

契約違反に関する法の経済分析

——強制履行を認める法体系の意義——

田 中 亘

概 要

本稿は、契約違反の際に適用される法のルールについて、強制履行を認めるルール（強制履行ルール）と、履行利益の賠償しか認めないルール（履行利益の賠償ルール）との比較を中心に検討する。とりわけ、裁判所による損害の算定が容易でない一方、契約の当事者間の再交渉が容易であるときは、強制履行ルールが利点を持ちうることを明らかにする。また、当事者がリスク回避的なときは、契約違反がどういう原因で行われるか（損失を避けるために契約違反をするのか、利益を得るために契約違反をするのか）も、ルールの評価にとって重要であることを指摘する。以上の検討を踏まえ、本稿は、契約違反に関する日本法の分析・評価も行う。日本法は、強制履行を原則として認める法体系であるが、本稿は、これが一定の状況下では合理性を持ちうることを明らかにするとともに、強制履行ルールの欠点であると通常考えられている問題についても、日本法は一定の対処を行っていることを指摘する。

キーワード

法と経済学、契約違反、強制履行（特定履行）、履行利益の賠償、履行不能

I. はじめに

契約違反に関する法の分析は、法と経済学ではもっとも早い時期から論じられてきたトピックスの一つである。しかし、日本では、効率的契約違反仮説、すなわち、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、といった考えが（主に批判的に）紹介される程度であり、この領域で具体的にどのような研究が行われてきたのかについて、十分理解している人は少ないのではなかろうか。

実際には、契約違反に関する法のルールとして何が効率的か（この言葉の意味も問題であり、後に説明する）は、種々の事情により異なるのであり、どういう事情がどういう影響

を与えるかについて、興味深い研究が行われている¹⁾。本稿の第一の目的は、そうした理論的研究に貢献することである。とりわけ、本稿は、①裁判所による損害の算定が容易でない一方、契約の当事者間の再交渉が容易であるときは、債務の内容を強制的に実現する強制履行ルールは、履行利益の賠償しか認めないルールに比べて利点を持ちうることを明らかにする。また、②当事者がリスク回避的なときは、契約違反がどういう原因で行われるか（損失を避けるために契約違反をするのか、利益を得るために契約違反をするのか）も、ルールの評価にとって重要であることを明らかにする。いずれも、その着想自体は、先行研究で指摘されていることではあるが（①につき Schwartz (1979); Ulen (1984), ②につき Shavell (2006)), 本稿では、それにつきより厳密な分析を行ったり、論点をより明確な形で提示したりしている²⁾。

本稿の第二の目的は、こうした理論的研究を基礎にして、契約違反に関する日本法の分析・評価を試みることである。法の経済分析がアメリカで発展したこともあり、この分野の研究は、英米法を念頭に行われる傾向が強い。しかし、日本法は、契約違反に対しては原則として履行利益の賠償しか認めない英米法と異なり、強制履行を原則として認めるという特徴を有する（同様の特徴を持つ法系としては、他にドイツ法がある）。本稿は、そうした法体系は、一定の状況下で合理性を持つことを指摘するとともに、強制履行ルールの問題点だと通常考えられている点についても、日本法は一定の対処法を用意していることを明らかにする。

本稿の分析は次のように進める。まずⅡで、契約違反に関する日本法の内容を、英米法と比較しながら概観する。ⅢからⅤでは、契約違反に関する法の経済分析を行う。Ⅵではその分析を踏まえ、日本法の分析・評価を行う。Ⅶはまとめと残された課題を述べる。

* 本稿は、北海道大学グローバル COE プログラム「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」法の経済分析研究会、および法の経済分析ワークショップにおける筆者の報告に基づいている。両研究会の参加者から頂いたコメントに感謝する。

1) この分野の研究の一端をわかりやすく伝えるものとして、藤田（2008）142-152 頁参照。同論文は、履行利益の賠償ルールが買主に過剰な信頼投資をする誘因を与えることに加え、強制履行ルールのもとで当事者間の再交渉が容易にできるときは、その問題を軽減しうることを指摘している（Rogerson (1984) による）。もっとも、売主の履行前の投資は、履行利益の賠償ルールのもとで効率的となることから（Shavell (1980)）、この観点からはルール間の優劣は明確でない。本稿は、ルールの比較の視点として、両当事者の履行前の投資に与える影響以外の要因を提示する。なお、本稿と異なる観点からの分析として、Brooks (2006) も参照。

2) 先行研究と本稿の分析との違いについては、注 29) およびⅣ－4 参照。

II. 契約違反に関する法の概要

1. 日本法の内容

まず、契約違反³⁾に関する日本法の内容を、英米法と比較しながら概観する。たとえば、当事者間である物の売買を約したが、履行期になっても売主が目的物を引き渡さない場合、買主はどのような手段をとれるだろうか⁴⁾。

現実的履行の強制（強制履行） この場合の日本法の原則は、債務者（いまの例の場合、売主）が任意に債務の履行をしないときは、債権者（いまの例の場合、買主）は裁判所に訴えて、債務の内容を強制的に実現させることができるというものである（民法414条1項⁵⁾）。これを、現実的履行の強制ないし強制履行という⁶⁾。

強制履行には、直接強制、間接強制、および代替執行という手段がある。直接強制とは、公権力が直接に、債務者の財産に実力行使することである。たとえば、売主が目的物を引き渡さない場合、買主の申立により、執行官が目的物を売主から取り上げて買主に引き渡すことである。間接強制とは、債務者が履行しないなら1日につきいくらか支払え、というように一種の制裁金を科して、履行を間接的に強制することである。この場合、支払は国ではなく、債権者に対して行われる。この支払額は、債務の履行を促すために「相当の額」として裁判所が決定する額であり（民事執行法172条）、不履行によって現実に債権者が被る損害額を超えていてもよい。最後に、代替執行とは、第三者に債務の内容を実施させ、その費用を債務者から取り立てる方法である。これは、債務の内容がある行為をすることであり、しかもその行為は、債務者以外の第三者が行っても契約の目的を実現できる場合に行われる。たとえば、建物の取り壊しなどがこれにあたる。

損害賠償 契約違反に際しては、債権者は強制履行だけでなく、損害賠償を求めることもできる（民法415条）。損害賠償の請求は、強制履行に代えて行われる場合もあるし、強制

3) 日本の民法は、契約違反といわずに「債務不履行」という用語を使う（民法第三編第一章第二節第一款）。これは、契約上の債務以外の債務（たとえば、不法行為上の債務）も含めて規律しているためである。しかし本稿では、アメリカ法の breach of contract に対応し、かつ日常用語としてなじみやすい「契約違反」という用語を一貫して使用する。

4) 本節の記述につき詳しくは、内田（2005）109-175頁、中田（2008）72-182頁参照。

5) 日本法上、契約違反とは契約上の債務の不履行のことであり（前掲注3）、契約違反をする側の当事者を「債務者」といい、された側の当事者を「債権者」と表現する。

6) 民法の規定は、後述する代替執行は強制履行には含まれないと解しうる表現になっており（民法414条1項ただし書、沿革による）、代替執行をも包含する表現としては「（現実的）履行の強制」を用いるほうが適切だと指摘されている（中田（2008）72-73頁など）。しかし、民法学では、「強制履行」は現実的履行の強制と同じ意味で用いる例が多く（内田（2005）116頁など）、本稿も、さしあたりその用語法に従っておく。

履行を求めたうえ、なお残る損害（たとえば、履行が遅れたことによる損害）について賠償請求をすることもできる（民法414条4項）。損害賠償の額は、履行利益、すなわち、「もしも契約内容どおりに債務が履行されたとすれば、債権者が得られたであろう利益の額」を基準に算定する。

任意法規性 以上のルールは基本的に任意法規であり、当事者間の契約によって変更することができる。たとえば、当事者間で強制履行を認めない契約をした場合に、債務者の契約違反に対して債権者が強制履行をしたときは、債務者は裁判所に異議を申し立てて、それをやめさせることができる⁷⁾。また、損害賠償の額についても、履行利益とは別の賠償額を約すことも可能である（民法420条1項）。

2. 英米法との比較

日本法は、契約違反に対しては強制履行を原則的に認める点で、英米法とは異なる。英米法においては、契約違反に対する救済は履行利益（expectation interest）の賠償が原則であり、強制履行（specific performance）⁸⁾は、損害賠償では債務者の利益の保護のため不十分である（inadequate）場合にしか、認められない⁹⁾。売主が契約違反をした場合を例にとると、もしも売買の目的物と同種の物（代替物）が市場で入手できるなら、買主は代替物を入手し、それによって（入手額がより高額になったとか、入手時期が遅れたことにより）損害を被ったときは売主に賠償請求すべきものとされ、強制履行は認められない。逆に、代替物が容易に手に入らないときには、強制履行が認められる。特に、土地などの不動産は個別性が強い（unique）ので、強制履行は原則として認められるとされている¹⁰⁾。

Ⅲ. 契約法の経済分析：総論

1. 契約法の存在意義

契約違反の経済分析の前に、そもそも法と経済学においては、契約法にはどのような存在

7) 大判大正15・2・24民集5巻235頁。

8) Specific performance は、「特定履行」と訳されることが多いが、本稿では日本法と用語を併せるため、「強制履行」で統一する。

9) Restatement (Second) of Contracts §381(1); Ayres and Speidel (2008), pp.198-200; Farnsworth (1998), §12.6.

10) Farnsworth (1998), §12.6, pp.174-176.

意義があると理解されているかを説明しておこう¹¹⁾。

契約法の重要な意義（機能）の一つは、契約の不完備を補充することである。ここで、完備な契約とは、契約締結後に起こりうる事態のすべてについて、当事者がその事態が実現したときにとるべき行動を逐一規定し尽くしている契約をいい、そうでない契約を不完備であるという。現実の契約は、多くの点で不完備である。たとえば、売主がどういうときに履行しなければならず、どういうときに履行しなくてよいか、また、履行をしないときに買主はどういう救済手段を裁判所に対して求められるかといった点について、契約は明確な規定を欠いていることが少なくない¹²⁾。

現実の契約が不完備になる理由としては、次のものが挙げられる。第一に、将来起こりうる事態を当事者がすべて予見することは難しい。第二に、仮に将来の事態を予見できるとしても、その事態に応じて当事者がとるべき行動について逐一約定することには費用と時間がかかる。第三に、仮にある事態についてとるべき行動を約定することができるとしても、後日実際にその事態が生じたとき、裁判所に対しそのことを証明できないか、仮に証明できるとしても著しく費用がかかる場合がありうる。

このような種々の事情によって契約が不完備になっている場合、法が適切なルールによって不完備を補充することができれば、そうでないときよりも効率的な結果を実現できる。契約違反に関する法のルールが、どのようにしてそうした結果を実現しうるかは、次章以下で検討するとして、ここでは、ルールの評価基準として本稿が採用する「効率性」という言葉の意味について述べておこう。

2. 契約違反の経済分析における効率性の意味

一般に、法の経済分析においては、「他の誰の利益も悪化させることなく誰かの状態を改善できるかどうか」という、パレートの効率性基準¹³⁾を用いることができる場合は希で

11) 本節の記述につき、詳しくはシャベル（2010）13章4～6節参照。

12) たとえば、住友信託銀行対旧UFJ事件（最決平成16・8・30民集58巻6号1763頁）では、旧UFJ 3社が住友信託銀行との間で信託事業部門を譲渡するための「基本合意書」を取り交わし、その中で、2年間の独占交渉条項（各当事者は、期間内は第三者との間で競合する協議や情報提供は行わない旨の約定）を約したが、条項に反したときにどのような法律効果が認められるかについては規定していなかった。なお、小林（2010）は、日本における標準的な契約書は、国際的な契約書式と比較しても特に不完備となっていることを指摘し、その主要原因を、弁護士不足によるドラフティング・コストの大きさに求める。

13) 2つの社会の状態（社会状態）があり、第1の社会状態から（たとえば、特定の法のルールを改正することにより）第2の社会状態に移行すると、他の誰の状態を改悪することなく誰かの状態を改善できるとき、その移行はパレート改善であるという。そして、ある社会状態にもはやパレート改善の余地がないとき、すなわち、その状態から誰かの状態を改善しようと思えば、必然的に他の誰かの状態を改悪しなければならないとき、その社会状態はパレート効率的（あるいはパレート最適）であるという（シャベル [2010] 97頁 [訳注]）。

ある。なぜなら、法のルールはたいてい、それによって利益を受ける者と不利益を被る者がいるので、パレート基準のみでは、ほとんどのルール間の優劣はつけられないからである。

そこで、何らかの意味で社会全体の「パイ」を大きくするかどうか、という基準がそれに代わって用いられることになる。具体的には、カルドア＝ヒックス基準が用いられる (Posner (2007), § 1.2)。これは、ある法のルールに代えて別のルールを採用したときに誰かが不利益を被るとしても、その不利益を補償して余りあるほどの利益が他の誰かに生じるなら、たとえ実際には補償が行われなくても、当該ルールの採用は効率性の観点から望ましい、と評価するものである。あるいは、諸個人の効用は相互に比較可能であること (基数的効用概念) を前提にして、効用の総和 (より一般的には、効用の増加関数) として測られる社会的厚生の大さを評価基準に用いる立場もある (シャベル (2010))。

これに対し、本稿で扱う契約法の分析には特殊性がある。それは、契約の当事者間で対価の調整が適切に行われることを前提にすれば、パレートの効率性基準によってルール間の優劣をつけることが可能である、ということである。何らかの契約法のルールにより、直接には、当事者の一方が他のルールに比べて不利益を受けるとしても、他方当事者がそれを上回る利益を得るのであれば、契約締結時に適切な対価を定めることにより (たとえば、ルールの直接の影響が売主に不利であれば、売買代金をより高額にすればよい)、当事者双方が利益を得ることができるためである。

ただし、以上の議論は、対価の調整が適切にできることを前提にしている。もしも当事者が、契約締結時において、ある事態が将来生じる可能性にそもそも思い至らないならば、そのような事態が起きたときに適用される法のルールの影響を考慮して適切な対価を約定することは期待できないだろう。そのような場合には、対価を適切に調整できればパレート効率的となるルールを適用することにより、実際には、当事者の一方は、他のルールを適用したときと比べて不利益となる可能性は否定できないことになる。

しかし、そうではあっても、「対価の調整を適切に行えばパレート効率的になるかどうか」を基準に、契約法のルールを評価することには一定の意義があると思われる。第一に、当事者間で (完全ではなくても) 対価の調整ができることは、実際には少なくないと思われる。たとえば、当事者は将来の事態 (たとえば、履行の費用が高額になること) が生じうることには気づいているが、ただ、その事態に対処するための具体的な契約条項を約定することの時間と費用のゆえに、契約を不完備にしておく場合がありうる。あるいはまた、履行の費用が高額になるという一般的な可能性には気づいているが、ただ、それが具体的にどういう状況で生じるかを逐一予測することはできないため、それに対処するための契約条項を締結できない、という場合もありうる。これらの場合には、当該事態が現に起き

たときに適用される法のルールの影響を当事者が予測し、それを考慮して契約の対価を決めるということも、ある程度までは可能である。

第二に、「適切な対価の調整ができるとすればパレート効率的になるルール」は、たとえ実際には当事者間で対価のやりとりをしていないとしても、望ましいルールの候補の一つには十分なりうると思われる。というのも、それは基本的に、契約が生み出す価値をなるべく大きくするとともに、当事者がリスク回避的なときにはなるべくリスクから保護する、という性質を持っている¹⁴⁾。そうしたルールは、他にこれを望ましくないと考える強い理由がない限り、一応魅力的なものと考えてよいと思われるからである。

そこで、本稿では、当事者間で対価の調整が適切に行われることを前提にして、パレートの効率性基準を用いて、契約違反に関する法のルールの「望ましさ」を評価していくことにする。もちろん、これは、法のルールの評価基準として、本稿とは異なる基準を用いる可能性を否定するわけではない。

3. 契約違反に関する法のルールの経済分析：分析視座と留意点

本稿は、経済学的な見地から、契約違反に関する法のルールを分析するが、分析にあたりまず指摘すべきことは、法のルールの評価は、契約を取りまく種々の事情——損害の算定の容易さ、再交渉の容易さ、各当事者のリスク選好、そして契約違反の原因など——によって異なりうる、ということである。

損害の算定の容易さ・再交渉の容易さ 契約違反の経済分析という、いわゆる効率的契約違反仮説 (Efficient breach hypothesis)、すなわち、契約違反に対しては強制履行を認めず履行利益の損害賠償のみを認めることにより、効率的な結果が実現する、という主張がよく知られていると思う (Posner (2007), §4.10)。こうした主張は、基本的に、裁判所による損害の算定¹⁵⁾が容易であることを前提にしていると考えられる。もしも損害の算定が容易でないなら、むしろ強制履行を命じたほうが効率的となる可能性がある。これは特に、契約の当事者間で再交渉 (renegotiation) をすること、すなわち、契約締結後に、必

14) 「契約が生み出す価値」(以下では、単に「契約の価値」という) とは、各当事者が契約から得る利得の期待値を合計したものである。両当事者がリスク中立的なら、契約の価値を最大にするルールがパレート効率的である。これに対し、契約の当事者の一方または双方がリスク回避的なときは、パレート効率的な契約が何かは、契約の価値の大きさとリスクの大きさの兼ねあいが決まる。数学的には、(対価の調整ができることを前提に) 一方当事者の期待効用を一定としたうえで他方当事者の効用を最大にする問題の解として、求めることができる (Polinsky (1983))。

15) 損害賠償ルールを運用するためには、裁判所は契約違反によって生じた損害を認定し、次にその損害の額を評価(金銭評価)することが必要になる(内田(2005)151頁)。本稿は、この2つのプロセスを含めて、「損害の算定」ということにする。

要に応じて当事者間の合意により契約内容を改訂したり、解除したりすることが容易であるときにはそうである。このことは、法と経済学のアプローチをとる法学者により、早い時期から指摘されていたことであるが (Schwartz (1979); Ulen (1984)), 強制履行がなぜ利点を持つのかについては、必ずしも明確にされていないように思われる。本稿は、その点についてのより厳密な分析を試みる。これにより、強制履行を原則として認める日本法を評価する際の分析視点を得ることができるだろう。まず次章 (IV) で、損害が容易に算定できる場合を分析し、次々章 (V) で、損害が容易に算定できない場合を検討する。

契約違反が生じる原因・当事者のリスク選好 契約違反に関する法のルールの評価にとって、もう一つ重要な要素は、契約違反がどういう原因で生じるのかである。債務者は、履行に要する費用が高額になったことを理由に、つまり「損失を避ける」ために、契約違反をすることがありうる。たとえば、製造物の供給契約において、原材料の価格が急騰するとか、あるいは工作機械が故障し、期限までに目的物を完成するためには、多額の費用を払って機械を修繕する必要がある、といった場合がこれにあたる。もう一つは、「利益を得る」ための契約違反である。第三者が競合する注文を売主に対して行い、売主がこれに応じるほうが、当初の買主に対して履行するよりも利益になる場合である。

このような契約違反の原因による区別は、当事者がリスク回避的な場合には重要になる¹⁶⁾。この点を指摘したのは Shavell (2006) であるが、本稿は、同論文よりも整理した形でこの点を明らかにする。人々の多くはリスク回避的であると考えられること¹⁷⁾、また、すべての契約について契約違反に対する保険が提供されているわけではないこと (契約ごとの個性が強く、大数の法則による保険料率の推計がしにくいことが大きな理由だと推測される) から、リスク選好に着目する区別は、実際上も重要性を有すると考えられる。さらに、VIで論じるように、こうした区別は、日本法の内容を説明するうえでも有用である。

分析の際の注意点 分析を始めるにあたり、2点ほど断っておくことがある。第一に、本稿の分析は、契約違反に対して常に強制履行を命じるルール (これを「強制履行ルール」という) と、履行利益の賠償しか命じないルール (「履行利益の賠償ルール」¹⁸⁾) との比較を中心とする。これは、本稿は、契約違反に対しては原則として履行利益の賠償しか認めない英米法に対し、強制履行を原則として認める日本法がどのような意義・機能をもつかを分

16) 2つの選択肢から得られる利得の期待値が同じである限り、それらを同等に評価する人は、リスク中立的な選好を示しているという。これに対し、期待値が同じであればリスク (ばらつき) が小さい選択肢を好む人を、リスク回避的な選好を示しているという。

17) 人々の金銭 (所得ないし資産) に対する限界効用が逓減する場合は、リスク回避的になる (シャベル (2010) 799-800 頁)。これは、多くの人にとっていえることだと思われる (同 96 頁 [田中亘])。

18) IIで説明したように、日本法は、契約違反に対しては強制履行を原則として認めたうえ、債権者がそれを選択すれば履行利益の賠償をも認めるルールであるが、これは、本稿の意味における「履行利益の賠償ルール」ではない。こうした選択を認める意義については、VI-2で検討する。

析・評価することに主眼があるからである（I参照）。もっとも、他のルール、特に履行利益以外の損害賠償を命じるルールについても、必要に応じ脚注で触れることにする¹⁹⁾。

第二に、次章（IV）の分析では、いま述べたとおりの法のルールが文字どおり実現する、と仮定している。つまり、契約法が強制履行ルールを採用しているときは、当事者は、（再交渉が成立しない限り）必ず契約内容どおりに債務の履行をさせられる。また、法が履行利益の賠償ルールを採用しているときは、契約違反をした当事者は、相手方の履行利益と正確に等しい額の賠償を命じられる。

VIで詳述するように、現実の法の内容は、いま述べたような法のルールを文字どおり適用するものとは相当に異なる。たとえば、日本法は、契約違反に対しては強制履行を求めることができるのが原則であるとはいえ、法的にそれが許容されない場合もあるし、法的には可能であっても事実上それが不可能な場合もある。筆者は、こうした相違は単なる細目のずれではなく、むしろ違っていること一つ一つに重要な意味があると考えている。ただそのことは、文字どおり適用された場合の強制履行ルールや履行利益の賠償ルールがどういう帰結を生むのかを検討したうえでなければ、明らかになるまい。そこで本稿は、まず文字どおりのルール適用の帰結を検討し、その結果を踏まえて、VIで日本法の詳細を検討する。

IV. 契約違反の経済分析（1）—— 損害を容易に算定できる場合

本章は、裁判所が損害を容易に算定できる場合における、契約違反に関する法のルールを分析する。まず、「損失を避ける」ための契約違反を検討し、次に「利益を得る」ための契約違反を検討する。

1. 損失を避けるための契約違反：履行費用高額化ケース

（1）設例

本節（IV-1）では、次の設例をもとに話を進める。売主が買主との間で、ある物を製造して買主に引き渡す契約を結ぶとする。この契約が履行されることの買主にとっての価値（履行の価値）は E とする²⁰⁾。単純化のため、これは一定とする。他方、売主が履行を

19) 注 23)、25) および 26) 参照。

20) 履行の価値 E は、理論上は次のように算定できよう（実際の法運用でこのように算定されているかは別論。VI-2 参照）。売買の目的物が特殊で代替品がないときは、 E は、「買主がその物を手に入れるために支払ってもよいと考える金額の上限」（以下、これを「主観的評価額」という）だと考えられる。この額を填補されて初

するのに要する費用（履行の費用）は C とするが、この値は契約締結時には不確定である。具体的には、 C は確率 q ($0 < q < 1$) で C_H 、確率 $1-q$ で C_L となり、

$$(1) \quad C_L < E < C_H$$

であるとする。また、

$$(2) \quad (1-q)C_L + qC_H < E$$

とする。(2) 式が成り立たなければ、契約は期待値で正の価値を生まないから、両当事者はそもそも契約を結ぶ動機がなくなってしまう。また、以下ではさしあたり、両当事者はリスク中立的であると仮定する（この仮定は、後に変更する）。

売主は、 C の額が判明してから、履行するか否かを決める。もし履行すれば、売主は C を支出する代わりに買主から対価（売買代金） P を得る（対価は後払いとする。なお、対価が前払いであるとしても、以下の分析に基本的な違いはない）。 P は、契約違反の際に適用される法のルールの影響を考慮のうえで、契約締結時に両当事者の合意で決められているとする。強制履行ルールのもとで約定される対価を P^M とし（添字 M は mandatory の意）、履行利益の賠償ルールのもとでのそれを P^D とする（ D は damages の意）。なお、契約が締結される限り、いずれの対価も E を下回るはずである（そうでないと、買主には契約を締結する動機がない）。

これに対し、売主が履行しない場合には、買主との間で再交渉ができるかどうかの問題になる。もし再交渉ができなれば、契約違反に関する法のルールが当然に適用される²¹⁾。強制履行ルールのもとでは、売主は履行させられる。履行利益の賠償ルールのもとでは、売主は買主に $E - P^D$ の賠償をすれば、本来の債務の履行は免れる²²⁾。ここで重要な仮定として、 $E - P^D$ は両当事者に知れているだけでなく、裁判所も容易に算定できるとする。「容易に算定できる」とは、裁判者は発生した損害の認定とその額の評価（金銭評価）を、正確に、しかも何の費用もかけずに行える、ということである。

これに対し、再交渉ができるときは、売主は買主との合意により契約を解除し、本来の債務の履行を免れる可能性がある。契約違反に関する法のルールは、このような再交渉が

めて、買主は「契約が履行されたのと同じ状態」に置かれるといえるからである。これに対し、目的物に代替品があるときは、代替品の調達に要する費用（契約違反によって代替品の入手が遅れた場合は、それに伴う損害も含む）が E の額となろう。もっとも、当該費用の額が主観的評価額を上回るときは、主観的評価額が E の額になると考えられる。

21) 契約はⅢ-1に挙げたような事情により不完備になっており、契約違反の処理について明示の契約条項は置かれていないとする。

22) もし売主が履行していれば、買主は履行の価値を得るのと引き換えに、契約の対価を支払わなければならない。よって、 $E - P^D$ が、「もし履行がされていれば買主が得たであろう利益」の額になる。なお、損害賠償の額は正である必要があるが（負の損害賠償を裁判所は命じることができる、という法制度を仮に作ったとしても、買主が訴えないからそのような制度は機能しない）、本文で前述したとおり、契約が締結される限り対価 P^D は常に E を下回るはずであるから、その点は問題がない。

成立しないときのみ、適用される。

以下では、まず再交渉ができない場合を、次に再交渉ができる場合を検討する。

(2) 再交渉ができない場合

まず、買主が遠隔地にいて売主はコンタクトがとれないなどの理由で、再交渉ができない場合を考える。

この場合は、「効率的契約違反仮説」がいちばんわかりやすく成り立つケースといえる。つまり、強制履行ルールのもとでは、履行の費用が履行の価値を上回るとき（この設例では、 $C = C_H$ のとき）にも履行がなされ、非効率である。これに対し、履行利益の賠償ルールのもとでは、売主は履行をすれば $P^D - C$ を得るのに対し、履行をしなければ買主に賠償額 $E - P^D$ を支払うことになる。よって、 $P^D - C \geq -(E - P^D)$ のとき、すなわち $E \geq C$ のときには常に履行がされ、そうでなければ履行されないという、効率的な結果が実現する。このこと自体は、ごく早くから指摘されていたことであるが (Posner (1972), §4.8), Shavell (1980) は、当事者が契約の対価を調整できるとすれば、履行利益の賠償ルールは、ここで置いている諸仮定のもとでは、両当事者にとってもっとも望ましい（パレート効率的な）ルールであることを示した。

設例に則していえば、強制履行ルールのもとでの売主の利得は、確率 $1 - q$ で $P^M - C_L$ 、確率 q で $P^M - C_H$ となる。よって、契約の締結時点でみた売主の期待利得は、 $(1 - q)(P^M - C_L) + q(P^M - C_H) = P^M - (1 - q)C_L - qC_H$ である。一方、買主の利得は常に $E - P^M$ である。よって、売主の期待利得と買主の期待利得の和である「契約の価値」は、 $(1 - q)(E - C_L) - q(C_H - E)$ になる（図表1の(1)参照）

図表1 損失を避けるための契約違反：再交渉ができない場合

		(1) 強制履行ルール ($P = P^M$)		(2) 履行利益の賠償ルール ($P = P^D$)	
確率	履行費用	売主の利得	買主の利得	売主の利得	買主の利得
$1 - q$	C_L	$P^M - C_L$	$-P^M + E$	$P^D - C_L$	$-P^D + E$
q	C_H	$P^M - C_H$	$-P^M + E$	$P^D - E$	$-P^D + E$
期待利得		$P^M - (1 - q)C_L - qC_H$	$-P^M + E$	$P^D - (1 - q)C_L - qE$	$-P^D + E$
契約の価値		$(1 - q)(E - C_L) - q(C_H - E)$		$(1 - q)(E - C_L)$	

これに対して、履行利益の賠償ルールの場合、売主は、 $C = C_L$ のときは履行して $P^D - C_L$ を得、 $C = C_H$ のときには損害賠償をして $-(E - P^D)$ を得る。よって、売主の期待利得は $P^D - (1 - q)C_L - qE$ となる。他方、買主は（実際に履行を受けるかまたは損害賠償を受けるという形で）常に $E - P^D$ を得る。よって、契約の価値は、 $(1 - q)(E - C_L)$ になる（図表1(2)）。 $C_H > E$ であるから（(1)式）、この価値は、強制履行ルールのもとでの契約の価値

$(1-q)(E-C_L)-q(C_H-E)$ を上回る (差額 $q(C_H-E)$ は、強制履行ルールのもとで非効率な履行が行われることによる損失の期待値に当たる)。そのため、 P^D を適切な額に調整すれば——具体的には、任意の P^M に対して、 $P^M-q(C_H-E)<P^D<P^M$ の範囲で P^D をとれば——履行利益の賠償ルールのもとでの期待利得は、売主・買主のいずれにとっても、強制履行ルールのもとでの期待利得を上回る²³⁾。

(3) 再交渉ができる場合

次に、再交渉ができる場合を考えよう。この場合には、履行の費用が高額となったときは、売主は買主と交渉し、一定の金額の支払いと引き換えに、契約の解除を合意することにより、非効率な履行を回避できる。しかし、当事者のリスク選好をも考慮すれば、契約違反に関する法のルールの内容は、契約の効率性にとって依然として重要である。

以下ではそのことを示すため、当事者は再交渉を容易に行えると仮定する。「容易に行える」とは、再交渉が両当事者の利益となる限り、再交渉は常に、しかも何の費用もかけずに成立するという意味である。まず、両当事者がリスク中立的な場合を、次に、少なくとも一方の当事者がリスク回避的な場合を順に検討する。

両当事者がリスク中立的な場合 この場合は、履行利益の賠償ルールの優位は消滅する。すなわち、強制履行ルールのもとで $C=C_H$ となった場合、そのまま履行すれば、売主の利得は P^M-C_H 、買主の利得は $E-P^M$ であるが、再交渉により契約を解除すれば、非効率な履行が回避され C_H-E の余剰が生まれる。そのため、再交渉は成立し、各当事者は再交渉時における交渉力に応じて、その余剰を分け合うだろう。いま、売主が r 、買主が $1-r$ の割合で ($0\leq r\leq 1$)、当該余剰を受け取るとする。すると、再交渉後の売主の利得は $P^M-C_H+r(C_H-E)=P^M-(1-r)C_H-rE$ 、買主の利得は $E-P^M+(1-r)(C_H-E)=-P^M+(1-r)C_H+rE$ になる (図表 2 (1) 参照)。これは、売主が買主に対して $-P^M+(1-r)C_H+rE$ の解約料を支払うのと引き換えに、契約を合意解除することを意味する。

一方、 $C=C_L$ のときは、履行がされるから、結果はⅣ-1-(2) のときと変わらない。したがって、強制履行ルールのもとでの売主・買主の期待利得は図表 2 (1) のとおりとなり、契約の価値は $(1-q)(E-C_L)$ になる。これは、履行利益の賠償ルールのもとでの契約の価値と同額である (履行利益の賠償ルールのもとでは、履行の決定は効率的に行われるので、再交渉の余地はなく、結果はⅣ-1-(2) のときと同じになる)。そのため、契約の対価を適切に調整すれば、各当事者の期待利得は、両ルールを通じて同額にできる。具体的に

23) また、履行利益の賠償ルールは、何であれ履行利益以外の額を賠償額とする損害賠償ルールと比べてもパレート優越する (Shavell (1980))。履行利益の賠償ルールは履行の決定を常に効率的なものにするため、契約の対価を適切に調整すれば、両当事者にとってもっとも利益となるからである。

図表 2 損失を避けるための契約違反：再交渉ができる場合

確率	履行費用	(1) 強制履行ルール ($P = P^M$)		(2) 履行利益の賠償ルール ($P = P^D = P^M - q(1-r)(C_H - E)$)	
		売主の利得	買主の利得	売主の利得	買主の利得
$1-q$	C_L	$P^M - C_L$	$E - P^M$	$P^M - C_L - q(1-r)(C_H - E)$	$E - P^M + q(1-r)(C_H - E)$
q	C_H	$P^M - (1-r)C_H - rE$	$-P^M + (1-r)C_H + rE$	$-E + P^M - q(1-r)(C_H - E)$	$E - P^M + q(1-r)(C_H - E)$
期待利得		$P^M - (1-q)C_L - q(1-r)C_H - qrE$	$-P^M + q(1-r)C_H + (1-q)E + qrE$	$P^M - (1-q)C_L - q(1-r)C_H - qrE$	$-P^M + q(1-r)C_H + (1-q)E + qrE$
契約の価値		$(1-q)(E - C_L)$		$(1-q)(E - C_L)$	

は、強制履行ルールのもとでの対価 P^M に対し、履行利益の賠償ルールのもとでの対価を

$$(3) \quad P^D = P^M - q(1-r)(C_H - E)$$

とすると、両ルールを通じて売主と買主の期待利得はそれぞれ同額になる（図表2）。よって、両当事者がリスク中立的である限り、2つのルールの間に優劣はつけられない。

当事者の少なくとも一方がリスク回避的な場合 しかしこれに対し、両当事者がリスク回避的な場合、または一方の当事者はリスク中立的だが他方の当事者はリスク回避的な場合には、たとえ再交渉が容易にできるとしても、強制履行ルールは、両当事者の利得に関するリスク（ばらつき）を大きくする点で、履行利益の賠償ルールよりも劣ることになる。

これは、強制履行ルールのもとでは、 C が E を上回るとき ($C = C_H$ のとき) にも、売主は再交渉が成立しない限りは履行を免れないことから、買主の同意をとりつけるため、履行利益の賠償額以上の支払をしなければならないためである ($r=1$ のときのみ、支払額は履行利益と同額になる)。半面、売主の期待利得が両ルール間で等しい場合には、強制履行ルールのほうが契約の対価は高くなるので ((3) 式が成り立つときは、 $r=1$ のときを除き、 $P^M > P^D$ である)、 $C = C_L$ のときの売主の利得は、履行利益の賠償ルールのとときと比べてより大きくなる。したがって、いま、(3) 式が成り立つことを前提に、強制履行ルールと履行利益の賠償ルールの各ルールのもとで、 $C = C_H$ となった場合の売主の利得をそれぞれ RS_H^M と RS_H^D とし、 $C = C_L$ となった場合の売主の利得をそれぞれ RS_L^M と RS_L^D とすると、 $r=1$ のときを除き、

$$(4) \quad RS_H^M < RS_H^D < RS_L^D < RS_L^M$$

が成立する（図表2の各利得セルの値（文字式）の差をとることで証明できる²⁴⁾）。つまり、強制履行ルールのもとでの売主の利得 (RS_H^M, RS_L^M) は、履行利益の賠償ルールのもとでの売主の利得 (RS_H^D, RS_L^D) と比べ、期待値は等しくてもリスクはより大きい。

同様に、(3) 式が成立することを前提に、強制履行ルール（履行利益の賠償ルール）のも

24) たとえば、 $RS_H^D - RS_H^M = -E + P^M - q(1-r)(C_H - E) - [P^M - (1-r)C_H - rE] = (1-q)(1-r)(C_H - E) > 0$ である。

とで $C=C_H$ となったときの買主の利得を $RB_H^M (RB_H^D)$ とし、 $C=C_L$ となったときのそれを $RB_L^M (RB_L^D)$ とすると、 $r=1$ のときを除き、

$$(5) \quad RB_L^M < RB_L^D = RB_H^D < RB_H^M$$

が成立する。履行利益の賠償ルールのもとでは、買主は常に履行利益を得るので、リスクはない。これに対し、履行強制ルールのもとでは、 $C=C_H$ のときに、再交渉を通じて売主から履行利益を上回る支払を受けられる分だけ、リスクが存在するわけである。

このように、強制履行ルールのもとでは、履行利益の賠償ルールのときと比べ、売主・買主の利得に関するリスクはともに増幅される。したがって、売主と買主のうち、少なくとも一方の当事者がリスク回避的であれば、再交渉が容易に成立するときであっても、履行利益の賠償ルールのほうが、強制履行ルールに優ることになる²⁵⁾。

2. 利益を得るための契約違反：競合注文ケース

(1) 設例

今度は、売主が利益を得るために契約違反をする場合を考えてみる。これは、契約締結後、履行するまでの間に、売主が第三者から別の注文を受け、そして売主は、キャパシティ（設備や人員）の限界により、買主と第三者の双方に履行をすることはできない、という場合（以下、「競合注文ケース」という）である。IV-1の設例を変更し、売主は契約締結後、履行をする前に、確率 q ($0 < q < 1$) で第三者から T の価格で競合注文を受けるとする。単純化のため、この設例では、履行の価値 E だけでなく履行の費用 C も一定とし ($E > C$ とする)、売主が第三者の注文に応じるときの費用もやはり C とする。そして、 $T > E$ 、すなわち、競合注文が来たときには、売主はこれに応じるほうが効率的であると仮定する（もしも $T \leq E$ であれば、強制履行ルールのもとでも履行利益の賠償ルールのもとでも、売主は買主に対して履行するという結果に変わりがないので、以下ではその場合は検討しない）。IV-1のときと同様、さしあたり、両当事者がリスク中立的であると仮定したうえで（後に変更する）、再交渉ができない場合とできる場合を順に検討する。

(2) 再交渉ができない場合

第三者の注文が来たときに、売主が買主との間で再交渉ができないときは、IV-1の分析と基本的に変わりがない。すなわち、強制履行ルールのもとでは、競合注文があつて

25) なお、当事者がリスク回避的な場合には、リスク分担の観点のみからいえば、履行利益よりも低い賠償額を定める損害賠償ルールが効率的になることが知られている。「最適」な賠償額は、当事者のリスク回避度に応じて決まる。詳細は、Polinsky (1983) 参照。

も売主は買主への履行を強いられるので、非効率である。これに対し、履行利益の賠償ルールのもとでは、競合注文が来たときには、売主は $E - P^D$ の賠償をしたうえでこれに応じることができる（その場合の売主の利得は、 $T - C - E + P^D$ ）。その結果、履行利益の賠償ルールのもとで、契約の価値、および（対価を適切に調整できるとすれば）両当事者の期待利得は最大になる（各当事者の利得と契約の価値は、図表3のとおりとなる）。

図表3 利益を得るための契約違反：再交渉ができない場合

確率	競合注文	履行の費用	強制履行ルール ($P = P^M$)		履行利益の賠償ルール ($P = P^D$)	
			売主の利得	買主の利得	売主の利得	買主の利得
$1-q$	なし	C	$P^M - C$	$-P^M + E$	$P^D - C$	$-P^D + E$
q	$T(T > E)$	C	$P^M - C$	$-P^M + E$	$T - C - E + P^D$	$-P^D + E$
期待利得			$P^M - C$	$-P^M + E$	$P^D - C + q(T - E)$	$-P^D + E$
契約の価値			$E - C$		$(1-q)E + qT - C$	

(3) 再交渉ができる場合

次に、再交渉が容易に行えると仮定しよう。この場合には、強制履行ルールのもとでも、第三者が競合注文を行ったときは、売主と買主の再交渉により契約を解除し、競合注文に応じることができる。これにより、余剰 $T - E$ が生じる。IV-1-(3)と同様に、再交渉では売主が r 、買主が $1-r$ の割合で ($0 \leq r \leq 1$)、当該余剰を受け取るとしよう。

こうした再交渉ができるために、強制履行ルールのもとでの契約の価値は履行利益の賠償ルールと同じになるから、契約の対価を適切に調整すれば——具体的には、強制履行ルールのときの対価 P^M に対し、履行利益の賠償ルールのもとでの対価を

$$(6) \quad P^D = P^M - q(1-r)(T-E)$$

とすれば、売主と買主の各期待利得は2つのルール間で等しくなる（計算結果のみ図表4に示す）。そうすると、両当事者がリスク中立的であれば、両ルールの間には優劣はない。

問題は、当事者の一方または双方がリスク回避的だと仮定した場合である。損失を避け

図表4 利益を得るための契約違反：再交渉ができる場合

確率	競合注文	履行費用	強制履行ルール ($P = P^M$)		履行利益の賠償ルール ($P = P^D = P^M - q(1-r)(T-E)$)	
			売主の利得	買主の利得	売主の利得	買主の利得
$1-q$	なし	C	$P^M - C$	$-P^M + E$	$P^M - C$ $-q(1-r)(T-E)$	$-P^M + q(1-r)T$ $+ (1-q+qr)E$
q	$T(T > E)$	C	$P^M - C + r(T-E)$	$-P^M + (1-r)T$ $+ rE$	$P^M - C + [1-q$ $(1-r)](T-E)$	$-P^M + q(1-r)T$ $+ (1-q+qr)E$
期待利得			$P^M - C + qrT$ $- qrE$	$-P^M + q(1-r)T$ $+ (1-q+qr)E$	$P^M - C + qrT$ $- qrE$	$-P^M + q(1-r)T$ $+ (1-q+qr)E$
契約の価値			$(1-q)E + qT - C$		$(1-q)E + qT - C$	

るための契約違反の場合と異なり、この場合には、強制履行ルールと履行利益の賠償ルールの間には、明確な優劣をつけることはできない。

というのは、売主の利得に関するリスクは、むしろ履行利益の賠償ルールのほうが、強制履行ルールよりも大きいのである。履行利益の賠償ルールのもとでは、第三者から競合注文を受けたときは、売主は買主に対して $E - P^D$ の損害を賠償するだけで競合注文を取得し、余剰 $T - E$ を独占する。これに対し、強制履行ルールのもとでは、売主は買主との再交渉の過程で、余剰を買主と分け合わなければならない ($r=1$ のときのみ、売主は余剰を独占し、履行利益の賠償ルールと同じ帰結になる)。半面、契約の対価は、強制履行ルールのときのほうが高額であるから ((6) 式より、 $r=1$ のときを除き $P^D < P^M$ である)、競合注文がないため売主が買主に履行したときの利得は、強制履行ルールのもとでのほうが、履行利益の賠償ルールのもとでよりも大きくなる。いま、(6) 式が成立する (つまり、売主・買主の各期待利得が両ルール間でそれぞれ等しくなる) ことを前提に、強制履行ルール (履行利益の賠償ルール) のもとで、競合注文が来たときの売主の利得を RS_T^M (RS_T^D) とし、競合注文が来ないときのそれを RS_N^M (RS_N^D) とすると、 $r=1$ の場合を除き

$$(7) \quad RS_N^D < RS_N^M < RS_T^M < RS_T^D$$

が成立する (図表4の各利得セルの文字式の差をとることで証明できる)。

これと異なり、買主にとっては、履行利益の賠償ルールのもとでは常に $E - P^D$ を得るので、リスクはまったくなく、強制履行ルールのほうがリスクは大きい。いま、(6) 式が成り立つことを前提に、強制履行ルール (履行利益の賠償ルール) のもとで、競合注文が来たときの買主の利得を RB_T^M (RB_T^D) とし、競合注文が来ないときのそれを RB_N^M (RB_N^D) とすると、 $r=1$ のときを除き、

$$(8) \quad RB_N^M < RB_N^D = RB_T^D < RB_T^M$$

が成立する。

以上より、利益を得るための契約違反の場合には、強制履行ルールと履行利益の賠償ルールのいずれが、リスク分担の観点から望ましいかは一概にいけない。それは、売主と買主のリスク回避度に依存する。売主がリスク中立的か、少なくともそれに近い場合であって、かつ、買主は強くリスク回避的である場合には、買主をリスクから保護する履行利益の賠償ルールが強制履行ルールより優る。しかしこれに対し、買主のほうがリスク中立的かそれに近く、逆に売主は強くリスク回避的な場合には、むしろ強制履行ルールのほうが、履行利益の賠償ルールよりも優ることになる²⁶⁾。

26) なお、両当事者がリスク回避的である場合には、両当事者のリスク回避度に応じて「最適」な賠償額 (一般に、履行利益を上回る) が存在し、これを賠償させるルールが、理論上はパレート効率的となる。Polinsky (1983) 参照。

3. 契約違反の原因による違いが生じる理由

以上のように、競合注文が来たために売主が契約違反をする場合は、履行の費用が高額になったために契約違反をする場合とは異なる。この違いは、次のように説明できる（シャベル（2010）439頁）。すなわち、履行の費用が履行の価値よりも高額になることは、有害なリスク、本来実現すべきでないリスクである。実際、履行利益の賠償ルールのもとでは、売主は損害賠償して履行を免れるのでこのリスクは実現しないし、強制履行ルールのもとでも、当事者間で再交渉ができればリスクの実現は回避される。しかし、強制履行ルールのもとでは、再交渉の過程で、売主から買主への多額の金銭のやりとりがなされうる。履行利益の額までの金銭のやりとりは、買主をリスクから保護する意味がある。しかし、それを超える金銭のやりとりは、両当事者にとってリスクを増やすだけである（いわば、履行の費用が高額化することを対象にしたギャンブルをするようなものである）。

これに対し、履行の価値を上回る価格で競合注文が来ることは、有益なリスク、本来実現すべきリスクである。実際、履行利益の賠償ルールのもとでも、また強制履行ルールのもとで再交渉ができるときも、売主が競合注文に応じることでこのリスクは実現する。重要な点は、この場合に、強制履行ルールのもとでの再交渉において売主から買主に支払われる金銭（履行利益の賠償額を超える部分）は、単なるギャンブルによる金銭の移転ではなく、有益なリスクが実現することによる余剰（ $T-E$ ）を売主と買主の間で分配するという機能を持つことである。これに対し、履行利益の賠償ルールのもとでは、売主が余剰を独占するため、履行ルールと比べ、売主の利得に関するリスクはむしろ増大するのである。

4. 「特定物二重譲渡ケース」の特殊性について

本章では、損失を避けるための契約違反と、利益を得るための契約違反とでは、特に売主の利得に関するリスクの点で本質的な違いがあることを説明した。この着想は、Shavell（2006）に負うものである²⁷⁾。

もっとも、Shavell（2006）は、本稿のように契約違反の原因に基づく区別ではなく、むしろ契約類型による区別を行っている。具体的には、物を製造して供給する契約（contracts to produce goods）と、すでに存在する特定の財産（特定物）を譲渡する契約（con-

27) Shavell（2006）は、本文に述べた着想を、法律家・法学者向けにわかりやすく説明した。もっとも、同様の着想は、すでに Shavell（1984）の中でも示されている。

tracts to convey property) である。そして、前者の契約類型では、履行の費用（製造費用）が高額になったために契約違反をし、後者の類型では、競合注文が来たために契約違反をするという前提で、分析を行っている。

しかし、物を製造して供給する契約においても、第三者による競合注文が来たために契約違反をする場合はありうるし、逆に、特定物を譲渡する契約においても、履行の費用が高額になったために契約違反をする場合もあるはずである（当該の特定物は外国から輸送するところ、海上封鎖により輸送コストが急増した場合など）。したがって、本稿のように、契約違反の原因に着目して区分するほうがより適切だと思われる。

ただし、Shavell (2006) の指摘する契約類型も、契約違反に関する法のルールの評価にとって重要となりうる。特に、特定物を譲渡する契約において、第三者が競合注文をしてきたために契約違反をする場合（売主は同じ物を二重に譲渡することになるので、「二重譲渡ケース」ということができる）は、競合注文一般と比べて特殊性がある。一般に、競合注文のケースとは、売主がキャパシティ（設備や人員）の関係で買主と第三者の注文に両方応じることとはできない、という状況であり、買主の注文と第三者の注文は同じ物である理由は特になく、そのため、もしも売主と買主の間で再交渉ができず、売主が買主に対して履行してしまえば、第三者は希望する物を入手できず、確定的に非効率が生じてしまう。これに対し、特定物の譲渡における競合注文（二重譲渡）の事例は、買主と第三者は同一の物を欲していて、物是一只しかないために競合が生じる場合である。この場合には、仮に売主と買主の間で再交渉ができず、物がいったん買主に引き渡されたとしても、第三者は買主と交渉して物を譲り受ける可能性がまだ残っている。

このことは、特定物の二重譲渡ケースでは、一般の競合注文ケースと比較して、強制履行ルールのもとで再交渉ができないときにも非効率が生じる可能性が小さいこと、ひいては、（当事者のリスク回避度しだいではあるが）強制履行ルールのほうが履行利益の賠償ルールよりも効率的となる可能性がより高くなることを意味するであろう。

V. 契約違反の経済分析（2）——損害を容易に算定できない場合

1. 損害の算定は容易でないこと

前章の分析では、履行利益の賠償ルールのもとでは効率的な履行の決定が行われる一方、強制履行ルールのもとで再交渉が行われなるときは、履行の決定が非効率になることを示した。また、再交渉が行われる場合でも、履行の費用が高騰したために契約違反が行

われるときは、強制履行ルールは、当事者の利得に関するリスクを大きくするという問題があることを明らかにした。これに対し、契約違反が競合注文を受けて行われる場合には、再交渉はできることを前提にする限り、履行強制ルールと履行利益の賠償ルールの優劣は、当事者のリスク回避度に依存し、一概には決まらないことを明らかにした。

これによると、履行利益の賠償ルールは履行強制ルールに優るか、少なくとも明白に劣る点はないように見える。しかし、もちろんこれは、損害の算定が容易にできることを前提にしたうえでの議論である。現実には、損害の算定がそうしたやすいものではないことはほとんど自明と思われる。特に、契約の目的物が他に代替品のないものである場合、履行の価値 E とは、理論上は「買主がその物を手に入れるためであれば支払ってよいと考える金額の上限」になるが（注20）、そうした主観的評価額を裁判所が正確に算定することは、きわめて困難であろう。また、買主が代替品を入手できるときにも、契約の目的物と代替品の品質が完全に同じでない場合は、その差の経済価値の算定が必要になるし、代替品の入手が契約上の債務の履行期よりも遅れるときは、遅れたことで生じる損害の金銭評価も必要になる。いずれも、裁判所は簡単に算定できるものではないだろう。このため、裁判所は、誤って損害を過大に算定したり、逆に過小に算定する危険がある。

さらに、裁判には当然ながら費用がかかる。そしてこの費用は、当事者間の再交渉の費用よりも概して高額になることも、ほとんど確実といってよいと思われる。なぜなら裁判においては、当事者間では認識が完全に一致していることについてさえ、相手方が否認すればこれを証明しなければならないし、通常は弁護士を雇う費用もかかるからである。

このように、裁判所による損害の算定が、誤りやすく費用もかかるとすれば、「履行が効率的なとき、かつそのときのみ、履行させる」という、履行利益の賠償ルールの利点はうまく発揮されない可能性がある。他方、強制履行ルールのもとで非効率な履行がされる危険は、再交渉によって回避しうる。そして、契約の当事者間の再交渉は、比較的容易であると考えられる。何にせよ、当事者は現に契約を結んでいる以上、互いに一度は接触しているわけであり、その後も履行のためにコンタクトをとっている可能性は高く、契約をめぐる諸事情、とりわけ、買主にとっての履行の価値 (E) や、売主にとっての履行の費用 (C) についても、少なくとも部外者である裁判所よりは情報に通じているからである²⁸⁾。

2. 損害を容易に算定できない場合における履行利益の賠償ルールの問題点

もっとも、裁判所による損害の算定が容易でない場合に、強制履行ルールがどういう点

28) Ulen (1984), pp.371-72; クーター・ユーレン (1997) 305-306 頁。

で、履行利益の賠償ルールに対して優位性を持ちうるかについては、慎重な検討が必要である。注意すべき点は、当事者間で再交渉が容易にできる場合には、強制履行ルールのもとでだけでなく、履行利益の賠償ルールのもとでも、再交渉は行われうるということである（シャベル（2010）418-421頁）。

いま仮に、履行利益の賠償ルールのもとで（対価は P^D ）、履行時に $E > C$ であることが判明したとしよう。両当事者は、同一の業界に属し、互いによく知り合っていることから、 E と C について共通の認識をもっているとする。しかし、裁判所に対して E の証明をすることは容易でないことから、裁判になれば、履行の価値は \hat{E} ($< C$) と算定されることが予想されているとする（この予想につき、両当事者は一致しているとする。また、話を簡単にするため、ここでは裁判にかかる費用は無視する）。なお、 $P^D < \hat{E}$ であるとする。この場合、当事者間で再交渉が行われなければ、履行をしたほうが効率的であるにもかかわらず、売主は履行を拒絶し $\hat{E} - P^D$ の損害賠償をするほうを選んでしまう。しかし、買主は、 $C - \hat{E} < x < E - \hat{E}$ の範囲の x の支払（代金増額）と引き換えに、売主に履行を求めることができる。再交渉が容易に行えたとすれば、この条件で合意が成立し、効率的な履行がされるだろう²⁹⁾。

それでも、「裁判所による損害の算定が容易でない一方、当事者間の再交渉は容易なときは、強制履行ルールは履行利益の賠償ルールに比べて利点を持つ」というのは、一定のもっともらしさを持っていると思われる。というのは、裁判所による損害の算定が、困難で誤りを生じがちだとすれば、裁判所が損害をいくらと算定するかについての当事者の予測も、往々にして一致しなくなると考えられる。つまり、履行利益の賠償ルールのもとでは、裁判の結果に対する予測の不一致という、さもないと存在しなかった再交渉の障害

29) この点で、Ulen (1984), p.369（クーター・ユーレン（1997）304-307頁も同様）が、強制履行ルールのもとで両当事者が（再）交渉により紛争を解決する費用と、履行利益の賠償ルールのもとで裁判所が（損害額を算定しその賠償を命じる形で）紛争を解決する費用とを比較して、前者のほうが低い可能性が高いという理由から、強制履行ルールを支持しているのには、疑問がある。確かに Ulen (1984), p.380 は、履行利益の賠償ルールのもとでは、損害額の算定に関する予測の不一致から再交渉は成立しにくくなると指摘しているが、それは、強制履行ルールに対して想定される批判である。現実には当事者間で再交渉が成立せずに裁判になることもあるではないかという批判に答える中で主張されたものであり、「強制履行ルールのもとで再交渉をする費用」と、「履行利益の賠償ルールのもとで再交渉をする費用」とを、システマティカルに比較したものではない。

また、Schwartz (1979), p.276 は、履行利益の算定は難しいため、損害額は過小評価されがちであると主張する。履行利益の算定が難しいであろうことは本文で述べたとおりであるが、裁判所が最善の見積もりにしたがって履行利益を算定する限り、損害の評価額は過大にも過小にもなりうるはずである。実際の法運用において、損害額は過小評価される傾向があるとしても、それは、過小評価に結びつくような法運用を修正すべきだという提案にはなりえても、履行利益の賠償ルールでなく強制履行ルールがよいとする見方には、ただちにはつながらないはずである。本稿は、損害の算定が難しいことが、なぜ強制履行ルールを支持する理由になりうるかを明らかにするとともに、強制履行が原則として認められるのであれば、損害額は過大評価するよりは過小評価するほうが害は少ない、という見解を述べる（VI-2）。

が生まれる。その結果、次のような非効率が生じうる（以下の例では、両当事者はリスク中立的だと仮定する）。

第一に、損害額をめぐって裁判となり、費用が費やされることである。いま、履行利益の賠償ルールのもとで、履行期に $E < C$ となったため売主は契約違反をし、いくら賠償額を支払うべきかが争点になっているとしよう。売主と買主は、履行の価値が E であること（したがって、真の損害が $E - P^D$ であること）自体については認識が一致している。しかし、これを裁判所がどのように算定するかについては不一致があり、売主はそれを \widehat{SE} と予想し、買主はそれを \widehat{BE} と予想するとする。なお、 $P^D < \min(\widehat{SE}, \widehat{BE})$ であるとする。また、裁判では、売主に δ^S 、買主に δ^B の費用がかかるとする。この場合、買主は、裁判をすれば得られる金額を $\widehat{BE} - P^D - \delta^B$ と予想するため、売主から最低限これだけの金額を受け取らなければ、売主との和解に応じない。一方、売主は、裁判すると支払わなければならない金額を $\widehat{SE} - P^D - \delta^S$ と予想するため、和解においては、買主に対して最大限この額までしか支払う用意はない。したがって、 $\widehat{BE} - P^D - \delta^B > \widehat{SE} - P^D + \delta^S$ のとき、すなわち $\widehat{BE} - \widehat{SE} > \delta^S + \delta^B$ のときは、紛争は裁判に持ち込まれ、 $\delta^S + \delta^B$ の費用が費やされてしまう³⁰⁾。

第二に、裁判の結果についての当事者の予測に大きな開きがある場合、履行するかどうかの決定そのものも非効率になる可能性がある。これは、時機に後れて履行しても価値を生まないため、損害額をめぐって裁判をした後では履行は無意味になるような契約（たとえば、今年の夏祭りに使う花火を供給する契約）において、特に深刻な問題になる。いま仮に、当事者はそのような種類の契約を結んだとし、そして履行期に $E > C$ となり、履行をするほうが効率的だと判明したとする（両当事者は E だけでなく C についても認識は一致しているとする）。その場合にも、 $-\widehat{SE} + P^D - \delta^S > -C + P^D$ のとき、つまり、売主が履行するよりも、履行を拒絶し裁判で命じられる損害賠償を支払うほうが（売主の予想する）支出額が小さいときは、売主は履行をしない。その場合、買主は売主と再交渉し、追加の代金支払と引き換えに履行してもらうことも考えられる。ただ、そうした再交渉においては、売主は、買主から少なくとも $x = -\widehat{SE} + P^D - \delta^S - (-C + P^D) = -\widehat{SE} - \delta^S + C$ の支払を追加で受けなければ履行をしない一方、買主は売主に対し、最大でも $y = E - P^D - (\widehat{BE} - P^D - \delta^B) = E - \widehat{BE} + \delta^B$ までしか追加で支払う用意はない。したがって、 $x > y$ のとき、つまり $\widehat{BE} - \widehat{SE} > E - C + \delta^S + \delta^B$ のときは、再交渉は決裂して裁判となり、裁判の費用が費やされるだけでなく、本来は行われるべき履行が行われなくなってしまう。

30) 本文の議論は、裁判の結果について両当事者の予測に不一致があるために、和解交渉が決裂して紛争が裁判（事実審理）に持ち込まれるというモデルを用いている（シャベル（2010）17章3節参照）。

3. 強制履行ルールの特長

V-2の検討により、裁判所による損害の算定が容易でない一方、当事者間の再交渉は容易である場合における、強制履行ルールの特長が明らかとなろう。すなわち、強制履行ルールのもとでは、裁判になれば常に履行が命じられることが両当事者にはわかるため、裁判の結果について予測の不一致が生じないのである。そのため、 $E > C$ であれば、売主は常に履行することになり、履行利益の賠償ルールのとくように、裁判で低い損害額が認定されることを期待して履行を拒絶する、といったことは起らない。逆に、 $E < C$ のときには、再交渉の成立により履行は回避され、損害額をめぐる裁判で費用が費やされるという事態も起らないですむ。

以上の検討からは、強制履行ルールに関して次のような重要なインプリケーションが導ける。それは、強制履行ルールは、それが理想的に機能しているときは、現実にエンフォースされることはないということである。強制履行ルールのもとでは、売主が任意に履行しなければ、裁判で履行が強制され、売主は結局履行しなければならないうえに、裁判や執行に要する費用をも負担する。よって、合理的な売主であれば、そうした追加的な費用を負担するよりは、はじめから任意に履行するか、または($E < C$ の場合)買主と再交渉して履行を回避することになる。つまり、強制履行ルールの特長は、それが実際に用いられるときに発揮されるのではない。むしろ、契約当事者が行動(履行するか、あるいは再交渉するか)を決する際の明確なベースライン(再交渉が決裂すれば、履行が命じられること)を提供する点に、重要な意味があるのである。

VI. 日本法——強制履行を認める法体系

以上の検討を踏まえ、最後に、契約違反に関する日本法のルールについて、2では説明を省略した法の詳細も踏まえながら、その暫定的な評価を試みたい。

1. 強制履行を原則として認める意義

IIで述べたように、日本法は英米法と異なり、契約違反に対しては、むしろ原則として強制履行を認める法体系である。Vで強調したように、こうしたルールは、とりわけ、①契約の当事者間では再交渉が容易である一方、②裁判所が損害を算定することは容易でな

い、という状況では、履行利益の賠償しか認めないルールと比較して、より望ましいものである可能性がある。

他方、Ⅳ－２－(2)では、強制履行ルールの欠点として、当事者間で再交渉ができないときは非効率な履行が行われるという問題を指摘した。しかし、この欠点は、実はそれほど重要でない可能性がある。というのも、契約の当事者間で再交渉ができない状況としては、たとえば、「製造工程に問題が生じたため、製造者は、製造を中止するか多額の費用をかけて製造を続けるかをただちにきめなくてはならない」が、「契約の相手方と接触できないため、すぐに再交渉をするのは困難である」場合が挙げられる（シャベル（2010）359頁。なお、ここでは、製造者が履行するかどうかの決定は変更不能なものだということを前提にする。つまり、この例における製造品は、たとえば夏祭りに使う花火のように、履行期に後れて履行しても契約の目的を実現できないものであって、製造者がいったん製造を中止すれば、履行期が経過し、契約違反が確定してしまうものとする。もしもそうでなければ、製造者がいったん製造を中止した後でも、時間をかけて買主と接触し、製造を再開するかどうかを再交渉のうでで決定できるはずであろう）。しかし、このような場合には、日本法のもとではそもそも強制履行は行われまいだろう。なぜなら、強制履行のためには、債務名義を取得して執行手続を裁判所に申し立てることが必要とされるところ³¹⁾、もしも債務者が、債権者と接触できない状況で、履行をするかどうかの（変更不能の）決定をするとすれば、債権者が強制履行を申し立てる機会はずっと少ないからである。ここで注意すべき点は、日本法上、債権者が強制履行を求めることが事実上不可能な状況で契約違反がされたとしても、債務者は履行利益の賠償しか命じられないのであって、たとえば懲罰的損害賠償や刑罰のような、事後的な制裁によって履行を強制する仕組みはとられていないことである（重要な例外は、特定物二重譲渡であるが、それについてはⅥ－４で後述する）。つまり、日本法は、その実質をみると、再交渉が事実上不可能なときには、強制履行ルールではなく履行利益の賠償ルールが適用される仕組みになっているともいえる。その意味で、再交渉が不可能なときには非効率な履行が強制されてしまうという問題には、最初から一定の歯止めがかかっているわけである。

2. なぜ契約違反に対しては強制履行だけでなく、履行利益の賠償も求められるのか

Ⅵ－１で述べたことに関連して、もう一点、指摘すべきことがある。それは、日本法においては、契約違反に際しては、債権者は強制履行を求めることもできるが、履行利益

31) 契約上の債務の強制履行を含め、強制執行手続の開始と進行がどのように行われるかについては、上原ほか（2007）第3章。

の賠償を求めるという選択肢も用意されている（Ⅱ参照）点である。

これは一見、裁判の結果を予測しやすくすることで再交渉を容易にするという、強制履行ルールの利点を減殺してしまうように思える。売主が契約違反をした場合を例にとると、もしも買主が、裁判所は履行の価値を真の価値よりも高めに算定してくれるだろうと予想するとすれば（ $V-2$ の記法を用いると、 $\widehat{BE} > E$ ならば）、買主は強制履行でなく、履行利益の賠償を求める可能性がある。その場合に、もしも売主のほうは、裁判所は履行の価値をそれほど高く算定しないだろうと考えているとすれば、予測の不一致から裁判となり、 $V-2$ で述べたような非効率が生じるおそれがある。

もっとも、日本法のもとでは、裁判所は損害を保守的に算定する傾向があるので、上記の問題は、実際にはあまり生じないと考えられる。すなわち、日本法においては、契約違反により損害が発生したこと、およびその損害の額について、損害賠償請求をする側（債権者）が、証明責任を負う（伊藤（2008）322頁）。「証明」とは、「通常人が疑を差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうる」程度のものである必要があり³²⁾、債権者にとってのハードルは高い³³⁾。それに加え、損害の算定実務においては、評価の難しい要素は単に無視される傾向にあるように見える。とりわけ、土地の売買契約のように、目的物の個別性が強い（完全な代替物は存在しない）ときにも、損害額は目的物の市場価格（時価）を基準に算定されており、買主の目的物に対する主観的評価額³⁴⁾は、考慮されないようである³⁵⁾。このため、裁判所が損害を過大評価するという期待のもとに、債権者が履行利益の賠償を求めるといった事態は、あまり生じないと考えられる。半面、こうした算定実務では、損害は過小評価される可能性が高いが、契約違反に対して強制履行を求めることができる限り、そのことは大きな問題にはならない。債権者は、強制履行を裁判で求める権利を「脅し（threat）」に用いて、債務者の任意の履行を促すか、もしも履行の費用が履行の価値を上回るときには、履行に代わる損害の賠償を引き出すことができるからである³⁶⁾。

32) 最判昭和50・10・24民集29巻9号1417頁。数字でいえば80%以上の確からしさが必要だともいわれる。高橋（2006）32頁。

33) ただし、損害が発生したことは認められるが、「損害の性質上その額を立証することが極めて困難」であるときは、裁判所は、口頭弁論の全趣旨および証拠調べの結果に基づき、「相当な損害額」を認定すべきものとされる（民事訴訟法248条、最判平成20・6・10判時2042号5頁）。立案担当官の説明によれば、この規定は、損害の額の証明責任が賠償請求者にあることを前提に、一定の場合に証明度の軽減を図ったものである（法務省民事局参事官室（1996）287頁）。ただし、学説における異なる理解について、高橋（2006）51-55頁参照。

34) 「その物を手に入れるためなら買主が支払ってもよいと考える金額の上限」のことであり（注20参照）、時価よりもずっと高い可能性がある。

35) 時価を基準にした損害額の算定ルールの詳細は、内田（2005）162-168頁参照。

36) 本文の主張は、強制履行を求めることができる場合には、裁判所は損害額を過大評価するよりは過小評価するほうが問題は少ない、という趣旨にとどまり、現行法における損害の算定ルール（裁判所による運用面も含め）一般を是認する趣旨ではない。もしも、強制履行が事実上不可能な状況でなされる契約違反や、あるいは

他方、契約違反に対しては強制履行だけでなく、保守的ではあっても裁判所の算定する履行利益を賠償させるという救済手段も用意しておくことは、強制履行が常にうまく機能するとは限らない点に鑑みれば不可欠だといえる。とりわけ、VI-1で述べたように、当事者間での再交渉が事実上不可能な場面では、強制履行はそもそもエンフォースされえない仕組みになっている。このような場合、債権者が履行利益の賠償を求めることができないければ、契約違反は過剰に行われることになってしまう。

3. 「社会通念上の履行不能」法理によるリスクからの保護

IV-2-(3)で指摘したとおり、強制履行ルールのありうべき欠点は、履行の費用が履行の価値を上回った場合にも履行が強制されることから、両当事者の利得に関するリスクを増大させることである。この問題は、当事者間で再交渉が容易にできたとしても解消しない。

ただし、その点についても、日本法は一定の対処をしているといえる。それは、履行の費用が履行の価値と比較して著しく高くなった場合には、「社会通念上の履行不能」として、債務者は本来の債務の履行を免れるとされていることである³⁷⁾。たとえば、引渡を約した指輪を湖底に落としてしまったような場合が例としてあげられる³⁸⁾。

「社会通念上の履行不能」の法理は、リスク回避的な当事者をリスクから保護する意味がある半面、強制履行ルールの意義を没却する危険も持っている。もしも裁判所が、履行の費用が履行の価値を上回るかどうかを常に審査し、上回るときは「社会通念上の履行不能」と認めるとすれば、裁判の結果の予測は困難になり、再交渉が決裂して裁判の費用がかかるうえ、裁判所が誤った判断をする危険も増大する。ここにはトレードオフが存在する。裁判所が、履行の費用と履行の価値の比較の問題に立ち入るほど、債務者をリスクか

不法行為に対して行われる損害賠償請求においても、保守的な損害の算定がなされるとすれば、契約違反は過剰となり、また不法行為になりうるような危険な活動が過剰に、かつ過小な注意をもってなされるおそれがある。

37) この場合、債務者は原則として履行利益の賠償をしなければならないが、履行不能が「債務者の責めに帰すべき事由」以外の事由により生じたときは、損害賠償も必要ない（民法415条後段参照）。なお、請負の目的物に瑕疵があるときに、瑕疵が重要でなく、かつその修補に過分の費用を要するときは、注文者は瑕疵修補請求をすることはできないとする民法634条1項も、社会通念上の履行不能と同種の機能を果たしているといえる（潮見（2003）166頁参照）。

38) 潮見（2007）75頁、星野（1978）51頁。このような法理は、日本法には明文の規定がなく解釈により認められているが（立法の提案として、能見（1998）111頁[[提案A]2(c)]、民法（債権法）改正検討委員会（2009）194頁[3.1.1.56]参照）、日本と同様、強制履行を原則として認めるドイツ民法は、「債務者は、債務関係の内容と信義誠実の原則に鑑みて、債権者の給付利益と著しい不均衡にある負担が給付に必要である場合、給付を拒絶することができる」という明文の規定を設けている（同法275条（2）項前段）。ドイツ法については、吉政（2004）参照。

ら保護する半面、再交渉のための明確なベースラインを提供するという強制履行ルールの特長は減少してしまう。

実際には、法は「社会通念上の履行不能」になる範囲を限定することで、上記のトレードオフに対処しようとしているように見える。日本法上、「社会通念上の履行不能」とされる場合について確立した判断基準があるわけではないが、基本的には、履行の費用が履行の価値を上回るときはいつでも履行不能になるのではなく、「著しく」上回ると認められる場合のみがそれに該当すると解されているようである³⁹⁾。これにより、履行不能が問題になる局面は限定できるものの、どういう場合に「著しい」と評価されるかについては必ずしも明確でないことから、裁判に関する予測の不一致を新たに作り出すというジレンマを抱えている。とはいえ、限られた資源で多くのトレードオフに対処しなければならない法制度の現実を鑑みれば、一つの穏当な解決策であるということではできるかもしれない。

4. 利益を得るための契約違反・特定物二重譲渡

IV-2で詳しく検討したとおり、強制履行ルールが当事者にリスクを課す、という問題は、利益を得るための契約違反（競合注文ケース）では必ずしも生じない。この場合、債務者にとっては、むしろ履行利益の賠償ルールのほうがリスクは大きくなるからである。そのため、もしも当事者間で再交渉が容易であり、かつ、裁判所による損害の算定は容易でないとすれば、利益を得るための契約違反を許容する意義は乏しいといえる。

この差異は、意識的かどうかはともかく、日本法において考慮されているように見える。すなわち、民法の議論において、「社会通念上の履行不能」として想定されているのは、もっぱら、履行の費用が履行の価値に比べて著しく高くなる事例であって⁴⁰⁾、債務者が第三者からどれほど高額な競合注文を受けたとしても、そのことのゆえに「社会通念上の履行不能」になるとは考えられていないようである。このような、利益と損失に対する非対称的な取り扱いは、公正ないし道徳の観点から支持されているように思われるが⁴¹⁾、

39) たとえば、潮見（2003）166頁は、履行利益が履行の費用と比べ「著しく均衡を失するほど」わずかなものとなった場合には、本来の債務の履行を免れるとする（注38で引用したドイツ民法も参照）。民法（債権法）改正検討委員会（2009）197-198頁に挙げられている2つの「適用事例」も参照（時価相当額30万円の指輪が輸送中に湖底に落ち、回収費用は800万円と見込まれる場合、航空機用燃料の価格が契約締結後に15倍に急騰した場合）。

40) 前掲注39)を参照。

41) 認知心理学の研究成果に基づき、人々は、他人に損失を与えて自分が利益を得るような行為を「不公正」と認識する傾向があり（これに対し、自分の損失を避けるために他人に損失を与える行為はそれほど不公正とは考えない）、このような公正感覚は法のルールにも取り入れられていると主張するものとして、Cohen and Knetsch（1992）参照。

人々の多くがリスク回避的だとすれば、本稿が採用する基準（対価の調整可能性を前提にしたパレート効率性基準）によっても支持しうるものである⁴²⁾。

もっとも、確かに日本法は、高額競合注文を受けただけでは履行不能とは評価しないけれども、特定物二重譲渡ケース（Ⅳ－４参照）において、売主が第三者（第二の買主）に目的物を実際に引き渡した（不動産の場合、登記も移転した）場合は、第一の買主に対する債務は履行不能になる、と一般に解されているようである⁴³⁾。ただし、この点は再考の余地もあるように思われる。日本と同様、強制履行を原則として認めるドイツ法においては、売主が意図的に二重譲渡した場合は、高い価格を支払ってでも第二の買主から目的物を取り戻すべきであって、第一の買主に対する引渡債務の履行を免れない、と解されているようである⁴⁴⁾。これは傾聴に値する見解のように思われる。二重譲渡ケースでは、売主が第二の買主に売りたいなら第一の買主と再交渉すればよく、仮に（時間的制約等で）それができないとしても、売主から目的物を引き渡された第一の買主が第二の買主に転売することもできるのであるから（Ⅳ－４参照。売主が不動産業者等の場合、転売の仲介を申し出ることもできよう）、算定の容易でない損害の賠償をしてまで二重譲渡をすることを認める実益は存在しない。二重譲渡をした売主に対しても強制履行を命じることができることにより（第二の買主への引渡・移転登記をした後であっても、間接強制によれば可能である）、最初から二重譲渡をしないようにし向けることができる。

もっとも、以上のような民法の解釈問題に関係なく、日本法上は、合理的な売主なら二重譲渡をしない仕組みがすでにできているといつてよい。というのも、判例上、二重譲渡は第一の買主に対する横領であると解されており、売主には刑罰が科されるからである⁴⁵⁾。二重譲渡ケースは、「契約を破る自由」を認める必要性が最も乏しい類型であり、二重譲渡に関する厳格な日本法の態度は、支持できるものである。

5. 任意法規性

最後に、契約違反に関する日本法のルールは基本的に任意法規である点も重要である。

42) この問題に限らず、人々の公正ないし道徳の観念が、パレート効率性基準、あるいはより一般的に、個人の効用の関数である社会的厚生を評価基準にする帰結主義の立場とおおまかに一致することが多いのはなぜか、という興味深い論点がある。これにつき、シャベル（2010）26章4節は、道徳それ自体が社会的厚生を増進するように形成されてきたという進化論的説明を提示している。

43) 最判昭和35・4・21民集14巻6号930頁（ただし、買主が損害賠償を請求した事例）、星野（1978）51頁。

44) ドイツ法につき、吉政（2004）259頁。

45) 売買契約を結ぶことで所有権は第一の買主に移転しており、第二譲渡は他人の物を売却したものと評価されるためである。最判昭和30・12・26刑集9巻14号3053頁。ただし、異なる見解をとる学説について、今井ほか（2007）202頁〔島田聡一郎〕参照。

Ⅲ－３の初めに述べたように、どのようなルールが望ましいかは、契約を取りまくさまざまな事情により異なりうる。当事者が具体的な事情に鑑みて、契約によって強制履行を認めたり認めなかったり、あるいは損害賠償の基準を履行利益以外のものにしたりすることは、基本的に認められるべきであり、それはまさに、日本法が行っていることである。

Ⅶ. おわりに

本稿は、対価の調整可能性を前提にしたパレート効率性基準に基づいて、履行利益の賠償ルールと強制履行ルールとを比較し、①契約の当事者間では再交渉が容易である一方、②裁判所が損害を算定することは容易でない、という状況では、強制履行ルールが望ましい可能性があることを指摘した。強制履行を原則として認める日本において、①や②のような事情が一般に存在するかは、読者の評価に委ねたい。また、当事者がリスク回避的な場合には、損失を避けるための契約違反と利益を得るための契約違反では評価が異なることを示し、その点は、日本法において、無意識的にせよ考慮されていることを指摘した。本稿は、契約法の経済分析に関する基礎理論の説明に多くを割いたため、日本法の実態に即した分析は、必ずしも十分なものとはなっていない。とりわけ、契約違反に対して債権者が強制履行を求める可能性が現実にとどれだけあるかは、裁判所が仮処分（民事保全法23条2項）をどこまで広く許容するかに大きく依存すると考えられるが、それについての検討はしていない。また、契約違反の個別の論点に関する法律学の議論や、近時の民法（債権法）改正についても、論ずべき点は多々ある。いずれも、稿を改めて検討の機会を持ちたい。

参考文献

- Ayres, Ian, and Robert Gertner (1989), "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules," *Yale Law Journal*, Vol.99, pp.87-130
- Ayres, Ian, and Richard E. Speidel (2008), *Studies in Contract Law*, 7th ed., Foundation Press
- Brooks, Richard R.W. (2006), "The Efficient Performance Hypothesis," *Yale Law Journal*, Vol.116, pp.568-596
- Cohen, David, and Jack L. Knetsch (1992), "Judicial Choice and Disparities between Measures of Economic Values," *Osgood Hall Law Journal*, Vol. 30, pp.737-770
- Farnsworth, E. Allan (1998), *Farnsworth on Contracts*, 2nd ed., Vol. III, Aspen Publishing
- Polinsky, A. Mitchell (1983), "Risk Sharing through Breach of Contract Remedies," *Journal of Legal Studies*, Vol. 12, pp. 427-444
- Posner, Richard A. (1972), *Economic Analysis of Law*, Little, Brown
- Posner, Richard A. (2007), *Economic Analysis of Law*, 7th ed., Aspen Publishers
- Rogerson, William P. (1984), "Efficient Reliance and Damage Measures for Breach of Contract," *RAND Journal of Economics*, Vol.15, pp.39-53.

- Schwartz, Alan (1979), "The Case for Specific Performance," *Yale Law Journal*, Vol.89, pp.271-306
- Shavell, Steven (1980), "Damage Measures for Breach of Contract," *Bell Journal of Economics*, Vol.11, pp.466-490
- Shavell, Steven (1984), "The Design of Contracts and Remedies for Breach," *Quarterly Journal of Economics*, Vol.99, pp.121-148
- Shavell, Steven (2006), "Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis," *Texas Law Review*, Vol. 84, pp.831-876
- Ulen, Thomas S. (1984), "The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies," *Michigan Law Review*, Vol.83, pp.341-403
- White, James J., and Robert S. Summers (2000), *Uniform Commercial Code*, 5th ed., West Group
- 今井猛嘉・小林憲太郎・島田聡一郎・橋爪隆 (2007)『刑法各論』有斐閣
- 上原敏夫・長谷部由紀子・山本和彦 (2007)『民事執行・保全法 (第2版補訂版)』有斐閣
- 内田貴 (2005)『民法III (第3版)』東京大学出版会
- クーター, ロバート・D = トーマス・S・ユーレン [太田勝造訳] (1997)『法と経済学 (新版)』商事法務研究会
[Cooter, Robert D., and Tomas S. Ulen (1997), *Law and Economics*, 2nd ed., Addison=Wesley の邦訳]
- 小林一郎 (2010)「日本の契約実務と契約法 (1)~(6・完)——関係的契約とドラフティング・コストの考察から——」NBL930号 11-17頁, 931号 70-76頁, 932号 76-83頁, 933号 81-89頁, 934号 49-55頁, 935号 96-103頁
- 潮見佳男 (2003)『債権総論I (第2版)』信山社
- 潮見佳男 (2007)『プラクティス民法・債権総論 (第3版)』信山社
- シャベル, スティーブン [田中亘 = 飯田高訳] (2010)『法と経済学』日本経済新聞出版社 [Shavell, Steven (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press の邦訳]
- 高橋宏志 (2006)『重点講義民事訴訟法下 (補訂版)』有斐閣
- 中田裕康 (2008)『債権総論』岩波書店
- 能見善久 (1998)「履行障害」山本敬三ほか『債権法改正の課題と方向——民法100周年を契機として——(別冊NBL51号)』商事法務研究会, 103-146頁
- 藤田友敬 (2008)「契約法の経済学：契約関係への最適投資のためのインセンティブ・メカニズム」ソフトロー研究 11号 141-168頁
- 法務省民事局参事官室編 (1996)『一問一答 新民事訴訟法』商事法務研究会
- 星野英一 (1978)『民法概論III』良書普及会
- 民法 (債権法) 改正検討委員会編 (2009)『詳解・債権法改正の基本方針II——契約および債権一般 (1)』商事法務
- 吉政知広 (2004)「『履行請求権の限界』の判断構造と契約規範 (1) (2・完)——ドイツ債務法改正作業における不能法の再編を素材として——」民商法雑誌 130巻 1号 37-82頁, 2号 250-275頁