



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	賠償と差止 一法の経済分析による法的救済のモデル
Author(s)	林田, 清明; HAYASHIDA, Seimei
Citation	北大法学論集, 41(4), 428-386
Issue Date	1991-03-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16789
Type	departmental bulletin paper
File Information	41(4)_p428-386.pdf



賠償と差止

——法の経済分析による法的救済のモデル——

林 田 清 明

目 次

はじめに

1. わが国の差止論の現状
2. 賠償と差止の経済モデル
3. わが国の公害事例への適用

おわりに

はじめに

本稿が、目的とするのは、つぎの三つである。一つは、不法行為における法的救済の方法として賠償と差止の根拠が何であるかを明らかにすることである。これによって、民法722条の金銭賠償の原則の根拠をも明らかにすることができよう。第二に、賠償や差止を肯定する判断は、違法性判断に他ならないという

賠償と差止

ことである。これは、差止論では副次的な課題であるが、違法論では重要な問題である。第三に、本稿は「法の経済分析」のアプローチをとるが、この分析方法がわが国の賠償と差止の基本的な問題の分析においても有益であることを示すことにある。これによって、法の経済分析が、わが国の民法のアプローチの一つとして十分寄与できることを示す。⁽¹⁾

差止は権利の種類や性質に基づく、とするのが、わが国の差止に関する判例や学説の多くの立場である。しかし、ここでは、差止の根拠が権利の種類や性質にはないのではないか、ということからはじめる。差止が権利の種類に基づかないことを明らかにするためには、つぎの二つによって証明できる。まず、権利の種類によって差止が認められるかどうかを明らかにすればよい。つぎに、何が差止を決定しているかを探り、これが権利の種類ではないことを明らかにすることである。

本稿は、アメリカ法における「法と経済」、ことにポズナーを中心とする「法の経済分析」の研究成果に負うところが大きい。法の経済分析は、差止の根拠がわが国でこれまで議論されたような権利の種類や性質にもなく、また、利益衡量にもないことを明らかにして、まったく新たな視点を示している。この方法がわが国でも有益であることを示すことができるならば幸いである。

注

- (1) 本稿は、先の民事違法論の法的救済の部分に補うものである。林田清明「効率性対違法性—民事違法の経済理論」北大法学41巻3号1450頁(1991)、同「民事違法の経済理論」判タ746号25頁(1991)参照。

1. わが国の差止論の現状

わが国の不法行為法の課題の一つは、差止はどのような場合に認められるかということである。差止を構成するためのさまざまな試みがなされている。しかしながら、大阪国際空港事件や名古屋新幹線訴訟事件をはじめとして最近のいわゆる公害事件に関する判例は差止を認めるに至っていない。差止は、どの場合に、なぜ肯定あるいは否定されるのだろうか。これまで差止については、所有権や人格権(ないしは人格的利益)という法的構成の問題、利益衡量などの判断の仕方、また公共性の判断などが問題とされてきた。⁽¹⁾ここでは、差止とは、損害を生じさせている違法な行為を停止させたり、予防させたりすること

(2)
をさす。

わが国の差止論の大きな特徴は、権利の存在（そしてその侵害）と利益衡量によって差止の許諾の判断を行っていることである。また、このような判断方法は、差止ばかりでなく、損害賠償においても共通している。おそらく、わが国の違法論の構造に原因していると考えられる。原告、被告ももっぱらこの利益衡量をめぐる争うわけである。学説も、差止請求権の根拠については、物上請求権、人格権、不法行為法、環境権などの理論や考え方を出している。したがって、権利の種類や存在とその侵害、これに利益衡量を行うという判断方法は、差止論における現在の学説・判例のレベルを示している。まず、権利の種類についての議論を検討し、つぎに差止の実質的判断を行っていると考えられる違法性あるいは利益衡量について検討する。

A. 権利の種類と差止

差止を権利の種類や性質に求める考え方は、つぎの影響を受けている。⁽³⁾まず、沿革的また理論的に賠償は、不法行為の効果であり、差止は、物権的請求権の問題である、と考えられてきたためである。保護利益からみても、賠償は広く一般的な利益であり、後者は、物権やあるいは物権類似の絶対権に限られる、とわが国で一般的に考えられてきた。たとえば、「不法行為制度は、違法行為からすでに生じた損害の填補をさせるものであって、現になされている違法行為の停止（妨害排除）ないし将来なされるべき違法行為の予防（妨害予防）の請求権は、不法行為から直接には発生しない。」⁽⁴⁾といわれた。差止は物権的請求権の重要な、また固有の性質であると考えられたのである。このため、保護される権利が何であるかが重要となったと思われる。

つぎに、差止を判断する違法性の理論や学説からの影響がある。権利侵害や違法性判断⁽⁵⁾とくにいわゆる相関関係説あるいは差止を認めるための利益衡量やいわゆる受忍限度では、もっぱら被侵害利益や権利が考慮される。このため、被侵害利益や権利が何であるかは、違法判断や差止判断の中心的なテーマとなったのである。

侵害される権利や利益の種類が何であるかは、法的な救済にも大きな影響を与えたのである。たとえば、「侵害された権利や利益の種類・性質によって、あるものは単に損害賠償しか認められないが、他のものは妨害排除まで認められる、という程度の差があってもよいのであって、どこまでの救済を認めるかは、

賠償と差止

立法政策の問題である。」⁽⁶⁾という考え方も存在した。興味深いことに、「立法政策の問題」とされながら、実際には裁判所がこれを利益衡量という形で行ってきたのである。また、学説は、むしろ所有権について認められる救済のアナロジーと差止の実際の必要性から、これを認めていこうとした。わが国の差止、損害賠償と権利の種類を関係を表にするとつぎのようになるだろうか。大阪国際空港事件や名古屋新幹線事件のように、被害者の人格権が侵害されたとして救済を求めるとき、空白の部分が大きな課題と言うわけである。

表1. 1. 権利の種類と救済

		救済	
		差止	損害賠償
種	所有権	○	○
類	人格権*	?	○

(*人格的利益としても同じ。)

差止論において保護さるべき権利が何であるかについて大きな議論を呼んだのは、人格権（ないしは人格的利益）である。公害や生活妨害における被害をより現実的にとらえて、これによって差止を構成しようとするものである。人格権あるいは人格上の利益については、差止による救済が認められるかどうかは明らかではなかったが、今日では人格権が差止の法的根拠となることは確立していると言われている。一つの考え方として、差止請求権が不法行為の救済とは異なっていることを認めた上で、これが物権的請求権に近いものとして、さらに人格権にも拡張すればよいとするものがある⁽⁸⁾。むしろ、差止を認めるためには、利益衡量を前提としている。注目すべきなのは、保護されるべき権利とこれへの救済が区別されていることである。また、それは被侵害利益や権利と差止の根拠が別のものであることを示唆している。他方、いわゆる環境権は、公害の事件において差止による救済をより肯定し易くするために提唱された面を持っている。さらに、人格的な利益は、権利の上位に位置するものであるから、当然に差止が認められるとする立場もある⁽⁹⁾。

このように、差止の法的構成をめぐるこれまでの議論は、その根拠をどの権利に基づけるかを強調してきた。つまり、侵害される権利がどの場合に差止が認められるかという観点であった。そうすると、この立場では、なぜ差止によって保全されるべき権利や利益が差止を決定することになるかを、明らかにしな

なくてはならないはずである。⁽¹⁰⁾また、問題なのは所有権侵害を理由とすればただちに差止が認められているわけではないということである。損害賠償による所有権侵害の救済も存在しているのである。また、人格権の侵害の場合の救済はつねに損害賠償でよいかというそうではないということである。

以上の通説や判例とは異なり、差止の構成を保全・保護されるべき権利の種類ではなく、この他に見いだそうという見解がある。一つは、権利の種類や性質にとらわれず、差止が認められるとする見解である。⁽¹¹⁾つとに、「物権的請求権理論そのものを根本的に捨てて」、「いかなる権利の侵害についても妨害排除もしくは妨害予防の請求を許すことが、被害者の救済上必要であり、法律的正義の見地からみて妥当なりと考えられるならば、ひろくこれを許すべきがむしろ当然である」とする見解が存在した。⁽¹²⁾また、「『社会的に是認された定型化された利益』⁽¹³⁾には原則として不作為の訴えの保護が与えられる」という。しかし、差止が認められるためには、「違法な侵害のおそれがあることのほかに、差止を認める必要性が利益較量によって判断されなければならない」とされる。⁽¹⁴⁾これらの見解は、権利の性質や種類にとらわれないで差止を肯定しようとするところに意義があるが、差止を認めるために利益衡量を要求する点では、前記の通説・判例と同じである。

さらに、侵害行為の継続性に根拠を見いだす見解がある。被侵害利益がいずれであろうと、侵害が継続する場合には、その法的救済として差止を認めることが妥当とするものである。この立場は、差止を法的救済の一つとして考える点で上述の伝統的な立場とくらべ特徴的である。しかし、では侵害が継続すればただちにすべての場合に差止を肯定するかという、これはそうはならないであろう。⁽¹⁶⁾とすれば、そこには、やはり通説・判例と同様に利益衡量を加えなくてはならないであろう。

権利の種類とは関わりなく差止を肯定する見解にあっても、通説・判例と同じように、差止を肯定するためには、このため格別に利益衡量を行い、損害賠償と同列には論じないというのが特徴である。

B. 差止の判断

わが国の差止論の第二の特徴は、これを実質的に判断する違法性判断にある。通説と多くの判例は、差止を認めるべきか否かの判断において、権利（侵害）に加えてさらに利益衡量を行うという方法をとっている。⁽¹⁷⁾差止における「権利

賠償と差止

「(侵害)+利益衡量」は、まず、権利や利益の侵害の有無が判断され、差止が認められるためには、さらに利益衡量をして、先の権利(利益)侵害が受忍限度を超えるかどうかの違法判断をして、超えていると判断されるときには差止が認められ、そうでないときには否定される、というものである⁽¹⁸⁾。賠償や差止という法的救済からみると、差止では、差止を認める必要性についての利益衡量が(違法性要件に加えて)なされているのである。これは、差止を賠償とは同列に論じないという特徴を示している。

表1. 2.

違法性と救済の枠組				
違	→	利益衡量	→	差止
法				
性			→	賠償

この利益衡量のところではなされるのが、いわゆる受忍限度かどうかの判断である。判例の多くは、通説の受忍限度に立って、違法判断をしているといわれている。受忍限度の判断は、被侵害利益の性質、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を相関関係的に判断して決定される⁽¹⁹⁾。この受忍限度論は、損害賠償における違法性判断におけるいわゆる相関関係説のバリエーションである、とみてよい。

問題は、まず、形式として二重の違法性判断をする必要があるかということである。権利侵害と差止を認めるべきかの利益衡量(受忍限度の判断)においてなされている。違法判断とは、そもそもどちらの行為を社会が妥当とみるかの、つまりどちらの行為を社会は望ましいと考え、生き残らせるかの判断に他ならない。違法性があると判断されれば、その行為を社会は肯定しなかったということである。差止については、このことが典型的に出て来る。しかし、二重に違法判断をする必要はない。違法な侵害行為があれば、つぎになされるべきことは、違法な侵害が今後生じないようにするためには、どのような負担をさせれば(反面、どのような救済を被害者に与えればよいか)適切な防止行為をするかということである。つまり、損害賠償、差止のどれが適切な法的救済かという問題である。

ただし、「二重の違法性判断」とはいつでも正確に二重に判断をしているかは

疑わしい。まず、損害イコール権利侵害と見ることができ、実質的な「違法判断」は利益衡量とくに受忍限度の範囲かどうかのところでなされている可能性が強い。権利侵害の有無はせいぜい被害者のどんな権利や利益が侵害されたかを特定するだけであるようにも思われる。しかし、これは損害の事実の中にすでに示されている。とすれば、このような差止におけるわが国の理論（「権利（侵害）+利益衡量」）は不法行為法における違法論の反映でもある。また、権利侵害・違法性は要件としての役割は限定されて、これ以外の要件が肩代りしている可能性がある。とすれば、判断されるべきものが正当な要件においてなされていないという現状ないしは悲劇がある。これは、差止論自体のものではなく、違法性・権利侵害論の不十分さによるものである。⁽²²⁾

第二の問題は、差止の判断を行うのは「利益衡量」のところであるが、はたして裁判所をはじめとする判断者が、利益衡量や受忍限度論によって差止を肯定・否定する結論を導き出せるかどうかである。一般に用いられる利益衡量は、被害者の損失の事情と加害者の行為を相関的に判断するという他にない。受忍限度はつぎのように説明される。「差止によって避けられる被害の重大さ・深刻さと差止によってもたらされる被告および第三者の負担の増大の大きさが比較衡量される」のである。⁽²³⁾利益衡量は実質的な判断を行えるだろうか。しかし、受忍限度とは言っても、差止による被害の救済の利益とこのために被告が受ける負担すなわち費用の分析である。このような費用便益分析は、一見すると実質的な判断に立ち入っているように思われるが、利益衡量や受忍限度論そのものへの批判と不満は多い。これらは柔軟な判断をもたらすものではあるが、こと差止に関しては柔軟ではない結果、つまり差止の否定という判決例が多いという現実がある。

利益衡量そして受忍限度に基づく差止判断は、この救済が効果的であればあるほど、公共性のファクターを強調する結果ともなった。判例は、公共性を差止ばかりでなく、損害賠償においても判断要素であるとしている。学説は、公共性は損害賠償においては考慮されるべきではないが、慎重でなければならないとしている。⁽²⁵⁾公共性自体は曖昧な概念である。前述のように、差止の判断における利益衡量は、違法性判断の相関関係説の流れを組んでおり、侵害行為の態様、なかでも行為の有用性は問題とならざるを得ない。このように利益衡量での「公共性」の配慮は、不法行為一般の違法性判断構造と無縁ではない。

第三の問題は、損害賠償と差止では、違法とされるレベルを異にすると考え

賠償と差止

られていることである。利益衡量や受忍限度論によれば、生活妨害などの損害賠償では「社会生活上の許容すべき限度」とされ、差止では「一般市民の生活を脅かす程度」とされる⁽²⁶⁾。後者の方がより受忍のレベルも高いと考えられる。

「差止の要件としての違法性は損害賠償の要件としての違法性よりも高い」とされるのである。まず、いずれのレベルをどのように割り出すかは明らかにされていないし、曖昧である。賠償よりも高いならば、差止を求める被害者には過酷と言わなければならない。そもそも差止と損害賠償で異なる基準を認める必要があるのが問題となる。また、差止は、被害の防止にとってきわめて効果的な救済方法であるが、そのことは被害者により多くの負担を強いるべきことを意味しないだろう。

このように、通説・判例の伝統的な立場は、差止の判断を明らかにするのに必ずしも成功していない。これまで多くの者が指摘するように、差止を肯定するにせよ否定するにせよ、その構成は説得的ではない。また、利益衡量は、差止で何が重要で、判断されなければならないかをそらしているようである。

伝統的な差止論に対する不満は、根拠となっている違法論にまでさかのぼって、伝統的違法論とは異なる考え方を提示した。すなわち、ひとつは、人格権はその侵害があれば「ただちに」差止が認められるとする見解である。これは、人格権の侵害が法的保護の次元では権利侵害よりも上位にあることを理由とする⁽²⁸⁾。また、いわゆる環境権説は、差止における利益衡量をできるだけ排除しようとするものである。環境権説は、良い環境を享受し、これを支配しうる権利とするものである。しかし、環境権説とて、利益衡量を度外視できないことが指摘されている⁽²⁹⁾。

しかし、これらの「直ちに違法、差止」とする見解は、なお、差止の法的根拠すなわち、権利の種類や性質にとらわれている。この考え方が成り立つためには、人格権が他の権利に優越するあるいは絶対であるなど、権利のランク付けがはっきりしていること、いずれが権利侵害となるかの判断が明確であることが前提となろう。実際には、これらをカテゴリーカルに分類することは困難だろう。また、権利の侵害があったかどうか、違法といえる行為が存在したかどうかは、侵害の結果に対する救済がいずれであれば合理的かの問題とは理論的に異なっている。権利の侵害は法的救済とは別の問題である。後述での分析が示すように、いずれの権利が侵害されても、理論的には損害賠償や差止による救済が認められる⁽³²⁾。

わが国の差止論では、差止の実質的判断を行なうための利益衡量や受忍限度などの基準が曖昧で、当事者にとっては不確実であり、実際的ではないといえよう。理論的には、基本的に違法性判断と法的な救済の妥当性とを十分に区別しているとは言えない。この意味でも、わが国の不法行為法がとる金銭賠償の原則と差止の関係を明らかにする必要がある。そして、賠償と差止を論じることが、いずれの救済を認めた方が妥当かあるいはそれによっていかなる影響を社会全体に与えるかの判断と、いま一度結びつけて考える必要がある。

注

- (1) 差止に関しては、東孝行・公害訴訟の理論と実務(昭和46)、淡路剛久・公害賠償の理論(1975)、牛山積・公害裁判の展開と法理論(昭和51)、沢井裕・公害差止の法理(昭和51)、淡路剛久・環境権の法理と裁判(昭和55)、石田喜久夫・差止請求と損害賠償(1987)、五十嵐清・藤岡康宏「人格権侵害と差止請求」判時599号108頁(1970)、沢井裕「差止請求と利益衡量」法時1971年7月号12頁(1971)、徳本鎮「公害の私法的救済」判例展望・ジュリスト500号160頁(1972)、宮城邦彦「公害差止請求権の法的構成についての一考案」日院大法学研究年報2号5頁(1972)、道田信一郎「公害差止—日本と英米—河川と汚濁と法」論叢90巻4=5=6号35頁(1972)、竹田稔「人格権侵害と差止請求」現代損害賠償法講座2巻293頁(1972)、東孝行「公害の差止訴訟—西ドイツとの法比較」司法研修所論集1973-II(52)号80頁(1973)、石田喜久夫「公害の差止請求権について」環境研究3号23頁(1973)、小木曾輝久「709条と差止請求権について」桑蓬3巻1=2号41頁(1973)、安次富哲雄「公害と差止請求権」琉大法学14号111頁(昭和48)、同「公害差止の法理」法セ209号100頁(1973)、沢井裕「公害の差止請求」ジュリ増刊・民法の争点326頁(1978)、同「七〇年代公害差止裁判例の歩み」ジュリ541号84頁(1973)、沢井裕「差止訴訟における『公共性』の機能」公害研究3巻2号8頁(昭和48)、沢井裕「不法行為の差止請求の法理と実際」日弁連特別研修叢書昭和52年度449頁(1973)、伊藤高義「差止請求権と法的根拠」セミナー法学会集4・民法II182頁(1973)、清水隆司「公害の未然防止の方策と課題」自研49巻5号39頁、6号87頁、8号149頁、10号60頁(昭和48)、佐藤幸治「人格権侵害と差止請求」法セ230号88頁(1974)、舟橋諄一「公害差

止めの法理」八幡大論集25巻3＝4号1頁(1975)、須田政勝「公害差止請求論試論(1-2)」法時47巻3号80頁、4号56頁(1975)、磯部力「差止請求の違法性といわゆる『三権分立論』」判時797号16頁(1976)、斉藤博「騒音・日照妨害に対する差止ないしは損害賠償請求のパターンと救済のパターン」法時48巻9号153頁(1976)、古屋紘昭「差止請求権の問題点と動向上・中・下」NBL120号6頁、同121号50頁、同122号26頁(1976)、大久保一徳「公害差止請求権の法的構成－公害差止の法理の研究の1」鹿児島経大論集17巻1号、2号(1976)、浅野直人「差止請求」判例と学説3民法II(債権)357頁(1977)、大川勝幸「公害差止請求権に関する一展望」日大院法学研究年報7号71頁(1977)、浅野直人「不法行為に対する差止請求について」福大法学22巻3＝4号403頁(1978)、木村保男・東島敏明・坂和章平「複数汚染源に対する差止請求」法時50巻10号86頁(1978)、清水兼男「公害差止の不法行為的構成」末川先生追悼論集・法と権利1巻372頁(民商78巻臨増(1)・昭和53)、森島昭夫「差止請求」谷口知平＝加藤一郎編新版民法演習2巻104頁(昭和54)、沢井裕「不法行為差止裁判例の複合構造説的アプローチ」関大法学28巻4＝5＝6号21頁(1979)、柳澤弘士「予防的不作為請求権の構造」日大法學紀要20巻75頁(昭和54)、中山充「公害の賠償と差止に関する法的構成の変遷について」磯村哲先生還暦記念論文集市民法学の形成と展開下巻219頁(1980)、中井美雄「環境保護訴訟の動向－民事差止請求訴訟における権利論を中心に」立命法学150－154号608頁(1981)、松本昌悦「環境権を根拠とする差止請求の可否(上・下)」ひろば34巻1号72頁、4号59頁(1981)、NBL編集部「差止め関係裁判例の分析」NBL233号15頁(1981)、沢井裕「差止法理と被害－大気汚染差止裁判例を中心として」自由と正義1983年4月号13頁、五十嵐敬喜「日照紛争と差止請求」自正1983年4月号53頁、牛山積「複数汚染源に対する差止請求」同22頁、原田尚彦「差止請求と行政訴訟」同45頁、松本博之「抽象的不作為命令を求める差止請求の適法性」同29頁、内田省司「福岡空港公害訴訟と差止請求」法と民主主義187号9頁(1984)、小川竹一「公害差止の法的構成について」早大院法研論集32号99頁(1984)、赤松美登里「ドイツにおける一般的予防的不作為の訴え」同志社法学36巻3号90頁(1984)、沢井裕「公害の差止請求」民法の争点II210頁(1985)、田井義信「公害差止の

法理」法セ増刊・不法行為207頁（1985）、佐上善和「公害環境問題と差止訴訟の課題」ジュリスト866号44頁（1986）、山田創一「公害差止の法理—判例の検討とその問題点（1）」中央大院研究年報16巻Ⅰ—2号47頁（昭和62）、大沢秀介「構造的差止命令とその抑制の可能性」慶大法研60巻7号1頁（昭和62）、野村直之「最近の日照権判例とその考察—日照権に基づく建築差止めをめぐる」判タ630号2頁（1987）、松山恒昭「環境破壊（環境権）と不法行為責任」裁判実務体系16巻193頁（1987）、大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察」私法49号153頁（1987）、同「生活妨害の差止に関する裁判例の分析（1—4完）」判タ645号18頁、646号28頁、647号14頁（1987）、650号29頁（1988）、加藤雅信「差止（日本不法行為法リストイメント10）」ジュリスト889号90頁（1987）、大塚直「フランス法における action possessoir（占有訴権）に関する基礎的考察」学習院大法研究年報23号281頁（1988）、徳本伸一「公害の差止請求」森泉章教授還暦記念論集現代判例民法学の課題723頁（1988）、神戸秀彦「公害差止の法的構成の史的変遷に関する考察（1—3）」都立大法学会29巻2号79頁（1988）、30巻1号433頁、2号145頁（1989）、潮海一雄「千葉川鉄公害訴訟判決における責任論・差止め論」ジュリスト928号26頁（1989）、同「大気汚染公害訴訟における差止請求をめぐる諸問題」法時62巻11号26頁（1990）、など。

また、法的救済全般については、幾代、不法行為270頁以下、四宮和夫・事務管理・不当利得・不法行為下巻465頁以下（昭和60）、中井美雄「損害賠償の方法」現代損害賠償法講座1巻115頁（昭和51）、清水兼男「公害の救済としての原状回復」民商83巻3号353頁（1980）、三沢元次「不法行為における原状回復的救済論」東洋法学24巻1号1頁（1980）、富井利安「公害の原状回復について—民事救済方法論の視点から（1—2完）」廣大社会文化研究10巻69頁（昭和60）、同11巻25頁（昭和61）、木下毅「日米比較原状回復法序説」四宮和夫先生古希記念論文集・民法・信託法理論の展開127頁（1986）など参照。

- (2) 加藤一郎・不法行為213頁（増補版・昭和49）、大塚、後注3の文献など。
 (3) わが国の判例や学説の差止論が権利や利益をめぐる展開してきたことの叙述は、大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察（1）（2）」法協103巻4号599頁、同5号1112頁以下（1986）に詳しい。

- (4) 加藤、前注2、213頁。また、物権的請求権については、舟橋諄一・(1967)物権法36頁以下(昭35)、同「いわゆる物権的請求権について」私法29号378頁(1967)など参照。なお、好美清光「債権に基づく妨害排除についての考察」(一橋大学)法学研究2号240頁(昭34)参照。
- (5) 本稿では、不法行為成立要件の一つとしての権利侵害を違法性と同一視する。以下ではいずれを用いても同じ意味である。ただし、権利侵害と違法性を厳格に区別する見解も存在する。たとえば、原島重義「権利論とその限界」法政42巻2—3号411、414頁(昭和50)、同「開発と差止」同46巻2—4号275、294頁(昭和54)など。
- (6) 加藤、前注2、213—214頁。
- (7) 沢井裕「差止請求の法的構成」自由と正義1983年4月号7頁、淡路剛久「公害・環境問題と法理論(四)」ジュリスト840号20、21頁(1985)、森島昭夫「差止と公共性」法時57巻9号19頁(昭和60)など。
- (8) 沢井裕・公害の私法的研究146頁(1969)以下。
- (9) 原島、「権利論とその限界」、前注5、414頁、同「開発と差止」、前注5、294頁など。
- (10) 一般的には、差止の根拠に関するいずれの説や立場をとっても、具体的に結論が変わってくるものではないと見られるようである、伊藤高義「利川製鋼事件」公害・環境判例(第二版)25頁(1980)参照。また、被害者救済では説明とならない。

さらに、差止を不法行為の効果として認める見解の多くは、不法行為法の金銭賠償の原則との関係について十分な説明をしてこなかったことを指摘するのは、大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察(3)」法協103巻8号1604頁以下(1986)。不法行為による救済は、金銭賠償ではなく、侵害状態の除去即ち現状回復にあるとする見解もある。浜田稔「不法行為の効果に関する一考察—不法行為の効果としての現状回復について」私法15号91頁(昭和31)。法的救済一般については前注(1)の文献参照。
- (11) 末弘徹太郎・「物権的請求権理論の再検討」法時11巻5号(昭和14)、のち民法雑記帳(上)(昭和28、55)210頁所収、竹内保雄「差止命令」加藤一郎編公害法の生成と展開439頁以下(昭和43)、藤岡康宏「差止の訴に関する研究序説—その法的根拠と権利(絶対権)について」北大法学論集21巻1号108頁(昭和45年)(ドイツ法における一般的不作為の訴の検

討からによる)。

- (12) 末弘、前注、212・213頁。
- (13) 藤岡、前注11、111—112頁参照。
- (14) 同。舟橋教授も、違法性判断の相関関係説を妨害排除にも取り入れることによって、あらゆる利益に妨害排除の可能性を肯定される。同・物権法36頁以下、同「いわゆる物権的請求権について」私法29号378頁以下(昭和42)。なお、竹内、前注11も、「差止によって保護されるべき十分な利益が存在し」(439頁)といい、この点で利益衡量が介在する余地があるう。
- (15) 徳本鎮「公害の私法的救済—継続的権利侵害の救済方法」ジュリスト413号98、101頁(昭和44)。なお、被侵害利益を人格的利益と財産的利益の両方を含む全体としての生活利益と考えられる。徳本鎮「判例にあらわれた日照妨害紛争の法理」ジュリ増刊特集日照権245頁(1974)。
- (16) 徳本、同参照。
- (17) 加藤、前注2、214頁、同「序論」同編公害法の生成と展開1、12(昭和43)、幾代通・不法行為298頁(昭和52)など。また、沢井、前注8、349頁以下の説明参照。
- (18) 順序的には、「利益衡量」をさきにして権利侵害を判断し、差止の諾否を判断するという、バリエーションもある。たとえば、名古屋新幹線控訴審訴訟。この指摘につき、森島昭夫「差止と公共性」法時57巻9号19、20頁(昭和60)。人格権と利益衡量につき、沢井、前注8、146頁参照。
- (19) なお、かつて最高裁は騒音公害事例において受忍限度論を取っていないことについては、井田友吉、最判解昭和47年度58事件法曹25巻11号2075頁(昭和48)、柴田保幸「東京都地下鉄工事騒音事件」公害・環境判例百選(第二版、1980)93頁。
- (20) 加藤、前注2、126頁、徳本鎮・注釈民法(19)173頁(昭和40)、幾代、前注17、81頁など。なお、判例の受忍限度の判断や取扱上の問題点については、淡路剛久「公害・環境問題と法理論(その四)」ジュリ840号20、23頁(1985)。受忍限度論の批判については、好美清光「日照権の法的構造(下)」ジュリ494号113、118頁(1971)参照。
- (21) 本稿と同じ法の経済分析からの違法性の判断構成については、林田、「はじめに」前注1、参照。

- (22) 同、参照。
- (23) 森島昭夫「損害論」判時1008号13頁（横田基地公害訴訟第一審判決をめぐって、昭和56）。同じく、加害者・被害者それぞれの利益・不利益などを「総合的相関関係に比較考量すべき」とするのは、沢井、前注8、351頁。また、加害行為に対する救済として、妨害排除を認めるか否かは、「立法政策の問題」として、しかしそこでは「妨害排除を認めるか否かは、それによって侵害者の側の活動の自由を制限することの損失と被害者の側のそれによって受ける利益（逆にいえば損害賠償は認めながら妨害排除を認めないことによる損失）との比較考量によって決めるべきである」とされている。加藤、前注2、214頁。
- (24) 岩田規久男「新幹線訴訟控訴審判決における利益衡量の経済学的検討」ジュリスト840号14頁（1985）は、経済学者によるものであり、利益衡量を費用便益分析として捉えるが、わが国に伝統的な差止論に影響されて、後に述べる取引費用を考慮していない。
- (25) 沢井裕・国井和郎・吉村良一・民法講義ノート（6）不法行為202頁（1984）。損害賠償では公共性を考慮すべきではないとする説が有力であることを指摘するのは、加茂紀久男・最判解説法曹37巻1号159頁、299頁（昭和60）。しかし、公共性を利益衡量上の要因とすべきではないとするのは、川井健「民事紛争と『公共性』について」判時797号3頁（昭51）。また、沢井裕「差止訴訟における『公共性』の機能」公害研究3巻2号8頁（1973）参照。
- (26) 加藤、前注2、214頁。
- (27) 加藤、前注17、13頁は、「…被害がゼロのところから出発して、だんだん被害が大きくなっていくと、それがある一定の限度をこえたところから、損害賠償認められるようになる。しかし、差止請求が認められるのは、それよりかなり高いところで、どうしてもとめなければ困るという場合に限られることになるであろう。」とする。同趣、加藤、前注2、213—14頁、竹内、前注11、436、440頁、沢井裕（筆）注釈民法（19）349頁（昭和40）、野村好弘・公害の判例77頁（1971）、伊藤高義「差止請求」現代損害賠償法講座5巻395頁（1973）など。竹内、前注11、436、440頁、野村好弘・公害の判例77頁（1971）など。
- (28) 斎藤博「差止請求」判時976号12、13頁（昭55）。また、原島、「権利論と

- その限界」前注5、417頁注(6)、同「開発と差止請求」、前注5、275頁は、ドイツ法の研究から「いわゆる人格権が法的保護の次元では権利侵害よりも上位にある」ことを理由とする。なお、権利論および違法論におけるわが国の伝統的理論の位置についての分析については、原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学4号54頁以下(昭和51)参照。
- (29) 原島、「開発と差止請求」前注5、285頁。
- (30) 大阪弁護士会環境権研究会・環境権(昭48)。庄司光・鉄川精・亀井利明・沢井裕・環境論序説(1975)、原田尚彦・環境権と裁判(昭和52)、淡路剛久・環境権の法理と裁判(昭和55)、高柳信一「環境の保護について」法時43巻8号50頁(1971)、加藤一郎「環境権の概念をめぐって」同・民法における論理と利益衡量113頁(昭和49)、野村好弘「環境問題」現代の社会問題と法(現代法学全集51)1頁(昭和53)、藤岡康宏「環境法の基本構造(1-3)-私法的側面を中心として」判評227号116頁、228号116頁、229号124頁(昭和53)など参照。
- (31) 藪重夫「日照権の私法的保護に関する諸問題」北大法学論集25巻3号167、192頁(昭和49年)など。
- (32) つぎの2以下参照。なお、利益衡量を維持する立場からの「直ちに違法、差止」とする見解の批判につき、森島「差止と公共性」法時57巻9号19、20頁(1985)参照。騒音による被害の重大さには程度があるから、どの段階かでの利益衡量が必要だとする。

2. 賠償と差止の経済モデル

A. 権利の種類と法的救済(賠償と差止)

これまでの検討から明らかになったのは、第一に、権利の種類・性質は法的救済とは別の問題ではないかということである。いずれの権利が侵害されても、理論的には損害賠償や差止による救済が認められるのではないか。第二に、差止を肯定・否定するための利益衡量は必要かということである。差止を賠償と同じ法的救済のレベルで論じることはできないか。

そこで、差止による救済が権利の種類によらないことを明らかにするために、

賠償と差止

所有権と人格権が侵害される場合を検討する。まず、所有権が侵害される場合の救済を検討してみよう。

- 例1. 「BがAの所有するガレージを無断で使用している。そこで、AがBの行為の差止を請求する。」⁽¹⁾
- 例2. 「BがAの所有する土地を無断で通行した。AはBに対して差止を求めることができるか。」⁽²⁾
- 例3. 「Bはその所有する土地に工場を営んでいるが、この工場からばい煙が発生し、近隣のAに被害を与えている。AはBに対してばい煙の差止を求めることができるか。」

いずれも土地所有権の侵害の例である。

例1では、AはBの無断駐車を差止めることができる。Bがこのガレージが所有者Aにとってよりも自分にとって価値があると主張しても、差止を免れることはできない。また、例2では、Aは、Bの無断侵入によって受けた損害の賠償を請求できるし、また、Bの侵害行為の継続については差止めすることもできる。同様に、BはAの土地を通行することがAよりも自己にとって価値があると主張しても、差止は免れない。⁽³⁾つまり、差止を認めることは、所有者の同意がなければ、権利は消滅しないし、譲渡されないということである。すなわち、差止を認めることによって権利を絶対的なものとしている。Bは、そのガレージや土地が自己にとってより価値があると考えれば、市場を通じてこれを取得、利用する権利を得なければならないのである。つまり、差止は、BがAとこの土地を取引するようになるのである。

また、例3では、AはBに対してやはり差止および損害賠償する権利を持つ。このように、所有権侵害でも損害賠償あるいは差止による救済のいずれも存在する。

つぎに、人格権の侵害の例でみてみよう。

- 例4. 「Aは不注意な車の運転によって歩行者のBをはねて負傷させた。BはAに対して運転を差止めることができるか。」

この例でおそらく加害者Aの運転行為を差止めてよいとする者はいないだろう。なぜか？侵害は過去のものであり、差止は将来に向かっての救済だからである、と理屈づけることも可能である。あるいは、身体を負傷させた加害行為に侵害の継続性が存在しないといってもよいだろう。要するに、この例では、過去に生じた損害を救済するのに、差止は非現実的で、効果的ではないということである。

⁽⁵⁾
ある。

救済が効果的ではないとはどのような意味か。まず、かりに被害者BがAの運転行為を差止めることができるとする。Aは車の運転ができないから、過失によって事故を起こすことはなくなる。車の運転に関してはAの行為から社会的費用が生じることはない。しかし、行為を禁止することによって、Aには費用が生じる⁽⁶⁾。また、Aの行為を差止めてもBの救済にはならないということである。つまり、Bにとって差止が意味を持つのは、あらかじめBがAに対して差止をしておくことが必要である。Bは誰が自分を跳ねて負傷させるかを特定して、差止をする必要がある。できないことはないけれども、一般的には不可能に属する。このように、差止を実行するについての費用が高いのである。この費用が自己へ予想される身体の侵害による損害よりも高ければ、Bは差止を諦めるざるをえないことになる。このように、差止が効果的な救済方法ではないということは、効率的な救済ではないということの意味する。

上記の例が示すように、人格権の侵害においても差止は原則として用いることができる。⁽⁷⁾このとき差止は、人身損害をもたらすような危険な行為を継続することを禁じるものである。しかし、人格権の侵害においては差止は用いられることは稀である。上に分析したように、被害者が同じ加害者によって被害を受ける可能性が低い（被害者以外の第三者が侵害されることはありうる）からである。このことは、逆に不法行為法において損害賠償が原則であること（民法722条）を証明するものである。

しかし、差止の理論的な可能性と実際に用いられないことは区別されなければならない。Bにとって加害者となりうるAを探して特定することが容易であれば、差止も可能なはずである。たとえば、AがたえずBを交通事故によって負傷させているならば、差止は可能であるし、効果的な救済となる。この点で、前述した「侵害行為の継続性」という特徴に差止の根拠を見ようとするのは、相手が特定されていることを示しているが、上に述べたように相手の特定だけが差止の要件ではない。

以上から明らかになるのはつぎの三つの点である。第一に、人格権の侵害においても差止による救済は理論的には考えられうる。むしろ、所有権の侵害においても、差止をはじめ損害賠償も肯定されるのである。したがって、差止は、権利の種類や性質に基づかない、ということが可能である。第二に、侵害(の有無)に対しては、救済が対置される。第三に、救済方法にいくつかの選択枝が存在

するなら、いずれが効率的な救済かを選択することが必要となるのである。

B. 金銭賠償の原則と差止の根拠

つぎの問題は、法的救済としての差止と損害賠償を分つているものは何かであり、これはいずれの救済が効率的であるかの問題である（法的救済の選択）。これによって差止の根拠が何であるか、また、どのような場合に認められるかが明らかになろう。差止論における伝統的な利益衡量論とは異なることが明らかになろう。ただし、本稿の以下の分析を、「法の経済分析」や「法と経済」に負っている。アメリカ法において法と経済や法の経済分析が、差止と賠償の理論的な分析を可能にし、大きくこれに寄与したといえる。⁽⁸⁾

法の経済分析の方法についてはすでに明らかにしたので、ここでは以下で必要と考えられるものについて簡単に述べるが、不法行為法における違法性の基準は経済的効率性である。⁽⁹⁾ 経済的効率性とは、資源の使用が望ましいものといえるかどうかを判断する基準である。つまり、資源の分配に関する評価である。効率性には、いくつかの定義がある。ここでは、効率性をカルドア・ヒックスの定義において用いる。カルドア・ヒックス（潜在的パレート優越）基準は、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⁽¹⁰⁾ 効率的である、とするものである。いずれにせよ、資源の希少な世界では、⁽¹¹⁾ 経済的効率性（economic efficiency）は社会の望ましい目標である。

不法行為法の大きな役割は、賠償責任を課すことによって経済的外部性を内部化することである。⁽¹²⁾ 交通事故の加害者が不注意な運転によって生じさせた損害について賠償責任を負わないとすれば、運転者は注意をして運転する意欲を持たなくなる。また、空気や水質を汚染している工場がこれによる被害に対して不法行為責任を負わないとすれば、そのまま操業を続け、被害を防止する措置を取らないだろう。このように、事故や被害は、行為者の行為から生じている第三者への影響であり、これを経済学では経済的外部性（ここでは外部不経済）と呼んでいる。これらの行為は、資源の最適な利用につながらないものである。かくして経済的効率性は、これらの外部不経済を内部化するように要請するのである。内部化する方法には、課税・当事者の取決などいくつかのものがあるが、不法行為責任はその一つの方法・制度である。

1. 取引費用

経済学でいう完全競争市場モデルでは取引費用はゼロと仮定されている。ここでは取引費用は存在しない。しかしながら、現実の市場あるいは取引には取引費用は存在する。取引する者は、商品の価格や品質あるいは相手の存在などについて知る必要がある。取引費用もまた、のちに述べるように違法性判断のうち法的救済に影響を与えるものである。取引費用は、取引に要する費用である。たとえば、交渉相手を探す費用、集会費用、交渉過程それ自体の費用、成立した合意を実施する費用⁽¹³⁾などである。

取引費用が、明白に存在することが認識されるのはつぎの場合である。たとえば土地や建物あるいは株式などの取引をする場合には、仲介者が存在しており、この者は関連する情報を売手や買手に提供する。これに対して仲介者は、一定の割合の対価を受け取るのである。これは、取引費用である。また、取引費用は、黙示的な形で存在する。たとえば中古車を買うときには、それに関する宣伝を読んだり、販売店に出かけ、車を調べなければならない。これらの行為は、取引をするために投ぜられた費用である。このように、取引費用の存在は交換や取引に大きな影響を与えるものであるといつてよい。

取引費用は、さまざまな形で存在するが、個々の取引ごとに存在することがある⁽¹⁴⁾。たとえば、先ほどの不動産の取引などのように。ここでは、取引費用は、税と同じようなものであると言われる。すなわち、税金（ことに消費税）や取引費用は、売手が受け取るものと買手が支払うものとの差である。また、取引費用が、取引ごとに一括して取引費用が存在する場合がある。たとえば、郊外のスーパーマーケットへ車で買物に行く場合には、ドライブして出かけなければならないから、また時間がかかることからなんでも出かけて行くことを避けるようになる。しかし、需要と供給の均衡には影響を与えないと言われる。

一般には取引によって当事者に「利益、が生じるから取引がなされる。しかし、取引費用の存在は、取引から生じる「利益、を減少させるのである。この利益は、経済学では、余剰と呼ばれるが、交換によって発生する利得である。この点をつぎの図2.1.によって見てみよう。余剰が生じなければ交換は発生しない。つまり、支払った価格(p)の効用よりも入手した財の効用が大きいときに交換する。財から得られる余剰は、つぎの図では、財Qと無差別であるOQeDと実際に支払った金額OQePの差、PeDである。これが交換によって発生する消費者余剰である。

賠償と差止

先ほどの不動産の仲介者を例にとるとき、財1単位あたりの取引費用が図のABに等しいとする。すなわち、ABは、仲介者に支払わなくてはならない費用である。均衡価格はPであるが、取引費用が存在するときには、Pとはならない。OBが買主にとっての価格となり、OAが売主にとっての価格となる。

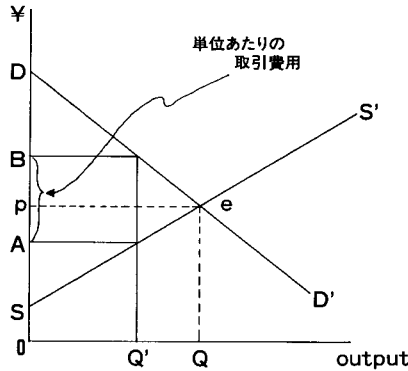


図2. 1. 余剰と取引費用

このように取引費用の存在は、売買される財の量を減少させるのである。取引費用がゼロのときには均衡量はOQであるが、図のように取引費用が存在し、ABのときには、均衡量はOQ'である。また、取引費用が取引から生じる利益⁽¹⁵⁾よりも大きい場合には、取引自体を引き起こさない。

では、取引費用はどのような形をとって存在するか。E. J. ミシャンはつぎのような例を挙げている。汚染によって広い範囲に被害が拡散している場合を念頭におくと分かりやすいが、(1)イニシアチブを取ることに関連した費用、(2)すべての被害者を特定する費用、(3)被害者たちと伝達・連絡する費用、(4)汚染企業などに申入れをするために彼らを十分に説得する費用、(5)提示され、受け入れ総額や各被害者の取り分について合意に達する費用、(6)交渉それ自体⁽¹⁶⁾の費用である。

取引費用は、一般に当事者の数が多ければ多いほど高くなると言われている。しかし、当事者の数が少なくても取引費用が高くなる場合も存在する。たとえばよく挙げられるのは、双方独占の場合⁽¹⁷⁾である。これは、市場の供給側にも、また、需要側にも独占力が存在する場合である。その例としては、労使間の団

体交渉が挙げられる。

2. 効率的な救済方法

経済的な観点から、賠償と差止のいずれの救済がどの場合に望ましいかを検討しよう。経済的に望ましい解決は、効率的な救済を意味する。このために、当事者が市場において効率的な救済を得るために取引することが可能な場合とそうでない場合に分けて考えよう。差止と賠償のうち、いずれが望ましい救済かを検討するために、ここでコースの定理をもとに考える。論証のプロセスはつぎの4つを経る。まず、どのような救済方法（法ルール）が現実存在するか。つぎに、取引費用がゼロの場合には、いくつかの救済の法ルールのもとで当事者がどのように自己の利益を追求するかを見る。第三に、それぞれの救済方法をとった場合に、社会にはいかなる利益が生じて、そのうちいずれが望ましいかを明らかにする。第四に、取引費用がゼロないし低い場合と高い場合で、それぞれの救済方法がどのような影響を与えるかを検討する。

まず、救済方法としてつぎの3つの方法が存在する。(1)侵害継続する場合。たとえば、これは工場Yが、汚染を継続することができる。つまり、Yに「汚染する権利」が存在する場合である。つぎに、(2)損害賠償。これは、被害者XがYから受けた損害を賠償することができる。汚染によって生じた損害すなわちXの利潤の減少分を賠償するものである。第三に、(3)差止する場合である。被害者Xは、Yに差止を求めることができる。

(a) 取引費用がゼロ・低い場合

つぎのような設例で考えよう。⁽¹⁸⁾土地所有者Yがその土地の工場からばい煙を出して、隣接する土地の所有者Xに損害を与えている。Yが、この侵害の存在するとき、自己の土地利用から受ける利益は1,000円、侵害が存在しないときに得る利益が300円である。隣接のXが自己の土地利用から受ける利益は、Yの侵害が存在するときには200円で、Yの侵害がないときに500円であるとする。すなわち、Yの侵害は隣接の土地所有者Xに300(500-200)円の損失を与えている。さらに、Yはばい煙を300円の防止装置をつけることによって防ぐことができる。他方、Xも100円の費用でこれを防ぐことができるとする。

(i) X・Yそれぞれが、自己の利益を追求するように行動すると、それから得られる利益はつぎの表2.1のようになろう。ただし、法律がいかなる救済方法を取っているか、この段階では無視する。表中の各欄の上の数字はXの、下の数字はYのものである。

賠償と差止

左上の欄は、Xが防止装置をつけず、Yも付けない場合である。このとき、Xは、Yによる汚染のため200円、Yは1,000円の利潤を得ることができる。これは、前記救済ルールから見ると、損害賠償に対応している。Xは汚染による被害を受けるから、Yから損害賠償を受けることができる（ $500=200+300$ ）。

表2. 1. 当事者の利潤

		X	
		防止装置なし	防止装置
Y	防止装置なし	200 1,000	400 1,000
	防止装置	500 700	400 700

Yは、1,000から300円をXに損害賠償しなければならぬ。このとき、XとYでは500と700だから合計1,200の利潤が生じている。つぎに、左下の欄は、Yが防止装置を付ける場合であるが、Xには損害は生じない。したがって、Xは500円、Yは、防止装置の費用を差し引いた700（ $1,000-300$ ）円の利潤を得ることができる。これは、前述の救済方法でいえば差止をXに認める場合に対応する。さらに、右下の欄は、XもYも防止装置を付ける場合である。このとき、Yは、装置の費用を差し引いた700円、Xは同じように防止のための費用を差し引いた400円を得ることになる。最後に、右上の欄は、Xが防止装置を付け、Yが汚染を続ける場合である。このとき、Xは、装置の費用を差し引いた400円、Yは1,000円の利潤を上げることができる。これは救済方法からみると、汚染継続の場合に相当する。

当事者に生じている損害の解決についての費用、すなわち取引費用が存在しないとき、効率的な解決は、当事者の行為から最も利益が上がる場合である。すると、上の表から右上の欄1,400（ $1,000+400$ ）円が効率的な解決である。これは、Yに汚染する権利が認められ、かつXが防止装置を施す場合である。したがって、損害の発生は防止されている。これは、コースの定理が示すように、法ルール、ここでは法的救済のそれ、がいかなるものであれ、当事者は望ましい、すなわち効率的な解決を図ることができることを示している。言い換えると、ばい煙の害を「より安価に回避できる者」であるYが、これを負担していることになる。取引費用がゼロのとき、効率的な解決では当事者に1,400円（上

表右上の欄の数値の和) の生産を上げることができるのである。

(ii)そこで、同じ取引費用ゼロの仮定のもとで、こんどは、法的救済に関する法ルール(上記の3つ)が存在することによってどのような影響を与えるかを検討する。このために、それぞれの救済方法のもとで当事者にどのような利益が生じるかを検討する必要がある。

当事者がそれぞれの救済のもとで受ける利得ないし利益を表にするとつぎのようになる。ただし、これらの利得は当事者が交渉するかどうかに関係なくそれぞれに生じるものである。

表2. 2. 救済方法と利益

	侵害継続	損害賠償	差止
X	400(500-100)	500(200+300)	500
Y	1,000	700(1,000-300)	500
合計	1,400	1,200	1,000

この表から明らかになるのは、Yにとって最も有利なのはむしろ、侵害を続けることである。賠償ルールが採られると700、差止ルールでは500の利得しか得られない。最も不利な救済方法は、差止される場合である。損害賠償はその中間と言える。逆に、Xにとり有利なのは、差止できる場合である。いずれも500の利益を得ることができる。不利なのは、侵害が継続される場合である。400の利益しか得られない。注意すべきは、損害賠償と差止とは当事者ことにXにとって効果は変わらない⁽¹⁹⁾ということである。

どの救済が望ましいかは、当事者に生じる利益を比較しただけではどちらともいえない。表が示しているように、X、Yそれぞれにとって望ましい救済方法は異なるからである。このため、どの救済方法が望ましいかを決めるには、それぞれの救済方法において生じる、当事者の利潤の合計と前記(i)において明らかになった救済の組み合わせによる利益とを比較する必要がある。この比較によって最も大きな利益を生じるものが、効率的な救済方法といえる。というのはいくつかある救済のうち、最も大きな余剰を生み出すのが当事者にとってもまた社会的にみて望ましい⁽²⁰⁾からである。

前述(i)によると、効率的な救済方法(表2.1.の右上の欄)では、1,400の利得が生じている。これを基準として比較すると、侵害が継続される場合には、

賠償と差止

$1,400 - 1,400 = 0$ の余剰しか生じない（余剰とは、それぞれの救済方法をとった場合に発生する利得である）。損害賠償が救済方法として採られると、 $1,400 - 1,200 = 200$ の余剰が、また、差止が採られると、 $1,400 - 1,000 = 400$ の余剰が生じる。このように、最も効率的な救済は、最大の利益を上げるルールであるから、差止が効率的な救済方法である。差止の場合には、他の場合と比較すると400の余剰を生じている。したがって、XにYの侵害行為に対する差止を認めるのが最も効率的な解決である、といえる。

当事者が得る利益が、協力することによって最大になるであろうことは市場による取引が効率性を生むことから予想されることである。コースの定理は、当事者の合意によって解決されるときは、法のルールとは関係なく、効率的な解決を生じる、というものである。⁽²¹⁾すなわち、上の例では、当事者の取引が成立すれば、損害賠償や汚染する権利（Yの所有権の絶対）といった法律による権利の配分の非効率性は当事者の合意によって解決されるのである。つまり、いずれの当事者に権利が割り当てられていようとも、当事者がこれらの権利を取引し、交換することによって、それぞれの利益が最大となるような資源の配分を達成するのである。

これまででは、当事者が交渉するのに費用がかからないことを前提としてきた。しかし、現実の世界にはこのような費用、取引費用が存在する。取引費用が存在する場合はどうだろうか。前述したコースの定理（の逆）からは、したがって当事者は取引費用を少なくするように行動する、つまり、これを減少させるような（法的）ルールが選ばれる、はずである。

（b）取引費用が高い場合

取引費用が高く、取引を破壊する場合を上記の例3をもとに検討する。Bの工場が、近隣のAらの住民100人に、それぞれ100円程度だが総額10,000円の損害を与えているとする。AらはBに防止装置の費用5,000円を与えて、ばい煙による被害を生ぜしめないようにするインセンティブを持たない。100人の意思を統一して5,000円を集めなければならない。Bに5,000円を提供して被害を出さないようにするには、それをするための準備や調整をしなければならない。かくして、かりにこの取引費用がAら一人あたり、60円かかれば、これに5,000円の防止装置の各人の負担分を平等として、50円（ $5,000 / 100$ ）を加えると、一人あたり110（ $= 50 + 60$ ）円を負担することになる。この額は、一人あたりの損害額100円を上回ってしまう。このとき、損害を回避するための取引は起こり

得ない。⁽²²⁾ 防止装置のための支出をすれば、取引費用が存在するため、損害を受ける場合よりかえって悪化するからである。このように取引費用が高い、すなわち、取引費用が取引から生じる利益を超える場合には、市場を通じた取引は成立しない。したがって、市場の力では外部性を内部化できない。⁽²³⁾

つぎに、取引費用が高い場合には、なぜ差止は効率的な救済ではないのか。第一につぎの理由による多数の被害者が含まれており、それぞれは差止を求めるインセンティブを持っている。ところが、被害者の最後の者は、被告の工場や会社との差止の交渉において、差止を諦めるかわりに多額を会社から引出しうる。そこで、多くの被害者は誰も最初に被告会社と交渉せず、最後に交渉したいと思うのである。⁽²⁴⁾ また、自分が差止の当事者にならずとも、他の当事者が差止に成功すれば、費用を使わないでその恩恵にあずかることができる。ここにいわゆるフリーライダー（ただ乗り）問題が出てくる。このようにして、任意の取引による解決の可能性はわずかである。

第二に、多数の原告に差止が認められると、これは非効率的にしかならないからである。かりにいったん原告らに差止が認められると、被告会社は、差止めることによってよりも営業することによっての方が利益が大きいと考えても、差止めする「権利」を原告らから「買い取る」ことができない。⁽²⁵⁾ たとえば、原告ら（10人）は被告の行為によってそれぞれ1,000円の損害を受けている、また、被告には差止が原告らに認められたことによって9,000円の損失が生じるとする（利益衡量により、 $10,000 (= 10 \times 1,000) > 9,000$ だから、差止肯定）。その後、被告の行為から生じる利益が差止がなければ、12,000円になったとする。利益衡量によれば $12,000 > 10,000$ だから、差止は解除されなくてはならない。被告が原告ら一人一人に対して差止の解除を交渉するとき、取引費用が生じる。というのは、原告らは解除して欲しいとは思わない。被告は、原告らを相手どって交渉、訴訟する必要があるから、このための取引費用は膨大なものになることが考えられる。また、原告のすべてが差止の解除の交渉に応じるとは考えにくい。さらに、原告の全員が差止の解除に応じたとしても、差止を解除するためには、原告は損害の1,000を上回る額を要求できる立場にある（かりに、裁判所が10,000円以上の額の支払いを条件に差止を解除することを認めても同じである）。というのは、 $12,000 - 1,000 = 2,000$ があり、この額までは被告としても応じざるを得ないからである。そこで、各原告は1,200円（均等として）の支払で差止を「売渡」すことになる（損害は各人1,000円であった）。このような原

賠償と差止

告らの行動は、「戦略的行動」と呼ばれる。被告が多数の被害者の合意を取りつけて、差止を止めさせることは不可能であろう。このため、資源の効率的な利用からみれば、差止は非効率的な結果を生じるのである。したがって、この場合には損害賠償による方法が効率的な救済である。差止を求めるには被害者の意思の統一が必要であるため、取引費用が生じるが、損害賠償による場合には各人がそれぞれこれを評価して交渉や訴訟に当たることができる。

以上のように、差止が認められるのは、取引費用が低い場合である。⁽²⁶⁾ 取引費用が安い場合には、法は当事者が合意によって、つまり市場を通じて取り引きすることによって資源の効率的な使用を促すのである。このために、差止を認めることによって所有権を絶対的なものとするのである。所有権が絶対的なものとされることによって、当事者は市場による取引を通じて効率的な資源の使用を行うのである。上述の、不法な駐車の場合では、Aは、ガレージが所有者のBにとってよりも、自己にとっての方が価値があると言ってみたところで、Bによる差止を免れることはできない。この例においては、当事者はAとBの二人であるし、また相手も特定されているから取引費用は低いと考えられる。取引費用が低い場合には、BがガレージはAよりも自己にとって価値があると考えられるならば、侵害によって（あるいはこれによる損害賠償によって）ではなく、市場を通じた取引によってこれを行えということなのである。また、カラブレイジとメラムドは、外部不経済が存在する場合、裁判所は損害賠償か差止かによる救済の選択をしなくてはならないが、いずれを選ぶかは紛争の両当事者がその解決について協力できるかどうかが基準となるとしている。これは前述までの結論と同じである。⁽²⁷⁾

一般に相隣関係においては取引費用は低いといえよう。公害や生活妨害などは基本的には土地利用をめぐる紛争である。それは、所有権の対立による争いといえよう。土地利用をめぐる紛争の多くは、隣接する土地所有者間で、かつまた少人数で生じるものが多い。これを民法は、相隣関係として取り扱ってきた。⁽²⁸⁾ 隣接する所有者間の、かつ少人数の紛争の解決、つまり相隣関係の場合には、少数の土地所有者の存在、しかも相互に隣人としてその存在を知っている。また、知っているもの同士での交渉・取引費用は比較的小さい。さらに、当事者は交渉によって成立した紛争の解決の合意を安価に監視・モニターすることができる。このような場合には、当事者の交渉による紛争解決の合意が成立し易いといえよう。このときには、差止による救済が効率的な方法であるという

ことができる。⁽³⁰⁾

ただし、当事者の数が少ない場合、たとえば二人であっても取引費用が高くなることはある。たとえば、当事者がそれぞれ独占状態にある、双方独占の場合である。また、取引費用が低いと見られときでも、損害賠償による救済が肯定される場合がある。たとえば、不法行為の事例ではないが、発電用無断トンネル事件や高知鉄道無断敷設事件などはその例である。⁽³²⁾ すなわち、原告への侵害が侵害を除去することによって、つまり差止や現状回復をすることによってのみ避けられる場合には、当事者が二人だけであっても、取引費用は高い。妨害の除去や現状回復に、被害者への損害よりも高い費用がかかるからである。この場合には、損害賠償が効率的である。⁽³³⁾ ちなみに、このような場合に、あくまで差止や現状回復を請求することを判例は権利濫用として、損害賠償やその他の救済で満足すべきとしている。⁽³⁴⁾

しかし、取引費用が高い場合には差止ではなく、損害賠償による救済が効率的である。これが被侵害利益のいかんにかかわらず、妥当することは先に明らかにした。たとえば、所有権の侵害の場合でも、当事者が多数であるとか、損害が広がっているなどのように取引費用が高い場合には、差止よりも損害賠償が効率的な救済である。また、前述の例・4が示すように、不法行為の場合には損害が発生するまでは誰が加害者か分らないし、事故が起こるだろうということも予想できないから、取引費用が高く、したがって差止による救済ではなく、損害賠償による救済が効率的であるということになる。民法722条1項はこのことを表明するものに他ならない。

以上のように、差止と損害賠償とを法的救済のレベルで分かちているものは、取引費用である。⁽³⁵⁾ したがって、はじめに問題としたように、差止の根拠は被侵害利益の種類や性質とは関係がない。法的救済を選択する場合にも、どの救済によるのが効率的かの判断が働くことを見た。

注

- (1) R. POSNER, THE ECONOMICS OF JUSTICE 70(1981).
- (2) LANDES & POSNER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW 42(1987), hereinafter cited as LANDES & POSNER, ESTL. なお、本書を紹介したものに、林田清明「法の効率性の世界—(書評) ランディス・ポズナー著 不法行為法の経済構造 (1987)」北大法学論集41巻1号440頁 (1990) 参

照。

- (3) LANDES & POSNER, ESTL 42.
- (4) 所有権は、かりに所有者以外の者が所有者よりも自分にとっての方がより価値があると主張したとしても、排他的に資源を使用、収益、処分することができる。所有権を譲り受けるには、当事者の合意や取決による他はない。LANDES & POSNER, ESTL 28; Calabresi & Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 Harv. L. Rev. 1089, 1092 (1972).
- (5) 前述のように、侵害の継続性を差止の根拠の一つとみる考え方には、この意味では理由があると言えよう。
- (6) 車の運転によって得られるはずの満足や利益が得られないからである。
- (7) LANDES & POSNER, ESTL 47; Calabresi & Melamed, *supra* note 4, at 1115—1124.
- (8) POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 29—77 (3rd ed. 1986), hereinafter cited as POSNER, EAL; LANDES & POSNER, ESTL pp. 29—53; COOTER & ULEN, LAW AND ECONOMICS 102—108, 168—185 (1988); Calabresi & Melamed, *supra* note 4; Polinsky, Resolving Nuisance Disputes: The Simple Economics of Injunctive and Damage Remedies, 32 Stan.L.Rev.1075 (1980); Ellickson, Alternative to Zoning: Covenants, Nuisance Rules, and Fines as Land Use Controls, 40 U. Chi. L. Rev. 681 (1973).
- (9) 林田清明「効率性対違法性 — 民事違法性の経済理論」北大法学論集41巻3号1450頁(1991)、同「民事違法の経済理論」判タ746号25頁(1991)参照。
- (10) POSNER, EAL 12.
- (11) E. MANSFIELD, MICROECONOMICS: THEORY AND APPLICATIONS 476—479 (6th ed. 1988); R. RUFFIN & P. GREGORY, PRINCIPLES OF MICROECONOMICS 230 (3rd ed. 1989).
- (12) LANDES & POSNER, ESTL 187.
- (13) 取引費用の説明については、A. M. ポリンスキー・入門法と経済21頁以下(1986、原田博夫・中島巖訳)、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)、林田、前注2、参照。

- (14) 以下の説明は、W.NICHOLSON, MICROECONOMIC THEORY: BASIC PRINCIPLES AND EXTENSIONS 420(4th ed. 1989)また、ハーシュライフアー・価格理論とその応用(上)208-223頁(志田明訳、昭和55)によるところが大きい。
- (15) MANSFIELD, *supra* note 11, 39.
- (16) E.J.MISHAN, COST BENEFIT ANALYSIS 142(4TH ED. 1988);R.BOWLS. LAW AND ECONOMICS 27(1982).
- (17) POSNER. EAL 54-55.
- (18) 以下の分析と例をつぎに負うところが大きい。COOTER & ULEN, *supra* note 8, at 103 et seq.
- (19) ただし、どの救済方法をとるかは分配問題には影響する。Xが防止装置を付けるか、Yが損害賠償を支払うかはそれぞれの所得の分配に影響を与えるのである。
- (20) 売買の例をとると、買主がある商品を1,000円の価値があると評価して、これをそれぞれ500、700、900円の契約価格で買える立場にあるとする。買主は、500円でこれを買う方を選ぶだろう。このとき、 $1,000 - 500 = 500$ の余剰があり、この商品を買うことから得られる余剰が最も大きいからである。
- (21) Coase, The Problem of Social Cost, 3 J. Law & Econ. 1 (1960).
- (22) DUKEMINIER & KRIER, PROPERTY 40 (1988).
- (23) Merrill, Trespass, Nuisance, and the Costs of Determining Property Rights, 14 J. Legal Stud. 13, 20 (1985); Note, Efficient Land Use and the Internalization of Beneficial Spillovers: An Economic and Legal Analysis, 31 Stan. L. Rev. 457, 460 (1979).
- (24) COOTER & ULEN, *supra* note 8, 175.
- (25) COOTER & ULEN, *Id.*
- (26) LANDES & POSNER, ESTL 42-48; COOTER & ULEN, *Id.* at 175.
- (27) LANDES & POSNER, *Id.* at 47-48.
- (28) Calabresi & Melamed, *supra* note 8, at 1115-24; COOTER & ULEN, *supra* note 8, at 106-07; LANDES & POSNER, ESTL 44.
- (29) 相隣関係では、一般に相手方の存在は知られている場合が多いといえよう。
- (30) Calabresi & Melamed, *supra* note 4, at 1115-24; COOTER & ULEN,

賠償と差止

supra note 8, at 106.

- (31) POSNER, EAL 54. 双方独占の例として挙げられるのは、和解の交渉や労使間の団体交渉がある。福岡正夫・ゼミナール経済学入門203頁(昭和61)参照。
- (32) 大判昭和11年7月11日民集15巻17号1481頁(発電用無断トンネル事件)や大判昭和13年10月26日新聞4390号7頁(高知鉄道無断敷設事件)など。
- (33) LANDES & POSNER, ESTL 45.
- (34) 権利濫用の経済分析については、林田清明「権利濫用の経済理論 — 法の経済分析の試み」(近刊予定)参照。
- (35) 法的救済のレベルでみれば、不法行為以外でも、たとえば契約違反の場合の救済についても、取引費用が効率的な救済方法を決定していることは、知られている。Ulen, *The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies*, 83 Mich. L. Rev. 341, 366-367 (1980).

このため、わが国の違法性、ことに不法行為法において、法的救済の有無の問題を違法性の問題の一つとすることを提案するのは、林田、前注2、参照。

3. わが国の公害事例への適用

これまで明らかになったのは、差止は、所有権や人格権といった被侵害利益の種類に基づかないということである。差止は損害賠償と並んで、法的救済の一つとして存在するものである。ここで法の経済分析によって明らかになった差止の理論は、これが取引費用に基づいているというものである。この新しい観点は、具体的な判例の分析にとって、また、今後の差止請求がなされる事件において何が問題とされなければならないか、差止が認められるべきか否かを明らかにする上で有益であると考えられる。そこで、まず、法の経済分析による賠償と差止の考え方の全体を明らかにしたうえで、大阪国際空港事件と名古屋新幹線訴訟を分析してみる。

A. 法の経済分析による違法性

不法行為法における違法性の判断基準が効率性であることはすでに明らかにしたので、それを前提とする。⁽¹⁾この経済分析によるとき、違法性には二つの面がある。法の経済分析による違法性の第一の面は、より安価な事故の回避者を探すプロセスである。多くの不法行為事件が問題となるのはこの面である。つぎの(1)では、公害事件に関してこの面を明らかにしておく。第二の面は、法的救済にかかわる問題を扱う違法性である。前述のように、賠償責任が差止かは、取引費用によって異なることを証明した。同様に、不法行為でもつぱら中心となる救済が損害賠償であることも明らかにした。これが民法722条にいう金銭賠償の原則に他ならない。不法行為では差止は多くの場合問題とならないが、例外的な場合に問題となる。つぎに取り扱う公害事件はこの例外的な差止を問題としたものである。

そこで、まず、「より安価な損失(事故)回避者」を探すプロセスを土地利用紛争あるいはいわゆる公害事件についてみてみよう。つぎに見る大阪国際空港事件や名古屋新幹線訴訟とどこが同じ違法性の要件において異なるか分かるからである。

1. 違法性(1) — 不法行為法上の保護と外部性

土地利用から生じ、第三者が被る不利益は些細なものから大きなものまである。すべての不利益が損害賠償や差止といった法的な保護(不法行為法や所有権法などの)⁽²⁾を受けるわけではない。これらの些細な不利益や被害が法的に救済されるとなれば、多くの訴訟管理費用が使われなければならないことになろう。また、加害者がつねに外部不経済を内部化することが、安価な方法とはいえない。というのは、被害者がつねに公害や土地利用から生じる不利益を賠償・救済されるとしたら、これらの不利益や被害を回避しようとするインセンティブを持たないだろう。⁽³⁾

たとえば、ルームクーラーの音も、発生源が遠くであれば不利益も小さい。しかし、建て込んだ住宅地で、しかも発生源と2メートルばかりしか離れていないのであればその音は大きくなり、耐えがたい不利益を隣人に与えることになる。⁽⁴⁾すなわち、これから明らかになるのは、被害者に重大な損害が生じていなくてはならないということである。重大な損害とは、生命・身体にかかわるというのではなく、クーラーという騒音の発生源を除去したことによる費用よ

賠償と差止

りも大きい、という意味である。いいかえると、問題となっている行為から生じると期待される利益がその期待費用⁽⁵⁾を超えているかどうかである。クーラーによって利益を受けている所有者と隣人への騒音による費用とが比較されるのである。むろん、前者が大きければ重大な損害とは言えない。「被害者」において負担すべき、あるいは回避すべき不利益ということになる。

本稿での違法性の経済モデルでは、いわゆる「重大なる損害」が生じているならば、これを内部化する必要があるということである。経済的にみれば、社会的限界費用(SMC)と社会的限界便益(SMB)が等しくなる点を探すことである。

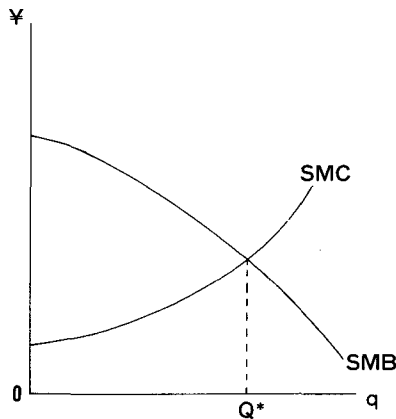


図3. 1.

上図でいえば、「重大なる損害」が生じているとは、 Q^* 点よりも右側にあるということである。他方、均衡点と受忍限度とは異なる。受忍限度論では、まず、差止を求める場合には、賠償の場合よりも高いレベルの受忍限度が設定される。経済分析では異なる基準をとる必要はない。また、「社会生活上許容すべき限度」は、直観的で曖昧である。

また、差止の有無は、受忍限度における利益衡量に基づいて判断される。この利益衡量は、経済学者からは、受忍限度における利益衡量を費用便益分析⁽⁶⁾として用いられることが示唆⁽⁷⁾されている。この場合には、受忍限度は費用便益分析としての役割を担い、違法性判断の一部を行うものである。すなわち、受忍限度を超えるとは便益よりも費用が大きいうことを意味するために用いられることになる。しかしながら、前述のように、差止を認めるか否かを判断するため

に、受忍限度や利益衡量をする必要はない。違法かどうかの判断は、限界分析において均衡点よりも右の損害が生じているかどうかを判断することである。

2. 違法性 (1) —「より安価な損失回避者」

つぎに、誰がより安価な費用で公害や生活妨害を回避できるかの判断を見よう。豚舎から悪臭や騒音が出て、前庭を隔て約8メートルの距離にある隣地の住人である原告に重大な損害が生じている⁽⁸⁾。つまり、豚舎の経営による便益がこれによる費用よりも小さいと考えられる。そこで、つぎに問題となるのは、豚舎を所有する農家の被告かあるいは被害者の原告がいずれが安価な回避者であるかである。豚舎の所有者が、豚舎の改善や位置を変える、悪臭や騒音の防止壁や装置を設けるなどが考えられるが、他方、被害者は豚舎と距離をおくように家を移動させるなどの方法がある。なお、純農村地帯であるという地域性も考慮されよう。本判決は、原告の住宅と相当の距離をおかない限り不快さを与えることは避けられないとしている⁽⁹⁾。これを尊重するとすれば、かりに豚舎の移動に500万円、原告の家の移動(現在地において相当の距離が取れないときは新たな土地の取得の費用も含めて)に1,000万円かかるとすれば、これらの限界費用において比較する必要がある。したがって、豚舎の所有者である被告が移動して生活上の不利益をより安価に回避できることになる⁽¹⁰⁾。

生活妨害や土地利用紛争における違法性判断の一つの面、すなわち、「より安価な損失回避者」の判断を簡単にみてきた。法の経済分析による違法性判断がどのようなものかが明らかになったと思われる。以下で扱う事件は、さきに明らかにしたように違法性の判断のディメンションを異にしている。本稿が違法性判断のもう一つの面と主張する法的救済の判断に絞って、つぎに検討する。

B. 差止と賠償の選択—違法性 (2) 法的救済

本稿が、賠償か差止かの法的救済の選択(判断)を違法性判断と考えるのは、いかなる救済を与えたらよいかの判断が、不法行為によって侵害された利益や権利の保護のもう一つの面だからである⁽¹²⁾。効率性基準によって違法性ありと判断されれば、つぎに問題となるのは、どのような救済を被害者(原告)は与えられるかである。これを決定しているのは、取引費用である。

前述のルームクーラー事件では、原告に重大な損害が生じたことを前提とすれば、当事者は二人で少なく、取引費用も低いと考えられるから、差止による救

賠償と差止

済が認められてもよいように見える。しかし、差止による救済を認めるためには、差止による以外に救済方法がないことが前提である。すなわち、クーラー⁽¹³⁾を騒音を比較的出さないものと取り替える、取り付ける位置や場所を変えるあるいはクーラーや隣人の窓や壁に遮音設備を施すなどの方法が考えられる。このときは、なお損害賠償による救済が効率的である。⁽¹⁴⁾

1. 大阪国際空港事件

大阪国際空港事件は、この空港付近の住民ら302名が、毎日午後9時から翌日午前7時までの航空機の離発着の差止請求および損害賠償をこの空港の設置管理者である国に対して求めたものである。航空機の離発着によって発生する騒音などによって身体的、精神的被害、生活妨害などの損害を被ったとして、被害者らは、差止の根拠を人格権に求めている。第二審判決では、夜間の飛行の差止と損害賠償が肯定された。⁽¹⁵⁾

最高裁は、差止請求については、これが認容されると航空行政権の行使の取消変更ないしその発動が不可避であるという理由によって通常の民事上の請求としてこれを訴求することは許されないとし、不適法とした。⁽¹⁶⁾ また、損害賠償については、損害賠償における違法性判断基準としての受忍限度は、「侵害行為の態様と侵害の程度、被害者利益の性質と内容、侵害行為のもつ公共性ないし公益上の必要性の内容と程度等を比較検討するほか、侵害行為の開始とその後の継続の経過及び状況、その間にとられた被害の防止に関する措置の有無及びその内容の効果等の事情をも考慮し、これらを総合的に考慮してこれを決すべきものである」としている。⁽¹⁷⁾ 本件では、受忍限度を超えるものとして、賠償を認めた。⁽¹⁸⁾

本件を単純化して、不法行為の要件ごとに検討すればおよそつぎのようになる。まず、航空機によってもたらされる騒音などが付近住民らへ損害を与えたかどうかである。航空機の離発着による騒音によって住民に被害が生じているから、外部性が存在していることは明らかである。つぎに、これを内部化すべきかどうかの問題となる(違法性要件)。内部化すべきとすれば、つぎに、誰がより安価な損失回避者であるかを探すが、違法性要件の役割である(違法性判断(1))。本件では、被害者である被上告人ではなく、本件空港を所有している国が、より安価な損失回避者であるとする。⁽²⁰⁾

この後に、ではいかなる法的救済が被害者(被上告人)に与えられるべきかが問題となる(違法性判断(2))。賠償か差止かは、行為や結果が違法と判断され

た後の、法的救済の選択として問題となるのである。第一に、前述のように賠償や差止の根拠は取引費用に存在している。したがって、差止の根拠を人格権そのほかの権利や利益に求める必要はない。「根拠」とされるこれらの権利や利益に対する権利侵害・違法性（以下違法性とよぶ）の有無を判断する必要はない。⁽²¹⁾

第二に、差止を認めるかどうかの判断（伝統的には利益衡量や受忍限度）が権利侵害や違法性と別個に存在することはないし、差止を認めるための利益衡量は格別に必要ではない。賠償であろうが、差止であろうが、おなじ違法性（権利侵害）のレベルで判断される。賠償と差止における違法性判断に差や段階はない。

第三に、差止を認めるか否かの判断は利益衡量や受忍限度に基づかない。わが国の伝統的理論では、この点が差止の主要な課題であり、裁判でも熾烈に争われてきた点である。それらが言わんとするところは、加害行為の有用性もさることながら、重大な損害が生じており、法的に救済する必要があるということである。しかし、賠償と差止のいずれが効率的な救済かを分けているのは、前述のように、取引費用である。本件においては、多数の被害者・原告が存在しており、また航空機騒音もたらす広範囲の騒音によって被害は拡散していることが考えられる。このため、取引費用は高いといわなければならない。したがって、差止よりも、損害賠償による救済が効率的である。このように、効率的な救済の選択は、利益衡量によってではなく、取引費用によって決定されるのである。

ところで、利益衡量や受忍限度では、公共性のファクターをどのように評価すべきかという問題が存在する。考慮すべきか考慮すべきでないかが論じられている。⁽²²⁾利益衡量をする以上、公共性は伝統的な差止判断に内在する判断要素である。これは、利益衡量の内部において差止を認めたときの費用が損害賠償を認めたときの費用よりも大きいことをいうための判断要素である、と理解できよう。しかし、本稿の立場では公共性を言う必要はない。

利益衡量や受忍限度論は、差止の根拠を理論的に説明していない。また、その判断は曖昧でかつ複雑である。実際的にみても、裁判所が、これらの判断をすることには困難が伴う。差止あるいは賠償のいずれを認めるか否かについて裁判所が考慮すべきなのは、取引費用である。

なお、本件で差止が論じられたのは、以上のような実質的な判断の点ではな

く、国営空港に対して民事上の差止が認められるかどうかであった。⁽²³⁾ 私人であれ、国・公共団体であれ、それらの行為から経済的外部性を生じ、つまり、第三者に損害や損失を与えており、それが公害などにおいて重大な損害を与えているのであれば、これを内部化する必要がある。本件では、手続的に、国の権力的行政行為は抗告訴訟で、非権力的行政行為については民事訴訟という、伝統的な見解が維持されたようである。この点の問題に言及することは、本稿の範囲を超える。しかし、いずれによっても差止による救済が認められることが必要である。⁽²⁵⁾ 差止による救済を否定するために、単に手続のところでも一方ではなくてはならないとするのは、外部性を内部化する道を閉ざすものであり、資源の効率的な利用を促進することにならない。

2. 名古屋新幹線訴訟

東海道新幹線に近接して居住する名古屋市内の数百名の者が、新幹線の走行によって発生する騒音および振動によって被害を受けているとして、一定量以上の騒音・振動の各居住敷地内への侵入禁止の差止と過去に受けた精神的苦痛に対する損害賠償を請求した。第一審では、過去の慰謝料については認められたが、そのほかの請求については棄却された。⁽²⁶⁾

本件第二審判決も差止の根拠としていわゆる環境権をとらずに、人格権に基づく構成をとった。ついで、差止が認められるか否かについて、受忍限度を採用している。差止を認めるかどうかの判断は利益衡量でなされるが、その考慮されるべき要素として、侵害行為の態様・程度、被侵害利益の性質・内容、侵害行動の公共性、発生源に対する対策、障害の防止対策、行政上の指針、地域性、他の交通騒音との比較を挙げている。⁽²⁷⁾ 前述した大阪国際空港事件における最高裁が、損害賠償における違法判断でとったものとほぼ同じ要素である。⁽²⁸⁾

第一に、このような要素やファクターを列挙してもどれがどのように衡量されるのか分からないということである。その方式が示されない以上、現実的には判断は不可能であるか、裁判官の総合的な判断に委ねると同じことになる。利益衡量は、かえって不確実性を持ち込んでいるというべきであろう。⁽³⁰⁾

第二に、差止のために利益衡量や受忍限度をとって判断することは、裁判所に負担を強いることになる。裁判所は、これらのさまざまな要因を考慮できる立場にあるだろうか。裁判所は新幹線事業に詳しいわけではなく、とくに侵害行為の態様やその公共性について判断するのは困難であると思われる。

差止を問題とする場合に、なぜ利益衡量をする必要があるのか。これは、原

告に生じた損失と被告の行為の社会的有用性を比較衡量して、前者が後者を超える場合には差止を認め、後者が大きい場合にはこれを否定するものである。したがって、差止を肯定することの恐れはこれを肯定した場合に生じる被告への費用が、差止によって原告が受ける利益を超えることにある。このように、なるほど、受忍限度論や利益衡量は、一見すると差止の成否について実質的な判断をしているかのように見える。しかし、これらの衡量は、先に指摘したようにその内容は複雑で曖昧であり、それを裁判所に要求することには訴訟経済上も大きな費用がかかるというべきである。裁判所は、企業の費用や便益の分析をするのに優れた立場にあるとは考えられない。むしろ、外部性が存在しているか、当事者が交渉できるかどうかの取引費用に注目する方がよいと考えられる⁽³¹⁾。

また、利益衡量をとる以上、加害者側の行為の有用性は考慮されなければならない要因である。ことに、公共性は大きなファクターである。これを克服できるかどうかは利益衡量、受忍限度をとる伝統的立場の課題である。たとえば、新幹線事業全体の公共性ではなく、原告被害者らが居住する沿線の7キロメートルについての公共性と比較する、分割方法も考慮されている⁽³²⁾。いずれにせよ、被告の行為によって得られる利益よりも、それによって生じている費用（被害者の損害をはじめとする）が大きいことをいおうとするものにほかならない。しかし、これは被告の行為が違法だということに他ならないのであって、差止を認めるのが効率的な救済であるということとは別である。

公害や差止については、経済学者による分析があるが、法律における伝統的な利益衡量を肯定して、取引費用を考慮していないように思われる。たとえば、利益衡量を費用便益分析としてみる考え方が示されている⁽³³⁾。前述のように、差止を根拠づけているのは、取引費用に他ならない。

第三に、本件においても、差止は、人格権に基づく利益衡量の結果として否定されるべきではない。取引費用が高いと判断されるために、否定されたのである。取引費用が高い場合には、差止ではなく、損害賠償による救済が効率的である。なお、被害者らの損害は正確に算定され、賠償される必要がある。被告がその行為から生じている外部不経済を適切に内部化するためには、正確な賠償が認められるべきである。差止は、他に適切な救済（本件では、損害賠償）があるときには認められない。差止が権利の種類や性質にかかわりがないという本稿の主張は、利益衡量や受忍限度論を避けるためではない。法的救済は、

賠償と差止

その本質上権利の性質とは関係がないということのためである。

本稿が主張するような、取引費用に基づく損害賠償と差止の法的救済の肯定・否定は、被害者が複数であれば取引費用が高いから損害賠償、他方、被害者が少ないときは取引費用も低いから差止、というように、いわば「機械的」適用になるだろうか。まず、一般に当事者や被害者の数が多いときには取引費用は高いといえるが、双方独占のようにわずかに二人でも取引費用が高い場合がある。また、賠償や差止の根拠そのものが、利益衡量や受忍限度によって認められるものではないから、裁判所はそれが判断できるものに眼を向けるべきである。本稿は、差止が認められてしかるべき場合を明らかにしている。つぎに、かりに差止を認めたらどうなるかを配慮すべきであろう。被告はいくら自己の行為が有益であるとしても、差止の「排除」を原告らと交渉することができなくなるのである。⁽³⁴⁾なぜなら、原告は多数であり、またこのとき差止は賠償よりも原告にとって有利であるから、差止を排除することを認めることへの交渉や合意はほとんど不可能であるからである。利益衡量論では、いったん差止を原告らに肯定できても、後に同じような比較衡量によって今度は差止の解除を認めることは非常に困難になるのである。

上記の二つの事件ではいずれも違法とされた後に、賠償・差止のいずれの救済が効率的かが問題となっているのである（違法性判断の一つとしての法的救済の選択）。被害者らに不法行為法上保護されるべき損害が生じているかや権利侵害があるかどうかの問題（伝統的な意味での違法性判断）となっているのではないことに注目すべきである。

注

- (1) 林田清明「効率性対違法性」北大法学41巻3号1450頁(1991)参照。
- (2) KEETON & PROSSER, TORTS 626-33(5th ed. 1984).
- (3) LANDES & POSNER, ESTL 49.
- (4) 東京地判昭48年4月20日判時701号31頁。
- (5) 期待費用とは、予想される費用で、生じると考えられる費用にその可能性を乗じたもので示される。
- (6) 費用便益分析とは、ある行為や政策から生じる費用と便益を比較することによって、それらを行なうあるいは実施すべきかどうかの基準とするものである。たとえば、国の政策にしろ、それによる社会的限界便益が

社会的限界費用と等しいかこれを超える限り、行われるべきだとするものである。たとえば企業が利潤を最大化する行動のように、市場における行動と基本的には同じである。See, E.J. MISHAN, *COST-BENEFIT ANALYSIS* (4th ed. 1988). また、後注7の文献参照。

- (7) 受忍限度あるいは利益衡量の、経済学者によるこのような捉え方は、岩田規久男「新幹線訴訟控訴審判決における利益衡量の経済学的検討」ジュリスト840号14頁（1985）。
- (8) 新潟地判昭43年3月27日判時520号16頁。本件につき平野克明「養豚農家事件」加藤一郎・淡路剛久編公害・環境判例（第二版、1980年）118頁。
- (9) ただし、本判決では損害賠償が請求された。
- (10) LANDES & POSNER, ESTL 49.
- (11) 本件の法的救済として差止、賠償のいずれが妥当かについては、つぎのBを参照。
- (12) この点につき、Calabresi & Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089, 1092 (1972).
- (13) どの救済を認めるべきかの取引費用からみて言える。たとえば、LANDES & POSNER, ESTL 45-46; Calabresi & Melamed, *Id.* at 1115-1124.
- (14) 航空機騒音と比較せよ。
- (15) 大阪地判昭49年2月27日判時729号3頁（第一審）、大阪高判昭50年11月27日判時797号36頁（第二審）、最大判昭56年12月16日民集35巻10号1369頁。
 また、牛山積「大阪空港控訴審判決と人格権・環境権」法時48巻2号44頁（1976）は、「人格権侵害に受忍限度判定に当たって考慮すべき諸要素の一つとして相対的価値しか認めなかった一審判決と異なり、人格権に法律上絶対的に保護されるべき価値を認めたことである。」とする。
- (16) ただし、行政訴訟によるべきとする補足意見や、民事での請求に途を開くべきであるとする反対意見がある。
- (17) 前注15、最大判昭56年12月16日、1391頁。
- (18) 本判決のこの他の問題については、木村保男「公害の事前差止の確立を求めて／大阪空港公害訴訟」法セ増刊・憲法訴訟268頁（1983）、小高剛「大阪空港事件の最高裁判決の射程距離」自正1983年4月号38頁（1983）、

賠償と差止

加藤一郎「大阪空港大法廷判決の問題点」ジュリスト761号6頁(1982)、原田尚彦「夜間飛行差止却下判決の論理と問題点」同35頁、植村尚治「公定力の限界—大阪空港大法廷判決の少数意見の示唆するもの」同43頁、西原道雄「大阪空港訴訟大法廷判決と損害賠償(上)」同49頁、淡路剛久「大阪空港公害事件における被害の認定と違法性の判断」同55頁、加茂紀久男「大阪空港訴訟大法廷判決」同69頁、綿貫芳源「差止請求の適法性」判時1025号3頁(1982)、伊藤進「受忍限度について」同10頁、遠藤博也「公共性」同14頁、中井美雄「損害認定」同18頁、伊藤真「将来請求」同23頁、磯野弥生「最高裁判決と公害の防止」同27頁、藤田勝利「アメリカの状況からみた大阪空港訴訟大法廷判決」同31頁、牛山積「大阪国際空港最高裁判決の意義」法時54巻2号8頁(1982)、宮本憲一「暗闇の『公共性』」同14頁、下山瑛二「大阪空港判決と訴えの利益」同20頁、潮海一雄「空港の設置・管理の瑕疵と損害賠償」同28頁、沢井裕「被害・因果関係の認定と損害額の評価」同34頁、沢井裕「大阪空港事件最高裁判決の意味するもの／最高裁の二つの顔」法セ325号2頁(1982)、下山瑛二「航空行政と差止請求」同12頁、木村保男「市民派弁護団12年の軌跡／大阪空港公害裁判の現場からのレポート」同17頁、並木茂「大阪国際空港訴訟最高裁判決／その経緯と概要」ひろば35巻3号4頁(1982)、木村実「航空行政と差止め請求」同11頁、藤村啓「損害賠償請求について」同19頁、綿貫芳源「最高裁判決の他の公害裁判への影響」同29頁、仙田富士夫「いわゆる大阪空港事件控訴審判決の論点」ひろば29巻3号4頁(1976)、斉藤博「判決における人格権論とその問題点」同14頁、下飯坂常世「差止請求権と司法審査」同34頁、森島昭夫「公害の差止請求における利益衡量」同20頁、森島昭夫「大阪空港控訴審判決と公共施設の差止め」ジュリスト605号53頁(1976)、小林直樹「環境裁判の基本問題」法時46巻5号8頁(1974)、下山瑛二「『行政処分』と民事訴訟」同37頁、篠塚昭次「『環境権』否定判決への疑問」同18頁、牛山積「大阪地裁判決と公共性論」同27頁、山本剛夫「大阪地裁判決の『損害』認定」同32頁、中井美雄「大阪地裁判決における損害論」同44頁、木村保男・滝井繁男「大阪空港第一審判決批判」同51頁、および後注24など参照。

(19) 損害の要件。この他の要件、因果関係や過失は具備しているとする。

(20) 本件では、航空会社の責任の可能性は問題とされていない。

- (21) 本件の反対意見にさえ、人格権を権利として、また排他的な権利として構成できるか疑問であるとするものがある。たとえば、団藤裁判官、前注15、1409頁など。
- (22) 一般に、賠償では問題とならないとされている。
- (23) 本件の解説は多いが、加茂紀久男・最判解、法曹37巻1号159頁（昭和60）など。
- (24) 理論的な問題や空港管理権との関係については、阿部泰隆「空港供用行為と民事差止訴訟」自治研究58巻3号3、32頁（1982）、今村成和「空港管理権と差止請求」ジュリスト583号108頁（1975）、同「空港管理権と差止請求—大阪国際空港事件最高裁判決批判」ジュリスト761号27頁（1982）、小林直樹「大阪空港判決の基本思想—最高裁の「司法の限界」論を中心に」ジュリスト761号14頁（1982）、高木光「行政訴訟による差止に関する一考察」神戸法学31巻1号59頁（1982）、原田尚彦「大阪空港控訴審判決と権力分立論」ジュリスト605号64頁（1976）など参照。
- (25) 民事上の差止あるいは行政上の差止のいずれによっても可能とするのは、反対意見の、団藤重光（前注15、1411頁）、中村治朗（同1431頁）、環昌一（同1433頁）、木下忠良（同1435頁）の各裁判官。
- (26) 名古屋地判昭55年9月11日判時976号40頁（第一審判決）、名古屋高判昭60年4月12日判時1150号30頁（第二審判決）。原告らは、428名であるが、「口頭弁論終結時に沿線に居住し差止請求している者は318名」といわれる、清水政和「名古屋新幹線訴訟の経緯と今後の課題」法時52巻11号23頁（1980）。
- また、名古屋新幹線訴訟事件については、たとえば、沢井裕「名古屋新幹線判決における公共性と差止め」ジュリスト728号43頁（1980）、西原道雄「総論」判時976号3頁（1981）、長田泰公「被害の認定について」同8頁、斉藤博「差止請求」同12頁、綿貫芳源「公共性」同16頁、中井美雄「損害」同22頁、林光佑「名古屋新幹線公害訴訟第一審判決について」同27頁、中井美雄「名古屋新幹線訴訟判決と民事差止論」など法時52巻11号14頁（1980）、宇佐見大司「新幹線公害訴訟審判決の法律学的検討」ジュリスト840号6頁（1985）など参照。
- (27) 第一審判決でも、表現こそ違え、ほぼ同じ要素を挙げたといっていよう。たとえば、牛山積「名古屋新幹線訴訟判決の意義」法時52巻11号

8、10頁（1980）参照。

なお、第一審判決に関してであるが、人格権侵害と利益衡量の関係が曖昧であると指摘するのは、淡路剛久「新幹線公害判決における人格権論と利益衡量」ジュリスト728号35、39頁（1980）。また、両判決での人格権の捉え方に差異があることについては、淡路剛久「公害・環境問題と法理論（その四）」ジュリスト840号20、21頁（1985）、森島昭夫「差止と公共性」法時57巻9号19頁（昭和60）参照。

(28) 森島、同21頁。

(29) 同20頁以下は、利益衡量において、どのような因子が、具体的にどのように衡量されるかが問題であるとする。

(30) See, Ellickson, Alternatives to Zoning: Covenants, Nuisance Rules, and Fines as Land Use Controls, 40 U. Chi. L. Rev. 681, 739 (1973). なお、相関関係説による違法判断が困難を伴うことについては、柳澤弘士「カメラの民事不法理論(三)」日本法学31巻4号630、687-89頁(1966)、同「不法行為における違法性」私法28号125頁(1966)、林田、前注1、参照。

(31) COOTER & ULEN, LAW AND ECONOMICS 176 (1988); Ellickson, Ibid; Note, 31 Stan. L. Rev. 457, 460(1979).

(32) 淡路、前注27、25頁、森島、前注27、24頁、岩田、前注7、17頁参照。

(33) 岩田、前注7、浜田宏一「空港訴訟と公共性の概念」ジュリスト761号21頁（1982）など参照。しかし、法学者からは、利益衡量は費用便益分析とは異なるものであって「特殊＝法的な価値選択のあり方についての議論である」と指摘されている。淡路、「新幹線公害判決における人格権論と利益衡量」前注27、40頁。

(34) 前述2参照。

おわりに

法の経済分析は、賠償と差止の根拠を明らかにした。第一に、法的救済の一つとしての差止は、これによって保全・保護される権利の種類や性質には関係なく、認められうる。第二に、賠償と差止は、取引費用にその根拠を持っている。差止は、取引費用が低いかゼロの場合に認められる。また、不法行為法の

金銭賠償の原則（民法722条）は、不法行為において一般に取引費用が高いことを理由として、これを原則としたものである。このように、わが国の判例や通説とは異なって、権利の種類や差止の有無に利益衡量をする必要はない。差止と賠償はともに、法的救済として同じレベルで論じることができる。差止、賠償の相互の関係がより明らかになったといえるのではあるまいか。

第三に、どの法的救済が認められるか、賠償と差止のうちどの救済が効率的かどうかを判断するのは、違法性の要件においてである。違法性要件は、法的救済の効率性をも判断する機能を持つのである。違法性（権利侵害）と法的救済の関係がより明確になったといえよう。

第四に、法の経済分析のアプローチは、差止の根拠やこれが肯定・否定される場合を明らかにすることができる。これは、これまでの理論よりもより明確にできるものであるといえる。この立場からみると、民法は法的救済においても効率性を押し進めるものであるといえる。この方法が、民法においても十分に有益であることを示すものであろう。

付記 本稿は、イェール大学における研修中に書かれたものであり、この機会を与えていただいた、米国学術審議会協会（American Council of Learned Societies）、Professor George Priest (Yale Law School) および The Program in Civil Liability at Yale Law School ならびに北海道大学にお礼申し上げます。

このため差止や公害については、わが国の文献を参照・引用すべきものも多く存在するが、右の事情によりこれが果たせなかった。本稿は、一つの理論モデルを明らかにしようとしたものであり、誤解している点や補うべき点については、後日に機会を得たい。

（ニュー・ヘイヴン 1990.6.）

なお、帰国後時間の許す限りで、文献を補ったところがある。（1991.3.）