

信認関係概念とその拡大現象の分析（二・完）

——なぜ契約だけでは足りないのか——

田 岡 絵理子

四 信認関係の拡大現象の分析

1 フランチャイズ関係への信認関係の拡大

(一) *Arnott v. American Oil Co.* と信認関係の必然的な拡大

(二) フランチャイズ契約における自由解約権あるいは更新拒絶の制限

(1) *Arnott* 事件の背景—フランチャイズブームと法規制—

(ア) 制定法による規制

(イ) 契約法理論による自由解約権の制限

(a) 非良心性法理の活用

(b) 信義誠実規範の活用

(三) フランチャイズ関係に信認関係が拡大したことの意味

(1) *Arnott* 事件の評価

(2) 信認関係の道具的発動

(ア) なぜ信認関係概念が用いられたのか？

(イ) なぜ信認関係概念を用いるべきではないとされたのか？

2 銀行と顧客の関係への信認関係の拡大

(一) *Barrett v. Bank of America* が示す銀行と顧客借主への信認関係の拡大

(1) *Commercial Cotton* 事件—準信認関係とされた理由—

(ア) 不法行為上の信義誠実義務違反—前提として—

(イ) *Commercial Cotton Co.* 事件の概要

(ウ) *Barrett* 事件による *Commercial Cotton* 事件の類推の意味

(2) その他の3裁判例—relation of trust and confidenceと情報開示義務—

小 括—*Commercial Cotton* 事件と3裁判例の類推の意味—

(二) 銀行と顧客の関係における信認関係の道具的発動とそれがもたらすもの

(1) 信認関係の道具的発動

(ア) 銀行と顧客の関係における信認関係の道具的発動

(イ) 信認関係の道具的発動と情報開示をめぐる既存の法理論

(ウ) 「必要は法なり」から法創造へ

(2) 信認関係の道具的発動がもたらすもの

小 括

(1) 利他的であれとの道徳による信認関係と契約の区別

(2) 当事者間に存する信頼の分析

3 医師患者関係への信認関係の拡大

(一) 当初考えられていた信認関係と医師の信認義務

(二) インフォームドコンセント理論における医師の情報開示責任

(三) 「粹」としての信認関係

小 括

当事者間に存する信頼の法的評価の仕方と信頼の意味の分析—結びにかえて—

四 信認関係の拡大現象の分析

アメリカ法においては、フランチャイズ関係や融資契約における銀行と顧客借主との関係など、以前は単なる契約関係でしかないと考えられていた関係が信認関係であると定められることがある。アメリカ法においてなぜ信認関係は拡大しているのか。換言すれば、なぜ契約だけでは足りないと考えられたのか。この理由を明らかにすることにより、信認関係の拡大現象との関係で、日本法においても信認関係概念を要するののかという問いに答えることを試みる。

1 フランチャイズ関係への信認関係の拡大

(一) *Arnott v. American Oil Co.* と信認関係の必然的な拡大

アメリカ法においてフランチャイズ関係は単なる契約関係でしかないと一般に考えられているが、以前にフランチャイズ契約は信認関係であると判示

されたことがある。もっともこのように判示したのは *Arnott v. American Oil Co.*⁽¹⁾ くらいである。*Arnott* 事件では、原告が被告石油会社との間でガソリンスタンド経営地の賃貸借及びディーラー契約を結びスタンドを経営していたところ、オイルショックによる石油不足のため被告からのガソリンの供給量が減少したことが原因で原告は契約上定められた24時間経営ができなくなったにも関わらず、それを理由に被告が原告との契約を終了したことが問題となった。裁判所は、フランチャイズ関係はその性質上信認関係であると定め、フランチャイザーは、受認者として、正当な理由なく契約を終了しないという「信義誠実及び公正取引という『信認』義務」⁽²⁾を負うとして、信認義務違反による損害賠償請求を認めている。

信認関係は忠実義務を課すことだけを意味する法概念である以上、本来信認関係の拡大とは、他の関係にも忠実義務を課すべき必要性を認め、その関係を信認関係と定めることで一方当事者に忠実義務を課すことをいう。つまり、ある関係における一方当事者に忠実義務を課すことが正当といえる場合に、信託あるいは代理における忠実義務が類推される。これが信認関係の必然的な拡大である。しかし *Arnott* 事件が問題としたのは、忠実義務の存否ではなく、フランチャイザーに対し正当な理由なく契約を終了しない義務を課すべきか否かである。とすれば、フランチャイズ関係への信認関係の拡大は、信認関係がその必然性をもって拡大したわけではない。フランチャイザーによる恣意的な契約終了を制限するための法的構成の一つとして、信認関係概念が利用されたのである。このことの意味をより明確にするために、フランチャイザーによる恣意的な契約終了を制限する必要性がある場合にいかなる法的構成でもってそれを達成するかという視点から、*Arnott* 事件が判示された頃のアメリカ法の状況を眺める。

(二) フランチャイズ契約における自由解約権あるいは更新拒絶の制限

(1) *Arnott* 事件の背景—フランチャイズブームと法規制—

1920から30年代にかけて、当初は自動車産業・石油スタンド業の領域でフ

ランチャイズシステムへの移行が始まり、その後フランチャイズシステムは他の業界においても飛躍的に発展し、1950年代にはフランチャイズブームの到来といわれるまでに至る。⁽³⁾それとともに「フランチャイズシステムのあるべき姿に対する社会的経済的な要請が強くなり、法規制が顕在化してくる。」⁽⁴⁾フランチャイズ契約は、分野に応じて多様ではあるも、契約の終了については通常、継続期間が短期に定められるあるいは期間の定め自体が存しないフランチャイズ契約も多く、さらに継続期間中であっても一定の期間を定めた事前の通知があれば解約理由を問わずいつでも契約を解約できると定められることが一般的であった。⁽⁵⁾一方でフランチャイザーに自由解約を認めるのであれば、たとえ問題のないフランチャイジーであっても切捨てることを容認することになるが、他方でフランチャイザーは自らのブランドを提供してフランチャイズシステムを経営している以上、営業成績の上からないフランチャイジーとの関係継続を強いられるのであれば、システム全体に対する「汚点」ともなる。⁽⁶⁾そのため、解約権の存在を手段に適切な経営を求めるフランチャイザーと、自らの経営上の自立を求めるフランチャイジーの間には、常に一定の緊張関係が存する。ガソリンスタンドのフランチャイズにおいては、オイルショックによる原油価格高騰を契機に、両者の緊張関係が多くの紛争へと発展したことが立法をも促す大きな社会問題となった。⁽⁷⁾

(ア) 制定法による規制

そこで連邦取引委員会が中心となり、まずはいわゆる TBA 製品（タイヤ・バッテリー・その他のアクセサリ）について石油会社が特定の製造会社の製品のみを販売をディーラーに強制することに對し独占禁止法を適用し、フランチャイザーの統制力に規制をかけることが始まる。独占禁止法によるフランチャイズ規制の代表的な判決が多く現れるのは1960年代以降である。⁽⁸⁾しかし、ディーラーが現実に求めるのは契約の恣意的な終了からの保護であり、独占禁止法違反に訴え出るとは、フランチャイザーとの契約関係維持のためにフランチャイジーが有する交渉のための「切り札」にすぎない。そ

のため他方では、フランチャイザーの自由解約権行使の制限を直接目的とする新たな立法（フランチャイズ関係法）の提言が連邦議会になされるようになる。フランチャイズ関係法について連邦レベルでの立法の動きが活発になったのも、1960年代以降である。もっとも、フランチャイズ関係一般を対象とするフランチャイズ関係法は連邦法には存せず、自動車販売及び石油スタンドフランチャイズの業界別規制のみ存する。⁽¹⁰⁾州法でのフランチャイズ関係法制定の動きが始まるのは1970年代に入ってからである。そこで立法による手当てを待つまでの間、あるいは立法後も適用対象外とされているフランチャイズ契約においては、フランチャイザーの自由解約権の制限のために、更なる立法の提言と並行して、既存の契約法理論の活用が模索されることになる。⁽¹²⁾

（イ） 契約法理論による自由解約権の制限

契約によって一方当事者に自由解約権を与えること自体は、一般的には当然認められるとされているため、自由解約権を制限するには、自由解約条項の不当性を理由に条項自体の有効性を争うあるいは条項の修正を主張する、ないしは自由解約条項の有効性を前提にしながらも解約権行使は信義誠実になされなければならないあるいは正当な理由なく行使されないとの制限が存すると主張することになる。⁽¹³⁾前者が非良心性法理の活用であり、後者が信義誠実規範の活用である。しかし、少なくとも *Arnott* 事件が起きた当時は、契約法理論による解決はそれほど有効な手段ではないと考えられていた。

（a） 非良心性法理の活用

フランチャイジーは自由意思で自由解約条項に合意した以上、公益を理由にその無効を主張することは困難であると考えられていた。⁽¹⁴⁾*Arnott* 事件当時は、*Shell Oil Co. v. Marrinello*⁽¹⁵⁾が非良心性法理を適用して自由解約条項を無効とした代表的な裁判例の一つではあるが、少数派の裁判例である。事案は以下の通りである。

被告ディーラーは、幾度かの契約更新を経て、13年に渡り原告石油会社の

ガソリンスタンドを経営していた。当事者間の契約においては、経営土地の賃貸借及びディーラーシップ契約の存続期間は3年とされ、原告石油会社は更新期日30日前の事前の通知があれば自由に解約できると定められていた(被告ディーラーからは90日前の事前通知があれば自由に解約可能とされていた)。3年の期間が経過する6週間前に、原告は書面により賃貸借及びディーラーシップ契約ともに更新しない旨通知し、期間満了後に経営土地の明渡しを求めた。本事案においてニュージャージー州最高裁は、判決当時新たに制定された州のフランチャイズ関係法が正当理由のない解約権行使を禁じていることに言及し、当該制定法の遡及適用はないものの、正当理由のない解約権行使を禁止することはニュージャージー州における公序として既に存在し当該制定法はそれを制定法の形式に引きなおしたにすぎないと述べ、当該制定法は正当理由のない解約権行使を禁じる公序を例示するものであることを理由に、非良心性法理を適用し、更新期前の事前の通知があればいつでも契約を終了できるとする条項は無効であると判示する。⁽¹⁶⁾

Shell Oil Co. 事件は以下の二つの理由から少数派の裁判例にとどまる。まず、フランチャイズ契約における自由解約権条項は、通常当事者双方に自由解約を認めているのであり当該条項を定めること自体は一般に認められているため、非良心性法理を適用して当該条項を無効と判断するには、解約権が実際に行使された際にフランチャイジーがいかなる不当な結果を負うことになるかが考慮される必要がある。しかしながら、非良心性法理が考慮に入れるのは契約締結時における契約条項の不当性であって、原則として、契約締結後に生じた事情を非良心性法理の下で考慮することはできない。⁽¹⁷⁾ 第二に、*Shell Oil Co.* 事件はそれでもなお自由解約権条項それ自体が非良心的であると判示しているが、多数派を占めていたのは古典的契約観を前提とし、非良心性法理による契約への介入に対しては消極的な姿勢を示していた点である。確かに *Shell Oil Co.* 事件以前から、消費者契約の文脈では非良心性法理を適用し契約条項の無効ないし修正が積極的に行なわれており、多⁽¹⁸⁾

くの裁判例においてフランチャイジーはフランチャイズ契約もまた附合契約であり、自らも一般消費者同様専門知識を有しない素人であることを理由にして非良心性法理の適用を主張する。*Shell Oil Co.* 事件もまた、非良心性法理の適用を正当化するために、消費者契約において非良心性法理を適用した裁判例を引用している⁽¹⁹⁾。しかし、この点他の裁判例においては、フランチャイズ契約は消費者契約と異なりビジネスにおける独立対等の当事者がなす契約である以上、事実上の交渉力の格差を理由に保護を求めることは認められないと判示されることの方が多かった。*Shell Oil Co.* 事件が非良心性法理を適用することができたのは、判決当時に存在した制定法が非良心性法理判断における公序を例示すると判示したからであり、制定法に裏付けられたからこそ当事者の合意に介入できた裁判例であると評価されている⁽²¹⁾。

(b) 信義誠実規範の活用

信義誠実規範による自由解約権の制限は、雇用契約における雇用者の自由解約権制限から始まり、継続的な売買契約あるいはサービス契約一般における解約権制限についても重要な役割を果たすようになる。しかしながら *Arnott* 事件の頃は、フランチャイズ契約における信義誠実規範による自由解約権制限は「散発的に成功していたにすぎない」⁽²²⁾と評価されている。

J. R. Watkins Co. v. Rich⁽²³⁾では、ディーラーシップ契約に定められた自由解約条項に基づき製造業者が契約締結後数ヶ月で契約を解約したことが問題となり、ミシガン州最高裁は、契約上自由と定められた解約権も信義誠実に行使されなければならないと判示し、これがフランチャイズ関係における自由解約権制限に信義誠実規範を適用する端緒となった裁判例と評価されている⁽²⁴⁾。しかしその後 *J. R. Watkins Co.* 事件に依拠した裁判例は少なく、本事件以降も連邦高等裁判所がミシガン法を適用し、当事者の合意には「自由に解約できる権限がまぎれもなく明示されている以上、信義誠実という制限が当事者が意図していたところのものであると考えることは到底できない」⁽²⁶⁾として、ディーラーシップ契約における自由解約権の制限を否定したものもあ

る。そして、仮に「このような制限が当該合意に読み込まれうるとすれば、それは公序という最も重要な要件としてのみである⁽²⁷⁾」という。とすれば、なぜ公序の要素を加味して信義誠実規範を適用し、自由解約権を制限することはできないのかという疑問も生じうるが、これに対しては、それを認める制定法が存しない以上、「裁判所が行なうには極端にいきすぎた行動である⁽²⁸⁾」と答えるのである。Arnott 事件当時にも、少数派ではあるも代表的なものとして *Atlantic Richfield Co. v. Razumic*⁽³⁰⁾ が信義誠実規範を用いて自由解約権に制限を課している。しかし本事案も、非良心性法理を適用した *Shell Oil Co.* 事件に依拠すると共に、判決当時制定された州のフランチャイズ関係法が恣意的な関係終了を禁じた点に依拠し、その遡及適用はなくとも、当該制定法が恣意的な関係を終了しないとの当事者の合理的な期待を現すと判示しており、信義誠実規範を適用して契約の介入に踏切った理由として、制定法の存在が大きい⁽³¹⁾。

そのため、信義誠実規範により自由解約条項が制限されるとしても、その制限は合理的な期間を定めた事前の解約通知を要するとの制限のみであり、正当理由を要するとして解約権行使自体に制限を課すことはないと判示されることも多かった⁽³²⁾。結局のところ、契約上に一定の期間を定めた事前の通知があればいつでも解約可能と定められている場合は、事前の通知がなされてさえいれば、当該解約権行使がいかなる理由でなされているか、あるいは解約権行使により相手方にいかなる損害が発生したかは問題とならないとして、「裁判所は、契約の自由が有する陳腐なフレーズを無表情に吟唱してきたのである。」⁽³³⁾

(三) フランチャイズ関係に信認関係が拡大したことの意味

(1) Arnott 事件の評価

Arnott 事件当時は、信義誠実規範であれ非良心性法理であれ、それらを用いて裁判所が当事者間の契約に介入することにはまだ消極的であった、あるいは、少なくともどこまで介入すべきかで揺れ動いていた頃である。この⁽³⁴⁾

ような背景の中で *Arnott* 事件が現れたのであり、*Arnott* 事件がフランチャイズ関係を信認関係と定めたのは「当該合意の下で形成された権限の行使を規制する目的以外のなにもものでもない。」⁽³⁵⁾ 実際 *Arnott* 事件は、契約を適切な理由なく終了したフランチャイザーは「信義誠実及び公正取引という『信認』義務」に違反すると述べており、後に同じ連邦高等裁判所において、*Arnott* 事件が「実際に判示したのは、単に被告による…契約の恣意的な終了が契約に黙示に課される信義誠実…義務違反を構成するということ」⁽³⁶⁾ であり、「信義誠実…義務が全てのビジネス関係に内在している限り、その義務を『信認』と名づける必要はなかった」⁽³⁷⁾ と評価されている。

Arnott 事件当時は、フランチャイザーによる自由解約権の行使を制限するための合理的一貫性をもったアプローチを模索していた頃であった。⁽³⁸⁾ *Arnott* 事件が信認関係を用いたのは、自由解約権を制限するために試みた法的構成の一つである。⁽³⁹⁾ だからこそ、自由解約権制限に対し信義誠実規範を適用する法的構成が主たる構成であると考えられるようになるとともに、フランチャイズ関係は信認関係ではないとの考えが確定する。⁽⁴⁰⁾

（２）信認関係の道具的発動

しかしここで疑問に思われるのは、まずなぜ数ある法的構成の中で、フランチャイズ関係を信認関係と定める構成が試みられたのか、つまり、なぜフランチャイズ関係を契約とは異なる関係である信認関係と定めれば自由解約権の制限が可能となると考えられたのかである。そして二点目の疑問は、なぜ最終的に信認関係を用いた法的構成をとるべきでないと判断されたのかである。自由解約権行使を制限するための法的構成は信義誠実規範が主たるものであるとしても、別に一つに限る必要はないのであり、非良心性法理等他の法的構成も並存しうるからである。

（ア）なぜ信認関係概念が用いられたのか？

フランチャイザーの自由解約権行使をいかに制限するか、この問題をより一般化すれば、当事者が契約で決めていない制約を法によって課すことがで

きるかという問題である。上記の検討から明らかのように、これが古典的契約法理論が有する契約自由との関係で問題とされる。約束原理に忠実であろうとすれば、当事者が明示的に定めていない義務を課すことは契約の自由に反するのであり、古典的契約法理論への傾倒が強ければその分、正当な理由なく解約をしてはならない義務を契約上の義務として構成することはできなくなる。そのため、契約上明示に定められた特定の義務を超えるなんらかの義務を課すことを認めようとするれば、契約以外の「何か」を根拠とする必要がある。Arnott 事件が、契約以外の「何か」に制限の根拠を求めたのは、その裏に古典的契約法理論への傾倒が存したためであろう。

では、なぜ信認関係が契約以外の「何か」となりうると考えられたのか。それは信認関係が、義務の政策的必要性を仮託された概念として、その必要性を直接の根拠として義務を課すことを可能にする法概念であるとも捉えられうるからであろう。そのために、契約上の義務ではない法的義務としてなんらかの義務を課すことを可能にする概念であるかのようにも見えたのである。Arnott 事件も、自由解約権を制限する当時の各州の制定法の流れを参照しそれに後押しされながら、上述の *Shell Oil Co.* 事件、*Atlantic Richfield Co.* 事件を引用し、さらに本事案はサウスダコタ州法適用であるところ判決当時サウスダコタ州で新たに制定されたフランチャイズ関係法にも言及し、その遡及適用はなくもそれが州における公序の例示であると判示してこそなされた当事者の合意への介入であった。⁽⁴²⁾

(イ) なぜ信認関係概念を用いるべきではないとされたのか？

では、なぜ最終的に信認関係を用いた法的構成を採るべきではないと判断されたのか。それは、信認関係に仮託されているのがあくまで忠実義務という特定の義務の必要性のみであり、それを法的に評価し忠実義務を課するのが信認関係概念だからである。そのためフランチャイズ関係を信認関係と定め、それを法的根拠に正当理由なく関係を終了しない義務をフランチャイザーに課すことは、そのような義務の必要性まで信認関係に仮託して述べるこ

とになる。しかし、忠実義務以外の義務の必要性を信認関係に仮託して義務を課すのであれば、必要は法なりというに等しい。⁽⁴³⁾そのため、*Armott* 事件を肯定的に評価しフランチャイズ関係は信認関係であると主張する論者も存するが、これに対しては「単に…期待される司法上の政策を主張するにすぎない」と批判されている。⁽⁴⁴⁾信認関係についての著名な学者の一人である Paul D. Finn 教授も、既存の契約法理論の欠点を生めるために信認関係を用いることは「貧弱な代替手段でしかない」と批判する。⁽⁴⁵⁾理由は単純である。ここでは忠実義務を課すか否かが問題とされていない以上、信認関係の問題ではないからである。⁽⁴⁶⁾フランチャイズ関係への信認関係の拡大現象は、自由解約権を制限するという目的を達成するための信認関係の「道具的な発動」⁽⁴⁷⁾である。しかし、それによって、ある義務の必要性ゆえに義務を課すことを認めるのであれば、魅力的かもしれないが極めて貧弱な代替手段でしかない。⁽⁴⁸⁾

確かに、信認義務を私利を凶る行為を禁ずる義務というように一般化して説明した場合、その定義の曖昧さ故に、忠実義務だけでなく、私利を凶る行為を禁ずる義務と説明しうる義務であればいかなる義務をも含むようにもみえる。それによって私利を凶る行為を禁ずる義務と捉えうる義務を課すべき必要性であれば、いかなる義務の必要性であっても信認関係に仮託しうるようにもみえ、フランチャイズ関係を信認関係と定めることで正当理由のない解約をしない義務を課すことが可能であるようにもみえたのであろう。⁽⁴⁹⁾しかし、本来の信認関係の拡大を支える類推の基礎は、あくまで忠実性の要求という忠実義務の必要性である。この点で、*Armott* 事件は類推の基礎を明らかにせず「信認」という言葉にのみ依拠した信認関係の類推であったとも評価できる。類推の基礎の分析がなされない時、信認という言葉が有する曖昧さ故に、信認関係が一人歩きを始める。それが銀行と顧客の関係への信認関係の拡大である。

2 銀行と顧客の関係への信認関係の拡大

(一) *Barrett v. Bank of America* が示す銀行と顧客借主への信認関係の拡大

Barrett v. Bank of America⁽⁵⁰⁾は、融資契約における銀行と顧客借主との関係を信認関係と定めた代表的な裁判例の一つである。原告は、自己が経営する会社(原告は当該会社の主要株主である)が被告銀行に対し負う貸金債務につき自己所有の住居に抵当権を設定していた。被告は原告に対し「他社と合併し、新会社が原告の会社の債務につき責任を負うのであれば、原告の住居に存する抵当権を取消す」旨の助言をし、この助言に従い原告の会社は訴外会社と合併し、新会社が当該債務についての新たな債務者となった。しかし、住居抵当権が取消される前に新会社が倒産し抵当権が実行されたため、被告の助言が擬制詐欺を構成するとして損害賠償請求がなされた事案である。擬制詐欺は「法が特別に詐欺的であると宣言する作為あるいは不作為」⁽⁵¹⁾が存する場合に成立するところ、①「擬制詐欺は通常 relation of trust and confidence⁽⁵²⁾が存する場合の義務違反から生じるとされている。」そして②「confidential relation と信認関係とは法律上同義とされ、trust and confidence が一方から他方に寄せられている場合であれば常に存在すると言われることもある。」③「銀行と預金者の関係は少なくとも準信認関係とされている」、④「他の裁判管轄でもまた類似の relationship of trust and confidence が銀行と顧客借主との間に存し、情報開示義務が生じることを認めている」⁽⁵³⁾そして、被告は合併を条件に抵当権を取消すと述べたが、それが虚偽であると知りながら述べたわけではないため詐欺の成立に必要な故意は存しないも、被告の助言が原告をして合併による抵当権の取消を信じさせるに至ったといえ、原告がそう信じたことには合理性がある。また、抵当権が取消されないと知っていれば原告は合併に同意しなかったであろうとして、擬制詐欺の成立を認める。⁽⁵⁴⁾これと併せて、原告は長年被告と取引をしており被告を信頼して会社の経営状況に関わる機密情報も開示していること、そして

銀行のなす助言を信頼していた点を捉えて原告と被告の関係は信認関係であると認定する。本事案の争点は擬制詐欺の成否であり、それと信認関係の存否の認定がいかに関係するかが判然としないが、原告被告間の関係を信認関係と定めることは「擬制詐欺の成立を認める充分な証拠となる」と述べるため、①及び②を受けて、当事者の関係を信認関係と定めることは、擬制詐欺成立に積極的に働く一つの要素になると考えたと解される。とすれば結局は、擬制詐欺の成否に当たり、被告のなした助言を原告が信頼したことは合理的な信頼であると評価できるという点を「当事者間には信認関係が存する」という言葉で換言したものと評価できよう。

Barrett 事件は、銀行と顧客借主の関係を信認関係と定める際に、③についてはその旨述べた *Commercial Cotton Co. v. United California Bank*⁽⁵⁶⁾ を引用し、④については後述する3つの裁判例を引用する。これらの裁判例がきっかけとなって *Barrett* 事件が銀行と顧客の関係に信認関係を拡大させたため、その拡大の意味を分析するには、まずこれらの裁判例がなぜそのような判示をするに至ったかを検討する必要がある。

(1) *Commercial Cotton* 事件—準信認関係とされた理由—

(ア) 不法行為上の信義誠実義務違反—前提として—

Commercial Cotton 事件はなぜ銀行と顧客の関係を準信認関係と定めたのか。その理由を知るには、*Commercial Cotton* 事件が「準信認関係」という言葉を引出す引用元となった *Egan v. Mutual of Omaha Insurance Co.*⁽⁵⁷⁾ を巡る問題状況を明らかにする必要がある。

アメリカ法では、原則として単なる契約義務違反行為について不法行為責任を問うことはできないが、契約義務違反行為が別途独立して不法行為上の義務違反を構成する場合は、例外的に不法行為責任を問うことが認められる。その場合、行為の害意性を条件に懲罰的損害賠償も認められる。カリフォルニア州を発端に、最初は責任保険契約において「不法行為上の信義誠実義務違反 tortious breach of good faith」という概念が用いられるように

なったが、そのきっかけは契約上の義務違反行為が独立した不法行為上の義務違反をも構成するとして、契約上の義務違反では認められない救済をも認めるべき場合が存したためである。⁽⁵⁸⁾ 典型例は、責任保険契約の被保険者が起こした事故の被害者から和解の申入れを受けた保険会社が、保険限度額内で和解することが合理的に可能であったにも関わらず、合理的な理由なく和解を拒否したため訴訟に至り、その結果限度額以上の金額を支払う旨の判決がなされた場合、限度額を越える部分について常に被保険者が負担すべきかという問題である。保険会社は和解をしてもしなくても保険限度額の範囲内でしか責任を負わないとすれば、和解を合理的な理由なく拒否してでも、わずかな勝訴の可能性にかけることもある。⁽⁵⁹⁾ そこで、保険会社は被保険者に代わり被害者と和解する権利を有する以上、一定程度被保険者の利益を考慮する義務を負うべきであり、合理的な理由なく和解を拒否した保険会社は、それによって支払うことになった保険限度額を超える部分についても責任を負うべきであると考えられるようになる。しかしながら、「保険者は和解について考慮する際、保険契約者の利益について、自己の利益についてと同程度の考慮」⁽⁶⁰⁾をし適切な場合に和解する義務を信義誠実義務の一つとして負うと解するも、それが契約上の義務でしかないならば、義務違反の場合に認められる救済は、原則として保険契約締結時に予見可能な損害の賠償に限られる。保険契約で予定された保険限度額及びその遅延利息が通常それにあたるのであり、保険限度額を超える部分についてまでの賠償を契約上の義務違反に基づく救済により認めることは困難である。さらに、慰謝料請求あるいは和解拒否の態様によっては懲罰的損害賠償まで認めるべき場合もあるところ、契約上の義務違反を理由とする損害賠償請求では、これらの請求は原則として認められない。これらの救済を可能にしたのが、不法行為上の信義誠実義務違反という新たな理論構成である。

Egan 事件は、原告が傷害を理由に労働不可能になったとして、被告保険会社との間で締結された高度障害保険契約に基づき保険金支払を請求する

も、被告が原告が働けないのは単に仕事を見つけることができないからであるとして保険金支払を拒否したことが信義誠実義務違反であり、当該契約義務違反が独立して不法行為責任を構成し、さらに懲罰的損害賠償まで認められると判示された事案である。被告が原告の保険金支払請求の正当性を調べようとせず、支払を拒否したことが、保険契約上の信義誠実義務違反と独立して不法行為責任を構成するか否かの判断に当たり、保険契約には「準公益的性質」、「附合契約という性質からくる保険会社の優位な交渉上の地位」、「受認者としての責任に内在する誠実さと慈悲の心」が存することを理由に、「懲罰的損害賠償が認められることは、保険会社が負う基本的な公益上の義務とも調和し、契約関係における衡平を回復することになる⁽⁶²⁾」として不法行為責任を認め、懲罰的損害賠償も認める。

（イ）*Commercial Cotton Co.* 事件の概要

原告顧客は小切手を紛失したためそれを被告銀行に告げ、被告は新たな書式の小切手を提供していた。それにも関わらず、その4年後に、紛失したはずの小切手に対し支払いがなされたため原告が返金を求めたところ、被告が制定法上の出訴期限の徒過を理由に返金を拒絶したため、原告が支払われた金額の返還及び懲罰的損害賠償を請求し、それらが認められた事案である。裁判所は、保険契約の文脈で発展してきた不法行為上の信義誠実義務違反を類推し、銀行が自らの過失で紛失小切手に支払いをしたにも関わらず自己の責任を否定したことが、不法行為上の信義誠実義務違反を構成するとして懲罰的損害賠償を課す。すなわち、「銀行と保険には多くの共通点が存する。両者とも高度に制定法により規制をうける業界であり、欠かすことのできない公的サービスを提供し、公益に重大な影響を与える。寄託者は…預金を守る銀行の誠実さと専門性に依拠している…銀行と寄託者との関係は少なくとも準信認関係であり、銀行が過失によって寄託者の預金から支払をなした場合、寄託者への返金を拒絶するためにありもしない法的抗弁に訴え出ないことを、寄託者は銀行に合理的に期待することができる。」⁽⁶³⁾ ゆえに銀行と預金

者の関係も、保険会社と保険契約者との関係と同様に、不法行為上の信義誠実義務違反を構成しうる関係であるという。そして、返金を拒絶する旨の封書が被告から原告に送付される11日前に、州最高裁における別訴訟において被告を当事者として、制定法上の出訴期限は銀行の過失によって顧客に損害が生じた場合には適用されない旨判示されていたのであり、⁽⁶⁴⁾それを知りながらなした被告の出訴期限の抗弁はいい加減であり到底正当化されない抗弁であるとして、懲罰的損害賠償も認める。

本事実で銀行と預金者の関係を準信認関係と定めたのは、類推元の Egan 事件が、信義誠実義務違反が別途不法行為責任を構成するための要件の一つとして「受認者の責任」の存在を挙げていたからである。いかなる場合に契約上の信義誠実義務違反が不法行為責任を構成するかという問題に答えるために「信認」という言葉が使われている以上、その意味は伝統的な信認関係とは全く異なる。⁽⁶⁵⁾そのため *Commercial Cotton* 事件が「準信認」という言葉を使ったことに対しては、「単に裁判官の口がすべった」⁽⁶⁶⁾だけであると評価されている。

(ウ) *Barrett* 事件による *Commercial Cotton* 事件の類推の意味

Barrett 事件は *Commercial Cotton* 事件を類推し、銀行と預金者との関係が準信認関係であれば銀行と借主の関係もまた信認関係であると述べるのであり、問題があるのは明らかである。まず、*Commercial Cotton* 事件では銀行と預金者の関係が問題とされたのに対し、*Barrett* 事件は銀行と物上保証人ないしは、原告が自己の固有財産を担保に供した主要株主であることに鑑みれば、銀行と借主の関係に近い関係であるにも関わらず、「銀行と顧客の関係」として両事案を同列に扱う。さらに、*Commercial Cotton* 事件の争点は信義誠実義務違反が独立の不法行為責任を構成するか否かであるにも関わらず、擬制詐欺の成否を問題にする *Barrett* 事件が「銀行と顧客の関係」についての裁判例であるとのみ捉えて類推する。仮に、*Barrett* 事件における当事者の関係を信認関係と捉えるのであれば、その「信認」の意味は、被告

銀行の助言を真実であると原告が信じたことについて合理性があるという意味である。他方、*Commercial Cotton* 事件の「信認」の意味は「銀行が過失によって寄託者の預金から支払をなした場合、寄託者への返金を拒絶するためにありもしない法的抗弁に訴え出ないこと」への信頼である。それでもなお、銀行と顧客の関係を準信認関係と定めた裁判例だからという理由のみで類推することを認めるのであれば、それは単に内容のない「信認」という「幻影への言及」⁽⁶⁷⁾でしかない。

（２）その他の３裁判例—relation of trust and confidence と情報開示義務—

もっとも、*Barrett* 事件は、*Commercial Cotton* 事件以外にも下記の３つの裁判例を引用し、銀行と顧客借主の関係を信認関係と定めている。そこで、これらの裁判例を検討することで、*Barrett* 事件がなした信認関係の拡大の意味をさらに分析する。

① *Stewart v. Phoenix Nat'l Bank* は、銀行と顧客の関係を confidential relationship と定める。⁽⁶⁸⁾ 23年間折に触れ原告に無担保で融資をしてきた被告銀行が、「手続上の問題で担保の提供が必要となるが、担保を実行するつもりはない」と述べて担保の提供を求めたため、原告が担保の提供に応じたところ、後に原告が支払不能となり担保が実行されたため、詐欺を理由とする損害賠償請求がなされた事案である。詐欺が成立するためには、重要な事柄についての虚偽の情報の提示と、表意者が当該情報が虚偽でありかつ相手方が当該情報に依拠して行為することを認識していたこと、相手方が当該情報を真実であると信じかつそのように信じる権利を彼が有していたこと、及び信じた結果損害が生じたことが必要とされる。⁽⁶⁹⁾ 争点は、被告が「担保を実行する気はない」と述べたことを信じる権利を原告が有していたか（情報が真実であると信じるにつき合理性があるか否か）であった。裁判所は、原告は23年間被告の顧客として度々金融上の助言を受けそれを信頼してきたのであり、その関係は「単なる債務者と債権者の関係を越えるもの」⁽⁷⁰⁾であり confi-

dential relationship が成立する、それゆえ原告は被告の言葉が真実であると信じるにつき合理性があるとして、詐欺の成立を認める。Stewart 事件は、銀行と顧客借主の関係を confidential relationship と定めたリーディングケースである。ここでの confidential relationship の内実は、原告が銀行から与えられた情報が真実であると信じることに付き合理性があることを意味し、裏返せば「銀行は…顧客に対し…彼に影響を及ぼすであろうすべての事実を開示しなければならないこと」⁽⁷¹⁾、つまり銀行の情報開示義務の存在を意味する。

② *Klein v. First National Bank* では、銀行の情報開示義務の存否が、いわゆる沈黙による詐欺の成否に当たり争点となった。⁽⁷²⁾原告が知人 A とともに被告銀行のもとへ行き、A の債務のために債権者たる被告に自己所有の株式を担保に供したところ、後に A の債務不履行により担保が実行された。その時に原告は初めて A が他にも原告の知らない債務を負担していたために債務不履行となったことを知ったため、被告には A が負う債務に関する情報を原告に開示すべき義務があったと主張し、詐欺の成否が問題とされるも、被告に A の債務に関する情報を開示する義務はないと判示される。「銀行が預金者や他の顧客と取引をする際、…当該取引に関する全ての重要な事実…を顧客に伝える特別な義務を負うことはない。もっとも、特別な状況が存する場合⁽⁷³⁾は別である」として、重要な事実を開示すべきと顧客が期待することに合理性があるといえる「特別な状況」を換言し、当事者間に confidential relation が存する場合には、銀行に情報開示義務が課せられると述べる。⁽⁷⁴⁾

③ *First National Bank in Lenox v. Brown* ⁽⁷⁵⁾でも擬制詐欺の成否が問題とされた。原告銀行は、債務者である訴外 A の債務整理のため、A に対し彼の経営する店舗の売却を勧めたところ、A は被告に売却を提案し、その後原告被告間で A の店舗購入にかかる費用の融資について相談の上で融資契約が締結され、被告により手形が振出された。しかしその際、原告は被告に対し、A が原告に対し負う債務につき原告が A の店舗内に存する動産上に担保権を有

していることを伝えておらず、後にそれを知った被告が売買契約を取消し手形支払も拒んだため、原告が手形支払を求めて訴訟を提起した事案である。Aの店舗内動産に原告が担保権を有していることを原告が被告に開示しなかったことが、擬制詐欺を構成し、融資契約が取消されるかが問題となった。裁判所は、詐欺の故意が存しなくとも、「relationship of trust or confidence が存し、さらに信頼を寄せられている当事者が事実について優位な知識を有している場合」であれば、その者は「彼が認識する重要な事実のすべて、あるいは彼自身の立場にとって優位であり相手方に不利となる事実について開示する義務を負う⁽⁷⁶⁾」として原告に情報開示義務を課し、その違反を理由に擬制詐欺の成立を認め、融資契約の取消を認める。

小 括—Commercial Cotton 事件と3裁判例の類推の意味—

そもそも上記3裁判例は、銀行と顧客の関係を relation of trust and/or confidence と定めるあるいは定めうると判示したのであり、当事者の関係を信認関係とは定めていない。さらに上記の3裁判例は、すべて詐欺ないし擬制詐欺の成否を問題とし、争点は銀行が与える情報を真実であると顧客が信じたことに合理性があるか、裏返せば銀行は顧客に対し適切な情報を開示する義務を負うか否かであり、銀行に情報開示義務が課せられる要件として relation of trust and/or confidence の成否が考慮されている。Barrett 事件が Commercial Cotton 事件と上記3裁判例とを並列して引用し、銀行と顧客借主の関係を信認関係と定めた理由は、②confidential relationship と信認関係は同義に用いられることがあるという理由でしかない。しかし信義誠実義務違反が独立した不法行為責任を構成するか否かの要件として考慮された Commercial Cotton 事件の「準信認関係」と、銀行が情報開示義務を負う否かの要件として考慮された confidential relationship とは明らかにその意味は異なる。それでもなお両者を並列して類推し、銀行と顧客借主の関係を信認関係と定めることが銀行と顧客の関係への信認関係の拡大であれば、やはり「信認」関係という幻影への言及である。

(二) 銀行と顧客の関係における信認関係の道具的発動とそれがもたらすもの

(1) 信認関係概念の道具的発動

そもそも *Barrett* 事件が問題としたのも忠実義務の存否ではなく、擬制詐欺の成否であり、当事者間には信認関係が成立すると言いながらも実際に問題とされたのは、与えられた助言を原告が真実であると信じたことに合理性が認められるか否かであり、裏返せば適切な情報を開示する義務を被告銀行が負うか否かである。*Barrett* 事件が①「擬制詐欺は通常 *relation of trust and confidence* が存する場合の義務違反から生じるとされる」と述べるのは、上記3裁判例が示すように、一方当事者が他方の提供する情報を真実であると信じるにつき合理性がある場合に当事者の関係を *relation of trust and/or confidence* と定めてその他者に当該情報についての開示義務を課すことで、情報開示義務が課せられる場合には詐欺の故意はなくとも当該情報の開示義務違反をもって擬制詐欺が成立するとされているからである。

(ア) 銀行と顧客の関係における信認関係の道具的発動

信認義務は忠実義務を意味するのであり、一般的な情報開示義務を含まない。ゆえに、ある関係を信認関係と定めても、信認関係が法的根拠となって情報開示義務が導かれることはない。⁽⁷⁷⁾ 信認義務に情報開示義務をも含め、情報開示義務を課すべき必要性をも信認関係に仮託し、それを課す関係を信認関係と定めることは、情報開示義務を課すためになされた信認関係の道具的発動であり、つまるところ必要は法なりとの宣言である。⁽⁷⁸⁾

確かに、代理や信託など伝統的な信認関係における受認者には、通常忠実義務とは別に、注意義務の一つとして情報開示義務が課せられている。⁽⁷⁹⁾ しかし、通常忠実義務と注意義務は区別されており、さらに、受認者が負う情報開示義務とここで問題とされた銀行が負う情報開示義務とはその性質が異なるはずである。契約に基づいて代理関係が形成された場合を例にすれば、代理人は代理契約の定めに従って行為し、代理権の範囲内において本人の適法

な指示に従う義務を負う。⁽⁸⁰⁾これは代理契約上本人に対し代理人が負う主たる義務である。そしてこの主たる義務を適切に履行するため、代理人は合理的な注意をもって代理事務に関し本人に情報を提供する義務を負うと解されている。⁽⁸¹⁾つまり代理人の情報開示義務は、代理人が本人の利益のために行為することを約したからこそ負う契約上の義務と解される。⁽⁸²⁾これに対し、ここで問題とされる銀行の情報開示義務は、顧客のために行為することを約してないにも関わらず、情報量や交渉力の格差等を実質的な理由にして一方当事者に課せられる情報開示義務である。

ある関係において契約上の義務としてあるいは他の法的構成によって課せられる義務が、信認関係における受認者に課せられている種々の義務の内のどれかに似ていることがあったとしても、それによって当該関係が信認関係となるわけではない。relation of trust and/or confidence と信認関係が互換性ある言葉として用いられるのは、「いかなる場合にある関係における一方当事者に情報開示義務課せられるか」と問題提起された時に、「信認関係においても relation of trust and/or confidence においても課せられる」と並列して述べられる場合でしかない。⁽⁸³⁾後者の関係において忠実義務が課せられないのは当然の前提とされ、通常両概念は区別されている。⁽⁸⁴⁾上記3裁判例が当事者の関係を relation of trust and/or confidence とし、信認関係と定めなかった理由はこの点にあったのであろう。

銀行と顧客の関係を信認関係と定めることで、情報開示義務を課すべき必要性を信認関係に仮託することは、情報開示義務を課すべき必要性を法的に評価する一つのアプローチにすぎない。銀行と顧客の関係における信認関係の拡大現象において真に問題とされているのは、当事者の関係が信認関係であるか否かでもなければ、銀行が信認義務を負うか否かでもない。問われているのは、情報開示義務を課すべき必要性を眼前にした時、それをいかなる法的構成でもって法的に評価するかである。⁽⁸⁵⁾

（イ）信認関係の道具的発動と情報開示をめぐる既存の法理論

では、なぜ情報開示義務を課するために信認関係が道具的に利用されたのか。情報開示責任をどのような法的構成で課すかにつきアメリカ法における法理論を眺めれば、一方では上記3裁判例のように、一方が他方の提供する情報を信頼することが合理的であるといえる場合など一定の特別な状況が存する場合、詐欺あるいは擬制詐欺・不実表示の構成の中でその者の情報開示責任を問う法的構成がある⁽⁸⁶⁾。他方では、信義誠実義務の内容を変成し、単に自らのなした約束を守る義務ではなくそこに「正直さ」という独立の意味を与えることで、情報開示義務を契約上の信義誠実義務の一つと位置づける法的構成もある⁽⁸⁷⁾。しかし、約束原理に忠実であろうとすれば、契約締結前に契約上の義務として情報開示義務を課すことは、論理矛盾となる⁽⁸⁸⁾。また、継続的な融資契約下にあっても、契約の自由が「当事者が明示的に…引けたとはいえない義務からの自由」⁽⁸⁹⁾を意味するなら、情報開示義務を契約上の義務と構成することは「約束の擬制」⁽⁹⁰⁾でしかない。他方、詐欺の構成において情報開示の責任を問うことにも、古典的契約観を前提とすれば制約が存する。私利の追求を前提とする古典的契約観は、他者に自己の利益のために行為するよう要求することと相容れないと考えられるからである。このように、情報開示義務を課すべき必要性を既存の法理論を用いて法的に評価しようとしつつも、そこに古典的契約観を前提とする「躊躇」が見えた時、当事者の関係を信認関係と定めることで情報開示義務を課す法的構成が試みられるのであろう。先述の通り、信認関係は「信認」という言葉の曖昧さを逆手に取れば、忠実義務だけでなく他の義務の必要性をも仮託できるとも捉えうるのであり、義務の必要性を直接の法源として、法的義務として義務を課すことを可能にするとも捉えうるからである。信認関係を用いた法的構成により情報開示義務の必要性を法的に評価し情報開示義務を課すことで、いわば古典的契約観を前提とする既存の法理論に存する間隙を埋める、あるいはそれを補完しようとするのである⁽⁹²⁾。

(ウ)「必要は法なり」から法創造へ

Barrett 事件が一つの端緒となり、現在では上記 3 裁判例もまた、時に当事者の関係を信認関係と定めた裁判例として引用され、他の裁判例においても銀行と顧客の間に信認関係が認められる場合には銀行には情報開示義務が課せられると判示されることもある。⁽⁹³⁾ そこでは、銀行の情報開示義務の存在を証明するため原告が信認関係の存在を主張するが故に、それに対し信認関係が存するあるいは存しないと答えるため、裁判所は信認関係についての一般的な特徴を述べている。⁽⁹⁴⁾ そのため、この点を単に裁判官が原告の主張に応じて信認関係の可能性に触れているだけと捉えるのか、実際に信認関係を法的根拠に情報開示義務を課すという法的構成を肯定的に捉えているのかについては、更なる検討を要する。仮に後者であるとすれば、情報開示義務を課すための信認関係の道具的発動は、必要は法なりとの消極的評価ではなく、裁判例の蓄積を通して新たな法が創り出されている過程であると評価できよう。⁽⁹⁵⁾ しかしながら、それによってもたらされる影響は大きいようである。

（2）信認関係の道具的発動もたらすもの

アメリカ法が情報開示義務を課すために信認関係をその道具として利用することに對しては、他のコモンロー圏から批判されることが多い。「望ましい結論を導くための他の利用できる理論が見つからない場合に、信認の類型が無理に当てはめられている」⁽⁹⁶⁾ にすぎないからである。さらに、それによって必要は法なりと宣言するのであれば、信認関係が情報の不開示に対してなんらかの救済を与えるためだけの「安息の地」⁽⁹⁷⁾ と化してしまう。そして、信認関係概念に情報開示義務の必要性まで仮託して情報開示義務を導くのであれば、信認関係が忠実義務以外の義務を課す概念となる。それにより信認関係概念自体が流動性を帯び、信認関係概念がまるでアコーディオンのようになってしまうと批判されている。⁽⁹⁸⁾

Finn 教授は以下のように指摘する。「ある人に開示義務を課したい、あるいは不開示の不当性を訴えたいと願う場合、我々は…この必要性を満たすと主張しうるような理論が見つかることを願いながら、個々の法体系の中を引

っかき回さなければならない。これが、我々が有する現在の法状況についてのもっとも明白な評価であろう。」⁽⁹⁹⁾ だからといって、既存の法理論の欠点を埋めるために信認関係を用いるべきではない。情報開示義務を課すべきか否かという法的文脈には、端的に「信認の要素は存しない」⁽¹⁰⁰⁾ からである。問われているのは、「ある場面において、開示が強制されるべきであるとしても、どのような理論によってもっともよくそれは達成されるか」⁽¹⁰¹⁾ である、と。そして、銀行に対する情報開示責任を非良心性法理の構成の中で問うオーストラリアの傾向を挙げ、「非良心性法理の再活性化」⁽¹⁰²⁾ を図ることの方が理論的に「明らかに目的により適している」と評価する。

ここで注目したいのは、アメリカ法における信認関係の道具的発動を批判する論者は、既存の法理論の利用可能性を模索しそれに新たな「生命力」⁽¹⁰³⁾ を与えることで、銀行に対し情報開示の責任を問うことが可能でありまたそうすべきであると考えている点である。信認関係の拡大を批判する論者は、アメリカ法が「開示義務を課しうるというコモンローの可能性を…見過ごしている」⁽¹⁰⁴⁾ と考えている。とすれば、信認関係概念の流動化を犠牲にし、さらにたとえ必要は法なりと宣言をしてでも、信認関係の道具的発動に対し一定程度肯定的に評価するアメリカ法は、この点で情報開示義務を課すための既存の法理論に限界を見たと評価することもできるであろう。この限界は古典的契約観に由来すること、先述の通りである。とすれば、信認関係の拡大を肯定的に捉えることの意味は、アメリカ法においてそれだけ古典的契約観が強固な基盤を有していることの現れであるともいえる。

小 括

(1) 利他的であれとの道徳による信認関係と契約の区別

以上の検討を前提に、信認関係と契約とが区別される理由の最後に残された道徳による区別について検討する。アメリカ法では、信認関係には他者の利益のために行うべきとの道徳があるといわれ、それは契約における道徳と相容れないといわれることがある。すなわち、「契約の模範型は、自分自

身の利益を守ることができる独立した当事者間の取引を前提とし、自由⁽¹⁰⁵⁾に自己の利益だけを追求することができるが、これに対し信認関係では受認者は本人の利益のために行為する利他的であれとの道徳がそもそも存するとい⁽¹⁰⁶⁾うのである。

前述の通り、忠実義務は利他的であることを要求する義務ではないため、それを課すことを意味する伝統的な信認関係に利他性なる道徳は存しない。信認関係に利他性なる道徳が存するといわれるのは、情報開示義務を課すための信認関係の道具的発動を肯定的に評価した場合である⁽¹⁰⁷⁾。確かに、情報開示義務を信認義務に含めるのであれば、相手方のために積極的に行為すべきことが法的義務として課せられるとも言え、そのような義務を課すことを可能にする概念が信認関係であるなら、信認関係には利他性なる規範ないし道徳が存するとも言う。しかし、ここにいう利他性なる道徳とは、要は情報開示義務を課すべき必要性を社会規範に換言したものである。とすると、アメリカ法においても情報開示義務は信義誠実義務の一つとして、つまり契約上の義務としても、課せられると解されているのであるから、契約にも利他性なる道徳が存するといえるはずである。利他性はなにも信認関係の専売物ではない⁽¹⁰⁸⁾。ではなぜアメリカ法において時に利他性なる道徳による契約と信認関係の区別が主張されるのかといえば、そのように主張する論者が、信認関係と契約とを概念上区別し、かつ、信認関係の拡大現象を肯定的に評価⁽¹⁰⁹⁾しているからである。つまり、信認関係を用いて情報開示義務を課すことを肯定しながら、なおかつ信認関係と契約との区別を維持しようとするれば、情報開示義務は信認関係においてこそ課せられ契約によって課せられる義務ではないと主張するしかないのである。情報開示義務が契約上の義務と把握できないのは、古典的契約観を前提とした場合であること前述の通りである。ゆえに、利他性なる道徳による契約と信認関係の区別を主張することは、その結果として、契約の模範型として頑なとも言えるまでの古典的契約モデルの堅持を主張することになる。これが、利他性なる道徳を理由に契約と信認

関係を区別することの意味である。

信認関係の道具的発動を肯定的に捉えることの意味は、古典的契約観を前提にした既存の法理論に限界を見たこと、むしろ既存の法理論の利用可能性を模索することを止めたことである。そしてそれに起因するのが、利他性なる道徳による契約と信認関係の区別であるなら、日本法にも利他性なる道徳による契約と信認関係の区別がそのまま当てはまるといえるのであろうか。

日本法においても、情報開示義務が課せられるべきとの状況においてそれをどのような法理論により達成するかという問題関心の下、それぞれの問題状況に応じて、詐欺・錯誤・公序良俗の再活性化や信義則に基づく情報開示義務の基礎付けなど、様々な理論構成が試みられている。⁽¹¹⁰⁾これらの法的構成はすべて、情報開示に対する当事者の期待ないし信頼（利他性なる道徳とも言える）を法的に評価する試みである。とすれば、日本法において、利他性なる道徳を契約ないし契約法がもつ法理論によって法的に評価することはできないから—情報開示義務を課すべき必要性を契約ないし契約法がもつ法理論によって法的に評価することはできないから—「契約だけでは足りない、信認関係を要する」と言うことができるであろうか。⁽¹¹¹⁾仮に、情報開示義務を課すべきとの必要性を法的に評価するにつきこれらの法的構成のすべてに限界があると考えられることになったとしても、日本法においては、信認関係を直接の法的根拠にして情報開示義務を課す法的構成をとることはできない。そもそも日本法は、忠実義務の法的根拠となりうる信認関係概念すら有しない以上、それを道具的に利用して情報開示義務の直接の法的根拠にすることもできないからである。

(2) 当事者間に存する信頼の分析

改めて銀行と顧客の関係への信認関係の拡大に目を向ければ、それは、忠実義務の必要性のみを仮託されていた信認関係概念に情報開示義務の必要性をも仮託することである。それが肯定的に評価される場合、情報開示義務の必要性と忠実義務の必要性とが共に「信認」という同じ言葉で語られるよう

になる。忠実性の要求という伝統的な信認という性質と、情報開示義務を要求する「信認」はその意味が全く異なるにも関わらず、両者を同じ「信認」という言葉で表すことにより、あたかも同じ意味の信頼から両義務が基礎付けられているかのように見えてしまうのが、信認関係の拡大に存する「落とし穴」⁽¹¹²⁾である。Commercial Cotton 事件の「準信認」と3裁判例の「trust and/or confidence」を区別せず「信認」という言葉で一括した Barrett 事件が典型である。それによって、信認関係は「影響力が獲得されて濫用され、あるいは信頼が寄せられそれが裏切られたといえるすべての場合」に生じるといわれ、さらには「当該信頼が何を原因に生じたかは重要ではない。それは道徳的に生じることもあれば、社会的、家族関係あるいは単なる個人的なものとして生じることもある」⁽¹¹³⁾とすらいわれるようになる。そして、そこにいう「信認」という性質が、時に忠実義務、時に情報開示義務、時に信義誠実義務として現出するようになるのであるから、これではもはやなんでもありである。この点を指して「信認関係は正義を行なうことを容易にし、美德を促進する」⁽¹¹⁴⁾と評価されることもあるが、正義を行なうための理論がないなら、それはただの裁判官の説教か直感でしかない⁽¹¹⁵⁾。信認関係があらゆる義務の必要性を代弁させるための概念になることが、信認関係の拡大であり信認関係概念の流動化である。アメリカ法における信認関係の拡大現象を検討することで日本法への示唆を得ようとするならば、信認関係の拡大現象において信認関係に仮託されている信頼の内容を分析し、そこでの「信認」の意味を問わなければならない。

3 医師患者関係への信認関係の拡大

(一) 当初考えられていた信認関係と医師の信認義務

医師患者関係は、アメリカ法においても契約から生ずるといわれる⁽¹¹⁶⁾。しかし、通常の契約の場合と同様に患者が医師と交渉し、医療行為の内容を定めることで医師の債務不履行の基準を決定することは通常困難である。そのた

め、医師のいかなる行為が債務不履行となるかの判断基準は、一般には、契約当事者の合理的な期待ではなく、不法行為における過失により判断される⁽¹¹⁷⁾。他方アメリカ法では、医師患者関係は古くから信認関係でもあるといわれてきた。患者は医療行為という専門的行為につき自ら決定する能力を有しない以上、医療行為についての判断は全て医師に委ねられるべきであり（医療パターナリズム）、医師は患者の最善の利益のため患者に代わり医療行為について決定すると考えられていたからである⁽¹¹⁸⁾。これが、患者の最善の利益のために行為する義務、すなわち、当初考えられていたところの医師の信認義務である⁽¹¹⁹⁾。そして、患者は医師を信頼し医師の判断に従うべきとの関係が、医師患者間における信認関係である。確かに、医師患者関係が信認関係とされる理由として、患者が医療行為に関する決定権の全てないし一部を医師に委譲する点で代理に類似すると説明されることもあるが⁽¹²⁰⁾、忠実義務とはまったく異なる義務を信認義務と呼んでいる以上、ここでの信認義務・信認関係は医師患者関係に独自のものであり、そもそも伝統的なそれとは全く異なる概念であると考えなければならない。

また、このような信認関係からは、患者の自治のための医師の情報開示義務は導かれ⁽¹²¹⁾ない。情報の開示が患者の最善の利益のために必要であれば医師は開示義務を負うものの、いかなる情報が患者の最善の利益のためになるかの判断は、医療行為の一環として、医師の判断にその全てが委ねられるのであり、結局は「医師と患者とのコミュニケーションは、それが特定の処置方法に患者を従わせるよう説得するのに必要な限りでのみ推奨される⁽¹²²⁾」にすぎないからである。この意味で、医師の信認義務は、患者の自己決定の利益と相反し、それを上回る⁽¹²³⁾。このような医療パターナリズムを批判し、患者の自己決定のための医師の情報開示責任が主張され始めるのは、20世紀に入ってからである⁽¹²⁴⁾。

(二) インフォームドコンセント理論における医師の情報開示責任

アメリカ法におけるインフォームドコンセント理論は、まず、不法行為上

の battery の理論構成の中で発展する。battery 理論は、同意に基づかない身体への故意による物理的接触によって被接触者に損害が生じた場合に損害賠償を認めるため、医療行為が患者の身体への物理的接触を伴う場合、それが患者の同意に基づかないのであれば、battery を構成しうる。それまで一旦診療契約が締結されれば、以後いかなる医療行為がなされるかにつき医師は自由裁量を有すると考えられていた点を、battery 理論により、なされる個別の医療行為に対する患者からの同意を要求することで医師の裁量を制限したことが、インフォームドコンセントを認める端緒となる最初の法的構成である。同意のない物理的接触をもって battery が成立するため、患者からの同意が存しないのであれば、たとえ医療行為が適切に行われていたとしても、また医療行為により患者が利益を受けていたとしても、battery は成立⁽¹²⁵⁾する。さらに、なされた医療行為により患者に身体損害が生じていなくとも、少なくとも名目的損害賠償は認められ、場合によっては懲罰的損害賠償も認められる⁽¹²⁶⁾。しかし、本来反社会的行為を対象とする battery 理論を正当な医療行為に適用することに対する消極的な姿勢が存したこと等を理由に、現在 battery 理論の適用は制限され、battery が成立するのは患者の同意が何ら存しないといえる場合に限られている⁽¹²⁷⁾。そのため、医療行為に存するリスクの不開示など、適切な情報の開示に基づかない同意が問題となる場合は、なされた同意は有効であるとされ、battery 理論によって医師に情報開示責任を問うことは困難とされている⁽¹²⁸⁾。

そこで、現在インフォームドコンセントをめぐる問題のほとんどは、通常⁽¹²⁹⁾の不法行為における過失（注意義務）の問題として処理されている。すなわち、医師は患者に対し一般的な注意義務の一つとして情報開示義務を負うとされ、いかなる情報の不開示が情報開示義務違反となるかは、過失（注意義務）の判断によりなされることがインフォームドコンセント理論として確立している⁽¹³⁰⁾。そもそも、いかなる情報が患者に開示されるべきかの判断は医療行為の一環としての側面があるため、通常の医療過誤と同様、医療行為の合

理性を問う過失理論の方が battery 理論より適切であると一般に説明される。⁽¹³¹⁾ なお、医師の情報開示義務を、当事者間の診療契約上の義務としてではなく不法行為上の注意義務の一つとして捉えるのも、そもそも医師の義務内容（債務不履行を決する基準）を不法行為の過失に委ねたがため、医療過誤をめぐる問題が不法行為の枠内で処理されるようになったことに起因すると⁽¹³²⁾されている。

インフォームドコンセントという言葉を最初に用いた *Salgo v. Leland Stanford Jr. Uni. Board of Trustees* は、⁽¹³³⁾ 医師は医療行為につき単に患者からの同意を得るだけでは足りず、「患者が賢明な同意をする基礎を形成するために必要な事実のすべて」⁽¹³⁴⁾ を開示する義務を負うと判示する。しかし、医師の情報開示責任は、患者のインフォームドコンセントにとり必要とされる事実の完全な開示であり、いかなる事実がインフォームドコンセントにとり必要な事実であるかの判断には医師に「一定の裁量」⁽¹³⁵⁾ が存することもまた認める。あまりに多くの情報を開示をすることによって、かえって患者を不安にさせ、患者の精神状態に悪影響が出る場合など、情報をすべて開示することが患者の利益のために行為すべき義務（信認義務）に反する場合があるからである。⁽¹³⁶⁾ そのため、いかなる情報が開示されるべき情報であるかの判断基準が問題となるところ、多数派は、それは医療行為の一環であるから合理的な医療水準に照らして判断されるべきと考える。⁽¹³⁷⁾ しかし、合理的な医療水準により開示すべき情報か否かを判断するのであれば、これまでの医療実務が前提としてきた医療パターンリズムを容認することにもなりかねない。そのため、裁判所はインフォームドコンセントを認めているとは言っても、結局のところ患者の自己決定権の保障はリップサービスに過ぎないとすら評価されることもある。⁽¹³⁸⁾

さらに、既存のインフォームドコンセント理論が過失理論で構成されているために、インフォームドコンセント理論において医師の情報開示責任を問うためには、原告は（１）適切な情報が開示されていたならば、合理的な患

者であればなされた医療行為に同意していなかったであろうこと（決定の因果関係）、及び（2）医師の情報不開示を直接の原因として患者に身体損害が発生していること（損害の因果関係）という二つの因果関係を証明しなければならない。⁽¹³⁹⁾そのため、例えば手術に伴うリスクの不開示責任を問う場合、たとえ問題となったリスクの開示がなされても合理的な患者であれば手術に同意していたであろうといえる場合には、決定の因果関係が欠けているため、たとえ当該リスクが現実化し患者に損害が生じていても医師に情報開示責任を問うことはできない。また、過失不法行為においては精神的損害のみでの損害賠償請求が認められていないため、損害の因果関係としては、不開示のリスクが現実化し患者に身体損害が生じていなければならない。⁽¹⁴⁰⁾結果として、現実の訴訟においてインフォームドコンセント理論を用いて医師の情報開示責任が認められる多くの場合は、なされた医療行為に過誤が存し患者に身体損害が生じているとも言いえる場合であり、この意味で患者の自己決定権それ自体は直接の保護の対象とされておらず、通常の医療過誤訴訟の付属物としての位置づけしか与えられていない。⁽¹⁴¹⁾そこで、例えば、決定の因果関係の判断においては合理的患者基準ではなく原告患者自身を基準として情報が開示されていれば医療行為に同意していたであろうか否かを問うべきであると主張する（主観的患者基準）、⁽¹⁴²⁾あるいは決定の因果関係自体を不要とし医師の情報不開示それ自体をもって義務違反を認めるべきであるとの立法的提言がなされることもある。また、精神的損害しか生じていない場合も名目的損害賠償を認めることで、医師の情報開示義務違反の成立を認めるべきとの主張もある。⁽¹⁴⁴⁾これらの主張に共通するのは、既存のインフォームドコンセント理論に代わる「患者の自己決定権の価値を真に評価する不法行為法」⁽¹⁴⁵⁾の定立を目的としている点である。これを換言すれば、医師の情報開示責任を独立の責任類型として確立することを目指しているのである。

この点確かに、既存のインフォームドコンセント理論における医師の情報開示義務を、「患者の身体状態に関連する情報の完全な開示をする」という

信認義務と定義し、インフォームドコンセント理論における医師の情報開示義務が、医師患者関係における信認関係をその根拠としているかのように説明されることもある。⁽¹⁴⁶⁾しかし、医師の情報開示義務違反それ自体を独立の責任類型として問うことが認められていないアメリカの既存のインフォームドコンセント理論を前提にしながら、医師患者関係を「信認関係」と定め、そこで課されている医師の情報開示義務を「信認義務」と呼ぶのであれば、そこでの「信認関係」あるいは「信認義務」にはどれほど意味があるのだろうか。

(三)「枠」としての信認関係

そもそもアメリカ法においても、医師患者関係における信認関係は、医師の情報開示義務の法的根拠とはされていない。医師の信認義務が情報開示義務を否定する根拠であったのに対して、インフォームドコンセント理論が患者の自己決定権を根拠に、その実現のために問うてきたのが医師の情報開示責任である。⁽¹⁴⁷⁾そのため、「信認関係という言葉は、インフォームドコンセントの事案においてしばしば登場するが、これはインフォームドコンセントの法発展を方向付けるものではない。むしろインフォームドコンセントの発展を囲む枠である」と⁽¹⁴⁸⁾評される。つまり、既存のインフォームドコンセント理論において医師に情報開示責任が問われている現状を指して、「医師患者関係において医師には情報開示義務が課せられている」ということを「信認関係において医師には信認義務が課せられている」とそのまま言葉を換えて述べるにすぎない。ここでの「信認関係」は、「枠」ないしは医師患者関係という事実関係それ自体を言い表すための一つの名称でしかない。医師患者関係を指す一つの名称でしかないからこそ、インフォームドコンセント理論の発展と共に医師患者関係のあるべき姿が変化しながらも、「信認関係」という言葉だけは残り続けたのであり、医療パートナーリズムを前提とする医師患者関係もまた信認関係と称され、既存のインフォームドコンセント理論における医師の情報開示義務が存する医師患者関係もまた信認関係と称される。

そして、アメリカ法において新たなインフォームドコンセント理論の確立を目指す論者は、「決定するというより助言することを強調する」医師患者関係の新たなモデルを提案するのであり、時にそれは医療パートナーリズムを意味していた当初の「信認関係」の意味の修正として提案されている⁽¹⁵⁰⁾。つまりここでは、事実関係としての医師患者関係の名称である「信認関係」という言葉に、彼らが考えるところの医師患者関係のあるべき姿である新たな意味を与えることによって、彼らが考える医師患者関係の新たな観念的モデルとしての「信認関係」が提案されているのである。

総じて、医師患者関係における「信認関係」は、忠実義務の法的根拠たる伝統的な信認関係とは全く異なるのであり、さらには、情報開示義務を課すための道具的発動がなされたところの「新たな信認関係」概念とも全く異なる。後者は、必要は法なりと宣言するものではあっても（それを法創造であると肯定的に捉えるならば）情報開示義務の法的根拠ともなりうるものなのであり、その意味では法概念として用いられている。これに対し、医師患者関係における「信認関係」は、事実関係たる医師患者関係の言換えないしは医師患者関係のあるべき姿を現す観念的なモデルの一つの名称でしかないのであり、情報開示義務の法的根拠でもなければ、法的根拠として道具的に利用が試みられたところの概念ですらないからである⁽¹⁵¹⁾。

なお、医師と患者との間になんらかの利益相反が存する場合に、医師は当該利益相反に関する事実を開示すべき信認義務を負うと主張されることもある⁽¹⁵²⁾。しかしこれらはいくまで例外的な場合であり、インフォームドコンセントで問題とされる一般的な情報開示義務とは異なる問題として扱われるべきであろう⁽¹⁵³⁾。

小 括

以上の検討を前提に、日本法において、医師患者関係を「信認関係」と定めて医師の情報開示義務の正当性を信認関係によって説明することが可能であるとすれば、その理由は、日本法において医師の情報開示義務の存在それ

自体はすでに確立しているからなのである。⁽¹⁵⁴⁾つまり、日本法において医師が情報開示義務を負うと解されているところの医師患者関係を指して、そこに「信認関係」という「枠」ないし新たな名称を与え、医師の情報開示義務に「信認義務」という名称を与えるのである。既存の状況に対し信認関係ないし信認義務という新たな名称をつけただけである以上、それだけではこれまでと何か法的に異なる帰結が導かれるわけではない。もっとも、医師に情報開示義務が課せられている医師患者関係が医師患者関係のあるべき姿であるとすれば、そのあるべき医師患者関係を「信認モデル」と名称づけることもできるのであり、⁽¹⁵⁵⁾このような名称をもって一定の観念的モデルを提示することには重要な意義が存する。しかし、そこにいる「信認関係」はあくまで観念的モデルの一つであり、またそこにいる「信認関係」は医師患者関係を言い表す名称の一つでしかないということにも留意すべきである。問題は、そのような医師患者関係のあるべき姿としての「信認モデル」をどのような法的構成でどのような具体的な権利義務に基づく法的関係へと転化させていくかである。⁽¹⁵⁶⁾

この点を、「日本法も契約とは別に信認関係なる概念を要するのか」という問題から考えれば、日本法でも医師患者関係は診療契約に基づくとき、一方では契約により医師患者関係を法的関係として評価し、その内容や特質の分析を通して、医師の情報開示義務についても診療契約上の義務として説明されてきた。⁽¹⁵⁷⁾他方、医師の情報開示義務は不法行為上の義務とも解されている。⁽¹⁵⁸⁾医師の情報開示義務が契約上の義務であるか不法行為上の義務と解すべきかはここでは詳論できないが、いずれにしても、これまでの学説・裁判例の蓄積により確立した医師の情報開示義務を改めて信認義務と名称づけ、それが課せられているところの医師患者関係を改めて「信認関係」と名称付けるだけでは、そのような「信認関係」を法概念たる診療契約（ないし準委任契約）によって法的に評価することができないと結論付けることはできない。この点、「信認モデル」と「契約モデル」という対立図式の中で医師患

者関係は「契約モデル」とは異なると指摘されることもあるが、そこでいう「契約モデル」はアメリカ法でなされる信認関係と契約との区別を受けてのものであり、明らかに古典的契約観を前提とする。⁽¹⁵⁹⁾ そうであれば、古典的契約観もまた契約についての一つの観念的なモデルでしかないことも想起されるべきではなからうか。

なお、医師の情報開示義務の法的根拠を信認関係に基礎付けることに対しては、銀行の情報開示義務を信認関係の道具的発動によって根拠付けたことに対するのと同様の批判がなされている。例えば、患者からのカルテ開示請求を認めるために、医師はカルテを開示すべき信認義務を負うと判示したカナダ連邦最高裁判決に対しては、患者の医療記録へのアクセスを認めるための「適切な法メカニズムを発展させられていなかったがゆえに信認義務が創り出された典型的な状況である」と評され、⁽¹⁶⁰⁾ 患者に自己の医療記録へのアクセスを認める必要はあっても、その目的のために新たな信認義務を創りだすべきではなかったと批判されている。⁽¹⁶¹⁾ 「忠実性という問題は生じていない」⁽¹⁶²⁾ 以上「医師を受認者と類型付けても、なぜ彼が…情報を開示する…義務を負うかの理由にはならない」⁽¹⁶³⁾ からである。

当事者間に存する信頼の法的評価の仕方と信頼の意味の分析—結びにかえて—

すべての契約には、なんらかの信頼という要素が存する。長期継続的な契約においては関係の継続に対し当事者が信頼を寄せ、銀行と顧客の融資契約等においては一定の場合に銀行に対して適切な情報の開示がなされることへの顧客からの信頼が存する。患者は医師に対し医療行為について適切な情報開示がなされることにつき信頼している。これらの信頼を法的に評価した結果が、それぞれ、恣意的な関係の終了をしない義務・情報開示義務であり、それらは他者の利益のために行為する義務との総称で呼ぶこともできる。また、これらの義務の必要性を社会規範により説明すれば、これらの義務が課

せられる当事者間には他者の利益のために行為すべき道徳が存するというこ
ともできる。⁽¹⁶⁴⁾しかし、問われているのは、ある関係における当事者間の事実
的な信頼の内容を分析し、それをどのような法的構成で評価するかである。⁽¹⁶⁵⁾
アメリカ法における信認関係の拡大現象が日本法に与える示唆は、日本法に
おいても信認関係を拡大させるべきである、あるいは契約だけでは足りない
という示唆ではない。拡大現象下で問題とされている各々の義務につき、そ
れらをいかなる法的構成でもって基礎付けることが妥当であるのかという問
題提起こそが、信認関係の拡大現象が日本法に与える示唆である。

そこには、契約上の義務はいかにあるべきかという根源的な問題への問い
も含まれるだろう。アメリカ法で、銀行と顧客の関係において情報開示義務
を課すための信認関係の道具的発動が一定程度肯定的に捉えられている場面
では、意識的にせよ無意識的にせよ、約束原理に厳格に基づく契約上の義務
という観念が堅持されるべきとの判断がなされているからである。日本法に
おいて、このような情報開示義務を契約上の義務と構成すべきか不法行為責
任と構成すべきかを論ずる力は筆者にはないが、信認関係の拡大現象との関
係で日本法が信認関係という法概念を有することができるのかという本稿に
おける問いには、以下のように答えたい。すなわち、確かに日本法におい
て、金融サービスの提供者であれ銀行であれ、顧客からの信認を受けている
として、両者間には信認関係が成立すると述べることはできよう。しかし、
それは、情報開示義務であれ「顧客の利益のために行為する義務」というの
であれ、そのような義務を課すべき一定の状況にある当事者間の事実関係を
指してそれを信認関係と名称付け、そのような義務を課すことが必要である
という指摘ないし主張である。あくまで、問題とされる義務を課す必要性が
存する当事者間の事実関係を指す名称として信認関係を用いているのであ
り、アメリカ法が有する法概念としての信認関係とは異なることを認識すべ
きである。アメリカ法の信認関係は、伝統的には忠実義務の直接の法的根拠
たる概念であり、情報開示義務を課すために道具的に用いられている場合で

あっても、情報開示義務の直接の法的根拠として用いることが試みられているのである。アメリカ法では、ある関係を信認関係と定めること自体が法であり、信認関係が義務を課す法的根拠としての地位を与えられているからこそ、伝統的な信認関係における文脈であれ道具的発動がなされた新たな信認関係の文脈であれ、ある関係を「『フィデューシャリー』とさえ言えば、問題が解決する⁽¹⁶⁶⁾」。しかし、そのような信認関係概念を有しない日本法では、当事者の関係を信認関係と定めるだけで義務が基礎付けられるわけではない。問題とすべきは、それぞれの関係において必要であると考えられた各個別の義務を、いかなる法的構成によって評価し、法的義務へと生成するかである。もっとも、必要は法なりと宣言するのが信認関係の拡大現象であるなら、信認関係の拡大は社会に必要とされる信認モデルを提示しているとも考えられうるものであり、信認関係の拡大を通してアメリカ法が達成した結果から日本法が学ぶべきところは多いのではなかろうか。

- (1) 609 F.2d 873, 882-84 (8th Cir. 1979), *cert. denied*, 446 U. S. 918 (1980).
- (2) *Id.* at 884.
- (3) Harry Kursh, THE FRANCHISE BOOM HOW YOU CAN PROFIT IN IT, at 4-6 (Prentice-Hall, Inc. 1967); 川越憲治『フランチャイズシステムの法理論』40-45頁（商事法務研究会、2001）。
- (4) 川越・前掲注（3）46頁。
- (5) Ellen R. Jordan, Unconscionability at the Gas Station, 62 MINN. L. REV. 813, 818 (1977-78); Martin D. Fern & Philip Ian Klein, Restrictions on Termination and Nonrenewal of Franchises: A Policy Analysis, 36 BUS. LAW. 1041 (1981); David Hess, The Iowa Franchise Act: Towards Protecting Reasonable Expectations of Franchisees and Franchisors, 80 IOWA L. REV. 333 (1994-45).
- (6) Jordan, *supra.* n. 5, at 820; Fern & Klein, *supra.* n. 5, at 1041-42; Charles M. Hewitt, Good Faith or Unconscionability? Franchise Remedies for Termination, 29 BUS. LAW. 227, 230-231 (1973-74).

- (7) Jordan, *supra*. n. 5, at 819.
- (8) *F.T.C. v. Texaco, Inc.*, 393 U.S. 223 (1968); *Atlantic Refining Co. v. F.T.C.*, 381 U.S. 357 (1965); 詳細は小塚荘一郎『フランチャイズ契約論』206-221頁(有斐閣、2006)、川越・前掲注(3)47頁; Donald P. Horwitz & Walter M. Volpi, *Regulating the Franchise Relationship*, 54 ST. JOHN'S L. REV. 217, 255 (1980) など参照。
- (9) Jordan, *supra*. n. 5, at 821.
- (10) *Automobile Dealers' Day-in-Court Act*, 15 U.S.C.A. § § 1221-1225 (2008); *Petroleum Marketing Practices Act*, 15 U.S.C.A. § 2801, 2802 (b) (2) (2008); 連邦議会に提出されたものの制定に至らなかった法案については川越・前掲注(3)48-49頁参照。
- (11) 各州法におけるフランチャイズ関係法を横断的に比較検討するものとして、小塚・前掲注(8)118-22頁; Fern & Klein, *supra*. n. 5 など参照。川越・前掲注(3)48-49頁は、1970年代を「法規制問題のラッシュ」と評する。
- (12) Hess, *supra*. n. 5, at 347; また例えば *Automobile Day-in-Court Act* は解約権行使につき製造業者に信義誠実義務を課すものの「信義誠実」は強制や脅迫にあたる行為をしないこと意味するに止まり(15 U.S.C. § 1222, 1221 (e)) 自由解約権制限には不十分であり、ここでも契約法理論の活用が必要とされた。
- (13) Ernest Gellhorn, *Limitations on Contract Termination Rights — Franchise Cancellations*, 1967 DUKE L. J. 465, 466 (1967).
- (14) Gellhorn, *supra*. n. 13, at 506.
- (15) 63 N.J. 402 (N.J. 1973), *cert. denied*, 415 U.S. 920 (1974).
- (16) *Id.* at 409-410.
- (17) *Zapatha v. Dairy Mart, Inc.*, 408 N.E.2d 1370, 1376-77 (Mass. 1980); *Smith v. Price's Creameries*, 650 P.2d 825, 829 (N.M. 1982); *Original Great Am. Chocolate Chip Cookie Co. v. Siegel*, 970 F.2d 273, 281 (7th Cir. 1992); *Sinkoff Beverage Co. v. Jos. Schlitz Brewing Co.*, 273 N.Y.S.2d 364 (N.Y.App.Div. 1966); Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *Principles of Relational Contracts*, 67 VA. L. REV. 1089, 1137-1138 (1981).
- (18) Friedrich Kessler, *Contract of Adhesion — Some Thoughts about Freedom of Contract*, 43 COLUM. L. REV. 629 (1943).
- (19) *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358 (N.J. 1960), cited by *Shell*

- Oil Co.*, *supra.* n. 15, at 408.
- (20) Gellhorn, *supra.* n. 13, at 475; Jordan, *supra.* n. 5, at 816; *Zapatha*, *supra.* n. 17, at 1376-77; *Boat & Motor Mart v. Sea Ray Boats, Inc.*, 825 F.2d 1285, 1291 (9th Cir. 1987); *Original Great Am. Chocolate Chip Cookie Co. Inc.*, *supra.* n. 17, at 282など。1960年代から80年代にかけての非良心性法理についての学説の理解を社会的背景とともに概観できるものとして大村敦 『『非良心性』法理と契約正義』星野英一先生古希記念『日本民法学の形成と課題（上）』526-539頁（有斐閣、1996）。
- (21) *Mobil Oil Corp. v. Rubenfeld*, 48 App.Div.2d 428, 431 (1975), *aff'd mem.*, 40 N.Y.2d 936 (N.Y. 1976) は、*Shell* 事件は制定法の存在があったが故の判示であると評価し、ニュージャージー州におけるようなフランチャイズ関係法を有しないニューヨーク州では公序を理由に自由解約権を制限することはできないと判示する（同旨 *William C. Cornitius, Inc. v. Wheeler*, 276 Or. 747, 752-754 (Or. 1976).）。
- (22) Gellhorn, *supra.* n. 13, at 499; Stewart Gregg, *Franchise Termination and Nonrenewal*, 26 S. D. L. REV. 321, 326 (1981).
- (23) 254 Mich. 82 (Mich. 1931).
- (24) *Id.* at 84-85.
- (25) Gellhorn, *supra.* n. 13, at 499.
- (26) *Bushwick-Decatur Motors, Inc. v. Ford Motor Co.*, 116 F.2d 675, 677 (2^d Cir. 1940); 他にも同旨を述べるものとして *Martin v. Ford Motor Co.*, 93 F.Supp. 920, 921 (D.C.Mich. 1950); *Busam Motor Sales, Inc. v. Ford Motor Co.*, 104 F. Supp. 639, 643 (D.C.Ohio 1952), *rev'd on other grounds*, 203 F.2d 469 (6th Cir. 1953); *Kraftco Corp. v. Kolbus*, 1 Ill.App.3d 635, 639-640 (Ill.App.Ct. 1971); *Rockwell Engineering Co. v. Automatic Timing & Controls Co.*, 559 F.2d 460, 463 (7th Cir. 1977); *Corenswet, Inc. v. Amana Refrigeration, Inc.*, 594 F.2d 129, 135 (5th Cir. 1979); *Amoco Oil Co. v. Burns*, 408 A.2d 521, 524 (Pa.Super.Ct. 1979); *Smith*, *supra.* n. 17, at 830.
- (27) *Bushwick-Decatur Motors, Inc.*, *supra.* n. 26, at 677.
- (28) Gellhorn, *supra.* n. 13, at 503.
- (29) *Bushwick-Decatur Motors, Inc.*, *supra.* n. 26, at 677; *Cardinal Store Co., Inc. v. Rival Mfg. Co.*, 669 F.2d 395, 396 (6th Cir. 1982); *Horwitz & Volpi*, *supra.* n. 8, at 268-270.

- (30) 480 Pa. 366 (Pa. 1978).
- (31) *Id.* at 379-380; 他にも *Ashland Oil, Inc. v. Donahue*, 223 S.E.2d 433 (W.Va. 1976).
- (32) *California Wine Ass'n v. Wisconsin Liquor Co.*, 20 Wis.2d 110, 124-125 (Wis. 1963); *C. C. Hauff Hardware, Inc. v. Long Mfg. Co.*, 136 N.W.2d 276, 278-279 (Iowa 1965); *Alpha Distrib. Co. v. Jack Daniel Distillery*, 454 F.2d 442, 448-449 (9th Cir. 1972).
- (33) Gellhorn, *supra.* n. 13, at 468. *Barish v. Chrysler Corp.*, 141 Neb. 157, 163-164 (Neb. 1942); *Smith, supra.* n. 17, at 830; *Corenswet, Inc., supra.* n. 26, at 135などの判旨を参照。
- (34) 尚、自由解約権制限には他にも権利放棄・禁反言法理の適用もありうるが (*Chrysler Corp. v. Quimby*, 144 A.2d 123, 128-129 (Del. 1958), *rehearing denied*, 144 A.2d 885 (Del. 1958)) ほとんど認められていない。詳細は *Gregg, supra.* n. 22, at 333-335参照。
- (35) Paul D. Finn, *Contract and the Fiduciary Principle*, 12 U. S. N. W. L. J. 76, 81 (1989).
- (36) *Bain v. Champlin Petroleum Co.*, 692 F.2d 43, 48 (8th Cir. 1982).
- (37) *Id.* at 48; 同旨 *ABA Distribs., Inc. v. Adolph Coors Co.*, 542 F.Supp. 1272 (D. C.Mo. 1982); *Picture Lake Campground, Inc. v. Holiday Inns, Inc.*, 497 F.Supp. 858, 869 (D.C.Va. 1980); *Murphy v. White Hen Pantry Co.*, 691 F.2d 350, 355 (7th Cir. 1982); *Dunfee v. Baskin-Robbins, Inc.*, 720 P.2d 1148, 1151 (Mont. 1986); *Gregg, supra.* n. 22, at 336; フランチャイズ関係が信認関係となりうる可能性を指摘する裁判例も存するが (*Carter Equip. Co. v. John Deere Indus. Equipment Co.*, 681 F.2d 386, 390, n.6 (5th Cir. 1982); *Murphy, supra.* n. 37, at 354-55)、これらの裁判例も *Arnott* 事件は信認義務ではなく信義誠実義務を問題としていると評価する (*Carter Equipment Co., supra.* at 392; *Murphy, supra.* n. 37, at 355, n. 4.)。またこれらの裁判例も結論としては信認関係の成立を否定する。
- (38) Gellhorn, *supra.* n. 13, at 472.
- (39) Anne L. Austin, *When Does A Franchisor Become A Fiduciary?: Crim Truck & Tractor Co. v. Navistar International Transportation Corporation*, 43 CASE W. RES. L. REV. 1151, 1159 (1992-93).
- (40) *Mobil Oil Corp., supra.* n. 21; *Premier Wine & Spirits v. E. & J. Gallo*

- Winery*, 846 F.2d 537, 540-41 (9th Cir. 1988); *O'Neal v. Burger Chef Systems Inc.*, 860 F.2d 1341, 1350 (6th Cir. 1988); *Picture Lake Campground, Inc.*, *supra.* n. 37, at 869; *Jack Walters & Sons Corp. v. Morton Bldg., Inc.*, 737 F.2d 698, 711 (7th Cir. 1984); *Boat & Motor Mart v. Sea Ray Boats, Inc.*, *supra.* n. 20, at 1292; *Original Great Am. Chocolate Chip Cookie Co.*, *supra.* n. 17, at 280他多数。
- (41) Friedrich Kessler & Edith Fine, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*, 77 HARV. L. REV. 401, 409 (1964).
- (42) *Armott*, *supra.* n. 1, at 883.
- (43) Gregory B. Westfall, "But I Know It When I See It": A Practical Framework for Analysis and Argument of Informal Fiduciary Relationships, 23 TEX. L. REV. 835, 836 (1992).
- (44) もっとも Harold Brown, *Franchising — A Fiduciary Relationship*, 49 TEX. L. REV. 650 (1971); Hewitt, *supra.* n. 6, at 234, n. 40くらいであり、極めて少数である。
- (45) *Murphy*, *supra.* n. 37, at 355, n. 6.
- (46) Finn, *supra.* n. 35, at 97.
- (47) *Id.* at 90.
- (48) Laura Hoyano, *The Flight to the Fiduciary Haven*, edited by Peter Birks, *PRIVACY AND LOYALTY: IN THE LAW OF OBLIGATIONS*, at 177 (Oxford University Press, 1997).
- (49) JD Davis, *Keeping Fiduciary Liability Within Acceptable Limits*, 1998 SING. J. LEGAL STUD. 1, 2 (1998); Robert Flannigan, *The Economics of Fiduciary Accountability*, 32 DEL. J. CORP. L. 393, 393 (2007).
- (50) 183 Cal.App.3d 1362 (Cal.Ct.App. 1986) . 本裁判例の位置付けについては、Frances E. Freund, *Lender Liability: A Survey of Common-Law Theories*, 42 VAND. L. REV. 855, 870, n. 124 (1989) 参照。
- (51) CAL. CIV. CODE § 1573 (2008), cited by *Barrett*, *supra.* at 1368.
- (52) confidential relationship は信認関係と訳されることもあるが、これは機密情報保持の文脈で用いられることも多く、本稿で問題とする情報開示義務を課す場合に用いられる confidential relationship はそれとは区別すべきと考えること、また本文におけるように relation of trust and (or) confidence という場合 trust

relationship と confidential relationship とに区別して訳すべきでないとも考えるため、あえて原語のまま表記する。

(53) *Barrett, supra.* n. 50, at 1369.

(54) *Id.* at 1368.

(55) *Id.* at 1369.

(56) 163 Cal.App.3d 511 (Cal.Ct.App. 1985).

(57) 620 P.2d 141 (Cal. 1979).

(58) 不法行為上の信義誠実義務違反については、樋口範雄「不誠実な契約違反という不法行為 (Tort of Bad Faith Breach of Contract) — 契約を破る自由の例外」学習院大学法学部研究年報21号25頁以下(1986); N. E. Betsworth, *Commercial Cotton Co. v. United California Bank*: California's Newest Extension of Bad Faith Litigation into Commercial Law, 16 SW. U. L. REV. 645 (1986); Robert E. Keeton, Liability Insurance and Responsibility for Settlement, 67 HARV. L. REV. 1136 (1953-54); *Seaman's Direct Buying Service, Inc. v. Standard Oil Company of California, Inc.*, 36 Cal.3d 752, 780 (Cal. 1984) など参照。

(59) Notes: Insurer's Refusal to Settle— A Proposal for Imposition of Liability above Policy Limits, 60 YALE L. J. 1037, 1037 (1951).

(60) Douglas R. Richmond, Trust me: Insurers Are Not Fiduciaries to Their Insureds, 88 KY. L. J. 1, 14 (1999-2000); *Egan, supra.* n. 57.

(61) 不法行為責任であれば不法行為時(和解を合理的な理由なく拒否した時)に予見可能な損害の賠償が認められる(Thomas A. Diamond, The Tort of Bad faith Breach of Contract: When, If At All, Should It Be Extended beyond Insurance Transactions?, 64 MARQ. L. REV. 425, 434 (1981); W. Page Keeton, Dan B. Dobbs, Robert E. Keeton & David G. Owen, PROSSER AND KEETON ON THE LAW OF TORTS, 5th ed., § 43, at 280-281 (West Publishing Co. 1984).)。

(62) *Egan, supra.* n. 57, at 820.

(63) *Commercial Cotton Co., supra.* n. 56, at 514.

(64) *Sun 'N Sand, Inc. v. United California Bank*, 21 Cal.3d 671 (Cal. 1978).

(65) *Egan* 事件を引用しその要件を敷衍する *Wallis v. Superior Court*, 160 Cal. App.3d 1109 (Cal.Ct.App. 1984) は、信認という言葉は用いていない(事案の詳細は樋口・前掲注(56) 59-60頁参照)。そもそも保険会社は被保険者の賠償責任を

引受けたからこそ、被害者と和解交渉をする権利を有するのであり、保険限度額内については保険会社が責任を負う以上、和解の可否につき被保険者の利益のみを考えるべきとはいえない。保険会社に要求される義務は信認義務ではなく、和解の申入れを誠実に処理する「信義誠実義務の一つでしかない。」（Richmond, *supra.* n. 60, at 16; Diamond, *supra.* n. 61, at 431; *Gibson v. Government Employees Insurance Co.*, 162 Cal.App.3d 441, 446 (Cal.Ct.App. 1984).)

- (66) Kenneth W. Curtis, *The Fiduciary Controversy: Injection of Fiduciary Principles into the Bank-Depositor and Bank-Borrower Relationships*, 20 LOY.L.A.L.REV. 795, 820 (1987); 「当事者の関係を信認であろうと準信認関係であろうとそう特徴付けることなしに結論を導くことができたはずである。」（*Id.* at 821; *Price v. Wells Fargo Bank*, 213 Cal.App.3d 465, 476-477 (Cal.Ct.App. 1989).) 尚、後に現れる *Copesky v. Superior Court (San Diego Nat'l Bank)*, 229 Cal.App.3d 678, 694 (Cal.Ct.App. 1991) は、偽造小切手への支払につき出訴期限の徒過を理由に返金を拒絶した銀行に不法行為上の信義誠実義務違反は成立しない旨判示し、*Commercial Cotton* 事件は先例としての意義はないと述べている。
- (67) John Glover, *Banks and Fiduciary Relationships*, 7 BOND L. REV. 50, 62 (1995).
- (68) 49 Ariz. 34, 46 (Ariz. 1937).
- (69) *Id.* at 43.
- (70) *Id.* at 44.
- (71) *Id.* at 46. 本裁判例の位置付けについては、Freund, *supra.* n. 50, at 867-868 参照。
- (72) 293 Minn. 418 (Minn. 1972).
- (73) *Id.* at 422.
- (74) *Id.* *Klein* 事件もまた *Stewart* 事件と並び銀行と顧客の関係を confidential relation と定めたリーディングケースとして頻繁に引用される裁判例の一つである (Freund, *supra.* n. 50, at 869 参照)。
- (75) 181 N.W.2d 178 (Iowa 1970).
- (76) *Id.* at 182.
- (77) Paul D. Finn, *Good Faith and Nondisclosure*, in Paul D. Finn (ed.), *ES-SAYS ON TORTS*, at 165 (Sydney, Law Book Company, 1989); Richard Nolan, *A Fiduciary Duty to Disclose?*, 113 L. Q. R. 220, 222-224 (1997).

- (78) Hoyano, *supra.* n. 48, at 170; Finn, *supra.* n. 77, at 162; Glover, *supra.* 67, at 62; Flannigan, *supra.* n. 49, at 410.
- (79) 忠実義務違反の免除要件としての情報開示と受認者が注意義務の一つとして負う情報開示義務との区別については、拙稿「忠実義務から見た信認関係の内容とその性質—代理人の忠実義務の法的根拠を探るために—」早大法学会誌58巻2号365-367, 396頁(2008)。
- (80) RESTATEMENT (THIRD) OF AGENCY, § 8.07, 8.09 (2006).
- (81) *Id.* § 8.11.
- (82) そのため、受認者となる者であっても本人と信認関係に入る前(代理契約成立時)には本人と対等な立場で契約を締結するのであり受認者としての情報開示義務を負うことはない(*Maksym v. Loesch*, 937 F.2d 1237 (7th Cir. 1991) 弁護士と顧客との事務委託契約につき「信認関係を成立させる契約は、弁護士その他の受認者に対して契約条項についてすべてを開示したことを証明する困難な証明責任を課すことなく、有効である…契約条項につき、署名する前に、単に他方に説明しなかったということは、詐欺でもなければ不当威圧でもない…たとえ当該契約が信認関係を形成するものであってもである」と判示する(*Id.* at 1242-44))。
- (83) *Klein, supra.* n. 72, at 421参照。
- (84) Westfall, *supra.* n. 43, at 837; Austin, *supra.* n. 39, at 1154.
- (85) 信認関係の拡大現象において問うべきは、信認関係と定められることにより「いかなる利益の保護が目指されているか」である(Robert Flannigan, *The Boundaries of Fiduciary Accountability*, 83 CAN. BAR. REV. 35, 48-49 (2004); Finn, *supra.* n. 77, at 161.)。
- (86) 他にも *Manson State Bank v. Tripp*, 248 N.W.2d 105 (Iowa 1976); *United States National Bank of Oregon v. Fought*, 630 P.2d 337, 344-347 (Ore. 1981); *Beneficial Commercial Corp. v. Murray Glick Datsun, Inc.*, 601 F.Supp. 770, 773 (D.C.N.Y. 1985); *Union National Bank of Little Rock v. Farmers Bank*, 786 F.2d 881 (8th Cir. 1986); *Frazier v. Southwest Savings & Loan Ass'n.*, 653 P.2d 362 (Ariz.Ct.App. 1983); Keeton, *supra.* n. 61, § 106, at 736-740.
- (87) *Market St. Assoc. v. Frey*, 941 F.2d 588, 588-96 (7th Cir. 1991); *Merril Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Boeck*, 377 N.W.2d 605, 614 (Wis. 1985); また、情報開示の責任は錯誤理論や非良心性法理により問うことも可能である(Finn, *supra.* n. 77, at 158参照)。

- (88) *United States v. Braunstein*, 75 F.Supp. 137 (S.D.N.Y. 1947), *appeal dismissed*, 168 F.2d 749 (2d Cir. 1948); R. H. Hawkins, LAC and the Emerging Obligation to Bargain in Good Faith, 15 QUEEN'S L. J. 65, 78 (1990); Eric M. Holmes, A Contextual Study of Commercial Good Faith: Good-Faith Disclosure in Contract Formation, 39 U. PITT. L. REV. 381, 384 (1978); 本田純一『契約規範の成立と範囲』96頁（一粒社、1999）。
- (89) Jamie Cassels, Good Faith in Contract Bargaining, 15 ADVOC. Q. 56, 73 (1993).
- (90) 内田貴『契約の再生』36-39頁（弘文堂、1990）参照。
- (91) Finn, *supra*. n. 77, at 151.
- (92) Cassels, *supra*. n. 89, at 73; Kessler & Fine, *supra*. n. 41, at 407; Hoyano, *supra*. n. 48, at 189; Davis, *supra*. n. 49, at 1; 従って結局のところ、信認関係という法的構成で情報開示義務を課すのは、詐欺の故意を要件としない擬制詐欺や過失不実表示の言換えなのであり（Finn, *supra*. n. 77, at 150参照）、通常の契約においてこれらの法的構成や信義誠実義務の一つとして一方当事者が負うと解されたところの情報開示義務と、信認関係の拡大現象の下で受認者とされた者が負う信義義務の一つたる情報開示義務とは同内容の義務である（Barrett 事件が擬制詐欺の成否を問い本文3裁判例を引用しながら、そこでの情報開示義務を信義義務と名称付けたことからわかる）。後者の場合につき実際にすべての情報開示が求められているわけではない。もっとも当事者間に利益相反が存する場合には異なる問題として扱われよう（後掲注(93) *Deist v. Wachholz* 参照）。
- (93) もっとも、実際に信認関係を根拠に情報開示義務が認められることは少ないように思われる。銀行と顧客の關係の文脈で信認関係について判示した主要な裁判例として扱われるものの多くは、原告から信認関係が存すると主張されたため、（借主が貸主に対して信頼を寄せ、その結果として貸主が借主に対して統制や影響力を及ぼすこと、当事者間に不公平な關係あるいは知識量の格差があることなど）信認関係が存するための一定の要件について述べるも、原告は自己の利益を守ることができる以上「自己の利益を守るべき合理的な注意を行使する責任を免れることは認められない」として情報開示義務は存しない旨判示している（*Denison State Bank v. Madeira*, 230 Kan. 684, 696 (Kan. 1982); *Thigpen v. Locke*, 363 S.W.2d 247, 253 (Tex. 1962); *Stenberg v. Northwestern Nat'l Bank of Rochester*, 307 Minn. 487 (Minn. 1976); *Tokarz v. Frontier Federal Sav. & Loan Ass'n*, 33

- Wash.App. 456, 459-463 (Wash.Ct.App. 1982); *Union State Bank v. Woell*, 434 N.W.2d 712, 721 (N.D. 1989); *McLendon v. Georgia Kaolin Co.*, 837 F.Supp. 1231, 1240 (D.C.Ga. 1993) など)。当事者の関係を信認関係と定め銀行に情報開示責任を課した裁判例としては *Deist v. Wachholz*, 678 P.2d 188, 193-195 (Mont. 1984) があるが、本事案は利益相反関係における情報の開示が問題とされている。
- (94) 前掲注(93)裁判例参照。
- (95) Kenneth M. Rosen, Meador Lecture Series 2005-2006: Fiduciaries, 58 ALA. L. REV. 1041, 1046 (2006-07); もっとも、情報開示義務を課するための信認関係の道具的発動を肯定的に評価した場合、情報開示義務は信義誠実規範に基づいても信認関係に基づいても課せられることになるため、両者の関係、つまり情報開示義務は契約上の義務であるのか法的義務であるのかが問題となろうが、この点につきアメリカ法がいかに評価するかを論じたものは見受けられなかった。他方で、このような道具的発動を肯定すれば契約上の義務と法的義務との区別がなくなるとの批判はなされている (Hoyano, *supra.* n. 48, at 169.)。
- (96) Paul Finn, A Comment, A.J. Oakley, TRENDS IN CONTEMPORARY TRUST LAW, at 213 (Clarendon Press, Oxford, 1996); Finn, *supra.* n. 77, at 153, n. 29; Flannigan, *supra.* n. 49, at 393; Davis, *supra.* n. 49, at 1.
- (97) Finn, *supra.* n. 77, at 153; Davis, *supra.* n. 49, at 1.
- (98) Finn, *supra.* n. 35, at 78; Finn, *supra.* n. 77, at 163; Glover, *supra.* n. 67, at 62.
- (99) Finn, *supra.* n. 77, at 152-153.
- (100) Finn, *supra.* n. 96, at 212; 保険会社と被保険者との関係を信認関係と定めることに反対し「取引における弱者が信認法の下で保護を受けられないということは、弱者は強者のなすがままにされることを意味するのではない…不満のある当事者は他の理論の下で救済を求めなければならないということである」と主張する (Richmond, *supra.* n. 60, at 9)。
- (101) Finn, *supra.* n. 35, at 78.
- (102) *Id.* at 82, 96.
- (103) *Id.* at 97.
- (104) Hoyano, *supra.* n. 48, at 205; 信認関係の拡大現象により「信認義務がコモロー上の義務を支配することが認められる場合、我々が失うものがあるのではなからうか?…コモロー上のこれまでの義務の発展が無意味なものになってしまうの

- ではないか。」(Id. at 172-174.)
- (105) Tamar Frankel, Fiduciary Duties as Default Rules, 74 OR. L. REV. 1209, 1228-29 (1995); Scott Fitzgibbon, Fiduciary Relationships Are Not Contracts, 82 MARQ. L. REV. 303, 340 (1998-99).
- (106) Frankel, *supra*. n. 105, at 1228-29; Fitzgibbon, *supra*. n. 105, at 338; Marleen A. O'Connor, How Should We Talk About Fiduciary Duty? Directors' Conflict-of-Interest Transactions and the ALI'S Principles of Corporate Governance, 6 GEO. WASH. L. REV. 954 (1993).
- (107) Fitzgibbon, *supra*. n. 105, at 308-310参照。
- (108) Hoyano, *supra*. n. 48, at 180.
- (109) Fitzgibbon, *supra*. n. 105, at 308-310参照。
- (110) 潮見佳男「投資取引と民法理論（二）（三）—証券投資を中心として—」民商118巻1号1頁以下、118巻2号161頁以下（1998）、円谷峻『新・契約の成立と責任』262-276頁（成文堂、2004）、後藤卷則「情報提供義務」内田貴・大村敦志編『民法の争点』ジュリ増刊217頁以下（2007）など参照。
- (111) 情報開示義務につき当事者の意思に基づく義務としてその法的根拠を与えることを試みるものとして、宮下修一「契約関係における情報提供義務—非対等当事者間における契約を中心に—（12・完）」名大学法政論集205号201頁以下（2004）。
- (112) Copesky, *supra*. n. 65, at 693; 銀行と預金者の関係を準信認関係と述べることにより当該関係に「考えなしに信認義務一式すべてを持ち込むことになるかもしれない」との危険性を指摘する (Id.)。
- (113) *Texas Bank & Trust Co. v. Moore*, 595 S.W.2d 502, 507 (Tex. 1980); *Sellers v. Sellers*, 428 P.2d 230, 236 (Okla. 1967).
- (114) Fitzgibbon, *supra*. n. 105, at 305.
- (115) Hoyano, *supra*. n. 48, at 174; Westfall, *supra*. n. 43, at 836; Austin, *supra*. n. 39, at 1173; Davis, *supra*. n. 49, at 1.
- (116) Marjorie Maguire Schultz, From Informed Consent to Patient Choice: A new Protected Interest, 95 YALE L. J. 219, 223 (1985); Maxwell J. Mehlman, Fiduciary Contracting: Limitations on Bargaining Between Patients and Health Care Providers, 51 U. PITT. L. REV. 365, 369 (1989-90); *Perry v. Hodgson*, 168 Ga. 678 (Ga. 1929).
- (117) Schultz, *supra*. n. 116, at 224; そのため、一定の結果を確実に約束した場合は

契約上の義務違反が問われる *Sullivan v. O'Connor*, 363 Mass. 579 (Mass. 1973) (鼻の整形手術)。

(118) Schultz, *supra*. n. 116, at 221.

(119) Grant H. Morris, Dissing Disclosure: Just What the Doctor Ordered, 44 ARIZ. L. REV. 313, 313-314 (2002).

(120) Schultz, *supra*. n. 116, at 221; Mehlman, *supra*. n. 116, at 389-90; もっとも医師と患者関係が信認関係といわれるのは、伝統的には、医師に守秘義務が課せられるべき法的文脈に限られてきたとの指摘もある (Hoyano, *supra*. n. 48, at 227.)。

(121) Jay Katz, THE SILENT WORLD OF DOCTOR AND PATIENT, at 1 (Collier Macmillan Pub., 1984); Jay Katz, Informed Consent? A Fairy Tale? Law's Vision, 39 U. PITT. L. REV. 137, 148 (1977); Ruth R. Faden & Tom L. Beauchamp, A HISTORY AND THEORY OF INFORMED CONSENT, at 61 (Oxford Uni. Press 1986); Schultz, *supra*. n. 116, at 221; 新美育文「医師と患者の関係—説明と同意の法的側面(一)」名大法政論集64巻86頁(1975)。

(122) R. Jason Richards, How We Got Where We ARE: A Look at Informed Consent in Colorado? Past, Present, and Future, 26 N. ILL. U. L. REV. 69, 71-72 (2005-06); Faden & Beauchamp, *supra*. n. 121, at 117; Katz, THE SILENT WORLD, *supra*. n. 121, at 1-29.

(123) 「患者の最善の利益の為に行為すべきという信認義務の本質的部分が、医師をして開示を控えるよう説く」(Katz, *supra*. n. 121, 39 U. PITT. L. REV. at 143); Gerald Robertson, Informed Consent to Medical Treatment, 97 L. Q. REV. 102, 121 (1981); Faden & Beauchamp, *supra*. n. 121, at 61; Morris, *supra*. n. 119, at 325; Katz, THE SILENT WORLD, *supra*. n. 121, at 207; Joan H. Krause, Reconceptualizing Informed Consent in an Era of Health Care Cost Containment, 85 IOWA L. REV. 261, 268-269 (1999-2000); *Watson v. Clutts*, 262 N.C. 153, 159 (N.C. 1964); *Lester v. Atna Casualty & Surety Co.*, 240 F.2d 676 (5th Cir. 1957).

(124) Faden & Beauchamp, *supra*. n. 121, at 117; Morris, *supra*. n. 119, at 313-315 三瀬朋子「医師附随情報の開示とインフォームド・コンセント—90年代アメリカにおける判例の展開」国家学会雑誌118巻1・2号113頁(2005)。

(125) Keeton, *supra*. n. 61, § 9, at 38-42.

- (126) Note, The Evolution of the Doctrine of Informed Consent, 12 GA. L. REV. 581, 585 (1977-78); Keeton, *supra*. n. 61, § 9, at 38-42.
- (127) *Natanson v. Kline*, 350 P.2d 1093, 1100 (Kan. 1960), *rehearing denied*, 354 P. 2d 670 (Kan. 1960); Schultz, *supra*. n. 116, at 219; Katz, THE SILENT WORLD, *supra*. n. 121 at 67-69.
- (128) *Cobbs v. Grant*, 8 Cal.3d 229 (Cal. 1972); *Trogun v. Fruchtmann*, 58 Wis.2d 596 (Wis. 1973); *Gray v. Grunnagle*, 423 Pa.144 (Pa. 1966)（これらの事案の詳細については、細川清「医師の説明義務—アメリカ法の場合（上）」判時817号5-6頁（1976）参照）。battery理論及び過失理論の発展と両者の違いにつき Marcus L. Plante, An Analysis of "Informed Consent," 36 FORDHAM L. REV. 639 (1967-68); 新美・前掲注（121）86-100頁、丸山英二「インフォームド・コンセントの法理の現況」法セミ458号10頁以下（1993）、同「アメリカ」シンポジウム「インフォームド・コンセント《再論》」年報医事法学11頁以下（1993）など参照。
- (129) 新美育文「医師と患者の関係—説明と同意の法的側面（二）」名大法政論集65号212-213頁（1976）。
- (130) Schultz, *supra*. n. 116, at 227.
- (131) *Id.* at 226.
- (132) *Id.* at 224.
- (133) 317 P.2d 170, 180 (Cal.Ct.App. 1957). もっとも、過失理論を基礎にした下級審を前提にしながら battery理論を適用した裁判例を引用して判示するため、どちらの理論構成によるのかは判然としない。*Natanson*, *supra*. n. 127が過失理論を用いた最初の裁判例である。
- (134) *Salgo*, *supra*. n. 133, at 181.
- (135) *Id.*
- (136) *Natanson*, *supra*. n. 127, 350 P.2d at 1103; Marilyn R. Davis, Duty of Doctor to Inform Patient of Risks of Treatment: Battery or Negligence?, 34 S. CAL. L. REV. 217, 223 (1961); Jon R. Waltz & Thomas W. Scheuneman, Informed Consent to Therapy, 64 NW. U. L. REV. 628, 638 (1970); *Putensen v. Clay Adams, Inc.*, 12 Cal.App.3d 1062, 1083-84 (Cal.Ct.App. 1970); Morris, *supra*. n. 119, at 325.
- (137) 合理的な医療水準に照らして開示されるべき情報か否かを判断すべきとする考えと、患者の決定にとり重要な情報であるかに照らして判断すべきとする考えがあ

- り、後者はさらに問題となった状況に置かれた合理的な患者であれば重要な情報と考えるかにより判断すべきとする考え（合理的患者基準）と、当該患者自身にとっていかなる情報が重要であるかにより判断すべきとする考え（主観的患者基準）に分かれるが、現在は合理的な医療水準により判断するのが多数である（Richards, *supra.* n. 122, at 87; Schultz, *supra.* n. 116, at 228; 三瀬・前掲注（124）114頁、吉田邦彦『契約法・医事法の関係の展開』297頁（有斐閣、2003））。
- (138) Katz, *supra.* n. 121, 39 U. PITT. L. REV. at 139-140; Katz, THE SILENT WORLD, *supra.* n. 121, at 70-71; Faden & Beauchamp, *supra.* n. 121, at 141; Michael Justin Myers, Informed Consent in Medical Malpractice, 55 CAL. L. REV. 1396, 1401-02 (1967); Richard A Heinemann, Pushing the Limits of Informed Consent; Johnson v. Kokemoore and Physician-Specific Disclosure, 1997 WIS. L. REV. 1079, 1087 (1997); Morris, *supra.* n. 119, at 343; Richards, *supra.* n. 122, at 97; 細川清「医師の開示義務（下）—アメリカ法の場合」判時818号10頁（1976）。
- (139) Natanson, *supra.* n. 127; Schultz, *supra.* n. 116, at 227; Heinemann, *supra.* n. 138, at 1083; 三瀬・前掲注（124）115-116頁、同『医学と利益相反—アメリカから学ぶ』192-193頁（弘文堂、2007）。
- (140) Katz, *supra.* n. 121, 39 U. PITT. L. REV. at 153, n. 42.
- (141) Schultz, *supra.* n. 116, at 219; Finn, *supra.* n. 77, at 165; ロバート・B・レフラー『日本の医療と法インフォームドコンセント・ルネッサンス』長沢道行訳57-58頁（勁草書房、2002）、三瀬・前掲注（139）193-194頁。
- (142) Katz, *supra.* n. 121, 39 U. PITT. L. REV. at 159-160; Katz, THE SILENT WORLD, *supra.* n. 121, at 76.
- (143) 情報の開示がなされたとしても同じ判断を患者がなしたであろうという場合にも、患者の自己決定権が減じられたとはいえるからである（Schultz, *supra.* n. 116, at 262; Heinemann, *supra.* n. 138, at 1091.）。
- (144) Katz, *supra.* n. 121, 39 U. PITT. L. REV. at 161, n. 76; Katz, THE SILENT WORLD, *supra.* n. 121, at 79.
- (145) Morris, *supra.* n. 119, at 342; Katz, *supra.* n. 121, 39 U. PITT. L. REV. at 160.
- (146) Theodore R. LeBlang & Jane L. King, Tort Liability for Nondisclosure: The Physician's Legal Obligations to Disclose Patient Illness and Injury, 89

- DICK. L. REV. 1, 1 (1984).
- (147) Katz, *supra*. n. 121, 39 U. PITT. L. REV. at 139; Faden & Beauchamp, *supra*. n. 121, at 124; Richards, *supra*. n. 122, at 99; Schultz, *supra*. n. 116, at 224; *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772, 787-88 (D.C.Cir. 1972), *cert. denied*, 409 U.S. 1064 (1972); *Natanson*, *supra*. n. 127, 350 P.2d at 1104.
- (148) Katz, *supra*. n. 121, 39 U. PITT. L. REV. at 143.
- (149) そのため、前掲注 (145) 論文に対しては、医師の情報開示責任はインフォームドコンセント理論により説明されており信認義務と定める必要はないと評されている (Schultz, *supra*. n. 116, at 263)。
- (150) Schultz, *supra*. n. 116, at 279; Heinemann, *supra*. n. 138, at 1113.
- (151) なお、信認義務に情報開示義務を含めることで情報の不開示それ自体を信認義務違反として独立の責任類型と捉えることができれば、決定の因果関係を不要と解すことも可能はないかと指摘されることもあるが、可能性の指摘に止まり積極的に主張はされていない (Mehlman, *supra*. n. 116, at 385; Heinemann, *supra*. n. 138, at 1119.)。
- (152) 大きな問題の一つはいわゆるマネジド・ケアを巡ってである (詳細は三瀬・前掲注 (139) 202-203, 233-240頁、Marc A. Rodwin, MEDICINE, MONEY, AND MORALS: PHYSICIANS' CONFLICTS OF INTEREST, at 179 (Oxford Uni. Press, 1993) など参照)。他にも医師患者間の利益相反と捉え得る場合として、なされた医療行為に過誤が存した場合に当該過誤につき患者に開示しなかったことが信認義務違反になると判示した裁判例もあるが (*Nixdorf v. Hicken*, 612 P.2d 348, 354 (Utah 1980). 手術に使用した針が患者の体内に残されていることを術後に患者に開示しなかった事案)、このような場合のほとんどが医療過誤行為自体の責任を問うには出訴期限が徒過している場合であり (*Nixdorf* 事件もそうである)、多くは信認義務の問題ではなく医療過誤の存在を医師が隠匿した場合は出訴期限の進行が停止すると解する (*Sheets v. Burman*, 322 F.2d 277 (5th Cir. 1963); *Guy v. Schuldt*, 236 Ind. 101, 138 N.E.2d 891, 895 (Ind. 1956) など)。いずれにしても「医師の開示義務の問題として議論されることがあるが、全く別個の問題である。」 (細川・前掲注 (128) 3頁)
- (153) Schultz, *supra*. n. 116, at 263; Morris, *supra*. n. 119, at 355; LeBlang & King, *supra*. n. 146, at 36; アメリカ法において、結局のところ実際に信認関係を法的根拠として医師の情報開示責任が問われているのは、医師患者間に利益相反が

- 存する場合という限られた状況においてのみであると指摘されている (Schultz, *supra.* n. 116, at 263; LeBlang & King, *supra.* n. 146, at 36)。
- (154) 唄孝一『医事法学への歩み』(岩波書店、1970)、吉田・前掲注(137)278頁など。
- (155) 樋口範雄「医師患者関係と契約—契約と Contract の相違」棚瀬孝雄編『契約法理と契約慣行』77頁以下(弘文堂、1994)、同「医師・患者関係の性格」法教308号110頁以下(2006)、三瀬・前掲注(139)196-199頁。
- (156) 高島英弘「診療契約の特質と内容—ドイツの議論を中心に—」植木哲・丸山英二編『医事法の現代的諸相』129頁(信山社、1992)、西井龍生「医療契約と医療過誤訴訟」遠藤浩他監修『現代契約法体系第7巻サービス・労務供給契約』(有斐閣、1984)153頁以下。
- (157) 宝塚孝司「医師と患者の法律関係」実務法律体系5医療過誤・国家賠償(1973)5-9頁、高島・前掲注(156)129頁。
- (158) 高島・前掲注(156)152頁、潮見佳男「説明義務・情報提供義務と自己決定」判タ1178号13頁(2005)。
- (159) 三瀬・前掲注(139)196-199頁参照。
- (160) *McInerney v. MacDonald*, 93 D.L.R. (4th) 415 (1992). (事案の詳細は樋口範雄『フィデューシャリー[信認]の時代 信託と契約』6-10頁(有斐閣、1999)参照)。なお、患者の自己決定権侵害が問題とならないカルテ開示請求に対しては、インフォームドコンセント理論を適用することはできない。
- (161) Hoyano, *supra.* n. 48, at 206-207, 211.
- (162) Finn, *supra.* n. 96, at 215.
- (163) Nolan, *supra.* n. 77, at 224; 他方、カルテ開示義務を信認関係に基礎付けることはできないと判示したオーストラリア連邦最高裁判決に対しては (*Breen v. Williams*, 70 A.L.R. 772 (1996) (事案の詳細は樋口・前掲注(160)10-14頁参照)、元来の信認関係概念を維持したものであると肯定的に評価され (Nolan, *supra.* n. 77, at 226.)、「ある関係はその関係の性質上それに特有の義務を生じさせる」のであり、カルテ開示義務は不法行為上の注意義務の一つとして認める方が論理的であるとの主張もある (Finn, *supra.* n. 96, at 215; Hoyano, *supra.* n. 48, at 209)。アメリカ法においても、患者の医療記録へのアクセスが制定法によって認められるまでの間、過渡的な救済策として信認関係を道具的に用いてアクセスを認める法的構成が試みられたこともある(詳細は丸山英二「アメリカ法における医療記録」植木

- 哲・丸山英二編『医事法の現代的諸相』105-109頁（信山社、1992）参照。
- (164) Barbara H. Fried, What's Morality Got to Do with It?, 120 HARV. L. REV. 53, 61 (2007).
- (165) Finn, *supra*. n. 35, at 76-77; Finn, *supra*. n. 77, at 151.
- (166) 道垣内弘人「『フィデューシャリー』がやって来た」証券アナリストジャーナル38巻1号46-47頁（2000）。