



日本民法起草者における権利侵害要件：  
不法行為法における権利論の地位・序説

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2023-04-18 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 住田, 守道 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.24729/00017952">https://doi.org/10.24729/00017952</a>

# 日本民法起草者における権利侵害要件 —不法行為法における権利論の地位・序説—

住 田 守 道

## 1. 序—不法行為法と権利（侵害）論

日本民法の制定当初より掲げられてきた不法行為の基本的な成立要件に再度注目すると、不法行為法の原型というべきものは、当時の西欧法に比して独自の立場を採用していたことに改めて気付かされる<sup>1</sup>。2004（平成16）年の民法改正法は、「又は法律上保護される利益」の侵害という一文を同条に挿入したが、当初から権利侵害は、損害と共に民法709条に掲げられてきた不可欠の成立要件であった。これに対して、ドイツ民法及びフランス民法は、損害を要件としつつ、必ずしも権利侵害に還元しない構成を採用している<sup>2</sup>。判例法国であるイギリス法は、権利侵害のみでも賠償を認める「権利侵犯」主義に立つとされ<sup>3</sup>、独仏とは違った意味で日本法の出発点における独自性を浮き彫りにする。

では、このような法規定を有することになったのはなぜか。その規定ぶりからドイツ法の草案の影響が「推測」されてきた<sup>4</sup>。この点、明治民法起草者の一人であった穂積陳重（敬称略。以下、同様。）は、法典調査会の議論の中で、民法709条の元となる旧民法（明治23年）の不法行為に関する一般規定（フランス法に淵源を有する民法財産編370条<sup>5</sup>）に関して、次のような認識を示していた<sup>6</sup>。即ち、この規定は権利侵害に言及していないところ、外国法の規定を見ると、漠然とはしているが、いずれの国も「不法ノ権利…ノ侵害」（即ち、不法な「権利侵害」あるいは「権利」への不法な「侵害」）でなければ債権は生じないと理解に帰するようであり、旧民法たる「既成法典モ詰り夫レニハナルコトデアリマセウ」、と、『民法修正案理由書』の説明も似通ったものである<sup>7</sup>。そして、この権利侵害要件の追加については、旧民法から明治民法への重大修正方針を定めた「前三編議会提出理由説明草稿」（穂積自筆）<sup>8</sup>における主要改正7項目に含まれていない<sup>9</sup>。以上からすれば、権利侵害の点において両法典は必ずしも断絶したものとは受け止められていないと解し得るはずである。では、なぜ条文上権利侵害を要求していないにもかかわらず、「既成法典」も「夫レニハナル」という理解ないし予測が成立し得たのだろうか。このような認識は何に由来するのか。

穂積は起草過程においてはイギリス法的な発想の理解に立ち、同じく起草者であった梅謙次郎と対立した。富井の整理によれば、「権利侵犯主義」と「実害主義」の対立となるこの論争は、最終的には損害及び権利侵害が（故意・過失と並んで）成立要件とされて一先ず落

ち着く（解釈論に委ねた部分がある）。ただ、この論争やドイツ法の影響の指摘が、穂積の示したような「既成法典」の理解を浮上させる理由となっているとは言い難く<sup>10</sup>、なお疑問が残る。

この点の研究は、権利侵害を今や不可欠の成立要件としていない日本不法行為法学の現状からすれば、ほぼ関心を惹かないものである。しかし、どのような解釈論的立場に立つにせよ、起草者の思考の正確な理解は研究対象となり得るものであり（解釈論において何を決定打と考えるかは各人各様であるが、それとは別に、起草者の見解に即するのかそれとも反するのか、何を根拠としてどの程度まで即するあるいは反するのかという問いは、自己の見解と判例・学説との距離や妥当性の考察と同様に、常に成立する）、特に「権利」のような基礎的かつ抽象的概念を前にする場合にはその概念定立の際に踏まえられた内容に注意を払う必要がある。かつ、筆者にとっては、そもそも不法行為法は権利論と如何なる関係にあるのか、という理論的関心の下でなされる一連の研究の端緒部分を構成する<sup>11</sup>。本稿では、上記の疑問の解明を目的とし、その理解に必要な限りで外国法学説も参照する。まずは、先行研究に基づき、法典調査会での起草者間の議論の流れと対立を確認することから始めよう。

## 2. 民法起草者の見解

### (1) 小序

以下の検討では、「権利侵犯主義」（イギリス法）と「実害主義」（フランス・ドイツ法）という対立構図が民法起草者より示される。その内容につき、我々にとってスムーズな理解を妨げる点があるとすれば、他の対立構図が思考を遮る可能性がある点にある。成立要件中、権利侵害と損害に焦点を当てるとき、不法行為の基本的な考え方として、①損害のみでよい、②権利侵害のみでよい、③損害と権利侵害の両方を要するとする3つの選択肢が想起され得るが、文脈によっては、そこから2つを対置した議論が展開される。即ち、損害要件の必要性を前提にした上で権利侵害の要否を問う場合がある（①と③の選択—対立軸は権利侵害の有無—）[Aとする]。その一方で、権利侵害を要することを前提に、これに加えて損害も要するか否かという対置（②と③の選択—対立軸は損害の有無—）が考えられる[B]。さらには、残る①と②の選択（損害か権利侵害かの二者択一）もあり得る[C]。順に例を挙げると、旧民法及びフランス民法典の一般不法行為規定と明治民法709条の対比はA、旧民法の規定と「権利侵犯主義」との対比はCを意味する。起草過程が旧民法からの明治民法への修正過程であるとすれば、Aを想起させるはずだが、後述の「権利侵犯主義」と「実損主義」の対比はBである。この点に注意を払いながら考察を進めていこう。

## (2) 起草者間の対立

権利侵害要件は、不法行為法が既存の権利を保護する目的を有しており、その損害賠償義務の範囲を限定するために要求された（逆にこれがないと、「境ヒ」が不明となると説かれた）という点は、法典調査会における穂積の説明に依拠した学説によって良く知られている<sup>12</sup>。既に克明に描かれているように<sup>13</sup>、法典調査会においては起草者間に対立があった<sup>14</sup>。

起草過程では、「権利侵犯主義」（権利侵害のみで賠償責任を肯定するイギリス法型の主義）と「実害主義」（権利侵害のほかに、損害を要するフランス・ドイツ法型の主義）の対立があった。この整理は富井によるものであり（後述の第3回法典調査会委員総会におけるものだが、先行する第7回法典調査会主査委員会にもその痕跡あり）、旧民法における不法行為の節の表題であった「不正ノ損害」の変更を巡り、この対立が現実には顕在化した。起草方針を前者としたのが穂積、後者としたのが梅である（明治26年6月23日第7回法典調査会主査委員会<sup>15</sup>）。この場では、「不正ノ損害」に代わる案として「不正(ノ)所為」・「不法行為」がまず掲げられた。富井が上記2つの主義に言及し、損害賠償義務の発生根拠は、権利侵害かそれとも「権利ヲ侵シ実害ガ伴フ」事が国によって分かれていることを説明し、大陸法系の他の主査委員から「不正ノ損害」の維持が求められたのに対して、穂積は「権利侵犯主義」の立場から見解を示した。しかし、これは「大問題」であって軽々に決定できず、どちらの案にも通ずるように「不正ノ所為」とし、「後デ充分議スル」ことにしていたという経緯があり、穂積の説が起草者を代表するとの誤解を避けるために、梅も自説を展開した（ここでは、「尚ホ研究シテ見タイ」、そして改説する可能性があるもののそれは学者の常であって恥ではないが、これまでの研究によれば穂積説には「服従スル事ハデキナイ」と述べる）。

設例がいくつも提示されたが、対立が顕著になるのは、特に所有権侵害や名誉毀損、選挙権侵害等の事例である。ただし、選挙の投票権侵害事例（投票妨害されたが候補者が当選したというイギリスの事例がモデル）はイギリス法の紹介にとどまる。また、名誉毀損の例では、穂積の立場でも梅の立場でも結論として賠償が認められる（梅は損害を広く解して名誉毀損には必ず実損—有形・無形の損害を指す—があると見るが、穂積は実損—限定して金銭上の損害を指す—が常にあるとは限られないが、その損害如何に関わらず、名誉毀損という権利侵犯に対する法律の保護を要すると主張する）。

これに対して、ある者が他人の所有地に無断で一足踏み込んだという所有権侵害の設例は、実際には訴える者が少ないとはいえ、実害がないために、訴えることができるのは権利侵犯主義のみであり（富井の整理<sup>16</sup>）、対立が一層浮き彫りとなる。穂積は、損害がなくかえって地面が固まって「宜イ」ということもあるが、訴えを許すか否かの標準は権利侵害でなければならぬと説く<sup>17</sup>。梅は、侵入者がまだ残っており、妨害排除に応じない場合は無形損害があるが、知らぬ間に起きて足跡も残っておらず、「見ナカッタカラ不快ハ感ジナイ」とい

う例では、損害がなく、損害がないのに賠償せよというのは「論理ガ立タナイ」（イギリス法では、「一文トカニ文トカ」の請求をするらしいが、これは論理に適わない）と主張する。

ここに両者の基本思考上の相違を垣間見得る。即ち、穂積は他人の土地にある者が1足踏み入れたことを許すと、2足、3足はどうか、あるいは2名、3名はどうかとなる、つまり1人に許すと「遂ニハ千万人ニ及ブデアラウ」、一度実害がないからと言ってこれを許すとその限界が不分明となり、法律が保護しないという理解が成立すると国の法律の力が「全ク萎ヘテ仕舞フ」と主張する。また、実害主義では「法典ハ大變前後矛盾ノモノニ陥ル」とも述べる。穂積の理解によれば、債務不履行は債権の侵害（権利侵害の一種）であって、それにより債務の履行を請求できるものであるが、このことと、不法行為における権利侵犯主義の採用とは体系上「矛盾」しないのに対して、実損主義の採用とは「矛盾」することになる（債務不履行と異なり、権利が侵害されていてもそれだけではサンクションがない）。

以上に対して梅は、上の所有権侵害の例では、訴権を与える必要がない（損害賠償という目的からすれば、損害がないのであれば請求する対象を欠く）、契約を締結するのは自分に利益があるがゆえ、契約不履行の場合では「金銭上ハ徳ガいく様デモ」有形あるいは無形の損害があることは明らかなが、所有権の場合は、権利—法律に依り利益が保護されているもののことを指す一の中に見られる利益は、権利者が何時でも自由に使うことができるものであり、自分で使わない時には自己の利益を害されたとは言えないと主張する。他の文脈では、刑法等の制裁があることにも言及しており<sup>18</sup>、梅の民法制定以後の理解（後述）も合わせて参照するならば、権利侵害があるが損害がない事例には妨害排除や刑事制裁といった法のサンクションが用意されているため、損害賠償を要しないということになる。

この議論は、結局、起草委員に再評議が求められて「未定」となる（この際に1人の委員（元田肇）は起草者が「各々其ノ厚ク学ンダ方ニ偏スル様ナ気味」があると述べている）。

この点につき、富井はどうかと言え、*「他ノ二人ノ起草委員ノ間ニ大衝突ガ生ジタノデ、私ハ其時翼ヲ収メテ中立ヲ守ツテ」*いたのであり、「一定ノ意見ヲ持テ居ル、雑誌ニ書タコトコトモアル」が、「各国ニ於テモ其説ガ分レテ居ル位デアルカラ、尚オ自分モ是レカラ十分研究シテ後、真ノ確定義ニシヤウト云フ考デ何方ニモ賛成シテ居ラス」と言う（明治26年7月4日第3回法典調査会委員総会）<sup>19</sup>。ただし、富井は、前述の第7回主査委員会において、「新法典では……中略……実害主義ヲ取ツテ居ラウト思フ、此大問題<sup>20</sup>ニ就テハ最ウ少シ研究シテ見ナケレバ」ならないと述べた。ここには、法文（案）の客観的解釈と、自己の研究成果としての解釈との間には一定の距離の存在が暗示されているが、幾分実害主義に分があるように見える（富井は一応実害主義を支持したと評する学説<sup>21</sup>がある）。

いずれにせよ、起草者3名の認識はこの点で一致を見ることなく（程度差はあれ、穂積以外は慎重）、民法全体の審議が進行していき、やがて最終的には「不正ノ損害」という表題



は改められる（損害には法律上保護されるものとそうでないものがあるから、直ちに債権が発生するように見える言葉は適当ではないこと等がその理由）と共に、梅による損害の理解が穂積にも採用されて、権利侵害と損害が故意・過失と共に、不法行為の3つの成立要件とされるに至る（明治28年10月2日第119回法典調査会<sup>22</sup>—権利には財産権以外のものを該当すること、債権も含まれること（ただ、債務不履行の特別規定が存在する）等に言及しつつ、金銭上の損害という意味に損害を解していた穂積もここに至ると有形無形のものを含むつもりであるとの説明に転じている—）。

先の所有権の例については、穂積が、物質上の損害は証明できないとはいえ、損害は有形なものに限定されておらず、「所有者ノ感覺ヲ大變害スル」とか、あるいは何人もが通行するようになり「遂ニ境ガナクナッテ損害ヲ被ム恐レガアル」とかの場合を想定しながら（前後の論理が理解し難い点がある）、とにかく不法行為によって提訴できるということだけに「範圍ヲ致シテ置キマスレバ」充分需要に適するのであり、権利侵害それ自体によって訴えることができるかについては「学者ノ議論ニ任セテ置イテ」充分だと言う。このように、解釈論に判断を委ねた上で、他の委員の質疑に対応する形で、一方では総論的考察に係る発言（不法行為は既存の権利を保護する法であって創設するものではない、社会に住む以上「どんな損害も蒙らない」権利は認められず、「権利を侵害されない」権利は認められる等）を、他方では他の設例を用いた各論的考察が重ねられてゆくことになる<sup>23</sup>。なお、不法行為法の目的は、「各人ノ生活ノ範圍ト云フモノヲ互ヒニ制限シテ之ヲ調和シ、各人ノ権利行使ト云フモノハ互ヒニ制限調和スル」という点に見出されている（ただしこれは故意過失の説明中のもの）。

以上、後の解釈に委ねられた点があるが、富井<sup>24</sup>も梅<sup>25</sup>も民法制定後に権利侵犯主義を批判した。梅について言えば、選挙権侵害という個別事例の取扱いにも批判の矛先を向ける。その理由は、不法行為が私権保護の法律である点に見出される。私権保護は、穂積が以前より日本の現状を憂いつつその確立を目指していたものであった<sup>26</sup>。

私権保護の点においては起草者間に反対意見が見られないとしても、上記議論からは、旧民法たる「既成法典モ詰リ夫レニハナルコトデアリマセウ」という一節はなお不明なままである。むしろ、「権利侵犯主義」に対抗する「実害主義」が権利侵害を要することを前提に置いた点にも疑問が深まる。明文上要求されている損害要件を前提として、法文にない権利侵害も必要であるか否かという問いが生ずる方が自然であるのに、なぜ旧民法の規定ぶりから出発することなく、権利侵害を前提とするのだろうか。それは、既成法典に関する起草者理解・予測とどのような関係があるのだろうか。

## (3) 起草者の理解の前提—法典調査会以前、特に富井政章の研究

ボワソナード草案を基礎にした旧民法及びその「修正」により制定された明治民法という日本の近代民法編纂を巡る一連の作業が実施されていた当時、国内では既にヨーロッパ各国で研究をして帰国した者や国内で外国法の研鑽を積んだ者など様々な論者がそれぞれの観点から法を説いていた。民法起草者に着目すると、穂積は『英国普通法言論之序』[初出は1884年]において、「英国私法中最も我が邦に適すべき」ものとして、契約法ほかと共に「私犯法」を挙げていた（ただし法典化されていない）<sup>27</sup>。旧民法の断行派に属した梅は、いわゆる民法典論争では不法行為に関して旧民法の考えを擁護した<sup>28</sup>。その梅と同じくフランス法派ながら、延期派の立場を取った富井は、同論争に先行する時期から損害賠償に関する著作を数多く残していた（それは上述の「雑誌」発言にも現れているが、雑誌に限られない）。既に『契約法講義』（1888年[翌年再版]）<sup>29</sup>や『刑法論綱』（1889年）の中で<sup>30</sup>不法行為に関する若干の記述が見られ、権利侵害については、①『契約外ノ債務』（1888年）、②「損害ノ弁」（1889年—法学協会雑誌に連載）、③『民法論綱 人權之部 上巻』『同・下巻』（1889年）、④『損害賠償法原理』（1891年）<sup>31</sup>において正面から取り上げられ、検討されていた。

富井によれば、損害はその字義を解せない者は存在しないが、損害の完全無欠の定義を下すのは他の法概念（権利・義務・契約・犯罪など）同様に、困難である（満足すべき説明が仏国民法解説書にない）。ただ、唯一争いのない点は、「法律上損害ナル者ヲ組成スルニハ必ズ他人ノ権利ヲ侵犯シタルノ所為アルヲ必要トスルコト是ナリ」と指摘する（上記①83頁、②(1)313頁、③下17-18頁、④34、40、93頁）。

富井の説明を続ける（以下、④83頁以下に代表させつつ、補足的に用いる③の頁数を記す）と、「権利侵犯」は「最も緊要」な損害賠償の要件であり、自己の権利を「実行」して他人の損害を加えても賠償責任はないが、自己の権利を「実行」するにあたり他人の権利を侵害して損害を加えると「背法ノ所為」として賠償義務がある。確かに、「権利の侵犯は多くの場合、金銭的損害をうける」が、それがない場合もある（③上371-372）。以上のように述べて、契約債務違反の例に続き、不法行為における実害のない事例として、投票権侵害、即ち投票を反対派が破却したが当の議員は当選したという設例（③下22）を挙げる—法典調査会でも言及され、当時の英法系の国内著作において散見されたイギリスの事件<sup>32</sup>—。その上で、権利侵害のみで損害賠償請求を認める英国法では、その主眼は権利の裁判上の回復に置かれており、権利尊重主義を貫くのに対し、フランス法は権利保護の本旨を貫かない点で英国法に劣ると評する。ただし、法律の得失当否は別の問題であり、金銭上の実害なき場合においても名義上の損害賠償請求を認めるのは当を得ている法律なのか「惑フ」ところがあるとも言う。金銭上の損害がない場合に、銅貨一枚の賠償を認めたとしても権利を回復したということとはできず、その救済に値するのは、裁判所が権利侵犯事実を認めて原告を勝訴させること

であり、そうであれば「裁判上の宣告をもって純然たる名誉上の救済」の付与で足りるためである（③下28-29）。これに対するフランス法では権利侵害のみでは足りず、その上に損害を要する如くであり、ただ損害は金銭上のものであることを要しないとするので、損害の定義を下せずにいると言う（③下30）。なお、権利とは、「国家の法律を俟って成立する」、「一国の法律に創定保護する利益」を言い、法律上の制裁がない自然法上の権利のことではない。

このように、富井は権利侵犯主義の採用に慎重な態度を示していた。法典調査会でもこの態度は保たれていた所に、上記穂積・梅論争が勃発した。富井の主題の立て方は、法典調査会以前より、権利侵犯を前提に損害も要するか否かというものであった（法典調査会の外では梅もそれを踏襲<sup>33</sup>）。権利侵犯主義の説明に用いられた英国判例は、当時のイギリス法系の邦語文献に挙げて示されている。では、フランス法のこの理解は何に由来するのか。果たして、富井の独創にかかるものであろうか。

### 3. フランス法学との関係

#### (1) 富井の損害・権利侵害論—その発想源

上記で整理した富井の研究をもう一度振り返ろう。1883年にフランスで学位を取得し帰国した富井が執筆した『契約外ノ債務』（上記①）は「仏国民法第三卷第四編（契約外ノ債務）講義」と本文冒頭で銘打たれているように、フランス法の解説書である。明確には示されていないが、この内容はフランス民法の浩瀚な註釈書を後世に残したFrançois Laurent（ベルギー民法草案の起草者であったフランソワ・ローラン）の影響を受けた内容が（以下で確認する点は、彼の文章のほぼ引き写しの箇所さえも）見られる。そして、同一内容の記述が、その後の富井の著作（フランス法解説に限定されない）に転載されていく。

両者の共通性を確認していこう。富井は、権利侵犯が最も緊要な要件であると捉えた上で、それなくして損害が生じたのみでは損害賠償義務は負わないと述べ、次のように「詳説」してゆく。まず、自己の権利を行使して他人の損害を加えてもこれを賠償することはなく、自己の権利行使にあたり、他人の権利を侵害して損害を加えて初めて「背法の所為」となり、賠償義務を生ずるものとする。この記述もLaurentの著作に登場する（ただし、類似のことは他の学説も述べている）が、ここに続く次の2つの例に注目したい。それぞれをA・Bとして、富井の著述 [1]（①94、③上372、④97）と、Laurentの著述 [2]<sup>34</sup>とを対比してみる（以下、旧字を改め、句読点を補った点がある他、下線は筆者による）。

A-1「例ヘバ、余庭内ノ土地ヲ掘ルニ当リ隣地ノ樹木ノ根ヲ切断シタルガ為メ其樹木枯レタリトスベシ。余ニ損害賠償ノ義務アルヤト云フニ決シテ之ナシ。余ハ自己ノ権利ヲ実行シ



タル者ニシテ隣地所有者ノ権利ヲ侵害シタル者ニ非ズ。何トナレバ、隣地ノ所有者ハ余ノ庭内ニ樹木ノ根ヲ蔓延セシムルノ権利ヲ有サザレバナリ。之ニ反シテ余自己ノ権利ヲ実行スルニ当リ、隣家ノ権利ヲ侵犯シ之ヨリシテ損害ヲ生ジタルトキハ之ヲ償ハザルヲ得ズ。是レ他ナシ。各人ノ権利ハ他人ノ権利ニ依テ制限セラレ其制限ヲ超ユルニ於テハ権利ヲ実行スルニ非ズシテ、之ヲ濫用スル者ナレバナリ。」

A-2 「En labourant la terre de mon jardin, je coupe les racines des arbres du jardin voisin, ces arbres périssent. Je cause un dommage ; dois-je le réparer ? Non, car j'ai usé de mon droit en cultivant mon fonds, et je n'ai pas lésé un droit de mon voisin, car celui-ci n'avait pas le droit d'étendre les racines de ses arbres dans mon fonds. Mais si un propriétaire, tout en usant de son droit, lèse le droit de son voisin, il doit réparer le dommage qu'il cause, car le droit de l'un limite le droit de l'autre, et dès qu'on dépasse les limites de son droit, on n'en use pas, on en abuse, et cet abus est un délit ou un quasi-délit quand il en résulte un dommage.」(試訳—私の庭の土地を深く掘って、私が隣人の庭木の根を切断し、この木が枯死する。私は損害を惹起している。私は賠償せねばならないであろうか。いやそうではない、なぜなら、私は私の土地を耕すために私の権利を行使したためである。また、隣人は私の土地にそれらの木の根を延ばす権利を有していなかったために、私は隣人の権利を何ら侵害しなかったのである。しかし、もし権利を行使しながらも、所有権者が隣人の権利を侵害したならば、彼は自らが惹起したその損害を賠償しなければならない。なぜなら、ある者の権利は他の者の権利を限界づけており、その権利の限界を超えると直ちに、権利を行使するのではなく濫用することになり、この濫用は、そこから損害が生じるならば、故意不法行為あるいは過失不法行為である。)

B-1 「假へバ、余ハ自己ノ所有地内ニ於テ建築ヲ為スノ権利ヲ有スト雖モ、工場等ヲ建築スルニ方テハ、必ズ法律ニ従ヒ近隣ノ者ニ不正ノ損害ヲ加ヘザルヲ注意セザル可カラズ。若シ工場ヲ建築シタルガ為メ、新鮮ナル大気ノ流通ヲ妨ゲ其ノ他健康ヲ害スル等ノヲアルニ於テハ私犯賠償ノ責任ヲ免カルヲ得ザルナリ。」

B-2 「J'ai le droit de bâtir sur mon fonds, mais si, en bâtissant une usine, je lèse le droit que mes voisins ont à la pureté de l'air, à la sécurité, je n'use plus de mon droit, j'en abuse, parce que je dépasse les limites du droit; je commets un délit, donc je dois réparation s'il en résulte un dommage.」(試訳—私は私の土地に建物を建てる権利を有している。しかし、もしも工場を建設して、隣人の安全・清澄な空気に対する権利を侵害するならば、私はもはや権利を行使するのではなく、私は権利を濫用している。なぜなら、私は権利の限界を超えているからである。私は故意不法行為を犯し、そのために、もしそこから損害が生じるならば、私は賠償しなければならない。)

以上の事例と説明において2人の著述に意外な一致を確認し得たであろう（この2例の文章が連続する点でも共通する）。上記の富井の記述には引用はないが、別の箇所（無形損害の賠償対象性や、有責性の程度に応じた賠償額の算定の可否を論じる節）では「ローラン」の名を出しており<sup>35</sup>、別の箇所で「仏国学者でわたしの教師ローラン」という一節も確認できる（③下36）。これも傍証となるが、何よりも上記の例が当時の他の文献には見られないことが特定の原典の存在を強く窺わせる<sup>36</sup>。そして、本稿では、賠償責任発生要件として、「己レニ権利ナクシテ他人ノ権利ヲ害シ始メテ損害ヲ加ヘタル」こと（④34）を挙げている点にも注目しておきたい。というのは、この当時に権利侵害を最も前に押し出して不法行為理論を説いたと目されるのがLaurentであり、加害者・被害者間のそれぞれの権利という観点から立ち入った考察が見られるためである。

## （2）Laurentによる不法行為上の権利侵害論

Laurentの見解<sup>37</sup>を、彼の2種の著作（『民法原理』<sup>38</sup>及び『民法基本講義』<sup>39</sup>）を用いて検討する<sup>40</sup>。前者は全33巻にも及ぶ大著であり、その要約版とされる後者は全4巻である。後者に見られる不法行為論中の違法行為・権利侵害に関する内容は以下の通りである。

不法行為の成立にあたっては、加害行為に違法性が必要である。違法とは、（当該事柄を）為すべき権利を有しないこと全てを指す。どのような場合に権利がなくて違法となるのかと言えば、まず①法律違反（刑法及び特別法）が挙げられる—法律遵守は市民の第一義務、その不遵守は社会秩序の基礎を破壊する—。次に、②権利侵害もまたフランス民法典1382条（旧）の意味における違法行為を構成する（ここでいう侵害対象となる権利には、法定のものと合意によるものがあり、損害のみでは権利侵害というには足りない）。権利が存在する以上、他人のその権利の行使を妨害する行為は不法行為とされるべきものである。

では、加害行為が権利行使に該当する場合はどうか。ある古い法諺（un vieil adage）によれば、権利を行使して損害を惹起した者は賠償義務を負わない<sup>41</sup>。しかしこれを絶対的な意味で捉えるならば誤りである。所有権者あるいは国家が権利を行使しつつも第三者に損害を与える場合に、それが第三者の権利を害したならば賠償義務が生ずる。上記法諺は、加害行為が被害者の権利を害しないことを前提としている。他人の権利を害することなく、損害を惹起した場合、それが権利行使によるものならば賠償義務はない<sup>42</sup>。法諺については、加害行為を行った者が、他人の権利を侵害することなく権利を行使したかを検討しなければならず、該当する場合は賠償義務を負わない。

この説明に上記2例（A-2, B-2）が続く。以上の基本的な説明を、より詳しい分析がなされる『民法原理』によって若干補足しておこう。Laurentは、上記の違法性の解説と同一

の説明をした上で、権利侵害がフランス民法典旧1382条の意味での不法行為であるとするその理由として、それは同条の目的が損害賠償訴権の付与を通じた、市民社会における人々の諸権利 (les droits des hommes) の保護にあるためだとし<sup>43</sup>、それ故に、損害の他に、権利が害されることを要する、と説いている<sup>44</sup>。次に、先の「清澄な空気」への権利侵害<sup>45</sup>を論じる箇所については、これが破毀院民事部1857年6月8日判決<sup>46</sup>に関してLaurentが提示した法律構成であることが分かる。ある土地の所有者が隣地との境界付近に貯水池を整備したところ、そこから悪臭が放たれたため、隣人が損害賠償と妨害排除を請求したという事案である。破毀院は、如何なる所有権であっても、他者の所有地を害するようにそれを用いることを所有者に許容できないと判示した。これに対して、Laurentは隣人を単に害するというのみでは足りず、被害者の権利侵害を要すると説き、その際に「人は皆、生存条件たる清澄な空気への権利を有する」としたのであった<sup>47</sup>。日照とは異なり、「清澄な空気」の享受という利益を「権利」と構成する点は、その先の解説を求めたいところだが、これ以上の説明は見られない (なお、むしろ広い捉え方の方が望ましいとする説が後の時代に見られる<sup>48</sup>)。

Laurentは、「権利行使は不法行為責任を負わない」とする法諺が成立するのは、他者の権利侵害のない場合のみであると解し、他人の権利を侵害する権利行使は、その制限を超えて、濫用であると評する。この濫用に至ると、その範囲ではLaurentは権利の存在すら否定する。このような理解は不正競争行為を語る際に示されている。彼によれば、市場における競争も1つの権利 (商工業を営む自由) であり、かつ所有権同様に制限され、上記法諺 (Laurentの理解では限定解釈されたもの) が適用される。この権利も濫用し得るものであり、権利濫用はもはや権利ではない (*l'abus d'un droit n'est plus un droit*)。濫用として権利でなくなるのは不正競争行為 (他人の権利の冒用) を構成する場合である (ただし専門分野ではないとして不正の基準については別の専門書の引用にとどめている)<sup>49</sup>。

Laurentは、彼の手によるベルギーの民法典改正準備草案においても上記の理解を維持している。同準備草案によれば<sup>50</sup>、フランス民法典旧1382条及び1383条 (不法行為の一般規定) に該当する1120条及び1121条の後に続く1122条では、「あらゆる約定のあるいは法定の権利への侵害は違法行為であり、たとえそれが自らの権利の行使であったはずであるとしても、そこから生じた損害を賠償する義務を行為者に負わせる」(第一文)、「他人の権利を侵害することなく、自己の権利を行使して損害を引き起こした者は、それを賠償する義務はない」(第二文)と規定される<sup>51</sup>。同条の解説は上記の繰り返しとなっている (フランス民法典旧1382条の法目的論、違法性論、損害のみならず権利侵害を要する点、上記法諺を権利侵害がない場合に限定する点)。ここでは、権利行使でさえ義務付けられることがあり、我々は決して、他人の権利を害するように (*de manière à léser le droit d'autrui*)、自己の権利は行使し得ない、と説かれる。

所有権論にも類似表現が見られる最後の一文は、不法行為の成否を左右する権利行使と権利侵害の関係にかかわるものである。Laurentによれば、権利侵害がある場合とは、権利行使は権利の制限を超えたもの（＝濫用＝無権利）と評価されていた。19世紀末期の学説には、権利侵害の存在と無権利の加害行為は相互に含み合っており、前者があると同時に、後者があるなどと説明する者がある<sup>52</sup>。これによれば、被害者の権利侵害と加害者の権利の不存在（無権利行為）という2つの要素は、いわば同一事象に向けられた2つの視点であることになる。必ずしも考究されていないようだが、富井が一方で「己レニ権利ナクシテ他人ノ権利ヲ害シ始メテ損害ヲ加ヘタル」と説きつつ、他方で、他人の権利の侵害は権利の「濫用」と述べていた点はここに関わる。これは同時に、後のフランス法学説史において焦眉の問題となる点でもある（後の時代の権利濫用の法理の展開が2要素の関連性に波紋を広げる）。

### （3）19世紀当時のフランス法学と日本国内の状況

以上のLaurentの学説の特色を浮き彫りにする目的の下で、必要最小限の範囲として、当時のフランス法学に簡単に言及しておく<sup>53</sup>。Laurentは1つの学説（Aubry et Rau<sup>54</sup>）のみを引用するにとどめるが、実は19世紀学説は、1804年以来のフランス民法典には、存在しないはずの「権利侵害」への言及が、ある時期からは大勢を占める（当時のフランスの「通説」的な地位との紹介が我が国にもある一岡松<sup>55</sup>、末川<sup>56</sup>）。

即ち、19世紀前半から半ば頃までの学説（最初期と言ってもよい）は、故意不法行為と過失不法行為を民法典の不法行為の部の表題（「Des délits et des quasi-délits」）に合わせて別個に定義づける一方で、両者を合わせて「違法行為」とした上で、権利行使は不法行為ではないと説明するという傾向が見られる<sup>57</sup>。他方で、特に行為の違法性に注目し、その意義について掘り下げた学説<sup>58</sup>によれば、違法性とは（それを為すことを許容する）権利を有することなくある事を行ったことに帰する。適法・違法の識別基準は、ある事を為す権利を有していたか否かである。このように説きながら、行動の自由には他者の権利の享受も保障するという限界があり、その限界を提示する法律が許容するのは、社会及び社会の構成員の権利を侵害しない行為である（民法の対象となるのは後者）と説く。

その後の世代の学説のニュアンスは細部に様々である（一部は権利侵害以外の要素に言及し、被引用判例・学説は一致せず、Fauteとの関係も軌一しないため、権利侵害に限定しないなら、立ち入った検討を要する）が、権利侵害を成立要件とする点は多数説である<sup>59</sup>。このような学説状況の下で、権利侵害が必要であると説き、フランス民法典旧1382条の目的を権利保護に置いて不法行為理論を構築していたのがLaurentであった。その際には、損害要件によせた考察をしていた。

いわゆる民法典論争当時の明治日本社会には、これらのフランス法の知識が、英米法のそ



れと同様に、その翻訳や解説を介して流布していた。不法行為の概説もそこに含まれており、フランス民法の条文にないはずの「権利侵害」に言及する著作がいくつか存在した<sup>60</sup>。それは、フランス法の著作内容を直接伝える翻訳書（ムールロンらに加えて、ローランの翻訳書（雑誌及び書籍）による紹介が複数存在した<sup>61</sup>）が見られるのみならず、当時の日本人による民法解説からもそれは確認し得る<sup>62</sup>。富井の著作はこの中の1つに数えることができる。ただ、富井は、当初から英国法と対比しながら不法行為法の権利侵害要件を解説してみせたこともあり、フランス法学説の視点に完全に忠実というわけではなく、そのような姿勢に出た点に彼の独創性を認めてよいだろう。フランス法では損害要件を前提に、権利侵害要件も必要か否かと問うのに対して、富井の記述では、まずもって権利侵害に問題関心が向けられており、その観点からイギリス法、フランス法の両国を紹介していた。そこでは、権利侵害が先行する形で取り上げられ、さらに損害も要するのかという問いが提出されるという思考手順であった。また、フランス法に忠実と思われる部分に限定しても、差異があるように思われる。Laurentとは違って、「清澄な空気」を求める利益の権利性までを富井が認めているのかと言えば、むしろ意識的に避けているようにも読める（上述した対比文章の下線部分）。その理由は提示されていない。確かなのは、権利概念もまた損害概念と同様に、定義困難だと認識されていたこと<sup>63</sup>、そしてこの当時、富井が提示する権利は、物権・債権のほかに、「身分能力」に関する権利、具体的には「生命自由名誉」と「身分権」を明示していたことである（④36。なお同91では、これに対する金銭外の損害を賠償の対象とすべきことを説いている）。上記利益をこの「生命」権あたりに吸収する理解であったか否かは推測の域を出ない。いずれにせよ、富井のフランス法の理解の発想源は一見して分かるようになっておらず、いくつかの相違もある点で、Laurentへのフォーカスを我が国で意識させない結果を生み出したと思われる。

#### （4）追加的検討

上記の不法行為理論には、おそらく富井の理解を超えて、興趣の尽きない点がある。本稿の主題から外れるが本稿を含む今後の検討課題にかかわるため、一言しておきたい（先述の穂積の不法行為法目的論にも関わる点である）。ここに見られた権利侵害理論は、他者の権利が自己の権利を制限していることを前提に、他者の権利侵害がある場合は、加害者は自らの権利の制限範囲を超えることを意味し、それはもはや権利の行使ではないと判断されるものであった。この整理に基づくならば、上記説明は次の事柄を示すものと思われる。

上記理論を19世紀後半の学説のように捉えるならば、（いずれにも権利がない場合は度外視すると）不法行為対象領域では、権利（droit—道理・正当性の意味も持つ）の所在は究極的にはどちらか一方にしか観念されていない。この点は、後のフランス法では、不法行為の



規定内容を維持したまま（つまり権利侵害は民法典上で要件化されることなく）、不法行為の成立範囲は拡大の一途を辿り（判例における保護法益面及び権利濫用法理に伴う違法行為面での対象の拡大）、必然的に再考を余儀なくされていく。その際には、権利侵害と無権利行為の関係は、権利濫用論の発展と関連性を有しつつ、各論者の理論構築の中で止揚されていく（フォート論及び損害論の中で解消）。フランス法学説で権利侵害要件が後退するのは、この過程を経たものである。実践レベルでは、単に成立要件としては不要に帰する（権利侵害を要しない旧1382条の明文規定に適合的な認定状況に至る）という事に尽きるが、理論上は不法行為法における二当事者間のdroitの所在を巡る分析視角<sup>64</sup>が、別の形に移行していくことを意味すると思われる。要件充足と効果の確認にとどまるのであれば不要なこの理論視角（自他とdroit）は、ここまでの不法行為理論とここから先の不法行為理論の見た目以上の差異を、権利論と不法行為法の関係についても形成する可能性があるように感じられる。この点の追究は別途検討を要する今後の課題とする。

#### 4. おわりに

先行研究によれば、「明治民法起草者は外国民法を20以上は参照したが、主として条文の検討にとどまり、理論や判例にわたって研究する暇はなかった」と言われている<sup>65</sup>。一般的傾向としては正しい面があるだろうが、別の例がないというわけでもない。起草委員を含む当時の一流の法学者は、それぞれ海外で研鑽しており、理論や判例等にまでも精通する法領域もあったと推測される。富井のフランス法の理解はLaurentの著述に由来する部分があり、そのLaurentはフランス民法旧1382条を前提とした解釈論として、他の学説と同様に権利侵害の必要性を説きつつ、その権利侵害が占める地位を突きつめようとした論者であった<sup>66</sup>。この内容は当時の日本に既に流布していた。フランス民法に由来する「既成法典」も「詰り夫レニハナルコトデアリマセウ」と述べられたのは、フランス法学において権利侵害要件が台頭しており、そのことが法典調査会に先行して日本に伝えられていた、そんな時代であった<sup>67</sup>。当時、イギリス法やドイツ法が権利侵害を挙げるという事実は、明治民法の態度決定には影響を与えたにせよ、「既成法典」の理解に対しては周縁の事情であり、その淵源である当のフランス法を内在的に見て権利侵害を援用し得たのである<sup>68</sup>。もっとも、提出する事例は独創的ではなかったが、富井の「権利侵犯」重視姿勢は、当初からの英国法とフランス法の対比による独自性の強いものであった。当時の議論が損害を要求する条文から出発するという発想に立っていなかったのは、この独自性に左右されたものではないだろうか。

## 注

- 1 我妻栄「書評」(同『民法研究VI 債権各論』362、367頁(1969、有斐閣)は、ローマ法から近代法に至るまでの法制を概観するとき、権利侵害のみをもって不法行為の本質とするのは我が国のみであるのは何故かと問いかける末川の権利侵害論に対して「物足りなさ」を感じるとする。
- 2 ドイツ民法典(823条、826条)は権利侵害要件を要しない準則をも併用する多元主義であり(解釈論上は別の理解に出る者もある—末川博『権利侵害と権利濫用』454頁以下(1970、岩波書店)[同『権利侵害論』277頁以下(1944、日本評論新社)]、統一主義のフランス民法典(2016年改正前は1382条、現行1240条[節のタイトルは変更されているが、規定内容は維持されている])は不法行為の成立に権利侵害を要求していない。両者の評価も含めて、クリスティアン・フォン・バル(窪田充見編訳)『ヨーロッパ不法行為法(1)』13-17頁(1998、弘文堂)。
- 3 後述する民法起草過程の議論のほか、F.H.ローソン(小堀憲助、船越隆司、真田芳憲訳)『イギリス法の合理性[再版]』136-139頁(1979、中央大学出版部)、グランビル・ウィリアムズ、B.A.ヘップル(飯塚和之、堀田牧太郎訳)『イギリス不法行為法の基礎』77-85頁(1983、成文堂)参照。
- 4 例えば、平井宜雄『損害賠償法の理論』356頁(1971、東京大学出版会)。推測のより具体的な根拠は、民法710条(709条ではない)審議過程での穂積の発言にある(同364頁注99)。穂積は、ドイツ民法典制定過程の「第一読会」の初条文の末尾に、「生命、身体、名誉、自由ノ侵害モ亦権利侵害トス」という一文があったことを紹介しつつ、財産的損害に限定しないことを明確にするために、当初はドイツ草案の不法行為の規定を「大分書イテ見マシタ」と述べている。なお、平井は、日本法では権利侵害には債権も含む理解に出ていることや故意過失と違法性が対置されていないこと等から、ドイツ法との差異を説く(同『損害賠償法の理論』357頁以下)。
- 5 同条1項は、「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為ス責ニ任ス」と規定される。
- 6 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録五(日本近代立法資料叢書5)』298頁(商事法務研究会、1984)。
- 7 『民法修正案理由書 第1-3編』610頁(1898、八尾新助)[後に、廣中俊雄編『民法修正案(前三編)の理由書』670頁(1987、有斐閣)所収]。「多数ノ立法例ニ依レハ権利侵害ナルコトヲ以テ特ニ不法行為ノ原則中ニ明示セスト雖モ其帰スル所ハ権利ト認ムヘキモノヲ侵害シタルトキニ限り賠償ノ責任ヲ生セシムルモノ」であり、「既成法典モ亦単ニ損害ヲ加ヘタル事実ノミヲ明示シ其原因タル事実ヲ明示セサルハ後ニ至リテ疑ヲ生セシムル虞ナシトセサルニ因リ本案ハ特ニ権利侵害ノ数字ヲ加ヘ」た、という説明がある。
- 8 民法成立過程研究会『明治民法の制定と穂積文書—「法典調査会 穂積陳重博士関係文書」の解説・目録及び資料—』(福島正夫編『穂積陳重立法関係文書の研究』(1989[復刻版]、信山社)所収)128頁以下。
- 9 即ち、①民法典の編別の変更、②賃借権の物権性否定、③用益権の否定、④法人の規定の追加、

⑤時効の体系的位置づけの変更（証拠法上の推定構成から権利取得原因へ）、⑥債権の目的の拡大（金銭の評価可能性のあるものに限定せず）、⑦非財産的損害の賠償の承認である。最後の点は関連性があるが、権利侵害は正面から取り上げられていない。

- 10 現代の学説においては、従来ドイツ法の影響が説かれてきた（比較的最近でも、大河純夫「民法七〇九条「権利侵害」再考」（河内宏ほか編『市民法学の歴史的・思想的展開』（2006、信山社）所収）528頁以下）が、ドイツ法に詳しくなかった富井に対するイギリスおよびフランスの理解を指摘しつつ、権利侵害は当時のヨーロッパ諸国に共通していたと説くもの（瀬川信久「民法709条（不法行為の一般的成立要件）」（広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅲ』（1998、有斐閣）所収）564頁）、あるいは「特に」イギリス法の影響が大きかったと説くもの（前田陽一「不法行為における権利侵害・違法性論の系譜と判例理論の展開に関する覚書」（能見善久、瀬川信久、佐藤岩昭、森田修編『民法学における法と政策』（2007、有斐閣）所収）453頁、石井智弥「ボワソナードの不法行為論—損害論を中心に」茨城大学人文社会科学部紀要. 社会科学論集1号18頁（2017）が見られる。瀬川以外の研究は、「既成法典」でも権利侵害を要求すると考えられ得たのはなぜかという本稿の問題関心を必ずしも共有していないと思われる。
- 11 他国の最近の状況の一端に言及しておく、フランスでは、近年いわゆる基本権に着目した不法行為法における権利論とも云うべきものが活況の兆しを見せる（「民事責任法と基本権」の關係）一方で、権利システム重視の思考が不法行為法システムと矛盾を生じさせることが示唆されている。N. BLANC, Rapport français. Droits subjectifs et responsabilité civile : une histoire sans fin, dans les notions fondamentales de droit civil : regards croisés franco-japonais, LGDJ, 2014, p.201 et s. その概要につき、小柳春一郎「権利と民事責任」法時85巻7号67頁（2013）。権利と不法行為の關係如何は、我が国でも問う価値のある基本的な問題であるが、当初より権利侵害が要件化されたこともあって、権利ありきの議論の傾向があったのではないかと考えている。
- 12 平井・前掲『損害賠償法の理論』356頁以下、前田達明『不法行為帰責論』217頁（1978、創文社）、錦織成史「違法性と過失」（星野英一編集代表『民法講座6 事務管理・不当利得・不法行為』（1985、有斐閣）所収）135頁以下、星野英一「権利侵害」ジュリ882号66頁以下（1987）[同『民法論集第9巻』171頁以下（1999、有斐閣）]、瀬川・前掲「民法709条」562頁。
- 13 富井利安『公害賠償責任の研究』7-8頁（1986、日本評論社）、前田陽一「損害賠償の範囲」（山田卓生編集代表『新・現代損害賠償法講座6 損害と保険』（1998、日本評論社）所収）68頁、櫛比昭人「明治民法「不法行為法」における起草者意思の探求—明治民法709条の思想的背景—」法学政治学論究66号289頁以下（2005）、同「明治民法七〇九条の「過失」と「権利侵害」—明治民法起草過程からの視点—」法学政治学論究72号102頁以下（2007）。
- 14 権利侵害の外国法沿革や起草者間の対立に左右されることなく、起草者の構想を析出するのは、山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望—権利論の視点から—」法学論叢154巻4・5・6号297頁以下（2004）。

- 15 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査會民法主査會議事速記録（日本近代立法資料叢書13）』146頁以下（1988、商事法務研究会）。
- 16 この発言は後述の明治26年7月4日の第3回法典調査会委員総会時のものである。
- 17 他人に肩を打たれたために「肩ノ間ヘガ下ガル」という損害なき人身侵害事例も挙げる。イギリス法では所有権侵害の他に、自分の体に不法に指一本をつけた例でも訴えを認めており、その標準は権利侵害にあると穂積は説明する。
- 18 同日の審議では、刑法があってもなくても民事上は問わないとしていたが、刑法のサンクションがあることにつき、明治28年9月27日第118回法典調査会（民法708条審議）参照（前掲樋比論文が指摘する）。
- 19 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査會民法主査會議事速記録（日本近代立法資料叢書12）』65頁以下（1988、商事法務研究会）。
- 20 ここで問われていたのは、「不正ノ所為」（不法行為）と「不正ノ損害」のいずれが「表題」として適切かという点（上述）であり、権利侵犯主義を採用せずに実害主義を採るならば「不正ノ損害」とすべきというのが富井の見解である。
- 21 前田（陽）・前掲「不法行為における権利侵害・違法性論の系譜と判例理論の展開に関する覚書」451頁。同・前掲「損害賠償の範囲」68頁も参照。
- 22 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査會 民法議事速記録五（日本近代立法資料叢書5）』294頁以下（1984、商事法務研究会）。
- 23 失火のケースにおける損害賠償範囲の問題等も含んでおり、必ずしも権利侵害固有の議論ばかりではないが、近親者死亡事例の外に、書生の「救助」者が傷害を負って「救助」が継続できなくなった事例、ある者の「不徳義」な「軽躁」の行為によって他者が得意先を失ったという事例、水害として義務のない「搔上げ堤」（自分の土地の保護のために設置するが他人の土地をも保護しており、結果的に他人にも利益があった堤防）の破壊の事例が扱われ、損害発生に権利侵害が必ずしも伴うものではないことが伝えられている。なお、石井紫郎「〔法典編纂史余滴〕岩崎ガ火事ヲ出シタラ（その1）～（その2）」ジュリ926号12-13頁・同928号12-13頁（1989）。
- 24 富井政章のものとされる富井博士述『債権各論 完』182頁（1995、信山社〔復刻〕）〔初出：出版年不明、出版社不明〕では、英国のように、他人の所有地に足を一歩踏み入れたという場合に賠償を請求可能とすることは、実務上は「兎戯ニ類スル觀念」だと評する。
- 25 梅謙次郎『民法要義 卷之三 債権編』871頁（1897、和仏法律学校・明法堂）。詳細は、梅謙次郎『民法債権編自第3章至第5章』37頁以下（1906、法政大学）、梅謙次郎、吾孫子勝、田代律講述『民法〔明治29年〕債権 第二章 契約（第四節～第十四節）、第三章 事務管理、第四章 不当利得、第五章 不法行為（和仏法律学校明治36年度講義録）』42頁以下（1997、信山社）。単なる権利侵害（宅地侵入の例）に対しては、妨害行為の「排斥」（侵入している場合）、「禁止」（侵入が繰り返される場合）に加えて「刑法ノの制裁」があるが、損害賠償の原因とはならないと説く。また、民法



は私権保護の法律であるため、公権である選挙権侵害については適用がないという。

- 26 穂積は、初期の論文（「泰西讒謗律の解」（穂積陳遠編『穂積陳重遺文集第一冊』（1932、岩波書店）所収）75頁以下）において、身体自由財産を「権理」として讒謗律を論じ、私犯のサンクションとして「損害の賠償」を説いていた（なお、「権利の感想」（穂積陳遠編『穂積陳重遺文集第二冊』44、46頁（1932、岩波書店）所収）では、私権に「生命、身体、榮譽、財産の権利」や自由権を挙げる）。ただ、当の権利については、士族の権利感のなさを痛感しており（前掲・「権利の感想」46-47頁において「共產主義を奉ずるもの、如く」と言う）、さらには、明治維新後にはこの私権が公事師のような俗人の掌裡に任されていたことについて「冷汗ノ背ヲ浸スヲ覚ヘサルナリ」とも言う（「五大法律學校聯合討論筆記序」（前掲・『穂積陳重遺文集第二冊』）28頁）。そして、権利本位論が義務本位論からの進化であるとし（『遺文集第二冊』43頁）、イェーリングの著名な「権利のための競争」（宇都宮五郎による日本語訳（英訳からの重訳）については、穂積が富井らと共に序文を書いている）を引用し、公法上の権利と共にあるいはそれに先立って私法上の権利を拡張し、日本人に欠けている権利の感想を發揚興起し、社会・国家に対して、権利思想の培養者、権利思想の伝播者、権利思想の保護者となる責任を負うのが法律家であると説いていた（前掲・「権利の感想」49-51頁）。
- 27 『穂積陳重遺文集第一冊』354-355頁（1932、岩波書店）。五十嵐清『人格権法概説』4頁（2003、有斐閣）によると、特に名誉毀損法は「大陸法に比を見ないほど多彩に發達した」。イギリス留学時に穂積が親しんだとされる文献がコモンローの法典化の必要性を論じていた。穂積自身は、イギリス法の「実質」は評価しつつも、法典化されていない点で「形式」面で劣るとする（小柳春一郎「穂積陳重と舊民法」法制史研究31号109頁（1982）参照）。
- 28 梅謙次郎、寺尾亨、粟野愼一郎、加藤高明、本野一鄭、高木豊三、杉村虎一『法典實施意見』27頁以下（1892、明法堂）—「九、民法ハ榮譽、信用ヲモ保護ス」。星野通編『民法典論争資料集〔復刻増補版〕』241頁（2013、日本評論社）。一言すると、ボワソナード草案の考えに基づく理解を批判する延期派に対する反論である。
- 29 富井政章『契約法講義』207-208頁（1889〔再版〕、時習社）に、「契約に関係なき実例だが」と述べながら、後で紹介する英国法の判例（投票権侵害の「名義上の賠償」請求）を紹介する一節がある。
- 30 富井政章『刑法論綱』10頁（1889、岡島宝文館）。刑法の制裁と民法の制裁の發生原因の相違について述べている（「民法上ノ制裁ハ一私人ノ権利ヲ侵犯シタルニ起リ」と説明している）。
- 31 富井政章『契約外ノ債務』（1888、大阪攻法會）、同「損害ノ弁」法協64、65、67号（1889）、同『民法論綱 人權之部 上巻』366頁以下、『民法論綱 人權之部 下巻』16頁以下（1890、岡島実文館）、同『損害賠償法原理』4頁以下（1891、日本同盟法学会）〔復刻：同『損害賠償法原理〔講義〕・完』（1991、信山社）〕。
- 32 Ashby v. White (1703), 2 Ld.Raym.938;92 Eng.Rep.126 [アシュビーVSホワイト事件] をベース



にした設例と考えられる（富井・前掲『民法論綱 人権之部 下巻』24頁では、この判決例は、当局官吏が選挙人の投票を拒んだ（権利侵害あり）ところ、候補者が当選した（損害なし）という事例として紹介している）。これに言及するのは、関直彦〔目次上はブルーム（関直彦訳）〕『英国訴訟法註釈』27頁以下（1886、錦森閣）、奥田義人『英米私犯法論綱』29-30頁（1887、博聞社）、榊原幾久若『私犯法』54頁（1891、出版社不明）、山田喜之助『法学通論』262-263頁（1887、博聞社）、平田謙衛『人権法』407-408頁（1892、東京専門学校）、小沢政許『債権編 不法行為（第五章）・事務管理（第三章）・不當利得（第四章）』17-18頁（1900、日本法律学校）。なお、グランビル・ウィリアムズ、B.A.ヘップル・前掲『イギリス不法行為法の基礎』85頁以下は、この判決は著名だが、誤ったものであると紹介すると共に、現在では制定法によって覆されているとする。

- 33 梅謙次郎『商事会社法講義（和仏法律学校第3期講義録）』193頁（1896、和仏法律学校）。
- 34 後掲のFR. LAURENT, Cours élémentaire de droit civil, t.3, 1881, n° 354.
- 35 富井・前掲『損害賠償法原理』91、102頁。債務不履行論中でも同46頁に引用が見られる。なお、有責性に応じた賠償額については、「過失と賠償との比例」を主張する論者の1人として、我妻栄「損害賠償理論における「具体的衡平主義」」（同『民法研究VI 債権各論』（1969、有斐閣）所収）216頁でもその名を目にすることができる。
- 36 なお、権利侵害があつて損害のない場合は稀有であり、権利侵害があれば大抵の場合は損害がある（①93、③上371・下19）という富井の解説も、当時のフランス法学の不法行為論の中では見受けられないが、所有権論に目を移すと、少なくともLaurentには言及する箇所を確認し得る。FR. LAURENT, Principes de droit civil, t.6, A. Marescq ainé, 1871, nos 137 et s., surtout p.186-187, p.195.
- 37 彼の基本的な特徴は、福井勇二郎編訳『佛蘭西法学の諸相』64頁以下（1943、日本評論社）、松坂佐一「ジェニイの「解釈方法論」を顧みて」民商法雑誌78巻臨増号（1）10頁（1978）〔後に、同『民法解釈の基本問題』358頁（1985、名古屋大学出版会）所収〕参照。前者はGaudement（ゴドウメ）、後者はCharmont（シャルモン）とChausse（シヨッス）による「註釈学派」の人々の個別評価のうち、Laurentの紹介部分である。
- 38 FR. LAURENT, Principes de droit civil, t.20, 3<sup>e</sup> éd., 1878, n° 401 et s.; 4<sup>e</sup> éd., 1887, n° 401 et s.
- 39 FR. LAURENT, Cours élémentaire de droit civil, t.3, 1881, Bruylant-Christophe & C, et Librairie A. Marescq AINE, nos 351-354.
- 40 両著書に見られるLaurentの見解につき、末川・前掲『権利侵害と権利濫用』364頁注10〔同『権利侵害論』同『権利侵害論』147頁注10〕、石井・前掲「ボワソナードの不法行為論—損害論を中心に」12-13頁（いずれも『Principes』を引用）。
- 41 引用はここに見られないが、他の学説は、①権利行使は不法行為責任を負わない旨を示すとされるL.151, De reg.juris〔学説彙纂第50巻第17章第151法文〕（v. H. HULOT, Les cinquante livres du Digeste ou Des Pandectes de l'empereur Justinien, traduit en français, t.7, 1805, chez Behmer et Lamort, C. Rondonneau, 1979, Aalen, p.666、末川・前掲『権利侵害と権利濫用』156頁、柴田光蔵

『ローマ法の基礎知識』90頁以下（1973、有斐閣）や、②ブルターニュ慣習法107条（v. M. P. BELORDEAU, *Les coutumes générales des pays et duché de Bretagne*, 5<sup>e</sup> éd., 1655, Chez P. Garnier, p.162）を引用する（ex. C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*, t.11, 4<sup>e</sup> éd, 1824, Jules Renouard et al., n° 119）。

- 42 逆に、無権利の行為によるならば義務ありとなる。この場合は、損害は不正に（sans droit）に惹起されたことのみにより不法行為となる、と説明される。
- 43 Fr. LAURENT, op.cit. (Principes, t.20), n° 404. 精神的損害の賠償もこの権利保護の趣旨を根拠とする（n° 395）。
- 44 例えば、会社が従業員に対してある商店からの買入れを禁止したとしても、商店は如何なる権利も侵害されておらず、損害賠償請求は認められない。モチーフはベルギーのリエージュ裁判所1856年1月14日判決の事案である（Cour d'appel de Liège, 14 janvier 1856, *Paricrisie ou Recueil général de la jurisprudence des cours de France et de Belgique*, 3<sup>e</sup> série, partie de Belgique, 1856, 2, p.110-111.）。この事案では、復讐の意図が立証されなかった事案だが、Laurentによると、仮にそれが立証されても不法行為とならない。その理由として、不法行為の成否を決するのは加害者の動機ではなく（被害者の）権利侵害であるためである。
- 45 Laurentが取り上げる他の例には、次の権利行使の妨害行為がある（op.cit. (Principes, t.20), n° 406）。①自然子に対する父の認知が、ある者に委任された後、第三者の流言によって妨害され撤回に至った場合（Cour impériale de Bourges, 6 juin 1860, D., 1861,2, p.9）で、自然子には認知される権利があると説く。②遺言作成を妨げた者は、遺言のための権利を侵害し、恩恵を受ける者に損害を与えている（遺言が滅失された場合も同様）。③無遺言相続人の権利は、近親の相続人が遠親の相続人に相続財産を奪われた場合には、その行使が妨げられており、損害賠償請求できる（Cour impérial de Nimes, 7 mars 1853, D., 1854, 2, p.250）。この権利侵害構成の評価は後掲Monateri論文参照。
- 46 D.,1857, 1. p.293.
- 47 FR. LAURENT, op.cit. (Principes, t.20), n° 415. この点につき、op.cit. (Principes, t.6), p.182-183, 195も参照。なお、この権利構成は、Bosc（次述）にも見られる。フランス学会編『フランスの社会科学』296頁〔風早八十二〕（1930、刀江書院）も参照。
- 48 フランス法では権利侵害は広く捉えられ、そこに見られる権利概念は漠然としたものではある（末川・前掲『権利侵害と権利濫用』361-362頁）が、個別の権利を列挙することの方が無意味で危険だという評価をするのは、J. BOSCO, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, thèse, Montpellier, 1901, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, p.161.
- 49 FR. LAURENT, op.cit. (Principes, t.20), n° 494. このテーマについては例えば、大橋麻也「フランスにおける不正競争の概念」比較法学40巻2号92頁以下（2007）。
- 50 FR. LAURENT, *Avant-projet de révision du Code Civil*, t.4, Articles 1050-1429, Typographie

Bruylant-Christophe & compagnie, 1884, p.107 et s.

- 51 この草案の命運については、フランソア・ローラン（小梁吉章訳）「19世紀フランス・ベルギーから見た英米の国際私法」広島法学39巻1号111（逆順120）頁〔訳者解説部分〕（2015）参照（政権が「自由派」から「保守派」に移ったことで改正作業が中止されたのであった）。
- 52 J. WILLEMS, *Essai sur la responsabilité civile, articles 1382-1386 du Code civil*, 1896, Paris, A. Fontemoing, p.43-44 ; E. LEVY, *Responsabilité et Contrat, Rev. crit.*, 1899, p.362 et s. なお、J. BOSCH, *op.cit.*, p.73, p.193 et p.260は、両側面を分けて批判的に考察している。
- 53 立ち入った検討は別の機会に譲る（各著書では、版によって異なる内容が加わったりしており、依拠する判例・他説も様々であり、細かな分析を要する）。ただ、19世紀学説における権利侵害要件の存在は先行研究から十分読み取れる。M. P. G. MONATERI, *Règles et technique de la définition dans le droit des obligations et des contrats en France et en Allemagne : La synecdoque française*, RIDC, I, 1984, p.7 et s. ; L. CADIEU, *Le préjudice d'agrément*, Thèse Poitiers, 1983, n° 282, note 4（ただし後者は権利侵害の視角からのものではない）。邦語文献としては、新関輝夫『フランス不法行為責任の研究』145-150頁（1991、法律文化社）、飛世昭裕「フランス私法学史における「フォウト」概念の成立（1）」北大法学論集41巻5・6号569頁以下（1991）。
- 54 C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t.3, 3<sup>e</sup> éd., 1856, Librairie générale de jurisprudence, p.539-541 ; t.4, 4<sup>e</sup> éd., 1871, p.745-746.
- 55 岡松参太郎『無過失損害賠償責任論』476頁注16（1953、有斐閣）〔初出：同名（1922、京都法学会）〕。権利の概念につき「極メテ寛大ナル解釈」をとっており（特定されていないものも権利であるとして、人格権や自由権を挙げる）。結局は法律によって保護された利益の全部を包含する（法益侵害をもって違法だとする）ものと言う。同508頁以下でもフランス法の理解が検討されている。
- 56 末川・前掲『権利侵害と権利濫用』364頁注10〔同『権利侵害論』147頁注10〕。
- 57 J.de MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au conseil d'état*, t.3, 1807, Garnery, et Laporte, p.189-190 ; 2<sup>e</sup> éd, 1807, p.161; M. DELVINCOURT, *Cours de code civil*, t.3, 1819, Garnery, p.217-218 ; A.M. DEMANTE, *Programme du cours de droit civil français*, t.2, 1831, Alex-Goberlet, nos 875-876 ; M. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation, et de superficie*, t.3, 1824, chez V. Lagier, nos 1481-1485. 害意を持った権利行使については、一定の例外が主張されている。
- 58 M. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t.13, 3<sup>e</sup> éd, 1834, Alex-Goberlet, nos 699 et 708 ; C.-B.-M. TOULLIER, *op.cit.*, nos 119 et s.
- 59 19世紀の学説に限定すれば、A.-M. DEMANTE (PAR E. COLMET DE SANTERRE), *Cours analytique de Code Napoléon*, t.5, 1865, n° 364 bis. II, p.680 ; M.L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligation ou commentaire des titres III, IV, Livre III du Code Napoléon*, t.5, 1857, n° 4 ; F. MOURLON, *Répétitions écrites sur le deuxième examen du code Napoléon contenant l'expose des principes*

généraux, t.2, 6<sup>e</sup> éd, 1866, A. Marescq ainé, n° 1690 ; C. DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon, t.31, Traité des engagements qui se forment sans convention, Des contrats ou de obligations conventionnelles en général, t.8, 1882, A. Lahure, n° 665 ; K.S. ZACHARIÄ, Handbuch des französischen Civilrechts, B.2, 4<sup>e</sup> éd., 1837, § 444 ; V. MARCADE, Cours élémentaire de droit civil français ou explication théorique et pratique du code civil, t.5, 4<sup>e</sup> éd., 1851, Librairie de jurisprudence de cotillon, p.264-267.

- 60 これに対して、ラカンチヌリ（松室至ほか訳）『仏国民法正解契約編 下巻』460-461頁（1889、司法省）は「違法ノ所為」、アコラス（司法省蔵版）『仏国民法提要. 契約篇 下巻』358頁（1884、司法省）は「行為ノ不法」といい、ピコウ『仏国民法釈要』456頁（1879、司法省）は「不適法ノ所為」といい、ウハケット（矢代操訳）『法律私権候補者必携全（佛蘭西民法契約法証拠法及び準契約犯罪準犯罪之部）』211頁（1887、明法堂）も「背法ノ所為」とする。権利侵害を論じる者は、この「違法」性の実質内容を考察したものと位置づけ得る。
- 61 ローラン（山崎恵純訳）『仏国損害賠償法原義』（明治16年、博文社〔復刻版：2008、信山社〕）、ローラン（城数馬訳）『契約ナクシテ生スル義務法』（出版年・出版社不明〔復刻版：2005、信山社〕）〔初出：ローラン「義務法（契約ナクシテ生スル義務法）」中央法学会雑誌38～94号（明治19～21年）〕。これらは上記Principe de droit civil（『民法原理』）の該当部分の翻訳書である。翻訳書の分析は本稿において必要な作業ではないが、①山崎訳（239頁）と②城訳（207頁）につき、先述の「清澄な空気」を求める権利の記述を確認しておこう。すなわち、①「凡ソ人ハ清潔ノ空気ヲ呼吸セザル可ラズ。……中略……是ニ由テ之ヲ観レバ、本訴ニ於テ、悪気毒臭ヲ他所ニ流通セシメタルハ、他人ノ権利ヲ傷ケルノ行為ト謂ハザルヲ得ズ」、②「何人ト雖モ生活ニ必要ナル清潔ノ空気ヲ得ルノ権アリ。……中略……故ニ之ヲ害スベキ悪臭ヲ飛散セシムルハ是即チ一個ノ権利ヲ害スルナリ」。Laurentのほかには、ムールロン（高木豊三訳）『佛国民法覆義 第2帙 第4巻』565頁（1882、司法省）〔「権利ヲ害スルコト」との説明〕、大阪上等裁判所蔵版のベイネー（渋川忠二郎口訳）『佛国民法契約編講義第十四號』31、32、39頁（明治12年、岡島眞七）〔他人の権利を害すべき不正の行為を要するとの説明〕がある。なお、ベイネーについては、G・アペール（村上一博訳）「日本におけるフランス法の影響について」同志社法学40巻2号350頁注17。全体状況につき、K.Goräi, Influence du Code civil français sur le Japon, in Le Code civil 1804-1904, livre du centenaire, t.2, 1904, Société d'études législatives [réimpression : 1969, Librairie Edouard Duchemin], p.785 [ゴライ（伊藤英樹、廣瀬隆司訳）「フランス民法典の日本に及ぼした影響」愛知学院大学論叢法學研究27巻3・4号110頁（1984）] 参照。
- 62 例えば、中江成蹊『七法原理』139頁（1889、尚書堂）、織田万『民法要論』75頁（1895、東京専門学校）、飯塚茂太郎『民法財産編第二部』466、479頁（1895、専修大学）参照。団野新之（梅謙次郎、鳩山和夫校閲）『損害賠償論』81頁以下（1895、明法堂）は、「ローラン」の損害論を紹介する（同書では随所にローランの名が見られる）。

- 63 この当時はdroitsやactionsなどの基礎的な概念が不明確だったことにつき、v. Fr. GENY, La technique législative dans la codification civile moderne, in Le Code civil 1804-1904, livre du centenaire, t.2, 1904, Société d'études législatives [réimpression, 1969, Librairie Edouard Duchemin], p.1016.
- 64 権利の所在という視点のみならず、他者の存在を前置し自他の関係を意識して対象を捉える社会的視点でもって、素材を分析するという物の見方が提示されている。これは、他面では、現在の一般的な権利概念から脱落しているとされる点でもある（他者の存在の視点は、Droitの前提に置かれながら、今日のフランスに見られる「主観的権利」・「客観的法」の定義から脱落していると説くのは、M. OUDIN, Les conflits de droits subjectifs, RRJ, 2007-1, p.67）。
- 65 福島正夫「明治民法典における損害賠償諸規定の形成」（川島武宜編集代表『損害賠償責任の研究上』（1957、有斐閣）所収）32頁。
- 66 もっとも、Laurentはこのように全てを権利侵害のカテゴリーで捉えようとするが、フランスの判例は、「権利侵害」に固執していなかった。当時の議論を振り返って、Laurent理論による新たな「権利」カテゴリーとそれによる侵害の説明は、「奇妙」という評価が後の時代に下される（v. M. P. G. MONATERI, op.cit., p.12-13）。
- 67 民法709条に関する法典調査会での参照条文リストから、ベルギー草案1122条（権利侵害が登場するのはこの条文）は脱落している（同1120条及び1121条のみが列挙されている）。これが何らかのミスでないとすれば、権利侵害要件を掲げない法制においても権利侵害が要求されるはずだと説く根拠は、ベルギー草案にあるのではなく、フランス民法旧1382条の解釈論の展開に見いだされるであろう。
- 68 もっとも、Laurentの『民法基本講義』の不法行為論部分のみに限定すると見落とし易いが、F. LAURENT, op.cit. (Principes, t.20), n° 412に見られるように、実はLaurentにおいても、権利侵害のないケースで責任が肯定される例が挙げられている（訴権の濫用事例）。