

**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**

藤田友敬
東京大学大学院法学政治学研究科

2008 年 2 月

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

藤田友敬

はじめに	1
1 契約のエンフォースメント	2
(1) コミットメントの手段としてのエンフォースメント	2
(2) コミットメントのもたらす付加価値	3
(3) 本節のまとめ	4
2 契約の不履行と履行利益の賠償	4
(1) 直感的な議論	4
(2) 履行利益の賠償と過剰な投資	6
(3) 他のルール	7
(4) 本節のまとめ	9
3 契約不成立の場合の当事者の責任	10
(1) 契約前の投資と法的ルール	10
(2) 直感的な議論	11
(3) 契約不成立の場合に投資に対する補償が不要なルール	12
(4) 契約不成立の場合に投資に対する補償が必要なルール	13
(5) 本節のまとめ	14
4 契約前の情報開示：情報の生産・取得のための投資	15
(1) 契約前の情報開示と情報収集のための投資	15
(2) 直感的な議論	16
(3) 情報収集・生産活動によって売主のみが情報を得られる場合	17
(4) 情報収集・生産活動によって買主のみが情報を得られる場合	18
(5) 2つのモデルのまとめ	19
(6) 本節のまとめ	20
むすび	20

はじめに

本稿は、契約に関連して生じるいくつかの法的な責任について、経済学的な観点から検討するものである。契約法の経済分析はさまざまな角度から、さまざまな論点に関して行われうるが、本稿は、特に契約当事者あるいは契約関係に入ろうとする者が、当該契約関係に関連して行う投資の効率性という側面に着目する。当事者は、契約締結前後のいろいろ

るなタイミングで、当該契約関係に関連した投資を行う。それらは適切な水準にあるかぎり効率的な状態になるが、投資の大きさが過剰であったり過小であったりすれば、効率性を害する。契約に関連する法的ルールは、当事者の投資インセンティブにさまざまな影響を与え、投資の水準を変える要因となる。本稿では、限られた側面についてであるが、この問題を論じることにはしたい。

以下で見るように、契約当事者が行う投資を最適なレベルにコントロールするルールを厳密に考えるのは、実は意外に難しい。直感的には適切なインセンティブを与えられそうに見えるルールが、細かく分析してみると実はそうではないということもある。しかし、話はそれだけにはとどまらない。本稿で紹介する議論は、契約法のルールに関する経済学的な分析が現在抱えている問題点を典型的に示す面もある。ここでいう問題点は、「効率性の観点だけで公正への配慮が足りないのは不十分である」といった種類の経済分析一般に対する外在的な批判ではなく、これまでの契約法の経済学の議論の蓄積を踏まえたより内在的なものである。実は、現在のアメリカの契約法学では、経済分析は有力な手法の一つではあるが、ある種の閉塞感があることも否めない¹。それは膨大な分析、様々なモデルが積み重ねられる一方で、契約法のルールが経済学的に十分説明できるようになったわけでも、あるいははっきりした批判の方向性が打ち出されるようになったわけでもないことに一因があるのではないかと想像される。そして経済分析としての緻密さを増すことが、必ずしも法制度への具体的な貢献に直接つながっていかないという現象について、具体的な例を通じて知ることは、法の経済分析へのスタンスに関わらず、有用であろう。そういう意味で、本稿は契約法の経済分析それ自体の受け止め方一般を考えるための具体的な材料としての役割を果たす面もあるのではないかと思う。

1 契約のエンフォースメント

(1) コミットメントの手段としてのエンフォースメント

まずそもそもなぜ私人間の取り決めのエンフォースメントを国家が行うのかという点から確認しておこう。しばしば、「契約が拘束力を持つのはなぜか」といった問題設定がされることがあるが、ここでの問題関心との関連では、ポイントは、「契約が拘束力を有するか否か」ではなく、なぜ私人の間の取り決めのエンフォースメントに国家が手を貸すかという点にある。

経済学でも契約を国家がエンフォースすること自体は当然の前提として特に説明されないことも多いが、あえて説明すると次のようになる。国家がエンフォースメントを保証することによって、——それが無い場合と比べて——、約束した内容が最終的に実現す

¹ Posner (2003)参照。

る可能性がいくらか高くなる。その結果、私人の約束の価値（履行される期待）を高め、「信じられるコミットメント（credible commitment）」を作り出しやすくなる。それによって、当事者がそのようなコミットメントができない世界よりも社会的な厚生が高まるというのが基本的な説明である。

（２） コミットメントのもたらす付加価値

それでは取引当事者がコミットメントできるようになるということは、どういう付加価値をもたらすか²？ 第 1 に、履行の確実性が増すこと（正確には履行の確率の高い約束の仕方というメニューが増えること）それ自体が、取引の可能性を広げることになり、効率性を高める。特に、異時点間の交換、リスクの移転といったタイプの取引が可能になるということが大きい。異時点間の交換の典型は、金銭の貸借である。金銭の貸借は、現在キャッシュがないが将来は持っているであろうという人と、今現在キャッシュがある人との間の交換である。異時点間の交換は、物々交換とは異なり、その性質上、借りる側は、「返す」という内容の約束をするだけである。この約束の内容の信頼性を高めることができないとすると、こういう交換はできなくなる。リスクの移転である保険も同ような要素がある。リスクの移転は、ものごとが不確実な段階で約束しないと意味がない。しかし、その段階で加入者が安心して保険料を支払えるためには、事故が起きた場合の保険金の支払いがなされることについてのコミットメントが必要となってくる。国家によるエンフォースメントはそれを作り出す手段の一つである。

しかし、約束の信頼性が高まることの効果はこれにとどまらない。契約当事者が関係特殊的な投資を行うことを可能にするというさらなる効果がある。たとえば、オーダーメイドのスーツが、買主にとって 10 万円の価値があるとしよう。売主がそれを作る費用は 7 万円だとする。この場合、売主がこのスーツを仕立てて、7 万円と 10 万円の間の値段で売買が成立するとすれば、資源の効率的な配分につながる（買主、売主のいずれも従前よりよい状態になる）。しかし、「約束」が守られる保証が十分ないと、こういうことは行われない。まず、約束が信じられなければ買主はお金を先払いで払うことはあり得ない。売主が作ってくれる保証がないからである。それなら商品と引き換えに支払うということで問題は解決するか？ それもうまくいかない。というのはもし売主がオーダーメイドのスーツを作ってしまう、その段階でお金を請求すると、買主が払い渋って値切ってくる危険があるからである。オーダーメイドのスーツは他で使えない以上、買いたたかれる危険がある。いわゆるホールドアップ問題である。ホールドアップ問題は、契約の不完備性との関係で言及されることが多いが、そもそも契約のエンフォースメントの必要性との関係でも問題となることに注意されたい。その結果、代金の先払いでも後払いでも、うまくいかないことになり、上記の例のような取引が不可能になる。これに対して、「服を作る」「お金を払

² 以下については、Goetz and Scott (1980) 参照。

う」という約束がエンフォースされうることになっており、当事者にとって信頼できるものとなると、このような取引が可能になる（先払いになるか後払いになるかは、当該当事者のさまざまな事情によって異なってくる）。

（３） 本節のまとめ

以上の話はあまりに当たり前のように聞こえるかもしれないが、注意して欲しいのは、約束が守られた状態と守られなかった状態とを比較して、前者がより効率的だからエンフォースメントすべきであると言っているのではないことである。履行されるか否かは、その時点だけを見れば、一方が特をして一方が損をするというだけの現象であって、これを変えたからといって、そのこと自体が当然に資源配分状態を効率的にするとは限らない。ここで着目しているのは、履行の段階で財産を動かすことそれ自体のもたらす効果ではなくて、それが、それ以前の時点（約束をする時点やその後履行までの間の時点）の行動に対して与える影響である。たとえば、将来守られることの期待値を高められることで、それがなければ不可能な財の交換が可能になるとか、取引関係に入ろうとする者により望ましい投資を行わせることが可能になるといった点に意味があるとされている点に留意されたい。

２ 契約の不履行と履行利益の賠償

（１） 直感的な議論

契約の債務不履行があった場合に、不履行を受けた相手方は、履行がなされた状態を基準とした救済を受けうると考えられている。履行がなされた状態を達成する手段としては、強制的に履行させる特定履行という手法と当事者が履行によって得られたはずの経済的利益を賠償させるという手法がありうるが、ここでは差し当たり履行利益を請求する損害賠償を前提に考えることとしよう（特定履行については後述する）。

最初に履行利益の賠償について契約を相手方が履行しない場合相手にどのような形で救済を与えるのかということに関するルールである。まず次のような単純なタイプの法と経済学の議論を考えよう³。

【例】A が、その所有する絵を売ろうと考えている。A にとってのその絵の価値は 90 万円、B にとっての価値は 110 万円である。交渉の結果、A B 間で 100 万円で絵を売る契約が結

³ Birmingham (1970), Barton (1972), 小林 = 神田 (1987) 等参照。なお樋口(1984)は、この時代のさまざまな議論をさらに広く紹介している。

ばれた．ところがその後，C がその絵を買いたいと言ってきた．

契約法の経済分析の最初期の議論では，履行利益を賠償させるルールが効率的であると説かれた．その論理は極めて単純である．この状況のもとで，A が履行利益を賠償することを履行しなくてよいという選択肢を認めてやることで，当該商品が，それをより高く評価する者の手にわたることになるということである．この例だと，もしCにとってその絵が 110 万円以下の価値しかなければ，A は履行利益を賠償した上でCに売却すれば赤字となる．A が契約を破ることができるのはCが 110 万円以上の値段を出す用意がある——絵がBよりもCにとってより価値がある——場合に限られるから，それは効率的だということわけである⁴．

以上のような議論は，契約があらゆる状況のもとで履行されることが，効率性の観点からは必ずしも望ましいわけではないことを示すという点では重要な意味があったとは言える．そうすることが効率的な場合には不履行を選択することを許すルールとしての履行利益の賠償という議論（いわゆる「契約を破る自由」）は，「法と経済学」に典型的な主張として，わが国でも（通常は批判的な立場から）しばしば言及される⁵．

しかし，これは経済学的にはあまりにも単純な議論であり，今現在はこの議論をそのままの形で持ち出す文献はほとんどない（その意味では，「契約を破る自由」という発想をいくら批判したところで，「法と経済学」一般への批判とはならない）．このような議論の建て方の最大の問題点は，もっぱら債務を履行する時点における履行するか否かの選択を比較して，両者の効率性を論じていることにある⁶．しかし，債務不履行に対する救済ルールの内容は，契約履行時点以前の当事者の行動のインセンティブにも影響を与え，資源配分状態に影響を与える可能性がある．逆に言うと，契約履行時点での費用だけを比較するだけでは十分ではなく，それが履行期以前の行動をどう変え，それが効率的かどうかとも同時に考えなくてはならない（契約のエンフォースメントのもたらす効率性に関する議論（1（3）を思い出されたい））．

以下では，この古典的な「契約を破る自由」の議論が見落としている問題の一つとして，当事者が契約が履行されることを期待して契約締結後履行までの間に行う投資（信頼投資と呼ばれることがある）の効率性の問題について触れることとしよう．なお「契約を破る

⁴ なお，本文で述べた議論は取引費用がかからない世界（いわゆる「コースの定理」の成り立つ世界）では当てはまらない．どのような損害賠償額にしようが，最終的には最適な状態になる．たとえば，履行利益を下回る 90 万円の損害賠償をしか認めないとすれば，もしCにとっての絵の評価額が 110 万円を下回る限り，B は適当な額をAに支払うことで，Cに対する売却を思いとどまらせることができる．また履行利益を上回る 120 万円の損害賠償を認めるルールの場合，A がBに対して 110 万円以上の補償をすれば，B はこれを受け入れるであろう．したがってCにとっての絵の価値がBにとっての価値を上回る限り，たとえば損害賠償額はそれより高いとしても，Bの満足する額を支払うことで絵を取り戻してCに売却できるはずである．上記の議論は，このような取引が当然には行われないこと——取引費用がかかること——を前提としている．損害賠償ルールが不履行時の再交渉の出発点に過ぎないことについては，後述 2 - 4 参照．

⁵ 内田(1990)87 頁以下等．

⁶ 法学者による問題点の指摘として，たとえば Craswell(1988)参照．

自由」は、特定履行を認めるか否かという角度から議論がなされるが、ここでは、まずは特定履行を認めるか否かを問わず、契約が履行されたなら置かれたであろう状態を保証するという救済のルール自体に内在する問題から説明する（後述のように、特定履行を認める救済ルールをとると、履行利益の賠償というルールよりは、問題がいくらか改善される可能性がないわけではない）。

（２） 履行利益の賠償と過剰な投資

履行利益の賠償というルールが非効率的な状況をもたらす例として早くから認識があったのは、それが契約当事者の過剰な投資の誘因を与えるケースがあるということである⁷。契約のエンフォースメントを認めることがもたらす効率性の要因として、当事者の関係特異的な投資を可能にするということは前述した。しかし、あらゆる投資がなされればよいというわけではない。費用とリスクを勘案しても価値のある投資だけがなされるのであれば、かえって効率性は害される。不履行を受けた側が、履行利益の賠償を受けるというルールは、当該投資の効果に不確実性が存在する場合には過剰な投資を生むことになる。原材料を購入した買主が、製造工場に関して投資を行うことで製品の質を変えることができる、それによって買主の利益が変わるという例を使って⁸、この点をもう少し細かく考えることにしよう。

【例】ある製品を作るための原材料の売買契約が締結されたとする。買主（メーカー）は事前に製造工場に投資することによって、製品の質を高めることができる。投資費用が、0 円、100 万円、200 万円の時の製品の付加価値が各々1000 万円、1200 万円、1320 万円であると見積もられるとする（費用をかければかけるほど効果は上がり多くの付加価値が生じるが、その効果は逡減するという仮定）。売買契約を不履行した場合の救済は、買主の履行利益の賠償（履行がなされたなら買主が置かれた状態に見合う金銭の補償）であり、必ずこれが支払われるものとする（その結果、買主の製造工場への投資額によって売主の賠償額は変化することになる⁹）。なおこの製品が実際に納入される確率は 80%だとする（20%の確率で売主の履行のコストが大きくなりすぎ不履行する事態が生じる）¹⁰。

⁷ 以下の叙述は、Shavell (1984), Rogerson (1984)に負う。

⁸ ここで買主が行う投資は、あくまで買主自身の利益を高める性格のものである。しかし、投資の中には相手方当事者の利益にもなる投資もある。そのような投資の性格も、あるべきルール設計に影響を与えられている。この点については、Che and Chung (1999), Edlin (1996), Konakayama, Mitsui and Watanabe(1986)参照。簡単には、柳川（2007）第10章参照。

⁹ここでは「履行利益の賠償」を「履行がなされたなら買主が置かれた状態に見合う金銭の補償が必ず与えられるルール」と理解して分析を進める。このような損害賠償の算定の仕方は、わが国で一般に取られている履行利益の賠償とは必ずしも一致しない。その結果、以下の議論は、わが国の損害賠償ルールそれ自体の分析にはなっていない。

¹⁰ もうすこし現実的な例にするなら、納期通りに納入される確率が何％、納期から遅れると利益が下がるといったことであるが、計算が複雑になるだけで本質は変わらないのでこの単純な設例で考える。

履行利益が賠償されるというルールのもとでは、買主は躊躇なく 200 万円の投資をするであろう。売買価格が仮に P 万円とすれば、200 万円の投資をした場合、実際に原材料が納入されれば、 $1320 - 200 - P = 1120 - P$ 万円の利益があがる（投資額が 0 円、100 万円の場合は、 $1000 - P$ 万円、 $1100 - P$ 万円）。原材料が納入されなかった場合も、履行利益を賠償されるとすれば同じ状態となる。したがって、200 万円の投資がなされる。

しかし、実はこの投資レベルは社会的に見れば過剰である。というのは工場への投資は、もし実際に原材料が納入されなかったとすれば、何も意味のない埋没費用になる。工場への投資を 100 万円から 200 万円へと高めることによって生み出される付加価値は、納入の不確実性を考慮に入れると、 $1200 \times 0.8 = 960$ 万円と $1320 \times 0.8 = 1056$ 万円の差額の 96 万円である。96 万円の価値しか生み出さないのに、投資を 100 万円から 200 万円へと増やすことは社会的には非効率的なのである（過剰投資）。もし売主・買主が一体の企業であり、すべてを自社の中で行っているとすれば、この会社は決して工場の投資に 200 万円をかけないはずである。それにもかかわらず、履行利益が賠償されるというルールのもとでは、そのような投資が行われる（買主にはそのようなインセンティブがある）。

この設例のポイントは、納入に関するリスクを全面的に売主に分担させることが、買主の行動を変えてしまっているという点にある。原材料が納入されても納入されなくても同じ状態が保証されてしまうことで、買主が投資によって得るペイオフと社会的厚生との不整合が生じ、これが買主の投資のインセンティブを歪めているわけである。

読者はあるいは非常に特殊な例を想定して一般的なルールを論難しているかのような印象を持たれたかも知れないが、ここで問題にしていることが、かなり本質的なジレンマであることに注意されたい。というのは、当事者が関係特殊的な投資ができるようになるということは、契約のエンフォースメントを認める一つの大きな理由だったからである（1 - 2 参照）。したがって、この種の投資による付加価値分は一切保証しないという賠償ルールは望ましくない。しかし、履行利益を当然に賠償するというルールは、今見たように過剰な投資の誘因をもたらすのである。

（３） 他のルール

それならば、債務不履行について他の救済ルールをとることで事態は改善するか？ 結論から言うと、他のルールにも問題があり問題が完全に解決されるわけではない。

特定履行

不履行に対する救済として特定履行を認めるというルールをとる場合、結論としては、履行利益の賠償よりは改善される可能性がある。ただし当事者の再交渉がかなり効率的に

でき、かつ買主の交渉力がある程度以上大きいという仮定が必要となる。

まず当事者の再交渉が不可能な場合、買主があくまで特定履行を求めることで効率性が害される危険がある。売主の履行の費用が、履行によって買主が得られる費用を上回る可能性があるからである（前者が下回る場合であれば、売主は自発的に履行するはずである）。

次に再交渉が可能な場合であれば、最終的な取り分は、売主と買主の再交渉によって決まる。売主不履行の場合に買主が特定履行を求めることができるというルールのもとでは、再交渉は次の範囲で行われる。まず買主が得られる最低額は買主にとっての履行利益の額である（交渉が決裂した場合にも特定履行を求めればそれだけは得られるはずだから、それ以下の額では買主は満足せず、交渉はまとまらない）。最高額は、現実に履行しなくてはならない場合に売主が被る損失額（履行の費用）となる（それ以上を払うぐらいなら、特定履行を選ぶ）。その間で何らかの交渉がまとまり、履行は強制されないというのが合理的なシナリオである。ただし、この範囲の間のどこで交渉がまとまるか（当事者の取り分の大きさ）は交渉力の大きさによって決まる（交渉力の大きい方がより多くの余剰をとる）。もし仮に買主の交渉力が弱く、取り分が非常に小さい場合（ほとんど最低限の場合）であれば、再交渉の結果は履行利益の賠償とほとんど同じになる。その結果、2 - 2 で見た履行利益の賠償というルールがとられる場合と同じぐらい効率性を害する（過剰投資）。逆に、買主の交渉力が強く、ほとんど最高限ぎりぎりのところまでとることができるすると、再交渉の結果は、履行を強制された場合に限りなく近づく。この場合には不履行の場合の賠償は、投資の程度を変えることはないことに注意されたい。不履行の場合も、履行はされないし、またその場合にとれる賠償額も、別段投資をするか否かで変わってくるわけではないからである。買主が余剰を 100% とれるとすれば、買主のその取り分の大きさを決めるのは売主が再交渉で支払える額の上限になるはずで、これは買主の投資の大きさには無関係だからである。買主が投資するか否かで、不履行の場合の賠償額が変わらない以上、買主は履行された場合の利益だけに着目して投資することになる。その結果、最適な程度だけの投資がなされる。

以上の通り、当事者の再交渉がかなり効率的にでき、かつ買主の交渉力がある程度以上大きいという前提が満たされているなら、特定履行を認めるルールは履行利益の賠償だけしか認めないルールよりも適切な程度の投資を導くことができる。しかし、再交渉が不可能な場合や再交渉に費用がかかる場合には、特定履行を認めるルールはかえって効率性を害する可能性がある。

信頼利益の賠償

信頼利益の賠償というルール——前述の例で言えば、売主の債務不履行の場合には、買主は工場への投資額を賠償してもらえるルール——は、履行利益の賠償よりもさらに効率性を害する。履行利益の賠償は、確実に履行がなされるという前提のもとで投資がもたらす付加価値を賠償するというルールであるが、信頼利益の賠償は投資額が付加価値を

生むか否かとは無関係に当然に賠償するということを意味する¹¹。後者のルールだと、過剰投資を導く危険は一層大きいように思われる。

過剰な投資を抑制する補完的なルール

履行利益の賠償というルールは望ましくないとしても、それを補完するルールによってインセンティブは適正に調整されうるのではないかという疑問があるかも知れない。たとえば、損害賠償の範囲を限定する相当因果関係や過失相殺（あるいは近時の学説のいうところの損害軽減義務に基づく制約）といった諸ルールが考えられる。しかし、こういった補完的なルールが、最適な投資の誘導という目的で、うまく機能するとは限らない。

まず当事者が行った信頼投資について一切保護しないというルールをとると、過小投資になるから、一定の保護は与える必要がある。賠償の対象としないのは、買主が過剰な投資をした部分（先の例で言えば 100 万円以上の費用をかけた場合）に限定しなくてはならない。このような形で履行利益の全部は賠償しないといったルールをとれば、買主の誘因は適正におさえることができるかもしれない。しかし、こういうルールを取ることは現実には難しい。このようなルールをエンフォースしようとするれば、現実に投資された額やそれを前提とした履行利益の額だけではなくて、最適な投資の程度を把握するために、他の額を投資した場合の履行利益の大きさであるとか、契約が履行される確率（投資時点で見込まれる予測値）といったものを裁判所が知る必要があるからである。これは明らかに現実の裁判所の能力を超えるものである。実際に、債務不履行による損害賠償の額を制約するルールである相当因果関係や過失相殺といったルールでも、こういった要素は要件には含まれていない。

（４） 本節のまとめ

以上の議論を踏まえ、不履行に対する救済に関する法的ルールの持つ機能を次のようにまとめておこう。

不履行時点での選択を変える機能	不履行時点での選択だけに着目する
と、不履行に対する救済に関する法的ルールは、その内容次第で、当事者間の単なる利益移転をもたらすこともあれば、非効率的な行動をとらせることもあり得る。特定履行のルールのもとでコスト倒れの債務の履行が強制されることを指摘する「契約を破る自由」の議論は、もっぱらこの問題に着目するものである（２（１）の議論参照）。	

不履行時点以前の行動を変える機能	不履行に対する救済に関する法的ルールは、不履行時点当事者の行為の選択のみならず、それ以前の時点における当事者の行
------------------	--

¹¹ ただし相当因果関係等によって、賠償すべき信頼利益の範囲が限定され、当然に投資額が保証されるわけではないとすれば、その限りで、過剰投資の誘因はおさえられる。

動に影響を与えることを考慮しなくてはならない。2(2)では、そういった問題の一つである、売買契約の売主不履行の場合の救済ルールが、買主が自己の利益のためにする関係特殊的投資に与える影響について簡単に検討した。もちろん救済ルール影響を与えるのは、これだけではなく両当事者のあらゆる行動についてであり、行動の持つ経済的性格に応じ場合を分けて分析する必要がある。

契約当事者間の再交渉の出発点を作る機能 最後、不履行時点において契約当事者間の再交渉が可能であれば、契約の不履行の場合の処理をめぐるルールは、再交渉決裂時の当事者のペイオフ（ゲーム理論的に言えば交渉ゲームの威嚇点あるいは外部機会）になる。この場合、当事者が得る最終的な利得は、再交渉の結果に依存するが、契約の不履行の場合の救済ルールは、交渉の威嚇点の設定という間接的な形でのみ影響を与えることに注意する必要がある。そして、不履行に対する救済に関する法的ルールが当事者の不履行時点以前の行動に与える影響を考える場合にも、——当事者が再交渉の結果を予想できる限り——、救済ルールの内容それ自体のもたらすペイオフではなく、救済ルールによって間接的に決定される再交渉の結果のペイオフを前提に当事者のインセンティブを考える必要がある（その一例として、たとえば2(3)における特定履行という救済ルールの分析参照）。

債務不履行に関するルールの設計が難しいのは、それがこれらの異なる次元の問題に同時に影響を与え、しかもルールの望ましさが当事者の行う投資の性格や当事者の交渉力等といった様々な要素に依存し、簡単に最適解が示せないところにある。加えて、現実の裁判所の有する能力の制約といった問題が、事態を一層難しくしている。

3 契約不成立の場合の当事者の責任

(1) 契約前の投資と法的ルール

契約当事者は、契約提携以前にもさまざまな投資を行う。そのような投資は、契約履行のコストを減少させたり、契約が履行された場合の利益を増大させたりするという形で、契約によって発生する利益を大きくする可能性がある。しかし、特定の契約関係を前提とした投資であれば、契約交渉が最終的に決裂して契約が締結されなかった場合には埋没費用になる。

最終的に締結されなかった契約に基づいて当事者がどの程度責任を負うかは、ケースバイケースであり、ルールの内容は必ずしも明確ではない。ただ一般論として言うと、——契約交渉の過程で一方当事者が相手の誤った期待を惹起させたケースが否か等さまざまな類型はあるが——、少なくとも契約が締結されていた場合と同じような内容の責任は当然

には認められないということになる¹²。しかし、そもそも契約交渉中に最適な大きさの投資を行うインセンティブを与えるためにはどのようなルールが望ましいのか。

(2) 直感的な議論

契約締結前であっても、契約不成立の場合、およそ責任が生じないというわけではないが、投資が当然に回収できるというわけではないというルール（現在の法制度を抽象化すればこのようになる）は、当事者に適切なインセンティブを与えるかのようにも見える。その結論の当否はともかく、その理由は、一見そう思われるほど単純ではない。以下では、まず直感的な議論を紹介し、それがなぜ不十分かを確認することにしたい。

投資がまったく保護されないルール まず、契約締結前に当事者が行った投資はまったく保護されないルールのもとでは、万一契約が成立しなかったときに無駄になるから、当事者はそれが怖くて投資を控えてしまうため、過小投資が起きる危険があると主張されるかもしれない。しかし、（少なくとも議論を文字通り受けとる限り）これは正しくない。将来、契約が締結されないかもしれないという不確実性があるとすれば、それを考慮して投資額を控えるのは当然であり、それによって投資レベルが下がっても、当然に非効率的だとはいえない（そもそも過小投資ではない可能性がある）¹³。

投資が常に保護されるルール 次に投資が常に保護されるルールが、過大投資を導くのは、あまりに自明と思われるかも知れない。しかし、この点ももう少しきちんと考える必要がある。当事者は、自分の投資が回収できることが保証されているとしても、コストに見合わない投資をするインセンティブはない。確かに2-2で見たことから分かるように、契約の成否が不確実な状態（2での履行の不確実さに対応）で、当該投資について完全に保護が与えられるという前提で当事者が行動するとすれば、履行利益の賠償ルールが契約締結後に過剰投資をもたらすのと同じ理由から、過大投資がもたらされる可能性はある。しかし、ここでの問題は、果たして履行利益の賠償ルールの非効率性と同程度の問題に過ぎない（せいぜい契約の最終的な履行がなされるか否かについての不確実性の程度に量的な違いがあるに過ぎない）と理解してよいのであろうか。もしそうだとすれば、契約成立後とは格段に異なる低いレベルの救済しか与えられないことの説明が必要となってくる。

以上の通り、「投資をまったく保護しないと過小投資になるし、投資を当然に保護すると過大投資になる」という一見もっともらしい説明は、論理的にはそれほど自明ではないのである。以下で説明するように、契約締結前の投資を全く保護しなかったり、常に保護し

¹² この問題に関する詳細な検討としては、池田(1997)参照。

¹³ 2(2)で見たとおり、むしろ契約成立の不確実性を度外視したような投資がなされることこそ過剰投資である。

たりするルールが、当事者の投資インセンティブを適切にコントロールできない理由は、もっと微妙でデリケートなところにある¹⁴。

(3) 契約不成立の場合に投資に対する補償が不要なルール

次のような単純なモデルで考えよう(投資を行うのは売主,買主両方でもかまわないが,単純化のため買主の投資だけを考え

【表1】

る)。商品の生産者と購入者が契約交渉を始めている。

この段階では、両当事者とも契約は締結されるであろうという前提で考えている。売買目的物の売主にとっての価値は 500

買主の投資の額	買主にとっての商品の価値
0	700
50	780
100	820

万円とする。この商品の買主にとっての価値は 700 万円であるが、買主が契約交渉段階で 50 万円投資すれば 780 万円に、100 万円投資すれば 820 万円となるとする(投資の効果が逡減するという仮定)。(表1参照)。

さて仮に売買契約が成立した場合、これらの投資がなされた場合、売買価格はどのようになると予想されるか。売買価格の交渉は、契約当事者の留保価格(それ以下あるいは以上だと取引しないことを選択することになる価格)の間で、それぞれの交渉力の大きさによって、仮に、両当事者が完全に同じ交渉力だとすれば、売買から生じる余剰が平等に分配されることになる。ここでは簡略化のために、交渉力は平等としよう。この場合、売買価格は契約当事者の留保

価格の中間値になる。

【表2】

売主の留保価格は、500 万円である。買主の留保価格は、その投資額に応じて、700 万円, 780 万円, 820 万

買主の選択	買主のペイオフ
売買が成立した場合	$820 - 810 - 100 = -90$
売買が成立しない場合	$0 - 100 = -100$

円となる。交渉がなされる段階では、すでに投資はなされており、かつ投資に対する補償はないというルールなので、額自体は留保価格には影響しないことに注意されたい。たとえば 100 万円投資した場合を想定しよう。この場合、たとえば 810 万円で売買が成立する方が、売買が成立しないよりはましな状態である(表2参照)。より一般的に言って、100 万円の投資がなされた場合、売買価格が 820 万円未満であれば、買主にとっては契約交渉決裂よりはましな状態である。

さて、売主・買主間の交渉力が平等であると仮定すると、売買価格は、売買から生じる余剰が平等に分配されるところで決まる。それは買主の投資額に応じて、各々、600 万円($(500+700)/2$), 640 万円($(500+780)/2$), 660 万円($(500+820)/2$)となる。

¹⁴ 以下の議論は、Bebchuk and Ben-Shahar(2001)に依拠するものである。

【表 3】

以上を前提に、買主が投資を行うか否かを決定する段階を考えよう。買主は、自分の行う投資がもたらす結果(価格への影響)を上述のように想定する。その上で、いずれの額の投資をするの

買主の投資額	売買価格	買主の利益
0	600 万円	$700-600=100$ 万円
50	640 万円	$780-640-50=90$ 万円
100	660 万円	$820-660-100=60$ 万円

が自分にとって一番利益になるかを考えるであろう。結論としては、まったく投資しないのが一番特である。何も投資しない場合、利益は 100 万円であるのに対して、50 万円投資すると 90 万円、100 万円投資すると 60 万円になってしまうからである(表 3 参照)。社会的に最も望ましい投資額は 50 万円(この場合、売買による余剰が最大化される)であるので、この結論は非効率的である。

一般的に、このように契約当事者が行った投資について、相手方がまったく責任を負わないというルールをとった場合には、社会的に最適な程度を下回る投資しかなされない(過小投資)。その理由は次の通りである。もし、契約当事者が、自己の行った投資によって増えた余剰については、全部自分のものにできるのであれば、最適な程度の投資がなされる。しかし、相手方がまったく責任を負わないというルールをとった場合には、売買当事者の行う投資は、売主の留保価格を上げ、また買主の留保価格を下げるという作用があるが、いずれの場合も、余剰が増大した分は交渉力に応じて按分されることになる。その結果、売買当事者は自分の行った投資の結果生じた余剰の一部だけしか享受できない。これが過小投資の起きる原因である。

(4) 契約不成立の場合に投資に対する補償が必要なルール

次に逆の極端なルール、すなわち契約不成立の場合に、契約が成立すると信じて当事者がした投資は全額補償しなくてはならないというルールを考えよう。やはり先ほどと同じように、買主が投資するというモデルで考えよう(商品の売主・買主にとっての価値、投資のもたらす付加価値な

【表 4】

どは全て同じ)。
さて、契約締結前の投資をすべて補償しなくてはならないというルールが与える影響は、当事者の留保価格に対してである。まず売

買主の投資の額	買主にとっての商品の価値	差額
0	700	700
50	780	730
100	820	720

主の留保価格から考えよう。補償が不要のルールの例だと、留保価格は、常に当該商品の自己にとっての価値である 500 万円であった。しかし、今度はそうはいかない。たとえば 50 万円の投資をしている売主との間の交渉を考えよう。交渉が決裂した場合には、売主は 50 万円払わなくてはならない。それと比べれば、たとえば売買価格 460 万円で取引が成立

【表 5】

する方が、まだましな状態である。より一般的に言えば、500 万円か

売主の留保価格	500 万円 - 買主の投資額
買主の留保価格	買主にとっての商品の価値 - 買主の投資額

ら買主の投資額を差し引いた額が、売主の留保価格になる（表 5）。

これに対して買主の留保価格は、自分にとっての商品の価値から投資額を差し引いた額が留保価格になる。たとえば、売主が 100 万円を投資したとしよう。この場合、たとえば 730 万円では売主は応じるインセンティブはない。なぜなら、730 万円で応じれば、買主の利益は $820 - 730 = 90$ 万円となる。それならば、契約交渉を決裂させて、売主から投資額の 100 万円の補償を受けた方がましである。より一般的に言えば、買主にとっての商品の価値から買主の投資額を差し引いた額が、売主の留保価格になる（表 5）。買主の投資額に応じた各人の留保価格は、各々、(500 万円, 700 万円) (投資額 0 の場合), (450 万円, 730 万円) (投資額 50 万円の場合), (400 万円, 720 万円) (投資額 100 万円の場合) となる。

さて、前節と同様に、売主・買主間の交渉力が完全に平等であるとすれば、売買価格は、買主のその投資額に応じて、600 万円, 590 万円, 560 万円となる。そして各々の場合、買主の得る利益は、 $700 - 600 = 100$ 万円, $780 - 590 - 50 = 140$ 万円, $820 - 560 - 100 = 160$ 万円となる。

以上のような交渉結果を予想した場合、買主はいくら投資するか？ 表 6 の通り 100 万円投資した場合が、一番利益が大きくなる。この状態は、社会的に最適な状態と比べると、明らかに過大

【表 6】

な投資である

（投資を 50 万円から 100 万円に増加させても余剰は 40

買主の投資額	売主の留保価格	買主の留保価格	売買価格	買主の利益
0	500	700	600	100
50	450	730	590	140
100	400	720	560	160

万円しか増加しない）。

一般的に、契約当事者が行った投資について、相手方が常に責任を負うというルールをとった場合には、社会的に最適な程度を上回る投資がなされる（過大投資）。買主の行う投資は、売買から生じる余剰を増やす可能性があるが、同時に当事者の留保価格に、ひいては売買価格に影響を与えるが、投資を行う当事者の投資の誘因を過剰にするような作用を持ってしまうのである。

（ 5 ） 本節のまとめ

本節で述べたことは、結論だけとりだしてみれば、何一つ新しいところはない。従来も、契約締結前になされた投資について、無条件で保護すべきだとも、およそいかなる場合も保護すべきではないとも説かれていたわけではない。しかし、契約不成立の場合の責任に

関するルールが、当事者の投資のレベルにどのように影響を与えるかは、正確には分析できていなかったのではないと思われる。

すなわち投資を一切保護しないルールが過小投資をもたらすのは、「契約が締結されなかったらどうしよう」という不安からではない。当事者が確実に契約が成立すると考えている場合であるにも関わらず過小投資が起きる。過小投資を引き起こす原因は、当事者の行った投資が、各人の留保価格に与える影響、さらにそれが売買価格、ひいては投資を行う当事者の得る利益に与える影響にあるのであって、契約成立の不確実性にあるのではない。

また投資を常に保護するルールが過大投資をもたらすのも、履行利益の賠償の場合のように、将来の不確実性といったことから生じるのではない。当事者が、確実に契約が成立すると考えている場合であるにも関わらず過大投資は起きる。これもやはり、当事者の行った投資が、各人の留保価格に与える影響、さらにそれが売買価格、ひいては投資を行う当事者の得る利益に与える影響が原因である。

以上の議論から、あるべきルールが作れるか？ 理論的には作れるかもしれない。しかし、裁判所の有する情報の制約の問題等を勘案すると、インセンティブを完全にコントロールするような最適なルールを作ることは、かなり困難に思われる¹⁵。

4 契約前の情報開示：情報の生産・取得のための投資

(1) 契約前の情報開示と情報収集のための投資

次に、やはり契約締結前の投資の一種であるが、少し異なった側面を考えよう。契約締結前に当事者はさまざまな情報を収集する。たとえば、土地を買うのであれば、その土地の利用方法であるとか、絵を買うのであればその真贋や価値等さまざまな情報を得るために投資を行う。企業買収を行うのであれば、その企業の行う事業の将来性等についての詳細な分析を行う。これらも契約に関連して、取引当事者が行う投資の一種である。前節で行われた投資との違いは、ここで問題としている情報収集活動は、契約交渉の始まる前にすでに行われるものであって、およそその費用について相手方に請求できるような筋合いのものではないということにある。

現在の法制度のもとで、このような情報収集活動によって得られた情報の利用が法的にどの程度保証されているかは、実ははっきりしない。相手方の無知につけ込んだ取引については一定の範囲で契約が無効とされたり取消されたりする危険がないわけではないからである。たとえば、自分の持っている絵が贋作であることを知って、真作と信じる相手方に売った場合や、相手の土地の地価に宝が埋まっていることを知って、それを隠したまま

¹⁵ なお Bebchuk and Ben-Shahar(2001)は、裁判所の有する情報の制約の問題等を踏まえつつ、契約前の投資の保護に関して中間的な解決をもたらすいくつかのルールについて、その長所・短所を詳細に検討している。

土地を取得したような場合、黙示の詐欺であるとか錯誤があったとかいった理屈で、契約の効力が争われる危険がある。このように開示しないことが契約の効力に影響する場合には、当事者の情報生産活動は法的に保護されていないことになる。これは、当事者の情報収集活動に対する抑止効果となる（情報をただ取りされることになる）。逆に、自己の得た情報を開示しない自由がある（その結果、情報の秘匿は契約の効力には影響を与えない）とすれば、そのような情報収集活動への投資は保護されることになる。いずれにせよ、契約当事者間に情報の偏在がある場合に、どこまで開示義務があるか（そして開示しない場合に何らかの法的効果が伴うか）という問題は、当事者の情報収集への投資に影響を与える可能性がある。

（２） 直感的な議論

一方当事者が取引前に重要な情報を秘匿していたケースの取り扱いに関するルールが当事者の情報収集活動に及ぼす影響に関する、最も素朴なとらえ方として次のようなものがある¹⁶。すなわち、特に努力することなく（費用なしに）手に入る情報と、コストをかけて得なくてはならない情報とを区別し、前者の場合には情報を開示させるべきである（つまりこういう情報は隠したまま契約すると後で取消されたりする）が、後者はそうではないとするものである。特に努力することなく（費用なしに）手に入る情報については、情報を開示させた状態で取引がなされ方が、その時点の取引として効率的な結果となり、また特に努力することなく手に入るという情報の性質から、開示が要求されても情報の過小生産になることはない。他方、コストをかけて得る情報については、開示を要求すると、そもそも情報収集のインセンティブを損ね、有益な情報が作り出されなくなってしまう。したがって情報開示を強制するべきではないというわけである。

情報開示を強制し情報の偏在をなくさせることのメリットと情報生産のインセンティブとのトレード・オフは、第２節でみた、債務不履行に関する救済ルールが、債務不履行時点での行動に与える効果とそれ以前の当事者の行動に与える効果との双方に影響を与えることにも似た関係であり（２－２）、このような視点それ自体が誤っているわけではない。しかし、上述の直感的には一見もっともな議論は、さらに検討する必要がある。というのは、情報開示を強制することが仮に当事者の情報収集インセンティブを損ねるとしても、それが社会的に見て非効率的なのかがきちんと分析されていないからである。売主が情報を得るには費用がかかるため、情報を収集・生産することは常に社会的に見て効率的であるとは限らない。売主によって収集・生産された情報が開示され、それが買主の適切な反応をもたらす、社会的利益を生むかもしれないが、もし情報収集・生産費用が、このような社会的な利益を上回るようであれば、そのような情報収集・生産は行われない方

¹⁶ この議論は、Kranman (1978)をやや単純化したものである。日本の新しい教科書でも、こういう発想に言及するものがある。四宮＝能見(2005)200 - 201 頁参照。

がよい。したがって法的ルールが、当事者から情報生産のインセンティブを不当に奪わないかという面のみならず、当事者に過剰なインセンティブを与えていないかもチェックする必要がある。結論から言うと、当事者の交渉力次第では、コストをかけて得る情報についても、無条件に保護を与えると、過剰な情報生産を行うインセンティブを与え、効率性を害するケースが生じる。

(3) 情報収集・生産活動によって売主のみが情報を得られる場合

本節及び次節では、情報生産にコストがかかる場合に、その情報を開示しなくてはならないか、秘匿したまま契約を締結することが許されるかというルールの違いが、当事者の情報生産活動にどのような影響を与え、ひいては効率性にどのような影響を与えるかを、少し立ち入って考えることにしよう¹⁷。以下では、売主ないし買主が情報を得ようと費用をかけて活動してはじめて情報が得られるケースを考える。情報を持つ売主ないし買主が、その情報を開示するか否かを選択できるルールと、得た情報を強制的に開示させるルールを考え、そのどちらが望ましいかを考える。また売主のみが潜在的に情報を得られるケースと、買主のみが潜在的に情報を得られるケースで場合を分けることにする。以下の設例においては、売主の方が交渉力があり（買主が競争的）、余剰を独占できることが仮定されており、売主ある買主のみが潜在的に情報を得られるケースという区別は、より性格には情報生産活動を行うのが余剰を独占できる当事者か否かという区別である。

【例】売主のみが潜在的に情報を得られるケース 売主は費用をかけることで、売買の目的物に関する情報を得ることができる。この情報は目的物の品質を正確に把握することを助け、品質に応じた適切な投資を可能にするため、社会的に有用なものである。買主は売主から情報を得られない限り、別途情報を取得することはできない。買主は競争的であり、情報生産によって得られる利益はすべて売主に帰属する。

以下の2つのルールを想定する。

ルール 1：売主は取得した情報を開示するか否かは自由である。

ルール 2：売主は情報を取得した場合には、その情報を開示しなくてはならない¹⁸

いずれのルールが効率的か？

この設例は、情報が生産され開示されて取引がなされた場合、情報生産活動を行う者が、情報生産から生じるすべての利益をとることができるという状況をモデル化しているもの

¹⁷ 以下の議論は、Shavell (1994)による。その内容は、藤田＝松村（2002）でも簡単に触れている。

¹⁸ 売主は、情報生産・収集活動を行った場合に、そのような活動を行っておらず、情報を保有していないかのように装うことはできないとする。言い換えると、ルール 2のもとでは情報生産・収集活動を行った以上、得た情報が自己に都合のいいものであれ、悪いものであれ、開示しなくてはならないことになる（情報生産・収集活動を行わなかった場合には、情報を取得していない以上、なんら開示義務はない）。

ルール 2のもとでは、情報生産・収集活動を行ったか否かについて隠すことができないというこの仮定は必ずしも現実的ではなく、このモデルの問題点の一つではある。

である．このようなケースであれば，情報を取得した売主が情報を開示するか否か選択できるとすると（ルール をとると），情報収集の誘因が社会的に見て効率的な水準よりも大きくなり，過剰な情報収集が行われる．売主が情報を取得した場合には都合の良い情報も悪い情報も強制的に開示させるとすれば（ルール ），この過剰な情報収集の誘因が抑制され経済効率性が改善する．その理由は以下の通りである．

ルール をとると，都合のよい情報を得た売主は情報を開示し高い値段で売るが，都合の悪い情報を得た売主は情報を開示しない．買主は情報を開示しない売主が，そもそも情報生産費用が高すぎて情報生産を断念した売主であるのか，都合の悪い情報を隠している売主なのか区別がつかないために，情報開示をしない売主の財の価格はその平均的な質であることを前提とした価格になる．仮に情報生産をする売主が増えると，情報開示をしない売主の中で，都合の悪い情報を隠している人の占める割合が増えるので，情報開示をしない売主の財の価格は低下することになる．

この場合，よい情報を得た場合には売主が得る利益は2つある．その情報が目的物の本来の価値をより正確に把握することを可能にすることで社会的利益を増大させる部分と，自分がよい情報を持っていない売主と区別されることから得られる利益（単なる価格移転）である．その結果，情報生産活動から得られる利益が，社会的な厚生を改善を上回ることになるので，過剰な情報生産の誘因が生まれる．

他方ルール をとって情報開示を強制すると，不利な情報も売主は開示しなければならなくなる．その結果，情報生産をしなかった者と悪い情報を持つ者が区別されるために，上述の所得移転効果が働かず，結果的に情報生産によって生み出される社会的な価値が情報生産費用を下回る者のみ情報を生産することになる．

（４） 情報収集・生産活動によって買主のみが情報を得られる場合

次に，買主のみが潜在的に情報を得られるケースを考えよう。

【例】買主のみが潜在的に情報を得られるケース

買主は費用をかけることで，売買の目的物に関する情報を得ることができる．この情報は目的物の品質を正確に把握することを助け，品質に応じた適切な投資を可能にするため，社会的に有用なものである．売主は買主から情報を得られない限り，別途情報を取得することはできない．買主は競争的であり，情報生産によって得られる利益はすべて売主に帰属する．

以下の2つのルールを想定する．

ルール ：買主は取得した情報を開示するか否かは自由である

ルール ：買主は情報を取得した場合には，その情報を開示しなくてはならない

いずれのルールが効率的か？

この設例は，情報が生産され開示されて取引がなされた場合，情報生産活動を行う者が，情報生産から生じるすべての利益をまったくとることができない（相手方がとってしまう）

という状況をモデル化しているものである。

このケースでは、ルール をとり情報開示を強制すると、情報収集の努力が過小になってしまう。というのは、ルール をとると、情報収集・生産活動を行う限り、買主にとって都合のよい情報も悪い情報も強制的に開示しなくてはならない。買主は競争的であるために、情報収集・生産によって社会的な価値が生み出されるとしても、それは価格の上昇を通じて売主に帰属してしまうことになる。したがって、ルール をとると、情報生産の結果得られる社会的な価値を買主は得られないので、情報生産の誘因が過小になってしまう。したがって、買主の情報を強制的に開示させるのは必ずしも効率的であるとは限らない。

それならば、ルール をとるほうがよいかというと、それは一概にいけない。この場合、必ずしも社会的価値があるとは言えない情報生産活動が行われてしまう可能性もあるからである。

(5) 2つのモデルのまとめ

(3) , (4) で見た2つのモデルから得られた結果を、抽象化し整理し直すと以下のようになる。

(1)情報収集・生産活動の結果取得した情報について開示が強制されない場合、情報収集・生産の誘因は過剰になる可能性がある。情報を収集生産することで得られる利益には、社会的利益のみならず利益移転効果によってもたらされるものもあるためである。

(2)特に、情報収集・生産の社会的な利益が全て情報生産者に帰属する場合には(上記(3) のようなケース)、情報収集・生産の誘因が必ず過剰になる。この場合、情報開示を強制することによって情報生産の誘因を抑制するのが望ましい。

(3)情報収集・生産の社会的な利益の一部しか情報生産者に帰属しない場合には、情報収集・生産の誘因は、過小になる可能性も過剰になる可能性もある。どちらになるのかは情報生産の社会的利益の大きさに依存し、これが相対的に大きい場合には情報開示を強制しない方が効率的である可能性が高くなる。

(4)問題の情報に社会的価値がないとすれば、そのような情報収集・生産はされないのが効率的である。情報収集・生産の誘因が過小になることは考えなくてよいので、常に情報開示を強制することが効率的となる。

以上のように情報収集・生産に費用がかかるケースにおいて、情報を有する主体にその情報の開示を強制するルールが望ましいか否かは、情報・収集生産の利益がいずれの当事者にどう帰属するか(いずれの当事者の方がより競争的な環境に置かれているか)、当該情報の収集・生産に社会的価値があるか、それがどの程度大きなものかということに依存するということになる。

(6) 本節のまとめ

このように 4 - 1 で見たような、コストを払ってはじめて得られるような種類の情報であるか否かということだけでは、当然に保護に値するか否かが決まるわけではない。情報収集・生産のコストがそれによって得られる社会的利益を上回らないにもかかわらずこれをするによって利益を得る可能性があれば、当事者はそういう情報生産・収集を行う可能性があるが、これは望ましい結果ではない。そしてそういったことが起きる状況というのは現実にもいろいろ存在しそうである。これも、一見もっともらしく思われた直感的な議論が、厳密な分析には耐えられない一例である。

ただ、それならばどのような形でルールを設計すればよいとなると、なかなか明確な指針は得られない。「情報生産の社会的価値がない場合 / ある場合」といった場合分けは、経済学のモデルではともかく、そのまま裁判規範としては用いることはできないであろう。裁判所にはそういうことを判断する情報も能力もないのが通常である。さらにこれらのモデルでは捨象した、虚偽の情報の開示や情報の隠匿に対するサンクションがいかにしてエンフォースされるかという問題もある。このため、本節で見たモデルだけからは、あるべきルールの結論は簡単には導けないし、現在の法的ルール（判例法等）の評価も簡単にはできない。

むすび

本稿では、取引当事者の契約に関連する投資の大きさを適切にコントロールするためにどのようなルールが望ましいかということを、さまざまな局面について検討した。いずれについても、まず、最初に直感的な議論——法学者によってともすれば法と経済学の典型的な議論として認識されがちなタイプの議論——を掲げて、それらが実は正確ではないことを示し、さらについでもう少しきちんとモデルを示した（もっとも、後者も通常の経済学の基準からすれば、モデルとしては、あまりにもインフォーマルに過ぎるものである）。

ここで紹介した「直感的な議論」のようなタイプの議論は、過去において盛んに法学者によって主張されたような内容である。そういったものは、後によりきちんとしたモデルによって淘汰されていった。現在もインフォーマルな直感的な議論は時折出てくるが、すぐにきちんとした分析で取って代わられる。そこまでは、起こるべきことが起こっているといっていよい¹⁹。

¹⁹ もっとも我が国では、いまだに「直感的議論」の次元の議論とそれに対する伝統的法律学からの批判というレベルでのやりとりに終始しているのが現状のように思われる。

しかし、本稿で紹介した状況は、学問の進歩についての明るいストーリーではない。むしろ契約法の法と経済学の抱えるより一般的な問題点を示唆するもののように思われる。すなわち、より精緻なモデルによって、「直感的な議論」の誤りを攻撃することはたやすいのであるが（またその内容も正しいのであるが）、そのような精緻なモデルにおいて決め手となっている変数（determinants）は、しばしば法的ルールに含まれる変数と大きく異なっている。そこでの場合分けに用いられる変数（各モデルの仮定の部分に含まれていることが多い）として、たとえば「私的情報（当事者の一方だけが知っている情報）がある場合」「当事者の留保価格」「社会的費用が大きい場合」といったものが、しばしばあらわれるが、こういったものは契約法の定める要件にはあまり反映していないし、そもそも原理的に裁判において反映させることが可能かどうかもわからないような性格のものである。その結果、法的ルールに関する精密なモデルは、現在の法的ルールに対する賛成にも反対にもならず、またあるべきルール設計を導くための指針にもなっていないことが多い。

そういう状況をどう見るかは人によって違うであろう。一つだけはっきりしているのは、ルールの経済分析する以上は、過去に見られたような直感的な議論に戻ることはできない（また戻るべきではない）ということである。経済学的な論理として誤っているあるいは不正確なようでは、そもそも話にならないからである。その先がどうあるべきかは、よく分からない。伝統的な法律学からの反応として、だからやはり「法と経済学」は、役に立たないといったものがあるかも知れない。他方、立法論・解釈論には直ちに結びつかないモデル分析それ自体にも価値があるという観点から、さらにいろいろな状況を分析する精緻なモデルを淡々と積み重ねていくという作業に従事する人もいるかも知れない（経済学者による最適契約の分析は、おおむねこういう性格とあってよい）。最後に、「法と経済学」の進化のあり得る方向性として、契約の経済分析（本稿で紹介したようなモデル）とルール・メイキングの経済分析（裁判所の情報制約や訴訟に関わるさまざまな費用等といった要素を含む、ルールの運用可能性をも加味した制度設計論）とを融合させることを目指す者もあるかもしれない。内容的に一番難しい上に、現段階では成果も保証されていないため、このような研究プロジェクトに投資するインセンティブは、明らかに過小になりそうであるが。

【参考文献】

- Barton, John H., 1972, The Economic Basis of Damage for Breach of Contract, *Journal of Legal Studies* 1: 227-304
- Bebchuk, Lucian Arye and Omri Ben-Shahar, 2001, Precontractual Reliance, *Journal of Legal Studies* 30: 423-457
- Birmingham, Robert L., 1970, Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency, *Rutgers Law Review* 24: 273-292

- Che, Yeon-Koo and Tai-Yeong Chung, 1999, Contract Damages and Cooperative Investment, *Rand Journal of Economics* 30:84-1-5
- Craswell, Richard, 1988, Contract Remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach, *Southern California Law Review* 61:629-670
- Edlin, Aaron S., 1996, Cadillac Contracts and Up-front Payments: Efficient Investment Under Expectation Damages, *Journal of Law, Economics and Organization* 12:98-118
- Goetz, Charles J. and Robert E. Scott, 1980, Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract, *Yale L. J.* 89: 1261-1322
- Konakayama Akira, Toshihide Mitsui and Shinichi Watanabe, 1986, Efficient Contracting with Reliance and a Damage Measure, *Rand Journal of Economics* 17: 450-457
- Kronman, Anthony T.(1978), Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts, *Journal of Legal Studies* 7: 1-34
- Posner, Eric A., 2003, Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure, *Yale Law Journal* 112: 829-880
- Rogerson, William P., 1984, Efficient Reliance and the Damage Measures for Breach of Contract, *Rand Journal of Economics* 15: 39-53
- Shavell, Steven, 1980, Damage Measures for Breach of Contract, *Bell Journal of Economics* 11: 466-490
- Shavell, Steven, 1984, The Design of Contracts and Remedy for Breach, *Quarterly Journal of Economics* 99: 121-148
- Shavell, Steven (1994), Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale , *Rand Journal of Economics* 25: 20-36
- 内田貴 , 1990 , 『契約の再生』(弘文堂)
- 小林秀之 = 神田秀樹 , 1986 , 『「法と経済学」入門』(弘文堂)
- 四宮和夫 = 能見善久 , 2005 , 『民法総則 (第 7 版)』(弘文堂)
- 樋口範雄 , 1984 , 「契約を破る自由について」*アメリカ法* 1983-2 , 217-214 頁
- 藤田友敬 = 松村敏弘 , 2002 , 「取引前の情報開示」*北大法学論集* 52 卷 6 号 2112-2081 頁