

研究ノート

不動産取引法研究序説～不動産取引法と「法社会学」・「法と経済学」～

An Introduction to Real Estate Trading Law from Viewpoint of Sociology
of Law or Law and Economics

寺門孝彦

Takahiko TERAKADO

概要

本稿は、不動産取引法に関して、伝統的な法律学の視点からではなく、法社会学や「法と経済学」の視点から考察するものである。とりわけ「法と経済学」に焦点を合わせ、特に制度理論、いわゆる新制度派経済学の領域である情報の非対称性、取引費用、エージェンシー、不完備契約の諸理論からアプローチする。そしてさらに、最近の新古典派経済学、なかでも効率性と富の極大化の観点から、効率的契約違反論について考察することにする。

なお、「法と経済学」については、わが国や欧米の先行研究の資料収集が不十分で、未だ研究途上にあるため、本稿は「研究ノート」として掲載することにする。

キーワード：不動産取引、法社会学、「法と経済学」、新制度派経済学、情報の非対称性、取引費用、エージェンシー、不完備契約、新古典派経済学、効率的契約違反論、効率性、富の極大化

Abstract

I study the Real Estate Trading Law from the viewpoint of not traditional jurisprudence but Sociology of Law or Law and Economics.

Particularly I focus on Law and Economics, specially in terms of institution theory, that is called neoinstitutional economics, for example, informational asymmetries, transaction costs, agency, and incomplete contract theories.

And then I study the Real Estate Trading Law by the method of the recent neoclassical economics, especially efficient breach theory, from the viewpoint of efficiency and wealth maximization.

Keywords: Real Estate Trading, Sociology of Law, Law and Economics ,neoinstitutional

economics, informational asymmetries, transaction costs, agency, incomplete contract, neoclassical economics, efficient breach theory, efficiency, wealth maximization

目次

1. はじめに
 - 1.1. 不動産の範囲
 - 1.2. 不動産取引の意味
 - 1.3. 不動産取引法の領域
 - 1.4. 本稿の目的
2. 不動産取引法への法社会的アプローチ
 - 2.1. 法社会学の意義
 - 2.2. 不動産取引の法社会学
3. 不動産取引法への「法と経済学」アプローチ
 - 3.1. 不動産取引の「法と経済学」
 - 3.2. 不動産取引法における「情報の非対称性」
 - 3.3. 不動産取引法における「取引費用」問題
 - 3.4. 不動産取引法における「エージェンシー」問題
 - 3.5. 不動産取引法における「契約の不完備性」問題
4. 不動産取引法における「効率的契約違反論」
 - 4.1. 効率的契約違反論の意義
 - 4.2. 効率的契約違反論の「効率性」
 - 4.3. 効率的契約違反論の問題点
5. おわりに

1. はじめに

近代資本主義社会において、取引は原則自由であり不動産取引についても同様である。しかし、不動産は庶民にとっては貴重な財産であるだけに、取引上のトラブルも多い。不動産取引が必ずしも公正なものとは限らないからである。そこで、自由な取引に対して、一定の規範が必要となる。その規範こそが法であり、不動産取引法である。この法は、不動産取引の公正さを担保するものに他ならない。しかし、不動産取引法という実定法が存在するわけではない。その多くは民法の規定に依拠することになるが、これらの規定は民法の全体に散在している。とくに不動産物権変動における公示の原則と対抗問題や売買契

約、賃貸借契約、不動産媒介契約などの各種不動産取引には様々な実務上の問題があり、実務上の諸問題に対しては、民法はじめ多くの特別法および判例・通達によって解決されることになる。たとえば、一般法である民法はもとより、不動産登記法、借地借家法、建物の区分所有等に関する法律、国土利用計画法、消費者契約法、宅地建物取引業法などの規定を、現実の具体的取引の実情に合わせて解釈、適用する作業が必要となる。

1.1. 不動産の範囲

まずここに、不動産とは、民法における「土地及びその定着物をいう」（民法第 86 条第 1 項）とされ、建物それ自体は土地とは別個の不動産とされる（民法第 370 条）。このほか、本来は不動産ではないが、法律上または行政上で不動産に準じて扱われることがあるものとして船舶、航空機、漁業権、採掘権などがあるが、本稿では土地及び建物に限定する。なお、これらには借地及び借家を含むものとする。

まず土地は不動産登記法上、土地の主たる用途により 23 種類の地目に区分されるが、登記地目と現況地目は異なっている場合があるため、固定資産税の課税地目は現況によるので、固定資産評価基準（昭和 38 年 12 月 25 日自治省告示第 158 号）上の 9 種類の地目に分類する。この基準によると、土地は宅地、田、畑、山林、原野、牧場、池沼、鉱泉地、雑種地に区分される。なお、駐車場、ゴルフ場、遊園地、運動場、鉄軌道などは雑種地に含まれる。

次に建物は、不動産登記法上、建物の主たる用途により 37 種類の区分が定められているが、本稿では、不動産登記規則第 113 条による区分を採用する。本条によると、居宅、店舗、寄宿舍、共同住宅、事務所、旅館、料理店、工場、倉庫、車庫、発電所、変電所の 12 種類に区分される。

1.2. 不動産取引の意味

このような土地及び建物といった不動産についての取引は価格的にも高額であり、契約交渉は開始から成立に至るまでに比較的長期間を要し、契約の目的物である物件には様々な法令上の制限があり、契約当事者である一般消費者には取り扱いが困難である。しかも不動産取引業界には特別な取引慣行が存在しており、取引環境は複雑である。かかる不動産取引とは、土地または建物の売買はもちろんのこと、交換または賃貸借も含まれており、本稿ではこうした分野に限定するものである。

1.3. 不動産取引法の領域

このような高額かつ複雑な権利関係を有する不動産取引法の領域には、①土地及び建物についての権利の変動に関する法令である民法、不動産登記法、借地借家法、いわゆる区

分所有法など、②土地及び建物についての法令上の制限を規定する都市計画法、国土利用計画法、建築基準法、宅地造成等規制法、土地区画整理法、農地法など、③土地及び建物についての税に関する法令である所得税法、地方税法（固定資産税、不動産取得税）など、④土地及び建物の需給に関する法令である住宅金融支援機構法、不当景品類及び不当表示防止法など、⑤土地及び建物の価格の評定に関する法令である不動産鑑定評価基準、地価公示法など、⑥土地建物の公正な取引が行われることを目的とする宅地建物取引業法、同施行令、同施行規則などが含まれる。

なお、ただ単に「不動産法」としたのではなく「不動産取引法」としたのは、「不動産を広い意味での取引という動態的側面からとらえることが、不動産の本質に迫る最善の方法である(1)」と判断したからである。

1.4. 本稿の目的

本稿は、法律学としての不動産取引法を「法解釈学」としてではなく、社会の中で法を捉える「法社会学」と、とりわけ法を経済の視点から分析する「法と経済学」の観点からアプローチする、その方法論について考察するものである。なぜ法解釈学ではないのか、といえば、日本土地法学会が指摘したように、不動産取引法といえば、かつては、物権変動に関する民法第176条（物権の設定及び移転）と第177条（不動産に関する物権の変動の対抗要件）、あるいは第555条（売買）の解釈で事足りていたこともあるが、不動産取引にかかわるトラブルの多様化、土地利用に関する公法的規制や税制の影響、といった社会経済生活の現実を鑑み、これらを総合しながら、新しい不動産取引法の体系を形成する必要性が出てきたからである(2)。

2. 不動産取引法への法社会的アプローチ

2.1. 法社会学の意義

法社会学とは、「法が社会の中でどのように形成され働くのかを解明しようとする理論的・実証的研究の総体」であると定義できる(3)。つまり、その意味で、不動産取引法の法社会学とは、「不動産取引法が社会の中でどのように形成され働くのかを解明しようとする理論的・実証的研究」ということになる。制定法や判例法としての不動産取引法の解釈学（法解釈学）は、法の形成の在り方それ自体を問うことはない。法が社会の中で機能していることを「暗黙の前提」としている。現にそこに在る法の規範的意味を明らかにすることを重要視する。しかし、法社会学は、この暗黙の前提を疑うことから出発するのである(4)。

そして、法社会学における法とは社会をどう構成するのかの規範に関する観念である。

この規範の中でも、国家権力の強制によって担保されている規範が制定法や判例法といった実定法である。しかし、法には、それだけでなく、現実には人々の行動を規律している規範も存在する。すなわち、法社会学ではこれを「生ける法」と呼び、実定法だけでなく、「生ける法」も視野に入れ、かかる法が社会の中でどのように働いているのかを研究することも重要である（5）。

2.2. 不動産取引の法社会学

実際の不動産取引においては、日本的な取引慣行ともいえるべき固有な慣行が根強く残っている（6）。たとえば、不動産取引の依頼者と不動産取引業者との間には、契約上の権利義務関係より、個人的な信頼関係を重視する風潮がある。物件情報についても、媒介の依頼を受けた業者の人脈や奔走努力など個別的事情と係わることが多い。また、不動産をめぐる取引慣行には地域による多様性が顕著である。たとえば、不動産の賃貸借契約の場合における敷金、礼金の存在などである。また、市況等の社会経済的諸条件の変動も取引の実態に少なからず影響を及ぼしている。

不動産の価格を算定する場合や地代家賃の決定に際しては、不動産鑑定評価基準や国税庁発表の路線価格を基準とする国税庁の「財産評価基本通達」などを基準とする場合が多い。かかる取引慣行や諸基準は実定法ではないが、法社会学的には「生ける法」としての社会規範となる。

また、法社会学は、法の形成や作動を対象とした学際的な研究の総体である。したがって法社会学は、社会学だけでなく、政治学、歴史学、経済学といった様々な学問的工具を使って不動産取引法現象を分析する学問の総体であるといえる。特に、不動産取引自体、不動産市場と大いに関わることから、不動産取引は法学と経済学が競合する分野であり、これを分析する方法が不動産取引法の「法と経済学」であるといえる。

3. 不動産取引法への「法と経済学」的アプローチ

3.1. 不動産取引の「法と経済学」

もともと不動産取引は、法律学とりわけ民法のみならず、税法や経済学、とりわけ財政学ないし租税論、住宅が社会生活に密接なことから社会学など、異なる分野からも学際的に取り組まれてきた。かつて、過熱する不動産取引市場を制御するため、法的規制や税制強化、さらに金融引き締めなどの対策がとられ、一定の効果がみられたことがある。

このように、法律学と経済学とが学際的に競合してきた研究分野が「法と経済学（law and economics）」または「法の経済分析（economic analysis of law）」と呼ばれ、経済学で開発されてきた概念や手法を使って法現象を分析し、立法や法解釈に資する知見を得よ

うとするものである。たとえば、都市計画法や国土利用計画法などが不動産取引市場にどのような影響をもたらし、その影響はどのくらい望ましいものと評価されるのか、あるいは都市景観規制の事案に対して裁判所が下す判決が、社会の在り方をどのように変え、それはどのくらい望ましいと考えられるのか。このような問いに、経済学の理論や道具立てを駆使して答えていこうとするのが「法と経済学」である(7)。

入門編としての『法と経済学』への招待—法学の側面から—(8)の論稿を著した仮屋広郷氏は、アメリカ法学界に大きな波紋を投げかけた「法と経済学」の学者であるシカゴ学派のリチャードA・ポズナー(Richard A・Posner)に依拠して「法と経済学」の原理を説明している(9)。ポズナーが法の分析に用いる経済学の基本的原理は、「効率性」と「富の極大化原理」である。この場合、「法と経済学」の「効率性」とは、経済状態に変化がもたらされた場合、その変化により「利益を得たものが損失を被ったものに補償を行うことにより、後者の満足の度合いを変化以前に戻すことが可能であり、かつ前者にそのような補償を行った後でさえも利益が残るような補償手段が存在するのならば」その経済変化は効率的であるというものである。また、「法と経済学」の「富の最大化原理」とは、富が「単に生産された財やサービスの総量と価格(price)という意味での市場価値(market value)を掛け合わせたものではなく、これらの財やサービスによって生み出された消費者余剰と生産者余剰の総量を含むものである」とされている。このことを土地取引の事例をもって、仮屋氏は説明している。

「いま甲が1,000万円の市場価値を有する土地を有しているとする。乙は工場建設のためにこの土地を2,000万円まで出して買う用意がある。丙はこの土地を取得できればマイホームを建設し、乙よりも高い効用を得られるのであるが、1,000万円を負担するだけの資力を持たない。この場合、甲は乙と土地の売買を行うこととなろう。この時の土地の取引価格が1,600万円(1,000万円と2,000万円の間の価格であればいくらかでもかまわない)であったとすると、甲には600万円の(いわば生産者)余剰が、乙には400万円の(消費者)余剰が生じることになる。この土地売買の前後では合わせて1,000万円の富が生じることになるのである。さらに、乙の工場からは煤煙が排出され、近隣の住民である丁は工場が操業されることにより300万円の損害を被るとしよう。この場合でさえも丙ではなく、乙が甲と土地取引をなすことを許されることになるのである。なぜなら、丁にはここでの取引によって生じた1,000万円によって補償され得る可能性が残されているからである」(10)。要するに、「乙は丙よりも多くの余剰価値を生み出すことができる故に、取引をなすこと(=権利を割り当てられること)を正当化されることになるのである。なぜならば、この余剰価値(=富)こそ余暇・満足・自己表現の機会といった多くの人間の幸福の主たる要素の獲得につながるものであり、第三者(設例中の丁)の損害を補償する可能性を増大するものであるからである」(11)。

ポズナーの「法と経済学」が依拠する経済学は「新古典派経済学」である。新古典派経済学は、人間行動の合理性を前提とし、すべての取引は市場において効率的になされると仮定する。そのため、上記の土地売買契約において、契約の拘束力は効率性が根拠であるので、より効率性の高い取引の機会があるならば、つまり損害賠償してもなお余りある利益があるならば、その土地売買契約を破棄することができるという論理なのである（12）。

しかし、人間行動は合理的たれと意図されてはいるが、限られた程度でしか合理的ではありえない。サイモンのいう「限定合理性」である（13）。また、人間は目先の利益を追及するために、不誠実な行動をとってしまうことがあり、これを機会主義的行動と呼ぶ。このような、新古典派経済学の前提の矛盾を克服しようとする経済学が「新制度派経済学」である。

たとえば、新古典派経済学の「法と経済学」では、法における個人は法規範や社会的慣習を遵守し、行為における判断の妥当性を兼ね備えている。しかし、新制度派経済学の「法と経済学」では、人間はそもそも秩序を破るものであり、法的には合理的に行動しないものである。したがって、こうした不動産取引の当事者の非合理性を防ぐため、売主も買主も不動産取引の専門家に仲介を依頼する。不動産取引の専門家は法的には合理的に行動することが期待されており、非合理的に行動すれば社会的なサンクションを受けるからである。

ところで、新制度派経済学は「ゲーム理論」、「情報の経済学」、「契約の経済学」などの進展によって、現実の組織の制度や契約の問題を、取引主体間の「情報の非対称性」、「取引費用」の存在、そしてプリンシパル（依頼主）＝エージェント（代理人）、すなわち「エージェンシー」問題や「契約の不完備性」の問題として取り扱うようになった。つまり、新制度派経済学の分析対象は、実際の法現象や法制度にまで広げられるようになった。かかる分析が法律学に新しい視点を提示し、法解釈や立法に際しての重要な参考基準となることが考えられる。このうち、経済学を用いて「法をどうやって改良すべきか」という問題意識が規範的「法と経済学」であり、「実際に法制度が社会にどのような影響を及ぼしているか」という問題意識が実証的「法と経済学」である。後者の問題意識は「法現象の客観的科学」としての法社会学（14）に近いものである。

以下、不動産取引法において、新制度派経済学の理論である「情報の非対称性」、「取引費用」、「エージェンシー」、「契約の不完備性」といった諸問題がどのように位置づけられるか、考察する。

3.2. 不動産取引法における「情報の非対称性」

「情報の非対称性」とは、市場における各取引主体が保有する情報に差があるときの、その不均等な情報構造である。「売主」と「買主」との間において、売主のみが知識と情報

を有し、買主はそれを知らないというように、双方で情報と知識の共有ができていない状態のことを指す。

不動産取引において、売主と買主では、どちらが有利な立場にあるかは、それぞれの側の事情によろう(15)。通常、特別な事情がなければ、最初は、情報の非対称性によって売主の立場の方が強いはずである。すなわち、売主が自ら所有する不動産について熟知しており、近隣や周辺環境の状況を知悉している。たとえば、土地に廃棄物が埋設されているとか、そのマンションで自殺事件があった等々重要な情報を有している場合などである。

一方、買主は、それらについての情報をあまり持っていないし、自ら調査するにも限界がある。売主に問い合わせたとしても、売主はより高い価格で売却したいはずであるから、自らに不利になるような情報を伝えないはずである。このような場合、買主は、物件上や権利上の隠れた瑕疵のような当初は予想されることのないリスクを負担する可能性がある。このことは、不動産賃貸における貸主と借主との関係も同様である。しかしその一方で、買主が強い場合もある。たとえば、相続税の納付のために、不動産の売却を迫られた売主に対して、その事情を知る買主は取引上有利となる。いわゆる「足元を見る」である。空きが多く建設資金融資額が高額の不動産物件の賃貸借の場合の借主についても同様である。

このように、不動産取引では売主と買主との直接取引も存在する。しかし、直接取引では売主と買主との情報の非対称性のために、不動産取引の成立が阻害される恐れがある。

そもそも不動産取引市場に参入する売主や買主は、通常、不動産取引について必ずしも多くの知識や経験を持っているわけではない。不動産業者ならいざ知らず、一般の企業や個人は、そう頻繁に不動産取引を行うことはないであろう。そのため、初めから意思決定に際して必要な知識や情報が不足したまま市場に参入し、最も期待効用が大きいものを選択しがちである。このような不確実性のある状況の下での目的達成手段として、仲介業者への依頼がある。この市場で特に情報の非対称性が顕著であることは、売主と買主との間だけでなく、依頼主と仲介業者との間ではさらに明白であろう。

不動産取引市場において仲介業者の活動が有効に機能すれば、情報の非対称性が大きくとも市場機構はうまく機能していくかもしれない。しかし現実には、なかなかそのようにはならない。依頼主は、必ずしも当初期待した最大の効用を得ているとはいえないようである。何となれば、情報という点に限っていうならば、規模や経験、情報へのアクセスの仕方などから、仲介業者同士の間でも情報の非対称性が存在しているからである。いずれにしても、不動産取引市場では仲介業者が売主と買主との間に立って、調査、交渉の過程で重要な事項や問題点を把握し伝達して、買主に判断させる必要が出てくる。このことは、不動産取引市場における情報の非対称性に起因する取引費用の存在を意味するのである。

3.3. 不動産取引法における「取引費用」問題

「取引費用」とは、経済取引を行うときに発生する費用である。オリバー E・ウィリアムソン (Oliver E・Williamson) によれば (16)、取引費用を決定する要素は人間の限定合理性と機会主義的行動、取引における頻度と資産特殊性と不確実性である。不動産取引は、このすべての要素が含まれている (17)。

不動産取引の買主は、売買契約の締結に至るまでの間に、多大な金銭的、時間的、精神的な費用を負担することになる。すなわち、買主は、売買契約の締結に先立って、まず、自分が購入したいと考える不動産がどこにあるか調べることをはじめとして、不動産の形状、面積、状態、環境はどうか、当該不動産に関する権利関係はどのようになっているか、あるいは、それに利用規制がかけられているか否か、もし利用規制がかけられているとしたらそれはどのようなものか等々の様々な探索・調査費用を負担するのが普通である。代替品取引市場における取引のように契約内容が画一化・標準化されている場合と異なり、不動産取引の場合にはそれが画一化・標準化されていない。また、不動産が普通の人にとっては一生に一度あるかないかの買い物である。さらに、不動産は、それを実際に購入して使ってみなければその品質がわからないものである。このような性質をもつ、いわば経験財の一種であることから、その探索・調査費は極めて多額なものとなる可能性がある。

次に、買主は売主との交渉段階に入ると、売買代金をはじめとする様々な契約条項について売主と話し合うことになり、そのためにかなりの交渉費用を負担することになる。さらに、これらの取引費用に加えて、売買契約締結後、買主は売主による履行がなされるものと信じて、つまり目的不動産の所有権を取得できるものと信じて、様々な費用を投下するであろう。たとえば飲食店を開店するために空き店舗を購入した買主は、店舗を改修するための工事契約を締結し、飲食店に必要な様々な設備・備品を購入し、店員を雇用し、客用の駐車場を借り、さらに開店を知らせるチラシを作成し、それを配布するであろう。そして、これら探索・調査費用、交渉費用、履行がなされると信じて投下された費用は、いずれも当該不動産取引に特化したものであるため、他に転用したり回収したりすることができないため、全くの無駄になる埋没費用 (sunk cost) という性質を持っている。つまり探索・調査費用を費やして得られた知識や情報は、当該取引に特化したものであるためにほとんど他に転用できず、全く無駄になるのである。たとえば、飲食店を開業するために購入した設備・備品の多くは他に転売できないであろうし、もし転売できたとしても、その売却価格は購入価格を下回ることになるだろう。また、売主による履行がなされなかった場合、買主は次善の物件を取得する機会を失うという機会費用 (opportunity cost) をも負担する可能性がある。

また、もし買主よりも高い代金を支払う意思をもった者が現れた場合、売主がその可能

性を威嚇として用いることによって、買主に対して代金の値上げを一方的に要求する可能性がある。そして実際、売主がこの値上げ要求をした場合、買主は、もし売主が履行しなければ、一方において当該不動産取引に特化した費用が無駄になるというリスクと、他方において当該売主以外の者からは目的不動産に代替し得る物を入手することが困難であるという弱みから、その要求に応じざるを得ないかもしれない。このような売主の値上げ要求は、契約によって相手方当事者が一定の状況に固定された機会に乗じて、契約の一方の当事者が契約で決定された自己の利益を超えて相手方当事者の損失において利益を得ようとする典型的な機会主義的行動（*opportunistic behavior*）となる。ここに、機会主義的行動とは、機会に乗じて、契約によって相手方当事者に生じた消費者余剰の一部を契約の一方の当事者が強制的に自分に移転させる行為であり、その結果、契約の一方の当事者による強制的な富の再分配が行われることになる。

3.4. 不動産取引法における「エージェンシー」問題

不動産取引上の売主と買主の売買当事者と仲介業者の関係を依頼主（プリンシパル）と代理人（エージェント）の関係に置き換えて、そこにみられる「エージェンシー問題」に着目して、市場参加者の意思決定やその行動について、「法と経済学」の視点を意識しつつ議論することにする。

エージェンシー問題とは、エージェントとプリンシパルの目的がそれぞれ異なり、エージェントによる報告や行動がプリンシパルの目標に沿って進められているのか、あるいは、自己利益を追求する不正行為なのかを、プリンシパルが容易に判断できない場合に生ずる問題であり、モラル・ハザードの問題でもある（18）。

不動産取引におけるエージェンシー関係は、依頼主と仲介業者との間で媒介契約が締結されると成立する。この媒介契約の内容は、それほどきめ細かいものではない。むしろ、実際は書面による形式よりも、法的拘束力はなくともお互いの行為を拘束しあっていると考える共通の理解、すなわち「暗黙の契約」によるところが大きい（19）。不動産取引市場では情報は偏在しており、不確実性が存在する。そのため、①プリンシパルが自己の効用を満足させるために、エージェントに対してどのようなインセンティブを与えるか、そして、②エージェントの行動をどうすればより的確にモニタリングできるか、というエージェンシー問題が起こる。エージェントにすれば、①自己の効用を満足させるためにもっとも効果的なインセンティブは何か、そして、②エージェントの努力水準をどうすればプリンシパルに的確に伝達できるか、ということになる。プリンシパルにとっては、エージェントの努力についてのモニタリングは容易ではなく、その活動内容も確認し得ないことから、エージェントは自己の利益追求に走る可能性が高くなるので、プリンシパルからの利益に即した行動をとるようなインセンティブをエージェントに与えることが重要であ

る。これが、媒介契約の態様と報酬システムに結びつくのである。

また、プリンシパルは、エージェントのどのような行動によって結果がもたらされたかということについては、エージェントから説明を受ける以外に知ることができない。この点、法的には、仲介業者は、専属専任媒介の場合 1 週間に 1 回以上、専任媒介の場合は 2 週間に 1 回以上、業務の処理状況を依頼主に報告することを義務付けられている（宅地建物取引業法第 34 条の 2）が、この規定があるだけである。エージェントは、少なくともプリンシパルより不動産取引に精通しており、情報も多く持ち、経験豊かであるが、努力水準と結果との間には環境等の不確実な要因が大きく作用しているかもしれず、そこにモラル・ハザードの問題が起こる。①はインセンティブ・システムの、②はモニタリング・システムの問題であるといえる（20）。

これは、専属専任、専任、一般といった 3 種類の媒介契約の態様と報酬システムにかかわる問題である。契約の態様について、プリンシパルである依頼主にすれば、広く多くのエージェントたる仲介業者に依頼できる一般媒介契約を選択し競争を促すことを望むかもしれない。一方、エージェントにすれば、プリンシパルを独占できる専属専任もしくは専任媒介契約を締結できれば、いっそう活動に力が入るかもしれない。また、報酬システムについては、原則的に定率制のため、実際、取り扱う不動産取引価格が高くなるにしたがって報酬額も高くなる方式なので、エージェントのモチベーションをより高めることになるであろう。つぎに、エージェントたる仲介業者に対するモニタリングの困難さである。売主の場合は、より高い価格で売却できるかにつきる。たとえば売却物件に問題があったり、需要が少なかったりして、売却が困難であることを売主があらかじめ承知していて、それが仲介業者の努力によってようやく売却できたような場合などで、たとえそのときの売却価格がいくらか低くとも売主が納得すれば、仲介業者の努力を評価するであろう。一方買主の場合は、逆により安い価格で購入できること以外に、取引の安全という面で購入物件の内容についての詳細な説明（重要事項説明）を受けることが重要である。これは仲介業者の調査結果であり、どれだけ確実な調査が行われたかということは、他の取引条件の交渉結果とともにモニタリングにとっての大きな判断材料の一つになるであろう。しかし、全体としてみるならば、努力水準もしくは業績の測定については、基本的にそれらを含んで仲介活動の過程での双方のやり取りの中で判断するしかないであろう。あえてモニタリングの制度を挙げるならば、宅地建物取引士の免許試験制度ということになる（21）。

3.5. 不動産取引法の「契約の不完備性」問題

不動産取引上の契約は、売主と買主の双方がその目的を達成するために取り交わす合意事項を内容とするが、そこに将来起こりそうなことをすべて予測して書き込む、つまり周

到に作成された完備契約 (complete contract) は不可能である。つまり、「不完備契約 (incomplete contract)」なのである。

契約理論には、完備契約理論と不完備契約理論がある。前者は新古典派経済学の契約理論で、この理論の下では、提示される契約はすべての状況に対応する情報が記述可能といったように、完備な契約が仮定され、その遵守も完全であると仮定される。そこでは、すべての状態に対して履行すべき条項がすべて書き備えられているような完全な契約を想定する (22)。

しかしながら、将来生じるかもしれない、すべての状態を網羅するような完全な契約を書くのは現実にはほとんど不可能である。こうした契約は、すべての状況に対して契約が網羅しきれていないという意味合いで不完備契約と呼ぶ (23)。

普通、不動産売買の契約当事者は、契約を締結するにあたって、重要だと考える事項についてのみ契約条項を定めるにすぎない (24)。なぜならば、あらゆる問題や事態を想定して、その多くは実際に発生する確率がきわめて低いと思われるが、それに対処するための契約条項を定めた場合、それに要する取引費用がそれによって得られる利益を上回ってしまうことがあるからである。その結果、契約は常に不完備なものとならざるを得ないのである。

そこで、わが民法第176条は物権の設定および移転は意思表示のみで生ずるとする物権変動についての意思主義をさだめている。この第176条は任意規定であるといわれており、この任意規定は不動産売買契約の不完備性から生ずる空白を埋めるという機能を果たすため、契約において定められなかった問題や事態が実際に生じた場合の解決の指針を定めたものであると考えられている。

とはいえ、これが民法第177条との関係で、とりわけ不動産二重譲渡の対抗問題については、複雑な関係になる。この問題についての通説は次のようになっている。すなわち同一の不動産が二重に譲渡された場合、一方の譲受人が目的不動産の所有権の移転登記を得たときは、民法第177条の規定により、他方の譲受人は当該不動産の所有権が自分であることを登記を得た譲受人に対抗できず、したがって登記を得た譲受人が当該不動産の所有権を取得する。つぎに、目的不動産の所有権を取得できなかった譲受人は、売主によって支払われる履行不能、すなわち債務不履行に基づく損害賠償 (民法第415条) によって救済される。

この通説の契約理論的特徴は、売主に第2の買主からのより高い代金の申出があった場合、第1の売買契約の違反となることを認識しつつ、第2の買主と売買契約を締結し、目的不動産の所有権を第2の買主に移転することを認めていることである。換言すれば、通説は、売主に、その都合により、第1の売買契約を履行するか、それとも損害賠償を支払って履行しないかを、すなわち第1の売買契約に違反するか否かを自由かつ一方的

に決めることができる権利を与えていると考えられる。しかしながら、このような通説の立場、つまり法規範は「契約は守らなければならない」とする一般の社会規範、社会倫理、社会常識に明らかに反している。

また、このような通説の立場は、第1の売買契約の中に、もしより有利な条件の申出が他からあった場合には、売主は損害賠償を支払った上で、当該契約を一方的かつ自由に破ることができる、とする「暗黙の契約 (implicit contracts)」条項 (25)、換言すれば、より多くの利益を得る機会を売主に与えるため、売主に履行するか否かを一方的に決定できる裁量権を与える契約条項を、第1の買主が知らない間に、あるいはその意思に関わりなく、その解釈により挿入しているのと実質的に等しい。

このような暗黙の契約事項を明示化すれば、売買契約をする際に売主が第1の買主に対して「現在、売主はこの契約に違反する意思を持たないが、履行する意思も持たない。もしもっと良い申込があれば、売主はそれを第2の買主に承諾し、第1の買主に期待利益の賠償をするつもりである。実際、売主はこの契約の締結直後から、もっと良い申込を積極的に探し始めるつもりである。売主が第1の買主に対して、これを認める条項を挿入しよう」と提案しているに等しい。

しかしながら、このような内容の契約条項が交渉過程で売主から明示的に提案されたならば、第1の買主は驚いて売買契約を締結しないか、あるいは履行されない危険に応じて代金の減額を要求するかもしれない。あるいはまた、このような暗黙の契約条項が売買契約中に実質的に挿入されているということが一般に知れ渡ったならば、不動産を取得しようとする者は、ほとんど常に、その不動産売買契約中に、このような契約条項を覆す明示の条項をいれなければならなくなってしまうであろう。

4. 不動産取引法における「効率的契約違反論」

4.1. 効率的契約違反論の意義

本稿が論じてきた不動産取引法の解釈学および「法と経済学」の欠陥に関しては、通説の立場を正当化すると思われる「効率的契約違反論 (efficient breach theory)」について検討する。この理論は、「履行利益を賠償したうえで契約違反をすることを法が許容することにより、効率的な結果が実現するといった考え」である (26)。

この理論が適用されるケースとしては、不動産取引、とりわけ不動産の二重譲渡の場合をその典型的な例となる。つまり、「契約締結後、契約の一方の当事者に対して第三者からその契約の内容に背反するより有利な条件の申込みがなされたため、当該の契約当事者がその第三者と新たな契約を締結し、最初の契約に違反する場合」である (27)。このことを、小林秀文氏の論稿にしたがいながら、事例を用いて説明する (28)。

売主が所有する不動産を代金1,000万円で第1の買主に売却し、未だ登記を移転しない間に、同一の不動産を代金1,300万円で第2の買主に重ねて売却し、かつ第2の買主に登記を移転した場合に、一方において、第1の買主は民法第177条により当該不動産の所有権を第2の買主に對抗することができず、つまり、その結果、第2の買主がその所有権を取得することになり、他方において、第1の買主は民法第415条により履行不能に基づく損害賠償によって救済される、というケースである。

つぎにこの事例にしたがい、効率的契約違反理論の上からその中核的部分について説明する(29)。

まず、売主から当該不動産を第1の買主は代金1,000万円で購入する。これは、第1の買主が当該不動産を1,000万円よりも高く評価していたからだと考える。いま仮にその評価額を1,100万円(これを「留保価格(reservation price)」という。この留保価格とは、買主が目的物に対して支払ってもよいと考える最高額、売主が目的物を売ってもよいと考える最低額をいう)とすれば、それと代金額との差額である消費者余剰100万円が第1の買主が第1の売買から得られる利益である。一方、売主が当該不動産を代金1,000万円で第1の買主に売却したのは、売主がそれを1,000万円よりも低く評価していたからだと考える。いま仮に、その評価額つまり留保価格を900万円とすると、それと代金額との差額100万円が第1の買主から売主が得られる利益である。同様に、第2の買主の当該不動産に対する評価つまり留保価格を1,500万円とすると、第2の買主の第2の売買から得られる利益は200万円となり、売主の第2の売買から得られる利益は400万円となる。このように、契約は不等価交換を通して、契約の両当事者が契約前よりも有利化する制度であり、関係当事者全員が満足するという意味で、常に効率的な状態へと導くシステムなのである。

4.2. 効率的契約違反論の「効率性」

効率的契約違反論によれば、売主が第1の売買契約を締結したにも関わらず、同一の不動産を目的物とする第2の売買契約を締結し、第2の買主に目的不動産の所有権を移転したのは、第2の売買から得られる利益400万円から契約違反、つまり債務不履行に基づく損害賠償として第1の買主に100万円を支払ってもなお300万円の利益が得られ、これは第1の売買から得られる利益100万円よりも大きいからである。しかも、この契約違反により、売主が利益を得るだけでなく、第2の買主もまた第2の売買契約から利益200万円を得、また第1の買主も損害賠償により損害を補填されるため不利になることはない。したがって、売主の契約違反によって、売主と第2の買主は利益を得、第1の買主は損失を被らないという結果がもたらされる。この状態は、関係当事者全員が満足する「パレート改善(Pareto improvement)」の状態であり、その意味で効率的であり、

社会的厚生は増加することになる。

またこの契約違反は、それによって目的不動産がそれを最も高く評価する者、すなわち第2の買主の所有に帰することになるから、資源配分の効率性を導くという点でも社会的に望ましいことになる。したがって、効率的契約違反論によれば、このような効率的な契約違反は非難されるべきものではなく、むしろ助長されるべきものということになる。かくして、不動産の二重譲渡に関する通説の立場は、この効率的契約違反論によって規範的な正当化根拠が与えられることになるのである。

4.3. 効率的契約違反論の問題点

この理論の問題点についても、小林秀文氏の論稿にしたがいながら、指摘することにする(30)。

効率的契約違反論によれば、売主の契約違反を通して、目的物の所有権がそれをより高く評価する第2の買主に帰属することにより効率的な資源配分が達成されるとするが、この理論では、第2の買主の方が常に第1の買主よりも目的物を高く評価している、という「暗黙の前提」の上に成り立っていることになる。しかし、この点に関して、売主に分かっているのは、第1の買主および第2の買主がそれぞれの代金額よりも目的物を高く評価している、ということだけでしかなく、それぞれが実際にどれくらいに評価しているかは不明である。

本稿のケースのように、第1の買主が目的不動産を1,100万円と評価し、第2の買主がそれを1,500万円と評価している場合には、売主の契約違反により資源配分の効率性は達成されることになるが、もし第1の買主が目的不動産を1,100万円ではなく1,600万円と評価していた場合には、目的不動産は売主の契約違反により、より低い評価しかしていない第2の買主の所有に帰すことになり、資源配分の観点からみて非効率的な状態が発生してしまうことになり、効率性は達成されない。この場合には、資源配分の効率性が達成されるためには、第1の買主が本来必要のない取引費用を費やして、第2の買主から目的不動産を買わなければならないことになる。

このように、効率的契約違反論は、契約違反をする時に売主が第1の買主の被る損害額を正確に知るという「完全情報の仮定」の下で、かつ目的物の第2の買主にとっての価値が第1の買主のそれを上回るという非現実的な前提の上に成り立つものであり、理論的に破綻するといった問題がある。

5. おわりに

国際経営学部において「不動産取引法」を講ずるには、伝統的な法律学としての不動産

取引法ではなく、「経営」の視点、つまり経営は常に市場の動向を気かけなければならないので、経済社会の面から考察すべきであると考えた。それには、社会学と経済学の分析が必要となる。法というからには社会学にも経済学にも共通なものは「制度」の分析である。制度となれば、その依拠する経済学は「制度派経済学」ないし「新制度派経済学」ということになり、法律学の領域においては「法と経済学」からのアプローチが必要となる。

そこで本稿は、不動産取引法を法社会学および「法と経済学」からアプローチしたものである。ただし、今回検討できなかった、不動産取引に大いに影響する税制の問題については、法社会的にも「法と経済学」的にも、また不動産経営の面からも大変重要と思われるので、これらの考察については、私自身緊要の課題としたい。

注

- (1) 半田正夫『不動産取引法の研究』勁草書房、昭和55年、「はしがき」。
- (2) 日本土地法学会編『不動産取引法・環境権の再検討』有斐閣、昭和58年、「まえがき」。
- (3) 石田眞「労働法社会学」『日本労働研究雑誌』第621号、平成24年、68頁。
- (4) 石田眞「同稿」68～69頁。
- (5) 石田眞「同稿」69頁。
- (6) このことを指摘するのは、日本法社会学会のミニシンポジウムにおける小石侑子氏の見解である(同「不動産取引の法社会学」『法社会学』第48号、有斐閣、139頁)。
- (7) 飯田高「労働の法と経済学」『日本労働研究雑誌』第621号、平成24年、72頁。
- (8) 仮屋広郷『「法と経済学」への招待—法学の側面から—』『一橋論叢』113巻4号、平成7年。
- (9) 仮屋広郷「同稿」448頁。
- (10) 仮屋広郷「同稿」448～449頁
- (11) 仮屋広郷「同稿」449頁。
- (12) ポズナーの「法と経済学」については、林田清明「法は経済である—ポズナーの『法の経済分析』入門—」『北大法学論集』42巻5号、1369～1412頁参照。
- (13) ハーバート A. サイモン著二村敏子ほか訳『新版経営行動』ダイヤモンド社、平成21年。
- (14) 磯田進「法社会学と私」潮見俊隆ほか編『農村と労働の法社会学—磯田進教授還暦記念—』一粒社、昭和50年、406頁。
- (15) 柿本尚志『都市不動産の経済学』ミネルヴァ書房、平成20年、208頁。
- (16) O.E. ウィリアムソン著浅沼万里、岩崎晃訳『市場と企業組織』日本評論社、昭和55年。
- (17) 以下の記述は、小林秀文「不動産二重譲渡の『法と経済学』」『中京法学』第48巻第3・4号、平成26年、156～161頁に大いに依拠している。
- (18) P. ミログロム＝J. ロバーツ著奥野正寛ほか訳『組織の経済学』NTT出版、平成18年、184～185頁。
- (19) P. ミログロム＝J. ロバーツ著奥野正寛ほか訳『同書』141頁。
- (20) 柿本尚志『前掲書』220～221頁。
- (21) 柿本尚志『同書』224頁。
- (22) 中泉拓也『不完備契約理論の応用研究』関東学院大学出版会、平成16年、1頁。
- (23) 中泉拓也『同書』2頁。
- (24) 不動産取引における不完備契約については、小林秀文「前掲稿」183頁以下を参照した。

- (25) P. ミログロム＝J. ロバーツ著奥野正寛ほか訳『前掲書』141頁。
- (26) 田中亘「契約違反に関する法の経済分析」東大『社会科学』第62巻第2号、平成23年、3頁。
- (27) 小林秀文「前掲稿」192頁。
- (28) 小林秀文「同稿」150頁。
- (29) 小林秀文「同稿」192～193頁。
- (30) 小林秀文「同稿」192～198頁参照。

