とせざるべからず。斯くの如くして不法行爲の觀念は權利侵害行爲より一進して法益侵害行爲を包容し更に一進して特定の權利又は法益の侵害を要素とせず或る制限の下に於て財産侵害行爲をも包容するに至るべきなり。

第三目 類推適用の要件概論

之を要するに第七百九條を以て類推を許さずとし其反對解釋に依り凡べて權利侵害なき所に不法行爲なしと論じ又第七百十條に付き身體自由名譽の外には人格權なしと論ずるは俱に妥當にあらず、兩條とも適當の範圍内に類推すべきものとす。

願ふに民法が權利侵害を以て不法行爲成立要件と爲したるは如何なる理由に基くか。余輩の推測に依れば大要三の理由あるに似たり、其一は因果關係の確立、其二は取引安全の保護、其三は保護の價値判斷即ち是れなり少しく論せん。

刑法は直接に法益を以て被害物體と爲し別に權利の介入を必要とせず之に反し民法に於て常に損害發生の外に被害物體として權利の介入を必要とせるは加害行爲と其結果たる損害發生と

の間に因果關係の確認を必要としたる爲めなり。蓋し我が刑法に於ては損害賠償を取扱はず單に犯罪そのものを罰するに止まるが故に刑法上の因果關係は犯行と被害法益とを結合し得れば足る換言せば犯行と結果とを結合して犯罪事實を構成せしむるを以て足る。之に反して民法不法行爲は損害賠償の問題を生じ而して損害は汎く財産(非財産的損害は姑く論せず)の蒙るものにして固より特定財産の被害を眼中に置くことなし、即ち我が民法上も亦所謂差額説に依るべきは現に第七百十條及び第七百十一條等に於て財産權と財産とを區別し被害物體に付ては財産權と稱し損害に付ては財産上の損害と稱するに徴して疑を容れじ。故に不法行爲に在りて加害行爲と損害との間に因果關係を認めんが爲めには特定の被害物體を介入せしむる必要を感ずる場合極めて多しと爲す、例へば故意に財産上の損害を生ぜしめたりといふは抽象的には想定し得れども具體的に判斷するに當ては故意と損害とを連絡せしむべき或る被害物體を介入せしめ故意に此物體を毀棄したるに因り財産上幾何の損失を生ぜりと爲さざるべからざる如し。要するに不法行爲に在りても犯罪に於けるが如く被害物體を牽聯せしめて考慮するに依り其行爲が始めて特定するものにして行爲が或る程度に特定せざるときは到底損害との間に因果關係を認むることを得ず從て損害の發生を立證し及び其測定をも爲し得ざることとなるべし。然れども以上は大體に於て正當なりといふに止り必ずしも常に然りと

謂ふべからず。問題は加害行爲と損害との間に實際上因果關係を認め得れば足るものにして苟しくも此可能性ある以上は二者の牽聯を謀るに付き權利を標準とするを要せず他の法益にても亦可なるべく否な何等特定の法益を標準に供せずとも不可なかるべきの理なり。例へば倉庫を燒棄するに因りて營業を妨げ以て損害を加ふると老舗を毀損するに因りて營業を妨げ以て損害を與ふるとは前者は物權侵害を介入し後者は單なる事實上の利益を介入するの差異あれども加害行爲と損害との間に因果關係を認むるに付格段の相異を來たすべきにあらず、又前掲事例第三(ハ)に付き行列の前方に割込みて廉買の機會を失はしめたと被害者を押出して行列に割込み以て同様の結果を生せしめたとの間に付ても格段の差異を認め難しと信ず。乃ち要は加害行爲と損害との間に相當因果關係を認め得れば足るものにして其間に權利の介入することの如きは唯多數の場合に於て因果關係の判定に便宜を與ふといふに止まり常に之を必要とするにあらず。唯權利以外の法益例へば老舗又は祕密といふが如きものは其觀念不確定なる爲め之れが侵害の有無及び程度の判定に付き往々困難を來たすの缺點あるのみ然れども此種の困難は權利侵害に就ても亦必ずしも免かるゝことを得ず從て判定の困難は以て正理の適用を除外するの理由とならず。

不法行爲に關する法制に於て一般取引の安全を顧慮すべきこと前に一言せる所の如し。即ち被害物體を豫め確定周知せしめ

ずして卒然之に對する不法行爲を認めて責任を課するは取引の安全を害すること甚だし。是れ法律が被害物體を一定し之を人格權(身體自由名譽)財産權其他の權利に限定したる所以にして洵に一理ありと爲す。尙ほ此點に關聯して考へらるゝは裁判所の審理權にしてドイツ民法等が不法行爲の被害物體及び行爲者の主觀的要件に嚴密なる制限を附したるは裁判官の自由裁量に制限を加へ以て取引安全の保護を確實ならしめんとしたるものとす(前出)。是點も亦十分に首肯すべき道理ありと信ず。然れども仔細に之を看來らんか以上の理由とても決して絶對的のものにあらず。第一同じく權利の中にも一見明確なるものと然らざるものとあり公示方法の設けあるものとなきものとあり他人の身體の如きは一見明瞭なれども身體權とは生命を含むか健康を含まざるか必ずしも明ならず又自由權とは如何なる種類範圍内の自由なるか殊に名譽權の實體に至ては學說上すら既に議論の存する所とす、果して斯くの如くならば單に被害物體を權利に限定したるのみにては未だ必ずしも取引安全の保護に十分なりと謂ふべからず、第三者が債權を侵害する場合と他人の信用又は祕密を害する場合とは俱に充分の審理を経ざれば不法行爲の存否を決定することを得ざるべし。思ふに問題は權利そのものにあらずして寧ろ權利の客體たる法益そのものゝ確定せるや否やに係る、法益は權利と異なり事實上認識せられ易きもの多し、且正當の見解に依れば不法行爲の故意には違法の認識を必

要とせざるが故に此點より見るも特に權利を以て被害物體と爲すの必要なし、加之權利の侵害といふは其實大多數の場合に於て權利の客體たる法益そのものゝ侵害を意味するに外ならざる點に想到せば益す以て權利を被害物體に限定するの必要ならざるを知るべし。又法益の多くは刑罰法令の規定に因りて反射的に保護せらるゝ利益なりとす果して然らば是等の規定に照して一般人も法益の何たるかに付き大體の觀念を有すべき筈なれば(刑法三八條三項參照)假令其利益が權利にあらずとするも之を不法行為の被害物體と爲すに大なる支障なかるべきなり。固より刑罰法令に依りて保護せらるゝ利益と不法行為訴權に依りて救濟せらるゝ利益とは種類範圍を同じくせずと雖もその互に符合するものも亦決して少なからざるなり。之を要するに不法行為の被害物體を法益に類推するに當ては取引の安全を害せざることには注意すれば足ると爲す。

法律が被害者に如何なる救濟を與ふるかは國に依り時代に依り法益の種類に依りて異なるのみならず又權利の種類に依りても同じからず。要は當時に於ける法律觀を基礎とする法益の價値判斷に依りて係るものにして之れが具體的適用は極めて複雑微妙なる因子を含める難問題なりとす。權利は一般に保護に値するものなれども而かも必ずしも完全に保護せらるにあらず例へば債權は當事者間に於ては高度の保護を受くれども第三者との關係に於ては大に然らず、所有權其他の物權にても取引安全

の爲め往々犠牲に供せられたるもの少なからず例へば生命身體自由貞操などの如きは不法行爲が犯罪より分化する以前に於ても嚴重に保護せられたり。現行法上不法行爲と權利との關係に付ては議論の餘地なし。唯法益に付ては不法行爲に關する規定を類推適用するに當り十分に價值判斷を加ふべき必要あり而して是れ取引の自由、權利の濫用、取引上注意の義務等の點を通して行爲の不法性なる問題に歸著す。

以上述べたる三點はいづれも不法行爲の規定を權利以外の法益に類種するに當り顧慮すべきものにして以下少しく具體的に類推の要件を論ぜんと欲す。

第四節 準不法行爲各論

第一目 準不法行爲の種類

余は準不法行爲を大別して二種と爲す。第一法益侵害に依る準不法行爲、第二財産侵害に依る準不法行爲、即ち是也。

法益侵害行爲は特定の個人的法益を以て被害物體となす、乃ち原則的不法行爲の被害物體たる權利が茲に特定法益と替はりたるの外特に差異の認むべきものなし。之に反して財産侵害行爲に在ては原則的不法行爲の如く特定の財産權其他の權利を被害物體とせず不特定の財産を以て被害物體となすが故に少くとも外形に於ては第七百九條の規定と相容れざるに似たり。然れども余は我が民法が不法行爲の要素として特に權利侵害なる一

事を加へたる所以のものは之に依りて加害行爲を特定せしめて之と損害との間に因果關係の確認を容易確實ならしめんとするに外ならずと解するが故に苟しくも此大趣旨にして達成せらるべくんば特に權利侵害なる制限を附するに及ばずと爲す。即ち之を汎く準不法行爲に付いて言はゞ、法益侵害行爲に在りては法益の特定に依りて加害行爲の特定を期することを得べく、財産侵害行爲に在りては加害行爲そのものを特定するに依りて亦十分立法の趣旨に副ひ得べしと信するものなり。唯財産侵害に依る準不法行爲に至ては第七百九條を類推適用するに付き尙ほ二三論定を必要とする前提要件あるが故に、先づ比較的無難なる特定法益の侵害に依る準不法行爲より論述することゝすべし。

斯くして我が民法に於ても權利侵害に依る原則的不法行爲の外、法益侵害及び財産侵害に依る準不法行爲を認むることゝなれば幸に被害者救済の點に付き外國民法と略ぼ同一程度の進歩を見るを得べし(註)。而して斯くの如きは嘗て自然法學派が首唱しフランス民法等が採用したる不法行爲概括論を我が民法上にも實現するに外ならずして唯之を内容に於て三分したるは一方に於て私益保護の目的を達すると共に他方に於て取引の安全を保護せんとするものにして要は不法行爲に關する法則の適用を確實便宜ならしめんとするに過ぎず。

(註) 因みにドイツ民法第八百二十三條二項には他人を保護する

目的を有する法律に違背して損害を加へたる者も同條一項と同じく之れが賠償の責に任ずる旨を定めたり、此規定に付ては解釋最も岐れたれども正當なる見解に依れば本項に規定する不法行爲の客體は權利と法益と財産との三者を俱に包含するものと爲す、從て本項は同法第八百二十六條の良俗違反行爲と客體を同じくすることゝなるも其異なる點は本項が法規違反行爲を取扱へるに在りと爲す。いづれにするも第八百二十三條一項と第八百二十六條とは少くとも權利侵害行爲を包含する點に於て第八百二十三條一項の規定と重複することゝなり損害賠償債權の競合を生ずるものとす。乃ち余の以下考察せんとする準不法行爲とは分類の標準を異にするが故に彼の國の判例は必ずしも引援して參考に供すべきにあらず。