

1. はじめに

民法の担保責任の規定は、特定物売買の不完全履行についても履行利益賠償を認める、いわゆる契約責任説をベースとした大きな改正を控えている。このような改正法のもとで問題となるのは、担保責任の一つである土地の数量指示売買につき履行利益賠償を否定した最判昭和 57・1・21 民集 36・1・71（以下、昭和 57 年判例）が民法改正後、賠償範囲論につきどのように扱われるのか、である。

そして、本稿の主題は、上記判例の射程をよりよく説明するためには、経済分析が有用なのではないか、ということである。具体的には、二つの理由がある。

第一に、履行利益賠償を原則として否定した上記判例の準則は、債務不履行の経済分析における履行利益賠償の意義に適合的だと考えられるからである。すなわち、一方で、非効率な契約違反を妨げるために、買主側の費用を売主側に内部化させることが、つまり、履行利益賠償を売主から買主に認めることが、通常は売主の行為統制を通じた効率的な取引を招く条件となる。他方、上記判例で問題となった数量指示売買における数量不足は、統制すべき売主の行為が考えづらく、したがって、このような履行利益の機能が実現されない契約違反の典型例だと考えられるのである。関連して、上記判例の事案では、抽象的には、土地面積にかかる測量ミスを売主側の過失として理解することが可能であるところ¹、これを帰責事由として理解としても、この帰責事由が履行利益賠償に適合的ではないことを示したと見ることができる。

第二に、民法学説における契約責任説も、履行利益賠償の制限に関して上述の見解と同様の結論を導くことができるものの、射程が不明確だからである。たとえば、ある見解は上記判例の意義につき、数量の確保という一定の結果を実現するという「売主の履行義務の具体的内容に応じて、損害賠償の範囲が異なってくることを意味している」と解している²。しかし、このような意味での数量確保がなぜ履行義務の内容にならないのかは明確ではない。そのため、このような数量確保が履行義務の内容になるのはどのような場合か、という裏の問題に解答することが困難である。

したがって、売主側の行為を統制するために賠償範囲論を判例が用いている可能性を示す一例として、本稿では数量指示売買を分析するものである。具体的には以下の検討順序をたどる。まず、次の 2 で、昭和 57 年判例の内容を確認する。3 では、そのような昭和 57

¹ 本文のような問題を売主側の過失として把握する可能性について、森田宏樹・判批 105 頁を参照。

² 森田宏樹・判批 105 頁

年判例が、これまでの民法学説と民法改正の中でどのように位置づけられるかを確認する。その際には、これまでの民法学説の問題点を抽出する。そして、4で、対案としての解釈論を提示する。最後に5で、若干のまとめを行う。

2. 昭和57年判例の概要

昭和57年判例の中身を検討する前に、前提として、数量指示売買とは何かを述べておこう。数量指示売買とは、「当事者において目的物の実際に有する数量を確保するため、その一定の面積、容積、重量、員数または尺度あることを売主が契約において表示し、かつ、この数量を基礎として代金が定められた売買」³のことである。つまり、売主による数量の表示と、数量を基準として代金が定められているという二つの事情があることが必要である。

(1) 昭和57年判例の事案

昭和57年判決の事案は、このような数量指示売買に当たることについて、争いのない事案であった⁴。具体的な事案は、次のようなものである。

昭和30年頃、売主たるYは、自己が所有する山林を測量して実測図を作成した。この実測図に従って、昭和38年と昭和43年に、それぞれX1とX2に対して、土地を分譲した。その際には、Yの代理人Aから、実測図通りの面積があるはずだからこれにより代金を算定したいとの申出があったため、X1とX2はこれを承諾し、これに基づき売買代金額が決定された（それぞれ、171坪を坪2万円で、112坪を坪3万8千円で、売買代金が決定された）。

ところが、昭和49年になって、X1とX2は面積が不足していると主張した。測量の結果、それぞれ約7坪不足していることが判明している。このような面積不足に基づき、昭和49年当時の坪単価25万円で計算された損害賠償が、X1とX2からYに対して請求された。その際には、履行利益賠償が請求されている。

原審は、X1とX2の主張を排斥して履行利益賠償を否定し、数量不足分の代金相当額のみを賠償を認めた。その理由としては、数量指示売買の担保責任について定める民法565条は、債務不履行責任を規定したのではなく、数量が売主の債務内容にならないことを前提として「法が買主の信頼を保護するために直接に売主に課した責任である」に過ぎないからと、述べられている。この理由付けは、3で後述する法定責任説の理由付けに沿ったものである。

これに対して、X1とX2から、上告がなされた。上告理由としては、売主Yの過失がある場合には履行利益の賠償義務を負う点が指摘されている。

³ 最判昭和43・8・20民集22・8・1962

⁴ たとえば、浅生59頁以下の調査官解説では、数量指示売買に当たることを前提に解説が加えられている。また、後述の(2)における判旨も参照。

(2)昭和 57 年判例の判旨

最高裁は次のように簡潔に述べて、上告を棄却した。すなわち、「土地の売買契約において、売買の対象である土地の面積が表示された場合でも、その表示が代金額決定の基礎にされたにとどまり売買契約の目的を達成する上で特段の意味を有するものでないときは、売主は、当該土地が表示どおりの面積を有していたとすれば買主が得たであろう利益について、その損害を賠償すべき責めを負わないものと解するのが相当である」、と。この判旨は、次の五点の特徴を持つ。

第一に、本件が数量指示売買に当たることを前提に、論旨が組み立てられていることである。すなわち、売主による数量の表示とそれを基礎にした代金額の決定という要素が、それぞれ認められることを前提に、論が組み立てられている。

第二に、「当該土地が表示どおりの面積を有していたとすれば買主が得たであろう利益」の賠償が原則否定されていることである。これは、履行利益賠償の原則否定を意味する⁵。

第三に、一原審とは対照的に一法定責任説を前提とした理由付けはなされていないことである。理由付けについては何も述べず、結論を述べるにとどまっている⁶。

第四に、一この第三の点と関係して一履行利益賠償を認める余地が示されていることである。すなわち、傍論ではあるが、「売買契約の目的を達成する上で特段の意味を有する」ときには、履行利益賠償が認められることを示している。この点には、当事者の意思を尊重して賠償範囲を決定するという思想が現れており、3で後述する契約責任説に適合的である。(1)で見たように原審が法定責任説を前提としていたのとは、対照的な説示となっている。

第五に、売主に過失がある場合には履行利益の賠償義務を負うとの上告理由が退けられていることである⁷。したがって、賠償範囲の制限は、担保責任の無過失性に依存しているとの解釈は退けられていることが、特徴である。

3. 学説による昭和 57 年判例の理解

このような昭和 57 年判例の結論は、判決当時に評釈を行った多くの学説に支持されている⁸。民法学説が実質論と呼ぶ、バランスの取れた結論というものに合致するものであるといえる。

ただし、民法学説が用意してきたいわゆる民法理論が、昭和 57 年判例の説明に適しているか否かは、別の問題である。このような民法学説の現状と問題につき、以下では見てい

⁵ 履行利益賠償を原則否定しているとの評価については、潮見・契約規範 220 頁参照。

⁶ 契約責任か法定責任かいずれかの態度を採用するか述べていないことについて、潮見・契約規範 220 頁参照。

⁷ 森田宏樹・契約責任 287 頁。

⁸ 浅生 77 頁を参照。

こう。民法学説における理論の対立は多岐にわたっているが⁹、本稿では出発点となる担保責任の性質理解の違いに応じて、法定責任説と契約責任説に分けて、議論状況をそれぞれまとめることにしたい¹⁰。

(1)法定責任説

昭和 57 年判例の判旨のうち、履行利益賠償を否定した部分は、いわゆる法定責任説と整合的である。というのは、法定責任説では、損害賠償の範囲は信託利益に限定されるのが原則となるからである¹¹。ただ、法定責任説をベースに昭和 57 年判例を理解しようと考えるのは、次に見るように、その基本的論拠につき問題がある。

すなわち、一方で、この法定責任説の基本的論拠となっているのは、特定物売買において数量は履行義務たる債務内容とならないということである¹²。つまり、①特定物ドグマ¹³と、②原始的不能ドグマ¹⁴により支えられている。

しかし他方、これら①②を否定する形で民法は改正される予定である。たとえば、①は、民法新 483 条で、特定物債務の履行においても、目的物の現状ではなく契約内容に適合した給付が必要である旨が定められている。また、②については、原始的不能の場合にも債務不履行責任を認める民法新 412 条の 2 第 2 項が定められている。これら改正の背景となっているのは、履行義務の内容は当事者の意思によって決められるべきであり、①や②のような客観的事情による履行義務の限定をすべきではない、という発想である。

また、昭和 57 年判例の理解とも、基本的には適合しない。というのは、昭和 57 年判例は、履行利益賠償が認められる場合があることを示唆しており、この前提として、特定物売買でも数量を契約内容とすることを認めているように読めるからである。

そういった履行利益の可能性にかかる問題点もあってか、こうした法定責任説の亜種として、担保責任とは区別された保証責任を、当事者が合意した場合には認めようとする説

⁹ 民法学説の多様な見解については、潮見・契約規範 198 頁以下、松岡 223 頁以下を参照。

¹⁰ 法定責任説と契約責任説の二項対立は、民法学説における現在の議論の出発点を形作っている。もっとも、単純な二項対立ではないことにつき、潮見・債務不履行 287 頁以下、特に 293 頁以下を参照。

¹¹ たとえば、柚木 153 頁参照（民法 565 条に関する損害賠償請求権が信託利益賠償である旨、明示的に述べている）。

¹² 潮見・契約 135 頁以下参照。

¹³ 特定物ドグマとは、特定物売買においては、目的物がどれであるかを、種類・品質・数量なしで特定できる以上、それらは契約の性質とならない、というもの。

¹⁴ 原始的不能ドグマとは、特定物売買においては、目的物の現実の性質を離れて、一定の種類・品質・数量を持つものを交付することが不可能である以上、一定の数量・品質・数量に関する契約の定めは原始的不能であり、したがって、無効である、というもの。

がある¹⁵。ただ、履行義務としての債務内容に特定物の数量が入らないことを前提とする法定責任説の出発点からすれば、この責任は履行義務違反によるものではありえない。むしろ、この保証責任は、債務不履行や担保責任とは別個の、損害担保としての保証約束と理解されることになるはずである¹⁶。つまり、保険と同様のリスク移転約束が行われていると見るわけである。ただ、このような保証責任を媒介とした理解は、担保責任の枠内で賠償範囲を変更することにより問題を処理しようとした昭和 57 年判例に調和するのか、問題があらう。

(2) 契約責任説

以上のような背景もあり、現在の通説は契約責任説である。契約責任説は、特定物であっても、種類・品質・数量に関する合意が契約内容になると考える。つまり、特定物売買であっても、それらを契約内容とする意思を当事者がもっているのであれば、それを尊重して契約内容を決定するべきだという当事者意思の尊重を、基本的な考え方とする。

(a) 契約責任説における損害賠償論の特徴

そして、このような契約責任説も多くのバリエーションがあるものの、現在の主流は、債務不陸に基づく損害賠償の議論について次の二つの特徴を持つ。

第一に、債務不履行責任の要件たる帰責事由の意味を、債務者が引き受けた履行義務の射程内かどうかによって決することである（帰責事由＝履行義務射程ドグマ）¹⁷。その考えによると、一方で、債務の内容実現を約束したいいわゆる結果債務では、当事者が引き受けた履行障害事由の範囲外か否かによって不可抗力免責の可否が判断される¹⁸。他方、一定の行為義務を約束するいわゆる手段債務では、債務不履行と帰責事由の判断が一致するとの立場が多いものの、目的たる結果の不実現が債務不履行であって義務違反の有無は免責事由の阻却事由として別に判断できる場合があると見る立場もある¹⁹。つまり、手段債務については、①医療事故のように債務者（受任者）の注意義務違反の主張立証が請求原因であり、かつ、そのまま免責事由不存在の判断につながる場面のほか、②賃貸借や寄託のよう

¹⁵ 保証責任説の紹介として、好見 50 頁以下のほか、松岡 224 頁以下も参照（なお、松岡はこういった説に必ずしも好意的というわけではない。松岡の(2)で見る契約責任説を採用するからである）。

¹⁶ 好見 50 頁参照。この結果、潮見・契約 135 頁は保証責任説のうち、担保責任の枠内で処理しようとする論者を、契約責任説に分類している。

¹⁷ 森田宏樹・債務不履行 33 頁以下。

¹⁸ 森田宏樹・債務不履行 34 頁以下のほか、潮見・プラクティス 111 頁以下、特に 115 頁、中田・債権総論 134 頁以下を参照。

¹⁹ 森田宏樹・債務不履行 29 頁以下。

に、目的物の引渡返還義務違反が請求原因としての債務不履行となる一方で、保管義務違反の不存在が免責事由として抗弁に位置づけられ、したがって免責事由の独自の意味が認められる場面があることを認める立場がある²⁰。

第二に、この契約責任説では、履行義務の内容としてどのような結果を保証したか否かが、債権者（買主）に与えられる賠償の上限になると考えられていることである（賠償上限＝履行義務射程ドグマ）。そして、債権者（買主）が望む限りその上限の賠償が認められると考えられている²¹。たとえば、瑕疵のない状態での中古車の引渡を約束した場合、瑕疵がなかったとすれば存在したであろう価値の賠償が、つまりは、履行利益の賠償が上限として必要となり、かつ、買主が望む限りその賠償を認めるべきだと考えられている。信頼利益の賠償は、債権者（売主）が望む限りで、選択されるに過ぎない²²。

まとめると、履行義務の射程は帰責事由と賠償範囲の二つの点にとって、大きな意味もっているわけである。

(b)契約責任説からの昭和 57 年判例理解

こうした性質を持つ契約責任説から昭和 57 年判例を理解しようとする場合、主として²³ 次の二つのルートをとることになる。

第一に、昭和 57 年判例を、履行利益賠償の制限を認める部分の論理を除いて取り入れる

²⁰ 本文で述べたような引渡義務と保管義務の関係の考察については、森田宏樹・債務不履行 40 頁以下を参照。

²¹ ただし、後注 23 も参照。

²² 松岡 235 頁参照。また、このような理解につき山本敬三 304 頁も参照。

²³ 本文では取り上げていないが、(a)で述べた帰責事由の理解とは異なり、担保責任を無過失責任と位置づけて、無過失の場合には減価分のみ賠償を認める説がある（山本敬三 291 頁、森田宏樹・判批 105 頁。なお、担保責任規範の保護目的からの限定という形をとるが、潮見・契約規範 228 頁以下、潮見・契約 212 頁以下、139 頁以下も参照（そこで潮見により、昭和 57 年判例の理解として「履行利益の中でも、契約目的物そのものの価値について生じた損害に限られる」賠償として理解されているのは、山本が言う減価分賠償であると考えられる））。

本稿でこれを取り上げないのは、二つ理由がある。第一に、民法改正後は担保責任による損害賠償はもはや無過失責任とは理解されないことである（民法新 564 条、415 条 1 項但書。ただし、この無過失責任説は、新 563 条が定める代金減額請求を昭和 57 年判例は認めたのみであると、理解するのかもしれない）。第二に、昭和 57 年判例の事案では過失があったと評価できるからである（森田宏樹・判批 105 頁）。かりに過失を認定できるのだとすれば、この無過失責任説からは債務不履行責任に基づき履行利益賠償まで認めることになるはずであり、昭和 57 年判例は判断を誤ったと評価されうることになろう（森田宏樹・契約責任 287 頁参照。前注 7 とそれにかかる本文も参照）。

という方向性である（説明放棄説）。つまり、一方で、昭和 57 年判例は、履行利益賠償の余地を認めたことで、特定物売買でも数量が契約内容となる可能性を認めており、これは契約責任説に親和的であるとする。他方、その理解であれば、賠償は履行利益賠償を原則とするべきだという。たとえば、「正確な面積測定に基づいて代金が決定されている場合、売主は表示通りの面積の土地を引き渡す義務を負うものと解するのが相当」だとして昭和 57 年判例のいう特段の事情はむしろ原則であるとする説がある²⁴。また、代替物購入に要した費用の賠償を認めるべきだと主張する説も、履行利益賠償の原則性を前提としていると解することができよう²⁵。以上のように、この説は、昭和 57 年判例が履行利益賠償を認めなかった事情につき、説明を放棄するものだといえる。そして、この説からは、履行利益賠償を否定した昭和 57 年判例は、契約責任説にかじを切った民法改正後では、意義を失うことになろう。というのは、論者が理解する契約責任説の内容と、整合しない部分があるからである。

第二に、昭和 57 年判例を、契約内容である履行義務の射程を限定したものと解する見解である（履行義務限定説）。この見解は、土地売買については一定数量を保証しない形で履行義務の射程を限定するのが当事者の通常の意味であると昭和 57 年判例が解したと見た上で、このような履行義務の射程限定が、履行利益賠償の否定に結びつくと理解するものである²⁶。この見解では第一の見解とは対照的に、昭和 57 年判例は民法改正後も意味を持つことになる。しかし、いくつかの問題がある。第一に、このように履行義務の射程が限定される理由は明らかではない。たとえば、昭和 57 年判例は意思解釈の基準を示したものと理解する立場があるところ²⁷、当事者がこのような意思を持つ理由は明らかではない。いかえれば、(a)でみたように帰責事由や賠償範囲と密接に関連する機能を持つ履行義務の射程はなぜ限定されるのだろうか。第二に、一第一の点と関係して一昭和 57 年判例のいう特段の事情が認定されるのはどのような場合なのか、あまり判然としないという問題がある。つまり、裁判に現れてくる外形的事情のうち、いったい如何なる事情を重視して、数

²⁴ 北川 129 頁

²⁵ 山本敬三 304 頁以下。

ただし、この説が認める代替物購入費用の賠償は、履行利益ではなく信頼利益だと解する余地はある。

もっとも、額としては履行利益とほぼ同額である。実際、たとえば、損害軽減義務の文脈で議論される代替物購入義務とそれにかかった費用の賠償は、履行利益賠償の枠組みで理解されている。また、昭和 57 年判例が否定した市場価値相当額の賠償額は、まさしく代替物購入費用の額と同様であろう。その意味で、昭和 57 年判例の結論とは整合しないように思われる。したがって、ここでは説明放棄説に分類した。

²⁶ 森田宏樹・判批 105 頁

²⁷ 森田宏樹・判批 105 頁参照。

量の保証が行われていると認定することになるのだろうか。

以上のように、契約責任説にとって昭和 57 年判例は、次の二つの理解となる。すなわち、第一に、履行義務の射程から見て履行利益全額の賠償が含まれるのが契約責任説の理解にとって自然である以上、賠償範囲論につき昭和 57 年判例は放棄されるものであると理解される（説明放棄説）。あるいは、第二に、昭和 57 年判例の賠償範囲論に合わせて履行義務の射程を限定することを試みるものの、なぜどのような場面で履行義務の射程が限定されるのかにつき、不明確な部分を残す（履行義務限定説）。

(3)小括

以上のように見た場合、どの説も問題を残している。この中では、契約責任説のうちの説明放棄説は、民法改正の理論状況にも適合的で、かつ、明確な説明を提供するものの、昭和 57 年判例を理論的不整合により簡単に放棄してよいものかという問題は残る。むしろ、義務内容限定説のように昭和 57 年判例を契約責任説の枠内に位置づけようとする説がある事自体、契約責任説と調和的な昭和 57 年判例の説明が求められていることを示していると言えよう²⁸。

4. 対案一効率性を考慮した履行義務に関するデフォルトルールの設定

3での検討の結果、今まで注目されていなかった新たな観点から説明を提示することが必要であり、かつ、この提示には大きな意味があるといえる。だとすれば、どのように考えるべきであろうか。

ここで、注目すべきは、2で見た判例は原則・例外という形で、一定のデフォルトルールを設定しているということである。つまり、当事者の意思による例外を認める形で、賠償範囲に関するルールが設定されている。そして、賠償範囲に関するデフォルトルールについては、法の経済分析で分析されてきたところである。その賠償範囲論は、主として債務者（売主）の行為統制という観点から分析されており、この点は上記3の分析には現れていない。こうした観点を付け加えることにより、3の分析に深みを与えられる可能性がある。

(1)法の経済分析における履行利益賠償の意義

ここでは、まず、法の経済分析における効率的な契約枠組みを探求するという発想方法と、デフォルトルールとのかかわりを(a)で述べる。その後、(b)で履行利益賠償が契約の

²⁸ 瑕疵担保責任に関するものであるが、「特定物ドグマ」が破綻した場合に、なぜ履行利益賠償が認められないのかという観点からする契約責任説の問題提起に対して、判例実務の側でも正面から応接すべき時期が来ているのではないかと思われる」とする潮見・契約責任 393 頁以下を参照。

効率性にとって有しうる機能を、述べることにする。

(a) 効率的な契約枠組みとデフォルトルール

効率性の実現にとって、デフォルトルールの持つ機能としては、大きく分けて二つあると指摘されている。

第一に、多数派にとって望ましい契約内容、つまり、多数派の契約当事者が契約から得られる金銭的利益を最大化する契約内容²⁹をデフォルトルールにすることによって、デフォルトルールを回避する取引費用の総計を少なくしたまま望ましい契約内容が採用される見込を多くすることである。いわゆる、マジョリタリアンデフォルトである³⁰。

第二に、契約相手方が秘匿している情報につき、当該情報を隠したまま別段の定めをせずに契約すると契約相手方に不利益が生じるデフォルトルールを採用することによって、この別段の定めに関する相手方の申し出を通じて情報を開示させることである。いわゆるペナルティデフォルトである³¹。

このうち、本稿との関係では、第一の方向を主として考えれば足りると考えられる。理由は、少なくとも 2 つある。第一に、ペナルティデフォルトは、理論的にはともかく、それが現実に機能する条件は極めてシビアだからである³²。第二に、—この第一の点と関係して—ペナルティデフォルトを損害賠償範囲論につき現実に採用している例は、まずないと言ってよいからである³³。第三に、ペナルティデフォルトが現実に機能する条件を探る場合、マジョリタリアンデフォルトに近づくと考えられるからである³⁴。

したがって、デフォルトルールとして損害賠償の範囲の機能を考える上では、ルールの内容自体が効率的な契約枠組みをもたらす機能につき考察を行い、これが多数の当事者に妥当しうるかを検討すればよいと考えられる。

²⁹ 多数派にとって望ましい契約内容の決定にあたっては、効率性の基準を選好充足に求める限り、当事者の内面たる選好が基準となる。もっとも、こうした内面の把握については問題が多いため、顕示選好理論を用いるか（顕示選好理論については西内 209 頁以下）、あるいは、近似値としての金銭的利益を用いるか（たとえば、松田 184 頁以下で行っている、コストを基準とした分析である）、いずれか用いられることが多い。本稿では、選好の近似値として、支払用意と費用の差によって測られる金銭的利益を用いることにする（西内 18 頁以下を参照。特に、金銭的利益と選好との関係について同注 49 のほか、同 210 頁以下注 46 を参照）。

³⁰ マジョリタリアンデフォルトの意義につき、松田 176 頁以下参照。

³¹ ペナルティデフォルトの意義につき、松田 214 頁以下参照。

³² 西内 142 頁以下参照。

³³ 西内 145 頁以下参照。

³⁴ 松田 244 頁以下、特に 251 頁以下を参照。

(b) 効率的な契約枠組みに対する履行利益の機能

では、履行利益は、多くの当事者にとって効率的な契約枠組みをもたらす上でどのような機能を持つであろうか。こうした機能としては、主としては売主の行為統制の機能と、副次的にはリスクの効率的分配の機能の二つを、あげることができる。

(ア) 売主の行為統制

履行利益が契約の効率性をもたらす一つの機能は、契約の履行過程における売主側の行為統制である。

つまり、①履行したほうが効率的であるにもかかわらず、債務者（売主）がわざと履行しないことを防ぐという意味合いがある³⁵。また、②債務者（売主）による非効率に低い注意水準を防ぐという意味も持つ。つまり、不履行が確率的に生じ、かつ、その確率を債務者側の費用投下により低減させることができる場合に、この費用投下が履行確率を効率的な形で上昇させるにもかかわらず債務者がこの費用投下を怠ることを防ぐ機能を持つ³⁶。そして、効率的な履行に向けて債務者（売主）の具体的な行為義務が設定されると考えるのであれば、この違反による帰責事由の態様と賠償範囲論が密接に結びつくのである。

ここでは、次の2つのことが前提となっている。

第一に、効率的な履行のために期待利益喪失分の費用を、債務者に内部化させることである。つまり、①②ともに、効率性の観点から見た理想的な状態がもたらされないことによる期待利益喪失分を、債務者（売主）に、損害賠償を通じて内部化させることによって、債務者（売主）の履行過程におけるインセンティブを最適化しようとしている。この効率性の観点から見た理想的な状態とは、履行から得られる利益を最大化し、かつ、死重損失（たとえば、不履行の際に無駄になる関係特殊投資）を最小化することである。

第二に、暗黙の了解として、契約の履行過程で、債務者（売主）が履行結果の実現可能性を高めるための他行為可能性を持つことが、前提とされていることである。

(イ) 効率的リスク分配

ほかにも、履行利益は契約の効率性にとって、リスク回避の傾向に応じて、効率的にリスクを分配するという意味も持つ³⁷。このような観点から履行利益賠償を正当化するために

³⁵ シャベル 395 頁以下では、製造物供給契約における製造の有無の決定につき、簡単なモデルを用いながらこれを解説している。また、賠償範囲を機会主義的行為の防止のための判断と接合できる可能性につき中田・百年 48 頁も参照。

³⁶ シャベル 403 頁以下参照。また、山本顕治 39 頁以下のモデルが、債務者（売主）の注意水準を統制するためのモデルになっていることを参照。

³⁷ シャベル 404 頁以下参照。また、山本顕治 15 頁以下のモデルを参照。

は、少なくとも債務者（売主）の方が低いリスク回避傾向を持つことが必要となる。

(2)昭和 57 年判例の分析

以上の(1)のような枠組みを前提にした場合、売主の行為統制と効率的リスク分配という観点から、昭和 57 年判例で問題となった土地の数量不足を分析する必要がある。

(a)売主の行為統制にとって履行利益賠償は必要か？

売主の行為統制という観点からは、履行利益賠償の根拠づけは難しい。より具体的に言うと、次のようになる。

すなわち、特定物であり、かつ、非代替物である土地については、数量不足分の不履行について、履行結果の実現可能性を高める上での債務者（売主）側の他行為可能性を語る余地はない。というのは、数量分の履行は原始的に不能だったからである。

また、このような他行為可能性の問題は、契約締結前の段階を見ても履行利益賠償を正当化するものではない。つまり、一方で、契約締結過程では、きちんと土地の測量をしなかった部分について、他行為可能性があったと見る余地がある。他方、このような測量を適切に行った場合にどのような状態になるかを見ると、現実合意された数量通りの契約の履行確率が上昇するという効果はない。履行利益を内部化させることによる売主の行為統制は問題とならないのである。むしろ、適切な測量によって導かれる状態は、当該測量面積を基礎にして代金が決定され売買契約が締結されるか、あるいは、売買契約が締結されないかの、いずれかであろう。たとえば、昭和 57 年判例の事案に照らしていうと、①X1 と X2 の双方につきより少ない額での売買契約が締結されていたか、あるいは、②そもそも契約が締結されなかったかの、いずれかである。そうした状態がもたらされないことによって生じる期待利益の喪失分は、履行利益ではなく、代金減額のための裁判の費用という死重損失か（①の場合）、あるいは、関係特殊投資（+裁判の費用）という死重損失となるはずである（②の場合）。そして、裁判の費用は印紙代等の敗訴者負担と弁護士費用賠償により、また、関係特殊投資（+裁判の費用）はこの額に関する原状回復利益賠償により、債務者に内部化させることができる。内部化させるべきはこのような期待利益で足りるはずである。

まとめると、他行為可能性とその不実行の具体的態様から考えた場合、昭和 57 年判例のような事例で履行利益賠償は必要ないと考えられるわけである。

(b)効率的リスク分配の観点から履行利益賠償は必要か？

リスク回避傾向に応じたリスクの効率的分配についても、履行利益賠償は当てはまりにくい。というのは、土地のような騰落がありうる商品の売買によって示されるのは、これを取得する買主の方こそ、土地の価格変動リスクを回避したいとの選好を持つことであるはずだからである。

むしろ、値上がり益のようなリスクを含みうる履行利益賠償を認めることにより、債務者（売主）の側に、より大きな期待利益喪失が生じてしまうことこそ、問題とするべきである。

以上をまとめると、効率的リスク分配という観点も、履行利益賠償を認めるには力不足である。

(c)多数派に当てはまるか？

以上の(a)(b)の分析は、土地の数量不足売買の多くの潜在的当事者に当てはまると考えられる。というのは、一行動経済学により修正されたものも含め一経済学で想定した人間モデルにとって³⁸、例外的にしか当てはまらない事情は、上記分析の中には現れていないからである。むしろ、(a)で見た売主の行為統制の可能性という事情は、当事者の特性にかかわらず売買の客観的な性質から導かれるものである以上、当事者がどのような特性を持つかに関わらず当てはまるはずである。

(d)小括

以上のように見た場合、昭和 57 年判例で履行利益賠償を否定した意味は、多数派にとって履行利益賠償が効率的な契約枠組みでないことを示したことに求められよう。

(3)補論 1 —特段の事情

以上のように、効率的な契約枠組みの探求から導かれる多数派にとっての効率性を昭和 57 年判例の正当化事情と考える場合、昭和 57 年判例が例外的に履行利益賠償を認める事情も、これにそって考えることになる。

一つありうる考えは、売主の行為統制や効率的リスク分配にとって履行利益賠償が意味を持つ場合を、客観的に認定できる事情から考えることである。しかし、これを客観的に認定するのはなかなか困難である。というのは、たとえば、当事者のリスク回避傾向は、当事者の内面と関わることであり、計測が困難だからである。せいぜい、売主の行為統制を中心に据えて、履行結果の実現可能性を高めるための他行為可能性を探求することになろう。このように実現可能性を中心に据えて賠償範囲の問題を考えることは、これまででも裁判例の分析を詳細に行った学説から主張されてきたこと³⁹と、調和するものである。

排他的ではない、もう一つありうる考えとして、賠償範囲に関する当事者の明確な合意の有無を重視することも考えられる。というのは、売主の行為統制や効率的リスク分配をもたらす事情は、当事者と裁判所の間情報非対称性があることが考えられ、効率的な契約枠組みの有無は当事者のみがよく知っているという可能性があるからである。この場

³⁸ 西内 33 頁以下

³⁹ 高橋 102 頁以下参照。

合、当事者が合意によって効率的な契約枠組みをもたらさうか、プロセスを中心とした規制により補完される必要があろう。たとえば、債権者（買主）の側が強い交渉力を持つ場合に、賠償範囲を履行利益全額に広げる合意をそのまま用いてよいかという問題が生じよう⁴⁰。

(4)補論 2 一法的構成

賠償額の制限については、履行結果の実現可能性を高める上での他行為可能性が重視されるという、本稿の分析が正しいとしよう。この分析が正しいとした場合、このような要件による賠償額制限を、法的にどのように構成するかという問題は残る。

これについては、三つの可能性が示唆されている。すなわち、①給付義務の内容の成否、②帰責性の前提、③直接に損害論で考慮、の三つである⁴¹。

このうち、まず①は、免責事由のみならず債務不履行要件をも否定する趣旨であれば、代金減額請求や解除の要件も否定されることになりかねず、妥当ではないと思われる。昭和 57 年判例から導かれるのは、履行利益賠償の原則否定のみであって、債務不履行にかかる効果の一律否定ではない。

次に、②である。②は、債務不履行を認定する余地を残すこと、および、履行利益賠償を否定した昭和 57 年判例と調和すること、この二点で優れている。しかし、ここ 4 の(2)(a)で見たように、原状回復利益賠償を認めるべきと考える場合に、このような賠償まで否定することにならないかという問題が生じる。というのは、原状回復利益賠償も損害賠償である以上、債務不履行の規定による限りは帰責事由が必要だからである（民法新 415 条 1 項但書、新 564 条参照）。

したがって、③を採用するのが穏当であろう。つまり、賠償額の制限は、契約責任説が重視する債務者（売主）の具体的な履行義務自体によって定まり、こうした具体的な行為義務は他行為可能性が重視されて決まるのが原則となる、と見るわけである⁴²。この義務の決定方法に関して、多数派にとっての効率性を根拠としたマジョリタリアンデフォルトが昭和 57 年判例によって設定されたと理解できるわけである。

⁴⁰ 交渉力の意義につき、たとえば、西内 238 頁以下参照。

⁴¹ 高橋 102 頁

⁴² このように他行為可能性の内容によって賠償範囲を変更する手法は、高橋 59 頁以下が、担保責任に関する裁判例の分析によって抽出した結論と一致する。たとえば、権利移転義務・承諾取付義務と担保責任に関するものであるが、特に同 78 頁以下の整理にこのような他行為可能性と賠償範囲との関連性に関する理解がよく現れている。また、数量指示売買の分析後の結論にかかる同 83 頁では、「合意内容の実現可能性の相違が、行為としての給付義務の存否のみならず、損害論にも反映しているのではないかと思われる」と述べている。

もっとも、3(2)(a)で見た二つのドグマ（帰責事由＝履行義務射程ドグマ、賠償上限＝履行義務射程ドグマ）と、②と③を分けるという考え方は、相性が悪いと言える。したがって、二つのドグマのいずれかを見直す方向か（たとえば、賠償上限は履行義務射程以外の何かによっても決定されると解釈する）、あるいは、②を採用してこの場合の賠償（原状回復利益賠償）の問題は不法行為に委ねるという方向も（特段の事情がある場合に限り担保責任たる損害賠償責任を認めると解釈する）、検討されるべきかもしれない。

5. まとめ

以上、昭和57年判例を分析してきた。3(2)で見た民法学説における契約責任説ではあまり注目されていなかった他行為可能性に本稿では注目し、これと連動させて賠償範囲を変更するデフォルトルールが効率性に適うことを経済分析によって示し、民法学説における契約責任説の弱点を補うことを試みた。この本稿の読み方によれば、昭和57年判例は、民法改正後もその適用領域を残すことになる。また、デフォルトルールを覆す特段の事情を示す具体的な外形的事情とは何かについて、本稿の読み方からは一定の指針を示すことが可能になった。

ただし、このような本稿には、次の二つの限界があり、この点の検討は今後の課題とせざるを得ない。

第一に、本稿の立場から見た場合の昭和57年判例の射程である。つまり、「土地の売買契約において、売買の対象である土地の面積が表示された場合」について履行利益賠償の限定という結論を述べた昭和57年判例は、土地数量指示売買以外のどのような事例に適用されるか、という問題である。この点を考える上でまず注意せねばならないのは、特定物と非代替物の区別であろう。というのは、どちらも本稿で注目した他行為可能性と関係してくるからである。そして、給付確率を上昇させる他行為可能性が問題となりうるのは、どちらかといえば非代替物の方であろう。たとえば、同種の物が給付できる中古車であれば、代替性があり、したがって、本稿で問題とした給付確率を上昇させる他行為可能性を想定することができる。ただし、非代替物であっても、たとえば、他人物売買が行われた土地につき、所有者との誠実な交渉等によって履行結果の実現可能性を上昇させることができる場合など、他行為可能性を想定できる事例がある。したがって、土地数量指示売買を超えた考察をすることについては慎重であるべきかもしれない。

第二に、かりに本稿での分析が正しいとしても、民法改正は3(2)(b)で見た説明放棄説を採用するものであって、いずれにしても意義を失うという解釈も可能だということである。この可能性の有無は、立法趣旨の解釈ということにもなるが、効率性を重視する立場から見てもそのような解釈は可能である。というのは、昭和57年判例での規範は運用に多大なコストがかかる可能性があり、したがって、種類物の数量不足と同様に、履行利益賠償を原則としたほうが効率性に適うとも考えうるからである。つまり、4(3)で示唆されるように、昭和57年判例の特段の事情の認定はそれなりに困難であり、したがって、昭和57

年判例には事実認定のコストがかかる。また、第一の限界とも関係して、適切な射程の限定が困難だという事情も、昭和 57 年判例の運用面ではマイナスに働く。さらに言えば、本稿のような分析は、一強行法規ではなく任意法規の形だとしても一結局のところ原始的不能ドグマを復活させることにつながってしまい、原始的不能ドグマを否定した民法改正の立場にそぐわないことも問題となろう。

以上のような限界を意識しつつ、今後も昭和 57 年判例に関する議論が深められるべきだと考えられる。

〔文献凡例〕

- 浅生 『最高裁判所判例解説 民事篇 昭和 57 年度』59 頁（浅生重機執筆）
- 北川 北川善太郎『債権総論〔第三版〕』（有斐閣、2004 年）
- 潮見・契約規範 潮見佳男『契約規範の構造と展開』（有斐閣、1991 年）
- 潮見・契約責任 潮見佳男『契約責任の体系』（有斐閣、2000 年）
- 潮見・契約 潮見佳男『契約各論 I』（信山社、2002 年）
- 潮見・債務不履行 潮見佳男『債務不履行の救済法理』（信山社、2010 年）
- 潮見・プラクティス 潮見佳男『プラクティス債権総論〔第四版〕』（信山社、2012 年）
- シャベル スティーブ・シャベル（田中亘・飯田高訳）『法と経済学』（日本経済新聞出版社、2010 年）
- 高橋 高橋眞『損害概念論序説』（有斐閣、2005 年）
- 中田・百年 中田裕康「民法四一五条・四一六条（債務不履行による損害賠償）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅲ一個別的観察(2)債権編』1 頁（有斐閣、1998 年）
- 中田・債権総論 中田裕康『債権総論〔第三版〕』（岩波書店、2013 年）
- 西内 西内康人『消費者契約の経済分析』（有斐閣、2016 年）
- 松岡 高木多喜男・柚木馨編『新版注釈民法(14) 債権(5)』220 頁（松岡久和執筆）（有斐閣、1993 年）
- 松田 松田貴文「契約法における任意法規の構造：厚生基底の任意法規の構想に向けた一試論」神戸法学雑誌 63 巻 1 号 171 頁
- 森田宏樹・契約責任 森田宏樹『契約責任の帰責構造』（有斐閣、2002 年）
- 森田宏樹・判批 森田宏樹・ジュリ別冊 224 号 104 頁
- 森田宏樹・債権法改正 森田宏樹『債権法改正を深める』（有斐閣、2013 年）
- 山本敬三 山本敬三『民法講義Ⅳ-1 契約』（有斐閣、2005 年）
- 山本顕治 山本顕治「市場法としての契約法と瑕疵担保責任」神戸法学雑誌 63 巻 1 号 1 頁
- 柚木 柚木馨編『注釈民法(14) 債権(5)』150 頁（柚木馨執筆）（有斐閣、1966 年）
- 好見 好見清光・金融商事判例 650 号 45 頁