

# 第1章 序 論

## 1. 民法の意義

### 1－1 形式的意義の民法と実質的意義の民法

民法とは、形式的には「民法」という名前の法典のことをいう。これを形式的意義の民法といふ。法律はすべて社会関係を一定の目的に従って規律するものであるから、実質的に民法という法律が何を規律しているかを明らかにする必要がある。この点、民法は私人と私人（市民）との間の基本的なかつ一般的な生活関係を規律しているといえる。それゆえ実質的意義における民法は「私法の一般法である」といわれている。民法は、市民の日常生活上の法律関係を規律している法律であるが、その規律する生活関係を大きく、財産関係の法律問題と家族関係（親族・相続関係）のそれに分けている。前者を財産法、後者を家族法と呼んでいる。

「私法の一般法である」という定義から、私法と区別される公法との関係、同じく一般法と区別される特別法との関係が明らかにされなければならない。

さらに民法は、市民生活上の権利義務の帰属を実体的に明らかにする、いわゆる実体法であるから、手続法との関係も明らかにされなければならない。

### 1－2 公法と私法

われわれの生活関係は、公法関係と私法関係に大別される。公法は、国家・地方自治体のような公権力と国民・住民との関係を規律する法規範体系である。これに対して私法は市民と市民との間の生活関係を規律する法規範体系であり、民法はこの私法の中心をなす法律のごある。

公法と私法との区別が、明確に意識されるようになったのは、市民革命後、資本主義経済が発展して、国家と市民社会とが理念上区別され、国家は市民社会上の外側にあって市民社会の秩序を公的権力の行使によって維持すべきものと觀念されるようになったからである。すなわち、公権力の行使主体たる国家に関する法律と私的権利の行使主体たる市民と市民の関係を規律する法律とが各々公法・私法として概念上分離されたのである。私法関係は個人と個人が平等の立場で自由に形成し合うべきもので（私的自治の原則）、自由と平等の原理によって規律されるべきものである。公法関係は、国家・公共団体の内部的組織相互間やそれらとそれに属する国民・住民との関係は上下的・権力的関係であるから、命令・下達ないし支配・服従の強制的原理によって規律されるべきものである。このように規律する生活関係の質の違いと規律原理の相異とから、公法と私法とは分離・区別されてきたのである。

しかるに資本主義経済の高度の発展は、その矛盾と欠陥をあらわにしはじめ、その是正のため国家の市民生活上への介入・干渉が増大するようになり、社会法（社会保障法や労働法）・経済法の制定を促し、他面では、私的自治の原則は広範な制限を受けて、「私法の公法化」といわれる現象を示すようになっている。しかも、国や公共団体も市民と同様の立場で財産を所有し、契約を締結し、公権力の行使にあたって公務員が他人に損害を与えるれば損害賠償責任を負わされる（国家賠償法）など、私法的原理が公法関係に浸透してくるようになって、両者の区別はかつて程明確ではなくなっている（私法と公法との交錯領域の増大）。とはいへ公法と私法とを区別することは今日なお必要であり、憲法、刑法、地方自治法その他の行政法規群は

公法であり、民法、商法、借地借家法、利息制限法、手形法、小切手法などは、私法に属しているのである。

### 1－3 一般法と特別法

民法は私法の一般法として、市民の一般的な生活すなわち、一般的な財産の取引関係と家族関係を規律している。かつ、財貨の取引には、営利追及の目的をもって大量的、反覆的、定型的な取引を行う商人的取引があり、商品取引を専らにする商人を一般の市民と区別して規律することが望ましいとして商法が制定されている。民法が対象としている市民の個性的取引に対して商人の取引は没個性的で、継続的、計画的に営利を追及する必要から企業組織（会社制度）を生み出すようになった。商法は、商取引および企業の活動と組織とを合理的に規律するもので、民法の一般法に対して特別法と呼ばれ「特別法は一般法を破る」の原則から、商取引や企業活動に対しては商法が優先的に適用される。商法に規定がない場合にはじめて民法が適用される（商法1条）。同様に、市民一般に対して地主・家主と借地・借家人という関係を規律するために借地法借家法があり、やはり民法の特別法を構成しているし、商法分野では、手形法、小切手法、有限会社法などは商事特別法を構成しているので、商法は商事法としては、一般法である。つまり、一般法・特別法の関係は相対的なものであるということである。民法も商法もそしてそれらの特別法も資本主義的な市民生活を一般的か特殊のかの違いはあれ、根本的には同質的な性質をもっているということを忘れてはならない。

### 1－4 実体法と手続法

民法は実体法として手続法たる民事訴訟法と区別される。近代法は訴訟以前的に権利義務の存否の関係を定めて裁判の基準とする法の存在を認めている。これが実体法である。これに対してもいかなる時期にいかなる方法によって権利義務の存在を確認し、いかなるやり方で権利内容を実現するかの手続を定めたものが民事訴訟法である。近代法は実体法としての民法・商法と手続法としての訴訟法とを分離し峻別したのである。民事訴訟法は刑事訴訟法とともに訴訟法として公法に属する（国家機関としての裁判所の活動を規律している）が、その内容は多分に私法的であり（原告・被告が対等・平等の立場で対立する）、「民事法」と広く呼ぶときには、民法・商法と並んで民事訴訟法を含めるのが普通である。その意味では、民事訴訟法は公法的でもあり、私法的でもあるといえる。

## 2. 法源の意義

法とは紛争を解決するために裁判官が拠りどころとすべき基準（裁判規範）であるから、「法源」とは、その基準の源泉を意味する。「法の存在形式」ともいわれる。近代国家は法治国家であるから、法源についても国家規範によって定められなければならない。法源は単一のものではなく、複数の種類があるので、その種類と相互の序列とが定められている。この点では憲法は、裁判官が「憲法及び法律にのみ拘束される」旨を規定しており（憲76条3項）、憲法は「国の最高法規」であるから（憲98条1項）、憲法に根拠づけられた規範だけが裁判官を拘束する法である。このようにして民法の法源は、まずもって民法典始めその他の国家制定法であり、ついで制定法である法例二条によって、慣習も一定の要件のもとに法源となる。これを

慣習法という。制定法と慣習法のほか「判例」、「条理」、「契約規範」、「学説」なども法源性を有するか否かについては問題のあるところである。

## 2－1 制定法

制定法が法源であることは疑いない。制定法相互の関係については、次のような原則が認められている。①上位の法は下位の法に優先する。②特別法は一般法に優先する。③後法は前法を破る。各々の制定法について述べれば、次の通りである。

- (1) 法律 制定法のうち最も重要な法形式であり、国会によって制定される（憲41条、59条）。民法典及びその他の民事特別法がある。
- (2) 条約 条約は国家間の関係を規律する国際法の一形式であるが、国内的拘束力がある。条約はその内容がそのまま実施可能な場合、そのための法律の制定を経なくても公布だけで国内で実施されうるとされている。
- (3) 命令 命令は法律の下位に位置する下位規範である。命令には、法律の委任によるもの（委任命令）と、法律を実施するために必要なもの（執行命令）（憲73条6号）とがある。命令は、法律の委任がなければ、罰則を設けることができない（憲73条6号但書）し、義務を課したまは権利を制限する規定を設けることもできない（内閣11条）。
- (4) 条例 条例は地方公共団体によって制定されるものである（憲94条）。条例は法令に違反しない限りにおいて有効である（地方自治法14条1項）。地方議会の決議によるものであるから、行政機関の発する命令よりも法律に近い。
- (5) 行政官の訓令・通達 これは行政官の内部規範にすぎず、国民を拘束するものではないから、民法の法源とはいえない。しかし実務上は重要な役割を果たす。

## 2－2 慣習法

法例2条は、「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セザル慣習」であって、①「法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ」及び②「法令ニ規定ナキ事項ニ関スルモノ」に限って、「法律ト同一ノ効力ヲ有ス」と規定している。①の例としては、217条、219条、228条、236条、263条、294条、268条、269条、278条、279条などがあり、②の例としては、流水利用権（流木権）、温泉権などがあげられる。譲渡担保権もこれに含めてよいかもしれない。

以上のように「慣習」も明確に法源性が認められる。法として認められる「慣習」を慣習法という。裁判所は「慣習」法を制定法と同一の効力を持つもの、すなわち法律と同一に扱わなければならない。すなわち訴訟当事者の主張・立証を待たずに適用しなければならない。それゆえ92条によって認められる慣習とは異なる。92条の慣習は、当事者がそれによる意思ありと認められる場合に法律行為の内容となり、任意法規に優先して当事者を拘束するが、それはあくまでも法律行為が私的自治の原則の認められる範囲において当事者を拘束するにすぎない。92条の慣習を法例2条の慣習法と区別して「事実たる慣習」と呼ぶことがあるが、訴訟当事者がその存在と合意内容化（それによる意思の存在）を主張・立証しなければならないという意味において慣習法と区別すること自体は妥当であろう（川島、総則24頁、四宮、総則、7頁）

## 2－3 条理

明治8年太政官布告第103号裁判事務心得第3条は、「民事裁判ニ於テハ成文アルモノハ成文ニ依リ成文ナキトキハ慣習ニ依リ成文慣習共ニ存セザルトキハ条理ヲ推考シテ裁判スベシ」と規定していた。この法律は現在なお制定法規として効力を有している。制定法規も慣習法も欠缺している場合でも裁判官は裁判を拒むことができない建前になっている以上、裁判官の裁判基準として「条理」が最後の拠りどころとなることは否定できない。それゆえ条理は法源となるといえる。ただし、条理はそのままの形では法命題化されていない。裁判官が具体的事件の解決の場で具体化する。条理とは、常識的には「物の道理」「物事の筋道」であるが、法学的には、「実定法体系の基礎となっている基本的な価値体系」である（川島、総則25頁）。イスラム法第一条が、成文法・慣習法も存在しないときは「裁判官は、自分が立法者ならば法規として設定したであろうところに従って裁判すべきである」旨を規定しているが、これは条理による裁判を明文化しているもので、わが国においても参考とされるべきである。

## 2－4 判例

判例という用語には大きく分けて二つの意味がある。一つは、紛争内容を構成している生活事実に対する裁判所の行う決定を判決といい、この判決の集積を判例と呼ぶことがある。二つは、後の裁判(所)を拘束しうる先例たる裁判を判例という。

法源としての判例を問題とするときには、先例たる裁判としての判例である。法源は裁判官の裁判の一般的基準となるものだからである。すなわち裁判官は「同種の事件」が発生したら先の裁判の中に発見される判例に従わなければならない。これを「先例拘束性の原則」(doctrine of precedent、stare decisis) という。この原則が認められないかぎり判例に法源性は認められない。英米法は不文法主義で判例法主義であるから、この先例拘束性の原則は理論上何らの障害もなく認められる。大陸法系たるわが国は成文法主義をとり、第一次的法源を制定法に求めているから、制定法・慣習法を適用して、個別的・具体的な事件に対する決定（事件に含まれている紛争を合理的に解決するための法的判断）にすぎない裁判になぜ先例拘束性の原則が妥当するのかは検討を要する問題である。制定法（以下慣習法を含む）は一般的事案を想定して規定されているから、個別的・具体的な事件に対する個別具体的判断決定を用意しているとはいえない。裁判官は法を解釈して裁判をし、その裁判によって当該事件に対する解決を通じて具体的な規範が創造される。つまり裁判所は多かれ少なかれ裁判を通じて法を創造しているのである。それゆえ判例拘束性の原則は、根本的には近代社会における裁判の機能と構造に基づけられる。同じような事件は同じように解決されなければならないという社会的一般的要請が国家の紛争解決機関たる裁判所の裁判に先例拘束性の原則を付与するのであると考えるべきである。わが国は、法令の解釈・適用の統一性を図る観点から、明文をもって一定の裁判所、特に上告裁判所の裁判に後の裁判に対する拘束力を持つように定めている（裁判所法10条3号、旧民訴406条ノ2、旧民訴規則58条）（石田穣、総則26頁、四宮、総則9頁）。しかし、明文による法的サンクションがなくても、確定した判決（たとえそれが下級裁判所のものであっても）には後の裁判を拘束する力を認めるべきである。なお平成10年1月より施行された民事訴訟法318条1項（新民訴法という。平成8年法109号）は、法律上はじめて「判例」という概念を規定するに至ったことは注目すべきである。

このように判例に先例としての拘束力（binding force）を認めるとして、公表された判決

文のいかなる部分が拘束力を有するのであろうか。判決文の全てでないことは明らかである。裁判は一定の事実に対する判断であるから、判断の対象とされた一定の事実に対する判断理由（判決理由）が後の裁判を拘束する。「判決理由」と称するものの中には、当該事案の解決に不必要的裁判官の意見表明（傍論 *obiter dictum* と呼ばれる）をも含むことが多いので、具体的な事案の解決に必要不可欠な裁判官の判断理由（真の判決理由 *ratio decidendi* ということがある）を発見するように努めなければならない。この意味において判例研究は法学研究にとって極めて重要である。

現在の判例はかなりの数にのぼっており、判例を知らずして法の内容を知ることは不可能になっている。特に法の欠缺している分野ではなおさらである。例えば入会権や温泉権をめぐる問題、立木の明認方法の効力、内縁・婚約や譲渡担保の法律問題などみな判例によって規律されていることに注目してほしい（根抵当権や仮登記担保権は最初は判例によって認められ、後に立法化されたものである。譲渡担保もいずれは立法化されるであろう）。

## 2－5 学説

学説はそれ自体としては法源ではない。ローマ時代には著名な学者の学説が法源として扱われたことがある。ユスチニアヌスのローマ法大全（*corpus juris civilis*）の中の学説集成（*Digesta*）がそれである。近代国家ではそれは認められていない。ただ学説は、時に裁判官によって条理の一部として現実の裁判に採用されることはあろう。また学説は「裁判批判」を通じて裁判を間接にコントロールすることはあろう。広津和郎「松川裁判」中公文庫（1976年）が、松川裁判第2審判決を批判して、死刑を宣告された被告ら全員の無罪をかちとったことを忘れてはならない。

## 2－6 法律行為規範特に約款

法律行為特に契約は、強行規定に反しないかぎり（91条）、当事者の関係を規律する規範を作る。私法関係における当事者の自由な法形成を認めるのが私的自治の原則であるから、裁判官が裁判をする際に当事者の契約上の規範を基準として判断することはいうまでもない。法源の意義を単に裁判官が準拠する基準とのみ定義すれば、契約規範も法源と解しうる。しかし、「法」源というかぎり、当事者のみを拘束するにすぎない規範は法ということはできず、やはりそれは「一般的基準」でなければならないと思う。その規範が当事者以外の者にも及んで裁判の基準となることが必要である。それゆえ法律行為規範、契約規範は法源とはいえない。ところが普通取引約款というものが近時広く利用されるようになった。銀行や企業が定型的な契約条項を詳細に規定した印刷物をもって取引約款として相手方特に利用者・消費者に押しつけ、よって、企業側の有利な契約条件で契約を締結するやり方である（フランスの大法学者、サレイユ（1855-1912）は、このような契約の締結を指して「附合契約」と呼んだ。）。約款の内容は取引担当者によって訂正されないので、消費者はそれに従わざるを得ない。その結果、一当事者のみならず広く消費者一般に同一内容の約款が拘束力を持つかのように見える。その意味で、約款は法律に近くなるので、これを法源とする学説もある。しかし約款はあくまでも合意によって効力を有し、逆に合意に基づけられない約款は当事者をも拘束しないのであって、契約規範である限り法源とはいえない。合意・契約規範は民法91条によって当事者のみを規律し、当事者のみを拘束する規範にすぎず、法源とはいえない。

### 3. 民法の立法過程

#### 3-1 旧民法・明治民法の立法過程

徳川幕府体制を倒した（1868年）明治政府は、封建体制を打破して中央集権的な立憲国家体制を確立するために明治初年から各種の近代法典の作成制定に乗り出した。ことに、それは、徳川幕府が結んだ安政の条約がわが国が一方的に外国人裁判権と関税自主権とを放棄した不平等で屈辱的なものであったため、これを廃棄して対等同格の地位を回復するためには、近代的な法典を編纂して「文明國たるの実を示すこと」が不可欠だったからである。明治3年太政官（明治維新から明治18年内閣制度が設けられるまでの最高中央官署、明治4年から長官は太政大臣と呼ばれた。太政官が発した法形式を太政官布告という）に制度取調局を設け、長官（司法卿）の江藤新平は、箕作麟祥にフランス民法典（1804年公布、ナポレオン民法と呼ばれる）の翻訳を命じ、それをそのまま日本民法典にしても構わないと考えたらしく「誤訳もまた防げず、ただ速訳せよ」と命じた伝説が伝わっているほどである。しかし、一国の近代法典の基礎になる民法典が一朝一夕に成るものではないことがわかり、箕作の進言で、元パリ大学教授のボアソナード（Boisonade）を明治6年に招聘して司法省法学校で法学教育を行わせ、明治12年に民法典の起草を委嘱した。

当初ボアソナード自身が「5年もあれば十分」だと思っていた民法典草案は、その倍の年月を要して完成し、明治23年3月に、ボアソナード起草の部分（財産編、財産取得編〔相続部分を除く〕、債権担保編、証拠編）が、同年10月に日本人委員（熊野敏三、磯野四郎、井上正一ら）の起草の部分（人事編〔家族関係〕、財産取得編中の相続部分〔包括名義取得法〕）が元老院の審議を通過し、枢密院の諮詢を経て公布され、ともに26年1月1日から施行されることになった。これが旧民法であり、別名ボアソナード民法と呼ばれる。

しかるに、明治22年の春には、法典編纂における政府の拙速主義と慣習無視（泰西主義）とを批判する法典編纂尚早論が抬頭し始め、旧民法が公布されるころには、一段と強力となり、明治24年には断行派も「法典ノ実施ヲ速カナラシ」め、「我日本國ヲシテ完全ナル法治國タラシムル」ことを主義綱領として、法治協会などを結成して論陣を張った。世にいう、「民法典論争」がこれである。それらのうち、穂積八束が「法学新報」第5号（明治24年8月刊）に掲載した「民法出デテ、忠孝亡ブ」という論文は、表題がショッキングなため注目を集め、「新法典ハ倫常ヲ壞乱ス」などと共に、広く人口に膾炙、喧伝されて、議会と世論に大きな影響を与えた。もちろん、ボアソナードは、断行論を強化するため、延期派に反対して、「意見書」（明治25年4月）を内閣に提出し、新法典は日本古来の習慣を無視しているとの非難に対し、「大ニ日本ノ習慣ヲ斟酌セリ」と指摘したが、ついに明治25年の第三帝国議会において法典実施延期法律案が通過し、結局、延期派が勝を占め、旧民法は実施されないままに終わった。

かような背景をうけて、政府は、明治26年に法典調査会を新たに設置し、改めて、今度は日本人に起草を命じ、こうして梅謙次郎・富井政章・穂積陳重の三博士（3人とも東京法科大学の教授）が起草委員となって、民法典の編纂が進められた。この当時には、ドイツ民法典第一草案が5巻の理由書と共に公にされていたので、これの翻訳を参照し、法典の体裁は、ドイツ民法にならい「パンデクテン」方式を採用し、総則・物権・債権・親族・相続の五編別にした。しかし内容的には、旧民法を底本として、これを修正していく形で進められ、特に、時効は取得時効と消滅時効を総括し、不動産物権変動では意思主義・対抗要件主義を採り（民176条、

民177条)、債権者代位権(民423条)や債権者取消権(民424条以下)などはフランス法のものであり、また、法人や損害賠償の範囲などに関してはイギリス法の影響も見られる。かくて民法典は、こんどは大した障害もなく、明治29年法律89号(第1編・第2編・第3編)および明治31年法律9号(第4編・第5編)として公布され、明治31年7月16日から施行された。これが明治民法と呼ばれる現行民法である。

この民法典は、旧民法と比較して法文は簡潔でかなりの程度に翻訳調は脱してはいるが、まだ生硬で、初学者にとっては難解な文章が多い。内容的には、財産法の分野において、農地・入会権・水や温泉の利用関係について慣習を十分に調査できないまま、ほとんど規定を設けず、家族法の分野においては男尊女卑思想に基づいて封建的な「家」制度を存置したものであった。そのため、日本国憲法(昭和21年11月3日公布)に伴って、家族生活における個人の尊厳と男女の本質的平等の理想(憲法24条)に照らし、戦後、昭和22年法律222号によって第4編と5編は全面的な改正をうけて今日に至っている。

### 3－2 戦後の改革－「家」制度ないし家督相続制の廃止

民法典中、明治31年に公布・施行された第4編親族および第5編相続の規定(以下旧規定という)の中に定められた「家」を基礎とするわが国独自の家族制度を「家」制度と呼んでいる。「家」制度の中核は、戸主権(家長権)と家督相続制であった。民法旧規定によれば、戸主は「家」の統率者・支配者の名称であって(旧732条以下)、戸主権の内容は、婚姻に関し(家族員は男30歳・女25歳までは父母の同意が必要であった)、戸主は家族員の年齢を問わず婚姻による家籍の変動に対する同意権を持っていたこと(旧750条等)、また家族員の居所指定権を有し、戸主権に服従しない家族員はその家から離籍し、その家族員に対する扶養義務を免れることができた(いわゆる勘当)こと(旧749条)などに代表される。しかもこの戸主権は家督相続制によって(旧964-991条)「家」の財産とともに原則として長男子に単独相続される仕組になっていた。戸主には、個人の遺産というものはなく、戸主の身分と「家」の財産とが不可分に結合して、「家督」と呼ばれ、これは、戸主の死亡、隠居・国籍喪失・入夫婚姻によって開始され、家督相続人は、直系卑属中から男女・嫡庶(嫡出子か非嫡出子か)・長幼(年長者か年下か)の標準で決まる上位の者がなる。こうして戸主は、法律上の諸々の権限と家父長制的イデオロギーによって補強されて、強大な権力と権威とを有し、家族員に対して支配と服従の関係にあった。「家」が社会的構成体の単位であり、戸主は「家長」であり、財産は家督すなわち「家」の財産、氏は「家」の氏、戸籍は「家」の籍というように、個人の尊厳は認められず、家族的法律関係はすべて「家」によって規制されることになるのである。このことは「家」が集まって村になり、村が集まって県になり、県が集まって国になり、国はすなわち家の延長であって、その長が「家長」たる天皇になるというイデオロギーを生み出し、天皇を頂点とする家父長制的国家観を根底において支えていたのである。

かのような家父長制的「家」制度は、必然的に男尊女卑の思想によって貫かれる。たとえば、妻は無能力者として扱われ、(旧14条以下)、妻の特有財産であっても夫によって管理・収益される(夫管理共通性。旧799、801条1項)。離婚原因にも男女不平等があり夫と妻の間には貞操義務にも差別が設けられた(旧815条1号、2号)。親権もまず父親に与えられ、母は当然には親権者になることができず、父が親権を行うことが出来ないときに限り、親族会の監督の下で親権を行使することができたにすぎない(旧877条、886条)。妻は夫の「家」に入り、戸主

の支配下におかれ、夫の「家」の氏（姓）を名乗り（旧788条）、夫の定めた場所に住まなければならぬ（旧789条1項）。夫婦が離婚する際には、「家」の跡継ぎとして子を残し、妻は一人で婚家を去らねばならない。もちろん相続についても、家督相続の順位は、前述のように、長男子優先原則があり、とくに庶出の男子は嫡出の女子に優先する制度となっていた（旧970条）。

明治民法典の親族・相続編は、右にみたように「家」を尊重して個人の人格の尊厳性を軽視し、父と母・夫と妻・息子と娘の間の本質的な平等を無視するものであったから、第二次世界大戦後、民主的諸改革が行われ、昭和21年11月3日に公布された日本国憲法（昭和22年5月3日施行）は、その第24条において、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない、と要求するに至ったのである。こうして「家」制度を廃止して、「婚姻家族」を基盤とする、近代的で民主的な家族の制度を創設するために、明治民法の親族編・相続編が全面的に改正されたのである（昭和22年法222号。昭和23年1月1日から施行）。改正された民法は、平仮名、口語体、濁点、句読点を用いて体裁上も改められ、内容上も一新した。夫婦の氏や住所の選定は夫婦の協議によって定めることができ（750条、752条等）、夫婦財産制は、妻の無能力の規定（総則編・旧14条乃至18条）が削除された上で、完全な別産制を採用し、夫婦それぞれの特有財産は何ら処分の制限なく管理することができ（755条、762条等）、婚姻費用の分担も資産や収入による応分の分担であり、日常家事債務については夫婦の連帯責任を規定した（760条、761条）。子に対しても夫婦は平等で、父母は共同親権を有し（818条）かつ離婚の際には、父母の協議によってどちらか一方を親権者として定める（819条）。また相続については、家督相続制を廃止し諸子均分相続とし、男女・長幼間の差別を撤廃し、配偶者にも相続権を与えた。旧規定の「家」制度はその男尊女卑思想とともに全面的に払拭されたのである。戦後、民法は、第1条と第1条ノ2を追加したが、第1条ノ2においては、本法は個人の尊厳と両性の本質的平等とを旨として之を解釈すべし、と近代法の理想を宣言したのである。

#### \* 民法典制定時の民事特別法にもつぎのものがある。

不動産登記法（明32）、戸籍法（明31）、供託法（明32）、遺失物法（明32）、利息制限法（明10太政官布告66）の改正（明31；昭29新法制定）、失火責任法（明32）などである。

民法典制定後の民法の改正については本文にも述べた家族法の全面改正のほか主なものあげるならつぎのものがある。民法1条と1条の2の追加、物権編中抵当権の中に一節20ヶ条を追加して昭和46年四節根抵当（398条の2～398条の22）を規定した。昭和55年に家族法の分野で法定相続分に関する民法900条1号から3号、代襲相続分に関する民法901条2項、遺留分に関する民法1028条などが改正されたほか寄与分に関する民法904条の2が追加された。さらに昭和62年に特別養子に関する民法817条の2以下11まで新設された。

さらに、平成11年法149号によって「成年後見制度」が導入され、総則の能力の節中、7条～19条が大幅に改正され、ついで親族法の後見（法）（838条以下）についても必要な改正がなされた。

民法典は、19世紀の終わりに制定されたので、その後急速な資本主義の発展に対応すべく幾多の特別法を制定した。これに大別して2種類ある。①は高度の資本主義経済の進展を促進・補完する目的で制定されたものであり、②は資本主義の発展の結果発生した諸種の矛盾とくに

貧富の差や利害の対立を緩和・是正するため制定されたもので弱者保護の立場から立法されたものが多い。

①に属するものに、工場抵当法（明38）、その他の財団抵当法、立木に関する法律（明42）、抵当証券法（昭6）、農業動産信用法（昭8）、自動車抵当法（昭26）、航空機抵当法（昭28）、建設機械抵当法（昭29）、企業担保法（昭33）、仮登記担保に関する法律（昭53）、信託法（大11）、建物の区分所有に関する法律（昭37）等がある。総じて担保法の新設が注目される。

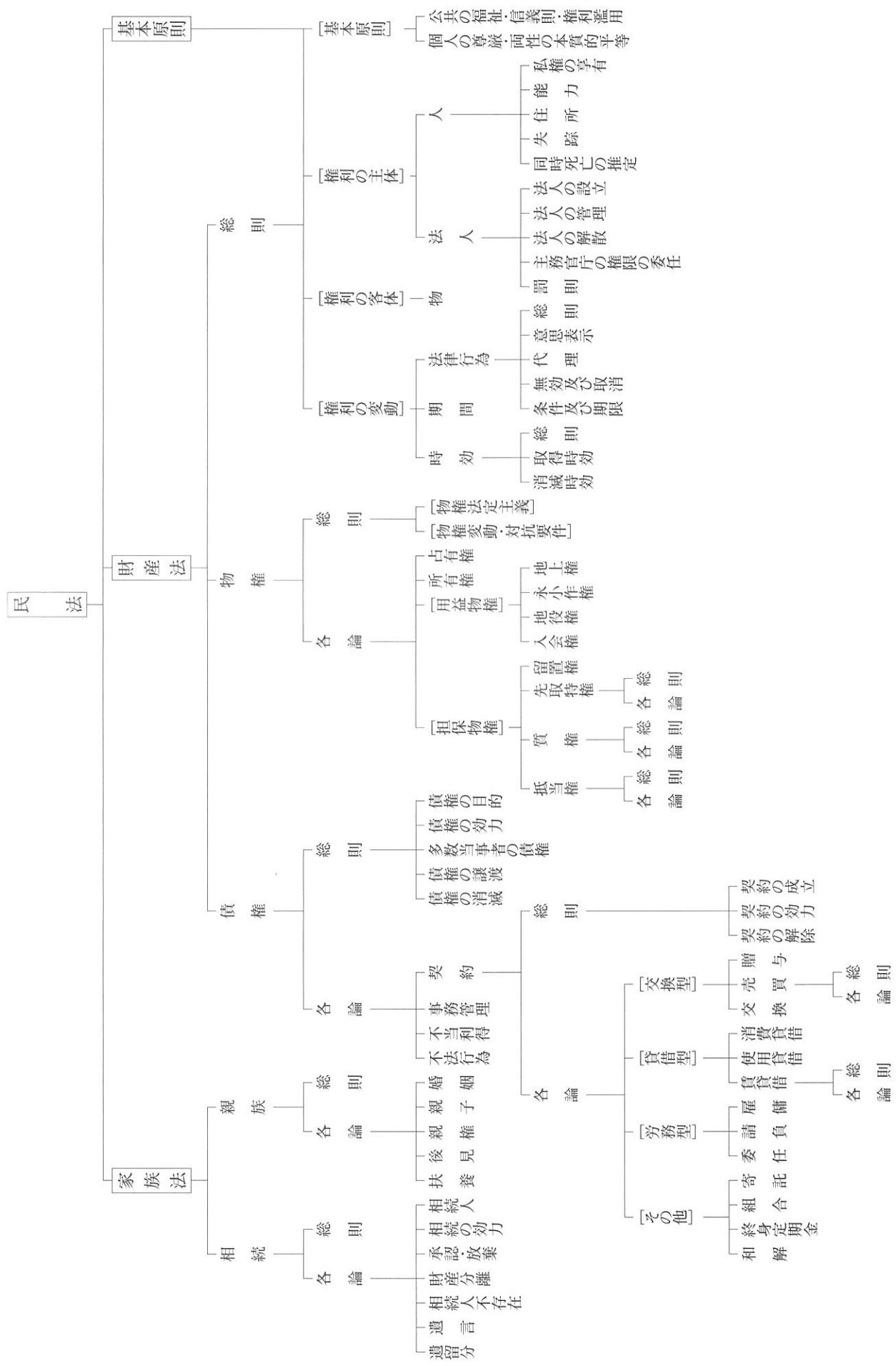
②に属するものに、建物保護ニ関スル法律（明42）、借地法（大10）、借家法（大10）、罹災都市借地借家臨時処理法（昭21）、農地法（昭27）、身元保証ニ関スル法律（昭8）などは弱者保護立法である。これに対して、企業の活動の制限・規制を目的として、鉱業法（昭25）、自動車損害賠償保障法（昭30）、原子力損害の賠償に関する法律（昭36）、大気汚染防止法（昭43）、水質汚濁防止法（昭45）、国家賠償法（昭22）などもある。無過失責任を導入した立法が多い。

### 3－3 民法典の構造

民法は第一編総則、第二編物権、第三編債権、第四編親族、第五編相続の5つの編から成っている。この編別体系をパンデクテン方式という。ドイツの17、18、19世紀の法律学をパンデクテン法学といい、その成果を導入したのでそういわれている。日本民法のほかスイス、オランダ、オーストリアの各民法もこの方式である。これに対してフランス民法はインスティトゥーティオーネス方式（ローマ方式ともいう）を探り、旧民法（ボアソナード民法）もこれを採用していた。これは総則という編がなく、第一編人事編（親族法に相当する）、第二編財産編、第三編財産取得編などに分かれている。旧民法のほかイタリア、スペイン、ポルトガルなどが採用している。インスティトゥーティオーネスといういい方は、ローマのガイウスの「法学提要」（法学入門、*institutiones* という）にならい、人の法、物の法、訴訟の法の三分方式にならったからである。これに対して *Digesta* の編別にならったドイツ民法は、*Digesta* が *Pandectae* とも呼ばれていたので、パンデクテン方式といわれるのである。

総則編は私法関係一般に共通する通則を規定するために設けられた。たとえば、私法の基礎原理たる1条、1条の2、1条の3のほか期間、時効などは通則的規定である。しかし、第3章物はむしろ物権編に編入される方が便利であるのに、総則に入れられている。これはおそらく、民法原理の全体構造を権利の主体（人や法人）、権利の客体（物）、権利の変動（法律行為、時効）という近代市民社会の構造と関係させて理論的に編成したものであろう。近代市民社会は商品交換関係としての特色を有し、その基礎的関係は、自由な人格、所有権、契約の自由という三要素に還元されるからであろう。それゆえ総則編は財産法の総則といってまちがいないが、ただちに家族法の総則とは断じがたい。若干の総則的規定（たとえば、1条、1条の2）を含むが、家族法の解釈にあたっては別個の考慮が要求される（たとえば法律行為の規定は身分的法律行為に直接適用することは必ずしも妥当な結論を導かないことに注意）。

表①



## 4. 民法の適用範囲

### 4-1 時に関する効力

法例一条は「法律ハ公布ノ日ヨリ起算シ満二十日ヲ経テ」効力を生ずる旨を規定している。もちろん法律に別段の定めあるときはこの限りではない（法例一条但書）。しかし民法は明治31年7月16日に施行されたが、特別の勅令によって（明31勅令123）施行日が定められた。法律は不遡及の原則といって施行以前に効力が遡及しないものである。遡及を認めるとすでに発生している既得権を侵害するし、人々に不測の損害を与えるからである。民法施行法もこれを明言し「民法施行前ニ生ジタル事項ニ付テハ本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外民法ノ規定ヲ適用セズ」（民施1条）と定めている。

しかしこの原則は絶対的なものではない。既得権を害しないと考えられる場合や既得権を害しても新法の精神を貫徹したい、特別の配慮を必要とする場合には例外が認められる。民法施行法自体にも例外規定があるし（例、65条）、民法改正法（昭22法222）の付則4条は遡及効ヲ承認している。特別法の中にも、借地法（18条）、借家法（11条）、身元保証法（付則）など遡及効を規定しているものがある。

ようするに、遡及させるか否かは、その法律の内容との関連で定めるべき法政策上の配慮によるのである。

### 4-2 人及び場所に関する効力

近代社会では法律は全ての国民に平等に適用される。身分、階級、職業、財産の有無を問わない（憲14）。また地域のいかんも問わない。

民法は全ての日本人（憲10、国籍法）に適用され（これを人民主権の効果という）、また日本領土内のすべての人（外国人も含む）に、その国籍を問わず適用される（これを領土主権の効果という）のが原則である。しかし、各国の民法の内容が異なっているため、内外の法律の衝突が生ずる場合があり（例えば、日本人女性とアメリカ人男性との婚姻について日本法を適用すべきかアメリカ法を適用すべきかの衝突が起きる）、かような渉外的私法関係の法律の衝突を解決するために、法例3条以下において準拠法を指定している。準拠法指定を定める規定を総称して国際私法と呼んでいる。

以上の原則に対して若干の例外がある。人に関しては、皇族についての特例（皇室典範・皇統譜令、皇室経済法）や場所に関しては、限定的施行区域をもつ特別法（罹災都市借地借家臨時処理法27条）がある。

## 5. 民法の基本原理とその修正

### 5-1 序

民法は、その名の示すとおり、市民社会の法であり、資本主義社会（商品交換関係が全社会関係の基礎的関係となる）を根底において支えているものである。市民社会は、18世紀末のフランス市民革命（1789年）の自由と平等、すなわち個人自由の思想をその根本的な指導原理とするものであるから、民法は、構成上、個人の権利の保障を中心としてできている。「権利の体系」といわれるるのはそのためである。市民革命は、封建制を打破し、したがって、身分的な

階層秩序（領主と家臣、地主と小作、士農工商）と封建的土地所有（上級所有権・下級所有権、土地所有権・永代小作権・小作権）とを廃止して、すべての人間の自由平等の理念を宣言し、何らの拘束も受けない自由なる所有権を確立しようとした。そして国家権力は、できるだけ個人的生活に干渉することなく、市民社会の健全な活動を保護するためにのみ行使されるべきで、個人の生活関係の成立や内容の変更は原則として、自由にして平等な個人の自発的意思に委ねることが望ましいとされたのである。そこで民法は明文をもって定めていないけれども、「法の下の平等の原則」、「私有財産尊重の原則（所有権絶対の原則）」、「私的自治の原則（契約自由の原則）」、これら諸原則のコロラリーとしての「過失責任の原則」を基本原理としている。封建的社会関係を廃棄して、各個人に対して、その身分、階級などに關係なく平等な法的人格（権利能力）を与え個人の自由な活動を保障して、もって社会発展の原動力としたのである。

### （1）法の下の平等の原則—権利能力平等の原則

すべて自然人は法の下に平等に処遇されるべしとの原則は、国籍、階級、職業、年齢、性別、財産所有等によって差別されることなく、等しく権利義務の主体となりうる法的資格をもつ法的個人格者と認められるということを意味している。権利義務の主体たりうる資格を権利能力というので、法の下の平等の原則は権利能力平等の原則であるともいえる。民法が元来冒頭の条文で「私權ノ享有ハ出生ニ始マル」（1条の3）と規定したのは、このような背景に基づいている。

法の下の平等の原則は、個人を封建的身分拘束性から解放させるための理念であり、具体的な人間の実質的平等を問題としていた訳ではないので、あくまでも抽象的・観念的な法的平等（資格）でしかない。具体的な権利の取得とは異なることに注意しなければならない。生まれながらにして平等であるといつても富者の家に生まれたる子は豊かな衣服に包まれて育まれるが、貧者の家に生まれた子は時に飢えに苦しむことがあるかもしれない。しかし民法はそのこと自体を問題とはしないのである。現実の社会の具体的属性を捨象した、観念的な法的個人格の概念は、自然人を超えて、団体や財産の集合体にも法的個人格を付与しうることを可能にする。こうして法人の成立が可能となるのである。法の下の平等は憲法上の要請でもある（憲法13条）。

### （2）私有財産尊重の原則

商品交換関係としての資本主義社会では、商品交換が行われるためにには、まずもって交換主体が誰に対しても主張しうる排他的な財貨の支配権を確立していかなければならない。いかなる身分的・人為的拘束もない商品の所有者として相互に關係しなければ、交換関係の始動はありえない。すなわち私有財産（制）が原理的に承認され、とくに所有権の絶対性が要請される必要がある。財産権なかんずく所有権の神聖不可侵が原則なのである。このことは、憲法が「財産権は、これを侵してはならない。」（憲29条1項）と定めていることに明らかである。近代的所有権は封建的諸拘束から自由でなければならず、それゆえ民法は所有権を、「自由ニ使用収益及ビ处分ヲ為ス権利」（206条）と定義づけている訳である。これを「自由なる所有権」という（物権法における「物権法定主義」〔175条〕を参照せよ）。

### （3）私的自治の原則

私的法律関係に関しては、個人が自己の自由な意思に基づいて（自己決定）、自律的に法

律関係を形成することが重要であるとする原則のことをいう。「自治」とは自己の意思による自己規律のことをいい、法は、公の秩序の規定に反しないかぎり、この「自治」を尊重する建前になっているのである（91条）。これは商品交換関係における交換主体の自由な人格の承認であり、自由な（身分的被拘束性からの脱却）人格の相互承認に基づく自由な意思の交換によって、商品交換すなわち財貨の移動という法律関係を円滑に達成するのである。私的自治における自己決定の原理は、コロラリーとして自己責任の原理を帰結するから、自己の意思によらずして自己束縛すなわち義務を負わないということも意味する。私的自治の原則は、法律行為とくに契約において重要であるから、「法律行為自由の原則」、「契約自由の原則」が強調され、それに関連して、「団体設立自由の原則」、「遺言自由の原則」などが導出される。また自己責任の原理からは、違法行為を行った場合の「過失責任の原則」（709条〔不法行為〕）が帰結される（債務不履行に関する415条の「責ニ帰スペキ事由」を参照）。

## 5－2 古典的市民法原理の修正

古典的市民法の下では、封建制社会との対置において、「自由なる人格」、「自由なる所有権」、「自由なる意思決定」を尊重し、自由にして理性的な人間行動を觀念的に想定し、それに至上の価値を見出していたのである。そのことから働く者はその自由な意思に基づいて資本家（企業者）に自己の労働力を提供する契約を結ぶこともできるのである。労働者と資本家は一方は労働力の所有者、他方は生産手段の所有者として自由な意思の交換を通して賃労働という法律関係を形成することもできるようになった。すなわち古典的市民法の描く市民像は「理的に意思決定できる合理人」としてみている。商品取引にふさわしい自由にして平等な人格者とみているのである。しかし、実際の社会には、かような「自由人」は存在しえず、労働者は不利でも資本家の提示する条件に応じなければならないし、地主と小作人の関係では、地主が有利に借地条件を定めるであろう。資本主義の発展は富の偏在をもたらした生産手段の独占化を招來したから、「自由」は資本家・地主の自由であっても、労働者・小作人の不自由として現れざるを得ない。かようにして、労働者の地位の向上のため「労働法」が小作人や借地・借家人等のため「農地法」、「借地法」、「借家法」が制定されて、古典的市民法は立法的修正を余儀なくされたのである。この事情は、当然民法内部の諸修正を惹き起こす。まず所有権の絶対性に対する反省がなされるようになり、所有権には義務を伴うとするワイマール憲法（1919年）の規定（153条3項）や日本国憲法の「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。」（29条2項）との規定をうけて、民法は、「私権ハ公共ノ福祉ニ遵フ」（1条1項）と明言するに至った。所有権といえどもその行使が濫用にあたるものであれば、権利の行使とは認められず、「権利の濫用」は禁止されるのである（1条3項）。

私的自治の原則も修正を受ける。経済的に強い者は、富や力を独占して、弱者に対して一方的な内容の強制を行うようになった。普通取引約款による附合契約がそれである。企業側にのみ有利な条項を盛り込んだ契約内容を消費者に強いるわけである。銀行、電気、ガス、保険などの巨大企業、不動産賃貸業者、各種の製造業者などがそれをを利用して巨額の利潤を獲得していくのである。形式的な契約自由の原則の貫徹は実質的な契約の自由を奪ってしまうのである。経済的な力の対等の者の間にこそ立場の交換（主体間の交替、互換性）がありえ、平等な関係の形成に与りうるとの自覚が必要になった。普通取引約款には国家的規制（提供内容の規格化、契約締結の強制、料金の画一化）が多く為されるようになったし、「公序良俗」、「信義則」な

どの一般条項を活用して契約内容の改訂などを図る判例が増大しているのも現代的修正の一斑である。今日では、民法の規定から逸脱する内容の契約はそれが任意法規に反するものであっても、本来、任意規定は公平の観点からあるべきものとして、規定された法規定であるのだから、できるだけそれに適合するべきだとして契約内容の見直しを迫ることが必要であろう。この点において、近時の消費者契約法（平成12年）、製造物責任法（平成6年）などの弱者としての消費者保護法は注目に値する。

過失責任の原則も見直されるようになった。

資本主義の発展は、商品の大量生産を生み出し、自動車や工作機械などそれ自体、危険物であるもののほか、大量生産の中には、一定の割合で危険な物が産出されざるを得なくなる。薬品、食料品などがそれである。それらの危険物によって被害を受ける消費者大衆は、一方的に被害を受けるに反して、危険物を生み出している企業はそれによって大きな利益を挙げ続けるという不公平をもたらすようになった。また、企業はその利潤追求の過程で大量の産業廃棄物質（例えば排煙、排水、腐食物放出）をまき散らして付近住民の健康被害をも惹き起こすことも稀ではなくなった。かような事態に於ける被害者の救済を過失責任主義の下でのみ対処しようとすると、被害者に立証上の過重な負担を強いることになり、一方に利益を受け危険を支配しているものと他方で何ら責めもない一般の被害者が犠牲を強いられる結果を温存させたままになる。これは真に不公平・不平等であるから、企業ないし危険支配者に無過失ないし無過失に準ずる責任を負わせるべきだと思想が唱えられるようになった。「利益の帰するところ、損失もまた帰する」という報償責任論や「危険物を支配する者は、それから生じた危険について責任を負うべし」という危険責任論がこのような思想に理論的な根拠を与えた。民法の715条（使用者責任）は報償責任論に、717条（工作物責任）は危険責任論によって根拠づけられると考えられている。公害問題がこの考え方を一層押し進めた。こうして無過失責任が定着してきたのである（鉱業法109条、自賠法3条、原子力損害賠償法3条、大気汚染法など）。なお民法自体にも717条の工作物責任には無過失責任の萌芽が規定されている。

以上、古典的市民法は現代的修正を余儀なくされているが、決してその原理的廢棄が主張されている訳ではない。それが理想とした自由と平等を実質的ならしめるための試みとして理解すべきである。

## 第2章 権利

### 1. 序説

#### 1-1 権利の概念

権利とは、一定の社会的利益を享受する事のできる法的地位ないし力である。権利は、利益の享受の内容によって物に対して排他的独占的に支配するもの（例、物権）であったり、他者に対して一定の行為をなせと要求したりする（例、債権）などいろいろの現れ方をする。しかしいずれにせよ、最終的には、原則として国家権力の一翼を担う裁判所によってその実現が保障されるという点に基本的特色がある（同旨、石田・総則37頁）。

権利に対応する法的拘束を義務という。権利者が他人に対して権利をもつということは、この他人は義務者として権利に対応して拘束を受けているのであり、権利と義務は盾の両面ないしコインの裏表の関係にあるといってよい。近代社会は個人の自由を尊重するから、権利・義務というべきときでも権利の語のみを使うことが多い。

### 2. 権利の分類

#### 2-1 私権の意義

私権とは、私法によって認められた権利のことをいい、したがって、私権は、個人的生活関係において人に対して一定の利益の享受を主張しうる地位のことである。これに対して、公法によって認められた権利を公権といい、これは、公的な生活関係における国民として国政に対して一定の利益の享受を主張しうる地位である（例、参政権、自由権、生存権）。なお、社会法の出現と共に私権と公権の中間に社会権とも言うべき権利（例、労働者の団結権、団体交渉権、ストライキ権）が発生している（四宮・24頁）。

#### 2-2 私権の分類

##### （1）権利の内容たる利益による分類

- ①財産権 権利の内容が財産上の利益・価値を有するものとして譲渡、相続の対象となる。物権、債権、無体財産権などがこれに入る。
- ②人格権 権利の内容が人の人格的利益を有するもの。人格的利益とは、生命・身体・自由・名誉・貞操・氏名・肖像・プライバシーなどの利益である。人格権は自然人はもちろん法人にも一定の範囲で認められる。人格権は、個人の人格に付着しているものであるから譲渡したり相続の対象となったりしない。ただし、人格権の侵害の結果生ずる損害賠償請求権は財産権であり、譲渡、相続は可能である。
- ③身分権 権利の内容が身分的利益を含むもの。身分上の地位（親とか夫とか妻とか）に基づいて認められる権利である。例えば、親権（818条）、配偶者相互の貞操要求権（大判決大15・7・20刑集5巻318頁）、などがこれに入る。譲渡や相続の対象となりえない点で人格権と類似するが、人格権のように権利者の自己自身に関するのではなく、一定の身分関係にある他人に関係するところが異なっている。なお、一定の身分から生ずる相続権は、財産権であることに注意。

④社員権　社団法人の構成員がその資格において社団に対して有する包括的利益を内容とするもの。株式会社の株主権や公益社団法人の社員の権利などがこれに入る。社員は、社団法人の施設利用権、表決権、配当請求権などを有するが、これらの権利を包括的に保持しうる地位を社員権という。社員権の内容は社団法人の性質に応じて異なり、営利法人の場合、利益配当請求権を有するが、公益法人の場合、それを有しない。公益法人の場合、社員権は譲渡することはできないし、相続することも認められていない。

## (2) 権利の作用による分類

- ①支配権　権利者が他人の行為によることなしに自己の意思のみによって権利内容を実現することのできる権利。物権、無体財産権、人格権などがこれに入る。支配権が侵害されると損害賠償請求権や妨害排除請求権などが生ずるが、これら自体は請求権であって支配権ではない。
- ②請求権　他人に対して一定の行為をせよ（作為、不作為）、と請求することのできる権利である。他人の行為によってはじめて権利内容を実現することのできる権利といつてもよい。債権が典型的であるが、物権や人格権や親族権に基づいて生ずることもある（物権的請求権、扶養請求権）。
- ③形成権　権利者の方的な意思表示によって法律関係の変動（発生・変更・消滅）をもたらすことのできる権利。私法的法律関係の変動は当事者の合意によるのが原則であるから（そうでなければ、一方のみが不利益になる）、法律の規定によるか契約中の特約によってのみ認められる。取消権（120条以下）や解除権（540条以下）が典型的である。その他、売買の予約完結権（556条）、選択権（407条）などもこれに入る。これらは、裁判上はもちろん裁判外でも行使できる。これに対し、債権者取消権（424条）、婚姻の取消権（744条）、離婚または離縁の権利（770条、814条）などは裁判上行使されなければならない。なお、民法起草者は形成権概念を知らなかったようであり、形成権の行使を示すため「請求」の語を用いている（420条2項、借地10条（建物買取請求権）、同12条1項（増減額請求権）、借家5条（造作買取請求権）、同7条1項（増減額請求権）なども参照）。
- ④抗弁権　他人の権利、特に請求権の行使を阻止することのできる権利である。双務契約から生ずる同時履行の抗弁権（533条）が典型である。相手の権利の存在を否定せず、その行使上の効果の発生を妨げる効力を持っている。保証人の催告、検索の抗弁権（452条453条）もこれに入る。抗弁権は民事訴訟法上の抗弁とは異なることに注意。これは原告の攻撃に対して被告が防御方法として請求を無にする主張をすることで、抗弁権の行使のほか弁済、消滅時効の主張なども抗弁となる。
- ・なお、以上の分類に対して管理権という概念を主張する学説もある（於保『財産管理権序説』、四宮・27-28頁）。財産的事務の処理をなす権利を総称している。とくに他人のために他人の財産に干渉しうる権能たる代理権や授権などのほか、不在者の財産管理人（25～29条）の管理権や相続財産管理人（952～957条）の管理権などもこれに含める。しかし、ここでいう管理権はそれを行ふことによって他人の財産に影響を及ぼしうるという権能をとらえて「権」といっているだけで、そのもの自体には何らの実体的利益内容を含む

ものではないので、「権利」の一種とすることは妥当でない。むしろ「権限」というべきである。理論的にいって、管理権の概念を他の権利と区別して観念する必要はないであろう。

### (3) 権利の作用を対抗しうる相手による分類

- ①絶対権 権利の効力が一般的に誰に対しても（絶対的に）及ぶものをいう。物権が典型的である。人格権、無体財産権もこれに入る。物権は「対世権」ともいわれるよう社会に存在する全ての人に対する（天下万人に対する）権利であるとされる。
- ②相対権 権利の効力が特定の相手方に対してのみ（相対的に）及ぶに過ぎないものをいう。債権が典型である。債権は「対人権」といわれ、債務者に対してのみ一定の行為（給付）を要求しうるだけである。絶対権、相対権の区別は、本来、物権の特性（対物的支配性）と債権の特性（対人的請求性）とを際立たせるために用いられた用語法である。

## 3. 権利の限界（権利行使のあり方）

### 3-1 序

権利者は、一定の利益を享受できるが、社会生活を営む以上、権利者の権利行使は他人の利益と矛盾対立する場面が生ずる（隣接する土地所有者同士の争いを想起せよ）。かような権利と権利の衝突に際して両者の妥当かつ適正な限界を設け、利害の調節を図らなければならない。民法1条がこの調節の基準を規定している。

### 3-2 公共の福祉遵守の原則

民法1条1項は「私権ハ公共ノ福祉ニ遵フ」と規定している。私権の内容は社会全体の利益と調和するものでなければならない。私権は法によって認められたものであり、法は社会共同生活の発展を期して、個人に不可侵の権利を与えたものだから、それと調和を保つ権利の行使だけが法の保護を受けるに値する。勝手気ままに、他人の不利益を無視して自己の利益のみを追求するような権利の内容は制限されなければならない。私権には内在的限界があり、社会性を有しなければならない。かのような私権の社会性を宣言したのが、1条1項であるといわれている。本条は私権の公共の福祉による内在的限界を定めているのであって、決して私権の無視による公益優先を帰結するものではない。憲法29条と同じく私権の尊重と公共の福祉との調節、正当な補償の下での私権の内容の制限、という図式で理解されなければならない。なお、私権の内容が限界を受けるということは、その私権の無制限的行使によって多数の人の利益が犠牲になると考えられる場合であるから、結局のところ、個人と多数（公）との利益の対立・衝突を調整することになる。かつて、電力会社がダムから流木運送に必要な量の放水をしないため損害を被った流水利用権者が電力会社に十分な放水をせよと請求したケースにおいて、電力事業の重要な役割を強調してこれを棄却したが（最判昭25・12・1 民集4巻12号625頁）、放水流の量や放水時期などの調節を十分考慮せずに解決したきらいがあり、問題性を感じる。

### 3-3 信義誠実の原則 (Treu und Glauben, bonne foi)

(1) 民法1条2項には、「権利ノ行使」および「義務ノ履行」は「信義ニ従ヒ誠実ニ之ヲ為スコト」を要求している。これを信義誠実の原則（略して信義則という）という。信義則は、もともとは債務者の履行のやり方の基準として発達してきたものであった。ドイツ民法（242条「債務者は、取引慣行を顧慮し、信義則の要求に従って給付をなす義務を負う」）やフランス民法（1134条3項「合意は誠実に履行されなければならない」）においては、債務の履行に関して認められている。しかしそれに債権者と債務者の双方に要求される共通の原則と考えられるようになり、権利の行使と義務の履行、すなわち権利と義務に関する一般的基準に高められたものである。スイス民法（2条1項「すべての人は、その権利を行使するにも、義務を履行するにも、信義則に従って行動することを要する」）がこの立場であり、わが民法は戦後昭和22年にスイス民法にしたがって規定されたものである。今日では、権利の行使、義務の履行のみならず、法律関係一般に適用される一般的原則と考えられている。ちなみにドイツ民法は157条においては、契約の解釈にあたり信義誠実の原則に従うべき旨を定めている。

(2) 信義則とは、常識に合致した誠実な行動を行ない、相手方の合理的な期待を裏切らないようにせよということである。例えば、賃借人の些細な義務違反を理由に借家契約を解除して追い出そうとするなどは、賃借人と賃貸人の信頼関係に反して許されないとされる場合など（信頼関係破壊の法理ないし背信行為論という）、この原則の適用の結果である。信義則は債権法で発達した原則である。

(3) 信義則は権利の絶対性や契約の形式的自由を公平の観点から制限し、妥当な解決をもたらそうとするものであるから、具体的に何が信義則に適うとされたかを知るためにには判例の集積を分析しなければならない。信義則の機能を類型化して考察する必要がある。

①法律の規定自体が抽象的な場合、それを具体的な事件に適用するに際して信義則が用いられる。例えば493条は、弁済の提供は「債務ノ本旨」に従うべき旨を定めているが、何が債務の本旨かを具体的な事情を考慮して信義則によって具体化するのである（541条の「相当ノ期間」も同様である）。

②契約当事者間の規範関係を具体化するために信義則が用いられる。例えばAのBに対する債務引受契約において引受人Cが債権者Bに対して一万円の支払債務を弁済すべきなのに百円だけ不足した金額を支払い、百円の不足分ながら支払準備をして債権証書の引渡しと抵当権設定登記の抹消を催告したがBが応じないので、債務引受契約を解除したという場合に、これを信義則上有効とした判例がある（大判昭9・2・26民集13巻366頁）。また合計797円55銭を提供したが、債権者Aによって受領を拒否された債務者Bがこれを供託したが、強制競売手続費用7円40銭不足していたのに信義則上供託は有効とした判例もある（大判昭13・6・11民集17巻1249頁）。これらは軽微な瑕疵のある権利行使や義務履行を信義則を適用して救済したものである。

また、大豆粕の売買（大豆粕740枚）がなされその引渡し場所として「深川渡し」との約定がなされていたので、売主が深川のある倉庫（丸三倉庫）に運び込んで買主に引取方を通知したのに、大豆粕が急落したので、受領したくなつた買主が何番倉庫か問い合わせせず引取しない場合、買主の債務不履行を理由に売主が解除して損害賠償を求めたところ、買主は履行の場所を売主が明示しなかつたから遅滞の責めは負わないと争ったが、それは認められないとされた（深川渡し事件・大判大14・12・3民集4巻685頁）。この判例

は、権利者側にも、権利の実現に協力する義務があり、それを果たさずに相手のミスを指摘して非難することは信義則上許されないとされたものである。

③当事者の行為が道義に反するような場合、それをチェックするために信義則が用いられる。自己の行った先行行為と矛盾する態度を主張する場合（英米法で禁反言（エストッペル）の原則という）、信義則によってチェックされる。例えば、債権者から連帯保証人としての責任を追及されたものが、実は主たる債務は自分が無権代理人として締結したもので無効であり、したがって連帯保証契約も無効であるから、保証責任はないと主張しても信義則上許されなかった（主たる債務が無効であれば、保証債務もまた無効－保証債務の附従性－であるという法原則の例外）。また、従業員組合を結成したと偽って組合長名義で労働金庫から金銭を借りたものが、物上保証人として自己の不動産に抵当権を設定しておきながら、この抵当権が実行されて競売に付され、競落人から明渡しを要求されるや、組合は虚無の団体で労働金庫の貸付けは無効であるから、したがって抵当権設定契約も競売もまた無効であると主張して明渡しを拒んだが、信義則上許されなかった（最判昭44・7・4民集23巻8号1347頁）。また賃貸人の承諾によって適法に成立した転借権があるのに、賃貸人と賃借人との間で賃貸借契約を解除して転借権を消滅させることはできないとされている（大判昭9・3・7・民集13号278頁）。なお、消滅時効完成後に時効の完成したことを知らずに債務の承認をした者はもはや時効を援用することは信義則上許されないとされている（木材商債務承認事件・最（大）判昭41・4・20民集20巻702頁）。いわゆる時効完成後の債務承認に信義則によって時効援用権の喪失という結果を結びつけたものであるが、信義則の適用として妥当か疑わしい。近時、この大法廷判決の法理がいきすぎであって、むしろ限定的に解されるべしとする、東京簡判平成11・3・19（判例タイムズNo.1045、169頁）等が現われるに至っている。

④法律の規定が時代の要求に合わなくなった場合に、信義則を用いて事実上法律の規定を改変することもある。たとえば、賃貸借契約において賃借人が賃借権を無断で譲渡したり転貸借した場合は、賃貸人は契約を解除しうる（612条2項）が、判例は戦後の住宅難を考慮し賃借人を保護するために、無断譲渡・転貸がなされても信頼関係を破壊するに至らない場合ないし背信行為と認めるに足りない特段の事情がある場合には解除しえないとしている（最判昭28・9・25民集7巻9号979頁、最判昭39・6・30民集18巻5号991頁）。これらの場合、時代の要求に応じ、信義則により制定法を修正した一例と言うことができる（五十嵐、民法（1）16頁）。

⑤信義則により新しく法規範が創造されることもある。事情変更の原則がそれである。事情変更の原則とは、契約の締結に際し当事者の前提とした事情が予想に反して変更したり全く別の事情が生じたため、契約をそのまま維持しては一方当事者に余りに不利益であると認められる場合、当事者に契約の解除権や内容改訂権を認めるという原則である。例えば、判例には、土地の売買契約が成立したが、その履行期の前に宅地建物等価格統制令が施行され、その後相当長期にわたって契約を履行できない場合、当事者は信義則上契約を解除することができるとしたものがある（大判昭19・12・6民集23巻613頁）。判例は、理論としては事情変更の原則を肯定するも、実際には容易にこの原則を適用していない。上記の判例は数少ない事例のひとつである。借地法12条、借家法7条などが賃料増額請求権を認めたのは、事情変更の原則の立法的承認である。この他、法人格否認の法理もこの範疇に

入る。

⑥信義則は法律行為の解釈の基準としても用いられる。ドイツ民法157条は（契約は取引上の慣習を考慮し信義誠実の要求に従い解釈することを要す）と明文でこのことを定めている。交通事故の被害が軽傷であることを前提に小額の賠償金で示談し、一切の将来の請求権を放棄する旨の約款をつけていたところ、のちに予想に反して著大な後遺症が発生したという場合に示談によって被害者が放棄した損害賠償請求権は、示談當時予想していた損害についてのもののみと解すべきで、当時予想できなかった不測の損害についてまで賠償請求権を放棄した趣旨と解するのは、「当事者の合理的意思に合致するものとはいえない」とした判例（最判昭43・3・15民集22巻3号587頁）などは信義則に基づいて示談当事者の意思を限定的に解釈したものである。

以上、信義則は多面的に用いられており、次に説明する「権利濫用」の法理とあわせ適用されることも多い。ただ一般的にいって、信義則は、制定法や契約条項の画一的、一般的適用の結果生ずる不都合を是正する際に用いられることが多い。すでに述べた612条2項に関する背信行為論などはその典型である。

法人格否認の法理も取り上げるべきである。

### 3－4 権利濫用禁止の法理

(1) 民法1条3項は「権利ノ濫用」を禁止している。ローマ法では「権利行使する者は悪(不法)をなさず」 Qui jure suo utitur, nemini facit injuriam. (ただしこれは、同趣旨のUlpianusやGajusなどの法諺を中世になってこのような形にまとめられたようである。)との法諺があったと言われている。近代法でも同様の原理が妥当する。権利者は自己の権利を自由に行使してよいはずである(206条参照)。しかし、他人を害するためにのみ権利行使するものは権利の行使に名を籍りて不正を行なうものでこれはもはや権利の行使としては許されないとの思想も古くから存在していた。これをシカーネ禁止の法理と言う。このシカーネ(Shikane, Calmnia)は許さずの法理はローマ法時代にもあったと言われているが、ドイツ法は「他人に損害を加えることのみを目的とする権利の行使はこれを許さず」と規定している(ド民226条)。スイス民法(2条2項)は「明白な権利の濫用は許さず」と客観的に規定しているので、これに倣り戦後昭和22年に民法1条3項が新設されたのである(なお、すでにオーストリア民法1295条2項は「善良の風俗に反す方法で故意に他人に損害を加えた者は賠償の責を負う。但し、それが権利の行使としてなされた場合には、その権利行使が明らかに他人に損害を与える目的でなされた場合に限る」と規定していた)。

(2) 権利の濫用とは、形式的には権利の行使であるが、実質的には正義衡平の理念から見て権利行使としての保護が与えられない権利者の行為をいう。権利を道具に使い、他人を害する行為であると言ってもよい。例えば、結核病棟事件(富田浜病院事件)が有名である(安濃津地判大15・8・10法律新聞2648号11頁)。Aは、隣地の結核病棟を所有している医師Bに自分の土地を実際の価格の二倍以上の高値で売りつけようとしたが、Bがこれを拒否したので、嫌がらせのため、夏の暑い時期に、自己の所有地内ではあるが境界線ぎりぎりに、しかも病棟に並行して長い物置小屋を建て、入院患者にとって大切な通風や日光をさえぎって、あまつさえ騒音を立てたり、クレオソートをばら撒いたりして悪臭をはなったというケースにおいて、裁判所はAの物置小屋の建築は権利の濫用であるとして、その撤去とそれまで、1日21円の

割合での損害賠償を命じた。典型的なシカーネ（害意的権利行使）の事例であった。

(3) わが国における権利濫用の法理の展開は、昭和22年に始まったのではない。民法は権利濫用について規定を設けなかったが、すでに民法典成立後すぐに権利の絶対性に対する反省が意識されている。それは戸主権に関する事件であった。明治民法の旧規定で認められていた「家」の統率者たる戸主には家族構成員に対する居所指定権が認められていた。この戸主の居所指定に従わない家族を戸主が一方的に離籍したのに対して、その家族が離籍の取消を求めたのを認容して、戸主権は「絶対無限ノ権利ニアラズ」としていた（大判明治34・6・20民録7輯6号47頁）。のちには、息子が出征中に死亡したので遺族たる息子の嫁と子供には恩給受給権が与えられていたが、戸主はこの恩給を手に入れるためにこの居所指定権を行使して嫁が家から離れることを禁じた。判例は、大判明治34・6・20と同じく戸主の居所指定権は絶対無制限なものではないと判断して嫁を救済したものがあらわれた（大判昭和5・10・28新聞3203号16頁）。

①大正期には有名な一つの判例があらわれた。「信玄公旗掛松事件」（大判大8・3・3民録25輯356頁）である。中央線日根野駅近くに由緒ある信玄公旗掛松があって、これが鉄道院の經營する鉄道機関車の煤煙によって枯死してしまった。この松は、鉄道線路より一間未満の地点にあり、しかるべき距離をとれば煙害を免れえたのに、引込線での汽車の入れ替えを頻繁に行なったために枯死したものであった。松の所有者が鉄道院（国）を相手取り所有権侵害を理由に損害賠償を請求した。大審院は、国の適法な営業としての汽車運転の結果であるとはいえ、権利を行使する場合において故意または過失によりその適當な範囲を超越し、失当なやり方で他人の権利を侵害した時は、不法行為となり損害賠償義務を負う旨を判示した。この判例は権利濫用の言葉は使用していないが、原審では権利濫用の禁止に言及しており、適法な営業としての権利行使でも、適當な範囲を超越したら、不法行為となるとしている点で権利濫用禁止法理を問題としているものと解しうる（反対、石田、総則65頁）。

②ついで昭和10年には「宇奈月温泉事件」が登場した（大判昭10・10・5民集14巻1965頁）。この事件は次のようなものであった。温泉經營をしている黒部鉄道Bが上流の黒薙温泉から本件引湯管を使って、4170間下流の宇奈月温泉まで引湯をしていたところ、一部無断で2坪ばかり他人の土地を通過していた。これに目をつけたAがこの2坪を含む周囲300坪を買占め、Bに対して土地を2万余円（坪当たり7円）で買い取るよう要求した。この土地は当時の時価なら30円ちょっとであった。Bがこの要求を拒否したら、今度はAは土地所有権に基づく妨害排除請求を起こし引湯管の撤去を求めた。引湯管の撤去には1万2000円の費用がかかる、温泉の休業も270日に及ぶとBは抗弁した。大審院は、Aの請求は「所有権ノ行使タル外形ヲ構フルニ止マリ真ニ権利ヲ救済セントスルニアラズ」、「専ラ不当ナル利益ノ摑得ヲ目的トシ所有権ヲ以テ其ノ具ニ供スル」ものであり、所有権の機能として許さるべき「範囲ヲ超脱スルモノニシテ権利ノ濫用ニ外ナラズ」と判示して、Aの請求を棄却した。まさに本件は、権利濫用の法理を正面から認めたものであった。この判例は、一面でシカーネ的な典型例であって、不当な利益の摑得という権利者の主観的態様を強調していたが、他面において、損害の程度と侵害の除去に要する費用やそれによる多大の住民の損失を詳細に認定して、総合的に結論を導出していたために、のちに問題をも残すこととなった。

③すなわち「シカーネ禁止から客観的利益衡量へ」という利益衡量を判断基準とする権利濫用論の展開に道を開いたのである。例えば、発電用水路開設事件（大判昭11・7・17民集15巻148頁）や鉄道線路敷埋立工事事件（大判昭13・10・26民集17巻21号2057頁）では、大審院は、発電会社や鉄道会社が全く所有者に無断で勝手にトンネルを掘ったり、埋立工事をしたりしたので、所有者がその除去と原状回復を求めたのに対して、妨害排除請求は莫大な費用を要するから不能を求めるに等しいとして許さなかった。不当な利益の掴得というシカーネ的要素のないこれらの事実において原状回復には多大の費用と労力がかかるとか、事業は公益性を有するとかの客観的な利益考量を前面に押し立てて妨害排除請求を退けるのは、国や大企業など社会的経済的強者による既成事実の創出を追認するに等しく、個人の権利の軽視に連なると批判されている。権利濫用理論の「濫用」が問題とされたのである。

戦後、最高裁判例においても、安保条約に基づいて米軍に基地を提供した農民が賃貸借期間が終了した際に国に明渡しを求めたところ、基地を農地にするためには費用がかかることを主な理由にして、それは「私権の本質である社会性、公共性を無視し、過当な請求をなすものとして、認容しがたい」と判示した（板付飛行場事件・最判昭40・3・9民集19巻2号233頁）。学説がこれを批判したのも当然であった（この判例は1条1項を適用した判例ともいえるかもしれない）。

④判例の権利濫用論は具体的に妥当な結論を導いたものも多く、権利濫用論の濫用が問題となつたものは多くない。しかし、客観的利益衡量のみで結論を導き出すのではなく、権利者の権利の実現や回復を求める際の主観的容態も十分に考慮して判断しなければならないであろう。

（4）権利の行使が権利濫用と判断された場合、権利本来の効果はどうなるのか。所有権侵害による妨害排除請求が権利濫用とみられる場合には、侵害を排除することができない。消滅時効の援用権の行使が権利濫用と見られる場合は、時効利益を受けることができない（最判昭51・5・15民集30巻554頁・家督相続をした長男が、家庭裁判所における調停により、母に対しその老後の生活保障と妹らの扶養及び婚姻費用に充てる目的で農地を贈与して引渡を終わり、母が20数年これを耕作し、妹らの扶養及び婚姻等の諸費用を負担したなどの事情があるときは、母から農地法3条の許可申請協力を求められた長男がその許可申請協力請求権につき消滅時効を援用することは、権利の濫用にあたる）。確定判決に基づく執行が権利濫用と見られる場合には、債務者の執行異議の訴えによって、執行は不能になる（最判昭37・5・24民集16巻1157頁）。総じて権利の持つ本来の効果の発生ないし実現が阻止される。親権の濫用の場合には、親権そのものが剥奪されることもある（834条参照。昭和22年の民法の改正以前において、民法の条文の中で、権利の「濫用」という言葉が用いられていたのは、「親権濫用」があった場合に親権喪失の宣告を請求する権利を一定の者に認めた旧896条だけであった）。しかし、権利者は権利の内容が実現されることを保障されていなければならないから、例えば、宇奈月温泉事件でも妥当な価額の損害賠償を求めたり、借地契約を締結し、適切な地代を要求することは是認されなければならない。なお、権利濫用の効果として、所有権の行使が権利濫用と見られ、それが不法行為となって相手方に損害賠償請求権を発生させるという判例、信玄公旗掛松事件、結核病棟事件、小松園事件（大判昭13・6・28新聞4301号12頁）などは、現在の受忍限度論の先駆けであり、生活妨害上の被害者を救済するための理論としての不法行為理論を確立させる

ために重要な機能を果たした。しかし今日では、純粋に709条の不法行為の成立を問題としたらいよいであろう（いわゆる不法行為における「受忍限度論」を参照。ただし最判昭和47・6・27民集26巻5号1067頁・世田谷日照権事件はやや特殊である。すなわち、「権利者の行為が社会的妥当性を欠き、これによって生じた損害が、（受忍限度を越えたと認められるときは、）その権利の行使は、社会観念上妥当な範囲を逸脱し、権利の濫用となり、違法性を帯び、不法行為責任を生ぜしめる」旨を判示しているからである）。その意味で、「権利濫用」の法理は時代の進展に伴う新たな法理の確立へと導く、過渡期の法理論として機能していることがわかる（四宮・総則34頁は権利濫用法理の規範創造機能という）。

### 3－5 自力救済（Selbsthilfe）禁止の法理

しかし、権利者は権利の内容が実現されることを保障されていなければならない。宇奈月温泉事件でも、妥当な価額の損害賠償を求めたり、借地契約を締結し、適切な地代を要求することは是認されなければならない。近代法ではこの権利内容の実現は、私人にまかせない。権利者が他人によって権利行使を妨げられているからといって、実力で権利の実現を図るならば、社会秩序が保たれない。すなわち、「自力救済」は許されないのである。権利の実現はすべて裁判手続によるべきである。ただし例外として、権利侵害が明白かつ切迫しており、裁判手続に訴えたのでは間に合わない場合には、必要な限度を超えないことを条件に自力救済が許されることもある（盗人の窃盜をだまってみていることはない）。最高裁は「法律に定める手続によったのでは、権利に対する違法な侵害に対抗して現状を維持することが不可能または著しく困難であると認められる緊急やむを得ない特別の事情が存する場合」には、「その必要な限度を超えない範囲内で」例外的に自力救済が許される旨を宣言している（最判昭和40・12・7民集十九巻210一頁　自力救済事件。ただし、結論否定）。これはドイツ民法二二九条等を参照したものであろう。平穏な状態を侵害する者に対してはその平穏な状態を維持するために抵抗・抗争して傷つけることがあっても、違法性は阻却されて（刑三六条）、犯罪にはならないし、賠償責任も負わなくてよい（七二〇条一項）。

なお私権の分類の一例として表②を参照してほしい。

表② 私権の分類

	権利の内容である利益による分類	権利の作用による分類
①	財産権（物権・債権等）	支配権（物権・無体財産権等）
②	人格権（生命権・名誉権等）	請求権（債権・扶養請求権等）
③	身分権（親権・相続権等）	形成権（取消権・解除権等）
④	社員権（株主権等）	抗弁権（同時履行の抗弁権等）