



Kobe University Repository : Kernel

タイトル Title	契約法における任意法規の構造 : 厚生基底的任意法規の 構想へ向けた一試論(The Structure of Default Rule in Contract Law : Toward a Conception of Welfare-Based Default Rule)
著者 Author(s)	松田, 貴文
掲載誌・巻号・ページ Citation	神戸法學雑誌 / Kobe law journal,63(1):171-288
刊行日 Issue date	2013-06
資源タイプ Resource Type	Departmental Bulletin Paper / 紀要論文
版区分 Resource Version	publisher
権利 Rights	
DOI	
URL	http://www.lib.kobe-u.ac.jp/handle_kernel/81005333

Create Date: 2017-12-17



神戸法学雑誌第六十三巻第一号

契約法における任意法規の構造

—厚生基底的任意法規の構想へ向けた一試論—

松田 貴文

はじめに

第1章 マジョリタリアン・デフォルト・ルール (majoritarian default rule)

—取引費用の削減—

第1節 厚生阻害要因としての取引費用

第2節 多数派テーゼの導出

第3節 交渉模倣原理 (bargain-mimicking principle)

第4節 デフォルト・ルール不要論

第5節 小括

第2章 ペナルティー・デフォルト・ルール (penalty default rule)

—情報の非対称性—

第1節 厚生阻害要因としての情報の非対称性

第2節 ペナルティー・デフォルト・ルールのモデル (ハドレー・ルールを
素材として)

第1項 議論の概要

第2項 モデル分析

第3節 小括

第1項 デフォルト・ルールの判断基準

第2項 当事者と裁判所の情報格差に関するペナルティー・デフォルト・
ルール

第3項 具体的当事者意思基準との関係—補充的契約解釈との乖離—

第3章 行動経済学に基づくデフォルト・ルール理論

——意思決定における現状維持バイアス——

第1節 従来の行動仮説——合理的意思決定理論——

第1項 “文脈”の排除

第2項 デフォルト・ルール理論における“文脈”の排除

第2節 行動経済学の知見——現状維持バイアス——

第1項 現状維持バイアスとその特徴

第2項 現状維持バイアスの原因

第3項 デフォルト・ルールと現状維持バイアス

第3節 デフォルト・ルール理論に対するインプリケーション

第1項 “マジョリテリアン”・デフォルト・ルール

第2項 事後的なルール設定としての補充的契約解釈の優位性

第3項 現状維持バイアスに基づくデフォルト・ルール理論の射程範囲

おわりに

はじめに

“任意法規は何を定めるべきものか”、“任意法規の内容はいかにあるべきか”という任意法規の内容的基準の問題は、任意法規の存在意義というシンプルかつ根源的な問題と、契約法の解釈論という技術的で実践的な問題とを架橋するものとして位置づけることができる。なぜならば、一般的に任意法規として特徴付けられる契約法を解釈する際には、任意法規が何を定めるものであるかという内容的基準の問題が前提となり、任意法規の内容的基準の問題に答えるためには、そもそも任意法規が何のために必要となるのかということを考えなければならないからである。この問題については、従来、当事者意思にその基準を求める理解と、正しい行為を要求する客観秩序にその基準を求める理解が存在してきた。これらの理解の生みの親とも言えるドイツ法学においては、当事者意思を基準とする理解は、任意法規の意義を当事者の自律支援に見いだす立場に基づいて主張されたものであり、このような立場を自律基底的理論と呼ぶことが出来る。また、客観秩序を基準とする理解は、正しい行為内容からなる

客観秩序の実現に任意法規の意義を見いだす立場に基づくものであり、客観秩序基底の理論と呼ぶことが出来る。このように、ともすると単なる任意法規の内容ないし機能に関する問題として扱われがちな議論は、自律を基底の価値として任意法規理論を組み立てるか、それとも客観秩序を基底の価値として任意法規理論を組み立てるかという、より根源的な問題が顕現したものである⁽¹⁾。したがって、契約法の具体的な解釈論を行う際にも、そのことを意識する必要があるだろう。すなわち、当該解釈論の主張は、任意法規は何を定めるべきという理解に基づいているのか、ひいては、任意法規は何のためにあると考えているのか、と。契約法をめぐるいかなる解釈論の主張も、ある任意法規理解を前提として行われている。その際に、我が国やドイツにおいては、従来、“自律”や“客観秩序”ないし“正義”という言葉が用いられ、あるいは暗黙の前提とされてきたのである。

ところが、翻って英米法の議論を見てみれば、自律や客観秩序とは別の、第三の基底の価値が巨大な契約法理論を構築している姿を見ることが出来る。そこでは、法の経済分析を行う論者らを中心として、“自律”でも“客観秩序”でもなく、“社会的厚生”を基底の価値とした任意法規理論が組み立てられている。このような立場は、厚生基底の理論と呼ぶことができよう。そして、この厚生基底の任意法規理論は、経済学や意思決定論、さらに心理学の知見を吸収し、現在進行形で増幅し続けているのである。厚生基底の理論は、我が国においてもドイツにおいても、もはや無視することのできない影響力を及ぼすに至っている。すなわち、それに賛意を表明するにせよ、距離を置く立場をとるにせよ、何らかの態度決定が迫られている状況にあると言えよう。本稿は、このような三つの理論が錯綜している任意法規の議論を比較可能な形で言語化し、議論の整序をはかるための作業の一部をなすものである。そのような作業のうち、本稿は厚生基底の任意法規理論の検討にあたる部分であるが、その際、厚

(1) これらの理論については、拙稿「任意法規をめぐる自律と秩序(一)(二・完)——任意法規の構造理解に向けた序章的考察——」民商148巻1号・148巻2号(いずれも2013年)を予定しており、こちらを参照されたい。

生基底の理論を自律基底の理論や客観秩序基底の理論と対話不可能な異次元の理論に終わらせるのではなく、相互に比較可能な形で理解するための補助線として、冒頭に述べた任意法規の内容的基準の問題を設定する。さらに、本稿は、上記のような作業の一環として厚生基底の理論を検討することを通じて、同時に社会的厚生を基底的価値とする契約法理論の可能性を探ることをも目的としている。

本論においては、大きく分けて三つのアプローチを検討するが、いずれも任意法規の内容的基準についていかなる帰結をもたらすかという点を念頭に置いて検討を行う。まず、第1章では、厚生阻害要因として取引費用に着目するアプローチを検討する。厚生基底の理論における標準的なアプローチであり、このアプローチからはマジョリティアン・デフォルト・ルールという考え方が主張されている。これは、任意法規は多数者が望むであろう内容（仮定的意思）を定めるべきである、というものである。さらに、このアプローチからは、そもそも任意法規を設定すべきかという問題や、補充的契約解釈に関してもインプリケーションを得ることができ、それについても検討する。次に、第2章では、厚生阻害要因として情報の非対称性に着目するアプローチを検討する。このアプローチからは、対称情報を実現するために、情報を有する当事者に対して情報伝達のインセンティブを与える手段として任意法規を設計すべきである、というペナルティー・デフォルト・ルールの考え方が主張されている。このアプローチからは、原理的には、任意法規の内容は当事者の仮定的意思と離れることとなる。しかし、本稿では、結局我々が参照することのできる基準としては、多数当事者が望むであろう内容という基準に行き着くことを示す。最後に、第3章では、前二者のアプローチが前提としていた合理的意思決定理論を修正する立場から得られるインプリケーションを検討する。ここでは、伝統的な経済学理論に修正を迫ってきた行動経済学の知見が、厚生基底の任意法規理論に対して及ぼす影響を見る。そこで問題となるのは、現状維持バイアスという現象である。

以上のような順序で検討を行うが、本論に入る前に、“任意法規”と“デフォ

ルト・ルール”という言葉の用法について確認をしておきたい。当事者自身による規律の領域を認めるような法規範をいかなる名称で呼ぶかということには、実はすでにその者の依拠する立場が示唆されている。例えば、現在のドイツでは“任意法規 (dispositives Recht)”という言葉が用いられることが多く、“合意によって変更可能な法規 (abdingbares Recht)”と呼ばれることもある。我が国においても、“任意法規 (規定)”と呼ばれるのが一般的である。このような呼称は、法の規定がある権利義務を定めていたとしても、それは合意によって変更ないし排除可能であるという思考方法を表すものである。すなわち、法規範は当事者意思に従属的なものであり、それが合意によって変更・排除可能であるということを出発点としている。これは、自律基底の理論と親和的な呼称である。それに対して、かつてはこれらの表現を用いることに異議を唱える立場もあった。そこでは、“補充法命題・補充規定 (ergänzender Rechtssatz, ergänzende Vorschrift)”⁽²⁾という言葉が望ましいものとされていた。このような言葉を用いる者においては、合意による変更・排除可能性という発想はとられない。むしろ、合意がない場合に当事者の権利義務を補充するということにその本質的特徴があるのであって、合意がある場合にはそもそも法規範は現れてこないのである。そうした補充が許されるのは、法規範が正しい行為ルールを定めているからに他ならない。このような立場においては、法秩序の定める豊かなルール群は本質的ルールと附随的ルールとから構成されるものとして理解され、当事者の自律はこの本質をより精緻に実現するために許容されるに過ぎない。いわば、当事者の自律は当該契約の本質を実現するための補助的手段となるのである。補充法命題・補充規定という言葉は、客観秩序基底の理論にお

(2) Osker Bülow, Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, AcP 64 (1881) 1, 73; Ludwig Enneccerus/Hans Carl Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Halbband 1, 15. Aufl., 1959, S. 301. なお、ニッパダイは、1931年の第13版においては、エンネクツェルスを引き継いで、「補充規定を任意法規と表現するのは不適切である」という文言を維持していたが、1942年の第14版以降は削除している。

いて用いられたものである。ところで、“デフォルト・ルール”という言葉は、合意による変更がなされない限りで妥当する標準ルール・初期値という含みを有しており、基本的には“任意法規”という言葉と同様の発想に基づくものである。しかし、法規範の変更という作為を想定するか、あるいは変更されない場合の法規範という不作為を想定するかという違いがある。つまり、“任意法規”という言葉はあくまで法規範をベンチマークとしているのに対し、“デフォルト・ルール”という言葉は当事者間での合意をベンチマークとしている。ここに、ローマ法の伝統の上にある制定法主義たる大陸法系と判例法主義たる英米法系の思考方法の違いを読み取ることは深読みかもしれないが、ベンチマークの違いに何らかの含みがあるものと見ることもできよう。本来ならば、このような基本的発想を異にする言葉を互換性のあるものとして用いることは望ましくないが、本稿では、それぞれの議論において用いられている言葉のニュアンスを保持しつつ、異なる立場間での相互的な議論を可能にするという趣旨のために、“任意法規”と“デフォルト・ルール”を文脈に応じて使い分けると同時に、互換性のあるものとして用いることとしたい。

第1章 マジョリテリアン・デフォルト・ルール (majoritarian default rule) ——取引費用の削減——

デフォルト・ルールの経済分析に関する文献において、初期の段階から議論され、現在でもスタンダードとしての地位にあると言ってよいと思われるのは、“任意法規は取引費用を削減して効率的に契約を締結することができるようにするための装置である”という考え方である⁽³⁾。この考え方は、取引費用の削減それ自体によって、また、取引費用の存在により実現不可能であった契約

(3) 我が国において、「権利義務関係の設計を任務とする契約法学」の立場から、この点に任意法規の意義を見いだすものとして、平井宜雄『契約法学の再構築(3)・完——法律家の養成という視点から——』ジュリ1160号(1999年)100-101頁、同『債権各論I上—契約総論』(弘文堂、2008年)40頁。

の実現を可能とすることによって社会的厚生を増大させる、という点に任意法規の正当化根拠を見出すものである。契約を締結しようとする場合には、およそコストが伴う。取引相手と交渉したり、将来どのような事態が発生するかを予測したり、それに対してどのような権利義務を設定するかを考えたりしなければならない。自分が新しい事業、例えば運送業を始めようとして、荷主との契約をどのようにするか決定する場面を考えるならば、運送料金を設定する際の地域やサイズの区分、通常便と急ぎ便の区別、荷物を破損した場合の損害賠償、配達が遅れた場合の責任、自然災害により配達が不可能となった場合の運搬費の負担等、数々の事項を決定しなければならないが、その手間が煩わしいことは容易に想像できるであろうし、場合によっては法律の専門家を雇ったり、市場調査をしたりするために金銭的負担も生じるだろう。契約がより複雑になればなるほど、これらのコストは増大する。契約内容を考えるために時間的コストがかかり、直ちに事業に参入すれば得られたであろう利益を失ってしまうなど、機会費用が発生することも考えられる。このようなときに、すでにできあがっている契約書面が存在すれば、これらのコストはすべて節約することができる。取引費用削減の考え方によれば、任意法規は、まさにそのような契約書面を提供する役割を果たす。このような取引費用削減手段としての任意法規理解に基づいて、マジョリテリアン・デフォルト・ルール (majoritarian default rule) という考え方が主張されている。これは、任意法規は当該類型の契約を締結する当事者の多数が選択するような内容を規定すべきである、というものである。取引費用削減という観点に基づいて、契約の欠缺に対しては当事者が選択すると推測される内容を補充すべきであるということは、早くから指摘されていた。例えば、リチャード・A・ポズナーは、「もし当事者がその事態について規定していたとしたら、どのように定めていたであろうか」ということを考えるべきであると述べたが⁽⁴⁾、彼は、その理由を、当事者が様々な事態を予め予測することは困難であるし、仮に予測できたとしても、それについて慎重に規定するコストが利益を上回る場合があり、また、当事者が規定するよりも裁判所が規定する方が低コストとなることもあり得るからであるとしている。

しかし、ここでは多数派という要素はまだ意識されていない。他方で、ゲッツとスコットは、取引費用削減を任意法規の目的として位置づけた上で、多数派の選択という点を意識している。彼らは以下のように述べる。「多くの契約ルールは任意であり、当事者が別の合意をしていない場合にのみ適用される。法が、標準化され、広範囲にわたって適合するリスク配分を前もって提供することによって、当事者は“既製品”として予め定式化された法規定を選択することができ、よって、提案された内容のあらゆる詳細について交渉するコストを削減することができる。非典型的な当事者は、なお自分用の規定を自由に交渉することができるが、それは、標準的ではない体格の人が、安い価格で標準服を買ったうえで着られるように裁断するのではなく、余分に代金を払ってでも特注の衣服を買うのと同様である」。「理想的には、国家によって予め定式化されたルールは、当事者がコストを負担することなく取引の詳細について交渉すれば到達するであろう内容を模倣すべきである。このようなベンチマークを用いることによって、以下の2つの区別可能な問題が提起される。第1に、最も多くの交

(4) RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 82 (3rd ed.1986). ポズナーはこの第3版より契約法ルールの取引費用削減機能について詳細に述べている。しかし、1972年初版44頁においてすでに、取引費用削減機能に基づいて、契約法ルールが「当事者が明示的に交渉したであろう」ルールを定めるものであることを指摘している。また、Richard A. Posner & Andrew M. Rosenfield, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, 6 J. LEGAL STUD. 83, 88-89 (1977)も参照。さらに遡れば、同様の考え方はすでにジェレミー・ベンタムの時代において認識されていた。ベンタムは以下のように述べている。「義務は本来的的(original)なものと同随的(adjunctive)なものに分けられる。私は、契約それ自体の中で明示的に述べられているものを本来的と呼び、それに対して付け加えることを法が適切と見なすものを同随的と呼ぶ。前者は契約当事者が予見していた出来事に関係し、後者は予見できなかった出来事に関係する」。「このように、あらゆる国において、法は、当事者の想像力がことの成り行きに及んでいたらば自ら為していたであろうことを当事者のために行うことによって、個人の予見能力の欠如を補充している」。「賢明な立法者は、……功利原理から導かれる真のシンプルな理由によってそれを支持するだろう」。Jeremy Bentham, *A General View of a Complete Code of Laws*, in THE WORKS OF JEREMY BENTHAM 155, 190-191 (John Bowring ed. 1843).

渉者はどのような内容を望むか。第2に、どのような非典型的な内容が、良性的なものとして支持されるのか⁽⁵⁾」(傍点は本文中でイタリック体となっている部分)。ゲッツとスコットは、明らかに、取引費用の削減を任意法規の目的として位置づけた上で「最も多くの交渉者はどのような内容を望むか」という問題を提起しており、ここにおいてマジョリテリアン・デフォルト・ルールの考え方が表れていると言える。そして、マジョリテリアン・デフォルト・ルールの考え方は、取引費用の削減を目的とする立場からは広く認められており、ポズナーも最近の著書では、「最も多く当事者」が合意するような条項を契約内に組み入れることは、交渉コストや起案コストを節約する、と述べている⁽⁶⁾。もっとも、このような理解はあくまで直感的な理解にとどまっており、いかなる推論を経て、取引費用の削減という目的から多数当事者の望む内容という基準が導かれるのかは未だ不鮮明なままにとどまっている。そこで、この点を分析的に検討し、そこから示唆を得ることが本節の目標である。

まず最初に、取引費用が、契約締結の障害となることによって社会的厚生を増大に対して抑制的に作用する仕組みについて述べる。次に、取引費用削減の観点から導かれる任意法規の満たすべき条件を明らかにする。ここでは、“多数者の望むルールを任意法規として規定すべきである”という多数派テーゼが、“常に正しい回答を導き出すわけではないが、概ね正しい回答を導き出す思考方法”としての正しさを持つことが示される。その後で、取引費用削減手段としての任意法規理解を基礎として主張されている2つの異なる方向を志向する理論を紹介する。それは、取引の代金設定については具体的当事者の交渉力を反映するようなルールを設定すべきであるという交渉模倣原理 (bargain-mimicking principle) と、多くの場合にデフォルト・ルールは不要であるとする消極論である。

(5) Charles Goetz & Robert E. Scott, *The Mitigation Principle: Toward A General Theory of Contractual Obligation*, 69 VA. L. REV. 967, 971 (1983).

(6) RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 119 (8th ed. 2011).

第1節 厚生阻害要因としての取引費用

取引費用は、経済学における極めて重要な概念であるにもかかわらず⁽⁷⁾、その定義は論者によって様々である⁽⁸⁾。例えば、コースは1937年の論文“The Nature of the Firm”では、「価格メカニズムを利用するための費用」という言葉を用いている。また、1960年の論文“The Problem of Social Cost”では、次のように述べている。「市場取引を実行するためには、次のことが必要になる。すなわち、取引をしようとする相手を見つけ出すこと、取引の意思と条件を人々に伝えること、取引のための交渉を行うこと、契約書を作成すること、契約の条項が遵守されていることを確認するのに必要な監視をすることなどである⁽¹⁰⁾。また、財産権を移転するためのコストとして取引費用を定義するものもある⁽¹¹⁾。さ

(7) Steven Cheung, *The Contractual Nature of the Firm*, 26 J. L. & ECON. 1, 21 (1983)は、限界主義と並んで重要な概念であるとしている。コースは取引費用の存在によって企業の存在を説明したが、ウィリアムソンはコースの考察を引き継ぎ、さらに限定合理性、機会主義、資産特殊性といった概念を用いてガバナンス構造の効率性を比較検討した。彼は“新制度派経済学”を確立したが、取引費用に注目する点をとって“取引費用経済学”と呼ばれることもある。わが国においてこうした分野の成果を民法学に取り入れるものとして、森田修「ウィリアムソンの契約理解について—一法と市場の制度分析のために(その1)」社研48巻1号(1997年)182頁、平井宜雄「契約法学の再構築(1)～(3)——法律家の養成という視角から——」ジュリ1158号(1999年)96頁、1159号(1999年)135頁、1160号(1999年)99頁、同「いわゆる継続的契約に関する一考察——『市場と組織』の法理論の観点から——」星野古稀『日本民法学の形成と課題 下』(有斐閣、1996年)695頁。また、ウィリアムソンの経済分析を紹介しつつその限界を指摘するものとして、内田貴『契約の再生』(弘文堂、1990年)165-172頁。コースやウィリアムソンの議論の内容に関しては、藤田友敬「契約・組織の経済学と法律学」北法52巻5号(2002年)1884頁も参照。

(8) 取引費用概念の歴史や定義に関するものとして、Douglas W. Allen, *Transaction Costs*, in 1 ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS 893 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds., 2000).

(9) Ronald H. Coase, *The Nature of the Firm*, 4 ECONOMICA 386, 390 (1937) (邦訳、ロナルト・H・コース [宮沢健一=後藤晃=藤田芳文訳]『企業・市場・法』(東洋経済新報社、1992年)44頁)。

らに、取引費用を財産権が完全に定義されていることと裏返しの関係にあるものと見なし、財産権を確立・維持するためのコストとして定義するものも現れている⁽¹²⁾。このように、取引費用の定義については様々な見解が存在するものの、任意法規論の文脈において問題となる取引費用についてはおおよその一致が見られる。すなわち、交渉コストや、将来の事態を予測して契約内容を起案するコストである⁽¹³⁾。任意法規論における取引費用が必ずしもこれらに限定されるわけではないが、本稿ではそれらを念頭に置いて議論することとする。ところで、後で議論する情報の非対称性も、取引費用と密接な関連を有するものとして理解することができる。情報の非対称性が存在すると、一方当事者にとって当該情報を入手するのに多大なコストがかかるために取引が妨げられると考えられるからである⁽¹⁴⁾。しかし、情報の非対称性は、ここで論じるものとは異なるメカ

-
- (10) Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & ECON. 1, 15 (1960) (邦訳、コース・前掲注(9)131頁。ただし、便宜上、訳文は適宜変更した。)
- (11) Harold Demsetz, *The Cost of Transacting*, 82 Q. J. ECON. 33, 35 (1968); Jörg Niehans, *Transaction Costs*, in THE NEW PALGRAVE: A DICTIONARY OF ECONOMICS 676 (John Eatwell, Murray Milgate & Peter Newman eds., 1987).
- (12) Douglas W. Allen, *What Are Transaction Costs?*, in 14 RESEARCH IN LAW AND ECONOMICS 1 (Richard O. Zerbe, Jr. & Victor P. Goldberg eds., 1991).
- (13) OLIVER HART, FIRMS, CONTRACTS, AND FINANCIAL STRUCTURE 23-24 (1995) (邦訳、オリバー・ハート〔鳥居昭夫訳〕『企業 契約 金融構造』(慶應義塾大学出版会、2010年)30-32頁)は、これらの費用を具体例に則して分かりやすく説明している。
- (14) 初期の段階でデフォルト・ルールについて論じたCharles J. Goetz & Robert E. Scott, *The Limits of Expanded Choice: An Analysis of the Interactions Between Express and Implied Contract Terms*, 73 CAL. L. REV. 261, 267-273 (1985)は、交渉コスト等のみではなく、契約締結の際に発生しうる一定のエラーを減少させるものとして、任意法規に意義を認めている。そのようなエラーとして、以下のものが挙げられている。(1) 言い間違いや書き間違いなどのエラー。(2) 言葉が複数の意味を持つという意味での曖昧さ。(3) ある事態について権利義務を規定し損ねる場合(不完備性)。(4) 矛盾する条項の存在。(5) 裁判所による解釈の誤り。当事者間では意味の一致している条項を、裁判所が別の意味で解釈する場合。(6) 契約による利益を最大限に引き出さないような条項。

ニズムによって社会的厚生に対して影響を与えうる。したがって、情報の非対称性については次章で論じることとし、ここでは交渉コストや起案コストなどの典型的な取引費用を念頭に置くこととする。

このような意味での取引費用がルールの規律に影響を与えるその態様は、二通りの形態を考慮することができる⁽¹⁶⁾。一つは、当事者は取引費用を負担してでも契約内において自己の望むルールを規律するが、取引費用が存在することによって総利益が減少する、という形をとる（パターン1）。もうひとつは、ルールを規律することによって得られる利益よりも取引費用の方が大きいために、当該ルールが規律されない、という形態である（パターン2⁽¹⁷⁾）。パターン1の場合として、あるルールを契約内容として規律することによって当事者AとBにそれぞれ50の利益が生じ、それぞれ20の取引費用を負担する場合を考える。この場合、契約を締結することによってどちらの当事者にとっても30の利益が生じるから、両当事者は当該ルールを規律するだろう。そして、当該ルールが規律された場合には、社会的には100の利益と40のコストが生じるので、合計60の社会的厚生が新たに生じることとなる。他方で、取引費用が存在しないと

- (15) PAUL MILGROM & JOHN ROBERTS, *ECONOMICS, ORGANIZATION AND MANAGEMENT* 30 (1992)(邦訳、ポール・ミルグロム=ジョン・ロバーツ〔奥野正寛=伊藤秀史=今井晴雄=西村理=八木甫訳〕『組織の経済学』(NTT出版、1997年)32頁)、塩澤修平=石橋孝次=玉田康成編著『現代ミクロ経済学：中級コース』(有斐閣、2006年)337頁。
- (16) Richard Craswell, *Contract Law: General Theories*, in 3 *ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS* 1, 3-4 (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds., 2000); Jason Scott Johnston, *Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules*, 100 *YALE L.J.* 615, 624 (1990).
- (17) ある不測の事態が発生する可能性が低い場合、当該事態に関して予めルールを規律することによる期待利益が小さいような場合が想定される。なお、取引費用の大きさに影響を与える要素をまとめたものとして、ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW & ECONOMICS* 91 (6th ed. 2012)(2版の邦訳として、ロバート・D・クーター=トーマス・S・ユーレン〔太田勝造訳〕『法と経済学〔新版〕』(商事法務研究会、1997年)のTable 4.3(邦訳では、139頁の表3.3に相当。)を参照。

仮定すると、その場合には、コストがゼロで、ルールが契約内容となることによる利益100が生じることとなるので、社会的厚生は100となる。したがって、取引費用は社会的厚生を減少させていることが分かる。このとき、取引費用の発生そのものが社会的厚生を減少させている。この場合には、取引費用が削減された分だけ社会的厚生が増大するという関係にある。次に、取引費用が高すぎるためにルールが規律されないというパターン2の場合を考える。ルールを規律することによる利益は同じくAとBそれぞれ50であるとし、それぞれの負担する取引費用が60であるとする。このとき、AとBはルールの規律によってそれぞれ50の利益を得るが60の損失を被るので、ルールを規律しないだろう。したがって、ルールの規律による100の社会的厚生も生じない。しかし、仮に取引費用が存在しないとすれば、AもBも自らの望むルールを契約内容に取り込むことによって50の利益を得ることができる。その結果、100の社会的厚生が生じる。この場合には、取引費用の発生それ自体が社会的損失となっているのではなく（取引費用の存在によってルールが規律されない以上、取引費用は現実化していない）、取引費用が存在することによって当事者の望むルールが契約内容とならない結果として、ルールが契約内容となることによる100の利益が生み出されないことが社会的損失となっている。この場合には、削減された取引費用の分だけ社会的厚生が増大するという関係にはない。むしろ、取引費用が削減される結果として契約内に取り込まれるルールがもたらす厚生の方だけ、厚生が増大するという関係にある。この場合には、社会的厚生にとって、取引費用の額がどれだけかということとは関係ない。

このように、取引費用が社会的厚生に影響を及ぼして非効率性をもたらす形態は二つに分けて考えることができ、それらはいずれも取引費用の存在に起因するものであるが、社会的厚生に対する影響の仕方が異なっている。一方は取引費用の発生それ自体によって、他方はルールの規律によって生じる厚生を通じて、社会的厚生に対して影響を与えている。したがって、いかなる任意法規を設定して取引費用を節約するべきかという問題にとっては、前者においては取引費用の大きさが、後者においてはルールによってもたらされる厚生の大き

さが、考慮要素となる。しかし、実際の市場においてはどちらの種類の当事者も存在する。したがって、取引費用を削減することによって社会的厚生を増大させるという点に任意法規の正当化根拠を見出す理論は、これらの双方を組み込んで分析を行わなければならない。すなわち、どちらの形態の当事者がどれだけ存在するかという点をも考慮した上で、デフォルト・ルールの内容的基準を検討する必要がある。そこで、以下では、エアーズとゲートナーの議論⁽¹⁸⁾を参考にして、マジョリティアン・デフォルト・ルールにおける内容的基準の問題を検討する。彼らの議論は、厚生阻害要因として情報の非対称性に着目するペナルティー・デフォルト・ルール (penalty default rule) (これについては第2章で検討する。) を包括する一般的な理論に関するものであるが、その中でマジョリティアン・デフォルト・ルールという考え方がどのような前提に基づいているかも検討されているので、これを見ていくこととしよう。

第2節 多数派テーゼの導出

取引費用削減手段としての任意法規理解の関心は、言うまでもなく取引費用をいかにして削減するかという点にある。それでは、どのような任意法規が存在すれば、取引費用が削減されるであろうか。それはすなわち、まさに当該当事者が規定したいと考えている内容を定める任意法規が存在する場合であろう。そのような任意法規が存在すれば、当事者は自らコストをかけて契約内容を決定する必要がなくなるからである。取引費用削減手段としての任意法規の関心はあくまで取引費用であるが、前節で見たように、取引費用の削減が社会的厚生にもたらす影響は異なりうる。パターン1の類型では、削減される取引費用が大きければ大きいほど、社会的厚生も増大する。また、当該任意法規によって取引費用を削減することができる当事者の数が多ければ多いほど、社会的厚生が増大する。他方で、パターン2の類型では、取引費用が削減されることに

(18) Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87, 108-118 (1989).

よって契約内に取り込まれるルールのもたらす利益が社会的厚生を増大させるので、ルールのもたらす利益が大きければ大きいほど、また、そのような利益を受ける当事者が多ければ多いほど社会的厚生が増大する。したがって、いかなる任意法規が社会的厚生増大の手段として適切であるかは、削減される取引費用の大きさ、取引費用の削減によって初めて契約内に取り込まれるルールのもたらす厚生の高さ、取引費用を節約することができる当事者の数に依存することになる。そこで、以下では、これらの要素がどのような関係にあり、任意法規の基準としてどのようなものが導かれるかを示すこととする。

いかなる任意法規が望ましいかは、その任意法規の下で生じるコストの総和によって決まる。そこでまず、任意法規がルール r_i ($i = 1, 2$)であるときに生じるコストの総和を式によって表わすこととする。市場における全当事者の契約数を n とし、 r_i を望む当事者の契約の割合を α_i とする($\alpha_1 + \alpha_2 = 1$)。この中には、 r_i を規律することによって得られる利益が取引費用よりも大きいために、取引費用を負担したとしても当該ルールを規律する当事者の契約（以下、“取引費用が十分に小さい当事者の契約”とする。）と、反対に取引費用の方が大きいために、自己の望む任意法規が規定されていなければ自己の望むルールを規律しない当事者の契約（以下、“取引費用が十分に大きい当事者の契約”とする。）が存在する。そこで、 r_i を望みかつ取引費用が十分に小さい当事者の契約の割合を、 β_i とする。そうすると、 r_i を望みかつ取引費用が十分に大きい当事者の契約の割合を $\alpha_i - \beta_i$ と表わすことができるので、市場に存在する契約の種類としては、 $\alpha_1 - \beta_1$ に含まれるもの（ r_1 を望みかつ取引費用が十分に大きい当事者の契約）、 $\alpha_2 - \beta_2$ に含まれるもの（ r_2 を望みかつ取引費用が十分に大きい当事者の契約）、 β_1 に含まれるもの（ r_1 を望みかつ取引費用が十分に小さい当事者の契約）、 β_2 に含まれるもの（ r_2 を望みかつ取引費用が十分に小さい当事者の契約）の4つの類型が存在することとなる。次に、 r_i を望む当事者の契約のうち、取引費用が十分に小さい当事者の契約において両当事者が負担する取引費用を c_i とする。⁽¹⁹⁾先の例で言えば、当該ルールを規定するためにはそれぞれ20のコストを負担し、計40の取引費用が発生するが、当該ルールを規律することによって

各当事者に50ずつの利益が生じるために当該ルールを規定することとなる当事者の契約における、40のコストがこれに当たる($c_i=40$)。また、ルール r_i を望みかつ取引費用が十分に大きい当事者の契約において、自己の望むルールが契約内に存在しないために失われる厚生を w_i とする。⁽²⁰⁾先の例で言えば、当該ルールを規律すれば各当事者に50で計100の厚生が生じるが、それぞれが60のコストを負担するために当該ルールを規律しない当事者においては、計120のコストは発生しないが100の厚生も生じないこととなる。このときの100が w_i である($w_i=100$)。以上のように記号を定義するとき、任意法規がルール r_i であるときに生じるコストの総和はどのように表わすことができるだろうか。まず、任意法規がルール r_1 である場合について考える。このとき、 r_1 を望む当事者は、取引費用を負担することなく自己の望むルールを契約内に取り込むことができ、当該ルールが契約内に規定されることによる利益を得ることができるから、コストは発生しない。他方で、 r_2 を望む当事者の契約においては一定のコストが発生する。その内訳を見てみよう。まず、 r_2 を望む当事者の契約のうち取引費用が十分に小さい当事者の契約 $n\beta_2$ においては、当事者は取引費用 c_2 を負担して自己の望むルールを規律する。したがって、 $n\beta_2 c_2$ のコストが生じる。次に、 r_2 を望む当事者の契約のうち取引費用が十分に大きい当事者の契約 $n(\alpha_2 - \beta_2)$ においては、当事者はルール r_2 を自ら規律しない。それにより、ルール r_2 を規律すれば得られたであろう厚生を失うというコスト w_2 が生じるから、 $n(\alpha_2 - \beta_2)w_2$ の

- (19) 取引費用 c_i はルール r_i の関数であるから、 $c_i(r_i)$ と表わされるべきものである。ただし、ここではルール r_i が任意法規として規定されている場合には何らのコストも負担せずルール r_i を契約内に取り込むことができると仮定するので、 $c_1(r_1)=c_2(r_2)=0$ であり $c_1(r_1)$ や $c_2(r_2)$ を記号として用いることはない。そこで、より単純に、 $c_1(r_2)$ と $c_2(r_1)$ を以てそれぞれを c_1 、 c_2 と表わすこととする。
- (20) w_i はルール r_i の関数であるから、 $w_i(r_i)$ と表わされるべきものである。ただし、ルール r_i が任意法規として規定されている場合には、同じ内容のルールを自ら規律した場合と同じ利益を生み出すと仮定するので、ルール r_i が任意法規として補充されたとしても、自ら規律した場合と比べて何ら厚生の低下は生じない。したがって、 $w_1(r_1)=w_2(r_2)=0$ であり $w_1(r_1)$ や $w_2(r_2)$ を記号として用いることはない。そこで、より単純に、 $w_1(r_2)$ と $w_2(r_1)$ を以てそれぞれを w_1 、 w_2 と表わすこととする。

コストが生じる。これらを合わせたものが、ルール r_1 を任意法規として定めた場合のコストの総和 $C(r_1)$ であるから、以下のように表わすことができる。

$$C(r_1) = n\beta_2c_2 + n(\alpha_2 - \beta_2)w_2$$

同様に、ルール r_2 を任意法規として定めた場合のコストの総和 $C(r_2)$ は、以下のように表わすことができる。

$$C(r_2) = n\beta_1c_1 + n(\alpha_1 - \beta_1)w_1$$

ところで、ルール r_1 を定めた任意法規がルール r_2 を定めた任意法規よりも望ましいのは、ルール r_1 を定めた任意法規がもたらすコストの総和が、ルール r_2 を定めた任意法規がもたらすコストの総和よりも小さい場合であるから、ルール r_1 を定めた任意法規が望ましいものと言えるための条件は、以下のようになる。

$$C(r_1) < C(r_2)$$

$$n\beta_2c_2 + n(\alpha_2 - \beta_2)w_2 < n\beta_1c_1 + n(\alpha_1 - \beta_1)w_1$$

$$\beta_2c_2 + (\alpha_2 - \beta_2)w_2 < \beta_1c_1 + (\alpha_1 - \beta_1)w_1 \quad \dots \dots (1)$$

いかにも不格好な計算式であるが、ここから多数派テーゼがいかにして導かれるのだろうか。多数派テーゼは当事者の多数が望む内容のルールを任意法規として定めることが望ましいというものであるから、多数派テーゼを示す式は $\alpha_1 > \alpha_2$ である。さらに、 $\alpha_1 + \alpha_2 = 1$ であることを利用すれば、 $\alpha_1 > \frac{1}{2}$ であるということになる。そこで、この式に近づけるために条件式(1)を α_1 について整理してみると、以下のようになる。

$$\alpha_1 > \frac{w_2 + \beta_2(c_2 - w_2) - \beta_2(c_1 - w_1)}{w_1 + w_2} \quad \dots \dots (2)$$

(2)式の右辺は、ルール r_1 を定めた任意法規が望ましいといえるために最低限要求される α_1 の値を意味する。多数派テーゼが成立するためには、(2)式の右辺が $\frac{1}{2}$ でなければならない。エアーズとゲートナーの分析するところによれば、多数派テーゼを主張する場合には、(2)式の右辺を $\frac{1}{2}$ とするために一定の仮定が置かれることとなり、そのような仮定には2種類のものがありうる。第一に、すべての当事者において取引費用が十分に小さいために誰も自己の望むルールの規律に失敗しないということ ($\alpha_1 = \beta_1$ かつ $\alpha_2 = \beta_2$) と、いずれのルールを望む当事者の取引費用も同じであること $c_1 = c_2$ 、という二つの仮定を置くことが考えられる。そこで、これらの仮定を条件式に当てはめてみる。まず、仮定より $\alpha_1 - \beta_1 = 0$ 、 $\alpha_2 - \beta_2 = 0$ であることから、条件式(1)の両辺の第2項はそれぞれ0となり、(1)式は $\beta_2 c_2 < \beta_1 c_1$ となる。さらに、 $\alpha_1 = \beta_1$ 、 $\alpha_2 = \beta_2$ であり、 $\alpha_2 = 1 - \alpha_1$ であるから、これを $\beta_2 c_2 < \beta_1 c_1$ に当てはめると $\alpha_1 > \frac{c_2}{c_1 + c_2}$ となる。さらに、仮定より $c_1 = c_2$ であるから、 $\alpha_1 > \frac{1}{2}$ が導かれる。したがって、この種の仮定を置く多数派主義者による多数派テーゼは以下のようなものである。

多数派テーゼ1

取引費用が十分に小さいために、どの当事者も任意法規を排除して自己の望むルールを規律することに失敗せず、かつ、ルールを規律する際に生じる取引費用が各契約において同一であるならば、多数者の望むルールを任意法規として設定することが望ましい。

例えば、クラズウェルは次のように述べている。「広く一般的なアプローチは、最も多くの当事者が選好する (prefer) 救済手段を特定しようと試み、そのような救済手段を法的ルールとして推奨することである。それは、幾つかの仮定から導くことができる。もし、交渉にコストがかかり、法的ルールによって供給された救済手段を選好するならば、デフォルト・ルールをそのまま契約内容とすることによってそうした交渉コストを回避することができ、そのときには、交渉コストをもっとも多く削減する方法は、最も多くの当事者がデフォルト・

ルールとして望む救済手段を選択することである。たとえ、そうした当事者がなお一定の交渉をする必要があるとしても一例えば、当事者間で議論をしなければ自分たちにとってどれが最もよいデフォルト・ルールかを知ることができないような場合一、起案コストは、最も一般的な救済手段をデフォルト・ルールとすることによって最小化することができる。したがって、少なくとも、当事者が別の契約文言を起案しなければならないような場面は最小になる⁽²¹⁾。このような叙述は、取引費用が発生するとしても自己の望むルールが規律されることを前提としている。なぜならば、自己の望むルールが契約内容とならないことによって生じる厚生低下を考慮せず、交渉コストの減少のみを考慮しているからである。これは、前項で述べた、取引費用が社会的厚生を阻害する形態のうち、パターン1のみを想定しているということを意味する。そして、先に行った分析によれば、このような場面を想定して多数派テーゼを導く際には、いずれのルールを望む当事者の契約を比べてみても、両当事者の負担する取引費用が等しいことが暗黙の前提とされていることになる。また、シュワルツは、当該任意法規を望む当事者が節約することができる取引費用と、当該任意法規を望まない当事者が負担する取引費用との差を、当該任意法規のもたらす社会的厚生として定義した上で、「当事者が同様の契約コストを負担するならば、受容可能性条件は“民主主義的”解釈を与えられる。すなわち、国家は当該ルールをそのまま受け入れる契約当事者の割合を最大にするようなデフォルト・ルールを選択すべきである⁽²²⁾」と述べている。シュワルツが与えた任意法規のもたらす社会的厚生定義は、取引費用が十分に小さい当事者のみが存在

(21) Richard Craswell, *Contract Remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach*, 61 S. CAL. L. REV. 629, 633 (1988). なお、引用部分に引き続いて、クラズウェルは、「もしくは以下のことはより重要であろう。すなわち、もし、当事者が単純に交渉することができないならば一交渉コストが禁止的に高い、戦略的態度が合意を妨げるなどの理由によることが考えられる一、効率的な結果に至る唯一の方法は、当事者が交渉できていたとしたら合意していたであろう救済手段を、法的ルールが提示することである。」とも述べている。ここでは、取引費用が禁止的に高く、任意法規が排除されない場合もあることが意識されている。

する場面を想定したものであり、なおかつ、彼は取引費用が異なるルールを望む当事者間で同一であることを仮定している。また、「すべての当事者が同様の契約コストに直面し、あらゆる条項を排除するのに同じようにコストがかかるような特別な場合には、それ〔引用者注：当該条項を排除する当事者が負担する取引費用の総額が最小になるような条項〕が意味するものは、多数者が好む条項である」、と述べるものもある⁽²³⁾。これらは、多数派テーゼ1について述べているものと言えよう。

次に、すべての当事者について、任意法規を排除して自己の望むルールを規律するコストが十分に大きいために、いかなる当事者も自己の望むルールを規律しないということ ($\beta_1 = \beta_2 = 0$) と、自己の望むルールが契約内に存在しないことによってもたらされる厚生 of 低下の程度が同一であること ($w_1 = w_2$)、という仮定を置くことが考えられる。そこで、これらの仮定を条件式に当てはめてみる。仮定により $\beta_1 = \beta_2 = 0$ であるから、条件式(1)の両辺の第1項はどちらも0となる。したがって、(1)式は $(\alpha_2 - \beta_2)w_2 < (\alpha_1 - \beta_1)w_1$ となる。さらに、この式に同じく $\beta_1 = \beta_2 = 0$ を当てはめると、 $\alpha_2 w_2 < \alpha_1 w_1$ となる。 $\alpha_2 = 1 - \alpha_1$ であるから $(1 - \alpha_1)w_2 < \alpha_1 w_1$ となり、これを計算すると $\alpha_1 > \frac{w_2}{w_1 + w_2}$ である。ここで $w_1 = w_2$ の仮定を用いれば、 $\alpha_1 > \frac{1}{2}$ が導かれる。したがって、この種の仮定を置く多数派主義者による多数派テーゼは、以下のようなものとなる。

多数派テーゼ2

取引費用が十分に大きいために、どの当事者も任意法規を排除して自己の望むルールを規律することができず、かつ、当事者の望むルールが契約内容とならないことによって失われる厚生が各契約において同一であるならば、多数者

(22) Alan Schwartz, *The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law*, 3 S. CAL. INTERDISC. L.J. 389, 400 (1993).

(23) Benjamin E. Hermalin, Avery W. Katz & Richard Craswell, *Contract Law, in 1 HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS* 3, 88 (A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell eds., 2007).

の望むルールを任意法規として設定することが望ましい。

多数派テーゼ2は、前項で述べたところの取引費用が社会的厚生を阻害する仕組みのうち、パターン2のみを念頭に置いている。このような場面を念頭に置いて多数派テーゼを主張する場合には、当事者の望むルールを契約内容とすることに失敗することによって失われる厚生が、各契約において同一であることが仮定されていることとなるのである。

以上のように、エアーズとゲートナーは多数派テーゼの主張者が置いている仮定を明らかにし、厳密には二種類の多数派テーゼが存在することを示している。それでは、以上からどのようなことが言えるだろうか。まず、多数派テーゼが主張される場合には、取引費用が十分に小さい場合と十分に大きい場合とのどちらかが念頭に置かれ、さらにそれぞれにおいて一定の仮定が置かれている。ある任意法規が取引費用を削減することによって社会的厚生を増大させる手段として有用であるためには、正確には、当該任意法規に規定されたルールを望む当事者の割合だけでなく、自己の望まない任意法規を排除することのできない当事者の割合とそれを排除できないことによって生じる厚生の低下、さらに取引費用の額を考慮しなければならない。しかし、条件式(1)や(2)が示すように、これらすべてを考慮した場合の基準は極めて複雑である。これに従ってルール設定者が意思決定を行おうとすれば、正確さを追求するために過度のコストがかかってしまうだろう。それは、結果として社会的厚生を減殺することにもなりかねない。また、複雑であるがゆえに結局正確な計算ができず、むしろ単純な基準に従った方が全体として社会的厚生が増大するとも言える。したがって、現実の法制度にとっては、意思決定基準の単純さは必要不可欠である。そうすると、ある程度許容可能な仮定を置いて意思決定基準を単純化し、これに従って判断することにも正当な理由があると言えるだろう。このような理由により、“多数者の望むルールを任意法規として規定すべきである”というシンプルな形の多数派テーゼ（以下、“多数派テーゼ”という言葉によってこのシンプルな形のことを指すこととする。）は、必ずしも正確な回答を導

くわけではないが概ね正しい回答を導く意思決定基準として有用であると思われる。⁽²⁴⁾

なお、“多数者の望むルールを任意法規として規定すべきである”という基準は、当事者の意思に関連づけられた基準であると言える。そのことは、自律を基底の価値とする任意法規理論において、同様の基準が主張されることから確認することができる。⁽²⁵⁾しかし、自律基底の理論から導かれる多数者意思基準と、厚生基底の理論において取引費用節約という観点から導かれる多数派テーゼとは、正当化根拠という点において異なっているのみならず、意思に反する任意法規が許容されるかという点において決定的に異なっている。すなわち、自律基底の理論においては、その前提とする意思概念がいかなるものであるにせよ、任意法規がひとたび定義された意思に反する形で設定されることは許されない。なぜならば、当事者の意思の実現を補助・促進することこそが、任意法規の目的であったはずだからである。⁽²⁶⁾つまり、多数者意思という基準は任意法規が正当であるための絶対的なものであって、それに反することは許されない。他方で、厚生基底の理論においては、多数派テーゼは概して望ましい結論をもたらすと考えられるところの、ルール設定者の意思決定基準に過ぎない。したがって、他の基準に従った方がより社会的厚生を増大させることが判明した場合には、それに従うことが要請される。つまり、厚生基底の理論は、当事者意思に反する任意法規を設定した方が社会的厚生を増大させると考えら

(24) 仮定的意思が正当化根拠としてではなく、目的達成のためのヒューリスティクスとして有用であるという発想をとるものとして、Lorenz Kähler, *Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts*, 2012, S. 105, 115.

(25) 自律基底的任意法規理論における任意法規の内容的基準に関しては、拙稿・前掲注(1)第1章第2節を参照。

(26) 自律基底的任意法規理論における任意法規の意義に関しては、拙稿・前掲注(1)第1章第1節を参照。

(27) もっとも、自律基底の理論から“多数”や“典型的”という要素がいかにして正当化されるかはなお検討を要する問題である。拙稿・前掲注(1)第3章第2節第2項を参照。

れる場合には、多数当事者の意思に反するが社会的厚生から正当化されるような任意法規を設定せよと命じることになる。このような意味において、自律基底理論の多数者意思基準が絶対的な正当性基準であるのに対して、厚生基底理論の多数派テーゼは仮定的な意思決定基準にすぎないものであると言える。それゆえに、社会的厚生という同一のものに究極的価値を見出しながら、多数派テーゼのみならず、次節で検討するような“ペナルティー”を課すものとしての任意法規という考え方が生じうる。これらは、いかなる任意法規が望ましいかという点については対立しうるが、なぜその任意法規が望ましいかという点については対立するものではない。しかし、こうした同一の正当化根拠から導かれる別の任意法規理解の検討に移る前に、同じ取引費用節約という観点に依拠しながら異なる方向を向いた二つの立場を紹介する。それにより、取引費用の節約という視点の内部においても、社会的厚生の最大化というよりメタ的な目標に従うことによって異なる立場が生じうることが明らかとなるだろう。

第3節 交渉模倣原理 (bargain-mimicking principle)

すでに見たように、取引費用の削減という観点からは、当事者の意思を模倣せよという要請がなされる。“多数派の”という条件はさしあたり置いておくこととしよう。いずれにせよ、理想的には全当事者の意思を模倣することが望ましい。しかし、任意法規による欠缺補充は、当事者の意思が存在しないところで初めて問題となるのであるから、必然的に、任意法規が模倣する当事者の意思は仮定的ということになる。そこで、当事者の意思を仮定するために法の経済分析の文献においてしばしば用いられるのが、当事者は最も効率的な、すなわち両当事者の利益の総和を最大にするようなルールに合意するという仮定である。これを敷衍すると、以下のように言える。当事者が合理的であるとすれば、あるルールによってどちらにどれだけの利益が分配されるかに関わらず、当事者は最も効率的なルールを合意するはずである。確かに、そのようなルールそのものは一方当事者にとって有利であるとしても、他方当事者にとっては

他のルールよりも不利益かもしれない。しかし、そのような不利益は、代金条項その他の純粋に分配の問題を扱うルールによって調整される。効率性に関する当該ルールによって不利益を被る当事者も、代金条項などの分配に関するルールを通じて、別のより非効率なルールによる場合よりもより大きな利益を得ることができる。したがって、効率性に関する当該ルールそのものにおいては不利益を被る当事者も、効率的なルールに合意するはずである。このことは、よりパイを大きくすることができるならば、2人の間で分けることができる量が増えるのであるから、そのことに対しては誰も反対しないだろうと考えられることと同様である。このようにして、当事者は効率的なルールに合意するはずであるという仮定が認められ、さらに、デフォルト・ルールは当事者の意思を模倣すべきものとされていたことからすれば、デフォルト・ルールの内容は、当事者にとって効率的なルールを定めよという基準に従うべきこととなる。ところで、この理論が妥当するならば、純粋に分配の問題を扱うルールが存在するはずである。なぜならば、パイを大きくしてもそれを細かく切り分けることができず、パイが小さいときよりも自己の取り分が減ってしまうならば、その当事者はパイを大きくすることには同意しないだろうからである。すなわち、パイの切り分けを微調整することができる手段として、分配に関するルールが存在するはずである。しかし、分配に関するルールは、定義上、いかなる内容であるとしても契約の効率性、すなわちパイの大きさには影響を及ぼさないので、分配に関するルールについては、効率的なルールを定めよという基準を用いることはできない。それでは、分配に関するルールについては、仮定的当事者意思はいかなる基準に従って模倣されるべきなのだろうか。ベン＝シャハールはこのような問題意識を出発点として議論を行う⁽²⁸⁾。そして、彼の結論は、分配の問題に関するデフォルト・ルールは具体的当事者の交渉力を反映したルールを定めるべきである、という交渉模倣原理 (bargain-mimicking principle) である。それによれば、分配の問題であるからといって公正に基づ

(28) Omri Ben-Shahar, *A Bargaining Power Theory of Default Rules*, 109 COLUM. L. REV. 396 (2009).

いたルールを規定すべきではない。すなわち、デフォルト・ルールによって公正を実現しようとするのは不適切であるとされる。それはなぜであろうか。以下では、このようなベン＝シャハールの議論を見ることとする。まず、交渉力を反映したルールとはどのようなものであるかを見ることとしよう。

今述べたように、効率性に関するルールの場合には、両当事者の意思は合致するだろう。なぜならば、どちらの当事者も効率的なルールを望むからである。しかし、分配に関するルールについては、当事者の利益は対立する。どちらの当事者も、より多くの利益を得たいと考えるからである。したがって、当事者の意思は合致しないだろう。しかし、このことは契約が締結されないという結果をもたらすものではない。なぜならば、契約が締結されなければそもそも分配の対象となる利益が生まれず、どちらの当事者もまったく利益を得ることができなくなるからである。当事者は、契約が自己の利益状態を改善する以上必ず合意に至り、そこでは、通常は価格という形で分配についても合意に至ることとなる。このように、利益が対立している状況下において何らかの合意がなされるときには、双方による交渉が行われる。そして、交渉の結果として、何らかの合意がなされる。交渉力の強い当事者はより多くの利益を得ることができ、交渉力の弱い当事者はあまり利益を得ることができないだろう。また、交渉力が対等な場合には均等に利益が分配されるだろう。すなわち、交渉力を反映した合意がなされる。このような交渉力を反映したルールを補充するものが、“交渉模倣”デフォルト・ルールである。例えば、自動車メーカーと部品製造業者の間での売買契約を考えてみる。仮に、自動車メーカーよりも部品製造業者の方が多数存在しており、部品製造業者は入札によって競争するので、自動車メーカーの方が強い交渉力を有しているとする。そのような場合には、契約相手が確定すれば、例えば代金調整条項については自動車メーカーが自己に有利なルールを定めるだろう。しかし、一般に用いられている取引基本契約は多くの欠缺を含んでおり、ルールの補充が問題となる。その際に、交渉模倣原理は、交渉力の強い自動車メーカーに多くの利益を配分するようなルールを補充すべきとする。

それでは、なぜ多数派ルールは不適切なのだろうか。ベン＝シャハールによれば、多数派ルールの補充は、特殊な交渉力関係にある当事者にとって当事者意思とデフォルト・ルールとの切断という結果をもたらす。すなわち、多数派ルールを補充して当該当事者の交渉力が反映されていないルールを補充すれば、交渉力の強い当事者は取引費用を節約することはできるが、得られたはずの利益の取り分を失うこととなる。したがって、多数派ルールは、デフォルト・ルールが存在しなければ当事者が合意したであろうルールという意味での仮定的当事者意思と乖離している。つまり、交渉模倣原理は一般的な当事者の意思を模倣する多数派ルールとは異なり、当該事案における具体的な当事者の意思を模倣するものとして構想されているのである。ベン＝シャハールは、このような理由によりマジョリティアン・デフォルト・ルールを拒絶する。しかし、そもそも多数派テーゼは具体的な当事者に照準を合わせてルールを補充することを否定するものではない。むしろ、取引費用を節約するというその正当化根拠からすれば、理想的には、具体的な当事者に即したルールの設定が要請される。しかし、そのようなルールを設定するためには、すべての当事者に関する情報をルール設定者が取得し、それに基づいて判断する必要があるのであって、過大なコストを要する。したがって、デフォルト・ルールはある程度の一般性をもって適用されるものとして規定されざるを得ない。多数派テーゼは、そのような制約を前提として、どのようなルールが望ましいかについての基準を提示するものである。したがって、交渉模倣原理のように具体的な当事者を基準としたルール設定を主張する場合には、そのコストや実現可能性について、その正当性を提示しなければならない。この点について、ベン＝シャハールの主張を見てみよう。

交渉力は、他の取引相手と取引をする機会の存否、契約目的物の当事者にとっての不可欠性、交渉技術などの事実的要素に依存する。彼は、確かにこれらの事実的要素を正確に認識して交渉力を厳密に測定することは不可能だろうとする。しかし、続けて、誤りを含みうる手法であるとしても、何も行わないよりはよいだろうとする。また、おおまかであれ交渉力を近似的に反映すれば、それが完全ではないとしても正確に交渉力を反映する場合もある。例えば、買

主にとって必要不可欠な商品の売主は明らかに強い交渉力を有するだろう。また、多くの入札者が一つの仕事について競合している場合には、入札募集者は強い交渉力を有するだろう。確かに、このような場合であっても、交渉力の強度を量的に測定することは困難かもしれない。しかし、実際には、裁判所は過失相殺のために過失の比較を行ったり、交渉力の格差に基づいて一定の契約条項を無効としたり、修正したりすることがある。このような、他の場面で行われている量的評価よりも、交渉力の量的評価が特に困難であるという根拠はないだろう。すなわち、既存の法原理はすでに、裁判所が交渉力を特定し、それに基づいて法的帰結を判断することができるという信念を基礎に置いているのである。したがって、裁判所が交渉力を測定することができない、あるいは非常に困難であるという主張は、必ずしも説得的ではない。しかし、ベン＝シャハールはルール設定に比較的多大なコストがかかる場合もあることを認めている。それは、契約の欠缺の存在が、強い交渉力を持つ当事者の交渉力の限界を示しているような場合である。すなわち、欠缺は、強い交渉力を持つ当事者が当該事項を一方的に定めることができないと考えために、敢えて戦略的判断によって開かれたままにしていることによって生じたものである場合があり得る。このような場合には、全体として交渉力が強い当事者の交渉力の限界が当該欠缺に表れているのであるから、その欠缺に対して、全体として交渉力の強い当事者にとって一方的に有利な条項を補充することは、実際の交渉力を反映しているとは言えない。したがって、交渉模倣原理は、全体としての交渉力を反映することではなく、より繊細に交渉力を模倣することを要請する。そのためには個別の事項ごとに検討することが必要であるから、ルール設定者には多くのコストがかかるおそれがあるのである。しかし、彼はそれでもなお交渉模倣原理に従ってルールを設定することには十分な根拠があるとする。

まずその根拠の一つは、交渉模倣原理は取引費用を削減する、というものである。これは、多数派テーゼとまったく同様の正当化根拠である。つまり、法が、当事者が実際に交渉の結果として合意するであろうルールを予め規律しておくことによって、当事者はそれを自ら規律する必要がなくなり、取引費用を

節約することができる。その結果、契約による純利益が増大し、社会的厚生も増大する。このことは、交渉模倣原理は効率性に基づいて正当化されるということの意味しており、この点は重要である。というのも、交渉模倣原理は公正の観点において一見すると反直感的であり、その観点から問題視されうるからである。すなわち、法が交渉力の弱い当事者を犠牲にして交渉力の強い当事者を利することが正当なのか。法の保護を必要としているのは交渉力の弱い当事者の方ではないのか。交渉模倣原理は分配に関するルールを扱っているが、効率性の尽きた分配に関しては公正が要請されるべきであり、その公正とは、無制限の自由のもたらす帰結を修正することを目的とするのではないか。しかし、交渉模倣原理の正当化根拠からすれば、このような疑問は当を得ていない。そして、この点こそがベン＝シャハールの主張の中核となっている。すなわち、彼はデフォルト・ルールによって公正の実現を図ることは不適切である、と主張する。なぜならば、公正の理念に基づいて、当事者が合意しないようなルールをデフォルト・ルールとして設定すれば、強い交渉力を有する当事者はそれを排除し、ルールを設定するコストが無駄に費やされるに過ぎないという結果になるからである。つまり、デフォルト・ルールによる公正の実現は、実際に契約に欠缺が存在して、裁判上でその補充が争われることとなった個々の事案に限っては有効かもしれないが、市場ないし社会全体から見れば、ほとんどその効力を発揮しない⁽²⁹⁾。交渉模倣原理は分配に関する条項を扱ってはいるものの、その正当化根拠は当該事案解決の公正さにあるのではなく、むしろ社会的厚生増大にあるのである。

さらに、交渉模倣原理の正当性を基礎付ける根拠として、当事者による柔軟な契約の実現を可能にするという点が挙げられている。契約の欠缺は、必ずし

(29) もっとも、ベン＝シャハールは、法は公正を目的とすべきではないと主張しているわけではない。むしろ、公正を“デフォルト・ルール”によって実現しようとするのが不適切であるとするに過ぎない。公正を実現するためには、当事者が排除することができるようなデフォルト・ルールではなく、強行法規などのより積極的な介入によるべきであるとする。Ben-Shahar, *supra* note 28, at 430.

も取引費用を原因として生じるとは限らない。例えば、継続的契約においては、将来に新しい事実が発生したときに柔軟に対処できるように、敢えて契約に空白を残しておく場合もある。特に、強い交渉力を有する当事者は、自己の有利に対処するために空白にしておくだろう。しかし、もし万が一事後的交渉が決裂してしまった場合に公正に基づくルールが補充されるとすれば、交渉力の強い当事者は自己の交渉力によって引き出すことができたはずの利益を失ってしまうことになり、契約を空白にしておくことにはリスクが伴うこととなる。それに対して、交渉力を反映したルールが補充されるとすれば、強い交渉力を有する当事者は安心して契約を空白にしておくことができるだろう⁽³⁰⁾。例えばそのような例として、継続的履行を内容とする契約の解除に関するU.C.C. §2-309(2)が挙げられる。潜在的契約当事者が多数存在する場合には、その相手方は強い交渉力を有している。確かに、いったん契約関係に入ってしまうと一対一の関係は終了するが、契約終了の可能性の存在がある以上、交渉力格差はなくなる。したがって、解除に関するデフォルト・ルールは、そのような交渉力格差を反映したルールであるのが望ましい。実際には、U.C.C. §2-309(2)は平等に解除権を認めている。しかし、事実上解除を望むのは、交渉力の強い当事者のみであろう。なぜならば、交渉力の弱い当事者は、契約を終了するとすでに投資したコストを回収できなかつたり、他の取引関係に入ることが困難であったりするからである。したがって、対等に解除を認めるデフォルト・ルールは実質的には交渉力の強い当事者にとって有利なルールであり、交渉力を反映したものであると言える。このようにデフォルト・ルールが交渉力を反映していることによって、強い交渉力を有する当事者は、さまざまな契約条項を用いることができる。例えば、契約期間を規定しなかつたり、履行について相手方の裁量に委ねて契約内で特定することなくコントロールしたりすることができる。

(30) ベン＝シャハールによれば、実際に、大手の自動車製造者は、部品製造業者との間でこのような契約を締結している。例えば、Gen. Motors, General Terms and Conditions §20 (rev. Sept. 2004) は、最初の3年間の代金は現行モデルの計算に従うが、その後の代金は当事者の合意によると規定している。

なぜならば、自己の利益が侵害されれば、自由に契約を終了させればよいからである。

今述べた二つ目の正当化根拠は、将来の事態において交渉力を反映したルールを事前に定めることができないので、それに対応したルールを用意しておくことによって、当事者が自らルールを設定する必要がなくなるということの意味する。これは、取引費用の削減による正当化と同様のものとして考えることができる。したがって、交渉模倣原理の正当化根拠は取引費用の削減にある。交渉模倣原理は、具体的当事者の交渉力を反映したルールを設定を要請する。しかし、マジョリティアン・デフォルト・ルールは、具体的当事者の仮定的意思を模倣することを理想としながらも、ルール設定コストを考慮するならばある程度一般的な形でルールを設定せざるを得ないことを前提としていた。つまり、交渉模倣原理はルール設定コストにおいて比較的楽観的な立場をとるものと言える。確かに、分配の問題においては交渉力を反映したルールを設定することが望ましい。しかし、多数派テーゼからすれば、ルール設定コストを考慮するならば、ある程度一般的な形で、“多数派の”交渉力を反映したものとならざるを得ない。交渉模倣原理のように具体的当事者の交渉力を反映させてルールを設定することは過大なコストをもたらし、結果として社会的厚生が減少するからである。他方で、ルール設定コストについてさらに悲観的な立場をとるならば、デフォルト・ルールは如何にあるべきなのだろうか。このような意味において交渉模倣原理と対極にあるものとして、シュワルツ／スコットの議論⁽³¹⁾を次に見ることとする。

第4節 デフォルト・ルール不要論

まず、指摘しておかなければならないことは、彼らの議論は対象が限定されているということである。すなわち、彼らは議論の対象を企業間の契約に限定

(31) Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 113 YALE L.J. 541 (2003).

している⁽³²⁾。さらに、ベン＝シャハールにおいてはデフォルト・ルールとして判例法と制定法の双方が想定されていたが、シュワルツ／スコットは制定法としてのデフォルト・ルールのみを念頭に置いている⁽³³⁾。このような対象の限定は、彼らの議論の結論を導くのに少なからず影響を与えているので、予め確認しておく必要がある。そして、このように限定された範囲においてであるが、彼らはデフォルト・ルールについて以下のように結論づける。すなわち、“多くのデフォルト・ルールは社会的厚生を減少させるので設定すべきではない”。彼らは、このような結論をどのように導いているのだろうか。そこで、彼らがデフォルト・ルールの設定はどのようにして正当化されると考えており、そこからどのような基準が導かれ、なぜその基準が満たされないと考えているのかを見ることとしよう。

彼らは、デフォルト・ルールの正当化根拠は取引費用の削減であると考えている。しかし、その記述ぶりは、ルール設定コストを意識したものとなっている。すなわち、彼らは以下の趣旨のことを述べている。ある特定の当事者が、他の少なからぬ当事者も望むようなルールを作成すると、ルールを作成した当事者のみでなく他の当事者もそのルールを利用することによって取引費用を節約することができる。それにより、大きな社会的利益が生み出されるかもしれない。しかし、ルールを作成するにはコストがかかる。社会的に最適な状態をもたらすためには、ルールのもたらす社会的利益が、ルールを開発するコストを上回る限りでルールを開発すべきであるが、ルールのもたらす利益は、ルールを開発した者がすべてを享受することができるわけではないので、最適なルールは開発されない。そこで、国家が最適なデフォルト・ルールを作成する必要がある。このような説明は、取引費用の節約をデフォルト・ルールの正当化根拠とするものであるが、同時にルール設定コストをも考慮して望ましいデフォ

(32) *Id.* at 545. そこで想定されている企業は、(1) 法人格という形で組織され、5人以上の従業員を要する企業実体、(2) リミテッド・パートナーシップ、(3) 法律事務所や会計事務所などのプロフェッショナル・パートナーシップである。

(33) *Id.* at 595.

ト・ルールのある方を考えようとするものである。取引費用を削減するという観点からは、多くの当事者が望むようなルールを設定しなければならない。当該ルールを望む当事者が多ければ多いほど、削減される取引費用が大きくなるからである。極端に言えば、もっとも望ましいデフォルト・ルールは、すべての当事者が望むようなルールである。このようなルールは、市場における当事者が同じルールを望んでいる場合には一つのルールで足りるが、当事者がそれぞれ異なるルールを望む場合には、当事者の数だけ異なるルールを設定しなければならない。しかし、それには多大なコストがかかるだろう。したがって、デフォルト・ルールの設定が正当化されるには、デフォルト・ルールによって削減される取引費用が、ルール設定コストよりも大きいという条件を満たす必要があるのである。

このような条件を満たすデフォルト・ルールを選別する基準として、シュワルツ/スコットは3つの基準を提示する。①ルールがわずかの事実のみ条件付けられていること。②比較的単純な形式によって表現されていること。③多くの契約当事者にとって効率的であること、である。①と②の基準は、【節約される取引費用>ルール設定コスト】という不等式の右辺を小さく保つための基準であり、③は左辺を大きく保つための基準である。まず、①については次のように説明される。多くのルールは、要件と効果によって規定される。すなわち、「Aであり、Bであり、かつCである場合には、Dの効果が生じる」という形で規定される。当事者の望むルールを精密に規定しようとするれば、要件が多くなり、効果が多くの事実に条件付けられることになるだろう。また、世界で生じうる事実は無限に考えることができる。しかし、国家の投下しうる起草コストは有限である。多くの事実に条件付けられたルールは多大な起草コストをもたらす、ルールによって削減される取引費用を上回って非効率となってしまおうだろう。②は立法者の調査コストによって説明される。ルールの起草者は十分な調査権限を有していない。考え得るあらゆるルールの効率性を調査する能力をもたないし、資源も制約されている。すなわち、起草者は複雑なビジネスの文脈に合致するルールを書くことができないのである。したがって、ルー

ルは単純な形で定めることができるものでなければならない。③の基準は、次のように理解することができる。まず、デフォルト・ルール r_i によって得られる利益 $B(r_i)$ は次のように表現することができる。⁽³⁴⁾

$$B(r_i) = n\beta_i c_i + n(\alpha_i - \beta_i)w_i$$

これは、次のことを意味する。デフォルト・ルール r_i が設定されれば、ルール r_i を望む当事者のうち取引費用が十分に小さい当事者 ($n\beta_i$) は、デフォルト・ルール r_i が存在しない場合と比べてルール r_i を規律するための取引費用 c_i を節約することができるから、社会的には $n\beta_i c_i$ の利益が生じる。また、ルール r_i を望む当事者のうち取引費用が十分に大きい当事者 ($n(\alpha_i - \beta_i)$) は、デフォルト・ルール r_i が存在しない場合には得られなかった契約利益 w_i を得ることができるから、社会的には $n(\alpha_i - \beta_i)w_i$ の利益が生じる。したがって、デフォルト・ルール r_i によって得られる利益 $B(r_i)$ は上記の式のように表わすことができる。次に、デフォルト・ルール r_i の設定が正当化されるには、これが立法コスト $L(r_i)$ よりも大きくなければならないから、

$$n\beta_i c_i + n(\alpha_i - \beta_i)w_i > L(r_i) \quad \cdot \cdot \cdot \cdot (3)$$

を満たさなければならない。多数派テーゼを導出した場合と同様に、デフォルト・ルール r_i を望むすべての当事者について取引費用が十分に小さいため、デ

(34) 記号の意味は、多数派テーゼの導出の際に用いたものと同じである。すなわち、
 n : 市場における全契約数、
 α_i : r_i を望む当事者の契約の割合、
 β_i : r_i を望みかつ取引費用が十分に小さい当事者の契約の割合、
 c_i : r_i を望む当事者の契約のうち、取引費用が十分に小さい当事者の契約において負担される取引費用、
 w_i : ルール r_i を望みかつ取引費用が十分に大きい当事者の契約において、自己の望むルールが契約内に存在しないために失われる厚生。

フォルト・ルールを排除することができる場合 ($\alpha_i = \beta_i$) と、反対に、デフォルト・ルール r_i を望むすべての当事者について取引費用が十分に大きい場合、デフォルト・ルールを排除することができない場合 ($\beta_i = 0$) を考えるならば、それぞれの場合に関して、(3)式は次のようになる。

$$\begin{aligned} \alpha_i = \beta_i \text{ の場合} : na_i c_i > L(r_i) & \quad \cdot \cdot \cdot \cdot (4) \\ \beta_i = 0 \text{ の場合} : na_i w_i > L(r_i) & \end{aligned}$$

これらをそれぞれ na_i についてまとめると、以下のようになる。

$$\begin{aligned} \alpha_i = \beta_i \text{ の場合} : na_i > \frac{L(r_i)}{c_i} & \quad \cdot \cdot \cdot \cdot (5) \\ \beta_i = 0 \text{ の場合} : na_i > \frac{L(r_i)}{w_i} & \end{aligned}$$

na_i は市場における全契約数とデフォルト・ルール r_i を望む当事者の契約の割合を掛け合わせたものであるから、市場におけるデフォルト・ルール r_i を望む当事者の契約数を意味する。つまり、取引費用が十分に大きい場合と小さい場合のいずれであっても、デフォルト・ルール r_i を望む当事者の契約数が多ければ多いほど、デフォルト・ルール r_i の設定は正当化されやすくなる。例えば、デフォルト・ルール r_i を望む当事者が一組しかないとする ($na_i = 1$)。その場合には、例えば(4)式は $c_i > L(r_i)$ となる。これは、デフォルト・ルール r_i を規律するのに当事者一組が負担するコストが、同じルールを立法者が規定する場合のコストよりも大きいことを意味する。つまり、当事者自身よりも立法者の方がより安価にルールを設定することができる場合に、デフォルト・ルールの設定が正当化される。しかし、立法は公的な手続を経て多くの資源を投入して行われることを考えるならば、このような条件が満たされないことは容易に想像することができるだろう。したがって、一組しか当該ルールを望む当事者が存在しないようなデフォルト・ルールを設定することは正当化されないことが分かる。ところで、すべてのルールについて、それを望む当事者がそれぞれ少数

しか存在しないような市場は、当事者の類型の多様性が激しい市場であり、非同質的な (heterogenous) 市場と呼ぶことができる。このような市場においては、どの当事者が望むルールをデフォルト・ルールとして設定したとしても、ルール設定による利益を立法コストが上回ってしまうだろう。したがって、極端な非同質的な市場においては、どのデフォルト・ルールも条件式を満たさず、正当化されないこととなる。シュワルツ／スコットの言う③の基準は、このことを意味するものとして理解することができる。⁽³⁵⁾ 更にいえば、上記の式は、

$$\begin{aligned} \alpha_i = \beta_i \text{ の場合} & : n > \frac{L(r_i)}{a_i c_i} \\ \beta_i = 0 \text{ の場合} & : n > \frac{L(r_i)}{a_i w_i} \end{aligned}$$

と変形することができ、このことは、“市場における全契約数が多ければ多いほどデフォルト・ルールの設定が正当化されやすい”ことを意味する。あるいは、

$$\begin{aligned} \alpha_i = \beta_i \text{ の場合} & : \alpha_i > \frac{L(r_i)}{n c_i} \\ \beta_i = 0 \text{ の場合} & : \alpha_i > \frac{L(r_i)}{n w_i} \end{aligned}$$

と変形することもでき、これは、“市場において当該デフォルト・ルールを望む当事者の契約の割合が多ければ多いほど、デフォルト・ルールの設定が正当化されやすい”ことを意味している。

なお、非同質的な市場においてはルールの設定が正当化されにくくなるということは、すでに法の経済分析の初期の段階から認識されていた。例えば、アリック／ポズナーは、法によって影響を受ける行為が同質的であるほど、ルールを正確にするためのコストは低くなることを指摘している。⁽³⁶⁾ 彼らによれば、当初は複雑で多様性のある問題に見えても、時間が経過するにつれて共通の要

(35) Alan Schwartz, *The Normative Implications of Transaction Cost Economics*, 152 J. INST. & THEOR. ECON. 287, 291-293 (1996); Schwartz & Scott, *supra* note 31, at 599 n. 118も同趣旨の分析を行っている。

素が現れてくるので、法が成熟している領域ではルールがより精密になってくる。ただし、同時に、成熟には背景にある社会的・経済的条件の変化が伴うので、同質性を測定したり不変的要素を特定したりすることには困難が伴うとする。どのような場面でルール設定がなされるべきかという問題に関する一つの考慮要素を示すものと見ることができよう。

こうして、デフォルト・ルールの設定が正当化されるための三つの基準が示されるが、シュワルツ／スコットは、これらの基準を満たすルールはほとんど存在しないとする。例として、シュワルツ／スコットが挙げる免責ルールについて見てみよう。Aが、Bに対して特殊な製品を製造して売却する契約を締結したとする。ところが、Aが製造する前にAの工場が火災に遭い、製品を製造することができなくなった。このように、義務の履行の前提となっていたものが義務者の責めによらずに滅失した場合に、コモン・ローは売主の免責を認めている⁽³⁷⁾。このようなルールは、一見上記の三つの基準を満たすように思われる。まず、このルールは、義務者の責めによらない事態が履行を妨げる、あるいは妨げない、という二つの事態にのみ条件付けられており、ルールがわずかの事実にも条件付けられているという基準を満たす。また、火災があるか否かによって売主が免責される、という形であるから、単純な形式によって表現されるという基準も満たす。さらに、一般的に、買主は不履行のもたらす結果について売主よりもより熟知しており、保険をかけたり、情報を売主に伝達したりするなどしてより安価に対処することができるから、買主に損害を負担させるこのルールは多くの当事者にとって効率的である。したがって、多くの当事者にとって効率的であることという基準も満たすように思われる。しかし、売主

(36) Isaac Ehrlich & Richard A. Posner, *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, 3 J. LEGAL STUD. 257, 273 (1974). その後にも同趣旨の指摘をするものとして、例えば、Ian Ayres, *Preliminary Thoughts on Optimal Tailoring of Contractual Rules*, 3 S. CAL. INTERDISC. L.J. 1, 12 (1993); Craswell, *supra* note 16, at 5 など。

(37) Taylor v. Caldwell, 122 Eng. Rep. 309 (Q.B. 1863); RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS §263 (1981) 参照。

が履行することができなくなる原因は多岐に渡る。その中には、売主の方が対処しやすい原因もあるだろう。そして、何が売主にとって対処しやすい原因かどうかは、売主によって異なる。つまり、売主と買主のどちらがより安価に危険に対して対処することができるかは、それほど一般的に共通していることではない。したがって、効率的なルールを定めるには、売主の属性や危険の原因を特定し、それらをカバーするものでなければならない。しかし、そうするとルールが少ない事実条件付けられていること、単純な形式で表現されること、という基準が満たされなくなる。したがって、デフォルト・ルールの設定はルール設定コストの面から正当化されないのである。

そこで、実際には、抽象的な文言を用いるスタンダードが定められている。すなわち、U.C.C. §2-615は、「当該事実の不存在が契約締結の基本的前提となっていたような事実が発生したことによって、合意された履行が実行困難になった場合には」（傍点引用者）売主の不履行は違反とならない、と定めている。つまり、コストの観点から、契約法は多くの規定をスタンダードとして定めているのである。しかし、シュワルツ／スコットによれば、スタンダードは、結局当事者によって排除されるために、無駄な設定コストを費やすことになり、また取引費用を増大させるに過ぎないこととなる。したがって、彼らはスタンダードの設定をも否定する。それでは、なぜスタンダードは排除されるのだろうか。彼らによれば、その理由は二つある。一つは、企業は明確な基準を必要としているからである。すなわち、あるアクシデントが生じたときに、なお自らに履行義務があるのかどうかを正確に知る必要がある。なぜならば、その判断を誤れば損害賠償を支払わなければならないからである。このとき、“実行困難”といった曖昧な基準では、自らになお義務が課せられているのかを正確に知ることができない。したがって、企業は自ら契約内で明確な基準を設けるだろう。もうひとつの理由は、スタンダードは契約を非効率にするというものである。すなわち、スタンダードの下では、自分が訴えられた場合にどのような判断がなされるかは明らかでない。したがって、仮に当該状況において義務の履行が効率的であるとしても、反対の判断がなされる可能性をも考慮

して行動する。そのときには、個人的利益を追求する行為と社会的厚生を最大にする行為とが一致するとは限らない。例えば、“売主は買主の通常の目的に適うような品質の物を引き渡さなければならない”というスタンダードの下では、売買目的物の市場価格が下落すると、それが社会的厚生を最大にするか否かにかかわらず、買主は、当該目的物は“通常の”目的に適合しないと主張するインセンティブを持つ。したがって、スタンダードは、当事者が自己利益を追求する行為が同時に社会的厚生を最大にするような場合のみ効率的となる。しかし、多くのU.C.C.の規定はこの条件を満たしていないので、しばしば契約によって排除されている。例えば、品質に関するスタンダード (§2-314) や瑕疵の治癒に関するスタンダード (§2-508) は、機械製品やその他の機器の一般的な製品保証によって排除されている。また、一般的な不可抗力条項は、売主の免責に関するスタンダード (§2-615) や、ワランティ違反の場合の損害賠償に関するスタンダード (§2-714)、履行に対する不安や履行期前の履行拒絶に関するスタンダード (§2-609, §2-610) を排除している。つまり、スタンダードは当事者の非効率な行為を引き起こすために、効率的なルールによって排除されるのである。いづれにせよ排除されることとなるのであれば、そのようなものに対してルール設定コストを費やすべきではない。さらに、望ましくないルールがデフォルトとして規定されると、それを排除するために取引費用が増加する。⁽³⁸⁾したがって、スタンダードをデフォルトとして設定すべきではないとされる。⁽³⁹⁾

以上より、シュワルツ／スコットによれば、デフォルト・ルールは多大なルール設定コストを要するために正当化されず、デフォルト・スタンダードはいづれにせよ当事者によって排除されるために正当化されないこととなる。つまり、デフォルトはその設定コストを補うに十分な取引費用を削減しないために、正当化されないのである。確かに、適切なデフォルト・ルールの三つの基準を満たす場合にはデフォルト・ルールは正当であり、個人的利益を追求する行為と社会的厚生を最大化する行為を合致させるようなスタンダードは正当である。⁽⁴⁰⁾しかし、そのようなデフォルトは多くはない。したがって、一般的には、デフォ

ルトの設定は望ましくない。このような彼らの結論の背景には、当事者は自らで自己の望むルールを設定することができ、実際にそのように行動するという強い信念がある。例えば、上記の(4)式 $na, c_i > L(r_i)$ が満たされないということは、同じルール r_i を契約に組み入れるためには、立法者にまかせるよりも個々の当

(38) さらに、シュワルツ／スコットは、このような個人的利益の追求行為と社会的厚生を最大化する行為との乖離は、情報の非対称性が存在する場合にはより促進されるとする。例えば、期待利益賠償が買主の信頼投資の過剰をもたらすことは知られているが、この問題点は、売主が買主の生産関数(買主の信頼投資によりどれだけ商品の価値が増加するか)を観察することが可能であれば、買主が最適に投資した場合の商品の価値と代金との差額を損害賠償の予定として規定することによって解決することができる。しかし、このような条項を合意したとしても、売主は買主の生産関数を観察することができないため、買主はすべての信頼投資が最適であると主張するだろう。しかも、それは裁判所にとっても観察できないために立証不可能であり、その結果、過剰な信頼投資が行われ、契約は効率的でなくなる。したがって、実際には、効率的でないためにこのような条項は合意されない可能性がある。このとき、国家が“合理的な信頼投資に比例した”損害賠償を認めるデフォルト・スタンダードを定めたとしても、効率的でない以上当事者によって排除されうるのである。また、U.C.C.§2-715は、売主は履行するか、あるいは、契約代金と買主にとっての目的物の価値との差額たる結果的損害賠償 (consequential damages) を支払うかをしなければならぬ旨を定めている。このような規定は、履行が効率的である場合には履行し、そうでない場合には履行しないようなインセンティブを売主に与えるので、一見効率的である。しかし、買主にとっての目的物の価値は、しばしば証明が困難である。その結果、買主は目的物の価値を過大に主張するインセンティブをもち、それにより、履行を拒絶して損害賠償を支払う方が効率的であるにもかかわらず売主が履行するという結果をもたらさう。そこで、実際の契約当事者は、複雑な修補・交換条項を規定することによって、U.C.C.§2-715を排除している。

(39) スタンダードがデフォルトとして設定されないとしても、いずれにせよ当事者は自らルールを定めるであろうから、スタンダードが取引費用を増加させるとは言えないのではないかと、この点に対して、シュワルツ／スコットは、何も定められていないときにルールを規定するよりも、デフォルトとして設定されているものを変更して自らルールを規定する方が、よりコストがかかるとする。なぜならば、裁判所は国家によって設定されたデフォルトを公正ないし効率的であると推定する傾向にあるからである。任意法規の指導形象機能は、その最たるものであろう。

事者にまかせた方が安価であることを意味する。また、スタンダードが非効率であるという主張は、自らの望むルールを設定するための取引費用が十分に小さく、スタンダードが当事者によって排除されることを前提としている。このような信念がある程度の説得性を持つには、シュワルツ／スコットが議論の対象を企業間の取引に限定することによって、洗練された取引主体を想定していることが大きく影響しているだろう。また、制定法としてのデフォルトを想定した議論であることにより、ルール設定コストが大きくなることが説得性を有している。このようにルール設定コストについて悲観的な立場をとるために、シュワルツ／スコットの議論は、より詳細なデフォルト・ルールを求めるベン＝シャハールの議論と対照的なものとなっているのである。

第5節 小括

法の経済分析の分野において、伝統的にデフォルト・ルールの目的として考えられているのは、取引費用の削減である。そして、取引費用の削減という目的をよりよく達成するデフォルト・ルールの判断基準は、“多数者が望むような内容であること”であった。さらに、当事者が何を望むか、すなわち当事者の仮定的意思をどのような基準によって構成するかという問題に関しては、一般には、当事者の合理性を仮定することによって、効率性という基準が用いられる。しかし、ベン＝シャハールの主張するように、この基準は、純粹に分配に関する条項に対しては用いることができない。そこで、彼は当事者の交渉力を基準とすることを主張した。これらの“効率性”、“交渉力”といった基準は、取引費用削減の観点から導かれるところの、“当事者の望むこと（意思）を模倣せよ”という要請を実践するために、当事者の仮定的意思をいかなる基準で

(40) シュワルツ／スコットは、デフォルト・ルールの珍しい成功例として、義務違反者は相手方に対して契約代金と市場価格の差額を賠償しなければならないというルールを挙げている。Schwartz & Scott, *supra* note 31, at 604 n. 135. また、スタンダードの成功例としては、合併契約で用いられるMAC条項を挙げている。See *id.* at 603 n. 129.

構成するかという点に関するものである。したがって、多数派テーゼと対立するものではない。また、これらは当事者がいかなるルールを合意するかという事実に関する仮定であって、“効率的な契約を実現すべきである”、“交渉力を反映した契約を実現すべきである”といった命題に直接的な規範的主張が含まれるわけではない。むしろ、効率性や交渉力は、厚生基底の理論の規範的主張である社会的厚生を最大化や、そこから導かれる多数派テーゼを実現するために用いられるところの、事実に関する仮定である。したがって、公正さからの批判は、あくまで社会的厚生を最大化や当事者意思の模倣、多数派テーゼといった点に関してなされうるのであって、これらを否定しないまま公正の理念に基づいて交渉力の模倣に直ちに反対することはできない。つまり、交渉模倣原理に反対する者は、厚生基底の理論から導かれる他のデフォルト・ルール基準を主張するのではない限り、そもそも厚生基底の理論に対して反対していることになる。例えば、自律基底論者は、交渉力を反映したルールは当事者の（理想的な）自律的意思を実現していないと主張するだろう。また、客観秩序基底論者は、交渉力を反映したルールは客観秩序の本質と乖離していると主張するだろう。しかし、議論を当事者による排除を許容する“デフォルト”・ルールに限定する以上、公正を基準とすることは、目的の達成に失敗するだろう。なぜならば、公正なルールを定めたデフォルト・ルールは、それが当事者の望むものでない限り、いずれにせよ排除されてしまうからである。このことにより、“公正の実現は、デフォルト・ルールの任務としては不適切である”という批判がなされる。これは、法の経済分析の立場からしばしばなされる批判である⁽⁴¹⁾。そして、交渉模倣原理は、この“公正の実現はデフォルト・ルールの任務としては不適切である”という主張のコロラリーなのである。

さらに、多数派テーゼは一定のルール設定コストを考慮して“多数派”の望むルールを基準とするが、交渉模倣原理は具体的当事者の交渉力を模倣すべき

(41) Schwartz, *supra* note 22, at 402; Robert Scott, *Rethinking the Default Rule Project*, 6 VA. J. 84, 94 n. 4 (2003); Posner, *supra* note 6, at 122.

としていた。それはルール設定コストについて楽観的な態度をとることを前提としている。ただし、ベン＝シャハールの議論は制定法を排除してはいないものの、主として判例法を念頭に置いていることに注意しなければならない。すなわち、立法者ではなく裁判官がルール設定者となる。それぞれのルール設定者のコストがどのようなものであるかについては、別途検討を要するが、議論の対象を制定法のデフォルト・ルールに限定し、ルール設定者として立法者を想定していたシュワルツ／スコットが、デフォルト・ルールの設定に対して消極的な立場をとっていたことは、印象的である。反対に、ベン＝シャハールのように具体的当事者を裁判官によるルール補充の基準とすることは、契約の補充的解釈の議論として理解することもできるように思われる。このように、裁判官による欠缺補充を具体的当事者意思の模倣として捉えるならば、そこにおいてデフォルト・ルールはいかなる役割を果たすのだろうか。これに関しては、デフォルト・ルールは裁判官が具体的判断を行う際に参考にするのできる一般的ルールとして、ルール設定コストを削減するのに資するのではないかと考えられる。すなわち、裁判官は、具体的事案を一定の契約類型に分類することによって、当該類型の契約において一般的にどのようなルールを当事者が望むかを知ることができる⁽⁴²⁾。それが当該事案にも問題なく妥当するのであれば、デフォルト・ルールをそのまま補充すればよいし、特殊な事情があると考えられる場合には、より立ち入った調査が必要となるだろう。このような意味で、裁判の場においては、デフォルト・ルールはルール設定コストを削減するものとして機能すると考えられる。実際の契約を典型契約に当てはめてそこから義務を導くという作業、すなわち契約の性質決定の問題や、当事者意思解釈基準という伝統的な任意法規理解、わが国において主張されている典型契約の情報縮減機能⁽⁴⁴⁾などは、このようなものとして位置づけることができる。このような理解は、“意思”と“類型”の関係の一つのあり方を示すものと言えよう。

(42) したがって、任意法規は一般的に当事者が合意するであろうことを規定するのであって、一般的に公正と考えられる内容を規定するわけではない。

以上より、デフォルト・ルールは、契約当事者にとっては仮定的意思を規定することにより取引費用を削減するものとして、裁判官にとっては一般的契約類型を提示してルール設定コストを削減するものとして機能するのである。

さらに、取引費用に注目する理論においては、当事者は合理的に行動し、自己に不利益な場合にはデフォルト・ルールを排除して自己の望むルールを規定すると仮定されている。しかし、実際には当事者は必ずしもそのように合理的

(43) フランス法を参照して典型契約と性質決定に関して論じるものとして、大村敦志『典型契約と性質決定』（有斐閣、1997年）193-219頁〔初出、同「典型契約論——契約における個人と社会」法協111巻12号（1994年）55-81頁〕。また、法定類型に加えて現実類型にも積極的意義を見だし、契約内容の補充と規制を構造的に把握するものとして、石川博康『「契約の本性」の法理論』（有斐閣、2010年）505頁以下〔初出、同「『契約の本性』の法理論（十・完）」法協124巻11号（2007年）204頁以下〕、同「典型契約と契約内容の確定」内田貴=大村敦志編『民法の争点』（2007年）237-239頁。性質決定と具体的義務の確定の関係については、来栖説のように具体的事案における実質的評価に基づいて義務を確定することを説くものがあるのに対し、大村説のように契約類型の差別化・明確化を強調しつつ、性質決定と義務の結びつきを強調するものがある。このような立場の違いも、ルール設定コストの削減と、具体的当事者の望む内容を正確に確定することとのどちらを重視するかの違いとして理解することができる。加藤雅信=加藤新太郎=大村敦志「法的思考の意義と機能——『典型契約と性質決定』をめぐって——」加藤雅信=加藤新太郎編著『現代民法学と実務（上）——気鋭の学者たちの研究のフロンティアを歩く——』（判例タイムズ社、2008年）22頁〔大村発言〕〔初出、同「『典型契約と性質決定』をめぐって」判タ1175号（2005年）13頁〕は、来栖説はハード・ケースを想定していると考えられるが、イージー・ケースのもつ重みを無視すべきでないとしている。

(44) 大村・前掲注(43) 320頁〔初出、「典型契約論——契約における個人と社会」法学協会雑誌112巻10号（1995年）17-18頁〕は 認知科学の知見を参照して、カテゴリーは「情報処理の負担をなくすため」に用いられると指摘する。また、山本敬三「民法における法的思考」田中成明編『現代理論法学入門』（法律文化社、1993年）236頁は、契約類型がプロトタイプとして機能することによって「対象の把握が効率化される」としており、さらに、石川・前掲注(43)「典型契約と契約内容の確定」236頁は、「契約類型が法的カテゴリーとして存在することによって、個別の契約を分析する際の作業の構造化と情報処理の効率化が実現される」とする。

に行動しないのではないだろうか。この点に関して、行動経済学の知見を用いて当事者の合理性の仮定を緩和し、デフォルト・ルール論を展開するものがある。これについては第3章で論じる。

最後に、すでに述べたように、多数派テーゼは近似的に正解を導く意思決定基準である。すなわち、自律基底的理论のように、多数者の仮定的意思を義務内容として補充することが絶対的に正しいと主張するものではない。むしろ、多数派テーゼは、多くの場合に他の方法によるよりも社会的厚生を増大させることができるという理由により、正当なものとされる。したがって、他の方法による方がより社会的厚生観点から望ましいことが判明したならば、その基準に従うことが要請される。そのような可能性を指摘し、取引費用の削減とは異なる視点からデフォルト・ルール論を展開するものとして、ペナルティー・デフォルト・ルールという考え方を次章で検討することとする。

第2章 ペナルティー・デフォルト・ルール (penalty default rule) ——情報の非対称性——

前章では、取引費用の削減という観点から任意法規の正当化を試みる理論を検討した。それによれば、自己の望むルールが任意法規として設定されている当事者は、取引費用を節約することができ、それによって社会的厚生が増大する。他方で、任意法規が自己の望むルールと異なっている当事者は、交渉コストや起案コストなどの取引費用が大きければ自ら契約ルールを規律することができないが、取引費用が十分に小さい限り、自らで効率的なルールを規律することができる。すなわち、当事者による効率的なルールの規律を妨げる原因として念頭に置かれていたのは、交渉コストや起案コストなどの取引費用のみである。しかし、当事者による効率的なルールの規律を妨げるもうひとつの重要な要因として、情報の非対称性がある。情報の非対称性は、経済学の分野で1970年以降、ジョージ・アカロフの論文「『レモン』の市場：品質の不確実性と市場メカニズム⁽⁴⁵⁾」を契機に注目を集め、現在では広く様々な形で理論的影

響を及ぼしている。ペナルティー・デフォルト・ルールの理論は、この流れの一端として、情報の非対称性によって生じる非効率性に対処する任意法規理論を組み立てようとするものである。その基本的発想は、私的情報 (private information) を有する当事者に対して任意法規による不利益を課すことにより、当事者が私的情報を相手方に伝達して効率的な契約を締結するインセンティブを与える、というものである。このような考え方は、契約ルールを当事者自身が規律するプロセスの中で、私的情報の伝達に向けたインセンティブを与えることを志向している。つまり、“当事者自身にルールを規律させる” 場面を念頭に置いていることになるが、このことは、取引費用の削減に基づくマジョリテリアン・デフォルト・ルール理論が、“当事者は自らルールを規律しなくてよい” ことを目指していたことと対照的であり、任意法規の用い方が異なっている。しかし、両者は全く別の関心に向けられた理論ではない。取引費用の削減と情報の非対称性のそれぞれに着目する理論は、いずれも社会的厚生を増大させるための手段として任意法規を理解する、という点において一致している。社会的厚生の最大化を阻害する原因が、一方で取引費用である場合に、立法者（ないし裁判官）によって設定されたルールを提示するのがマジョリテリアン・デフォルト・ルールであり、他方で情報の非対称性である場合に、私的情報を有する当事者に不利益を課して当事者自身による効率的ルールの規律を促すのがペナルティー・デフォルト・ルールであるに過ぎない。すなわち、両者は、同一の目的に対して、その目的を阻害する要因に着目して異なる手段で対処するものであり、目的を阻害する要因に対する焦点の当て方が異なるに過ぎない。もちろん、実際には双方の原因が併存する場合が多いかもしれない。しかし、契約の種類や類型によってどちらの原因がより重大かは区別することができるだろう。その際に、マジョリテリアン・デフォルト・ルールとペナルティー・

(45) George A. Akerlof, *The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 Q.J. ECON. 488 (1970) (邦訳、ジョージ・A・アカロフ『『レモン』の市場：品質の不確実性と市場メカニズム』ジョージ・A・アカロフ〔幸村千佳良=井上桃子訳〕『ある理論経済学者のお話の本』（ハーベスト社、1995年）9-33頁）。

デフォルト・ルールは、非効率性の原因に応じて適切な対処方法をそれぞれ提示するものなのである。本項では、厚生を阻害する要因として取引費用に着目するマジョリティアン・デフォルト・ルールに続く第二の手段として、情報の非対称性に着目するペナルティー・デフォルト・ルールの理論を検討する。

すでにわが国でも紹介されているとおり⁽⁴⁶⁾、ペナルティー・デフォルト・ルール理論の確立はエアーズ／ゲートナーの1989年論文⁽⁴⁸⁾に帰せられるが、非効率性の原因として情報の非対称性に着目し、それに対処する手法として契約法ルールを位置づけるものはそれ以前から見られた。例えば、バートンは1972年の論文において、ハドレー・ルール⁽⁴⁹⁾の下では、買主は特別なリスクに関する情報を売主に伝達し、売主は最適な予防措置を講ずるという結果をもたらすことを指摘している⁽⁵⁰⁾。また、リチャード・A・ポズナーは、ハドレー・ルールは「リスクに関する情報を有する当事者が、自ら適切な予防措置を講ずるか、あるいは相手方の方がより効率的な損失回避者あるいは分散者（保険者）であると考え

(46) Ayres & Gertner, *supra* note 18, at 127-128. 彼らは、ペナルティー・デフォルト・ルールが常に適切であるわけではなく、いかなるデフォルト・ルールが望ましいかを判断する前に、“なぜ欠陥(gap)が存在するのか”を問わなければならないとする。さらに続けて、情報の非対称性が重大であるとしても、ペナルティー・デフォルト・ルールのコストとベネフィットを考慮しなければならないとする。

(47) 藤田友敬「情報、インセンティブ、法制度」成蹊43巻(1996年)328-322頁、吉田邦彦「比較法的にみた現在の日本民法——契約の解釈・補充と任意規定の意義(日米を中心とする比較法理論的考察)」広中俊雄=星野英一編『民法典の百年I』(有斐閣、1998年)560-562頁、田中亘「取締役の社外活動に関する規制の構造(三)」法協117巻11号(2000年)1609-1612頁。

(48) Ayres & Gertner, *supra* note 18.

(49) Hadley v. Baxendale, 9 Exch. 341, 156 Eng. Rep. 145 (1854). ハドレー・ルールとは、契約違反によって通常生じるものではない損害については、契約締結時に契約違反によって生じうる損害として両当事者が予見し得たと合理的に考えることができるものでない限り、賠償が認められない、というルールである。E. ALLAN FARNSWORTH, CONTRACTS 793 (4th ed., 2004)等参照。

(50) John H. Barton, *The Economic Basis of Damages for Breach of Contract*, 1 J. LEGAL STUD. 277, 296 (1972).

られる場合には、相手方にリスクを開示してそれを引受けるための代金を支払うように促す⁽⁵¹⁾」として、ハドレー・ルールを正当化している⁽⁵²⁾。このように、契約法ルールと情報の非対称性の関係は以前から認識されていたが、情報の非対称性が契約締結にもたらす影響を理論的に分析し、それによればいかなるデフォルト・ルールが社会的厚生⁽⁵³⁾の最大化にとって望ましいのかという一般理論の提示を試みたのは、上記のエアーズ／ゲートナー論文であり、また、2年後に公表されたベブチュク／シャベル論文⁽⁵³⁾では、より理論的に精緻な分析が行われている。以下では、まず、情報の非対称性が非効率性をもたらす仕組みについて簡単に述べ、その後で、ベブチュク／シャベルによるモデル分析を紹介する。最後に、ペナルティー・デフォルト・ルール理論はデフォルト・ルールの判断基準に対していかなるインプリケーションをもたらすかを検討する。

第1節 厚生阻害要因としての情報の非対称性

現在の契約法学においては、情報の非対称性に対して契約法が何らかの措置を講じることが必要であるという点については争いがないものと思われる⁽⁵⁴⁾。その理由については各理論間で必ずしも一致が見られないかもしれないが、厚生基底⁽⁵⁵⁾の理論からはいかなる理由が挙げられるのであろうか。この点について、

(51) 引用はPOSNER, *supra note 4*, at 114によるが、同趣旨の指摘は、すでに1972年の初版60頁において見られる。

(52) 他に、ハドレー・ルールを情報伝達の観点から正当化するものとして、Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract*, 89 YALE L.J. 1261, 1300 (1980); William Bishop, *The Contract-Tort Boundary and the Economics of Insurance*, 12 J. LEGAL STUD. 241, 254-257 (1983); Lewis A. Kornhauser, *An Introduction to the Economic Analysis of Contract Remedies*, 57 U. COLO. L. REV. 683, 718-719 (1986).

(53) Lucian Ayre Bebchuk & Steven Shavell, *Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of Hadley v. Baxendale*, 7 J. L. ECON. & ORG. 284 (1991).

(54) 例えば、消費者契約法1条は、「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差」(傍点引用者)にかんがみて一定の規制を行うことを明記している。

厚生基底的理論は、情報が非対称であることそれ自体を不当と見なすのではなく、それによって契約が効率的とならない、すなわち契約によって生み出される利益が最大とならず、ひいては社会的厚生が最大とならないことを問題視する。しかし、情報が非対称であれば直ちに効率的な契約が実現しなくなるわけではない。なぜならば、一方当事者が私的情報を有しており、それを伝達することによって効率的な契約が実現するのであるならば、その当事者は当該私的情報を伝達するはずだからである。ここで、交渉模倣原理の議論の際に見た、契約の効率性と分配の問題を想起して欲しい。そこでは、契約を効率的にすることはパイのサイズを大きくすることを意味し、分配に関するルールを通じてどちらの当事者も利益を得ることができる（少なくとも損はしない）からである。したがって、私的情報を伝達することによって効率的な契約が実現されるならば、私的情報を有する当事者はすでに当該情報を伝達するインセンティブを与えられている。ところが、このような議論は、私的情報の伝達が確かに“パイのサイズ”を大きくするが、他方で当該情報を有する当事者の“パイの取り分”を小さくする場合があります⁽⁵⁶⁾。例えば、次のような場合を考えてみる。ある目的物に高い価値を見出すタイプの買主と、低い価値しか見出さないタイプの買主が存在する。もし、売主が2つのタイプの買主を識別することができるのであれば（完全情報の場合）、それぞれのタイプの買主に対して最適な代金を請求するだろう。例えば、それぞれのタイプの買主に対する最適な代金が、高い価値を見出すタイプの買主に対しては100、低い価値を見出すタイプの買主に対しては50であるとする。ところが、売主が買主のタイプを識別できない場合には（不完全情報の場合）、売主は、

(55) 自律基底的理論からは、情報を欠く当事者の自己決定は法が正当とする自己決定ではないという観点から正当化がなされるであろうし、客観秩序基底的理論からは、情報を欠く当事者による契約では正義内容を具体化する契約内容が実現されないという観点から正当化がなされるだろう。

(56) Ayres & Gertner, *supra* note 18, at 99.

それぞれのタイプの買主と取引をする確率と、それぞれのタイプの買主に対する最適な代金額とを掛け合わせて足したもの、つまり平均代金額をすべての当事者に対する代金として設定するだろう。この平均代金額は、例えば高い価値を見出す買主と低い価値を見出すタイプの買主がそれぞれ50%ずつ市場に存在するとすれば、 $100 \times 0.5 + 50 \times 0.5 = 75$ となる。このような代金は、高い価値を見出すタイプの買主にとっては有利である。なぜならば、自己が高い価値を見出すタイプの買主であるという私的情報が売主の知るところとなれば、売主は不完全情報下における代金75よりも高い代金100を請求するはずだからである。⁽⁵⁷⁾したがって、たとえ私的情報の伝達によって契約が効率的になるとしても、そこから買主が得ることのできる利益が、情報伝達によって引き上げられる代金増加分 $100 - 75 = 25$ よりも大きくなければ、結果として当該買主は情報伝達によって不利益を被ることとなり、情報伝達のインセンティブを持たない。情報伝達による代金増加分よりも利益増加分の方が小さい場合は、私的情報の伝達によって確かにパイのサイズは大きくなるが、当該情報を伝達する当事者のパイの取り分は小さくなってしまふのである。このような場面における買主の行動は一種のレント・シーキングであり、自己利益を最大化する行為が社会的厚生を阻害する結果となっている。⁽⁵⁸⁾

以上が、情報の非対称性が非効率性をもたらすメカニズムであり、ペナルティー・デフォルト・ルールはこのような事態に対して、私的情報を有する当事者に不利益を課すことによって、契約相手方に情報を伝達するインセンティ

(57) ここでは、低い価値しか見出さないタイプの買主が本来よりも高い代金を支払うという不利益が、高い価値を見出すタイプの買主が本来よりも安い代金を支払うという利益によって埋め合わせられるというクロス・サブシディゼーション(cross-subsidization)が生じている。

(58) Ayres & Gertner, *id.* at 100.

(59) このような行動により、良質な財を供給する市場参加者が退出するという事態が生じ、市場が縮小する現象が、いわゆる逆選択(adverse selection)と呼ばれるものである。典型的には中古車市場を例としたものとして、Akerlof, *supra* note 45がある。

ブを与え、平均代金額による非効率な契約ではなくそれぞれのタイプに応じた効率的な契約の締結を促進しようとするものである。次項では、ペナルティー・デフォルト・ルールモデルのモデル分析を紹介する。

第2節 ペナルティー・デフォルト・ルールモデル

(ハドレー・ルールを素材として)

第1項 議論の概要

ペナルティー・デフォルト・ルールモデルは多少複雑であるので、分析に取りかかる前に叙述の概要を予め述べておくこととしたい。ペナルティー・デフォルト・ルールモデルの分析モデルは、デフォルト・ルールによって私的情報伝達のインセンティブを与えるという考え方がハドレー・ルールを素材として議論されてきたという沿革と、それがより一般化可能であるということもあり、ハドレー対バクセンデルの事案を基にしている。ハドレー対バクセンデルの事案では当事者はシャフトの所有者である製粉業者と運送業者であり、契約はシャフトの運送契約であったが、ここではより一般化になじむものとして、契約当事者を売主と買主とし、売買契約を念頭に置くこととする。ただし、運送契約であれ売買契約であれ、変数の表わす事実ないしそれに組み込まれる数値が変わるのみであって、モデルはどちらに対しても適用することができる。モデルでは、売主は予防措置を講じることによって不履行の可能性を引き下げることができる。ただし、予防措置を講じるには追加的なコストないし労力を要する。市場に存在する潜在的買主は、2つの類型に分けられる。契約の履行に高い価値を見出す買主（以下、“高評価買主”とする。）と、低い価値しか見出さない買主（以下、“低評価買主”とする。）である。高評価買主とは、当該履行によって通常得られるよりも大きな利益を得る買主である。したがって、仮に不履行の際に完全賠償を実現しようとするれば、売主は通常予見される損害以上の賠償を支払う必要があることとなる。他方で、低評価買主は、当該履行によって通常得られる利益のみを得る買主であって、完全賠償の際にも通常生ずる損害を賠償すれば足りる。高評価買主よりも、低評価買主の方が多数存在す

るものとする。さらに重要な仮定として、売主は、買主がどちらのタイプに属するかを観察することができない。しかし、買主が自ら伝達することによって、売主は当該買主のタイプを知ることができる。その際、買主が自己のタイプを伝達して契約内容に組み込むには売主と買主の双方に一定の取引費用が生じ、これを“情報伝達コスト”と呼ぶこととする。

以上のような設定の下で、分析は次のように進められる。まず、どのような場合に社会的厚生が最大になるかを特定する。すなわち、売主が買主のタイプに関する情報を取得して買主のタイプごとに異なる契約を締結するような状態と、情報が伝達されずにすべての買主との間で同一の契約を締結するような状態のどちらが望ましいか、またその条件を特定する。次に、制限責任ルール（ハドレー・ルール）と無限責任ルールとのそれぞれにおいて、どのような均衡が生じるかを特定する。そうすると、情報伝達が望ましい場合にはどちらのルールが情報伝達をもたらすか、また情報伝達が望ましくない場合にはどちらのルールが情報伝達の行われない状態をもたらすかを見ることによって、望ましいデフォルト・ルールとその条件を知ることができるだろう。結論は、以下のようなものになる。まず、情報伝達が望ましい場合には、制限責任ルールは必ず高評価買主による情報伝達を惹起し、しかも最も低いコストで情報伝達を実現する。なぜそのようになるかは、細かい分析を要する点であり、後のフォーマルな分析の中で明らかとなる。他方で、無限責任ルールは、情報伝達が望ましい場合には、情報伝達をもたらさず、かつ制限責任ルールよりも高いコストを要するため、効率的な結果をもたらさない。また、情報伝達が行われない状態をもたらす可能性もあり、その場合には最適な結果とならない。したがって、情報伝達が望ましい場合、つまり情報の非対称性を解消すべき場合には常に制限責任ルールが望ましい。次に、情報伝達が望ましくない場合には、制限責任ルールは最適な結果をもたらさない。情報伝達が行われない状態をもたらす可能性はあるが、その場合でも売主の予防措置レベルが最適とならないからである。他方、無限責任ルールは、情報伝達が行われず、かつ売主の予防措置レベルが最適となる状態をもたらす可能性がある。しかし、情報伝達を引き起こす

可能性もあり、常に社会的に最適な結果をもたらすわけではない。

デフォルト・ルールの情報伝達促進機能が重要となるのは、情報伝達が社会的に望ましい場合である。そのような場合には、デフォルト・ルールによって情報伝達を促進することが、社会的厚生を増大に大きく寄与するだろう。しかし、情報伝達が社会的に望ましい場合には、無限責任ルールも情報伝達をもたらすことに注意しなければならない。つまり、無限責任ルールも情報伝達促進機能を果たすのである。むしろ、制限責任ルールと無限責任ルールのどちらが望ましいかの判断にとって決定的要素となっているのは、“最も効率的に情報伝達を実現する”という条件を満たしているかという点である。後の分析でも見るとおり、この条件とは、“情報伝達コストの総和がより小さいこと”を意味する。つまり、高評価買主が情報伝達をする場合と、低評価買主が情報伝達をする場合とで、どちらの方がより情報伝達コストが低く、効率的に情報伝達を実現することができるかが重要となる。仮定により、高評価買主の方が少数であるから、両タイプの一契約あたりの情報伝達コストが同一であるとすれば、高評価買主が情報伝達する方が低コストである。つまり、高評価買主にペナルティーを科すようなデフォルト・ルール、すなわち制限責任ルールが望ましい。これは、どちらが多数派であるかが重要であることを意味している。要するに、デフォルト・ルールの情報伝達促進機能を考慮するとしても、ルールの選択の際には結局多数がどちらのルールを望むかが重要となるのであって、ルール設定者の意思決定基準としては多数派テーゼが維持されるのである。しかし、エアーズ／ゲートナーは、制限責任ルールは、“最も効率的に”情報伝達を実現するという点のみではなく、より強力に情報伝達促進機能を発揮するという観点からも制限責任ルールが正当化されると主張する。

したがって、これらの2つの側面から正当化されるルールが一致しない場合があるとすれば、その判断基準が問題となるだろう。以下では、ここで概説したモデルのフォーマルな分析を行うことによってより厳密な理解を目指し、デフォルト・ルールの情報伝達促進機能は望ましいデフォルト・ルールの内容的判断基準にとって決定的に重要であるわけではないという点を明らかにする。

それに対して情報伝達促進機能を重視するエアーズ／ゲートナーの指摘は、第3節で見ることにする。それにより、どのような場合にデフォルト・ルールの情報伝達促進機能が判断基準として重要であるか、多数派テーゼとの関係はどのようなものとなるか、といった点について検討することが可能となるだろう。

第2項 モデル分析

(1) 仮定

まず、仮定の確認や記号の定義を行う。売主のタイプは1種類であり、買主との間で商品の製造・売買やサービス提供に関する契約を行う。売主はリスク中立的である。買主のタイプは2種類であり、履行を高く評価する買主（高評価買主）と、低く評価する買主（低評価買主）が存在する。高評価買主は履行に対して高い価値（ h ）を置き、低評価買主は低い価値（ l ）を置く。市場における比率は、高評価買主の方が小さい。つまり高評価買主の割合（ α ）は半分以下であって、低評価買主が多数派である。情報に関する仮定として、買主は自己のタイプを知っている。売主はどちらのタイプの買主がどの割合で市場に存在するかということは知っているが、契約締結の際に相手方がどちらのタイプに属するかを観察することはできない。しかし、買主が、売主とコミュニケーションを図ることによって自ら情報を伝達すれば、売主は買主のタイプを知ることができる。このように、契約締結プロセスの中で買主が情報伝達を行い、契約内容に反映させるには売主のコスト（ k_s ）と買主のコスト（ k_b ）が生じるが、両者を合わせたものを“情報伝達コスト”（ k ）と呼ぶ。情報伝達コストは、契約当事者が高評価買主と低評価買主とのいずれであっても同じものとする。また、売主は予防措置を講じるためのコスト（ x ）を増やすことによって、不履行の確率を減らすことができる（つまり、履行の可能性（ $p(x)$ ）を増やすことができる。）。コストをかけるほど履行の可能性は増加するが、その増加率は逓減していく。つまり、予防措置コストを1から2にしたときの履行の可能性の増分よりも、10から11にしたときの履行の可能性の増分は小さい。以上をまとめると、下の一覧ようになる。また、 x_l と x_h は、それぞれ賠償額が l

ないし h となる場合に売主が負担する予防措置コストを指し、 c_l と c_h は、それぞれ賠償額が l ないし h となる契約における代金を指すものとする。

l : 低評価買主にとっての履行の価値, $l > 0$

h : 高評価買主にとっての履行の価値, $h > 0, (h > l)$

α : 高評価買主の比率, $0 < \alpha < 0.5$

k_s : 売主の情報伝達コスト, $k_s > 0$

k_b : 買主の情報伝達コスト, $k_b > 0$

$k = k_s + k_b$ (k : 一つの契約につき必要となる情報伝達コスト)

x : 売主の予防措置コスト

$p(x)$: 契約履行の確率

$$0 < p(x) < 1; p'(x) > 0; p''(x) < 0$$

x_l : 賠償額が l となる場合に売主が負担する予防措置コスト

x_h : 賠償額が h となる場合に売主が負担する予防措置コスト

c_l : 賠償額が l となる契約における代金

c_h : 賠償額が h となる契約における代金

契約は次のような過程を経て実行される。契約締結（このときに情報伝達が行われうる）後、買主が代金を支払い、売主は目的物を引き渡す。 $p(x)$ の確率で売主の履行は実現し、 $1 - p(x)$ の確率で売主は不履行に陥る。履行が実現した場合は、低評価買主は $l - c$ 、高評価買主は $h - c$ の効用を得て、売主は $c - x$ の利潤を得る。他方で、売主が不履行に陥った場合には、制限責任ルールの下では、低評価買主は履行に対する自己の評価額 l の賠償を受けることができるが（したがって、低評価買主の効用は $l - c$ となる。）、高評価買主は、契約締結時に自己が履行を高く評価していることを明らかにして契約内容に反映させれば h の賠償を得ることができ、そうでなければ l の賠償しか受けることができない（したがって、高評価買主の効用は、情報を伝達する場合は $h - c$ となり、情報を伝達しない場合には $l - c$ となる。）。他方、無限責任ルールの下では、いずれのタ

イブの買主も、自己のタイプに関して情報を伝達していなくても履行に対する自己の評価額の賠償を受けることができる（したがって、低評価買主の効用は $l - c$ となり、高評価買主の効用は $h - c$ となる。）。不履行の場合の売主の利潤は、代金から予防措置コストと賠償額を差し引いたものである（ $c - x - l$ 、もしくは $c - x - h$ ）。このように、制限責任ルールと無限責任ルールは契約不履行の場合に異なる帰結をもたらし、どちらが望ましいかが検討されることとなる。

（2）社会的に最適な行動の特定

次に、情報伝達が行なわれる状態と情報伝達が行なされない状態のどちらが社会的に最適か、またそのときの条件を明らかにする。そのためには、社会的厚生を最大にするために (i) 売主はどの程度の予防措置を講じるべきか、(ii) 買主はどのような場合に売主に対して情報を伝達すべきか、を特定しなければならない。

まず、(i) の問題から取りかかる。売主がどの程度の予防措置を講じるべきかは、買主のタイプについて情報を有しているか否かによって異なる。そこで、さしあたり情報伝達コストは固定されたものとし、情報伝達が行なわれる状態と情報伝達が行なされない状態を場合分けして検討する。

売主が買主のタイプについて情報を有している場合には、それぞれのタイプに応じて最適な予防措置レベルを選択することができる。売主がそれぞれのタイプについて独立に予防措置を選択し、それらの契約によって得られる履行価値から予防措置コストを引いたものが最大となる場合に、社会的厚生が最大となる。契約がもたらす履行価値は、低評価買主との契約については $p(x_l)l$ であり、高評価買主については $p(x_h)h$ である。また、それぞれの契約に対して予防措置コストはそれぞれ x_l, x_h だけ存在するから、契約によって生じる厚生は、低評価買主との契約については $p(x_l)l - x_l$ 、高評価買主との契約については $p(x_h)h - x_h$ ということとなる。⁽⁶⁰⁾ これらをそれぞれの人数割合 $(1 - a$ と $a)$ で掛け合わせて足したものが、対称情報の場合の社会的厚生であるから、それを最大にするような x_l, x_h が、最適な x_l, x_h ということになる。したがって、最適な x_l, x_h は次のよう

な式によって与えられる。

$$\max_{x_l, x_h} (1 - \alpha)[p(x_l)l - x_l] + \alpha[p(x_h)h - x_h] \quad \cdot \cdot \cdot \cdot (6)$$

情報の対称性が存在することにより、売主はそれぞれのタイプの買主との間で独立に契約を締結するから、 x_l と x_h はそれぞれ最適化すればよい。したがって、最適な x_l, x_h はそれぞれ、

$$\max_{x_l} p(x_l)l - x_l \quad \cdot \cdot \cdot \cdot (7)$$

$$\max_{x_h} p(x_h)h - x_h \quad \cdot \cdot \cdot \cdot (8)$$

によって決定される。これらの式の解を、それぞれ x_l^* と x_h^* で表わすこととする。このとき、以下の二点が明らかとなることを指摘しておく。まず、 $x_l^* < x_h^*$ である⁽⁶¹⁾。すなわち、高評価買主に対する最適な予防措置コストは、低評価買主に対する最適な予防措置コストよりも大きい。この結果は、直感的にも理解できるだろう。次に、 $p(x_l)l - x_l^* < p(x_h)h - x_h^*$ である⁽⁶²⁾。これは、最適な予防措置をとった場合に契約から生じる厚生は、低評価買主との契約よりも高評価買主との契約の方

(60) 契約から生じる厚生を、買主の効用と売主の利潤から計算すると次のようになる。まず、契約が履行された場合の低評価買主の効用は $l - c_l$ であり、売主の利潤は $c_l - x_l$ である。また、不履行の場合の低評価買主の効用は $l - c_l$ であり、売主の利潤は $c_l - x_l - l$ である。履行の確率は $p(x_l)$ であるから、契約によって生じる厚生は、 $p(x_l)[(l - c_l) + (c_l - x_l)] + [1 - p(x_l)][(l - c_l) + (c_l - x_l - l)]$ であり、これを計算すると、 $p(x_l)l - x_l$ となる。このとき、低評価買主の期待効用は $p(x_l)(l - c_l) + [1 - p(x_l)](l - c_l) = l - c_l$ であるが、このうち c_l は売主に移転しているに過ぎない。また、 l については、 $l = p(x_l)l + [1 - p(x_l)]l$ と分解することができ、このうち $[1 - p(x_l)]l$ は不履行時の損害賠償として売主から移転しているに過ぎない。したがって、契約が新たに生み出す厚生は、履行によって買主が得る効用 $p(x_l)l$ であることとなる。ここから、売主が負担するコスト x_l を引いたものが、契約によって生じる厚生である。高評価買主との契約についても同様である。

が大きいことを意味する。つまり、高評価買主との契約では低評価買主との契約に比してより大きな予防措置コストがかかるが、それを補って余りあるほどの大きな厚生が契約からが生じることになる。

次に、売主が買主のタイプを識別することができない場合の予防措置コストの最適レベルを特定する。このような場合には、売主は買主ごとに独立に予防措置を選択することができず、一律の予防措置をとらなければならない。このときの予防措置コストを x_{lh} とする。予防措置が x_{lh} の場合における契約がもたらす履行価値は、低評価買主と高評価買主についてそれぞれ $p(x_{lh})l$ と $p(x_{lh})h$ である。これらの厚生を生み出す契約が、それぞれ $1-a$ と a の割合で締結されるから、 $(1-a)p(x_{lh})l + ap(x_{lh})h$ の社会的レベルでの厚生が新たに生じる。ここから売主の予防措置コスト x_{lh} を差し引いたものが、売主が買主のタイプを区別できない場合の社会的厚生であるから、最適な x_{lh} は以下の式によって与えられる。

$$\max_{x_{lh}} p(x_{lh})[(1-a)l + ah] - x_{lh} \quad \dots \dots (9)$$

(61) $x_l^* < x_h^*$ は以下のように導かれる。 x_l^*, x_h^* は、それぞれ関数 $p(x)v - x(v = l, h)$ を最大化するような x である。したがって、 $p(x)v - x$ の最大化の1階条件である $p'(x)v = 1$ を満たす。この1階条件を満たす x^* は v の関数であるから、 $p'(x^*(v))v = 1$ と表わすことができる。この式に対して、 v について微分を行うと、 $x^*(v) = \frac{-p'(x^*(v))}{p''(x^*(v))v}$ を得る。仮定より、 $p'(x) > 0$, $p''(x) < 0$ であるから、 $\frac{-p'(x^*(v))}{p''(x^*(v))v} > 0$ 、すなわち $x^*(v) > 0$ である。これは、 $p(x)v - x$ を最大化する x^* が、 v の単調増加関数であることを意味する。仮定より $l < h$ であるから、 $x_l^* < x_h^*$ となる。

(62) これを見るために、まず、 $p(x(v))v - x(v)$ の導関数を以下のように求める。

$$\begin{aligned} f(v) &= p(x(v))v - x(v) \text{とする。} \\ f'(v) &= p'(x(v))x'(v)v + p(x(v)) - x'(v) \\ &= x'(v)[p'(x(v))v - 1] + p(x(v)) \\ x = x^* \text{ においては } p'(x)v &= 1 \text{ であるから、} \\ f(v) &= p(x^*(v)) \end{aligned}$$

仮定より $0 < p(x) < 1$ であるから、 $p(x(v)) > 0$ である。 $p(x(v))$ は $x = x^*$ という制約における $p(x(v))v - x(v)$ の導関数であり、 $x = x^*$ においては $f(v)$ は単調増加関数である。仮定より $l < h$ であるから $f(l) < f(h)$ であり、 $p(x_l^*)l - x_l^* < p(x_h^*)h - x_h^*$ となる。

この解を x_h^* で表わすこととする。このとき、 $l < (1 - \alpha)l + ah < h$ であり、さらに $x^*(v)$ は v の単調増加関数であるから、 $x_l^* < x_h^* < x_l^*$ である。すなわち、売主が買主のタイプを識別することができない場合の最適な予防措置コストは、それが識別できる場合における低評価買主に対して最適な予防措置コストよりも大きく、高評価買主に対するそれよりも小さい。

以上により、(i) 社会的厚生が最大となるために、売主はどの程度の予防措置を講じるべきかが特定された。売主が買主のタイプを識別することができる場合には、売主のとるべき最適な予防措置レベルは、低評価買主に対しては x_l^* 、高評価買主に対しては x_h^* である。また、売主が買主のタイプを識別することができない場合には、一律に x_h^* であり、 x_h^* は x_l^* よりも大きく x_l^* よりも小さい。

次に、社会的厚生を最大にするために、(ii) 買主はどのような場合に情報を伝達すべきかという問題に進む。買主は、情報が非対称な場合と対称な場合との社会的厚生之差が情報伝達の社会的コストを上回る場合に、情報を伝達することが望ましい。そこで、情報が非対称な場合と対称な場合との社会的厚生之差と、情報伝達の社会的コストを定義することとする。まず、情報が非対称な場合と対称な場合の社会的厚生之差は、売主が2つのタイプの買主に対して一律に x_h^* レベルの予防措置を選択する場合の社会的厚生と、それぞれのタイプの買主に応じた予防措置レベル x_l^* 、 x_h^* を選択することによって生じる社会的厚生之差 I である。それぞれのタイプの買主に対して最適なレベルの予防措置を講じた場合の社会的厚生（情報伝達コストを除く）は上記(6)式に x_l^* と x_h^* を当てはめた場合の値であるから、 $(1 - \alpha)[p(x_l^*)l - x_l^*] + \alpha[p(x_h^*)h - x_h^*]$ である。また、両タイプの買主に対して一律に x_h^* レベルの予防措置を講じた場合の社会的厚生（情報伝達コストを除く）は、(9)式に x_h^* を当てはめた場合の値であるから、 $p(x_h^*)[(1 - \alpha)l + ah] - x_h^*$ である。したがって、 I は以下のように表わすことができる。

$$\begin{aligned}
 I &= (1 - \alpha)[p(x_l^*)l - x_l^*] + \alpha[p(x_h^*)h - x_h^*] - \{p(x_h^*)[(1 - \alpha)l + ah] - x_h^*\} \\
 &= (1 - \alpha)\{[p(x_l^*)l - x_l^*] - [p(x_h^*)l - x_h^*]\} + \alpha\{[p(x_h^*)h - x_h^*] - [p(x_h^*)h - x_h^*]\} \\
 &\quad \dots \dots (10)
 \end{aligned}$$

二行目の式は一行目の式を $1 - \alpha$ と α についてまとめたものであるが、それぞれに掛け合わされている{}内の式は、予防措置レベルが x_{ih}^* から x_i^* ないし x_h^* へ移行したときの、低評価買主と高評価買主それぞれとの契約から生じる厚生 of 増加分を表わしている。低評価買主との契約から生じる厚生 of 増加分は $[p(x_i^*)l - x_i^*] - [p(x_{ih}^*)l - x_{ih}^*]$ である。これは、 $p(x_i)l - x_i$ (上記(7)の目的関数) に x_i^* を代入したものと x_{ih}^* を代入したものの差であるが、 $\max_{x_i} p(x_i)l - x_i$ の解は x_i^* であるから、 $p(x_i^*)l - x_i^* > p(x_{ih}^*)l - x_{ih}^*$ である。したがって、 $[p(x_i^*)l - x_i^*] - [p(x_{ih}^*)l - x_{ih}^*] > 0$ であり、これは、予防措置レベルが x_{ih}^* から x_i^* になることによって、契約から生じる厚生が改善されていることを意味する。同様に、高評価買主との契約による厚生 of 増加分についても $[p(x_h^*)h - x_h^*] - [p(x_{ih}^*)h - x_{ih}^*] > 0$ であり、契約から生じる厚生が改善されることが分かる。

次に、情報伝達の社会的コストを定義する。情報伝達は、以下の三つの手段によることが考えられる。低評価買主のみが情報伝達する場合と、高評価買主のみが情報伝達する場合と、両タイプの買主が情報伝達する場合である。どちらかのタイプの買主が情報伝達すれば、売主は情報伝達しない買主を別のタイプとして認識できるので、売主は双方の当事者のタイプを識別することができる。低評価買主のみが情報伝達する場合の社会的コストは $(1 - \alpha)k$ 、高評価買主のみが情報伝達する場合の社会的コストは αk 、両タイプの買主が情報伝達する場合の社会的コストは k であり、仮定より $0 < \alpha < 0.5$ であるから、 $\alpha < 1 - \alpha < 1$ である。したがって、 $\alpha k < (1 - \alpha)k < k$ となり、高評価買主が情報伝達する場合の社会的コストが最も小さい。したがって、最適な情報伝達の社会的コストは αk である。

以上により、非対称情報の場合と対称情報の場合との社会的厚生 of 差 I と、情報伝達の社会的コスト αk を定義することができた。情報伝達が社会的に望ましいのは、非対称情報の場合と対称情報の場合の社会的厚生 of 差が情報伝達の社会的コストよりも大きい場合であるから、情報伝達が社会的に望ましいと言えるための条件式は、

$$ak < I \quad \cdot \cdot \cdot \cdot (11)$$

であり、上記(10)式を用いて以下のように変形することができる。

$$k < \{[p(x_h^*)h - x_h^*] - [p(x_{lh}^*)h - x_{lh}^*]\} + \left[\frac{1-\alpha}{\alpha}\right] \{[p(x_l^*)l - x_l^*] - [p(x_{lh}^*)l - x_{lh}^*]\} \quad \cdot \cdot \cdot \cdot (12)$$

この式は、次のように解釈することができる。まず、右辺第1項の式は、情報伝達が行われた場合の、高評価買主の契約から生じる厚生⁽⁶³⁾の増加分を表わす。次に、 $\frac{1-\alpha}{\alpha}$ は、高評価買主1人あたりに対する低評価買主の人数を表わす。例えば、 $\alpha = 0.25$ であるとすれば、 $\frac{1-\alpha}{\alpha} = 3$ であり、市場において高評価買主が1人存在すれば低評価買主は3人存在することを意味する。右辺第2項の{}内の式は、情報伝達が行われた場合の、低評価買主の契約から生じる厚生⁽⁶³⁾の増加分を表わす。したがって、(12)式は、高評価買主の契約から生じる厚生⁽⁶³⁾の増加分と、高評価買主1人あたりの低評価買主人数分の契約から生じる厚生⁽⁶³⁾の増加分とを足し合わせたものが情報伝達コストよりも大きいことが、情報伝達が社会的に望ましいための条件であることを表わしている。このような条件式(12)が満たされるならば、“高評価買主が” 情報伝達を行うことが望ましい。

以上より、次のように言うことができる。社会的厚生⁽⁶³⁾の最大化を究極目標とする場合には、少数派である高評価買主と売主との間で情報を伝達すべきである。そして、ある1つの高評価買主の契約を任意に取り出して考えるならば、高評価買主は、自己の契約から生じる厚生⁽⁶³⁾増加分と、高評価買主1人あたりの低評価買主人数分の契約から生じる厚生⁽⁶³⁾増加分を足し合わせたものが、当該契約をなすに当って自分と相手方売主が負担する情報伝達コストよりも大きい場合に、情報伝達を行うべきである。したがって、高評価買主は、自己の契約から生じる厚生⁽⁶³⁾が大きくなるほど情報を伝達すべきであるのみならず、低評価買主の比率⁽⁶³⁾ないし契約から生じる厚生⁽⁶³⁾が大きいほど情報を伝達すべきことになる。また、情報伝達コストが小さいほど情報を伝達すべきである。そして、情報伝

達がなされる場合には、売主は、低評価買主に対しては x_l^* 、高評価買主に対しては x_h^* の予防措置レベルを選択すべきである。それに対して、高評価買主の契約から生じる厚生が増加分と、高評価買主1人あたりの低評価買主人数分の契約から生じる厚生が増加分を足し合わせたものが情報伝達コストを下回る場合には、情報伝達は社会的に望ましくない。そのときは、売主が一律に x_{lh}^* レベルの予防措置をとることが社会的に望ましい。

(3) 制限責任ルールの下での行動

(2)において、情報伝達が行なわれる場合と情報伝達が行なされない場合のどちらにおいて社会的厚生が最大となるかという点に関する条件(12)式を特定し、さらに、それぞれの均衡において社会的厚生が最大となるためには、情報伝達が行なわれる場合には、少数派である高評価買主のみが情報伝達を行い、かつ売主が低評価買主と高評価買主に対してそれぞれ x_l^* 、 x_h^* の予防措置レベルを選択することが必要であり、情報伝達が行なされない場合には、売主が一律に x_{lh}^* レベルの予防措置をとることが必要であることを見た。そこで、次のステップとして、自己のタイプを明らかにしない限り高評価買主に対する賠償額が制限されることとなる制限責任ルールと、いずれのタイプの買主に対する賠償額をも制限しない無限責任ルールとのそれぞれにおいて、当事者がどのような行動をとるかを特定する。特定された行動が、先に見た社会的厚生を最大にする行動と一致する場合に、当該ルールが望ましいということになる。まず、制限責任ルールの下での当事者の行動を特定する。

制限責任ルールの下での当事者の行動に関する分析に入る前に、契約代金に関する定義を行っておく必要がある。なぜならば、買主が情報を伝達するかどうかは、情報伝達による利益と不利益の関係によって判断されるが、その際には代金の変化が決定的に重要となるからである。

(63) ある α' に対して情報伝達が社会的に望ましければ、すべての $\alpha < \alpha'$ に対して情報伝達が望ましい。このことの証明については、Bebchuk & Shavell, *supra* note 53, 296 n. 28を参照。

まず、対称情報の場合の代金を定義する。売主の利潤関数 r を定義すると、売主の利潤は代金 c から予防措置コスト x と期待責任額 $[1-p(x)]v$ （ただし、 $v = l, h$ ）を差し引いたものであるから、 $r = c - x - [1-p(x)]v$ となる。市場は完全競争下にあると仮定すると、利潤はゼロになるので、 $0 = c - x - [1-p(x)]v$ となり、これを变形すると、代金を $c = x + [1-p(x)]v$ と定義することができ、代金は売主の期待コスト（予防措置コスト+期待責任額）と等しくなる。また、完全競争市場の下では売主はプライステイカーであり c は定数であるから、利潤 r を最大化しようとする売主は、契約相手を低評価買主と認識していれば、 $-x_i - [1-p(x_i)]l$ を最大化する。これは $x_i + [1-p(x_i)]l$ を最小化すること、つまり売主の期待コストを最小化することと等価である。したがって、利潤を最大化しようとする売主は、期待コスト $x_i + [1-p(x_i)]l$ を最小化しようとするということが言える。このときの予防措置レベルは、

$$\min_{x_i} x_i + [1-p(x_i)]l \quad \cdot \cdot \cdot \cdot (13)$$

の解であり、 $x_i + [1-p(x_i)]l$ は $p(x_i)l - x_i$ が最大のときに最小となるから、⁽⁶⁴⁾(13)式の解は(7)式の解と同じであり、 x_i^* となる。したがって、低評価買主が相手方である場合の期待コストは $x_i^* + [1-p(x_i^*)]l$ であり、これが代金となる。同様に、売主が契約相手のタイプを高評価買主と認識している場合の予防措置コストは x_i^* であり、代金は $x_i^* + [1-p(x_i^*)]h$ である。

次に、非対称情報の場合の代金を定義する。契約相手のタイプが低評価買主である確率が $1-\alpha$ であり、高評価買主である確率が α であるので、一律の予防措置コスト x_{in} と、期待責任額 $([1-p(x_{in})][(1-\alpha)l + \alpha h])$ の和が売主のコストであり、売主はこれを最小にする。つまり、

(64) $x_i + [1-p(x_i)]l$ は、 $x_i - p(x_i)l + l$ と変形することができる。 l は定数であるから、これが最小となるのは、 $x_i - p(x_i)l$ が最小のときである。 $x_i - p(x_i)l$ が最小であることと、 $-[x_i - p(x_i)l]$ が最大であることは等価である。したがって、 $x_i - p(x_i)l$ が最小であることと、 $p(x_i)l - x_i$ が最大であることは等価である。

$$\min_{x_{ih}} x_{ih} + [1 - p(x_{ih})][(1 - \alpha)l + ah] \quad \dots \dots (14)$$

の解が売主のとする予防措置である。 $x_{ih} + [1 - p(x_{ih})][(1 - \alpha)l + ah]$ は、 $p(x_{ih})[(1 - \alpha)l + ah] - x_{ih}$ が最大のときに最小となるから、(14)式の解は(9)式の解と等しく、 x_{ih}^* である。したがって、相手方が識別できない場合の最小コストは $x_{ih}^* + [1 - p(x_{ih}^*)][(1 - \alpha)l + ah]$ であり、これが代金となる。

以上より、 c_l, c_h をそれぞれ、対称情報の下での低評価買主に対する代金、高評価買主に対する代金とし、 c_{ih} を非対称情報の下での代金とすると、以下のよりに表わされる。

$$c_l = x_l^* + [1 - p(x_l^*)]l \quad \dots \dots (15)$$

$$c_h = x_h^* + [1 - p(x_h^*)]h \quad \dots \dots (16)$$

$$c_{ih} = x_{ih}^* + [1 - p(x_{ih}^*)][(1 - \alpha)l + ah] \quad \dots \dots (17)$$

このように定義された契約代金を前提として、制限責任ルールの下での当事者の行動を特定する。まず、制限責任ルールの下では、低評価買主は情報伝達を行わない。なぜならば、低評価買主が情報伝達を行えば、売主は自己の情報伝達コスト (k_s) を代金に上乘せし、さらに低評価買主自身も情報伝達コスト (k_b) を負担するにもかかわらず、契約履行の期待利益は変わらないからである。より詳しく言えば、以下のようなになる。制限責任ルールの下では、高評価買主が情報伝達によって自らのタイプを明らかにしない限り、売主は不履行の際にも l を賠償すればよい。したがって、売主は、相手方が自ら高評価買主で

(65) $x_{ih} + [1 - p(x_{ih})][(1 - \alpha)l + ah]$ は、 $x_{ih} + [(1 - \alpha)l + ah] - p(x_{ih})[(1 - \alpha)l + ah]$ と変形することができる。 $[(1 - \alpha)l + ah]$ は定数であるから、この式が最小となるのは、 $x_{ih} - p(x_{ih})[(1 - \alpha)l + ah]$ が最小のときである。 $x_{ih} - p(x_{ih})[(1 - \alpha)l + ah]$ が最小であることと、 $-[x_{ih} - p(x_{ih})[(1 - \alpha)l + ah]]$ が最大であることとは等価である。したがって、 $x_{ih} - p(x_{ih})[(1 - \alpha)l + ah]$ が最小であることと、 $p(x_{ih})[(1 - \alpha)l + ah] - x_{ih}$ が最大であることとは等価である。

ある旨を明らかにしない限り、賠償額が l の際の最適な予防措置レベル x_j^* をとり、代金 c_l を請求するだろう。低評価買主は、売主が義務を履行した場合には l の効用を得て、不履行の場合には l の賠償を得るから、低評価買主が自ら低評価買主である旨の情報伝達を行わなければ、低評価買主が契約によって得る厚生は、

$$l - c_l$$

である。それに対して、低評価買主が自ら低評価買主である旨の情報伝達を行えば、売主は自己の情報伝達コスト (k_s) を代金 c_l に上乗せして $c_l + k_s$ を低評価買主に対して請求するだろう。さらに、低評価買主自身も情報伝達コスト (k_b) を負担する。ところが、不履行の際に低評価買主に生じる損害は l にとどまるから、賠償額は l のままである。したがって、低評価買主が情報伝達を行った場合に低評価買主が契約によって得る効用は、

$$\begin{aligned} l - (c_l + k_s) - k_b \\ = l - c_l - k \end{aligned}$$

である。 $0 < k$ であるから、低評価買主が契約によって得る効用は、情報伝達を行う場合の $l - c_l - k$ よりも、情報伝達を行わない場合の $l - c_l$ の方が大きい。よって、制限責任ルールの下では、低評価買主は情報伝達のインセンティブを持たない。

他方で、高評価買主は情報伝達を行う可能性がある。高評価買主が情報伝達を行わなければ、売主は不履行の際にも l だけ賠償すればよいから、期待コストを最小にする予防措置レベルを x_j^* とし⁽⁶⁶⁾、履行確率は $p(x_j^*)$ 、代金は c_l となる。高評価買主は、履行が実現されれば h の効用を得るが、不履行の場合には l の賠

(66) (13)式参照。

償しか受けられないので、情報伝達を行わない場合に高評価買主が契約によって得る効用は、

$$p(x_i^*)h + [1 - p(x_i^*)]l - c_i \quad \cdot \cdot \cdot \cdot (18)$$

である。他方で、高評価買主が情報伝達を行えば、高評価買主は履行が実現した際に h の効用を得ることができ、不履行の際にも h の賠償を受けることができるが⁸、情報伝達コスト k_b を負担し、代金 $c_h + k_s$ を支払うこととなる。よって、高評価買主が情報伝達を行う場合に契約によって得る効用は、

$$\begin{aligned} p(x_h^*)h + [1 - p(x_h^*)]h - k_b - (c_h + k_s) \\ = h - c_h - k \quad \cdot \cdot \cdot \cdot (19) \end{aligned}$$

である。高評価買主は、情報伝達を行う場合に契約によって得る効用が、情報伝達を行わない場合に契約によって得る効用よりも大きい場合（(19)式 > (18)式）に情報伝達を行うから、

$$\begin{aligned} h - c_h - k &> p(x_i^*)h + [1 - p(x_i^*)]l - c_i \\ k &< (h - c_h) - \{p(x_i^*)h + [1 - p(x_i^*)]l - c_i\} \\ k &< [p(x_h^*)h - x_h^*] - [p(x_i^*)h - x_i^*] \quad \cdot \cdot \cdot \cdot (20) \end{aligned}$$

が成り立つ場合にのみ情報伝達を行う。(20)式の右辺第1項は、予防措置レベルが x_i^* の場合に高評価買主の契約から生じる厚生を表わしている。(20)式の右辺第2項は、予防措置レベルが x_i^* の場合に高評価買主の契約から生じる厚生を表わしている。前者から後者を引いたもの、つまり右辺全体は、予防措置が x_i^* から x_h^* へ引き上げられた場合の、高評価買主の契約から生じる厚生増加分を意味する。したがって、(20)式は、予防措置が x_i^* から x_h^* へ引き上げられた場合の、高評価買主の契約から生じる厚生の増加分が⁹、高評価買主と売主の負担する情報伝達コストよりも大きい場合には、高評価買主が情報伝達を行うことを意味

している。

議論の概要において示唆したように、このような高評価買主の情報伝達行為は、情報伝達が社会的に最適である場合には常に生じる。このことは、次のようにして理解することができる。先ほど見たように、制限責任ルールの下で情報伝達が行われなければ、売主はすべての買主に対して x_i^* の予防措置を講ずる。しかし、情報伝達がなされない状態における最適な予防措置レベルは x_{ih}^* である。したがって、予防措置レベルが x_{ih}^* のときの方が社会的厚生は大きい。つまり、情報伝達が社会的に最適であるとすれば、情報伝達がなされる場合の社会的厚生との差は、予防措置レベルが x_{ih}^* のとき（このときの差は I である⁽⁶⁷⁾）よりも x_i^* のとき（このときの差を I' とする。）の方が大きいはずである。したがって、

$$I < I' \quad \cdot \cdot \cdot \cdot (21)$$

である。ところで、情報伝達が社会的に最適であるための条件式は、

$$ak < I = (1 - \alpha)\{[p(x_i^*)l - x_i^*] - [p(x_{ih}^*)l - x_{ih}^*]\} + \alpha\{[p(x_{ih}^*)h - x_{ih}^*] - [p(x_{ih}^*)h - x_{ih}^*]\} \quad \cdot \cdot \cdot \cdot (22)$$

であった。⁽⁶⁸⁾これは、予防措置レベルが一律に x_{ih}^* の状態から情報伝達がなされた状態に移行した場合の社会的厚生の増加分（ I ）が、高評価買主が情報伝達を行う場合の情報伝達コストの社会的総和（ ak ）よりも大きいことを意味する。したがって、予防措置が一律に x_i^* の状態と情報伝達がなされた状態との社会的厚生との差（ I' ）は、高評価買主が情報伝達を行う場合の情報伝達コストの社会的総和（ ak ）よりも大きい。つまり、(21)式と(22)式より、

$$ak < I' \quad \cdot \cdot \cdot \cdot (23)$$

(67) (10)式参照。

(68) (10)式と(11)式参照。

となる。さらに、情報伝達がなされず予防措置レベルが一律に x_l^* である状態と、情報伝達がなされて低評価買主と高評価買主に対する予防措置レベルがそれぞれ x_l^*, x_h^* となる状態とを比べてみると、いずれにおいても低評価買主との契約については x_l^* の予防措置がとられているから、予防措置レベルが一律に x_l^* である状態と情報伝達が行われた状態との社会的厚生との差にあたる不利益を被っているのは高評価買主の契約のみである。したがって、情報伝達によって新たに生じる厚生はすべて高評価買主の契約全体に割り当てられる。つまり、

$$I' = \alpha \{ [p(x_h^*)h - x_h^*] - [p(x_l^*)h - x_l^*] \} \quad \cdot \cdot \cdot \cdot (24)$$

となる。(24)式を(23)式に代入して α で割ると、

$$\begin{aligned} ak &< \alpha \{ [p(x_h^*)h - x_h^*] - [p(x_l^*)h - x_l^*] \} \\ k &< [p(x_h^*)h - x_h^*] - [p(x_l^*)h - x_l^*] \quad \cdot \cdot \cdot \cdot (25) \end{aligned}$$

となる。これは、高評価買主が情報伝達を行うための条件式(20)と一致する。したがって、情報伝達が社会的に望ましい場合には、常に高評価買主は情報を伝達することによってさらなる効用を得ることができ、情報伝達を行うことが分かる。⁽⁶⁹⁾つまり、情報伝達が社会的に望ましい場合には、社会的合理性と、高評価買主の個人的合理性は合致しているのである。

以上より、制限責任ルールの下では、いかなる場合でも低評価買主は情報伝達を行わず、高評価買主は、情報伝達が社会的に最適である場合には必ず情報伝達を行うことが明らかとなった。つまり、情報伝達が社会的に最適である場合には、制限責任ルールは常に最適な結果をもたらす。次に、情報伝達が社会的に最適ではない場合について見ておく。

まず、情報伝達が社会的に最適ではない場合にも高評価買主が情報伝達を行うことがあり得る。(12)式は成立しないが(20)は成立し、社会的合理性と個人的合理性が乖離する場合である。このときは、明らかに制限責任ルールは最適

ではない。

また、情報伝達が社会的に最適ではなく、高評価買主が情報伝達を行わない場合もある。制限責任ルールのもとでは、高評価買主が情報伝達を行わなければ、売主はすべての買主に対して x_i^* レベルの予防措置を講じる。しかし、これは、情報伝達がなされない場合における最適な予防措置レベル x_{ih}^* と異なっている。したがって、この場合にも、制限責任ルールは社会的に最適な結果をもたらさない。

以上より、制限責任ルールの下での行動は、次のようにまとめることができる。まず、情報伝達が社会的に最適である場合には、制限責任ルールは常に高評価買主の情報伝達行為を促し、社会的に最適な結果をもたらす。しかし、情報伝達が社会的に最適でない場合には、制限責任ルールは社会的に最適な結果をもたらさない。

(4) 無限責任ルールの下での行動

無限責任ルールの下では、売主は、不履行の場合には、相手方が高評価買主であれば h の賠償を行う必要があり、低評価買主であれば l の賠償を行う必要がある。したがって、非対称情報の場合には、 x_{ih}^* の予防措置コストをかけ、 c_{ih} の代金を請求するだろう⁽⁷⁰⁾。これは、高評価買主にとって有利である。なぜな

(69) このことは、以下のような証明によっても見ることができる。高評価買主が情報伝達を行う条件である(20)式の両辺に α をかけると、

$$ak < \alpha[p(x_{ih}^*)h - x_{ih}^*] - \alpha[p(x_i^*)h - x_i^*]$$

となる。情報伝達が社会的に最適であるための条件は $ak < I$ であるから、情報伝達が社会的に最適である場合に常に高評価買主が情報伝達を行うことを示すためには、

$$I < \alpha[p(x_{ih}^*)h - x_{ih}^*] - \alpha[p(x_i^*)h - x_i^*] \quad \dots \dots (\ast)$$

が示せばよい。 I の定義である(10)式を用いてこれを計算すると、

$$\{p(x_{ih}^*)[(1-\alpha)l + ah] - x_{ih}^*\} - \{p(x_i^*)[(1-\alpha)l + ah] - x_i^*\} > 0$$

となる。左辺第1項は、買主のタイプを識別できない場合において、予防措置レベル x_{ih}^* をとったときに契約から生じる厚生、第2項は予防措置レベル x_i^* をとったときのそれを表わす。定義上、買主のタイプを識別できないときの最適な予防措置コストは x_{ih}^* であるから、左辺は正である。よって、 (\ast) が成り立つ。

らば、高評価買主は、いずれにせよ h の賠償を得ることができるにもかかわらず、自己が高評価買主として売主に認識されれば c_m よりも高い代金 c_h ⁽⁷¹⁾を請求されることとなるからである。したがって、高評価買主は情報を伝達するインセンティブを持たない。ところで、このように情報が伝達されない場合に高評価買主に有利な代金設定となるのは、低評価買主に対して最適レベルにおける価格よりも高い代金が請求されていることによる。すなわち、低評価買主は情報が伝達されて最適な契約が締結された場合の代金よりも高い代金を支払っており、それによって、高評価買主はあたかも補助を受けたかのような(subsidized)代金を支払えばよくなっているのである。ここで重要なことは、制限責任ルールの下では買主は情報伝達コストを理由に情報を伝達しなかったのとは異なり、無限責任ルールの下では、高評価買主は有利な代金を確保するために情報を秘匿⁽⁷²⁾している、という点である。このような行為が、まさにエアーズ／ゲートナーが新たに社会的厚生を阻害しうる原因として指摘したものであり、ペナルティー・デフォルト・ルール理論の一つの成果とすることができる。

それでは、情報の秘匿によって不利益を被る低評価買主は、自ら情報伝達を行わないのであろうか。低評価買主が高い代金を支払っているのであれば、自ら情報伝達を行って代金を c_l に引き下げるはずではないだろうか。しかし、必

(70) (9)式、(17)式参照。

(71) 代金 c_h は $c(v) = x^*(v) + [1 - p(x^*(v))]v$ で表わされる。これを微分すると $c'(v) = x^*(v) - p'(x^*(v))x^*(v)v - p(x^*(v)) + 1$ である。 $x = x^*$ においては $p(x(v))v - x(v)$ が最大化されるから、1階条件 $p'(x(v))v = 1$ を満たし、これを代入すると $c'(v) = -p(x^*(v)) + 1$ となる。仮定より $0 < p(x) < 1$ であるから、 $c'(v) > 0$ となり、 $c(v)$ は単調増加関数である。したがって、仮定より $(1-a)l + ah < h$ であるから、 $c_m < c_h$ となる。

(72) 情報伝達コストを理由として情報を伝達しない場合は、不可避的な制約として存在するコストを避けるための対処であるのに対して、有利な代金を維持するために情報を伝達しない場合は、他人の不利益に基づいて得られる利益を確保するという点において、“秘匿”という言葉がふさわしいものと思われる。もっとも、そのような戦略的行為が直ちに不当であると断定されるわけではない。あくまで、それが社会的厚生の最大化を阻害する場合にのみ不当と見なされることになる。

(73) 特に、Ayres & Gertner, *supra* note 18, at 103, 111.

ずしも低評価買主が情報を伝達するとは限らない。なぜならば、情報伝達を行えば低評価買主は情報伝達コスト k_b を負担し、他方で売主は自己の負担する情報伝達コスト k_s を代金に上乗せして $c_l + k_s$ を請求するからである。情報伝達を行わなければ代金 c_{lh} のみを請求されるから、低評価買主が情報伝達を行うのは、

$$\begin{aligned} k_b + c_l + k_s &< c_{lh} \\ k &< c_{lh} - c_l \end{aligned} \quad \cdot \cdot \cdot \cdot (26)$$

が成立する場合である。

以上より、無限責任ルールのもとでは、高評価買主は情報伝達を行わず、低評価買主は(26)式が成り立つ場合にのみ情報伝達を行うこととなる。つまり、無限責任ルールの下では情報伝達が行なわれる場合となされない場合があるが、情報伝達が行なわれるとしても、その場合に情報伝達を行うのは低評価買主である。しかし、情報伝達が社会的に最適であるための条件は、少数派である高評価買主が情報伝達を行うことであつたから、無限責任ルールの下で情報伝達が行われたとしても社会的に最適ではない。したがって、情報伝達が社会的に望ましい場合には、無限責任ルールは不適切である。他方で、無限責任ルールの下で情報伝達が行われない場合には、売主が予防措置にかかるコストは x_{lh}^* である。先に特定したように、情報伝達なされない場合において社会的厚生が最大となるための条件は、売主の予防措置コストが x_{lh}^* であることであるから⁽⁷⁴⁾、無限責任ルールの下で情報伝達が行われなければ、それは社会的に最適である。

ところで、制限責任ルールの下では、情報伝達が社会的に最適である場合には高評価買主は常に情報伝達を行うことを見たが、無限責任ルールの下では、情報伝達が社会的に最適でないにもかかわらず ($ak > I$)、低評価買主が情報伝達を行うことがあり得る ($k < c_{lh} - c_l$)。例えば $k < c_{lh} - c_l$ の右辺が大きくなりやすい状況としては、予防措置レベルを x_l^* から x_{lh}^* へ引き上げてもあまり履行確率

(74) (9)式参照。

が上がらないような状況が考えられる。このような場合には、予防措置コストは大きく上がるが期待賠償額はあまり下がらないので、コストが大きく上がり、それだけ代金も高くなる。

(5) モデル分析のまとめ

以上の分析をまとめると、以下ようになる。

まず、情報伝達が社会的に最適であるのは、(11)式が成立する場合、すなわち、少数派である高評価買主が情報を伝達する場合の情報伝達コストの総和が、低評価買主の契約や高評価買主の契約から生じる厚生を増加分の社会的総和よりも小さい場合である。そのとき、情報伝達を行うのは少数派である高評価買主でなければならない。情報伝達が社会的に最適であると判断されて初めて、情報を伝達しないという当事者の行為が社会的厚生を阻害していることになるから、“ペナルティー”を科す必要が生じる。

(11)式が成立しない場合には、情報伝達がなされないことが社会的に最適である。このときは、売主が一律に採用する予防措置レベルが x_{in}^* でなければならない。情報を伝達する行為は社会的厚生を阻害するから、情報伝達を促進しないようなデフォルト・ルールを設定しなければならない。つまり、この場合は“ペナルティー”・デフォルト・ルールを設定するべきではない。

制限責任ルールの下では、情報伝達が社会的に最適である場合には常に高評価買主が情報伝達を行うので、社会的に最適な状態が実現する。情報伝達がなされない状態が社会的に最適である場合には、高評価買主が情報伝達を行う場合と、誰も情報伝達を行わない場合がある。前者の場合には、明らかに結果は社会的に最適ではない。また、後者の場合も、売主の予防措置レベルが x_{in}^* であるため、社会的に最適な結果とならない。

無限責任ルールの下では、高評価買主は、低評価買主からsubsidizedされた有利な価格を維持しようとするため、情報伝達を行わない。したがって、情報伝達が社会的に最適である場合には、無限責任ルールの下で最適な結果が生じることはない。他方で、低評価買主は、情報伝達を行う場合と行わない場合が

ある。低評価買主が情報伝達を行わない場合には売主は x_m^* の予防措置コストを投下するから、情報伝達が望ましくない場合には社会的に最適な結果が実現されることとなる。

以上をまとめると、下の表のようになる。

	制限責任ルールの下で実現する状態	無限責任ルールの下で実現する状態
情報伝達が社会的に望ましい場合	高評価買主によって情報伝達が行われ、最適な予防措置レベル x_b^* , x_m^* がとられる。	低評価買主によって情報伝達が行われる。
		情報伝達が行われず、予防措置は一律に x_m^* である。
情報伝達が社会的に望ましくない場合	高評価買主によって情報伝達が行われる。(A)	低評価買主によって情報伝達が行われる。(B)
	情報伝達が行われず、予防措置レベルが一律に x_b^* である。(A')	情報伝達が行われず、予防措置は一律に x_m^* である。

網掛けの部分は、社会的に最適な状態が実現されている部分である。情報伝達が社会的に最適である場合には、常に無限責任ルールよりも制限責任ルールの方が望ましいことは一目瞭然である。それに対して、情報伝達が社会的に最適でない場合には、無限責任ルールの下で情報伝達が行われない限りにおいて、制限責任ルールよりも無限責任ルールの方が望ましい。しかし、無限責任ルールの下で情報伝達が行われる場合には、どちらのルールも社会的に最適な状態をもたらさない。したがって、どちらの方がより社会的厚生の大い状態を実現するかを検討する必要がある。そのとき、無限責任ルールの下での情報伝達が行われる場合 (B) と比較しなければならないのは、制限責任ルールの下で情報伝達が行われる場合 (A) と、制限責任ルールの下で情報伝達が行われな

いが売主が準最適な予防措置レベル x_i^* を採用する場合 (A') である。

まず、無限責任ルールの下で情報伝達が行われる場合 (B) と、制限責任ルールの下で情報伝達が行われる場合 (A) を比較する。このときは、いずれのルールの下でも情報伝達が行われることとなるが、無限責任ルールの下では多数派である低評価買主が情報伝達を行うのに対し、制限責任ルールの下では少数派である高評価買主が情報伝達を行う。したがって、制限責任ルールの方がより低コストで同じ状態を実現していることとなり、制限責任ルールの方が社会的厚生を大きくすることが分かる。

次に、無限責任ルールの下で情報伝達が行われる場合 (B) と、制限責任ルールの下で情報伝達が行われないが、予防措置コストが一律に x_i^* となる場合 (A') を比較する。このとき、両ルールの下での低評価買主に対する予防措置レベルを比べてみると、制限責任ルールの下では x_i^* であり、無限責任ルールの下でも、情報伝達が行われる以上 x_i^* である。したがって、両ルールの社会的厚生の差は高評価買主の契約における厚生の差と情報伝達コストについて考えればよいことになる。

まず、制限責任ルールについて見ると、制限責任ルールの下で高評価買主が情報伝達を行わないのは、情報伝達コストが情報伝達によって増加する契約の厚生よりも大きいからである。つまり、高評価買主が情報伝達を行うための条件である(20)式の不等号を逆にしたものが成立していることになるから、

$$k > [p(x_i^*)h - x_i^*] - [p(x_i^*)h - x_i^*] \quad \dots \dots (27)$$

が成り立つ。これは一つの契約について見たものであるが、高評価買主の契約全体について見ると、(27)式の両辺に高評価買主の比率 α をかけて、

$$\alpha k > \alpha \{ [p(x_i^*)h - x_i^*] - [p(x_i^*)h - x_i^*] \} \quad \dots \dots (28)$$

が成立する。これは、高評価買主が情報伝達を行った場合の情報伝達の社会的

コストが、予防措置レベルが x_i^* から x_h^* に引き上げられた場合の高評価買主の契約全体の厚生増加分よりも大きいことを意味する。

他方で、無限責任ルールの下では、低評価買主が情報伝達を行うことによって高評価買主の契約に対する予防措置が準最適な x_i^* から最適な x_h^* に引き上げられる。これは、 $(1 - \alpha)k$ の社会的な情報伝達コストをかけて $\alpha\{[p(x_h^*)h - x_h^*] - [p(x_i^*)h - x_i^*]\}$ の社会的厚生を増加させていることを意味する。しかし、仮定より $\alpha < 0.5$ である以上、 $(1 - \alpha)k > \alpha k$ となるから、(28)式より、

$$(1 - \alpha)k > \alpha\{[p(x_h^*)h - x_h^*] - [p(x_i^*)h - x_i^*]\} \quad \cdot \cdot \cdot \cdot (29)$$

が成立する。これは、低評価買主が情報伝達を行う場合の社会的な情報伝達コストが、情報伝達によって高評価買主の契約における予防措置レベルが x_i^* から x_h^* に引き上げられた場合の厚生増加分よりも大きいことを意味する。無限責任ルールの下で情報伝達が行われる場合（B）を、制限責任ルールの下で情報伝達が行われない場合（A'）と比較すると、低評価買主が情報伝達をすることによって高評価買主に対する予防措置レベルを x_i^* から x_h^* に引き上げているのであるから、無限責任ルールの下で情報伝達が行われる場合（B）にはコスト的に正当化されない情報伝達が行われていることとなり、制限責任ルールの方が望ましい。

以上より、AとA'のどちらもBよりも望ましいことが分かる。したがって、情報伝達が社会的に最適ではなく、無限責任ルールの下で情報伝達がなされる場合には、制限責任ルールの方が望ましい。

第3節 小括

第1項 デフォルト・ルールの判断基準

デフォルト・ルールの経済分析の分野においては、伝統的に契約の非効率性の原因として取引費用のみが注目され、それに基づいた理論が組み立てられてきた。それについては、前章で見たとおりである。しかし、ペナルティー・デ

フォルト・ルールの理論は、契約の非効率性をもたらす原因として、取引費用のみならず、情報の非対称性にも着目して理論を組み立てる必要があることを指摘した。エアーズ／ゲートナーによれば、情報の非対称性に着目するならば、デフォルト・ルールは必ずしも多数派テーゼや“当事者が欲したであろう”基準によって判定されるべきではない。むしろ、当事者による情報伝達を促進するために、多数派や当該当事者が欲しない内容のデフォルト・ルールが望ましい場合もある。それでは、そのような情報促進的デフォルト・ルールは、いかなる基準に従って設定されるべきであろうか。この点に関して、エアーズ／ゲートナーは、「ルール作成者は、実際にペナルティーがどの程度情報を開示させるか、開示された情報による利益（より効率的な信頼や予防措置）、デフォルトを明示的に排除するためのコストを考慮すべきである⁽⁷⁵⁾」としている。確かに、ルール作成者がすべての情報を取得することができ、正確に社会的厚生を計算することができるのであれば、ルールを作成するごとに厚生を計算を実行することによって、社会的厚生を最大にするようなルールを特定することができるだろう。しかし、現実にはルール作成者にルールごとに複雑な計算を行う資源も能力もない。ペナルティー・デフォルト・ルール理論の複雑さが、契約法理論として取り込むのに妨げとなっていることは、すでに法の経済分析の内部からも指摘されている点である。例えば、アドラーは、特に裁判官は適切なルールを採用するのに不適切であり、できれば、裁判所よりも豊富な調査資源を有している立法府が判断すべきであるが、適切なペナルティー・デフォルトを判断する自己の能力に懐疑的な立法者は、他の考慮要素をより重視することとなるだろう、としている。また、エリック・A・ポズナーは、ペナルティー・デフォ

(75) Ayres & Gertner, *supra* note 18, at 128.

(76) Barry E. Adler, *The Questionable Ascent of Hadley v. Baxendale*, 51 STAN. L. REV. 1547, 1592 (1999). これに対して、Ian Ayres & Robert Gertner, *Majoritarian vs. Minoritarian Defaults*, 51 STAN. L. REV. 1591, 1609 (1999)は、確かに、ルール設定者は事前に適切なペナルティー・デフォルト・ルールを判断する資源や能力を欠いているかもしれないが、事後的な判断が可能であることはしばしばあるとしている。

ルト・ルール理論は将来的には契約法の一般的見解となるかもしれないが、「エアーズ／ゲートナーによる分析の問題点は、裁判官が用いるにはあまりに複雑すぎて決定的基準とならないということである⁽⁷⁷⁾」と述べている⁽⁷⁸⁾。したがって、ルール作成者の判断を容易にするような何らかの“基準”を引き出すことができれば、“ペナルティー・デフォルト・ルールの活用”という活動全体の有用性を高めることができるだろう。そこで、これまでの分析からどのような基準を引き出すことができるかを、以下で見ることとする。本来ならば情報伝達が社会的に望ましくない場合についても基準を検討する必要があるが、デフォルト・ルールを“ペナルティー”として用いる必要があるのは情報伝達が社会的に望ましい場合であるから、さしあたり情報伝達が社会的に望ましい場合に限定して基準を検討する⁽⁷⁹⁾。

まず、“いかなるペナルティー・デフォルト・ルールが望ましいか”という問題に答えるには、“なぜペナルティー・デフォルト・ルールが望ましいか”という問題を考える必要がある。本節におけるこれまでの議論によれば、情報伝達が社会的に最適である場合に制限責任ルールが望ましいとされる根拠は、制限責任ルールが対称情報を実現し、しかもそれを最も低コストで実現するということである。つまり、制限責任ルールをペナルティー・デフォルト・ルールとして理解する場合には、制限責任ルールの効率性の根拠は、その情報伝達促進機能と低コスト性の2点に求められる。したがって、いかなるルールがペ

(77) Eric A. Posner, *There Are No Penalty Default Rules in Contract Law*, 33 FLA. ST. U. L. REV. 563, 586 (2006).

(78) 他に、デフォルト・ルールは様々な理由によりそのまま契約内容に取り込まれる傾向にあるという、デフォルト・ルールの排除されにくさ(固着性)(stickiness)の観点から、ペナルティー・デフォルト・ルールの判断の複雑性を指摘するものとして、Omri Ben-Shahar & John A. E. Pottow, *On The Stickiness of Default Rules*, 33 FLA. ST. U. L. REV. 651, 669 (2006).

(79) Ayres & Gertner, *supra* note 18, at 128は、「ペナルティー・デフォルトが用いられるべきなのは、それが小さな取引費用によって価値のある情報開示をもたらす場合である」としている。

ナルティー・デフォルト・ルールとして望ましいかという問題に対する判断基準は、これらの2点から導出されなければならない。

まず、低コスト性から見ると、この根拠が多数派の望むルールを補充すべきであるというテーゼを導くことは明らかである。高評価買主が情報伝達を行う場合の一契約あたりの情報伝達コストと低評価買主が情報伝達を行う場合の一契約あたりの情報伝達コストが同じであるとすれば、少数派が情報伝達を行った方が、社会的な情報伝達コストは小さくなるからである。上記の分析において、いずれのルールも情報伝達行為を促すにも関わらず、制限責任ルールの方が望ましいとされた理由はこの点にある。

次に、情報伝達促進機能の観点からすると、より情報伝達を促進するルールが望ましいことになる。そこで、制限責任ルールの場合に高評価買主が情報伝達を行うための条件式(20) $k < [p(x_i^*)h - x_i^*] - [p(x_i^*)h - x_i^*]$ と、無限責任ルールの場合に低評価買主が情報伝達を行うための条件式(26) $k < c_h - c_l$ を見てみる。情報伝達が社会的に望ましい場合に(20)式が常に満たされることはすでに見た。もっとも、実は、このことは、低評価買主が多数派であるという仮定に基づいている。というのも、そもそも高評価買主が多数派である場合には、少数派である低評価買主が情報伝達をする方が社会的に望ましいからである。したがって、高評価買主が多数派である場合には、そもそも高評価買主による情報伝達は望ましくないし、それを措くとしても、情報伝達が社会的に望ましい場合に、制限責任ルールの下で常に高評価買主が情報伝達を行うとは限らない⁽⁸⁰⁾。さらに、高評価買主が多数存在すればするほど、 c_h は c_h に近くなり、(26)式が満たされやすくなる。つまり、高評価買主が多数存在するほど無限責任ルールは情報伝

(80) 例えば、 $\alpha = 0.9$, $l = 100$, $h = 240$, $x_l^* = 40$, $x_h^* = 78$, $x_h^* = 100$, $p(x_l^*) = 0.6$, $p(x_h^*) = 0.8$, $p(x_h^*) = 0.9$ という数値例においては、低評価買主が少数派である以上、低評価買主が情報伝達をする方が社会的に望ましいから、情報伝達が社会的に最適であるための条件式は $(1 - \alpha)k < l$ であり、これに数値をあてはめて計算すると、 $k < 36$ となる。他方で、高評価買主が情報伝達を行う条件式(20)は $k < 12$ となる。したがって、例えば $k = 30$ であれば、情報伝達が社会的に最適であっても、高評価買主は情報伝達を行わない。

達促進機能を発揮するのであって、常に制限責任ルールの方が十分に情報伝達促進機能を果たすとは限らない。したがって、ここでも、(過半数という意味ではないが)当事者の比率が重要な要素となる。

次に、低コスト性と情報伝達促進機能の両要素の関係について見てみよう。情報伝達コストが十分に小さく、どちらのデフォルト・ルールにおいても情報伝達促進機能が十分に働くのであれば、デフォルト・ルールの効率性を決定づける要因は低コスト性のみになり、判断基準として多数派テーゼが導かれるだろう。実際に、ベブチュク／シャベルの結論もこのようなものである。彼らの述べるところによれば、制限責任ルールのメリットは、「制限責任ルールのみが売主が必要な情報を得ることを可能にするということではない。むしろ、取引費用〔引用者注：情報伝達コストの意。〕が節約されるという点にある⁽⁸²⁾」。また、エリック・A・ポズナーは、以下のように述べている。「どちらのタイプのルールも情報促進的である。マジョリテリアン・ルールは、取引費用〔引用者注：情報伝達コストの意。〕が十分に小さければ、少数派のタイプの当事者がそのルールを排除(opt-out)し、少数派当事者の評価と、排除を行わない多数派当事者の評価とのいずれもが明らかとなるので、情報促進的である。2つのルールの唯一の違いは、他の条件が等しければ、マジョリテリアン・デフォルト・ルールを排除する—あるいは排除を望む—当事者よりも、ペナルティー・デフォルト・ルールを排除する⁽⁸³⁾当事者の方が多い⁽⁸⁴⁾ということである」(傍点引用者)。さ

(81) (17)式の通り、 $c_m = x_m^* + [1 - p(x_m^*)][(1 - \alpha)l + \alpha h]$ であるが、高評価買主の比率 α が大きくなるほど、 $(1 - \alpha)l + \alpha h$ は h に近くなる。また、 $x^*(v)$ は v の単調増加関数であるから、 x_m^* は $(1 - \alpha)l + \alpha h$ が h に近づくにつれて x_h^* に近くなる。さらに、 $p(x)$ は x の単調増加関数であるから、 $p(x_m^*)$ は x_m^* が x_h^* に近づくにつれて $p(x_h^*)$ に近くなる。以上より、 c_m は、 α が大きくなるほど $x_h^* + [1 - p(x_h^*)]h$ に近づくことになるが、これは c_h である((16)式参照)。

(82) Bebchuk & Shavell, *supra* note 53, at 308.

(83) ここでは、“マジョリテリアン・デフォルト・ルール”、“ペナルティー・デフォルト・ルール”という言葉は、それぞれ多数派が望むルール、少数派が望むルールという意味で用いられており、契約の非効率性の原因に関する着眼点の違いによって区別されているわけではない。

らに、エアーズ／ゲートナー自身も、ハドレー・ルールは多数派が望むルールであるという意味で、マジョリテリアン・デフォルト・ルールであることを認めている⁽⁸⁵⁾。したがって、いずれのルールにおいても情報伝達促進機能が十分に働く場合には、デフォルト・ルールの内容は、多数派が望むかどうかという基準に従って判断されるべきである。

他方で、情報伝達コストが十分に大きく、デフォルト・ルールの情報伝達促進機能が十分に働かない可能性がある場合には、どちらの方がより情報伝達促進機能を果たすかを考慮しなければならない。どのようなルールが一般的により情報伝達促進機能を果たすかを示すことはできないが、考慮要素はモデル分析により明らかとなった。制限責任ルールの場合には、低評価買主は情報伝達を行わないが、高評価買主については、高評価買主の契約から生じる厚生⁽⁸⁶⁾の、情報伝達による増加分 $[p(x_h^*)h - x_h^*] - [p(x_l^*)h - x_l^*]$ が、当該契約をなすにあたって必要となる情報伝達コスト (k) よりも大きいかが基準となる。また、無限責任ルールの場合には、高評価買主は情報伝達を行わないが、低評価買主については、非対称情報下における最適な予防措置がとられた場合の代金 (c_m) と、対称情報下において低評価買主にとって最適な予防措置がとられた場合の代金 (c_l) との差額が、情報伝達コスト (k) よりも大きいかが基準となる。どちらの方がより満たされやすいかを判断し、より基準を満たしやすい当事者に情報を伝達させるようなデフォルト・ルールを設定することが望まし

(84) Posner, *supra* note 77, at 573. 他に、Eric E. Posner, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?*, 112 YALE L.J. 829, 837 (2003); Peter van Wijck, *Forseeability*, in CONTRACT LAW AND ECONOMICS 225, 228-230 (Gerrit De Geest ed., 2011)も参照。

(85) Ayres & Gertner, *supra* note 76, at 1606. なお、Ian Ayres, *Ya-Huh: There Are and Should Be Penalty Defaults*, 33 FLA. ST. U. L. REV. 589, 612 (2006)は、無知のヴェールの背後においては、多くの者は少数者による戦略的な情報保持を望まないであろうから、ハドレー・ルールはマジョリテリアン・ルールとも言えるとしている。しかし、このように述べる場合には特定の好みをもつ抽象的な主体が想定されているのであって、具体的に存在する当事者の多数が当該ルールを望むことを要求するマジョリテリアン・デフォルト・ルールとは想定される主体が異なっている。

い。エアーズ／ゲートナーは、このような情報伝達促進機能の観点からハドレー・ルールの効率性が基礎付けられることを強調している。例えば、彼らは、「非ハドレー・ルール、すなわち高賠償デフォルトは“プーリング”均衡を作り出し、そこでは運送業者が高損害製粉業者と低損害製粉業者を識別することができない⁽⁸⁶⁾」とし、無限責任ルールは情報伝達促進機能を十分に発揮しないものと見なしている。また、エアーズは別の論文において次のように述べている。ハドレー・ルールの効率性は、「デフォルトを排除するコストを削減するということよりもむしろ、デフォルトを排除するように一部の当事者を促すという点に由来している。……実際、我々が示したのは、完全賠償は完全な排除（opt-out）をもたらすわけではないということである。低コスト荷主〔引用者注：これまで低評価買主と呼んできたものに対応する。〕は十分に高い取引費用によって〔デフォルトの排除を〕妨害される⁽⁸⁷⁾」。もっとも、低評価買主が情報伝達を行わないという主張の前提には、十分に多数の当事者がハドレー・ルールを望む低評価買主であるという事実が必要である。なぜならば、先に述べたように、高評価買主が多数存在すれば c_h は c_l に近くなり、低評価買主が情報伝達を行う条件である(26)式 $k < c_h - c_l$ が満たされやすくなるからである。実際に、エアーズ／ゲートナー自身も、高損害買主の比率が十分に小さいことを明示的に前提⁽⁸⁸⁾としている。つまり、制限責任ルールの方が情報伝達促進機能をより発揮するというエアーズ／ゲートナーの主張は、制限責任ルールを望む当事者である低評価買主が十分に多数存在するということを前提としている。したがって、低評価買主が多数であれば制限責任ルールが十分な情報伝達機能を発揮し、高評価買主が十分に多数存在すれば無限責任ルールも十分に情報伝達機能を発揮することになる。このことからすると、エアーズ／ゲートナーによる情報伝達機能からの正当化は、低コスト性の観点から正当化されるルールと必ずしも乖離する結果を導くものではないと言えよう。

(86) Ayres & Gertner, *supra* note 18, at 112.

(87) Ayres, *supra* note 85, at 612–613.

(88) Ayres & Gertner, *supra* note 18, at 102, 111.

低コスト性の観点から制限責任ルール、つまり多数派の望むルールが正当化されるということは、次のことを意味する。すなわち、高評価買主による情報“秘匿”行為は、それのみで不当な行為であるとは言えないということである。モデル分析でも見たように、情報伝達は常に社会的に望ましいというわけではない。なぜならば、情報を伝達しない行為が常に社会的厚生を阻害するわけではないからである。また、情報を伝達しないという行為は、subsidized priceを受けていない低評価買主が行ったとしても、対称情報を実現しないという点においては高評価買主による秘匿行為と等しい。それにも関わらず高評価買主が情報伝達すべきであるとされるのは、それが“低コスト”であるからであって、高評価買主の情報秘匿行為そのものが“不当”⁽⁸⁹⁾であるからではない。ハドレー・ルールは高コスト荷主（高評価買主）に対する“ペナルティー（懲罰）”であるという理解は、“高コスト荷主が情報伝達を行った方が効率的であるにもかかわらず”、高コスト荷主が情報伝達を行わないという認識の下で初めて可能となるのである。

以上からすると、ペナルティー・デフォルト・ルールの選択基準としても、さしあたり多数派が望むという基準がルール作成者の意思決定基準としては適切であるように思われる。確かに、情報伝達促進機能の観点からは、必ずしも過半数という意味での“多数”が問題となっているわけではない。しかし、一方のデフォルト・ルールがより情報伝達促進機能を果たすための正確な当事者の比率をあらゆるルールについて知ることは極めて困難である。したがって、ルール作成者の意思決定基準としては、さしあたり多数派テーゼが妥当であろう。また、実際には情報伝達コストも少なからず生じるとすれば、情報伝達促進機能の側面における不正確さは、情報伝達コストの側面から緩和され得る。例外的に、あるタイプの当事者が特に情報伝達行為を行うことが困難である場合に、容易に情報を伝達することのできるタイプの当事者による情報伝達を促

(89) もちろん、社会的厚生の最大化とは別の根拠によって情報“秘匿”行為そのものを不当と見なし、秘匿行為に対して“ペナルティー”を科すことが排除されるわけではない。しかし、それはもはや本稿のいう厚生基底的理論ではない。

すようなデフォルト・ルールを設定すれば足りるだろう。例えば、あるタイプの買主は高度の判断力を有しているが、他方のタイプの買主は十分な判断力を有しておらず、デフォルト・ルールをそのまま受け入れる傾向にあるような場合が考えられる。もっとも、このような場合には、売主が外形から買主のタイプを識別することができる場合も多いであろうから、ペナルティー・デフォルト・ルールが必要な場面は限られよう。

第2項 当事者と裁判所の情報格差に関するペナルティー・デフォルト・ルール

エアーズ／ゲートナーによるペナルティー・デフォルト・ルールの主張は、これまで検討してきたような“当事者間の”情報の非対称性に関するものに限られない。それは、“当事者と裁判所の間での”情報格差に関するものにも及んでいる。当事者と裁判所の間で情報格差が存在する場合には、当事者に不利なデフォルト・ルールを設定することによって当事者が欠陥を残さないように促し、裁判所による補充コストを削減するべきであるとされる。このようなペナルティー・デフォルト・ルールの例としては、例えば、目的物の数量について規定していなければ契約の強制を認めないというU.C.C. §2-201(1)上のルール⁽⁹⁰⁾が挙げられている。このような意味でのペナルティー・デフォルト・ルールは、多数派が望むルールとは異なるものとなる可能性があるだろう。このようなルールがいかにあるべきかという点については、今後の検討課題としたい。

第3項 具体的当事者意思基準との関係——補充的契約解釈との乖離——

最後に、“当該当事者が合意したであろうルールを補充せよ”という具体的当事者意思基準との関係を見ておく。この基準は、取引費用の削減によってデフォルト・ルールを正当化する立場から、ルール設定コストについて楽観的に考える場合に導かれるものであった。主に、裁判所が契約の欠陥を補充する場合に従うべき基準として考えられる。それゆえ、具体的意思基準による補充

(90) エアーズ／ゲートナーはzero-quantity defaultと呼ぶ。

は、補充的契約解釈を説明するものとして理解することができた。これによれば、ルール設定コストの問題がない限り、裁判所は当該当事者の仮定的意思に従ったルールを補充すべきである。例えば、ハドレー対バクセンデールの事案では、原告は履行を高く評価する荷主であったから、ルール設定コストの問題がない限り無限責任ルールを補充すべきことになる。しかし、ペナルティー・デフォルト・ルールの立場からは、仮に正確に情報伝達促進の観点から最も効率的なルールを低コストで設定することができるとしても、訴訟において当該当事者の仮定的意思に反するルールを補充すべき場合がある。そうしなければ、デフォルト・ルールが情報伝達のインセンティブを与える手段として機能しなくなるからである。ハドレー対バクセンデールの事案で言えば、荷主は履行を高く評価していたから、当該契約当事者は無限責任ルールを合意したはずであるが、ペナルティー・デフォルト・ルールとしては、あえて制限責任ルールを補充すべきである。これは、明らかに当該当事者の仮定的意思に反している。このような補充方法は、補充的契約解釈として把握することはできないだろう。つまり、具体的当事者意思の探求という意味での補充的契約解釈は、取引費用削減の観点から説明することができるものであって、対称情報実現の観点からは説明することができない性質のものである。

取引費用削減の考え方は、(表面的にはあるが)当事者の自律に究極的価値を見出す立場と同様の帰結を引き出していた。それに対して、ルール設定コストが十分に小さいとしても当事者の仮定的意思に反するルールを補充すべき場合があることを正面から認めることは、当事者の自律を基底価値とする立場が、ペナルティー・デフォルト・ルールの考え方に対して違和感を覚える要因となりうるだろう。しかし、そもそも取引費用の削減という考え方も当事者の意思を基底価値とするものではないのであって、取引費用削減という考え方と根本的に同じ基盤に立っているのは、自律基底理論ではなく、むしろペナルティー・デフォルト・ルールの方である。したがって、自律基底論者が覚える違和感はマジョリテリアン・デフォルト・ルールに対しても覚えるはずのものであって、単にペナルティー・デフォルト・ルールにおいて顕現するに過

ぎない。その意味で、ペナルティー・デフォルト・ルール理論は、議論の背後にあるより根本的な対立に目を向けることを可能にしてくれるものである。

第3章 行動経済学に基づくデフォルト・ルール理論 ——意思決定における現状維持バイアス——

経済学のツールを用いて法分析を行う文献の多くは、価値的問題に関しては、法のもたらす結果に基づいて規範的判断を行う帰結主義的規範理論に属する。それは、行為それ自体について正当性を論じるのではなく、行為のもたらす結果に基づいて規範的判断を行う。したがって、帰結主義的規範理論がある行為の正当性について判断を行うためには、当該行為のもたらす結果を予測する必要がある。すなわち、当該法的ルールを設定した場合に、それに基づいて個人がどのように行動し、いかなる結果が生じるのかを予測する理論が必要となる。規範的 (normative) な理論として帰結主義的規範理論に属する (あるいは帰結主義的要素を含む) 法理論は、法のもたらす帰結、すなわち法が存在することによって個人がどのように行動するかという点に関する記述的 (descriptive) な理論を備えている必要があるのである。そこで、伝統的な経済学、及び、伝統的な経済学のツールを用いる法理論は、個人の行動仮説として、合理的人間、ないしホモ・エコノミクスという人間像を措定してきた。つまり、人間は、自己の置かれた環境と選択肢を熟知しており、選択肢のもたらす結果を予測することができ、その中で自分の福利ないし厚生が最大になるような選択肢を選択するだろう、と仮定する。このような人間像に対しては、直ちに次のように反論されるかもしれない。すなわち、実際には、人間は完全に合理的に判断できるわけではないし、常に利己的に行動しているわけでもない、と。確かに、このように反論することは容易であるが、“それではどのように人間が行動すると予測すればよいのか”と返されると、答えるのは容易ではない。つまり、合理的人間像を記述する理論は、確かに個別ケースにおいて正確に人間の行動を予測することを可能にするものではないとしても、全体として見たときに最も

現実に近似した予測を可能にする理論であり、かつ広く適用可能な理論である。その意味で、合理的人間像を記述する理論は最も有用な理論たり得てきた。したがって、合理的人間像に取って代わるためには、単に個別的な反例を挙げるだけではなく、それらの反例を説明することができ、そこから予測を可能にするような体系的な理論を提示する必要がある。

合理的人間像は歴史的に当然の前提とされてきたわけではないし、ハーバート・サイモンによる“限定合理性”の概念は合理的人間像に修正を迫るものとして重要なインパクトを及ぼしてきたが、実験経済学あるいは実験心理学の手法を用いて行動経済学という領域として切り開き、その基礎を形成したのは、ダニエル・カーネマン、アモス・トヴァスキーである。また、リチャード・セイラーも行動経済学の創始者に含まれるだろう。行動経済学による知見の中でも特に、不確実性下⁽⁹²⁾の意思決定に関するものとして、カーネマンとトヴァスキーによるプロスペクト理論は、期待効用理論に代わる理論として一定の体系性を備えたものとなっている。その他にも、時間上の意思決定に関する双曲型割引モデル、意思決定の動機に関する利他性、意思決定プロセスに関するヒューリスティクスなどがあるが、それらはいずれも、人間の行動が偶発的で予測不可能であることを示すのではなく、規則性を有しており体系化可能であることを

(91) 例えば、アダム・スミスが『道徳感情論』において、他者への共感と公平な観察者の視点を内部に持つ人間像を描いていることはよく知られたところである。

「人間がどんなに利己的なものと想定されうるにしても、あきらかにかれの本性のなかには、いくつかの原理があつて、それらは、かれに他の人びとの運不運に関心をもち、かれらの幸福を、それを見るときに快樂のほかにはなにも、かれはそれからひきださぬのに、かれにとって必要なものとするのである。」というのは、『道徳感情論』の冒頭の言である。ADAM SMITH, THE THEORY OF MORAL SENTIMENTS 9 (D. D. Raphael & A. L. Macfie eds., 1976)(邦訳、アダム・スミス〔水田洋訳〕『道徳感情論』(岩波文庫、2003年)23頁。翻訳は水田訳による。)

(92) 厳密には、確率分布が既知の状況での意思決定をリスク下の意思決定、確率分布が未知の状況での意思決定を不確実性下の意思決定と呼ぶことができるが、ミクロ経済学の教科書類では前者を指すものとしても“不確実性下の意思決定”という言葉が用いられているので、ここでもそれに従う。

示すものである。⁽⁹³⁾ こうした理論的体系としての性質を備えた行動経済学の知見は、従来の合理的人間像を記述する理論を修正する形で、様々な学問領域の中に採り入れられてきている。合理的人間像を基礎として法理論を組み立ててきた法の経済分析も、その例外ではない。⁽⁹⁴⁾ 現在では、「法と行動経済学」という分野もできつつある。こうして法学にも影響を及ぼしてきている行動経済学は、ラッセル・コロブキンによって、本稿のテーマであるデフォルト・ルール理論にも取り入れられた。そこで、本章ではこのような行動経済学の知見に基づくデフォルト・ルール理論を検討する。その際に、まずデフォルト・ルール理論において前提とされていた合理的人間像を確認し、次に、行動経済学の知見のうちデフォルト・ルール理論に影響を与えるものとして、現状維持バイアスを紹介する。最後に、現状維持バイアスがデフォルト・ルール理論に対していかなるインプリケーションを与えるかを検討する。

第1節 従来の行動仮説——合理的意思決定理論——

第1項 “文脈” の排除

合理的人間像を記述する理論は、合理的意思決定理論と呼ばれる。⁽⁹⁵⁾ そこで想定される個人の意味決定プロセスは、次のようなものである。個人は、一定の結果をもたらす選択肢の中からどれを選ぶかを決定するのであるが、その

(93) Christine Jolls, Cass R. Sunstein & Richard Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 STAN. L. REV. 1471, 1475 (1998).

(94) 行動経済学の知見が様々な法領域において広く応用可能であることを示すものとして、Jolls, Sunstein & Thaler, *id.*; Russell Korobkin & Thomas S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 CAL. L. REV. 1051 (2000) がある。また、Russell Korobkin, *What Comes After Victory for Behavioral Law and Economics*, 2011 U. ILL. L. REV. 1653, 1654-1655 (2011) は、1990年代半ば以降の論文の被引用数を引き合いに出して「法と行動経済学」の普及ぶりを示している。

(95) 法の経済分析において合理的意思決定理論が暗黙の前提とされている結果、実際にはさまざまな形態をとるに至っているとし、それらを整理するものとして、Korobkin & Ulen, *supra* note 94, at 1060-1066.

際、結果に対して一定の条件を満たす選好をあらかじめ有しているものと仮定される。その条件とは、完備性 (completeness)、推移性 (transitivity)、連続性 (continuity) である。それぞれの厳密な定義は経済学の教科書類に委ねることとし、ここでは推移性について簡単に述べておく。推移性とは、 A と B では B を選好し、 B と C では C を選好するならば、 A と C では必ず C を選好する、というものである。 A 、 B 、 C という結果に対して推移性を満たす選好を有しているならば、それぞれの結果をもたらす選択肢 a 、 b 、 c について、選択肢が a と b の場合には b を選択し、選択肢が b と c の場合には c を選択し、選択肢が a と c の場合には c を選択する。したがって、選択肢が a と b と c の場合には c を選択することになる。つまり、合理的意思決定理論によれば、個人は、任意の選択肢が与えられた場合に、それを最悪のものから最善のものへと順番に並べることができ、どの選択肢が提示されてもその順番に従って意思決定を行うものと想定される。

以上は確実性下の意思決定に関するものであるが、不確実性下の合理的意思決定を記述するのは、期待効用理論である。この理論は、どの結果がどの確率で生じるかが予め分かっている場合に、ある選択肢を選ぶことによってもたらされる結果の効用の期待値を最大化すると仮定することによって、人間の行動を予測する。例えば、サイコロを振って偶数の目が出れば10の効用、奇数の目が出れば30の効用が得られるとすれば、期待効用は $\frac{1}{2} \times 10 + \frac{1}{2} \times 30 = 20$ となる。したがって、他に確実に15の効用をもたらす選択肢が存在する場合には、確実に15の効用をもたらす選択肢ではなく、期待効用が20である選択肢の方が選ばれる⁽⁹⁶⁾。このような期待効用理論は、完備性、推移性、連続性の他に、一定の前提をおいているが、その中の一つに不変性 (invariance)⁽⁹⁷⁾がある。不変性とは、同一の選択問題を異なる表現の仕方提示したとしても、同一の選好が得られ

(96) もっとも、一般的には、意思決定者はリスクを忌避し、安全性を求めるという危険回避性(これは限界効用逓減と同じことを意味する。)が仮定されるから、危険回避性の度合いによっては確実な選択肢が選ばれることもあり得る。

(97) Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Rational Choice and the Framing of Decisions*, 59 J. BUS. S251, S253 (1986).

る、というものである。つまり、選択肢間における選好は、その表現方法とは独立でなければならない。たとえば、5年後に生存している確率が80%の治療法を行うという選択は、5年後に20%の確率で死亡する治療法を行うという選択と同じであると考えられることになる。不変性はきわめて基本的なものであり、特に明示することなく前提とされていることが多い⁽⁹⁸⁾。

このような合理的意思決定理論の基本的特徴は、選好に関する特徴のみが個人の意思決定に影響を与える、ということである⁽⁹⁹⁾。そして、選好関係は選択肢の結果に対して与えられるものであるから、選択肢の結果のみが個人の意思決定に影響を与えることになる。したがって、選択肢の並べ方や、選択肢がどのように表現されるかといった“文脈的要素”は、個人の意思決定に影響を与えない。

第2項 デフォルト・ルール理論における“文脈”の排除

それでは、このような“文脈”の排除という特徴は、デフォルト・ルール理論の内部ではどのような形で現れていたのであろうか。以下、マジョリテリアン・デフォルト・ルールとペナルティー・デフォルト・ルールのそれぞれについて確認する。

マジョリテリアン・デフォルト・ルールは、契約の効率性を妨げる要因として、取引費用に着目する。したがって、取引費用が最も削減されるような形でデフォルト・ルールを設定するべきであるとする。たとえば、どのタイプ当事者による契約についても取引費用が十分に小さく、かつ、それぞれのタイプの当事者がルールを規律するために負担する取引費用が同じであるとすれば、多数派が望むであろうルールを内容とするデフォルト・ルールを設定すべきである（多数派テーゼ1）。ここでは、多数派が望むルールがデフォルトとして設定されれば、そのルールを望まない少数派の当事者は、取引費用が十分に小さい

(98) *Ibid.*

(99) William Samuelson & Richard Zeckhauser, *Status Quo Bias in Decision Making*, 1 J. RISK & UNCERTAINTY 7, 8 (1988).

限り、つまり契約によって得られる厚生よりも取引費用の方が小さい限りにおいて、必ずデフォルト・ルールを排除して自ら効率的なルールを規律すると想定される。つまり、多数派が望むルールをルールA、少数派が望むルールをルールBとすると、ルールAよりもルールBを望む当事者は、ルールBがデフォルト・ルールとして設定された場合には当然それを受け入れるのみではなく、ルールAがデフォルト・ルールとして設定された場合にも、取引費用が十分に小さい限り、必ずルールBを選択する。これは、自己の望むルールBという選択肢がデフォルトとして提示されるか、あるいは非デフォルトとして提示されるかという“文脈”に関係なく、少数派当事者はルールBを選択するということを意味する。したがって、マジョリティアン・デフォルト・ルール理論は、“文脈”の排除を前提としていることとなる。

ペナルティー・デフォルト・ルールは、契約の効率性を妨げる要因として、情報の非対称性に着目する。そこでは、あるタイプの当事者が望まないような内容のルールをデフォルトとして設定することによって、その当事者がデフォルト・ルールを排除するプロセスの中で情報伝達を行い、それによって、いずれのタイプの当事者も効率的な契約を締結することができるものとされた。たとえば、制限責任ルールをデフォルト・ルールとして設定した場合には、高評価買主は、売主の予防措置が最適になった場合の契約から生じる厚生増加分が、当事者の負担する情報伝達コストよりも大きい場合にデフォルト・ルールを排除するとされる⁽¹⁰⁰⁾。つまり、情報伝達コストが十分に小さい限り、当事者がデフォルト・ルールを排除して効率的なルールを規律することが前提とされていることになる。高評価買主は、無限責任ルールがデフォルト・ルールとして設定された場合には当然それを受け入れるが、制限責任ルールがデフォルト・ルールとして設定された場合にも、情報伝達コストが十分に小さい限り必ず無限責任ルールを選択するのであって、どちらのルールがデフォルト・ルールとして設定されるかという“文脈”は、高評価買主の選好関係にとって無関係である。

(100) (20)式参照。

このように、これまでのデフォルト・ルール理論においては、ルール内容に関する当事者の選好関係は、デフォルト・ルールの内容がいかなるものであるかという事実とは無関係に決定される、ということが暗黙の前提とされていた。これは、選好関係がデフォルト・ルールの内容にとって外的な事情によって決定されることを意味するので、“選好の外生性 (preference-exogeneity)” と呼ばれる⁽¹⁰¹⁾。選好の外生性は“文脈”の排除という特徴から直接に導かれるものであり、デフォルト・ルール理論においては、複数のルールの中から選択する場面において“あるルールがデフォルトとして設定されていること”が“文脈”にあたる、というに過ぎない。すなわち、“文脈”の排除という合理的選択理論の特徴をデフォルト・ルール理論に当てはめれば、“コストが十分に小さい限り、任意の選択肢の中からどれを選択するかは、いずれの選択肢がデフォルトであるかということ (= 文脈) とは無関係である”、という選好の外生性が導かれるのである。

第2節 行動経済学の知見——現状維持バイアス——

第1項 現状維持バイアスとその特徴

合理的意思決定理論によれば、個人の意思決定は、選択肢が与えられる文脈とは無関係に行われる。したがって、*A*よりも*B*を選好する個人は、仮にその者が現在*A*を保有しているとしても、必ず*B*を選ぶはずである。ところが、行動経済学の分野において、このような予測と異なる結果を示す実験結果が多数提出されている。すなわち、個人の選択は、当該個人が現在置かれている状態の影響を受け、*B*を保有している場合には*A*ではなく*B*を選んだ個人が、*A*を保有している場合には*B*ではなく*A*を選ぶことがある。このように、個人の意思決定が、その者の置かれている現状に対してバイアスがかかった形で行われることを、“現状維持バイアス (status quo bias)” と呼ぶ。個人の意思決定におけるこのような特徴は、多くの実験によって発見され、帰納的に確認されてきた

(101) Russell Korobkin, *The Status Quo Bias and Contract Default Rules*, 83 CORNELL L. REV. 608, 623 (1998).

ものである。これが正しいとすれば、選好の外生性の前提となっている“文脈”の排除という特徴が否定されることとなるので、デフォルト・ルール理論にとっても前提が否定されることとなる。そこで、本項では現状維持バイアスとその特徴について検討する。その際に、まず、現状維持バイアスに先だって確認され、現状維持バイアスの下位類型として位置づけられる“保有効果 (endowment effect)”に関する実験について簡単に紹介し、次に、現状維持バイアスに関する実験について紹介する。その後で、現状維持バイアスが生じる場面や強度に関して確認されている点を簡単に紹介する。

(1) 保有効果

保有効果とは、人があるものを実際に保有している場合には、それを持っていない場合よりもそのものを高く評価することを言う。これは、あるものを保有している場合にそれを手放す対価として要求する最低額 (willingness to accept, WTA) が、同じものを保有していない場合にそれを得るために支払ってもよいと思う最高額 (willingness to pay, WTP) よりも大きいことを意味するため、“オファー・アスキング・ギャップ (offer/asking gap)”、“WTA/WTP gap”とも呼ばれる。このような現象の発見は、1970年代に環境のような公共財を金銭的に評価しようとする試み中で、被験者に対して、公共財を手放すためにいくら要求するか、また手に入れるためにいくら支払うか、という質問を行う仮想評価法 (contingent valuation method) という手法が用いられたことに端を発する。そこでは、WTAとWTPに有意な差が見られたのであるが、被験者が真実を回答するインセンティブを欠いていると指摘されたため、実験者は被験者に真実を回答するインセンティブを与えるような実験を設計した。そのような実験の中でも特に有名なものが、カーネマン／クネッチ／セイラーが⁽¹⁰²⁾⁽¹⁰³⁾行ったマグカップの取引に関する実験である。彼らは、被験者の半数に対して、コーネル大学のロゴがついたマグカップを与え、マグカップを与えられた

(102) Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch & Richard Thaler, *Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem*, 98 J. POL. ECON. 1325 (1990).

被験者に対しては、いくらならマグカップを売ってもよいかという質問を行い（選択できる価格は、25セントと8ドル75セントの間のうち25セントで刻まれた価格である。）、マグカップを与えられなかった被験者に対しては、いくらならマグカップを買うかという質問を行った。その際に、前もって、実験後に被験者の回答に基づいて市場価格を設定し、市場価格以上の値をつけた買い主と市場価格以下の値をつけた売り主との間で取引が行われる旨を説明した⁽¹⁰⁴⁾。結果として、売主が売ってもよいと思う価格（WTA）は、買い主が払ってもよいと思う価格（WTP）のおよそ2倍であった⁽¹⁰⁵⁾。また、被験者は売主と買主がそれぞれ22人であり、ランダムに選ばれたのであるから、50%である11人について取引が成立すると予測されるが、実際には、1から4の取引しか成立しなかった⁽¹⁰⁶⁾。つまり、保有効果によって取引が過少になるという現象が生じた。このような実験により、被験者が真実を回答する条件の下でも保有効果が存在することが確認された。なお、実験を行ったカーネマンらによれば、保有効果は、経験や訓練、あるいは市場淘汰によって消滅するような単なる“ミス”ではなく、個人の選好に刻み込まれた基本的特徴である⁽¹⁰⁷⁾。

（2）現状維持バイアス

保有効果は、ものを“保有”している場合にそれをより高く評価するという

(103) 他に、保有効果に関する実験の代表的なものとして、Richard Thaler, *Toward a Positive Theory of Consumer Choice*, 1 J. ECON. BEHAV. & ORG. 39 (1980); Jack Knetsch & J. A. Sinden, *Willingness to Pay and Compensation Demanded: Experimental Evidence of an Unexpected Disparity in Measures of Value*, 99 Q.J. ECON. 507 (1984); Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch & Richard H. Thaler, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, 5 J. ECON. PERSP. 193 (1991)などがある。

(104) こうすれば、すべての被験者の回答に基づいて設定された市場価格によって取引が行われるので、売主が自分の真の評価よりも高く回答したり、買主が低く回答したりするインセンティブは存在しないこととなる。

(105) Kahneman, Knetsch & Thaler, *supra* note 102, at 1332.

(106) *Id.* at 1332.

(107) *Id.* at 1346.

ものであった。それに対して、現状維持バイアスとは、より一般的に、人は自己が“現状”と認識する状態に固執する傾向にあることである。つまり、そのものを保有していなくても、その状態が現状であると認識されていれば足りる。ものを保有しているという状態は現状の一種であるから、現状維持バイアスは保有効果を含むより一般的な現象であると言える⁽¹⁰⁸⁾。現状維持バイアスに関する有名な実験は、サミュエルソン／ツェックハウザーによるものである⁽¹⁰⁹⁾。実験内容は以下のようなものである。被験者は5つのグループに分けられ、それぞれ次の財産を相続したものとされた。現金、高リスクの株式、中リスクの株式、財務省証券、州債である。その上で、すべての被験者に対して、“相続した財産を元手として、高リスクの株式、中リスクの株式、財務省証券、州債のいずれかに投資しなければならぬとすれば、どれに投資するか”という質問を行った。つまり、現金を相続した被験者は現状においては何に対しても投資を行っていないが、それ以外の被験者は、現状においてすでに選択肢の中のいずれかに対して投資していることになる。したがって、選択肢ごとに考えると、たとえば高リスクの株式に投資するという選択肢は、高リスクの株式を相続した被験者のグループにおいては“現状を選ぶ” (status quo=SQ) という選択肢を意味することになり、現金以外の別の財産を相続したグループにおいては“現状と異なる投資先を選ぶ” という選択肢 (alternative to the status quo=ASQ) を意味し、現金を相続したグループにおいてはいかなる現状もなく新たに選択を行う (neutral=NEUT) ことになる。それぞれの選択肢について、“現状を選ぶ” にあたる選択肢がもっとも選ばれるという結果が得られれば現状維持バイアスが見られることになるが、結果はその通りとなった。すなわち、いずれの投資

(108) Samuelson & Zeckhauser, *supra* note 99, at 36; Cass R. Sunstein, *Endogenous Preferences*, *Environmental Law*, 22 J. LEGAL STUD. 217, 230 (1993); Donald Langevoort, *Behavioral Theories of Judgment and Decision Making in Legal Scholarship: A Literature Review*, 51 VAND. L. REV. 1499, 1503-1504 (1998); Korobkin & Ulen, *supra* note 94, at 1111; Russell Korobkin, *The Endowment Effect and Legal Analysis*, 97 NW. U. L. REV. 1227, 1228-1229 (2003).

(109) Samuelson & Zeckhauser, *supra* note 99.

先も、それがSQである場合に選ばれる割合が最も高く、その次がNEUTの場合であり、ASQである場合に選ばれる割合が最も低かった。⁽¹¹⁰⁾なお、サミュエルソン／ツェックハウザーは、さまざまな実験によって現状維持バイアスを検証し、現状維持バイアスは、指摘されれば容易に認識して修正することができるような単なる誤りとは異なり、より強固な意思決定者の行動パターンであると指摘している。⁽¹¹¹⁾

(3) 現状維持バイアスの特徴

多くの実験によって保有効果ないし現状維持バイアスの存在が検証されてきたが、それらは、常に存在するものでもなければ、常に同じ強度で認められるものでもない。したがって、保有効果ないし現状維持バイアスの指摘をデフォルト・ルール論に取り込むには、どのような場合にどの程度の強度でそれらの現象が認められるのかに注意を払う必要がある。そこで、保有効果ないし現状維持バイアスの特徴について、コロブキンのまとめ⁽¹¹²⁾に従って簡単に紹介する。ここでは、それぞれの指摘を紹介するにとどめ、それを示す実験については省略する。

まず、所有権のような権利を与えられない場合にも、WTAとWTPに差が見られる。これは、現状維持バイアスを支持する結果である。

偶然手に入れたものよりも、技術によってあるいは実績として手に入れたものの方が、保有効果が強く現れる。ランダムに与えられたマグカップよりも、課題の成績に応じて与えられたマグカップの場合の方がWTAとWTPの差が二倍近くあったとの実験結果がある。⁽¹¹³⁾

金銭や金銭的価値のみを有する証券のようなものには保有効果が見られない

(110) *Id.* at 14, 17.

(111) *Id.* at 9.

(112) Korobkin, *supra* note 108, 1235–1241.

(113) George Loewenstein & Samuel Issacharoff, *Source Dependence in the Valuation*, 7 J. BEHAV. DECIS. MAKING 157 (1994).

が、証券の類の金銭的価値が不明確である場合には、WTAとWTPに差が見られる⁽¹¹⁴⁾。さらに、より一般的に、個人が二つの選択肢を比較することが困難であるほど、保有効果が見られる傾向にあるとされる⁽¹¹⁵⁾。

さらに、市場に代替物が存在しないようなものについては保有効果が強く、代替可能であり直ちに購入することができるようなものについては、保有効果が弱い⁽¹¹⁶⁾。このような効果のコロラリーとして、個人がものを使用価値によってではなく交換価値によって評価する場合の方が、保有効果が弱いとされる。

助言者ないし代理人として行動する場合にも保有効果が見られるかについては、異なる結果が得られており、未確定である⁽¹¹⁷⁾。

最後に、個人的な意思決定よりも、会社として行われるような商取引に関する意思決定の方が保有効果は弱いことは、多くの論者の推測するところである⁽¹¹⁸⁾。会社の目的が会社の有する財産の金銭的価値を最大化することであるとすれば、

(114) Eric van Dijk & Daan van Knippenberg, *Buying and Selling Exchange Goods: Loss Aversion and the Endowment Effect*, 17 J. ECON. PSYCH. 517 (1996).

(115) Eric van Dijk & Daan van Knippenberg, *Trading Wine: On the Endowment Effect, Loss Aversion, and the Comparability of Consumer Goods*, 19 J. ECON. PSYCHOL. 485 (1998).

(116) Jason F. Shogren, Seung Y. Shin, Dermot J. Hayes & James B. Kliebenstein, *Resolving Differences in Willingness to Pay and Willingness To Accept*, 84 AM. ECON. REV. 255 (1994); Wiktor L. Adamowicz, Vinay Bhardwaj & Bruce Macnab, *Experiments on the Difference between Willingness to Pay and Willingness to Accept*, 69 LAND ECON. 416 (1993). John K. Horowitz & Kenneth E. McConnell, *A Review of WTA/WTP Studies*, 44 J. ENVTL. ECON. & MGMT. 426, 427 (2002)も参照。

(117) 積極的な結果を示すものとして、Korobkin, *supra* note 101, at 637-647. 消極的な結果を示すものとして、James D. Marshall, Jack L. Knesch & J.A. Sinden, *Agents' Evaluations and the Disparity in Measures of Economic Loss*, 7 J. ECON. BEHAV. & ORGAN. 115, 126 (1986).

(118) たとえば、Russell Korobkin, *Policymaking and the Offer/Asking Price Gap: Toward a Theory of Efficient Entitlement Allocation*, 46 STAN. L. REV. 663, 672 (1994); Jennifer Arlen, *Comment: The Future of Behavioral Economic Analysis of Law*, 51 VAND. L. REV. 1765, 1778 (1998); Cass R. Sunstein, *Human Behavior and the Law of Work*, 87 VA. L. REV. 205, 221 (2001).

この推測は、使用価値よりも交換価値に基づいて評価する場合の方が保有効果が弱いことと整合する。

保有効果や現状維持バイアスには以上のような特徴が見られるが、これらはすべて実験によって確認されたものである。したがって、実験と異なる場面においてもこれらの特徴が見られると考える理由は存在しないし、そもそも実験と異なる場面において保有効果や現状維持バイアスが存在すると考える理由も存在しない。しかし、どのような場合に保有効果や現状維持バイアスが存在し、またどのような場合に特に強く現れるのかといったことを、すべて実験によって確認することは現実的に不可能である。そこで、我々がとることのできる方法は、既存の実験結果に基づいて保有効果や現状維持バイアスが現れる理由を探究し、そこから予測を行うことである。そのために、次に保有効果や現状維持バイアスの原因として提示されているものを簡単に紹介する。

第2項 現状維持バイアスの原因

保有効果や現状維持バイアスの説明方法は複数存在する。いずれも一定の範囲で説得的な説明をすることができるものであり、それぞれに排他的なものではない点に注意を要する。

(1) 資産効果 (wealth effect)

保有効果を説明するための一つの可能性として、資産効果がある。これは、同じ財に対してであっても、所得の多い者は所得の少ない者よりも多くの金銭を支払うだろうというものである⁽¹¹⁹⁾。その理由は、所得の多い者にとっては金銭の価値がより低くなっていることによる⁽¹²⁰⁾。このように言えるとすれば、実験に

(119) Duncan Kennedy, *Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique*, 33 STAN. L. REV. 387, 401 (1981); Jeffrey L. Harrison, *Egoism, Altruism, and Market Illusions: The Limits of Law and Economics*, 33 UCLA L. REV. 1309, 1357 (1986).

(120) つまり、金銭の限界効用が逡減することが前提とされている。ただし、一般的には、金銭の限界効用は一定であるとされることも多い。

において財を与えられた者は、その分だけ所得が増加していることになるから、最低限の支払い可能額（WTP）を回答する者よりも高い額（WTA）を回答するだろう。

しかし、資産効果によってWTAとWTPの乖離が現れるためには、対象となっている財が極めて高価でなければならない。⁽¹²¹⁾例えば、住宅などが考えられる。他方で、マグカップ分の所得変化によってWTAがWTPの2倍になると考えるのは無理がある。⁽¹²²⁾したがって、資産効果は保有効果を一般的に説明することはできない。また、保有効果に関する多くの実験においては資産効果が生じないようなコントロールがなされているので、資産効果によってすべての保有効果を説明することはできない。

（2）損失回避（loss aversion）

保有効果や現状維持バイアスを説明する最も有力な理論は、損失回避⁽¹²³⁾である。損失回避は、プロスペクト理論⁽¹²⁴⁾の特徴の一つであり、損失は同額の利得よりも強く評価される、というものである。つまり、客観的には同じ価値を有するものであっても、それが損失として把握されるか、それとも利得として把握され

(121) Herbert Hovenkamp, *Legal Policy and the Endowment Effect*, 20 J. LEGAL STUD. 225, 226 (1991).

(122) Korobkin, *supra* note 108, at 1248.

(123) 例えば、Kahneman, Knetsch & Thaler, *supra* note 102, at 1326-1327, 1343-1344; Kahneman, Knetsch & Thaler, *supra* note 103, at 199-201; Jolls, Sunstein & Thaler, *supra* note 93, at 1484.

(124) Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, 47 ECONOMETRICA 263 (1979). 1979年論文の後も、彼らはプロスペクト理論について多数の著作を発表している。それらについては、例えばChris Guthrie, *Prospect Theory, Risk Preference, and the Law*, 97 NW. U. L. REV. 1115, 1117 n.14 (2003)などを参照。

(125) プロスペクト理論においては、損失として把握するか利得として把握するかは価値関数の参照点をどこに定めるかによって決まり、そのような参照点を定めることをフレーミングと言う。

るかによって主観的価値が異なり、損失として把握されたときの方が大きく評価される。これによれば、客観的には同じ価値のマグカップであっても、それを売却する者にとっては損失であり、取得する者にとっては利得であるから、前者の方がマグカップを高く評価する結果、WTAはWTPよりも高くなる。また、マグカップを保有していると感じたのと同じように、現状を“保有”していると感じたとすれば、現状の変更は損失として把握され、現状の代わりに得られるものは利得として把握される結果、現状の代わりに得られるものよりも失われる現状の方を高く評価するから、損失回避は現状バイアスとも整合する。しかし、損失回避が現状維持バイアスの説明として説得的であるのは、現状が参照点となり、現状の変更＝損失／変更後の状態＝利得とフレーミングされる場合に限られる。サミュエルソン／ツェックハウザーの実験によれば、現状維持バイアスはそのような損失／利得のフレーミングがなされない場合にも存在する。したがって、損失回避は一部の現状維持バイアスを説明することができない⁽¹²⁶⁾。また、損失回避が一律に妥当するならば、金銭的価値を有する証券のようなものについても保有効果が見られるはずであるが、証券の有する金銭的価値が確定している場合には保有効果は見られないことが確認されている⁽¹²⁷⁾。

(3) 愛着 (attachment)

あるものをひとたび取得すると、それに対して愛着を抱き、高く評価することがありうる⁽¹²⁸⁾。いったん保有すると、それはもはやただの“もの”ではなく、“私のもの”となるのである。あるいは、ものを保有して初めてそのものの真の価値がわかることもある⁽¹²⁹⁾。そうすれば、同じものであっても、それを手放す対価

(126) Samuelson & Zeckhauser, *supra* note 99, at 36.

(127) Kahneman, Knetsch & Thaler, *supra* note 102, at 1331.

(128) Cass R. Sunstein, *Legal Interference with Private Preferences*, 53 U. CHI. L. REV. 1129, 1151 (1986); Korobkin, *supra* note 118, at 689–690.

(129) Mark Kelman, *Consumption Theory, Production Theory, and Ideology in the Coase Theorem*, 52 S. CAL. L. REV. 669, 691 (1979).

として要求する最低額は、それを取得するために支払ってもよいと思う最高額よりも高くなるだろう。住んでいる土地や長く使用してきたものなどについては、このような愛着による説明が説得的である。また、技術によってあるいは実績として手に入れたものに対して強い保有効果が見られるという特徴は、愛着によって説明可能である。しかし、無作為に与えられたマグカップなどについても保有効果が見られることを説明することはできない。

(4) 商品化に対する不快

あるものを金銭的に評価し、商品として扱うことに対して嫌悪感が抱かれることがあり得る。また、人は、いかなる価値⁽¹³⁰⁾と引き換えにされようとも放棄することを許容しがたい価値 (protected value)⁽¹³¹⁾があると考える場合もある。このような価値は、その者が義務論的規則を受け入れていることによって認められるが、義務論的規則は行為者相対的 (agent relative) であるので、取引の対象となるものを手放す者のみに課され、取得する者に対しては課されない場合がある⁽¹³²⁾。例えば、環境に絶対的価値が認められると考えている者は、環境を破壊してはならないという規則を受け入れているだろう。したがって、自らが売却する木が伐採されると知らされれば、売却という作為によってその規則に反することになるから、不快を埋め合わせるためにWTAが高くなる。他方で、木を買わなければ伐採されると知らされても、買わないという不作為は行為者相対的な義務に反しないから、WTPは変化しない。したがって、WTAとWTPが乖離することになる⁽¹³³⁾。環境保護の他にも、生命身体や人間の尊厳などの、義

(130) Don L. Coursey, Elizabeth Hoffman & Matthew L. Spitzer, *Fear and Loathing in the Coase Theorem: Experimental Tests Involving Physical Discomfort*, 16 J. LEGAL STUD. 217, 220-221 (1987)は、これを“尊厳仮説 (dignity hypothesis)”と呼ぶ。

(131) Jonathan Baron & Mark Spranca, *Protected Values*, 70 ORG. BEHAVIOR & HUM. DECISION PROC. 1 (1997). “protected”とは、トレードオフから守られていることを意味する。

(132) *Id.* at 3-4. ただし、行為者相対的な義務の受け入れによってWTAとWTPの乖離が生じるという点は、すでにKennedy, *supra* note 119, at 402で指摘されていた。

務論的規則や絶対的価値が受け入れられている場面において同様のことが言える。

(5) 後悔回避 (regret avoidance)

後悔回避による現状維持バイアスの説明は、現状を変更すると後悔する可能性が高いので、後悔の程度を最小にしようとして現状に対するバイアスが生じるというものである。コロブキンによれば、後悔回避による説明は「デフォルト・ルールに関する実験にとって、⁽¹³⁴⁾動機付けに関する説得的な説明」であるので、詳しく検討しておく。

後悔回避において前提となっている心理的仮定は、人間は後悔の程度を最小化しようとする、というものである。したがって、ここでは、ある特定の選択による結果のもたらす厚生や価値のみではなく、その選択肢がどの程度の後悔をもたらしうるかということも問題となる。つまり、結果のもたらす厚生が大きくても、より強い後悔が予測される場合には、その選択肢が選ばれないことがありうる。そこで、いかなる要因によって後悔の大小が決定されるのかが重要となるが、最初に経済学の分野で主張された後悔理論は、“実際に得た利益と、他の選択肢によって生じる最大の利益との差”によって生じるものとして理解していた。具体的には、ある選択肢 c を選んで後悔するのは、 c を選んで失敗したときに、別の選択可能であった選択肢 b を選んでいればもっと大きな利益が得られたかもしれないということによる。そして、それぞれの選択肢の結果が $x_a > x_b > x_c$ (x_i は、選択肢 i を選んだ場合の結果を指す。)であるとき、選択肢が a と c の場面で c を選んだときの後悔は、選択肢が a と b の場面で b を選んだことによる後悔と、選択肢が b と c の場面で c を選んだことによる後悔とを足し合わせたものよりも大きい。したがって、そのような後悔を避けようとするの

(133) Rebecca R. Boyce, Thomas C. Brown, Gary H. McClelland, George L. Peterson & William D. Schulze, *An Experimental Examination of Intrinsic Values as a Source of the WTA-WTP Disparity*, 82 AM. ECON. REV. 1366, 1369–1371 (1992).

(134) Korobkin, *supra* note 101, at 657.

であるが、そのような心理は、“結果の差が大きいほどより高く評価される”という関係として言い換えられ、 $\Psi(x, y)$ を y より x を選んだときの利得の実数値関数とすれば、 $\Psi(a, c) > \Psi(a, b) + \Psi(b, c)$ と表わされることになる。経済学の分野における後悔理論は、このような心理的仮定を置いて、非推移性の成立を認めることによって期待効用理論のアノマリーを説明した。⁽¹³⁵⁾そこでは、後悔は「実際に受け取った利益と、他の選択肢による利益のうち最も高いレベルのものとの差によって測定される⁽¹³⁶⁾」ものとして、比較的狭く理解されていた。しかし、確かに、実際の結果の差によって生じる後悔は重要ではあるが、唯一のものではない。この点に関して、心理学の観点から、意思決定者が選ばれなかった選択肢の結果として想像するものに影響されることが指摘された。この点に取り組むのは反実仮想 (counterfactual thinking) に関する心理学の研究である。反実仮想の研究は、何が起こると考えたかが後悔にとって決定的に重要であり、後悔は実際には選ばれなかった選択肢の結果が明らかにされる場合に限定されるわけではないことを指摘する。先ほど述べたように、後悔という感情は、人が悪い結果に直面したとき、実際に行われた選択と異なる選択を想像し、その結果が実際の結果よりも良いものである場合に生じる。悪い結果に直面したときに、“ああしておけばよかった”と思うことはよくあることだろう。つまり、後悔の感情が生じるには、事実と異なる選択肢が想起される必要がある。したがって、どのような要素が後悔に対して影響を与えるのかという問題を考えるためには、反事実的選択肢が形成されるメカニズムを理解しなければ⁽¹³⁷⁾ならない。

(135) 例えば、非推移性を仮定した後悔理論によって選好逆転現象を説明するものとして、Graham Loomes, Robert Sugden, *Regret Theory: An Alternative Theory of Rational Choice under Uncertainty*, 92 ECON. J. 805 (1982).

(136) David E. Bell, *Regret in Decision Making Under Uncertainty*, 30 OPERATIONS RES. 961, 963 (1982).

(137) 以上の後悔理論に関する経済学的アプローチと心理学的アプローチの簡単な流れについては、Thomas Gilovich & Victoria Husted Medvec, *The Experience of Regret: What, When, and Why*, 102 PSYCH. REV. 379, 380 (1995) 参照。

この点に関して、反実仮想の研究における理論的枠組みとなるのは、カーネマンとミラーによる規準理論 (norm theory)⁽¹³⁸⁾ である。それによれば、反事実的選択肢は、まず実際に経験された出来事の状況を描き出し、次に、実際の結果とは異なる結果を引き出すために、その状況の中の要素の一部を変更することによって作り出される。その際、最も変更が容易 (mutable) な要素が変更される。それでは、どのような要素が変更しやすいのか。それは、実際に存在した事実で代わるものが想起しやすい場合である。すなわち、“ああしておけばよかった”の“ああ”の部分が想像しやすい場合である。反対に、事実と異なることが想起しにくい場合 (やっておけばよかったことがすぐに思いつかない場合) には、その事実は変更が困難であると言える。つまり、人間は、実際に行った選択が期待効用を最大に行われていたかを反省して後悔するのではなく、別のシナリオを想起しやすい場合に後悔するのである。このような、ある要素の想像しやすさを、利用可能性 (availability) という。これは、行動経済学における意思決定プロセスに関する考え方の1つであり、ある事象が出現する頻度や確率を判断するときに、それが生じたと容易に分かる事例 (最近の出来事、顕著な出来事など) を思い出し、それに基づいて判断することを、利用可能性ヒューリスティクスという⁽¹³⁹⁾。そうすると、規準理論は利用可能性ヒューリスティクスの考え方を応用したものと言うことができる⁽¹⁴⁰⁾。なお、規準理論という名前は、利用可能性が高い反事実的要素が存在せず、変更が容易でない現実の要素のことを、規準的な要素と考えることによる。具体的にどのような要素が想起しやすく、また変更が容易であるのかという点については、いくつかの指標が考えられる。例えば、習慣化している行為よりも例外的な行為の方が変更しやすい、という実験結果がある⁽¹⁴¹⁾。また、カーネマンらは、不作為よりも

(138) Daniel Kahneman & Dale T. Miller, *Norm Theory: Comparing Reality to Its Alternatives*, 93 PSYCHOL. REV. 136 (1986).

(139) Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability*, 5 COGNITIVE PSYCHOL. 207 (1973).

(140) Kahneman & Miller, *supra* note 138, at 136.

作為の方が変更しやすいとする。“実際には行われなかった行為をもし行っていたらと想像するよりも、実際に行った行為をもし行っていなかったらと想像する方が簡単である⁽¹⁴²⁾”というのは、直感的に受け入れられるだろう。すなわち、不作為は利用可能性が高いため、実際には作為を行った場合に“何もしなかったら”と想起することが容易になる。彼らは、この事実を規準理論に当てはめて、実際の行動が作為である場合の方が、“もしそれをしていなかったら”という反事実的選択肢を形成しやすいとする。そして、“それをしていなかったらもっとよい結果になっていただろう”と考えて、後悔をすることになる。これにより、同じ結果であっても、それが不作為によって生じた場合よりも、作為によって生じた場合の方が後悔しやすい、というテーゼが導かれる。このことは多くの実験で確認されている⁽¹⁴³⁾。

第3項 デフォルト・ルールと現状維持バイアス

ここまで、行動経済学によって発見された保有効果や現状維持バイアスの特

(141) *Id.* at 45. 例えば、以下のような質問調査結果がある。アダムスは、仕事帰りにいつもの道を通って帰る途中に交通事故にあった。ホワイトは、いつもと違う景色を楽しもうと思って通った道で、同じように仕事帰りに同じような交通事故にあった。どちらがよりショックが大きいか?という質問に対して、アダムスと答えたのは18%にとどまり、ホワイトと答えたのは82%であった。これを規準理論に即して説明すると、習慣化している事実(=いつも道を通って帰る)に代わる事実は想起しにくいために反事実的選択肢が形成されにくく、後悔が生じない。それに対して、例外的な事実(=いつもと違う道を通って帰る)は変更しやすく反事実的選択肢(=いつもの道を通って帰る)を形成しやすいので、それと現実を比較して、そうしていれば事故に遭うことはなかったと後悔することになる。

(142) *Ibid.*

(143) Daniel Kahneman & Amos Tversky, *The Psychology of Preference*, SCI. AM, Jan. 136, 140-142 (1982); Daniel Kahneman & Amos Tversky, *The Simulation Heuristic, in JUDGEMENT UNDER UNCERTAINTY: HEURISTICS AND BIASES* 201 (Daniel Kahneman, Paul Slovic & Amos Tversky eds., 1982); Janet Landman, *Regret and Elation Following Action and Inaction: Affective Responses to Positive Versus Negative Outcomes*, 13 PERS. & SOC. PSYCHOL. BULL. 524等参照。

徴と原因を検討したが、次に、保有効果ないし現状維持バイアスがデフォルト・ルールに関しても存在するかが問題となる。その際に決定的に重要となる問題は、デフォルト・ルールによって割り当てられた権利や義務が、契約当事者によって“保有”されている、あるいは“現状”であると認識されるかどうかということである。まず、この問題を確認し、その後で、デフォルト・ルールにおける現状維持バイアスに関してコロプキンが行った実験を簡単に紹介する。

(1) デフォルト・ルールに基づく権利義務は“現状”か？

現状維持バイアスが妥当するとすれば、現状において権利を有している者は、それを譲渡ないし放棄する際にはより高い代金を要求するだろう。例えば、土地の所有者などにニューサンスを排除する権利が法律上認められている場合には、排除権が認められるのが現状であるから、排除権の放棄に対しては、排除権を得るときの支払額よりも高い額を要求するだろう。しかし、法が、“明示的に排除しない限り消費者は瑕疵担保請求権を有する”と定めている場合に、果たして消費者の瑕疵担保請求権は契約当事者によって“現状”として把握されるのであろうか。それとも、瑕疵担保請求権は契約を締結して商品を購入しなければ生じないのであるから、まだ“現状”ではないと理解されるのであろうか。このような疑問が生じるのは、先のニューサンスを排除する権利は土地の所有者が何もしなくてもすでに存在しているのに対して、契約上の権利は、“相手方と契約を締結し、デフォルト・ルールを排除しない”という条件の下でのみ存在する権利であることによる。この条件が付随していることにより、デフォルト・ルール上の権利義務の“現状”としての存在感が薄れてしまうかもしれない⁽¹⁴⁴⁾。したがって、“契約を締結し、デフォルト・ルールを排除しない”限りで認められる権利義務が“現状”として把握され、デフォルト・ル

(144) このような問題を指摘するものとして、Richard Craswell, *Passing on the Costs of Legal Rules and Distribution in Buyer-Seller Relationships*, 43 STAN. L. REV. 361, 390 (1991); Eyal Zamir, *The Inverted Hierarchy of Contract Interpretation and Supplementation*, 97 COLUM. L. REV. 1711, 1761 (1997).

ルによる権利義務についても現状維持バイアスが存在するか否かについてはなお疑問の余地があり、実験による確認を必要とする。そこで、これを確認するものとして、コロブキンの行った実験⁽¹⁴⁵⁾を次に紹介する。

(2) コロブキンによる実験

被験者は、契約法の基本的な学習を終えたイリノイ大学の学生151名である。彼らは、Next Dayという運送会社が、Gifts, Inc.というカタログ通販会社との間で商品の運送契約を締結しようとしており、おおかた合意に至ったのであるがその代金がまだ確定していないので、Next Dayの代理人として契約交渉に関して助言するよう依頼された。なお、この運送契約は、一つの商品に関するものではなく、Gifts, Inc.が扱うすべての商品に関するものであり、その中には、パッケージからは予測できないくらい高い損害を発生させるものもある。実験では、被験者に対して互いに独立した三つのシナリオを提示し、それぞれのシナリオの中で二つの異なる条件を示した上で質問を行った。その二つの条件は、いずれも、何がデフォルト・ルールかという点において異なっている。以下では、三つのシナリオのうち二つのシナリオに関する実験結果を紹介する。

一つ目は、損害賠償の範囲に関するシナリオである。これは、ハドレー対バクセンデールの事案をモデルにしたシナリオであり、デフォルト・ルールが制限責任ルールか無限責任ルールかで当事者の選択が変わるかどうかを実験したものである。どちらのルールの下でも、結果として損害賠償額がいくらになるのかは分からないが、Next Dayの会計士によれば、制限責任ルールに比べて無限責任ルールの方が、95%の確率で（つまり、ほぼ確実に）、荷物1個あたり0ドルから10ドル高い賠償責任を負うことになる。このシナリオにおいては、制限責任ルールがデフォルト・ルールであるという条件の下で、Gifts, Inc.が無限責任ルールを契約に取り込むことを提示してきたら、いくら受け取れば合

(145) Korobkin, *supra* note 108, at 1270は、マグカップなどと異なるデフォルト・ルールにおける“保有”を“illusory endowments”と表現している。

(146) Korobkin, *supra* note 101, at 633-647.

意するかという質問を行い（WTAの質問）、さらに、無限責任ルールがデフォルト・ルールであるという条件の下で、制限責任ルールを契約に取り込むためにGifts, Inc.に対していくらまで支払う意思があるかという質問（WTPの質問）を行った。その結果、制限責任ルールがデフォルトの場合には、被験者は平均して6.96ドルと答えたのに対し、無限責任ルールがデフォルトの場合には、4.46ドルと答えた。これは、仮に、被験者がNext DayとGifts, Inc.のそれぞれの代理人として取引をすると考えた場合に、もし現状維持バイアスが存在しなければ、損害賠償の範囲について50%の合意が成立するはずであるのに対して、Gifts, Inc.の弁護士も本実験結果と同程度の現状維持バイアスを示すとすれば、合意は30%しか成立しない⁽¹⁴⁷⁾ということを意味している。つまり、取引のうちの70%をデフォルト・ルールが規律することになる。デフォルト・ルールの内容の重要性を示唆する結果である。

二つ目は、不能抗弁に関するシナリオである。このシナリオでは、Next Dayのコントロール不可能な事実によって運送債務が履行不能になった場合、代金の払戻し以外にNext Dayが賠償責任を負うかという点について、不能抗弁肯定ルールがデフォルトである場合と、不能抗弁否定ルールがデフォルトである場合とで当事者の選択が変わるかどうかを実験したものである。不能抗弁が認められなければどれだけのコストが生じるのかは不明であるが、Gifts, Inc.との契約による収入は約200万ドルであり、そのうちの20%（40万ドル）が利益であることが分かっている。不能抗弁肯定ルールがデフォルトであるという条件の下では、いくら受け取れば不能抗弁否定ルールを契約の中に取り込むことに合意するかを尋ねた（WTAの質問）。また、不能抗弁否定ルールがデフォルトであるという条件の下では、不能抗弁肯定ルールを契約に取り込むためにいくらまで支払う意思があるかを尋ねた（WTPの質問）。その結果、不能抗弁肯定ルールを変更するのに要求する額（WTA）は30万2000ドルであったのに対し、不能抗弁肯定ルールを契約に取り込むのに支払ってもよいと考える額（WTP）

(147) この仮想取引の詳しい内容については、*id.* at 640.

は7万8000ドルであった。ここでも、損害賠償範囲のシナリオと同様の仮想取引において、現状維持バイアスがなければ不能抗弁について50%の合意が成立するのに対して、現状維持バイアスが存在すると22%しか合意が成立しない。つまり、取引のうちの75%以上をデフォルト・ルールが規律することになる。

なお、コロプキン¹⁰は、後悔理論に基づいてデフォルト・ルールに関する現状維持バイアスを説明している。そこで、損害賠償の範囲に関するシナリオを取り上げて、後悔理論に即した説明方法を見ておく。まず、Next Dayは無限責任ルールに合意することによって一定のコストを負担することになるのであるが、その幅は0ドルから10ドルであり、期待コストは5ドルである。しかし、Next Dayは現状において制限責任ルールに服している。したがって、無限責任ルールに合意するという作為行為を行って損害を被る結果となった場合、“あのとき無限責任ルールに合意していなければ”という反事実的選択肢が形成され、大きな後悔をすることとなる。被験者は、このような後悔を回避しようとして行動するので、無限責任ルールに合意するには5ドル以上の増額を要求するだろう。反対に、無限責任ルールがデフォルトであり、不作為によって無限責任ルールを選択した場合には、仮にその結果として損害を被ったとしても、被験者は制限責任ルールに服している自分の姿を想起しにくいので、“あのとき制限責任ルールに合意していたら”という反事実的選択肢が形成されにくく、後悔をする可能性が低い。よって、このような被験者は、無限責任ルールをおよそ5ドルと評価するだろう。これは、制限責任ルールがデフォルトの場合に無限責任ルールに対するWTAが6.96ドルであり、無限責任ルールがデフォルトの場合にWTPが4.46ドルであったという結果と整合する。

第3節 デフォルト・ルール理論に対するインプリケーション

コロプキンの実験により、デフォルト・ルールについても現状維持バイアスが存在することが示された。そこで最後に、デフォルト・ルールにおける現状維持バイアスという記述的 (descriptive) 事実が、規範 (normative) 理論に対していかなるインプリケーションを与えるかを検討する。現状維持バイアスそ

のものは記述レベルのものであって、いかなる規範的主張も含むものではない。したがって、帰結を扱うあらゆる規範理論が利用することのできるものであるが、ここでは特に社会的厚生を最大化を究極目的とする厚生基底的理論に基づくデフォルト・ルール理論にとってのインプリケーションについて検討する。

現状維持バイアスに対してとりうる措置は、大きく分けて二つの種類のものが考えられる。一つは、現状維持バイアスは効率的な契約の締結を妨げるものであるとし、その消滅を試みる方向である。もう一つは、現状維持バイアスの存在は不可避であるとし、現状維持バイアスという人間の意思決定上の特性を、当事者の選択を変更するためのツールとして用いる方向である。説明の便宜上、後者を先に検討する。これは、デフォルト・ルールの内容的判断基準に関係する。次に、バイアスを消滅させる方法について検討する。これは、一般条項や補充的契約解釈の問題と関連する。そして最後に、現状維持バイアスを考慮してデフォルト・ルール理論を組み立てるべき場面の射程範囲について検討する。

第1項 “マジョリテリアン”⁽¹⁴⁸⁾・デフォルト・ルール

現状維持バイアスが存在すれば、効率的なルールの規律が妨げられる場合がある。例えば、買主は無限責任ルールを合意することによって100の厚生を得ることができ、無限責任ルールが売主にもたらすコストは90なのであるが、デフォルト・ルールが制限責任ルールであるために、現状維持バイアスにより売主が制限責任ルールを排除しない場合である。従来の合理的意思決定理論によれば、この場合には、無限責任ルールを合意する対価として買主は100まであれば代金を支払うであろうから、売主が90から100の間の代金を受け取ることにより、効率的なルールが合意されるはずである。しかし、行動経済学の指摘する現状維持バイアスが存在するとすれば、売主は現状である制限責任ルールをより高く評価する。例えば、制限責任ルールを排除するためには105以上の代金を受け取らなければ応じることができないと考えるかもしれない。これ

(148) 取引費用の削減を目的とするマジョリテリアン・デフォルト・ルールと区別するために “” を付けておく。

は売主が支払う用意のある100を超えているので、効率的な無限責任ルールが合意されなくなってしまう。この例では、デフォルト・ルールを排除するために最低限要求する額を90から105に上昇させる要因は現状維持バイアスであるが、効率的なルールの合意を阻害するという現状維持バイアスの機能に着目するならば、“現状維持バイアス”を“取引費用”に置き換えて考えることができる。すなわち、取引費用に着目したデフォルト・ルール理論によれば、多数者が取引費用を削減されるようなデフォルト・ルールを設定すべきであるとされたのと同様に、現状維持バイアスに着目するならば、多数派にとって現状維持バイアスが効率的ルールの阻害要因とならないようなデフォルト・ルールを設定すべきである。現状維持バイアスが効率的ルールの合意を妨げる理由は、⁽¹⁴⁹⁾⁽¹⁵⁰⁾効率的ルールと異なる内容のルールがデフォルト・ルールとして設定されていることにある。したがって、多数派にとって現状維持バイアスが効率的ルールの阻害要因とならないようにするためには、多数派当事者にとって効率的なデ

(149) 本文のような説明における契約当事者は、確かに効率的なルールを合意することには失敗しているが、そのことが直ちに自己利益の最大化に失敗していることを意味するわけではない、という点には注意を要する。なぜならば、現状維持バイアスに基づく行動が必ずしも自己の厚生と切り離されているとは限らないからである。例えば、現状を維持することに対して愛着を抱いており、それを変更することによって自己の厚生が減少するとすれば、現状を維持しようとする行動は自己利益を最大化する行動である。ただし、どのルールをデフォルトとして設定したとしてもこうした愛着に基づく厚生は生じるのであるから、現状を維持することによる厚生とルールそのものによる厚生とを合わせた全体としての厚生を最も大きくするためには、最も効率的なルールに対して愛着を抱くようにすべきなのである。

Korobkin, *supra* note 101, at 666-667参照。

(150) なお、取引費用の削減に基づく多数派テーゼが、ルール設定者のコスト的制約に基づいて導出される意思決定基準であったように、現状維持バイアスを前提とする“マジョリタリアン”デフォルト・ルールもルール設定者の判断を容易にする意思決定基準である。この点に関しては、Richard H. Thaler & Cass R. Sunstein, *Libertarian Paternalism*, 93 AM. ECON. REV. 175, 178 (2003); Cass R. Sunstein & Richard H. Thaler, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, 70 U. CHI. L. REV. 1159, 1193 (2003)も参照。

フォルト・ルールを設定すべきである。このようにして設定された“マジョリティアン”・デフォルト・ルールは、少数派が望むデフォルト・ルールが設定された場合と比べて、非効率なルールを選ぶことになる当事者の数を少なくするという意味で効率的である。なぜならば、少数派が望むデフォルト・ルールを設定すると、多数者が現状維持バイアスによって非効率なルールを受け入れてしまうが、多数派が望むデフォルト・ルールを設定すれば、現状維持バイアスによって非効率なルールを受け入れる当事者が少数にとどまるからである。つまり、“現状”を多数者が望む権利義務を認める状態に変更することによって、多くの当事者が効率的なルールを選択するように当事者の行動を変えるのである。このようなデフォルト・ルールの利用方法は、現状維持バイアスを当事者の行動を変えるツールとして利用するという発想に基づいている。

このような発想に基づくデフォルト・ルールの用い方は、近時、キャス・サンスティンヤリチャード・セイラーの主張する「ナッジ (nudge)」⁽¹⁵¹⁾として注目を集めている。彼らの専門は憲法・法哲学と行動経済学であるが、その影響は私法の領域にまで及んでおり、特にデフォルト・ルールは彼らがナッジとして挙げる代表的なものである。例えば、一般に、正当な理由なく労働者を解雇することを認めるルール(自由解雇ルール)よりも、正当な理由がある場合にのみ解雇が認められるルール(正当理由ルール)の方が望ましいとする。このとき、自由解雇ルールをデフォルトとして設定してしまうと、現状維持バイアスにより自由解雇ルールを排除せずにそのまま受け入れる当事者がある程度存在するだろう。他方で、正当理由ルールをデフォルトとして設定すれば、ほとんどの当事者は正当理由ルールを受け入れ、現状維持バイアスに抗ってでも自由解雇ルールを望む当事者のみが、デフォルト・ルールを排除して自己の望むルールを合意するだろう。このように、デフォルト・ルールは一般に望ましいとされるルールを選択するように当事者の行動を変更するナッジとして機能するとされる⁽¹⁵²⁾。

このように、多数派にとって効率的、つまり多数派に属する当事者の契約によって生じる厚生を最大にするようなルールを設定することが望ましいとして

も、ただちに多数派が実際に選択するルールをデフォルト・ルールとして設定すべきことにはならない。なぜならば、当事者がバイアスの下で意思決定を行っている以上、効率的なルールを合意していない可能性があるからである。さらに、当事者の選択が“現状”を作り上げるデフォルト・ルールによって変化するとすれば、当事者の選択によって望ましいデフォルト・ルールを特定する方法は循環に陥ってしまう。したがって、“マジョリテリアン”・デフォルト・ルールを特定するためには、デフォルト・ルールが存在せず、当事者が合理的判断を行うことができる反事実的世界を想像し、多数の当事者が望むであろうことを予測しなければならない。このような方法には、誤りの可能性が存在す

(151) 彼らの基本的立場は、リバタリアン・パターンリズムと呼ばれ、個人がよりよくなるために個人の選択に対して法制度が影響を与えることを認めるが(パターンリズムの側面)、拒絶の選択(opt-out)を認めることによって選択の自由を尊重する(リバタリアニズムの側面)、というものである。Thaler & Sunstein, *supra* note 150; Sunstein & Thaler, *supra* note 150参照。ただし、彼らは、個人の福利ないし厚生を実現するために個人の選択に対して法制度が影響を与えることを認めるのであって、社会的厚生を最大化を目指しているわけではない。社会的厚生を最大化を目的として個人の選択に影響を与えることを志向する立場としては、Russell Korobkin, *Libertarian Welfarism*, 97 CAL. L. REV. 1651 (2009)。特にデフォルト・ルールに関しては、*id.* at 1677-80を参照。なお、サンスティンの議論を紹介し、その労働契約規制における活用可能性を検討するものとして、坂井岳夫「労働契約の規制手法としての任意法規の意義と可能性——“default rules”をめぐる学際的研究からの示唆」日本労働研究雑誌607号(2011年) 87-94頁。また、ナッジという規制手法に関しては、RICHARD H. THALER & CASS SUNSTEIN, *NUDGE: IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH, WEALTH AND HAPPINESS* (Updated ed. 2009) (初版の邦訳として、リチャード・セイラー=キャス・サンスティーン〔遠藤真美訳〕『実践行動経済学——健康、富、幸福への聡明な選択』(日経BP社、2009年))の他、川濱昇「行動経済学の規範的意義」平野仁彦=亀本洋=川濱昇編『現代法の変容』(有斐閣、2013年) 419-422頁など参照。

(152) Sunstein & Thaler, *supra* note 150, at 1187は、解雇に関するモデル州法(The Model Employment Termination Act: 解雇には正当事由が必要であるというデフォルト・ルールを設定し、デフォルト・ルールを排除するには解雇手当を支払わなければならないとしている。)を例に挙げて説明している。

⁽¹⁵³⁾。しかし、出発点がいかなるものであれ当事者の望むルールがおよそ明らかである場合もあるだろう。その限りにおいて、当事者の選択に基づく判断は有用である。⁽¹⁵⁴⁾

こうして、現状維持バイアスの存在は結果としてマジョリテリアン・デフォルト・ルールを支持する形になるが、他方でペナルティー・デフォルト・ルールの有用性に対しては否定的要素を提示する。なぜならば、ペナルティー・デフォルト・ルールの情報伝達促進機能は、デフォルト・ルールによって不利益を課せられた当事者がデフォルト・ルールを排除するプロセスの中で情報を伝達することによって発揮されるのであるが、現状維持バイアスが存在するとすれば、デフォルト・ルールの排除そのものが行われにくくなってしまいうからである。⁽¹⁵⁵⁾

第2項 事後的なルール設定としての補充的契約解釈の優位性

現状維持バイアスが効率的ルールの合意を妨げるのであれば、現状維持バイアスを消滅させるという対処法も考えられる。例えば、コロプキン⁽¹⁵⁶⁾は、デフォルト・ルールを一般条項のように抽象的な文言を用いて規定し、その具体化を個々の事案における裁判官に委ねることを提案している。そもそも現状維持バイアスが生じるためには、当事者がルールを合意する際にデフォルト・ルールの定める権利義務を明確に認識していなければならない。そこで、抽象的文言を用いてデフォルト・ルールを規定し、いかなる権利義務が認められるかを曖昧にしておけば、現状維持バイアスは生じない。例えば、コロプキンの挙げる例は、価格が合意されていない場合に「合理的な価格」を補充するとするU.C.C. §2-305(1)である。このようなデフォルト・ルールのもとでは、当事者はどの程度

(153) Korobkin, *supra* note 101, at 670.

(154) Thaler & Sunstein, *supra* note 150, at 178; Sunstein & Thaler, *supra* note 150, at 1194.

(155) Korobkin, *supra* note 101, at 668–669.

(156) *Id.* at 670–673.

の額がすでに現状として確定しているのかを把握することができず、現状維持バイアスが生じない。そして、実際に裁判になったときに、裁判官が当該事案の具体的事情を斟酌して、“当該当事者が望むであろう”ルールを補充すればよい。

このような理解は、デフォルト・ルールによる欠缺補充よりも、補充的契約解釈による欠缺補充の方が望ましいとする根拠となりうる。この点は、ルール設定コストについて楽観的立場をとるマジョリティアン・デフォルト・ルールと同様である。しかし、ルールを曖昧に設定すると、社会的厚生⁽¹⁵⁷⁾の最大化行為と個人的厚生⁽¹⁵⁷⁾の最大化行為の間に乖離により、結局デフォルトは排除されてしまうことはすでに見た通りである。したがって、このような理解には、そもそもデフォルト・ルールが必要となる理由が何かが分からなくなってしまうのではないかという問題があるように思われる。

第3項 現状維持バイアスに基づくデフォルト・ルール理論の射程範囲

最後に、以上のような現状維持バイアスを基礎としたデフォルト・ルール理論が説得力を持ちうる場面の範囲について検討しておく。

先に見た現状維持バイアスの特徴は、デフォルト・ルールの現状維持バイアスの射程範囲についても多くの示唆を与えてくれる。例えば、会社として行われるような商取引に関する意思決定については、現状維持バイアスは弱くなるだろう。したがって、企業間の契約については、実際に行われている契約に基づいて、当事者が望むルールを特定することが比較的許容されよう。

また、市場に代替物が存在しないようなものについては現状維持バイアスが強くなることが予想される。したがって、不代替物に関するルールについては、現状維持バイアスに基づくデフォルト・ルール理論がより妥当するだろう。

現状維持バイアスが存在するためには、法律が定めるルール内容が当事者によって認識されていなければならない。しかし、企業間の契約において現状維

(157) 第1章第4節参照。

持バイアスが弱いとすれば、現状維持バイアスが特に問題となるのは一般消費者が関わる契約である。一般消費者が法律の定めるルール内容を認識していない状況が多いことは、想像するに難くない。そうであるとすれば、現状維持バイアスが強く認められる場面は限られることになるかもしれない。消費者にとって何が“現状”なのかという点を含めて、さらなる検討を要する問題である。

最後に、契約締結と同時に法的デフォルト・ルールが変更されてしまうような場面では、法的デフォルト・ルールについては、現状維持バイアスは存在しないだろう。なぜならば、後悔回避によって現状維持バイアスを説明するとすれば、現状維持バイアスが生じる対象の特定にとって決定的に重要な点は、不作為の結果として適用されるルールが何かということであるからである。契約締結と同時に法的デフォルト・ルールが変更されてしまうとすれば、個別的な交渉を行わないという不作為の結果として適用されるルールは、変更後のルールである。したがって、このような場合には、現状維持バイアスは変更後のルールについて生じることになる。このような場面の典型例は、約款が利用される契約である。⁽¹⁵⁸⁾ 不作為の結果として約款が契約内容となるとすれば、約款は機能的にはデフォルト・ルールに等しく、いわば企業が定めたデフォルト・ルールと言える。⁽¹⁵⁹⁾ そこで、現状維持バイアスに基づくデフォルト・ルール理論をそこに当てはめれば、“約款は多数者にとって効率的なルールを定めるべきである”ことになる。ところで、これまで見てきたデフォルト・ルール理論によれば、デフォルト・ルールの内容的基準は多数者が望むであろうルールであり、合理的当事者を想定してデフォルト・ルールが設定されているとすれば、“デフォルト・ルールの内容は多数者にとって効率的なルールである”。これらふたつ

(158) 定式条項(form terms)における現状維持バイアスを示す実験として、Russell Korobkin, *Inertia and Preference in Contract Negotiation: The Psychological Power of Default Rules and Form Terms*, 51 VAND. L. REV. 1583, at 1605-1608 (1998).

(159) 約款の事実上の機能が法的ルールと類似しているという点は、我が国においてもすでに指摘されているところである。例えば、川島武宜『民法総則』（有斐閣、1965年）208-209頁。

の命題を合わせると、“約款の内容はデフォルト・ルールを基準として定められるべきである”という命題が導かれる。これは、約款規制の分野において任意法規に与えられてきた指導形象機能を想起させる。つまり、指導形象機能は任意法規を正義命令と見なす立場により構築されてきたものであるにもかかわらず、実は厚生基底的理论に基づくデフォルト・ルール理論の要請するところと大きく異なるものである⁽¹⁶⁰⁾。このように考えることができるのであれば、約款の規制根拠として当事者に“実質的”自由が存在しないことを挙げたり、任意法規の正義基準の“強度”を問題にしたりすることは、約款が多数者の望む内容となっているかを判断するための考慮要素であると理解することができる。約款利用者側が示すべきとされる“合理的”理由も、多数者が望むような内容となっているかを判断するためのものと考え得る。もっとも、このような観点から“実質的”自由、正義基準の“強度”、“合理的”理由といった概念がどのように再構成され得るかは、それ自体が一つのテーマであり、本稿の範囲を超えている。

おわりに

本稿では、任意法規の内容的基準という問題を、異なるアプローチを貫徹する分析視角として設定し、三つのアプローチを検討してきた。一つ目は、厚生阻害要因として取引費用に着目し、取引費用を削減するための手段として任意法規を理解するものである。このアプローチからは、内容的基準の問題に関して、多数派テーゼが導出された。その他にも、合理的な当事者を仮定するならば、仮定的当事者意思の判断基準として“効率性”が妥当し、分配の問題に関しては“交渉力の模倣”が判断基準となることが示された。さらに、任意法規

(160) このような現象は、社会的厚生の最大化という価値基準が一見するほどエキセントリックなものではないことを示すと同時に、洗練された分析ツールがない状況において、我々の直感に訴えかける客観的正義という概念が果たしてきた役割を示すものであるように思われる。

を定めるにはルール設定コストがかかるという視点から、ルール設定者として立法者を想定するか、裁判官を想定するかという視点が重要であることが明らかとなった。すなわち、ルール設定コストがかかる以上、比較的多大なルール設定コストを要する立法者の場合には、単純で広範囲にわたって用いられるような、基本的ルールであることが要請される。他方で、比較的少ないルール設定コストで済む裁判官においては、より詳細で適用範囲の限られるルール設定も許容される。後者は、裁判官の作成するデフォルト・ルールに関する議論であり、従来補充的契約解釈として論じられてきた問題領域と接する部分もあるだろう。そのような領域も視野に入れるならば、任意法規は、取引費用削減手段として有用であるのみではなく、裁判官のルール設定コストを削減するものとしても有用であることが分かる。我が国において、従来議論されてきた契約の性質決定の問題や、典型契約規定に関して主張されてきた情報縮減機能は、これに相当するものとして理解することができる。このような観点からも、幅広い問題について参照可能な基本的ルールを定めることが要請されよう⁽¹⁶¹⁾。また、膨大な情報が利用可能となった現代においては、ルール設定コストについて比較的楽観視することができ、従来よりも個人々の差異に着目したルール設定が可能となっていると評価することもできよう。

二つ目のアプローチは、厚生阻害要因として情報の非対称性に着目し、完全情報を実現して効率的な契約締結を可能にするために、より低コストで情報伝達を行うことができる当事者に情報伝達のインセンティブを与えるものとして任意法規を理解するものであった。このアプローチにおいても、やはり多くの場合には多数派テーゼが妥当することが示された。その根拠は、情報伝達促進機能はいずれの任意法規も果たすものである以上、決定的に重要となるのは低

(161) 「民法典は、私法関係を法的に構成するための基本的な概念枠組みを用意し、そうして構成された問題を解決するための基本的な考え方を示すことが要請される」という観点から、典型契約規定が基本的典型契約類型を規定する必要性を指摘するものとして、山本敬三「契約法の改正と典型契約の役割」『債権法改正の課題と方向——立法への課題』別冊NBL51号(1998年)12頁。

コスト性の問題であって、多数者が情報伝達をしなくてもよいような任意法規が望ましいからである。他方で、裁判官と当事者との間での情報格差が問題となる場合には、多数派テーゼから逸脱する任意法規が望ましいこともあり得るが、これについては本稿で検討することはできなかつたため、今後の検討課題としたい。

最後は、前二者のアプローチが前提としていた合理的意思決定理論の修正という観点からのアプローチであった。それによれば、任意法規を設定する以上、そこには現状維持バイアスという現象が現れ、その事実を前提として最も社会的厚生を大きくするためには、当事者のバイアスを利用して当事者の行動を効率的な方向へ導くという発想が必要である。そのような発想に基づいて、多数派テーゼが支持された。さらに、現状維持バイアスが強く現れうるような場合には、バイアスを生じさせないための手法として、制定法によって具体的ルールを定めるのではなく、裁判官の具体化に委ねるという方法が提案されていた。これは、一般条項や補充的契約解釈に意義を見いだすものとして位置づけることができよう。さらに、現状維持バイアスに着目するならば、約款も現状維持バイアスを生じさせるものであり、そのような認識に基づいて、従来指導形象機能と呼ばれてきたものが、厚生基底的理論から再解釈しうるものであることが示された。これについて本稿では示唆するにとどまつたため、今後の検討課題としたい。

以上によれば、任意法規の内容的基準という問題については、厚生基底的理論からは、多数者が望むであろう内容を規定すべきであるという解答を得ることができるだろう。この点において、厚生基底的理論は自律基底的理論と軌を一にする。しかし、自律基底的理論における多数者の仮定的意思という基準は任意法規が正当であるための正当性基準であるのに対して、厚生基底的理論における多数派テーゼは、ルール設定者がさしあたり従うことを許される仮定的な意思決定基準であるに過ぎないということは、重ねて指摘しておきたい。厚生基底的理論においては、正当性基準は意思ではなくあくまで厚生なのである。この点は、なぜ法的ルールが当事者によって排除されうるのか、すなわち、な

ぜ当事者が自ら設定したルールが正当化されるのか、という問題に対して、自律の直接的価値に基づいて解答する自律的基底的理論と、自律の手段的価値に基づいて解答する厚生基底的理論との違いにも関係している。すなわち、厚生基底的理論は、合意によって法的ルールを変更することを許容し、さらに任意法規の内容的基準を当事者意思に求めるとしても、それはあくまで社会的厚生を増大させる手段としてなのである。したがって、表面的には親和的に見える自律的基底的理論と厚生基底的理論は、やはりその基本的立場において異なるものである。このことこそが、厚生基底的理論との対峙において従来立場が態度決定を迫られることとなる所以である。

本稿では、任意法規の内容的基準という問題設定の下で、厚生基底的任意法規理論の基礎的部分を検討し、具体的問題については賠償範囲に関するハドレー・ルールを例として検討したものの、その他の問題に対しても応用可能性は開かれており、さらなる具体的解釈論への接続や、指導形象機能の再解釈など、重要な問題はなお残されたままである。さらに、厚生基底的理論はドイツ法学においても大きな関心を呼ぶに至っており、まさに上記の事情の故に、従来の任意法規理論の根本的部分を揺るがしている。そこで厚生基底的理論がどのように扱われるかという問題は、それ自体強い関心を引きつけるものであろう。いずれにせよ残された課題は多数にのぼり、グローバリゼーションによって異質な思考が対峙せざるを得ない状況の中で、契約法理論はいかなる基本的態度においてそうした状況に取り組んでいくべきなのかという視点で研究を進めて行くにあたって、このささやかな覚え書きを通じて多くの方々のご教示・ご批判を仰ぐことができると願いつつ、拙稿を閉じることとしたい。