

信頼関係の統一理論に向けて

——倫理と法が重なる領域として¹⁾——

岩井克人

信頼関係とは「一方が他方の利益のみを目的とした仕事を信頼によって任される関係」である。例として、後見人/被後見人、信託受託者/受益者、取締役/会社、代理人/本人、医者/患者、弁護士/依頼人、資産運用者/投資家などがある。それは、相互の自己利益を目的とする契約関係とは対照的に、一方が他方の利益の為にのみ行動すべしという忠実義務によって維持される。この倫理的な義務を法的に課するのが信任法である。だが信任法にはまだ統一理論がない。本論文の目的は「自己契約は契約ではない」という法原則を基礎に、その統一理論を提示することである。同時に、本論文では、倫理を法律で課するのは矛盾だという疑問に対し、信任法は被告の立証責任を原告の反証責任に、期待損失補償を不当利益吐出しに転換することで実践的に解決していること、倫理を法で置換しただけだという批判に対し、信任法の役割は悪人の制裁や迷える人の指針として倫理を補完することであることも示す。

JEL Classification Code: A12, D6, D82, K1

1. 信頼関係とは何か？

この論文の目的は信頼関係に関する一般理論を提示することにある。信頼関係という言葉は、英語の *fiduciary relationship* に当たる日本語である。それは、「一方の人間が他方の人間の利益のみを目的とした仕事を信頼によって任されている関係」として定義される。日本の法学界では信認関係という言葉が使われるが、この論文では意味に忠実に信頼関係という言葉を使う。信頼関係において、信頼によって仕事を任せられる側の人間は信任受託者または単に受託者 (*fiduciary*) と呼ばれ、信頼によって仕事を任せられる側の人間は信任受益者または単に受益者 (*beneficiary*) と呼ばれる²⁾。

信頼関係という概念は謎めいている。『信任原理』と題した1949年の論文で、オーステイン・スコットは次のように述べている。

「信任受託者 (*fiduciary*) とは何か？ それは、他人の利益のためにのみ仕事をする約束した人間である。その約束が契約の形でなされたかどうかは関係ない。その約束が好意によってなされたかどうかも関係ない。実際、衡平裁判所

(the courts of equity) が信託の受託者の信任義務を常に厳格に強制してきた英国では、受託者は、信託行為によって規定されていない限り、無報酬であることが通常であった。」(Scott (1949), p. 541)。

では、信頼関係とは具体的にどのような関係であるのだろうか？³⁾

病院の救急病棟に一人で夜勤している医者を考えてみよう。病棟に交通事故にあった患者が運び込まれてきた。患者は全く無意識である。患者自身はおろか家族や勤め先に関する情報も見つからない。医者とはどのような形においても契約を結ぶことは不可能である。だが、医者は患者の命を救うために、緊急手術をする。この時の医者とは患者の関係こそ、信頼関係の典型例である。医者は患者の命を救う仕事を(事実上の)信頼によって患者から任せられ、患者は自らの命を救ってもらった仕事を(事実上の)信頼によって医者に任している⁴⁾。救急病棟の医者は信任受託者、無意識の患者は信任受益者である。

その他、信頼関係としては、後見人と子供・精神障害者・認知症老人などの被後見人との関

係、信託財産の受託者と受益者との関係、取締役と会社との関係、理事と非営利法人との関係、代理人と本人との関係、パートナーシップにおける各パートナーと他のパートナーとの関係などがある。また、無意識の患者を手術する医者のような緊急事態でなくとも、医者と患者の関係は少なくともその一部は信任関係と見なされる。さらに、弁護士と依頼人、宗教家と信者、教師と学生、ファンド・マネージャーと投資家といった専門家と非専門家の関係も、信任関係を含んでいる。そして近年では、さらに数多くの人間関係を信任関係に含めようという動きもある。ただし、上で列挙した関係は、英米法において信任関係と見なされている関係である。日本では、専門家と非専門家の関係の場合、残念ながら、弁護士と依頼人との関係以外は信任関係としては認められていない。

信任関係の最大の特徴は、一方の受託者が他方の受益者に対して信任義務(fiduciary duties)と呼ばれる義務を一方的に負うことである⁵⁾。信任義務には複数の義務が含まれるが、中で中心的な地位を占めているのが忠実義務(duty of loyalty)である。忠実義務とは「一方の人間が他方の人間の利益にのみ忠実に仕事をする義務」として定義される⁶⁾。信任義務の中には、注意義務(duty of care)も含まれるが、不法行為の過失認定などにおいても参照される義務でもあり、信任関係にとって固有の義務ではない。以下では、信任関係に固有の忠実義務のみに焦点を当てて議論を進めておこう。事実、シェパードは忠実義務と信任関係とは「同一物にすぎない」と主張している(Shepherd(1981), p. 48)。

すなわち、信任関係の中核には受託者が受益者に対して一方的に負う忠実義務が置かれている。この忠実義務とは、後に論ずるように、イマヌエル・カントが定義した意味での倫理的義務に他ならない。後年米国最高裁の判事となるベンジャミン・カルドーゾは、信任受託者は「市場の道徳より厳格な規範に従わなければならない」と述べ、受託者の行動規範は「単なる正直さだけでなく、最高度に徹底した道義心」であると宣言している⁷⁾。

このような信任関係における倫理性の強調は、経済論理と強い親和性をもつ契約関係(contractual relationship)とまさに対照的である。古典的な契約理論においては、契約関係は自律的な個人同士がそれぞれの自由意志によって合意に達して初めて成立するとされる⁸⁾。契約法の最大の原則——それは契約自由の原則である。契約は嫌なら結ぶ必要はない。当事者はそれぞれ自己の利益になるから契約を結ぶのである。例えば契約の内容が第三者の目からは軽率であったり不公平であったりしても、自由意志の下で双方が合意した結果である限り、その内容は尊重されなければならない。結果に関しても自己責任の原則が貫かれる。

もちろん、古典的な契約法は、資本主義の高度化に伴う経済取引の複雑化や大規模化に応じて数多くの修正を受けている。例えば英米法では、20世紀の後半から非良心性の法理や信義誠実の原則、さらには製造物責任法理など、当事者間の交渉力や情報量の不均衡を是正する判例や法制が導入されてきたし、日本でも消費者保護を目的とした消費者契約法などがある。だが重要なことは、このような修正にもかかわらず、契約法自体は「市場の道徳」を超える規範を一度も導入したことはないことである。相手の利益を自己の利益よりも尊重するという倫理性など、契約の当事者には絶対に期待されていない。契約関係の世界においては、自己利益追求の原則は「抑制されはすれ、決して否定されることはない」のである(Finn(1989), p. 82)。

これに対し、ある人が他の人の信任受託者となった瞬間に、自己利益の追求は否定される。他の人間の利益のみのために仕事をするという忠実義務は、単なるお題目ではなく、法によって強制される義務となるのである。

但し、受託者の自己利益が否定されると言っても、無報酬である必要はない。人が信任受託者を引き受けるのは、自由意志である。受託者は、従って、受託者としての仕事をするのに必要な費用と報酬は当然受けとることになる。

信任関係には、この他にも忠実義務違反を告発された受託者の反証責任や有罪となった受託

者の不当利益の吐き出しなど、契約関係と区別される特徴がある。それらについては後の第8-11節で議論することにしよう。

2. 信頼関係の歴史

信頼関係の歴史は古く、イギリスの中世にまで遡ることができる。その原型は、現在の信託制度の古い形であるユースという制度にある(Maitland(1936), p. 23-42)。13世紀後半にフランシスコ派の托鉢僧が欧州大陸からイギリスに上陸し始めた。フランシスコ派とはカトリックの中で最も厳格な規律に従う宗派である。他の宗派でも修道士が個人財産を所有するのは禁じられていたが、修道院自体には所有が許され、信者から寄進によって巨万の富を蓄積しているものも多かった。フランシスコ派は、これも墮落だとして、修道士個人だけでなく、修道院による所有も禁じたのである。しかしながら、フランシスコ派の信者の中にも、死後の魂の平安のために、托鉢僧が雨露を凌げる僧院を遺贈したいと思うものが出てくる。そこで考え出された仕組みがユース(use)である。それは、托鉢僧のための使用(to the use of the friars)に目的を限定して、信者が第三者——例えば都市自治体——に僧院を贈与することである。僧院の法的な所有権は都市に帰属するが、僧院が与える便益は托鉢僧のみが受けとることになる。所有者と受益者とを分けるこの仕組みは直ちに宗教以外の目的にも応用される。当時のイギリスでは、土地は長子相続制によって家督相続人のみ継承された。しかも、相続に際して、領主は上納金を課し、相続人が未成年であれば成人するまで土地の収益を取得し、相続人がなければ土地を没収する権利を持っていた。そこで、娘たちや次男三男のため、さらには自分の魂の安らぎのために土地の一部を遺贈したい人や、封建領主による収奪を避けたい人は、自分の土地を(通常は複数の)親戚や友人に生前贈与し、生きている間は自分が土地からの収益を受け取り、自分の死後は娘や次男三男がその収益を受けとることになるように頼んだのである。

当然、この仕組みには欠陥がある。後を託さ

れた親戚や友人が信頼に背いて贈与された土地を我がものにしてしまう可能性である。実際、そのようなことは頻繁に起こった。当時のイギリスでは、所有権や契約履行をめぐる紛争、不法行為、刑事事件などはコモン・ロー裁判所と呼ばれる裁判所が処理していた。だが路頭に迷った娘や次男三男がコモン・ロー裁判所に訴えても、門前払いを食らうだけである。土地の名義は親戚や友人のものであり、所有権の枠組みの中では何の権利もないのである。唯一の手段は国王への直訴である。そして14世紀から15世紀にかけて、このようなユースをめぐる紛争に対処するため、国王に代わって、大法官(chancellor)と呼ばれた首席大臣がコモン・ロー裁判所では救済できない人々を「良心の名の下」に救済し始めることになる。そのような実践の積み重ねの中で、大法官の官邸が衡平裁判所(court of equity)として制度化されるようになったのである。その後、ユースは信託と呼び変えられることになる。

このようにして成立した衡平裁判所の最大の成果が信託法の確立、とりわけ忠実義務の定式化であった(Maitland(1936), p. 23)。その後、忠実義務という概念は、社会の要請に応じて、後見人、会社の取締役、代理人、パートナーシップのパートナー、弁護士、牧師、医者、銀行家など信託受託者と似た立場にある人々にも適用されるようになる(Vinter(1938)。但し、代理人及びパートナーに関する忠実義務はコモン・ロー裁判所で発達した。)そこで、狭い意味での信託と区別するために、信託の受託者と受益者との関係に類似した人間関係全体が、信頼関係(fiduciary relationship)と総称され、信頼関係を律する法律は信任法(fiduciary law)と呼ばれるようになる。fiduciaryとはtrustと同等の意味をもつ(英語化された)ラテン語である。信任法は、イギリス、さらにアメリカを始めとするアングロ・サクソン諸国においては、契約法・不法行為法・所有権法と並ぶ私法の重要な一領域としての位置を確保している。日本では範囲は限られるが、信託法や会社法や弁護士法(この場合忠実義務は誠実義務として定式化

されている)などに適用されている。

3. 信頼関係には統一理論がない

驚くべきことは、このように古い歴史と大きな広がりを持つ信頼関係には、いまだに統一理論が存在しないということである。

実際、信任法の専門家の多くは統一原理の追求など諦めるべきだと主張している。例えば信頼関係に関する古典的な論文の中で、レン・シーリーは次のように述べている(Sealy(1962), p. 73)。「信頼関係の一般的な定義を探し求めるのが不可能なことは明白である。従って、我々は個別の種類ごとに定義を与え、それぞれの種類に応じたルールを見いだす必要がある。」また近年の信任法研究で指導的な役割を果たしてきたデボラ・デモットは、「信任義務に関する法律は状況特殊的であるという認識こそ、さらなる分析のすべての出発点であるべきである」と言い切っている(deMott(1988), p. 878)。これらの言葉は例外ではなく、同様の主張は数限りなく見つかる。

極端なのは、法と経済学アプローチを採用する研究者である。その最も戦闘的な唱道者であるフランク・イースターブルックスとダニエル・フィッセルは「信頼関係の統一原理」を探するのは「絶望的だ」と宣言する(Easterbrook & Fischel(1993), p. 438)。なぜなら「信頼関係」は「契約関係」の特殊ケースにすぎない。「取引費用がある水準を超えると一部の人は契約関係を〈信頼関係〉と呼び始める。だがその言葉で両者の間の連続性を覆い隠してはいけない。契約法の中には〈信義誠実原則〉が含まれており…それを延長すると信任義務に融合していく。」イースターブルックスとフィッセルは、信頼関係などと言う関係は独自の法律的概念としては存在しないと断言するのである。

しかしながら、この論文の目的は、このような諦念論や否定論に抗して、まさに信頼関係の一般理論を提示することにある。

4. 自己契約の法的不可能性

トマス・シェリングは、ある時こう述べた。

「人は自分とは契約できない——これは社会組織論や法哲学における衝撃的な原理である。」

シェリングは続ける。「人は自分自身に対しては法的強制力のある約束はできない。いやこう言うべきだろう。…私が私自身に対して決してタバコを吸わないと約束しても、私がタバコを吸おうと思ったら、[二番目の]私は何時でも[一番目の]私をその約束から法的に解放することができる。…チャールズ・フリード(ハーバード大法学院教授)は、法的効力を欠くこの約束に名前を付けてくれた。(誓い(vow))である。…誓いにはどんな法的強制力もない。」(Schelling(1984), p. 99.)

実は、「自己契約は契約ではない」という原則は、どの民法の教科書にも載っている契約法の基本原則である。この自己契約という言葉は字義通りの自己との契約として解釈している限りは、シェリングがいうほど衝撃的ではない。それは元旦の禁煙の誓いなど誰も守れないという些末な話である。だが、二人以上の人間同士の関係において、もしその関係を契約によって維持しようとする、必然的に一方の当事者の自己契約になってしまう場合——そのような場合が存在すれば、この原則は衝撃的な意味を持つ。なぜならば、その場合は「契約によって維持することが絶対的に不可能な人間関係」の存在が示されてしまうからである。それは単なる契約の不完全性や不完備性などではなく、そもそも契約それ自体が不可能な人間関係の領域の存在である。

実際、我々が生きている社会において、そのような人間関係は無数に存在する。それが信頼関係に他ならないのである。

これから、代表的な信頼関係について、それぞれの関係を契約によって維持しようとする、必然的に一方の当事者の自己契約となってしまうことを確認してみよう。

5. 信頼関係の多様性

(0) 第2節の冒頭で、救急病棟の医者と無意識の患者との関係を信頼関係の典型例として描いてみた。医者とはどのような形においても

契約を結ぶことは不可能である。もし無理矢理に両者の間で契約を結ばせたらどうなるだろうか？ 契約書の内容は実質的にはすべて医者が一人で書き入れたものになってしまうはずである。医者の自己契約である。

(1) 後見人と被後見人との関係も同じである。未成年や精神障害者や認知症老人などは、法律上または事実上財産を管理したり契約を結んだり訴訟を行う能力を持たない。彼らのために財産を管理し契約を結び訴訟を行う人間が後見人である⁹⁾。従って、仮に被後見人と後見人が契約を結ぶとすれば、その契約は被後見人のために後見人が結ぶことになり、必然的に後見人の自己契約になってしまう。

イースターブルックスとフィッセルによれば、信任義務とは「取引費用が大きい契約における標準化された違約条項」に過ぎない。それは、「取引費用がなければ当事者が結ぶであろう仮想的な契約の近似」であるという(Easterbrook & Fischel(1982), p.737)。だが、後見人と被後見人との関係において「取引費用がなければ当事者が結ぶであろう仮想的な契約」とは何なのか？ それは、被後見人が成人したり正気を取り戻したら後見人と結ぶことになる契約なのだろうか？ でも、その時には、そもそも後見人など必要としない。それとも、それは後見人の行動を費用なしに監視できる時、被後見人と後見人が結ぶ契約なのだろうか？ でもその場合、後見人の監視は誰が行うのだろうか？ もちろん被後見人ではありえない。第三者である。だが、その監視者の監視を誰がすることになるのだろうか？ …後見人と被後見人の関係においては、「仮想的な契約」を仮想すること自体が不可能なのである。

すなわちここに、「仮想的な契約」という形ですら契約関係には還元し得ない人間関係の存在が少なくとも一つ特定化されたことになる。実際、後見人とは、被後見人との契約ではなく法律によって選定されるのである。

(2) すでに述べたように、信頼関係という概念は、歴史的には信託(トラスト trust)から派生している。信託とは、例えば親が子供のために

残しておきたい財産を子供が一定の年齢になるまで第三者の名義にして、その第三者に管理運営してもらう仕組みである。信託財産の管理を依頼する人間は委託者(settlor)、管理を託された人間は受託者(trustee)、利益を受ける人間は受益者(cestui que trust または beneficiary)と呼ばれる。

法と経済学アプローチに立つ研究者は、信託関係を委託者と受託者との間の契約関係に還元しようとしてきた(例えば Langbein(1995))。だが信託には、委託者が自分自身を受託者に任命する自己信託も、委託者が自分自身を受益者に指定する自益信託も存在する。前者では委託者=受託者であり、後者では委託者=受益者である。これは、信託関係の成立には委託者の存在は必須ではないことを意味する。唯一不可能なのは、受益者が受託者となることである¹⁰⁾。なぜならば、その場合、委託者の行いは自分の財産を受益者に与えて受益者自身に管理してもらうことに等しく、それは受託者=受益者に対する贈与になってしまうからである。信託関係に不可欠なのは、受託者と受益者との関係なのである。

では、受託者と受益者の関係は契約関係として維持できるだろうか？ 答えは否である。まず、信託の設定には受益者の同意が必要ない。実際、信託はしばしばまだ生まれてない子供を受益者としているが、この世に存在しない人間との契約など、SFの世界でない限り不可能である。この場合も、仮に受託者が受益者と契約を結ぶとしても、その契約は必然的に受託者の自己契約になってしまうのである。

次に、受益者が契約の主体となりうる大人の場合ならばどうだろうか？ その場合でも、信託財産の法的な所有者は受益者ではなく受託者であることが決定的である。仮に受託者が受益者と受益者の利益のためのみに信託財産を運用するという契約を結んだとしよう。でも、それは法的には自分の所有物である信託財産が生み出す利益はすべて受益者に与えるという約束であり、受託者から受益者に対する贈与の約束と同じである。贈与の約束とは自分自身に対する

約束であり、その本質において自己契約に他ならないのである¹¹⁾。

(3) 会社統治(corporate governance)とは、会社(corporation)の経営者の行動はいかに統治(governance)されるべきかという問題である。

近年の会社統治論は、ジェンセンとメックリングの1976年の論文から出発した(Jensen & Meckling(1976))。二人は、「私的な会社」は個人の間で結ばれる様々な「契約の束」にすぎず、経営者を株主と「代理契約(agency contract)」を結んだ人間と見なすことを提唱した。それによって、会社統治論は契約の経済理論の応用問題になってしまった。自己利益を追求する経営者の行動が出来るだけ株主利益の向上に向くように、いかにアメとムチを組み合わせた契約を設計したらよいかという問題である。その後量産された会社統治論研究によって、経営者に株主利益を最大化させる一番の早道は経営者を株主にすることであるとして、ストックオプション制度が奨励され、経営者に株価を低迷させない脅しとなるように、敵対的買収を容易にする株式市場の自由化が奨励されたのである。

だが、この会社統治の契約論的モデルは二重の意味で誤謬である。第1に、(4)で論ずるように、代理関係を単なる契約関係と見なすことが誤謬である。第2に、単なる企業と会社とを混同している点で誤謬である。

単なる企業の場合は、経営は原則的にはオーナー(所有者)自身が携わることになっており、必ずしも経営者は必要ない。事実、経営に必要な資産はオーナー個人の資産であり、経営のための契約もオーナー自身の名で結び、訴訟においてもオーナー自身が原告や被告になる。そして経営者を雇う必要が生じたら、オーナー自らが経営者と契約を結び、自分の企業を自分の代わりに経営する権限を与えることになる。確かにそれは代理契約である。

しかしながら、会社の株主は単なる企業のオーナーのような意味での会社のオーナーではない。なぜならば、会社とは法人格(legal personality)を持った企業、すなわち法人企業の別名だからである。ここで法人(legal person)と

は、法律上ヒトとしての権利能力を与えられたモノのことを指す。事実、会社においては、ヒトとしての会社それ自体が資産を所有し、他のヒトと契約を結び、裁判の当事者となる。これに対して、株主とは文字通り株式の持ち主(所有者)である。ここで株式とは、モノとしての会社の別名であり、会社資産とは独立に株式市場で自由に売買することが出来る。株主とは、モノとしての会社の所有者として、ヒトとしての会社の活動に関与しているに過ぎないのである¹²⁾。

このように法人としての会社は、法律上はまさにヒトとして活動する権利と能力を与えられている。だが、コインの裏面として、その法人は現実においては単なるモノでしかない。法人それ自身には経営活動を行うための頭も目も耳も口も手も足もない。従って、このように単なるモノでしかない会社が、法律の上だけでなく現実においてもヒトとして活動するためには、会社の代わりに意志を決定し資産を管理し契約を作成する生身の人間——自然人——が絶対に必要である。それが取締役(director)なのである。すなわち、取締役とは、その地位に基づいて行う活動がすべて会社の活動と見なされる自然人として定義される。但し、多くの会社では実際の経営は取締役から経営を委任された執行役員(officer)が行っているので、以下では取締役と執行役員とを総称して経営者(manager)と呼ぶことにする。法人としての会社は、経営者の経営者としての活動を通してのみ、現実にはヒトとしての活動を行うことができるのである。

経営者を持たない会社は会社ではない。単なる企業の場合は経営者を持つかどうかはオーナーが決めるのに対し、会社の場合は株主の意向とは無関係に経営者を持たなければならない。確かに株主は総会の決議によって、会社経営に関する重要議題に賛否を与えることも、既存の経営者を首にすることもできる。だが、どんなに頑張っても、経営者という存在自体をなくすことは絶対に不可能である。

経営者は、従って株主の代理人などではない。会社のどこを探しても、株主と経営者との契約

書など見つかるはずはない。

では、会社の経営者とは何か？ 言うまでもなく、会社という法人の信任受託者である。事実、仮に会社が経営者と契約を結ぶとしたら、何が起こるだろうか？ 法人としての会社が結ぶ契約はすべて経営者が経営者の資格で結ぶ契約である。会社と経営者との契約とは経営者の自己契約に他ならない¹³⁾。

上で、会社とは法人企業であるという規定を与えた。企業とは一般に営利を目的とした経済組織のことを指しており、その意味で会社とは営利を目的とした法人の別名でもある。だが、この世には営利を目的としない法人も多数存在する¹⁴⁾。そして、このような非営利法人の場合も、現実においてヒトとして活動するために、自分の代わりに活動する生身の人間が絶対に必要である。それが理事である。事実、英語では、営利(会社)であれ非営利であれ、法人は corporation であり、会社の取締役も非営利法人の理事も director である。

そして、非営利法人の場合は利益の配分を受ける株主は定義上存在せず、その統治問題には、ジェンセン＝メックリング的な契約モデルは当てはめようがない。その理事と法人との関係も当然に信任関係である。

(4) 経済理論において契約関係の典型例のように扱われる「代理関係(agency relation)」も、少なくとも英米法では信任関係として扱われている¹⁵⁾。代理関係とは、一方の人間(本人)が他方の人間(代理人)に対して、例えば第三者との契約を本人の代わりに行う権限を与えることである。この時、代理人が締結した契約の効果は、本人が不在でも、本人に直接帰属する。

代理関係の成立のためには、本人と代理人双方の承諾が必要である。事実、多くの場合、両者の間で契約(委任契約または代理契約)が結ばれる。このことから、代理関係は契約関係にすぎないとされてしまうことが多い。

確かに、本人は代理人を監視し、指示を与えることもできる。だが、代理人の行動を完全に制御できるのなら、そもそも代理人など必要ない。代理人の代理権とは、本人が不在でも本

人が締結したと見なされる契約を第三者と結べる権限である。代理関係自体は契約によって成立していても、代理権の範囲内において本人と代理人が仮に契約を結ぶならば、それは代理人が本人の代わりに結ぶ契約であり、代理人の自己契約となってしまうのである。

さらに、パートナーシップにおいては、それぞれのパートナーは他のパートナーに対して代理関係にあると見なされる。従って、パートナー同士の関係も信任関係である¹⁶⁾。

(5) 信任関係はさらに大きな広がりを持つ。

今度は医者と患者との通常の間接関係を考えてみよう。患者には意識も判断力もある場合である。だが、その場合でも、医者と患者の間には絶対的な非対称性が存在している。患者の病状に関して医者は患者を情報的に支配しているからである。ここで導入した情報的支配(informational dominance)という概念は、経済学で通常仮定される情報の非対称性(asymmetry of information)と区別されなければならない。二人の人間の間には情報の非対称性があるとは、各人は他人のことは自分のことほどは知らないという意味である。(他人の行動に関しての情報不足はモラルハザード、他人の能力や選好に関しての情報不足は逆選択である。)これに対して、二人の人間の間には情報的な支配があるとは、一方の人間が他方の人間のことを本人以上に知っているという意味なのである¹⁷⁾。患者の病状に関しては他人である医者の方が患者本人よりも良く知っている。医者が患者の身体を直接手術している時など特にそうである。

このように医者が患者を情報的に支配している時、医者が行う治療の内容や結果を患者が理解できる形ですべて特定化することは困難である。いや、治療の効果に関して生命現象特有の不確実性がある限り、治療の内容や結果を完璧に特定化できたとしても、医者は自分の利益になる治療を行っておきながら、それが患者にとって最適な治療であったという正当化が多くの場合可能になってしまう。なぜならば、患者の病状が急変しても、それが患者の事前の病状にとって最適な治療を医者がしなかったことによ

って起こったのか、医者之最善の努力にも関わらず不可抗力によって起こってしまったのか、医者ほどは自分の事前の病状を知らない患者には判断する手段がない場合が多いからである。その場合、例えインフォームドコンセントという名の下に、医者と患者が患者にとって最適な治療をするという契約書を交わしたとしても、患者の事前の病状について虚偽の申告をすれば、医者の利益になる治療を患者にとって最適な治療であるかのように提示できてしまう。医者が患者を情報的に支配している限り、一定の範囲内ではあるが、医者ほどのような治療結果になっても自分の虚偽申告が白日の下に晒されることはない契約書を書けてしまうのである¹⁸⁾。すなわち医者の自己契約である¹⁹⁾。

同様のことは、弁護士と依頼人、宗教家と信者、教師と学生、ファンド・マネージャーと投資家など専門家と非専門家の関係についても言うことができる。事実、専門家とは専門領域の仕事に関しては非専門家を情報的に支配する存在として定義できる。例え両者の間に契約が結ばれても、その契約の中には専門家の自己契約が必然的に含まれてしまうのである。

6. 信頼関係の統一理論

上で検討してきた様々な信頼関係は、いずれも社会にとって欠かすことができない人間関係である。それは最大多数の最大幸福を目指す功利主義(utilitarianism)の立場からも、人間一人一人を尊厳ある人格として最大限尊重すべしという義務論(deontologism)の立場からも、その存在が正当化されるはずである。

だが、これらの関係は、様々な理由によって、契約のみによって維持しようとする、少なくとも一部は信任受託者の自己契約になってしまう。すなわち、契約関係しか結べない世界においては、例え受託者が受益者の利益のみに忠実に仕事をしたいと真に願っており、そういう約束を受益者にしたとしても、その約束に法的な拘束力を持たせることは不可能である。受託者に出来ることは、単に〈誓う〉こと——受益者の利益のみに忠実に仕事をする義務を自分に課す

こと——だけである。受益者に出来ることは、受託者がその義務を忠実に果たすことを信頼することだけである。

イマヌエル・カントは道徳論の名著『人倫の形而上学』において、人間の「倫理的義務(ethical duties)」の一つとして「他人の幸福の促進を自己の目的とすること」をあげている(Kant(1797))。受益者の利益のみに忠実に仕事をするという義務——それはまさにカントの意味での「倫理的義務」に他ならない。

すなわち、我々は信頼関係の中核に「倫理(Ethics)」を見いだしてしまったのである。

倫理的義務とは「不完全」な義務である。それを果たすかどうかは、個人の自由に任せられる。義務を果たせば美徳だが、果たさなくても悪徳とはいえない。それは不徳——倫理性の弱さ——を意味するにすぎないのである。

理想的には、すべてを受託者個人の自発的な倫理性に任せることである。だが、残念ながら全ての経済学者が知っているように、倫理性はこの社会においては最も希少な資源の一つである²⁰⁾。確かに繰り返しゲーム的な評判(reputation)メカニズムによって、利己的な個人が外見上は倫理的行動を取ることもある。だが、その外見上の倫理性が、他者の利益を尊重することの長期的な自己利益が他者を搾取することの短期的な自己利益を上回っていることの結果でしかないならば、状況が変わって短期的な自己利益が長期的な自己利益を上回ったとたん、見せかけの倫理性は即座に捨てられてしまうだろう。まさにその理由によって、古今東西の専門家集団は職業倫理を広めることによって、そのメンバーに倫理的な義務を守らせるように努力してきた。良く知られているのは、医療専門家集団の「ヒポクラテスの誓い」であるが、同様の倫理綱領は法律家や学者や宗教家など多くの職業団体にも見られる。しかし、やはり残念ながら、歴史はこのような職業倫理も一部の心なき専門家が非専門家を搾取することを防ぐには十分ではないことを教えてきた。それに、経営者や後見人や信託受託者などは、そもそも職業団体を作ることすら困難である。

それゆえ、功利主義に立つにせよ義務論に立つにせよ、信頼関係を個人の倫理という稀少資源だけに頼らずに維持していくためには、自己利益の追求を前提とする契約法の枠組みから離れざるをえない。すなわち、受託者に対して受益者の利益にのみ忠実に仕事をする義務を法的に (legally) 課すのである。この「受益者の利益にのみ忠実に仕事をする義務」こそ、信任受託者の「忠実義務 (duty of loyalty)」に他ならない。そして、このような忠実義務を信任受託者に課す法体系が「信任法」である。すでに見たように、英米においては14世紀からの判例の積み重ねによって、信頼関係を維持し発展させるための法体系として信任法が発展してきたのである。

ここに、多くの信任法学者の悲観論にも関わらず、信頼関係とそれを律する法体系としての信任法を基礎づける「統一理論」が見い出されたことになる。「信頼関係」とは何か？ それは「当事者間の関係を契約によって結ぼうとすると、少なくともその一部が必然的に一方の当事者の自己契約になってしまう関係」である。「信任法」とは何か？ それは「社会にとって望ましい信頼関係を維持することを目的として、一方の当事者に他方の当事者に対する忠実義務を法的に義務づける法体系」である。そして、この統一理論の「基礎」には「自己契約は契約ではない」という契約法の大原則が控えている。法と経済学アプローチの主張にも関わらず、信頼関係は契約関係に絶対に還元できず、信任法も契約法には絶対に還元できないのである²¹⁾。

信頼関係に関しては、様々な理論が提案されて来たが、いずれも統一理論としては失敗している²²⁾。(だから、信任法の専門家は統一理論の可能性に悲観的であったのである。)我々が提示した統一理論は、これまでの提案を全て統合している理論であるが、その確認は省かざるを得ない²³⁾。

7. 倫理的義務の法的義務化としての信任法

イマヌエル・カントは『人倫の形而上学の基礎づけ』(Kant(1785))の中で、人間の「道徳

的義務 (moral duties)」を「定言的命法 (categorical imperatives)」として公式化している。定言的命法には三つの等価な公式が与えられているが、その中で最も有名なのは、「他人の人格も自分の人格も、単に自己の利益のための手段としてのみ使ってはならない」という第2公式である²⁴⁾。そして、自らの道徳論を集大成した晩年の『人倫の形而上学』においては、道徳的な義務をさらに「法的義務 (legal duties)」と「倫理的義務 (ethical duties)」とに二分している (Kant(1797))。前者の法的義務には、例えば「他者の身体に危害を加えない」、「他者の所有権を侵害しない」、「他者との契約は守る」といった義務が含まれる。後者の倫理的義務には、すでに述べておいた「他者の幸福の促進を自己の目的とすること」の他に、「あらゆる目的に備えて自己の能力を完成すること」が加わる。法的義務も倫理的義務もともに定言的命法を満たしているが、法的義務の方は、裁判所や規制官庁や共同体的制裁などによって「外部」から強制することが可能な道徳的義務 (= 定言的命法) であるのに対して、倫理的義務の方は、自分で自分自身に義務づけるより他はない「内面的」な道徳的義務 (= 定言的命法) である。

ところで、すでに述べたように、信任法の中核をなす忠実義務はカントの意味での倫理的義務である。だが、信任法とはこの倫理的義務をやはりカントの意味での法的義務として強制している。ということは、信任法は外的な義務としての「法」と内的な義務としての「倫理」というカントの二分法を壊しているのではないか？

カント自身、信任法の可能性を否定している。カントは言う。「衡平裁判所なるものはそれ自身ある矛盾を含む。」なぜならば、倫理的義務としての忠実義務の違反は「良心の法廷 (天の法廷 forum poli) にだけ訴えられるものであるのに反して、あらゆる法律的問題は市民の法廷 [地の法廷 forum soli] に提出されなければならない」(Kant(1797) ; 邦訳 p. 60) と言うのである。倫理は個人の内面における自由意志の問題であり、法によって外的に律することができないと

いうわけである。

信任法の統一理論を見いだしただけでは、仕事は半ばである。信任法が地の法廷においても実践可能な法体系であることを、大カントに抗して示さなければならないのである。

8. 原告の立証責任から被告の反証責任へ

どのような法制度においても、他人を相手取った訴訟をするためには、その訴訟が正当である「理由 cause」を法廷で示す必要がある。契約違反の場合には、原告が被告の契約違反を訴訟し、違反の事実を法廷で立証しなければならない。(不法行為に関する訴訟も同様である。) しかも、損害賠償を受け取るためには、原告が被告から被った被害額を裁判官に「十分な明確性」をもって示さなければならない。すなわち、契約違反をめぐる訴訟では、原告がすべての「立証責任」を負っている。原告が立証責任を負うこの仕組みは、功利主義からも義務論からも正当化できる。功利主義の立場からは、契約違反によって損害を受けた人間こそ、賠償を要求する最も強いインセンティブを持ち、違反の事実を最も立証しやすい立場にあると考えられるからである。義務論の立場に立てば、契約から利益を受ける権利を奪われた人間がその利益の回復を図る新たな権利を確保するためには、当初の権利が不当に奪われたことを自ら立証する義務があると考えられるからである。

しかしながら、ひとたび信任関係の世界に入ると、このような証拠認定手続きは意味をなさなくなる。そもそも信任関係においては、受益者は法律上あるいは事実上契約の主体になれない存在である。受託者の忠実義務違反を証明できるどころか、違反の事実さえ認識できない場合すら多い。救急病棟の患者は無意識であるし、未成年や精神障害者や認知症老人は判断力や認知力を欠いているし、信託財産の受益者の場合はまだこの世に生まれていない可能性すらある。法人は現実にはヒトならぬモノでしかないし、代理関係の本人やパートナーシップのパートナーは代理人や他のパートナーが行っている交渉や契約には直接立ち会っていない。そして、患

者や依頼人や投資家の場合、自分自身の病気の状態や敗訴の可能性や収益のリスクに関して、他者である医者や弁護士やファンドマネージャーの方がはるかに詳しい情報を持っている。このように原告側が証拠を提示する能力も損失額を評価する手段も持っていないければ、法廷が証拠を認定することなど不可能である。カントの言うように、忠実義務違反を「地の法廷」で裁くのは不可能なのではないだろうか？

しかしながら、その長い実践の歴史の中で、信任法はこの「矛盾」を、不完全ながらも、以下のように「解決」してきたのである。

第1に、忠実義務が外形基準化される。「利益相反(conflict of interests)」と「不当利益(unauthorized gains)」の禁止である(Finn (1989), p. 27)。利益相反とは、自己(または利害関係者)の利益が受益者の利益と衝突するような状況に受託者が身を置くことである。不当利益とは、受託者としての地位や権限を利用して、受託者自身(または利害関係者)が手にする利益のことである。いずれの禁止も、悪意の有無などの受託者の「内面」は不問に付して、「外面」から直接観察できる状況や事実のみに着目している。信任受託者に要求されるのは、このように外形基準化された忠実義務に「外面」的に従うことだけなのである。

より重要なのはコインの裏側である。第2に、忠実義務の遵守が「外面」のみによって判断されることは、利益相反に「見える」状況に身を置いたり、不当に「見える」利益を得ただけで、忠実義務違反と判断されることを意味する。例え受託者の行動が善意によるものであっても、手続き上瑕疵がなくても、さらに受益者も利益を得ていたとしても、忠実義務違反かどうかの判断には影響しないことになる。

第3に、このような忠実義務違反の外面化は、少なくとも英米の信任法においては、法廷における証拠認定手続きの原則を、「想定無罪」から「想定有罪」へと転換させることになった。利益相反に「見える」状況に身を置いたり、不当に「見える」利益を得ただけで忠実義務違反と判断されることは、違反を告発された信任受

託者のほうが自らの行動が忠実義務違反でないことを「十分な明確性」をもって否定できなければ、そのまま有罪として「認定」されてしまうことを意味するのである²⁵⁾。まさに「季下に冠を正さず」である。(残念なことに、日本ではこの原理は採用されていない。) これによって、証拠を提示する能力も損害額を評価する手段も持っていない受益者は、忠実義務違反を立証する責任から解放される。すなわち、契約法における「原告側の立証責任」は、信任法においては「被告側の反証責任」に置きかえられたのである。もちろん、忠実義務違反の告発を誰に任せるべきかという問題が残るが、それは技術的な問題にすぎない。重要なことは、このような想定無罪から想定有罪への転換によって、カントが「天の法廷」でしか裁けないと主張した信任受託者の忠実義務違反が、不完全ながらも「地の法廷」においても裁かれうることになったことである。

9. 不当利益の吐き出し原理と抑止効果

ところで、忠実義務違反を告発された信任受託者が法廷において有罪を宣告されると、今度は被害者である受益者に対して賠償する義務を負うことになる。英米法においては、賠償の基本原則に関しても、契約法と信任法では大きな違いがあるとされている。

契約違反に対する賠償は、基本的には「損失補償原理(compensation principle for damages)」に基づく。(不法行為も基本的に同じである。) それによれば、違反を認定された被告は、違反によって原告が蒙った「期待損失(expected loss)」に等しい金額を補償する責任を負うことになる。期待損失とは、違反がなかったなら原告が受けとると期待される利益から違反によって原告が実際に受けとっている利益(マイナスの場合は損失)とを引いた差額(機会費用)として定義される²⁶⁾。損失の定義には長い論争があるが、ここでは定説に従おう²⁷⁾。

これに対して、信任法における賠償は、「吐き出し原理(disgorgement principle for damages)」に基づく。忠実義務違反で有罪となった

信任受託者は、自らの地位を利用して得た「不当な利益(unauthorized gains)」を原告に向けてすべて吐き出す(disgorge)ことを要求されるのである²⁸⁾。それは、受託者の忠実義務違反にも関わらず受益者が利益を得ていたとしても、受託者の不当利益は受益者に支払われなければならないことを意味している。

確かに、吐き出し原理は理解しにくい。それにも関わらず、少なくとも英米では、信任法の賠償制度として「議論の余地なく確立している」と言われている²⁹⁾。事実、英国には、吐き出し原理の適用可能性によって信頼関係を定義している判例すら存在する³⁰⁾。だが、吐き出し原理をどう正当化するかについては、やはりまだ統一理論は存在しないのである。

多くの信任法専門家は、忠実義務違反に対する「抑止効果(deterrence)」に吐き出し原理の存在理由を見いだしてきた³¹⁾。だが、この正当化には困難が含まれる。もちろん、違反が露見した時に不当利益全額を没収されてしまうことは、不当利益を稼ごうと考えている悪質な信任受託者に二の足を踏ませることになる。だが、もし抑止効果が目的であるならば、吐き出し原理では不十分である。違反が露見して有罪とされる確率は1より小さい。不当利益にその確率の逆数を掛け合わせた金額以上の賠償金を没収しなければ、本当の意味での抑止効果にはならないはずである(Cooter & Friedman(1991), p. 1051)。

より根源的には、抑止効果の見地からは、受益者が賠償金を受けとること自体が正当化され得ない。なぜならば、誰に賠償金が支払われるかは、将来において忠実義務違反を行うかもしれない受託者のインセンティブには何の効果も及ぼさないからである。

もっとも、法と経済学アプローチの研究者ならば、受託者だけでなく、受益者のインセンティブをも検討するはずである。だが、これは多くの場合、無意味である。例えば、この世に生まれていない信託財産の受益者にどうやってインセンティブを与えたらよいのだろうか? もちろん信任受益者の大多数はすでに生まれてお

り、全くの受け身の存在ではない。だが、そのような受益者の立場から考えると、今度は賠償金の支払いは無効どころか、逆効果である。なぜならば、忠実義務違反を犯した受託者から賠償金を受け取れる可能性があることは、受益者は違反行為を避けるための注意を十分に払う必要はないというインセンティブとして働くからである³²⁾。悪意のある受益者ならば、賠償金目当てにわざと無防備な状況に身を置き、信任受託者の忠実義務違反を唆すことまでするかもしれない。このような受益者側のモラル・ハザード的行動の可能性は、吐き出し原理が抑止効果より一般的にはインセンティブ効果によっては正当化できないことを示しているのである。

10. 不当利益の吐き出し原理と是正的正義

では、違法行為の被害者が違反者から賠償を受け取る権利は、どのように正当化されてきたのだろうか？ 基本的には「是正的正義(corrective justice)」によってである。是正的正義の概念はアリストテレスの『ニコマコス倫理学』にまで遡る。それは文字通り、二人の間に生じた不正は二人の間で是正されなければならないという、ミクロ的な正義である。

前節で、吐き出し原理を抑止効果によって正当化する試みを批判した。その試みの基礎にあるのは、功利主義的な法概念、とりわけ法と経済学アプローチである。それは法を、社会全体の経済的効率性を促進するためのインセンティブ体系として理解する。これに対して、是正的正義の基礎にあるのは、義務論的な法概念である。それは法を、種々の権利を個人に与え、その権利を尊重する義務を他の個人に課すことによって社会秩序を維持する制度として理解する。近年では、不法行為法の基礎付けを回る論争の中で、法と経済学アプローチへの対抗原理として、是正的正義のルネサンスが見られる³³⁾。事実、そこでは、契約の履行義務や不法行為の回避義務や私有財産の不可侵義務などに違反した被告は、その違反によって原告が失った権利を回復する新たな義務を課せられるという、純粋に義務論な是正的正義の定式化が行われている。

従って、是正的正義に基づけば、有罪となった被告は、義務違反がなかったら原告が自らの権利として期待しうる利益を補償する義務を負うことになる。それは損失補償原理そのものである。損失補償原理とは、是正的正義の別名に他ならないのである。

当然、疑問が起こるだろう。是正的正義に基づく賠償制度が損失補償原則そのものであるならば、吐き出し原理を正当化することなど不可能なのではないか？ 被害者が蒙った期待損失を賠償させる損失補償原理と加害者が手にした不法利益を賠償させる吐き出し原理とは、そもそも矛盾しているのではないか？

しかし、この2つの賠償制度は必ずしも矛盾していない。そのことを示すには、忠実義務の内容をもう一度見てみる必要がある。

信任関係において受託者が受益者に対して負う忠実義務と、契約関係において約束者が受託者に対して負う契約義務とは、特定の人間のために何かをする義務という意味では、ともに对人的な義務(日本の民法では債務)と見なしうる。しかしながら、契約義務の場合は、約束者がすべき「何か」は約束した特定の仕事に限定されるのに対して、忠実義務の場合は、信任受託者がすべき「何か」は無限定(open-ended)な「何か」である。(但し、信任関係設定時に受託者に与えられた権限の範囲内での無限定性である。)受託者に要求される忠実さとは、特定の仕事をすることにあるのではなく、どのような仕事であれ受益者の利益を促進する仕事を実行することに他ならない。従って、もし受益者の利益をさらに促進する仕事に他にあり、受託者がその仕事をしなかったとしたら、それは受益者に対する忠実義務の違反と見なされることになる。その時、是正的正義は、忠実義務違反がなかったら受益者が得たはずの利益を補償することを、受託者に命ずることになる。

では、この損失補償原理のどこに、受託者の不当利益が関わるのだろうか？ この問いに答えるために、とりあえずここで仮に、受託者の不当利益が受益者の期待損失を上回っていると想定してみよう。受益者の期待損失とは、受託

者が忠実義務を果たしたならば得られはずの利益から義務を違反した時の実際の利益(マイナスの時は損失)を引いた差額であった。従って、この場合、受託者が自分が手にした不当利益を受益者に手渡すならば、受益者は忠実義務の下で得られたはずの利益よりも大きな利益を受けとることになってしまう³⁴⁾。これは矛盾である！ 受益者の期待損失を計算する時に忠実義務を果たすと想定した仕事、そもそも忠実義務を果たしていなかったのである。では、忠実義務を果たすためには受益者は何をしたら良いだろうか？ 受託者はまず先ほど忠実義務違反とされた仕事をして一時的に不当利益を生み出し、次にその不当利益をそっくり受益者に渡せば良いのである。従って、この場合、受託者の不当利益は、忠実義務が果たされたならば受益者が本来受け取るべき利益であり、まさに受益者の期待損失に他ならないのである。

信頼関係においては、忠実義務の内容が本来的に無限定であることによって、不当利益が期待損失を上回る場合という想定はそもそも成り立ちえないのである。ゼノンの逆説においてアキレスが亀を追い抜く瞬間に亀が一步先を行くように、受託者の不当利益が受益者の期待損失を上回る瞬間に、受益者の期待損失はその不当利益に等しい額に計算し直される。その時、不当利益の吐き出し原理は損失補償原理と等価になってしまうのである。

英国には、Attorney-General for Hong Kong v. Reid(1994)という判例がある。香港公訴副長官であったリード氏は幾つかの訴訟をもみ消した見返りに賄賂を受け取り、香港政府への忠実義務違反として告訴された。当時香港は英国領であり、植民地の上訴審の役割を果たす英国枢密院が最終判決を下している。香港政府はこの違反によって直接には損失を蒙っていないにもかかわらず、枢密院はリード氏が受けとった賄賂を不当利益と見なし、氏が忠実義務を果たしていれば香港政府が受けとるべき利益であったとして、全額を香港政府に吐き出すことを命じたのである³⁵⁾。

それでは、受託者の不当利益が受益者の期待

損失を下回っている場合は、どう取り扱えばよいのだろうか。その場合は、吐き出し原理は損失補償原理に吸収されるべきことに異を唱える人は少ないだろう。なぜならば、受託者が不当利益を全部吐き出したとしても、受益者は忠実義務違反による期待損失の一部しか取りもどすことができないからである。事実、米国の『統一信託法典』では、忠実義務違反を犯した信託受託者は、(1)期待損失と(2)不当利益のうちの大きい金額を信託受益者に支払う義務を負うと規定している³⁶⁾。不当利益が期待損失を下回る場合は、受託者が受益者に支払うのは期待損失額である。その時、受託者の不当利益は損失補償の一部として受益者に支払われることになる。

かくして、信任法における吐き出し原理と損失補償原理とは矛盾しないことが示された。ただ、それは、吐き出し原理を損失補償原理に吸収してしまい、その独自の存在理由を奪ってしまうことによってである。忠実義務に違反した受託者が不当利益を吐き出すのは、それが期待損失の少なくとも一部、時には全部を構成しているからなのである。すなわち、是正的正義に基づく損失補償原理は、契約法や不法行為法だけでなく、信任法における吐き出し原理も特殊ケースとして含む、賠償制度の一般的原理として確立されたことになる。多少アンチ・クライマックスではあるが³⁷⁾。

11. 証拠認定における不当利益の役割。

ところで、不当利益の吐き出し原理を損失補償原理に全面的に吸収してしまったことは、「不当利益」という概念それ自体を無意味にしまったわけではない。忠実義務違反に関する証拠認定手続きにおいては、不当利益は大きな役割を果たすのである。なぜならば、損失補償原理を適用するためには、忠実義務違反の犠牲者となった受益者の期待損失を計測しなければならない。だが、すでに第8節で論じたように、信頼関係においては、受益者は受託者の忠実義務違反を証明できるどころか、違反の事実さえ認識できない場合が多い。当然、受益者が蒙った期待損失を計測するのは、困難を極める

はずである。

だが、信任受託者が手にした不当利益は、多くの場合、外部から容易に観察できる。特にそれが過剰報酬や秘密手数料や異常な契約価格といった形である場合、その存在を裁判所の目から隠し通すことは容易ではない。しかも、前節で示したように、不当利益の大きさは期待損失の大きさを超えることはない。従って、不当利益の存在は、受益者が期待損失を蒙ったことの絶対的な証拠となるのである。さらに、その大きさは、期待損失の最低見積額として使えることになる。信任受託者が不当利益を稼いでいたことが発覚した時には、受益者は忠実義務違反による期待損失の補償として、不当利益の金額だけは確実に賠償を受けることができる。かくして、不当利益に期待損失の最低見積額としての役割を与えることによって、信任義務違反の被害者に対する賠償が、不完全ながらも「地の法廷」においても実践的に可能になるのである。

12. 結論に代えて——法と倫理の関係

本論文は、「自己契約は契約ではない」という契約法の大原則を基礎にして、信任法の統一理論を打ち立てる試みであった。

信任法は、第1に、社会的に望ましいが、契約によって維持しようとするとは必然的に一方の当事者の自己契約になってしまう人間関係を信任関係として認定する。その一方の当事者が信任受託者、他方の当事者が信任受益者である。信任法は、第2に、信任受託者となることに同意した人間に対し、自己利益を抑え、信任受益者の利益のみのために仕事をすべしという忠実義務を、単なるお題目としてではなく、法的な強制力を持つ法的義務として課す。信任法は、第3に、忠実義務を外形標準化し、信任受託者が違反に見える行動をただで想定有罪とし、被告となった信任受託者に法廷におけるすべての反証責任を負わせる。信任法は、最後に、法廷で有罪とされた信任受託者に対して、受益者が蒙った期待損失全額を補償する義務を是正的正義として課す。その際、受託者が得た不当利益はすべて受益者の期待損失額に繰り入れられ

る。

こうして、信任法の専門家による断念の勧め、法と経済学アプローチによる独自性の否定、そしてカントによる矛盾の指摘にも関わらず、信任法が理論的に一貫性を持った法体系であるだけでなく、実践的に実行可能な法体系でもあることが示されたのである。

しかしながら、いま打ち立てた信任法の体系化それ自体に不満を持つ人も多いだろう。第1節において、信任受託者は「単なる正直さだけでなく、最高度に徹底した道義心を行動規範にしなければならない」というカルドーゾの言葉を引用した。それは、信任関係の世界が個人個人の自己利益追求を前提とした経済論理によって支配される契約関係の世界とは異質であることを、余すことなく伝えている。信任関係を維持するためには、信任受託者が信任受益者に対して忠実義務というカントの意味での倫理的義務を負うのである。

ところが、信任法とはその忠実義務を法的に義務づける法体系である。それは、せっきやく経済論理によって支配される世界から救い出してきた倫理なるものを、今度は法的制裁によって支配される世界に埋め込んだだけなのではないのか？ 倫理を経済ではなく法によって代替しただけで、真の意味での倫理などどこにも入り込む余地はないのではないのか？ そういう疑問が起こるはずである。

ここで、『法の概念』においてH・L・A・ハートが提示した法の「内的観点(internal point of view)」を思い起こしてみよう。(Hart (1969); 邦訳 p.79-84, 142-155, 219-222 等)。法とは、伝統的には、「処罰」の脅しによって「悪人」の行動を外部から制御するシステムと見なされてきた。もちろん、法の重要な役割が「悪人の制裁」であることは誰も否定しないだろう。だが、ハートは、法の「一次的機能」とは、規範としての「行動指針」とであると言う。すなわち、何をすべきか、どうすればよいかを教えるさえもらえば、自発的に正しい行動をする用意がある「迷っている人」や「無知な人」に対し、何をすべきか、どうすればよいかを教

えることである。もちろん、最初から法的義務を自らの倫理的義務として内面化している人の場合——一般的には法的ルールを自ら発見して自らに適応している人の場合——は、法によってどう行動すべきかを教わる理由はない。

実際、信任法においてこそ、法の「内的観点」を強調するハートの法理論がどの法体系よりも鮮明な形で示されている³⁸⁾。それは法によって倫理を置き換えているのではない。いや、あらゆる信頼関係の中心には「倫理」としての忠実義務が厳然として控えており、大多数の信任受託者は自ら進んで忠実義務に従っている。もちろん、この世には悪人もいれば、迷っている人も無知な人もいる。信任法の使命とは、悪人の行動を制御し、迷っている人や無知な人の行動に指針を与えることによって、信頼関係の中心にある倫理を外側から補完することにあるのである。それによって初めて、契約の主体になることさえできない人間が、信頼によって他の人間に仕事を任せることが可能になる。すなわち、信頼関係が言葉の真の意味での「信任」関係となるのである。

(国際基督教大学客員・日本学士院会員
・東京大学名誉教授)

注

1) 本論文は、2014/11/28に一橋大学経済研究所でなされた「信頼関係の統一理論の基礎付け——自己契約は契約ではない」という題名のセミナーの内容を大幅に修正拡張し、2015/11/18開催の一橋政策フォーラムで発表されたものである。その中心内容は著者の未刊行論文Iwai(2015)に依拠している。本誌に掲載されるにあたって題名を変更した。最初のセミナーでは、主催者の後藤玲子及び吉田博之、討論者の加藤晋諸氏及び他の出席者から、二番目のフォーラムでは討論者の神林竜氏からコメントを頂いた。各氏の有益な示唆に感謝したい。神林氏のコメント(神林(2015))に対しては、以下の幾つかの注において返答を試みている。

2) 樋口(1999)は信任受託者(fiduciary)を受託者と呼んでいるが、この論文ではfiduciary relationshipに対応する日本語を信頼関係としたため、その呼び名は採用しなかった。信託の受託者(trustee)と区別された日本語のほうが望ましかったが、やむを得ない。

3) 信頼関係についての邦文の基本文献は樋口範雄(1999)である。英文では膨大な数の文献があるが、Vinter(1938), Finn(1977), Shepherd(1981), DeMott

(1991)Part I及びFrankel(2011)が比較的まとまった説明をしている。他にはClark(1985), Conaglen(2005), Cooter and Freedman(1991), DeMott(1988), Edelman(2010), Finn(1989), Frankel(1983), Hoyano(1997), Maitland(1936), Sealy(1962, 1963), Weinrib(1975), Worthington(1999)などが有益である。

4) ここで(事実上の)という言葉が付したのは、無意識の患者の場合自分の意志によって医師を信頼しているのではないからである。

5) 例えばAmerican Law Institute(以下ALI)*Restatement Third, Trust*には9つの義務が上げられている。

6) 例えばALI, *Restatement Third, Trusts*, §78(1)。

7) *Meinhard v. Salmon*, 249, NY 458, 464, 164 N.E. 545, 546(1928)。

8) 英米法における古典的契約理論とその変容をめぐる契約法学の論争に関しては、内田(1990)が有益な展望を与えている。

9) 日本の民法では、後見制度は「法定代理」として処理される。

10) もう少し正確に言うと、委託者は複数指定した受益者の一人となることは可能だが、唯一の受益者になることは許されていない。

11) 「贈与契約は契約ではない」とは、英米の契約法で最初に学ぶ原則である。売買契約は一度締結されると取消すのは困難であるが、贈与契約は基本的には法律的な拘束力を持たない。これに対し、日本では贈与契約の拘束力は強く、基本的には口頭でなされた場合のみ取り消し可能である。

12) 会社の二階建て構造論についてはIwai(1999)を参照のこと。

13) Iwai(1999)。

14) 例としては、一般法人、公益法人、学校法人、宗教法人、医療法人、労働組合、協同組合、信用金庫、相互会社などである。

15) ALIの*Restatement Third, Agency*(2006)はAgencyはfiduciary relationshipであるという言明から始まる、(§1.01)。

16) *Uniform Partnership Act*(1914):§9(1)。

17) 「情報的支配」の概念は以下のように定義する。患者の治療前の病状を $x \in X$ 、治療後の状態を $y \in Y$ 、医師の治療を $a \in A$ で表す。単純化のために X, Y, A は有限離散非単一集合であるとしよう。さらに、病状 x の患者に治療 a を施した時に治療効果が y となる条件確率 $Pr(y|a, x)$ は以下の意味で真に確率的であるとする。すなわち、どの $x \in X$ と $a \in A$ に対しても $Pr(y|a, x) > 0$ であるような $y \in Y$ が少なくとも2つある。ここで、 (x, y, a) に関して医師と患者が受けとるシグナル(患者の症状や検査結果など)をそれぞれ i_D, i_P としよう。もし i_D から得られる (x, y, a) に関する情報が i_P から得られる情報をすべて含み、さらにそれ以上の情報を含んでいる時、医師は患者を情報的に支配していると言う。すなわち、患者が i_P を受け取った時に医師が i_D を受け取る条件確率 $Pr(i_D|i_P)$ が (x, y, a) とは独立であり、その値がどれかの i_D に対して1つ以上の i_P において正である時のことであ

る。これは情報理論における「Blackwellの意味で情報の豊かさ」と同じ意味である(Blackwell(1953))。

18) ここでは治療 a とその結果 y は医者も患者も観察できるが、治療前の病状 x は医者は観察可能だが、患者は観察不能という情報の支配の特殊ケースを考えてみよう。(一般化は容易である。) その時、以下の手順を踏めば、医者は患者(及び法廷)に決して露見されることなく、患者にとって最適ではない治療 a^0 を行える。(1) a^0 は少なくとも1つの可能な病状 $x^0 \in X$ に対して患者にとって最適な治療であるよう選ぶ。(2) 患者の本当の病状 x に治療 a^0 を施した時に起こりうるような結果 y も、虚偽の病状 x^0 に a^0 を施した時に起こりうる結果となるよう a^0 を選ぶ。(つまり x に関して $Pr(y|a^0, x) > 0$ となる全ての $y \in Y$ について $Pr(y|a^0, x^0) > 0$ となるようにする。) その時医者は、どのような治療結果 y が実現しても、自分の施した治療 a^0 が最適である病状 x^0 が患者の治療前の病状であったと(法廷で)言い逃れすることが出来るのである。この命題は、Darby and Karni(1973)が導入し、Dulleck and Kerschbamer(2006)が精緻化した“credence goods”の概念の定式化である。但し、私はVerifiabilityの仮定(プラス競争の仮定と診察と診察の結合の仮定)のみで効率性が達成できるというDulleck and Kerschbamerの主要補題(Lemma 1)証明は正しくないと考えている。

19) 神林(2015)は、例えば開腹手術の技術的進歩によって、患者は自らの回復状況を見て医者に指示できるようになった時、信頼関係は必要なくなるのではないかと言う指摘を行っている。事実、多くの論者が、近年の1)医療のエビデンス・ベースド(evidence based)化、2)インターネット上における医療情報の急増、そして3)患者の自己決定権の尊重などによる、医者と患者間の情報ギャップの縮小が、患者の医者に対する「信頼」を基礎にしてきた伝統的な医者患者関係を、通常のサービス提供者需要者関係に変質させていると主張している。私は、このような傾向は確かに強く存在しているが、それでも患者自身の病状に関しての医者の患者に対する informational dominance は残り続けると考えている。この問題に関しては、将来機会を改めて論じたいと思っている。

20) 近年の実験経済学は、大多数の被験者は他人の効用を考慮に入れた選好を持っていることを示している。だが同時に、一定割合の被験者は利己的であるという結果も得ているのである。(例えば Berg, Dickhaut and McCabe(1995).)

21) 日本の労働法における使用者の労働者に対する配慮義務が信義則によって基礎付けられていることや、解雇権濫用の法理においては被告たる使用者に反証責任が課されることの神林(2015)による指摘は、大変に貴重であり、感謝したい。但し、そのことから、この論文で提唱された忠実義務を核とする信頼関係は「契約関係+信義則」で置き換えられるという結論は導かれない。(3節で引用した Easterbrook and Fischel(1993)も同様の主張を行っていた。)確かに信義則と忠実義務とは重なる部分が多い。だが、1節での議論を繰り返すと、契約法の枠組みの中にある限り、信義則といえども、契約の当事者に対して相手の利益

を自己利益以上に尊重することを強制することは出来ない。ちなみに、安全配慮義務は相手の安全を配慮する義務であり、相手の安全を自己の目的とする義務ではない。これに対して、労働者の使用者に対する関係はまさに代理人関係と見なすことが出来、すでに述べたように代理人関係には信頼関係が含まれるから、労働者の使用者に対する配慮義務の場合は、信頼関係における忠実義務の言い換えと解釈することが可能である。また、解雇権濫用の法理において立証責任の倒置があるという事実は、伝統的に契約法の範疇にあると見なされてきた日本の労働法の中に、信任法という異質の法理が信義則の名の下に入り込みはじめていることを示唆していると、私は考えている。

22) これまで提唱された様々な理論については Shepherd(1981)が参考になる。

23) Iwai(2015)の3節を参照。

24) 正式には「自己自身と他の全ての者とを決して単に手段としてのみ扱わず、常に同時に目的それ自体として扱うべし」である。第1公式は「あなたの行為の格率が普遍的法則となりうるように行われせよ」、第3公式は「あらゆる格率は、自らの立法に基づき、相互に調和して一つの可能な目的の国——一つの自然の国——をなすべきである」である。

25) 例えば ALI の *Restatement Third, Trusts*, §78.

26) 受託者と受益者の便益をそれぞれ U_F と U_B とし、受託者が忠実義務を果たした時の値を U_B^* と U_F^* 、自己利益を追求した時の値を U_B^0 と U_F^0 としよう。(前者は $\text{Max } U_B, \text{ s.t. } U_F \geq U_F$ の解、後者は $\text{Max } U_F$ の解である。但し、 U_F は受託者が受託するための最低限の効用水準である。)この時、もし便益が金銭額で計れるとしたら、受益者の「期待損失」 L_B は単純に $L_B \equiv U_B^* - U_B^0$ と定義できる。この定義は、便益が序数的である場合にも拡張できるが、詳細は省く。

27) 内田(1990)に有益な展望がある。

28) 受益者の「不当利益」を G_F で表すと、注24の記法を使えば $G_F \equiv U_F^0 - U_F^*$ である。

29) U. K. Law Commission, “Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages,” 1.28(1997) at p. 37.

30) Ex parte Dale & Co., 11 Ch. D. 772, 778(1879) per Fry, J.

31) Bogert(1987), p. 341. 他にも多くの文献がある。

32) これは契約や不法行為に関して Cooter and Porat(2002)が指摘するところである。

33) 例えば Coleman(1995)及び Weinrib(2000).

34) $G_F \equiv U_F^0 - U_F^* > L_B \equiv U_B^* - U_B^0$ ならば、 $U_B^0 + G_F > U_B^*$ かつ $U_F^0 - G_F = U_F^* \geq U_F$ となり、 (U_B^*, U_F^*) が $\text{Max } U_B, \text{ s.t. } U_F \geq U_F$ の解であることと矛盾する。

35) The Attorney General of Hong Kong v. Reid [1993] UKPC 36. 私は、この判例を覆した近年の Sinclair Investments v Versailles Trade Finance[2011] EWCA Civ 347 は誤謬だと考えている。

36) The Uniform Trust Code(2003), §1002.

37) 実は、本節の議論は、信頼関係における受益者の権利(受益権)は、対人権(債権 right in personam)なのか所有権(物権 right in rem)なのかという古

くからの論争に対して一つの解決を与えている。(この論争に関しては Waters(1967)を参照。)もし受益権が所有権ならば、受託者による不当利益は受益者からの窃盗であり、受益者は当然吐き出しを要求できる。だが、吐き出し原理の正当化のために受益権をはじめから所有権と見なしてしまうのは論点先取でしかない。これに対して本節では、受益権が所有権であるという前提を置かずに、吐き出し原理を導きだした。信任受益者の受益権が所有権的な性格を持つのは、信任受託者の忠実義務の無限定性の裏側として、それが無限定的な権利であることによる。一般に所有権とは、例えばあるモノの所有者が誰だか分からなくても、所有者以外の全ての人間(未知や未生の人間も含む)はそのモノから生じる利益を侵害しない義務を負うことである。それは、権利の対象としてのモノが存在している限り、所有者も非所有者も特定する必要のない権利である。これに対して、信任受益者の受益権とは、信頼関係から生じる利益を受益者にのみ与えることを信任受託者に義務づけている権利であり、特定の個人が別の特定の個人に対して持つ対人的な権利に他ならない。もちろん、あらゆる権利はモノとして所有権の対象となるから、受益者が持つこの受益権それ自体もモノとして所有権の対象となり、場合によっては売り買いされる。だが、そのことと受益権が所有権であるということとを混同してはならない。

38) 信任法の中心に倫理があるということでの言明は、ハートが20世紀の法実証主義 legal positivism を代表する法学者であることと矛盾しない。法実証主義とは、Hart(1962)の中のハート自身の言葉を借りれば、「法が道徳の要請を再述したり満たしたりすることは——しばしば実際に見られはするが——いかなる意味でも必然的な真理ではない」(p. 291)という主張である。信任法の場合は、倫理的義務それ自体を法の中心内容にしているという特殊な構造をした法であり、法は一般的に道徳の再述であるという自然法的命題を裏書きするものではない。本論文の目的は、まさにこのような特殊な法が理論的にも実践的にも可能であることを示すことにある。

参考文献

樋口範雄(1999)『フィデュシャリー[信認]の時代—信託と契約』有斐閣。
 神林龍(2016)「岩井論文に対するコメント」『経済研究』本号, 2016。
 内田貴(1990)『契約の再生』弘文堂。
 Blackwell, David (1953) "Equivalent Comparisons of Experiments," *The Annals of Mathematical Statistics*, Vol. 24, No. 2, pp. 265-272.
 Bogert, George T. (1987) *Trusts*, 6th ed., West.
 Clark, Robert (1985) "Agency Costs versus Fiduciary Duties," *Principals and Agents: The Structure of Business*, J. Pratt and R. Zeckhauser eds., pp. 55-79, Harvard Univ. Press.
 Coleman, Jules (1995) "The Practice of Corrective Justice," in *Philosophical Foundations of Tort Law*, D.Owen ed. at 53-72, Clarendon.
 Conaglen, Matthew (2005) "The Nature and Func-

tion of Fiduciary Loyalty," *Law Quarterly Review*, Vol. 121, pp. 452.
 Cooter, Robert and Freedman, Bradley (1991) "The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences," *NYU Law Review*, Vol. 66, pp. 1045-1075.
 ——— and Porat, Ariel (2002) "Anti-Insurance," *Journal of Legal Studies*, Vol. 31, No. 2, pp. 203-232.
 Darby, Michael and Karni, Edi (1973) "Free Competition and the Optimal Amount of Fraud," *Journal of Law and Economics*, Vol. 16, No. 1, pp. 67-88.
 DeMott, Deborah (1988) "Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation," *Duke Law Journal*, Vol. 37, No5, pp. 879-924.
 ——— (1991) *Fiduciary Obligation, Agency and Partnership, Duties in Ongoing Business Relationships*, West.
 Dulleck, Uwe and Kerschbamer, Rudolf (2006) "On Doctors, Mechanics, and Computer Specialists: The Economics of Credence Goods," *Journal of Economic Literature*, Vol. 44, No. 1, pp. 5-42.
 Easterbrook, Frank and Fischel, David (1982) "Corporate Control Transactions," *Yale Law Journal*, Vol. 91, No. 4, pp. 698-737
 ——— and ——— (1993) "Contract and Fiduciary Duty," *Journal of Law and Economics* Vol. 36, No. 1, Part2, pp. 425-446.
 Edelman, James (2010) "When Do Fiduciary Duties Arise?" *Law Quarterly Review*, Vol. 126, pp. 302-327.
 Finn, Paul D. (1977) *Fiduciary Obligations*, Carswell.
 ——— (1989) "The Fiduciary Principle," *Equity, Fiduciary and Trusts*, T. G. Youdan ed. pp. 1-56.
 ——— (1989) "Contract and the Fiduciary Principle," *UNSW Journal*, Vol. 12, pp. 76-97.
 Frankel, Tamar (1983) "Fiduciary Law," *California Law Review*, Vol. 71, No. 3, pp. 795-836.
 ——— (2011) *Fiduciary Law*, Oxford Univ. Press.
 Hart, H. L. A. (1961) *The Concept of Law*, 3rd ed. Oxford Univ. Press; 邦訳『法の概念』第3版(ちくま学芸文庫 2014).
 Hoyano, Laura (1997) "The Flight to the Fiduciary Haven," *Privacy and Loyalty*, P. Birks ed, pp. 169-248, Oxford Univ. Press.
 Iwai, Katsuhito (1999) "Persons, Things and Corporations: the Corporate Personality Controversy and Comparative Corporate Governance," *American Journal of Comparative Law*, Vol. 47, No. 4, Fall, pp. 583-632.
 ——— (2015) "The Foundation For a Unified Theory of Fiduciary Relationships: 'One May Not Make A Contract With Oneself.'" Mimeo.
 Jensen, Michael and Meckling, William (1976) "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure," *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, No. 4, pp. 305-360.

- Jones, Gareth (1968) "Unjust Enrichment and the Fiduciary's Duty of Loyalty," *Law Quarterly Review*, Vol. 84, No. 336, pp. 472-.
- Kant, Immanuel (1785) *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (*Groundwork of the Metaphysics of Morals*); 邦訳『プロレゴメナ・人倫の形而上学の基礎づけ』(中公クラシックス 2005)所収.
- (1797), *Die Metaphysik der Sitten* (*The Metaphysics of Morals*); 邦訳『人倫の形而上学』カント全集第11巻(理想社 1969).
- Langbein, John H. (1995) "The Contractarian Basis of the Law of Trusts," *Yale Law Journal*, The Contractarian Basis of the Law of Trusts Vol. 105, pp. 625-675.
- Maitland, Frederic W. (1936) *Equity: A Course of Lectures*, Rev. ed, by John Brunyate, Cambridge Univ. Press.
- Schelling, Thomas (1984) "Ethics, Law, and the Exercise of Self-Command," In *Choice and Consequence*, pp. 83-112, Harvard Univ. Press.
- Sealy, Len S. (1962) "Fiduciary Relationships," *Cambridge Law Journal*, Vol. 20, No. 1, pp. 69-81.
- (1963) "Some Principles of Fiduciary Obligation," *Cambridge Law Journal*, Vol. 21, No. 1, pp. 119-140.
- Shepherd, J. C. (1981) *The Law of Fiduciaries*, Carswell.
- Scott, Austin W. (1949) "The Fiduciary Principle," *California Law Review*, Vol. 37, No. 4, pp. 539-555.
- Vinter, Ernest (1938) *A Treatise on the History and Law of Fiduciary Relationship and Resulting Trusts*, Stevens & Sons.
- Waters, D. W. M. (1967) "The Nature of the Beneficiary's Interest," *Canadian Bar Review*, Vol. 45, No. 2, pp. 219-283.
- Weinrib, Ernest J. (1975) "The Fiduciary Obligation," *University of Toronto Law Journal*, Vol. 25, No. 1, pp. 1-22.
- (2000) "Restitutionary Damages as Corrective Justice," *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 1, No. 1.
- Worthington, Sarah (1999) "Fiduciary: When is Self-Denial Obligatory?" *Cambridge Law Journal*, Vol. 58, No. 3, pp. 500-508.