

論 説

権利確定の二重システムに関する基礎理論 ——物権と契約への応用——

松 田 貴 文

はじめに

1. 理論：権利確定の二重システム

1.1. 権利の創設

1.1.1. Demsetz 仮説

1.1.2. Demsetz 仮説の図式的表現

1.1.3. 財産の価値と権利創設コスト

1.2. 権利の二重性——排除とガバナンス

1.2.1. コスト構造の異なる権利確定方法としての排除権とガバナンス

1.2.2. 排除とガバナンスの比較分析

1.2.3. 排除権／ガバナンス理論の批判的検討

1.3. ルールの精確性問題としてのモデル分析

1.3.1. 条件設定

1.3.2. 排除権ルールによる場合の社会的厚生

1.3.3. ガバナンス・ルールによる場合の社会的厚生

1.3.4. 両者の比較

1.3.5. 含意

2. 応用：物権と契約

2.1. Merrill & Smith による property/contract の意義に関する議論

2.1.1. 排除権？

2.1.2. モノに対する権利？

2.1.3. 多数者に対する権利

2.2. 物権と契約の区別（日本の議論）

2.2.1. 分析の視点：物権と債権のジレンマ

2.2.2. 初期の議論：第二ジレンマとの格闘

2.2.3. 排他性の抽出と第一ジレンマへの移行

2.2.4. 第一ジレンマ問題（1）：物権の本質論

2.2.5. 第一ジレンマ問題（2）：物権的請求権

2.2.6. 近時の状況

2.2.7. 小括

3. 二重システムの派生的制度

3.1. 物権における派生的制度：物権法定主義

3.1.1. Merrill & Smith の情報コスト論

3.1.2. Hansmann & Kraakman の証明コスト論

3.1.3. 議論のまとめ

3.2. 契約における派生的制度：デフォルト・ルール

おわりに

情報処理システムとしての法制度

はじめに

権利やルールの形態は多様である。たとえば、道路の速度規制のように極めて単純で明確なルールもあれば、納税義務のように複雑で個別的なルールもある。また、物権のように全員に対して一挙に同じ権利を認められるものもあれば、契約のように個人間でルールを形成する場合もある。利息制限のように明確で一律の規制もあれば、一般条項のように裁判において総合考慮によって決定されるルールもある。約款のようにすべての消費者に対して画一的に用いられる契約条項もあれば、個別的な交渉を経て締結される条項もある。我々の社会は、このような多様な形態の権利やルールが複雑に絡み合うことによって規律されている。

それでは、なぜこのような多様な権利形態が生じるのだろうか。なぜ速度規制のような単純な規制だけではだめなのか。反対になぜ納税ルールのようにきちんと個別的に規律しないのか。なぜ権利は物権だけではだめなのか。反対になぜ契約だけではだめなのか。例えば A、B、C の 3 人からなる社会があるとしよう。全員に安全のために速度規制をかけたいときに、どのような形で規制することが望ましいだろうか。それぞれで運転技術や

経験は異なるであろうから、それぞれに合った制限速度を設定すべきだろうか。それとも我々の社会で実際に用いられているような一律規制が望ましいのだろうか。あるいは、ある土地について A に使用権を与えるときに、B と C に対して一律に侵害禁止のルールを設定すべきだろうか。それとも、A が使用したいのであれば自ら B や C との間で侵害を禁止する内容の契約をするべきだろうか。これらに共通するのは、多数の個人間関係を一律に規律するルールと、それぞれの個人間関係を個別的に規律するルールとの間での選択が問題となっているという点である。

この問題は、権利やルールの創設の問題と密接にかかわるものの、それとは別個の問題である。例えば、A に土地を使用させることが社会的に最も望ましいという理由で A に権利が与えられるとしても、ここで問題となっているのは、その権利をどのような形で与えるかということである。一律に B や C に対して義務を課しても、個々に B と C との間で義務を課す場合と結果は同じであり得る。B と C の個別事情を考慮した結果、同じ内容になることもありうるからである。したがって、どのような形で権利を規律していくかという問題は、どのような内容の権利を認めるかとは別個の問題である。そして本稿が設定する問題はまさにこれであり、権利の形態の多様ななぜ生じるかという問題である。権利やルールの形態は、原始的な社会においてはより単純だったであろう。それが現代社会にみられるような極めて多様で複雑な形態に進化したのはなぜなのか。これが本稿の設定する問題である¹⁾。

それでは、この問題を検討することの意義は何だろうか。一つ目としては、多様な規制手法の操作可能性を実現するための理論的準備作業という意義がある。法体系が発展した現代においては多様な規制手法の複合体は極めて複雑であり、特に個別的な法領域ではその傾向は顕著である。また、社会の変動が激しい現代において、いかなる問題に対していかなる規制手

1) 権利の創設（誕生）についての日本の民法学者による研究としては、①加藤雅信『「所有権」の誕生』（三省堂、2001）、②同「財産権はいかにして発生するか」ジュリスト 1229 号 85 頁（2002）がある。加藤は、客体に対する最適な資本投下のインセンティブという観点から所有権の発生を説明し、土地所有権について、土地に対する大きな資本投下が求められる定着農耕社会においては所有権が生じるのに対し、資本投下が求められない遊牧、狩猟採集社会においては所有権が生じず、両者の中間に位置する焼畑農業社会においては中間的な所有形態が生じるとする（加藤① 90 頁以下、119 頁以下、168 頁以下、加藤② 88 頁以下）。

法が望ましいかを知るための手がかりを得ることは、喫緊の課題である。二つ目としては、多数者間で一律に創設される権利と個々の関係において個別的に創設される権利という違いは、物権と契約の区別にもあてはまる。したがって、本稿の問題に対して得られる答えは、そのまま物権と契約にもあてはめることができる。すなわち、本稿の問題はなぜ物権と契約という異なる権利確定方法が存在するのかという問いを含むものである。物権や契約が何のために存在するのかを知ることができるならば、どのような場合に《物権的》権利を用い、どのような場合に《契約的》権利を用いるべきかという問題に対する手がかりを得ることができるだろう。また、多数者間で一律に確定するという方法と個別的に規律するという方法は、私法において物権的／契約的という二分図式として現れるだけではない。他にも、単独所有／共同所有という区別も、全他者に対して同じ規律を設けるのかそれとも一定範囲に含まれる者との関係を個別に確定するのかという問題であるし、個別条項／一般条項の区別も、法律によって一律のルールを定めるのかそれとも裁判所による個別判断に委ねるのかという問題である。また、約款／個別契約という区別も、すべての相手方との間で同じ条項を用いるのかそれとも交渉を経て個別の条項を設けるのかという問題である。このように私法の領域においては、物権／債権（契約）の二分論だけでなく、さまざまな形で権利形態の二分論が用いられている。なぜこのような二分論が生まれたのか、二つの権利形態を用いることに意義があるとすれば、我々はその二つの手段をどのように用いればよいのか。私法の領域で用いられる二分論の意義を検討することの重要性は疑うべくもない²⁾。

本稿の議論の見通しをよくするために、若干の結論を先取りしてこの問題に対する本稿の回答の概略を述べておくのが便宜であろう。多数の関係を一律に規律する権利ないしルール形態と、個々の関係をそれぞれ規律してく形態とが存在する理由は、権利やルールを設定する我々の能力に限界

2) こうした二分論は、それ以上の根拠を問わない deontological な判断と、緻密な費用便益分析を行う帰結主義的な判断という二分論としても現れる。ここでは、費用便益分析を許さない絶対的な価値という問題に対してどのように答えるかが問われている。民法解釈論にこうした問題が内在していることを明らかにし分析するものとして①山本顕治「現代不法行為法学における『厚生』対『権利』——不法行為法の目的論のために」民商法雑誌 133 巻 6 号 1 頁 (2006)、②同「競争秩序と契約法——「厚生対権利」の一局画」神戸法学雑誌 56 巻 3 号 272 頁 (2006)。

があることによる。望ましい権利を創設したりルールを設定したりするためには、様々な情報を取得してそれを適切に処理する必要がある。完全な情報処理能力があれば、完全な権利やルールを作り、社会を望ましい方向へ促すことができるだろう。しかし、そうした権利やルールを作るために必要な能力を我々は有していない。したがって、そのような制約の下で最も望ましい規律の仕方を探る必要がある。そのような模索の結果として様々な規制手法が生み出され、現代にいたっては極めて複雑な体系が運用されている。物権と契約はそのもっとも原始的な形態の一つである。これらの権利形態は、規制者の情報処理能力の限界という制約の下で、よりよい社会を実現するために発生した二つの異なる権利形態である。そしてこれらの権利形態は情報コストの節約の仕方が異なっているために別個の場面で機能するものであり、それぞれ一長一短をもつ。したがって、それぞれのデメリットを可能な限り軽減するために、権利形態に応じて固有の制度が生じる。物権における物権法定主義と、契約におけるデフォルト・ルール（任意法規）はそのようなものとして理解することができる。

以上が本稿の基本的枠組みであり、以下では次の順序で検討を進める。

1. では、権利義務の二つの確定方法に関する理論的分析を行う。1.1. では、権利を創設することの正当化根拠に関するものとして、Demsetz の議論を見る。1.2. では、権利の二つの確定方法が存在することを説明する理論として、排除権／ガバナンス理論を検討する。1.3. では、排除権／ガバナンス理論がより一般的なルールの精確性問題の一種であることを示し、ルールの精確性に関するフォーマルなモデルを応用して排除権／ガバナンス理論をモデル化する。1. の最後では、モデル分析から得られる示唆を示す。以上の分析によって、権利義務確定が二重のシステムを持つこととその意義が明らかとなる。次に 2. では、権利義務確定の二重システム理論を、物権と契約に適用する。2.1. では、排除権とガバナンスの違いの本質を明らかにし、2.2. ではその本質的な違いが日本における物権と契約の違いとしてもあてはまるかを、日本におけるこれまでの議論の検討を通じて確認する。3. では、排除権として性質決定される物権と、ガバナンスとして性質決定される契約とにおいて、派生的に生じる制度について検討する。3.1. は物権システムの派生的制度としての物権法定主義を検討し、3.2. では契約システムの派生的制度としてデフォルト・ルールについて検討する。

1. 理論：権利確定の二重システム

1.1. 権利の創設

1.1.1. Demsetz 仮説

Demsetz は、財産権の発生をその利益とコストの観点から説明した。すなわち、財産権はそれがもたらす利益がコストを上回る場合に発生する。そして Demsetz が特に財産権のもたらす利益として指摘したのは、外部性の内部化である。「財産権の主要な機能は、外部性のより強力な内部化を実現するようにインセンティブを導くことである」³⁾。ある意思決定が外部に与える影響を、意思決定者が考慮に入れないために生じる非効率を解消すること、これが財産権のもたらす利益である。これによって、財産権の発生に関する Demsetz の有名な次の仮説が導かれる。「新しい財産権の発生は、接触関係にある個人が、新たなコスト＝ベネフィットの可能性に対して適合しようとする欲求に対する反応として生じる」。換言すれば、「内部化の利益が内部化のコストよりも大きくなるときに、財産権は外部性を内部化するようになる」⁴⁾。

外部性の内部化による利益は、例えば資源の価値が上昇することによって大きくなる。価値の低い資源の利用が非効率であっても失われる利益は小さいが、価値の高い資源の利用が非効率であれば失われる利益は大きいからである。このことから、上記の Demsetz 仮説は次のように定式化することができる。《資源の価値が大きくなるほど、外部性を内部化するために財産権が発生するようになる》。Demsetz は、北アメリカのラブラドル半島の人住民において見られた土地制度の発展を、自らの仮説を裏付けるものとして援用している⁵⁾。そのおおまかなストーリーは以下のようなものである。当初は人住民の間で土地使用に関するルールはなく、ビーバーの狩りが自由に行われていた。このときも外部性は存在していたが、狩りの主な目的は家族の分をまかなうに足りるだけの食料や毛皮に過ぎなかつ

3) Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 AM. ECON. REV. 348 (1967).

4) *Id.*, at 350. Demsetz 仮説については、Thomas W. Merrill, *The Demsetz Thesis and the Evolution of Property Rights*, 31 J. LEGAL STUD. S331 (2002) も参照。

5) Demsetz は人類学者 Eleanor Leacock による研究に依拠している。

たため、土地ないしそこに住むビーバーの価値はそれほど高くなく、過剰狩猟によるコストはそれほど大きくなかった。しかし、毛皮取引が始まるとビーバーの価値は急激に上昇し、狩りは大規模に行われるようになった。その結果、過剰狩猟によって失われる利益も急激に大きくなったため、財産権を設定するコストを上回るほどになり、原住民の間には財産権の原型が見られるようになった。

このような Demsetz 仮説の基礎にある問題、すなわち《外部性による資源利用の非効率性》という問題と構造を共有するもっとも有名なものはコモンズの悲劇である⁶⁾。コモンズの悲劇は、コモンズにおいては牧夫は自分が家畜の数を増やすことによって生じる全体に対するコストを完全には考慮に入れないために、過剰放牧による非効率が生じるが、所有権を設定することによって外部性が内部化され効率的使用が実現するというものである。Demsetz はこのような問題の解決方法として財産権を理解した。つまり Demsetz 仮説は、コモンズの悲劇の解決方法として財産権に着目し⁷⁾、財産権がどのような場合に設定されるようになるかを論じたものということができる。

1.1.2. Demsetz 仮説の図式的表現

Anderson と Hill は、Demsetz 仮説をシンプルな図式によって表現した(図1)⁸⁾。横軸は、財産権の定義や執行のために行われる活動の量である。A&H 自身が挙げている例とは異なるが、例えば所有権の対象となる土地

6) Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 SCIENCE 1243 (1968).

7) 他方で、財産権を細分化しすぎることによって資源の補完的な利用が困難になり過剰利用の非効率が生じるというアンチ・コモンズの悲劇がある。アンチ・コモンズの悲劇については Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 HARV. L. REV. 621 (1998). 議論の簡潔な整理として Michael A. Heller, *Commons and Anticommons*, in THE OXFORD HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS: VOLUME 2: PRIVATE AND COMMERCIAL LAW 718 (Francesco Parisi ed., 2017). コモンズとアンチ・コモンズの悲劇のフォーマルな分析と、両者は使用権者が多いことによる非効率と排除権者が多いことによる非効率という対称性を持っているという指摘については、James M. Buchanan & Yong J. Yoon, *Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons*, 43 J. L. & ECON. 1 (2000). Buchanan and Yoon のモデルの詳細な検討を通じて権利そのものが社会的厚生観点から正当化されうることを示すことによって不法行為法の目的論における対立構造を明らかにするものとして、山本・前掲注 (2) ①。

8) Terry L. Anderson & P. J. Hill, *The Evolution of Property Rights: A Study of the American West*, 18 J. L. & ECON. 163, 166 (1975).

の範囲を確定する活動や、定められた権利が侵害されないように柵を作ること、侵害された場合に侵害者を排除すること、裁判をする場合には裁判手続の活動などが考えられるだろう⁹⁾¹⁰⁾。縦軸は、活動量の変化に応じた限界利益ないし限界コストの額を表す。活動レベルを増やすことによって得られる利益は、財産の価値を確保することができる可能性が上がることによる利益の上昇であり、MB は活動量に応じたこの利益の限界量を示す。他方で MC は活動の限界コストを表し、財産権の定義や執行の活動のために用いられた資源の限界的機会費用である。

このモデルによれば、財産権の創設活動は、MB 曲線と MC 曲線が交差するところまで行われることになるが、この抽象的モデルだけでは、なぜ同じ地域で次第に財産権が創設されるようになったり、同じ時代であっても異なる地域で財産権が創設される程度が異なったりするのかを説明することはできない。そこで A&H は、限界コストや限界費用に影響を与える要因を特定し、それによってこれらの問題に答えることができるとする。

まず財産権創設活動の利益に影響を与える要因としては、Demsetz がすでに指摘していた対象の価値の上昇がある。当該対象について財産権が適切に定義されることによって外部性の解消によって実現される利益が上がり、より多くの利益を当該対象から得ることができる。これによって MB 曲線が上にシフトし、両曲線の交点の x 座標軸上の値が増加する。これは、財産権を創設する活動がより多く行われることを意味する。先に紹介した Demsetz の援用した例で言えば、ビーバーの市場価値が上昇したために MB 曲線が上にシフトし、財産権の確定に向けた活動が増加したことがこれによって示される。また、水に価値が生じることによって財産権が設定されたり、情報に価値が生じることによって財産権の対象となるという現象もこれによって説明されよう。

次に MC 曲線に影響を与える要因としては、財産権の定義や執行活動

9) さらに広い意味では、財産権を定義したり執行することに伴って生じる活動もここに含めることができるだろう。本稿の後半で説明されるように、物権として財産権を創設した場合に生じる第三者の調査活動、さらにはその調査コストを節約するために物権を制限することや、契約として財産権を創設した場合に取引費用を節約するためにデフォルト・ルールを設定することなどがある。

10) なお A&H によれば、この活動量が増えたからといって私的財産権のレベルが上がるわけではない。なぜならば、同じ活動量によって、ある財産を死刑というペナルティによって保護することも、5 ドルの罰金によってしか保護しないということも可能だからである。

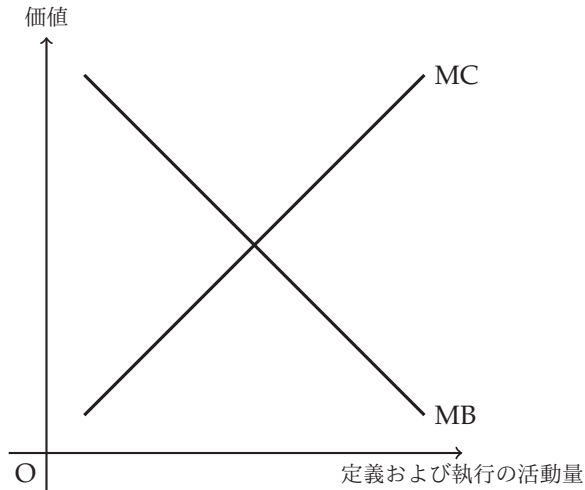


図 1：財産権の創設 (Anderson & Hill, “The Evolution of Property Rights,” 166, Figure 1 より)

がいかにか効果的かという点がある。財産権創設活動のコストに影響を与える要因は多様である。例えば、犯罪率が大きい地域では防犯装置をつけることによって生じる利益は大きいだろう。あるいは執行コストを削減するようなイノベーションも MC 曲線に影響を与えるものであり、有刺鉄線の発明によって新大陸西部の土地がオープンアクセスから牧草地となったという A&H が挙げる例の他に、裁判制度の効率化といった制度的イノベーションも執行活動の効率性を上昇させるだろう。

このように、技術革新や規模の経済といった事情が MC 曲線を下方にシフトさせる。あるいは、A&H が挙げるそれらの例の他にも、人々の遵法意識の変化もここに含まれるだろう。遵法意識が高い社会では、執行コストは低くなる。そのため、より多くの財産権創設活動を行うことが正当化されうる。

1.1.3. 財産の価値と権利創設コスト

Demsetz 仮説は、資源の価値が上がると財産権が創設される傾向があるというものであった。そして、A&H の図式によれば、それは限界利益曲

線 MB の上方シフトとして表され、それによって最適な財産権創設の活動量が増加するのであった。しかし、実際には財産権については、資源の価値の上昇がすなわち財産権の創設を活性化させるというような一様な現象が見られるわけではない。A&H の各要素の分析はそのような多様な現象を説明しようとするものであったが、そこでは MC 曲線や MB 曲線は独立のものであり、また単純な形状をもつものとして理解されていた。しかし、そうした理論ではなお実際の多様な現象を説明し尽くすことはできない。そこで、曲線の形状や両曲線の関係の考察が進められ、それによって財産権理論は次の段階へと発展した。ここで特に重要なことは、コスト曲線の構造へと考察が進められたことである。その一例を本項で見ることにする。

要因分析のみで説明することのできない現象の一つとして、《資源の価値が上がっても財産権が創設されない》というものがある。この現象は Demsetz 仮説に対して正面から矛盾する現象であり、利益やコストの要因によって説明することはできない。ここではこの現象を説明する Douglas W. Allen の理論¹¹⁾を一瞥することによって、こうした理論的展開の一つを確認しておく¹²⁾。

A&H のモデルで Demsetz 仮説を説明しようとするときには、前述のように、資源の価値が上がることを MB 曲線の上方シフトし、それによって交点の x 軸座標値が右に移動することとして説明することができた。ここでは、MB 曲線が上方にシフトするときに MC 曲線は動かないということが前提とされている。しかし一般的には、資源の価値が上昇すると個人（窃盗犯！）がそれを獲得しようとするインセンティブが増加する。そうであるとすれば、その資源に対する権利を維持・執行するためのコストが増加するはずである。このことは、MC 曲線の上方シフトとして表現することができる。つまり、資源の価値の上昇は MB 曲線だけでなく MC 曲線をも上方シフトさせる。そうであるとすれば、《資源の価値が上がれば財産権が創設される》という命題が成立するためには、MB 曲線の上方シ

11) Douglas W. Allen, *The Rhino's Horn: Incomplete Property Rights and the Optimal Value of an Asset*, 31 J. LEGAL STU. S339 (2002).

12) 他に同様の現象を扱うものとして他に、Barry C. Field, *The Evolution of Property Rights*, 42 KYKLOS 319 (1989) などがある。また、Anderson & Hill, *supra* note 8, at 167 n.14 もこうしたことがありうるについて言及している。

フトがMC曲線の上方シフトよりも大きいということが言えなければならない。つまり、Demsetz 仮説はこのことを前提としていることになる。それに対して、《資源の価値が上がっても財産権が創設されない》という命題が成立するためには、MB 曲線の上方シフトがMC 曲線の上方シフトよりも小さいということが言えればよい。資源の価値と財産権創設コストとのこのような関係は、図2によって示すことができる。

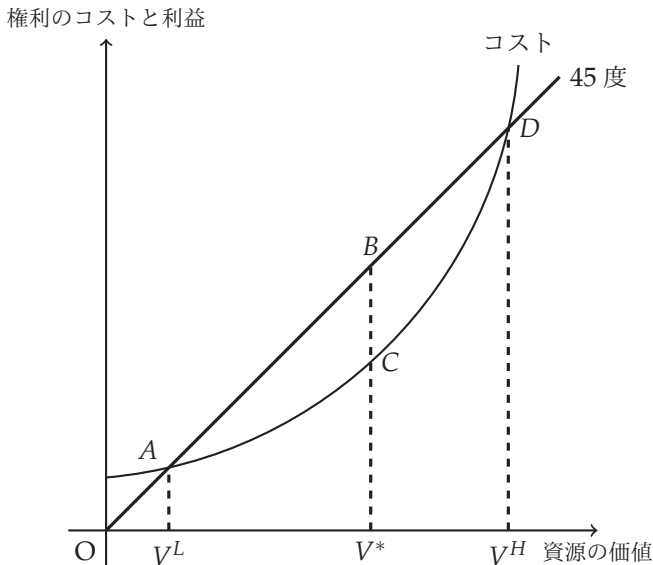


図2：非線形コストを生じる財産権（Allen, “The Rhino’s Horn,” S344, Figure 3 より）

この図の45度のグラフは財産の価値を表しており、権利創設の利益は資源の価値に比例して増加することを示している。他方でコスト曲線は下に凸の形状をしている。これは、財産の価値が上がるほど権利創設のコストも上昇するものの、その上昇の仕方が権利創設の利益の場合と異なり、価値の低い資源においては（ V^L 付近）財産権創設の利益よりもそのコストの方が上がり幅が小さいが、高価な資源においては（ V^H 付近）財産の価値が上がると財産権創設の利益よりもコストの方が上がることを示している。

財産権創設の利益とコストがこのような関係にあるとき、財産権を創設

することによる純利益は利益曲線とコスト曲線の差によって示される。例えば、 V^* における両曲線の点 B と C の差が、資源の価値が V^* であるときに財産権を創設することによって得られる純利益である。このことから、資源の価値が V^* であるときには財産権の創設が望ましいことがわかる。このように見ると、この図からは Demsetz 仮説について以下の3つの含意を導くことができる。

- ① 資源の価値が上がると財産権が創設されるという Demsetz 仮説は、資源の価値が比較的低い場面 (V^L 付近) において妥当する。
- ② 資源の価値が比較的高い場面 (V^H 付近) では、財産権を創設せずに資源を公共領域¹³⁾に置くことが望ましい。
- ③ Demsetz 仮説の設定では資源の価値が上がるほど財産権の純利益も増加するが、この修正モデルでは、ある時点から純利益が減少し始める。

③は次のようにして見ることができる。原点から見てみると、原点付近では財産権を創設する利益よりもコストの方が大きいので、財産権創設は非効率である。しかし、資源の価値がより大きくなっていくと、コストと利益の差は小さくなり、点 A において両者の差はゼロとなる。点 A 以降は今度はコストよりも利益の方が大きくなるので、財産権の創設が効率的になる。ここまでを見ると、資源の価値が上がるほど財産権の純利益が増加していることがわかる。しかしこのモデルの特徴的な点はこれ以降であり、さらに進んで点 D に至ると再び両者の差はゼロになり、それ以降は利益よりもコストの方が大きくなりその差は大きくなっていく。つまり、財産権の価値が大きくなるほど財産権の純利益は小さくなっていくことがわかる。

このような Allen の理論は、財産権創設コストの非線形性によって Demsetz の理論を拡張しようとするものである。財産権創設コストが非線形であることによって、財産権創設利益との関係が非対称となり、資源の価値が上がるにつれて、財産権創設の利益よりもコストの方が急激に上昇

13) 以下、資源（のある属性）について権利が確定されずに誰も他者を排除できず誰もが使用できる状況のことを「公共領域（public domain）」と表現することとする。公共領域については、例えば YORAM BARZEL, ECONOMIC ANALYSIS OF PROPERTY RIGHTS 92-96 (1997)、(丹沢安治訳『財産権・所有権の経済分析——プロパティ・ライツへの新制度派的アプローチ』[白桃書房、2003])を参照。

することになる。このような関係は、資源の価値が権利者と他の第三者にとって異なっている場合に生じる。資源を権利者よりも第三者の方が高く評価するとすれば、第三者が当該資源を獲得しようとするインセンティブが大幅に高まり、そのことによって財産権創設コストが大きく上昇する。この上昇が権利者にとっての財産権の価値よりも大きければ、権利の創設が非効率になるのである。

ここでは、当該資源に対する評価について権利者と第三者の間で非対称性が生じていることが原因となっているのであるから、その非対称性を除去することによって、第三者の資源獲得へのインセンティブが大幅に高まることによる非効率の問題を解消することができる。取引はその一つの手段であると考えられるが、資源は複数の属性から構成されており、ある属性に関する特徴が、権利者にとっては価値がなく第三者にとっては価値が大きいということによって非対称性が生じている場合には、この属性を切り落とすことによって解消することができる。例えば、Allen の論文のタイトルとなっている「サイの角」は、密猟者にとって価値があるのはサイの諸属性のうち角だけなのであるから、角を切り落とすことによってサイの所有者（国）は財産権を執行するコストを小さくすることができるということに基づいている。ここから得られる教訓は、財産権の属性を分離することが可能なのであれば、その一部を切り落とすことによって財産権を創設することが可能になる場合もあるということである¹⁴⁾。

本節での検討をまとめておく。本節では、財産権の正当化理論として Demsetz の理論から出発した。Demsetz は財産権を外部性の内部化によって説明した。それは、財産権の創設がいかなる利益をもたらすかという問いに答えようとするものであって、財産権の《創設》の正当化の問題に対して正面から答えようとするものであると言える。そして Demsetz はこの観点から、《資源の価値が上がるほど財産権が創設されるようになる》という仮説を導いた。これは、財産権の様相の一面を説明するものである。しかし、実際には財産権は多様な様相を呈しているものであり、外部性の内

14) 例えばレンタル商品に剥がせないシールが貼られたり、共有物の多くがあまり人気のないデザインのものであったりすることも、商品の美観という属性を切り落とすことによって窃盗の意欲を削ぎ、執行コストを下げるものとして理解することができる。

部化という視点だけではその多様性を捉え尽くすことはできない¹⁵⁾。この点、Allen の理論はその多様性のある一面を捉えようとするものである。本稿の観点から見れば、Allen の理論の重要性は、財産権を創設するための《コスト》の構造に着目したという点にある。このことは、財産権は確かに外部性の内部化のようなそれがもたらす《利益》によってその存在根拠が説明されるのであるが、なぜ財産権が多様な形態をしているのかという問いに答えようとするならば、財産権の意義（利益）だけでなく、それを作るためにかかるコストにも着目することが不可欠である。このような観点から財産権を見ると、財産権理論は次の段階へと展開することとなる。財産権を創設するにはコストがかかるという観点は、外部性の内部化という利益の観点に劣らず、財産権の最も重要な基本的形態を説明する潜在的能力を有している。次節以降は、財産権のコストという観点が財産権の理論に対して有する最も大きなインパクトについて見ていくこととする。

1.2. 権利の二重性——排除とガバナンス

Demsetz は、資源利用の外部性に対する対応策として私的財産権を正当化した。しかし、コモンズの悲劇に代表されるような資源利用の非効率性に対する有効な対処策は、必ずしも私的財産権だけではない¹⁶⁾。牧夫が過剰利用をしてしまう場合には、私的財産権を設定して最適な数を放牧するようにインセンティブを与えるほかにも、国家が最適な放牧数を決めて牧夫に義務付け、違反に対してはペナルティを課すという方法もある。さらには、密接なコミュニティでは国家の規制がなくてもさまざまな形の協力によって悲劇を回避することができることが知られている¹⁷⁾。そうすると次には、なぜそうした多様なアプローチが存在するのか、それぞれどのような特徴があるのか、どちらのアプローチがどのような場合に適切なのか

15) Demsetz の理論におけるコストの観点の不足を指摘するものとして、Merrill, *supra* note 4, at S333.

16) Heller, *supra* note 7 (*Commons and Anticommons*), at 180 は私的財産権と規制という二つの主要なアプローチがあると述べる。また、法制度に依存しない協力的解決についても説明している (p. 183)。

17) ELINOR OSTROM, *GOVERNING THE COMMONS: THE EVOLUTION OF INSTITUTIONS FOR COLLECTIVE ACTION* (1990)(原田禎夫=齋藤暖生=嶋田大作訳『コモンズのガバナンス——人々の協働と制度の進化』[晃洋書房、2022])。

といった問題の解明が求められることになる。

確かに Anderson & Hill のモデルは、国家による直接的規制についても適用することができる。ある個人に義務を課すということはその限りである個人に権利を与えることであり、そのような権利ないし義務を創設することは、そのための利益がコストを上回る場合に効率的なものと言えるからである。つまり、先にみた A&H による Demsetz 理論の図式は、一般にイメージされる「財産権 (property)」だけでなく、権利の創設一般について当てはまるものと言える^{18) 19)}。したがって、国家による直接的規制についても Demsetz 仮説と同様に、財産の価値が上がったり規制コストが下がったりすれば、より精緻な（活動量の多い）直接的規制が行われるようになるかと予測することができる。しかし仮にそうであるとしても、これは直接的規制がどの程度なされることになるかという問題に関する命題であって、なぜ私的財産権なのか、なぜ直接的規制なのか、あるいは私的財産権の創設と直接的規制のどちらがどのような場合に望ましいのかという問題に対する応答にはならない。つまり、Demsetz や A&H のモデルにおける「財産権」は極めてオープンな概念であり²⁰⁾、これだけではまだ権利に関する多くの問題がなお残されたままである。「財産権」という言葉が気休めに過ぎないとすら言われる所以はここにある²¹⁾。

これらの残されている問題は、権利の多様な形態に関係するものである。これまでの検討においても、権利創設の局面において権利創設のコストが重要な意味を持つことを見たが、権利創設コストの構造の分析は、権利の形態の多様性を説明する局面においてより重要な意味を持つ。そこで本節では、こうした観点から権利の基本的な二つの形態を説明しようとするものとして、Henry E. Smith の排除／ガバナンス理論²²⁾を見ることとする。

18) 太田勝造「所有制度の創発と物権・債権の区別についての覚書」ジュリスト 1229 号 102 頁 (2002) は、私的所有権であれ債権であれ、私権の制度は外部性を内部化するためのさまざまな工夫に基づく社会制度であるとする。

19) さらに言えば、A&H のモデルにおける財産権創設の利益は外部性の内部化によるものに限られる必然性はない。財産権創設によって生じるあらゆる利益をそこに含めることができる。

20) Henry E. Smith, *Exclusion versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights*, 31 J. L. STU. S453, S464 (2002).

21) Merrill, *supra* note 4, at S334.

22) Smith, *supra* note 20.

1.2.1. コスト構造の異なる権利確定方法としての排除権とガバナンス

前節の最後で論じたように、権利にはいくつかの形態があり、同じ利益を実現しようとするに際して私的財産権以外にもさまざまな方法と形態がありうる。さまざまな権利の形態がありうる中で、いわゆる物権のようにある対象について利益を独占的に支配する権限を認めるという形と、個々の場面に応じてより詳細かつ個別に権利関係を定めていくという方法は、最も基本的な権利の形態といえることができるだろう。前者は、資源に関する特定の活動の決定や監視について責任を負う者に、当該資源に関する決定を委ねるという形態であり、Smith はこれを「排除権」と呼ぶ²³⁾。例えば、牧夫が特定の牧草地について排除権を持つならば、自己の家畜に自由に牧草を食べさせることができる。他方で後者は、より詳細な使用方法や使用者を特定する形態であり、「ガバナンス」と呼ばれる²⁴⁾。例えば、牧夫が指定された家畜数や時間制限のもとで牧草を食べさせる権利を持つような場合がこれにあたる。ガバナンス・ルールは多様なルールを含み、契約条項によるルールや行政的規制などが含まれる。Smith の排除／ガバナンス理論は、この排除権とガバナンスの違いを、Demsetz に始まる理論を拡張してコスト曲線の形状、すなわち権利の形態に応じたコストのかかり方の特徴によって説明するものである。

この理論の出発点は、権利を創設すること、すなわち権利の範囲ないし内容（以下単に範囲とする）を確定してそれを執行することにはコストがかかるという認識である。コストの中身としては、望ましい権利の範囲を

23) 以下の排除権とガバナンスの定義や具体例、説明については、Smith, *supra* note 20, at S454-S455 を参照。

24) Smith は「ガバナンス」という言葉のこのような用法について、規範や規制、契約によって実現される高度な権利確定を意味するものであり、契約的制約を通じた経済活動の組織を指す Williamson の用法と合致している (Smith, *supra* note 20, at S455 fn. 5)。Williamson は、投資の取引特殊性や取引の頻度を分析軸としてどのような取引においてどのようなガバナンスが効率的かを論じた論考において、取引の整合性が決定される場としての制度的枠組みという意味でガバナンスという言葉を用いており、市場と階層組織 (hierarchies) がその主要なものであるとする (Oliver E. Williamson, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, 22 J. LAW & ECON. 233, 234-235 (1979))。ここでの Smith の意図は、「ガバナンス」には契約によるものも外部的規制によるものも含まれるという点での共通性を示すことにあると思われるが、Williamson はガバナンスの内部で取引費用に応じた適切な制度の選択を問題としているのに対して、Smith は情報コストに応じてガバナンスとそれに対する排除権との間での選択を問題としているのであり、その文脈の違いには注意が必要である。

確定するために必要な確定コスト、権利の範囲が正確に測定されないことによって失われる利益（以下、消失〔dissipation〕コストと呼ぶこととする）、確定された権利を第三者が執行するために必要な執行コスト、権利に対応する義務を負う個人が自己の義務内容を認識するために必要な調査コストがある。これらのコストはいずれも、A&Hの図式でいうところのコスト曲線に含まれるものである。

そして排除権／ガバナンス理論の最も重要なポイントは、これらのコストのかかり方が権利の確定の仕方によって異なるということである。権利の確定の仕方は権利の形態によって異なる。排除権では、資源の関する決定はひとりの権利者に委ねられ、その権利者が当該資源に関係する個々の活動の決定や監視を担う。このタイプの権利確定方法の本質的な特徴は、粗いプロキシを用いるということである²⁵⁾。例えば、有体物に関する権利をその物理的な境界によって定めること、土地の権利の範囲を地下および空中について区別せずに垂直方向に一律に定めることなどは、粗いプロキシによるものと言える。土地の利用は地表、地下、空中について同一の個人に利用させることが望ましいとは限らない（だからこそ地上権が設定されたり賃貸されたりする）。しかし地表とその垂直方向というプロキシを用いるメリットは、それが極めて簡潔である点にある。もし仮にある地表の地下部分や空中部分の権利の境界線が地表の権利の境界線と異なっていたら、権利の範囲は極めて複雑になるだろう。あるいは、例えば腕時計の文字盤部分だけに権利を設定したいという者もいるかもしれないが、文字盤部分とベルト部分が異なる権利の対象となっていたら、時計を買おうとする者にとって権利の範囲を知ることは一層手間のかかるものとなるだろう。このように、プロキシとは精確な権利の代わりに境界線を確定するものということができる。Smithによればこのような権利確定方法は義務者が多数である場面で用いられ、単純であることによって、多数の義務者に生じる調査コストが軽減される。

他方でガバナンスは、使用方法や使用者をより精密に特定する方法である。この決め方は、少数の義務者に大きな調査コストを負担させる。例えば、それぞれの牧夫が家畜の数や放牧時間等を細かに制限された形で、放

25) Smith, *supra* note 20, at S454-S455.

牧する権利を有する場合はこれにあたる。この例からは国家による詳細な行政的規制がガバナンスに含まれうることが分かるが、ガバナンスによって詳細な権利義務を定める主体は国家である必要はなく、例えば権利義務の当事者によって定められるような契約も、ガバナンスによる権利確定である。

このように両者の権利確定方法の違いは、用いられるプロキシの粗さの違い(最も精確なプロキシの使用はプロキシを使用しないことを意味する)である。権利確定におけるプロキシの使用という発想は、Barzel による測定コストの議論に由来する。そこで、さらなる説明のために Barzel による測定問題の例を挙げておく²⁶⁾。例えば、スーパーで果汁がたくさん入ったオレンジを選びたいとする。果汁の量を正確に測定するには買う前に絞ればよいが、この方法のコストは禁止的に高い。そのためよりコストが低い手段としてオレンジの重さというプロキシが用いられる。しかし重さには皮の重さも含まれており、これは果汁の重さの測定基準としては不正確さを含んでいる。つまり重さというプロキシはその限りで粗いプロキシとすることができる。プロキシの説明として、Smith による別の例もある。農地の周囲に張り巡らされたフェンスを越えたか越えていないかによって義務違反の有無を確定するとしよう。これは農作物泥棒を防ぐプロキシとして合理的ではあるが、非常に粗いものである。なぜならば、個人がフェンスを越えて中に存在していればすべて泥棒として扱われてしまうからである。フェンスを越えて中にいるような個人はほぼ泥棒であるという状況では、このプロキシは十分に精確なものとなりうるが、フェンスの中に存在することが有意義である場合が一定程度ある場合には、このプロキシはあまりに粗いものであり、より精確な権利範囲の確定が必要となる。個人がフェンス内にいる場面をさらに区別する必要がある、例えば個人が容器を持っているかいないかによって分けることができる。この場合は、容器を持っている者はフェンスを越えて入ってはならないという義務を確定していることになる。これはより精確なプロキシではあるが、この権利を実現するためにはより多くのコストがかかるだろう。このコストがあまりに大きければ、フェンスのみを基準とする粗いプロキシを甘受しなければな

26) Yoram Barzel, *Measurement Cost and the Organization Markets*, 25 J. LAW & ECON. 27, 28-29 (1982).

らないかもしれない。つまり、プロキシの使用とは客体について知りたい属性（オレンジの果汁量や侵入者の意図）の情報を得るために過大なコストがかかる場合に、不正確で情報量は少ないものの調査コストが低い指標（オレンジの重さやフェンス）を用いることであると言える。

このように排除とガバナンスの違いはプロキシの粗さによるが、プロキシの粗さの違いが重要である理由は、それが精確さのコストとベネフィットのトレードオフを反映しているからである²⁷⁾。粗いプロキシを用いる排除権の利益としては、確定コスト、調査コスト、監視コストの低減がある（これらはすべて必要な情報を収集して処理することにかかわるコストである。Smithは「情報コスト（information cost）」という言葉 키워ードとして用い一つもそれを明示的に定義しているわけではないが、ここではこれらのコストをまとめて情報コストと呼ぶこととする）。排除権では権利の範囲を単純な指標によって確定するため、確定コストは低く、義務者は自分がどのような義務を負っているかも容易に認識することができ、執行者が義務違反の有無を監視するコストも小さい。特に、確定コストの低減は重要である。個々人との関係に着目しない単純なプロキシの使用によって、義務は潜在的義務者全員に対して同一のものとなるため、各人との間で個別に権利を確定する必要はない（例えば、容器を持っている人かどうかや、フェンス内に入ることが望ましいタイプの人かどうかを個別に確定する必要はない）。つまり権利が全世界に対して一律に確定されることにより、確定コストが大幅に節約されるという重要なメリットを排除権は有しており、Smithはこれを特定の経済性と呼んでいる²⁸⁾。

他方でプロキシが粗いことによって高くなるのは、権利が精確に確定されないことによって失われる利益すなわち消失コストである。コモンズの悲劇において放牧数が最適に規制されないことによって失われる利益、フェンスの中に入ること合理性がある者が入ることができないことによって失われる利益、果汁の多いオレンジを買うことができないことによって失われる利益²⁹⁾、等がここに含まれる。ここには、権利が完全に規

27) Smith, *supra* note 20, at S470.

28) *Id.*, at S475.

29) Barzel, *supra* note 26, at 42-46 では、プロキシが不正確であることによって、本来に買い手にとって利益をもたらす属性（オレンジで言えば果汁の量）についてではなく不正確なプロキシ（オレンジの重さ）をより良くしようとするインセン

定されないことによって生じるさまざまな非効率性が含まれる。そうであるとすれば、経済学の領域において研究されてきた情報の非対称性によるモラルハザードや市場の縮小³⁰⁾、契約不完備によるディスインセンティブ³¹⁾の議論もこの文脈に位置付けることができるだろう。Demsetzの議論は、ここに含まれるコストの一つである外部性による資源の過剰使用という問題に対する解決策として私的財産権を示したものであるが、私的財産権の創設にはコストがかかるため、権利の創設は不完全となりうる。その場合には外部性が内部化し尽くされない部分について消失コストが生じる。このようなコストもここに含まれる。

以上を要するに、排除権とガバナンスのコスト構造は次のように整理することができる。排除権は粗いプロキシを用いることによって情報コストを節約する形で権利を創設することができるが、不精確さゆえに大きな消失コストを生じる。それに対してガバナンスは精確さゆえに消失コストを低減させることができるが、精確さを実現するためには大きな情報コストが生じる。ただし、両者の違いは程度問題であり、排除権とガバナンスはスペクトルの両極を示しているに過ぎない。両極の間には、様々なレベルの権利確定方法がありうる。

1.2.2. 排除とガバナンスの比較分析

それでは、どのような場合にどちらの権利確定方法が望ましいかという問題については、どのようなことが言えるだろうか。つまり、排除権のようなコスト構造を持つ権利はどのような場合に望ましいのか、反対にガバナンスのようなコスト構造を持つ権利はどのような場合に望ましいのか。それぞれの権利形態は異なるコスト構造を有しているため、それぞれが最適となる場面は異なりうる。ここではこの点に関するSmithの理論を見る。

排除とガバナンスのコスト構造の違いは、A&HのモデルにおけるMC曲線の形状の違いとして示すことができる。排除権は情報コストを節約で

ティプが働いてしまうという非効率性が論じられている（ただしリンゴの例による説明がされており、リンゴの味ではなく色というプロキシが用いられることによって、農家はリンゴの味ではなく色をよくするために農薬を使う、という例である）。これはプロキシの性能の問題ともいえる。

30) これについてはシグナリングやスクリーニングによる解決が知られている。

31) これに対しては残余請求権の配分による解決が知られている。

きるが消失コストが大きい権利確定方法であった。そうであるとすれば、求められる権利の確定が複雑ではなく一様である場合には、排除権は情報コストを節約しつつ消失コストも小さい形で権利を創設することができる。しかし、求められる権利の確定が複雑になっていくにつれて、排除権による権利確定は大きな消失コストを伴うものとなるだろう。それに対してガバナンスは、消失コストは小さいが大きな情報コストを伴うものであった。そうであるとすれば、求められる権利の確定が複雑でなく単純なものでよい場合には、ガバナンスは同じ利益を実現するためにより大きな情報コストをかけるものとなってしまうだろう（ガバナンスは、単純な内容であってもそれを確定するために大きな情報コストをかける方法であって、単純であるから情報コストが小さくて済むということにはならない）。しかし、求められる権利の確定が複雑になっていくにつれて、ガバナンスは単純な権利確定の場合から大きな情報コストの増加を伴うことなく（なぜならば単純な場合にも個々の権利確定にコストをかけるのがガバナンスであるから）大きな消失コスト節約というメリットを実現することができるだろう。つまり、求められる権利確定が複雑になるほど、ガバナンスは排除権よりもコストの低い権利確定方法となる。

このようなコスト構造を A&H のモデルに組み込むとすれば、コストが異なる二つの権利確定方法の MC 曲線を書き込むことになる。それを示しているのが図 3 である。

MCE1 は排除権の限界コスト、MCG1 はガバナンスの限界コストである。このグラフにおける費用曲線は、次のことを示している。まず、精確さのレベルが低いところ（横軸の左端部分）で MCE1 が MCG1 より低いところにあることは、単純な権利義務関係を定めればよい場面では、排除の方がガバナンスよりも低コストであることを示している。これは先に説明した通り、情報コストが小さいこと、特に特定の経済性による。例えば、ある客体について特定の個人にあらゆる使用を認めることが求められる場合には、ガバナンスによって個々の使用方法について個別にすべての一般第三者との関係を確定していくことは無駄なコストを生じさせるため、同じことを実現するには排除権によって確定する方がコストが小さい。

次に、MCE1 と MCG1 は曲線の傾きが異なっている。この違いは次のことを意味する。排除権の場合には、より精確な権利を実現しようとすれ

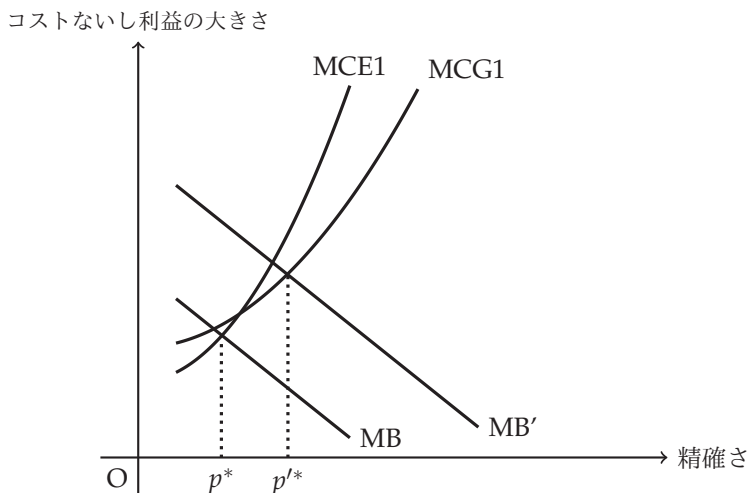


図 3：排除権とガバナンス (Smith, "Exclusion versus Governance," S475, Figure 3 より)

ば、追加的にかかるコストは次第に大きくなっていく。最初は碁盤の目状に区切っていた土地の境界線を引けば求められる状態を実現できたが、次第に牛の価値が上がってくると、各牧夫が持つ牛の数や土地の区画によって肥沃さの違いに応じて、より精確な境界設定が求められるようになっていくだろう。そうしなければ、碁盤の目状に境界線を引いていることによる消失コストが過大になるからである。このとき、碁盤の目の境界線を詳細な境界線に変更することは大きなコストを伴う。MCE1 の傾きが急勾配であるのはこのことを示す。他方でガバナンスによる場合には、上記のように境界線の複雑さを増していくとしても、もともと碁盤の目の境界線を引くときもそれが効率的であるかどうかをコストをかけて調査しているのであるから（それがガバナンスによる確定方法である）、さらに牛の頭数や土壌の肥沃さを考慮した境界線を引き直すとしても、追加的にかかる情報コストはそれほど高くないし、精確な権利が創設されることによって消失コストも低く抑えられる。MCG1 の傾きが緩やかであるのはこのことを意味する。以上より、高い精確さが求められるようになるに従って、次第に排除権よりもガバナンスの方が低コストになることが分かる。MCE1 と

MCG1 の位置関係が途中から逆転することは、このことを示している。碁盤の目状に境界線を引けばよかったときには排除権でよかったが、牛の数や土壌の肥沃さを考慮すべき状況になってくるならば、個別に権利を定めるガバナンスによる方が低コストである。

それでは、どちらの方が社会的に望ましいかはどのようにして分かるだろうか。それは A&H の図 1 による場合と同じく、限界費用曲線と限界利益曲線の交点によって表される。限界費用曲線は、当該精確さにおいて最も低いコストを示す関数であるから、図 3 における限界費用曲線は MCE1 と MCG2 のうちで最も低い位置にあるものをなぞった曲線ということになる。その曲線と限界利益曲線の交点の横軸座標が望ましい精確さのレベルであり、その交点を形成している限界費用曲線が MCE1 であれば望ましい権利確定方法は排除権であり、MCG1 であれば望ましい確定方法はガバナンスである。図 3 において、限界利益曲線が MB であれば排除権によって p^* の精確さを実現することが望ましく、限界利益曲線が MB' であればガバナンスによって p^* の精確さを実現することが望ましいことが分かる。また、限界利益曲線の上方シフトは財産権の対象となっている資源の価値の上昇を意味するから、資源の価値が上がるにつれて排除権よりもガバナンスの方が望ましい権利確定方法となるということが分かる。

ここまでが Smith の基本モデルであるが、さらに“成分的”側面という視点を導入することによって、モデルが拡張される。成分的側面とは、これまで論じてきた排除がガバナンスかという側面とは異なり、そもそも客体たる資源のどのような属性を権利確定の単位とするかという問題である。これまでの例では、例えば牧草地の使用は牛を飼育するという使用方法を想定しており、土地の属性としてはもっぱら牧草地としての性質を権利の精確さの単位としてきた。この観点から、碁盤の目がよいのか、牛の数も考慮すべきか、といったことを考えてきた。しかし、土地には牧草地としての属性だけでなく、鉱物資源の採掘地としての属性もあるかもしれない。多くの土地において鉱物採掘地としての価値が見出されてくるようになれば、従来のように地表面の境界のみを単位として土地に関するすべての権利を構成するよりも、地下を別個の単位として権利を構成することがより効率的な権利確定に資するだろう。あるいは、空間的な単位だけでなく時間的な単位も考えられる。例えば、永久の使用だけを単位とするの

ではなく、権利者が生存中のみの使用という単位も成分としたうえで、権利を組み立てることが効率的な場合もありうる。

このように権利の構成要素自体を適切な形に切り取ると、それをもとに排除権を創設するかガバナンスを実行するかにかかわらず、権利創設コストの低減は次元上の段階に移行する。このことを示すのが図4である。

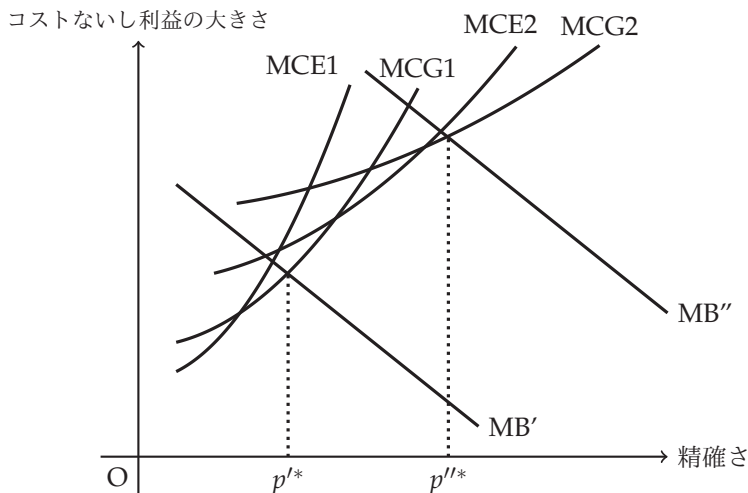


図4：排除権とガバナンスの成分的側面（Smith, “Exclusion versus Governance,” S476, Figure 4 より）

この図において、権利の高い精確さを実現する場面（横軸の右側部分）では、MCE1/MCG1よりもMCE2/MCG2の方がコストが小さくなっている。これは、排除権によるのであれガバナンスによるのであれ、権利成分を適切に定めることによって権利創設コストを一挙に節約できることを示している。そして、そうした高い精確さが求められる場面（右側部分）では、MCE2とMCG2の位置関係は、低い精確さが求められる場面（左側部分）におけるMCE1とMCG1の位置関係と同様であることが分かる。これは、その権利成分をもとに排除とガバナンスのどちらが望ましいかは、求められる精確さのレベルが（右側の範囲内で）低ければ排除権の方がコストが低い、求められる精確さが大きいほどガバナンスの方が低コストにな

ることを示す。例えば、鉱物のために地下を土地所有者以外に利用させるという関係が、多数者に対してあるいは多数の所有者において求められるものであるならば、鉱物に関する利用という単位をもとに権利を構成すればよい。そうすれば、鉱物を地表の所有者と別に利用させることが可能になるため、消失コストは大幅にするだろう（MCE1/MCG1 から MCE2/MCG2 への移行）。そのうえで、地表の利用権と地下の利用権をそれぞれどのような場合に誰に与えるかは排除権によるかガバナンスによるかの選択である。対立する利害関係者が多数に上り、個別に権利を確定するコストが膨大になる場合には地表や地下の利用権の所在を排除権によって一律に決めてしまうことが望ましいであろうし（MCE2 が MCG2 の下に位置する領域）、利害関係者の数が少なくまた消失コストが大きい場合より精確な確定が求められる場合には、ガバナンスによって個別に定めることが望ましいであろう（MCG2 が MCE2 の下に位置する領域）。

1.2.3. 排除権／ガバナンス理論の批判的検討

Smith の排除権／ガバナンス理論は、権利の確定方法に応じたコスト構造の違いによって従来の Demsetz モデルを拡張し、しかも法制度の様々な場面で用いられている排除権とガバナンスという権利確定方法の特徴を明らかにしたという点において極めて重要なものである。この理論は様々な含意を有している。従来のモデルでは「財産権」の発生を説明しうるにとどまるものであったところ、異なる限界費用曲線の導入によって、異なるタイプの財産権の発生を説明しうるものとなった。また、排除とガバナンスの関係として、資源の価値が上がるにつれてよりコストをかけるガバナンスが正当化されるだけでなく、場合によっては資源の価値の上昇によってガバナンスから排除権に移行することもありうることを示した。例えば、個別事情を考慮して利用権が配分される現代の例としては共有関係があるだろう。これは、一般第三者に対しては排除権を用いるが、限られたメンバー内部ではガバナンスによって決定するという確定方法として理解することができる。当該資源について強い利害関係を持つ者が複数いる場合には、それらの者を一律に排除することは高い消失コストを伴うし、メンバーが限られていれば排除権によって一律に決めることによる情報コストの節約も大きくないので、排除権ではなくガバナンスによっているものという

理解もできる。

他方で、この理論の問題点を二つ指摘しておく。ひとつは、成分的側面という次元についてである。Smith によれば、排除とガバナンスは権利確定に用いられるプロキシの粗さによって区別されるのに対して³²⁾、この区別とは別の次元として、権利確定の際の資源の属性の単位として成分的側面というものが位置付けられていた。これは、排除権を考える際にはイメージしやすい。例えば、地表に引かれた境界線というプロキシを用いて権利を確定する場合には、地下や空中は別個のものとして区別されていないので、地下や空中だけを別の者に使用させることが望ましいとしても、この単位のもとでは実現することができず、消失コストを生じる。そこで、地中、地表、空中という単位を基礎として権利を確定する場合には、地中の排除権、地表の排除権、空中の排除権を考えることができ、これをそれぞれ望ましい形で配分することによって消失コストが低減する。他方でガバナンスの場合には、プロキシの粗さを緩和するということと、権利確定の単位を増やすということの区別はそれほど明確ではない。例えば、地表に碁盤の目状に引かれた境界線というプロキシによって権利が確定されている状態からプロキシを緩和するとする。碁盤の目状では不精確なので、より個別事情に即した形で、碁盤の目内のひとつの角の部分について、昼間は別の個人に使用権を与え、夜間はまた別の個人に使用権を与える、という形でプロキシの粗さを緩和したとする。そうすれば、情報コストはかかるが消失コストが低減するので、より精確さが求められる場合には排除権よりもコストを低下させるだろう。しかしこのような形でプロキシを緩和することと、例えば地下だけを別の個人に使用させるという形で成分的側面において権利の単位を区別することとは、どのような違いがあるのだろうか。地表のどの部分かやどの時間帯かはプロキシの問題であって、地表か地下かは権利の単位の問題であるということが、どのように区別可能なのかは、必ずしも明らかではない。

そうであるとすれば、図4における MCG1 と MCG2 は区別することができないのであって、どちらかであるということになる。したがって、例えば資源の価値が限界利益曲線 MB' によって表される場合に排除権が望

32) Smith はこれを成分的側面に対して組織的側面と呼んでいる。

ましいのかガバナンスが望ましいのかは、ガバナンスの限界費用曲線が MCG1 なのか MCG2 なのかによるということになる。MCG1 であればガバナンスが望ましく、MCG2 であれば排除権が望ましい。

もうひとつの問題は、排除権とガバナンスの区別に関してプロキシが有する意義についてである。プロキシの粗さがコストに与える影響は複数ある。そしてそれらの影響は、それぞれプロキシの異なる性質によって特徴づけられている。プロキシのどのような特徴がガバナンスとの違いを決定づけているのかが明らかでなければ、排除権とガバナンスの違いを定義したことにはならない。排除権やガバナンスの意義を厚生観点から分析する際には、《プロキシを用いること》という基準では完全に区別が定義されたことにならず、それがどのような《厚生に対する影響》をもつのかによって定義されなければならない。したがって、厚生に影響を与えるプロキシの特徴が何かを明確にしなければ、排除権を十分に定義したことにはならないだろう。Smith の議論の問題点として、そのような特徴が明らかにされていないという点がある³³⁾。

それでは、コスト低減をもたらしているプロキシの特徴は何だろうか。この点の検討の前提として、まずプロキシの使用が低減させるコストの種類を整理しておくことが必要である。粗いプロキシを用いることは、情報コストの低減をもたらす。情報コストとは、確定コスト、調査コスト、執行コストである。さらに確定コストは2つの形で低減する。まずは、粗いプロキシを用いることによって、権利の内容を個別に確定する必要がなくなる。例えば、フェンス内には誰にもいかなる理由があっても侵入されないという形で権利を定めればよいのであれば、フェンスの境界だけを定め

33) 後に 2.1. で見るように、Henry E. Smith, *Property as the Law of Things*, 125 HARV. L. REV. 1693-1694, 1702-1704, 1709-1710 (2012) は（財産権という広い意味ではなく、property/contract という文脈での）property の本質的特徴は《モノ (thing)》によって境界線が定まる点にあり、そうして単純な境界線による情報コスト節約によって property がモジュールと化し、property の基本的特徴として対物性、排除性、残余権が生じるとする。これらの特徴はモジュールとしての property において同時に現れることの多いものではあるが、property の本質ではない。この観点から Henry E. Smith, *The Thing about Exclusion*, 3 BRIGHAM-KANNER PROP. RTS. CONF. J. 95, 95 (2014) は、排除性を property の本質とする Thomas W. Merrill, *Property and the right to exclude*, 77 NEB. L. REV. 730, 731 (1998) に反対している。この《モノ》性は排除権／ガバナンス理論でのプロキシに相当するものであるが、《モノ》というプロキシのどのような特徴がどの情報コストをどのような形で低減されるのかということが、ここでの問題である。

ればよく、権利確定のために多くの情報を集める必要はない（このタイプの確定コストを内容確定コストとする）。他方で、プロキシを用いて権利を確定することによって義務者ごとに権利を確定する必要がなくなる。例えば、フェンス内には誰も入ってはならないという形の権利確定は、義務者ごとではなくすべての者に対して同じ内容の義務を一律に課すことによって、確定コストを節約することができる（このタイプの確定コストを義務者確定コストとする）。

いずれの確定コストも一律に権利が確定されることと関係するが、両者は別のコストである。例えば、ひとりの相手との間で土地の周囲のフェンスを基準として権利の範囲を定めるときには、フェンスというプロキシを用いたとしても義務者確定コストは低減しないが、権利確定においてフェンスの有無以外の情報は必要ないため内容確定コストは低減する。反対に、義務者の人数は同じであっても、非常に入り組んだ形で境界を確定するよりも単純な基準によって確定する方がコストは小さくなる。この場合には義務者確定コストではなく内容確定コストが低減するからである。以上より、プロキシの使用は内容確定コスト、義務者確定コスト、調査コスト、執行コストを低減する機能を持つものと言える。

そして、プロキシの使用によってこれらのコストが低減する理由は、プロキシの別個の性質に基づいている。内容確定コストは、プロキシの使用によって権利確定のためにすべき収集すべき情報が少なくなるということに基づいて低減する。例えば、土地の地形ではなく碁盤の目状に権利の範囲を確定すればよいとすれば、地形を調査する必要はなくなる。それに対して義務者確定コストは、プロキシを媒介させることによって全員に対して一律の権利が創設されるという点に基づいて低減する。仮に牛の数や土壌の状態に基づいて権利の範囲を複雑に確定するとしても、それによって全員に対して権利が創設されるのであれば、個々の内容確定コストは低減しないが義務者確定コストは低減する。また、調査コストや執行コストは、プロキシが粗いことによって権利の範囲が第三者から見て容易に分かるということによって低減するものである。例えば、碁盤の目状に権利が確定されても、その境界上に物質的な何かがなければ第三者は権利がどこまでなのかを容易に知ることができない。反対に地形による権利確定の方が、地形は碁盤の目よりも複雑であるとしても調査コストや執行コストが小さ

いかもしれない。

以上より、プロキシが情報コストを低減する理由となっている性質は、内容確定のために収集すべき情報が少ないこと、全員に対して一律に確定すること、客観的な指標によって確定することである。これらの要素が合わさって、MCE 曲線を形作っている。これらすべての要素を備えているプロキシもあれば一部の要素を特に強く備えているものもあるだろう。これらの特徴は一応別個のものであるが、多く満たしていればいるほど排除権としての性質を強く備えており、典型的な排除権と言える。例えば、土地を自然的な形状に従って境界付けることや、時計の物理的形状に従って権利の境界を確定すること（文字盤とベルトを別個の対象とせずに）は、このような性質を満たしているだろう。そして、一般的には有体物というプロキシはこれらの性質を備えていることが多く、これこそが、一般的に排除権は有体物に対して認められることが多い所以である。

このように、プロキシの諸特性はいずれも排除権のコスト構造を特徴づけているのであって、どの特徴に着目するかは分析したい対象や目的によって異なるだろう。とはいえ、我々の社会において最も MCE 曲線を形作ることとなっている特徴は、多数の利害関係者に対して一律に権利を確定するという性質であると思われる。なぜならば、排除権が内容画定コストを大幅に節約することができるのは、多数者に対して一律に確定しているからであるし、調査コストや監視コストが問題となるのは、調査コストや監視コストの大きさは誰がルールを定めるか等によっても異なりうるものであるから、必ずしも排除権においてより節約できるものとは限らないからである³⁴⁾。実際に Smith も、高度の精確性が求められない場合に排除権が低コストとなる理由は、特定の経済性にあるとしていることはすでに見た通りである。そうであるとすれば、この性質に基づいた分析が財産権の理論にとって最も重要な課題となるだろう。そこで次節では、この性質に基づいた排除権とガバナンスの違いのモデル分析を試みることにする。

両者をこのように把握するとき、排除権とガバナンスの違いは、多数者に対して一律の権利義務を確定するか、それとも個々人に対して別個に権

34) 実際に本稿で後に検討するように、ガバナンスの例として契約を考えるのであれば、義務者自身がルール内容の形成に関与している以上、調査コストは小さくなる。

利義務を確定するかという違いである。そしてこの問題は実は、かつてルールの精確性³⁵⁾としてモデル化された問題と同一の構造を有している。そこで次章では、ルールの精確性に関するモデルを排除権／ガバナンス理論に応用し、権利形態の望ましさにについてさらなる示唆を得ることを試みる。

1.3. ルールの精確性問題としてのモデル分析

Smith の分析では、資源の価値が上がるほどガバナンスが望ましくなる、あるいは権利の単位が細分化される、という命題が導出されていた。しかし、排除／ガバナンス理論はこれにとどまらない潜在的インパクトを持つ。この章ではフォーマルなモデル分析を通じて、コスト構造に着目した権利分析から得られるさらなる含意の解明を試みる³⁶⁾。

排除とガバナンスという権利形態の違いを、多数者に対して一律の権利義務関係を一度の確定行為で定めるか、それとも各潜在的義務者との間で一つずつ個別に権利義務関係を定めるかという違いとして理解するとき、この違いは、低コストで一律に同じルールを定めるか、それともコストをかけて各潜在的義務者について精確なルールを定めるかというルールの精確性の問題と同じ構造を持つものと言える。

ルールの精確性については、Kaplow が 1995 年の論文³⁷⁾で示したモデル

35) これはルールの "complexity (複雑性)" として問題とされてきたものであるが、厳密には、ルールが複雑であることと、厚生に関係する点についてもれなく規律されていることは別問題である。すなわち、複雑であっても厚生を最大にしないものもありうるし、単純であっても厚生を最大にすることはありうる。そして、ここで扱う complexity の議論は、当然に厚生を最大化するということを含意している。そこで本稿では、厚生を最大化するためにより多くの点について規律することの結果としての複雑性を「精確性」と呼ぶこととする。

36) 理論をフォーマルな言語で表現することは、複雑な現象を厳密に扱うことを可能にする。「数学は——一般に誤解されているように——それが量的であるからではなく、主として言葉で扱うにはあまりに複雑な現象について明確で厳密な論証を可能にするがゆえに、自然科学の支配的な言語となっているのである。粗い言語に対する数学のこのような優位性は、自然科学におけるよりも、極めて複雑な現象を扱う社会科学においてこそより重要であることが明らかにされるべきである」(HERBERT A. SIMON, MODELS OF MAN, 89 (1957) [宮澤光一監訳『人間行動のモデル』(同文館出版、1970))。

37) Louis Kaplow, *A Model of the Optimal Complexity of Rules*, 11 J L. ECON. & ORG. 150 (1995)。なお Kaplow については、Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, DUKE L. J. 42 557 (1992) におけるルール／スタンダードのモデルがよく知られている。ルール／スタンダードモデルは事前と事後のルール設定に関するモデルであるのに対して、ここで扱うのは画一的／精確なルール設定に関するモ

が知られている。Kaplow のモデルは公的規制に関するルールの精確性を念頭に置いたものであり、公法上の関係を主として念頭に置いているために、私法的な権利関係を主として念頭に置いている排除／ガバナンス理論に対してそのまま用いることはできない。特に最も重要な違いは、公法関係ではルールは公的主体によって定められるのに対して、私法関係では契約のように当事者自身によって定められる場合もあるということである。公的規制の場合にはルールが複雑になるほど、義務主体には大きな調査コストがかかる。それに対してルールを自ら設定する場合には、自ら定めたものである以上調査コストはかからず、むしろルールを確定するためのコストが高くなる。したがって、公的規制モデルにおいてはルールが精確な方が調査コストが高くなるが、私的権利モデルにおいてはルールが精確となる契約の方が調査コストが小さくなる。また、Kaplow のモデルではルールが一律である場合には調査コストは生じないと仮定されている。しかし、ルールが一律である場合には当事者以外の主体によってルールが定められるのであり、当事者自身がルールを定める個別ルールの場合よりもむしろ一律ルールの場合の方が調査コストが決定的に重要となる。したがって、一律ルールの場合にこそ調査コストがかかることの意味を明らかにしなければならない。以下では、これらの違いを組み込むために Kaplow のモデルを修正し、排除権／ガバナンス理論の持つ理論的含意を明らかにする。

モデル分析に入る前に、以下の分析の直観的理解を素描しておく。ここでの問題は排除権によって一律のルールを定めるか、ガバナンスによって精確なルールを定めるかの選択である。排除権による場合には、確定コスト³⁸⁾を節約することができるが、一律であるがゆえに、精確に定めていたら得られたであろう利益を失うという消失コストが生じる。また、義務内容を調べるためには調査コストをかけなければならない。個人は調査によって利益とコストを考慮して調査コストをかけるかどうかを選択する。

デルである。Kaplow のルール／スタンダード論に関しては、吉政知広「消費者法分野における民事立法の形式をめぐる」丸山絵美子編著『消費者法の作り方——実効性のある法政策を求めて』43 頁（日本評論社、2022〔初出 2020〕）、松田貴文「消費者契約の協働的形成に関する一考察」同書（初出 2021）66 頁等も参照。

38) ここでの確定コストは義務者確定コストである。以下も同じである。

そして、調査コストをかけてルール内容を知ったうえで、その義務に従うか否かを決定する。このとき、ルールが一律であるがゆえに従うべき者が従わず、従うべきでない者が従うという事態が生じ、これが先の消失コストとなる。

他方でガバナンスによる場合には、ルール内容が精確であるため消失コストは生じないが、ルールを個別に確定するために大きな確定コストが生じる。調査コストが生じるか否かは、誰がルールを設定するかによるが、以下のモデルでは当事者自身が設定するという条件で分析しているため、調査コストは生じない。このように排除権とガバナンスは各メリットとデメリットを持つが、メリットがどのような場合に活かされデメリットがどのような場合に軽減されるかを、以下でフォーマルな形で分析する。

1.3.1. 条件設定

モデルの条件を、個人の行為に関するものと、ルールの設定に関するものとに分けて考える。

(1) 個人の行為

個人はある行為をするかしないかの選択をする。この行為は個人自身に利益をもたらすとともに他人に害悪をもたらす。個人が行為から得る利益を b とする。 b を個人が資源に対して一定の行為をすることによって得ることができる利益と理解すれば、 b を財産の価値と理解することもできる。 b は正の連続値であり $(0, \infty)$ 、密度関数は $f(\cdot)$ 、累積分布関数は $F(\cdot)$ である。 $F(b)$ は b までの範囲に属する人数であり、 $F'(b) = f(b)$ である³⁹⁾。当局は個人の利益の分布状況だけを知っている。

行為のもたらす害悪を h とする。害悪の違いによって行為は2つのタイプに分けられる。

タイプ1の行為は h_1 の害悪を引き起こし、タイプ2の行為は h_2 の害悪を引き起こす。タイプ2の方が害悪が大きいものとする ($h_2 > h_1$)。それぞれのタイプの行為は、タイプ1が $1 - \theta$ の割合で存在し、タイプ2が θ

39) $f(\cdot)$ は確率密度の関数ではないことに注意。ここでは f は、 b がとりうる値の集合から、自己の行為が b の利益をもたらす個人の数の密度がとりうる値の集合への写像としての関数であり、 $F(\cdot)$ は、 b がとりうる値の集合から、自己の行為が b の利益をもたらす個人の数がとりうる値の集合への写像としての関数である。

の割合で存在する。ペナルティーは害悪の大きさによって課されるので、行為がどちらの害悪を引き起こすかということつまり行為のタイプやその割合を知っているということは、ルールの内容を知っているということを意味する。そして、個人は自分の行為がどちらのタイプかやそれぞれのタイプの割合を事前には知らない（後に見るように、これは、排除権の場合には個人が自分に適用されるルールの内容を事前には知らないことを意味し⁴⁰⁾、ガバナンス〔自分でルールを設定する〕の場合には自分にとって望ましいルールの内容を事前には知らないことを意味する）。

（2）ルールの設定

次に排除権としてのルール設定とガバナンスとしてのルール設定を特徴づける条件を確認する。

前提として、社会には1人の権利主体と n 人の構成員（潜在的義務者）がいるものとする。ある資源について特定の権利者がどのようなタイプの権利を持つかという問題は、自分以外の全構成員との関係でどのようなルール（義務関係）が設定されるかという問題である。

排除権としてのルール設定の特徴は、①複数人に一挙にルールを設定するものであるということと、②ルール内容がその複数人間で一律であるということである。前者を一挙性、後者を画一性とする。それに対してガバナンスによるルール設定の特徴は、①個別にコストをかけてルールが設定されること、②ルールの内容は各当事者間関係において最適なものとなりその内容は異なりうること、である。前者を個別性と呼び、後者を精確性と呼ぶこととする。排除権とガバナンスのいずれにおいても、①（一挙／個別）は確定コスト（これは先述の義務者確定コストにあたる。ここでは、義務者確定コストを単に確定コストと呼ぶこととする）に関係し、②（画一／精確）は調査コストと消失コストに関係する。

① 確定コスト

排除権の場合の確定コストを r_e とする。その特徴として、一挙性によ

40) 排除権は一律のルールであるにもかかわらず、義務者がその内容を知らないという仮定に違和感が生じるかもしれない。しかし、一律のルールであってもその内容を知るためにはコストがかかる。直観的にコストがかからないように感じられるのは、理解というプロセスを感じさせないほどの単純なルールが想定されているからである。しかし、一律であることは必ずしも単純であることを意味しない。もちろん、多くの場合には一律＝単純であるかもしれないが、それはルールの内容を理解するためのコストがゼロに近い場面なのである。

る特定の経済性がある。排除権ルールのための社会的確定コストは

$$r_e(>0)$$

である。このコストの特徴は、社会構成員の数 n （確定すべき権利義務関係の数は自分以外の構成員の数と等しいから、ここでは権利者自身が除かれる）の影響を受けないということである。つまり、いったん設定してしまえば義務者が増えたとしても設定コストは増えない（特定の経済性）。

それに対するガバナンスの確定コストの特徴として、個別性により、ルールは各関係において個別に確定され、タイプを区別することもしないこともできる。個別にルールを確定する主体は、当事者自身である場合もあれば、第三者である場合もある。当事者自身によるガバナンスの典型例は契約であり、第三者によるガバナンスの典型例は国家による行為規制である。他にも、裁判所による決定や、社会規範の形をとることもある⁴¹⁾。いずれにせよ、個人は自分のタイプを知らず、当局も当該個人がどのタイプかを知らないため、権利義務関係一つあたり $r_g(>0)$ の設定コストがかかり、設定主体は n 個のルールを設定しなければならない。ガバナンスによる場合には、コスト r_g をかけることによって取得した情報によって行為者のタイプに応じたルールを設定することができるため、タイプを区別して設定する場合も、一律に設定する場合にもかかる社会的コストは同じであるとする。したがって、ガバナンスによるルール設定の場合にかかる社会的確定コストは

$$nr_g$$

である。

排除権とガバナンスの確定コストの関係について、 $r_e \geq r_g$ と仮定する。つまり、排除権において全体に適用されるひとつのルールを確定する場合には、全体の状況を考慮して望ましいルールを定めなければならないため、ガバナンスにおいてひとつの関係についてルールを設定するコストよりも高い。しかし、ガバナンスにおいては定めるべき権利関係の数 n が増えるほど社会的確定コストは増加するのに対して、排除権の社会的確定コストは n に依存しないから、 n が増えるにつれていずれかの時点でガバナンスの社会的確定コストの方が大きくなる ($r_e < nr_g$)（特定の経済性）。以上を

41) Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *The Property/Contract Interface*, 101 COLUM. L. REV. 791 (2001).

まとめたものが図5である。

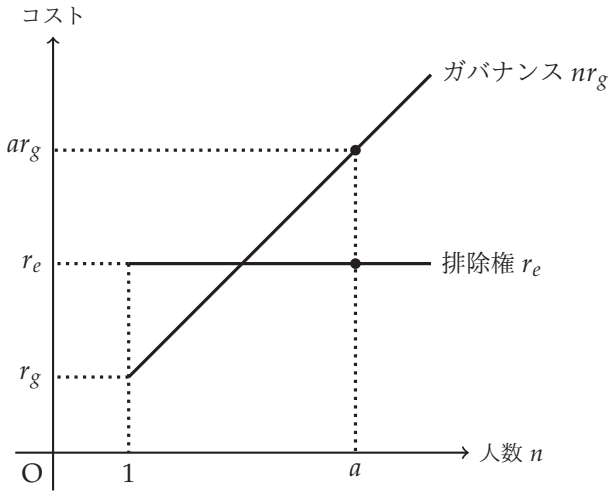


図5：人数と確定コスト

② 権利（ルール）の精確性

ルールが精確であれば、個人は自らの行為がもたらすコストよりも利益が大きい場合にのみ行為をし、不精確であればコストが大きい場合に行為をしたり、利益が大きいにもかかわらず行為をしなかったりする。その結果として消失コストが生じる。また、当事者以外の第三者がルールを設定する場合には、ルールが精確である方が、一律である場合よりも複雑性を伴うため、義務者がルールの内容（自己の義務内容）を知るための調査コストが大きくなる。他方で当事者自身がルールを設定する場合には、当事者自身はすでにルールの内容を知っているのであるから、調査コストはかからない。以下、この関係性を規定する条件設定を見ていく。

ルールの内容は、行為に対して金銭によるサンクション s を課すものである。最適なサンクションは、義務者の行為がもたらす害悪とその害悪に対してサンクションを課すためのコスト（サンクションを決めるためのコストすなわち確定コストを含む）を義務者に負担させるものである（単純化のため、義務者の違反行為が発見される確率は1とする）。そうすると、

ガバナンスの場合にはサンクションの額は $s_{gi} = h_i + r_g$ ($i = 1, 2$)である。したがって、各タイプの加害者に対しては

$$\begin{cases} \text{タイプ 1} & s_{g1} = h_1 + r_g \\ \text{タイプ 2} & s_{g2} = h_2 + r_g \end{cases}$$

が最適なサンクションとなる。

他方で、タイプが区別されない場合つまり排除権ルールの場合には、

$$s_e = h_1(1 - \theta) + h_2\theta + \frac{r_e}{n}$$

のサンクションが課される。

ガバナンスの場合には個別に定めたサンクションのルールが適用されることによって消失コストはなくなるが、排除権の場合には消失コストが生じる。

排除権とガバナンスの場合のそれぞれの調査コストは次のように特徴づけられる。まず排除権の場合には、個人は自分が負う義務の内容を知るためにはコストをかけなければならない。仮定より個人は各タイプの割合を知らず、一律に課されるルールの内容を知らないからである。排除権ルールの場合に個人がルール内容を知るために必要なコストを c_e とする⁴²⁾。

ガバナンスによる場合に潜在的義務者である個人に調査コストが生じることがどうかは、ルールの設定主体が誰かによる。当事者自身である場合は、調査コストは生じない。それに対して第三者たる主体がルールを設定する場合には、各潜在的義務者において調査コスト c_g が生じ、社会的には nc_g の調査コストが生じる。

1.3.2. 排除権ルールによる場合の社会的厚生

以上の条件設定を前提として、まずは排除権ルールにおける社会的構成を定式化する。

排除権の場合の一律ルールを確定するコストは r_e である。そして、個

42) 例えば、土地を譲り受けた場合に、譲渡人が完全な譲渡権限を有しているかどうかが分からなければ、自分が当該土地について完全に所有権を取得できるのか（つまり誰にも義務を負わないのか）それとも制限物権などがついた所有権を取得するに過ぎないのか（つまり制限物権者に対して義務を負うのか）は分からない。このような場合に自分の義務内容を知るためのコストは、ここで生じる調査コストとして理解することができる。

人は自分の負う義務内容を知らないため、それを知るためにはコスト c_e をかけなければならない。

個人の行為によって生じる利益がどの程度実現するかについては、個人がルールの内容を調べるかどうかという問題が生じる。この点について、個人には3つのパターンがある。

- ① ルール内容にかかわらず行為をする場合。
- ② ルール内容にかかわらず行為をしない場合。
- ③ 義務負担が行為によって得られる利益よりも大きければ行為をしないが、義務負担が利益よりも小さければ行為をする場合。

①は最大のサンクション（義務）を課されても利益が十分に大きい場合である。個人はタイプごとの害悪の大きさは知っているもののタイプの比率を知らない（ルール内容を知らない）が、 s_e は最大でも $\bar{s}_e = h_2 + \frac{c_e}{n}$ である。したがって、

$$b > \bar{s}_e$$

が成立する場合には個人はルール内容を調査するまでもなく行為を行う。

この場合には、個人の行為によって b の利益が生じかつ $(1-\theta)h_1 + \theta h_2$ の期待害悪（期待危害）が生じるから、①タイプの個人の行動から生じる期待厚生は、

$$b - (1-\theta)h_1 - \theta h_2 \quad (1)$$

である。

②はサンクションがいかなる内容であっても b の方が小さい場合である。サンクションがとりうる最低の値は $\underline{s}_e = h_1 + \frac{c_e}{n}$ であるから、このような場合にあたるのは、

$$b \leq \underline{s}_e$$

が成り立つ場合である。このような個人は行為を行わないし調査コストも生じない。

- ③は b が中間的な場合である。すなわち、

$$\underline{s}_e < b < \bar{s}_e \quad (2)$$

が成り立つ場合である。情報を取得した個人は、 s_e が b よりも小さければ行為をするが、 s_e が b 以上であれば行為をしない。個人が行為をした場合に生じる利益は b であり、それによって生じる害悪の期待値は $(1-\theta)h_1 + \theta h_2$ である。そして s_e が b より大きい個人にも小さい個人にも調査コスト c_e も生じる。したがって、③の個人の行動から生じる期待厚生は、

$$\begin{cases} s_e \geq b \text{ の個人} & -c_e \\ s_e < b \text{ の個人} & b - (1 - \theta)h_1 - \theta h_2 - c_e \end{cases} \quad (3)$$

である。

以上より、排除権を選択した場合の社会的厚生 W_e は、【情報を取得して $b \leq s_e$ であったために行為をしない個人のコスト】 + 【情報を取得して $b > s_e$ であることが判明したことにより行為する個人 (b が $s_e < b < s_e$ の個人) の総利益】 + 【情報を取得しないで (義務を負っていないが i まいが i) 行為する個人 (b が $b > s_e$ の個人) の総利益】 - 【社会的確定コスト】 であるから、

$$\begin{aligned} W_e = & - \int_{s_e}^{s_e} c_e f(b) db + \int_{s_e}^{s_e} \{b - (1 - \theta)h_1 - \theta h_2 - c_e\} f(b) db \\ & + \int_{s_e}^{\infty} \{b - (1 - \theta)h_1 - \theta h_2\} f(b) db - r_e \end{aligned} \quad (4)$$

となる。

1.3.3. ガバナンス・ルールによる場合の社会的厚生

次に、ガバナンス・ルールによる場合の社会的構成を定式化する。すでに述べた通りガバナンス・ルールには当事者自身がルールを設定する場合と第三者がルールを設定する場合があるが、ここでは当事者自身が設定する場合の社会的コストを扱う。

まず、ルールは権利者との間で n 人の各個人が r_g のコストをかけて確定するため、社会的確定コストは nr_g である。

このようにガバナンスでは人数に比例的に確定コストがかかるが、個人は自分のルール内容はすでに知っているため、調査コストは 0 となる。

行為によって生じる利益については、タイプ 1 の個人は、 $b > s_{g1} = h_1 + r_g$ の場合に行為をし、タイプ 2 の個人は $b > s_{g2} = h_2 + r_g$ の場合に行為をする。 $h_2 > h_1$ より、 $b > s_{g2} = h_2 + r_g$ の個人は全ての者が (つまりどちらのタイプであっても) 行為をするので、 $b > s_{g2}$ の範囲に含まれる個人の行為によって生じる社会的利益は、

$$\int_{s_{g2}}^{\infty} \{(1 - \theta)(b - h_1) + \theta(b - h_2)\} f(b) db \quad (5)$$

である。他方で、 b が $s_{g1} < b < s_{g2}$ の範囲に含まれる個人は、タイプ1のみが行為をする。タイプ1である確率は $1-\theta$ であるので、この範囲の個人の行為によって生じる社会的厚生は、

$$\int_{s_{g1}}^{s_{g2}} (1-\theta)(b-h_1)f(b)db. \quad (6)$$

(5) と (6) と社会的確定コストを合わせたものがガバナンス・ルールによる場合の社会的厚生であるから、

$$W_g = \int_{s_{g1}}^{s_{g2}} (1-\theta)(b-h_1)f(b)db + \int_{s_{g2}}^{\infty} \{(1-\theta)(b-h_1) + \theta(b-h_2)\}f(b)db - nr_g \quad (7)$$

となる。

1.3.4. 両者の比較

排除権とガバナンスのどちらが望ましいかについては、(4) と (7) の差を求めればよい。

すなわち、

$$W_g - W_e \quad (8)$$

が正の値をとればガバナンスが望ましく、負の値をとれば排除権が望ましい。(4) と (7) を (8) に代入すると、

$$\begin{aligned} W_g - W_e = & \int_{s_{g1}}^{s_{g2}} (1-\theta)(b-h_1)f(b)db + \int_{s_{g2}}^{\infty} \{(1-\theta)(b-h_1) + \theta(b-h_2)\}f(b)db - nr_g \\ & - \left[- \int_{s_e}^{s_e} c_e f(b)db + \int_{s_e}^{s_e} \{b - (1-\theta)h_1 - \theta h_2 - c_e\}f(b)db \right. \\ & \left. + \int_{s_e}^{\infty} \{b - (1-\theta)h_1 - \theta h_2\}f(b)db - r_e \right] \end{aligned} \quad (9)$$

となる。この式の計算は、積分範囲の基準となっている各変数の大小関係によって異なりうる。そして、積分範囲の基準となっている各変数の大小関係は、 $h_1, h_2, \theta, r_g, r_p, n$ の値によって異なる。ここでは、 h_1 と h_2 が大小関係に重要な影響を及ぼすことと、 n が十分に大きいことを想定し、 $s_e < s_{g1} < s_e < s_e < s_{g2}$ と仮定して(9)を計算すると、

$$\begin{aligned}
 W_g - W_e = & \int_{s_e}^{s_{g1}} c_e f(b) db \\
 & + \int_{s_{g1}}^{s_e} \{(1-\theta)(b-h_1) + c_e\} f(b) db \\
 & + \int_{s_e}^{s_e} \{\theta(h_2-b) + c_e\} f(b) db \\
 & + \int_{s_e}^{s_{g2}} \theta(h_2-b) f(b) db \\
 & - (nr_g - r_e).
 \end{aligned} \tag{10}$$

(10) 式の各項が意味するところを確認すると、以下ようになる。右辺第1項は、排除権ルールでは調査をして結局行為をしなかった個人が、ガバナンス・ルールでは調査をするまでもなく行為をしないことによって生じる調査コスト節約分を示す。第2項は、排除権ではルール(サンクション)が一律であったために、調査をしたうえで行われなかったタイプ1の個人の行為が、ガバナンスではルールが精確であることによって行われたことによる利益、つまり消失コストが低減すること(および調査コストが生じないこと)による利益を示している。

第3項と第4項は同じく消失コストの逡減を意味し、排除権ではルールが一律であったために行われたタイプ2の個人の行為が、ガバナンスではルールが精確となることによって行われなかったことによる利益を表している。第3項は、排除権のもとでルール内容を調査した上で行為を行った者に関するものであり、 c_e が含まれていることから、ここでも調査コストが節約されていることが分かる。

第5項は、排除権において設定コストが節約される分がガバナンスのコストとなっていることを表す。

1.3.5. 含意

(10) 式からは、以下のような含意を導くことができる。

まず、 n が大きいほど排除権ルールが望ましい。 n が大きいと第5項の値が小さくなる結果、(10) 式の値が小さくなるからである。これは、権利義務関係を定めるべき個人の数が多いほど、ルール確定における特定の経済性が働いて排除権が望ましいことを意味する。

次に、 h_1 が小さく h_2 が大きいほど、つまり両者の差が大きいほどガバ

ナンスが望ましい。 h_1 が小さいと第2項の値が大きくなり h_2 の値が大きいと第3項と第4項の値が大きくなる結果、(10)式の値が大きくなるからである。これは、ルールを精確に定めることによって行われるべき行為が行われ、行われるべきでない行為が行われないことによって生じる利益であり、消失コストが小さくなることを意味する。反対に h_1 と h_2 の差が大きいかかわらず排除権の一律ルールを設定すると、消失コストが大きくなる。つまり、権利を精確に創設することによって得られる利益が大きいほどより権利創設を正確に行うべきことを意味し、資源の価値が上がるほどより権利を（精確に）創設すべきであるという Smith の理論から得られる命題と合致する。また、精確な権利創設を新たな属性に関する権利の創設そのもの理解すれば、これは Demsetz 仮説に等しい。

上記2つの点からは、多数者との関係で一律に権利義務を定めることが求められる場合には排除権が望ましく、少数者との関係で精確な権利義務を定めることが求められる場合にはガバナンスが望ましい、という含意を導くことができる。

第三に、 c_e が小さいほど排除権ルールが望ましい。第1項から第3項における c を抽出すると、

$$\int_{s_e}^{s_e} c_e f(b) db \quad (11)$$

となり、(10)式にはこの式が含まれていることになるが、これは排除権ルールにおいて b が中間的な個人がルール内容を調べるために生じる社会的調査コストを意味する。したがって(11)が(10)式に含まれるということは、ガバナンスにおいては調査コストがかからないために、調査コストが大きい場合には排除権は望ましくなくなることを意味する。反対から言えば、調査コストを節約することができるのであれば、排除権を用いることが望ましい場面が多くなる。後の議論で見ると、排除権と性質決定できる制度においては、調査コストを低減させるための法制度や法原理が求められるのであり、ある種の制度や原理はこのような意義を持つものとして理解することができる。

第4に、 r_g が小さいほど、ガバナンスは望ましい。第5項が大きくなるからである。これは、ガバナンスのデメリットが確定コストにあることを意味する。後で見ると、ガバナンスとして性質決定できる制度におい

ては、この確定コスト（義務者確定コスト）を低減させるための法制度が発達する傾向にある。

最後に（10）式の示すところを分かりやすくするために、単純化した式を示しておく⁴³⁾。単純化のために、排除権ルールにおいてすべての個人が情報を取得するとしよう（（2）より $\underline{s}_e < b < \bar{s}_e$ ）。これは（10）式の第4項にあたる個人が存在しないことを意味するから、（10）式は

$$W_g - W_e = \int_{\underline{s}_e}^{\bar{s}_{g1}} c_e f(b) db + \int_{\bar{s}_{g1}}^{\bar{s}_e} \{(1 - \theta)(b - h_1) + c_e\} f(b) db \\ + \int_{\bar{s}_e}^{\bar{s}_e} \{\theta(h_2 - b) + c_e\} f(b) db - (nr_g - r_e) \quad (12)$$

となる。先ほど（11）をまとめたときの要領でこれを変形すると、

$$\int_{\bar{s}_{g1}}^{\bar{s}_e} (1 - \theta)(b - h_1) f(b) db + \int_{\bar{s}_e}^{\bar{s}_e} \theta(h_2 - b) f(b) db + \int_{\bar{s}_e}^{\bar{s}_e} c_e f(b) db - (nr_g - r_e) \quad (13)$$

となる。最初の2つの項はガバナンスによって節約される消失コストである。消失コストについて、一人当たりの消失コストの大きさを一律と仮定し $(b - h_1 = h_2 - b)$ 、これを d で表すこととする。そして、ルールが精確であることによって消失コストを免れる個人の割合つまり $\bar{s}_{g1} \leq b \leq \bar{s}_e$ に含まれる個人の割合を $\alpha (0 < \alpha \leq 1)$ とすると、社会的消失コストは $\alpha nd = D$ として表される。第3項はガバナンスによって節約される調査コストであるが、今個人はすべて $\bar{s}_e < b < \bar{s}_e$ に含まれると仮定しているから、 nc_e となり、これを nc または C と表すことにする。第4項はガバナンスにおいて余分に生じる確定コストである。これを $-n(r_g - \frac{r_e}{n})$ と変形し $r_g - \frac{r_e}{n}$ を r で表し nr を R で表すこととする。そうすると、（13）は、

$$\alpha nd + nc - nr \quad \text{または} \quad D + C - R \quad (14)$$

と表すことができ、これが0より大きいときにガバナンスが望ましい。つまり排除権とガバナンスの望ましきの基準式は、

$$nr < \alpha nd + nc \quad \text{または} \quad R < D + C \quad (15)$$

43) 実のところ、このような分かりやすくするために単純化するという作業自体が、本質的には排除権的な一律ルールの使用に他ならない。

と極めて単純な形であらわすことができる。そして、 $nr < ad + nc$ を n で割ると、

$$r < ad + c \quad (16)$$

となるが、 r は n の関数であり、 $n \rightarrow \infty$ のとき r_g を極限として増加するから、個人の数が増えるほど排除権が望ましくなることがここでもわかる。また、ガバナンスによって精確に規律される個人の割合 α が増えるほどガバナンスが望ましくなることもわかる。

また $R < D + C$ は、排除権とガバナンスの望ましさが、高い確定コストをかけてでも消失コストや調査コストを抑えるべきなのか、それとも消失コストや調査コストをかけてでも確定コストを抑えるべきなのか、という選択によって決まることを端的に表現している。

この式は、社会的ルールの一般性に関する普遍的な関係性を示している。すなわち、精確で複雑なルールはそれによる利益をもたらすが、そのようなルールを作るにはコストがかかる。ルールを作るコストを抑えるためには、必要な情報に最も容易にアクセスできる者にルール作成を委ねるのが合理的なことが多いだろう。精確なルールの確定が分権的に行われることが多いのはこのことによる。しかしそうであるとしても、社会が大きくなればなるほど比例的にルールを作るための社会的コストは増えていく。したがって、精確であることによる利益がルールを作るための社会的コストに及ばない場合には、精確なルールは望ましいものではなくなる。そのような場合には、精確さを犠牲にしても一律にルールを定めて確定コストを節約することが望ましくなるだろう。しかし、ルールを自分自身で定めるのでない場合には、その内容を知るためにコストがかかる。したがって、ルールの内容は容易に理解しうるものであることが望ましい。社会的道徳律が極めて単純な形をしているのは、社会全員に対するルールであることによる設定コストの節約と、理解しやすいものとすることによる調査コストの節約を実現するためのものと理解することができる⁴⁴⁾。

44) 本稿のモデルではガバナンスは当事者自身が設定するものとしたため排除権よりもガバナンスの方が調査コストが大きくなっているが、ガバナンスも第三者主体が設定するものとする、一般的には複雑なガバナンスの方が調査コストは大きい。したがって、一律ルールによる社会的調査コスト節約分を C と表すとすれば、(15) 式は $R + C < D$ となる。つまり精確なルールによる確定コストや調査コストの増分が大きいほど、一律のルールが望ましくなる。そして R も C も n の増加に比例して大きくなるから、多数の構成員からなる社会のルールであるほど一

ここまで、財産権の理論が Demsetz に端を発し、Smith によってコスト曲線の形状から財産権の種々の形態が説明されるに至る展開を見てきた。そして、Smith の排除権／ガバナンス理論のフォーマルな分析により、いくつかの含意を導くことができた。さらに、このモデルが社会的ルールに関する極めて一般的な関係性を示すものであることを確認した。次章では、この一般理論が私法の最も基本的な権利の形態である物権と契約に应用可能であり、さらに物権と契約をコスト構造の違いによるものとして理解することによって、物権と契約に関連する法原理や制度をそのコスト節約の機能を果たすものとして正当化できることを示す。

2. 応用：物権と契約

本章の目的は、前章で見た財産権の排除権／ガバナンス理論の日本の物権と契約への応用可能性を示すことである。前章での分析によれば、排除権はプロキシを用いてすべての潜在的義務者に対して一度に権利を確定するものであった。この特徴から直ちに想起されるのは物権の絶対性であろう。実際に Smith 自身、排除権／ガバナンス理論を property と contract に応用している。そこでまずは第1節において、Smith が property と contract のどのような特徴に着目して応用できると考えているのかを見ることを通じて、排除権／ガバナンス理論を応用するためにはそれぞれの権利形態においてどのような特徴が備わっている必要があるかを特定する。次に第2節では、日本の物権と債権の区別に関する議論を概観し、先に特定された特徴が備わっていると言えるか否かを検討する。とりわけ、絶対性／相対性による物権と契約（債権）の区別については債権侵害論を経て議論のあるところであり、この点を検討する必要がある。その検討を通じてもし当該特徴が備わっているということができれば、排除権／ガバナンス理論は日本の物権と債権にも応用可能であると言えるものとする。

律ルールによる場面が多くなりやすい。

2.1. Merrill & Smith による property/contract の意義に関する議論

Merrill & Smith は、property と contract という異なる権利形態の存在意義は情報コストの節約であるとし⁴⁵⁾、しかもそのような考え方は、排除権／ガバナンス理論の応用であるとする⁴⁶⁾。そこで、彼らが物権や契約のどのような性質に着目して、property/contract が排除権／ガバナンス理論の応用と言えるとしているのかを見る。

M&S は property の特徴として以下の4つを挙げる⁴⁷⁾。

- (1) 義務者が不特定多数であること。
- (2) ものに対する関係であること。
- (3) 義務者は不特定多数の property rights に服すること。
- (4) 消極的義務を課すものであること。

問題は、property を排除権の一種と特徴づけ、contract をガバナンスの一種と特徴づけるために、これらの要素のうちどれが決定的に重要なのである。この点について M&S は、上記の property の特徴を前提として contract rights と property rights を次のように特徴づけている。in personam contract rights は、特定の個人間で使用权を直接に特定するものである。この確定方法は、特定の資源についてどの個人がどの使用について権利を持つかを個別に決定する。反対に in rem property rights では、まず特定の資源を指定して、さらにどの個人がその資源の権利者となるかを指定する。そして権利者となった者は、その資源をどのように使用するかを自由に決定する。

そしてさらに、両者の利点と欠点を以下の通り指摘し、in rem property rights と in personam contract はそれぞれ排除権とガバナンスの特徴を持っているとする⁴⁸⁾。

まず property の利点は、情報コストの節約である。情報コストは以下のような形で節約される。①権利者が誰であるかにかかわらず、資源につい

45) Merrill & Smith, *supra* note 41, at 778.

46) *Id.*, at 772-773, 791.

47) *Id.*, at 783-789.

48) *Id.*, at 792-799.

て社会の全個人に対する義務が自動的に設定されることによって。②義務が画一的に設定されることによって。③義務が消極的義務に限定され、誰にとっても容易にその内容を特定・理解することができることによって。④容易に観察可能なプロキシを用いて境界を示すことによって。M&S はこれらを「情報コスト」として一括りにしているが、ここにはいくつか性質の異なるコスト節約が含まれていることは本稿のこれまでの分析から明らかである。すなわち、①②は確定コストの節約であるのに対して（特に①は義務者確定コスト、②は内容画定コストの節約である）、③④は調査コストの節約であり、また場合によっては監視コストの節約にもなるだろう。

他方で *property* の欠点は、複雑で詳細な義務を課することができないという点にある。なぜかという、*in rem property rights* は不特定多数の個人に調査コスト⁴⁹⁾を課すからである。このコストが生じるがゆえに、*in rem property rights* は画一的でなければ機能しない。M&S が明示的に述べているわけではないが、このような *property* のデメリットは、画一的であるために消失コストが生じることを含むものと解すべきであろう。

次に *contract* の利点として3つが挙げられる。一つ目は、複雑で精確な権利の確定が可能になることである。これによって消失コスト⁵⁰⁾を軽減することができる。二つ目は、第三者に調査コストを発生させないことである。三つ目は、容易に測定したり監視したりすることができるプロキシによって権利を確定できない場合であっても権利を設定することができ、資源において生じる外部性をコントロールすることができることである。三つ目の利点は、つまるところ精確に権利を確定することによって消失コストを軽減するということであるから、本質的には1つ目と同じであると言える。

他方で *contract* の欠点は、誰がどのような内容の権利義務を持つかを確定するための確定コストが高いことである。資源に潜在的に関係する個人の数が増えるほど、このコストは大きくなる。

それでは、*property* と *contract* にそれぞれこのような利点と欠点を持つに至らしめている特徴は何であろうか。興味深いことに、この点に関する Merrill と Smith の意見は分かれている。Merrill は *property* の本質を「排除

49) M&S は *external information cost* と呼んでいる。

50) M&S は *frustration cost* と呼んでいる。

する」権利という点にあるとするのに対して（（4）を重視）、Smith は「モノに対する」権利⁵¹⁾という点にあるとするのである（（2）を重視）。そこで次に、排除権／ガバナンス理論に *property* と *contract* を応用する場合、いかなる点に *property/contract* の本質を見出すべきかを検討することとする。結論を先取りすれば、本稿の立場は彼らの見解のどちらでもなく、義務者が多数であるという（1）の特徴に含まれる要素こそが本質的であると考ええる。

2.1.1. 排除権？

これまで見てきたような、両極にある二つの権利形態の一つである排除権の一種として *property* を見るとき、*property* はいかなる意味で排除権であると言えるのだろうか。すなわち、*property* の本質的な特徴とは何だろうか。この問いに対して、*property* が《排除》権であるという点をもって答えるのが Merrill である。Merrill 自身は排除権の定義を明示してはいないが、彼の議論における「排除権」とは、あるモノについて、所有者が他者によるそのものへのアクセスについて自由に決定することができる力のことを指すものと言える⁵²⁾。そして、彼の主張は、排除権は *property* の必要条件でありかつ十分条件であるというものである⁵³⁾。

Merrill によれば、排除権の概念に対してわずかな解明（clarification）を施すことのみによって、*property* と一般的に結びついているその他の特徴を論理的に導出することができる。それに対して、それらのその他の特徴からは、排除権を導出することはできない。それゆえに、排除権こそが *property* の本質である。これが彼の見解である。その他の特徴としては使用する権利、変更する権利、譲渡する権利、遺贈する権利であることが挙げられ、それぞれについて排除権からの導出可能性が示されている。

しかしそこでの説明は極めてレトリックに偏執したものとなっており、

51) ここでの「モノ」は *thing* の訳である。「物」と訳さない理由は、有体物に限られるような印象を避けるためである。

52) Merrill, *supra* note 33, at 740 は、ある者が土地に排除権を持っているとは、その者がその土地の門番として行動する力を持っていることであり、他者がその土地に侵入したり、建物や物によって侵害したりすることを禁止することができ、あるいは同意することができる、としている。

53) *Id.*, at 731.

説得力を持つとは言えない⁵⁴⁾。一番の問題点は、仮に Merrill のように排除という性質をもとに他の諸特性を説明することができるとしても、そのような説明をしなければならない理由が明らかではないという点である。権利形態としての排除とガバナンスが、コスト構造の違いによって特徴付けられるのであれば、property が排除権の一種であるという点も、そうしたコストの観点から説明されなければならないはずである。しかし、Merrill の議論にはそのような視点は全くないと言ってよい。Merrill はその後、別の論文において占有の概念と情報コストによる正当化により自己の議論を補完しているが⁵⁵⁾、そこでの議論も、占有が情報コストを節約する点を説明しているものの、本権である property が排除する権利であることと情報コストとの関係はなお明らかになっていないとは言えない。

2.1.2. モノに対する権利？

Smith の議論はそのような問題に対する回答として理解することができるものである。Smith は、property の本質はモノに対する権利である点にあるとする。それでは、なぜモノに対する権利であることが property の本質なのだろうか。この問いに対する Smith の答えは、property の本質は情報コストを節約する点にあり、モノに対する権利であることが情報コストの節約のために重要な機能を果たしているからだ、というものである。理想的な世界においては、情報についてコストは生じない。したがって、完全な法律関係をコストなく確定することができる。しかし、我々の世界には情報コストが存在しているがゆえに、property はこの情報コストを節約する手段としてさまざまな特徴を備えている。Smith によれば、その特徴

54) 例えば使用する権利という点について、次のような説明がなされる。A がある土地について排除権を有するのであれば、A は B, C, D……に対して自由にアクセスを禁止したり許可したりすることができる。そうすると、A は自分の望む使用がなされていれば許可をし、そうでなければ禁止すればよいのであるから、A はその土地がどのように使用されるかを決定する権利を持つと言える。したがって、排除権からは何も加えることなく直ちに使用権が導かれる。また、譲渡する権利については次のような説明がなされる。譲渡する権利を導く際のポイントは、排除権が自分を排除する権利をも含んでいるということである。そして、property の譲渡とは、他者に対してアクセスを永久に許可するとともに、自分自身のアクセスを排除するという不可逆的な合意を意味する。Merrill の概念的論証に対する批判としては、Smith, *supra* note 33 (*The Thing about Exclusion*), at 98-103 を参照。

55) Thomas W. Merrill, *Property and the Right to Exclude II*, 3 BRIGHAM-KANNER PROP. RTS. CONF. J. 1, 13-21 (2014).

のうち最も本質的なものはモノに対する権利ということである。それでは、モノに対する権利であることは“どのようにして”、“どのような”コストを節約するのだろうか。

Smith の基本コンセプトは次のようなものである⁵⁶⁾。property は、個別的で完全な権利関係をガバナンスによって確定するという手法に対するショートカットである⁵⁷⁾。そのようなショートカットとしての確定において重要な役割を果たしているのが《モノ》という概念であり、モノに対するオン／オフという粗いプロキシを用いて権利を確定するのが property という権利形態である。つまりまず、property がモノに対する権利であることによって確定コストが節約される⁵⁸⁾。

さらに、このような権利形態を用いることによって、権利内容において権利者の個性、モノがどのように利用されているかなどの文脈的要素は排除され、外部者特に義務者は、自分の義務内容（ただ、モノの境界内に入っていないというのみ）を容易に知ることができる。こうして、権利関係において文脈的要素が排除されることによって、property は外部者による義務内容確認のための情報の必要性を大幅に低下させる。つまり、property がモノによって確定された境界のオン／オフという形で権利確定を行うという特徴をもつことによって、外部者は多くの情報を取得し共有する必要性がなくなる。こうして、property はモノに対する権利であることによって、外部者の調査コストを節約する。

このように、モノの境界内部では権利者の自由で多様な使用を認め、外部との関係では必要な情報をカットして相互依存性を削ぎ落とすことによって、ものは一種のモジュールとしての機能を果たし、それによって我々は権利関係をめぐる膨大な情報に対処することができるようになる。これが Smith の基礎にある考え方である⁵⁹⁾。

56) Smith, *supra* note 33 (*Property as the Law of Things*), at 1702-1708.

57) *Id.*, at 1704.

58) Smith の議論が外部者に生じるコストを重視していることは明らかである。それは、Smith が property を情報コストを節約するモジュールとして理解していることから分かる。しかし他方で、確定方法としての排除の主要なポイントは完全な確定に対するショートカットとする点や、排除権とガバナンスのどちらによるかは確定コストによっても決まるとする部分など（例えば *Id.*, at 1704, 1705）からは、確定コストも含めてモノに対する権利の本質性を基礎づけているというのが、Smith の議論の記述としては正確であるように思われる。

59) property を情報コスト節約のためのモジュールと理解する Smith のコンセプトに関

先にみたように Merrill は排除という性質から他の property の性質を説明しようとしたが、同様に Smith はこのような《モノ》に関する基本コンセプトに基づいて、排除する権利であること、残余権であること⁶⁰⁾、譲渡可能性（流通性）などの property の数々の特徴の関係性を説明することができる⁶¹⁾。つまり、property のものに対する権利であるという特徴が、さまざまな形で情報に関するコストを引き下げる基礎となっている。property が排除権という権利形態の一種であると言えるのは、資源の特徴の多様性に関する情報をめぐるコストが存在する現実世界において、モノに対する権利という特徴を通じて、複雑性に対処するための手段となっているからである⁶²⁾。

2.1.3. 多数者に対する権利

property の諸特性の基礎となる性質として《排除》という性質を理解する Merrill の見解は、コストを削減する手段であるという排除権の本質を捉え損なったものであった。また、占有概念と情報コストによる補完も、property そのものについての説明ではないし、なぜ占有がコストを削減するのかという点を捉え損なっているという Smith の批判は正当である。

他方で、Smith はコスト削減の観点から見たとき、決定的に重要な特徴は《モノ》に対する権利であることであるとした。そして、モノに対する権利であることによって削減されるコストとは何かという観点から見たとき、そこ含まれるのは、オン／オフによって権利を確定する際の確定コストと、外部者が権利内容を認識するための調査コストが含まれていた。ここでの Smith の主張は、property はものに対する権利であることによって確定コストを削減するとともに、外部者に生じる調査コストを削減するこ

しては、Smith, “Property as the Law of Things,” の他に、Henry E. Smith, *Standardization in Property Law*, in RESEARCH HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF PROPERTY LAW 149-157 (Keneth Ayotte & Henry E. Smith eds., 2017), Henry E. Smith, *Economics of Property Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS: VOLUME 2: PRIVATE AND COMMERCIAL LAW 152-154 (Francesco Parisi ed., 2017), Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *The Architecture of Property*, in RESEARCH HANDBOOK ON PRIVATE LAW THEORY 144-145 (Hanoch Dagan & Benjamin Zipursky eds., 2020) など。

60) 特別に個別に確定された権利以外が自動的に権利者に帰属するものであること。

61) Smith, *supra* note 33 (*Property as the Law of Things*), at 1709-1713; *supra* note 41 (*The Thing about Exclusion*), at 119-120.

62) Smith, *supra* note 33 (*Property as the Law of Things*), at 1699.

とによってモジュールとして機能する、というものである。Smithはこれらのコストを「情報コスト（information costs）」として、このコストを節約するという機能は物権の《モノ》に対する権利という特徴に基づくものである、という主張をしているのである。

もっとも、この議論には明確にすべき点が二つ残されているように思われる。一つは、調査コストが節約されるというときの、なぜ《モノ》に対する権利であると調査コストが節約されるのかという問題であり、もう一つは確定コストにおける同様の問題、すなわちなぜ《モノ》に対する権利であると確定コストが節約されるのか、という問題である。

まず前者の問題であるが、確かにモノによって確定された権利は外部者にとって容易に観察可能である。土地の境界線のみによって確定された権利を考えればこのことは容易に想像できる。そして、このような外部者におけるコストの節約は、モノの境界による権利確定という権利形態の特徴に基づいているのであるから、この“個々の外部者が権利を容易に確認できる”という意味でのコスト節約は、Smithらのいう排除権という権利形態を特徴づけるものとしては正当である。しかしこのコスト節約は、“property”を特徴づけるものとしても適切だろうか。というのも、contractによる権利も、権利の対象たるモノの境界を援用して確定することは可能であるからである。例えば、contractによって「AはBが所有するこのモノを自由に使用してよい」という権利を確定することは可能である。この場合にも、Aの個々の行為を特定するのではなく、対象たるモノの境界を用いて一括してAのなしうる行為を確定している。つまり、調査コストを削減するとされるところのモノを用いた内容確定という特徴は、propertyだけでなく contractにおいても備える特徴である。したがって、調査コストが節約される特徴は、モノを用いることそのものではなく、別の点に求めなければならない。そしてその別の点とは、propertyは調査コストが生じるとしても、多数者との関係で一律に内容確定されるため、モノを通じて確定することによって調査コストが大幅に節約される、という点に他ならない。つまり、モノに対する権利であることによって調査コストが引き下げられるというのは、propertyの確定が多数の義務者に対して一律に行われるということを前提としているのである。

したがって、外部者における調査コストが節約されるという点を《モノ》

に対する権利であることの特徴として考えるならば、その前提として、多数の構成員に対して一律に義務を課すものかどうかという点に property と contract の違いを見出す必要がある。これが先の二つ問題のうち後者の問題にも関わる。すなわち、property と contract の違いは多数構成員に対して一律に義務を課すか、それとも少数の当事者のみに義務を課すかという点にあるのであって、確定コストの節約という観点においても両者の違いはこの点に求められなければならない。つまり、《モノ》に対する権利であることによって節約される確定コストには、モノの境界のみを確定してそれに“入るな”という義務を設定すればよいという行為内容を特定する内容確定コストと（義務内容の画一性）、誰に義務を課すかという義務者を特定する義務者確定コストがあるが（義務者の画一性）⁶³⁾、property を特徴づけるのは後者である。なぜならば、契約においても、“このモノの境界に入るなという義務をあなたに課す”という形で権利の範囲を確定することは可能だからである。以上のことから言えるのは、“property の特徴はモノに対する権利である”という場合には、property が社会の多数構成員に対して一律に義務を課すものである、という点について述べられていると理解すべきということである。

以上をまとめると、コストの観点から property と contract を考えるとき、それらの違いを特徴づけるのは“多数の構成員に対して一律に義務を課すかどうか”という点である。この点に関して、property はモノという媒介を通じて多数の社会構成員に対して義務を課すものであるのに対して、contract は少数の当事者に対してのみ義務を課すものである。《モノ》に対する権利であるという property の特徴は、この“多数の社会構成員に対して一律に義務を課す”という点に意義がある（モノに対する権利であるこ

63) モノを基準として排除権を構成することは、内容画定コストを低減させる代わりに消失コストを増加させる。より精確な権利関係を確定しようとすれば、モノという性質だけでなく、より精確な時間的、空間的性質を考慮するべきかもしれない。技術発展によって確定コストが低くなるにつれて、モノを基準とする排除権という形で権利確定をすることは非効率になるだろう。近時普及してきているシェアリング・エコノミーもこのような文脈で理解することができる。つまり、モノによって境界を確定しその範囲へのオン／オフのみによって権利を確定するという方法の一つの技法に過ぎない。そのような観点から最適な lumps と slices を探求するものとして、Lee Anne Fennell, *Property beyond Exclusion*, 61 WM. & MARY L. REV. 521 (2019); SLICES & LUMPS: DIVISION AND AGGREGATION IN LAW AND LIFE (2019).

とによって行為内容を一律に確定することに意義があるのではない)。そしてそうであるがゆえに、次の段階として、外部者に生じる調査コストを節約する必要性が生じ、その観点からも、《モノ》に対する権利であることは意味を持つ。すなわち、各外部者における調査コストを下げることによって全体の調査コストを大幅に引き下げることができる。このように、調査コストの節約は **property** の義務者における多数性を前提としており、**property** が《排除権》という権利形態として位置づけられる理由は、多数の社会構成員に対して一律に義務を課すことによって義務者確定コストを節約するからであり、それがコストの観点から見たときの **property** の本質であるといえる。

このように考えるとき、しばしば物権の客体が有体物とされることの意義も理解することができる。すなわち、客体を有体物に限ることによって外部者から権利ないし義務の内容が客観的に認識可能となるため、内容確定コストや調査コストの低減に資するだろう。《排除》する権利であることも同様の機能を果たす。すなわち、“侵入するな”という単純な内容の義務であることによって、内容確定コストや調査コストが大きく低減するだろう。このような観点からすれば、《モノ》や《排除》といった要素は **property** を特徴づけたりそれに伴うコストを低減させたりするが、他方で必然的にそれらの性質を備えていなければならないというわけでもないともいえる。

ここでこれまでの議論から得られる示唆をまとめておく。**property** や **contract** にとってどの要素が本質的かという問題は、それらの権利形態が存在する根拠をいかなる点に求めるかに依存する。本稿での検討によれば、それはコスト構造の異なる権利形態を用意することによって複雑な社会の要請に応えるという点にある。その意味で、**property** と **contract** の違いは、コスト構造の違いに求められる。このような観点から、**property** の本質は多数者に一律に義務を確定するという点に求められる。そのために、**property** においては「モノ」という粗いプロキシが用いられる。プロキシの使用は確定コストを引き下げるものであり、それには内容確定コストの引下げによるもの（ r_e が低いということ）と義務者の数に対する非反応性（特定の経済性）によるもの（ r_e が n に反応しないこと。図 5 参照）とが含まれているが、後者が **property** の本質である。したがって、**property**/

contract は排除権／ガバナンス理論を適用することができ、前章でのモデル分析があてはまると言える。

そこで本稿の次の課題は、わが国の物権と契約に対しても同様のことが言えるかというものである。次節ではこの課題を検討する。

2.2. 物権と契約の区別（日本の議論）

2.2.1. 分析の視点：物権と債権のジレンマ

本節では物権と債権の区別に関する日本の議論を本稿の関心の観点からごく簡単に振り返る⁶⁴⁾。物権と債権を区別するものは何かという問題は、立法当初から意識されており、重視する点の異なる立場がいくつか存在していた。この問題の出発点、あるいはこの問題を難しいものとしている点は、次のようなジレンマの存在であるように思われる。すなわち、物権と債権の区別には二つの異なる基本的立場がある⁶⁵⁾。一つは、物権は物に対する権利であり債権は人に対する権利というものである。この区別は直観的には最も受け入れやすいものかもしれない。しかし、ひとりしかいない社会ではおよそ権利というものは問題となり得ないことを認める以上、権利とはおよそ人と人との関係であるというテーゼを受け入れざるを得ないはずであるから、物に対する権利は考えられないはずである⁶⁶⁾。そうであるとすれば、この区別をそのまま支持するわけにはいかないように思われる。これを第一のジレンマと呼ぶこととする。もう一つの基本的立場は、物権は全ての人に対する権利であるのに対して、債権は特定人に対する権

64) 物権と債権の区別は債権侵害論や物権的請求権論などと密接にかかわる問題であり、これらの観点からはすでに詳細な検討がなされている。例えば、吉田邦彦『債権侵害論再考』第1章（有斐閣、1999）、大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察（1）～（3）——物権的妨害排除請求権と不法行為に基づく請求との交錯」法学協会雑誌 103 巻 4 号 595 頁、6 号 1112 頁、8 号 1528 頁（1986）における第1章および第2章、根本尚徳『差止請求権の理論』第1章、第4章（有斐閣、2011）。本稿での検討はあくまで本稿の関心から行われるものであり、これらの問題を含めて物権と債権の区別に関する議論を網羅的に整理するものではない。物権と債権の区別に関する日本の議論を概観するものとして、瀬川信久「物権・債権二分論の意義と射程」ジュリスト 1229 号 104 頁（2002）、大塚智見「物権と債権の区別」法律時報 95 巻 4 号 5 頁（2023）がある。

65) 舟橋諄一編『注釈民法（6）物権（1）』3 頁以下〔舟橋諄一〕（有斐閣、1967）。

66) 本稿でも検討した Demsetz の有名な論文“Toward a Theory of Property Rights”（前掲注（3））の最初の章は、「ロビンソン・クルーソーの世界では property rights は用をなさない」という一文から始まる。

利であるというものである。権利はおよそ人との関係であるというテーゼを受け入れるならば、この区別が適切であるかに思われるが、他方で債権侵害による不法行為を認めるとすれば、債権も全ての人に対して不可侵の義務を課すものとなるため、特定人に対する権利とは言えなくなる。かくして、この区別も直ちには受け入れ難いものになってしまう。これを第二のジレンマと呼ぶこととする。

このように、いずれの基本的立場も維持することができないというジレンマが物権と債権の区別には存在しており、これらのジレンマの存在が物権と債権の区別の問題を困難なものとし、また議論の出発点を形成していると言える。以下ではこのような視点から日本の議論を振り返ることによって、日本において何が物権と債権の違いと考えられているかについて考察する⁶⁷⁾。

検討に入る前に、用語について若干の確認をしておく。まず、「絶対性」という言葉の多義性についてである⁶⁸⁾。この言葉は意味が曖昧なまま使わ

67) このような視点から物権と債権の議論を整理するために以下の整理で抜け落ちているのは、物権の対象に関する議論、特に有体物に限られるという点に関する議論である。しかし、有体物に関する本稿の基本的な考えはすでに述べたとおりである（2.1.3）。物権と債権の峻別論という体系と客体が有体物に制限されるという狭い物概念の形成過程との関係を検証するものとして、水津太郎「ヨハン・アペルの法理論：物権債権峻別論の起源」法学研究 82 巻 1 号 385 頁（2009）、同「物概念論の構造——パンデクテン体系との関係をめぐって」新世代法政策学研究 12 号 299 頁（2011）がある。それによれば、物権と債権の峻別の起源と見なされているとされるアペルにおいては、峻別という体系の正当性も物を有体物に制限することの正当性も簡潔明瞭性という実際の・機能的なものであり、峻別の体系と物概念の制限との間には論理的な必然性はない。他方で物権と債権の峻別を確立したとされるサヴィニーにおいては、物権債権峻別の体系の正当性は意思支配としての権利観にあり、物概念の制限もこの権利観を前提とするものである。これらの正当性は“哲学的・原理的”なものであり、体系と物概念の制限との間には内的な連関がある。これらの研究を基礎としてさらに民法の体系と有体物性との連関を主張するものとして、水津太郎「民法体系と物概念」吉田克己＝片山直也編『財の多様化と民法学』62 頁（商事法務、2014）。そこで扱われている問題はあくまで所有権の対象を有体物に限るべきか否かというものであって、物権と債権の区別の基準ではない。もっとも、「物」を有体物に限定することの根拠の一つとして所有権と債権の区別が挙げられ、サヴィニー流の〈人格の共存〉の理念から物上性と対人性の区別が強調されている（74-75 頁）ことは、本稿の関心と関係する。そこでも、直接支配という概念に曖昧さが残ることが言及されており（70、74 頁。もっとも、曖昧さがあるからといって物上性と対人性の区別を否定することは本末転倒である、という文脈）、これは本稿でいうところの第一ジレンマに相当する。

68) 「絶対性」という言葉の意味の変遷については、七戸克彦「所有権の『絶対性』概念の混迷——とくに物権の性質論・物権的請求権論・物権変動論における」山内進編『混沌のなかの所有』231 頁（国際書院、2000）を参照。

れていることも少なくないが、権利の内容を義務とその違反に対する救済に分けるとすれば、全ての人に対して当該利益に関する義務を課すものであること（対抗可能性）を意味する場合の他に、さらにそのような義務違反に対する救済が権利内容の実現そのもの（差止め。物権の場合は物権的請求権）であることを含む意味で用いられる場合や、権利が制限を受けない広範囲に及ぶものであること（無制約性。いわゆる所有権の絶対というときの絶対性）をも含む意味で用いられることもある。区別を明確にするという観点からは最低限の意味内容で用いることが望ましいが、以下では「絶対性」という言葉を基本的に各論者が用いたままの意味で用いつつ、適宜補足することによって多義性に対応することとする。

他方で、物に対する権利、物に対して直接行われる権利、物を直接支配する権利、といった言葉は厳密に言えば対物性、直接性、支配性と区別することもできるが、これらの使い分けについて必ずしも一致した理解があるわけではないように思われる。以下ではこれについても各論者の言葉をそのまま用いるものの、内容は同じものとして理解しつつ特に注意が必要な場合に適宜補足することとする。

本節の目的は、日本の議論において物権と契約（債権）の違いがどの点にあると理解されているかを確認することである。その際に着目するのはそれぞれの議論が実質的、機能的にどのような点に違いを見ているのかという点であり、必ずしも論者自身による表面的な表現と合致しないこともありうる。また、物権と債権にそれぞれ固有の性質があるとしても、それが必要十分条件として物権と債権を例外なく切り分けるものとはいえないことから、両者を「峻別」することに対して批判的な見解もたびたび唱えられてきた⁶⁹⁾。仮にそうであるとしても、所有権は物権であり、契約上の権利が債権であることが疑問視されているわけではないだろう。中間形態が存在するとしても、それを中間たらしめている両極の存在が否定される

69) 峻別論の限界を指摘し、多様な社会的要請を汲み取ることができる柔軟なシステムの必要性を説く研究として、赤松秀岳『物権・債権峻別論とその周辺——二十世紀ドイツにおける展開を中心に』（成文堂、1989）。債権に絶対性が認められる場面（*ius ad rem*）や、物権に絶対性が認められない場面などがあることから、排他性や絶対性は必ずしも物権と債権を区別するものではなく、両者を区別することができる基準は物権が対物権であること、債権が対人権であることのみであるとするものとして、大場浩之『物権変動の法的構造』279-280頁（成文堂、2019）、296-297頁、同『物権債権峻別論批判』115頁（成文堂、2023）。

わけではない。実際に我々は、物権や債権といった言葉を用いている。その際の言葉がどのような意味を持っているのかを確認することがここでの目的である。

2.2.2. 初期の議論：第二ジレンマとの格闘

出発点として、旧民法は直接性（物に対して直接行われること）と絶対性（全ての人に対抗できること）を物権の要素として定めていた⁷⁰⁾。物権一般の定義に絶対性が規定されたので、所有権の定義には絶対性が含まれていない。もっとも、ボワソナードは無制約性を意味する場合にも絶対性という言葉を用いていたとされる⁷¹⁾。民法制定後の初期の議論では、物権と債権の区別を直接性に求めるものと、絶対性に求めるものがあった⁷²⁾。特に絶対性に区別を求める富井政章は第二ジレンマを解決すべく学説を展開したが、そのアンビバレンスのゆえに両面からの批判を受けることとなった。以下、この流れを確認する。

(1) 直接性論

梅⁷³⁾は物権を「物の上に直接に自己の行為を施すことを得る法律上の力」直接性を物権のメルクマールとした。それに対して債権は人に対して行為を求める権利とされる。この違いから、物権の優先性と追及効（のちにいう排他性）を導いている。

70) 旧民法において直接支配性に加えて絶対性が規定されたのは、絶対性をもって物権の本質とする立場からの批判を免れるためであったという指摘がある（七戸克彦「我が国における『物権的請求権』概念の推移——旧民法から現行民法に至るまで」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集 25 号 81 頁〔1987〕）。

71) ボワソナードが所有権の規定（財産編 31 条）において絶対性を規定しなかったことについて検討する論文として、小榊春一郎「ボワソナード民法草案における所有権の『絶対性』——非制約性と対抗可能性」獨協法学 67 号 19 頁（2005）。小榊によれば（31 頁、71 頁にまとめられている）、ボワソナードはフランス時代において、二重売買における所有権の相対的帰属という当時の通説に対抗して所有権を絶対権としていたが、その際に絶対性を「対抗可能性」として理解していた（34-36 頁）。そして、旧民法草案では物権一般の特徴として対抗可能性を規定したので、所有権を絶対権とする必要はなくなった（47-48 頁）。他方でボワソナードは、所有権は無制約なものではないということを示すために「所有権は絶対のものではない」と述べていた（59 頁）。

72) なお穂積は法典調査会において、「財産権の一種であって此物の上に行はれ而して総ての人に対抗することが出来る」ものと述べている（法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録』570 頁（商事法務研究会、1983））。

73) 梅謙次郎『民法要義 卷之二 物権編〔訂正増補第 31 版〕』1 頁以下（有斐閣書房、1911〔初版は 1896〕）、同『民法要義 卷之三 債権編〔訂正増補第 21 版〕』1 頁以下（有斐閣書房、1904〔初版は 1897〕）。

松波＝仁保＝仁井田『帝国民法正解』⁷⁴⁾も、対物性を物権のメルクマールとし、対抗可能性は物権と債権の区別のメルクマールではないとする。なぜならば、債権にも対抗可能性があるからである。むしろ、なぜ対抗可能性があるのかを考えることによって物権と債権の違いを知ることができる。それは物権は物に対する権利であることによって第三者に間接的に対抗することができるのに対して、債権は債務者には直接対抗でき、それによって第三者には間接的に対抗できるという点である。このように考えるならば、物権と債権の違いは物に対するのか直接人に対するのかという違いであるとされる。

(2) 富井説

上記の直接性論に対して富井の見解⁷⁵⁾の特徴は、権利である以上およそ人に対するものであるというテーゼを重視しつつ（そのため対物性をメルクマールとすることができない）、同時に債権侵害による不法行為も認める（ので対抗可能性によって区別することができない）点にある。つまり、二分論のジレンマに正面から対峙したものと言える。そのため、債権侵害による不法行為を認める一方で、物権（絶対権）の特徴を対物性ではない形で捉える必要があった。そこで富井は両者の違いを「利益の内容」に求める。富井の考えはこうである。まず、権利はおよそ人に対する関係である。したがって、物に対する権利であるということを物権固有の特徴とすることはできず、一般人に対する権利と解される。しかし、債権侵害による不法行為が認められる以上、債権も一般人に対する権利と言える。それでは債権の固有の特徴は何か。それは、一般人に対するだけでなくその中で「特にある人に対して一定の行為を要求する」ということである。それ

74) 松波仁一郎＝仁保亀松＝仁井田益太郎『帝国民法〔明治29年〕正解 第参巻 物権〔自一七五條至第二三九條〕日本立法資料全集別巻97〕83頁以下（信山社、1997）（原本は同『帝国民法正解第参巻〕〔日本法律学校、1896〕）、同『帝国民法〔明治29年〕正解 第五巻 債権〔自三九九條至第五一四條〕日本立法資料全集別巻99〕1頁以下（信山社、1997）（原本は同『帝国民法正解第参巻〕〔日本法律学校、1897〕）。

75) 富井政章『民法原論第1巻総論上』105頁以下、256頁以下（有斐閣書房、1903〔1915年合冊版があるが、関係部分について実質的変更はない〕）、同「物権の本質」明治学報78号9頁（1904）、同「私権分類の標準（絶対権、相対権の別）」法学協会雑誌23巻1号35頁（1905）、同『民法原論第2巻物権上』5頁以下、25頁以下（有斐閣書房、1906〔1915年合冊版があるが、関係部分について実質的変更はない〕）。

に対して物権はそのようなものではない。そしてさらに、富井は物権固有の「利益の内容」を認める。すなわち物権が債権と異なるのは、物権はただ一般人に対して消極的義務を課すだけでなく、自分の利益と反対の利益を有する者に対してこれを主張してその内容に相当する利益を全うすることができる⁷⁶⁾。これにより、物権は「或る物につき一定の利益を受ける絶対権」と定義される。そしてこの物権の効力として、債権に対する優先性、物権間での優先性、追及的効力（排他性に相当）が生じる。

富井説は、権利はおよそ人に対するというテーゼを支持しつつ、債権の不可侵性（債権侵害による不法行為の成立）も認めるため、それによって生じる理論的困難を克服しようとする試みであった。この点において、のちに現れる末弘説の前身であるともいえる。しかし、このアンビバレンスのゆえに、二つの方向からの批判が生じることとなった。

（3）「権利はおよそ人との関係である」テーゼ批判：直接性論

まず一つの批判は、権利はおよそ人に対するというテーゼに対するものである。そもそもこれを支持しない立場が生じた。例えば志田⁷⁷⁾は、富井の上記テーゼを批判し、物権と債権は物権の積極的側面によって区別されるとする。物権は消極的義務を一般人に課すだけでなく、物に対する「積極的」権利をも含むというわけである。また横田⁷⁸⁾は、債権においても一般人は消極的義務を負うことから「絶対性」⁷⁹⁾によって債権と区別することはできないとし、物権を「物を支配する権利」と定義する。松本⁸⁰⁾は、物権と債権の区別を絶対性／相対性に求めている。そして、そうであるとすれば債権侵害による不法行為は成立しないことになってしまうため、債権侵害による不法行為の成立を避けるために、財産不可侵権侵害と説明す

76) これはのちに末弘が言うところの排他性に相当する。

77) 志田鉦太郎「物権ノ性質ニ関スル学説」法学志林 63 号 16 頁、64 号 22 頁（1904）。

78) 横田「物権法〔改訂増補第 27 版〕」1 頁以下（清水書店、1909〔初版 1905〕）。

79) ここで絶対性が不可侵性を意味するのか、それともそれに加えて権利実現という救済をも含むものを意味するのかは不明である。消極的義務違反に対する救済が何か書かれていないからである。ただし、物権的請求権が物権の特質とされており、これに加えて債権に基づく妨害排除請求権が認められないと考えていたのであるとすれば、ここで絶対性は不可侵性を意味することになる。

80) 松本烝治『註釈民法全書第 1 巻 人法人及物』53 頁以下（巖松堂書店、1910〔第 10 版（1920）がある〕）、同「債務者及ヒ第三者ノ共同行為ニ因ル損害ノ賠償責任」法学志林 15 巻 12 号 1 頁（1913）〔同「私法論文集第 2 巻」（巖松堂書店、1916）所収〕。

る。しかし実質は債権侵害による不法行為を肯定しているのであり⁸¹⁾、絶対性／相対性による区別は齟齬をきたしている。実際に、結局のところ物権を「直接に物の上に存する権利」と定義したうえで、物権の積極的側面は物上の支配にあるとし、他方で債権を「他人の行為の上に存する権利」と定義する。

(4)「債権侵害による不法行為」批判：絶対性／相対性論

もう一つの観点からの批判は債権の不可侵性を認めることに対するものである。つまり絶対性／相対性を区別の基準とすべきとするものであり、これはドイツ法学の影響を強く受けた論者によるものである。

岡松⁸²⁾は、債権の不可侵性を批判するという立場から富井に反対する。富井は、権利はおよそ人に対するものであるというテーゼを前提とし、同時に債権侵害による不法行為をも認めていたため、物権と債権の違いを「利益の内容」の違いに求めていた。これに対して岡松は、債権侵害による不法行為が成立するという点を批判する⁸³⁾。つまり、債権には一般第三者には対抗可能性はないという批判である。岡松の論はこうである。物権は直接支配性と一般に対する対抗可能性をもつ。しかし、物に対する権利であるということは、例えば賃借権にも認められる。したがって、物に対するという点をもって債権との違いとすることはできない。それでは何が違いかというと、債権は一般人に対する対抗可能性がないという点である。つまり、岡松は債権侵害による不法行為の成立を否定することによって権利はおよそ人に対するものであるというテーゼを固持することができた。岡松はこの後、末弘説の出現後もこの立場を維持し続けることになる⁸⁴⁾。

物権と債権の区別を絶対性（不可侵性）／相対性に求めるという立場を突き詰めていくと、物権と債権の違いは義務者の数となり、物権は特定人に対する債権が集合して一般人に対する権利となったに過ぎないというこ

81) 吉田・前掲注(64) 44頁。

82) 岡松参太郎「富井博士著民法原論ヲ讀ム」法律学経済学内外論叢2巻2号127-132頁(1903)、同「第三者ノ債権侵害(一)・(二、完)」京都法学会雑誌11巻11号1頁、12号50頁(1916)。

83) 当初は債権も709条の「権利」に含まれるとしていたが(岡松参太郎『註釈民法理由下巻』次469頁〔有斐閣書房、1897〕)、その後転向した。

84) 岡松・前掲注(82)11号1頁では、「予輩孤城落日の感なくんばあらず」と述べる。

とになる。この形をとるのが川名説⁸⁵⁾である。川名は絶対権を妨害行為を禁止することを内容とする全ての人に対する無数の請求権の集まりとして理解し、これが絶対権の内容になるとする⁸⁶⁾。そして物権を「物について存する絶対権」と定義する（物についてという要素は人格権と物権を区別する要素であり、債権と区別する要素は絶対権である）。確かに川名は債権侵害について折衷説をとり部分的にであれ債権侵害を認めるため、債権を相対権とすることとの関係が問題となる。この点について川名は、債権侵害は債権の外にある不可侵義務によって認められるのであり、債権の中にある義務に対する違反によるのではないとする⁸⁷⁾。

債権＝相対権（一般人に対する不可侵義務の否定）という理解と債権侵害による不法行為の否定説を理論的に純粋な形で結合させたのは石坂⁸⁸⁾である。石坂は、もし債権を絶対権と解すると地上権・永小作権と賃借権を区別できなくなること、709条が財産侵害ではなく権利侵害を要件とした趣旨が没却されること、不法行為法は公益保護を目的とするところ契約による債権は全くの私権であること、を理由として債権侵害による不法行為の成立を否定する。さまざまな観点からの論拠が示されているが、理論的な支柱は債権は相対権であるという認識である。その結果、債権は「特定人が特定人をして特定の行為をなさしむる権利」として定義され、それに対して物権は一般人に不可侵義務を負わせるものとされる⁸⁹⁾。

かくして、ドイツ法学の影響を受けた学説により、物権と債権の問題は第二のジレンマを回避することによって対処されていたと言える。

85) ①川名兼四郎「請求権」法学協会雑誌 28 巻 5 号 99 頁（1910）、②同『物権法要論』1 頁以下（金判芳流堂、1915）。

86) それに対してのちに見る末弘説は、一般人の禁止義務を認めるものの、それは物権の内容ではないとする。

87) 川名は債権を相対権とすることと債権侵害を認めることを整合させるためにこのような概念操作を行なっているが、物権においては一般人の不可侵義務が権利の内容となることとの不整合は否めない。この理論的問題点が末弘説を生み出したのかもしれない。

88) 石坂音四郎「債権ハ第三者ニ依リテ侵害セラルルヲ得ルヤ」法学新報 18 巻 7 号 23 頁、8 号 38 頁、9 巻 16 頁（1908）、同『日本民法債権第三編債権第一巻』7 頁以下（有斐閣書房、1912）。

89) 石坂は物権と債権の区別として、対物性／対人性と絶対性／相対性を挙げ、このような違いから物権の優先権たる性質と追求権たる性質が生じるとするが、対物性／対人性の区別が石坂説においていかなる意味を有するのかは不明である。

2.2.3. 排他性の抽出と第一ジレンマへの移行

ここまで見てきたように、旧民法の規定は直接性と絶対性の双方を物権の特徴としていたが、梅は直接性を重視していたのに対して、富井は権利である以上およそ人との関係であるという基本テーゼを指示し、他方で債権侵害による不法行為を認める立場をとっていたため、ジレンマを回避するために「利益の内容」に物権と債権の区別のメルクマールを求めた。しかし富井の見解はまさにジレンマを内包していたが故に、双方からの批判を招くこととなった。一つは権利はおよそ人に対する関係であるという基本テーゼをそもそも支持しないという立場からのものであり、もう一つは債権侵害による不法行為を認めることに反対する立場からのものであった。後者の立場はドイツ法学の影響を受け、物権と債権の区別は絶対性／相対性にあるとした上で債権侵害による不法行為を否定することによって第二のジレンマを回避しようとするものであった。しかし、富井が取り組んでいたのは“債権侵害による不法行為の成立を認めつつ”権利はおよそ人との関係であるというテーゼをも維持しようとする試みであり、決してこの意味での解決がなされたわけではなかった。こうした状況の中で、富井が果たせなかったジレンマの解決を改めて試みたものと位置づけうるのが末弘厳太郎の見解である。末弘の見解は直接的には債権侵害による不法行為を認めるべきか否かに関するものであるが、その性質上「債権の本質如何」を検討するものとなり、よって物権と債権との区別の問題に関する理論的考察を含むものであった。そしてここで見るように末弘の理論は、物権と債権の区別に関するジレンマの一つの解決の方向性を示すものとして理解することができる。そして、末弘説はその後の議論を大きく規定することとなった。

(1) 末弘説

末弘⁹⁰⁾によれば、従来の通説は絶対性を一般的不作為義務として理解し、これを物権と債権の区別基準としている。しかしこの中には、排他性と不可侵性という別個のものが含まれている。排他性とは、同一物上に相反す

90) ①末弘厳太郎「第三者ノ債権侵害ハ不法行為トナルカ」法曹記事 24 卷 3 号 47 頁、5 号 27 頁 (1914)、②同「債権ノ排他性ニ就テ」法学志林 7 卷 10 号 1 頁、12 号 15 頁 (1915)、③同『債権各論』1027 頁以下 (有斐閣、1918)、④同「中島博士の新著に引用された余の所説に就て」法学協会雑誌 39 卷 5 号 93 頁 (1921)、⑤同『物権法』14 頁以下 (有斐閣、1926)。

る内容の支配権が成立しないということであり、不可侵性とは権利侵害の禁止である。不可侵性は、権利者が利益を享受するという行為を完全ならしめるために認められるのであって、物権だけに認められるものではない。したがって、不可侵性は物権の内容すなわち固有の特徴ではない。他方で排他性は物権の支配権たる性質から認められるものであり、これは物権固有の性質である。物権固有の支配権たる性質に対応する債権の性質は、一定の行為を請求する権利であるということである。以上より、債権侵害は債権の不可侵義務違反によって不法行為となるのであり、また物権と債権の区別は排他性の有無あるいはその基礎にある支配権／請求権の違いによってなされることになる。

物権と債権の区別のジレンマと末弘の見解との関係は、次のように理解することができる。物権と債権の違いを絶対権／支配権に求める従来の通説による議論枠組みでは、債権侵害の不法行為を認めると絶対性を物権固有の特徴とすることができなくなることにより、ジレンマが生じていた。しかし末弘は従来絶対性とされていたものを排他性と不可侵性に区別し、債権侵害が不法行為となるのは不可侵性によるものとしたため、債権侵害による不法行為を認めるとしてもなお物権と債権の区別メルクマールを排他性に求めることが可能となった。

ところが、末弘自身は必ずしも明示的にはこのような考え方を採用したわけではない。絶対性を不可侵性と排他性に分けたのであるから、率直に排他性によって区別可能になったはずであり、これによって権利は人に対するというテーゼと債権侵害による不法行為を両立可能になった。それに関わらず、末弘は排他性を直接支配性によって基礎付け、物権と債権の違いを直接支配性に求めたのである⁹¹⁾。それでは、なぜ末弘はこのような理解をしたのか。言い換えれば、直接支配性は何のために持ち出されたのだろうか。

末弘は、物権間の優先的効力は排他性そのものとし、物権の債権に対する優先的効力も、債権の対人性から債権の非排他性を導き、非排他性によって物権に優先しないという形で説明しているものと読める⁹²⁾。そうであるとすれば、直接支配性が固有の意義を有するのは、物権的請求権を基礎付

91) 末弘・前掲注(90)①24巻3号55頁、②12号27頁以下、④103頁、⑤19頁。

92) 末弘・前掲注(90)⑤48-49頁。

けるという点に限られる。

ところが、末弘は確かに物権的請求権は物権が直接物について利益を享受することを正当とする権利であることから当然に導かれるものとしているが⁹³⁾、他方で明確に物権的請求権は排他性から当然生まれる効果であるとしている個所もある⁹⁴⁾。さらに、仮に当初は末弘が物権的請求権を直接支配性によって基礎づけていたとしても、のちに末弘はこれを改説し、不可侵性によって基礎づけるに至った。

したがって、末弘説において直接支配性が実質的に機能している場面はさしあたり存在しないと言ってよいのかもしれない。つまり末弘説においては排他性を直接支配性によって基礎付ける必要はなく、物権と債権の違いは端的に排他性に求めているものと見なしてもよいという評価もありうる⁹⁵⁾。これによれば、末弘は絶対性の一部であったものによって物権と債権の区別を説明したことになる。絶対性が一般人に対する権利であるというとき、そこには無権利第三者と相反する権利の取得者である第三者とが存在し、物権と債権を区別するのは前者との関係ではなく後者との関係というわけである。このように考えると、末弘は権利はおよそ人に対する関係であるというテーゼを維持しつつ、債権侵害による不法行為をも認めることを理論的に説明し、ジレンマ解消の方向性を示したようにも思われる。

(2) 直接支配性の残存と第一ジレンマへの移行

しかし、日本の議論において直接支配性が姿を消すことはなかった。優先的効力を排他性によって説明するという点や、物権的請求権を不可侵性によって基礎づけるという点はその後の学説に必ずしも受け入れられたわけではないからである。ひとつの「フォーマット」を形作ったものと思われるのは、我妻⁹⁶⁾である。我妻は、物権を「一定の物を直接支配して利益

93) 末弘・前掲注 (90) ⑤ 52 頁。

94) 末弘・前掲注 (90) ⑤ 49 頁。

95) 舟橋諄一「物権と債権との区別——わが国における学説、特に末弘理論の発展について」民事研修 150 号 32 頁 (1969) は末弘理論による学説の発展を評して、物的支配の尊重には不可侵性と排他性の二つの面があり、不可侵性は物権に固有のものではないため排他性が物権と債権の区別基準となるとする。しかし、舟橋はのちに研究会における加藤雅信との議論の中で (後掲注 (161) ① 39 頁)、排他性は直接支配性から導かれると述べている。

96) ①我妻栄「物権法」末弘厳太郎編代『現代法学全集第 20 巻』309 頁以下 (日本評論社、1929)、②同『債権総論 [新訂]』5 頁以下 (岩波書店、1964)、③同『物権法 [新訂]』9 頁以下 (岩波書店、1983)。

を受ける排他的の権利」という形で、物権を直接支配性と排他性によって定義した。そして、物権間の優先的効力は排他性そのものとする一方で、債権に対する優先的効力と物権的請求権は直接支配性に基づくものとする⁹⁷⁾。

しかし、直接支配性を認める場合には、権利たるものおよび人との関係ではないかというテーゼに関して第一ジレンマにどう対処するのかが問われることになる。この点について我妻は、物権の特質を示すためには、物権は「目的物に対する」直接支配といってよいとする。物権の特質がまさに排他性や優先的効力、物権的請求権なのであろうが、物権間の優先的効力は排他性そのものである。また、債権に対する優先的効力についても、確かに我妻は直接支配性に基づくとして述べているが、そこで例外的に債権が劣後しない例として挙げられているのはいずれも、債権が登記によって対抗力を認められる場合である⁹⁸⁾。そうであるとすれば、債権に対する物権の優先的効力は、債権に排他性が認められない（そして物権に排他性が認められる）ことによると言えるのであり、実質的には排他性によって説明しているとも見うる。さらに、我妻は排他性を物権と債権との両者が認められる根本的理由であるとしており、排他性が物権の特徴として強調されていることは留意すべき点であろう。物権的請求権についても、それを認めなければ物権が有名無実になるという、末弘が不可侵性を認めた根拠と同様のことが述べられている点もここで指摘しておく。

ともあれ、我妻において債権に対する優先的効力や物権的請求権はあくまで直接支配性に基づくものと述べられており、排他性と並んで物権と債権の区別のメルクマールとされている。かつて旧民法において物権が直接性と絶対性によって特徴づけられていたものが、ここでは直接支配性と排

97) 我妻は前掲注 (96) ③の初版 19-20 頁 (1932) においては、すべての権利について回復・予防を認めることが法の目的に適すること、絶対性、占有権にすら認められていること等を根拠に、物権的請求権が認められるとしていた。その後前掲注 (96) ③ 22 頁において直接支配性によるとしている。前掲注 (96) ② 84 頁以下においては、排他性のある賃借権に妨害排除請求権を認める判例に賛成するものの、さらに占有がある場合にも認めるべきとする。排他性がある場合に妨害排除請求権を認める理由は、排他性がある場合については、目的物に対する直接的な利用権能についての妨害排除の請求を認められるに至ったとして妨げあるまいとし、直接性に結び付けようとする態度が見受けられる。同書初版では、物権的請求権は直接支配性から認められるものであるとして、債権に基づく物権的請求権に対してより抑制的な態度であった（同書初版 14 頁〔1940〕）。他方で、公示を伴って物権化したものについては認めるべきとしていた（同 82 頁）。

98) 我妻・前掲注 (96) ③ 20-21 頁。

他性になっている。立法当初より物権と債権の区別のジレンマが意識されてきたが、ここでもそのジレンマは完全に解消されたわけではない。ドイツ法学の影響を受けて絶対性／相対性に区別を求めつつ、債権侵害による不法行為を否定することによって対処した伝統的通説は、第二ジレンマに取り組むものであった。それに対して末弘は債権侵害による不法行為の成立を肯定し、学説はこの影響を大いに受けた。その結果、第二ジレンマを解消することによって物権と債権のジレンマに対処することはできなくなった。そこで末弘は排他性という概念を抽出して見せたが、排他性のみでは債権に対する優先的効力や物権的請求権を(物権に固有のものとして)認めることができないという認識から、学説は直接支配性を排他性に並ぶ物権固有の性質として認めることによって、第一ジレンマに取り組まざるを得ない状況へと移っていった。ここにおいて、学説が対峙するジレンマが第二ジレンマから第一ジレンマへと移行した。

以上の検討によれば、学説が直接支配性を認めることとなった理由は、債権に対する優先的効力と物権的請求権の存在である⁹⁹⁾。そこで以下では、その後の議論において、優先的効力を含めた諸効力の説明のために物権(あるいは債権)の本質が何に求められたかという点と、物権的請求権の根拠はいかなる点に求められていったかという点とを見ていく。時期的には重なることとなるが、まず前者の流れをたどったあとで、別途改めて後者の流れをたどることとする。

2.2.4. 第一ジレンマ問題 (1) : 物権の本質論

第一ジレンマに対峙するとき、学説がとってきた方法は大きく二つに分けられる。一つは、直接支配性を物権のメルクマールとしつつも、それはあくまで一種のフィクションであって究極的には物権も人と人との関係であるとするものである。もう一つは、直接支配性を物権のメルクマールとすることを否定し、別の性質によって物権の諸効力を基礎付ける方法である。以下では、これらの方法をめぐって学説がどのように変遷してきたかを概観する。

99) 瀬川・前掲注 (64) 106-107 頁は 20 世紀前半の議論の整理として、末弘と我妻において直接支配性から債権に対する優先的効力と物権的請求権が導かれることとなったとする。

（1）1930 年代以降

末弘、我妻後の 1930 年代以降は、フィクションによるか、あるいは権利はおよそ人に対するというテーゼを特に意識しないという状況であった。

末川¹⁰⁰⁾は、物権は「物を直接に支配しうる権利」であるとし、排他性を直接支配性から導き、物権間の優先的効力および債権に対する優先的効力、さらに物権的請求権は排他性から導かれるとする。もっとも、人と物との関係は法律的には何ら意味はなく、究極的には人と人との関係であるとし、物権が支配的内容を有するというこの意味は、何人に対しても物についての干渉を排斥して独占的地位を主張しうるということであるとする。直接支配性は「論理的必然性」ではなく「歴史的な発展による制約」であるとし¹⁰¹⁾、また、賃借権も直接に物を支配するという点では地上権や永小作権と変わらないとする。末川がとった方法は、直接支配性をフィクションと捉える方法である。

他方で、直接支配性をメルクマールとしつつ、権利はおよそ人との関係であるというテーゼに言及しないものもある。柚木¹⁰²⁾は、物権は「物又は財産権を直接に支配しうる権利である」と定義し、債務者の行為自体を客体とする債権と区別されるとし、さらに直接支配性が物権の本質でありそれに尽きると断言する。そして、排他性、優先的効力、物権的請求権はすべて直接支配性によって導かれるとする¹⁰³⁾。近藤¹⁰⁴⁾も、直接支配権として物権を定義し、直接支配性から排他性が生じ、物権と債権の違いはすべて排他性から生じるとする。勝本¹⁰⁵⁾は、物権は特定物について直接に排他的に利益を享受する権利であるとする（勝本は、不作為の地役権を直接支配と呼ぶのは穏当を欠くので利益享受権と呼ぶとしており、実質的には「特定物についての直接かつ排他的な支配権」という定義と見うる）。直接性と排他性を並列させているように見えるが、排他性は直接に物について

100) 末川博「物権法」末弘巖太郎編代『新法学全集第 8 巻』16 頁以下、34 頁以下（日本評論社、1937）。

101) 末川・前掲注（100）17-18 頁。

102) 柚木馨『判例物権法総論』1 頁以下、17 頁以下（巖松堂書店、1934。その後補訂版〔1972〕がある）、同『民法概要 物権法』2 頁以下（巖松堂書店、1936）。

103) ただし、柚木は直接支配性に基づく物権的請求権の他に、不可侵性に基づく妨害排除請求権も認める立場である。

104) 近藤英吉『物権法論』4 頁以下（弘文堂書房、1937）。

105) 勝本正晃『債権総論上巻（訂正 3 版）』39 頁以下（巖松堂書店、1934）、同『物権法』12 頁以下（弘文堂、1950）。

使用収益処分する権利（支配権）であることによって生じるとし、排他性は最も重要な効力であるとする。債権に対する優先性がいかなる論理によって認められるのかについては言及がない。

（2）川島武宜：歴史的フィクションとしての絶対性

近代法における所有権の本質として絶対性を掲げ、歴史的に規定された概念としてそれに意味を与えたのは川島武宜である¹⁰⁶⁾。川島は、近代的所有権と契約の分裂を、資本主義を基礎とする歴史的概念構成であるとする。川島によれば、資本主義の経済的基礎は商品交換であり、商品交換の法として所有権と契約が近代法の基本的概念となっている。というのは、旧体制下では物は所有者自身によって使用されていたところ、物を他人に使用させ、また物を使用のためでなく交換して価値を得るための商品として扱うようになるにつれて、商品交換の3つのカテゴリーが形成された。私的所有権、契約、人格である。そしてこのカテゴリーを法的に構成するために、従来所有権に内在していたものが（川島によれば、所有権はもともと人と人との関係であった）、私的モーメントと社会的モーメントに分裂し、前者が近代的所有権、後者が契約（の法）として概念構成されるに至った。このようにして、社会的・人的要素を捨象することによって形成された近代的所有権は、純度の高い「私的性質」を持つに至る。その本質は観念性と絶対性である。観念性とは、物の事実上の支配とは独立に物権が保護されるということであり、絶対性とは、権利が支配の事実の対立という具体的争いを離れて、観念的に帰属が決定されることの結果として生じるところの、万人に対抗することができるという性質である。

ただし川島においては、このようにして観念性を契機として生じた絶対性は、単に万人に対抗できるという不可侵性の意味にとどまるものではない。川島は、観念性と絶対性の制度的表現が物権の請求権であるとし、そこに権利内容を実現するという性質を含ませており、また人的・社会的関係が捨象されることによって無制約性も含まれている。このように、近代

106) ①川島武宜『債権法総則講義 第一』1頁以下、75頁以下（岩波書店、1949）、②同『民法I総則・物権』89頁以下（有斐閣、1960）、③同『民法総則』47頁以下（有斐閣、1965）、④同『所有権の『現実性』——『観念的』所有権との対比において』『川島武宜著作集第7巻』313頁（岩波書店、1981）〔初出、法学協会雑誌60巻10号（1942）。川島武宜『近代社会と法』（岩波書店、1959）所収〕、⑤同『所有権法の理論〔新版〕』（岩波書店、1987）〔初版1949年。『川島武宜著作集第7巻』（岩波書店、1981）所収〕。

的所有権は“万人に対して”・“無制約の”・“権利内容を実現”しうるという権利なのであり、これが近代的所有権においては「物に対する私的な支配」として構成される。こうして、近代的所有権は物に対する支配権として現れてくることになる。これが、近代法全体の基礎としての所有権の私的性質である。

以上からすると、川島においては近代的所有権は物に対する支配権であると同時に、不可侵・無制約の権利内容を実現しうる絶対権である。ここで本稿の視点から川島理論を見るならば、川島理論は物権と債権（所有権と契約）の区別のメルクマールとして支配権と絶対性の双方を含めることによって、第一ジレンマと第二ジレンマの双方と対峙することとなっている。すなわち、物に対する支配権とすることにより、権利はおおよそ人に対するものというテーゼとの関係が問題となると同時に、絶対権とすることによって債権侵害の問題も生じる。この点について川島は、債権侵害を基本的に否定することによって第二ジレンマに対処する。そして第一ジレンマに対して川島がとる方法は、歴史というフィクションである。すなわち、「社会関係でない権利や法はあり得ない（絶海の孤島にただ一人生きてゐるロビンソン・クルーソーについては、権利や法を語り得ない）。物に対する人の現実的な支配や観念的支配は、実は、この社会的関係、人と人との特殊な歴史的関係の、人と物との関係での現象形態であり、また観念的世界における現象形態に過ぎない。ゲヴェーレや近代所有権の歴史的社会的な実体は、このような物支配における人と人との関係、社会関係の構造そのものにあると認められねばならないのである」^{107) 108)}。

川島は、絶対性に複数の意味をもたせ、それを近代的所有権たる支配権として構成した。以降、一定の意味内容を持つ絶対性として直接支配性を掲げるものと、フィクションによるものとが混在するようになる。以下ではこれらを一瞥しておく。

107) 川島・前掲注(106)④385頁。

108) 広中も、物権を財貨帰属秩序、契約を財貨移転秩序、という資本主義社会の仕組みにおいて認められるものであるとし(①広中俊雄『民法綱要〔新版〕』3頁以下(創文社、2006))、物権と債権の区別よりも財貨帰属と財貨移転の対置の基本構造であるとする(②広中俊雄『物権法〔第2版〕』9頁(青林書院、1982))。なお、広中は両者を特定人の間の結合関係を内容とするか否かによって切り分け(広中①123頁以下)、物権とは「有体的財貨の包括的全体の排他的帰属を内容とする権利」であるとする(広中②4頁)。

(3) 万人に対する権利内容実現力としての直接支配性

通説が直接支配性と排他性を並列させるところ、排他性の意味を権利内容の実現という観点から再構成し、直接支配性に還元するのが林の立場である¹⁰⁹⁾。すなわち林によれば、排他性とは権利の「利益内容と抵触する一切の他人の態度を許さぬもの」であり、不可侵性に加えて、「それと抵触する権利の成立を妨げ、また他の権利がその実現過程で物権へ抵触するときは他の権利の実現を妨げ、物の所在に追及して権利内容を実現すること」を可能にするような強力な実現力を意味する。このような意味での排他性は結局のところ、一般的な意味での排他性（相反する権利の成立の否定）と万人に対する権利内容実現の効力（物権的請求権）を合わせたものであると言える。つまり相反する権利の取得者を含む万人に対して権利内容を実現する力であり、林は直接支配性とはこの意味での排他性であるとする。

このような林の見解は、確かに直接支配性を物権の本質とするものの、その実質的内容は万人に対して権利内容を実現する権利であると言え、不可侵性だけでなく権利内容実現も含む意味での絶対性である。実際に林自身も、債権侵害による不法行為が認められることによって絶対性／相対性による区別は維持できなくなったものの、物権的請求権に関連する意味でなお絶対性を物権のメルクマールとして維持できるのではないかと述べている。そうであるとすれば、第一ジレンマに対する林の対処法は、直接性による区別を断念して権利内容実現を含む意味での絶対性に求める立場ということができるだろう。

於保¹¹⁰⁾も直接支配性によって物権を定義し、直接支配性が本来の性質であるとする。もっとも、直接支配性は排他性と表裏一体の関係にあり、排他性¹¹¹⁾に基づいて優先的効力、追及性（忍容請求権）¹¹²⁾、物権的請求権（行為請求権）が生じる。以上のような於保の見解は、文言上は直接支配性を物権の本質とするものの、その実質は排他性と万人に対する権利内容実現の効力に他ならず、林の見解と同じものと言える。そのため、ジレンマに

109) ①林良平「物権変動の対抗要件と物権の排他性」神戸法学雑誌 1 巻 2 号 247 頁（1951）、②同『物権法』8 頁以下、28 頁以下（有斐閣、1951）。

110) ①於保不二雄「公示なき物権の本質」法学論叢 58 巻 3 号 1 頁（1952）、②同『物権法（上）』1 頁以下（有斐閣、1966）。

111) 於保は前掲注（110）①では優先的効力と表現している。

112) 於保は行為請求権たる物権的請求権の他に忍容請求権を追及性として位置付ける。

についての考察も同じことが妥当する。つまり、権利内容実現の意味を含む絶対性にメルクマールを求めることによって第二ジレンマを回避するものと言える。

（4）フィクション

林や於保の見解は、万人に対して“権利内容を実現”することができることを以て物権の特徴とするものと言える。しかし、権利内容の実現を物権固有の特徴としない場合、つまり債権に基づく妨害排除請求権を認める場合には、権利内容実現を含む絶対性という意味での直接支配性を物権と債権の区別メルクマールとすることはできない。そのため、そのような立場は直接支配性を掲げつつも第一ジレンマをフィクションによって回避することになる。こうして、さまざまな形のフィクション論がとられるようになる。またそもそも物権と債権の抽象的な意味での区別に関心を寄せないものや、直接支配性による区別を否定するものなど、さまざまな見解が現れてくる。ここではその一部について一瞥しておく。

差止請求権を物権固有の効力とはしないため、直接支配性を掲げつつ第一ジレンマをフィクションによって回避するのは舟橋の見解¹¹³⁾である。舟橋は基本的に末弘と同じ考え方をとる。すなわち、物権を「物を直接に支配しうる権利」と定義し、直接支配性から排他性、優先的効力を導く。他方で物権的請求権は不可侵性により導かれる。舟橋は第一ジレンマを明確に意識しており、これについて、物に対する権利というのは背理に見えるものの、物権がそうした構成内容を有するものとして社会的に権利として認められるという意味であるとしており、直接支配性を社会的なフィクションとする方法をとっている。

金山¹¹⁴⁾は直接支配性を物権の本質とする。そして排他性を直接支配性から導き、排他性から物権間の優先的効力を導く。また、直接支配性から債権に対する優先的効力と物権的請求権を導く。しかし、第二ジレンマへの対応はない。

抽象的な意味での物権と債権の区別に意味がないとするのは、鈴木である¹¹⁵⁾。鈴木は物権と債権の区別の意義について、川島を引用して、資本主

113) 舟橋諄一『物権法』（有斐閣、1960）、同・前掲注（65）、同・前掲注（95）。

114) 金山正信『物権法〔総論〕』1頁以下（有斐閣、1964）。

115) 鈴木祿弘『物権法講義』170頁以下（創文社、1964）（最新は5訂版〔2007〕）、

義社会における自由な商品流通の必要性にあるとする。そのうえで、物権を「物に対する直接の支配権」と定義し、性質として絶対性（鈴木は絶対性を不可侵性と言い換えているが、その内容には権利内容の実現という要素も含まれている）と排他性を挙げる。そして、絶対性から物権的請求権を導き、排他性から両優先的効力を導く。優先的効力について、物権間の優先的効力は従来からも排他性によって説明するものが少なくなかったところ、債権に対する優先的効力を物権に排他性があり債権にないことによるとして排他性によって説明するものは、これまではあまり見られなかったように思われる。この説明はのちに見る加藤（雅）と同じものである。

鈴木によれば債権に対する優先的効力は排他性によって説明されるが、その排他性自体（や絶対性）が直接支配性とどのような関係にあるのかは明らかではない（物に対する権利という定義と人に対する請求権という定義から、物権と債権には絶対性と排他性という差異があると「通常、説かれている」としているにすぎない）。仮に排他性自体（や絶対性）を直接支配性から導くとすれば、直接支配性をメルクマールとして認めることにより第一ジレンマが問題となるが、鈴木はそもそも物権か債権かということを一般的に問うことはナンセンスであり、例えば“排他性の観点から見て”物権か債権かという問いだけが意味を持つとする。これは物権／債権という概念に対する懐疑論である。鈴木は究極的には権利は人との関係であるとは述べていないが、直接支配性によって定義される物権をフィクションとする方法と軌を一にするとも言えるように思われる。

多くの見解が直接支配性を物権の本質に取り入れる中、直接支配性を物権の本質としないという立場を明示的にとるのは、星野の見解である¹¹⁶⁾。星野は、権利はおよそ人に対するものであるというテーゼを明示的に支持して、物に対する権利という考え方を否定し、また絶対性も否定する。そして、区別のメルクマールとして認められうるのは排他性の有無であるとする。

フィクションを川島のように歴史によるものとしてではなく「便宜」の

同「物権と債権のわけ方」同『物権法の研究 民法論文集1』103頁（創文社、1976）〔初出、水本浩＝篠塚昭次編『民法を学ぶ』53頁（有斐閣、1972）〕。

116) 星野英一『民法概論Ⅱ第1分冊 物権』10頁（良書普及会、1974）（参照したのは改訂版。初版は1973、その後合本再訂版が1984）。

ためのものとして理解するのは佐賀の見解¹¹⁷⁾である。佐賀はフランス法学説の検討を通じて、物権と債権を物の支配権／対人権とする古典的学説に対して物権を万人に対する消極的義務の集合とする債権説が現れ、債権侵害の可能性が認められるようになり、物権取得者とその物権の目的物の譲受人との関係の理解の仕方が物権と債権の区別の問題（これは日本の議論で言う排他性に相当するだろう）の本質をなしているという理解が抽出されていった過程を描く。そして、物権と債権の区別の問題は両者の思考上の連続性を認めることによって解決できるとし、そのために持ち出されるのが《便宜》論である。すなわち、「物権を物に対する直接的支配権能として概念的に規定するのは、このように規定される物権概念によって、或る社会的な事実を認識するのが容易であり、かつ便宜であるからにはほかならない」。「結局、物権を物支配権能として規定するのは、或る事実が法的な、つまり、法の世界で取扱うことが可能な社会的現象であることを概念によって認識し、それを表現するための技術にほかならない」。「物権が他人に対する義務のコレラートであることを承認する場合でも、同時にそれが物に対する支配可能性でもあることを否定する必然的な根拠は存在しない」。しかし他方で、ある状態を権利として認めるということは他者に対して一定の利益を価値あるものとして保護することを意味するのであるから、直接支配権として把握するとしてもそうした目的を含んでいなければならない。物権および債権の対抗可能性は、そのような目的の表れとして認められる。つまり、伝統的な物権理解における絶対性・排他性は、物権が一定の事実状態を価値あるものとして保護するものであることの法的概念における表れである。しかし物権の絶対性・債権の相対性という性質は、保護の対象となる社会的事実が変わると十分に機能し得なくなる。そこで、中間的事実を捕捉するためには中間的権利の存在を承認しなければならない。そのような方法論として、佐賀は類型的思考様式に着目する。そして、概念的思考の硬直説を脱して、このような思考によっては捕捉し得ない中間的な社会現象を解釈学的に処理し得る可能性を明らかにしようとする。本稿の観点から見ればこのような佐賀の理論は、直接支配性を物権の本質として認めつつ、それを「便宜」のためのフィクションにすぎな

117) 佐賀徹哉「物権と債権の区別に関する一考察（1）～（3・完）——フランス法を中心に」法学論叢 98 巻 5 号 27 頁、99 巻 2 号 36 頁、99 巻 4 号 62 頁（1976）。

いとすることによってジレンマを回避するものと評価することができる。

ここまで見てきたことをまとめておくと、末弘や我妻が排他性の他に直接支配性を物権の本質として以降、学説は物権の諸効力を直接支配性に求めてきた。しかし第一ジレンマに対処すべく、さまざまな形でのフィクション論がとられたり、物権と債権の区別を放棄したりあるいは関心を持たなくなったりするなどした。中には、直接支配性による区別を否定して排他性にメルクマールを求めるものもあった。ここではもはや、直接支配性が具体的な意義を持つことはほとんどないように思われる。そこで次に、物権的請求権を認めるために直接支配性がいかなる位置付けを与えられてきたかを見ることとする。

2.2.5. 第一ジレンマ問題（2）：物権的請求権

当初学説は、物権的請求権を絶対性によって基礎づけていた¹¹⁸⁾。しかし末弘が絶対性を排他性と不可侵性に分解したことにより議論の前提が転換された。末弘は当初は直接支配性に根拠を求めていたが、その後判例を受けて不可侵性によって基礎づけるに至った。しかし、その後の通説的理解はなお物権的請求権の根拠を物権の直接支配性に求めたため、物権的請求権や差止請求権の根拠について大きな二つの流れが形成された。物権的請求権の根拠を不可侵性に求める場合には、もはや物権的請求権は物権固有の本質によるものではなくなる。それに対して直接支配性によるものとする場合には、物権固有の性質に基づくものとなり、しかも第二ジレンマとの関係が問題となる。そこで本節では、物権的請求権の根拠に関する末弘、我妻以降の議論この流れを簡単に追うことによって、直接支配性が果たす意義について考察する。物権的請求権を基礎づけるために直接支配性が不可欠なのであれば、物権の本質は直接支配性に求められることとなるため第二次ジレンマが問題となるのに対して、物権的請求権が物権の本質とは切り離されるのであれば直接支配性を物権の本質として措定する必要はないということになるだろう。

118) 鳩山秀夫「工業会社の営業行為に基く損害賠償請求権と不作為の請求権」同『債権法における審議誠実の原則』483頁以下（有斐閣、1955）〔初出、法学協会雑誌29巻4号（1911）〕、川名・前掲注（85）②3頁。他方で中島は遅くとも1914年の時点で不可侵性を根拠としている（中島玉吉『民法釈義卷之二上 物権篇上（訂正3版）』16頁〔金刺芳流堂、1914〕。15頁も参照）。

なお、物権的請求権ないし差止請求権の根拠論については、権利（物権的請求権）説、人格権説、環境権説、不法行為説、違法侵害説、複合説などがあるが¹¹⁹⁾、ここでは上記の問題意識にとって必要な限りで取り上げるにとどめ、特に人格権説や環境権説、複合説は直接の対象としない。また、物権的請求権ないし差止請求権の議論は、実務的な必要性の影響を少なからず受けていると思われるため、以下ではそのような影響を与えたと思われる賃借権に基づく妨害排除請求権の一連の判例が出た時期と、公害の差止め訴訟が多く現れた時期とを区切りとして叙述する。

（1）末弘・我妻以後

まず末弘の不可侵性論を受けて、初期の不法行為説が現れた¹²⁰⁾。これは、物権に限らず債権に基づく妨害排除請求権をも認める立場であり、妨害排除請求権は物権の本質論とは切り離されることとなる。

他方で物権的請求権を物権の本質とする見解もある。川島もその一つである¹²¹⁾。もっとも川島によれば、物権的請求権には「物権がそれに対する妨害を客観的違法の立場から常に排除する所の観点」という支配権の要素と「その妨害によって生じた損害、従ってそれから法的にあるべき状態に回復する為に必然的に生じ来る損害の負担を何人に帰せしむべきかという観点」という責任の要素という原理の異なるものが一体化しており、物権に必然なものは前者のみである。また前項で見たように、川島の所有権論によれば絶対性は権利内容実現の要素も含むものであり、それは「物に対する私的な支配」として構成されていた。このように、川島は物権的請求権を物権固有の支配権たる性質に求めるため、債権に基づく妨害排除請求権には否定的である¹²²⁾。

この時期同じく物権固有の性質から物権的請求権を認める見解として、

119) 整理の仕方はいくつかある。例えば、澤井裕『公害差止の法理』第1章（日本評論社、1976）、根本・前掲注（64）第1章を参照。

120) 平野義太郎「判批」民事判例研究会『判例民事法第3巻（大正12年度）』187頁以下（創文社、1926）、岡村玄治『債権法各論』736頁（巖松堂書店、1929）。なお岡村は、賃借権については物権であるとして物上請求権を認める賃借権物権論の提唱者である。岡村玄治「民法第百七十七条二所謂第三者ノ意義ヲ論シ債権ノ不可侵性排他性ニ及フ」法学志林7巻6号1頁、7号1頁（1915）。

121) 川島武宜「物権的請求権に於ける「支配権」と「責任」の分化（1）～（3・完）」法学協会雑誌55巻6号25頁、9号34頁、11号67頁（1937）。

122) 川島・前掲注（106）①76頁以下。

前項で見た林の見解がある¹²³⁾。林は万人に対する権利内容実現の力という意味での排他性＝直接支配性を物権の本質としていた。そしてこの性質のもっとも端的な表れが物権的請求権に外ならない。しかし林はこの「物権的」請求権に加えて、債権に基づく妨害排除請求権を否定しない。ただしそれは物権的請求権とは異なるものである。この意味で、林の見解は二元論と言える。債権に基づく妨害排除請求権を認めるとしても、物権的請求権を導出するのは物権固有の「直接支配性」である。

(2) 賃借権に基づく妨害排除請求権に関する判例以後

こうした議論状況の中、1953 年以降に賃借権に基づく妨害排除請求権に関する判例が相次いで現れ¹²⁴⁾、妨害排除請求権の議論が盛んになされるようになる。

まもなく現れたのは柚木の見解である¹²⁵⁾。柚木の見解は、林が示唆していた二元論を理論的に整えたものと言える。もともと、柚木は不可侵性に基づいて物権的請求権を認めていた。しかし 1955 年の論文において改説し、排他性に基づく妨害排除請求権と不可侵性に基づく妨害排除請求権の二元論をとった。不可侵性は物権にも認められるものであるから、物権にも不可侵性に基づく妨害排除請求権は認められる。しかし、物権においてはその上に重ねて排他性に基づく妨害排除請求権が認められ、こちらの方が強力であるから、不可侵性に基づく妨害排除請求権を認める意義はなくなる。排他性に基づいて妨害排除請求権が認められる理由は、排他性によって第二物権取得者を排斥できるのであるから、違法侵害の第三者は当然に排斥できるはずである、というものである。

以上はあくまで物権的請求権の根拠を物権固有の性質に求めるものであり、債権に基づく妨害排除請求権を認めるとしてもそれは物権的請求権とは別個の性質のものであった。それに対して、不可侵性論と同じく物権的請求権をと債権に基づく妨害排除請求権を共通のものとして認める不法行

123) 林・前掲注 (109) ①。

124) 最判昭和 28 年 12 月 14 日民集 7 卷 12 号 1401 頁、最判昭和 28 年 12 月 18 日民集 7 卷 12 号 1515 頁、最判昭和 29 年 2 月 5 日民集 8 卷 2 号 390 頁、最判昭和 29 年 6 月 17 日民集 8 卷 6 号 1121 頁、最判昭和 29 年 7 月 20 日民集 8 卷 7 号 1408 頁、最判昭和 29 年 10 月 7 日民集 8 卷 10 号 1816 頁、最判昭和 30 年 4 月 5 日民集 9 卷 4 号 431 頁。

125) 柚木馨「債権に基づく妨害排除請求権」神戸法学雑誌 5 卷 1=2 号 108 頁 (1955)。

為説がこの時期に現れた。浜田の不法行為説¹²⁶⁾は、理論的というよりもむしろ実践的関心から説かれている。すなわち、不可侵性論に基づいて妨害排除請求権が認められるのであれば不法行為の効果として認める必要はないが、現状では物権的請求権と占有訴権、一部の特別法において認められているに過ぎないため、不法行為の効果として認める必要があるとするものである。

末弘の不可侵性論を発展させ、成立要件について相関関係理論と組み合わせたのが舟橋の見解である¹²⁷⁾。舟橋説の新しさは妨害排除請求権の要件における相関関係論にあるが、本稿との関係で重要なのは根拠論であるところ、不可侵性を根拠とする点は舟橋の考えは末弘を受け継いでいる。舟橋説に対しては、物権と債権の分離という民法の基本的な建前に反するという批判もなされたが、これに対して舟橋は、物権と債権を区別する基準は第三者による侵害に対する保護すなわち不可侵性ではなく、排他性であると反論している¹²⁸⁾。

他方で、物権固有の性質によって物権的請求権を認める重厚な研究も複数現れた。まず、絶対性／相対性の区別を重視する好美の見解¹²⁹⁾である。好美は、日本の不可侵性論は絶対権／相対権ドグマを克服したと評価するかという問いから出発する。そして、絶対権／相対権の区別は近代市民社会を背景として生まれ、これを可能ならしめる特殊近代的な意味を持つものであり、法主体性、自由競争（契約自由）、物権への干渉排除を確保するものであるところ、これらの価値を捨てるべきではないとする。したがって、絶対権／相対権の区別は捨てるべきではなく、物権的請求権が物権においてのみ認められていることは、物権・債権峻別の特殊近代的意義からして否定すべきではない。しかし、物権と債権の峻別がこれらの価値

126) 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原状回復について」私法 15 号 91 頁（1956）。

127) 舟橋・前掲注（113）25 頁以下、①同「所有権の濫用」末川先生古稀記念『権利の濫用中』1 頁（有斐閣、1962）、②同「いわゆる物権的請求権について」私法 29 号 378 頁（1967）、③同「物権的請求権理論の批判補説」法学教室 68 号 6 頁（1986）。

128) 舟橋・前掲注（127）② 384-385 頁。同・前掲注（65）5 頁も参照。

129) ①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 165 頁（1959）、②同「Jus ad rem とその発展的消滅——特定物債権の保護強化の一断面」法学研究 3 号 179 頁（1961）、③同「賃借権に基づく妨害排除請求権」契約法大系刊行委員会編『契約法大系 II（賃貸借・消費貸借）』166 頁（有斐閣、1962）。

のためのものであるからこそ、その価値を確保しうる限りではこの峻別を緩和することが許される。このような観点から見ると、なす債務と特定物に関する与える債務とを区別することは重要である。というのも、なす債務は債務者の行為・意思をその実現に不可欠とするものであり、人格保護の観点から自由意思を無視することは許されないのに対して、特定物の与える債務はそのようには言えないからである¹³⁰⁾。そして、第二契約者との関係と一般第三者との関係を分けて考える。まず第二契約者との関係では、自由競争の観点から債権は相対的なものとされているところ、その競争が不当なものであるときは相対性を緩和しても弊害はないはずである。したがって、第二契約者に対して債権者が保護されることを認めてよい¹³¹⁾。対一般第三者関係においては、債権の相対性の意義は他人の権利への侵害の防止にある以上、一般的に債権に基づく物権的請求権や不可侵性に基づく損害賠償を認めるべきではない。しかし、他人の権利を侵害しないという目的に反しない限りで相対性の緩和が認められ、この観点から、処分権者を債務者とする債権の場合には妨害排除権を認めるべきである¹³²⁾。

好美の見解は、絶対性／相対性の区別を近代という歴史に位置付ける点において川島と共通性を持つ。そして好美は、「絶対性」に権利実現の内容という意味も持たせ、絶対性によって物権的請求権を基礎付けて、基本的に物権的請求権を物権固有の効力とする（さらには債権侵害による不法行為とも距離をとる）。このような好美の見解は、物権と債権の区別を絶対性／相対性に求め、債権の不可侵性を否定することによって第一ジレンマを回避するという伝統的な絶対性／相対性論に近いものと言える。ただ好美は、絶対性／相対性の区別を設けた意義を損なわない限りで峻別の緩和を認めるのである。

於保¹³³⁾は支配権たる性質に物権的請求権の根拠を求める。於保の理解

130) 好美・前掲注(129)②373-375頁、405頁。

131) 好美・前掲注(129)②412-414頁。

132) もっとも好美は、対抗要件の具備も要求する。理由は、対抗力ある賃借権は「物権へと生成しつつある権利として動的に把握」(好美・前掲注(128)①307頁)することができるからであるとか、「対抗」するということはそれは処分権者(債務者)からの譲受人に対抗するということであってそれは債務者が処分権を持っているということであり、処分権者を債務者とする債権については物権的請求権を認めるべきであるから(好美・前掲注(129)③184-185頁)などとする。

133) 於保不二雄「物権的請求権の本質」法学論叢70巻2号1頁(1961)。

によれば、不可侵性により債権侵害による不法行為や物権的請求権が認められるに至り絶対性／相対性の区別は捨てられ、支配権／請求権によって物権と債権が区別されるようになってきているところ、支配権の中身の分析こそが必要である。支配権は対物的・内面的な支配力と対外的な支配力（排他力）に分けられ、後者はさらに両立し得ない物権間の優先的効力としての対抗力と、物を支配する権利を有しない者が妨害をなす場合にそれを排除する効力としての追及力に分けられる。於保はこのうちの追及力によって忍容請求権としての物権的請求権が認められるとする。もっとも、対抗力と追及力を合わせた排他力とはつまるところ物を支配する権利を有する第三者とそうでない第三者の双方に対して権利を実現しうる効力と理解することができ、これは権利内容の実現を含む意味での絶対性と言える¹³⁴⁾。さらに於保においては排他性と直接支配性は表裏一体の関係なのであるから¹³⁵⁾、於保が追及力あるいは支配力に基づいて物権的請求権を基礎づけるというとき、それは上記の意味での絶対性によって基礎付けるものと異ならない。なお、於保は追及力自体からは忍容請求権しか導かれませんが、政策的観点から行為請求権を物権の効力として認めることも否定しない¹³⁶⁾。

中井¹³⁷⁾は好美と同様の論理によって、物権と債権の峻別を支持して物権的請求権を物権固有のものとしつつ、峻別の目的が害されない限りで例外を認める。また、物権的請求権の根拠となる物権の性質については於保の見解を援用して追及力に求める。すなわち、物権と債権の対物権（物に対する直接かつ排他的支配権）／対人権（債務者の行為を媒介とする給付内容の実現）という区別は、私有財産の保障、債務者の自主性の尊重、自由契約の原則の確立に奉仕すべく成立したものであり、これらの価値は法主体性の確立、自由競争、債権者平等の原則、物権という財産法秩序への干渉排除等としてなお今日のなものであるから、これを否定すべきではない。不可侵性概念のような本来不法行為での問題処理のために生じたも

134) 2.2.4. (3) での於保の見解の検討箇所参照。

135) 2.2.4. (3) での於保の見解の検討箇所参照。

136) この部分の於保の見解をもって、根源的には権利割当秩序としての法の目的あるは法の存在意義によって物権的請求権を正当化するものであるとし、物権にとどまらず法益一般に対して差止請求権を認める論理を見出すものとして、根本・前掲注（64）358頁以下。

137) 中井美雄「不動産賃借権に基づく妨害排除」同『民事救済法理の展開』46頁（有斐閣、1981）〔初出、立命館法学59号29頁、62号55頁（1965）〕。

のを物権的請求権の根拠とすべきではなく、物権的請求権は物権固有の追及力によるものである。とはいえ、支配作用を含む不動産賃借権も一律に対人権として構成することにも問題はある。この点、不動産賃借権については自由競争の確保や物権財産法秩序への干渉という問題は考慮する必要がなくなっていると言えるため、対抗力を備えるなどして物権的な効力を与えられた利用権的債権は妨害排除的保護を与えてよい。中井の見解は好美と於保の延長にあるものであり、本稿の観点からは、権利内容実現の意味を含む絶対性に基づいて物権固有のものとして物権的請求権を認める立場と言える。実際に中井自身も、上記の「対物性、対人性という意味での絶対性、相対性という概念は、今日においても、否定し去ることはできない」¹³⁸⁾としている。

(3) 公害差止訴訟以後——「権利論」による問題提起

以上の議論は主に 1953 年以降の賃借権に基づく妨害排除請求権についての一連の判例の余波であった。他方でこれらの議論の以降、1960 年代から 70 年代にかけては公害が社会問題化し、4 大公害訴訟の当時は損害賠償が主な問題であったところ、70 年代に入ってからは大阪国際訴訟を典型として差止めが問題となっていく。ここでは特に人格権や環境権に基づく差止請求権、あるいは受忍限度論などが論じられたが、本稿の観点から特に言及しておくべき議論は、環境権の提唱を端緒とする権利論の復権ともいべき動きである。

この議論を提起したのは原島による論文「わが国における権利論の推移」¹³⁹⁾である。原島の指摘は、「わが国において、法解釈学上の権利論はしっかりと根を下ろすところまでゆかなかった」¹⁴⁰⁾というものである。それでは原島がここで言う「権利論」とは何か。それは「権利侵害は、違法阻却事由なき限り、ただちに違法であり、差止請求の理由となる」という原則である¹⁴¹⁾。この原則に対する例外は、個別的・具体的例外規範があつて初めて問題となりうるのであって、経済的効用の観点から例外を認めること

138) 中井・前掲注 (137) 74 頁。

139) 原島重義「わが国における権利論の推移」同『市民法の理論』445 頁 (創文社、2011) [初出、法の科学 4 号 (1976)]。

140) 原島・前掲注 (139) 446 頁。

141) 原島・前掲注 (139) 513 頁。485-486 頁も参照。

は許されない¹⁴²⁾。このような権利論からすれば、鳩山の差止請求権論、我妻の相関関係論や適法行為による不法行為論、川島による支配権と責任の分化論における差止めと賠償の混同、来栖による実証主義的権利論¹⁴³⁾は権利論の未確立を示すものである。それに対して違法性徴表説を提唱した末川は、決して権利侵害を違法性へ《読みかえた》のではなく、あくまで権利侵害がなくても違法となりうる余地があることを示したにとどまるのであって、権利侵害があれば違法であるという原則を否定したわけではない。原島においては差止請求権は、市民個人に帰属する支配領域、自由領域に対する侵害によって直ちに違法なものとして認められるものである¹⁴⁴⁾。このような意味で、原島においては権利侵害即違法という「権利論」における権利には債権は含まれていない¹⁴⁵⁾。

このような原島の見解の影響のもと、物権的請求権を物権固有の効力として理解する立場が現れた。最初に現れたのは玉樹の見解¹⁴⁶⁾である。玉樹は、物権的請求権を直接支配性・排他性によって認められるものとし、それは財貨帰属秩序と現実の不一致を是正するものであって、不法行為が担う原状回復とは明確に区別すべきとする。

原島の指摘を継承するものとして、川角の一連の研究がある¹⁴⁷⁾。川角の研究は、所有権（物権）とは何かという問いにまで遡り、原島の提起した「権利論」の未確立という問題を物権的請求権について追求したものである。その内容は重厚な歴史研究であるが、本稿の関心との関係でごく簡単に以下のように整理しておく。

所有権ないし物権の本質については、次の二つの基本的立場がある。ひとつは、所有権とは人と人との関係であり、万人に対する請求権の集合で

142) 原島・前掲注（139）514頁。

143) 権利を意思や利益などの内容を目的とするものではなく法（規範）そのもの、あるいは形式ないし保護と見る権利観を指す。来栖はこのような権利観に基づいて、709条の権利侵害の成否について相関的判断を認めている。

144) 原島・前掲注（139）517頁。

145) 原島重義「法と権利に関するひとつの試論」同『市民法の理論』60頁（創文社、2011）。

146) 玉樹智文「妨害排除請求権の機能に関する一考察——ドイツにおける議論を巡って」林良平先生還暦記念『現代私法学の課題と展望 中』127頁（有斐閣、1982）。

147) ①川角由和「近代的所有権の基本的性格と物権的請求権との関係（1）・（2・完）——その序章的考察」九大法学50号61頁、51号27頁（1985）、②同『物権的妨害排除請求権の史的展開と到達点』（日本評論社、2019）。

あるとするものである。もうひとつは、所有権は人と物との関係であり、物に対する支配ないしは法的利益の帰属（割当て）であるとするものである。前者の所有権観からは、物権的請求権と不法行為との境界は曖昧なものとなり、要件においては過去の違法性、行為態様を加味した相関的判断、過責といったものが問題となってくる。また責任内容としては忍容請求権に「論理必然的」に「たどり着かざるを得ない」¹⁴⁸⁾。他方で後者の対物権的な所有権観からすれば、物権的請求権は権利帰属秩序＝権利割当の侵害に基づいて認められる状態責任である。これは権利割当と現状のズレに対する物的なリアクションとして、そのズレを矯正する制度であって、原状回復を目的とする不法行為制度とは明確に区別される。要件に関しても、客観的なズレを矯正するリアクションである以上、相関的判断は否定され、行為態様や過責は要件とはならない。妨害者の責任内容は「自らの行為によって、自らの権利篡奪の地位を放棄すること」であり、行為請求権である。

このような対立的構想のうち、川角は明示的に対物権ないし割当内容としての所有権理解の立場をとる。すなわち川角は、川島の責任説批判の文脈においておおよそ次のように述べる。確かに物権は人と人との関係ではあるが、それでもやはり、資本主義を存在基盤とする《近代的》所有権は、その存在基盤に規定されて《人と物との関係》としてしか認識され得ない、と¹⁴⁹⁾。それゆえに、「そもそも、物権的請求権は、いわば物と物との関係を規律するものであり、人と人との関係を規律する債権的請求権とは全く無関係」なのである¹⁵⁰⁾。

このように、川角の理論は所有権の本質に基づいてその内在的効力として物権的請求権を認めるものである。しかし、川角が重視するのはあくまで所有権における権利ないし法益の割当てという本質であり¹⁵¹⁾、それが認められる限りで所有権と同じ保護が認められることになる。つまり、所有

148) この点に対する批判として、根本・前掲注(64) 373頁以下。それに対する反論として、川角由和「物権的妨害排除請求権・再論(1)——根本尚徳(著)『差止請求権の理論』(2011年)のご指摘に答える」龍谷法学 50巻1号 418頁以下(2017)。

149) 川角・前掲注(147) ① 50号 110-111頁、119-120頁。

150) 川角・前掲注(147) ② 177頁。

151) 川角は、所有権の排他的支配性そのものに近代的所有権の特質を求めるのではなく(川角・前掲注(148) 440頁)、所有権がもつ割当内容こそが近代的所有権の本質であるとする(同 419頁)。

権は割当帰属の典型であるに過ぎず、保護法規であっても法秩序が割当機能を付与している場合や、債権などの主観的権利ないし法益であっても割当帰属が認められる場合には、差止請求権が認められる。そもそも物権は財貨帰属秩序として秩序の一部をなし、物権的請求権はこの秩序の乱れに対する反応であるから、財貨帰属秩序以外の人格秩序や競争秩序、環境秩序、あるいは債権の帰属性においてもそれに反する現状があれば物権的請求権と対応するような差止請求権が認められるのである¹⁵²⁾。そして、これらの差止請求権も帰属秩序に対するズレに対するリアクションとして認められるものであるから、そこに受忍限度論のような相関関係の利益衡量は入り込まず、原則として差止請求権が認められることになる¹⁵³⁾。

以上のように川角の見解は、物権においてもそれ以外の権利ないし利益においても物権的請求権や差止請求権が認められうるとするものであり、物権の対物的支配権としての性質は、物権的請求権の有無を決定する指標ではない¹⁵⁴⁾。

原島によって提起された「権利論」問題に対して、玉樹や川角は物権の本質に基づいて権利内容実現の権利を導くことによって応えようとするものであった。他方で、差止請求権の根拠を直接支配性以外に求める立場から「権利論」に応えようとするものもある。

根本の見解¹⁵⁵⁾はそのようなものとして理解することができる。根本によれば、物権的請求権に関する伝統的理解は「権利」（排他的支配権）を根拠として物権的請求権を認めるが、そこでは要件判断において利益衡量は認められない。しかしこれでは、競争秩序違反や環境破壊行為などの差

152) 川角・前掲注(147)②193-194頁、291頁。また、ピッカーの見解としてであるが川角・前掲注(148)428-429頁、同「物権的妨害排除請求権・再論(2)」龍谷法学50巻2号260頁以下、291頁以下(2017)、同「物権的妨害排除請求権・再論(8)」龍谷法学52巻2号181頁(2019)。なお、債権の帰属性は原則としては当事者間で認められるが、それ以外の範囲でも認められうることが示唆されている(川角・前掲注(147)②297頁、同「物権的妨害排除請求権・再論(8)」181頁)。

153) 日照権に関する記述として、川角由和「物権的妨害排除請求権・再論(4)」龍谷法学51巻1号434-435頁(2018)、国立景観訴訟の分析における記述として、同「物権的妨害排除請求権・再論(6)」龍谷法学51巻3号568頁(2018)。

154) 根本・前掲注(64)386頁は、これは川角が物権的請求権の実質的根拠を(権利割当規範としての)法秩序(財貨帰属秩序)の存在意義に求めているからであるとする。

155) 根本・前掲注(64)。理論全体の要約については同10頁以下、388頁以下参照。

止めが求められている新しい問題に対処することができない。そこで、「権利」以外を根拠とし、利益衡量を認めるような差止め制度が求められる。そのようなものとして根本は、権利割当規範としての法秩序の存在意義を根拠とし、独立の法制度として差止請求権を理解する構想を提示する。

これによれば、差止請求権は権利に内在する性質ではなく、利益を保護する必要性に基づいて権利の外から与えられる救済である。したがって差止請求権は、諸事情の比較衡量の結果として法益が違法に侵害されて保護の必要性がある場合に認められることになるが、どのような場合に保護が最適となるかは法益の性質を個別に考慮する必要がある。そのような観点から考えるとき、物権のような「権利」については、その排他的支配性を根拠として主観的事情や利益衡量を許さない強力な保護が与えられ、故意または過失を必要とせず、客観的侵害があれば原則として直ちに違法となる¹⁵⁶⁾。このような要件は物権が排他的支配性を持つことによるのであるから、それ以外の法益に同様の要件を及ぼすことはできず、「権利」以外の法益については相関的な利益考量による柔軟な判断が求められる。

このように、物権の請求権ないし差止請求権の根拠を直接支配性以外に求める見解においても、直接支配性が根拠としてではなく要件論においてのみ機能していることが分かる¹⁵⁷⁾。

156) 根本・前掲注(64) 109頁、394頁。

157) なお、初出は原島の論文以前のものであるが、差止めの一般理論の検討という文脈で権利の絶対性の意義を検討したものとして、藤岡康弘『損害賠償法の構造』(成文堂、2002)所収の「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」がある[初出、北大法学論集 21 巻 1 号 108 頁(1970)]。藤岡は、金銭賠償と差止めに通底する権利(絶対権)概念が持つ意義を検討している。それによれば、権利という概念の意義は、保護される利益は何かということと、どのような場合に違法性が認められるかというを示すことにある(327頁、352頁)。しかし現在では、権利(絶対権)以外にも差止めが必要とされているし、また要件判断において利益衡量がなされる。このことは差止めに限らず、「権利」以外にも保護を与えようとする不法行為法の違法性論にも見られるし、物権的請求権においても、現実には画一的に請求権が発生するわけではない(405-407頁)。このことから、権利概念が果たしていた意義は失われつつあるのであり、権利説の前提が動揺していると言える。したがって、いまや権利という法律構成を離れて、単に「利益」そのものに注目すればよい。ただし、あらゆる利益に差止めが認められるのではなく、「社会的に是認され定型化された利益」に限られる(329、408頁。その根拠については399頁)。ただし、同時に藤岡は、本来の物権的請求権においては特別の場合に利益衡量はなされず、この点で絶対権概念の実益があるとする(411頁脚注44)。このような藤岡の見解においても、物権の特徴としての絶対性はもはや権利内容実現の効力の根拠ではなく、原則として利益衡量を排除するという要件論においてのみ意義を持つものと言えよう。

本項の検討をまとめると、以下の通りである。物権的請求権の根拠を末弘が不可侵性に求め、我妻が直接支配性に求めて以降、物権的請求権を権利一般の特徴によって導くものと物権固有の特徴によって導くものが主張された。前者に含まれるものとしては、不法行為説、舟橋説などがある。それに対して物権固有の性質によるものとして、排他性によるもの（柚木）、絶対性によるもの（好美）、直接支配性によるもの（於保、中井、川角）があった。つまり、直接支配性はなお物権固有の特徴とすべきとする見解は存在する。しかし本項での検討によれば、これらの見解は、直接支配性の実質を“権利内容実現の意味を含む絶対性”とするものであったり、あるいは相関関係的判断を否定するために直接支配性を援用するものであった。そうであるとなると、直接支配性は義務違反に対する救済を権利内容の実現とすることを含む絶対性の意味に読み替えられているか、あるいは物権的請求権の存否を決めるものではなく、相関的判断を許さないということの根拠として用いられているに過ぎない^{158) 159)}。

158) もっとも、物権的請求権においても利益衡量を認めざるを得ないとする見解も存在する。例えば、大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察（2）——物権的妨害排除請求権と不法行為に基づく請求との交錯」法学協会雑誌 103 巻 6 号 103 頁（1986）、同「生活妨害の差止に関する基礎的考察（7）」法学協会雑誌 107 巻 3 号 157 頁（1990）。ただし、大塚も別の形で要件論を二元的に把握している。すなわち、加害者の主観的態様が重視されるか否かという観点から生活妨害を積極的侵害と消極的侵害とに区別し、いずれも受忍限度論による利益衡量に開かれてはいるが、積極的侵害では原則的に侵害が差止められるべきであるという思考方式がとられるべきであるのに対し、消極的侵害では正面からの利益考量によって決するという違いがあるとする（同「生活妨害の差止に関する基礎的考察（8・完）」法学協会雑誌 107 巻 4 号 16 頁（1990））。もっとも、具体的な要件の提示部分においては、生命・健康に対する侵害以外では比較衡量が必要とされている（同 64 頁、40 頁）。

159) このような二元的な要件設定は、差止めだけでなく金銭賠償においても（あるいは金銭賠償を含めて）説かれることもある。このような理解は、特に権利論の文脈においてなされている。例えば藤岡は、「権利の法実現」という不法行為法の制度目的から、709 条の「権利」は「権利の保護」という制度目的、「法律上保護される利益」は「あらたな利益の法実現」という制度目的を担うものとして解釈し（①藤岡康弘『民法講義 V 不法行為法』87 頁〔信山社、2013〕）、前者は権利性が確立されているものであるの故とではそれがどのように保護されるかが問題となるのみであるのに対して（129 頁）、後者ではあらたな利益の要保護性と保護の態様が問題となるため、侵害行為の態様の評価が問題となる（193 頁）とする（②藤岡康弘「法の国際化と日本型不法行為法の構想」同『法の国際化と民法』104 頁〔信山社、2012〕〔初出、「日本型不法行為法モデルの提唱——新時代の展望」法律時報 78 巻 8 号 28 頁（2006）も参照）。この二論においては、必ずしも物権が前者、債権が後者と過不足なく対応するものではないが、所有権は排他的な割当内容があり、絶対的要保護性を起点とすることができるが、債権は第三者の利益を衡量する必要がある、「権利」ではなく「法益」の保護が主題となると

2.2.6. 近時の状況

ここまで、物権の性質として排他性が抽出されたもののおお直接支配性が物権の特徴として維持されてきたこと、しかしそれは物権の効力のうち債権に対する優先性と物権的請求権を基礎づけるという意味を持っていたこと、しかし直接支配性は《権利はおよそ人との関係である》という強力なテーゼと矛盾するため、それをフィクションとして扱うか、実質的に直接支配性を対人関係性に還元することによって対処されていること、また物権的請求権に対しても、基礎づけよりもむしろ要件の点で相關関係の考慮を認めないという主張と結びついていること、を見てきた。このような理論的背景のもとで近時の教科書類では、物権の特徴として直接支配性、排他性、絶対性が並列的に説明され、ときには絶対性は債権侵害による不法行為が認められることにより物権固有の特徴とは言えないとされるか、そもそも言及されないこともある¹⁶⁰⁾。

されている(上記・藤岡① 89 頁、288 頁)。また山本(敬)は(ただし、藤岡と山本(敬)の権利論が根本的基盤において異なっていることについては、①山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究 5 号 119 頁を参照〔2008〕)、憲法上の基本権としての権利・自由の保護とその調整という制度目的を持つ不法行為法理解に基づいて(②同「不法行為法学の再検討と新たな展望——権利論の視点から」法学論叢 154 巻 4=5=6 号 292 頁〔2003〕)、不法行為の要件を権利の過少保護の禁止と過剰介入の禁止の観点から調整するためのものとした上で(上記・山本(敬)① 90-93 頁)、その調整の結果として「それが侵害されれば原則として差止請求や損害賠償が基礎づけられるというルール」が確立しているのが支配権であり(支配的権利。そのため、権利侵害要件とは別に故意・過失を問題にすることができる)、そうではなく絶対的な決定権として確立していないものについてはさまざまなレベルでの権利間衡量が行われる(相關的権利。そのため、故意・過失の判断と重なって両者が権利侵害要件と一元化されやすい)、とする(上記・山本(敬)① 129-130 頁)。また、山本敬三「不法行為法における『権利又は法律上保護される利益』の侵害要件の現況と立法的課題」別冊 NBL 155 号 98-103 頁(2015)は、このような観点から支配的権利と相關的権利の侵害要件についてある程度確立していることとされる準則をまとめている。本稿の観点からは、これらの権利二元論は、その理論的基礎や細かな違いを措くと、権利内容あるいはそれに対する違反を画一的に決定するか、それとも個別事情を考慮して決定するかという判断様式の違いという共通性を持つものであり、排除権とガバナンスの一形態と言える。ただし、ガバナンスにおけるルールの決定者が立法府ないし裁判所であるため、本稿のモデル分析がそのままではまるわけではない。第三者主体がルールを設定するガバナンスの場合については、脚注(44)を参照。

160) 債権と区別する特徴として位置付けられなくなったとするものとして、内田貴『民法 I』486 頁(東京大学出版会、2008)、七戸克彦『物権法 I』9 頁(新世社、2013)。言及しないものとして、佐久間毅『民法の基礎 2 物権〔第 3 版〕』3-4 頁(有斐閣、2023)。他方で無条件に物権の特徴であるとするものとして、河上正二『物権法講義』10 頁(日本評論社、2012)。物権は絶対的権利であり、他方で債権は第一義的には債務者を相手とする相対的権利であるとするものとして、

こうした中、明確に絶対性／相対性を物権と債権の区別メルクマールとした上でこの基本的な二つの権利様式から民法体系を構築するものとして、加藤雅信の理論¹⁶¹⁾が注目される。加藤の理論は物権の絶対性と債権の相対性から出発して、物権の諸効力の説明、債権侵害論、物権的請求権、物権法定主義と契約自由の原則やその他の周辺制度まで及ぶ壮大なものである。ここではこれまでと同様、本稿の関心の観点から要点のみを取り上げる。

理論の起点は物権の絶対性と債権の相対性である。権利は究極的には人と人との関係であって、物権は「万人に対する不作為請求権」である。物に対する権利として構成されることがあるのは、不作為義務の主張の機縁が物と被請求者との接触等にあるために「一見物に対する権利のような外観を呈する」に過ぎない。それに対して、債権は特定の人に対してのみ主張しうる権利である。この意味で、物権と債権の違いは絶対性／相対性にある^{162) 163)}。

物権の効力としての排他性と優先的効力は、物権が絶対権であり債権が相対権であることによって論理的に導かれる。まず物権の排他性は、物権の絶対効の帰結である。物権には絶対効があるために権利者が複数いれば、相互に権利内容を主張することができるようになってしまうため、ひとりのみを権利者として扱う必要がある。そのために物権の排他性が生じ

安永正昭『講義 物権・担保物権法〔第4版〕』7頁（有斐閣、2021）。「物権の絶対性と債権の相対性」という区別を「物権と債権の根本的な権利構造の違いとして維持すべきだと主張」しつつ、絶対権を「対象についての独占的・排他的な支配権であり、対象から得られる利益の享受をだれに対しても主張できるという意味」と定義し、相対権は「債務者の給付行為を求める請求権であり、債務者にしか権利の実現や利益享受の正当性を主張できない」と定義する見解として、松岡久和『物権法』296-297頁（弘文堂、2017）。

- 161) ①舟橋諄一ほか「財産法の今日的課題」Law School 3 巻1号33頁以下（1980）〔加藤雅信発言〕、②加藤雅信「物権・債権とは何か」同『民法ゼミナール』57頁（有斐閣、1997）、③同「物権・債権峻別論の基本構造」ジュリスト1229号65頁（2002）、④同『新民法大系Ⅱ 物権法〔第2版〕』19頁以下（有斐閣、2005）、⑤同『新民法大系Ⅲ 債権総論』267頁以下（有斐閣、2005）、⑥同『新民法大系Ⅴ 事務管理・不当利得・不法行為〔第2版補訂〕』180頁以下（有斐閣、2007）。

- 162) 加藤は絶対性の意味に関して、所有権の絶対というときには絶対的・非拘束性と対世効の二つの意味があるとする。ただし本稿の枠組みからすれば後者の絶対性はさらに不可侵性のみにとどまるのか、それとも権利内容実現の要素まで含むのかが区別されるべきである。

- 163) 加藤は債権の相対効の例外として、契約が連鎖的に存在している場合があるとする。加藤雅信「債権関係の対第三者主張」同『現代民法学の展開』342頁（有斐閣、1993）〔初出、法政論集88号（1981）〕、加藤・前掲注（161）⑤277-279頁。

る¹⁶⁴⁾。また、物権が債権に対して優先的効力を有するのは、物権に絶対性があり債権には絶対性がないことによる。物権者は誰に対しても権利を主張できるのであるから債権者に対しても主張できるのに対して、債権者は物権者には主張できないからである。

さらに、債権に排他性がないことや、債権の内容は公示されておらずその存否や権利者の確定が困難であることから、債権侵害の不法行為は原則として成立しない。排他性については、債権侵害による不法行為の成立を一般的に認めると、債権に排他性を認めないことの実質が潜脱されてしまうからである。債権侵害の不法行為が成立するか否かは、被侵害利益の性質、行為態様、行為者の内心等を総合考慮することによって決まる。かくして、不法行為は絶対権侵害と相対権侵害の二元的構成をとることになる¹⁶⁵⁾。

物権的請求権が認められる根拠は、損害賠償しか受けることができないのでは、目的物に対する直接の支配権である物権が機能しないからである¹⁶⁶⁾。物権的請求権は物権が絶対的であることにより義務者の意思に基づかずに存在するものであるから、その義務内容は最小限のものであるべきである。したがって、物権的請求権は忍容請求権となる¹⁶⁷⁾。債権は相対的効力しか持たないので、債権に基づく妨害排除請求権は認められない。しかし、対抗力を備えた賃借権は「だれに対しても主張しうる絶対的効力を有するので」その内実は物権と同一であるから、妨害排除請求権も当然に認められる¹⁶⁸⁾。

物権は絶対的なものであるために、義務者は自己の意思に基づかずに拘束されることになる。そのため、義務内容を物権設定者間の自由に任せるべきではない。これが物権法定主義の根拠である。また、財貨の流通性確

164) 加藤・前掲注(161)④27頁は債権の非排他性の例外として、債権の二重譲渡を挙げる。

165) もっとも加藤・前掲注(161)⑥191頁は債権の帰属侵害は不法行為の文脈では絶対権侵害と同じであるとする。

166) 加藤・前掲注(161)④40頁。加藤において物権は絶対権であるはずであるから、ここにおいて加藤の絶対性には権利内容実現という効力が当然に含まれていることが分かる。

167) 他に、自己の物権的支配の貫徹を欲した者が費用を負担すべきという理由を述べる箇所もある。加藤・前掲注(161)④38頁。

168) 加藤・前掲注(161)⑤276-277頁。しかし、対抗要件は第二譲受人等への対抗を可能にするものであって、一般第三者に対する主張とは無関係であるという指摘は古くからなされてきたところであり、それとの問題は不明である。

保という目的も物権法定主義の根拠のひとつである。内容が定型的に定まっていることにより、何を譲り受けるのかが分かり、譲受人の安心感を高めるからである。他方で契約に基づく債権は相対的であるから、その内容を当事者の自由に任せてもよい。これが契約自由の原則が認められる所以である。

それでは、このような絶対権としての物権と相対権としての債権が存在することの意義は何か。加藤はこの点についても興味深い指摘をする。加藤によればそれは社会の複雑性である。すなわち、社会経済活動は複雑であるため、様々な強度の権利が必要とされる。その要請にこたえるのが絶対的な強い権利としての物権と相対的な弱い権利としての債権であり、これらはあくまでさまざまな連続的権利が社会的に要請されている中の典型的なカテゴリーに過ぎない¹⁶⁹⁾。

以上が加藤の理論の概要であるが、本稿の観点からすれば、権利はおおよそ人との関係であるというテーゼを基礎として絶対性／相対性の区別から理論体系を構築するこの理論は、排他性を抽出しつつも直接支配性をなお保持し続けた日本の議論にとって、絶対性／相対性によってどこまで説明することができるのかを明らかにするという意義がある。従来議論において直接支配性が必要とされていた物権の債権に対する優先的効力を、加藤は絶対性から説明している¹⁷⁰⁾。反対に、もう一つの直接支配性の出番として物権の請求権の正当化があったが、この点については加藤においてもなお直接支配性が援用されている。これは、「絶対性」から権利内容実現の要素を導くことが困難であることを示すものとも見うる。すなわち、最低限の意味としての絶対性たる不可侵性から、当然に救済としての権利内容実現が導かれるわけではないことを示している。

2.2.7. 小括

以上によれば、末弘によって絶対性が不可侵性と排他性に区別されて以降、直接支配性は必ずしも具体的帰結において物権と債権を区別するメルクマールとして機能していないように思われる。むしろ、物権と債権の区

169) 舟橋他・前掲注(161)①37頁〔加藤雅信発言〕。

170) もっともすでに見たように、鈴木はすでにこのような方法で債権に対する優先的効力を説明していた。

別は排他性に求められている¹⁷¹⁾。このことは、排他性概念が抽出されてもなお直接支配性を維持した我妻においてすでに理解されていたように思われる。というのも、我妻は岩波『物権法』以前に次のように述べている。「私はこの排他性が物権の諸種の効力を生ずる最も根源的な特質なりと考へる」。ではなぜ物権は排他性を有し債権は有しないのか。「人類の社会生活に於てはかくの如き兩種の財産権を必要とすると答へる外はない。他人を排斥して唯一つの権利を成立せしめその利用を確保する制度も必要である。然し他に同一の権利の既に成立せるやいなやを問はず一とまづ特定人の義務として無制限に成立せしめ、各権利者が究極の目的を達し得るや否やは、当事者間の対人関係として決済せしむることも亦取引関係の敏速と自由競争とを達成するに缺くべからざることである。これが法律が排他性ある権利と然らざるものとを共に認むる所以である」¹⁷²⁾。つまり、物権と債権を実質的に区別しているのは排他性であり、直接支配性は排他性およびそれによって生じる諸効力を示すための直感的な表現に過ぎない。物権の本質論において、直接支配性がたびたびフィクションとして扱われてきた所以もこのように理解することができる。

それでは、排除権／ガバナンス理論を、排他性がある権利とない権利とに適用できるだろうか。この問題については、二つの理由により可能であると考えられる。一つは、潜在的な第二譲受人は不特定多数であるから、多数者に対して一律に権利を確定する排除権のモデルは、第三者を潜在的譲受人に限定した範囲で応用可能である。二つ目は、たとえ契約上の権利（債権）も一般第三者に対して対抗できるためその意味で債権も対多数者性という性質を持つとしても、排除権／ガバナンス理論は、なぜそうなるのかということについての説明を与えることができる。契約上の権利が一般第三者に対して義務を課すということは、その限りで《権利》が形成されていることを意味する。そしてなぜ契約上の権利に不可侵の義務に対応する《権利》が設定されるかという、権利を創設するコストが権利創設

171) 瀬川信久「物権・債権二分論の意義と射程」ジュリスト 1229 号 109 頁、115 頁（2002）は、物権と債権の区別の根拠が論じられるようになったのは排他性の有無に両者の違いを求めるようになってからであり、新たな二分論の中心にも排他性が存在し続けるだろうとしている。

172) 我妻・前掲注（96）① 316 頁。同・前掲注（96）③でも、「これが債権と物権との両者が認められる根本の理由である」（11 頁）としている。

の利益よりも小さいからである¹⁷³⁾。そして、もし物権は画一的に保護されるのに対して契約上の権利の保護については諸事情の考慮や類型化がなされるのであるとすれば、物権が画一的に保護される理由は、物権の場合には権利の対象となっている資源の価値が多様であるとしても、それを《侵害するな》という義務を課すことによって保護されるという点においては各種の資源において共通であるから、一律に義務を課しても消失コストが小さいこと¹⁷⁴⁾、《侵害するな》という一律で誰もが知りうるルールであることによって調査コストが極めて低く抑えられること¹⁷⁵⁾、によって説明できる。また、契約上の権利が個別的に保護される理由は、契約上の権利の価値や内容は多様であり、それを保護するために求められる義務内容も多様であること、に求められる。もっとも、個別的に保護ルールを設定する場合には、調査コストにも配慮することが求められよう。このような説明は、なぜ物権によって課されている義務が《侵害するな》という消極的なものであるかをも説明することができる。排除権が多くの場合に「排除」の権利であることの理由は、消極的義務はほとんどすべての資源において求められる共通のルールであることと、その内容を容易に認識しうるものであることによる。

排除権／ガバナンス理論を日本の物権と契約という権利形態に適用することができるならば、1.3.5. で得た含意がそのまま当てはまる。したがって、 n が大きいほどすなわち排他性が問題となるような潜在的な競合的権利者の数が多いほど、つまり市場が大きく流通性が高いほど、物権としての形態が望ましい。もしそのような競合的権利者が多数の場合に、全ての

173) したがって、社会の発展に伴って契約上の権利の価値が高くなるほど、債権侵害を認める法制度が創設されやすくなるだろう。これは Demsetz 仮説から導かれる帰結である。

174) この点は、1.3.5. の二つ目の含意と関係する。《侵害するな》というルールを創設することによって得られる利益が共通であるということは、侵害することによって生じる害悪が共通であることを意味する。これは、先のモデル分析における h_1 と h_2 の差が小さいことを意味し、両者の差が小さいほど排除権が望ましいという含意と合致する。

175) モデル分析における c が低いことを意味する。全ての資源について権利者以外の者が侵害してはならないというルールが設定されていれば、個人は当該資源について自分が権利者でないことを知ってさえいればそれを侵害してはならないことが分かるのであるから、調査コストはほぼゼロに近いと言ってよいだろう。他方で、公道は誰でも使うことができるため公道か私道かは義務内容を知るために必要な情報となるが、どちらなのか明らかでないこともしばしばある。私道に看板等が立てられているのはそのためである。

競合的権利者との関係で自ら契約をして権利義務関係を定めなければならないとすれば、多大な確定コストがかかるからである。それよりも一律で当該権利を対抗可能なものとしておき、個別に調整すべき点があればその点についてのみ自ら契約によって調整すればよい。

次に、各競合的権利者との権利義務の内容が個別に大きく異なるような場合には、契約によって定める方が望ましい。各当事者間での利害状況が大きく異なれば、一律に決めたとしてもそれは当事者にとって望ましくないものとなるだろう。取引費用が十分に大きければそのような利益消失は、契約によって解消されることはない¹⁷⁶⁾。この意味で、物権は多くの人が同じような内容を望む場合に望ましくなり、契約は各自が異なる内容を望む場合に望ましくなる。

第三に、潜在的な競合的権利者が自己の負担（義務）内容を知るためのコストが大きい場合には、物権は非効率なものとなる。物権は義務者の合意なく設定されるものであるから、その内容を知るためには調査コストがかかる¹⁷⁷⁾。潜在的な競合的権利者は、自己が権利を取得することが望ましいかどうかを知るために、調査コストをかけるだろう。調査コストをかけて望ましいことがわかれば権利を取得し、そうでなければ取得しない。調査コストが十分に高ければ、そもそも調査をしないために望ましいはずの権利取得がなされないかもしれない。したがって、物権という制度を用いる場合にはこの調査コストをいかに低減させるかが重要な課題となる。これが、物権システム固有の原理が生まれる理由であり、実際に物権システムはそのための固有の原理を備えている。物権の対象が日本のように有体物に限られることがあったり、物権の対象が原則として一つの物に限られたりするのも、こうした理由によるものとして理解することができる。またさらに重要なこととして、物権の内容が千差万別であるとするればその内容を認識するのは困難になる。そのため、物権の内容を限定しておくことは調査コストの低減に資する。物権法定主義が生まれる理由はここにある。反対に、契約システムにおいては調査コストは問題とならない。むしろ契約の場合に特に障害となるコストは確定コスト（取引費用）である。当事

176) 仮に個別契約によって消失コストが解消されるとしても、そのために取引費用(r_g)が各契約においてコストとして生じることになる。

177) これは c である。

者が自分自身で個別に一つずつルールを確定していくため、そのコストは大きくなる。したがって、契約システムを用いる際に最も重要な課題は、取引費用をいかに低減させるかということである。これが契約システム固有の制度が生まれる理由であり、任意規定あるいは典型契約規定として定められているデフォルト・ルールがこれにあたる。次章では、これらの制度について検討する。

3. 二重システムの派生的制度

これまで見てきたように物権と契約の違いをコスト構造の違いとして理解するとすれば、物権システムを用いる場合に最も重要な課題は調査コスト c の低減であり、契約システムの場合は確定コスト（取引費用） r_g の低減である。Merrill & Smith は、排除権／ガバナンス理論を property/contract に応用する論文において、両者には情報コストの節約という意義に基づいてそれぞれに適合した法制度が結び付けられていると主張した¹⁷⁸⁾。排除権／ガバナンス理論によれば、property は権利者と権利の対象たる資源を特定し、粗いプロキシを用いて単純な画一的義務を全個人に対して一律に確定するものであった¹⁷⁹⁾。この方法のメリットは、一律に義務を確定するために確定コストが小さいことであるのに対して、デメリットは第三者に対して調査コストを課すことであった。そのため、property を効果的に用いるためには調査コストを低減させる仕組みが必要である。property においてその機能を果たしているのは、numerus clausus である。なぜならば、義務内容が定型的であれば潜在的競合権利者たる個人にとって調査コストが低くなるからである。また、義務の内容が単純であることも、調査コストの低下に資する。これは、property における義務の内容が消極的であることや、義務の範囲が客観的に観察可能で単純な基準によって確定されることの理由である。

それに対して contract は、特定の個人との関係で特定の行為について詳

178) Merrill & Smith, *supra* note 41 (*Property/Contract Interface*), at 799-803.

179) もっとも本稿の立場では、義務内容が単純であることと全義務者に対して一律であることは別個問題である。1.2.3. の内容確定コストと義務者確定コストの違いに関する箇所を参照。

細かつ精確に権利義務を定めるものであった。この方法のメリットは、詳細であるために消失コストを抑えることができ、また特定の個人との関係であるために義務者に調査コストをかけないことであるのに対して、デメリットは、特に多数者との間で権利義務を確定する必要がある場合には確定コスト（取引費用）が高くなることであった。そのため、contract を効果的に用いるためには取引費用を低減させる制度が必要である。契約システムにおいてこのような機能を果たしている制度は、デフォルト・ルールである。効率的なデフォルト・ルールは、多数者が交渉によって合意するであろう内容であるから、これを用いることによって多数の契約当事者が取引費用を節約することができる。

本章ではまず、次節において調査コスト節約のための仕組みとしての物権法定主義の意義について検討する。その次に、取引費用節約手段としてのデフォルト・ルールについて述べる。ただし、デフォルト・ルールの取引費用節約機能についてはすでに別稿で詳細に検討しているため¹⁸⁰⁾、ここでは簡単な叙述にとどめる。

3.1. 物権における派生的制度：物権法定主義

物権法定主義の正当化根拠¹⁸¹⁾に関しては、Merrill & Smithによる議論と、それに対する Hansmann & Kraakman の批判がある。ここでは両者の検討を通じて、物権を一律ルールという意味での排除権として理解する場合の物権法定主義の意義について考察することとする。

3.1.1. Merrill & Smith の情報コスト論

M&S¹⁸²⁾ は、法定主義をそのコストとベネフィットの観点から説明する。これまで述べてきたように、物権においては権利を創設することで潜在的義務者（競合権利者）たる第三者に調査コストが生じる。しかもこの調査

180) 松田貴文「契約法における任意法規の構造——厚生基底的任意法規の構想へ向けた一試論」神戸法学雑誌 63 巻 1 号 176 頁以下 (2013)。

181) *numerus clausus* の経済分析に関する初期のものとして、Bernard Rudden, *Economic Theory v. Property Law: The Numerus Clausus Problem*, in OXFORD ESSAYS IN JURISPRUDENCE: THIRD SERIES 239 (John Eekelaar & John Bell eds., 1987) がある。

182) Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*, 110 YALE L. J. 1 (2000)。

コストは物権設定の外部性であり、権利を設定するかどうかの意思決定をする主体は、この調査コストを考慮するインセンティブを持っていない。この点がM&Sの議論のポイントである。

調査コストを負担する主体には3つの種類がある。①新しい物権を設定する当事者（AとB）、②潜在的譲受人、すなわちAに留保された権利を譲り受ける者やBの権利を譲り受ける者（CとD）、③その他の市場参加者である。③には2つのタイプが含まれる。すなわち、AとBが取引をした物と同種の物について取引をする者（E, F, G, H）や、その物を侵害しないようにしなければならない者（IとJ）である。

M&Sの議論のポイントは、③のタイプの個人に生じる調査コストに着目するということである。彼らが、物権法定主義を正当化するためには①や②では不十分であり③の存在が重要であると考えた理由は、新種の物権を作り出す意思決定をする当事者においてそのコストが考慮されない、つまり外部性が内部化されないという特徴があるからである。

CやDにおいて生じる調査コストは、物権法定主義を正当化する論拠として考えられそうであるが、M&Sはこれは正当化にとって不十分であるとする。例えば、Aが自己の所有物にBのために新種の物権を設定し、その後、Aが当該目的物をC1に譲渡し、さらにC2に譲渡されたとする。このとき、C1やC2は、当該目的物にどのような物権が設定されているかを調査しなければならない。特にAから遠く離れたC2においては、過去にどのような物権が誰に対して設定されているかを調査することは容易ではないだろう。このコストを抑えるために、物権法定主義があると考えたくなるかもしれない。しかし、C2はそのようなコストがかかることを知っているのであるから、Bの物権のようなものがある可能性を考慮してC1との取引価格を決めるだろう。そしてC1も、C2への売却価格において調査コストが考慮されることを知っているので、Aとの取引においてそのことを考慮して取引価格を決めるだろう。そうするとAとしては、新種の物権を設定することによる利益がそのことによる代金下落のコストよりも大きくなければ、新種の物権を設定しないだろう。このような形で、C1やC2の調査コストはAの意思決定に内部化されている。したがって、

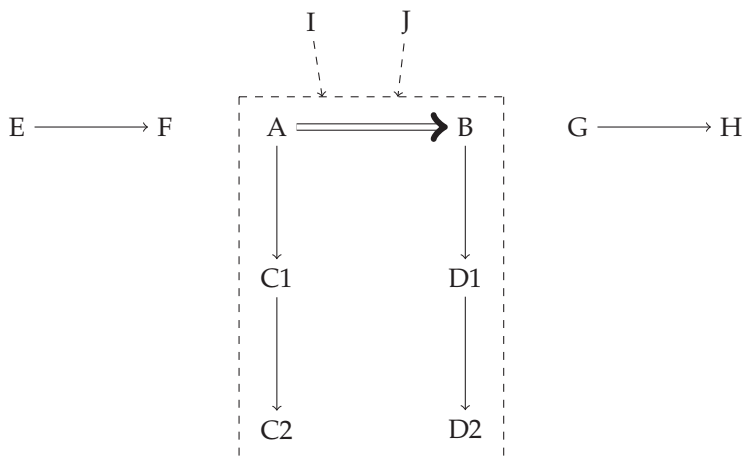


図 6：関係者の種類 (Merrill & Smith, “Optimal Standardization,” 28, Figure 1 より)

法が介入する必要はないのである¹⁸³⁾。

それに対して、E、F、G、Hにおいて生じる調査コストは、Aの意思決定に内部化されていない。例えば、AがBのために新種の物権を設定するとする。このときEらは、この新種の物権の設定が認められるのであれば、自らの取引対象についてこの種の物権が付着しているかどうかを調査しなければならないため、調査コストが生じる。新種の物権を設定することによってAやBに生じる利益が10であり、調査コストが15であると仮定しよう。このとき、新種の物権は社会的には望ましくないが、Aは新種の物権を設定するだろう。こうして、Eらに生じる調査コストはAの意思決定に内部化されておらず、よって新種の物権が過剰に設定される

183) AやBに生じるコストを物権法定主義の根拠と考えることはできるだろうか。例えば、Aが自己の所有物にBのために物権を設定したとする。AとしてはBに物権を設定することは許容できるが、Dに物権が認められることは許容できないかもしれない。しかし、BがDに自己の物権を譲渡することはありうる。そこで法が、DがAの許容できない物権を取得することができないように、そのような種類の物権を作ることを禁止してしまうのが、物権法定主義と考えるわけである。しかしこれも、外部性ではない。AはDが物権を取得する可能性を考慮してBに物権を設定するはずだからである。AはDに物権が移転する可能性を考慮してBとの取引の価格を設定するはずであり、価格メカニズムによって解決される。*Id.* at 29.

ことになる。確かに、Eらは新種の物権を阻止するために15までは支払う用意があるのであるから、Aとの交渉によって新種の物権の設定を阻止することができるかもしれない。しかし、そのような取引のコストはあまりに大きく、交渉による外部性の解消が実現するとは考えられない。

物権法定主義は、この③タイプの個人に生じる調査コストを軽減するための制度である。物権の種類が限定されていれば、物権が付着しているか否かを知りたい個人は、特定の種類の物権の有無のみを調査すれば足り、聞いたことがないような物権の有無まで調査する必要がなくなるからである。

他方で、物権法定主義はコストを生じさせる。先の例で言えばAは新種の物権を設定することによって10利益を得られていたはずであるが、これが実現できなくなる¹⁸⁴⁾。そこで、物権の種類を法定することによるコストと利益の比較によって、最適なレベルが決定されることになる¹⁸⁵⁾。

物権の種類が無限に認められるとすると調査コストが膨大となり、他方で物権を一つしか認めなければ資源を有効に利用することができない。そこで、望ましい物権の種類はこの中間のどこかに位置することになる。いまだ物権がないという状況を仮定すると、そこから物権を順に作っていくとすると、最初はシンプルでより広く用いられる物権から認められていくだろう。つまり、物権を認めることによって生じる限界利益が大きく、物権を認めることによる限界コストが小さいものから普及していくと考えるのが自然であろう。次第に、用いられる範囲が狭いため限界利益がより小さく、またより複雑であるために限界コストがより大きなものになっていくが、利益の方が大きい限りで採用することが効率的である。そのようなプロセスを経っていくと、限界利益と限界コストが一致するところで、そ

184) 確かにAは物権ではなく契約によってBに同じように使わせることができる。しかし、物権として設定することに何らかの利益がある場合は、その利益は実現できない。ここでいう10の利益とは、この意味で物権として設定できたならば得られたであろう利益を意味する。B以外にも対抗できることによって節約される確定コストや、対抗できたら得られたであろう利益（消失コストの節約）などがありうる。

185) M&Sの物権法定主義にはコストが伴うという観点からは、そのコストの低減の必要性の視点が生じる。Smithは、物権は基本的なパーツを組み合わせで多様な権利構造を構築することを可能にするのであって、その意味で言語に似ているとする。基本的なパーツ（語彙）とその組み合わせのルール（文法）さえ身につけていれば、無限の種類の構造を作ることができる。このため、M&Sは物権法定主義のコストは思うほど高くないとする。Henry E. Smith, *The Language of Property: Form, Context, and Audience*, 55 STAN. L. REV. 1105 (2003).

れ以上の新たな物権の承認は望ましくなくなり、そこが最適な物権限定の水準となる。図7のMB曲線とMC曲線はこの関係を示している。

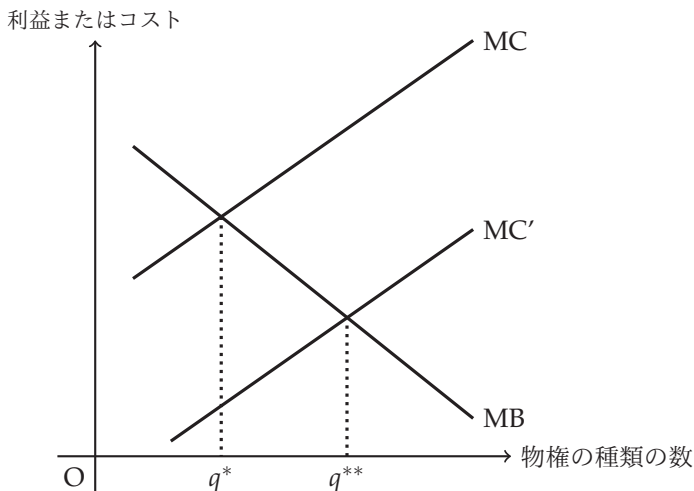


図7：物権の種類の数（Merrill & Smith, “Optimal Standardization,” 39, Figure 2 をもとに改変して作成

この文脈において、登記や登録の制度の意義を理解することができる。これらの制度は、調査コストを低下させる装置である。調査コストが低下すれば、MC 曲線は下方にシフトするので (MC' 曲線)、効率的水準における物権の種類数は大きくなる (q^{**})。個人はどんな物権が付着しているかを容易に知ることができるので、多様な物権を作り出すことが認められやすくなる。多様な権利関係を効率的に調査することができるシステムの開発は、物権制度を含む確定コストを節約する制度の利用を促進するだろう。

3.1.2. Hansmann & Kraakman の証明コスト論

Hansmann & Kraakman は M&S の理論の問題点を指摘し、それに対する理論を提示する。しかし、あとで見ると H&K の理論は M&S のそれと本質的には同一であり、有効な批判は事実認識に関するものに過ぎない。

そこでここでは批判の内容ではなく、H&K の理論そのものを見ていくことにする。

H&K¹⁸⁶⁾ によれば、物権法定主義は立証問題に対処するための一つの手段である。立証問題には二つのタイプの問題が含まれる。一つは「調整の問題」である。ある一つの対象にかかわる 2 人の個人が権利内容について共通理解を有していない場合、両当事者が相反する形で当該対象を使用したり、あるいは使用が過少になったりする。そこで、資源の効率的利用のためには権利に関する共通理解の形成が必要である。これが調整の問題である。もう一つは「執行の問題」である。仮に当事者間に共通理解があるとしてもそれを執行するためには執行当局（裁判所）に対して証明できなければ、機会主義的行動を引き起こすおそれがある。これが執行の問題である。これらの問題を解決するためには、調整の問題においては各当事者が他方当事者の理解を確認する手段が必要であり、執行の問題においては執行当局が当事者の理解を確認する手段が必要である。これが H&K のいう立証問題である。

実は、立証問題で問題となっているコストは、Smith の排除権／ガバナンスの理論で粗いプロキシのコストとして位置付けられていたものに他ならない。つまり、権利が確定されずに公共領域に置かれることによって失われる利益（消失コスト）である。

H&K は、物権法定主義はこの立証問題に対処する手段であるとする。そしてさらに、立証問題を解決する手段としては他に契約及び登録制度があるとし、これらの制度を比較する¹⁸⁷⁾。以下では、これらの手段がどのようにして立証問題を解決するのかを見ていく。

物権法定主義は立証の問題をどのようにして解決するものなのか。H&K は著作者の権利を例として説明しているが、ここでは本稿のこれまでの論述と合わせるために、ある資源に対する物権の例を用いて説明する。

186) Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights*, 31 J. LEGAL STU. 373 (2002).

187) H&K はさらにラベルによる解決も検討しているが、ここではこれは省略する。また彼らは、デフォルトとして権利が認められる場合と認められない場合も区別して検討している。しかし、ここでは便宜上、これらの区別は省略して理論のエッセンスを説明するにとどめている。なお、H&K の例は物権と契約の性質に関する問題にとっては不適當であるとの指摘もある。Benito Arruñada, *Property Enforcement as Organized Consent*, 19 J L. ECON. & ORG. 401, 404 fn.10 (2003).

ある資源の所有者 A が、B に対してある内容の物権を設定したとする。そして A が所有権を C に譲渡した。このとき、B と C との間でお互いの権利内容について共通理解が形成されていなければ、資源が効率的に利用されない。そこで B と C との間で共通理解を形成する必要があるが、ここで共通理解の形成が妨げられる理由は、C が B の権利の存在や内容を知らずに譲り受けているかもしれないからである。そこで C に B の権利の存在や内容を知らせるために、一番極端な方法は、所有権以外の物権を認めないということである。そうすれば、C は A が所有権を持つことさえ確認すれば、自分が取得する所有権に何からの他の物権が付着していることはないし、B も認められていない物権を自分が有していると理解することはない。これよりもやや穏当な方法は、物権の種類を制限することである。物権の種類が限られていれば、C が調査すべきことは少なくなるだろう。

立証問題を解決する二つ目の手段としては、契約がある。B が所有者 A との間では権利を有しているが、これは契約上の権利であって C に対抗できないとする。C との間では B に権利を認めない方が効率的ならばこれでよいが、C との関係でも B に権利を認める方が効率的ならば、B は C と契約をすることによって権利を取得するだろう。そしてこの場合は、両者の共通理解はこの契約そのものによって形成される。

最後に、立証問題は登録制度によっても解決される¹⁸⁸⁾。これは法定主義の際のストーリーと似ている。B の物権が登録されていれば、C はそれを見るによって B と同じ理解を形成して A から資源を譲り受けることができる。

それでは、これらの制度のうちどれが望ましいかはどのように決まるのだろうか。これは、①物権+物権法定主義、②契約、③物権+登録という3つのシステムの比較に他ならない。つまり、①と③を比較すれば物権法定主義と登録の比較となるし、②と①ないし③を比較すれば物権と契約の比較となる。

H&K は、これらの制度において問題となるコストを3つの種類に分ける（図8参照）。一つはユーザーコストである。これは権利関係の当事者

188) この点で、登記や登録の問題を物権法定主義と同じ問題への対処手段として理解する M&S と共通している。

において生じるコストであり、②の契約システムにおいて契約当事者が契約を締結して執行するために生じるコストや、③の物権登録制度においてBが権利を登録するために生じるコストがここに含まれる。H&Kは明示的には述べていないが、立証問題を解決できないことによって生じるコスト、すなわち①物権法定主義においてAとBが自由に物権を作ることができないことによって失われる利益もここに含めることができるだろう。

次はノンユーザーコストである。これは、これから目的物を取得する個人がその目的物に他者の権利が付着していないことを確認するためにかかるコストである。①物権法定主義ではこのコストはほとんど生じないが、③物権登録制度では、登録の内容を調べるためにかかるコストが生じるとされる。これは、本稿でこれまで用いてきた用語によれば調査コストにあたる¹⁸⁹⁾。

最後は制度コストである。これは立証のためのルールを運営維持するために固定的にかかるコストである。①物権法定主義制度では、法定された種類の物権が何かを教育するコスト、③物権登録制度では登録制度を運営維持するためのコストがここに含まれる。

これらのコストを比較することによって望ましい制度が確定される。しかし、H&Kは厳密な比較の方法を示してはおらず、大まかな傾向を示すにとどまっている。それによれば、一般的にはユーザーコストが低いとノンユーザーコストか制度コストのどちらかが高い傾向にある。例えば、物権登録制度では権利義務の当事者は柔軟な権利を設定することができた立証問題解決のために大きなコストを負担する必要はないが、代わりに登録制度を動かすために社会が高い制度コストを負担する。反対に物権法定主義制度では、当事者は柔軟な権利義務を利用できないので大きなコストを負担するが、ノンユーザーは調査コストを負担しないし、社会も登録制度のために必要な制度コストを負担しない。契約システムはそれらの中間にあると言え、社会の制度コストは大きくないが、契約を締結するためにユーザーコストとノンユーザーコストがある程度生じるだろう。

189) H&Kでは、②契約システムでは何がこのコストに含まれるのかは示されていない。思うに、契約システムではCがBの権利内容を知ることができるのは契約そのものによるのであるから、Cが負担する契約コストは機能的にはここに含まれると解すべきであろう。

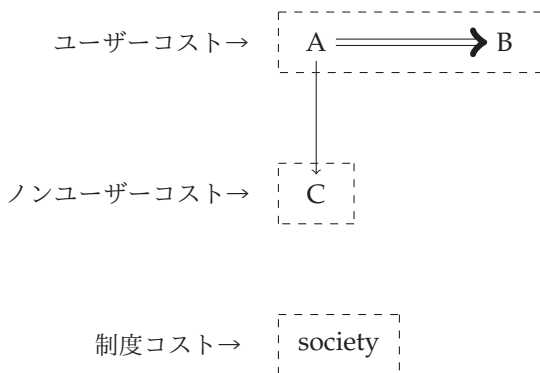


図8：立証問題に伴うコストの種類

以上のような比較の本質は、当事者に柔軟な権利義務を認める代わりにノンユーザーや社会にコストを負担させるか、それともノンユーザーや社会が大きな負担を負ってまで柔軟な権利義務を認める必要はないと言うべきか、という問題である。したがって、以下のような帰結が導かれる¹⁹⁰⁾。

1. 当事者にとって権利の価値が高いほど、またより頻繁に利用される権利であるほど、柔軟な権利を認める制度が望ましい。
2. あまり価値が高くなく用いられる頻度も低い権利のユーザーコストを抑えるために、ノンユーザーコストや制度コストが高い制度を用いるべきではない。

3.1.3. 議論のまとめ

まず確認しておくべきことは、両者の議論は本質的にはそれほど異ならないということである。確かに、M&Sは権利を実際に作るA、Bやそれらの承継人であるCやDのコストではなく、その外部にいる市場参加者のコストこそが物権法定主義を基礎づけるものであるとしているのに対し、H&KはA～Dに生じるコストを問題としているように思われる。しかし、いずれも日本法での議論で言うところの排他性が認められることによって生じるコストを問題としている。M&Sは図6における枠内ではな

190) Hansmann & Kraakman, *supra* note 186, at S397.

く枠外にいる特に EFGH に生じるコストこそが問題であるとするが、F や H が自己の取得する権利に物権が付着していないかを調査するコストが生じるのは、物権に排他性が認められるからであり、その意味で EF や GH においても AB と同じような点線枠が存在しているのである。したがって、M&S も H&K もいずれも排他性によって生じるコストに基づいて物権法定主義を正当化しているのであり、この点で違いはない。

また、H&K は立証問題こそが問題であるとしているが、そこで考慮対象となっているコストは M&S における情報コストに他ならない¹⁹¹⁾。すなわち、ユーザーコストは消失コストや確定コスト（取引費用）の一部（契約システムにおいて契約締結のために B が負担する部分）であるし、ノンユーザーコストは確定コストの一部（契約システムにおいて契約締結のために C が負担する部分）や調査コストに他ならない。システムコストは M&S の理論には組み込まれていないが、物権法定主義という制度を運用するためのコスト（あるいは物権法定主義をよりスムーズに運営するために登記や登録制度を作るコスト）すなわち調査コストに影響を与える外的要素として考慮することが可能である。

さらに、両者の理論から導かれる命題はかなり一致している。例えば、H&K の帰結 1 は、①財産の価値が大きいほど物権法定主義を持つ物権システムよりも契約システムが望ましいという命題と、②財産の価値が大きいあるいは潜在的義務者たる第三者の数が多いほど物権法定主義よりも登録制度の方が望ましいという命題を導く。①は第 1 章のモデル分析の結果として導かれたものであるし、②は M&S の物権法定主義に関する理論による帰結と合致している。また H&K の帰結 2 は、財産の価値が低かったり潜在的義務者の数が少なかったりする場合には、調査コストが低いシステムを用いるべきであるという命題を導く¹⁹²⁾。調査コストが低い制度は物権法定主義であるから、これは M&S による物権法定主義の理論と合致する。これらの一致は、H&K の理論がその本質において M&S の理論と大

191) Henry E. Smith, *Property and Property Rules*, 79 N.Y.U. L. REV. 1719, 1768 fn.174 (2004) も、立証コストは情報コストに含まれるものであるとしている。

192) 確かに、調査コストが低い制度としては契約システムもある。しかし、契約システムの場合には調査コストの代わりに契約を締結するためのコストがノンユーザーである C にも生じるので、契約システムを用いるべきであるという命題は帰結 2 からは導かれない。

大きく異なるものでないことを示す間接的ではあるが重要な証拠と言えるだろう。

もっとも、事実認識の点では両者は異なる点もあり、それが結論の違いを導くものでもある。例えば、M&S は登記や登録制度を限界調査コストを低減させる（MC 曲線を下方シフトさせる）ものとして理解するものの、それらの制度があったとしても物権の種類が増えるほど限界調査コストは逡増すると考えているため、物権法定主義に積極的な意義を認める。それに対して H&K は、登記や登録制度は一度制度を作ってしまうと物権の種類が増えても限界調査コストは発生しないため（MC 曲線を $y=0$ あるいはそれに近い水平な直線と同視する）、物権の数を制限する必要はなくなるとし、物権法定主義に消極的な立場をとる。もっとも、これは事実の確認によって解決されるべき問題であり、両者のよって立つ理論の違いではない¹⁹³⁾。

3.2. 契約における派生的制度：デフォルト・ルール

契約という権利形態は、各当事者間に個別に適合した権利義務を創設することができ、しかも当事者自身が義務内容を決めるのであるから調査コストはかからない一方で、権利義務内容を創設するために大きな確定コストがかかるというデメリットがある。確定コストは契約の文脈では取引費用と言える。そのため、契約制度を用いる場合には取引費用を低減させるための制度が重要になり、そのような制度の一つがデフォルト・ルールで

193) 調査コスト節約や証明問題のほかに、アンチコモنزの観点から法定主義を説明しようとする Heller の見解がある（Michael A. Heller, *The Boundaries of Private Property*, 108 YALE L. J. 1163 (1999)）。しかしこれに対しては、法定主義は種類を限定するのであって権利の細分化を防ぐわけではないという正当な批判がある（Merrill & Smith, *supra* note 182, at 52）。この点について興味深いのは、我が国においても同様の議論と見うるものが起草者において見られたということである。すなわち梅は「其所有権ニ種々雑多ナ物権ガ着イテ居ルト云フト一向利益ヲ生ジナイ、……從テ改良ト云フ事ハ余程ケケシナル、……種々雑多ナ権利ガ着イテ居ルト、其為メニ物ノ改良ト云フ事ガ出来ナクナルト云フ」（法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書 12 法典調査会民法總會事速記録』48-49 頁〔商事法務研究会、1988〕）と述べている。これに対して、他人の土地の利用権を有する者が改良への意欲を持ちうるような状態も存在しうるのであるから、この根拠は時代制約的なものであるとの指摘をするものとして、広中・前掲注（108）② 17 頁。

ある。

デフォルト・ルールが取引費用節約のための手段であることはすでによく知られたところである。そして、取引費用節約のための手段としてデフォルト・ルールを理解するとき、デフォルト・ルールの望ましい内容は多数者が望む内容であるという多数派テーゼが導かれる¹⁹⁴⁾。他方で、このテーゼはどのような内容が望ましいかという問題に関するものであって、そもそもデフォルト・ルールを用いるべきなのか、またどこまでデフォルト・ルールを設けるべきでありどこからは個別の契約に放任すればよいのかという問題は別個の問題である。これは、どのような事項やどのような契約についてデフォルト・ルールが用いられるべきでどのような事項や契約については個別契約によるべきかという問題、あるいは別の表現をすれば、デフォルト・ルールはどの程度一般的であるべきなのかという問題に他ならない¹⁹⁵⁾。これはまさに、当事者以外の主体が定める一般的なルールによるべきかそれとも当事者自身が定める個別ルールによるべきかという問題に他ならないのであり、本稿第1章第3節でのモデル分析がそのまま応用できる問題である。そこでここでは、デフォルト・ルールと個別契約の関係に対しても、排除／ガバナンスのモデル分析を応用できることを示す。

実のところモデルはそのまま応用できるため、各変数の意味を解釈し直すだけで足りる。ルールの精確性モデルでは、各個人がある行為をすることによって b の利益が生じ、同時に h_1 または h_2 の危害が生じるとしていた。これらの変数は、任意法規／個別契約の文脈では契約当事者の一方（行為当事者とする。その相手方を相手方当事者とする）が行う行為によって生じる利益と危害であり、任意規定や個別契約の条項によってこの行為は規律される。行為による利益と危害はいずれも相手方当事者に生じる。行為当事者は、自己の行為がもたらす利益が危害より大きい場合は、行為をすべきであり、反対の場合には行為をすべきではない。個別契約によってルールを設定する場合には、この行為によって相手方当事者に生じる外部性は

194) 取引費用削減手段としてのデフォルト・ルールおよび多数派テーゼについては、松田・前掲注（180）176頁以下参照。

195) 松田・前掲注（180）の「おわりに」では、取引費用節約の観点に基づくデフォルト・ルール論の検討を前提として、デフォルトの設定コスト（本稿でいう確定コスト r_c ）が小さいほど個別的ルールが望ましくなると指摘していた（286頁）。本稿は、ここで示唆されていた問題をさらに検討するものと言える。

各当事者の合意によって個別に解決される。このときに当事者が負担する取引費用 r_g がかかる。生じる危害が小さいタイプ1の行為当事者についてはサンクションを s_{g1} を内容とするルールが合意され、生じる危害が大きいタイプ2の行為当事者については s_{g2} のルールが合意される。行為当事者が交渉力において完全に優位にあると仮定し、サンクションの対価として b はすべて行為当事者が取得する契約内容となとしよう。すると行為当事者は、 b が s_{g1} や s_{g2} よりも大きければ行為をし、小さければ行為をしないので、効率的な行為のみが行われる。

他方で一般的なルールとしての任意規定による場合には、 r_e の確定コストがかかる。任意規定は一般的な規定であり平均的な内容を定めるので、行為をすると行為当事者に s_e のサンクションを課すルールである（個別契約の場合と同様に、 b はすべて行為当事者に移転する内容とする）。仮にすべての行為当事者が任意規定の内容を調査するとすれば¹⁹⁶⁾、調査コスト c をかけ、任意規定の内容 s_e が b より小さければ行為をし、大きければ行為をしない。この中には、行為すべきであるがしない者や、行為すべきではないのにする者が含まれる¹⁹⁷⁾。

以上のように解釈することによって、モデルをそのまま任意法規／個別契約の分析に用いることができる。したがって、両者の望ましさの基準式は(10)式とまったく同じものとなる。したがって、排除権／ガバナンスと同様に以下の帰結を導くことができる。

まず、基本的には n が多いほどデフォルトが望ましい。これは多数派テーゼとも合致する。ただし、デフォルトが設定されたとしてもそれがマッチしないために消失コストが生じたり自ら契約する者の数が多い場合には、デフォルトは望ましくなくなるかもしれない。それは多数者が望むデフォルトになっていないのである。

次に、消失コストが多様であるほど個別契約が望ましい。このような場合にはデフォルトによって一律に設定したとしてもそれが機能する契約の

196) 先のモデル分析では、 b が極端に大きいために調査せずに行為する場合も含めていた。

197) ここでは取引費用 r_g が十分に大きく、任意規定を変更する交渉は行われないと仮定している。そのため、消失コストが生じる。反対に取引費用が十分に小さければ相手方当事者は任意規定の内容を変更するために交渉し、合意が成立するかもしれない。その場合には、消失コストは生じないが、取引費用が別のコストとして生じることになる。

数が少なくなるため、消失コストを生じる契約の数が多くなったり、結局個別契約が行われて取引費用が発生したりすることにより、デフォルトのメリットは小さくなるからである。

第三に、調査コストが小さくなればデフォルトが望ましくなりやすい。国家によって制定されているデフォルトはすでに周知をされており調査するコストがほとんどないとすれば、任意規定や典型契約規定はデフォルトとして設定される理由があるといえる。しかし他方で、これらの法規定が解釈等によって複雑になればなるほど調査コストが高くなり、当事者はそれを利用することができなくなるだろう。その結果、個別契約の方が望ましくなる可能性もある。また、約款を一方当事者によるデフォルトとして理解するならば、約款において特に開示規制が求められる理由はここにあると言える。すなわち、約款が開示されていなかったり開示されていたとしてもその内容が理解し難いものであるならば約款のもたらす社会的厚生は低下する。そのため、調査コストを下げるために開示規制が機能していると理解することができる。

第四に、取引費用が小さいほど個別契約が望ましい。取引費用が小さければ当事者は低いコストで自分にマッチした *tailored* あるいはパーソナライズされたルールを作ることができる。近時の技術革新はこのような取引費用の削減を実現する可能性を秘めているかもしれない¹⁹⁸⁾。これは、デフォルト・ルールが法規範として果たしていた取引費用節約という機能を、法以外のシステムが代わって果たすようになっていくことを意味し、法とその外部システムとの連続性という視点をもたらし。

おわりに

本稿では、多様な規制手法が用いられる理由は何かという問いに答えるために、Demsetz の財産権論から出発した。Demsetz によれば、財産権は

198) パーソナライズド・デフォルトについては Cass R. Sunstein, *Deciding by Default*, 162 U. PA. L. REV. 1 (2013); Ariel Porat & Lior J. Strahilevitz, *Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data*, 112 MICH. L. REV. 1417 (2014) 参照。ルール確定が完全にパーソナライズされて調査コストもかからなくなるのであれば、一般的ルールか個別ルールかによるトレードオフは存在しなくなるだろう。このような方向性を示すものとして、Anthony J. Casey & Anthony Niblett, *The Death of Rules and Standards*, 92 IND. L. J. 1401 (2017)。

外部性への対処手段の一つとして正当化することができる。しかし、その議論は多様な形態の財産権に対してオープンであり、なぜ多様な規制手法が生じるのかという問いにそのままの形では答えることができない。そこで Smith の排除権／ガバナンス理論の検討を通じて、権利形態の多様性はコスト構造の違いによって生じるという示唆を得た。排除権は粗いプロキシを用いることによって、精確ではないが低い確定コストによっておおまかな権利義務を確定することができる。他方でガバナンスは多くの確定コストがかかるが精確な権利義務を確定することができる。どちらが望ましいかは、権利義務を確定するためにどの程度のコストがかかるのか、またどのような形でコストがかかるのかに依存するのであり、排除権とガバナンスのコスト構造の違いによるものである。そして権利義務を確定するためにコストがかかるのは、権利義務を確定しようとする主体自身がそのために必要な完全な情報や能力を有していないからである。つまり多様な権利義務の確定方法は、我々の不完全な能力を前提として最善の決定をするために存在するものといえる。我々の情報処理能力が不完全であるために、情報コストを節約して効率的な決定をするために多様な権利形態が存在するというのが、本稿の検討によって得られた回答である。

そして本稿では、排除権／ガバナンス理論をルールの精確性に関するフォーマルなモデルによって表現した。このことは、排除権／ガバナンス理論がルールの精確性が問題となっているひとつの場面であることを示している。排除権／ガバナンス理論が精確性問題の一場面であるといえる理由となっているポイントは、排除権が粗いプロキシを用いることによって多数者との関係を一律に定めるものであり、他方でガバナンスはひとりひとりとの関係性を個別に定める方法であることによる。このような観点からの分析を経て、どちらの方法が望ましいかという点についていくつかの示唆を得ることができ、また両者の関係は（一定の仮定を置けば） $R < D + C$ という極めてシンプルな形で表現することができることが明らかになった。

さらに本稿では、上記の分析を日本の物権と契約にあてはめることができるかを検討した。日本の物権と契約（債権）に関する議論は、各論者が異なる意味で同じ言葉を用いたり、言葉の内容が明らかにされないまま用いられてきたりしたことにより、その内容を明らかにすることすら困難である状況であるが、本稿では排他性が物権と契約の区別としては重要

な役割を果たしていることを確認した。そうであるとすれば、物権を同じ客体ないし資源について利害関係を持ちうる多数の個人に対して一律に権利義務関係を確定するものとして理解することができ、他方で契約は当事者間でのみ確定するものという点に違いを求めることができる。したがって、多数者との間で権利義務関係を確定するのかそれとも個別に権利義務を確定するのかという権利確定方法のモデルをあてはめることができ、モデル分析の結果はここでもあてはまることになる。それによって、市場が大きく流通性が高い資源に関する権利であるほど物権が望ましいこと、各権利義務当事者間の利害関係が一樣であるほど物権が望ましく、多様であるほど契約が望ましいこと、権利義務の内容を確認するコストが大きい場合には物権は高コストな手段となり、個々の確定コスト（取引費用）が大きいほど契約は高コストな手段となること、が明らかになった。また、物権において有体物としての物がしばしば重要視されるのは、物を基準とすれば多数者との間で一律に権利義務を確定することができるし¹⁹⁹⁾、客観的に権利義務の境界が明らかであることが多いため、それによって調査コストを低減させることができるからであると考えられる。

物権においては調査コストが大きくなり、契約においては確定コストが大きくなるということは、各権利形態において固有の制度が存在することを説明する基点となる。物権システムを用いる場合には、調査コストを低減させるために物権法定主義が採用される。物権法定主義は、新しい物権を作る意思決定者において、その決定によって生じる調査コストが内部化されていないことに対処するための制度である。また、これと補完的ないし代替的な制度として登記や登録といった公示制度があり、これらの制度の発達によって物権システムはより効率的な制度となるだろう。反対に、契約システムを用いる場合には取引費用を低減させるために任意法規（規定）ないし典型契約規定というデフォルト・ルールが採用される。デフォルト・ルールは取引費用を低減させるために、多くの当事者が望む内容を一律に定めるものである。したがって、デフォルト・ルールと個別契約の

199) もっとも、一律に確定するためには有体物のような客観的に明確な物に依拠しなければならないわけではない。また、物を基準とすることによって権利義務の内容を単純化することができ、それによって確定コストが下がる面もあるが、それは物権に固有のことではないことも、すでに見たとおりである。

間にも、基本的に本稿でのモデル分析による示唆があてはまる。関係当事者の数が多いほどデフォルト・ルールは有効に機能し、当事者の利害状況が一律であるほど有効に機能する。また、デフォルト・ルールは当事者ではない主体が定めるものであるから、情報コストが生じる。そのため、情報コストの節約が問題となる。このことは、特に約款において重要な問題となっている。約款を一方当事者によるデフォルト・ルールとして理解するならば、約款の相手方にとって情報コストは重要な問題である。そのために約款規制においては開示規制が論じられてきたし、消費者が当事者となる契約においては特に規制がなされている。

情報処理システムとしての法制度

最後に本稿のよって立つ基本的視座について述べておく。

本稿の検討から得られる基本的な視座は、私法の基本的制度は何らかの目的のために作られているところ、それが多様な形態ないし手法をとっているのは、情報コストに対処するためであり、さらに言えば複雑な環境のもとで権利義務を確定する人間自身の情報処理能力の制約に対処するためである、というものである²⁰⁰⁾。社会を一つの組織として考えるならば、法制度は社会という組織における意思決定過程を合理化するための人工的システムである²⁰¹⁾。それでは、なぜ我々はそのようなシステムを発明し、それが進化してきたのだろうか。その重要な理由は、我々の環境において情報が過剰であったりあるいは過少であったりすることによる複雑性や不確実性であろう。複雑性や不確実性は、我々の情報処理能力の限界の反映に

200) 複雑な環境下における問題解決のためのさまざまな「人工」的「システム」に関する研究として、HERBERT A. SIMON, *THE SCIENCES OF THE ARTIFICIAL* (3rd ed. 1996) (稲葉元吉＝吉原英樹訳『システムの科学〔第3版〕』〔パーソナルメディア、1999〕)。また、環境と情報処理能力の関係を Simon ははさみにたとえている。「人間の合理的行動は、タスク環境の構造と行為者の計算能力とを両刃とするはさみによって形作られる」(Herbert A. Simon, *Invariants of Human Behavior*, 41 *Annu. Rev. Psychol.* 1, 7 (1990))。

201) 意思決定過程の観点から組織の意義を分析するのは、HERBERT A. SIMON, *ADMINISTRATIVE BEHAVIOR: A STUDY OF DECISION-MAKING PROCESSES IN ADMINISTRATIVE ORGANIZATIONS* (4th ed., 1997) (二村敏子他訳『経営行動——経営組織における意思決定過程の研究』〔ダイヤモンド社、2009〕)である。特に第4版に付けられたコメンタリーは、情報処理プロセスとしての意思決定という観点からの刺激的な分析を多く含んでいる。

他ならない。限られた情報や能力のもとでよりよい意思決定を可能にするために、合理的な意思決定を支える装置として、あるいは意思決定過程の中で機能するものとして、法はその役割を果たしている。

そもそも人間の認知的活動自体が情報処理プロセスであり、我々は効率的な情報処理のためにさまざまなシステムを備えている²⁰²⁾。よく知られたものとして二重過程理論あるいは二重システム理論がある²⁰³⁾。二重システム理論とは、高速で自動的なプロセスとゆっくり行われる熟慮的なプロセスを区別し、これらのプロセスの起源を異なる認知システムに求める理論であり、前者をシステム1、後者をシステム2と呼ぶ²⁰⁴⁾。Evans & Frankish²⁰⁵⁾によれば、両システムには表1のような属性が備わっている。

202) 例えば ANTONIO DAMASIO, DESCARTES' ERROR: EMOTION, REASON, AND THE HUMAN BRAIN (1994) (田中三彦訳『デカルトの誤り——情動、理性、人間の脳』[筑摩書房、2010] [2005年版の翻訳]) は、合理的意思決定に情動や感情が重要な役割を果たすとする。複雑で不確実な環境の下で人間は《完全に合理的な意思決定》をしているわけではない。完全に合理的な意思決定にとって、人間の記憶容量は明らかに足りないし、処理能力もない。そのような制約下でうまく意思決定をするために、感情は次のような形で機能する。すなわち、合理的な意思決定をする前に、特定の選択肢が頭の中に思い浮かぶとそれに対して一定の身体的な快不快の感情が引き起こす(ソマティック[身体的]なマークをする)ことによって、あらかじめ選択肢を少数に限定する。これによって費用便益分析のコストが下がり、意思決定の正確さと効率性が増す(邦訳 270 頁以下)。

203) 思考の二重過程というアイデア自体は古代ギリシャ時代からあるものである。二重過程の歴史については、Keith Frankish & Jonathan ST. B. T. Evans, *The Duality of Mind: An Historical Perspective*, in IN TWO MINDS: DUAL PROCESSES AND BEYOND 1 (Keith Frankish & Jonathan ST. B. T. Evans eds., 2009)。推論に関する現代の二重過程理論に関する歴史としては Jonathan ST. B. T. Evans, *History of the Dual Process Theory of Reasoning*, in PSYCHOLOGY OF REASONING: THEORETICAL AND HISTORICAL PERSPECTIVES 241 (Ken Manktelow & M. C. Cheung eds., 2004)。二重過程理論ないし二重システム理論についての一般的説明として、DANIEL KAHNEMAN, THINKING, FAST AND SLOW (2011) (村井章子訳『ファスト&スロー(上)(下)』[早川書房、2012]); KEN MANKTELOW, THINKING AND REASONING: AN INTRODUCTION TO THE PSYCHOLOGY OF REASON, JUDGEMENT, AND DECISION MAKING (2012) (服部雅史=山祐嗣監訳『思考と推論——理性・判断・意思決定の心理学』[北大路書房、2015]); Jonathan ST. B. T. Evans, *Dual-Process Theories*, in THE ROUTLEDGE INTERNATIONAL HANDBOOK OF THINKING AND REASONING (Linden J. Ball & Valerie A. Thompson eds., 2018)。近時は法学の分野でも二重過程(システム)理論の知見を応用しようとする試みがある。法学方法論(利益衡量論)に二重過程論を応用するものとして、田中亘「法制度設計における価値判断の方法——序説」岩原紳作先生・山下友信先生・神田秀樹先生古稀記念『商法学の再構築』30 頁以下(有斐閣、2023)。

204) このような考え自体はすでに存在していたが、システム1、システム2という名称は KEITH E. STANOVICH, WHO IS RATIONAL?: STUDIES OF INDIVIDUAL DIFFERENCES IN REASONING 144 (1999) によるものである。

205) Frankish & Evans, *supra* note 203 at, 15.

表 1：システム 1 とシステム 2 の特徴 (Frankish & Evans, “The duality of mind,” 15, Table 1.1 より)

システム 1	システム 2
進化的に古い	進化的に新しい
無意識的、前意識的	意識的
他の動物と共有	人間に（顕著に）固有
暗黙の知識	明示的知識
自動的	制御的
高速	低速
並列的	逐次的
高容量	低容量
直観的	反省的
文脈化されている	抽象的
実用的	論理的
連想的	規則ベース
一般的知性と独立	一般的知性と関連

これらのシステムはともに、人間の推論や認知における効率的情報処理のために機能している²⁰⁶⁾。複雑性や不確実性のもとで、コストをかけない

206) システム 1 は、情報入力を遮断し、他から独立して課題を解決する領域特長的なユニットとしてのモジュールである。人間の認知機構のモジュール性については、JERRY A. FODOR, *THE MODULARITY OF MIND: AN ESSAY ON FACULTY PSYCHOLOGY* 37 (1983) (伊藤笏康 = 信原幸弘訳『精神のモジュール形式——人工知能と心の哲学』[産業図書、1985])。人間の認知機構をモジュールの統合とする構想については、John Tooby & Leda Cosmides, *The Psychological Foundations of Culture, in THE ADAPTED MIND: EVOLUTIONARY PSYCHOLOGY AND THE GENERATION OF CULTURE* 19 (Jerome H. Barkow, Leda Cosmides & John Tooby eds., 1997)。適応の問題は、組合せ爆発やフレーム問題といった情報処理問題を解決することである。そのためには、領域一般的な構造は不利であり、我々は問題状況を狭く定義してそれぞれに対応するモジュールを進化させてきた。状況のクラスが狭いほど共通する特徴が多く、単純でよりよい解が存在する可能性が高いのに対して、状況のクラスが一般的であると問題を情報を事前に得ることが困難であり、対処が困難となる (p. 104)。このような対比は、一般的ルールが低コストで効率的解決をもたらす状況と、解決するためには膨大な情報コストがかかる状況の対比と類比的であり、問題構造の共通性を示している。人工物のモジュール化については、CARLISS Y. BOLDWIN

迅速な意思決定は有利な行動である。そうであるがゆえに生き残ってきたシステムなのであろう。しかし、そうした意思決定には失敗も伴う。したがって、場合によってはコストをかけた熟慮的な意思決定を組み合わせることが、よりよい意思決定を実現するだろう。このように、両者は組み合わせられることによって効率的な情報処理を実現する。システム1は進化的に生き残ってきたものであり、多くの場合にはシステム2による意思決定の結果とそれほど変わらないかもしれないし、コストも考えるならばより合理的かもしれない²⁰⁷⁾。他方で、急速な環境変化を生じた現代社会においては、古い環境下で機能してきたシステムは必ずしも適切な意思決定を実現するものではないかもしれないし、システム1による意思決定の合理性を審査するメタ合理性を確保するものとして、システム2が求められるかもしれない²⁰⁸⁾。

& KIM B. CLARK, DESIGN RULES (2000) (安藤春彦訳『デザイン・ルール——モジュール化のパワー』〔東洋経済新報社、2004〕)、青木昌彦＝安藤晴彦編著『モジュール化——新しい産業アーキテクチャの本質』(東洋経済新報社、2002)を参照。

207) このような観点を重視するのは Gerd Gigerenzer である。Gigerenzer は、直感的意思決定は最も有益な情報だけを用いて大抵の場合に正しい答えを与えてくれるものであるとし、そのような意思決定方法を迅速で省力的な決定ヒューリスティック (fast and frugal decision heuristics) と呼ぶ。そしてそのようなヒューリスティックは進化の過程を経て人間の環境によく適応しているのであり、生態学的合理性 (ecological rationality) を持つとする。fast and frugal decision heuristics については、Gerd Gigerenzer & Daniel A. Goldstein, *Reasoning the Fast And Frugal Way: Models Of Bounded Rationality*, 103 PSYCHOL. REV. 650 (1996). Gigerenzer の見解の概説として、Gerd Gigerenzer, *Fast and Frugal Heuristics: The Tools of Bounded Rationality*, in BLACKWELL HANDBOOK OF JUDGMENT AND DECISION MAKING 62 (D. J. Koehler & N. Harvey eds., 2004); Gerd Gigerenzer, Jean Czerlinski & Laura Martignon, *How Good Are Fast and Frugal Heuristics?*, in HEURISTICS AND BIASES: THE PSYCHOLOGY OF INTUITIVE JUDGMENT 559 (Thomas Gilovich, Dale Griffin & Daniel Kahneman eds., 2002)。一般向けのものとしては GERD GIGERENZER, GUT FEELINGS (2007) (小松淳子訳『なぜ直感のほうが上手くいくのか? ——「無意識の知性」が決めている』〔インターシフト、2010〕)。Gigerenzer は、fast and frugal decision heuristics としての再認ヒューリスティック (recognition heuristics) の生態学的合理性の判定基準として、再認妥当性 $\alpha = \frac{R}{R+W}$ を示している (上記 Gigerenzer, Fast and Frugal Heuristics, at 69)。R は再認ヒューリスティックが導く正しい推論の数、W は不正確な推論の数である。これは、ヒューリスティックが全体に対して正しい推論を導く比率を意味する。つまり、ヒューリスティックが正しい結論を導く可能性が高いほどそのヒューリスティックはよいヒューリスティックということになる。このことは、本稿の 1.3. で検討した通り、一律ルールは、それが正確となる場面が多いほど (D が小さいほど) 望ましいということと対応している (1.3.5. で示した第二の含意参照)。もっとも、Gigerenzer の主張はこうしたヒューリスティックの方が情報処理コストが少ないというよりも (だけでなく)、ヒューリスティックによる方がより正しい結論を導くことができる場面があるということにある (less-is-more 効果。Id., at 69-72)。

208) KEITH E. STANOVICH, DECISION MAKING AND RATIONALITY IN THE MODERN WORLD

こうして二つのシステムを、複雑性や不確実性という制約下で合理的意思決定を実現するための人間の認知機能における仕組みであるとすれば、本稿で検討したような二つのシステム、すなわち個々の関係性を規律するために必要な明示的情報を遮断して権利者とその他の者との間で自動的に権利義務関係を確定する権利形態と、明示的な知識を用いて個々の関係性を意識的、制御的に規律する権利形態は、複雑性や不確実性のもとで合理的意思決定を実現するための社会的な仕組みとも言えるだろう。組織分析について述べられた以下の Simon の言葉は、そのまま法制度にも当てはまる。「組織〔引用者：法制度〕が人間の目的達成のために有用な手段であるのは、単に個々の人間が知識、予測、技術、時間において制約されていることによる」²⁰⁹⁾。

かつて Coase は、企業の存在意義を取引費用によって説明し²¹⁰⁾、その後市場と組織の分化はそれらの制度にかかるコストの違いによって説明されるに至った²¹¹⁾。市場や組織が機能するためにコストがかかる理由の一端が情報処理に関する人間の能力の限界にあるのであるとすれば、権利形態に関する二重システムの存在を情報コストによって説明するという考えは、すでに Coase が示した思想の中に含まれていたものに過ぎないのかもしれない²¹²⁾。仮にそうであるとしても法制度の根幹をなす二分論的思考について、情報処理システムという新たな視座を多少なりとも示すことができていることを願いつつ、本稿をとじることにしたい。

* 本研究は、JSPS 科研費 21K13212 の助成を受けたものである。

ch.5, ch.6 (2010) (木島泰三訳『現代世界における意思決定と合理性』〔太田出版、2017〕)。

209) Simon, *supra* note 36, at 199.

210) Ronald H. Coase, *The Nature of the Firm*, 4 *ECONOMICA* 386 (1937).

211) OLIVER E. WILLIAMSON, *MARKETS AND HIERARCHIES* (1975) (浅沼萬里＝岩崎晃訳『市場と企業組織』〔日本評論社、1980〕); *THE ECONOMIC INSTITUTIONS OF CAPITALISM* (1985); *THE MECHANISMS OF GOVERNANCE* (1996) (石田光男＝山田健介訳『ガバナンスの機構——経済組織の学際的研究』〔ミネルヴァ書房、2017〕)。なお、Williamson の理論への Simon を含むカーネギーの影響については、*Id.*, ch.1 and ch.2 を参照。

212) Thomas W. Merrill & Henry Smith, *Making Coasean Property More Coasean*, 54 *J. L. & ECON.* S77, S93-S95 (2011) は、Coase のアイデアを権利の構造それ自体に対して及ぼすことによって、排除権の存在を説明しようとする。