

研究ノート

企業年金のリスク (2・完)

高 崎 亨

- 1 はじめに
- 2 企業年金のリスク
- 3 アメリカの企業年金とリスク・法
 - 3.1 年金給付のリスク
 - 3.2 ERISA によるリスク保障 (以上、48 巻 3・4 号)
 - 3.3 ERISA のリスク (以下、本号)
 - 3.4 司法のリスク
- 4 まとめ

3.3 ERISA のリスク

ERISA の規定を読むと、単純なトレードオフを仮定している。議会は、給付の約定をより確実にすることを望むが、コストのせいで評価できるほどに寛大な給付の取り決めがシステム全体に拡大するには至らなかった。⁽¹⁾ ERISA は給付や苦情がなされれば、その安全性とコストの双方に大きく影響を与えうる。したがって、規則を科すことについての問題は、重要な問題でもある。すでに記述したように、その答えは運用成績や期待値、集団の不確実性によって定めなければならない。この章では、こうした不確実性が ERISA によって規律される主要な取り決めと一致しないものを考察する。

A. 確定給付型年金の不確実性

ERISA の圧倒的な注意は、確定給付型企業年金プラン (いわゆる DB) に傾けられていた。⁽²⁾ それ故に、驚くにはあたらないが、法の表現は、議会が年金給付のカテゴリーを規律するための法規則を選択する際には年金給

付約定の保障（確実性）と取引コストのトレードオフとを考慮したものになった。

運用成績の不確実性

伝統的な年金の危機は、運用の不確実性に典型的に表れた。それは基金の欠損による年金協定の破棄という形で現れた。ERISA はこうした不確実性を最小化するための有効な予防手段を含んでいた。議会は強制的な積立規則を制定し⁽³⁾、年金資産を信託形式で保持するように求め⁽⁴⁾、信託を管理する者に特有の義務と禁止事項を課し⁽⁵⁾、年金拠出者が政府管掌型年金保険プログラムを積み立てるための納付保険料を徴収する⁽⁶⁾。こうした予防手段は利害関係者に「コストを負担させすぎる」と批判させるが⁽⁷⁾、社会的合意を形成しやすいようである。

期待の不確実性

いかなる DB プランも明瞭な（しかししばしば意図的に無視されるのではあるが）点は、年金給付額が確定しているところにある。言い換えれば、契約や法的命令によって、当事者間の内容理解の相違を制限するという利点がある。実際、利害関係者全員が年金の内容と価値を知っているという点は、無視できないメリットである。従業員は、それなりに賃金と年金給付について雇用者と交渉しうるし、それに基づいた生活設計と退職計画を合理的に立てることもできる。そうすると、DB の中心的なねらいは、期待の不確実性を減少させることといえる⁽⁸⁾。期待の不確実性の結果が好転すれば、運用の不確実性をも減少させうる。より明確な遠近給付協定は、罰則や補償なくして破棄することが困難になるからである。

すべての被用者給付について、ERISA はいくつかの総論的規定を置いている。年金プランは（福祉プランも）かならず書面を要し⁽⁹⁾、「支払・給付がプランからなされる原理を詳細に述べる」ことを求める⁽¹⁰⁾。同じく、情報公開と報告書の作成を義務化した⁽¹¹⁾。DB プランについては、ERISA はさらに進んでいる。受給権付与については特有の強行法規的契約条項を定めた⁽¹²⁾。書面での取決め形式についても特別な要件を含んでいる⁽¹³⁾。期待の不確実性を縮減する方法は、自己証明 self-evident である。期待の不確実性

の問題は、さらに規制の執行の問題を介して、集団の不確実性を高めうるという、より難解な問題につながる。

集団の不確実性

DB 年金を規制することで、議会は特定の年金内容を広く強制することがないように注意を払わざるをえなかった。年金給付は被用者の最高賃金から算出されなければならないはずである。議会は、ERISA を遵守させるコストを最小化するために知恵を絞った⁽¹⁴⁾。議会は明らかに、給付コストを増大させかねない集団の不確実性について知識も関心も有していた。

しかしながら、高額な給付コストの影響についての関心は、議会に伝統的な民事的規則をあきらめさせた⁽¹⁵⁾。このことは驚くべきことではない。なぜなら、契約の不履行に関する法準則は、取引内容と頻度に制限がある以上に、伝統的な民事責任準則は、DB プランの頻度や寛容さを失わせる恐れさえありうるからである。公正であろうとすればするほど、年金約定も ERISA の規定も、かなり複雑になってしまった。

なぜ、年金に関する法律も協定も、かほど難解になってしまったのだろうか。理由は 2 つ考えられる。ひとつめは、期待の不確実性が大きくなったからである。それゆえに意義ある取引や年金プランを失望させる⁽¹⁷⁾。ふたつめは、運用の不確実性が増大しているからである。それは約諾者に機会主義的行動をとらせる誘因となる⁽¹⁸⁾。おそらく、こうした複雑な年金を設立した被用者が直面する不確実性の peril は、伝統的な責任規則に結び付ける莫大な集団の不確実性を相殺しない。

年金給付の取り決めは、解釈することによって確実性を高めることはできない。年金約定は、ある特定の状態の被用者に、ある特定の権利を付与する契機・資格を付与するものである。資格の付与自体が不確実であるので、その内容やきっかけとなる状態の存在について、ある程度の多義性を含むことは避けられない。常に、そこには、多いか少ないかはともかくとして risk が存在する。この可能性は偏見のない裁定者が、給付協定の意義が若干異なると解することで現実化する。つまり、偏見のない裁定者が年金給付約定の意義について意見が一致しないことがありえればありえる

ほど、年金給付は「不確実」になるリスクが大きくなる。高い流動性は集団の不確実性の問題を起こしうる。なぜなら、リスク回避的な約諾者は流動性の高い協定を締結したがらず、寛容な協定を提供しようとし（実際、平均的約諾者に保険料を請求する）。

しかしながら、比較すれば、DB 約定は不安定でも不確実でもない。⁽¹⁹⁾ 結局それらは労働契約の一部として、あるいは労働条件の一部として必然的に規定されたフォーマットにしたがう。年金約定の範囲では、かなり複雑なところもある。ERISA は伝統的でシンプルな DB プランを保護・育成しようとするものの、近年設立される年金プランは、そういったシンプルさからは遠い。集団の不確実性の最小化に優先する法準則を選ぶ観点は変容しつつある。この環境変化は ERISA の企図する DB の中心的特性に根本的な逸脱を迫っている。

しかし、ひょっとすると、より大事なことは約諾者が非公式にでも、流動性を分配することを適正に位置づけうる、言い換えれば、複雑な年金給付約定をよりいっそう減少させることであろう。結局、ERISA は伝統的な DB プランに対して、「平均的な年金加入者」⁽²⁰⁾ に理解できる方法で情報公開する⁽²¹⁾ ということを求めているに過ぎない。

B. 確定拠出型年金の不確実性

意外に思われるかもしれないが、当初から ERISA は確定拠出型年金（いわゆる DC）プランを規制している。しかしながら、ERISA や内国歳入法が整備される前、DC プランはあまり注目されていなかった。なぜなら不確実性が高いと考えられていたからで、議会は DB プランに関する規制のいくつかを DC にも適用しようとした。もっとも、DC プランの不確実性は、伝統的な DB プランの不確実性とは大きく異なるということが分⁽²²⁾ かっている。

年金約定を概念化する

「確定拠出」というフレーズは、誤解を招くかもしれない。すなわち、だれが、何を、何に拠出するか？ 単純な回答をするならば、被用者がいくらかの現在所得（雇用主からのマッチング拠出を含む）を個人勘定に拠

出する、⁽²³⁾ということになる。しかしながら、単純すぎてこの回答では肝腎なことを明らかにしていない。理論的には、DC は二つの取り決めによって構成される。ひとつめは雇用者による被用者への個人勘定へ特定の金額を拠出するという取り決めであり、もうひとつは雇用主が、その個人勘定の管理と投資に関係するという取り決めである。

ひとつめの取り決め、すなわち拠出の約定は、DB 年金の公的協約に類似する。なぜなら、それはとても単純に作られており、拠出の取り決めも運用の不確実性や期待の不確実性には、ほとんど関係がないからである。⁽²⁴⁾同じく、この取り決めに強制するように設計された法規則は、集団の不確実性を左右するほどのものにはなりそうもない。ふたつめの取り決め、すなわち個人年金勘定に関係するものであるが、不確実性のかなり異なった混成を表す。いうならば、われわれが「フィデュシャリー」への考慮について言及されることにかかわる。⁽²⁵⁾

企業年金に限らず、フィデュシャリー関係は、以下の状況に生じる。すなわち、本人が代理人に、本人の代わりに行動するように望むが、代理人が本人の利益のために誠実に尽くすことを保証するような代理人の行動を監視したり、強制したりすることを好まないかできないような状況に生じる。⁽²⁶⁾しばしば代理人は、本人が持たない専門技術や訓練、能力を有する（医師や弁護士を想起されたい）。このことは監視と信頼への挑戦を示す。直接監視する代わりに、フィデュシャリー関係においては代理人が本人に対して特有の義務を引き受けるか、それに準じた義務を課する。法が信認義務を、ある種の関係に基づいて当事者に課する環境が整備されている。⁽²⁷⁾代理人に対して、本人のかわりに正確に行動すべきか事前に具体的に記入すること、つまり契約によって代理人を規律しようとするのはコストがかかりすぎるか、予想が困難であるかして、基本的には不可能である。それゆえに、取り決めがあるかどうかはともかくとして、法によって信認義務を明らかにすることで、規則的に当事者に様々な行為基準を課するように定められている。⁽²⁸⁾

実質的に、ほぼすべての DC プランで、諾約者は、プランフィデュシャ

リーが諾約者自身で運用しようとする困難すぎたり、コストがかかりすぎたりしてできないような機能を信認関係に依存する。いくつかの信認義務（たとえば取引規制など）は、公正で明白な規制とのセットで規定されているが、ERISA に規定される信認義務の中核的側面は、基準（たとえば、受益者の利益のためだけに行動する義務や、年金プランを慎重に管理する義務など）としてあらわされ、適用される。たとえあったとしても、諾約者はそうした義務が環境特有の方法で意味する信頼を理解しない⁽²⁹⁾。それゆえにこうした信認協約は期待の不確実性の影響を受けやすいという特徴を有する⁽³⁰⁾。

不確実性のインプリケーション

信認協約を潜り抜ける期待の不確実性は集団の不確実性を導くかもしれない。フィデュシャリーが諾約者であろうと、DC プランを管理するために諾約者と働く当事者であろうとも、個人約諾者を保護するために設計された法的レジームは、フィデュシャリーが負わねばならない義務を厳格かつ幅広く構成することで、おそらくフィデュシャリーとして望むことをあきらめるであろう。あるいは、さもないとそうすることのために、彼らにもっと求めるであろう。「フィデュシャリーの冷淡な態度」は、フィデュシャリーの行動を規律する法準則を選択するときには適正な関係ともなる。しかしながら、「フィデュシャリーの冷淡」を効果的に減少させるかもしれない対策がある。たとえば、「シェルター」の獲得で強力な保護責任規則を組み合わせることが可能なことも多い。言い換えると、フィデュシャリーの義務が除去されたり、大きく制限されたりされるような制定法上の記述のある場合のように。おおまかに評価すると、目標は共通して繰り返される事実のパターンに伝統的な規則に従わせることで、基準によって規律される行為の範囲を縮小しようとするものである⁽³¹⁾。

リンケルリターン

上述したように、ERISA の協定を超えて繰り返されるひとつのフィデュシャリー問題がある。すなわち、無権代理（misrepresentation）である。どんな契約であろうとも、これにまつわる議論をすると、以下の 3

つの問題点を挙げる。すなわち、① 諾約者が受益権の内容や受益権に関する行動と決定の結果を、そのどちらかひとつについてフィデュシャリーからアドバイスを求めること、② フィデュシャリーが不正確で不十分なアドバイスを与えること、③ 諾約者がそれに自分の損失を左右されること。一応、法律上はそうした場合に適用されるべきであると定めているが、弱い保護規制は運用の不確実性と期待の不確実性との結果を困惑してしまうかもしれない。⁽³²⁾ 他方で、保護規制を強力にすると、集団の不確実性を大きくするかもしれない。おそらく、こうして増大したコストは重要な意味を持つ。⁽³³⁾ 無権代理を立証するコストは、際限なく大きくなるかもしれない。

C. 福祉給付の不確実性

上述したように、ERISA は年金規制に限定されない。ERISA が企業福祉プランについて、その範囲に包含されていることは、専門の研究者らによってしばしば「あとから加えられたもの」として説明される。

福祉協定には、生命保険や障害保険、そしてもっとも重要な意味を持つ医療健康保険を含むが、退職給付よりも多様な特質を有するために、異なった不確実性にさらされるということは自明である。本稿ではとくに、健康保険にともなう不確実性を集中して取り上げる。なぜなら、ERISA は年金規制と同じくらい厳格に福祉プランを規制するからである。実際、以下の表現は誇張ではない。すなわち、雇用主拠出型の健康保険への ERISA 上の民事執行条項の適用に関連する集団の不確実性は、多くの分野において ERISA の実務的效果を基本的に変容させる、と。ERISA の方針を正確に理解するためには、アメリカにおける健康保険の実態を理解しなければならない。雇用主拠出型健康保険は、不確実性のユニークで強力な混成を示す理由と事項を示す。⁽³⁴⁾

健康保険

保険は、大きな不確実性による損失（保険事故）に対して補償するために、小額の損失（保険料）を負担することを同意する場合に成立する、リスクに対するつなぎである。乱暴に単純化すると、納付する保険料の額は、保険事故の発生可能性と保険事故の規模の大小、付保段階のリスク回避性

向に依存する。

たとえば、さいころが「6」を出したら6ドル支払わなければならない場合、掛け金はいくらになるか？ 損失可能性は6分の1である。損失規模は6ドルである。計算上、公正な保険料は1ドルということになる。ほとんどの人は、6ドルの損失に対してリスク中立的であり、したがって1ドル以上の保険料納付を拒むであろう。このようなリスクに比べて、健康保険は複雑にならざるを得ない。さいころほど計算しやすいわけではない。保険事故が発生したときにいくら必要か、われわれは保険事故の発生可能性と同じくらいに何もわからない。⁽³⁵⁾

健康保険は相当に、難しい保険である。自分が病気になったときにいくら必要か、またどの程度病気になりやすいか、ほとんど誰も知らないからである。それゆえに、ほとんどの人は自分たちが必要とするであろう治療費に基づいた数理的に公正な保険料を、いわゆる「相場」として知ることができない。さらにほとんどの人は、付加保険料も計算しようがない。事務手続きにいくらかかるかわからないからである。実務的には、潜在的被保険者は、病気になったら負担するはずの期待費用を概算し、期待費用をいくらに決めるかという2つの能力を、どちらももたない。それゆえに、かなりわかりやすい計算方法を使っても自己に必要な保険の値段を算出することができない。⁽³⁶⁾

おそらく、潜在的被保険者が健康保険取引に際してなしうことは、被保険者が病気にかかるという保険事故で、自分の健康を回復させるために現代医療を最大限に用いると約定した保険取引と引き換えに支払うことができる最高額の保険料額を決めることしかない。知識のある保険者にとって相当に機能的である市場においては、特異な条件価格だけ守る購入者は、結果に左右される条件付取引を積極的に始めることで、実務上公正と思われる見積もりにショックを受けるかもしれない。言い換えれば、「私は、以下の契約内容で最も安く売ってくれる人から保険を買いたい。私が不都合な医療状態を改善するために必要な治療費を支払うために必要な保障をなんでもかんでも与えてくれるような保険に。」という決め方しかできな

い。保険者は価格競争を行うが、各社の計算は各社独自の計算に基づく。もし、もっとよく売れるような保険価格が潜在的被保険者の条件価格より安価であれば、「治療の必要性」で約定された保険取引は、あいまいな期待損失の計算もしなくなるし、リスク回避の評価以外になにもなくなる、ということになる。⁽³⁷⁾

不確実性の影響

「医療上必要な」治療の約定に関する期待の不確実性の規模の大小を大げさに言うことは困難である。⁽³⁸⁾ 控えめにいっても、それは他の給付契約すべてで現在の期待の不確実性を小さくする。それゆえに、諾約者は規則的ではない治療費の請求を主張する。こうした請求は、法廷が「治療の必要性」の環境依存的意味を確認しなければならないという民事上の訴訟を頻繁に引き起こしてしまう。⁽³⁹⁾

健康保険は、不確実性が高い。なぜなら偏見のない決定者が必要な基準のいくつかの重要事項についてほとんど一致しないからである。さらに、医療上必要な治療は最低限のコストの限界を明確には含まないから、健康保険の上昇圧力にかなわない。医療行為がいかなる潜在的な給付ケアをもすっかり含むために保持される範囲で、その裁定費用とは関係なく、被保険者は（最低の費用からはかけ離れるが）それを求める強い誘因を有する。⁽⁴¹⁾ 保険の専門家は、費用適合的な有用性と関係なく、そうした商品やサービスを推奨する強い誘因を有する。そして結果として、企業家はそれらを生み出す強い誘因を有する。⁽⁴²⁾ 結果、健康保険の価格は上昇することになる。

保険価格の上昇は、雇用主提供型の健康保険の活力を、間違いなく脅かす。⁽⁴³⁾ それゆえに暴騰する保険価格への抛出として知られる法準則は重大な集団の不確実性を引き起こす。⁽⁴⁴⁾ たとえば、健康保険のコストとボラティリティは、懲罰的損害賠償の可能性を増加させ、誤った保障決定で引き起こされる感情的な苦痛を回復させる。それゆえに、保障を制限すれば、健康保険から発生する費用を減少させる。雇用主や代理人によってなされた補償判断を優先する判例も同様である。この分野での法準則の選択は、多く不確実性の重要な熟慮のデリケートなバランスを要する。いかなる与えら

れた法準則に関係した集団の不確実性が不確実性を競争することへの関心に勝るかどうかについて研究された（そして理想的に立法された）評価が必要である。⁽⁴⁵⁾

3.4 司法のリスク

法学者の多くは、ERISA は連邦法であるので、連邦裁判所で解釈・判示されるべきと考えている。⁽⁴⁶⁾ ERISA の目的は、複雑な権利を整理し、実現することで、研究者や弁護士らの利益を増進することではない、と。本章では、ERISA が抱える不確実性の考え方と、執行を実際に行う裁判所が採用する支配的なアプローチ手法について論じる。しばしば、このアプローチは中傷と怨嗟的となる。本稿では、裁判所は、機会があれば集団の不確実性の難解さへの不安を原文の多義性を利用して、明らかな制限的司法解釈へつなげてしまった、と考えている。⁽⁴⁷⁾

A. 民事強制

ERISA 下での民事強制・執行の項目は簡潔な要約が難しいが、本質的には以下のように記述される。すなわち、「給付」条項は、年金プランの当事者がプランから当然に給付されるべき利益を請求することによって権利が発生する、と。同じく「フィデュシャリー」条項は、年金プランの当事者が自分の年金プランを管理する者の行為を取り締まることを通じて権利を発生させる。⁽⁴⁸⁾ 「包括的」条項は、さまざまな利害関係者が適切で公平な権利救済を求めることを通じて権利を発生させる、と。⁽⁴⁹⁾

ERISA 実務上の重要さをかんがみ、こうした条項に米国司法界は多大な注意を払い、規則的に考えている。ここ 20 年、ERISA 研究者らは裁判所に対し、ERISA 体系への態度を理由に鋭い批判を展開してきた。もっとも公明な批判者が J. H. Langbein 教授（Yale Law School）である。以下、本稿でもいくつかの最高裁判例を批評する。

B. 制限的救済

1985 年に、最高裁はマサチューセッツミューチュアル生命保険社対 Russell 事件の判決をくだした。⁽⁵⁰⁾ 争点は、以下のとおりである。Russell 女

史は同社の従業員であったが、背中に病気をもち、苦境に陥った。⁽⁵¹⁾ 彼女は ERISA 上の福祉プランから彼女の容態を改善させるであろう障害保険の提供をもとめた。しかし、数ヵ月後、こうした給付は診察した医師の診断書に基づいて打ち切られた。⁽⁵²⁾ Russell 女史は再審査を求めた。さらにその後、彼女は福祉プランに対して給付を従前の水準に回復するよう、申請を行った。そして彼女は、この期間中の支払いをいったんは福祉プランにさせた後、自らの経済的苦痛を根拠に、損害賠償訴訟を提起した。彼女自身は意図しないものであったろうが、結果的にこの訴訟は大きな意味を持った。彼女は上記のように経済的に苦境に陥ったことと、その間に病状が悪化したことを提訴の理由に挙げた。彼女の訴えは上記「フィデュシャリー」条項に依拠するものであった。この条項はすでに述べたように、プランの管理・運用に関して信託義務違反を通じて損害を回復させようとするものである。⁽⁵³⁾

Stevens 判事によって、裁判所は以下のような判決を下した。すなわち、Russell 女史へはフィデュシャリー違反を理由とする損害賠償を認めなかった。この条項は繰り返すように、年金プランの管理者に「年金プランへの損失」への責任を負わせるためのものであり、受給者への給付の打ち切りや給付の拒否との関連で取り上げるべき条項ではないとの判断による。⁽⁵⁴⁾

Russell 女史は素直に考えるべきであった。彼女は「フィデュシャリー」条項に関する点でしか争わなかった。⁽⁵⁵⁾ Langbein 意見が公表された後、Stevens 判事は以下のように主張した。すなわち、ERISA は「給付の打ち切りや繰り延べに関して、個々の当事者間で定められた条項以外の損害賠償発生事由について、何の記述もない」と。⁽⁵⁶⁾ Russell 女史は「包括」条項による損害賠償を主張しなかったため、裁判所は ERISA の下での損害賠償が可能であるか否かの判断を留保したのである。⁽⁵⁷⁾ にもかかわらず、Russell 事件は大きな影響を与えた。すなわち、福祉給付の打ち切りや繰り延べは約諾者に受け入れられず、保障（補償）されるのはもっぱら事前に取り決められた給付内容のみである、と。⁽⁵⁸⁾

Merton 対 Hewitt 組合事件では、Russell 事件で積み残されたままの論

点を明らかにした。この事件は、Keiser 鉄鋼会社の年金プランの外部アクチュアリーであった Hewitt への請求を含んでいた。原告は Keiser 社の従業員であったがすでに退職していた。かれは Hewitt に対して、Keiser 社の工場が休業閉鎖されるにあたってその数理的計算を変更する際に過失があったと主張した。そして、不十分な準備金しか持たない年金基金を Keiser 社の要求に応じて放置していたとも主張した。彼はこの事件で「包括的」条項を根拠条文とした⁽⁶⁰⁾。

Scaria 判事は、法廷の多数意見を代表して驚くべき意見を述べた（ただし、5 対 4 の僅差であった）。すなわち、「適切なエクイティ上の救済」への「包括的」条項の適用は、「エクイティ上、典型的に救済されるべきものに限られる」と。

Russell と Merton は、給付拒絶や信認違反に関連する結果の損害を補償するような ERISA 受給者の権利を厳格に制限した。判決は両方とも、ERISA の条文の広い考察において、重大な協約違反はないと言う。すなわちこれは、せいぜい裁判所の立場（と仕事）は、断固としたというよりもむしろ、もっともらしく両義的な法律用語を解釈する、ということにすぎない、ということを示す。支配的な理由として、確かに裁判所の判断に研究者が不賛成（あるいは積極的反対）を唱えることは珍しくない。Ginsburg 判事が繰り返すように、93 議会は 15、16 世紀の先例の知識に依存する制限された救済を提供することを目指す、という結論が社会的緊張を促すのである⁽⁶¹⁾。

本稿の観点からは、どちらの意見ももっともであり、もっと理解されてもよいように思われる。裁判所もわれわれと同様、集団の不確実性に大いに頭を悩ましている。Russell 事件によれば、福祉給付が否定されたり、繰り延べられたりする結果、損害を補償してもらうような権利は、集団の不確実性に大きく関連する⁽⁶²⁾。基本的な給付協約は、否定できないほど不安定で、とくに健康保険分野ではコスト的に無視できないほど上昇傾向にある。もし、理由のない拒絶申し立てがあった場合に、約諾者（とフィデュシャリー）が従わなければならないとしたら、保険契約上の長期的給付と

結果の不安定性にさらされる。損害の控除回復は、この継続に焦点を当てる。

Merton 説は、年金管理に関して基本的な信託義務違反があったことを理由とする救済について問題となった。フィデュシャリー⁽⁶³⁾の行為規範は、明らかにしてきたように不安定でかつ重大な集団の不確実性を起こしうる。しかしながら、ダウンスайдの不確実性は、包括条項についての法廷の限界も強まる運用リスクに起因するということを表した。信託条項は金銭賠償を認めており、信託義務違反は年金プランの損失か信託義務者への不当な利益に起因する場合にみとめられる。Mertons の制限は、運用リスクに起因する。信託義務者が損失へのアドバイスに頼る約諾者へ不正確な忠告を与え、プランへの損失はなく、信託義務者への不当な利得もない、という場合が多い。そうした場合、信託条項は単純に適用し得ないであろう。そして、多くの場合がそうであるように、受託者の不正によって、約定では支給資格を得ているにもかかわらず需給を拒否されるならば、給付の引当金による救済はされないであろう。この場合、受託者は重要ではない。受託者が不注意な忠告をすることもありうる。その結果、当然のことながら、紛争が起こる。ERISA はこの場合、沈黙する。

註

- (1) For example, promises—or identifiable aspects of promises—that pose massive performance uncertainty but little collective uncertainty likely deserve different legal rules than promises with a converse balance of uncertainty. The simple reason is that rules that potently address uncertainty of a certain type and magnitude may do little to address (and often worsen) uncertainty of a different type and size. The uncertainty to be tamed drives rule selection.
- (2) Ippolito, ERISA Study, *supra* note 64, at 87 (—Defined benefit pension plans are the primary focus of ERISA...).
- (3) 91. 29 U.S.C. §§ 1081–1086 (2006).
- (4) 29 U.S.C. § 1103(a) (2006) (—[A]ll assets of an employee benefit plan shall be held in trust by one or more trustees || who, subject to limited

- exceptions, —shall have exclusive authority and discretion to manage and control the assets of the plan ||).
- (5) 29 U.S.C. § 1104 (a) (2006) ; see also *infra* note 126 and accompanying text.
- (6) 29 U.S.C. § 1302 (2006). According to ERISA, the Pension Benefit Guaranty Corporation (PBGC) was created :
- (1) to encourage the continuation and maintenance of voluntary private pension plans for the benefit of their participants, (2) to provide for the timely and uninterrupted payment of pension benefits to participants and beneficiaries under plans to which this subchapter applies, and (3) to maintain premiums established by the corporation under section 1306 of this title at the lowest level consistent with carrying out its obligations under this subchapter.
- (7) The argument would be that strict funding requirements—and the cost of regulatory compliance—discourage the offering of pensions, including some pensions that would have in fact been performed (i.e., the reduced performance uncertainty of strict funding requirements is outweighed by increased collective uncertainty).
- (8) Certainly defined benefits also transfer retirement income risk from the promisee to the promisor, although that self-evidently depends on the financial robustness of the promisor and the scope of any government guarantee. In contrast, far too infrequently acknowledged is the real work that defining the benefit accomplishes. Clarity supplies utility whether the promise is soundly or weakly backed.
- (9) 29 U.S.C. § 1102 (b) (4) ; see also MCGILL, *supra* note 56, at 46 (—This requirement’s fundamental purpose is to ensure that the plan is a formal arrangement, communicated as such to all employees affected, and that it is distinguishable from the informal and unenforceable arrangements that characterized the early years of the private pension movement in this country. ||).
- (10) 29 U.S.C. § 1102 (a) (1) (2006).
- (11) See, e.g., 29 U.S.C. § 1022 (a) (2006) (requiring a summary plan description —written in a manner calculated to be understood by the average plan participant ||) ; S. REP. NO. 93-127, at 11 (1973) [http://openscholarship.seealso29U.S.C.1132\(a\)\(1\)\(A\)\(2006\)\(providingremediesforviolationsofdisclosureandreportingrequirements\).](http://openscholarship.seealso29U.S.C.1132(a)(1)(A)(2006)(providingremediesforviolationsofdisclosureandreportingrequirements).)
- (12) 29 U.S.C. § 1053 (a) (2006). The Tax Reform Act of 1986, Pub. L. No.

- 99-514, 100 Stat. 2085, amended ERISA and shortened the vesting periods. See also Langbein, *supra* note 43, at 227 (footnote omitted)
- (13) Defined benefit pension plans are required to provide benefits that are computed via a fixed formula and not within the discretion of the promisor. See Rev. Rul. 74-385, 1974-2 C. B. 130; 26 C. F. R. § 1.401-1(b)(1)(i) (2009) (requiring that a plan provide —definitely determinable benefits ||); see also 26 U.S.C. § 401(a)(25) (2006).
 - (14) One such example was the inclusion of broad preemption provisions. See 29 U.S.C. § 1144(a) (2006). Preemption, among other things, shields promisors that conduct multistate business from having to comply with the regulatory requirements of several jurisdictions, which can pose significant cost.
 - (15) Congress specifically authorized a private right of action permitting a participant or beneficiary in any ERISA plan to bring suit to, *inter alia*, —enforce his rights under the terms of the plan. || 29 U.S.C. § 1132(a)(1)(B) (2006); see also *infra* note 151 and accompanying text.
 - (16) For reasons we explore below, however, ERISA has been interpreted by the Supreme Court such that —consequential damages are not allowed. || Epstein & Sykes, *supra* note.
 - (17) Employees face well-recognized cognitive and transaction cost limitations. See, e.g., *supra* note. Thus, the more complex the defined benefit promise, the more likely the employee will be unaware of its terms.
 - (18) Failure to honor a complex promise may never be detected (i.e., some beneficiaries may not ultimately realize that the promisor is interpreting the promise in a less generous manner than originally intended). Failure to honor a complex promise is also less likely to result in reputational costs (i.e., violating the clear terms of a simple pension is considerably more likely to damage a promisor's reputation). And failure to honor a complex promise is less likely to result in *ex post* legal sanction because it may be difficult, in practice, to establish that the promise was broken.
 - (19) In our view, the same cannot be said for non-formula-based defined benefits such as health insurance. See *infra* Part III.C (exploring, at length, the nature and consequences of the health insurance benefit).
 - (20) Perhaps the downside is that simpler promises do not accurately reflect the nuanced preferences of the players. But that is a policy judgment. Imagine the following: Under Regime A, pension promises are subject to traditional or employee-favoring legal rules. In such a regime, one would expect simple and

- generic defined benefit pensions that closely resemble (or in fact are) standard annuities bought and sold on the open market, with little expectation uncertainty and few disputes. Under Regime B, pension promises are subject to promisor-favoring legal rules (e.g., damage limitations, standards of review deferential to the promisor, and mandatory administrative review prior to commencement of suit). One would expect complicated pensions that might better reflect the specific preferences of many employees but which would also pose heightened expectation risk. Which regime is —better || depends on empirics and normative judgments.
- (21) 29 U.S.C. § 1022(a) (2006) ; see also *supra* note 101 (discussing § 1022(a)).
- (22) For an excellent treatment of the economic arguments underlying the debate over this issue, see James A. Wooten, *Who Should Own a Pension Surplus—Employer or Employees? An Assessment of Arguments about Asymmetry of Risks and Rewards and Deferred Wages in Pension Plans* (May 21, 2008) (unpublished manuscript), available at <http://ssrn.com/abstract=1141918>. For a comprehensive economic analysis of an analogous issue in the non-retirement-plan setting, see MARK J. WARSHAWSKY, *THE UNCERTAIN PROMISE OF RETIREE*
- (23) Some arrangements couple an employee's pretax wage contribution with a employer match, but, functionally, the total —contribution || is all employee compensation. In economic terms, the match represents foregone wages. See *supra* text accompanying note 18 (explaining that all benefits are wage substitutes).
- (24) This is true even where there is no matching contribution ; in that case, the employer is promising to administer the transfer of the employee contribution.
- (25) Were neither of these the case, the arrangement would not be a bilateral benefit promise. It would be an individual tax-preferred savings plan self-administered by the employee who self-funded with wages.
- (26) We use principal and agent in the economic sense—where Party A engages Party B to act on Party A's behalf—not the formal legal sense, where control is an element of agency.
- (27) To what extent such duties are subject to change by agreement is a matter of much academic debate. See, e.g., Victor Brudney, *Contract and Fiduciary Duty in Corporate Law*, 38 B.C. L. REV. 595, 598 (1997).
- (28) See *supra* text accompanying note 115 (identifying the relevance of

- fiduciary duties in some defined benefit pension plan disputes).
- (29) See, e. g., Scott FitzGibbon, *Fiduciary Relationships Are Not Contracts*, 82 MARQ. L. REV. 303, 303 (1999) (—Fiduciary law delineates the ways in which such relationships arise and identifies the standards of conduct to which a fiduciary must conform, including requirements of loyalty, zeal, and self-sacrifice. ||).
 - (30) Some prominent theorists have described the fiduciary relationship as an example of a —relational || or —incomplete || contract. See Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *Principles of Relational Contracts*, 67 VA. L. REV. 1089, 1127 (1981)
 - (31) Whether converting the fiduciary standard to a specialized rule is desirable in any particular circumstance is, of course, a separate question. The predictability of any rule may be outweighed by the loss of flexibility inherent in the fiduciary standard. Moreover, one might challenge the likelihood that government officials will select a desirable rule.
 - (32) See, e. g., *Amschwand v. Spherion Corp.*, 505 F. 3d 342, 344 (5th Cir. 2007).
 - (33) This is true because fiduciaries may have insufficient incentive to exercise care in dispensing advice. Accordingly, fiduciary conduct (or inaction) may result in promisees actively forming mistaken expectations about the content or consequences of the benefit promise.
 - (34) Hyman & Hall, *supra* note.
 - (35) Assume a potential insured determines that the likelihood of getting sick in the coming year is 20%, and the average cost of treatment is \$200. An actuarially fair premium is .2 x 200, or \$40. Of course, the various illnesses one could get vary widely. As such, the cost of treatment varies enormously. Without knowing the extent of such variance, one would have little basis upon which to reasonably calculate the additional risk premium one was willing to pay. Cognitive biases, of course, complicate the matter further.
 - (36) Moreover, such a deal is consistent with social norms always and everywhere promoting the supremacy of health among life's circumstances.
 - (37) Moreover, such a deal is consistent with social norms always and everywhere promoting the supremacy of health among life's circumstances.
 - (38) See, e. g., *Metro. Life Ins. Co. v. Glenn*, 128 S. Ct. 2343, 2350 (2008) (citation omitted).
 - (39) See JAYNE E. ZANGLEIN & SUSAN J. STABILE, *ERISA LITIGATION* 544 (2d ed. 2005).
 - (40) This volatility is arguably increased because impartial arbiters may be

- emotionally biased in favor of individuals seeking care.
- (41) A unit of medical care (e. g., a drug, surgery, or diagnostic procedure) that does five peppercorns of good is arguably more —necessary ¶ than one that does four peppercorns of good, irrespective of the potentially steep cost of the fifth peppercorn.
 - (42) JOSEPH P. NEWHOUSE, PRICING THE PRICELESS: A HEALTH CARE CONUNDRUM 79–103 (2002).
 - (43) There are volatility concerns even in the context of —physical ¶ consequential injuries (i. e., a worsened physical condition). The likelihood of such consequences varies widely and is extraordinarily difficult to predict. Cf. *McCahill v. N. Y. Transp. Co.*, 94 N.E. 616 (N.Y. 1911) (man dies from delirium tremens while hospitalized from car accident). Moreover, it is often difficult to assess whether the consequential injury was partially, or entirely, the result of something other than the benefit denial or delay. See, e. g., Joseph H. King, Jr., Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences, 90 YALE L.J. 1353 (1981).
 - (44) See, e. g., David M. Studdert et al., Expanded Managed Care Liability: What Impact on Employer Coverage?, 18 HEALTH AFF. 7, 8 (1999).
 - (45) For example, it is likely that the limitation of remedies available to victims of wrongful benefit denial or delay will significantly increase performance uncertainty.
 - (46) See, e. g., Fischel & Langbein, *supra* note, at 1107 (arguing that —the mess in ERISA fiduciary law cannot be ameliorated until courts... recognize the multiplicity of interests that inhere in the modern pension and employee benefit trust).
 - (47) At one oral argument, Chief Justice John Roberts candidly remarked: —you’re right that we judicially have developed a number of glosses on [ERISA], including I think most importantly the Firestone deference principle.
 - (48) See 29 U.S.C. § 1132 (a) (2) (authorizing a civil action to recover —appropriate relief ¶); 29 U.S.C. § 1109(a) (2006).
 - (49) 29 U.S.C. § 1132 (a) (3) (B) (authorizing a civil action to recover —appropriate equitable relief ¶ to redress violations of the statute or the terms of the ERISA plan at issue); see, e. g., *Sereboff v. Mid Atl. Med. Servs., Inc.*, 547 U.S. 356 (2006); *Great-West Life & Annuity Ins. Co. v. Knudson*, 534 U.S. 204 (2002); *Mertens v. Hewitt Assocs.*, 508 U.S. 248 (1993); cf.

- Varity Corp. v. Howe, 516 U.S. 489 (1996).
- (50) 473 U.S. 134 (1985).
 - (51) Id. at 136.
 - (52) Id.
 - (53) Ms. Russell had also asserted state-law claims, but they were held preempted. Russell, 473 U.S. at 137.
 - (54) Id. at 140 (emphasis deleted) (quoting 29 U.S.C. § 1109(a) (2006)).
 - (55) Langbein, Trail of Error, *supra* note 154.
 - (56) Russell, 473 U.S. at 144.
 - (57) Id. at 139 n. 5.
 - (58) Although dicta, the lower courts interpreted the broad language in Russell to mean that consequential damages are not available in actions brought to recover benefits due under the plan.
 - (59) 508 U.S. 248 (1993).
 - (60) Id.
 - (61) Id.
 - (62) See *supra* Part III, B-C. Russell was a disability (not health) insurance case. But it strains credulity to believe that the Court, in deciding Russell, was not imagining a world filled with plaintiffs seeking consequential damages in health care disputes.
 - (63) That Hewitt was not a fiduciary, Mertens, 508 U.S. at 253, is immaterial. At issue was the relief available regarding a claim asserted to be actionable because it fell short of a fiduciary-like standard of care.
 - (64) See, e.g., *Amschwand v. Spherion Corp.*, 505 F.3d 342, 348-49 (5th Cir. 2007)

4. まとめ

ERISA はさまざまな法律の集合体である⁽⁶⁵⁾。ERISA はその特徴として、大きく内容の異なる給付の取り決めに規制する。ERISA の ERISA たるゆえんは、雇用契約に直接的に結合しているものを分類する限りにおいてのみ、とてもよく似ている。現代のアメリカにおいては、これらの年金給付協約は、大きな社会的重要性を有する。それらはおよそ 5 兆ドルもの退職資金を管理し、1 億人に健康保険を提供し、2500 億ドルに上る税制上の優

遇措置を受けている。これらの基金を規律する法準則は、財政上も不可欠である。⁽⁶⁶⁾

本稿において、現在の ERISA の解釈と適用を考えるにあたっては、最適の給付ルールを定めている法律である、という考えを改め、さまざまな不確実性に脅かされている、ということを主張した。異なる給付協約を抱え込んでいるという特性と、それに関する議論は、不確実性を考慮に入れるだけで大きく変わりうる。穂的ルールの注意深い選択は、環境に特有の不確実性の同一性、重要性、考量性を含む。本稿の理由にとってこの作業は、あるいは法律上のメリットを越えるものになる。

リスクや不確実性は多義的な専門用語であり、ただでさえ誤解を招きやすい。当事者同士で同じ語を用いているからといって、一致した概念を共有できているかはかなり疑わしい。たとえば、保険論ではリスクも不確実性も「損失可能性」を表す語として用いられるが、金融論では「利得と損失の偏差」として用いられる。さらに、わが国の会社法では、「リスク管理体制」と「内部統制システム」を同じものとして扱い、国会（と厚生労働省）⁽⁶⁸⁾においては、リスクは「積立金を下回る場合」を指すと説明される。法によって、論者によって「リスク」という同じ語でも異なる意味で使われることがあるということを強調して筆を措く。

註

(65) Coincidentally, its drafting and passage overlapped with a different type of conglomerate. See, e. g., Harvey H. Segal, The Urge to Merge: The Time of the Conglomerates, N. Y. TIMES, Oct. 27, 1968, at SM32.

(66) Jess Bravin & Evan Perez, Justice Souter to Retire From Court, WALL ST. J., May 1, 2009, at A1.

(67) Nachman Corp. v. Pension Benefit Guar. Corp., 446 U.S. 359, 361 (1980).

(68) 第189回国会 参議院 厚生労働委員会 第9号（平成二十七年四月二十三日）独立行政法人に係る改革を推進するための厚生労働省関係法律の整備等に関する法律案（内閣提出、衆議院送付）

<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/sangiin/189/0062/18904230062009c.html>（2015年9月1日確認）

(引用はじめ)。○川田龍平君 ありがとうございます。川田龍平です。

独法改革推進法案に関して、年金積立金管理運用独立行政法人、いわゆる GPIF について質問いたします。

(中略)

現在、株式相場は好調ですが、長期的な観点から、このような株式比率が高い基本ポートフォリオによる運用が果たして安全と言えるのでしょうか。国民の大切な年金積立金を過度なリスクにさらしていないか、運用におけるリスクの考え方を含めて大臣の見解を伺います。

○国務大臣（塩崎恭久君） 先ほど来、議論が少しございましたけれども、年金積立金の運用というのは、将来の安定的な年金給付を確保するというのが一番大事なことでございまして、一方で、デフレからの脱却ということを言っておりますけれども、デフレ脱却後の緩やかなインフレの下での経済・運用環境、これに対応しないとイケない。さらには、年金財政上必要な利回りを最低限のリスクで確保するということが必要だということでもございまして、この場合のリスクというのは、いろいろ議論があるわけではありますが、実はこれ、リスクにはいろいろなものがあって、多面的かつ長期的な観点で考える必要がございます。

将来の年金給付をしっかりと確保するためには、年金財政上必要とされる積立金額を下回るリスクをできる限り抑制するということが重要でございまして、今回の変更後の基本ポートフォリオというのは、デフレ脱却、適度なインフレ環境への移行など、長期的な経済・運用環境の変化に即して株式などの分散投資を進めたものでございます。

その結果、単年度の収益率の振れ幅は大きくなって、この振れ幅のことをリスクと言う場合ももちろんありますけれども、我々、年金を預かる者としては、年金財政上必要な積立金を下回るリスクというのは、この振れ幅は大きくなった一方で、少なくなったというふうに理解をしているところでございます。(引用おわり)