



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	効率性 対 違法性 —民事違法の経済理論—
Author(s)	林田, 清明; HAYASHIDA, Seimei
Citation	北大法学論集, 41(3), 400-314
Issue Date	1991-01-31
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16772">https://hdl.handle.net/2115/16772</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	41(3)_p400-314.pdf



# 効率性 対 違法性

— 民事違法の経済理論 —

林 田 清 明

## 目 次

はじめに

1. 民事違法論と法の経済分析
2. 違法性の経済モデル
3. 不法行為責任における違法性
4. 違法性の法的枠組

おわりに

## はじめに

本稿の目的は、つぎの三つである。第一は、「法の経済分析<sup>(1)</sup>」を用いて民法上の違法性にアプローチすることである。「法の経済分析」は違法性の法的構成をより明らかにするだろう。第二は、より個別的に不法行為法において権利侵害や違法性<sup>(2)</sup>の実質的な判断基準を明らかにすることである。通説であるいわゆる相関関係説をとらずに、新たな考え方を示す。第三に、より一般的に民法の規範が資源の効率的な利用を促進し

## 効率性 対 違法性

ていること、すなわち民事における違法とは効率性に他ならないことを明らかにするためである。このようにして、本稿は、「法の経済分析」がわが国においても民法の分析方法として有益であることを示す。

以上の趣旨が示すように、本稿はその多くをさまざまな形でアメリカ法における「法の経済分析」や広く「法と経済」の近年の成果に負っている。その意味では、法と経済や法の経済分析の考え方の一端を紹介することも兼ねている。本稿のオリジナリティがあるとするれば、これらわが国の民法や不法行為法に適用しようとする試みとその視点であろう。民法と法の経済理論や分析との、一つの理論的な連結を明らかにできれば幸いである。

本稿では、先ず1において、法の経済理論の視点からわが国の違法性ことに民事違法をどのように考えることができるかを検討する。2において、違法性の経済的モデルを考える。3では、わが国の違法論とその根拠とに対比して、経済モデルの可能性を論じる。最後に4では、経済モデルによって不法行為法における違法性の構造を明らかにし、いくつかの代表的な問題に適用を試みる。

- (1) 「法の経済分析」については、古城誠「法の経済分析の意義と限界上・中」法時56巻1号54頁、7号59頁（1984）など参照。なおここで、「法の経済分析」と言うとき、「法と経済」のうちでも実証的分析をする方法を指す。「法と経済」や「法の経済分析」の基本的な方法と視点については、林田清明「法と経済、法の経済分析、批判とパラダイム」に触れる予定である。
- (2) 本稿では、わが国の多くがそうであるように、権利侵害も違法性と同一意味に用いている。なお、権利侵害と違法性を厳格に区別する考え方も存在する。原島重義「開発と差止請求」法政研究46巻2－4合併号275、ことに294頁注13（昭和55）、同「権利論とその限界」法政研究42巻2－3号411、414頁（昭和50）など参照。

## 1. 民事違法論と法の経済分析

民事上の違法性論は、かつては民法の基本的な問題として全般に渡って説明や体系化が試みられた<sup>(1)</sup>。違法論は不法行為において最も盛んであるが、この領域だけに限られず、権利濫用、法律行為、身分行為、さらに公序良俗など民法全般に及ぶものである。しかし、近年では全般に渡る説明や試みは盛んであるとはいいい難い<sup>(2)</sup>。また統一的な原則によって説明されているともいい難い。さらにこのため、民事違法性は、その判断が重要であるにも関わらず、実質的な基準の提示には到っていない。ただし、不法行為法においてはいわゆる相関関係説が提唱されているが、以下にみるように基準としても十分とはいいい難いし、民法の他の領域にも適用できるものとは考えにくい。

法の経済分析は民事違法を統一的にまた、その基準を呈示することができる。このために、まず違法というものが何であるかを検討する。権利侵害あるいは違法性は、わが国ではドイツ民法はじめ大陸法での議論との関係で論じられるものが多いが、アメリカ法「的」な観点からもアプローチすることができる。アメリカ法における、近時の動きである「法と経済」や「法の経済分析」は、違法論へのアプローチをより容易にした—われわれの眼からみれば—といえるだろう<sup>(3)</sup>。

### A. エンタイトルメント

エンタイトルメント概念はアメリカにおける「法と経済」の成果が生んだものといってよい。そこで、これを明らかにしたカラブレイジとメラムドのエンタイトルメント理論を検討する。これは、違法性が何の問題であり、法律の中でどのような問題として存在するかを明らかにする上で有益であると思われるからである。

国家が存在せず、自然状態<sup>(5)</sup>のときには、商品やサービスの取得や使用を決定する方法は、力関係による。すなわち、そこでは「力は正義」で

## 効率性 対 違法性

ある。これに対してより秩序だった方法でこれを決定することが望ましい社会においては、国家権力や市場によってこれを決定している。

二人以上の人や集団の利益が衝突しているときには、国家はいずれの人や集団の側の利益を是認するかを決定しなくてはならない。そこでは、争いある当事者のうちいずれが勝ち残る権利(資格)を与えられるか(「エンタイトル」)が基本的な課題である。カラブレイジ・メラムドはこれをエンタイトルメント問題と呼ぶのである。<sup>(6)</sup> つぎのように述べる。

「いずれの法制度も直面する最初の問題は、ここで「エンタイトルメント」問題と呼ぶものである。国家が二人以上の人々や二つ以上のグループの、相反する利益に直面する場合にはつねに、国家はどちらの側に味方するか決定しなければならない。このような決定がなされなければ、財やサービスへの接近それに生命それ自体は「力は正義なり」—より強い者や抜け目ない者が勝つだろう—に従って決定されることになる。このため、法がなすべき基本的な事柄は、紛争の当事者のうちいずれが勝ち残る資格(権原)が与えられるかを決定することである。騒音を出す権原 対 沈黙を保つ権原、汚染する権原 対 きれいな空気を吸う権原、こどもを持つ権原 対 禁じる権原、これらは法的な決定の最初のものである。」<sup>(7)</sup>

つぎに国家が決定しなければならないのは、「確立された」エンタイトルメントがどのような方法で保護されるべきか、そして個人がそのエンタイトルメントを売買、取引できるかどうかである。<sup>(8)</sup> 保護の方法としてよく、また法的な救済方法の問題である。カラブレイジ・メラムドはエンタイトルメントの保護の問題を、3つの種類に分けている。所有(Property)ルール、責任(Liability)ルール、非譲渡(あるいは譲渡制限・Inalienability)ルールである。ただし、これらが必ずしも明確に分類されるとは言えないともしている。<sup>(9)</sup>

所有ルールは、エンタイトルメントの保持者からそれを譲り受けたい

と望む者がエンタイトルメントの合意された値段での任意の取引においてエンタイトルメントを買いとるというものである。国家の関与が最も少なく、誰に最初のエンタイトルメントが与えられるかには関与があるが、その価値や値段については当事者に委ねられている場合である<sup>(10)</sup>。所有ルールでは、その救済は差止めである。

責任ルールは、客観的に定められた価値を支払うときは最初のエンタイトルメントを破壊しても、そのエンタイトルメントは責任ルールによって保護されるものである<sup>(11)</sup>。ある権利が責任ルールによって保護されているならば、このエンタイトルメントの当事者は、権利保持者の意思に関わらず、エンタイトルメントの価値を減少させることができるのである。ただし、価値の減少した部分、つまり損害を事後的に賠償することが求められる。その価値の減少の評価は、裁判所によって決められる。このように、責任ルールの救済は損害賠償である。

譲渡制限ルールは、エンタイトルメントの譲渡が制限されている場合のルールである<sup>(12)</sup>。投票権や臓器などの譲渡の制限などさまざまなものがある。この場合の救済もまた、多様である。カラブレイジ・メラムドのエンタイトルメント理論は1972年の論文ではその存在と所有ルールと責任ルールの区別に分析が向けられていた。また、その後のいくつかの議論もこの分類に沿う方向で進められた<sup>(13)</sup>。彼らの分類と検討が有益であることの評価は高い<sup>(14)</sup>。しかし、非譲渡あるいは譲渡制限ルールの検討がなされていなかった。これを補うように最近、トータルな研究が出されている<sup>(15)</sup>。

所有ルールと責任ルールの違いは、所有権(法)と不法行為法の基本的な違いでもある。経済的な観点では、資源の価値のある使用へ向かわせるような取引は効率的(資源がその価値を最大にするように用いられるような資源の分散を意味するとき)である。Aが車を所有していると。Bが、Aよりもこの車に高い価値があると見込んで、この車を欲

## 効率性 対 違法性

しがるとする。考えられるのは、(a) BとAとが車の譲渡について交渉・取引する、(b) Bがこの車を盗む、であろう。前者は、任意の取引であるし、後者は強制的取引である。車の社会的価値からみれば、Bのこれらの「取引」によってより高い価値を生じており、その意味では望ましい取引である。しかし、ことに(b)の場合において、車はAのところでも自分のところでもより高い価値を生じているから、自分に権利が認められるべきであると、裁判所(社会)を説得することはできないであろう。すなわち、ここに所有ルールが働いているのである。

所有ルールは、任意による場合を除いて、権利の保持者がエンタイトルメントによって与えられている保護のレベルを他人から妨げられないことによってエンタイトルメントを保護するのである。このため、所有ルールは、取引費用が高い場合には、効率的な結果を生まないことがある。というのは、この場合には所有ルールは、エンタイトルメントを低く評価する者の手にとどまりがちである。取引費用が高く、したがってより高い価値を生む使用へと向かわせる取引自体が起こりにくいからである。

他方、責任ルールでは、最初に権利が与えられている者よりもそのエンタイトルメントをより高く評価する者は、事前の交渉なしにエンタイトルメントを確保できる<sup>(16)</sup>のである。その者は、エンタイトルメントを自己に譲るように強制することができ、これに対する賠償を支払うのである。たとえば、車にはねられた歩行者は、自己の身体について権利を保持している<sup>(17)</sup>。歩行者の権利(の価値)は不注意な運転者によって減少させられており、しかも、その身体についてのエンタイトルメントはその権利保持者(歩行者)の同意なく、運転者に譲渡させられているのである。この場合、エンタイトルメントは、これにより高い価値をつける者によって獲得されているのである。強制的な取引によってより高い価値へと向かうのである。このように、取引費用が高い場合には、責任ル

ルが所有ルールよりも先んずるのである。<sup>(19)</sup> いかえると、所有ルールは市場で取り引きせよという命題を持っているのに対して、責任ルールは、市場によらない取引つまり、裁判所を通じた取引なのである。<sup>(20)</sup>

両者は同一の資源について別々に存在することもあるが、同時にも存在しうる。たとえば、人は、故意や正当な理由のない侵害に対して所有権を持ち、これを排除することができるし、事故による損害に対しては責任ルールによる保護を受けることができる。<sup>(21)</sup> 土地についても、無断で通行する者に対しては所有ルール（妨害排除など）が働かし、侵害されたものに対しては、賠償請求ができる、つまり責任ルールによって保護されるのである。

権利とエンタイトルメントはどのように異なるのか。権利はエンタイトルメントを与えられる者に割り当てられる。権利は所有ルール、責任ルールあるいは非譲渡ルールによって保護されるのである。ある工場が河川を汚染して、流域の住民に被害を与えている、とする。裁判所が汚染者（工場）が保護されるべきである判断するときには、工場に「汚染する権利」（一般的な表現としては営業権）は所有ルールによって保護される。これによって工場は、資源を排他的に使用できる。また、工場が保護されるべきであるが、「汚染する権利」が責任ルールによって保護されるべきであると判断するときには、被害を受けた住民に賠償した上で、行為の自由つまり営業が認められる。他方、裁判所が被害者の方が所有ルールによって保護されるべきであると判断するときには、住民は工場の汚染を差止めることができる。被害が責任ルールによって保護されるとするときには、工場は賠償をした上で、汚染することができる。<sup>(22)</sup> 誰が、どのルールによって保護されるかを決めるのがエンタイトルメント問題である。エンタイトルメントと権利は異なる概念である。

## B. エンタイトルメントと違法性

1. エンタイトル問題は、所有ルールや責任ルールに共通するもので、法的な紛争においていずれの当事者が勝つか、あるいは社会がいずれの行為を是認するか、の問題を基本としている。資源の配分をめぐる「食うか、食われるか」の問題である。

エンタイトルメントはわが国の法概念や法体系に無関係のように見える。しかし、「エンタイトルメント」そのものとしてではないが、先ほどの例が示唆するようにわが国でも知られている。ここでは所有権侵害の例を挙げる。A所有の土地をBが無断で通行しているとする。他方Bは無断で通行することで利益を得ており、それは所有者Aの権利(利益)と衝突している。ここに、エンタイトル問題が存在する。この場合、Aが所有権を持ち、その内容も明確であるから、Aは所有権に基づきBに対して妨害排除請求権を有する。これは、Aにエンタイトルメントが与えられることを意味している。Aは、所有ルールによって保護されているのである。これは、たとえば環境のように所有権の内容が曖昧である場合とは異なって、Aの所有権の内容がはっきりしているから単純ではあるが、基本的には違法判断である。いいかえると、BはAの土地を通行することによって利益を得たいならば、それは市場を通じて、つまりAとの取引によってこれを取得すべきであるということである。

所有権あるいはそれに類似する土地利用の衝突のより複雑な例は、いわゆる公害や環境事件にみられる。いわゆる「環境権」の議論もこれらに関係している。<sup>(2,3)</sup>たとえば汚染をしているあるいはその恐れがある企業がそのまま環境を使用し(続け)てよいのか、あるいは住民や市民にきれいな空気や環境を享受する権利があるのかなど、環境が誰のものであるか(ここでは、いずれの側に環境の使用を社会的に認めるべきかのエンタイトルメント)の議論が中心となっている。「環境権」は、環境についての権利や利益が住民に与えられるべきだとするのであるから、所

有ルールの確立を目指すものである。これに対して、企業によって環境が汚染され被害が生じた場合に、不法行為責任に基づく損害賠償を求めるのは、責任ルールに立ったものである。環境に対する所有（権）は、先ほどの無断通行の例とは異なって、誰がどの程度所有するかが明らかではなく、所有の内容が曖昧である。また同じような例としては、禁煙権として列車や航空機内の「きれいな空気」の所有が問題となっている。そこでは、より熾烈に誰にエンタイトルメントが与えられるべきか、つまり相手の行為が違法であるかが議論されるのである。<sup>(21)</sup>

エンタイトルメント問題は、土地利用ばかりではなく、取引の場合でも存在する。物権変動のいわゆる対抗問題は、取引における違法性の問題の一つに他ならない。いわゆる二重譲渡は、売主がその所有する不動産を第一買主に売る契約をしたが、登記をしないている間に、第二買主が同じくこの不動産を買う契約をして、登記を経たという場合である。ここで対抗問題は、第一買主が所有権をその登記なくして第二買主に対抗できるかである。これはすなわち、いずれの買主が所有権を取得できるかどうかの問題にほかならず、いいかえると誰が新しい所有者であるか、の判断である。ここにエンタイトルメント問題が存在しているのである（後述4. B参照）。

さらに、不法行為、つまり責任ルールの領域でも、たとえば、鉄道の運行による営業（権）とこれによって枯れる松の所有権の対立、航空機を運行させることによる運行あるいは営業権と空港付近の住民の生命や身体・健康などの権利の衝突など、がある。これらはいずれもいわば公害の例である。しかし、このような例でなくとも、不法行為の通常の場合においても実は相容れない権利どうしの対立は存在するのである。交通事故の加害者の営業あるいは運転する権利と歩行者の生命・身体についての権利、など。権利どうしの対立があるにも関わらず、このことは強くは意識されなかったのである。生命・身体についての権利の絶対性が

## 効率性 対 違法性

意識されるに及んで、これらが権利として確立していることは明らかになり、権利どうしの対立ということは言うまでもないことになったのである。そこでは、違法性の判断基準であった相関関係説の考え方とともに、加害行為の態様と被侵害利益の態様として、どのように加害者の権利行使を制限すべきかがもっぱら問題とされるようになったのである。エンタイトルメント問題の、責任ルールにおけるものは、わが国の不法行為における違法性が果たしてきたと基本的には同じ(あるいは、そうでなかったとしたら果たすべき)役割である。

このようにエンタイトルメント問題は、法的な紛争が生じている場合、ことに権利どうしが衝突している、いわば相容れない権利行使が問題となる場合に強く現れてきたのである。エンタイトルメント問題はわが国の違法性あるいはその積極的な面として権利論が果そうとしてきた役割に相当するものと考えてよいのである。

2. つぎに、エンタイトルメント問題とこれに対応するわが国の違法性の問題がどのような性格のものか明らかにしておく必要がある。わが国での違法性の基本的な考え方は、当該の行為によって侵害される権利の存在とこれに対する侵害があったと社会的に言うことができるかどうかである。そこでは、もっぱら権利どうし、あるいはそれらを行使する行為どうしの調整が中心的な課題となってきたといえよう。

第一に、所有ルールが妥当する領域では、前述のように、所有権侵害では、所有権を持っているという事実によって妨害排除などの物権的請求権による保護が与えられるから、違法性の有無はあまり問題ではなかった。取引の例で、二重譲渡でも違法性の問題は存在するにも関わらず、物権変動の対抗問題とされて、登記の前後や第三者の悪意や背信性が問題とされてきた。このように所有ルールが妥当する、所有権侵害や契約や取引の領域では、あまり、違法性は問題とされてこなかった。

第二に、不法行為ではより違法性が争われて、主要な問題となった。

しかし、不法行為では、後に述べるように、加害者の利益と被害者の利益の調整—相関関係説はまさしくこれを行なうための基準であるが—という形で、違法性が問題とされてきたのである。

しかしながら、違法性は行為や権利・利益の調整にあるのではなく、いずれの行為を社会的に妥当とするか・いずれが勝つかの判断である。コース教授はつぎのように述べている。「問題は、AがBに損害を与え、そして、決定されるべきものが『どのようにAをわれわれが制限すべきか?』というものとして普通には考えられている。しかしこれは誤っている。われわれは、相反する性質の問題を扱っているのである。Bへの損害を避けることは、Aに損害を与えることである。決定されるべき本当の問題は、AがBを侵害することが認められるか、あるいはBがAを侵害することが認められるべきか、である。…(中略)…家畜が隣地の作物を荒す問題の例を挙げることができる。家畜が迷い出ることが避けられないならば、肉の供給の増加は作物の供給の減少という犠牲をはらって手に入れられている。この選択の性質は明らかであろう。肉か作物か、である。<sup>(28)</sup>

このように、法がどのような場合を、あるいは行為や結果を違法とするか、いずれの側を勝たせるか、の問題は、資源の配分に大きな影響を与えているのである。すなわち、民法における違法性は資源の配分の問題に他ならないのである。これは、法と経済の出発点であるといつてよいだろう。したがって、民事の違法性を考えるに当たってはこの点を十分に考慮する必要がある。

- (1) 末川博・権利侵害論(昭和5)、同・権利侵害と権利濫用(昭和45)など。
- (2) 最近のものでは、原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学4号54頁(昭和51)など。また、無過失責任を一元的に理解するために抽象的違法行為を提唱するのは、石本雅男「抽象的違法行為概念の構想」末川先生還暦記念・民事法の諸問題49頁(昭和28)。

## 効率性 対 違法性

- (3) 林田清明「法の効率性の世界-(書評)ランディス・ボズナー著不法行為法の経済的構造(1987)」北大法学論集41巻1号440頁(1990)参照。
- (4) Rose-Ackerman, *Inalienability, and The Theory of Property Rights*, 85 *Colum. L. Rev.*931(1985).
- (5) 市民による政府がない場合で、力(軍事力)による関係が存在する状態。
- (6) Calabresi & Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 *Harv. L. Rev.* 1089, 1090 (1972), hereinafter cited as "Calabresi & Melamed".
- (7) *Id.* at 1090. ただし、原注を省いた箇所がある。本論文の紹介として、藤倉皓一郎「論文紹介」アメリカ法1976-1、85頁(1976)がある。
- (8) Calabresi & Melamed, 1092.
- (9) *Ibid.*
- (10) *Id.* at 1092.
- (11) *Ibid.*
- (12) *Ibid.*; Rose-Ackerman, *supra* note 4.
- (13) たとえば、A.M. Polinsky, *Resolving Nuisance Disputes: The Simple Economics of Injunctive and Damage Remedies*, 32 *Stan. L. Rev.* 1075 (1980).
- (14) Kronman, *Specific Performance*, 45 *U. Chi. L. Rev.* 351 (1978).
- (15) Rose-Ackerman, *supra* note 4; Epstein, *Why Restrain Alienation?*, 85 *Colum. L. Rev.* 970 (1985).
- (16) Calabresi & Melamed, 1092 & 1106-1110; J. COLEMAN, *MAR-KETS, MORALS AND THE LAW* 29 (1988).
- (17) 身体・生命についての権利や利益あるいは人格権とも呼ばれる。
- (18) COLEMAN, *supra* note 16, at 29. より高い価値へ向かうならば、そのような取引は法の経済分析では固定されて良いように見えるが、法はなお市場を通じた取引を促している。刑法は、所有ルールを責任ルールに転換させる「強制的」取引を禁じるものである。POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 201-202 (3rd ed. 1986), hereinafter cited as POSNER, *EAL*.
- (19) Calabresi & Melamed, 1092; COLEMAN, *supra* note 16, at 29.
- (20) Calabresi & Melamed, 1092 & 1106-1109; W. LANDES & R. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW* 30-31 (1987), hereinafter cited as LANDES & POSNER, *ESTL*; Coleman, *ibid.*
- (21) LANDES & POSNER, *ESTL* 30.
- (22) Calabresi & Melamed, 1115-1117; A.M. POLINSKY, *AN INTRO-*

DUCTION TO LAW AND ECONOMICS 15-25 (2nd ed.1989). 権利をどのように捉えるかにもよるが、エンタイトルメントと権利の関係については、COLEMAN, *supra* note 16, at 28-63. また、エンタイトルメントも、外在的に捉える考え方と、カラプレイジ他のように内在的に捉える考え方があることについては、W. HIRSCH, LAW AND ECONOMICS 11 (2nd ed.1988).

- ㉓ 大阪弁護士会環境権研究会編・環境権(昭和48)参照。また、権利侵害の観点から「環境権」を検討するものに、谷口知平「環境法と環境権」末川先生追悼論集・法と権利1巻354頁(昭和53)。
- ㉔ 経済的外部性と所有権の内容の曖昧さや違法性との関係については、後述4. A. 2. を参照。
- ㉕ むろん、それらの判断が無用であるという意味ではない。
- ㉖ Coase, The Problem of Social Costs, 3 J. L. & Econ. 1, 2 (1960).

## 2. 違法性の経済モデル：効率性

違法性が資源の配分に関わるものであることが明らかになったので、つぎにどのように配分するかが問題となる。この配分の考え方と方法が違法性の役割と判断の基準を明らかにするだろう。ここで明らかとするのは違法性の効率性モデルと呼ぶものである。

どのように資源が配分されるかについては、法律よりも経済学がこれをよく分析したところである。したがって、資源の配分についての考え方を知る必要がある。基本的な視点はつぎのようになろう。法律は、経済学における市場モデルをアナロジーするのである。近代経済学が完全競争市場を想定して、つまり理論モデルとして現実の市場を説明するように、法律も一定のモデルが現実の法律問題や紛争あるいは制度を説明したり、分析したりすることができる、と考えるのである。「法と経済」や「法の経済分析」は、このモデルを経済学の完全競争市場に求める。法律は、経済学の市場モデルをいわば「模倣する」<sup>(1)</sup>のである。

ここでは、まず、経済学の基本的な考え方を紹介して、法律におけるモデルを明らかにする(A)。そして、なぜ完全競争市場モデルが法律

## 効率性 対 違法性

においても必要なのかについて検討する（B）。

### A. 完全競争市場

#### 1. 完全競争市場と効率性

すべての人の欲求を満足させるほどには資源は存在しない<sup>(2)</sup>。つまり、資源は希少である。したがって、希少な資源をどのように配分するか<sup>(3)</sup>が経済的な問題となる。資源の配分の方法は、社会で異なりうるが、市場システムによるものと政府による配分などが存在する。

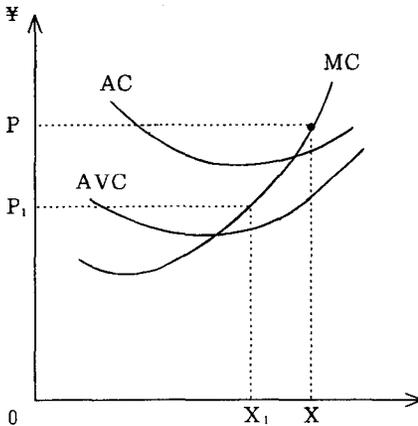
完全競争市場は、経済学で用いられる市場モデルの一つ<sup>(4)</sup>である。ほかに、独占的競争、売手寡占、独占がある<sup>(5)</sup>。このような完全競争市場は現実には存在しない。しかし、これを考えるのは、完全競争市場の行動は現実の市場が機能する、その仕方について有益な指標をもたらす、経済的行動を検証するための貴重な出発点であるからである<sup>(6)</sup>。完全競争市場というのは、簡単に言えば、誰も価格をコントロールできないほど売手も買手も競争に直面しているということである。つぎのような特徴を持っているとされている。a. 市場にたくさんの売手と買手がいる。b. それぞれの売手と買手が価格と製品について完全な情報を持っている。c. 売られる製品が同質である、すなわち誰の製品か区別できない。d. 市場への参入やそこから出ることが自由である、つまり障害がないこと。e. どの企業も製品の価格についてコントロールできない<sup>(7)</sup>。

経済学の前提の一つは、人はその目的や満足、いわゆる自己の利益の理性的な最大化をはかる者であるということである<sup>(8)</sup>。行動の選択は、その選択者の心理状態がどうであれ、理性的な選択のモデルにかなうならば、その行動は理性的である。また、自己利益は利己的な追求ではない。他人の幸福もまた、ある者の満足の一部となり得る。そこで、完全競争市場においては、消費者はその効用（幸福）<sup>(9)</sup>を最大化するように行動する。他方、

供給する側の生産者・企業は、その利潤を最大化するよう<sup>(10)</sup>に行動する。

企業が利潤を最大化するためには、どれだけ生産するかが明らかになる必要がある。一つの方法として、総収益から総費用を差し引いたものが最大になるようにすればよい。これはまた価格が限界費用(総費用曲線の勾配)と等しくなるまで生産することによっても得られる。限界費用(MC)とは、あと一単位の生産をするために必要とされる費用をいう。つまり、生産量を増やしたときに余分にかかる費用<sup>(11)</sup>をいう。また、TCは、総費用で、固定費用<sup>(12)</sup>(FC)と可変費用<sup>(13)</sup>(VC)の合計である。すなわち、 $TC=FC+VC$ となる。

図 2. 1.



左図で、価格を  $P$  とするとき、 $OX$  より少ない生産量では価格は  $MC$  を超える。たとえば、 $X_1$  では価格は  $P_1$  となり、 $P_1 < P$  となる。したがって、生産量の増加は、収益(プロフィット)の増加につながる。また、 $OX$  より多い生産量では、価格は  $MC$

以下となる。したがって、生産量の減少は収益をもたらす。このように、 $OX$  が収益を最大化する生産量である、ということになる。重要なのは、最大の収益は、価格が  $MC$  と等しくなるような生産率<sup>(14)</sup>で得られる、ということである。

消費者や企業がそれぞれの私的利益の追求を通じて資源の最適な配分が達成されることになるが、つぎに資源の最適配分を判断するための経済的効率性について検討する。経済的効率性を測る基準は、パレート最適、パレート優越、カルドア・ヒックス基準などがある。まず、パレート最適とは、誰かを悪化する(worse off)ことなくある者を良くする

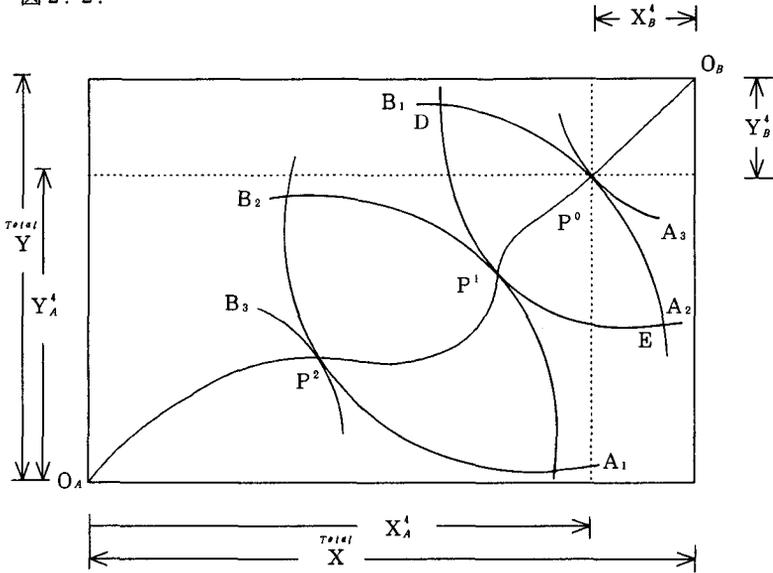
## 効率性 対 違法性

ことがないときにのみ、資源はパレート最適に配分されたという。すなわち、それよりも優れた状態のない場合である。前述のように、個人はその効用を最大化するように行動するが、無差別曲線は、個人が無関心となる、消費の組合せを示すものである<sup>(15)</sup>。これを用いて、資源の最適な配分がどのように達成されるか見てみよう。

エッジワース・ボックス図は、二人から成る社会を前提として、相互に利益となるような取引がなされる配分を明らかにすることができる<sup>(16)</sup>。図の水平線は財X（たとえば、食物など）の総量、垂直線は財Y（たとえば、衣服など）の総量を示し、また、原点（ $O_A$ ）からみて、曲線  $A_1$ 、 $A_2$ 、 $A_3$  は、個人Aの無差別曲線である。曲線  $B_1$ 、 $B_2$ 、 $B_3$  は、 $O_B$ を原点とする個人Bの無差別曲線を示している。Aの満足はボックスの右上に向かうにつれて増加する。Bの満足は、左下に向うにつれて増加する。

そこで、Aが曲線  $A_2$  にあり、Bが曲線  $B_1$  にあるとする。これらのうちの一点、たとえばDでは、AがXをYに代替する限界率<sup>(17)</sup>はBのそれよりも高い。つまり、Dにおける  $A_2$ 、 $B_1$  のそれぞれの勾配は、Aの方が高い。両者が自由に取引できるならば、Aは、YをXと交換するように取引するだろう。この取引は、 $P^0$  の点までなされると考えられる。というのは、Aは無差別曲線  $A_3$  まで移行することができる、Bは、同一の無差別曲線  $B_1$  上にあり、この取引の以前と変わらない良化した(better off)立場にあるからである。他方、Bもまた  $P^1$  まで取引することによって良化することができる。しかし、この場合には、Aは同一の  $A_2$  曲線上にあり、悪化(worse off)していない。このように  $P^0$  と  $P^1$  の間での均衡が生じると考えられる。このようにAの限界代替率とBのそれとが等しいときには、これ以外に利益となりうる取引は起こらない。図の  $P^0$ 、 $P^1$ 、 $P^2$  は、それぞれの無差別曲線が正接している点を示している。この点から、他の点への移行はいずれかの当事者を悪化させることを意味する。 $P^0$  から  $P^2$  への点の軌跡は、契

図 2. 2.



約曲線 (contract curve) と呼ばれる。この曲線上の点では、限界代替率は等しい。つまり、契約曲線は、誰も他者を悪化させることなく、良化する、という意味で、最適な配分を示しているのである。<sup>(18)</sup>

しかし、誰かを悪化させず、誰かが良化するというのは、ごく稀な場合である。これは、全員一致が成り立つときにだけ、社会的な判断が下せることを前提としている。このため、これ以外の場合には判断が下せず、その意味ではきわめて弱い価値判断であるとされる。<sup>(19)</sup>

また、効率性の基準として、パレート優越とは、ある状態を  $S_1$  とすると、他の状態  $S$  より、つぎのときにのみパレート優越である。誰も  $S_1$  において悪化せず、かつ、すくなくとも 1 人が  $S$  よりも  $S_1$  において良化している。しかし、これらではユーティリティ (満足・幸福) を測れないことや第三者への効果が考慮されていない。

さらに、カルドア・ヒックス基準とは、 $S_1$  は、つぎのときにのみ  $S$  よりもカルドア・ヒックスの意味において効率的である。  $S$  から  $S_1$  へ

の移行において勝者が敗者に補償することができ、その結果誰も S において悪化せず、かつ、少なくとも一人が S に在ったときよりも良化しているであろう場合である。<sup>(2.1)</sup>

ポズナーは、カルドア・ヒックスの定義において用いている。すなわち、ある政策の変化があるとき、政策の変化による勝者が敗者に補償できる、つまり、政策の変化から得られる利得（ゲイン）が敗者が失うものよりも大きいならば、実際に両者の間で補償がなされようとなされまいと、その政策の変化は効率的であるといえる、とするものである。<sup>(2.2)</sup>

さらに、完全競争市場と効率性の関係について触れておく。<sup>(2.3)</sup> 完全競争市場において市場均衡は、消費者の効用と生産費用の正しいバランスをもたらすものである。このバランスが達成される時、その結果は経済的に効率的であるといえる。消費者は、価格に対する限界効用の割合が他のすべての商品に対する割合と同じになるまで、ある商品を購入する。個々の消費者は、かれらが購入する商品の価格がそれらの限界効用を反映するまで消費するのである。<sup>(2.4)</sup> 商品の価格は、個人にとっての商品の限界効用を金銭によって測ったものである。

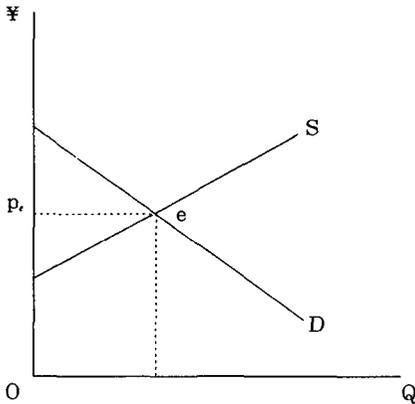
他方、生産者は、価格と限界費用とが等しくなる ( $P=MC$ ) まで生産を続ける。かりに価格が限界費用を超えると、生産者は生産を拡大することによって利益・利潤を上げる機会を見いだすわけであるから、限界費用が価格と等しくなるまで生産を続けるのである。<sup>(2.5)</sup> しかし、価格が限界費用と等しいときに、さらに生産をすることには意味がない。

このように、完全競争下においては、すべての生産者は、同一の価格に直面しており、限界費用が価格と等しくなるまで生産を行なう。個々の生産者は同一の生産費用をもっており、この生産者にとっての（ある商品の）限界費用は他の生産者の限界費用と同じである。かつまた、それは、社会にとっての限界費用と同一である。<sup>(2.6)</sup> いいかえると、それぞれの生産者が同一の生産費用で生産するとき、その商品は社会の資源の最

小を用いて生産されているのである。

かくして、市場均衡においては、商品は最小の費用で生産され、また限界利益すなわち価格が限界費用と等しくなる地点まで生産されるのである。このことからつぎのことが言える。すなわち、ある商品の、社会にとっての限界費用がその限界効用つまり価格に等しいときには、そのような資源の配分は経済に効率的である、といえる。<sup>(27)</sup> 均衡価格は、消費者によって需要される量が生産者によって供給される量に等しい価格を意味する。

図 2. 3.



左図では、均衡点  $e$  の価格は  $p_e$  である。ところで、この考え方をすべての財に及ぼし、また、全経済の均衡を考えることができる。すなわち、すべての市場が均衡価格に達したとき、その経済は一般均衡にあるという。完全競争の条件のもとで達成された一般均衡

は、社会的に最適である。すなわち、商品の生産と消費者へのその配分の両方に関して効率的であるからである。これが見えざる手(の理論)と呼ばれるものである。後に述べるように、一般均衡は、さまざまな市場や政策判断をする場合に指標をもたらすのである。<sup>(28)</sup>

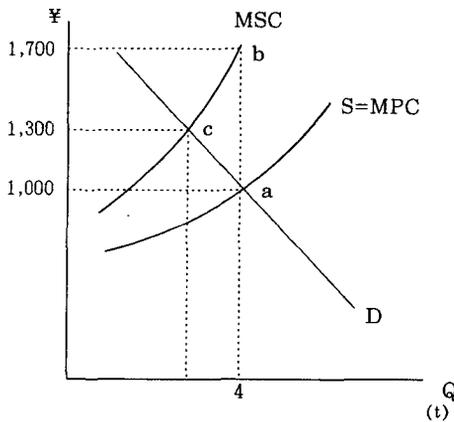
## 2. 市場の失敗

これまで述べてきたようには、市場が機能しないことがある。このような場合を市場の失敗と呼ぶが、市場の失敗は、価格システムが社会にとって最適な商品の量を生産しないときに生じる。たとえば、経済的外部性が生じているとき、独占や公共財が問題になるときなどに起こる。<sup>(29)</sup>

## 効率性 対 違法性

不法行為法と関係が深いのは、経済的外部性の問題である。経済的外部性は、行為者の私的費用と社会的費用にギャップが生じているときに生じる。外部経済と外部不経済がある。外部不経済は、たとえば、公害や汚染はその代表的な例である。私的費用（利益）とは、ある商品を生産したり、消費したりする行為者が負担したり、享受したりする費用（利益）である。外部費用とは、ある商品を生産したり、消費したりする行為者以外の者、つまり第三者が負担したり、享受したりする費用（利益）である。社会的費用とは、私的費用と外部費用とを合計したものである。

図 2. 4.



左図では、需要曲線を

D とするとき、供給曲線 S は限界私的費用 (MPC) を表している。MSC 曲線は限界社会的費用を示している。需要・供給曲線とが交差する点 a では、¥1,000 の値段で 4 t (トン) の量が生

産されることを示している。ところが、4 t の量が生産されるときには、限界社会的費用は限界社会的利益に等しくない。価格が、真の費用を反映していないのである。すなわち、限界社会的費用が価格よりも大きいときには、社会的に見れば多く (すぎる) の商品が生産されることになる。効率性は、需要曲線 D と限界社会的費用とが交差する点 (c) での価格 ¥1,300 に等しくなるようなところまで生産されることを要求するのである。すなわち、価格における c-a が外部費用である。

外部性が存在するときは、完全競争による資源の配分が経済的に非効率であることを意味する。そこで、この外部性を「内部化する」こと

が必要になる。上図では、商品の価格が、その資源の使用による社会にとっての実際の費用を反映するようにさせることである。すなわち、外部費用を生じさせている者にその費用を内部化するような効率的な手段を取ることを求めるのである。社会的な効率性は、限界社会的便益と限界社会的費用とが等しくなるように求めるのである。

内部化する方法には、当事者による交渉、所有権の「再定義」、それに課税・補助金などの方法が考えられる。「法と経済」によれば、不法行為法は賠償責任を負わすことによって、経済的外部性を内部化させるための制度である。<sup>(30)</sup>

### 3. コースの定理・取引費用

シカゴ大学のコース教授は、法によらなくても、任意の合意によっていくつかの外部性の問題が解決されることを明らかにしたのである。すなわち、当事者が交渉できるなら、つまり取引費用がゼロであるとき、当事者は法がどのようなものであるかにかかわらず、効率的な解決にいたる、というものである。コースが例証に用いたのは、家畜牧場と農家のニューサンスの例である。<sup>(31)</sup>取引に費用がかからないなら、「所有権の配分」に関わりなく効率的な結果は達成されるというのである。<sup>(32)</sup>

むしろ、現実には取引に費用がかかる。取引費用とは、取引をする際に生じる費用である。契約当事者では比較的低いが、事故が発生するまでは相手が誰であるか分からない不法行為では高いと考えられる。たとえば、ある工場が付近の住民10人に、あわせて1000の費用の被害を与えている。ただし、住民はそれぞれ100を超えない被害を受けている。被害を回避するための費用が、500であるとする。しかし、この工場は防止のための措置を取らない。というのは、500の費用がかかるからである。ところで、被害者の住民は、500から1000までの費用を工場に提供することによっても、被害を回避することができる。しかし、10人の住民の誰もこの額を提供しないと考えられる。というのは、防止措置のた

## 効率性 対 違法性

めの額を提供するには、住民どうしが交渉しなくてはならない。また、その交渉において誰も最後にしか提供しようとしなない。誰かが支払えば、被害は回避されるから、これにいわゆるただ乗りできるからである。住民らが交渉する費用がかりにひとりあたり120かかるとすれば、1000を超えるから、住民は払わないよりも、払ったときに悪化するである。このように、取引費用は交換からえられる利益を減少させるのである。取引費用が、高くなる原因には、取引の相手方が誰であるか明らかでないこと、取引のための意思決定や、集まったり連絡したりする費用、ただ乗り問題、弁護士などの費用のためである。

## B. 市場モデルと違法性

つぎに、なぜ法律は完全競争市場モデルを適用することができるか。「法と経済」や「法の経済分析」の立場をとるから法律が経済上のモデルを使うというのではない。法律が資源の配分がなされる市場を—文字どおり法的に—支えているからにはほかならない。これが、前述したように法律が資源の配分に深く関わっている理由とともに、経済モデルを法律において適用できる、第二の理由である。たとえば、ある経済学者はつぎのように見ている。

「法的枠組みは経済行動に深刻な影響を与えるが、多くの法律は明確に研ぎすまされた経済的な費用便益分析の基礎の上に立っていない。むしろ、いくつかのものはローマ時代に由来し、他のものはイギリス・コモン・ローから発展したものである。他方、現代法はしばしば、何が公平か、正しいかという感情によって動かされて、またあるときは政治的市場で売られているものによって動かされているのである。

われわれの法律や慣習の起源がいかなるものであれ、法的枠組みは経済行動に強い影響を与えているのである。<sup>(33)</sup>

このように、市場と法律との制度上の関係から、法律が市場での取引の

「ゲームのルール」を提供し、市場に法的枠組みを与えているのである。<sup>(34)</sup>

この観点からみるときこれまでの経済と法律の捉え方の基本的な違いが明かとなる。すなわち、市場での取引が効率的であるかどうかが問題であるのに、法律はそれが正しいか・公平かどうか、として見て(答えて)きたのである。<sup>(35)</sup>たとえば、ポズナーは、「多くの訴訟で決定されるべき最終的な問題は、どのような資源の配分が効率性を最大化するかである。通常は市場がこれを決定している。しかし、市場による決定の費用が法的決定による費用を超える場合には、決定は司法制度に委ねられているのである。」<sup>(36)</sup>としている。

そこで、経済モデルがどのように適用されるか概観しておくのが便利であろう。経済分析の基本的な前提は、資源は効率的に配分されるのが望ましい、というものである。これは、市場において実現される。市場での効率的配分が実現されていないときには、なんらかの介入が必要になる。これに対して、法(私法あるいは民法といってよい)が用意したのは、前述した所有ルールと責任ルールの二つである。所有ルールは、取引費用が低いかゼロの場合に妥当する。この場合には、市場による取引が可能である。取引費用が高い場合には、市場による取引は成立しないから、責任ルールが妥当する。つまり、この場合には、裁判所を通じた「取引」がなされるのである。

民法もほぼこれに対応している。所有ルールは、所有権や契約、法律行為に妥当する。責任ルールは不法行為法である。簡単ないくつかの例をあげる。<sup>(37)</sup>まず、錯誤では、完全競争市場モデルはつぎのように適用できるだろう。<sup>(38)</sup>AとBとの取引で、Bに錯誤が存在するとする。錯誤は情報が不完全なために生じている。完全競争市場モデルは、情報が完全だったならば、当事者はどのように行為したかの基準を提供するのである。すなわち、情報が完全であれば錯誤は生じないから、情報を完全にするためにはどうしたらよいか問題となる。情報をより安価に入手す

## 効率性 対 違法性

ることができる者にこれを開示させることによってこれは可能となる。つまり、モデルの要請である効率性は、より安価に入手できる者に錯誤のリスクを負担させることにしているのである。つまり、民法は、錯誤者（B）がより安価な入手者であるときには無効とせず、相手方がより安価な入手者であるときに、錯誤による意思表示を無効としているのである。<sup>(39)</sup> 無効とすることによって、より安価に入手できる者に情報を入手することへのインセンティブを与えているのである。このことを通じて、資源の浪費（より安価に入手できないとするとどんなことになるか？）を防ぐのであり、したがってこれは効率性の要請である。

また、不動産取引に関する、いわゆる二重譲渡の問題は、資源の効率的利用が望ましい目標であることそのものである。二重譲渡は、物権変動における対抗問題として論じられる。A が所有する不動産を第一買主 B が買う契約をして、登記を経ないでいるところ、第二の買主 C がこの不動産を買って登記を済ませたとする。この不動産について誰が新しい所有者となるかが、前述のエンタイトルメント問題であり、わが国では対抗問題とされてきたところである。この場合、B、C など誠実な者どうしでの争いを回避することが望ましい。第一の買主 B は、登記をすることによって自己のものであることを公表することができるから、そうさせることによって第二の買主 C のような立場に置れる者が、誰が真実の所有者であるかどうか調査する費用を回避することができる。より安価に（所有権取得に伴う）費用を回避できる者にそのリスクを負担させるのである。つまり、所有権の帰属が否定されることによって安価な費用回避者は、自己の所有であることを公表（登記）するインセンティブを持つのである。このようにして資源の効率的使用が図られるのである。これらの簡単な取引の例から、取引においても効率性はそれぞれの領域で違法性判断の基準であることが示唆されたといえよう。<sup>(40)</sup>

また、取引に関する場合でも比較的違法性が問題となるのは、権利濫

用や公序良俗である。前者では、社会的にみて妥当な権利行使か否かが、これ自体曖昧であるが、その基準とされてきた。いずれかの権利行使を権利濫用として違法とすることは、資源の配分に影響を与える。したがって、ここでもまた、効率性は基準となりうると考えられるのである。他方、いかなる行為が公序良俗違反、したがって民法上違法となるかも、資源の配分の問題の一つに他ならない。ある行為を公序良俗に反するとして、社会的に是認しないからである。しかし、公序良俗違反かどうかの基準も曖昧である。

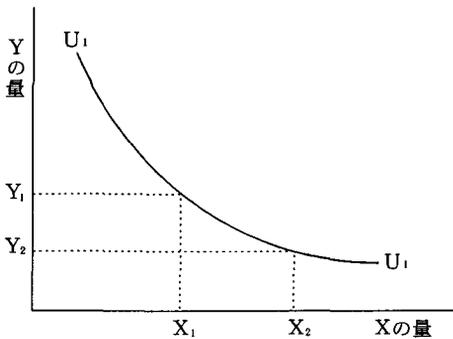
さらに、不法行為責任では、すべての不法行為では生じた損害や損失を賠償させるべきか否かが問題になる。すなわち、損失をどのように分散あるいは配分したりするかが問題となっているのである。したがって、損失を配分する最善の方法が必要となる。かくして、損失やその危険の配分は、資源の効率的な配分を考える経済的分析の中心的な課題となるのである。

以上までの検討から、つぎのことが言える。第一に、効率性は民法の違法性における基準ではないか。第二に、より一般的に経済的効率性は民法における違法性を統一的に説明できる可能性を持つ原則である。そこで、つぎに効率性によってより詳しく不法行為における違法性を分析しよう。

- (1) POSNER, EAL 491. cf. Polinsky, Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, 87 Harv. L. Rev. 1655, 1657 & 1663-1665 (1974).
- (2) 土地や機械や労働力など、希少な財やサービスを生産するために投入されるもの。
- (3) 希少な資源を特定の生産や、特定の人やグループに割り当てることである。
- (4) 経済分析でのモデルや方法については、林田清明「法と経済、法の経済分析、批判とパラダイム」(予定) 参照。

効率性 対 違法性

- (5) R. RUFFIN & P. GREGORY, PRINCIPLES OF MICRO-ECONOMICS 187 (3rd Ed.1988) ; E. MANSFIELD, PRINCIPLES OF MICROECONOMICS 151 (6th Ed.1989).
- (6) RUFFIN & GREGORY, Id.at 68 ; MANSFIELD, Id.at 151.
- (7) RUFFIN & GREGORY, Id.at 187 ; MANSFIELD, Id.at 152-3.
- (8) POSNER, EAL 3.
- (9) 商品やサービスを消費することから受ける消費者の満足をいう。MANSFIELD, supra note 5,at 100.
- (10) 詳しくは、福岡正夫・ゼミナール経済学入門第5、6章(昭和61)など参照。
- (11)  $MC=dTC/dQ=dVC/dQ$  ; デルタ d は、変化を示す。
- (12) 生産量に応じて変化しない費用である。
- (13) 生産量に応じて変化する費用である。
- (14) MANSFIELD, supra note 5,at 244.
- (15) 図 2. 5.



- $U_1$  は、ある個人が  $X, Y$  を消費することから同一の効用を引き出す組合せを図にしたものである。これは、無差別曲線と呼ばれるが、一般に原点に向かって凸に描かれる。また、個人に一つに限られない。上図では、この個人は、この曲線上の  $(X_1, Y_1)$  あるいは  $(X_2, Y_2)$  のいずれの組合せにも無関心と言うわけである。MANSFIELD, supra note 5, at 114.
- (16) 心理学者の Edgeworth にちなんでこの名がある。わが国の経済学における説明は、福岡、前注10、209頁など参照。
  - (17) 限界代替率と呼ばれ、曲線の接線の勾配で示される。
  - (18) MANSFIELD, supra note 5, at 454 ; NICHOLSON, MICRO-ECONOMIC THEORY : BASIC PRINCIPLES AND EXTENSIONS 218 (4th Ed.1989).
  - (19) 福岡、前注10、209頁。
  - (20) 潜在的パレート優越とも呼ばれる。

- 21) 「法と経済」の学者でもどれを用いるかは異なる。たとえば、COOTER & ULEN, LAW & ECONOMICS 45 (1988) は、パレート最適基準を使っている。なお、ロバートD. クーター=トーマスS.ユーレン・法と経済学(1990、太田勝造抄訳)参照。
- 22) LANDES & POSNER, ESTL 16.
- 23) NICHOLSON, *supra* note 18, CH 16, p.475.
- 24) RUFFIN & GREGORY, *supra* note 5, at 231.
- 25) *Id.* at 232
- 26) *Ibid.*
- 27) *Ibid.*
- 28) COOTER & ULEN, *supra* note 21, at 44.
- 29) RUFFIN & GREGORY, *supra* note 5, at 447. なお、公共財とは、他の者が消費する量を変えずに、ある者によって消費される商品やサービスをいう。例としてよく挙げられるのは、国防や環境など。
- 30) LANDES & POSNER, ESTL 187. その全体の紹介については、林田清明「法の効率性の世界(書評)」北大法学41巻1号440頁(1990)参照。
- 31) Coase, The Problem of Social Costs, 3 J. Law & Econ. 1 (1960).
- 32) 詳しくは、古城誠「法の経済分析の意義と限界(上)(中)」法時56巻1号54頁、同7号59頁(1984)、林田、前注(30)、など参照。
- 33) P. SAMUELSON & W. NORDHAUS, ECONOMICS 759-760 (13th ed. 1989). 同趣、E. MANSFIELD, PRINCIPLES OF MICRO ECONOMICS 309-316 (6th ed. 1989).
- 34) MANSFIELD, *supra* note 5, at 311; P. SAMUELSON & W. NORDHAUS, *Id.* at 759 (13th ed. 1989).
- 35) SAMUELSON & NORDHAUS, *Id.* at 759-760. なお、市場と法律との関係、ことにこれらがうまく制度上対応しているかどうか、ズレがないか、などの議論については、林田、前注4、参照。ちなみにポズナーは、法律が正義だと呼んでいるものが、効率性に他ならないという。
- 36) POSNER, EAL 491.
- 37) それぞれ広範な問題を含むから、別途に考察されるのが望ましい。いくつかの基本的な考え方は、林田清明「民事違法の経済理論」判夕746号(1991、近刊)参照。
- 38) Kronman, Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contract, 7 J. Legal Stud. 1 (1978); 林田清明「錯誤の経済分析(1)(2)」大分大学経済論集35巻1号90頁、同2号123頁(1983)。
- 39) 民法95条。ただし、いくつかの重要な例外があることについては、林田、同。参照。

(40) ここでは、簡単な例で基本的な説明にとどまる。物権変動の対抗問題はより複雑であるので、別途に考察されるべきである。

### 3. 不法行為責任における違法性

不法行為法を法の経済分析によって説明・理論づけようとするとき、最初の大きな課題となるのは、不法行為法の目的である。これまで伝統的と考えられてきた「目的」との対立あるいは整合性が問題となる。つぎに、わが国の不法行為における違法性の考え方と問題点を明らかにし、「法の経済分析」によるアプローチとの相違を探る。

#### A. 不法行為責任の目的—賠償と抑止

わが国の違法性は不法行為の目的にとってどのように機能してきたか。<sup>(1)</sup>不法行為法の目的にはいろいろなものが考えられるが、ここでは損害の賠償と事故の抑止を取りあげる。<sup>(2)</sup>一つは、違法性の現実の面、つまり賠償目的においてなぜ違法性は要件として機能していないかである。二つには、違法性は抑止目的においても機能し得るかである。不法行為法の目的との関係において違法性を考えるのは、これがあまり強調されてこなかったことと、不法行為の目的が要件としての違法性の考え方に大きな影響を与えらると思われるからである。

これまでわが国において不法行為法の目的を生じた損害の賠償にあることに異論はなかった。しかし、これはつぎの意味においてである。一つは、賠償目的が「損害の公平な負担」と言われる程度にしか機能してこなかったことである。二つには、目的として事故の抑止が近時強調されるにつれて、反面として賠償が浮かび上がったことである。法と経済は不法行為法の目的を事故の抑止と考えるのである。したがって、かりに法と経済をわが国の不法行為法に取り入れるとしたら、まず事故の抑止という目的と伝統的な違法性との接合や関係が問題となろう。

## 1. 賠償目的

わが国では、伝統的に不法行為を社会に生じる損害の公平・妥当な負担を実現する制度と見ている。たとえば、典型的には、「不法行為は、社会に生ずる損害の負担を公平妥当に分配する制度と考えられるようになった」のように表現される<sup>(3)</sup>。しかし、不法行為法の目的を賠償にあるとする考え方において公平や妥当な賠償が何であるかは曖昧である。ただし、基本的には賠償に損失の分散と富の分配の2つの意義をもたせているように思われる<sup>(4)</sup>。事故によって生じた損失は大きな額にのぼるから、何らかの方法で負担を分散させることによって侵害の影響を減少させることができるからである。それぞれについて検討する。

### (a) 損失の分散<sup>(5)</sup>

損失分散とは、事故から生じた損失を人々の間で、かつ時間の経過にしたがって分散させることである。損失分散が目的であるときには、加害者・被害者のいずれの行為が社会的にみて有益で、行為者の幸福を増加させているかどうかは関係がない。行為の社会的有用性あるいは被害者に生じた不利益な結果は過去に生じた侵害の費用を分散させる能力とは関係がないからである。

これに対して、相関関係説あるいは利益衡量論は損失分散になんらかの役割を果たしてきたといえよう。行為と被侵害利益の態様をそれぞれ相関させることによって、あるいは両者を利益衡量させることによって、責任あるとされる者たちの内から比較的よい損失分散者を捜し出すために機能すると考えられるからである<sup>(6)</sup>。

損失分散が不法行為法の唯一の目的であるならば、行為や結果の違法性を論ずる必要はない。損失分散は保険によって最もよくその目的を達成することができるからである。このときは損失分散の能力が重要な問題であって、違法かどうかは関係がない。

### (b) 富の分配

## 効率性 対 違法性

富の分配とは、損失を最も良く支払うことのできる人たち—通常は最も富める人たち—に損失を負担させることである<sup>(7)</sup>。これは損失の分散をできるかどうかとは関係がない。

相関関係説ことに利益衡量論は、責任があると考えられる者の内から富の分配を比較的好くできる者を選び出すことができる。両当事者のそれぞれの富を比較することが理論的には可能だからである。

富の分配が目的ならば、行為や結果の違法を論じる必要は薄れる。当事者を比較して、そのうち「富める者」を捜し出せばよいからである。この役割は、相関関係説や利益衡量論が一定程度機能した以外は、違法性以外の要件に委ねられることが多かった。

### (c) 他の要件の補完

なぜ違法性が賠償目的の下では機能しないのかを検討した。しかし、これだけの検討では不十分である。まず、違法性が果たすべき役割をこの他の要件が果たしてきたことも考えられるからである。第二に、不法行為法を取り巻く環境からの要因が考えられるからである。

まず考えられるのは、相当因果関係の存在である。ある権利や利益についていったん違法性がある、すなわち、ある侵害に対して法が保護するということが承認されれば、残るのはどこまで保護するかという問題である。この役割を主要に、また部分的に果たしてきたのが相当因果関係である。このような相当因果関係は相関関係説の実践的な触手であるといえる。この面での相当因果関係の批判は多くあるので、詳しくは触れない。たとえば、「危険性関連」や「危険範囲」などは目的による評価を加えるものであろう<sup>(8)</sup>。

違法性の実践としてこれを見るとき、相当因果関係は賠償の範囲を公平の見地から判断するために機能していることである<sup>(9)</sup>。これは功利主義的な考え方でもある。すなわち、通常の損害の範囲にあるとされるとき、それは当事者の予測の範囲内にあり、彼らはこれに対して備えることが

北法41(3・371)1421

求められるのである。また、特別な事情下にあつては、予見すべき範囲内にあるかどうかを段階的に設定することによって被害者と加害者の利害（幸福）をそれぞれ比較することで決められたからである。相当因果関係は加害者と被害者の利益の調整機能すら持っていたといえる。<sup>(10)</sup> また保護範囲の問題としたところで決め手はない。<sup>(11)</sup>

つぎに考えられるのは、賠償額の算定における過失相殺の機能である。賠償目的が違法性においてその機能を弱めたことの反面、賠償目的がどこかで強く出てこなければならなかった。これが出てきたのが賠償額の算定の要件である。なかでも過失相殺の果たしている役割は大きい。まず、過失相殺は賠償額の算定において加害者と被害者の公平を図るための制度だとされているのである。<sup>(12)</sup> つぎに、公平の実現の仕方は、具体的な事情に応じて裁判官が自由裁量によって具体的に相殺する割合を決めている。<sup>(13)</sup>

公平あるいは公平な負担を目指すといっても、これを測るものがない以上、賠償額の配分は曖昧とならざるを得ない。過失の役割やそのほかの事情を考慮して決めるといっても、判断者の主観による面が多い。経験的な積み上げによる一応の指標が出されているが、なぜその割合なのかをまたそれがなぜ合理的なのかを説明しないだろう。

このように、過失相殺は文字どおり富の再分配の機能を果たすものである。この機能が大きければ大きいほど、違法性の機能はその背後に隠れることになる。<sup>(14)</sup> これはいわば、不法行為法を保険として利用することを意味する。

また、不法行為法的环境要因を挙げることもできよう。なかでも大きな要因はわが国の不法行為法が「成熟」してきたことである。ある権利や利益が社会に登場してきてこれをめぐる紛争が一段落ついたからである。つまり、主要な利益についての法の「認知」やその否定がほぼ終わっているからであり、侵害が違法性ありとされるリストは豊かになってい

## 効率性 対 違法性

る。むろん、社会の発展につれて新たな利益や権利が生じて来ることはあり得るから、そのときには違法性が作用するであろう。

以上のように、賠償目的は十分に機能していない。一つは、ある利益が不法行為法上保護されるかどうかに関与する役割が限定的だったことである。第二に、権利侵害あるいは違法ありと判断されたのちは、この他の要件がどこまで、どの程度保護するかを役割を果たしてきたからである。賠償目的の比重はここにあるといえる。加害者は、被害者のそれぞれの行為の価値は、当事者の公平という観点から、個別的に、また諸般の事情を考慮して判断されることになった。

なお、伝統的な違法性概念と矯正的正義との関係が問題となろう。矯正的正義は、侵害を引き起こした違法な行為を矯正・是正することを意味する。しかし、これには何が違法であるかの定義がない。また、加害者・被害者のそれぞれの行為の合理性や有益性を考慮していない。

また、不法行為責任は損害発生による不均衡を加害者と被害者の間で回復するという目的を持っている、とも考えることができる。すなわち、損害填補は加害者に不利益をもたらすという考え方が存在しており、これが行き過ぎて不法行為法が制裁という機能を果たすのを避けるためには、公平な賠償というものが目的とされたのであろう。しかし、いずれにしても、損害や損失の分散が問題となることにはわかりなく、「一方当事者が他方に対して優先しうることについて積極的な理由が見いだされる必要がある<sup>(16)</sup>」といえるだろう。伝統的な違法性概念では、ことに賠償目的のもとではこの点が曖昧とならざるを得なかったのである。何が公平かを測る基準が、曖昧で、結局は裁判官の主観によるほかはないからである。

## 2. 抑止目的

不法行為の目的を事故の抑止にあると考えるとき、違法性をどのように構成することができるか。まず、賠償ではなく、なぜ抑止なのか、つ

ぎに、わが国の違法性は抑止目的を担えるか、について検討する。<sup>(17)</sup>

なぜ不法行為法が事故の抑止を目的とすることができるか。先にみたように、賠償目的においては違法性は富の分配にいくらか寄与したが、賠償そのものの肯定・否定の判断とその理由づけにおいて曖昧さを残している。この曖昧さは、分配の方法として柔軟でなければならないことによるものであったといえよう。曖昧な概念や目的がはっきりしないことは、何が本当に問題か、すなわち誰の行為を社会的にみて妥当だと是認するのか、もっとはっきりといえば「誰が勝ち、誰が負けるのか、そしてそれはなぜなのか」の判断をおおい隠すのである。<sup>(18)</sup>

抑止目的とは損害と事故回避つまり安全のための費用との総計を減少させようとする目的である。これはすでに生じた費用の負担を和らげることによってではなく、将来生じ得る、そして防止することのできる事故を防止しようとするインセンティブ（意欲）を作り出すことによって達成されるのである。<sup>(19)</sup>

それでは、わが国の違法性に抑止の機能はなかったのか。むろん、抑止の機能は不十分ではあるが働いてきた。理論的には、賠償額が前述の安全のための費用と同じかそれ以上であるときには、抑止は働く。同じときには問題ないが、事故の費用以上のときには、行為者は過度に抑止のための行為をすることになる。これは、適切な賠償という観点からは、制裁である。<sup>(20)</sup> 富の分配あるいは広く賠償目的で賠償額を割り当てると、どんなことになるか。抑止目的からみると、過少抑止になったり、過剰抑止になったりするおそれがあるのである。<sup>(21)</sup>

抑止目的からは、賠償は多くても・少なすぎても良くないということである。賠償は正確になされる必要がある。その意味では、抑止目的を採ったからといって、賠償において賠償目的より劣ることはあり得ない。

以上から、つぎのことが明らかになる。わが国の不法行為法は目的として、賠償のほかに抑止の機能を持ちうる。第一に、賠償目的は明確に

## 効率性 対 違法性

は違法性に反映されていない。第二に、賠償、抑止のいずれでもあるし、またいずれでもないといえよう。いずれでもないとはできないから、いずれでもありうるということである。したがって、どちらか一方を排除しない。わが国不法行為法の目的として抑止目的をもたせうといえよう。

- (1) 違法性については、後のB参照、および末川博・権利侵害論（昭和5）、前田達明「不法行為法の構造—その覚書—」民法学の基礎的課題（於保不二雄先生還暦記念、昭和51年）159、ことに180頁以下など参照。
- (2) わが国での詳細な議論については、森島昭夫・不法行為法講義451頁以下（昭和62年）参照。
- (3) 我妻栄・有泉亨・債権法（法律学体系コンメンタール篇3）526、527頁（1951）。なお、山中康雄「刑事責任と比較してみた不法行為論」我妻先生還暦記念・損害賠償法の研究上巻1頁（昭和32）。
- (4) たとえば、危険の分散やことに使用者責任では、当該の事業から収益を挙げている者に賠償責任を課す根拠などが議論されてきた。
- (5) Calabresi, Concerning Cause and the Law of Torts, 43 U.Chi.L. Rev. 69, 73-76 (1975).
- (6) なお後述B参照。
- (7) Calabresi, supra note 5, at 76-77.
- (8) 石田穰・損害賠償法の再構成48頁以下（昭和52）の「有責性関連」「危険性関連」などの議論や、前田達明・不法行為帰責論121頁以下（昭和53）参照。
- (9) たとえば、牧野英一「不法行為論の発展」法時5巻7号3、6頁（昭和8）。
- (10) たとえば、前田達明「不法行為法の構造—その覚書—」民法学の基礎的課題（於保不二雄先生還暦記念、昭和51年）159頁は、積極的損害については、結局「不可避免的に生じたもののみ」の賠償を意味するという。
- (11) 保護範囲については、平井宜雄・損害賠償法の理論138、449頁以下（昭和46）、幾代通・不法行為122頁以下（昭和52）。
- (12) 民法722条第2項、最大判昭39年6月24日民集18巻5号854頁、加藤一郎・不法行為246頁（昭和32）。
- (13) 最判昭34年11月26日民集13巻12号1562頁。
- (14) 違法性をもっと機能させて、過失相殺の機能をもっと小さくせよ、と議論しているのではない。

- (15) 指摘するのは、藤岡康宏「私法上の責任—不法行為責任を中心として」岩波講座基本法学5—責任211、214頁（1984）。
- (16) 藤岡、同237頁。
- (17) すでに抑止目的を持たないという見解もある、森島昭夫「民事責任と交通事故の抑止」交通法研究2号21頁（1972）。
- (18) Calabresi, supra note 5, 107.
- (19) Id. at 77.
- (20) 林田清明「判批・名古屋高判昭和61年12月26日判時1234号45頁」判評347（判時1253）号51頁（1988）。
- (21) POSNER, EAL 519.

## B. 権利侵害・違法性と判断基準

### 1. 権利侵害と違法性

権利侵害あるいは違法性とは、行為によって生じた被害者の権利や利益に対する結果が社会的にみて是認できるかどうかの判断である。この定義は、多様な権利侵害や違法論に共通する、中心的な意味であると理解してよいだろう。<sup>(1)</sup>

わが国では、権利どうしが衝突することは考えにくい。正確に言うならば、わが国でも権利どうしが衝突することは観念できるのであるが、むしろ被害者の持つ権利が加害者の行為によって侵害されることが中心である。そこには、加害者の持っている権利つまり「侵害する」権利という考え方は一般的ではなく後退している。例をあげると、いわゆる適法行為による不法行為がその例である。たとえば、信玄公旗掛（立）松事件は、鉄道営業と松の所有権とが対立する場合であるが、権利侵害があったというために、適法行為である（鉄道の）営業に重ねて権利濫用があることを強調しなくてはならなかった。<sup>(2)</sup> また、不法行為ではないが、権利濫用の禁止をめぐる判断には、すでに受忍限度的な考え方を示して、権利衝突の調整を図ろうとするものがあった。いずれにせよ、どちらの側にも正当な利益や権利が存在する場合には、判断は困難を極める。被害者の権利を保護しようとするならば、相手方の行為の悪性を強調する

か、被害者の権利・利益の方がより正当であることを言わなくてはならない。たとえば、後に述べる相関関係説においても、「被侵害利益の権利としての強弱と侵害行為の悪性の程度とが相互補完的に作用し合って不法行為の違法性を構成する、という考え方<sup>(3)</sup>」が取られたのである。権利侵害という概念だけではこれではできなかったのである。

権利侵害という考え方は、被害者の持っている権利が何であり、侵害されたかに目を向けさせるために、そこでは加害者・被害者の利益調整がなされなければならないにもかかわらず、これが行ないにくい。たとえば、桃中軒雲衛門事件はよく批判される事件であるが、浪曲という音楽についての著作権がないから、これを複製する行為は権利侵害をしていないというものであった<sup>(4)</sup>。多くの者が指摘するように権利概念が狭いということがある。また権利侵害が加害者・被害者の両方の行為の優劣を判断しうるものではないということである。

違法性という概念は、権利侵害よりは両者をより調整しうる概念である。大学湯事件<sup>(5)</sup>では、家主が元賃借人の老舗の売買を妨げたことによる損害賠償の請求をしたものである。老舗が民法709条によって保護されるものかどうか争われた。老舗が「権利」とはいえないから、権利でない利益でも保護されるかどうか、そしてそれを保護する理論は何か問題である。老舗が権利とは呼べるものではないから不法行為上の救済を否定した原判決をしりぞけて、不法行為に基づく損害賠償を権利侵害に限らず、「法規違反ノ行為ニ出デ以テ他人ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生ジタル損害ヲ賠償スル責ニ任ズト云フガ如キ広汎ナル意味ニ外ナラズ」としてそれ以外の違法な場合でも救済が肯定されることを明らかにした<sup>(6)</sup>。不法行為法の保護の対象は、権利侵害によるよりも大きく拡大したといえよう。しかし、ではなぜ違法といえるのかの判断基準は明らかであるとは言えない。

## 2. 違法性の判断基準

違法性の基準となりうるためには、基準として実際に使えるものでなくてはならない。曖昧でなく、多くの場合を説明できる必要がある。ここでは、わが国の違法性論の代表的な相関関係説、受忍限度論などについて考察し、違法性判断の有益な規準となっているかどうかを検討する。

相関関係説とは、不法行為における違法性は被侵害利益の種類・性質、被害の程度と侵害行為の態様との相関関係において判断される、とするものである<sup>(7)</sup>。相関関係的に判断するとは、「被侵害利益が強固ないし侵害の程度が重大な場合には、侵害行為の不法性が小さくても、加害に違法性が認められ、侵害行為の不法性が大であれば、被侵害利益が弱くまた侵害の程度が小さくても違法性が認められる<sup>(8)</sup>」というものである。わが国の不法行為における違法判断を示すものとして、通説的地位を占めている<sup>(9)</sup>。

相関関係説による違法性の基本的な判断は、第一のプロセスとして、侵害される権利や利益の性質を明らかにすること、つぎに、加害行為の「合理性」を決定することにある。第二のプロセスとして、第一によってなお明らかでない場合に、被告の行為を違法とするために他の規範による「補充」がなされる、ことによって成り立っている。

第一のプロセスについて見ると、被侵害利益の性質や態様を明らかにするのは、この権利や利益をランク付けするためで、これらが社会的に強くあるいは弱く保護されているものであるかどうかを明らかにする。強固な権利や利益は侵害行為に対して不法行為法上保護されることになる。強弱がはっきりランク付けされている社会では、強弱というカテゴリカルな判断によってある程度は解決できる。つぎの表が示すように、これには難点がある。

どの権利や利益が強固に保護されているかのランクづけがはっきりし

効率性 対 違法性

ているだろうか。強弱による分類的な、カテゴリーカルな判断には限度がある。<sup>(10)</sup> 行為の強弱、被侵害利益の強弱の組合せのうち、約半分しか明ら

		侵 害 行 為	
		強	弱
被 侵 害 利 益	強	?	○
	弱	○	?

(?は曖昧な組合せ；○は明らかな場合)

かにできない。<sup>(11)</sup> また、かりに単純に加害行為と被侵害利益の大きさを比較しているのではなく、加害行為の「態様」と被侵害利益の「態様」とを比較衡量しているのも事態は変わらない。判断対象は「加害行為」や「被侵害利益」よりも大きく広がったわけであるが、ではどのようにランクづけるのか明らかではないし、また、そのためにはそれに対する社会的な合意が明らかでなければならない。<sup>(12)</sup> おそらくこのようなカテゴリーカルな判断は、違法概念が登場する以前、権利侵害が言われていた時期には考えられたのであろうが、当時においても機械的に権利侵害が存在したと判断されたことは少ないであろう。

第一のプロセスでは、つぎに、被告の行為が社会的にみて是認できるかどうか、つまり合理的かどうか判断される。この決定は、本質的には利益や損失の衡量によってみなされている。相関的に定まる、と言うのはこの点を示すものであるし、相関関係説が違法性の実質的な判断規準として意義があるのもここである。被侵害利益の態様として、被害の重大性や範囲や性質、社会的な価値などさまざまな要素が考慮される。他方、被告の行為の態様においても行為の有用性などいろいろな要素が加味される。しかし、さまざまな要素が考慮されるだけに、曖昧となら

ざるを得ないし、結果的に基準としては役に立たなくなっている。

相関関係説の考え方は、基本的には功利主義的な考え方にある。すなわち、被告の行為の有用性が被害者の受けた損失よりも大きいならば、行為者の行為は社会的な幸福（功利）をもたらすものとして、是認できるとする考え方である。逆に、より多くの幸福をもたらさなければ、その行為は否定される、つまり違法とされるのである。これには、つぎのような不都合が生じる。かりに、「加害」（すると原告が主張する）行為による効用が被侵害利益のそれよりも大きい（加害行為＞被侵害利益）ならば、加害行為は、社会的に是認される行為であり、違法性はない、と判断されることを意味する。これは、相手が大きな企業である場合にはその社会的な効用は大きいから、「被害者」はつねにその被害を自ら負担しなくてはならないことになりかねない。

第二のプロセスについて見てみよう。相関関係説はそれだけでは十分な基準とはなっておらず、全体として違法判断の一部に過ぎない。他の違法の基準の助力を仰ぐ場合がある。「被侵害利益の権利としての強弱と侵害行為の悪性の程度とが相互補完的に作用し合って不法行為の違法性を構成する、という考え方である」とされる<sup>(13)</sup>。つまり、保護法規、刑罰法規や公序良俗などの別個の規範の補充によって違法と判断されるのである<sup>(14)</sup>。被告の行為を違法と言うために、これらの規範が用いられるのである。しかし、その場合でも、実質的な判断基準が明らかになるとはいい難い。

相関関係説は、基準が曖昧で、その判断が複雑で不統一であるため、違法性の判断基準としては十分ではない。たとえば、相関関係として判断されるものが、実は多様なものを含んでいるため、不統一であるという分析をした上で、「それ（＝相関関係説、注・筆者）は、利益衡量によって補完される・幾つかの違法判断形式による・違法判断システムのなか（15）に解消されうるものである」という指摘がある。このように、違法性の

## 効率性 対 違法性

有無を判断する基準を明確にすること、統一的な根拠を与えることが違法性論の課題である。<sup>(16)</sup>

また、わが国不法行為理論の戦後に発展した理論の一つとして、受忍限度論がある。受忍限度とは、前述の相関関係説的な判断要素の上に立ちながら、「社会通念上当該被害が社会生活において被害者が当然受忍すべき限度を超えているものと認められるかいなか」によって違法性の有無を判断するものである。<sup>(17)</sup> いわゆる受忍限度というレベルを探すことによって、相関関係説のより具体的な判断基準を提示しようとする。受忍限度論は、わが国の通説とされている。<sup>(18)</sup>

受忍限度論は、違法性判断、ことに相関関係説の流れを組むものであるが、その適用には限界がある。公害やニューサンスとよばれる不法行為など、相容れない土地利用紛争には適用できるが、この他の事故法には適用できない。交通事故の被害者が、身体上の侵害を受けてその負傷の程度はなお「受忍限度」の範囲内にあるかどうかを議論するだろうか。つまり、受忍限度論は、違法性判断の基準として、不法行為法一般には適用できないという限界を持っている。<sup>(19)</sup>

つぎに、相関関係説と基本的には同じ発想を持っているだけに、同様の批判が当てはまる。まず、受忍限度を明らかにするために持ち込まれる要素が、被侵害利益の性質や、損害の程度、地域性、規制基準の遵守の有無・土地利用の前後の関係など多様であるために、結果として曖昧な基準とならざるを得ない。つぎに、このような諸要素の利益衡量を中心に行っているから、何と何を利益衡量するかその内容は曖昧であるし、何のために、つまりどのような不法行為法の目的のために、衡量するのかがかならずしも明らかでない。<sup>(20)</sup> さらに、被害者の「受忍」の対局にある、公共性とその克服が大きな課題である。<sup>(21)</sup>

以上のほか違法性と関連する問題がいくつか存在する。相関関係説は、結果不法あるいは行為不法のいずれの立場からも支持されているといわ

<sup>(22)</sup>れる。また、今日では他の不法行為要件との関係から、新過失論や新違法論なども主張されている。<sup>(23)</sup>そこでは、相関関係説による判断にそもそも過失の判断と重なる部分があるために、同一のものを二重に判断する必要はないという指摘や見解を生んだ。このように今日、違法性を論じる場合には、わが国では過失をどう考えるかも明らかにしなければならないような状況にあるが、本稿ではなお違法性・過失の二元論を維持できると考えたい。<sup>(24)</sup>

これまでの検討から、つぎの結論を得る。わが国の権利侵害や違法性による解決の仕方は、権利をもつ者の行為を保証する、あるいはその者の利益を保証するという考え方であり、違法性は、それらを調整するものとして解決されているように見える。しかし、どちらの権利を行使すべきか、いかえるならばいずれの行為を社会的に押し進めるべきかの評価が実は違法性の要件においてなされているのである。

わが国では被害者の権利が侵害されたかどうかを中心にして加害者の行為の違法性が考慮される。ここで働くのは、生じた損害の公平な負担という指導原理・目的である。これは一個々の判断においてどれだけ実現されているかは疑問であるが—当事者間の公平を企図するものであるとされる。しかし、実際には、損害の配分という名の下に、どちらの行為を社会的にみて押し進めるべきかの判断を功利主義的な考え方によってなしているのである。むろん、個々具体的な事件ではそれは一様ではない。

違法性の具体的な基準は、一般には相関関係説であるが、いわゆる公害などの領域では、受忍限度論である。しかし、これらは、前述のような難点を含んでいる。一方では、これに代わるべきものがなかったという事情が存在する。以上からすると、わが国の違法性論においては、より明確な基準を示しうる、統一的な理論を呈示することが課題となっているといえよう。

## 効率性 対 違法性

- (1) なお、違法論においては、結果違法と行為違法の区別と有用性が議論されることがあるが、ここでは触れない。なお、藪重夫「現代刑法理論（目的的行為論）と民法における違法・責任理論」北海道大学法学部10周年記念・法学政治学論集(1960)、前田達明・不法行為帰責論第1章（昭和53）など参照。
- (2) 大判大正8年3月3日民録25輯356頁。なお、適法行為による不法行為については、末広厳太郎「適法行為による『不法行為』」法時5巻7号8頁（昭和8）。このような概念を用いずに、不法行為法の違法判断で足りるとするのは、加藤一郎・不法行為38頁（昭和32）。
- (3) 四宮和夫『「相関関係理論」に関する一考察」加藤一郎編民法学の歴史と課題236頁（1982）。
- (4) 大判大正3年7月4日刑録20輯1360頁、また大判大正7年9月18日民録24輯1710頁。
- (5) 大判大正14年11月28日民集4巻12号670頁、末広厳太郎・判民大正14年度109事件524頁。
- (6) 不法行為法上保護されるべき対象・範囲は拡大したが、しかし、違法判断の基準は明らかとはされなかった。したがって、この点での今後の判例の積み重ねが必要と言うのは、末広、同529頁。
- (7) 我妻米・債権法（不法行為）121頁以下（現代法学全集37巻、昭和6）、同・有泉亨・債権法540頁以下（法律学体系コンメンタール篇3、1951）。
- (8) 加藤一郎・不法行為106頁（増補版、昭和49）、同（筆）・注釈民法（19）33頁（昭和40）、沢井裕・國井和郎・吉村良一・民法講義ノート（6）不法行為12頁（1984）。
- (9) 四宮、前注3、263頁。このほか相関関係説や違法性に関しては、沢井裕「不法行為法学における混迷と展望」法セ296号77号（1979）、中村哲也「民法709条の一般条項化と個人の利益」法政理論15巻2号39頁（1983）、同「現代不法行為法学における過失・違法性論の動向と課題」法政理論16巻2号1、19頁（1984）、阿波連正一「我妻相関関係説の歴史的・理論的構造」沖法13号、同「我妻相関関係説の構造」私法50号130頁（1988）および後注10、12、22など参照。
- (10) 中村哲也「現代民事違法性論における類型論と体系思考」法政理論17巻3号1、27頁（1984）。被害の重大性についてすべての者の共通の評価規準は存在しないのではないかとする。また、相関関係説には、違法性段階論があると指摘するのは、原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学4号78頁（1976）。
- (11) いずれかが、強>弱である場合だけである。
- (12) 加害行為の態様と被侵害利益の態様とを「相関的に総合することは理

- 論的に不可能であり、意味がないのではないか」とするのは、柳沢弘士「ケメラーの民事不法理論（三）－不法行為における行為不法理論と不法類型論についての覚書」日本法学31巻4号101、159頁（1966）。
- (13) 四宮、前注3、236頁。中村、「現代民事違法性論における類型論と体系思考」前注10。
- (14) 幾代通・不法行為61頁（昭和52）、沢井・國井・吉村、前注8、17頁、四宮、前注3、273頁。
- (15) 四宮、前注3、286頁。
- (16) これまでに挙げた文献のほかにも、いろいろな議論がなされている。沢井裕「新潟水俣病判決の総合的研究5」法時44巻14号157、160頁（1972）、保護範囲を画定するために平井宜雄・損害賠償法の理論456頁以下（昭和46）、また前田、前注（1）など。
- (17) 野村好弘「故意・過失および違法性」加藤一郎編・公害法の生成と展開388、455頁（昭和43）。
- (18) 加藤一郎・不法行為126頁（昭和49）、幾代通・不法行為81頁（昭和52）、徳本鎮・注釈民法（19）173頁（昭和40）、また人間環境問題研究会編・公害における因果関係と受忍限度13頁以下の分析（昭和51）など参照。
- (19) 木宮高彦「総論」人間環境問題研究会編・環境法研究第3号（公害における因果関係と受忍限度）13、20頁（1976）。この適用領域の限界を超えるべく、新受忍限度論が提唱されている。淡路剛久・公害賠償の理論（1978、増補版）、同・環境権の法理と裁判68頁（1980）、同「差止法理と被害」自由と正義34巻4号13、17頁（1983）など。
- (20) 前述3。A。参照。
- (21) たとえば、大阪国際空港事件、最大判昭56年12月16日民集35巻10号1369頁など。
- (22) 四宮、前注3、265頁。最近の動きとして、行為不法・結果不法のいずれもとる、前田、前注1、187頁、また結果不法の立場から、沢井、前注9、77-78頁は、相関関係説を支持し、そのメリットを言う。他方、批判するものには、広中俊雄・債権各論講義第5版429頁（1979）、幾代通・不法行為63頁（1977）、柳沢、前注12、157頁以下など。
- (23) 平井宜雄・損害賠償法の理論403頁（1971）、淡路剛久・公害賠償の理論98頁以下。違法性を否定し、故意・過失に融合・統一して判断する立場。なお、四宮和夫・事務管理・不当利得・不法行為中巻300頁以下（1982）は、過失は構成要件、違法性、有責性の側面を持つとされる。なお錦織成史「違法性と過失」民法講座6巻133頁（昭60）参照。
- (24) 証明が必要であるが、ここでの役割ではないので、別の機会に譲る。しかし、大体の考え方については、林田清明「法の効率性の世界（書評）」

北大法学論集41巻1号440頁（1990）を参照。

### C. 違法性の基準としての効率性

なぜ効率性が不法行為責任における「法的」な基準となるかの根拠について検討する。不法行為における違法性判断の基準となりうるかを明らかにするために、効率性がどのように適用されて、機能するかを検討する。

効率性が違法性の基準となる第一の理由は、効率性が市場における資源配分の基準となっているからである。市場における取引は任意による取引である。法律ことに私法は市場での活動のルールを提供することにある。市場での活動が円滑にいくようにすることが主要な目的である。したがって、効率性は法律においても基準となりうるのである。

しかし、不法行為は、前述のように市場によらない、いわば「強制的」な取引の例である。市場を通じない取引においても、法律は効率性を基準として持ちうるのか。市場を通じない取引は、それを行なえない何らかの事情が存在するからである。これを生じせしめているのは、市場が存在するけれども（高い）取引費用が存在するからである<sup>(1)</sup>。また、市場の失敗が存在する場合である。これらに対して、法は市場を「模倣する」ことによってこれに対応する。すなわち、仮定的市場を考えることができるという前提に、「法の経済分析」や「法と経済」は立つのである<sup>(2)</sup>。したがって第二の理由は、不法行為法においても、完全競争市場モデルを用いることができるからである<sup>(3)</sup>。

そこで、いくつかの例を簡単にみてみよう<sup>(4)</sup>。暴行、殴打や詐欺、横領などは不法行為であるが、市場を通じない取引である。たとえば、AがBの車を盗む。これらの場合には、取引費用が低いにもかかわらず、強制的な富の移転が存在する<sup>(5)</sup>。市場を通じた取引ができる場合には、これによる取引をすることが市場によらない「強制的」な取引よりも資源の

配分にとって費用がかからない。つまり、市場による取引が強制的取引よりも効率的であるからである<sup>(6)</sup>。ゆえに、不法行為法はこのような行為を思いとどまらせ、市場による取引を促すために、不法行為責任を課すのである。

また、生命や身体に対する侵害のうち、たとえば強姦は、不法行為となるが、これに代わる市場はない<sup>(7)</sup>。この場合には、そのような「強制的な」取引行為を止めなければならない。強姦によって被害者となりうる者（多くは女性）は、これを防ぐために出費しなければならない、またこれを行なおうとする者もこれを行なうために出費をしなくてはならない。このような資源の配分は社会的にみれば浪費となるのである<sup>(9)</sup>。不法行為法は、このような資源配分をする行為を効率的ではないとして、不法行為責任を課すことによって禁止するのである。

効率が違法性判断の基準となる理由の第三は、効率が不法行為の違法性をうまく説明できるからに他ならない。たとえば、不法行為上問題の多い「営業上の利益」（営業権）の場合を例にとろう。営業上の利益や営業活動の保護は、それが物理的力や脅迫など故意や法規違反によってなされる場合に不法行為法上保護されることは認められている<sup>(10)</sup>。また、契約や債権侵害にアナロジーして、賠償が肯定されることもある。わが国の伝統的な表現でいえば、侵害行為の違法性が強い場合である。しかし、今日営業上の利益の保護が問題となるのは過失によるなどそれほど違法性の度合いが強くない場合である<sup>(11)</sup>。そこでは、不法行為法上保護されるべきかどうか、違法性の問題として議論されてきたのである。

効率性による分析を提唱してきたポズナーの説を見ておこう。つぎの例を参考に検討しよう。「ある小さな町で A はただひとりの商人である。そこへ B が A と競争して店を開業し、このため A の収益が減少した。A は訴えることができるか？」<sup>(12)</sup> B が開店した行為は A に損失をもたらしている。ならば A は B に売上の減少分を損害として賠償請求で

## 効率性 対 違法性

きるか。これを解決するには、どの要件の問題かを分類する必要がある。Bがやってきて開店する前と後とを較べれば収益に減少が生じているから因果関係は存在している。Bには過失あるいは故意さえもあると言えるだろう。だとすると、この問題の争点は、Bの行為がもたらした結果について違法性があるかどうかである。<sup>(13)</sup>ここで伝統的な見解である相関関係説を使うだろう。これによれば、「被侵害利益の種類・性質・被害の程度」つまり被害の態様と「侵害行為の態様」との相関関係において判断すべきことになる。どのように相関的かという点、被侵害利益が強固(生命・身体や物権など)あるいは侵害の程度が重大なときには、侵害行為の違法性が小さくても加害行為に違法性が認められる。これに対して、被侵害利益が弱くあるいは侵害の程度が小さくても侵害行為の不法性が大きければ違法性が肯定されるという。<sup>(14)</sup>ここでいう営業は強固な利益とは分類されていない。<sup>(15)</sup>とすると侵害行為の程度が問題となる。Bが悪質ならば違法性は肯定されるかも知れない。そうでないと判断されれば、違法性はないことになる。分類と判断は複雑で、争ってみるまではどうなるか分からないといえよう。<sup>(16)</sup>

上の問題はなぜ自由競争が不法行為とならないかの問題でもある。法の経済分析ではつぎのように解決できる。ポズナーは具体的な数字を挙げて説明している。<sup>(17)</sup>かりに、Bがこの町にやって来るまえに、Aは同じ商品を10ドルで1000個売っており、その利益が5ドルだったとすると、Aの収益は5000ドルであった。Bが開業して同じ商品を売るとすると、Aは値下げをせざるを得ない。これを6ドルとする。<sup>(18)</sup>A・Bによる全部の売上個数は2000個であり、それぞれ1000個を売ったとする。この場合、Aの売上は4000(10×1000-6×1000)ドル減少している。しかし、AあるいはBのいづれから購入するにせよ、消費者は同じ額だけより豊かになっている。つまり、Aが損失を被ったとしても、競争から得られる社会的利得が存在するのである。Bの行為がもたらす利益と損失を<sup>(19)</sup>

考慮する必要がある。

つぎに、Richards v. Sun Oil Co.<sup>(20)</sup>を検討してみよう。被告の過失ある運転によってその車が島と本島とをつないでいる唯一の橋に衝突して、これを壊してしまい、本島との交通を不能にしてしまった。このため島で営業している原告が営業上の損失を被ったとして、被告に対して損害賠償請求をしたものである。わが国の不法行為事件として解決するとどうなるだろうか。過失、損失ともに存在する。因果関係がやや問題となる。事故によって橋が不通となり、このため原告が営業上の損失を被ったわけであるから、条件的な意味においても事実的因果関係<sup>(21)</sup>は存在する。問題は法的因果関係、あるいは相当因果関係である。違法性を問題とすることなく因果関係で処理する方法もある。相当因果関係として考えても通常損害か予見可能な結果であったかは困難な判断である。違法性としても、相関関係説によることになる。ところで、いずれの要件で解決したほうがよいかの基準<sup>(22)</sup>はない。いずれにせよ、どちらの判断も賠償責任が存在するかどうかの規範的な価値判断をし<sup>(23)</sup>ないでは解決できない。

事実として相当因果関係が違法性の領分を侵食してきたことは十分あった。しかし、賠償責任を肯定した方が社会的にみて妥当かどうかは、相当因果関係のよくするところではない。伝統的には違法性の要件においてこれが判断されてきたのである。経済分析ではつぎのように考える。たしかに、島の商人は損失を受けている。この損失は、島の顧客が渡ることができなかつたため、ほとんどあるいは全部本島の商人の利益となった。そこで賠償責任を認めるべきかどうかについてみてみよう。

Bは自分の行為によって島のAには損失を与え、他方本島の商人らには利益を与えたわけである。だとすれば、Bが賠償責任を負担することは構わないが、本島の商人から利益を回復することができなくてはならない。しかし、Bのこの利益の回復には取引費用が高くかかる。した

## 効率性 対 違法性

がって、Bに賠償責任を課すのはBに負担すべきもの以上を負担させる結果（すなわち、懲罰）となるのである。

経済学の観点からみれば、Bの行為は社会の富の量に変化を与えたのではなく、富の配分に影響を与えた。つまり、消費者は、島の商人から買うのではなく、本島の商人から買うことに転換したに過ぎないものである。このような金銭的不経済（外部性）は、富の全体の量よりも富の配分に影響を与える需要の変化から生じるものである<sup>(24)</sup>。したがって、BはAが受けた損失を賠償する責任はない。Bが賠償する必要があるのは橋に与えた損害である。これは社会的な損失である。

以上のように、効率性は不法行為における違法性判断の基準となりうるものである。違法性の問題とされるものを効率性は解決できる。

- (1) コースの定理を想起せよ。
- (2) 法への経済的なアプローチを基本的な方法とする立場に共通する前提といてよい。
- (3) なお、ポズナーの市場と市場の模倣の考え方について、Polinsky, (Book Review) *Economic Analysis As a Potentially Defective Product : A Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law*, 87 *Harv.L.Rev.*1655, 1665 (1974) 参照。
- (4) 基本的な考え方と例を示すにとどまり、網羅的ではない。
- (5) POSNER, *EAL* 192.
- (6) 前述 2. B. 参照。
- (7) LANDES & POSNER, *ESTL* 157. なお、刑事責任は、損害賠償による救済では効率的ではないと考えられる場合に生じる。Id.189.
- (8) POSNER, *EAL* 192.
- (9) POSNER, *EAL* 193.
- (10) 四宮和夫『「相関関係理論」に関する一考察』加藤一郎編民法学の歴史と課題263、278頁（1982）は営業的活動の侵害または不正競争の場合は「顧客獲得可能性」という不確定な利益にすぎず、このため侵害者が公序良俗に反する場合に於いてはじめて違法となる、としている。
- (11) 営業的利益や人格的利益の保護がしだいに重要性を増してきていることの歴史的な把握については、藤岡康宏「私法上の責任」岩波講座基本

法学5・責任211、215頁(1984)参照。

- (12) POSNER, EAL 169.
- (13) さらに、違法性阻却事由がないかどうかとも問題となる。A・Bいずれの行為も営業という行為で問題とならないだろう。
- (14) 加藤一郎・不法行為105頁以下(昭和32)。
- (15) 沢井裕・國井和郎・吉村良一・民法講義ノート(6)不法行為12、18頁(1984)。
- (16) 違法判断の枠組がこのように複雑なことは、訴訟をする当事者にとっては「負担」である。訴訟し勝訴判決から得られると期待できる利益は、過失の立証に成功したとしても、違法性の存否が50パーセントであるから、半減する。過失不法行為の場合には相手方の過失も立証しなくてはならないから、なお更である。
- (17) POSNER, EAL 169.
- (18) なお、Bもこの値段で売る。
- (19) ことに、誰によって得られるかにかかわりなく、である。
- (20) Richards v. Sun Oil Co., 23 N. J. Misc.89, 41 A. 2 d 267(1945).
- (21) いわゆる成立上の因果関係。
- (22) いずれでもよければ、どちらか分かりやすい、判断し安い方法が取られよう。しかし、この事件の場合どちらとも言えないだろう。
- (23) 平井・損害賠償法の理論454、460頁(昭和46)。
- (24) POSNER, TORT LAW 467.

#### 4. 違法性の法的枠組——法の経済分析による

法律における違法性は、すべての法律に及び、民法のなかでも異なる<sup>(1)</sup>。ここでは、民法の不法行為責任における違法性を扱うが、法の経済分析では違法性をどのように考えることができるのだろうか。

不法行為責任において違法性が問題となるのは、つぎの2つの場合である。まず、(1) 新たな利益が存在して、これへの侵害が問題となる。あるいは、すでに存在すると社会的に認知された権利の、新たな方法での侵害が問題となる。これらは最も熾烈に争われよう。不法行為が拡大する局面といってよい。たとえば、明治期の音楽著作権(いわゆる桃中軒雲右衛門事件)や近年ではプライバシーなどがあげられよう。

つぎに、(2)すでに認められている権利や利益が、当該の行為によっ

## 効率性 対 違法性

て侵害されたといえるかどうかである。むろん、違法判断としてルーティンな部類に属する。後者の(2)の場合には違法性それ自体が問題となることは比較的少ない。したがって、その役割も過失の背後に隠れて、存在感も薄い。違法性は不要とも、あるいは過失に融合したとも考えられてきたのである<sup>(2)</sup>。

(2)の場合に「法と経済」あるいは「法の経済分析」アプローチが提示したのは事故の安価な回避者という基準である。これは、むろん、カラブレイジの提唱によるものである。本稿は最安価回避者という概念を違法性の判断基準サブ公式であると考え。なぜこれが違法性の判断基準なのか、つぎに検討する。

したがって、これらのものを含め、違法性の固有の役割と考えられるのは、つぎの通りである<sup>(3)</sup>。まず、法的に保護すべきか否かの問題、あるいは保護目的ともいえる。上述の(1)の問題である(以下、A.)。つぎに、「より安価な事故回避者」概念が働く場面、上記の(2)の問題である(B.)。さらに、違法性阻却事由の問題(C.)、最後に、法的救済の問題(D.)を構造として持っている。

### A. 保護すべきか否か

違法性の判断基準としての効率性が、まず、考え方としてそもそも妥当なものか、つぎに、それはどのように適用されていくのか、を検討する。ここでは、不法行為責任あるいは損害賠償責任のうちの、一つの問題を素材として検討する。その理由は、(1)不法行為責任あるいは損害賠償責任の問題において、責任を課すべきか、問題の行為は違法であるかが、ほかの法領域よりも典型的に、また熾烈に争われてきたからである。また、(2)違法性が裁判において論じられる、あるいは判断される局面は大きく2つである。ひとつは、新たな利益が登場し、社会的にその「認知」が問題となる場合である。もうひとつは、違法性のルー

ティーンの面であるが、すでに権利や利益として承認されている場合に、当該の事件において被告の行為に違法性があつたか、あるいは違法な結果が生じたといえるかが問題となっている場合である。判例や通説では、この局面での違法性の判断基準はいわゆる相関関係説である。しかし、今日多くの不法行為事件ではこの場合の違法性すらほとんど問題となっていないことは、先に指摘した通りである。

さらに、前述のように伝統的な違法性の考え方では、何が違法であるか、どんな行為によっていかなる結果が生じたとき違法といえるか、の点については、その判断基準は十分ではなかった。これは、新たな利益が登場し、社会において賛否評価されるときに、典型的である。そこで第一に、この場合の一つである「営業上の利益」を以下に検討する（つぎの(1)）。第二に、不法行為法の重要な役割である、経済的外部性の内部化の役割について検討する。

1. 営業上の利益あるいは経済的損失<sup>(4)</sup>の法的保護が問題となる場合は多いが、このうちいわゆる企業損害の場合を検討する<sup>(5)</sup>。最判昭43年11月15日<sup>(6)</sup>は、Yの過失ある運転行為によって、X<sub>1</sub>が眼などを負傷し、このためさらにX<sub>1</sub>が代表取締役となつているX<sub>2</sub>会社（薬局で、X<sub>1</sub>のいわゆる「個人会社」である）がその営業上の損失を被つたという事例である。最高裁は、X<sub>1</sub>とX<sub>2</sub>会社との間に「機関としての代替性がなく、経済的に、…一体をなす関係にある」と認められ、X<sub>1</sub>への加害行為とX<sub>2</sub>の損失との間に相当因果関係があるときには、損害賠償が肯定されるとした<sup>(7)</sup>。

前述したように、Yの行為はX<sub>2</sub>会社には損失を与えたが、このほかの薬局には利益を与えている。X<sub>2</sub>会社の収益が減少したのは、他の薬局で客が買い求めたからに他ならない<sup>(8)</sup>。Yの不法行為は、X<sub>2</sub>の損失に関しては、社会的な富の量に変化を与えたものではない。前述の金銭的不経済の場合に当たると考えられる。したがって、Yに企業の損失につ

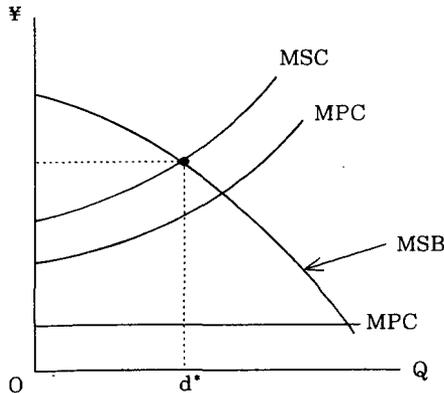
## 効率性 対 違法性

いてまでの賠償責任を課すべきではない。<sup>(10)</sup> Yが賠償責任を負担するのは、 $X_1$ の身体的負傷による損害についてである。

### 2. 外部性の内部化

保護すべきか否かの判断において、もう一つの局面は、被告の行為から経済的外部性が生じているかの問題である。不法行為法は、外部不経済を内部化する法的制度であると指摘されている。不法行為で問題となる外部性には、工場あるいは一般の自動車による大気汚染、水質汚染、煙草の煙、隣家による日照妨害、交通事故など例は多い。しかし、先に述べたように、経済的外部性が存在するときにはこれを内部化する必要がある。経済的効率性は、限界社会的便益と限界社会的費用（MSC）とが等しくなるように求めるのである。これを不法行為の事件としてみよう。<sup>(11)</sup>

図4. 1.



まず信玄公旗立松事件<sup>(12)</sup>をとりあげる。権利濫用法理は、ここでは被告の「適法行為」が不法行為法の賠償責任を強調するために用いられたものである。むろん、今日ではこのような場合を権利濫用という必要はない。<sup>(13)</sup> 被告の鉄道営業によっ

て原告所有の松が枯れるという、外部性が生じたのである。したがって、被告にこの外部性を内部化させることが効率性の観点からみて望ましい。というのは、内部化させなければ、被告はこのまま営業を続け、被害や損失を出し続けて行くから、資源の効率的な使用とはならないからである。ゆえに、被告に賠償責任を負わすことによってこれを内部化させることができるのである。効率性は、賠償責任を認めるべきか否かの

違法判断を行うことができるのである。

つぎにとりあげるのは、レコードの製造販売権を持つ者の許諾を得ないで、浪花節のレコードを複製販売した事件である<sup>(14)</sup>。判決は、浪花節に著作権は認められないことを理由に、製造販売者の、複製製造販売者に対する著作権侵害に基づく損害賠償を否定した。周知のように、浪花節における製造販売者の利益が民法709条の「権利侵害」を満たす権利とはいえないとされたことが、権利侵害の要件に対する反省と違法性に関する議論を生んだ。

許諾を得ない複製販売は、今日では浪花節であろうとそれが音楽著作権の侵害になることは明らかである。すなわち、許諾を得ないで複製販売する行為が外部性を生ぜしめるのである。複製販売者は、製造販売者が製造・販売に要した費用を負担しないで、それを「利用する」ことによって行為（営業）するわけであるから、製造販売者にこれらの費用を負担させている。そこには、社会的費用と私的費用とにギャップを生じているのである<sup>(15)</sup>。効率性はこのような外部性・ギャップを内部化する事を要求するのである。内部化するためには、損害賠償や差止の方法がある。

浪花節のレコードの製造・販売業者を不法行為上保護せず、複製者を「勝ち」としてその行為を社会的に是認することは、浪花節の知的生産を生むインセンティブを生ぜしめない。複製者は、他人の生産した物をただで利用して、販売することができるからである。効率性は、誰を保護すべきかの（違法）判断にとって明確な基準をもたらしているのである。

ところで、所有権が誰のものか明確である場合には、外部不経済は生じないといわれている<sup>(16)</sup>。したがって、外部不経済を生じないようにするには、上に述べたように不法行為責任によるばかりではなく、所有権を「再定義」することによっても可能である。すなわち、曖昧に定義されている所有権の帰属や内容を明確にするのである。たとえば、空気や水

## 効率性 対 違法性

が誰のものであるか、どのように「割当」てるか決めるのである。空気あるいは川や湖水が誰のものか明らかになれば、所有者は最適に資源を利用するであろうから、汚染などに示される外部性の問題は消えるのである。曖昧に定義された所有権は、汚染の例ばかりではなく、共同の所有についても当てはまることがある。たとえば、共有地がしだいに消えているという事実は、外部性の問題を解決するプロセスにあるためと考えられる。所有権がより明らかになれば、魚や動物、石油、地下水など資源の涸渇や最適でない使用にとどまる、いわゆる「共有地の悲劇」はなくなるのである。<sup>(17)</sup>

しかし、空気や水を誰のものであるか決めるには、再定義の費用が高い。どれくらいの外部費用が生じ、誰がどれくらい汚染しているか分からなければならないからである。たとえば、航空機内の禁煙の例がある。また、わが国のいわゆる「環境権」の動きや論争は、きれいな空気や海・水さらに景観などは環境の所有権の「再定義」が問題となった例である。<sup>(18)</sup> いずれにせよ、一般には、不法行為制度を用いることによる費用が所有権の再定義の場合のそれよりも安価であるから、不法行為責任が追求されることが多くなったものと考えられる。

以上までの検討からつぎの三つの点が明らかになる。まず、不法行為法が外部不経済を内部化する制度であることが明らかであろう。つぎに、この内部化すべきかどうかの不法行為法の要件は伝統的には違法性である。さらに、この内部化すべきかどうかの違法性判断の基準は、ここでもなお、効率性である。なお、外部的不経済が存在し、これを内部化する必要があるときには、さらに誰がこれを内部化すべきかが問題となるので、つぎの違法性のプロセス（「安価な事故回避者」）によって決定されることになる。

- (1) 末川博「違法の段階と種別」同・権利侵害と権利濫用559頁(昭和45)。
- (2) 新過失論などの登場。前田達明「過失概念と違法性概念の接近」民法学6巻62頁(昭和50)など参照。
- (3) 違法性の枠組についてはすでに明らかにしたことがある。林田「法の効率性の世界」北大法学論集41巻1号440頁(1990)参照。
- (4) 経済的損失については、菅原勝伴「『経済的損害』の賠償(1)(2)」北海学園大学法学研究15巻1号47頁、3号351頁(1979、1980)など参照。
- (5) 営業上の利益の不法行為上の保護の可能性について論じたのは、林田「不法行為法における取引関係の保護」大分大経済論集34巻4=6号360頁(1983)。
- (6) 最判昭43年11月15日民集22巻12号2614頁。なお、本件については、田中隆「会社の代表者の受傷による会社の逸失利益」交通事故判例百選(第二版)96頁、倉田卓次「交通事故と企業の損失」松田判事在职四十年記念・会社と訴訟(上)513頁、徳本伸一「間接被害者の損害賠償請求権」法学33巻3号1頁、4号38頁(1969)、同「間接被害者の損害」現代損害賠償法講座7巻287頁(昭49)、西原道雄「間接被害者の損害賠償請求」実務民訴講座3巻213頁(昭44)、潮海一雄「不法行為により第三者に生じた『反射損害』の救済」六甲台論集17巻2号14頁、3号120頁、4号1頁(昭45・46)、幾代通・不法行為254頁(昭和52)など参照。間接被害者の損害賠償請求権の問題ともされるが、実質は不法行為法上の保護を与えるべきかどうかの問題であるといえよう。
- (7) 同民集22巻12号2617-18頁
- (8) 3・C・参照。
- (9) 収益の減少は複雑であるが、Yの行為以外の要因によって収益が減少することも考えられるが、とすれば収益の減少はYの行為によるものではなかったことになろう。
- (10) 幾代、前注6、275頁。また、現在では、企業損害についての賠償責任を否定するのが通説とされている。沢井裕・國井和郎・吉村良一・民法講義ノート(6)不法行為74頁(1984)。ただし、栗田哲男「間接被害者の損害賠償請求」民法の争点II196頁(昭60)参照。
- (11) K. CASE & R. FAIR, PRINCIPLES OF ECONOMICS 383 - 84 (1989) など参照。
- (12) 大判大正8年3月3日民録25輯356頁。
- (13) 加藤一郎・不法行為126頁(昭和32)。権利濫用が問題となる生活妨害では、一般的に「社会生活上受忍すべきだと考えられる範囲内」にあるかどうかを問題とすれば足りるからである。同頁。
- (14) 桃中軒雲右衛門事件、大判大3年7月4日刑録20輯1360頁。

## 効率性 対 違法性

- (15) 前注11の箇所およびその図参照。
- (16) H. VARIAN, INTERMEDIATE MICROECONOMICS : A MODERN APPROACH 542-546(1987); R. RUFFIN & P. GREGORY, PRINCIPLES OF MICROECONOMICS 449 (3rd ed.1988).
- (17) Hardin, The Tragedy of The Commons, 162 Science 1243 (1968).  
簡単な説明は、小林良彰・公共選択13頁(1988)にある。
- (18) See, supra note 16.

### B. 安価な事故回避者

違法性の第二の役割は、誰が損失を負担すべきかという判断である。これは、違法性の中心的課題である。「法と経済」のアプローチの成果の一つは、この判断基準を具体的に提示したことにある。これは、さらに「安価な事故回避者」と違法性阻却事由の二つに分かれると考えられる。そこで、第一に、「安価な事故回避者」概念においていずれも代表的な、カラブレイジの「最安価事故回避者」アプローチとポズナーの「法の経済分析」アプローチを検討する。また、わが国の若干の例を検討する。第二に、違法性阻却事由について考察する。

#### 1. 「最安価事故回避者」と「より安価な事故回避者」

ポズナーの法の経済分析アプローチとこの他のアプローチの違いを示す判例と論争がある。これを検討することによって、なぜ法の経済分析による方法、すなわち効率性が違法性判断の基準となるかを検討する。著名なユニオン・オイル会社対オッペン事件<sup>(1)</sup>である。漁業会社が油濁による経済的損失の賠償を請求した事件である。裁判所は、サンタバーバラ海峡に漏れたオイルによって損失を受けた商業漁業会社の賠償請求を肯定した<sup>(2)</sup>。

ところで、経済的損失はアメリカ法では、故意によって営業上の利益や経済的な関係が侵害されて損失が生じる場合には不法行為法上保護される<sup>(3)</sup>。第三者による契約や債権の侵害は不法行為となる。しかし、アメ

リカ法においても、このような経済的な関係や営業上の利益あるいは顧客獲得可能性といってもよいが、これらが過失ある行為によって損失を受けたとしたら、この侵害について不法行為上の救済が与えられるかどうかは大きな問題である。過失による場合には不法行為上保護されない<sup>(4)</sup>というのが原則である。そのおもな理由は、責任が無限に拡大すること、あるいは行為から「遠い」結果であることや、訴訟が多発することの訴訟管理上の問題からである。

しかし、この一般的な原則には例外が存在する。当事者間に特別な関係があること、身体や財産の侵害に付随して生じたものであることなどの、いくつかの制限や例外がある<sup>(5)</sup>。

本判決では、被告の過失に基づくものとして請求されているため<sup>(6)</sup>、被告は原告に対して注意義務を負うかどうかが問題とされた。裁判所は、注意義務が存在するかどうかをカリフォルニア州の先例<sup>(7)</sup>にしたがって、「危険の範囲」ルールを基準とした。そして、この範囲を判断するために、予見可能性基準を用いた。そして、原告に損害を与えることは容易に予見できるとして、被告の賠償責任を認めたのである。その際、スニード裁判官は、この結論は「法と経済」の考え方、ことにカラブレ<sup>(8)</sup>イジの「最安価事故回避者」を用いても肯定されるとした。

#### (a) イプスタインの権利アプローチ

権利概念に親しんでいるわれわれにとっては、イプスタインのアプローチから始めるのが判りやすいだろう。AがBを打つ。Aが賠償しなければならないのは、Bが自分自身に財産権を持っているからである。すべての人は自分の身体を所有している。これと同じことが当てはまる。石油会社は損失を与えた。問題は誰がオイル漏れによってだめになった魚を所有しているかである。魚はコモンローにおいては野性の動物である。コモンローでは野性の動物についての権利は占有に基づく。ところ

## 効率性 対 違法性

が、本件の漁業会社は捕獲したりなどして占有していない。したがって、この会社は財産権（所有権）を持っていない。ゆえに、漁業会社は、魚への損害をオイル会社に請求できないはずであるが、イプスタインは、本判決の方法には致命的な欠陥があるが、賠償を肯定した結論は正しいとしている。<sup>(9)</sup>

かりに、わが国の場合の事例として賠償責任の有無を考えると、漁業会社に魚についての権利があるか、が問題となろう。漁業会社には所有権がない。では、占有しているか、あるいは利益はあるか。原告はまだ占有していない。営業しているから、利益はあるかもしれない。いわゆる営業上の利益といえるだろう。これは一般的にみて法的に保護される利益か。保護される利益ならば、このような加害行為による侵害に対して保護されるべきか。伝統的な方法を取れば、侵害利益の態様と加害行為の態様の相関関係によって決まるはずである。しかし、真実のところでは、相関関係による判断は、保護されるべきか否かについて明確な基準や判断の指標を与えていない。おそらく判断者によっては、違法性の有無、したがって、この場合賠償責任の有無<sup>(10)</sup>についての見解は分かれると思われる。<sup>(11)</sup>違法性がないとすれば、明らかになんらか（魚やそれ以外にも）の被害を与えているオイル会社に賠償責任を否定することになる。しかも、このような環境破壊<sup>(12)</sup>のケースでは、「加害者」を責任なしとすることにつながる。では、違法性ありとして漁業会社の利益を保護する、つまりオイル会社の賠償責任を肯定するとしたらどうか。営業上の利益がつねに保護されることが確立されているならば、漁業会社の利益は保護されて当然ということになる。しかし、そうではない。かりに本件で漁業会社の利益を保護すれば、この他の者の営業上の利益も保護することへの道を開くことになる。このほかの漁業者、ホテル、商店など多くの者が請求できることになる。

問題は、営業上の期待（利益）が不法行為法上賠償されうるか、にあ

る。すなわち、法がこのような利益を保護すべきかの、違法判断に他ならない。伝統的違法性判断ではこの解決は困難か無理である。イプスタインの権利による理論構成には矛盾があり、彼としても経済的な理由を取らざるを得ない、というのがポズナーの批判である。<sup>(13)</sup>

#### (b)カラブレイジの最安価事故回避者アプローチ

被告の過失（ネグリジェンス）は明らかで、争点となったのは、原告が純粹の経済的損失を賠償請求できるかであった。スニード裁判官は、興味深いことにカラブレイジのアプローチを適用したのである。これによると、最も安価に事故を回避できる者を捜し出すことが、裁判所の役目である。このために、同裁判官はカラブレイジが示している、いくつかのガイドラインに沿って分析している。まず、非常に高い費用でしか事故を回避できない者を、事故回避者となりうる者・グループから除外することである。つぎのガイドラインとなるのは、事故回避のために当事者が負担しなくてはならない管理費用の評価である。しかし、これはここではあまり役に立たないという。最後のガイドラインは、配分の誤りを最もよく正すことができる者に損失を割り当てることである。本件事故の他の当事者を「買収する」能力は、被告の方が優れている、とい<sup>(14)</sup>う。結果として、最安価事故回避者を捜し出すことは想像以上に難しいとしている。

#### (c)ポズナーの法の経済分析アプローチ

さらに、ポズナーの法の経済分析による解決を検討する。彼は、営業上の期待が不法行為法上賠償されうるかが問題であると考え。オイル会社の行為によって私的費用と社会的費用との間に差が生じている。オイル会社の行為から経済的外部性が生じているのである。オイル会社が、賠償責任を負わないとすると、油濁による魚への影響を考慮せずに営業行為を続けることができるから、事故を回避するための措置や行為をしない。つまり、もっと注意を払って営業行為をするインセンティブを持

## 効率性 対 違法性

たない。したがって、漁業会社にオイル会社に対する損害賠償を認めることは、行為から生じる私的費用と社会的費用との差を減少させることに役立つのである。<sup>(15)</sup>つまり、オイル会社は賠償責任を負担することによって適切な注意を払うインセンティブを持つことになるのである。

漁業会社に損害賠償を肯定することは、この海の周りではほかに営業している者にも損害賠償を認めることにならないか。あるいは、上とは逆に、オイル会社はさきに挙げた Richards 事件の被告（橋を過失で壊した）に当たらないのか。ポズナーはこの違いをつぎの例を挙げて説明する。

「オイル漏れ(油濁)によってサンタバーバラの海浜に損害が生じた結果、サンタバーバラにあるBホテルが営業上の利益を失った。ところが、行楽客が旅行をサンタバーバラからマイアミ・ビーチに切り替えた結果、マイアミ・ビーチにあるFホテルが同じ額の利益を得た。かりにBホテルの逸失利益が2百万ドルで、Fホテルの付加利益が2百万ドルであり、商業の漁業会社の損失が百万ドルでこの他の者には損害は生じていないとする。<sup>(16)</sup>このとき、オイル漏れによって3百万ドルの損失（Bホテル：2百万ドル、漁業会社：百万ドル）が生じており、他方では、2百万ドルの利益（Fホテルに）が上がっている。したがって、真の損失は百万ドルである。漁業会社にだけ損害賠償が肯定されるならば、オイル会社は適切な注意を払うインセンティブを持ち、事故は回避される。すなわち、漁業会社の損失は真の社会的費用に等しいからである。<sup>(17)</sup>Bホテルの損失の賠償が肯定されると、オイル会社は、その行為が与えたFホテルへの利益を回収することができない限り、過剰の抑止をすることになるのである。このように、ポズナーの「法の経済分析」では、漁業会社の賠償を肯定しつつ、ホテルの損失の賠償を否定するのである。またそれが事故の抑止から望ましいし、資源の効率的利用に寄与するのである。このような結論を導き出せる不法行為理論は他にはないと思わ

<sup>(18)</sup>れる。なお、この他の経済的損失ケースに適用できるかについて触れる必要があるが、ここでの範囲外である。

法の経済分析によるアプローチが、違法性の判断、ことに権利や利益がどの場合に保護されるべきかの判断において有益であることが明らかになったといえよう。このアプローチの経済的効率性は、わが国の伝統的な権利侵害や違法論における相関関係説、さらにはカラプレイジの最安価事故回避者の方法よりも優れている、といえるのではないか。

つぎに、わが国の例をもとに検討する。わが国で違法性の判断、ことに相関関係説の適用がもたら問題とされてきたのは、この「安価な事故回避者」の面であるといえよう。いくつかの例の検討を通じて経済的効率性が違法判断の基準としてより明確であり、有益であることを示す。<sup>(20)</sup>

a. まず、人格（的利益）権のいくつかについて検討する。相関関係説では、人格的利益ことに生命・身体・健康や自由は、法益が強固なものとしてその侵害は原則として違法とされる。では侮辱はどうだろうか。強固な利益でないとなれば、被害の程度が問題になるといわれる。<sup>(21)</sup>しかし、侮辱が不法行為となるのは、法益の大きさや被害の程度が重大かどうかによらない。侮辱は、相手方をさげすむことによって自分の幸福を増加させるものである。しかし、このような幸福の最大化は、社会的な富を増加させるものではない。したがって、法はこのような行為を違法とするのである。<sup>(22)</sup>

また、いわゆる共同絶交（村八分）は、ある共同体のある者・グループが他のメンバーから生活上の交際や交渉を拒絶されるときに起こる。判例は自由や名誉を害するものとして違法性を判断し、賠償責任を肯定する傾向にあるといわれている。<sup>(23)</sup>そこでは「村落共同体的秩序と市民法的秩序との衝突をいかに調整すべきか、という利益衡量が必要である」ともされている。<sup>(24)</sup>

共同絶交は差別の問題の一つである。「差別の経済学」をここに適用

## 効率性 対 違法性

することができる。差別が生じるのは、仕事や職業に資格ある者の参入が妨げられたり、同じ技能や生産性を持つ者が人種や信条あるいは性を理由として異なって取り扱われるときである。<sup>(25)</sup> 仕事の能力や生産性に関わりなく、差別されるグループをX（かりに女性）として、そのほかのメンバーをY（かりに男性）とする。労働力を中心に考えてみよう。XはYから排除されるから、Yの労働力の供給は減少するため、賃金は高くなる。他方、Xは認められた仕事にしか就けず、これに殺到することになる。したがって、賃金はそうでないときよりも低くなる。このように、職業上の差別は、賃金の格差を生じる。さらに、低い賃金で働く労働者が増えると、Xグループでの労働者の限界生産はそうでない場合よりも低くなる。他方、Yグループでは、労働者は少ないから、賃金は高いままである。Yでの限界生産も高いままである。かりに差別がないとすれば、労働者は、より高い方へ移ると考えられる。また、雇用者は、男性と同じほどに生産的な女性を男性より低い賃金で雇うことができるならば、そうしようとするだろう。Yで得られる生産価値はXにおけるそれよりも高いといえる。かくして、男女間の差別は、それが単に生産性以外の偏見に基づくものであるときには、雇用者にとって費用的に高くつくことになる。<sup>(26)</sup> 雇用における男女の差別をなくすることは、社会全体の収入の増加となるのである。

このような経済的意味において、法もまた雇用における差別を違法とするのである。<sup>(27)</sup> 共同絶交の違法性は、差別グループの秩序と両面のグループを包含する社会の市民法秩序との利益衡量による調整にあるのではないといえよう。

### b. 交通事故・運行供用者

人格権の侵害について大きな領域を占めるのは、交通事故による場合である。わが国では、自動車損害賠償保障法がこれを扱っている。このうちもっぱら、同法3条のいわゆる運行供用者をめぐって議論がなされ

る。

運行供用者は、過失責任制度の下で、誰がより安価な事故回避者であるかを捜し出すための概念である<sup>(28)</sup>と見ることができる。すなわち、運行供用者が問題となる多くの場合は、違法性が判断される場合に他ならないといえよう。いずれにせよ、効率性による違法性の観点から、より詳細に検討される必要があるだろう。

### c. 他の法規違反による違法性の補充

わが国の違法行為における違法性論の特徴は、前述したように、相關関係説と保護法規や公序良俗規範や刑罰法規など他の規範違反による違法性の補充という二つの範疇をもっていることである。しかし、これらの規範違反自体がどのように判断されるか、そしてどのように不法行為の違法性を補充するのかの判断方法と枠組みは明らかとは言えない。効率性基準によるときは、保護法規や公序良俗規範や刑罰法規などの違反を別個に考慮する必要はない。これらも含めて、統一的に判断することができるのである。保護法規、刑罰法規、公序良俗法規の代表的なものについて触れる。

第一に、不法行為責任を問うのに、被告Yの行為が違法であることを強化・正当化するために、建築基準法などの保護法規違反が判断され、これが民法不法行為法上の違法判断を補充するという手法が用いられる。たとえば、隣地のYの建築基準法に違反する二階増築によってXの家屋へのいわゆる日照権が侵害されたことによる損害賠償事件を挙げよう。本件最高裁は、「居室の日照、通風は、快適で健康な生活に必要な生活利益である」とした上で、「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、社会生活上一般的に被害者において認容するを相当とする程度を超えたと認められるときは、その権利行使は、社会観念上妥当な範囲を逸脱したものというべく、いわゆる権利濫用にわたるものであって、違法性を帯び、不法行為の責任を生ぜしめる<sup>(29)</sup>」とした。

## 効率性 対 違法性

日照権の問題は、基本的には所有権に基づく土地利用紛争である。いずれの行為—増築などによる土地利用と居宅の日照や通風による快適さ—を社会的にみて是認するかが判断される必要がある。これは違法判断に他ならない。これを、前述した図4.1.を参照しながら判断することができる。土地所有者Xは、周囲から景観や日照を妨げられないことから利益をえている。Xにとってこの私的利益は周囲との距離が長くなるにつれて下降していくと考えられる。Xの立場にある者もこのような利益をえているから、これらの利益の総和を限界社会的利益（MSB）とする。他方、Xの周辺の土地所有者、たとえばYなどはXのために自己の土地の利用が制限されることにより不利益・費用を蒙る。このようなYへの私的費用とYのような立場に置かれる者に生じる費用との総和を限界社会的費用（MSC）とする。MSCは空間制限が長くなるにつれて上昇すると考えられる。<sup>(30)</sup>空間による土地利用制限はMSCとMSBの交わる点を超えない限り、肯定されよう。最適な空間利用の制限—Yの土地と周囲の空間・日照の利用を認める—は、 $d^*$ の点で示される。ここでは、 $MSC=MSB$ となる地点である。

Yの行為が、 $d^*$ を超えるものと判断されるときには、資源の効率的な利用からみて、違法であるといえる。最高裁は、「(Xが受けるはずの)日照・通風を大幅に奪われて不快な生活を余儀なくされ<sup>(31)</sup>」として $d^*$ よりも右にあるとした、と考えられる。<sup>(32)</sup>つまり、限界社会的費用が限界社会的効用を超えているので、違法なのである。

この点で、最高裁は、Yの権利行使が権利濫用となり、不法行為責任を生じているとしたが、これは前述のように相関関係説とこれを背景とするわが国違法論の必然的な考え方であろうが、権利濫用の禁止の法理など別の規範の力を借りて「違法性」を補充する必要はない。Yの権利行使は、効率性基準からみてそれ自体ですでに違法なのである。また、本判決にもみられるように建築基準法に違反したという点でYの側の北法41(3・337)1387

「悪性」を強調する必要もない。

第二に、ある行為は、刑罰法規が私的法益を保護するときには不法行為が法上も違法となることがあり、また、刑罰法規に違反したことによって不法行為上の違法性を補充する機能があるとされる。前者は、ある行為が、犯罪行為となり、かつまた、不法行為を構成するときは、両者には重なり合う部分が存在する。たとえば、他人の所有する物を盗んだり、横領したりする行為、また強姦などは、犯罪行為となり、他方、不法行為法上は財産権や人格権の侵害となりうる。不法行為ともなる例としては、第三者が債務者に働きかけて背任行為をさせて債権を侵害した場合や、文書偽造によって取引の相手方を第三者ではなく、自己と誤信させた場合などがある。<sup>(33)</sup>

第三者に、前述の保護法規違反とされてきた場合と同じように、刑罰法規違反であるかどうかを考える必要はないし、また不法行為上の違法性を刑罰法規違反で補充する必要もない。任意の取引によって、資源の効率的な配分が達成される。したがって、強制的な取引はこれを害すると思われるから、刑法は、所有ルールを責任ルールに転換させようとする行為を処罰するのである。<sup>(34)</sup> 市場による取引が可能でかつ安価なときには、法は、市場を通じた取引を促すのである。他人の物を盗んだり、横領する行為は、市場による取引がなお可能で、安価にも関わらずなされるものであるから、刑法はこれを処罰するのである。

刑法上の責任が課せられるならば、不法行為責任を問題として二重に責任を課す必要はないように思われる。なるほど、刑事責任が課せられることによって、所有ルールを責任ルールに転換させるような行為は防止されるだろう。あるいは、盗まれた物の市場価値を賠償すれば、刑事責任を課す必要はないだろう。しかし、すべての犯罪行為がつけねに刑事罰を加えられているわけではない。すなわち、逮捕や検挙そして有罪になる可能性が存在している。したがって、犯罪行為の限界社会的費用と

## 効率性 対 違法性

限界私的費用とにはギャップが生じており、これをなくするためには刑事責任と不法行為責任を課す必要がある。

たとえば、刑法の贓物罪（同256条）に当たる行為（贓物の売買の仲介）をした者は、贓物返還請求権を侵害し、賠償責任があるとした。<sup>(35)</sup> また、第三者による債権侵害でも刑罰法規違反が考えられる場合に問題となる。判例は、第三者が債権者が作成した受取証書を窃取して弁済を受けた場合や他人の債権を害する意思を持って目的物を破棄した場合を挙げている。<sup>(36)</sup> 第三者による債権侵害として損害賠償を生じるのが犯罪行為や故意などの場合に限られるのは、一方では当事者の任意による取引に委ねた方が資源の効率的配分が達成されること（いわゆる自由競争の原理）と、他方で、第三者による侵害に対して債権を保護するために債権者や債務者が余分の出費をすることを防ぐためである。故意や犯罪行為が存在するときには、債権侵害の可能性は高くなるからである。<sup>(37)</sup>

さらに第四に、相関関係説が別の公序良俗規範の補完によって違法とされる場合を検討する。公序良俗規範（違反）が、当該の被侵害利益の「権利性」を補充したり、侵害行為の正当性を失わせたりする必要があると考えられるからである。<sup>(38)</sup> この場合の代表的な例として二重譲渡や債権侵害が挙げられる。たとえば、AがBに不動産を譲渡して、Bが対抗要件を取得しないている間に、第三者CがAから同じ不動産を譲り受けるとする。さらにCがBよりも先に対抗要件を備えたとする。わが国では、自由競争の原則の尊重から、対抗要件（登記）を先に備えたCがBに優先するとされている。<sup>(39)</sup> しかし、CがAと共謀するなど公序良俗違反や信義に反する行為があれば、Cの譲受行為は第一譲渡人Bに対して違法である（Bの所有権の侵害）とされるのである。<sup>(40)</sup>

効率性を違法性判断とするときには、公序良俗規範を持ち出さなくて解決できる。資源の効率的利用からいえば、資源、この場合は不動産は、これにより高い価値をつける者に帰属することが望ましい。たとえば、

先の例で、Aのところではこの不動産が100するものが、Bがこれを120の価値があるとして譲り受ける。さらに、Cもまたこれに150の価値があると評価する。取引費用がゼロまたは低いとすれば、コースの定理により、この不動産は、A→B→Cと転々し、結局はより高い価値をつけたCに帰属することになる。<sup>(41)</sup>

しかし、現実には取引費用が存在する。そこで、不動産の取引に関してつぎのような費用が生じると考えられる。まず、不動産の所有者は、買った不動産についての権原が第三者によって奪われないように守らなければならない。また、自己の権原を登記などによって公表しなくてはならない。他方、第二の買主は、売主が真正の所有者であるかどうかを調査する必要がある。これらには費用が生じる。これらの費用を二重譲渡はじめ実際の不動産取引一般でも考慮する必要がある。<sup>(42)</sup>

そこで効率性基準は、誰がより安価な費用でこれを回避できるかの公式を打ち立てることができる。まず、善意の者どうしで不動産譲渡に関する紛争が生じるのを避けるのが望ましい。円滑な取引が望ましいからである。したがって、前記の二重譲渡の例では、第二譲受人Cが善意であるときには、この者にエンタイトルメントを与え、Bに権原（エンタイトルメント）を否定することによって、Bが自己の所有であることを公表する、つまり登記をするインセンティブを持たせることができる。Bは、登記などをして公表することによって自己の所有権を確固のものとするのである。他方、Cの立場にある者は、誰が本当の所有者かを調査しなくてはならないから、一般には、第一譲受人のBがより安価な回避者である。<sup>(43)</sup> 登記の前後によって所有権の帰属が決まるのは、登記へのインセンティブを作り出し、第三者による余分の調査の労力や費用を回避するためである。

つぎに、第二譲受人Cが「信義に反する」<sup>(44)</sup>あるいは「AのBに対する移転登記義務の履行を引き受けている場合」や「Bに復讐する目的でA

## 効率性 対 違法性

と共謀し」た場合<sup>(45)</sup>には、どうであろうか。これらは、伝統的には公序良俗に反する場合やまた不動産物権変動の対抗問題における背信的悪意者の問題として議論される場合である<sup>(46)</sup>。上記の例で言えば、第一譲受人Bは、登記をして公表できる立場にある。ところが、「故意」によってCが所有権を「奪おう」とすると、Bはその権原を守るためにさらに費用をつかわなくてはならない。このときは、第二譲受人Cへの権原を否定することによって、この保護費用を回避することが望ましい。また、Cは、このような行為をしないことによってより安価に回避できるのである。このように、背信的あるいは故意による場合には、Bの立場にある者にエンタイトルメントの保護費用が増加することを回避するためにCへの所有権の帰属（＝エンタイトルメント）を否定するのである。公序良俗規範を持ち出すまでもなく、資源の効率的な使用からみて違法なのである<sup>(47)</sup>。

さらに、Cが、Bはすでに先の譲受人であることを知っているという、単なる悪意の場合はどうであろうか。Bが120で譲り受けたことを知りながら（まだ登記はないとする）、さらにCがAから150で譲り受けても、Cのエンタイトルメントを否定する理由はないであろう。Cは第一譲受人Bに優先する。これはCが善意の場合と同じ解決である<sup>(48)</sup>。つぎの三つの理由が考えられる。まず、Bは、すみやかに登記をすることによってより安価に自己のエンタイトルメントを守ることができたからである。判例も、第一買主が登記を備えていないから第三者（第二買主）に対抗できないとしている<sup>(49)</sup>。さらに判例は、A・C間が悪意でも第一買主Bは第二買主Cに対して損害賠償請求できないとして、側面からこれを肯定している<sup>(50)</sup>。また、Aの、Bに対する「効率的な契約違反」－資源の効率的な使用につながる－を保証する必要があるからである。さらに、完全競争市場モデルは、情報が完全であることを前提としており、Cがたんに知っていることはこの前提に含まれるからである。以上の意味に

において、対抗問題において背信的悪意者排除説は合理的な根拠—つまり効率性—を持っているといえる。

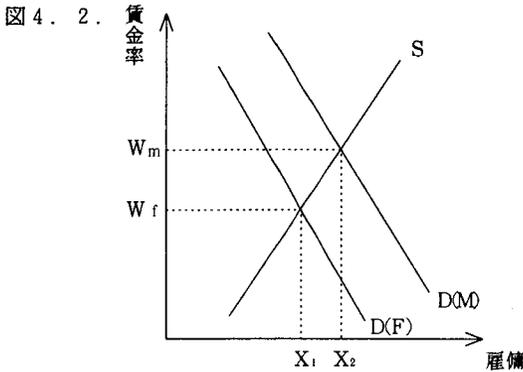
第一に、対抗問題は、以上の二重譲渡の例が示すように、前述の所有ルールにおけるエンタイトル問題に他ならない。そこでは、誰が新たな所有者になるかの判断がなされているのである。第二に、効率性基準は公序良俗規範やその違反を持ち出すでもなく、何が違法か—具体的には二重譲渡の場合にいずれの買主にエンタイトルメントを与えるか、あるいは誰を新しい所有者とするか—を判断できるのである。効率性が、不法行為（責任ルールが妥当する領域）の違法性のみならず、取引（所有ルールが妥当する領域）における違法判断基準としても有益であることの一端を示すものであるといえよう。第三に、二重譲渡で責任ルールが問題となるのは、第三者ことに第二買主による所有権侵害に基づく損害賠償である。

- (1) *Union Oil Co., v. Oppen*, 501 F. 2 d 558( 9th Cir.1974).
- (2) このケースについては、Note, 60 *Iowa L.Rev.*315(1974) ; Note, 88 *Harv.L.Rev.*444(1974) .
- (3) DOBBS, KEETON, & OWEN, PROSSER & KEETON ON TORTS 1005 ( 5th ed., 1984), hereinafter cited as PROSSER & KEETON; 2 HARPER, JAMES & GRAY, THE LAW OF TORTS, SEC. 6. 13 (1986), hereinafter cited as HARPER, JAMES & GRAY ; Bishop, Economic Loss in Tort, 2 *Oxford J. Legal Stud.*1(1982); Rizzo, A Theory of Economic Loss in the Law of Torts, 11 *J. Legal Stud.* 281(1982); Rabin, Tort Recovery for Negligently Inflicted Economic Loss:A Reassessment, 37 *Stan. L.Rev.*1513(1985).
- (4) PROSSER & KEETON, 1008 .
- (5) *Ibid.*
- (6) ニューサンスとされていない。これによるときは、経済的損失の保護が肯定される余地もあることを示唆している。たとえば、下流の汚染によって上流の原告の商業漁業会社の損失が認められた事件、*Hampton v. North Carolina Pulp Co.*, 1943, 223 *N.C.535*, 27 *S.E. 2 d 538*. がある。

効率性 対 違法性

- (7) Dillon v. Legg, 68 Cal. 2d 728, 441 P. 2d 912(1968).
- (8) supra note 1 ,at 569.
- (9) Epstein, Nuisance Law : Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints, 8 J.Legal Stud.49(1979).
- (10) 違法性以外の要件は具備しているといつてよい。
- (11) 相関関係説をとったとしても、正直のところ違法性ありとすべきか、ないとすべきか判らない。
- (12) つまり私人の財産権や人格的な利益が侵害されていない、いわば「被害者なき損害」といえる。
- (13) Posner, Epstein's Tort Theory : A Critique,8 J.Legal Stud.475 (1979).
- (14) supra note 1 ,at 569-570. なお、ポズナーの最安価事故回避者の評価については、後注15、pp.299-301 参照。
- (15) Posner, Some Uses and Abuses of Economics in Law,46 U.Chi. L.Rev.281,297-301(1987).
- (16) POSNER, TORT LAW 467.
- (17) Ibid.
- (18) Id at 468.
- (19) LANDES & POSNER, ESTL 251-255 ; POSNER, TORT LAW 467-469.
- (20) むろん、さまざまな種類の不法行為について検証される必要があると考えられる。
- (21) 沢井裕・國井和郎・吉村良一・民法講義ノート(6)不法行為12頁(1984)。
- (22) POSNER,EAL 195.
- (23) 大判大正10年6月28日民録27輯1260頁、新聞1865号8頁。東京高判昭27年5月30日下民集3巻730頁。遠藤浩「名誉の概念と名誉の侵害における違法性阻却事由に関する一考察」我妻栄先生還暦記念・損害賠償法の研究上巻421頁(1957)参照。また、四宮和夫『「相関関係理論」に関する一考察—不法行為法における違法性判断の構造』加藤一郎編民法学の歴史と課題282頁注16(1982)。
- (24) 四宮、同275頁。
- (25) G.BECKER, THE ECONOMICS OF DISCRIMINATION 14(2nd ed.1971); R.RUFFIN & P.GREGORY,PRINCIPLES OF MICRO-ECONOMICS 401(3rd ed.1988). 差別は、男女、雇用、年齢など多様である。共同絶交はその広範囲に渡るものであると考えられる。
- (26) BECKER,id at 14 ; E.MANSFIELD, MICROECONOMICS : THEORY AND APPLICATIONS 432-434(6th ed.1988) ; K.CASE

& R. FAIR, PRINCIPLES OF ECONOMICS 477(1989). つぎの図を参照。



上図で、D (M) は男性労働者、D (F) は女性労働者の需要曲線を示している。男・女差別が存在すれば、賃金率は $W_m$ から $W_f$ へ下がる。

27) 大判大正10年6月28日、前注23、は、共同絶交の違法性を肯定する。ただし、学説は、この判決に批判的である。穂積、判民大正10年度108事件426頁(昭11)、遠藤、前注23、448頁など。

なお、性による差別もまた同じである。MANSFIELD, *supra* note 26, at 432-435. わが国でも最近のいくつかの判例では男女差別は、公序良俗に反するとされている。最判昭56年3月24日民集35巻2号300頁など。また、五十嵐清編著法学ガイド・民法I〈総則〉88頁(1986)参照。

28) この視点から、林田清明「事故の抑止と交通事故における損害賠償」判タ654号51頁(1988)で、運行供用者のいくつかの場合について分析したことがある。

29) 最判昭47年6月27日民集26巻5号1067、1069頁。

30) 4. 1. 図参照。横軸Qを、ここでは空間あるいは距離と考える。

31) 前注29、1069頁。

32) 本件の最高裁は第二審判決を肯定している。しかし、反対に第一審判決は、「通風・日照の障害の程度はきわめて軽微であって、住宅としての価値の大半を失わせるほどではない」として対照的である。

33) 四宮、前注23、276-277頁。

34) Calabresi & Melamed, 1124-1125 ; POSNER, *EAL* 201 ; COLEMAN, *MARKETS, MORALS AND THE LAW* 57(1988).

35) 大判大正3年5月7日新聞945号31頁。

36) 大判昭8年3月14日新聞3531号12頁。

37) なお、つぎの二重譲渡の例を参照。なお、文書偽造によって取引の相

## 効率性 対 違法性

手方を第三者ではなく、自己と誤信させた場合(大判明32年5月30日民録5輯5頁)も刑罰法規違反の例として挙げられる。

- 38 加藤一郎(筆)注釈民法1933頁(昭40)、加藤一郎・不法行為106、131頁(増補版、昭49)、幾代通・不法行為61頁以下(昭51)、四宮、前注23、277頁、沢井・國井・吉村、前注21、16頁。
- 39 民法177条。判例もたとえば、大判大8年5月26日民録25輯892頁など。我妻栄・物権法(民法講義Ⅱ)95頁(昭和27年)、舟橋諄一・物権法148頁(昭35)など。
- 40 最判昭36年4月27日民集15巻4号901頁(第二買主への譲渡が売主との通謀の上なされたとして、公序良俗に反するとされた)。四宮、前注23、278頁、沢井・國井・吉村、前注21、16頁。
- 41 しかし、第一譲受人Bが150、第二譲受人Cが120と価値をつけたとすると、A→Bの移転しか起こらない。かりに、A→Cの移転が起きても、C→Bの移転が生じるから、結局より高い価値をつけた者に帰属する。
- 42 Kronman, Specific Performance, 45 U.Chi.L.Rev.351, 381 & n.95 (1978).
- 43 Bの登記などの費用<調査費用×(Cの立場にある者の数)。
- 44 沢井・國井・吉村、前注21、16頁。
- 45 四宮、前注23、278頁。
- 46 舟橋諄一・物権法192頁以下(昭和35)参照。
- 47 公序良俗により第二の売買契約を違反とした最高裁の判決例(最判昭36年4月27日、前注40)は、この意味であったと理解できる。
- 48 反対の見解は、磯村保「二重売買と債権侵害(一)―「自由競争」論の神話」神戸法学35巻2号385、404頁(1985)、好美清光教授の旧説(同「Jus ad remとその展開的消滅―特定物債権の保護強化の一段面」一橋大学法学研究3号179頁(昭36))を支持するという。第二買主Cが、第一買主の存在を知り、かつ売主Aによる自己への第二売買がBに対する債務不履行となることを認識して契約を締結するのは、原則として違法な債権侵害になるという。
- 49 大判昭和6年5月29日民集10巻6号361頁。さらに我妻栄博士は、第二の買主に本登記や仮登記がなくても、第一買主はこれに対抗できない、とされる。我妻栄、判民昭和6年度37事件152、154頁(昭和9)。なお、第一買主が登記を怠ったことが非難されるから、その「制裁」として第二買主が所有権を取得すると考える必要はない(同旨、磯村、前掲同頁参照)。第一買主が一般により安価に所有権について紛争を解決できる立場にあるからである。
- 50 最判昭30年5月31日民集9巻6号774頁。

## 2. 安価な事故回避者(2): 違法性阻却事由・被害者の行為

違法性のもう一つの側面は違法性阻却事由である。違法性の積極的側面が違法の価値判断であるならば、違法性阻却事由の有無の判断はその消極的側面であるといつてよい。<sup>(5.1)</sup> いずれの側面も違法判断のプロセスであることに変わりはない。本稿は、違法性阻却事由の有無の判断も効率性で決定できる、という立場である。違法性判断の積極的側面で維持された効率性はここでも有益な基準である。つぎに、具体的に判断過程を検討する。<sup>(5.2)</sup> わが国の違法性に当たるものを英米不法行為法は特別に持っていないから、ここで述べるものもむろん「違法性」や「阻却事由」などとして議論されているのではない。しかし、違法や不法の判断はつねに存在するから、われわれが違法性判断や阻却事由の有無の判断でなし<sup>(5.3)</sup> ているものを実は行なっているのである。わが国の違法性阻却事由に当たるものを英米では抗弁 (defense) などとして捉えている。また、わが国の阻却事由と同じあるいは似たものもあるが、ないものも存在する。正当防衛、緊急避難などは抗弁、正当化事由や免責、さらに今日では免責特権などとよばれているが、わが国の違法性阻却事由と同様の役割を果たしている。これらは、主として故意による不法行為の場合に発展してきた。これらの事由が存在すると認められるときは、被告は、その不法行為によって、原告に損害を与えて犠牲を強いるにも関わらず、自己の利益を追求できるのである。しかし、このような免責特権は、一般的<sup>(5.4)</sup> (社会的) 福祉を押し進める観念によって限界づけられるといわれる。

このように違法性阻却事由は、一見すると功利主義的考え方に根ざしているように思われる。最大多数のために個人が犠牲になるのである。つまり、個人の犠牲よりも多数の幸福が実現されるとき、そのような行為は社会的に是認されるという考え方である。しかし、阻却事由の根拠がはたして功利主義的な考え方に立っているといえるだろうか。また、わが国の相関関係説は、前述のように基本的には功利主義的な考え方に

立っているから、違法性阻却事由と親和的なはずであるが、必ずしも積極的に違法性阻却事由を説明してこなかったのではないか。むしろ、わが国の違法性阻却事由に対する態度は、その適用に消極的であったと考えられる<sup>(55)</sup>。これは、被害者救済が強調されてきたためであろうか。

いずれにせよ違法性を効率性によって判断する本稿では、どのように違法性阻却事由を説明できるのか、を検討する。ただし、以下では、判例などが多いということもあり、多くの素材をアメリカ法に求めているが、免責特権の各事由がそのままわが国の違法性阻却事由になるべきと考えているのではない。検討の素材とすることで、基本的な考え方を明らかにしようとするものである。

#### (1) 正当防衛

正当防衛は、事故費用<sup>(56)</sup>の関数でいえば、被害者が $A(x)$ を出費することである。これによって、加害者による侵害の可能性 $(p)$ は低くなり、また加害者がその行為に出費する費用 $B(y)$ は高くなる。加害者は、被害者の反撃をかわすために費したり、反撃による自己への被害を考慮するからである。つまり、正当防衛は抑止の効果を持っている。これは意図された被害者への侵害の可能性を減少させるとともに、侵害しようとする加害者への費用<sup>(57)</sup>を高めるからである。

具体的に誤想防衛の例でみてみよう。これは、自己に危害が加えられると誤想し、防衛した場合である。ここでも、誰がより安価な事故回避者であるかの判断に変わりはない。たとえば、被告は、自己の所有する一階の宝石店を何者かが襲おうとしているので起こされ、戸口に立っていた。襲撃している者たちは、外を取り巻いていた。原告は、私服の警察官であるが、群衆から抜け出して、ポケットに手を入れたまま、被告に接近してきた。このため、被告は自分が襲われるものと考えて、原告に向けて、発砲し、負傷させた。裁判所は、被告が原告を暴徒の一人と誤解したことが周囲の事情に照らし合理的なものであるならば、賠償責

任を免れるとした。<sup>(58)</sup>問題は、この場合の事故、つまり原告が誰であるかについての誤解・錯誤をいずれの当事者がより安価に回避できるかである。被告が、原告を暴徒の一人と誤解するのが合理的であったとされる場合には、被告はこれを安価には回避できなかったことを意味するだろう。他方、原告は、自分が警察官で助けにきていることを叫ぶなりして、告げることによって被告の誤解を避けることができた。したがって、原告がより安価に回避できたと考えられるから、被告の行為は正当防衛に当たるといえよう。<sup>(59)</sup>

また、被告が、自分を襲っている第三者を撃退するために、狙って発砲したところ、誤って傍観者であった原告に当たり、負傷させたという事件がある。<sup>(60)</sup>裁判所は、正当防衛の抗弁を支持した。誰が襲っているか、ことに原告が誰かについての被告の錯誤が合理的なものであれば、安価にはこの錯誤を回避できない。<sup>(61)</sup>他方、一般に傍観者である者も、安価には回避できない。ところが、本件の場合、原告は、群衆の一人であるが、この群衆の他のメンバーは被告を襲っていた。このために原告は、この群衆を離れることによって自己が襲撃しているメンバーであることをさげ、かつ本件の事故を回避できたのである。<sup>(62)</sup>したがって、原告が安価な回避者であるとみることができ、正当防衛が成立するといえよう。このように正当防衛の場合は、誰が事故（ここでは錯誤）をより低い費用で回避できたかどうかの判断によって決められるのである。<sup>(63)</sup>

ところで、正当防衛には制限が付けられるのが普通である。自己を防衛するために用いられるのは合理的な力でなければならないとされている。<sup>(64)</sup>必要以上の力を加えて防衛するのは、不法行為となる。この意味は、自己を守るために相手を攻撃するのを思いとどまることが非常に困難であることから、攻撃する者とその被害者に生じる損害などの費用を減少させるためであると考えられよう。<sup>(65)</sup>

(2) 緊急避難

英米法上の緊急避難は、自然の力や原告とは関係のない独立した原因による差し迫った侵害を防止するために行為することである。<sup>(66)</sup> 他人から奪われたり、破壊されないように威力を用いることが緊急避難に<sup>(67)</sup> 当たる。有名なスプリング・ガン事件を見てみよう。被告が、自宅から一マイルほど離れたチューリップ畑(壁で囲まれている)を守るために、スプリング・ガンをセットし、昼間たまたま鶏を追いかけてこの畑に侵入した原告がワイアに触れたためこれが当たり、重傷を負ったというものである。<sup>(68)</sup> 本件裁判所は、被告がスプリング・ガンをセットしていることを知らせていなかったとして原告の損害賠償を肯定した。財産を守るために、スプリング・ガンをセットすることが違法であるというなら別である。<sup>(69)</sup> スプリング・ガンをセットしなければ、被告の損失は大きい。これをセットすれば、花の損失は減少するが、ガンの費用が生じ、これによる期待侵害(本件の原告のように負傷する)費用が高くなり、なおセットしないよりは低い花の損失がある。しかし、被告はスプリング・ガンをセットしていることを知らせれば、期待侵害費用を下げることができる。あるいは、夜にだけセットすることもできるが、この方法では花への損失は、告示した場合よりも大きいと考えられる。したがって、最も効率的な解決は、スプリング・ガンをセットし、これを知らせる方法である。<sup>(70)</sup> したがって、なお被告はより安価に本件事故を回避できたのであり、その行為は、違法性を阻却されず賠償責任がある。

また、被告が自己の財産を守るために他人の財産を破壊する場合は緊急避難に当たる。これはわが国でも緊急避難に当たる場合である。たとえば、つぎの事件を検討しよう。被告は原告の栈橋で所有する船から荷降ろしをしていた。ところが嵐が起こっていた。夜十時過ぎに荷降ろしを完了したが、嵐が強まっていた。嵐のため、被告の船を引っ張るタッグ・ボートもなかった。そこで原告の栈橋に被告の船が結び付けられ、

嵐が過ぎるのが待たれた。翌々日になっておさまったが、強風と波によって、船が栈橋に絶えず打ち当たったため原告の栈橋に損害を与えた。本件裁判所は、原告の損害賠償請求を認めた。また、栈橋に船を結びつけた被告の行為には過失はないとした<sup>(71)</sup>。

このように突然の嵐による緊急の場合であるから、そうでなかったならばできるはずの取引(栈橋の利用について)ができない。緊急避難は、一般に取引費用が高い場合にあてはまるといえよう<sup>(72)</sup>。また、本件裁判所のように、過失のない被告に賠償責任を肯定するのは、どのような意味を持つだろうか。ランディスとポズナーは、事故の回避へのインセンティブの点からこれを肯定している。原告が賠償されないとすると、将来栈橋を作る者がいなくなるという<sup>(73)</sup>。このような損害に対して賠償請求できないため、自己負担しなくてはならないからである。他方、船の所有者や船長は、無過失(厳格)責任を課されることになるから、船をもつと注意深く取り扱うことや、航海の頻度や季節を考慮することによって事故を避けることができる<sup>(74)</sup>。

さらに、第三者の財産を守るために損害を与えあるいは他人の財産を破壊する場合は、公共(パブリック)緊急避難と呼ばれる。たとえば、火災が広がるのを防ぐために、その進路にある家や塀など財産を破壊することなどがこれにあたる。家などの所有者は、破壊されたことなどにより損失を受けたことによって、公共の安全を守った者に損害賠償請求することはできない<sup>(75)</sup>。この理由は、緊急避難によって破壊などした者は、自己の行為、つまり外部経済を生じさせた行為から生じたすべての利益を得ていないから、行為から生じた全費用を負担すべきではないからである<sup>(76)</sup>。

### (3) 合 意

当事者の自由な同意による取引はそれぞれに価値を最大化するものであるから、そのような合意は効率的であるといえる。いくつかのケース

## 効率性 対 違法性

ではこれが妥当するだろう。しかし、問題なのは黙示の合意の場合である。合意があると考えられたが、後に合意したものではなかったという場合である。

言葉によるのではなく行為から見て合意があったようにみられるときに多くは問題となる。たとえば、原告はアメリカ合衆国への移民で、入国するためには予防接種を必要とした。彼女は他の多くの女性の乗客と一緒に列に並んで、腕を差し出して被告の医師から接種を受けた。この結果、入国許可をもらった。接種を受けなければ、拘留か検疫であった。裁判所は「原告の行動が彼女の同意を指し示すようなものであるときは、原告の感情がどんなものであっても、医師の行為は正当化される。原告が同意したかどうかを決めるには、医師は原告の明白な行為によればよく、感情の表明によってではない。」<sup>(77)</sup>とした。

被告は、合理人が原告の行動から理解するであろうことに依拠できるのである。<sup>(78)</sup> このことの経済的な意味はつぎの点にある。同意の違法性阻却事由はこの錯誤（実際には望んでいなかったという）についての責任を、これを最も安価な費用で回避できたであろう者に課すことである。<sup>(79)</sup> この者に責任を課すことによって事故が最小の費用で、つまり効率的に回避できることになるからである。

黙示の合意の例はまた手術の例にみられる。合意されていない部位への手術においても、合意が存在したかどうかの問題となる。手術前とは違う部位も手術したという場合手術自体への合意だけでは、合意があったとはいえない。<sup>(80)</sup>

同様に、緊急の場合にも合意があったとみられることがある。麻酔などにより意識不明であり、発見された患部が緊急を要するなどの場合は、<sup>(81)</sup>手術する側と被害者側がこれについてあらためて合意はできないから、取引する費用が高いといえる。したがって、この場合の手術は違法性が阻却されるというべきであろう。黙示の合意があったとみてよい。

以下は、もっぱら過失法の場合にあてはまる。

(4) ラスト・クリア・チャンス<sup>(82)</sup>

ラスト・クリア・チャンス法理は、寄与過失法理の厳格さを避けるために生まれたものであるといわれる。またいまだ満足 of いく理由づけがなされておらず、その適用も混乱しているといわれている<sup>(83)</sup>。しかし、いくつかの類型に分類されている<sup>(84)</sup>。ここでは、そのうち、原告が自分の過失によって適切な注意を用いることができない立場に置かれ、他方、被告がその危険に気づいてさける時間もあつたが、それをしなかつたことに過失がある場合に、被告は最後の機会を持っていたから、原告は損害賠償請求できる、という場合を考える。たとえば、原告が、線路を歩いている。列車が来る。重大な事故を防ぐために、運転手は警笛を鳴らすか、なんらかの措置を取る。原告が線路を歩くことを10円の費用で止めることができ、被告の運転手が事故防止のために取る措置が50円であり、原告が列車にひかれることによる損害が30,000,000円であるとする。原告が注意を払う（線路上を通行しない）ことによつても、被告が注意を払うことによつても事故は回避できる。ラスト・クリア・チャンス法理を適用すると、運転手が注意を払わなければ彼には賠償責任を生じるから、これを知つて、原告はより安価に事故を回避できる（ $10 < 50$ ）にもかかわらず、注意を払わなくなる。運転手は、 $50 < 30,000,000$ であるから注意を払うインセンティブを持つから、結果的に事故は50の費用で回避されるが、原告が注意を払うよりも高い費用（ $40 = 50 - 10$ ）によつてである。この法理を適用すると、事故はより安価には回避されていないことになるが、以上の例は、被告の回避費用を原告のそれよりも高くした場合である。一般的には、被告の費用、つまり警笛を鳴らすなどの注意の費用はそれほど高くはないと考えられる<sup>(85)</sup>。したがつて、ラスト・クリア・チャンス法理は多くの場合にはより安価な費用で事故を回避するという、事故の抑止の目的とそれが前提とする資源の効率的利用にかなう

ものである。

(5) 寄与過失・比較過失

事故は加害者によってばかりではなく、被害者が注意することによってもより安価に回避・防止することができる。このとき法は被害者に注意を払わせるようにすることによって事故を防止するのである。すなわち、安全への措置（たとえば、もっと注意をすとか）を被害者が取るようなインセンティブを被害者が持つように仕向けるのである。このために、加害者よりも被害者が安価に事故を防止できる場合には、被害者に賠償を否定することによって効率的な解決を図ることができるのである。この場合に、かりに加害者に賠償責任ありとすれば、より安価に回避できるはずの被害者は防止への意欲・インセンティブを持たなくなり、防止のための措置を取らないだろう。被害者は事故が起こるにせよ、起こらないにせよ、被った被害については賠償されるからである。<sup>(86)</sup>

(6) 危険の引受

危険の引受とは、最も基本的な意味では、原告があらかじめ原告に対する義務を被告に免れさせる明示の合意を与え、被告の作為・不作為から生じる侵害の機会を引き受けることである。合意や承諾と変わらないが、故意によらない侵害の危険についてなされている点で異なる。<sup>(87)</sup>第二は、黙示の合意がある場合で、被告が一つ以上の将来の危険に対して原告を保護しないことを知って、被告との一定の関係に入る場合である。<sup>(88)</sup>たとえば、スポーツなど。第三のタイプは被告の過失によってすでに作り出された危険を知っているにも関わらず、任意にそれに向かう場合である。<sup>(89)</sup>危険の引受があるとされると、原告からの賠償請求は危険の引受があったとして、否定される。<sup>(90)</sup>

わが国でも危険の引受があるとされる場合がある。賠償請求権そのものは否定されないけれども、過失相殺として賠償額の減額の事由になることがある。このような例として、好意同乗や危険への接近などを挙げ

ることができよう。<sup>(9.1)</sup>

そこで、ギニア・レース事件<sup>(9.2)</sup>を見てみよう。被告のデパートが店の外でギニア・レースを開催すると宣伝して、賞金を出した。17歳の青年がレースに出て、ギニア・ピッグを追いかけているうちに転倒し、負傷した。裁判所は原告が任意にレースの危険を引き受けたとした。

危険の引受は、これが肯定されれば賠償責任を否定することになるから、原告の立場にある者は、事故を回避する可能性を考慮せざるを得ないことになる。すなわち、その行為をあまりしないことによってか、あるいは諦めることによって回避できる<sup>(9.3)</sup>。このような解決が効率的であるといえる。ギニア・レースの事件の原告は、レースに参加したのだから、レースに出ることによって得られる価値（賞金）が予想される事故の費用よりも大きいと考えたのである。つまり、原告は、危険を明示あるいは黙示に評価して、自分の行為によって効用・幸福を増加させることができると考えたのである。<sup>(9.4)</sup>

危険の引受は取引費用が低い場合に考えられる。たとえば、Bがスピードを出して運転している。Aがこれにはねられる。ところで、Aはその日家にいることができたとする。Aは、戸外に出ることによって事故に出会う可能性を高めたのだから、危険の引受をしたといえるだろうか。BとAの間での取引費用は、両者が事故にあって初めて知り合うのであるから、高いといわなければならない。この場合には、危険の引受があったとは言えない。

以上のように、法の経済分析では違法性のもう一つの側面である違法性阻却事由を効率性によって説明することができる。かくして効率性は違法性判断の基準と考えることができるのである。

違法性阻却事由の第一の面は、事故回避の措置を被害者に取らせることが効率的だからである。このように、違法性阻却事由には抑止効果を生じさせるものがある。たとえば、正当防衛、自力救済、寄与過失、危

## 効率性 対 違法性

險の引受、ラスト・クリア・チャンスなどである。また、違法性阻却事由のもう一つの面は、当事者間での取引費用が高い場合に機能するものである。同意や緊急避難がこの場合に当たる。これら二つの機能は、いずれもより安価な事故の回避者に賠償責任を負わずことによって、法が効率的な解決を図ろうとするものである。

- 51) 加藤一郎・不法行為135頁（昭和32年）。わが国の違法性阻却事由の現状や判例の検討については、幾代通「正当防衛・正当行為など—避險行為、自力救済、正当行為、被害者の承諾（上）（下）〈日本不法行為リステイメント15〉」ジュリスト901号85頁、同902号97頁（1988）、同「3免責事由—「正当防衛」「緊急避難」を中心に」ジュリスト918号84頁（1988）、同・不法行為96頁（昭和52）、徳本鎮（筆）・注釈民法（19）329頁以下（昭40）など参照。
- 52) 以下での本稿の分析、すなわち法の経済分析による違法性阻却事由・defenseのアプローチをポズナーのそれに負っている。なお、わが国の違法性阻却の事例は数が少ないため、アメリカ法における事例で具体的に説明する箇所がある。
- 53) 興味深いことに、英米でも伝統的な立場では、故意法や過失（ネグリジェンス）法においても、ある行為が社会的にみて不法あるいは違法といえるかどうか（したがって、被害者に救済を与えるかどうか）の規範的な判断は前面には出てこなかった。しかし、「法と経済」はこのような判断をよりクローズアップしているといえる。
- 54) W. PAGE KEETON, DAN B. DOBBS, ROBERT E. KEETON, DAVID G. OWEN, PROSSER & KEETON ON THE LAW OF TORTS 109 (5th Ed.1984), hereinafter cited as PROSSER & KEETON.
- 55) 判例の数が比較的少ないこともその一例であろう。
- 56) LANDES & POSNER, ESTL 173 & 153,  $L(x,y) = p(x,y)(D - G) + A(x) + B(y)$ を指す。
- 57) LANDES & POSNER, ESTL 173.
- 58) Courvoisier v. Raymond, 23 Colo.113, 47 P.284(1896).
- 59) LANDES & POSNER, ESTL 174-175.
- 60) Morris v.Platt, 32 Conn.75 (1864).
- 61) しかし、かりに被告の誤想（自分が襲われていると信じること）に過失がある場合には、むしろ、被告が安価な回避者であるら、正当防衛は

成立しない。被告は、その不法行為によって加えた損害について賠償責任を負うことになる。LANDES & POSNER,175.

(62) LANDES & POSNER, ESTL 175.

(63) LANDES & POSNER, ESTL 174-75.

(64) REST., Second, TORTS § 63, Comment j(1965); PROSSER & KEETON,125 ;1 FOWLER V.HARPER, FLEMING JAMES, Jr. & OSCAR S. GRAY, THE LAW OF TORTS 313 (2nd Ed.1986), hereinafter cited as HARPER, JAMES & GRAY .

なお、自力救済についてであるが、わが国の判例にも合理的な範囲を超えないことを要求するものがある。たとえば、最判昭40年12月7日民集19巻9号2101頁。

(65) LANDES & POSNER, 174.

(66) PROSSER & KEETON, 124;1 HARPER, JAMES & GRAY, 313.

わが国の正当防衛の議論については、加藤、前注51、135頁、幾代、前注51、96頁、沢井裕・國井和郎・吉村良一・民法講義ノート(6)不法行為22頁(1984)。なお、わが国の民法720条2項は「他人ノ物ヨリ生シタル急迫ノ危難ヲ避クル為メ其物ヲ毀損シタル場合」としている。

(67) わが国では、他人の物から生じた危難に対してではないから、緊急避難ではなく正当防衛として考えられよう。

(68) Bird v.Holbrook, 4 Bing.628, 130 Eng.Rep.911(1828). 被告は、本件の事件の前に、花を盗まれていた。

(69) 当時のイギリスでの立法によるスプリング・ガンの規制については、EPSTEIN, GREGORY & KALVEN, TORTS 33(1984). 法益との均衡などの議論については、Posner,Killing or Wounding to Protect a Property Interest,14 J.Law & Econ.210(1971). このほか、スプリング・ガン事件と呼ばれるものには、McKinsey v.Wade,136 Ga.App. 109,220 S.E. 2 d 30(1975)はじめ、EPSTEIN, GREGORY & KALVEN, 30-37 参照。

(70) LANDES & POSNER,177-8; POSNER, EAL 191-2.

(71) Vincent v. Lake Erie Transportation Co., 109 Minn. 456, 124 N. W. 211 (1910). 本件は、多くの賞賛を受けている。たとえば、Epstein, A Theory of Strict Liability,2 J. Legal Stud. 151, 157-160 (1973) ; Fletcher, Fairness and Utility in Tort Theory, 85 Harv. L. Rev. 537, 544-551(1972); MORRIS on TORTS 44-46(1953).

(72) LANDES & POSNER, ESTL 175.

(73) Id at 179.

(74) Id at 179-80.

(75) Rest.,Second,Torts § 262(1965); 1 HARPER, JAMES & GRAY, 254-255 ; PROSSER & KEETON, 146-147.

なお、緊急避難については、たとえば、Bohlen,Incomplete Priviledge to Inflict Intentional Invasions of Interests of Property and Personality, 39 Harv.L.Rev. 307 (1926) ; Hall & Wigmore, Compensation for Property Destroyed to Stop the Spread of a Conflagration, 1 Ill.L.Rev.501(1901).

(76) LANDES & POSNER, ESTL 180.

(77) O'Brien v.Cunard Steamship Co.,154 Mass.272, 28 N.E.266(1891).

(78) PROSSER & KEETON, 133.

(79) LANDES & POSNER, ESTL 172.

(80) 右耳の手術に合意していたが、より悪化していた左耳への手術がなされた。Mohr v.Williams, 95 Minn.261, 104 N.W.12(1905).

(81) PROSSER & KEETON,119.

(82) 4 HARPER, JAMES & GRAY,352; KEETON & PROSSER,462.

(83) PROSSER & KEETON, 463-64.

(84) Rest.,Second,Torts § § 479&480; PROSSER & KEETON,465-466; 4 HARPER & JAMES,GRAY,352 & 359. James, Last Clear Chance : A Transitional Doctrine,47 Yale L.J.704(1983); Wittman, Optimal Pricing of Sequential Inputs : Last Clear Chance, Mitigation of Damages,and Related Doctrines in the Law, 10 J. Legal Stud.65(1981).

(85) POSNER, EAL 159-160; LANDES & POSNER, 94-5.

(86) POSNER, EAL 154.

(87) PROSSER & KEETON, 480.

(88) Id.at 481.

(89) 危険の引受については、さまざまの意味があることについて、PROSSER & KEETON, 480; 4 HARPER, JAMES & GRAY, 187; LANDES & POSNER,ESTL 139-42. また、危険の引受法理の廃止については、James, Assumption of Risk : Unhappy Reincarnation, 78 Yale L.J.185(1986), PROSSER & KEETON, 493 など。

(90) PROSSER & KEETON, 480;4 HARPER,JAMES & GRAY, 187-199.

(91) すべてがそう扱われているというわけではない。山田卓生「危険への接近」法セ296号651頁 (1979)。

(92) McLoed Store v. Vinson, 213 Ky. 667, 281 S.W.799(1926).

(93) LANDES & POSNER, 141.

94 HIRSCH, LAW AND ECONOMICS 179(2nd Ed.1988).

### C. 管理費用

違法性の三つめの役割は、「より安価な事故回避者」と関連する、管理費用の問題である。これは、不法行為制度を管理する費用である。訴訟事件の数と個々の事件を解決する費用にかかわる。管理費用が、増加するために不法行為法が賠償責任を否定したり、反対に、管理費用がそれほど高くないときには、賠償責任を肯定したりする。たとえば、前者では事故などの目撃による精神的ショックを受けたという場合や、後者の例では、平均以上の感受性をもつ場合などがある。<sup>(1)</sup> 効率性は、管理費用が最少になることを要求するものである。

管理費用のこの側面を違法性の問題とすることは、これまで明らかではなかったが、ほかに適切な要件がないことなどによる。

(1) この点や例につき、林田「法の効率性の世界（書評）」北大法学41巻1号440頁（1990）参照。

### D. 法的救済 — 取引費用

誰を勝たせるか、誰を法的に保護するのかの問題は、どのような救済を与えるかとも関係している。伝統的には、違法性の固有の役割とはされてこなかったが、法的救済の選択は、違法性の第四番目の役割と言える。不法行為の法的救済には、損害賠償と行為の差止が存在する。しかし、一般には不法行為責任では、金銭賠償が原則とされている。

不法行為法が金銭賠償を原則としているのは、取引費用のためである。他方、差止は取引費用が低い場合に認められる。<sup>(1)</sup> なお、興味深いことに、

## 効率性 対 違法性

不法行為責任以外の領域でも法的救済は違法性の問題であり、取引費用が救済を決定している。<sup>(2)</sup>

- (1) 林田「法の効率性の世界（書評）」北大法学論集41巻1号440頁(1990)参照。
- (2) より詳しく、賠償と差止の法的救済の根拠と分析については、林田清明「賠償と差止」北大法学論集41巻4号を予定している。

## おわりに

民法における違法性に関してつぎの結論が得られる。第一に、法の経済分析は、民法における違法性の多様な姿を明らかにすることができる。このことは、法の経済分析が民法においても有益な方法であることを示唆するものであろう。第二に、経済モデルつまり効率性による説明は違法性判断における伝統的な考え方よりも優れているといえる。何が問題であるかを明らかにし、その判断基準を統一的に提示することができる。第三に、不法行為に基づく賠償責任における違法性を経済モデルによって説明することが可能である。不法行為における違法性は多様な機能を果たしている。まず、法の経済分析は違法性に抑止目的を持たせうと考える。また、経済分析による違法性モデルは違法性阻却事由の位置づけも可能とし、法的救済そのほかの問題にも関わっていることを明らかにした。

おわりに、ここに示された違法性の効率性理論は違法性の固有の役割を復活させるものであり、さらに民法はじめ他の法領域における違法性とも連結できる可能性を持っている。ある仮説が妥当する、つまり生じている法律問題をうまく説明できることを証明したいわけだが、ある一つだけの、限られた場合だけを「うまく、説明できるとしても、これによって検証された「理論」がすべての場合にまたあらゆる法領域で有益

であることを証明したことにはならない。本稿は、わずかに効率性が違法性判断の基準として有益であることの仮説を立てるために、ある。この仮説が「理論」となり得るためには、賠償責任に限らずもっと多くの場合に適用されて検証される必要がある。

ここに明らかにしようとしたのは、民事違法の経済理論であるが、その基本的な考え方と枠組み、そして若干の事例の分析である。この仮説を責任ルールの他の場合、所有ルールや非譲渡ルールをはじめとして民法において、さらには民法以外の領域においても有益であることを証明する必要がある。また、不法行為法の違法性に関しても、ここに検討されたものの他に、不作為の違法性や相当因果関係やそのほかの要件と関連する違法性の問題があるが、これらには触れていない。より詳細な判例などの分析も含めて、これらは今後の課題である。

#### 付 記

—昨年(1988年)に還暦を迎えられた、学恩ある徳本鎮教授(九州大学)に本稿を捧げるものです。また、本稿は海外研修中に書かれたものであり、この機会を与えてくれた米国学術審議会協会(The American Council of Learned Societies)、イエール大学ロー・スクールならびに北海道大学に感謝いたします。(1990年6月、ニューヘヴン)

なお、帰国後、時間の許すかぎり、邦文献を加えたところがある。

(1990年10月)

## THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. XLI No. 3

### SUMMARY OF CONTENTS

---

#### Efficiency vs. Unlawfulness: An Economic Theory of the Unlawfulness in the Civil Law in Japan.

Seimei HAYASHIDA\*

#### Abstract

The purposes of this article are, first, to build an economic model of the unlawfulness issue in civil law, and, second, to analyze the issue in the civil cases, employing this model.

The Unlawfulness issue means a judgment of whether the law should give its protection against injury and / or loss to a plaintiff's right and / or interests. In deciding the issue, what we call as policy considerations are required. While this issue takes variable forms in the each area of the civil law, this is an important element in deciding a case such as tort, contract and so on. Because none of the legal systems goes to so far as to recognize that every act causing injuries or losses is actionable.

It is said that deciding the unlawfulness issue relates to the policy consideration of whether the plaintiff's conduct should give rise to liability, or whether his conduct is valid or not. One of the traditional methods to decide whether defendant's conduct infringed a plaintiff's right is the "balancing" test ; among others, a judge weights a nature of plaintiff's right or interest resulted in injury or loss and its gravity against the defendant's conduct's utility or nature.

---

\* Associate Professor of Law, Faculty of Law, Hokkaido University.

However, this test and its process are ambiguous. The author explores that the economic model, based on the efficiency concept, is also the criterion of deciding the unlawfulness issue in the civil law.

The efficiency model is tested by applying it to cases, such as torts and contracts in Japan. It is concluded that the efficiency is the useful legal criterion and gives a judicial decision-maker a powerful tool in deciding the issue of whether plaintiff's right or interest should be legally protected against the defendant's conduct.