

社会規範の法と経済

—— その理論的展望 ——

藤田友敬
松村敏弘

はじめに

I 社会規範の経済的構造

- 1 社会規範に従う誘因
- 2 社会規範の遵守による主観的な利益
- 3 長期的な利益：無限繰り返しゲームによる説明
- 4 社会規範の遵守と情報：シグナリングによる説明
- 5 長期的利益とシグナリングの組み合わせによる説明
- 6 小括

II 社会規範の形成・定着・変化

- 1 問題の所在
- 2 pure coordination game
- 3 コミュニケーション
- 4 進化に伴う収束先
- 5 不可逆性と社会規範の安定性
- 6 小括

III 社会規範と法

- 1 問題の所在
- 2 非効率的な社会規範と法の役割
 - (1) 総説
 - (2) 単純な第三者効果
 - (3) 過剰なシグナリング
 - (4) 非効率な均衡の定着

- 3 社会規範と契約の解釈
 - (1) 問題の所在
 - (2) “Incorporation Strategy”のコストとベネフィット
 - (3) Bernstein の“Incorporation Strategy”批判
 - 4 法と選好形成
- IV むすび：今後の研究のためのアジェンダ

はじめに

本稿では、社会規範を経済学のツールによって分析する基本的な手法について紹介し、またそれを前提に社会規範と法制度との関係がどのような角度から議論され得るかについての概観を行うものである。近年、経済学の理論において、慣習や社会規範の理論的な分析が盛んになされており、社会規範の形成・定着・変化のモデルも数多く作られている。本稿はこういった動きの一端を紹介することも行うと同時に、法制度と社会規範との関係についても考察するものである。

本稿の記述は以下の順でなされる。まず I において、社会規範に経済主体が従うという現象が、経済学的な観点からどのように説明できるかということに関するいくつかの基本的なモデルを示す。続いて、II においては、特定の社会規範の生成・持続・変化のメカニズムについて検討する。最後に、IIIでは、社会規範と法の関係——法はそのルールの中に社会規範を取り込むべきか、法による社会規範のコントロールが必要か等といった問題——について若干の考察を行う。

本稿の3つの章立ては、従来独立に発展してきた3つの研究の系譜に対応している。I は、比較的伝統的な経済学の道具（情報の経済学やゲーム理論）をそのまま適用できる応用的な研究（アプリケーション）の一場面として社会規範を分析するものであって、これまでもさまざまな個別研究が積み重ねられてきたものである。これに対してIIで扱われる内容は、近時特に注目を集めている分野であるが、進化ゲーム等の新たな道具をも積極的に用い、新たな枠組みが模索されている領域である（たとえば、松井（2002）参照。自律的な秩序（spontaneous order）の発生に関する古典的な業績としては、Sugden（1986）、Sugden（1989）参照）。また、この系譜は同時に制度の形成や変化を扱う研究（た

たとえば North (1990)。より最近のものとして、Aoki (2001 参照) とともに密接に関連する。以上がいずれも経済学の領域での議論であるのに対して⁽¹⁾、Ⅲの内容は、主として〔法と経済学〕の学派に属する) 法学者によって研究が進められているものである⁽²⁾。このような独立に発展してきた系譜の研究の成果を総合的に概観するのが本稿の特色である。

本論に入る前に本稿の考察の範囲と限界について断っておこう。社会規範の分析の手法にはさまざまなものがありうる。本稿で用いるのは、いわゆるマイクロ経済学、それも比較的伝統的な手法(ゲーム理論や情報の経済学)による分析である。他の分析手法としては、たとえば社会学的な方法、社会心理学的な方法があり、また経済学の分野でも、合理的選択を前提としない行動経済学 (behavioral economics) や進化ゲームの理論を用いた分析があるが、本稿ではあまり取り上げていない(ただしⅡ4 参照)。本稿がこれらの手法を用いないのは、これらの手法による分析は意味がないとか、劣っているとか主張する趣旨ではない。むしろ社会規範の構造や機能を解明するためには、さまざまな手法を用いた総合的な分析が必要であると考えている。伝統的な経済学の手法に終始することで、それによって何が分析でき、何が分析できないかを裏から明らかにすることも、本稿の目的の一つといってもよい。

***慣習と社会規範** 本稿では社会規範を慣習と厳密に区別せず、社会の構成員の多くが意識的に従う行動パターンという意味で用いる。この定義の仕方については異論がありうる⁽³⁾。社会規範という場合には、社会の構成員の多くが意識的に従う行動パターンということに加えて、人々がそれをあるべきもの、従うべきものとして受け容れている⁽⁴⁾という要素を要求することが多いからである⁽⁵⁾。

「従うべきものとして受け容れている」という要素を社会規範の定義に含める場合、人々が社会規範に従う一つの理由は、社会規範に従うこと自体がその人の効用を高めることになるということになりやすい(これは「社会規範の内面化」と表現されることがある)。Ⅰ2で説明するような理由から本稿では、こういう説明の仕方はできる限り避けている(ただし、Ⅲ4で若干触れる「法が個人の選好に与える影響」を考える場合には、この視点は無視できない)。社会規範のこういう側面はもちろん重要ではあるが、このような説明の仕方に安易に流れることは、説明すべきものを説明しないで済ませることにつながることに、またこのような側面を分析するとすればむしろ経済学以外の分析手法によった方がより建設的

であろうと思われるからである⁽⁶⁾。

- (1) もっとも I, II に関わるすべての文献が経済学者によって書かれているというわけではない。たとえば、「法と経済学」からみた社会規範の研究として、わが国における現在のところ最新かつ包括的な業績である飯田 (2004) は、本稿の章立てで言えば、主として I, II の問題を扱っている。
- (2) 社会規範は 1990 年代後半以降、アメリカの「法と経済学」において、最も多くの議論がなされたトピックとあってよい。紹介として、川浜 (1999) 220 頁以下参照。また法学関係の雑誌において組まれた社会規範に関する特集として以下のようなものがある (ただし厳密に「法と経済学」の手法によるものだけに限定していない)。Symposium: The Informal Economy, Yale Law Journal 103: 2119 (1994); Special Issue on Mediation Institutions, University of Chicago Law Review 61: 1213 (1994); Symposium: Law, Economics & Norms, University of Pennsylvania Law Review 144: 1643 (1996); Symposium: Social Norms, Social Meaning, and the Economic Analysis of Law, Journal of Legal Studies 27: 537 (1998); Symposium: The Nature and Sources, Formal and Informal, of Law, Cornell Law Review 82: 947 (1997); Symposium: Law and Society & Law and Economics, Wisconsin Law Review 1997: 375.
- (3) 社会規範をめぐる定義の仕方については、Cooter (2000), pp. 586-587, 飯田 (2004) 60 頁参照。
- (4) なお、ここで「受け入れている」という場合にもそれほど強度の確信を要求しているわけではない。法律学において、商慣習法と事実たる慣習の区別の際に持ち出される、「法的確信が加わる場合」(大隅 (1978) 75 頁) という基準よりは明らかにハードルが低い。
- (5) Cooter (1998)。これに対して、Posner (2000) は、社会規範を「自分がよいタイプに属することを示すシグナルを人々が使うとき、均衡で生じる行動の規則性をいう」と定義する。シグナリング・モデルにこだわっている点を除くと、社会規範を外形的な行動の規則性ととらえていることが分かる。
- (6) なお経済学では常に慣習と社会規範を同義で用いるというわけでもない。松井(2002)は、規範という言葉の中に価値観・倫理観を読み込んでいる。ただし、そこでは規範を慣習を支える力としてとらえ、社会規範とは同一次元では扱っていないし、規範そのものについての固有の分析がなされているわけでもない。

I 社会規範の経済的構造

1 社会規範に従う誘因

慣習・社会規範を分析する上で、最初に考えなければならないことは「人々がなぜその社会規範に従うのか？」という点である。法的なサンクションが期

待されるルールとは異なり、社会規範は仮にそれに従わなくても直接的に法的なペナルティーがかかるわけではない。したがって、社会規範が守られているのは、それに従うことに人々が何らかの利益を有しているはずだからである。短期的にも明らかな経済的な利益がある社会規範もないわけではないが⁽⁷⁾、多くのケースはそうではない。社会規範が少なくとも短期的には当事者に誰の目から見ても明らかな利益を与えていないとき、それにもかかわらず、この社会規範が遵守されるのはなぜか？ 経済学の議論で、この点の説明の仕方として典型的に考えられるものとして、以下ものがある⁽⁸⁾。

- (1) 社会規範を守ることに（分析者にはわからない）主観的な利益があるから従う。
- (2) 社会規範を守ることによって短期的に不利益を被っても、長期的には利益となるから従う。
- (3) 社会規範を守ることによってある種のシグナルを送り、情報を伝達し、その結果、他の取引で利益を得られるから従う。

以下、これらの3つの説明について敷衍して説明することとしたい。

2 社会規範の遵守による主観的な利益

まず、「人々は社会規範を守ることに（分析者にはわからない）主観的な利益があるから従っている」という説明の仕方である。より経済学的な言い方で表現すると、その人間は、「ルールの遵守」によって効用が得られるような効用関数を持つということになる。

なお「主観的な利益があるから従っている」という説明も、厳密にはさらに2つに分かれる。一つは、たまたま多くの人の主観的な利益に共通性があり、その結果、多くの人が喜んで自発的にする事が現象として「社会規範」になっているという説明である。例をいくつかあげよう。「人に物を贈るときには現金ではなく品物を贈る」という社会規範になぜ人々が従うのかという問いに対して、「その人がどんな品物を喜ぶのかを考えながら贈り物を選ぶのが楽しいのが普通だから」と答えるのはこの典型例である。「米国では契約を履行するよりも違約金を払った方が損害が少ない場合は、普通契約は履行せず違約金を支払うことを選ぶが、日本では多少の損失を被っても可能であれば契約を履行する」

という社会規範があるとして（本当にそうなのか否かはここでは立ち入らない）、なぜ日米でこのような社会規範の差があるのかという問いに対して、「日本人は契約をきちんと履行することに主観的な利益を感じるから」と解答するのも同様である。

いま1つは「社会規範に従うこと自体がうれしい、社会規範からはずれたことをすること自体に不効用を感じる」という説明である。先に述べた説明との違いは、問題の行為それ自体は本来行為者にとって必ずしも快いわけではないが、その行為に「社会規範」というレッテルが貼られると、その行為を行うことで効用が得られるという点にある。比喩的に言えば、前者は、「（多くの人が）好きな行為が社会規範となる」という話であるのに対して、後者は、「社会規範になることで、ある行為を人々が好きになる」という話である。

現実には、このような「行為者にとって主観的な利益があるから従っている」（上述のようにそれにも二様の意味がありうるが）という理由で社会規範が守られているケースは少なくないと思われる。またこのような理由を持ち出さないと説明できないような社会規範も確かに存在すると思われる。しかし、このような説明の仕方の最大の問題点は次の点にある。すなわち、この理由を挙げれば、原理的には社会規範に従っているすべての現象を説明できることになってしまうが、このことは同時に「何でも事後的に説明できてしまう」ということであるから、社会状況が変化したときに何が起るのかという点に対する予想可能性を全く持たない説明でもある⁽⁹⁾。そういう意味ではこの説明は、「なぜ人は社会規範に従うのか」という問いに対する最も安直な解答であるともいえる。このため本稿では、以下で考えるような「他の説明」の可能性をぎりぎりまで探ることを優先することにする⁽¹⁰⁾。

*** 規範の内面化に関する研究** 上では、「社会規範を守ることが快いから」という理由を持ち出すと、どのような社会規範でも説明できてしまい、結局何の説明にもならないと述べた。しかし、社会規範を遵守すること自体が主観的利益をもたらすような状況・条件が特定できたり、その構造が明らかにできたりするとすれば、また話は別である。社会規範の定義に「従うべきものとして受入れている」という要素を持ち込む立場（「はじめに」参照）は、このような「規範の内面化」のプロセスを分析する方向につながりやすい（そのような試みとして、たとえば Cooter (1998), Cooter (2000) 参照）。ただ、そのような分析を行うた

めには経済学の道具によるよりは、むしろ社会心理学等の手法による方がより建設的な研究が可能であるように思われる。なお以上に関して、飯田（2004）63頁以下も参照。

***「規範の遵守」を内生変数として持つモデル** なお経済学の文献において規範の遵守によって効用が得られるというモデルを使った分析がないというわけではない（たとえばBernheim(1994)）。ただそれらは、「どうして規範の遵守が人々の効用を高めるか?」、「どういう状況で規範の遵守が効用を高めるか?」という問いを分析するものではなくて、人々の効用が（部分的には）規範の遵守それ自体によって高められるという仮定をおくと、どのような均衡が達成されるかといったタイプの分析であることが多い。

3 長期的な利益：無限繰り返しゲームによる説明

次に、「社会規範を守ることによって短期的に不利益を被っても、長期的には利益となるから従う」といった理由で社会規範が守られるシナリオを考えてみよう。たとえば関東と東北に企業が1社ずつあって、それぞれの地元の市場に相互参入しようと思えばできるのであるが、この業界には、お互いに相手の地元の市場には進出しないという暗黙の社会規範があったとしよう。関東の企業が社会規範を破り、密かに東北で値引き攻勢をかけてこの市場を奪えば短期的には利益を増やすことができる。しかし長期的には、東北の企業の反撃で逆に関東の市場で競争が激しくなり長期的には利益を失うかもしれない。この長期的な利益を重視するために、上記のような社会規範が維持されるというストーリーがありうる。これは非常に単純に見えるストーリーであるが、経済学でこの種のストーリーを分析する場合に、「無限繰り返しゲーム」という分析道具がよく用いられる。そこで以下これを簡単に紹介しておこう。

無限繰り返しゲームの基本的なモデル 今期、企業1と企業2が、それぞれ①（社会規範に従って）ライバルの市場を侵さない（行動C）か、あるいは②（社会規範を破って）ライバルの市場に進出するか（行動D）を選ぶとする。今期の利益（利得）は、両企業が行動Cをとるときにはそれぞれ10、両企業が行動Dをとるときには競争が激しくなってそれぞれ1であるとする。また企業1のみが行動Dをとるときには企業1の利得は11、企業2の利得は0、企業2のみが行動Dをとるときに企業1の利得は0、企業2の利得は11であるとす

る⁽¹¹⁾。

以上のような仮定のもと、もし来期以降も同じ状況が無限に続くとする。企業 i の t 期における利得を $U_i(t)$ ($i = 1, 2, t = 0, 1, 2, \dots$) とすると、企業 i がこのゲーム全体で得る利得は

$$\sum_{t=0}^{\infty} \delta^t U_i(t) = U_i(0) + \delta U_i(1) + \delta^2 U_i(2) + \dots \quad (1)$$

となる。

ここで δ は割引因子と呼ばれているもので、今期と1期先の利益の相対的な重要性を表している。 δ が1に十分近いということは、来期の利益は今期の利益と同じぐらい重要であることを表わしており、逆にこれがゼロに近いということは（現在の利益に比べ）将来の利益の重要性がほとんど無視できるほど小さいことを表わしている。

さて、ここで企業1と企業2がそれぞれ、

(a)まず最初の期には行動Cをとり、(b)次の期以降は、前の期まで両企業が行動Cをとり続けたときのみ行動Cをとるという行動パターン（ゲーム理論では「戦略」と呼ぶ）をとったとしよう。

このとき、各企業が永久に行動Cをとり続け、その結果永久に每期10の利益を得ることの利得は、(1)式から、

$$10 + 10\delta + 10\delta^2 + 10\delta^3 + \dots = 10(1 + \delta + \delta^2 + \delta^3 + \dots) = \frac{10}{1-\delta} \quad (2)$$

各企業が今期行動Dをとって1期だけ11の利益を得るがその後永久に利益が1に下がってしまう状況での利得は、やはり(1)から、

$$11 + \delta + \delta^2 + \delta^3 + \dots = 11 + \delta(1 + \delta + \delta^2 + \delta^3 + \dots) = 11 + \frac{\delta}{1-\delta} \quad (3)$$

となる。

各企業が行動Cをとり続けることが長期的利益となるのは、(2)が(3)以上になる場合であるから、

$$\frac{10}{1-\delta} \geq 11 + \frac{\delta}{1-\delta}$$

が満たされる場合である。この不等式を δ について解けば、

$$\delta \geq 1/10$$

を得る。したがって δ が $1/10$ よりも大きければ、各当事者は行動Cをとる(社会規範を守って協調する)という行動は、短期的にはより大きな利潤をあげる機会を放棄することになるが、長期的にはより大きな利益につながり、したがって各企業は社会規範を守る誘因を持つことになる。このようにお互いに協調するという社会規範が遵守されているという状況は、無限繰り返しゲームにおけるひとつの均衡として理解することができる⁽¹²⁾。

***他の均衡の可能性** ここで示したのは、割引因子がある程度大きければ「お互いに相手の領分を侵さない」という社会規範が守られる可能性がある(このような均衡がありうる)ということであって、この社会規範が当然に生まれることを示したことにはならないということに注意されたい。実は、企業1と企業2がお互いに最初の期からずっと行動Dをとり続ける、という状態もこのゲームにおける均衡となっている。これは、ライバルが協調しようという気が全くないと思えば自分も協調する誘因を全く持たず、激しい競争がずっと続く状況が維持されることもあり得るということを意味する。このように、ゲームには複数の解(均衡)が存在することもありうる。その場合において、「お互いに相手の領分を侵さない」という社会規範(均衡)が維持されるのか、競争が維持されるような社会規範(均衡)ができあがって維持されるのか、という問題が残ることになる。複数の維持可能な社会規範のうちどのようなものが生き残るのかという問題は次節の課題であるので、そこで再度議論することとする。

***割引因子の解釈** ここで、この割引因子の解釈について簡単に議論しておきたい。 δ は基本的に実質利子率でできると思われるかもしれない。そうだとすると1期間の実質利子率を r とすれば $\delta = 1/(1+r)$ ということになる。例えば戦後の日本を考えると、一時的な混乱期を除けば実質利子率は年率で0%からせいぜい数パーセントであり、したがって、この解釈に従えば、(今期と来期の間の間隔が1年以下と考えれば)かなり1に近いといえる。それではたいていの現実的な問題では割引因子はかなり1に近く、カルテルは常

に維持可能である、と考えるのは正しくない。割引因子に影響を与える要因は実質利子率だけではないからである。例えば割引因子を、企業1と企業2が次の期まで存続し(あるいは市場が次の期まで存続し)今期と同じ状況が来期も続く確率ととらえることもできる。この場合仮に実質利子率がゼロであったとしても割引因子は十分に小さな物となる可能性がある。例えば、次の期に、突出した競争力を持つ企業3が市場に参入し企業1と企業2を駆逐する確率が q であるとする $\delta = 1 - q$ ということになる。原理的にはこれが十分に1に近いこともゼロに近いこともあり得るのである。この解釈に従うと、「無限繰り返しゲーム」という言葉は多少ミスリーディングかもしれない。来期までゲームが続く確率が $\delta (< 1)$ 、2期先まで続く確率が δ^2 、T期先まで続く確率は δ^T と考えていけば、十分大きなTについて δ^T は十分にゼロに近づく。無限繰り返しゲームというのは、確率1でずっとゲームが繰り返されるという非現実的な状況を仮定しているわけではなく、今期までゲームが続いたとしたら次の期まで続く確率は δ だけある、という状況を記述しているのにすぎないと言えるからである。

また δ の別の解釈としては、 δ はプレイヤー(この場合は企業1と企業2)の近視眼の程度を表していると考えられることもできる。株価は将来の収益の割引現在価値で決まるが、株主のtime horizonは無限大であったとしても、実際に企業を経営する経営者のtime horizonが無限大であるとは限らない。経営者は自分がその職にとどまっていなくてもいい将来における利益よりも現在の利益をより重要視するかもしれない。この場合にも割引因子は十分に小さくなりえる。したがって、特定の社会規範が維持されるメカニズムが、この「無限繰り返しゲーム」で常に説明できるわけではないのである。社会規範によってはこの δ が十分に小さいこともありえるので、ここの社会規範を分析する際には今あげたような要因を慎重に考慮する必要がある。

さて、社会規範が守られる理由が長期的な利益のためであるとする δ と、社会規範が守られるのは将来がある程度重要であるから、つまり δ がある程度大きいからである。逆にいうと δ がこれ以上小さくなると社会規範が維持できなくなるという、社会規範を維持するために最小限必要な δ が存在することになる。このような δ の最小値は、社会規範を維持する容易さの指標になりうる。この δ の最小値が小さければ小さいほど、実際の δ が小さくても社会規範が維持されるわけだから、これは社会規範をより維持しやすいことを意味している。この δ の最小値は様々な要因によって決まってくるが、基本的には「社会規範

に従わなかったときの短期的な利益の増加」と、「社会規範に従わなかったときの長期的な利益の減少」の2つの要因によって決まってくる。前者が小さいほど、後者が大きいほど社会規範は維持しやすくなる。実際にどんなときに社会規範が維持しやすいのかは、個別の社会規範ごとに精査する必要がある。上述の例のような単純な市場分割については、産業組織と呼ばれる分野の研究で大きな蓄積がある⁽¹³⁾。そこで明らかになってきた一般的な傾向（常にそうなることまではいえないが、そうなることが多いという意味での傾向）を簡単に紹介しておこう。

単純なカルテルの場合、参加者が増えるほどカルテルを維持しにくくなる。市場分割した場合の一社あたりのお互いの利益が小さくなり、カルテル破りをする誘因が増えるからである。ただし、構成員が増えるほど従わない者に罰を与える力が強くなり逆に構成員が多いほどカルテルが安定的になる可能性もある。構成員の間の格差もカルテルの維持を難しくする傾向がある。企業間が対称的（格差がない）であれば、企業1がカルテルを守る誘因があれば必然的に企業2も守る誘因があるので、満たすべき制約を1つだけ考えればすむことになる。逆に企業1と企業2の間に規模や生産性の格差があると、カルテルを維持するには両者にカルテル破りをする誘因を与えないようにしなければならない。2つの制約を同時に満たすことは一般に1つの制約を満たすよりも難しいので、企業間の格差は、カルテルの維持を難しくする傾向がある。企業間に差異がある（格差ではなく対称的な差異）ケースと同質的なケースでは一般的な傾向は全く知られていない。例えば差別化された財を生産している企業間のカルテルと同質的な財を生産している企業間のカルテル、あるいは地理的に集積した企業間のカルテルと分散している企業間のカルテルでどちらがカルテルを維持しやすいかは完全に個別の事情に依存している。以上は直接的にはカルテルの維持の容易さに関する議論であるが、「カルテル」を「社会規範」に置き換えれば、社会規範の維持のされやすさということにもそのまま応用できる議論である。まとめると、社会規範の維持のしやすさを考える際には、社会規範を維持する集団の大きさ、集団の構成員の間の同質性が重要なポイントとなるということになる。

4 社会規範の遵守と情報：シグナリングによる説明

最後に「(コストを負担して) 社会規範を守ることによってある種のシグナルを送り、情報を伝達し、その結果、他の取引で利益を得られることになるから社会規範に従う」という説明(シグナリングによる説明)についても議論しておこう。情報の非対称性がある状況で、情報の非保有者に対して、情報の保有者が自分の行動を通じて間接的に情報を伝える現象をシグナリングという。情報を伝えるという点でよく似た問題に情報開示(disclosure)の問題があるが、これは直接相手に情報を伝えることが可能である状況で、それを伝えるのか隠すのか、あるいはいかにして伝えさせるかといった問題である。例えば自分が経済学の博士号を持っているというのは相手に学位記を見せればすむことで、間接的な行動で伝える必要はない。したがって情報開示だけが問題となる。しかし、たとえば経済学の素養があるかどうか、という情報はこれほど簡単には伝えられない。博士号を持っていても素養のない人、持っていなくても素養のある人もいるからである。このように自分の持っている情報を直接には相手に伝えられない状況で、自分のとった行動から相手に合理的に推論させる行動をシグナリングという。

***シグナリングの例** シグナリングについて、零細企業の経営者が会社の借りに対して個人保証をすることが、その経営する企業が優良な借り手であることのシグナルとしてはたらく例で説明しよう。潜在的な借り手企業が投資プロジェクトを持っている。そのプロジェクトの質によって借り手は2つのタイプに分けられるとする。タイプ1の借り手企業は5億円投資すると一定期間後の収入が確率0.1で0円、確率0.9で7億円になるプロジェクトをもっている。タイプ2の借り手企業は5億円投資すると一定期間後の収入が確率0.9で0円、0.1で25億円になるプロジェクトをもっている。潜在的な借り手企業のうち、タイプ1である割合は q 、タイプ2である割合は $1-q$ である。貸し手には借り手企業がタイプ1なのかタイプ2なのかかわからないとすると、タイプ1とタイプ2の利率を変えることはできない。仮に $q=0.5$ だったとしよう。返済される確率は $0.5(0.9 \times 0.5 + 0.1 \times 0.5)$ なので、貸し手が仮に危険中立的だったとしても100%以上の利率がつけられなければ資金を貸さないことになる。しかし、利率が40%を越えるとタイプ1の借り手は資金調達を断念することになるので結局市場にはリスクの高い借り手企業だけが残るか、あるいはそもそも借入れ市場がなくなってしまうことになる(このように、情報の非対称性があ

る市場で優良な者が市場から退出し、質の悪い者だけが生き残る現象を逆淘汰という)。

さてこのときに借り手企業の経営者が個人資産として1億円の市場価値のある家屋敷を持っていたとしよう。この経営者にとって、主観的にはこの家屋敷を保有し続けることに3億円の価値があり、この家を売却したくないと思っている⁽¹⁴⁾。さて貸し手が、この借り手企業がタイプ1であると確実にわかっているとす。貸し手はこの借り手から担保として家屋敷を抵当に入れることを要求するであろうか？ 貸し手がこれを担保に取れば、仮にプロジェクトが失敗したとしても1億円回収できるので、当然に貸し手は担保を取る、と考えるのは経済学的に考えて誤りである。仮に担保を取られなければ、確率0.1で経営者は主観的に3億円の価値のある物をとられないですむことになる。とすると、借り手企業は、担保を取らない契約に対して(成功したときに払う)利子を1/3億円余分に払ってでも担保なしの契約を選ぶはずである。貸し手にとっては担保が取れない代わりに成功時の利払いが1/9億円増えれば期待回収額は同じになるので、貸し手と借り手の交渉の結果、担保を取らない契約が結ばれるはずである。この場合、借り手と貸し手の交渉力によって、利払いの増加が1/9億円に近くなるか1/3億円に近くなるのかは変わるが、交渉力の大きさと無関係に担保を取らない契約が結ばれることになるはずである⁽¹⁵⁾。

これに対して、情報の非対称性のある世界だとどのようになるか？ 貸し手は借り手企業のタイプを知らない。このときタイプ1の借り手企業の経営者は、あえて担保を提供することで「自分の企業がタイプ1である」ことを貸し手に信じさせることができる。自分の個人資産を担保に提供すると、経営者はプロジェクトに失敗したとき3億円分の主観的な価値を失う。この確率がタイプ1は0.1、タイプ2は0.9であるから、タイプ2はタイプ1の9倍の費用を負担することになる。タイプ2は担保を入れることで自分をタイプ1であると貸し手に信じさせることができるとしても、担保を入れる費用が大きすぎてそもそも借り入れを断念することになる。逆にタイプ1にとってはタイプ2よりもその費用が低いためにあえて担保を差し出す契約を選ぶことがあり得る。ここでタイプ1の借り手企業の経営者が行う担保提供は借り手企業のタイプを伝えるためのシグナリングということになる。

社会規範の遵守をシグナリングという観点から説明するというのは、社会規範に従うことが、それ自体は直接的に利益を生まなくても、社会規範に従うという事実が、その経済主体に関する情報を他者に伝え、間接的な利益を得ることがあり得るというシナリオによって、人々が社会規範に従っている現象を理

解しようとするものである。例えば2で議論した「贈り物はお金ではなく物を贈ることが望ましい」という社会規範も、あるいはシグナリングの効果を持っているのかもしれない。お金を贈るのは簡単だが、相手がどんな物を喜ぶのかを調べて品物を選ぶには品物の価格以上の費用がかかる。この費用は、常にその人のことを考えている人の方が、儀礼的につきあっている人よりも低いと考えられるので、(贈られた人が喜ぶ)品物を送ることが贈り主の熱意・関心等を伝えるシグナルになりうる。

仮に、「贈り物はお金ではなく物を贈る」という社会規範がこのようにシグナリングによって説明されるべきものとすれば⁽¹⁶⁾、贈り主の熱意・関心等をより効率的に伝える手段が他に見つかればこの社会規範はすたれるであろう。これに対して、「贈り物はお金ではなく物を贈る」という社会規範が、2で議論したように品物贈ることに主観的な価値があることによって支えられているのならば、上記のような理由でこの習慣が廢れることはないと思える。

5 長期的利益とシグナリングの組み合わせによる説明

4で述べたシグナリングによる社会規範の説明は、3で議論した無限繰り返しゲームのモデルを使った長期的な利益に着目した説明と組み合わせることも可能である。すなわち、社会規範に従うことが短期的には利益にならないとすると、あえてその社会規範に従うことが、自分の割引因子が大きい(近視眼的ではない)ことのシグナルになるかもしれない。近視眼的なプレイヤーは短期的な利益にならない行為をすることの損失が相対的に大きいからである。その結果、このようなシグナリングを通じて自分達の割引因子が大きいという知識が共有されることによって、無限繰り返しゲームにおいて協調的な均衡が成立する可能性が高まるというシナリオである⁽¹⁷⁾。一例をあげよう。たとえば「優秀な人間はたばこを吸わない」と信じられている社会で、喫煙者を共同作業のパートナーとはしないという社会規範があったとしよう。「明らかに自分の健康を損ない、周りの人間にも迷惑をかける喫煙をやめられないような人間は、自己管理ができないか、公共心がないか、意志が弱いかのいずれかであり、共同作業をするパートナーとするリスクが大きい」という発想である。このような社会規範がある社会では、喫煙を選択することの長期的な損失は大きくなる。長期的な計画性があり、合理的な判断ができ、短期的な誘惑に強い

人にとっては、そもそもはじめから喫煙しない、あるいは習慣化する前にやめることの費用が小さいのに対して、短期的な誘惑に弱い人にとっては、喫煙しない費用が非常に高い。本来的には喫煙するか否かは個人の好みの要因も大きいはずであるが、このような社会規範が定着した社会では「喫煙」のシグナルとしての効果が大きくなり、したがってちゃんとした判断力を持つ合理的な人であればたばこを吸わなくなる。これも一種のシグナリングによる説明であるが、その対象となっているのは、その人がどのぐらい長期的な利益を重視しているか（割引因子の大きさ）という点であるのが、その特徴である。Posner (2000)は、このように各人が自己の割引因子の大きさを相手に伝えるためのシグナリング行動として多くの社会規範を説明しようとする。

6 小括

以上、人々が必ずしも強制力のない社会規範に従う理由について検討した。具体的に特定の社会規範を取り上げてそれを経済学的に分析する時には、このような「なぜ社会規範が維持されているのか」という問題を問うことは、社会規範の分析が次のステップに進む上でも重要な意味をもつ。

たとえば社会規範が3で議論したように、長期的な利益のために守られているとするならば、その社会規範が維持され続けるか否かを考えるのに際して、短期的な利得だけでなく割引因子に影響を与える要因にも注意して分析をしなければならない。また逆に、社会規範を法的ルールに反映させる、あるいは社会規範を変更させるように誘導するという問題を考える際にはこの長期的な取引関係への影響を考えなければならないことになる（詳細についてはIII参照）。もしそれが4で議論したようなシグナリングの要因で維持されているとすれば、直接的な利得の状況に変化がなくても、より効率的に情報を伝える手段が見つかれば、そのような社会規範はすたれるかもしれない。

このように、社会規範に関する議論が次の段階に進むためには、特定の社会規範がどのようなメカニズムで維持されているのかを、きちんと分析しておく必要があるのである。

- (7) もちろん、社会規範に従うことが、短期的にも利益を与えるであろうことが誰の目にも明らかなかケースもある。その場合、「なぜ社会規範に従うのか」という問いに対する答えは自

明であり、我々は直ちに次のステップに進むことができる。例えば、東京において見られる、エスカレーターで「急ぐ人は右側を歩き、急がない人は左側に立つ」という暗黙のローカルなルールは、これに当てはまる典型的な例である。皆がこの慣習に従うとき、わざわざ逆の行動をとる誘因は全くないからである。しかし多くの社会規範がこのような性質を満たしていないように思われる。

- (8) これらは必ずしもモデルの網羅的なリストではない。飯田 (2004) 68 頁以下参照。
- (9) Posner (2000), pp. 43-44 は、このような理由から、「規範の内面化」という発想を、含意に乏しく方法論的な議論であり不毛であるとする。
- (10) 本文で述べたことは、ある社会規範の説明として、論理的に可能である限り、常に「他の説明」が正しく、主観的利益による説明は誤っているとまでする趣旨ではない。本文で述べたのは、考え方の手順として、まずは「他の説明」を試みるべきであろうということにとどまる。
- (11) この仮定は、社会規範を破って自己の利益を図った場合、相手と同じことをしなければ大きな利益が得られるが、相手も同じように社会規範を破った行動をとってくるとすれば、(社会規範を遵守した場合と比べても)双方とも損失を被る、という、ごくありふれた状況を定式化したものである。
- (12) この例に限らず、一般に無限繰り返しゲームでは、割引因子 δ が十分に 1 に近ければ、個人合理性を満たす (すべてのプレイヤーに最低限の利得を与える) どのような協調的な行動も維持可能であることが知られている (folk theorem)。この点に関してはゲーム理論の基本的な教科書、たとえば Gibbons (1992) を参照せよ。
- (13) これらの議論に関しては松村 (2003) 及びそこに引用されている論文を参照せよ。
- (14) 家屋敷の主観的な価値が市場価格より大きいと仮定しなくても、経営者が危険回避的であり、リスクプレミアムが大きいと仮定しても同じ議論ができる。
- (15) 利率に対する規制があり、その上限が制約になる場合はこの限りではない。
- (16) 贈り物に見られるさまざまな特徴をシグナリングの観点から説明する試みについては、Camerer (1988) 参照。
- (17) I 3 で述べたように、各プレイヤーが相手が協調的でないと思えば、およそ最初から協調しないという均衡も存在し得る。これに対して相手方も協調的である (割引率が高い) という知識が共有されれば、協調的な均衡が達成される可能性が高まる。

II 社会規範の形成・定着・変化

1 問題の所在

I で検討したのは「人々はなぜ社会規範に従うのか」という問題であった。次に検討すべきは、なぜ (他の社会規範ではなく) その社会規範が形成されたのか、という問題である。別の言い方をすると、ありうる複数の均衡のうち特定のものがなぜ選択されるのかという問いである。この問題を考える意味を、

次のような単純な例で考えてみよう⁽¹⁸⁾。多くの都市において、駅などのエスカレーターで「急ぐ人は右側（左側）を歩き、急がない人は左側（右側）に立つ」という暗黙のローカルなルールが観察される（しかし都市によって、急がない人がどちら側に立つかは異なることが少なくない）。この場合に、歩かないときには左に立つ戦略をL、右に立つ戦略をRとする。各プレイヤーはLかRのどちらかの戦略を採用とする。このときすべてのプレイヤーの利得が以下のように表されていたとしよう。

Lをとったときの利得 = Lの戦略を採用した自分以外のプレイヤーの数 $\times \alpha$

Rをとったときの利得 = Rの戦略を採用した自分以外のプレイヤーの数 $\times \beta$
 で、 α 、 β とも正の定数であるとする⁽¹⁹⁾。

このゲームにおいては、すべての人がLをとるという状態（これ以降社会規範Lと呼ぶ）も、逆にすべての人がRをとるという状態（これ以降社会規範Rと呼ぶ）も、ともにナッシュ均衡になっている。つまりどちらの社会規範も定着する可能性もある。もし $\alpha = \beta$ であれば、つまりすべての急がない人が右に立つのも左に立つのもどちらも同じくらい効率的であるならば、「なぜ左に立つという社会規範が形成されたのか？」という問題は議論する意味があまりない。実際のエスカレーターのケースであれば $\alpha = \beta$ と考えるのが自然である。しかしもし $\alpha \neq \beta$ であれば、これを議論する重要性は格段に大きくなる。仮に $\alpha > \beta$ であり、すべてのメンバーにとって社会規範Lが効率的であるのにも拘わらず実際の社会規範は社会規範Rとなる可能性があるとするれば、法制度の積極的な関与によってルールが変更されることによって、すべてのメンバーの経済厚生を改善するかもしれない。逆に仮に $\alpha < \beta$ であるときには常に実際の社会規範はLになるとしよう。この場合、実際の社会規範がRであるという事実は $\alpha > \beta$ ではないことを意味している。この場合には、社会規範に対して法制度が積極的な介入を行うことは、経済厚生を悪化させる蓋然性が高いことになる。このようにいくつかの均衡のうちどの均衡が選択されるのか、その均衡（とりわけ非効率的なそれ）が定着するのか、といったことを分析する必要があることが分かる。

この章では、まず、はじめに pure coordination game と呼ばれるゲームを使ってこの問題を考えることにしよう。

***ナッシュ均衡** ナッシュ均衡とは、自分以外のプレイヤーの戦略を所与として、自分だけが戦略を変えても自分の利得を増やすことができない、という条件がすべてのプレイヤーに当てはまっている状態(戦略の組み合わせ)である。このゲームの場合、自分以外のすべてのプレイヤーがLをとってれば自分もLをとるのが最適なので、すべてのプレイヤーがLをとるのがナッシュ均衡になっている。同様に自分以外のすべてのプレイヤーがRをとってれば自分もRをとるのが最適なので、すべてのプレイヤーがRをとるのもナッシュ均衡になっている。もしある慣習がナッシュ均衡になっていないとすれば、少なくとも1人の構成員がその慣習に従わない誘因をもつので、その慣習が長期的に維持されることはないはずである。逆に、ナッシュ均衡は定着する可能性のある慣習の候補として考えることができる。なお、このゲームのように、ナッシュ均衡は複数存在し得ることがある。またナッシュ均衡は当然に効率的な状態とは限らない。ナッシュ均衡についての説明は、ゲーム理論の基本的な教科書(たとえばGibbons (1992))参照。

2 pure coordination game

仮に集団の中で2人の経済主体がランダムに取り引きしている状況を考えよう。出会った二人は同時に自分がLを選ぶかRを選ぶのかを決める。2人がともにL(R)をとった時には両者ともに α (β)の利得を、1人がL、もう1人がRをとった時には両者ともに0の利得を得るとする。ここで $\alpha > \beta$ とする。このときすべての人がLをとるのも、逆にRをとるのもともにナッシュ均衡となる。これを社会規範という文脈で理解すれば、「常にLをとるべし」という社会規範も「常にRをとるべし」という社会規範も、とりあえず他のすべての経済主体がその社会規範に従っているとすれば、各人がその社会規範に従う誘因を持つことになる。このときどちらの社会規範が実際に定着するのであろうか? 代表的な議論として、コミュニケーションを通じた均衡の選択と進化に伴う収束先という2つの議論を、この特殊な pure coordination game の文脈に限定する形で紹介しておこう⁽²⁰⁾。

3 コミュニケーション

まず、すべての構成員にとって社会規範Lが社会規範Rよりも望ましいなら、当然に社会規範Lが選ばれるであろうという考え方があり得る。すなわち1つ

の議論として、パレートの意味でランク付けできる複数の均衡があるなら、最も効率的な均衡がフォーカル・ポイントになる（みんなが注目する均衡になる）という考えである。これは、放っておいても一番効率的な均衡が達成されるという意味で、均衡の選択に関する最も楽観的な考え方であるともいえる。

何もしなくても自然に社会規範Lが選ばれるというのはいささか楽観的過ぎる極端な考え方かもしれない。しかし、そうだとしても、お互いのコミュニケーションを通じてより効率的な社会規範Lに到達できるという考え方はあり得る。例えば今社会規範Rが定着しているとしよう。たまたまプレイヤー1とプレイヤー2が出会って取り引きするとする。このときプレイヤー1がプレイヤー2に「お互いにRをとる行動をやめてLをとることにしよう」と提案したとする。もちろんプレイヤー1は、こんな提案をしながら実際にはRをとるかもしれない。プレイヤー2はそう疑えばこの提案にのらないでRをとることになる。プレイヤー2が提案にのらないと思えばプレイヤー1は依然としてRをとることになる。しかし、そもそもプレイヤー1がこう思っているなら、わざわざ提案する意味がないし、プレイヤー1にとってプレイヤー2をだます誘因は全くないからプレイヤー2が「プレイヤー1が提案にも拘わらずRをとる」と考えるのは不自然である。プレイヤー2がプレイヤー1の提案を信じてくれるならプレイヤー1は提案を行い、ともにLを選ぶ均衡が実現されるはずである。少なくともコミュニケーションがうまくとれる社会では、いくつかの考えられる均衡の中で、より効率的な均衡が実現する可能性が高いと考えるのは自然であろう⁽²¹⁾。

4 進化に伴う収束先

次に、必ずしも合理的な行動をとらないプレイヤー からのなる集団が、進化の結果どこに収束するのかという議論を簡単に紹介しておこう⁽²²⁾。

仮に前述の pure coordination game において、 $\alpha = 2$ 、 $\beta = 1$ とする。8 人で構成されている集団を考えよう。この 8 人が毎回ランダムにペアを組んで取り引きしているとする。構成員はそれぞれ一定の確率で集団から退出し、退出した人数だけ新規の参加者があり、構成員は常に 8 人となっている。各プレイヤーは、最初に L をとるか R をとるか決めたら、退出するまで同じ行動をとり続けるとする。入れ替わりで新規に入ってきたプレイヤー は、通常は、前期

にLをとった人の割合を見ながら、同じ確率でLをとる人と当たるとすればLをとるのとRをとるのとどちらが得かを考えながらLをとるかRをとるのかを決める。この例ではLをとっていた人が3人以上いれば自分もLをとり、3人未満ならばRをとる。しかし、新規に入ってくる者の中にはごくまれに、考えもなくランダムにLかRを選ぶ者がいるとする（「変な」新規参入者と呼ぶ）。新規に入ってくる通常の人より有利な行動を選ぶ部分を、より環境に適応した種が勢力を伸ばしていく過程、時々変な行動をとる者が現れる現象を突然変異ととらえれば、これは進化の過程を均衡選択の議論に応用したと考えることもできる。

さて、仮に初期時点で8人全員がRをとっていたとする。このとき構成員の入れ替わりがあっても、それが通常の参入者である限りRをとることになる。仮に「変な」新規参入者が現れ、それがLをとったとしても、これが1人だけであれば長期的にはRをとる新規参入者に取って代わられる。しかし、3人以上が同時に入れ替わり、3人以上が「変な」新規参入者で、かつ3人以上の新規参入者がLをとる事態がごくごく低い確率で起こることになる。この偶然が起こった後、次に入ってくる通常の新規参入者はLをとることになる。これ以降通常の入替わりを通じて、長期的には高い確率ですべての人がLをとることになる。この状態がしばらく続くとしても、またごくごく低い確率で6人以上が同時に入れ替わり、6人以上の新規参入者が「変な」新規参入者で、かつ6人以上がRをとるということが起こる。こんな偶然が起こった後では、通常の入替わりを通じて高い確率ですべての人がRをとる状態に行きつく。

さてこのように行ったり来たりを繰り返すとして、長期的に見たときにLをとるのが優勢な状態とRをとるのが優勢な状態とどちらの状態にある時間の方が長くなるであろうか。これはLが優勢である時間の方がずっと長いと考えられる。なぜなら、社会規範Rから社会規範Lへの移行には「3人のLをとる新規参入者」が現れればよいのに対し、社会規範LからRへの移行は「6人のRをとる新規参入者」が現れることが必要だからである。結果的に、社会規範Lはより安定的になるのである。

これに類似したメカニズムが働いているとすれば、上記のような pure coordination game の場合には社会規範Lがより安定的に維持されている。ただし、この結果についていくつかの点をコメントする必要がある。第1に、もし歴史

的に社会規範Rから出発したとして、十分遠い将来を考えれば社会規範Lが維持される時間の方が圧倒的に長くなるとしても、突然変異の確率が小さければ、短期的には歴史的な経緯（初期時点の社会規範）が大きな影響を与えることになる。この場合、現に存在する社会規範が効率的であるとは限らない。

第2に、もし実際のゲームが以下のようなものであれば結果は全く変わってくる。「2人がともにL(R)をとった時には両者ともに $\alpha(\beta)$ の利得を、1人がL、もう1人がRをとった時にはLをとった者が-3の、Rをとった者が0の利得を得る。」この場合、社会規範Lが社会規範Rよりもパレートの意味で優れているという点は同じだが、各プレイヤーにとって、Lをとるリスクが格段に大きくなる。この場合には社会規範Lから社会規範Rへの移行には「6人のLをとる新規参入者」が現れることが必要になり、先ほどの結論とは逆に長期的には社会規範Rがより安定的になってしまうのである。したがって、常に効率的な社会規範が安定的になるというのは(対称的な)pure coordination gameに限った現象なのである。したがって、維持されている社会規範が効率的であるか否かはその変化のメカニズムと短期的なゲームの構造(利得の状態)の双方を精査する必要があることになる。

5 不可逆性と社会規範の安定性

さて、今までの議論ではLをとる行動もRをとる行動もある意味で対称的な状況を考えてきた。ここで、社会規範を変えることの不可逆性のある場合について考えてみよう。今、社会規範Rが定着しているとする。ここで、社会規範Rに従わずLをとることは、この集団(共同体)から退出し新しい集団に参加することを意味するとする。そして、自分の所属する集団が大きいほど取り引きの確率(マッチングの確率)が高まり、より利得が大きくなる、また取り引きの機会は将来に向けて未来永劫続くとする。このとき、社会規範Rに従わないという選択はいつでもできるが、一度その選択をするともとの社会規範Rには戻れないという不可逆性が存在するとする。

以上のような状況のもとでは、各メンバーはいつでもLに移ることができる。しかし、一端自分がLに移って、他のメンバーがRにとどまるということになれば、先んじて移った者は非常に不利益な立場に立たされる。このため他のメンバーが頑固者で、Rにとどまる可能性が少しでもあるなら、他のメンバーが

移るのを見定めた上で社会規範Rから離脱する誘因を持ってしまうかもしれない。「いつでも社会規範Rを捨てることができる」から、仮に他のメンバーよりも離脱が多少遅れてもすぐに追いつけるので、様子見を決め込むことのコストが小さい。この結果、すべてのメンバーが様子見を決め込んで現状を変えられないかもしれない。つまり「いつでも社会規範を変えられる」からこそ「結果的に変化が起きない」ということが起こり得るのである⁽²³⁾。このような現象を excess inertia という。ネットワーク外部性がある技術革新ではしばしば見られる現象である。

注意すべきは、このような excess inertia が存在する状況では、メンバー全員にとってより望ましい社会規範が存在するにもかかわらず、より望ましくない現状が維持されてしまうことがありうるということである。非効率的な社会規範は長い目でみれば生き延びることはできないという楽観的な見方がされることがあるが、もし現在の社会規範がこのような現状維持の罠に陥っているとすれば、生き残った社会規範を「効率的」なものを見出すのは非常に危険なのである。

6 小括

社会規範がどのようなメカニズムで形成され、どのような経緯で変化していくのか（あるいは変化しないのか）は重要な問題である。複数の維持可能な社会規範のうち（当事者にとって）最も効率的な社会規範が生き残るメカニズムが存在するのであれば、積極的にそこに働きかけて異なる社会規範を定着させるように誘導することは少なくとも当事者には利益をもたらさない。逆に、より非効率的な社会規範が定着してしまう「罠」が存在するとすれば、当事者に任せておくと、いつまでも非効率的な社会規範が生き延びることになるので、法制度による積極的な働きかけが意味を持ちうることになる。

もちろん、積極的な働きかけが意味を持つのはこのケースだけではない。特定の集団のメンバーにとってはより望ましい社会規範であっても、その集団に属さない第三者に悪影響を与える社会規範も存在する。典型的な例は I 3 で議論したカルテルである。お互いに競争を避けるという社会規範は事業者の利益にはなるかもしれないが、消費者の利益を損なっている（このような、第三者に与える影響とそれとの関係での法の役割については次の III 2 で引き続き議論

する)。

- (18) 前述注7参照。以下の分析に関して、さらに詳細には、太田(2000)154頁参照。
- (19) 同じ行動をとる人間が増えれば増えるほどその利得があがるような状況を広く「ネットワーク外部性」と呼ぶことがある。この性質を満たす慣習の議論には、ネットワーク外部性に関する経済学的な分析をすべて応用することができる。
- (20) なお一般的に複数の均衡から特定の均衡が選択される際にどのような決定要因がありうるかという問題についての簡単な概説として、Myerson (1991) p. 108- 参照。
- (21) Farrell (1993) を参照せよ。より fundamental な議論に関しては Matsui (1991) を参照せよ。
- (22) より一般的で厳密な議論に関してはこの分野の画期的な業績である Kandori, Mailath and Rob (1993) を参照せよ。また古典的な業績として Axelrod (1984), より最近の法分野への応用として、太田 (2003) 参照。
- (23) 厳密な議論に関しては Matsumura and Ueda (1996) を参照せよ。ネットワーク外部性及び excess inertia に関しては David (1985) を参照せよ。

III 社会規範と法

1 問題の所在

一定の社会規範が self-enforceable な形で存在する場合に、フォーマルな社会統制手段である法及びその適用主体である国家(裁判所等)がどのような形でこれらに対処すべきかという点は、理論的にも極めて興味深い問題である。こういった点は、社会規範に関する経済学の文献においては必ずしも十分取り上げられてこなかった。従来の経済学の文献において認識されていた法の役割(社会規範のコンテキストでの)は、①社会規範によるサンクションの補完的機能、②均衡選択においてフォーカルポイントとして機能する可能性といったものである(松井(2002)39頁。これらについては後述)。しかし、近時「法と経済学」の系統に属する法学者の中では、こういった点とは別の形で、法と社会規範との関係およびそれとの関係での裁判所の役割について強い関心もたれている。以下では、そのような動きもふまえて、社会規範と法との相互関係についてのいくつかのトピックを取り上げることにする。

まず第1に、非効率的な社会規範に対して法が介入することで事態を改善するというシナリオを考えよう。第2に、社会規範の一種である「商慣習」と契

約の関係について、近時の議論を踏まえて検討する。最後に、法が個人の選好みに影響し、特定の社会規範の形成を促すという現象について簡単に触れることとしたい。

2 非効率的な社会規範と法の役割

(1) 総説

社会規範が常に効率的な均衡であるとは限らない。その原因にもさまざまあり、到底網羅することはできないが、ここでは典型的な原因を考えよう（非効率的な社会規範の生成に関しては、たとえば Posner (1996) 参照）。第1に考えられるのは、特定の社会集団の間に見られる社会規範が第三者効果を持ち、社会全体の効用を下げるというシナリオである（たとえば、Posner (1996), p. 169-。簡単には Cooter (1994), p. 450 参照）。これに対して、特定の社会集団と社会全体といった対立構造が存在しないにもかかわらず、効率的ではない社会規範が存在しつづけるケースもありうる。そこでこれらを順次見ることにしよう。

(2) 単純な第三者効果

まず、最初に一番単純なシナリオである、特定の社会集団の間に見られる社会規範がもつ第三者効果について見ておこう。

【例】 協調促進的慣行 I 3において、関東と東北の企業がお互いに相手の地元の市場には進出しないという暗黙の社会規範を守っている状態を、無限繰り返しゲームのコンテキストで検討した。この場合、この社会規範を守る形の均衡が成立すれば、両企業の利益が確保されるかも知れないが、それが消費者の利益を損なうことになるかもしれない。このように協調促進的な機能を果たす慣行（社会規範）がカルテル合意と同様に機能することが知られている。企業が協調促進的な慣行に従って行動している状態と、明示的な合意に基づいてカルテルが行われている状態とは、経済的な構造としては全く同じように分析されうる（川濱 (1997) 参照。なお慣習が競争に与える影響について松井 (2002) 第3章以下参照）。社会規範が外部性を持つ典型例といってよい。もっとも、この種の慣行が、(立法論として)独禁法上のカルテル規制の対象にされ

るべきか否かといった点はまた別途議論される必要がある（川濱（1997）189頁以下）。

もっとも、いわゆる日本的取引慣行のように社会規範が社会全体の利益と乖離しているどうか自体に争いがあり、またその判断が政治問題となるケースもある。

【例】注意義務の水準の設定 行為者の責任の成否の判断（たとえば不法行為における過失の認定）において、特定の社会集団内での社会規範を遵守していたことをもって義務を尽くしたとはみなさないという対応が裁判所においてなされることがある。たとえば、有名な最判昭和36年2月16日民集15巻2号244頁（いわゆる東大病院梅毒輸血事件）において、最高裁は、医師の間で慣行に従って輸血を行った医師について注意義務違反を認めた⁽²⁴⁾。これも、特定の業界の社会規範がもたらす外部性の例と理解できる。仮にその業界の利益は最大化させるが社会の利益とは乖離した社会規範を裁判所が尊重し、行為者の責任を否定すると、特定の業界が、損失を外部化する効果を持つような社会規範（上記の輸血の例だと低い注意水準の医療行為を行う慣行）を作り出すインセンティブすら発生させかねない。この判決に対するコメントにおいて、ある法律学者は次のように述べているが、これはまさに以上の問題点と合致する。

「特定の専門・職業・地位等を有する者から成る社会（仮に『部分社会』と呼んでおこう）における一般的考え方や慣行は、その社会に属する者相互の間においては、まさしく妥当なところであって、それらの者の間の紛争を、右の考え方・慣行を基準として解決することは、妥当ないし当然のことである……。しかし、問題となっている事件、あるいは紛争の当事者の一方が、右の特定の社会に属しない第三者・一般人である場合には、このことは妥当しない。これは、両者を含むより広い社会における考え方に従って判断されるべきであり、部分社会の考え方や慣行は、情状酌量の要素とはなっても、紛争解決の基準そのものにはならない。」（星野（1965）568-569頁。傍点は原文）

しかし、むしろ興味深いのは、上記判決のような例はあるものの、業界外の人間（たとえば顧客）との関係においても、裁判所は常に業界の慣行（その業

界の社会規範)を無視して独自に基準を立てているわけではなく、法や裁判所が特定の業界の慣行に従った行動を追認することもまた少なくないということである。極端な場合、(顧客との関係において)裁判所が業界の慣習の尊重すべきことが立法によって明文で定められる例すらある。たとえば銀行取引について、アメリカ統一商事法典(UCC)第4編には、次のような規定が見られる。

4-103条(c) ……特段の指示のないかぎり、手形交換所規則等または一般的銀行慣行に合致した作為又は不作為であって、本編によって否定されないものは、通常の注意義務をつくしたものと一応推定される。

このような特定業界の慣行遵守をもって、当該業界の人間以外の者(ここでは金融機関の顧客等)との関係で注意義務を果たしたと推定するルールはどのように理解すればよいであろうか? このようなルールを正当化する理由が仮にあるとすれば⁽²⁵⁾、それは次のようなものであろう。すなわち特定の銀行間にサービス面での競争が存在し、非効率的な慣行は長期にわたって存続し得ないという状況が存在するとすれば⁽²⁶⁾、むしろ銀行業界の慣習は「効率的な注意の水準」を反映したものと扱い、通常はそれに依拠する方が望ましい⁽²⁷⁾。裁判所が独自の判断でアドホックに注意義務の水準を設定すると、裁判所の情報・能力の限界から、不適切な水準を設定してしまう危険も少なくないからである⁽²⁸⁾。

このように一方において、裁判所の持つ情報の制約や裁判所の能力の限界から、社会的に適切な行為規範を設定することは難しいことが少なくなく、無理にそのような試みをする、誤った基準を設定してしまう危険もある。そして慣行の形成に関しても競争が働きうる状況が存在しうるのであれば、原則として裁判所がそれに依拠した判断をした方が、望ましいかもしれない。他方、特定の業界の慣行が社会全体の利益と乖離が特に生じやすいと疑われる状況においては、—— 誤った判断を行う危険を考慮しても ——、裁判所があえて独自の基準設定を行ったほうがよいケースもあり得る。このように特定の業界における社会規範を尊重すべきか否かについても、一概には言えないということには注意しなくてはならない。

ただ、ここで注意してもらいたいのは、以上のような観点は、特定の業界の

慣行は効率的なことも非効率的なこともあるので、裁判所は個別の慣行・社会規範ごとに、その実質的内容を吟味し、それが効率的であるか否かを判断して、採用するか否かを判断すべきである、といった考え方に結びつくのではないということである。裁判所の情報・判断能力の限界はこういうアプローチの障害にもなる。そこで裁判所がまず判断すべきことは、当該業界のおかれている状況、ルールの作成のプロセス等といった形式的な要素であり、そこで効率的な商慣行等の形成が見込まれる場合には、原則としてそれを尊重する、もし効率的な商慣行等の形成が見込まれない構造が存在する場合には、(限られた情報や能力を前提としても)可能であり望ましいと判断されるなら裁判所自らが独自にルールの設定を行う。つまり実質的な内容の(社会的)合理性の判断を常に最初に行うべきではないということである⁽²⁹⁾。

さて以上は、当該社会規範の形成に関与しない者との関係で生じる単純な第三者効果のケースであった。こういうケースより、理論的にさらに興味深いのは、ある社会規範との関係で外部者が存在しないにもかかわらず、社会規範が効率的ではないというシナリオである。これにもさまざまなケースがある。

(3) 過剰なシグナリング

たとえば、社会規範の遵守がシグナリングとして機能するケースにおいては、次のような現象が起きる可能性がある。ある属性(たとえばある仕事についての高い能力)を持つ者Aがシグナリングによって自己の属性を伝えることで、他の者Bとの差別化を図る(よりテクニカルに表現するなら、シグナリングを通じて分離均衡を作り出す)ことで利益を得るわけであるが、シグナリングにもコストがかかる。異なる属性を持つ者が区別され別異に取り扱われることで社会的厚生が改善される面もあるかもしれないが、シグナリングにかかるコストの合計がそれを上回るとすれば、全体としては社会的厚生が下がってしまうことになる。たとえば、I 4 (*シグナリングの例)で取り上げた企業経営者による個人保証の例では、 q (タイプ1である割合)が1に十分に近ければ、個人保証を禁止し、担保をシグナルとして使わせないことによってすべての経済主体(タイプ1もタイプ2も)の厚生を改善することになる。

もっとも、たとえシグナリングに一定のコストがかかっても、シグナリングによって情報が伝達されることでより効率的な均衡(分離均衡)が達成され、

総合的に見るとシグナリングのコストよりも分離均衡によって改善される社会的厚生が上回るというシナリオも少なくない。このことを考えると、立法等によって一律に特定の種類の情報のシグナリングを禁じることは、多くの場合、効率性を損なう危険がある。そうだとすると、過剰なシグナリングという現象は、非効率的な社会規範の生じる一つの要因ではあるが、果たして法制度の介入による対処が望ましいケースかどうかは、個別的に慎重に見極める必要がある。

(4) 非効率な均衡の定着

複数の均衡が存在しうる場合に、いずれの均衡が選ばれ定着するかという議論については、すでにIIで紹介した。一定の条件が満たされる場合には、効率的な社会規範が選択され、定着するというシナリオもある。しかし、逆に非効率的な均衡が選択され、定着するシナリオもいろいろ考える。この場合、当事者に任せておくとその非効率な状態が定着しいつまでも維持されてしまう危険がある。

【例】差別的な雇用慣行の定着 非効率的な規範が生き延びるシナリオの例をあげよう。仮に人種Aと人種Bが同じ社会で共存しているとする。2つの人種の間では平均的な能力の点で全く格差がない。しかし同じ人種の中では能力に個人差があるとしよう。仮にいずれの人種においても、能力が低い者(10の生産を行う)が半分、高い者(20の生産を行う)が残り半分いるとする。各人がある業種の企業に就職すると、その集団の中で(個人の貢献は第三者にはわからないとしても)自分の能力に対応した生産性をあげる。他方、各人がこの企業に就職しないで、個人で事業を営むとすると、自分の能力の6割しか発揮できないとする。なお個人で事業を営む場合には、(単純化のため)生産の成果はすべて利益になるものとする。

このような仮定のもとで、仮に雇用主が、「人種Aには15の給与を、人種Bには10の給与を払って雇用する」という方針をとったとする。そうすると、ということが起きるか? 人種Bについて考えてみよう。生産性の高い者は、個人で事業を営めば $12(20 \times 0.6)$ の利益を、この企業に就職すれば給与である10の利益を得るので、この企業に就職するよりも、個人で事業を営むことを選

ぶ。生産性の低い者は、個人で事業を営めば6 (10×0.6) の利益を、この企業に就職すれば給与である10の利益を得るので、この企業に就職することを選ぶ。この結果この企業で働く者の平均生産性は10となり、結果的に給与は平均生産性に対応したものとなる。次に人種Aについて考える。人種Aの場合、能力の高い者も低い者も、個人で事業を営むよりもこの企業に就職した方が得なので⁽³⁰⁾、どちらのタイプの者もこの募集に応じることになる。この結果この企業で働く者の平均生産性は15となり、結果的に給与は平均生産性に対応したものとなる。

つまり、もともと平均的生産性に何の差異もないはずの2つの人種の間で、「人種Aには高い給与を、人種Bには低い給与を払う。」という偏見に基づいた雇用慣行（雇用者の世界における社会規範と呼んでもよい）が、何らかの偶然によっていったん生まれてしまうと、結果的に雇用されることになる両人種の間にはその格差を正当化するような生産性の差が生まれてしまうのである。つまり、生産性の差が差別的な社会規範を生むのではなく、差別的な社会規範が生産性の差を生んでいるわけである⁽³¹⁾。

もちろん上記のような非効率的な均衡が生じるにはいくつかの仮定が必要であり（上述の例だと、たとえば人種Bの人間が企業に就職せずに個人で事業を行う選択肢があり、かつ生産性の高い者はそれによって偏見のある雇用者から給与をもらうより高い収入を得るという状況）、偏見に常に自己実現的な作用があるということではない。しかし、上記のようなストーリーが極めて特殊な仮定に基づく全く現実味がないモデルだというわけではない。「 \times には責任ある仕事を任せない。 \times は責任感が乏しい者が多く、仕事を任せても仕事を辞めることが多い。」という偏見が存在する社会において、責任感があり仕事もできる「 \times 」の人は企業に定着しないこととなり、結果的にこの偏見を正当化させてしまうような性質を有する「 \times 」の人材だけが企業に残ってしまうという現象に思い当たる人は少なくないであろう（「 \times 」にさまざまな差別の要因となる属性を入れて考えてもらいたい）。

この種の社会規範の最大の問題点は、社会規範に従っている者が「他の均衡もあり得る」ということを認識していない可能性があることである。上の例であれば、A、B両人種を平等に雇用するということが行われている社会においては、両人種ともそれ相応の生産性を上げ、その結果すべての構成員の厚生が

改善される。しかし、雇用者がこのような可能性にすら気がついていなければ（雇用募集に応じてこないで個人事業を行っている人種B中の生産性の高い人々の存在を十分に認識することが必要となる）、この種の社会規範が自然にすたれるまでには相当な時間を要することが予想される。より一般的に述べると、このような情報の偏在を前提とすると、現にある社会規範が存続しつづけているということをもって効率性の証拠と考えることは適当ではないというケースがままあることになる。

法の役割？ このように非効率的な社会規範が定着しているケースにおいては、立法者あるいは裁判所が何らかの積極的な役割を果たすことが、——少なくとも理論的には——、考えられる。その場合のやり方には大きく分けて2つの異なったものがある。第1は、法による直接的なコントロールである。法の介入によって、望ましくない均衡状態から別のより望ましい均衡状態に移るように強制を加えるわけである。これに対して、より間接的な形で法が影響を与えることも考えられる。すでに説明したように、均衡状態としての社会規範が複数存在し得る場合に、どの均衡が選択されるかについては、必ずしも理論的にはあまり解明が進んでいない。複数のナッシュ均衡が存在する場合、人々は文化や慣習に基づき特定の均衡をフォーカル・ポイントとして選択すると論じた (Schelling (1960))⁽³²⁾。そして、法もまた均衡選択に影響する可能性があることが指摘されている (松井 (2002) 39 頁)。法が示したルールが、それ自体としては必ずしも強制的な性格なものではなくとも（たとえば任意法規であって当事者が自由に変更できるものであっても）、それがフォーカル・ポイントの設定として機能し、特定の均衡選択に資するというシナリオである。一部の論者は、法の持つこのような機能に着目し、立法者・裁判所が意識的にこれを活用する可能性を示唆する (Cooter (1998) 等)。

ただし、理論的な可能性としては、以上のような直接的・間接的な法の介入によって状況が改善されることはありうるにしても、立法者・裁判所がそのような試みを積極的に行うべきだということには当然にはならない⁽³³⁾。いずれの形態の介入を行うにせよ、立法者・裁判所が適切にこのような機能を果たすことができるのか（立法者の持つ情報やインセンティブの問題）といった点に関する疑問がある。たとえば上で、社会規範に従っている者が「他の均衡もあり

得る」ということを認識していない可能性があるため、非効率的な均衡が定着・維持される可能性がある」と述べたが、立法者や裁判所が、「他の均衡もあり得る」ということを認識できるのかということには少なからぬ疑問がある。そして、たとえ「他の均衡もあり得る」ということは認識しえたとしても、その均衡が現状よりも望ましいか否かの判断、またどうすればその新たな均衡へ誘導することが可能か、どの手段を用いるのが最も望ましいかといった判断を合理的にできるかといった問題も考慮すると、立法者・裁判所による介入についてはさらに悲観的にならざるを得ない。

3 社会規範と契約の解釈

(1) 問題の所在

次に社会規範と契約の解釈の間の関係を考えよう。契約の解釈に当たって裁判所は社会規範等を読み込んで解釈し、当事者間の紛争解決に社会規範を取り込んで紛争を解決すべきか？ この点は、アメリカの「法と経済学」において、近時盛んに議論されている（なお、この議論のコンテキストでは、「商慣習」「商人法」⁽³⁴⁾と契約解釈という表題のもとで議論されることが多い。しかし、これら「商慣習」「商人法」は本稿が社会規範と呼ぶものと同じ枠組みで議論可能である。以下では、これらの議論に倣って「商慣習」「商人法」という語も用いることもあるが、それらは社会規範という語と基本的に互換可能である）。

議論の背景 最初に、アメリカの「法と経済学」においてなされている議論の背景を簡単に説明しておこう。「慣習、慣行及び当事者の合意を通じて、商慣行の絶え間ない発展を可能にすること」(1-103(a)(2)⁽³⁵⁾)をその目的の一つに掲げるアメリカ統一商事法典は、裁判所が、現実の商取引の中から生きた法を見つけ出し、それを裁判規範に取り込んで紛争を解決するという哲学に裏付けられていると理解されている⁽³⁶⁾。そのことは、統一商事法典の様々な箇所に現れているが、もっとも象徴的な条文をあげるとすれば、当事者の「合意」を規定する 2-201(3)であろう。同条には、当事者の合意の解釈に取引慣行（取引上の社会規範と考えてよい）を読み込む旨が明示的に規定されている（アメリカ統一商事法典 1-201(3)⁽³⁷⁾）。

統一商事法典の柔軟に取引上の社会規範を取り込むアプローチは、長い間あ

まり疑問視されてこなかったようである。ところが、近時このようなアプローチ(“Incorporation Strategy”と呼ばれることがある)を、理論的にも実証的にも疑問視する見方が一部で強く主張され始めたのである⁽³⁸⁾。

日本法のもとでの状況 日本法においては、アメリカ統一商事法典のような条文はないが、裁判所が商慣習を取り入れて契約を解釈するのは当然視されており、やはり同様のことが問題となりうる。もっとも、どのような商慣習であっても同じように尊重されるというわけではない。たとえば、売買契約書の文言上は受け渡し場所の特定が不十分な場合に、その地域における商慣行・取引慣行によって合意内容を補充するといったことは、(裁判所が商慣習・取引慣行を認定できる限り)これまで当然のようになされてきた⁽³⁹⁾。これに対して、売買契約に関係する付随義務のようなものについて、契約内容としてこれを読み込む際にはもう少し慎重になるのではないかと思われる。このようにどのような社会規範について、裁判所は契約内容に読み込むべきなのか、また読み込まれるのはどのような状況のもとにおいてかという問題が存在するのはわが国でも同様である。しかしながら、残念ながら、わが国の法律学においては、こういう問題はあまり意識的されておらず、また当然のことながら理論的な分析枠組みは用意されていない。

***日本の民商法と商慣習** 商慣習あるいは取引慣行が日本の実定法上どのような位置づけを与えられているか説明しておこう。商法1条によると、「商事ニ関シ本法ニ規定ナキモノニ付テハ商慣習法ヲ適用シ商慣習法ナキトキハ民法ヲ適用ス」とある。その結果、商法>商慣習法>民法という序列でルールが適用されることになる。ここで商慣習法とは、単なる事実たる慣習ではなく、法としての確信が加わったものであるといわれているが(大隅(1978)75頁)、商慣習法が認定された事例は多くはなく、商慣習・取引慣行が「商慣習法」であるとして、裁判所によって適用されることは稀である。

しかし、「商慣習法」と認定されるのが商慣習・取引慣行が裁判規範となる唯一のルートではない。まず第1に、裁判所が(商慣習法にまでは至らない)「事実たる商慣習」の存在を認めた例は少なくない(たとえば、大阪地判平成2年2月8日判時1351号144頁)。民法92条によると事実たる慣習は当事者がこれに拠る意思表示した場合には拘束力があるとされているが、当事者がはっきり意思表示しなくとも慣習に従う黙示の意思があるとされ

ることもある。第2に、契約条項の解釈を行う場合、その文言を解釈する資料として商慣習・取引慣行を参照することがありうる。

***継続的取引と社会規範** さらに近時、わが国の契約法の議論に新たな要素が加わってきている。いわゆる継続的契約との関係で、裁判所は紛争の解決に際して、信義則等の一般条項を通じて、取引関係の「内在的規範」を吸い上げるべきだとの主張である(内田(2000)第1章参照)。たとえば、フランチャイズ契約の突然の打ち切りのようなケースにおいて、取引関係の「内在的規範」を汲み取って、契約条項を形式的に適用することはせず、信義則による解約の制限、損害賠償責任等を認めるといった考え方である。これは、ある特定の紛争局面において“*Incorporation Strategy*”を主張する見解のようにも見ることもできるが、その主張は必ずしも機能的に基礎付けられていないように思われる⁽⁴⁰⁾。またそこで説かれている取引関係の「内在的規範」が、取引関係における社会規範それ自体なのかどうか、必ずしも明確ではない。

理論的な問題点 商人間の慣行・社会規範が、—— III 2 のように外部性が直接に関係する場合の考慮は別とすると——、裁判所によってどこまで「契約」に取り込まれエンフォースされるべきかは難しい。素朴に考えると、商人間の慣行・社会規範を契約内容に取り込むという発想は、裁判所あるいは法の役割を、明示的な契約条項のギャップを埋めるものと理解した上で、当事者が望んだであろう契約内容を体現するもの、あるいはその近似的な内容として、裁判所は商人間の慣行・社会規範に着目すべきであるとも考えられそうである。しかし、事態はそう単純ではない。すでに I でそのメカニズムを説明したように、慣行・社会規範は基本的に self-enforceable であることが本来その特質であって、その実現に裁判所が手を貸す必要などないとも言える⁽⁴¹⁾。もし契約当事者が特定の慣行・社会規範の遵守をもっぱら self-enforcement に期待していたとすれば、たとえ契約当事者が相手方に特定の慣行・社会規範の遵守を期待していたとしても、裁判所がその期待に手を貸してやるべきであるとは当然には言えない。契約を結んだ際に、①フォーマルで公的なエンフォースが期待されるような契約規範、②慣行・社会規範によってエンフォースを期待する規範を使い分けしているとすれば、裁判所が無神経に“*Incorporation Strategy*”をとり、社会規範をエンフォースすることは、これを無にってしまうという見

方もできる。かくして裁判所が社会規範を契約内容に読み込むべきか、そうすべきはいかなる場合かということが、近時盛んに議論されてきている。以下、その一端を紹介しつつ、若干敷衍して検討することにしよう⁽⁴²⁾。

(2) “Incorporation Strategy”のコストとベネフィット

裁判所が“Incorporation Strategy”をとることの問題点の一つは、裁判段階で増加するコストが、節約される契約締結コストを上回るのかということにある。もし裁判所が“Incorporation Strategy”をとって裁判段階で合理的に契約書を解釈してくれるとすれば、契約締結段階における当事者のドラフティングの負担は軽くなり効率性に資するようにも見える（取引費用の節約）。しかし、それは同時に望ましくないインセンティブも与える。すなわち裁判所が“Incorporation Strategy”をとることを前提に、契約当事者が文言通りに解釈すればその合意内容を十分に反映しない内容の契約書を作成することになると、本来締結段階でより安価に回避できたかもしれない問題を、裁判所の事後的な認定に依存して解決することになりかねない。このことは裁判段階におけるコスト（事後的なコスト）を高める（裁判所のコストは納税者に外部化される）ことを契約当事者に許すこととなるから望ましくないという批判がありうる。したがって、“Incorporation Strategy”をとることによって契約締結段階で節約できるコストと、それによって増える事後的な裁判所のコスト（誤った判断をすることから生じるコストを含む）とを比較しなくてはならない⁽⁴³⁾。もし契約締結段階に安いコストで明確化できるような事項であれば、裁判所としてはあえて事後的な補充はしないという態度で臨んだ方がよいのかもしれない。

同様の議論は、社会規範に関する議論に先駆けて、デフォルト・ルールの設定の仕方との関係においてなされていた。Ayres and Gertner (1989)は、統一商事法典第2編（売買）が、一定の要式を備えない契約はエンフォースしない、売買の数量についてはデフォルト・ルールを置かないといったルールを、このような観点から説明する。同様のロジックによって、一定の場合には、裁判所は、（コストをかければ不可能ではないケースであっても）商慣習を存在や内容を認定し契約書の意味を補充・解釈することは止めて、契約書の文言をそのままエンフォースするに留めるべきである、そしてそれによって当事者が契約締結段階でできるだけ事後的な紛争解決コストを減らすような契約書を作成する

インセンティブを与えるべきであるという議論も、理論的には不可能ではない。

しかし、以上のようなコスト・ベネフィットの計算から、“Incorporation Strategy”が広く否定されることになるのかどうかは議論の分かれるところである（事後的な裁判のコストの増加は、事前的な契約のコストの節約を上回ることの方が少ないという主張として Kraus and Walt (2000)、逆の評価をするものとして Scott (2000) 参照）。

(3) Bernstein の“Incorporation Strategy”批判

Bernstein (1996) は、実証的な事例研究をもとに一般的な論旨を展開する⁽⁴⁴⁾。まず穀物取引を行う取引業者の団体における実証研究を通じ、取引業者間の紛争解決が仲裁に付された場合に、仲裁人は極めて形式的に契約条項を適用し、取引慣行等を取り込んだ解決はしないことを明らかにした。そして、取引慣行等の内容を取り込まない形での紛争解決がなされることを次のような理論で説明しようとする。すなわち同論文は、取引慣行等に体现されるような「関係維持的な規範」（自分たちの間で協力的に紛争を解決し、関係は継続させようとする場合に用いられる規範）と「終局的 (end-game) な規範」（当事者がもはや協力的に紛争を解決することはできず、関係は終局状態に立ち至ってしまっており、中立的第三者に解決を委ねる際に用いられる規範）とを区別し、両者が異なることには積極的な意味があると論じるのである⁽⁴⁵⁾。そこからさらに、裁判所は——穀物取引の仲裁人がそうしているように——紛争解決において「関係維持的な規範」である取引慣行等をそのまま取り入れるべきではない場合もあり、統一商事法典のとり“Incorporation Strategy”には問題があると論じる。

この話は、I 3 で紹介した繰り返しゲームの枠組みで説明できる面がある⁽⁴⁶⁾。すなわち繰り返しゲームのコンテキストでは、「関係維持的な規範」は、当事者が関係を維持しつづけるための協力のペイオフを、「終局的な規範」は、相手が信頼を裏切った行為をとった場合のトリガー戦略の結果生じるペイオフを示すと解釈することができる。一方当事者が裁判所等に駆け込み、そこで「終局的な規範」が適用されるようなことがあれば、もはや当該当事者間の関係は破綻する。しかし、他の参加者との関係で、裏切った場合トリガー戦略をとるということを示すことになり、その結果、他の参加者との関係で協調的な行

動をとる形での均衡が安定化する。

この例から導かれるより一般的な示唆は次のようなことである。慣行・社会規範を裁判の解決の際の基準として持ち込むときには、当該社会規範が働くゲームの構造を慎重に見極める必要がある。たとえば Bernstein (1996) の挙げる例では、「関係維持的な規範」である取引慣行を裁判所（仲裁者）が契約のエンフォースメントの際に不用意に取り込んでしまうことによって、トリガー戦略をとることを不能にしてしまう危険をもたらす、基本的なゲームの構造を破壊してしまう可能性がある。

確かに、平時の（関係継続を前提とした）慣行・社会規範が常に裁判規範と一致するわけではないという指摘自体は重要ではある。しかし、だからといって、“Incorporation Strategy”が間違っていると一般論としていうことはできない（最終的な結論を出すには詳細な実証研究が必要であるが、Bernstein (1996) の挙げるような例の方がむしろ例外なのではないかと思われる）。ただ、ここにおいても裁判所は、III 2 (5) のところで述べたのと同様に、ある社会規範について、——その実質的内容の妥当性を判断する以前に——、その形成の構造や役割をよく理解する必要があることが分かる。

***チップの支払い** 旅館において客室担当者に「心づけ」を包むのが一般的な慣行だと認定できるとしても、裁判所が旅館宿泊の際の黙示の契約を認定し、その支払をエンフォースすることはまず考えられない。世話になった人に「お歳暮」を贈ることが確固たる慣習となっている地域であったとしても、その慣習に違反する者に対して、裁判所が履行を強制するとは考えにくい。チップの慣行のある国においても、チップの支払いを裁判所がエンフォースするとは考えにくい。おそらく、こういった例を理解する手がかりは、本文で述べたところにあるのではないかと思われる。

心づけやチップの経済的機能は必ずしも十分には解明されていないが、もし仮にこういう行為が、一種のシグナリングの道具と理解されるとすれば、これを契約内容に読み込んで支払いを裁判所がエンフォースすることは、その機能を損なう危険がある。裁判所は、これを完全に当事者の自発的な行動に任せることが望まれる。もっともチップ等をシグナリングで説明できるかどうかは疑問も少なくないため⁽⁴⁷⁾、以上の説明がどこまで説得力があるかは別問題である。ただ、いずれにせよ、裁判所がこれをエンフォースすべきか否かということは、この種の行為がなされるインセンティブ構造との関係で説明される必要があろう。

4 法と選好形成

最後に法が個人の選好自体に影響するというシナリオについても一言だけ触れておこう。たとえば、法がある行為を禁止し違反に対して一定のサンクションを課すこととした場合、①行為者が当該行為を行う費用が増える、②行為者の選好そのものを変え、当該行為を行うことで得られる効用が減少する、という2面の効果があるという主張である。伝統的な法の経済分析では、個人の選好は外在的に与えられるものとして取り扱われており、法が選好自身を変えるという機能はあまり注目されてこなかった。それは1つには、①のみならず②の面をも同時に考慮するとすれば、分析が著しく難しくなることにもあったのかもしれない。また、通常の経済学のツールでは、個人の選好がいかにして形成されるのかという点について明らかにできないという問題もあった。しかし、近時このような側面に着目し、preference-shaping policyとして法制度を利用しようとの動きが一部で見られている(Sunstein (1986), Sunstein (1993), Dau-Schmid (1990)等参照)。このような立場からは、法制度が個人の選好への影響を通じて、社会規範の生成に働きかけるというシナリオが描かれることになる。

しかし、もちろんこのような動きに対しては警戒的な目も向けられる(Hills (1997))。そもそも望ましい選好と望ましくない選好を国家が判断し、それを矯正するという発想に対して向けられるであろう根本的な違和感は別としても、仮に個人の選好に対して影響を与えようとする場合にも、その手段としてなぜ法制度を用いなくてはならないのか、理論的にはどういう理由で選好に影響を与えていると理解すればよいのか⁽⁴⁸⁾、また法制度を用いることが他の手段(たとえばネガティブ・キャンペーン、教育等⁽⁴⁹⁾)と比較してより効果的なのかといったさまざまな疑問があるからである。

④ 判旨の該当箇所は次のように述べる。「所論は、医師の間では従来、給血者が右のような証明書、会員証等を持参するときは、問診を省略する慣行が行われていたから、A医師が右の場合に処し、これを省略したとしても注意義務懈怠の責はない旨主張するが、注意義務の存否は、もともと法的判断によつて決定さるべき事項であつて、仮に所論のような慣行が行われていたとしても、それは唯だ過失の軽重及びその度合を判定するについて参酌さるべき事項であるにとどまり、そのことの故に直ちに注意義務が否定さるべきいわれはな

い。」

- (25) もとより、このような立法は銀行業界によるロビー活動の産物であり、非効率的で社会的には望ましくないルールだという見方はもちろんあり得る。
- (26) ただし一般論としては、非効率的な社会慣習は持続しないとは当然には言えないことについては、II 4, 5, III 2(4)参照。
- (27) Gillette, Schwartz and Scott (1996), p. 348 参照。
- (28) ちなみに星野 (1965) 568 頁も、前述の引用に続いて、「もつとも、それがきわめて特殊のまたは高度の学問・技術・能力に関することであって、一般人に判定の能力のない事項は別であるが」と例外を認める。しかし、この例外は本文で述べるところと比べるとやや厳格すぎるように思われる。
- (29) Cooter (1994), Cooter (1996) は商慣習との関係で、裁判所の役割について、①第1に特定の取引業界における現実の規範を特定する、②次にその規範の形成されるインセンティブ構造を明らかにする、③そのインセンティブ構造が効率的なものか否かを評価するという三段階の枠組を提唱する（このような判断枠組みを Cooter は structural approach と呼ぶ）。
- (30) 能力の高い者の場合、給与 (15) > 個人事業の利益 (20 × 0.6 = 12)。能力の低い者の場合、給与 (15) > 個人事業の利益 (10 × 0.6 = 6)。
- (31) 同様の構造を持つ問題として、失業と慣習の関係を議論した Akerlof (1980) の議論も参照せよ。さらに洗練したモデルとして Romer (1984) がある。
- (32) なお前述参照。
- (33) この点について、たとえば Lessig (1995) と Picker (1997) を対比せよ。
- (34) アメリカの「法と経済学」で議論の対象となっているものは、わが国の商法学という商慣習法 (大隅(1978)75 頁等参照) とはやや異なり、(事実たる慣習も含むという意味では) それよりも広いものと思われる。
- (35) この点は法典の制定時から変わらない。2001 年改正前の統一商事法典 1-102(2)(b)参照。
- (36) 統一商事法典の方法論については、Twining (1973), Ch. 12 参照。
- (37) 1-201(b)(3)

“Agreement”, as distinguished from “contract”, means the bargain of the parties in fact, as found in their language or inferred from other circumstances, including course of performance, course of dealing, or usage of trade as provided in Section 1-303.

ちなみに 2001 年改正前の旧テキストは次のような文言であった。

1-201(3)

“Agreement” means the bargain of the parties in fact as found in their language or by implication from other circumstances including course of dealing or usage of trade or course of performance as provided in this Act (Sections 1-205, 2-208, and 2A-207) . . .

- (38) この動きは、おそらくは、1990年代初頭においてデフォルト・ルールの設定に関して、さまざまな議論があったことの延長として、裁判所による「多くの者が合意したであろう内容」の補充の商慣習を通じた補充に対するアンチテーゼとして生まれてきたという面がある。両者の連続性について、Bernstein (1993)参照。
- (39) たとえば、大判大正14年12月3日民集4巻685頁は、売買契約書中に「深川渡」とだけ記載した場合に、「東京市内ノ肥料商人ト一般地方人トノ取引ニアツテハ目的物ノ引渡場所ヲ深川渡ト定メタル場合ニハ其ノ引渡ハ売人ノ指定スル深川所在ノ倉庫又ハ附近ノ船積留河岸ニ於テ之ヲ為スノ慣習存スルコトヲ認定シ得ヘシ」として、履行場所の定めがある契約と扱った(もし履行場所の定めがなければ、516条により債務者の営業所等で債務を履行しなくてはならない)。
- (40) もっとも、「法と社会」の系譜に連なる論者は、関係的契約と古典的契約を区別し、前者について、契約の文言に拘泥しないコンテクストを通じた意味の持込を主張する傾向がある(MacNeil (1978), MacCauley (2000), MacCauley (2003), Campbell and Collins (2003)等参照)。この系譜の議論は、契約の実態を重視する特徴があるが(古典的な業績としてMacCauley (1963)参照)、なぜ社会規範の裁判規範への取り込みが要請されることになるのかといった点についての理論的な根拠(少なくとも機能的なそれ)は与えられない傾向がある。
- (41) Self-enforcement と法制度との関係に関しては、Charney (1990) 参照。
- (42) Incorporation Strategy の是非は、アメリカの商取引法に関する理論的な文献で、近時最も盛んに議論されているトピックであり、その本格的な検討は別稿に委ねざるを得ない。以下の議論は、あくまでその一端の紹介に過ぎない。
- (43) 不完備契約と裁判制度について一般的には、Schwartz (1992)参照。
- (44) さらにその後の研究として、Bernstein (1999), Bernstein (2001)、この論文以前の実証研究として Bernstein (1992) がある。
- (45) 関係維持的規範の例として、単純に中間をとる解決が行われることや、契約上は明示的に資格のある人を使った正規の計量値 (official weights) が要求されているにもかかわらず、一方当事者の元で(特に監視もなく)行われた計量をそのまま承認して取り扱うといった慣

行が例示されている (Bernstein (1996), 1798-99)。こういった規範は、仲裁人による裁定の際にはまず用いられることはないという。

- (46) ただし「関係維持的な規範」と「終局的な規範」とが異なった内容をもつ原因が常にこのような形で説明されるというわけではない。
- (47) たとえば、わずかな金銭を差し出すことがいかなる意味でシグナリングとして機能するかなど、不明確な点が多い。
- (48) 最も単純な説明は、法がサンクションを課すことによって、ある選好が経済的に「高価」である状況を作り出すことで、人々が自己の選好を変えるインセンティブを与えるということである。なお Frank (1987) 参照。
- (49) 国家が非効率的な社会規範に対してとりうるさまざまな手法について、Posner (1996), p. 1730- 参照。

IV むすび：今後の研究のためのアジェンダ

本稿では、社会規範および社会規範と法の関係について、(1)人々が社会規範に従うのはなぜか、(2)社会規範の形成・定着・変化、(3)社会規範と法の関係はいかなるものか、といった諸点が経済学の道具でどのように分析されうるかという点について、簡単な概説を行った。最後に、社会規範と法に関する研究の今後のアジェンダについて列挙しておこう。

本稿の冒頭において述べたが、本稿で3章に分けて紹介してきたトピックは、従来異なる研究領域において別個独立に研究されてきた。そして各々の領域において、さらなる研究課題がある。まず人々が社会規範に従っている構造との関係では、——抽象的に無限繰り返しゲームとかシグナリングとかいうだけではなくて——、具体的な社会規範を取り上げ（社会規範の存在とその内容についての厳格な実証を含め）、それぞれについて経済的な構造を解明するという作業を積み重ねていく必要がある。次に、社会規範の形成・定着・変化に関しては、比較的新しい研究領域であり、十分に共有された研究手法自体が未だ未発達という面がある（特に合理的選択に基づかないモデルについてはその傾向が顕著である）。具体的な実証については、さらに今後の課題ということになろう。最後に、法制度との関係については、社会規範そのものについての経済学的な研究をフォローすることは最低の前提ではあるが、まったく別の課

題がある（「法と経済学」一般にも妥当することであるが）。すなわち、法制度との関わりを分析する際には、立法者・裁判所の能力の限界を前提としてどのようなルールを採用するのが望ましいかといった、経済学が余り十分に議論してこなかった要素が往々にして議論の決め手となる。こういった要素を、経済学の専門家からの批判に耐え得るだけの厳密さをもって議論していく必要がある。

また、これまで必ずしもお互い参照されなかったこれらの3つの系譜の議論の間を架橋し総合する作業もなされなくてはならない。

最後に、本稿が概観した3つの系譜の研究のさらにその外側には、経済学以外の分析ツール（たとえば社会心理学）を用いた研究領域がある。何度か触れたが、社会規範に関するある側面（たとえば社会規範の内面化、法制度による選好形成等）は、本稿で述べた方法論では分析できない⁽⁵⁰⁾。本稿で紹介したアプローチをさらに突き詰めるだけでも大きなプロジェクトであるが、経済学以外の分析ツールによる補完を待って、初めて社会規範と法の総合的な研究となりうることは忘れてはならない。

⁽⁵⁰⁾ 経済学と心理学の関係について Dau-Schmidt (1997) 参照。

引用文献

- Akerlof, George A., 1980, A Theory of Social Custom, of Which Unemployment May be One Consequence, *Quarterly Journal of Economics* 94: 749-775
- Aoki, Masahiko, 2001, *Towards a Comparative Institutional Analysis*, MIT Press [青木昌彦著（瀧澤弘和、谷口和弘訳）『比較制度分析に向けて』（N T T出版, 2001）]
- Axelrod, Robert, 1984, *The Evolution of Cooperation*, Basic Books [R. アクセルロッド著（松田裕之訳）『つきあい方の科学：バクテリアから国際関係まで』（ミネルヴァ書房, 1998年）]
- Ayres, Ian and Robert Gertner, 1989, Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, *Yale Law Journal* 99: 87-130

(1989)

- Bernheim, B. Douglas, 1994, A Theory of Conformity, *Journal of Political Economy* 102: 841-77
- Bernstein, Lisa, 2001, Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms, and Institutions, *Michigan Law Review* 99: 1724-1790
- Bernstein, Lisa, 1999, The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy: A Preliminary Study, *University of Chicago Law Review* 66: 710-780
- Bernstein, Lisa, 1996, Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms, *University of Pennsylvania Law Review* 144: 1765-1821
- Bernstein, Lisa, 1993, Social Norms and Default Rules Analysis, *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 3: 59-90
- Bernstein, Lisa, 1992, Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry, *Journal of Legal Studies* 21: 115-157
- Camerer, Colin F., 1988, Gifts as Economic Signals and Social Symbols, *American Journal of Sociology*, 94: S180-S214
- Campbell, David and Hugh Collins, 2003, Discovering the Implicit Dimensions of Contracts, in David Campbell, Hugh Collins and John Wightman, eds., *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts*, Hart Publishing, pp.25-49
- Charney, David, 1990, Nonlegal Sanctions in Commercial Relationships, *Harvard Law Review* 104: 373-467
- Cooter, Robert D., 1996, Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant, *University of Pennsylvania Law Review* 144: 1643-1696
- Cooter, Robert D., 1994, Decentralized Law for a Complex Economy, *Southwestern University Law Review* 23: 443-451
- Cooter, Robert D., 1998, Expressive Law and Economics, *Journal of Legal*

- Studies 27: 585-608
- Cooter, Robert D., 2000, Do Good Laws Make Good Citizens?: An Economic Analysis of Internalized Norms, *Virginia Law Review* 86: 1577-1601
- Dau-Schmidt, Kenneth G., 1997, Economics and Sociology: The Prospects for an Interdisciplinary Discourse on Law, *Wisconsin Law Review* 1997: 389-419
- Dau-Schmidt, Kenneth G., 1990, An Economic Analysis of the Criminal Law as a Preference-Shaping Policy, *Duke Law Journal* 1990: 1-38
- David, Paul A., 1985, CLIO and the Economics of QWERTY, *American Economic Review* 75: 332-337
- Farrell, J., 1993, Meaning and Credibility in Cheap-Talk Games, *Game and Economic Behavior* 5: 514-531
- Frank, Robert H., 1987, If Homo Economicus Could Choose His Own Utility Function, Would He Want One with a Conscience? *American Economic Review* 77: 593-604
- Gibbons, Robert, 1992, *Game Theory for Applied Economists*, Princeton University Press [ロバート・ギボンズ (福岡正夫, 須田伸一訳) 『経済学のためのゲーム理論入門』 (創文社, 1995)]
- Gillette, Clayton P., Alan Schwartz and Robert E. Scott, 1996, *Payment Systems and Credit Instruments*, Foundation Press
- Hills, Roderick M., 1997, You Say You Want a Revolution? The Case against the Transformation of Culture through Antidiscrimination Laws, *Michigan Law Review* 95: 1588-1635
- Kandori, M., G. J. Mailath, and R. Rob, 1993, Learning, Mutation, and Long Run Equilibria in Games, *Econometrica* 61: 29-56
- Kraus, Jody and Steven D. Walt, 2000, In Defense of the Incorporation Strategy, in Jody S. Kraus and Steven D. Walt, eds., *The Jurisprudential Foundations of Commercial and Commercial Law*, Cambridge University Press, 193-237
- Lessig, Lawrence, 1995, The Regulation of Social Meaning, *University of Chicago Law Review* 62: 943-1045

- Macaulay, Stewart, 1963, Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study, *American Sociological Review* 28: 55-67
- Macaulay, Stewart, 2000, Relational Contracts Floating on a Sea of Custom?, Thoughts about the Ideas of Ian Macneil and Lisa Bernstein, *Northwestern University Law Review* 94: 775-804
- Macaulay, Stewart, 2003, The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules, in David Campbell, Hugh Collins and John Wightman, eds., *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts*, Hart Publishing, pp.51-102
- Macneil, Ian R., 1978, Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law, *Northwestern University Law Review* 72: 854-905
- Matsui, A. 1991, Cheap-Talk and Cooperation in a Society, *Journal of Economic Theory* 54: 245-258
- Matsumura, T. and M. Ueda, 1996, Endogenous Timing in the Switching of Technology with Marshallian Externalities, *Journal of Economics (Zeitschrift für Nationalökonomie)* 63: 41-56
- Myerson, Roger B., 1991, *Game Theory: Analysis of Conflict*, Harvard University Press
- North, Douglas, 1990, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press [ダグラス C. ノース (竹下公視訳)] 『制度・制度変化・経済成果』(晃洋書房, 1994年)
- Picker, Randal C., 1997, Simple Game in a Complex World: A Generative Approach to the Adoption of Norms, *University of Chicago Law Review* 64: 1225-1288
- Posner, Eric A., 2000, *Law and Social Norms*, Harvard University Press [エリック・ポズナー(太田勝造監訳)] 『法と社会規範：制度と文化の経済分析』(木鐸社, 2002年)
- Posner, Eric A., 1996, Law, Economics, and Inefficient Norms, *University of Pennsylvania Law Review* 144: 1697-1744

- Romer, David, 1984, The Theory of Social Custom: A Modification and Some Extensions, *Quarterly Journal of Economics* 99: 717-727
- Schwartz, Alan, 1992, Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies, *Journal of Legal Studies* 21: 271-318
- Scott, Robert E., 2000, Rethinking the Uniformity Norm in Commercial Law, in Jody S. Kraus and Steven D. Walt, eds., *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law*, Cambridge University Press, pp.149-192
- Schelling, T., 1960, *The Strategy of Conflict*, Harvard University Press
- Sugden, Robert, 1986, *The Economics of Rights, Cooperation and Welfare*, Blackwell, 1986
- Sugden, Robert, 1989, Spontaneous Order, *Journal of Economic Perspectives* 3: 85-97
- Sunstein, Cass R., 1993, Endogenous Preferences, *Environmental Law, Journal of Legal Studies* 22: 217-54
- Sunstein, Cass R., 1986, Legal Interference with Private Preferences, *University of Chicago Law Review* 53: 1129-74
- Twining, William, 1973, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, University of Oklahoma Press
- 内田貴, 2000, 『契約の時代 日本社会と契約法』(岩波書店)
- 大隅健一郎, 1978, 『商法総則(新版)』(有斐閣)
- 飯田高, 2004, 『〈法と経済学〉の社会規範論』(勁草書房)
- 太田勝造, 2000, 『社会科学の理論とモデル7 法律』(東京大学出版会)
- 太田勝造, 2003, 「法規範の定立と社会規範の創発」*人工知能学会誌* 18 卷 4 号 408-415 頁
- 川濱昇, 1999, 「法と経済学の限界と可能性——合理的選択と社会規範をめぐって」『法の臨界 II 秩序像の転換』(東京大学出版会)
- 川濱昇, 1997, 「カルテル規制の再検討——合意の機能と協調促進的慣行」*法学論叢* 140 卷 5 = 6 号 155-192 頁
- 星野英一, 1965, 「附記」, *法学協会雑誌* 81 卷 5 号 565-572 頁

松井彰彦, 2002, 『慣習と規範の経済学』(東洋経済新報社)

松村敏弘, 2003, 「企業結合に関する産業組織論からの評価」鶴田俊正・糸田省吾・日下部聡編『産業再生と企業結合：課題——政策——ルール』159-199頁