HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第70巻 第1号 全1冊
Citation	北大法学論集, 70(1)
Issue Date	2019-05-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/74538
Type	journal
File Information	lawreview_70_1_all.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 70 巻　　第 1 号

論　　説

自招性精神障害の刑法的評価：
「原因において自由な行為」論の再定位（２・完）
…… 竹　川　俊　也　　1

保証契約締結プロセスの規律（３）
―― イングランドにおける信頼の濫用法理の考察を中心に ――
…… 西　村　曜　子　　37

書　　評

リベラルな国際秩序論の再検討
―― G・ジョン・アイケンベリーの議論を手がかりに ――
…… 池　嵜　航　一　　89

雑　　報

北海道大学法学会記事 …… 109

2019（令和元）年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授

厚谷襄児（経済法）
今井弘道（法哲学）
臼杵知史（国際法）
大塚龍児（商法）
岡田信弘（憲法）
小川晃一（政治思想史）
小川浩三（法史学）
奥田安弘（国際私法）
神原勝（行政学）
木佐茂男（行政法）
小菅芳太郎（法史学）
近藤弘二（商法）
笹田栄司（憲法）
東海林邦彦（民法）
白取祐司（刑事訴訟法）
杉原高嶺（国際法）
鈴木賢（比較法）
瀬川信久（民法）
曽野和明（比較法）
高見勝利（憲法）
高見進（民事訴訟法）
田村善之（知的財産法）
道幸哲也（労働法）
長井長信（刑法）
中村研一（国際政治）
中村睦男（憲法）
畠山武道（行政法）
林竧（商法）
林田清明（法社会学）
稗貫俊文（経済法）
人見剛（行政法）
藤岡康宏（民法）
古矢旬（アメリカ政治史）
町村泰貴（民事訴訟法）
松澤弘陽（政治思想史）
松久三四彦（民法）
松村良之（法社会学）
宮本太郎（比較政治経済学）

山口二郎（行政学）
吉田克己（民法）
亘理格（行政法）

教授

會澤恒（比較法）
池田清治（民法）
伊藤一頼（国際法）＊
岩谷將（政治史）
上田信太郎（刑事訴訟法）
遠藤乾（国際政治）＊
尾崎一郎（法社会学）
小名木明宏（刑法）
加藤智章（社会保障法）
岸本太樹（行政法）
桑原朝子（日本法制史）
児矢野マリ（国際法）
権左武志（政治思想史）
齊藤正彰（憲法）
佐々木雅寿（憲法）
嶋拓哉（国際私法）
城下裕二（刑法）
鈴木一人（国際政治経済学）＊
曽野裕夫（民法）
空井護（現代政治分析）＊
田口正樹（法史学）
辻康夫（政治学）
常本照樹（憲法）
○中川晶比兒（経済法）
中川寛子（経済法）
中山一郎（知的財産法）
根本尚徳（民法）
野田耕志（商法）
ハズハ・ブラニスラブ（知的財産法）
△長谷川晃（法哲学）
林誠司（民法）
眞壁仁（日本政治思想史）
水野浩二（法史学）
宮脇淳（行政学）＊
山崎幹根（行政学）＊

山下竜一（行政法）
山本哲生（商法）
吉田邦彦（民法）
○吉田徹（ヨーロッパ政治史）
吉田広志（知的財産法）
○米田雅宏（行政法）

特任教授

朝倉靖（民事実務）
池田茂徳（法実務基礎）
磯部真士（刑事実務）
藏重有紀（刑事実務）
橋場弘之（法実務基礎）
藤原正則（民法）
松長一太（民事実務）

准教授

池田悠（労働法）
伊藤隼（民事訴訟法）
岩川隆嗣（民法）
川村力（商法）
櫛橋明香（民法）
栗原伸輔（民事訴訟法）
小濵祥子（アメリカ政治史）＊
佐藤陽子（刑法）
徐行（比較法）
田中啓之（行政法）＊
津田智成（行政法）
西村裕一（憲法）
馬場香織（比較政治）＊
前田亮介（日本政治史）
三宅新（商法）
村上裕一（行政学）
○森悠一郎（法哲学）
山木戸勇一郎（民事訴訟法）
○山本周平（民法）

助教

前田星（法史学）
山崎皓介（憲法）

雑誌編集委員　○　印　　＊は大学院公共政策学連携研究部専任教員　　△は理事（副学長）

論　　説

自招性精神障害の刑法的評価：「原因において自由な行為」論の再定位（2・完）

竹　川　俊　也

目　　次

問題の所在
　1．背景事情
　2．問題意識
　3．分析視角・分析対象
　4．本稿の構成
第1章　イギリス法における酩酊：判例法における酩酊の地位
　第1節　責任無能力（insanity）の抗弁
　第2節　オートマティズム（automatism）の抗弁
　第3節　酩酊（intoxication）の主張
　　第1項　不任意酩酊（involuntary intoxication）
　　第2項　任意酩酊（voluntary intoxication）
　　第3項　小　括
　第4節　通常の任意酩酊ルールが適用されない場合
　　第1項　任意酩酊に起因する不慮の事故（accidental act）
　　第2項　酩酊による正当防衛状況等の錯誤
　　第3項　酩酊による被害者の同意に関する錯誤
　　第4項　酩酊による免責事由に関する錯誤
　　第5項　小　括
　第5節　検討：任意酩酊ルールに対する原理的な批判
第2章　イギリス判例法における任意酩酊ルールの例外：他の抗弁との競合
　第1節　酩酊に起因する責任無能力・オートマティズム

第２節　酩酊と責任無能力・オートマティズムの同時存在
第３節　検討：酩酊・責任無能力・オートマティズムの事前責任
（以上、本誌前号）
第３章　英米学説の対応：事前責任（prior fault）をめぐって
第１節　事前責任をめぐる学説の展開
第１項　Robinson による統一的な抗弁状況の作出責任
第２項　Fingarette と Hasse による DOM 理論
第２節　考　察
第１項　英米刑法学説における事前責任論
第２項　事前責任が問題となる場面の場合分け：John Child による分析
第４章　日本法への示唆・提言：自招性精神障害の新たな評価枠組み
第１節　「原因において自由な行為」論の問題点
第１項　責任能力を事実的な能力として位置づける点
第２項　結果行為時（責任無能力状態）の主観面を軽視する点
第２節　事前責任：故意と責任能力の相違を自覚した議論の必要性
第１項　故意と責任能力の犯罪論構造上の相違
第２項　例外的責任要素の事前責任：違法性の意識の可能性論からの示唆
第３項　責任能力における事前責任：試論
おわりに　（以上、本号）

第３章　英米学説の対応：事前責任（Prior Fault）をめぐって

第１節　事前責任をめぐる学説の展開

英米の刑法学説においても、わが国における構成要件モデルと例外モデルに対応する理論枠組みがそれぞれ展開されている。構成要件モデルとしては、Paul Robinson による「抗弁状況の作出責任」論が、例外モデルとしては、Fingarette と Hasse による「精神の障害」理論がその萌芽として知られている。以下では、各論者の問題意識にも触れながら両者の見解を分析する。

第１項　Robinson による統一的な抗弁状況の作出責任

Paul Robinson は、刑法上の抗弁に依拠可能な状況を行為者自らが作

出した場合について、統一的な解決が図られなければならないと主張し、以下のように述べる。

> 「[アメリカの] すべての法域において、ある抗弁に依拠可能な状況を行為者が作出した場合に、当該抗弁に依拠することが不可能となる種類の抗弁が存在する。すなわち、抗弁状況の作出は行為者の刑事責任に関連しうるのである。ある抗弁についてこうした関連性が認められるとすれば、他の抗弁についても同様のことが言えるのではないだろうか。[(196)]」

論者は、緊急避難 (lesser evils justification)、自己防衛 (self-defense justification)、強制 (duress excuse)、酩酊による免責 (general intoxication excuse)、酩酊を根拠に犯罪要素が立証されていない旨の主張 (intoxication-based failure of proof "defense") の５つの抗弁・主張について、抗弁に依拠可能な状況を被告人自らが作出した場合における、アメリカの各法域の扱いを網羅的に分析した上で、以下の類型に分けられると指摘する。すなわち、①当該状況の招致について何らかの因果的寄与があった場合に抗弁への依拠を一切認めない立場、②当該状況の招致について事前の落ち度 (fault)、少なくとも過失がある場合に抗弁への依拠を認めない立場、③当該状況の招致について事前に軽率 (recklessness) がある場合に刑事責任の減軽を認める立場、④当該状況の招致についての有責性に対応したレベルの犯罪成立を認める立場、⑤当該状況に陥ることの有責性を考慮しない立場、である[(197)]。

もっとも、各法域の内部においても、自招性の扱いについて統一性を欠いているとされ、アメリカ模範刑法典の内部でも５つの抗弁・主張における自招性の扱われ方には差異がある[(198)]。論者は、「統一的な原理によって、異なる抗弁間でも整合的なアプローチを展開することが可能と

---

(196) P Robinson, 'Causing the Conditions of One's Own Defense: A Study in the Limits of Theory in Criminal Law Doctrine', (1985) 71 Va. L. Rev., at 24.

(197) *Id.* at 2-26.

(198) *Id.* at 20.

なる」[199]として、各法域において現在採られているアプローチを批判しつつ、「抗弁に依拠可能な状況を生じさせた時点における、最終的な法益侵害結果についての行為者の有責性（責任形式）」[200]を考慮する必要性を指摘する。

論者の理論枠組みは、当該行為で問題となっている抗弁を許容しつつも、先行する有責な行為について別途、刑事責任を科すものである[201]。行為者が抗弁状況の作出のみならず、最終的な法益侵害結果についてのメンズ・レアを事前に有する場合には、正当化ないし免責される（結果）行為の惹起について処罰されることになる。行為者の刑罰量は、抗弁状況を作出した事前行為に基づくべきであり、当初の計画の範囲内に行為者の有責性は限定される[202]。この見解によれば、抗弁に依拠可能な状況を生じさせた（原因）行為において、行為者が最終的な法益侵害結果についてのメンズ・レアを有していたかを問えば足りることになり[203]、正当化と免責を通じて統一的なアプローチが妥当することになる[204]。

論者は、この考え方を責任無能力の抗弁においても応用する。すなわち、最終的な法益侵害結果についてのメンズ・レアを原因行為時に有しつつ、免責されうる結果行為を招致したことについて、行為者は適切にも刑事責任を問われることになる[205]。たとえば、妻の殺害を命じる内容の催眠術の施術を催眠術師に依頼した場合には、意図的な殺人について刑事責任を負う。催眠状態における殺害行為は免責されるが、催眠術師を探し出して催眠術を依頼するという、後に被害者の死亡結果を生じさせる意図を伴う、免責されない原因行為によって刑事責任を負うのである[206]。結果行為時に有責に招致した精神障害を有する場合について、論者は以下のように述べる。

---

[199] *Id.* at 26.
[200] *Id.*
[201] *Id.* at 27.
[202] *Id.* at 31.
[203] *Id.*
[204] *Id.* at 33.
[205] *Id.*
[206] *Id.*

「能力障害（disability）を生じさせた時点、……あるいは以前から存在した能力障害の治療を怠るか、少なくとも考慮に入れていた時点において、最終的な犯罪について有責となる。てんかんの持病を有する者が発作抑制薬の服用を怠り、発作中にエレベーターの中で２人［の被害者］に暴行を加えて傷害を負わせたとする。発作抑制薬の服用を怠った時点において、服薬の懈怠が後に他者への身体傷害につながりうると認識していたかを問うことで、彼の刑事責任は適切にも決せられる。もし認識していれば、軽率な暴行罪（reckless assault）の刑事責任を負うべきであるし、それらの人々を傷害する意図が認められるのであれば、意図的暴行罪（intentional assault）で有罪となりうる[207]。」

論者によれば、任意酩酊による犯罪構成要素不存在の主張の場面でも、同様のアプローチが妥当する。行為者の刑事責任は、任意酩酊に陥る時点の行為と、それに付随する後の犯罪に関する精神状態（責任形式）をベースに決せられることになる[208]。これにより、酩酊に乗じて強盗に及ぶ意図を有しつつ酩酊した場合には、犯行時に当該犯罪成立に必要な精神状態を欠いたとしても刑事責任を免れない[209]。

第２項　Fingarette と Hasse による DOM 理論

これに対し、Robinson とは異なる形で事前責任の概念を導入しようと試みるのが、Fingarette と Hasse による「精神の障害」（DOM）理論である[210]。

論者によれば、精神障害によって理性的コントロールが刑法規範の観

---

[207] *Id.*

[208] *Id.* at 35.

[209] *Id.*

[210] Fingarette によって提示された責任能力論については、拙稿「刑事責任能力論における弁識・制御能力要件の再構成（１）」早稲田法学会誌66巻２号（2016年）359頁以下、同「『精神の障害』と刑事責任能力（２）」早稲田大学大学院法研論集159号（2016年）270頁以下、樋口亮介「責任能力の理論的基礎と判断基準」論究ジュリスト19号（2016年）194頁以下参照。

点から不可能（ないし困難）な場合には、刑事責任が否定（減軽）される。こうした状態を指す概念として、「精神の障害（Disability of Mind）」ないし「限定的な精神の障害（Partial Disability of Mind）」という概念が導入され、法的能力障害（legal disability）が重要な要素となる抗弁は「精神の障害」抗弁という形で統一的に理解される。(211)

もっとも、犯行時に「精神の障害」を有していたとしても、任意酩酊や医師の指示に対する不遵守など、「精神の障害」を招致したことの有責性が別途問題となる。(212) 論者によれば、「こうした自招に関する有責性は、『精神の障害』の影響を受けていた者による犯罪行為の有責性を評価する際に、法が体系的に考慮しなければならない――通常の道徳評価ではなされているが、コモン・ロー上はなされていない――事項」である。(213)「精神の障害」招致について有責な場合は、犯行時に「精神の障害」を有していたとしても刑事責任は否定されず、招致について無責な場合（慢性的な非合理性や偶然に引き起こされたトラウマなど）は、「精神の障害」によって刑事責任が否定されることになる。(214)

「精神の障害」の招致に関する有責性については、様々な種類や程度が観念でき、「原因行為時に当該犯罪あるいは軽い類型の犯罪で要求される主観的要素が存在した場合には、これによっても『精神の障害』の有責性が判断される。つまり、責任能力ある事前の行為によって被告人が『精神の障害』、あるいは、『精神の障害』によって刑法上の危害を生じさせる地位のいずれか（ないし両方）を惹起するか、正当な理由なく

(211) H Fingarette & A Hasse, *Mental Disabilities and Criminal Responsibility* (University of California Press, Berkeley and Los Angeles 1979), at 200-1.

(212) *Id.* at 201.

(213) *Id.*

(214) *Id.* at 201-2, 209. 彼らによれば、「精神の障害」の主張は、単なる免責の主張とは区別される。「精神の障害」抗弁は、特定の起訴に対する抗弁というよりは、訴追プロセスを妨げるための主張として理解され、有罪・無罪の判断と「精神の障害」の判断を分離し、「有罪であるが『無責な精神の障害』」と判断された場合には「無罪」という概念は用いられるべきではないとの立場が採られている（*Id.* at 209.）。

その危険を招いたかどうかが問題[215]」となる。

このように、「精神の障害」の自招性が問題となる場面は、①先行行為時に結果行為について特定性のあるメンズ・レアを有する場合（てんかんによって失神や昏睡に陥る可能性が高いことを知りつつ自動車を運転した場合や、被害者を殺害する景気づけのためにアルコールや薬物を摂取した場合）と、②先行行為時にそうした特定性のあるメンズ・レアを欠く場合（飲酒酩酊に陥ってはじめて殺意を抱いた場合）に分けられる[216]。

論者によれば、①については、「精神の障害」理論とは無関係に、最終的な法益侵害結果に関する原因行為時のメンズ・レア（意図・軽率・過失）に対応した犯罪が成立し、「精神の障害」の認定にかかわらず一切の減軽はなし得ない[217]。これに対して、②については、単なる酩酊が「有責な精神の障害」と位置づけられるべきかについては慎重な検討を要するとしつつも、特定性あるメンズ・レアを欠いたとしても直ちに刑罰から免れるわけではないと主張する[218]。たとえば、自招酩酊や処方薬の不投与によって正当な理由なく「精神の障害」惹起の危険を招くことは、実際上は、注意義務の遵守が著しく困難な状態の惹起や、正当な理由のない危険の招致と同義であり、少なくとも、関連する刑法規範について過失の客観基準には反している[219]。このことから、「精神の障害」が有責に招致された場合には、刑法上の過失（negligence）や軽率性（recklessness）の通常のテストから免れず、「有責な精神の障害」が存在する場合には過失や軽率性が非難減軽の「下底（floor）」となるのである[220]。このように、結果行為時に当該犯罪のメンズ・レアを欠く場合であっても、「下底犯罪」としての過失犯処罰が肯定されることにより、刑罰から免れることは不可能とする点に「精神の障害」理論の意義が認められる[221]。

---

[215] *Id.* at 212.
[216] *Id.* at 212–3.
[217] *Id.* at 245.
[218] *Id.* at 214.
[219] *Id.* at 212–3.
[220] *Id.* at 215.
[221] *Id.* at 246–7.

こうした前提の下で、「精神の障害」が関連する場合には以下の４つの評決形式が用いられる。すなわち、㋐無責な「精神の障害」(Nonculpable Disability of Mind)、㋑有責な「精神の障害」(Culpable Disability of Mind)、㋒無責な「限定的な精神の障害」(Nonculpable Partial Disability of Mind)、㋓有責な「限定的な精神の障害」(Culpable Partial Disability of Mind) である。

まず、㋐については、(1)刑法規範に基づいて合理的に行動する精神的能力が欠如し、(2)当該能力の欠如が犯行において主要な役割を果たし、(3)こうした非合理性の招致について有責でない場合に認められる。この類型に該当する場合には、能力の完全な欠如を意味し、「下底犯罪 (floor crime)」としての過失犯処罰からも免れる[(222)]。この類型は、現在の法システムでは、責任無能力や無意識 (unconsciousness)、オートマティズムや行為の非任意性 (involuntariness) といった事例群に対応するとされ[(223)]、非難や刑罰といった選択肢は完全に排除されることになる[(224)]。

また、㋑については、(1)行為者が「精神の障害」を有し、(2)それが当該行為において主要な役割を果たしたが、(3)行為者の事前の行為によって「精神の障害」が招致された場合に認められる。この類型では、意図 (intent) や故意 (knowledge) が要求される犯罪類型の場合には非難や刑罰は減軽されるが、「下底犯罪」としての刑事過失の場合には減軽作用は及ばない[(225)]。この類型の典型例としては、任意酩酊によって一時的にせよ合理性が失われた場合が挙げられ、結果行為時にメンズ・レアを有していた場合には各犯罪の成立を肯定した上で減軽を認め、結果行為時にメンズ・レアを欠いた場合には「下底犯罪」としての過失犯が成立することになる[(226)]。

さらに、㋒および㋓については、(1)被告人が「精神の障害」を有し、(2)それが当該犯行において重要な (material) 役割を果たし、(3)「精神の

(222) *Id.* at 251.
(223) *Id.* at 252.
(224) *Id.* at 253.
(225) *Id.*
(226) *Id.* at 253-54.

障害」の招致について無責（有責）な場合に認められる。「限定的な精神の障害」では、通常の「精神の障害」に比して減軽作用が弱くなり、刑事過失が問題となる場合には、類型㋓については減軽が認められず、類型㋒のみ減軽が認められることになる。[227]

第２節　考　察

第１項　英米刑法学説における事前責任論

以上、前節では、責任無能力の抗弁に依拠可能な状況を行為者が事前に作出したことを根拠に、当該抗弁の援用を妨げるための方策に関する英米刑法学説の議論を一部紹介した。

まず、Robinson 説は、（法益侵害結果についてのメンズ・レアを事前に有することを条件に）原因行為に可罰性を肯定しようと試みる点で、わが国における構成要件モデルと同様の見解と評することができる。[228]

---

[227] *Id.* at 254. Fingarette と Hasse による「精神の障害（DOM）」理論を体系的な整合性を図りつつ、責任能力の判断場面に射程を絞った形で精緻化しようと試みる論者として、Norman Finkel が挙げられる。Fingarette と Hasse の立場との相違としては、①「精神の障害」招致の有責性評価を有責・無責の二段階ではなく有責・部分的に有責（partially culpable）・無責の三段階とし（N Finkel, *Insanity on Trial* (Plenum Press, New York 1988) at 282–4.）、②アクトゥス・レウスで問題となる行為性の中にも任意性などの精神的要素が含まれることから、有責な「精神の障害」に可罰性を認めたとしてもそれ以前の行為性の欠如の主張による潜脱（行為性が欠けた場合には下底犯罪としての過失犯の成立も認められない）を防ぐため、㋐行為の外形から客観的に再構成されるアクトゥス・レウス（behavioral *Actus Reus*）、㋑行為者性（the *Mens* Phase）、㋒「精神の障害」招致の有責性（culpability for the DOM）、という形で犯罪論体系を再構築する点が挙げられる（*Id.* at 291–7.）。また、Edward Mitchell による「メタ責任能力（meta-responsibility）」論も、Fingarette と Hasse の議論に示唆を得ながら、責任能力の概念内部で自招性を評価しようと試みる。E Mitchell, 'Madness and Meta-responsibility: the Culpable Causation of Mental Disorder and the Insanity Defence', (1999) 10 Journal of Forensic Psychiatry 3, at 616–8.

[228] L Alexander, 'Causing the Conditions of One's Defense: A Theoretical Non-problem' (2013) 7 Criminal Law and Philosophy 3, at 626は、Robinson 説の方向性について「理論的に何ら問題ない」と肯定的に評価する。また、Robinson の構想を責任能力の自招性の文脈で援用する見解として、*Mackay* (n

同説では、結果行為時に（メンズ・レアなど）犯罪の原則的構成要素の欠落が問題となる場面と、（心神喪失や正当防衛など）犯罪の例外要素の適用が問題となる場面とで議論が区別されていない。それゆえ、例外要素の事前責任が問題となる場面においても、抗弁を妨げるのではなくむしろ、原因行為時に抗弁事由を生じさせたことを犯罪化する見解として位置づけることができる。(229)

同説のアプローチには、軽率による暴行罪の成立には「自らの作為や不作為が攻撃性や予測不可能性、制御困難性を招き、他人を傷害することにつながりうると知りつつ当該行為に固執し、あるいは必要と知りつつ何ら是正措置をとらなかったこと」(230)の立証が求められるとした、Bailey 判決との類似性が見て取れる。この点について、Mackay は以下のように述べる。

> 「障害（disability）の発現によって最終的に他人を傷つける可能性があることの認識は、当該犯罪の成立に必要なレベルの有責性の存在によってはじめて有罪判決が可能となることを保証する点で、落ち度の均衡（fault equation）に不可欠な要素である。」(231)

もっとも、最終的な法益侵害結果についてのメンズ・レアが要求されるとすれば、同説から可罰性が肯定されるのは、「犯罪に出るための景気づけの飲酒（Dutch courage）」や「大掛かりな計画の首謀者（grand schemer）」など、故意連続型の行為者のみということになる。(232)このことから、わが国における構成要件モデルに対する批判と同様に、事前責任の理論が適用される射程の狭さを指摘できる。また、自招性が肯定されることで結局は処罰されるために、（社会的に有用な場合も少なくない）正当化・免責行為へのインセンティヴを欠く点に対しても疑念が向

29), at 170.

(229) *Jahangir, Child & Crombag* (n 185), at 34.

(230) [1983] 2 All ER 503, 507.

(231) *Mackay* (n 29), at 170.

(232) *Mitchell* (n 227), at 615.

けられている[233]。

他方で、Fingarette と Hasse の理論枠組みでは、先行行為時における「精神の障害」の惹起と「精神の障害」による法益侵害結果の惹起が並置され、いずれも「精神の障害」の有責性評価に影響を与えるとされている[234]。このことから、「精神の障害」の自招性に関する有責性と（原因行為時における）法益侵害結果についてのメンズ・レアは密接に関連するものとして位置づけられていることが明らかとなる。この背景としては、論者の理論枠組みが結果行為時にメンズ・レアを欠如した事例を主眼に置き、責任無能力の自招性に焦点を合わせたものではないことが挙げられる。「精神の障害」の自招に関する有責性は、下底犯罪としての過失犯の成立を認めるための要件にすぎず、責任無能力といった精神状態の評価それ自体には影響を与えるものとしては位置づけられていない。

Mitchell から批判されているように[235]、Fingarette と Hasse の構想において、責任能力については事前責任を考慮しない従来の判例・学説の立場が踏襲されているとすれば、論者の「精神の障害」理論は、アルコールや薬物によって結果行為時にメンズ・レアが認められない場合に、事前の行為を過失犯の限度で処罰しうるとする点に、事前責任の意義を認める見解と評しうる。論者の関心は、犯行時に「精神の障害」に陥りメンズ・レアを有さなかったが、当該「精神の障害」の招致について有責性を肯定しうる事案に可罰性を認めるための理論構築にあったのである。こうした理解を前提とすれば、結果行為時におけるメンズ・レアの重要性は減少する。Fingarette と Hasse の論考では、メンズ・レアの欠如と責任能力の喪失が同列に扱われており[236]、「精神の障害」理論が結果行為時のメンズ・レア欠如への対処を目的としていたことが示唆され

---

[233] *Jahangir, Child & Crombag* (n 185), at 35.

[234] *Finkel* (n 227), at 291は、特定の起訴内容と「精神の障害」招致の有責性という２つの文脈で「過失」という語が用いられることにより、責任無能力の抗弁の全体像やその判断過程が必要以上に複雑となっていると批判を加え、「過失」は「精神の障害」招致の有責性に関する限りにおいて用いられるべきだと主張する。

[235] *Mitchell* (n 227), at 614.

[236] *Fingarette & Hasse* (n 211), at 216.

る。

もっとも、原因行為時に法益侵害結果について特定性のあるメンズ・レアを有する場合には、Robinson と同様の（構成要件モデルに類似した）解決手法が採られるため、「精神の障害」理論が独自性を発揮する場面は存在しない。また、この種のメンズ・レアを原因行為時に欠く場合であっても、過失犯の場合には問責対象行為を広く設定することが一般に許容されていることを前提とすれば、論者の理論枠組みによって新たに可罰性が認められる範囲は必ずしも広くない。

以上のように、精神障害の自招性に関する英米刑法学説は未だ黎明期にあり、わが国の刑法学説と比較して理論的には見劣りする[237]。本稿の冒頭で述べた課題をクリアするためには、事前責任に関する現地の学説の後追いではなく、イギリスの裁判実務における酩酊の位置づけと日本の学説の問題の捉え方の相違について示唆を与える見解が必要と考えられる。以下では、John Child というイギリスの研究者による論考を素材として、この点に検討を加える。

第２項　事前責任論が問題となる場面の場合分け：John Child による分析

John Child によれば、事前責任の問題は、結果行為時に（メンズ・レアなどの）犯罪の原則的構成要素の欠落が問題となるのか、（心神喪失や正当防衛といった）抗弁事由など犯罪の例外要素の適用が問題となるのかで議論を区別する必要がある。論者は、事前責任の問題を考える際に両者を混同してきた点に、裁判実務における運用が一貫性を欠いてきたことの原因が求められる、と主張するのである[238]。

論者によれば、裁判所や学説、あるいは法律委員会のいずれの見解に

---

[237] もっとも、自招性精神障害の刑法的評価については、「刑法と哲学（Criminal Law and Philosophy）」誌において「原因において自由な行為」特集が組まれ（*e.g.* S Dimock, 'Actio Libera in Causa' (2013) 7 Crim L & Phil 3, 549; *Alexander* (n 228).）、モノグラフィが出版されるなど（*e.g.* E Mitchell, *Self-Made Madness: Rethinking Illness and Criminal Responsibility* (Routledge, London 2003)）、英米法圏でも関心が高まりつつある。

[238] *Jahangir, Child & Crombag* (n 185), at 29.

おいても、事前責任の問題を一般化する際には酩酊ルールを軸に議論が展開されている[239]。こうした焦点の合わせ方は、酩酊ルールが問題としているような、犯罪の構成要素の欠落についての事前責任――刑事責任を肯定するために欠如したメンズ・レアを行為者の事前責任によって補う考え方――を論ずる際には許容されるべきで有益だが、こうした考え方を抗弁との関係において応用することは適切でない[240]。というのも、ここで問題となるのは、行為者の事前責任によって抗弁の成立を妨げることが可能かという問題であり、犯行当時に欠如していたメンズ・レアと行為者の事前責任が同等のものか、という問題ではないからである[241]。

こうした問題意識から論者は、上記の原則要素・例外要素の区分をベースとし、最終的な法益侵害結果のメンズ・レアを原因行為時に有するかという観点を付加した４象限による整理の必要性を指摘する[242]。すなわち、①原因行為時に法益侵害結果のメンズ・レアを有し、結果行為時に犯罪の原則要素が欠落していた場合、②原因行為時に法益侵害結果のメンズ・レアを有し、結果行為時に抗弁の成否が問題となる場合、③原因行為時に法益侵害結果のメンズ・レアを有さず、結果行為時に犯罪の原則要素が欠落していた場合、④原因行為時に法益侵害結果のメンズ・レアを有さず、結果行為時に抗弁の成否が問題となる場合、の４つに分けた上で、「このカテゴリー分類は、犯罪構成要素と抗弁の作用に関する構造的な相違や、事前責任の各文脈で作用する原理の相違を理解し、各々の事案で異なる解決が求められることを理解するのに資する[243]」と主張するのである。

それでは、こうした分類法は、事前責任の要件との関係でどのような意義をもつのだろうか。論者によれば、類型①（メンズ・レア有り・原則要素）については、――結果行為時における犯罪要素欠落の主張を認めながらも原因行為を理由に刑事責任を認める――Robinson などに

---

[239] *Id.* at 33, 38.
[240] *Id.* at 33.
[241] *Id.* at 33-4.
[242] *Child* (n 147), at 38.
[243] *Id.*

よって提示された解決策が最も説得的だが、この類型では事前責任に関する特別なルールは不要である[244]。というのも、この類型では、原因行為を直接に問題として可罰性を認めれば足りるからである[245]。原因行為時に法益侵害結果のメンズ・レアを有する場合には、――わが国の通説的な立場と同様に因果性や故意の特定性が認められるなどの条件の下で――帰責が認められることになる。

これに対して、類型②（メンズ・レア有り・例外要素）では、犯罪成立に必要な要素（アクトゥス・レウスとメンズ・レア）は結果行為時に全て揃っている。そのために、（Robinson のように刑事責任を根拠づける方策ではなく）抗弁の理論的基礎に立ち返ることが重要となる[246]。論者は、Wilson の論稿[247]に依拠しつつ、（強制などの）免責の抗弁が認められるためには、行為者の行為によって彼の悪性ではなく、不遇さ（unlucky fate）が示される必要がある。こうした「難局性（crisis）」は、（自己防衛などの）正当化の抗弁においても同様に問題となり、行為者の犯罪行為は一般的に正当化されるのではなく、このような状況のときに（*in these circumstances*）正当化が認められることになる[248]。刑法上の抗弁において「難局性」が果たす中心的な役割を前提とすれば、抗弁状況を自ら作出した行為者に対して正当化や免責の主張を認めることは適切でない。危機的な状況に置かれた行為者には重大な法益侵害に出ることが認められるが、これは、行為者にとって他の選択肢を真に欠いていたことに裏付けられている。事前の行為によって危機的状況を自ら作出した場合には、結果行為時における行為者の規範的地位が変化するのである[249]。

---

[244] *Id.* at 40.

[245] *Id.*

[246] *Id.*

[247] W Wilson, 'The Structure of Criminal Defences' (2005) Criminal Law Review 108.

[248] *Child* (n 147), at 44.

[249] *Jahangir, Child & Crombag* (n 185), at 38. 自招防衛の文脈において、抗弁状況について自招性がある場合には自己防衛の要件（比例性）が厳格になると主張する見解として、D Farrell, 'What Should We Say about Contrived "Self-defense" Defenses?' (2013) 7 Criminal Law and Philosophy 3, 571. 同説の不十

こうした前提の下で論者は、結果行為時における被告人の抗弁を妨げることが可能なのは、㋐抗弁が認められる状況を作出したこと、および、㋑法益侵害結果の両者について事前に軽率性（recklessness）が認められる場合であると主張する[250]。

㋐については、その他の点で抗弁に依拠可能な危難（crisis）に至りうることを、行為者が少なくとも選択した、といえる必要がある。自身の因果的役割についての被告人の予見もまた、正当行為（死刑執行人による、その他の点では抗弁が妨げられうる業務としての死刑執行や、警察官の職務に伴う暴力など）のような困難な事例を回避するために重要となる。いずれの事例でも行為者は、問題となる行為と将来の抗弁の使用を予期しているが、（正当な業務の範囲では）自らが被害者による違法行為の原因となることを予期していないと評しうる。

㋑については、結果行為時に抗弁が認められる状況を行為者が作出したと評価する前提として、彼が将来の犯罪について予見していたことが必要となる[251]。この要件によって、裁判所は自招強制の事案において裁量を得ることができる。たとえば、行為者は軽罪の遂行を脅迫されると

分性を指摘する論稿として、*Jahangir, Child & Crombag* (n 185), at 37.

[250] *Child* (n 147), at 44-5. この背景には、行為者が原因行為時に、自身の行為が後に犯罪に繋がることを主観的に予見し、自身が抗弁状況を作出することについて予見している場合には、法は行為者に別の行為を要求することが正当との考えがある（*Jahangir, Child & Crombag* (n 185), at 39.）。犯罪構成要素の欠落を補填する場合には、結果行為に対応する同等のメンズ・レアを原因行為時に要求する厳格な基準が適切だが、抗弁の文脈では、行為者にとってあまりに寛大との理由から軽率性で足りるとの理解が採られている（*Id.*）。こうした理解からは、人種差別が根強く残る危険な地域を黒人が出歩く場合にも、抗弁状況の作出について予見が認められるとの帰結に至るが、合理的なリスク行使かという軽率性の内部の要件によって、こうした場合には自招性が否定されることになる（*Id.* 40; *Child* (n 147), at 45.）。

[251] 原因行為時における法益侵害結果に関する予見の程度については、詳細にわたる予見は不要だが、少なくとも犯罪類型や抗弁状況について一般的な正確性をもって予見する必要があるとされる（*Jahangir, Child & Crombag* (n 185), at 40.）。また、事前の予見内容と現実に発生した法益侵害結果が乖離している場合には、抗弁に依拠することが認められる場合もある（*Id.*）。

予見していたが、実際には重大犯罪の遂行を強要された場合である。この落差が著しい場合には、後に遂行される犯罪の種類を予見していなかったことを根拠に抗弁が認められうる。たしかに、抗弁を妨げるためには、法益侵害結果に対応する同等のメンズ・レアが原因行為時に存在していたことを要求する見解も一部主張されている[252]が、完全なメンズ・レアは不要である。というのも、ここで問題となっているのは、（類型①のように）原因行為時に可罰性を認める理論構成ではなく、危難に陥ったとする行為者の主張に基づく抗弁を妨げるための基準だからである[253]。

さらに、類型③（メンズ・レア無し・原則要素）については、判例は任意酩酊ルールを通じて結果行為時に犯罪の原則的構成要素（メンズ・レア）を欠いた事案にも刑事責任を認めているが、理論的にこれを根拠付けることは困難であり[254]、可能な限度で、（酩酊構成要件の創設など）酩酊状態における犯罪を処罰する途が採られるべきだとする[255]。類型④（メンズ・レア無し・例外要素）については、法益侵害結果や抗弁状況の作出についての予見を欠く点で類型②と異なるものの、抗弁に依拠可能かが問題となる点で同様の原理が妥当することになる[256]。

上記のように論者は、犯罪構成要素の欠落についての自招性が問われる場面（類型①、③）と、抗弁状況を生じさせたことについての自招性が問われる場面（類型②、④）とで事前責任に関する議論を区別すべきだと主張する。そして、前者の場面における事前責任の基準としては、

---

[252] *E.g. Dimock* (n 237), at 558.

[253] Child 説では、抗弁状況に至ることを「可能にする」行為は必要だが、直接の因果性は要求されていない。そのため、行為者に軽率性は認められるが、実際には行為者の行為によって抗弁状況が生じたわけではなかった場合の処理が問題となる。たとえば、行為者が被害者を挑発して被害者が攻撃してきたが、実際には行為者の意図とは無関係に被害者が攻撃を加えていた場合に自己防衛を認めるべきかが問題となる。この点について論者は、因果性が実際には認められないとしても、それを試みたことが抗弁を妨げる根拠になるとする（*Jahangir, Child & Crombag* (n 185), at 41; *Child* (n 147), at 45.）。

[254] *Child* (n 147), at 46.

[255] *Id.* at 48.

[256] *Id.* at 49.

結果行為時に欠落した犯罪要素（メンズ・レアなど）を正当に補填することが可能な要件であれば足りる一方、後者の場面では、原因行為時における行為者の事前責任と結果行為時におけるメンズ・レアの同等性を問うこと（Robinson に代表されるアプローチ）は的を外していると批判を加えるのである[257]。

論者によれば、後者の場面では、（原因行為時における）法益侵害結果についてのメンズ・レアは責任能力の評価にのみ関連し、成立する犯罪類型には影響を与えない。抗弁の成否が問題となる場面では、原因行為時における法益侵害結果についてのメンズ･レアは、責任能力評価（心神喪失･完全責任能力）のための要件事実に位置づけられることになる。そうだとすれば、類型②と類型④の相違は相対的なものであり[258]、責任能力評価の枠内で、心神喪失を認めるための閾値が異なる（類型④よりも類型②の方が心神喪失を認めるためのハードルが高い）とされるにすぎない。これに対して、犯罪の原則的構成要素の欠落を補填しようとする場合（類型①、③）には、原因行為時における法益侵害結果についてのメンズ･レアの有無は､当該犯罪の成否にとって決定的に重要となる。類型①では、原因行為時に犯罪成立に必要な要素が揃っている点で、類型③との相違は絶対的なものといえよう。

犯罪の原則要素と例外要素を区別し、後者については法益侵害結果に対応する（同等の）メンズ・レアを原因行為時に要求しない論者のアプローチは、わが国における「原因において自由な行為」論が結果行為時に故意を欠いている場合にも適用可能な理論構成となっており、場合によっては過剰ではないかという本稿の問題意識からは示唆的である。次章では、日本法への示唆・提言として、こうした英米法圏の知見をわが国に導入する際の障壁に触れた上で、具体的な提言を試みたい[259]。

---

[257] *Jahangir, Child & Crombag* (n 185), at 38.

[258] 類型②、④ともに、原因行為時に法益侵害結果に対応する完全なメンズ・レアは要求されない。

[259] わが国と犯罪論体系を異にし、任意酩酊ルールの下で結果責任を正面から認める英米法圏の議論を参照することに対しては、異論もあるかもしれない。この点については、鈴木義男による以下の指摘が示唆的である。「英米においては、極端な先例尊重主義が裁判の実務を支配した結果、学説はその忠実な侍

第４章　日本法への示唆・提言：自招性精神障害の新たな評価枠組み

第１節　「原因において自由な行為」論の問題点

本稿の冒頭で述べたように、わが国における自招性精神障害に関する議論では、精神障害が行為時点で責任無能力と評価されうることを前提に、――実行行為概念を拡張して同時存在原則との形式的整合性を図り、あるいは同時存在原則に一部例外を設けるなど――犯罪論構成を工夫して可罰性を肯定する議論が中心である。

この種の議論では、当該精神状態招致に関する有責性を責任能力の評価において考慮する余地は存在せず、行為時点の精神障害（精神症状、精神状態像）について純事実的に評価することが前提とされる。また、結果行為時（責任無能力・限定責任能力状態）の故意・過失は軽視され、原因行為時の故意・過失の限度で犯罪成立を認める議論が大半である。[260]

本節では、従来の学説における上記前提の妥当性を検証したい。

第１項　責任能力を事実的な能力として位置づける点

第一は、責任能力を事実的な能力として捉える点である。従来の学説は、個別行為責任の帰結として、同じ精神状態には同じ責任能力評価が与えられるべきであり、犯行時の弁識・制御能力の程度が同じであれば、覚せい剤精神病と統合失調症とで法的帰結が異ならないことを当然の前

女としての役割に甘んじ、進んで立法や司法における指針を與えるだけの想像力に欠けていたため、現在におけるような刑法理論の貧困を招いたということができる。しかし、たとい理論的なソフィスティケーションに欠けるところがあろうとも、コモン・ローを基礎とする英米の刑法が、数世紀にわたつて実施されてきたという事実を否定または軽視することは許されない」「永い間生命を保つてきた刑法にはそれ相応の合理性があるとする一応の推測が許される」（鈴木・前掲注９・62頁）。

[260] これに対して、結果行為時の故意・過失に対応した犯罪成立を認める見解として、内田文昭「『原因において自由な行為』について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第二巻』（成文堂、1998年）184頁以下、齊藤信宰「原因において自由な行為」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第二巻』（成文堂、1998年）212頁以下。

提としている。たとえば、例外モデルの中でも回避可能な違法性の錯誤とパラレルに解決しようと試みる見解（中空・安田）に対し、「違法性の意識の可能性は……、その可能性が事前の回避可能性を考慮しつつ判断されているのに対して、責任能力はその存在自体が39条によって要求されている[261]」とし、両者の判断構造を同一視することへの批判がなされている。こうした批判の背後にも、責任能力を事実的な能力（犯行時の精神症状、精神状態像）として位置づける考え方がある。こうした事実的な能力観によれば、責任能力の概念内部で自招性を考慮する途は絶たれ、犯罪論構成を工夫して可罰性を肯定する議論に陥らざるを得ない。

しかし、責任能力評価の場面では、弁識・制御能力の有無や程度から心神喪失や耗弱といった最終的な評価を導出する過程において、規範的な価値判断の介在は避けて通れない。心神耗弱に求められる能力低下の「著しさ」は、科学的・精神医学的な尺度では測ることはできず[262]、心神喪失者であっても文字通りに「完全な」能力喪失までは要求されないのが一般である[263]。責任能力は、科学的・医学的な次元の能力低下と厳密に対応しながら減退するわけではなく、あくまで法的観点からの評価であり、「責任能力の減退として扱ってよい場面か」という視点は不可欠のはずである。こうした理解は、責任能力研究者の近時の理解によっても裏付けられる。たとえば、可罰的責任の概念を正面から認める見解からは、病勢期の統合失調症患者であっても他行為に出る余地が全くないとは言いきれないが、可罰的責任のレベルでは刑罰から解放することが可能といった議論[264]が展開され、予防的考慮を前面には出さない見解からも、病的なものか否かという原因の違いによって期待可能性による要

---

[261] 橋爪・前掲注７・116頁以下。

[262] 安田拓人「法的判断としての責任能力判断の事実的基礎」『刑法・刑事政策と福祉――岩井宜子先生古稀祝賀論文集』（尚学社、2011年）39頁参照。

[263] 大塚ほか編・前掲注２・431頁［島田＝馬場］参照。

[264] 水留正流「責任能力における『精神の障害』（２・完）」上智法学論集50巻４号（2007年）224頁以下参照。論者の立場を前提とすれば、覚せい剤精神病と統合失調症は規範的責任（他行為可能性）のレベルでは同じだが、可罰的責任のレベルでは評価が異なる、といった議論も可能と思われる。

求の程度が異なりうることが前提とされる[265]。

他方で、責任能力の第一段階要素としての「精神の障害」に関する議論進展からも、責任能力を事実的な能力（犯行時の精神症状、精神状態像）と位置づける考え方が維持できないことが明らかとなる。筆者は別稿[266]において、過去の一回限りの事象への意味づけとして理解される責任能力判断にとって重要なのは、個別の心理状態（精神症状・精神状態像）の提示ではなく、「判断者が捉えた病態と、そこから推論される行為者の精神状態が高い説得力を持って語られること[267]」であり、責任能力論における「精神の障害」の判断基盤は、診断によって精神医学的に評価・解釈された行為者の全体像として理解されるべき（診断論）との私見を提示した。こうした理解を前提とすれば、責任能力の要件内部において、行為時の精神症状・精神状態像にとどまらず、精神医学的に評価・解釈された行為者の全体像を考慮することが可能となる。

誤想防衛や回避可能な違法性の錯誤における議論からも明らかなように、行為時にまったく同じ客観的・主観的状況にあったとしても、当該違法性（責任）阻却事由が自ら招いたものである場合には、行為者がそれを有利に援用できなくすべきとする点についてはコンセンサスが形成されている。自招性精神障害の評価場面では、その要件自体ではなく、犯罪論構成を工夫して可罰性を肯定する議論が中心となっているが、こ

---

[265] 安田拓人『刑事責任能力の本質とその判断』（弘文堂、2006年）131頁以下は、「覚せい剤中毒のようなそもそも違法な薬物摂取の場合には、制御主体が残されていれば、衝動の制御に関して最も厳しい規範的要求がなされ、そのことを前提として、制御しえたかが判断されることになる」として、「精神の障害が、いわば宿命的なものであるのか自ら招いたものであるのかによって、制御可能性を判断する際の規範的要求の寛厳が異なることは、認められてよい」とする（但し、制御主体論の枠内で自招性を考慮することについては否定的である）。

[266] 拙稿「『精神の障害』と刑事責任能力（３）」早稲田大学大学院法研論集160号（2016年）191頁以下参照。こうした理解は、筆者が別稿（「刑事責任能力論における弁識・制御能力要件の再構成（２・完）」早稲田法学会誌67巻１号（2016年）246頁以下）で示した弁識能力概念（実質的弁識能力）と親和性を有する。

[267] 水留・前掲注264・230頁。

のアプローチが採られるべき理由はないといえよう。[268]

第２項　結果行為時（責任無能力状態）の主観面を軽視する点

第二は、結果行為時の主観面を軽視する点である。本稿の冒頭で述べたように、従来の学説は、原因行為時における法益侵害結果についての故意・過失の限度で犯罪成立を認め、結果行為時の故意・過失を重視しない。すなわち、構成要件モデルからは、責任無能力状態における故意結果行為さえ因果経過上の介在事情ないし中間結果に位置づけられ、例外モデルからは、（原因行為時における）最終的な意思決定を重視する見解からは当然、回避可能な違法性の錯誤とパラレルに理解する見解からも、原因行為時の認識内容を重視すべきとされる。[269]

こうした理解の背景には、（有責な）責任無能力状態ではじめて殺意を生じた事例（故意非連続型）において殺人罪の成立を認めることへの抵抗がある。こうした非連続型の事例において故意犯の成立を肯定するのは、「正常な動機形成が不可能な状態下の故意によって処罰を基礎づける点で責任主義に反する」[270]とされるのである。[271]

しかし、責任無能力者であれば一概に故意が否定されるという立場は、厳格故意説を徹底する一部の論者[272]を除いて、わが国では採られていない。この点、心神喪失者等医療観察法の対象行為該当性をめぐる議論では、強制医療の対象行為が故意犯の形式で規定されていることから、責

---

[268] 中空・前掲注５・392頁は、原因において自由な行為の領域では、責任能力の本質からアプローチすべきだとする。

[269] 中空・前掲注５・394頁は、原因行為時の認識内容によって故意犯の成否を判断すべきとする。

[270] 松原・前掲注３・327頁。

[271] 推測の域を出ないが、こうした理解は従来、特に責任前提説の立場から責任能力は故意を持ちうる能力として伝統的に理解され、責任能力を欠いた場合には当然に故意が欠けるとの評価が与えられていた点に影響を受けたと考えられる。つまり、「原因において自由な行為」論の形成過程でこうした責任能力観が前提とされ、現在の議論の共通理解（結果行為時の故意の軽視）に影響を与えた可能性があるように思われる。

[272] たとえば、浅田和茂『刑事責任能力の研究 下巻』（成文堂、1999年）93頁以下。

任無能力者が故意を持ちうるかという論点が注目を集め、責任無能力者であっても一般に犯罪事実を認識・予見している点についてはコンセンサスが形成された。すなわち、医療観察法では、故意等の主観的要件が備わっていることを前提に、その上で責任無能力状態となることが想定されており、「故意と責任能力、すなわち、意味の認識を含む事実認識とその違法認識に従って行動する能力は分断されていると解するのがごく自然[273]」であり、「行為者に精神の障害が認められても、その影響が動機形成や違法性の意識の形成にあらわれるのみであって、構成要件該当事実（以下、「犯罪事実」という）を正しく認識できている場合は、故意には犯罪事実の認識が必要であるという従来の理解からも責任無能力者に故意を認めることはなお可能[274]」なのである。

故意と責任能力が理論上区別され、責任無能力者が故意を有さないのは極限的な場合に限られる[275]以上、結果行為時に犯罪事実の認識・予見がある場合に、それを無視して原因行為時の法益侵害結果に関する故意・

---

[273] 箭野章五郎「精神の障害にもとづく錯誤の場合の医療観察法における『対象行為該当性』判断」刑事法ジャーナル41号（2014年）77頁。

[274] 大庭沙織「刑法上の故意と強制医療の対象行為該当性要件としての故意」刑事法ジャーナル41号（2014年）79頁。

[275] たとえば、拙稿「責任能力の認定手法について」早稲田法学会誌67巻２号（2017年）235頁以下で検討を加えた裁判例91例の中には、犯罪事実の認識を欠いていると評価可能な事例は見当たらなかった。精神障害が重度の場合（心神喪失と優に認められる場合）の多くは起訴猶予処分（刑訴法248条）とされることが影響を与えていると考えられ、医療観察法の対象行為該当性が争われた事例では、責任能力と（通常の意味における）故意をともに欠いているように見受けられる事例も散見される（たとえば、最決平成20年６月18日刑集62巻６号1812頁など）。西田典之『刑法総論〔第２版〕』（弘文堂、2010年）287頁は、こうした事例において故意を認定することの困難性を挙げながら、非故意行為か故意行為かで構成要件モデルと例外モデルを使い分ける立場（山口厚『刑法総論〔第３版〕』（有斐閣、2016年）275頁以下）を批判する。なお、極度に酩酊した行為者であっても軽率性や意図、認識といったメンズ・レアが否定されるのは稀であることを指摘する論稿として、C Mitchell, 'The Intoxicated Offender: Refuting the Legal and Medical Myths' (1988) 11 Int. J. Law Psychiatry 77, at 88-94.

過失を援用して可罰性を認める議論の方向性には疑問があるといえる。犯罪事実の表象としての故意は、心理的事実の問題である[276]。故意と責任能力の間に（いずれかが他方の必要条件といった）直接的な関係を認めない以上、故意が正常な動機づけ能力を前提にするとの理解は妥当でないだろう[277]。

このようにして、わが国における自招性精神障害をめぐる議論の方向性には、疑問があるといわざるを得ない。以下では、Child によって提示された、故意と責任能力の相違を反映した事前責任論の応用可能性について検討する。

第２節　事前責任：故意と責任能力の相違を自覚した議論の必要性

第１項　故意と責任能力の犯罪論構造上の相違

前章で検討した Child の見解は、メンズ・レア（故意・過失）が犯罪の原則的構成要素であるのに対し、責任能力などの抗弁事由については例外的構成要素であるという犯罪論構造上の相違を前提に、事前責任の理論枠組みを場合分けしながら組み立てるものであった[278]。以下で述べるように、こうした理解は、わが国の事前責任論においても基本的に妥当する。

まず、故意については、犯罪論体系上の地位について議論のあるとこ

---

[276] もっとも、たとえば規範的構成要件要素の認識の判断に際しては、行為者の素人的認識が法的認識と並行しているかという裁判官の評価を要するため、故意を純事実的な要素として位置づけることはできない。

[277] さらに、結果行為時の故意・過失を軽視する議論に対しては、①法定刑の差が大きい場合（特に、結果行為時にはじめて殺意を抱いた場合）や、窃盗や詐欺など過失犯処罰規定のない場合には十分な手当てが不可能であり、②過失犯の限度で犯罪成立を認める場合には、結果行為が故意でなされているにもかかわらず、医療観察法の対象行為該当性が否定されるという難点を指摘できる。

[278] わが国の刑法学説においても、かつては責任要素（原則的要素）と責任阻却事由（例外的要素）を自覚的に区別した議論が展開されていた。責任要素と責任阻却事由の問題については、中山研一『刑法総論』（成文堂、1982年）388頁以下、中山研一＝浅田和茂＝松宮孝明『レヴィジオン刑法３』（成文堂、2009年）243頁以下［中山］参照。

ろだが、これを構成要件要素とする見解からは当然、もっぱら責任要素とする見解からも、これを犯罪の原則的要素と位置づけることには異論がないだろう。認定論上も、故意の単なる否認が刑訴法335条２項にいわゆる「法律上犯罪の成立を妨げる理由」にあたらないとされること[279]も、こうした理解を裏付けている。

これに対して、多くの見解は、責任能力を責任阻却事由と理解する[280]。この理由としては、刑法39条の規定ぶりは心神喪失・耗弱の場合に有責性がないとするのみで責任能力自体の積極的な定義がなされておらず、その確認もとくに求めていない消極的な形式が採られている点が挙げられる。このことから、原則的に責任能力を有し、例外的に要件を満たした場合にのみ責任非難が否定・減少するという責任阻却・減少事由として位置づけられるのが一般である[281]。認定論上、責任能力が「法律上犯罪の成立を妨げる理由」と解されている[282]ことも、こうした理解を裏付けているといえよう。

このことから、責任能力については、たとえば違法性の意識の可能性

---

[279] 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法第８巻〔第２版〕』（青林書院、2011年）127頁以下、157頁以下［中谷雄二郎］参照。

[280] たとえば、平野龍一によれば、故意・過失が原則要素であり、責任無能力・違法性の意識不可能性・期待可能性の不存在は責任阻却事由に位置づけられる（平野龍一『刑法 総論１』（有斐閣、1972年）95頁、159頁以下、同『Ⅱ』（有斐閣、1975年）258頁参照）。もっとも、責任能力については、これを故意・過失に並ぶ原則的責任要素に位置づける見解も有力に主張されていた。たとえば、団藤重光によれば、責任能力と故意・過失が原則要素であり、故意・過失の中に違法性の意識の可能性、期待可能性が含まれる（責任阻却事由として、違法性の意識の不可能性、期待可能性が位置づけられ、これらの場合には故意・過失が欠ける）とされる（団藤・前掲注１・271頁以下、309頁以下、322頁以下参照）。また、佐伯千仞によれば、責任能力と故意・過失が原則要素であり、期待可能性の不存在のみが責任阻却事由に位置づけられる（佐伯千仞『四訂 刑法講義（総論）』（有斐閣、1981年）227頁以下参照）。これらの見解については心理的責任論の影響が看取されるが、詳細な検討は別稿に譲りたい。

[281] この点について、箭野章五郎「責任能力制度の理解と事前責任論」刑法雑誌56巻２号（2017年）140頁参照。

[282] 河上ほか編・前掲注279・159頁［中谷］参照。

と同様に事前の回避可能性をその要件内部で問題とする余地があるように思われるが、こうした犯罪論構造上の相違が事前責任の要件に影響を与える根拠は必ずしも明らかでない。すなわち、犯罪の原則的構成要素であれば事前責任を遡及して考慮することが不可能（ないし厳格な手続が必要）なのに対し、例外的構成要素であれば前者に比して容易に事前責任を肯定可能な理由が不明確なまま残されているのである。

この問題は、わが国における故意・過失と他の責任要素（阻却事由）の関係性についての通説的理解を考慮すれば、一層先鋭化する。わが国においては、故意･過失という心理的要素を責任段階に（も）配置する、複合的責任概念に立つ学説が多数である。そして、故意・過失という心理的要素が規範的責任論の中に位置づけられるのは､これがあれば通常、反対動機を生じるという意味での「提訴機能」を有するからだと説明される[283]。すなわち、多数説は、故意犯を重く処罰する理由について、犯罪事実の認識があれば通常､行為をやめるべきだという「違法性の意識」が生じる点に求めており、この「提訴機能」という論理を用いて故意・過失と規範的責任論の接合点を見出しているのである[284]。こうした見地から故意は､「そのような認識から一般人であれば違法性の意識が喚起されるか」という規範的評価を経由するため、反対動機形成可能性の見地から理解されるそれ以外の責任要素（阻却事由）との犯罪論構造上の相違は希薄となり、故意と責任能力が「原則」と「例外」の関係に立つことから事前責任の評価枠組みが異なることを説明するのは困難となる[285]。

---

[283] たとえば、石井徹哉「責任判断としての違法性の意識の可能性」早稲田法学会誌44巻（1994年）69頁以下、同「無免許運転罪の故意」『交通刑事法の現代的課題－岡野光雄先生古稀記念』（成文堂、2007年）139頁、松原久利「違法性の意識」川端博ほか編『理論刑法学の探究②』（成文堂、2009年）111頁など。

[284] この点については、髙山佳奈子『故意と違法性の意識』（有斐閣、1999年）53頁以下参照。髙山は、事実的故意と違法性の意識とを別個の責任要素とする「二元説」、責任を統一的に判断する「一元説」、両者の中間説的な見解の３つに区別した上で、そのいずれも妥当ではないと指摘する。

[285] 実際にも、例外モデル（違法性の錯誤と同様に責任能力にも回避不可能性を要求する立場）を採用する中空・前掲注５・393頁以下は、「実行行為時の故意はその時点での責任無能力であるために違法性の意識の提訴機能を働かせる

上記のように、故意・過失と規範的責任の接合点を残そうとする見解は、反対動機形成可能性という一元的原理によって責任の質と量を決しようとするが、わが国において故意・過失を責任要素に位置づける見解にも、故意・過失と他の責任要素（阻却事由）を原理的に異なるものとする立場がある。たとえば、髙山佳奈子は、心理的責任としての故意・過失を規範的責任論から切り離し、かつ責任の要素として位置づける。故意は提訴機能のために責任に関係するのではなく、不法の量を責任に媒介する機能を果たすとされるのである[286]。反対動機形成可能性という一元的原理によって責任の内容を規定しようとすれば、責任についてなしうるのは「あるかないか」の判断と、「規範的な動機づけが容易か困難かの程度」の判断に限られてしまい、認識された犯罪事実の重大性によって責任の大小が規定されることの説明が困難となる。窃盗犯より殺人犯の方が責任が重いのは、より重い不法を実現したことの認識があるからであって、提訴機能では不法媒介機能が説明できないとするのである[287]。この見解は規範的責任論を排斥するものではなく、その他の責任要素（違法性の意識の可能性など）は、故意・過失によっていったんは与えられた責任の量を、規範的責任論の観点から阻却・減少させるものと理解することが可能であろう。

こうした理解を前提とすれば、責任に量的実体を与えるのは故意・過失という心理的要素であり、責任能力・違法性の意識の可能性・適法行為の期待可能性はそうした不法の主観的帰属を阻害する要素である。この意味で、故意・過失が原則的責任要素であり、それ以外は責任阻却事由と整理でき、この点に故意・過失とそれ以外の要素の構造的相違が求められる[288]。すなわち、不法の量を責任に媒介する――責任に量的実体

ことはできないので、結果行為時の行為者の認識内容によって直ちに責任形式を決定することはできず、むしろ原因行為時の行為者の認識内容を前提に故意責任と過失責任を決定すべき」とする。

[286] 髙山・前掲注284・104頁以下、同旨として佐伯仁志「故意・錯誤論」山口厚＝佐伯仁志＝井田良『理論刑法学の最前線』（岩波書店、2001年）102頁以下。

[287] 髙山・前掲注284・87頁以下参照。

[288] なお、杉本一敏「アリス（alis）とアリック（alic）」高橋則夫＝杉本一敏＝仲道祐樹『理論刑法学入門』（日本評論社、2014年）102頁以下をも参照。

を与える――要素として故意・過失が機能しているとすれば、そこで問題とされるべきはあくまで実行行為時の心理状態である。事前の故意・過失によって実行行為時の心理状態を補填することは、イギリス判例法における任意酩酊ルールのように、結果責任を認めることにほかならない。これに対して、責任能力・違法性の意識の可能性・適法行為の期待可能性は、故意・過失によって量的実体が与えられた責任に対して、例外的に責任を否定する要素である。

不法の量を責任に媒介する故意・過失では「事実」と「評価」がほとんど一体化するのに対し、例外的な場合に不法の主観的帰属を否定するそれ以外の責任要素では、「事実」と「評価」との間に（個別行為責任の範囲で）一定の距離が開くことは許容されるのである[289]。責任能力の判断場面では、自招性をその評価において当然考慮し、心神喪失や耗弱の適用を自招性精神障害の場合には認めない（あるいは認めるためのハードルを上げる）といった理解も不可能ではないことになる[290]。

以下では、例外的責任要素の事前責任を個別行為責任の下でどのように考えるべきか、違法性の意識の可能性論における事前責任をめぐる議論に示唆を受けつつ、私見の立場を提示したい。

第２項　例外的責任要素の事前責任：違法性の意識の可能性論からの示唆

---

[289] たとえば、責任能力評価の場面では、犯行時の精神状態のみならず、犯行前の生活状態や犯行後の事情など様々な要素を考慮した上で、「精神の障害」および弁識・制御能力の有無や程度が認定されていることが一例として挙げられよう。

[290] こうした理解を「精神の障害」の枠内で考慮する見解として、箭野・前掲注281・146頁以下。箭野によれば、「およそ原因の限定という趣旨に反し、寛容、寛恕の精神をもって対処すべき場合を示す一般的カテゴリーとしての原因とは言えないような場合、あるいは、原因限定という制度趣旨をおよそ没却するような場合で非難可能性減少のカテゴリーたる精神の障害とは言えないような場合、について、原因適格性を欠く」とし、その具体例として「意図的に当該行為の認識・制御能力の喪失・減少をもたらすような精神の障害を惹起したような場合」を挙げる（同・149頁）。

違法性の意識の可能性は、個々の行為について問題となるものであることから、原則として行為時に存在することが必要である。しかし、厳密に実行行為時点に限定すれば違法性の意識の可能性がないといえる場合であっても、事前に適切な手段によってその違法性を意識することができた場合（回避可能性がある場合）に、違法性の意識の可能性を肯定することの可否やその要件をめぐって議論が展開されている。

この点、行為前に違法性の錯誤を回避するための措置を採ることができたことを理由に違法性の認識可能性を認める立場に対しては、当該行為の違法性を照会する「契機がある場合に適切な照会行為を怠ったために錯誤が回避可能であるとすると、行為者に（ママ）非難されるのは、行為者が犯罪行為を行為の時点において企てたことではなく、あらかじめ行為の違法性を確認することなく犯罪行為を企てたことであり、過去の懈怠行為が責任にとって決定的となっている[291]」との批判がある。また、「責任段階において、『調査したならば認識したであろう』という場合に責任があるとするとき、そこには一種の『調査義務』、すなわち外部的な作為義務が想定され」、「もしそのような『調査義務』を想定しうるとしても、個別行為責任の原則からは、行為者は行為よりも遡って法律を調査する義務はないことになるはず[292]」との指摘も、上記の肯定説に対する批判として理解することが可能である。

これに対し、たとえば、松原久利は、「行為時点では違法性の意識の可能性の欠如に至る事情を、行為以前に可能な回避措置により回避しなかったことに責任非難が認められる」とし、「実行行為をそれ以前の事情から切り離して、厳密に実行行為時点に限定すれば違法性の意識の可能性がないといえる場合であっても、当該行為が予見可能な段階で、熟慮・照会等の適切な手段をとっていればその違法性の意識することができた場合には、適切な手段により当該行為時点で回避不可能な禁止の錯誤を回避することができた、すなわち当該行為についても違法性を意識することができた[293]」と評価可能だと主張する。

---

[291] 石井・前掲注283（「責任判断としての違法性の意識の可能性」）・61頁。

[292] 髙山・前掲注284・337頁以下。

[293] 松原久利「責任阻却事由と事前責任」『大谷實先生喜寿記念論文集』（成文堂、

また、一原亜貴子は、「法を知るための契機」に着目するドイツの学説に示唆を受けつつ、「行為者が法に忠実であるための心構えを有していたとすれば違法性を認識することができたか否か[294]」を問題とすべきであり、「違法性の認識可能性が『可能であった』という事実的言明ではなく、『可能であったはずだ』という規範的言明であること[295]」を前提に、結果惹起行為以前の事情を考慮することを認める。そして、「市民には法に忠実であるための心構えが要請されるが、これは、万が一にも法的知識が必要となるような自体が生じた場合にいつ何時でも対応できるよう、あらゆる法に習熟することを迫るものではない[296]」とし、行為者が結果惹起行為を予見し得た場合に調査・照会のための契機が認められ、その時点にまで遡って結果惹起行為以前の事情を考慮することが認められることになると主張する[297]。

さらに、異なる議論軸から鈴木茂嗣は、責任評価自体の前倒しを肯定する見解（松原）について、構成要件的結果を予見しうる段階で後に責任を阻却する事情を生じさせたことを事前責任の根拠とするが、こうした事態を非難するためには実行行為時に責任阻却事由を生じさせない義務が行為者にあることを理論的に前提とする必要があり、違法性の意識を欠くことや責任無能力になること自体は禁止されていないことから、

2011年）267頁。松原は、こうした理解を責任能力にも応用し、責任能力が維持されていたならば当該行為を抑制しえたであろうという仮定的基盤に基づく仮定的判断としての責任判断をなしうるとし、「原因行為の時点で結果行為と同種の構成要件該当行為が予見でき、原因行為を中止することによって責任無能力状態の発生を回避できる場合には、そのことによって法秩序は合規範的意識決定を期待しうる」と指摘する（同・278頁）。

[294] 一原亜貴子「違法性の認識可能性判断について」『山中敬一先生古稀祝賀論文集［上巻］』（成文堂、2017年）423頁。

[295] 一原・前掲注294・425頁。

[296] 一原・前掲注294・428頁。

[297] なお、山口厚「実行行為と責任非難」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集［上巻］』（2007年、成文堂）214頁も、「責任は犯罪的意思の行為への現実化に対する非難であり、非難の対象となる実行行為の遂行との間に直接的関連性が維持されている限り、いわゆる事前的非難も認める余地があると解される」と指摘する。

こうした義務は想定しがたいと批判を加える[298]。他方で、鈴木は、従来、責任評価とそれを根拠づける責任要件事実の存在時期の問題が混同され、責任評価と責任要件事実は同時に存在するものとの前提がとられてきたと指摘しつつ、責任評価自体は実行行為に対する非難可能性であり、責任評価と実行行為の同時存在の原則は譲れないが、この原則に反しない限度で、責任評価を基礎づける要件事実が実行行為以前に遡ることは可能だと主張するのである[299]。

「責任評価」とそれを根拠づける「責任要件事実」を区別するこの立場は、不法の量を責任に媒介する故意・過失と例外的な場合に不法の主観的帰属を否定するそれ以外の責任要素（阻却事由）とで、「事実」と「評価」の距離に差がある――その帰結として、事前の回避可能性を取り込む余地が相違する――ことを合理的に説明可能に思われる。もっとも、違法行為の回避可能性が事前にあれば非難可能という事前責任の論理を無限定に受け入れるとすれば、責任が「実在」から離れ、責任の基盤が解体されてしまうとの懸念[300]が抱かれる。個別行為責任に反しない限度で、どのような事実が実行行為時の責任能力評価に影響を与えるのか。以下では、「原因において自由な行為」論における議論動向にも示唆を受けつつ、責任能力の地位に即した事前責任の評価枠組みを提示したい。

第３項　責任能力における事前責任：試論

精神障害の自招性については、どの限度までの客観的事実を基底とすることが可能なのか、また、どのような内容の行為者主観が考慮されるのか、という点が課題となる。

まず、客観面について、個別行為責任の下で考慮可能な事実の遡及範囲は、立証の問題を絡めて考えざるを得ない。責任評価の対象は問責対象となる法益侵害行為である一方、それを根拠づける事実は当該行為の

---

[298] 鈴木茂嗣「刑事法学の動き（松原久利『責任阻却事由と事前責任』）」法律時報84巻５号（2012年）172頁。

[299] 鈴木・前掲注298・172頁参照。

[300] たとえば、小田直樹「刑事責任の実体と認定」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集［上巻］』（成文堂、2016年）224頁以下。

時点に厳密に限られるわけではない（例外要素の場合はなおさらである）。ただし、鈴木も指摘するように、その評価はあくまで当該行為に対するものであるから、最も影響を与えるのは行為時の事実（心理状態・精神状態）であり、そこから離れるにしたがって責任要件事実が当該責任評価に与える影響力は漸減する。

このようにして、個別行為責任の要請から、①責任判断の無制限的な時間的遡及、および、②犯罪的結果の惹起行為に対する非難とは無関係の落ち度を理由とする帰責を回避することが求められる[301]。これを責任能力の判断場面に引き直せば、①については、数ヶ月ないし数年前の薬物摂取に起因するフラッシュバックや、長期のアルコール依存によって発症するアルコール幻覚症などは、薬物投与直後の急性症状下での犯罪とは同視できないという形で、実行行為との直接的関連性が否定される。また、②については、通常人でも陥りうる錯誤に酩酊者が陥った場合や、アルコールからの離脱症状として錯乱状態（振戦せん妄）に陥った場合には、薬物・アルコールの任意摂取との関係性が薄まるという形で、実行行為時の責任能力評価に与える影響が変化することになるだろう[302]。

また、主観面については、③弁識・制御能力の低下を招来することについての有責性、および、④最終的な法益侵害結果についての有責性の両者が問題となる。③については、責任無能力（限定責任能力）の招致に関する被疑者・被告人の認識や予見可能性（飲酒の経歴、摂取した薬物の目的、医師の処方によるものか否か）が考慮要素となる。他方で、④については、結果行為時の故意・過失に対応する犯罪の成立を肯定した上で、原因行為時における最終的な法益侵害結果についての故意・過失は、責任能力評価に影響を与えうる事実として理解されるべきである[303]。

---

[301] この分析視角について、松原・前掲注293・286頁以下参照。

[302] もっとも、たとえば統合失調症の患者が勝手に治療を中止して病状が悪化した場合のように、実行行為時の精神状態との関連性の評価が困難な場合も少なくない。なお、服薬不遵守（medication noncompliance）と刑事責任能力の関係性を論じたものとして、Z Torry & K Weiss, 'Medication Noncompliance and Criminal Responsibility: Is the Insanity Defense Legitimate?' (2012) 40 Journal of Psychiatry & Law 2, 219.

[303] これら主観面の主要事実（③および④）は、責任能力判断における総合考

このうち、④の点については、回避可能性の見地から「原因において自由な行為」の可罰性を肯定する見解の中にも、故意犯が成立するためには、実行行為時と同一の故意が先行行為時に存在することを要求するものがある[304]。こうした理解の背後には、責任無能力状態の故意が提訴機能を果たすことができないとの理解があるように見受けられるが[305]、故意・過失とそれ以外の責任要素（阻却事由）を原理的に異なるものとして理解する本稿の立場からは、結果行為時の故意・過失に対応した犯罪成立を肯定すべきである[306]。この問題につき安田拓人は、禁止の錯誤が回避不可能であれば超法規的責任阻却、回避可能であれば38条３項但書による任意的減軽という責任説による38条３項の解釈を、故意の原因において自由な行為の場合に類推すべきとするが、本稿の立場からも基本的に支持されることになるだろう。

なお、こうした理解に対しては、責任無能力状態の故意結果行為を非難可能としながら刑を減軽しなければ責任主義に反するというのは、原因行為時の心理が犯罪の主観面であり、それを超えた責任を認めることは責任主義に反することを示しているとして、実質的には原因行為を処罰するもので例外モデルの前提に反するとの批判[307]が向けられているが、失当である。回避可能性（責任無能力状態招致の予見可能性）は、責任能力評価における根拠事実である。それが程度を付しうる概念である以上、回避可能性が肯定される場合に刑が必ず減軽されるわけではない。

慮の一要素であり、たとえば故意の場合には完全責任能力、過失の場合には耗弱といった、厳密な意味での要件ではない。

[304] 中空・前掲注５・393頁、山口・前掲注297・218頁以下、松原・前掲注293・287頁。

[305] たとえば、中空・前掲注５・393頁以下、松原・前掲注283・109頁以下（事実的故意を反対動機形成可能性と関連させて責任要素とする立場が採られる）。

[306] 安田拓人「回避しえた責任無能力状態における故意の犯行について（二）・完」法学論叢142巻２号（1997年）48頁。

[307] 町野朔「『原因において自由な行為』の整理・整頓」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』（有斐閣、1998年）348頁。同旨として、今井猛嘉ほか『刑法総論〔第２版〕』（有斐閣、2012年）281頁［今井猛嘉］、西田典之ほか編『注釈刑法第１巻』（有斐閣、2010年）［古川伸彦］627頁。

責任非難を基礎づけるのは、不法の量を責任に媒介する故意・過失であり、それ以外の責任要素（責任能力・違法性の意識の可能性・適法行為の期待可能性）は、行為者の（合）理性や他行為可能性が欠けた場合に例外的に責任の阻却を認める要素（例外的責任要素）である。こうした犯罪論構造上の相違は、同じ責任要素であっても事前の責任要件事実を基底とした評価を認めることの可否や、その要件に影響を与える。本稿の立場からは、例外的要素の有無を判断する際に自招性を考慮することはむしろ当然のこととして位置づけられるが、問責対象（評価対象）となるのはあくまで実行行為（最終的な法益侵害行為）なのである。

おわりに

本稿では、自招性精神障害のあるべき評価枠組みを明らかにするために、イギリス判例法における任意酩酊ルールの検討を出発点とし、英米刑法学説における事前責任論に示唆を得ながら、わが国における「原因において自由な行為」論が抱える問題点を明らかにし、精神障害の自招性を責任能力評価の枠内で考慮する方策を提示した。

イギリスの判例法では、自招性精神障害（酩酊）は通常、メンズ・レア欠如の主張との関係で問題となる。酩酊状態を招致して法益侵害結果のメンズ・レアを犯行時に欠いていた場合には、Majewski 判決で提示された厳格な任意酩酊ルールにより、特定意思犯罪については刑事責任を免れるが、一般意思犯罪についてはしらふの状態でメンズ・レアを形成可能であったとされるかぎり、当該犯罪のメンズ・レアは酩酊状態に陥るという軽率によって補填される。この任意酩酊ルールに対しては、結果責任を肯定することで刑法の基本原理からの逸脱を正面から認めるものとして、現地の学説からは批判が向けられている。

酩酊が他の抗弁と競合する場面では、アルコールや薬物の直接的な影響を欠く場合には責任無能力やオートマティズムの抗弁に依拠することが可能な一方で、アルコールや薬物の急性反応を伴う場合には、①任意酩酊ルールの下でメンズ・レア欠如の主張に関して特定意思犯罪と一般意思犯罪が区別され、②当該精神状態を招致した行為者の有責性をめぐる扱いが各抗弁・主張間で異なることを背景に、判例法は複雑な状況に

ある。このことから、精神状態を自ら悪化させた行為者の有責性を根拠に、各抗弁・主張を退ける統一的な理論的根拠の必要性が現地でも徐々に認識されつつある。

英米法圏の学説においても、わが国における構成要件モデルと例外モデルに対応する理論枠組みがそれぞれ萌芽的に展開されているが、イギリス判例法における酩酊の位置づけ（メンズ・レア欠如）と日本の学説における問題の捉え方（責任能力喪失）の相違について示唆を与えるのが、John Child の見解である。論者によれば、事前責任の問題は、結果行為時に（メンズ・レアなどの）犯罪の原則的構成要素の欠落が問題となるのか、（心神喪失や正当防衛といった）抗弁事由など犯罪の例外的構成要素の適用が問題となるのかで議論を区別する必要がある。前者の場面における事前責任の基準としては、結果行為時に欠落した（メンズ・レアなどの）犯罪要素を正当に補填することが可能な要件であれば足りるが、後者の場面では、法益侵害結果と同等のメンズ・レアを原因行為の時点で問うことは的を外している。犯罪の原則要素と例外要素を区別し、後者については原因行為時に法益侵害結果に対応する（同等の）メンズ・レアを要求しないこのアプローチは、わが国の構成要件モデルが結果行為時の心理状態を重視せず、（「原因において自由な行為」論が責任能力欠如を問題とする理論枠組みであるにもかかわらず）結果行為時に故意を欠く場合にも適用可能な理論構成となっており、場合によっては過剰ではないかという本稿の問題意識からは示唆的である。

本稿では、こうした英米法圏の知見をわが国に導入する際の障壁に触れた上で、自招性精神障害の評価枠組みについて具体的な提言を試みた。わが国における従来の議論の問題点としては、①責任能力を事実的な能力として捉える点と、②結果行為時の心理状態（故意・過失）を軽視する点が挙げられるが、これらの前提は責任能力に関する現在の理解に照らせば維持できない。他方で、犯罪の原則的構成要素と例外的構成要素という犯罪論構造上の相違を根拠に事前責任の評価枠組みを異にすべきとする Child の指摘は、わが国においても基本的に妥当する。

責任能力評価における、精神障害の自招性というファクターの取り入れ方については、どの限度までの客観的事実を基底とすることが可能なのか、また、どのような内容の行為者主観が考慮されるのか、という点

が課題となる。客観面については、個別行為責任の要請から、①責任判断の無制限的な時間的遡及を阻止し、②犯罪的結果の惹起行為に対する非難とは無関係の落ち度を理由とする帰責を回避することが求められる。こうした理解を前提とすれば、①数ヶ月以上前の薬物摂取に起因するフラッシュバックや、長期のアルコール依存によって発症するアルコール幻覚症などは、薬物投与直後の急性症状下での犯罪とは同視できないという形で実行行為との直接的関連性が否定され、②通常人でも陥りうる錯誤が問題となるケースや、アルコールからの離脱症状としての錯乱状態は、薬物・アルコールの任意摂取との関係性が薄まるという形で、責任能力評価に与える影響が変化する。他方で、主観面については、③弁識・制御能力の低下を招来することについての有責性、および、④最終的な法益侵害結果についての有責性の両者が問題となる。③では、責任無能力（限定責任能力）の招致に関する被疑者・被告人の認識や予見可能性（飲酒の経歴、摂取した薬物の目的、医師の処方によるものか否か）が考慮要素となり、④では、結果行為時の故意・過失に対応する犯罪の成立を肯定した上で、原因行為時における法益侵害結果についての有責性（故意・過失）は、責任能力評価に影響を与えうる事実として定位される。

上記の私見は、例外モデル（回避可能性説）の立場を徹底し、結果行為時の故意・過失に対応した犯罪成立を肯定した上で責任能力評価の中で自招性を考慮するものであり、責任説の立場からは自然な帰結として位置づけられる。なお、今後の課題としては、自招性を責任能力論の枠内において、特に責任能力の本質論から説明することが挙げられる[308]。筆者は以前より、弁識能力と制御能力を区別することには理論的・実践的な意義や根拠がなく、行為者の弁識プロセスに着目することでその意味内容が豊富化された、「実質的弁識能力」というべき統一的要件に解消されるとの自説を提示している[309]。この立場を前提とした場合、行為

---

[308] こうした視角からの分析の必要性を指摘するものとして、徳永元「原因において自由な行為に関する一考察」法政研究84巻３号（2017年）711頁。

[309] 詳細については、拙稿「刑事責任能力論における弁識・制御能力要件の再構成（２・完）」早稲田法学会誌67巻１号（2016年）251頁以下、同「責任能力論

者の認識内容それ自体ではなく、弁識プロセスの異常性に着目し、自らの振る舞いがもたらす影響を理解していると第三者が評価できるような弁識プロセスを有していたかが問題となる。認識内容それ自体ではなく弁識プロセスの異常性を問題とする私見の立場からは、（より慎重な検討を要するが）従来の理論よりも行為前の責任要件事実を捕捉しやすくなると予想される[310]。この分析については他日を期したい。

〔完〕

〔本研究は、JSPS 科研費17J00587、18K12655による研究成果である。〕

【付記】草稿段階において、小池直希氏（早稲田大学法学学術院助手）から多くの有益な助言をいただいた。記して謝意を表したい。

における弁識・制御能力」法と精神医療32号（2017年）１頁以下。

[310] それにとどまらず、責任評価についても行為者の意思形成過程を捕捉する余地もあるだろう。

論　　説

保証契約締結プロセスの規律（３）

―― イングランドにおける信頼の濫用法理の考察を中心に ――

西　村　曜　子

目　　次

序章
　第１節　保証契約締結過程の問題点
　　第１款　保証人保護と金融維持の要請
　　第２款　保証契約締結過程の規律を試みる学説の見解
　　第３款　個人保証制度の現在
　　第４款　本稿の問題意識
　第２節　保証人保護に関する比較法的概観
　　第１款　EU における統一法の欠如
　　第２款　各国の状況
　第３節　検討対象の設定
　　第１款　交渉力の構造的不均衡問題への対応
　　第２款　イングランドにおける契約締結プロセスからのアプローチ
第１章　制定法における保証契約の規律
　第１節　1677年詐欺防止法４条
　　第１款　適用対象となる保証契約
　　第２款　改廃の議論にみる４条の現代的意義
　第２節　1974年消費者信用法
　　第１款　消費者信用政策のもとでの保証人保護
　　第２款　要式性の拡充と情報提供規定
　　第３款　暴利的取引規定の射程
　第３節　消費者信用法改正による保証への影響
　　第１款　暴利的取引規定の改正の経緯

第２款　不公正な関係規定　unfair relationships
第３款　不公正な関係規定における保証契約の位置づけ
第４節　まとめ　（以上、69巻２号）
第２章　判例法における情報提供法理の生成
第１節　イングランドの契約法における保証人保護の状況
第１款　錯誤 mistake による保証人保護とその限界
第２款　契約解釈による保証人保護の射程
第２節　契約締結プロセスにおけるルール
第１款　原則論
第２款　最高信義契約
第３節　リスクの引受けと情報格差の是正
第１款　身元保証契約における黙示の表示ルール
第２款　Hamilton 判決 v Watson 貴族院判決の登場
第３款　開示ルールの法的性質論
第４款　Hamilton 判決後の判例の展開
第４節　判例の分析　（以上、69巻６号）
第３章　判例法における信頼の濫用に対する救済法理
第１節　債権者による不当威圧と救済の射程
第１款　不当威圧法理の概要
第２款　銀行と保証人間における不当威圧法理の適用
第２節　主債務者による信頼の濫用
第１款　Barclays Bank Plc v O'Brien　－配偶者保証
第２款　Credit Lyonnais Bank Nederland BV v Burch
－従業員保証
第３款　Royal Bank of Scotland v Etridge and other appeals
－配偶者保証
第３節　まとめ
第４章　判例法における保証規律の到達点
第１節　情報提供義務の確立
第１款　Royal Bank of Scotland v Bennett
第２款　North Shore Venture Ltd v Anstead Holdings Inc and others
第３款　合理的措置ルールの形成による情報提供義務への影響
第２節　合理的措置ルールの展開　-Etridge 判決の先例的意義の検証
第１款　合理的措置の形成期における実務的背景
第２款　多層的な理解の可能性
第３節　まとめ　（以上、本号）
終章　　日本法の分析と展望

第３章　判例法における信頼の濫用に対する救済法理

19世紀中盤より、イングランドでは、貸金保証契約締結のプロセスとして、債権者が保証人になろうとする者に対する一定の情報開示を怠れば、保証人は契約を取り消しうるとする開示のルールが形成されてきた。ここでは、「黙示の表示（implied representation）」ルールを根拠に、保証人に予想しがたい特異な事項で、かつ、保証人に不利益な情報の開示が必要とされ、保証人に責任の認識を促すための一定の機能が果たされてきたといえる。もっとも、判例法は、債権者に情報開示を要求することにより、貸金保証本来の目的である金融の維持が阻害されてはならないことを明言しており、主債務者の資産状況等については、保証人が引き受けるリスクとして、開示の対象とすべきではないとの限界を示している。

20世紀後半に入ると、保証契約の締結過程において、保証人の信頼が濫用、ないし、利用されたケースにつき、エクイティによる救済法理が形成、展開されるようになる。信頼の濫用ケースでは、契約当事者間の関係性を契機として、保証人が任意性なきままに保証契約を締結するという点に法的な課題がある。実際の訴訟では、債権者は保証人になろうとする者に対して、保証人の利益を保護するための、より積極的で高度な義務を負うかどうかが争われるようになる。裁判所は、この問題について、主として不当威圧という契約法理を適用することにより解決を導いてきた。その判断過程においては、不当威圧の解釈により、債権者に対して合理的措置が課されているが、その内容は一見して明確ではなく、保証契約における三者間の利害を調整する原理として、複合的に形成されている。

第１節　債権者による不当威圧と救済の射程

第１款　不当威圧法理の概要

貸金保証のための保証契約においては、①債権者たる銀行による保証人に対する不当威圧、及び、②主債務者による保証人に対する不当威圧という２つのケースにおいて、保証人救済に関する判例法が形成されて

きた。

不当威圧とは、コモンローの強迫[1]に該当しない場合でも、ある種の不当な圧力の下で契約を結んだ者に対し与えられきたエクイティによる救済法理とされる[2]。ある種の不当な圧力とは、当事者の力関係、能力、知識、信頼の存否等を基礎とする、当事者の一方から他方に対する不当な影響をいうのであり、そのような圧力のもとで締結された契約については、取消が認められる。

不当威圧の立証では、原則として、不当威圧による取消を主張する者が、契約の同意にあたり、相手方から積極的な威圧を受けたことを立証しなければならない（現実の不当威圧）。しかし、特定の法律関係から、判例法上、当然に不当威圧が推定される関係として、受託者と受益者、ソリシタと依頼人、医者と患者、親と未成年の子、後見人と被後見人、宗教上の指導者と信徒があげられる。さらに、法律上は不当威圧の推定を受ける関係に該当しないが、当事者間の関係を考慮して不当威圧の立証が軽減される場合（不当威圧の事実上の推定）がある。この場合、威圧の立証までは要求されないが、相手方から影響をうける信頼関係にあったことを立証する必要があるとされる。具体的には、親と成人した子、上司と未成年の従業員の関係がこれに該当するとされている。このような不当威圧においては、弁護士等からの公正中立の助言は、不当威圧の推定の反証となりうるものとされてきた。

第２款　銀行と保証人間における不当威圧法理の適用

従来の議論では、銀行と保証人の関係は、当然に不当威圧が推定される関係とは位置づけられていない。しかし、判例上、銀行と保証人との

---

[1] コモンローは、従来、取消原因たる強迫 duress を非常に狭く限定し、一方当事者の物理的な暴力、または、身体の拘束をさすものとしてきた。1900年代後半には、このような「人の強迫」以外の「経済的強迫 economic duress」にも強迫が成立するという判例法が発展するも、ここでの強迫は、正当ならざる方法による相手方の意思の強制であり、その成否は、「合意の実質を失わせる（vitiate consent）失わせるような意思の強制」であるかによるとされる。詳細は、望月礼二郎『英米法 新版』（青林書院、1997年）377-378頁参照。

[2] 前掲注１）379-381頁参照。

間に不当威圧法理の適用が認められたケースも存在する。以下では、この点に関する２つの判例の比較検討から、銀行と保証人間における不当威圧の適用状況をみていくこととする。

1　判例の状況

・Lloyds Bank Ltd v Bundy[3]

【事案】

Ｙは、年老いた農夫であり、ビジネスに関しては知識や経験がなかったが、長年にわたりＸ銀行の顧客であった。Ｙの息子であるＡは、Ｘ銀行を取引銀行とする会社を設立したが、その財政状況は逼迫し、1966年、Ｙは、Ａの会社のＸ銀行に対する1500ポンドの債務を保証するために、自己の唯一の財産である農場内の家屋に担保権を設定し、さらに自ら保証人となった。その後、Ａの会社の経営状態はより悪化した。

そこで、Ｘ銀行のアシスタント・マネジャーＺは、Ｙに対して、Ｙの保証額を11000ポンドにまで引き上げなければ、Ａの会社への融資を継続できない旨を告げた。このとき、Ｚは、Ａの会社の経営状況について概略を説明したが､計算書については十分な説明をしなかった。また、同席していたＡは、Ｙに対して、会社の危機的な状況が多重債務によるものであるとの説明をしたが、Ｚは、この説明が真実に基づく十分なものであるとは思わなかった。

このような状況のもとで、Ｙは、要求された金額について、保証契約及び物上保証契約をする旨の署名をした。なお、この契約締結の際、ＹがＺに対し､「銀行のアシスタント・マネジャーという専門家として、保証契約に関して助言をしてくれるもの」と信頼していることを、Ｚは認識していた。

その５ヶ月後、Ｘ銀行はＹの家屋を売却する手続きをとり、Ａとの取引を終了した。ＸのＹに対する立退き要求に対して、Ｙが担保権設定契約は、Ｘの不当威圧のもとで締結されたものであるとし、取消を主

[3] [1975] QB 326. 本判決に関する先行研究として、及川光昭「イギリス契約法における非良心性に関する若干の動向 : 記録長官 Denning 卿の判決を中心として」亜細亜法學 14（１）（1979年）111-134頁がある。

張したものである。

【判旨】

Eric 裁判官は、本件 X 銀行と Y の間に信頼関係（confidential relationship）が存在することを認め、契約当事者間の信頼関係があるがゆえに、一方が不当威圧を加えたものと推定されるとの解釈を示した。

まず、信頼関係の成立要件について、Eric 裁判官は、一般的なものとして明示することは不可能であり、個々の事件の事実関係に基づいて裁判所が決めるべき事項であるとの見解を述べている。その上で、信頼関係の本質は、「一方当事者 A が相手方 B の示す指針や助言（advice）を信頼しており、B はその信頼を認識していること、そして、B が当該取引から利益を得たか、あるいは、取引成立後に何らかの利益を得ること」におかれる傾向にあるとしている。

次に、不当威圧について、２つの類型があることを示した先例（Allcard v. Skinner (1887) 36 Ch. D, at p. 171）に言及した。そこでは、不当威圧が適用される第１類型として、一方当事者による明白な威圧の行使が証明された場合があげられ、第２類型として、「（受贈者による）不法な行為（wrongful act）に基づくものではないが、公序良俗（public policy）に照らし、当事者間に存在する関係及びその関係性から生じる影響力が濫用されることを回避すべき場合」が示された。その上で、Eric 裁判官は、本件のような信頼関係は、この第２の不当威圧類型に該当するとの見解を示している。すなわち、保証人 Y は、長年にわたり銀行の担当者 Z に信頼（trust and confidence）を置いており、そのことを Z が認識していたことが証拠上明らかであるところ、本件では Y の Z に対する信頼は利用されたものとして、Y の保証契約は、不当威圧の下で締結されたと推定されるとした。

さらに、反証の成否に関して、X 銀行は、Y が日頃から自己のソリシタから助言を受けていたことを認識していたことに鑑み、本件保証契約についても独立の助言を受けたことを確認し、もしくは、少なくとも助言を受けることを想定した措置をとるべきであったが、本件では、このような措置がとられておらず、不当威圧の推定は反証できないとした。結論として、Y による保証契約の取消が認められた。

このように、Bundy 判決では、銀行と保証人間の信頼関係を認め、これに基づく不当威圧を推定するという判決が示された[4]。しかし、その後の National Westminster Bank plc v. Morgan[5]貴族院判決（以下、「Morgan 判決」とする。）では、信頼関係の概念を用いずに、直接、銀行と保証人間における不当威圧の成否が判断され、結論として不当威圧関係は否定されている。そこでは、信頼関係の概念を用いない理由として、一方の意思が他方により支配される可能性のある関係は無限にあり、直ちに不当威圧の指定と結びつけるべきではないとされている。以下、Morgan 判決を紹介する。

【事案】

A は、X 銀行から事業融資を受け、その担保として妻 Y の家屋が提供されていた。A の返済が困難となったため、X により、抵当家屋の占有命令を得るための手続きが開始された。そこで、この占有命令を阻止するために、A は、X 銀行からつなぎ融資を受けることとし、A と妻 Y の共有家屋が担保として提供された。このとき、Y は、X 銀行の担当者から「つなぎ融資」を担保するための担保権設定契約であると説明を受けていたが、実際には、A の既存の債務も被担保債務に含まれていた。その後、X が共有家屋の担保権を実行したため、Y は、本件共有家屋への担保権設定は X の不当威圧によるものであるとして、担保

[4] ところで、本判決における Denning 卿は、不当威圧法理が、イギリスの判例法において形成されてきた取引能力の不均衡（inequality of bargaining power）の一般原則に含まれるとの見解を提示し、あえて、当事者の意思が他方に支配されているかという点に言及していない。しかし、Denning 卿は、上記のような一般原則の理解が「誤りである場合には」、として、本件 XY 間における「信頼と信認の関係（relationship of trust and confidence）」は、Allcard v. Skinner (1887) で示された第２類型の不当威圧に該当するとし、本件の解決として、Eric 裁判官と同様の見解を示しているのであり、不当威圧の適用を完全に否定する趣旨ではない点に留意する必要がある。

[5] [1985] AC 686, [1985] 1 ALL ER 821 (HL). 本判決に関する先行研究として、及川光明「イギリス契約法における不当威圧の法理に関する若干の動向 -Scarman 卿の判決を中心として」早稲田法学 61（3-4）2）（1986年）171-200頁がある。

権設定契約の効力を争った。

【判旨】

Scarman 卿は、不当威圧の判断方法について、次のような見解を述べている。すなわち、不当威圧は、あいまいな公序良俗に基づく法理ではなく、一方当事者よって他方当事者が犠牲になることを防止することを目的とする法理であるとした。その上で、不当威圧が推定されるためには、取引の不当性が示されなければならないとし、一方当事者が他方当事者に対して支配的影響力を有している場合に、「明白に不利益な取引であることが立証できたならば、裁判所が、その取引が不当威圧によりなされたものであると推定する余地が生じる。」とした。

そして、本件については、銀行と顧客の間における「通常の」取引であって、顧客である Y にとって明白に不利益な取引とはいえないことを理由に、不当威圧を認めなかった。その理由としては、Y は、希望通りに、銀行からのつなぎ融資によって家屋に対する占有命令を回避することができたこと、X 銀行の担当支配人による担保の提供に関する説明は、当該担保が、つなぎ融資と A の既存の事業ローンの双方を担保するものであったところを、つなぎ融資のみを担保するものであると説明した点で、単なる技術的なミスにすぎず不当な威圧ではないことが挙げられている。

３　銀行と保証人間の不当威圧関係の射程

Bundy 判決では、銀行と保証人間の信頼関係に基づいて、不当威圧が推定された。

ここでの信頼関係について契約法上の位置づけを考える際、イギリスの判例法により形成されてきた信認関係（fiduciary relationship）の原則と関連付けた説明がなされている。英米法における信認関係の理論とは、当事者の一方が他方に信認（confidence）を置き、諸般の事情から、この信認をエクイティによって保護することが相当とされる関係が認められると、信認を置かれた当事者には、一定の注意義務が発生するという理論である[6]。信認関係という概念は、もともとは信託の受託者の義務、

[6] 植田淳『英米法における信認関係の法理』（晃洋書房、1997年）。

会社の取締役の義務、代理人の義務、遺言執行者の義務などを定めるために、広く依拠されている概念であり、一定の関係ゆえに一定の義務が発生するという思考様式であると説明される[7]。

不当威圧を推定せしめる信頼関係（confidential relationship）は、伝統的に信認関係（fiduciary relationship）の一種であると解されている。信託における受託者と受益者との関係、代理における代理人と本人との関係といった信認関係の本質が、他人の事務処理にあることからすると、不当威圧における信頼関係は、これとは異なる類型に属するものと理解される。しかし、信頼関係もまた、信認（trust and confidence）を基礎として成立しており、広義の信認関係と位置づけらると説明される[8]。

イングランド法における信認関係は、「無私」の概念を核心とするものと考えられており、自己の利益よりも優先して本人の利益を図ることが期待される関係をさす。裁判所は、「商人である顧客」と銀行との関係は、このような信頼関係には該当しないものと判断してきた。すなわち、銀行は、通常、顧客の利益よりも自己の商業的利益を図ろうとすることができるため、慈善団体ではなく、銀行の預金収集や融資活動は、その特徴において一般的に信認関係ではないことを強調してきた。そして、一般に、銀行顧客間の契約において、銀行は、黙示の義務としての技術と注意義務を超えて、顧客に対し、一般的に忠誠、誠実の義務を負

---

[7] 道垣内弘人（個別報告）「銀行と顧客との法律関係－イングランド法の展開」金融法研究・第10号（1994年）２頁以下によれば、このような信認関係の思考様式は、銀行と顧客との関係にも採られるようになったとされる。具体的な事例として、銀行が顧客のなす投資取引について不適切なアドバイスをした場合に、信認関係を認定した上で、銀行に合理的な注意と専門性をもってアドバイスする義務を課したケース（Woods v. Martins Bank Ltd. (1959) 1 QB 55）があげられている。

[8] 前掲注６）181頁以下。田中英夫編（代表）『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）では、当事者間の法律関係から当然に信頼関係が認められ、もっぱら相手方の利益を図る高度の忠実義務が負わされる狭義の信認関係（fiduciary relationship）と区別して、忠実の程度がこれよりも弱い信頼関係（confidential relationship）には、不当威圧関係が推定されると説明されている。

うものではないとしてきた[9]。

信認関係を限定的にとらえるというイングランド法の態度は、銀行と顧客との関係のうち、取引上弱い立場にある個人顧客にも及んでいると指摘されているが[10]、その傾向は、銀行と個人保証人間の不当威圧を認定する際にも現れているといえる。例えば、Bundy 判決は、銀行担当者と顧客保証人との間に信頼関係を認めたが、同事案には、「保証人が長年にわたり銀行の担当者に信頼（trust and confidence）を置いてきており、そのことを担当者が認識していた」という明確な証拠が存在したのであり、このような関係は、銀行と保証人に広く一般的に肯定されるものではない。

Morgan 判決では、そもそも信頼関係の有無を基準とすることなく、銀行と保証人間における不当威圧の成否を判断している。信頼関係を不当威圧の成否の前提としない点については、一方の意思が相手方に影響を受けるという不当威圧は、信頼関係の成立する場合に限定されるものではないことを理由としている。もっとも、Scarman 卿は、不当威圧が無限に広がりうることを肯定するのではなく、不当威圧法理の目的は一方よって他方が犠牲になることを防止することにあるとし、「明白に不利益な取引であることの立証」により、不当威圧を推定することが適切であるとの見解を示した。

このように、Morgan 判決において「明白な不利益性」が要求された趣旨は、広範に広がりうる不当威圧を法的救済に値する関係性に限定しようという意図で提示されたものであるといえる。この点において、保証人の銀行に対する信頼が「明確に」濫用されたことを根拠に不当威圧を適用した Bundy 判決とは、銀行と保証人間における不当威圧を限定的に捉えようとする点において方向性を同じくするものといえる。

以上の判例検討から、銀行と保証人は、通常は、不当威圧が推定される関係ではなく、両者の間に特別な信頼関係が認定される場合に限り不当威圧による救済の可能性があるといえる。

---

[9] E.P. Ellinger, E. Lomnicka, and C.V.M. Hare, Ellinger's Modern Banking Law, 5th ed., (2011), pp. 126-129.

[10] supra note 9, p. 129.

ところで、Morgan 判決で示された「明白な不利益性」テストの意義について、木村仁教授は、次のような見解を示されている。すなわち、「明白な不利益性」テストは、「取引の客観的な不公正さを要件に取り入れることによって、不当威圧法理の焦点は、被害者の同意が十分であったか否かという点から、一方当事者による搾取の有無という点に移行した」といえ、不当威圧の法理は、「当事者の具体的意思の問題から、客観的不公正さの検討をより重視した法理（非良心性法理）へと転換することが図られたと思われる」と示されている[11]。

木村教授は、このように不当威圧について、取引の客観的な不公正さに着目する法理であるとの位置づけを示す一方で、これに対する批判がなされていることも紹介している。学説上、不当威圧の法理は、その本質において、取引において相手方を信頼している者の判断が自由かつ任意でない場合に救済を与えることを目的とするものであるとし、エクイティ上の不当威圧は、基本的には取引の結果ではなく、その過程を規律するものであるとの見解がある。同見解は、客観的に見て公正な価格を受け取っている者でも自己の自由な意思によって取引したとはいえない場合があるとして、Scarman 卿の判示に対し、批判な見方を呈する[12]。さらに同見解は、取引の不公正さは、当事者の意思が自由かつ任意のものであったかを判断する際に考慮されるファクターの１つに過ぎないと述べる。

不当威圧法理の本質が、取引の客観的な不公正さを規律することにあるのか、また、契約意思の任意性の保護に置かれているのかという点については、その後の課題として残されたといえる。

第２節　主債務者による信頼の濫用

前節の検討から、イングランドにおいては、銀行と保証人との関係は、

---

[11] 木村仁「保証契約締結における保証人の保護と不当威圧の法理（一）－イギリス判例法を中心に－」民商114巻第２号（1996年）268頁。

[12] David Tiplady, The Limits of Undue Influence, Vol. 48 Modern Law Review (1985), p. 579-584.

一般に、不当威圧によるものとは位置付けられておらず、「長期間にわたり、保証人が銀行から助言を受け、信頼関係を構築し、そのような信頼を銀行も認識している」という限定的なケースにおいて、不当威圧関係が推定されうることが明らかになった。

このような銀行による不当威圧のほか、イングランドの判例法上、保証人が保証契約の効力を争う手段としては、「主債務者による保証人への不当威圧」を根拠に、「銀行」に対して保証契約の取消を主張するというケースが多くみられる。

このような主債務者による不当威圧に関する訴訟は、配偶者保証ケースを中心に展開された。配偶者保証における紛争の典型は、夫が事業融資を受ける際に妻が保証人（物上保証を含む）となったが、妻は保証契約の締結過程において、夫による不当威圧が介在したことを理由に、銀行に対して保証契約の取消を主張するというものである。

配偶者保証に関する訴訟は、1986年から1994年までの間に急増したとされ、その背景となった社会的、経済的要因としては、①1980年代から政府による小個人企業の奨励策の実施により、そのような企業形態が増加したこと、②そのような小個人企業への融資において、家屋に担保権が設定されたこと、③不況の長期化の中で、家屋に設定された担保権の実行が増加したこと、④同時期に、低所得者層による家屋の所有（持家）が増加し、その家屋は夫婦の共有とされる傾向にあったこと[13]があげられている。

配偶者保証における契約法上の重要な問題は、夫の妻に対する不実表示ないし不当威圧という不法な行為について自ら不当な行為に関与していない債権者が法的責任を負うことをどのように理論構成するのかという点である。本来、不実表示ないし不当威圧は、このような不法な行為を行なった本人との関係において契約の取消等を認める契約法理である。しかし、裁判所は、配偶者保証、及び、従業員保証における一定のケースについては、他人の不法な行為について債権者の悪意（notice）を擬制し、債権者が保証人に対する合理的な措置を果さなければ、保証

[13] Belinda Fehlberg, Sexually Transmitted Debt, (1997).

契約の取消しが認められるとの判例法を形成している[14]。

第１款　Barclays Bank Plc v. O'Brien　－配偶者保証

既に、わが国の先行研究において紹介されている Barclays Bank Plc v. O'Brien[15]貴族院判決は、悪意擬制の理論を配偶者保証契約に適用すべきことを示した初めての貴族院判決である。同事案は、不実表示が認定されたケースであるが、悪意擬制ついては、不当威圧の場合も想定した理論が展開されている。以下、同判決の事案と判旨を紹介する。

【事案】

Ａが監査役兼株主となっている会社の債務の担保のために、Ａとその妻Ｙが共有する家屋に、債権者Ｘ銀行のための担保権が設定された。その際、ＡはＹに対して、与信限度額は６万ポンドであり、３週間後には返済される債務の担保であるとの虚偽の説明をした。

Ａが、Ｘ銀行に対して、当該家屋を担保とする申し入れをした際、Ｘの担当者は、ＡのＹに対する上記の不実表示に気づいていた。そこで、Ｘの担当者は、担保権設定の窓口となる支店に対して、保証契約時にはＹに対して、契約内容を正確に説明するよう指示をしたが、支店はこの指示に従わなかった。ＹはＡの説明を信じて、契約書を読まないまま保証契約書にサインをした。

その後、会社は15万４千ポンドの与信を受けたが、債務不履行に陥り、Ｘ銀行が担保実行の申立てをした。これに対して、保証人Ｙが、Ａの不当威圧と不実表示を理由に、担保の無効を主張した（なお、不当威圧の主張は、第１審判決後に取り下げられている）。

【判旨】

Browne-Wilkinson 卿は、配偶者保証において妻を保護する必要性が

[14] Cartwright, Misrepresentation Mistake and Non-Disclosure, 3rd ed., (2012) p. 813. Charles YC Chew, The duty to explain a guarantee by the bank: an ephemeral concept?, (2012).

[15] [1994] 1 AC 180.

認められることについて、次のように述べている。すなわち、「社会における男女平等の認識の浸透とともに、家計における妻の夫への従属形態も既に過去の考え方とされている。しかしながら、実情はそのような理念とは異なり、妻は、取引経験の豊富な夫からの助言に従い、その財産上の意思決定は、夫から真に独立してなされたものではない。最近の多くの紛争において、夫の不当威圧への従属が実証されているところであり、法は、夫が妻の信用と信頼（trust and confidence）を濫用しているケースにおいて、妻を保護する必要がある。」と述べた。

このようにBrowne-Wilkinson卿は、配偶者保証において保証人となる妻を保護すべき必要性を指摘し、その一方で、保証による金融の維持に配慮すべきことをも指摘している。すなわち、「保証人となった妻に同情的な判断をすることは容易であるが、経済的には有益なアプローチとはいえない。仮に、妻の財産を保護するためにすべての担保契約を取り消しうるものとすれば、金融機関は、夫婦共有家屋を担保とする経済的弱者への融資を控えることになるであろう。このような弱者への融資を重視したルールを構築することは重要である。」とする。

Browne-Wilkinson卿は、配偶者保証における理論的課題は、保証人である妻が、不当威圧及び不実表示を行った夫ではなく、第三者たる債権者銀行に対して取消権を行使しうるかどうかにあると指摘している。この問題については、主債務者が債権者銀行の代理人として妻と保証契約を締結したものとみて、代理理論（agency theory）により、妻に保証契約の取消しを認めた事例があるが、Browne-Wilkinson卿は、代理理論の適用には賛同できないとする。代理理論の適用には、銀行が主債務者たる夫に対し、妻の署名を得るよう委託したことの立証が必要とされるが、そのような委託の有無は確定しがたいとする。

その上で、たとえ代理関係が不存在であるとしても、上記の問題には、認識の法理（doctrine of notice）を適用するのが適切であるとする。すなわち、債権者たる銀行が夫による不当威圧について悪意ないし悪意と擬制される場合には、妻はエクイティにより債権者銀行に対し、契約の取消しを主張しうるとする。

外観上、銀行との契約が妻にとって金銭的利益をもたらすものではなく、保証契約の締結過程において、夫の妻に対する不法な行い

(wrongdoing、不実表示ないし不当威圧) が介在している実質的なリスクがある場合には、第三者 (銀行) は不実表示等について「悪意である」と擬制され (constructive notice)、この擬制が阻止されない限り、保証人は銀行に保証契約の取消しを主張しうる。そして、そのような悪意擬制を妨げるには、「合理的措置 (reasonable step)」をとる必要があるとし、その内容として、銀行が配偶者間において不当威圧が行使されたか、あるいは、不実表示がなされたかを調査することは不可能であるとした。その上で、銀行は、妻に対して担保を提供することのリスクと公正中立の助言 (independent advice) を受けることへのアドバイスをする必要があるとした。

また、傍論として、将来的には、銀行は、夫が不在の状況において、妻と個人的な面談を行い、保証責任の範囲、及びそのリスクを警告し、さらに、独立の法的助言 (independent legal advice) を受けるよう強く勧める (urge) 必要があるとした。Browne-Wilkinson 卿は、銀行側が妻と直接面談することが重要であるとの考えを示し、その理由は、これまでの配偶者保証では、妻が夫による妨害を受け、契約書面に記載された注意事項を読んでいないというケースが多数に及ぶことをあげている。

本件については、まず、Y の保証契約締結の意思表示は、夫 A の不実表示によりなされたものであることが認められた。そして、X 銀行は、A と Y が夫婦であることを知りながら夫婦の共有家屋上に担保の提供を受け、さらに、Y には本件融資により得られる金銭上の直接的利益はないことから、A による不実表示につき、X の悪意が擬制された。この点、本件担保契約締結に際し、X は、Y に対して法的助言を受けるよう告知するという合理的措置をとっておらず、X の悪意擬制は回避されるものではないとされ、結論として、担保契約の全体について、取消の主張が認められた。

この判決は、配偶者保証について、財産上の妻の意思決定の自由の保護と事業融資の維持との調整を図るべきことを示し、そのための法的手段として、認識の法理を適用している。夫の不法な行為について、債権者の悪意が擬制される場合には、債権者に合理的措置を課し、その不履行の効果として、保証契約の取消しを認めるとしたものである[16]。

合理的措置の内容については、不明確なところが多く、銀行は、保証人になろうとする者に対して、弁護士からの助言を受けるよう告知さえすれば十分であるのか、契約に関する情報提供を行なう必要があるのか、等の問題が残されていた。また、傍論において、銀行が直接、保証人となる妻と面会し、リスクがあることを警告し、独立の法的助言を受けるよう強く進めることが要求されているが、O'Brien 判決以降の配偶者保証に関する判決では、必ずしも債権者が保証人に対して、直接、助言と説明を行う必要はないとするものもある[17]。

第２款　Credit Lyonnais Bank Nederland BV v Burch　－従業員保証

その後、O'Brien 判決による悪意擬制の理論は、従業員保証における不当威圧ケースにおいても適用されている。

・Credit Lyonnais Bank Nederland BV v Burch [1997] 1 All ER 144.

【事案】

1982年、Y（当時18歳）は、A 社の従業員として働き始めた。Y は、A 社の経営者 B（当時28歳）が事業で成功していることを認識し、彼のことを信頼していた。Y は、休日には、イタリアに滞在する B の家族のもとを訪れたこともあり、B とは非常に親しい関係にあり、B の子供のベビーシッターもしていた。1990年には、Y は、B の経営する会社の旅行代理店 C 社の配属となり、重要な役割を担うようになった。しかし、

---

[16] 木村仁「イングランドにおける保証契約締結時の債権者の義務 -O'Brien 判決以降」近畿大学法学第45巻第２号（1998年）111頁以下によれば、O'Brien 判決以降の判決では、債権者に対し、法的助言を受けるよう勧告するだけでなく、助言を受けたことの確認が要求される傾向が示されている。

[17] 例えば、Massey v. Midland Bank 事件において、控訴院は、「公平無私の法的助言の目的が実現されたのであれば、債権者の代表と保証人が債務者のいないところで会合を持たなかったことは、それ自体債権者にとって致命的なことではない」と判示している。木村・前掲注16によれば、この他の裁判例も、「債権者が債務者のいないところで保証人に説明、勧告することが望ましいとしながらも、それが債権者のとるべき唯一の方法ではないとして、ブラウン・ウィルソン卿が示した合理的措置に関する判示部分を限定的に解する傾向にある」との分析が示されている。

同年、C 社は経営困難な状況に陥った。　そこで、C 社の X 銀行における当座貸越限度額を25万ポンドから27万ポンドに引き上げる際に、Y は、B の求めに応じ、X との間で包括的な保証契約を締結し、さらに、保証債務の担保として、Y の住居に包括的な担保権を設定した。X 銀行の弁護士は、２度にわたり、Y に、当該保証が、期間及び金額の双方について無制限であることを指摘し、独立の法的助言を受けるよう促す書面を送付したが、Y は助言を受けなかった。そして、Y は、銀行に対し、特に助言を受けるつもりはないとの書面を送付した。

1992年、C 社の経営状況は回復せず、破産した。その後、1994年４月に銀行が、担保権の実行、及び、債務の履行を申立てたのに対し、Y は、当該担保は、使用者である B の不当威圧により設定されたものであるとして、その効力を争った。

【判旨】

高等法院は、使用者である B と従業員 Y は、同居している関係にはないが、本件の事実関係から両者の間に不当威圧が推定される信頼関係が認められるとした。そして、X 銀行は、Y が、C 社の単なる従業員であり、さらには、Y は、C 社の株主でも経営者でもなく、その取引が Y にとって明らかに不利益であることを知っていたことから、不当威圧について悪意が擬制されるとした。

そして、以下の理由から、X は、合理的措置を果していないと判示する。

第１に、X は、Y に対して、当該保証が、その期間及び責任の額において無制限であることを繰り返し伝えるのみでは不十分であった。Y は、C 社の現在の借入額や当座貸越限度額を知らされない限りは、責任の重大さを認識することは不可能であった。Y が、C 社の不払いにより、自らの住居を失い、さらに、20万ポンドの支払債務を負担することになることを認識していれば、彼女は、全く別の対応をとったであろう。

第２に、X は、Y に独立の法的助言を受けるよう助言するのみでは、不十分であり、少なくとも、Y にそのような適切かつ独立の助言を「受けさせる」べきであった。なぜなら、有能な弁護士であれば、C 社の現債務額、及び、当座貸越限度額を調査し、その回答をもとに、彼女に契

約を締結すべきではないことを助言したといえるためである。当座貸越限度額を２万ポンド引き上げるためであれば、Ｙの保証はその限度でたり、包括的な保証債務を負う必要はなく、目的との関係で不適切である。仮に、十分な助言を受けていれば、Ｙはより負担の少ない方法を選択したであろうところ、本件ではそのような助言を受けていないのである。

第３款　Royal Bank of Scotland v Etridge and other appeals　－配偶者保証

Royal Bank of Scotland v Etridge and other appeals[18]貴族院判決（以下、「Etridge 判決」とする。）では、８件の配偶者保証についての訴えが提起されている。８件は、いずれも債権者たる銀行が、夫に対して融資をする際に、夫婦の共有物件に担保権を設定する際の保証契約の締結に関するものである（そのうち Royal Bank of Scotland v Bennett は、さらに、妻が人的な保証契約も併せて締結している）。以下では、夫による不当威圧を理由に、妻が保証契約の取消しを債権者たる銀行に主張しうるかについての判断を示した７件を中心に検討を進める[19]。

これらの訴訟においては、①夫による不当威圧の成否、②夫の不当威圧に関する銀行の悪意擬制を妨げうるかが争われた。貴族院の判断は、①主として不当威圧の成立要件、②の論点の判断基準について総論的見解が示され、その判断基準を個別の事案に適用して判決を示すという構成がとられている。

１　配偶者保証における不当威圧の成否と悪意擬制の理論

（１）総論的見解

Nicholls 卿は、配偶者の一方が他方の保証人となるケースについて、

---

[18] [2001] UKHL 44, [2001] 4 All ER449, [2001] 3 WLR 1021, [2002] 1 Lloyd's Rep 343, [2001] 3 FCR 481, [2001] 2 FLR 1364, [2001] Fam Law 880, [2001] 43 EG 184.

[19] このうち保証人が弁護士のネグリジェンスを争った事件として Kenyon-Brown v Desmond Banks &Co (a firm) がある。Royal Bank of Scotland v Bennett 判決においては、担保契約締結における銀行の情報提供義務違反についても争点として争われており、この点は、第４章第１節第１款において改めて検討する。

不当威圧が当然に推定されるものではなく、むしろ、原則的には不当威圧関係が推定されないとの見解を示している[20]。

ここではまず、不当威圧の成立について、エクイティは、明白に違法な威圧ないし強制行為のほかに、二当事者における一方の他方に対する不公正な優位性という「関係性」から生じる影響について救済法理を形成してきたとし、後者の典型は、一方当事者が自身に関する事柄・利益について他方当事者に対して信頼を置き、その信頼から得た影響力を他方当事者が濫用した場合を想定しているとの理解が示されている。もっとも、これらの「関係性」における影響力の濫用（abuse of influence）という態様は極めて多様であるとし、その有無の判断においては、その関係性が特定の類型に該当するかではなく、一方当事者が他方に対して十分な信用（trust）と信頼（confidence）を置いていたかが重要であるという Treitel の見解を支持している。このように Nicholls 卿は、影響力の濫用の有無を判断する際に、信頼が利用ないし濫用されたのかに重きを置くべきことを主張し、かかる信頼の濫用テストにおいて、一方当事者の信用（trust）、信頼（confidence）、依存（reliance）、従属（dependence）、他方当事者の優位性（ascendancy）、支配（domination）といった諸事情を考慮した上で、不当威圧の成否を判断すべきことを指摘している。

さらに Nicholls 卿は、取引の不利益性（disadvantage）は、不当威圧の成立要件ではないとした先例（CIBC Mortgages Plc v Pitt [1993] 4 All ER 433.）を支持している。Westminster Bank plc v. Morgan 判決における Scarman 卿が、当事者の関係性のほかに、明白な不利益性を要件に付加した点に対しては、廉価売却や贈与なら格別、契約が一方当事者にとって明白に不利益か否かは明確に判断することが困難であるとの批判を示している[21]。

---

[20] Etridge, at [8].

[21] ここではさらに、取引の不利益性の位置づけについて、そもそも無害な取引においては、不当威圧の問題は生じず、また、不当威圧が行使される傾向にはなく、最初から不利益であったか、結果として不利益となった場合に不当威圧が問題とされる状況にあるとの理解が示されている。これは、不利益性を不当威圧が論じられる背景として位置づけるものである。

以上を踏まえ、Nicholls は、本件のような「配偶者」という関係については、他方に対する影響の存在が法により不当威圧が推定される類型（親と子、後見人と被後見人、受託者と受益者）には該当しないとした。その理由として、「通常」、夫婦の財産は相互一体のものであり、夫の事業が家計の収入源になっている場合には、妻は、その事業をサポートすることに積極的な関心を抱いている。その場合、妻が愛情、その他の動機から金銭的な利益を夫に与えることは何ら不自然なことではなく、配偶者保証が夫の不当威圧により締結されたものであるとしか説明のつかない取引であるとは認められない。妻が夫の債務を保証することには、リスクに巻き込まれることがありうることを考慮してもなお、相当かつ十分な理由があるとした[22]。ただし、ここでは、「通常の場合（in the ordinary course ）」であることが強調されており、裁判所は、個別の事案において妻の夫に対する信頼が「濫用された」と認められる場合には、救済の機会を与えるとの見解を示した。

そして、不当威圧の推定を覆すための要件については、独立の助言が行われれば、必ずしも反証が成立するというものではなく、取引における弱者（vulnerable person）の不利益が大きいと認められる場合には、その反証には説得力の高さが求められる（Allcard v. Skinner (1887) 36 Ch D 145）との見解を示した。

（２）個別の事案に対する判断

配偶者保証における配偶者は、法律上不当威圧が推定される関係ではないとの総論的見解のもと、本件では個別の事案について、不当威圧の成否が判断されている。

Royal Bank of Scotland plc v Etridge (No 2) 判決、及び、Barclays Bank plc v Harris 判決では、妻が夫による不当威圧を主張したが、その成立は否定された。Royal Bank of Scotland plc v Etridge (No 2) 判決の事案は、夫が、新居の購入の際に融資を受けるため、夫婦の居住する共有家屋に担保権（限度額の設定なし）を設定したが、妻は、弁護士から契約に関する何らの説明も受けず、契約書に目を通さずに署名したと

[22] Etridge, at [28].

いうものである。裁判所は、本件の配偶者間の関係について、夫の収入で生計をともにし、財産関係に関しては夫が判断を行い、妻はこれを信用と信頼(trust and confidence)を置いてきた関係が認められるものの、本件担保契約において、夫が妻の信頼を濫用した事実や署名するよう脅したという事実は証明されていないことから、不当威圧は成立しないとした。同様に、Barclays Bank plc v Harris 判決においても、夫が妻に契約書に署名をするよう脅したり、行き過ぎた威圧を与えたという事実が立証されていないことから不当威圧は推定されないと判示された。

National Westminster Bank v Gill 判決では、夫の事業のために担保権を設定した妻が、担保契約を締結した際に、署名するか否かについて、熟慮する時間と機会の保障がなされるべきであったとして不当威圧が主張された。Scott 卿は、妻は、夫の事業のために彼女の家屋を担保として提供することを認識しており、夫とは独立した状況で弁護士から契約書の内容と効果について助言を受けた上で署名しているという事実関係から、不当威圧は推定されず、また、推定されるとしても、その反証が認められるとした。

なお、Royal Bank of Scotland v Bennett 判決では、妻が、担保権の他に保証契約も締結した事案であり、結論として、不当威圧の反証が認められたケースであるが、ここでは保証契約についても同様の判断方法が適用されている。

一方で、不当威圧が認められたケースもある。Barclays Bank plc v Coleman 判決について、Scott 卿は、厳格で敬虔なユダヤ教の信者であるという文化的要素が夫婦間の関係の一部となっており、共有家屋への担保権設定が妻の真意 (true consent) によるものかは極めて疑わしいとした。同事案では、夫が、妻は、担保の法的効果の説明を受けており、契約書への署名を拒絶できたはずであると主張したが、Scott 卿はそのような主張の真否は疑わしいものであるとし、家族の財産関係についても、妻は夫の判断に従うべきものとされていたことに着目し、不当威圧が推定されるとの判断を示した。そして、その反証には、妻が真に望んでいない限り署名するべきではないことを強く認識させること (impress) のできる、夫から独立した者の法的助言が必要であるが、本件では、そのような助言は与えられていないため、不当威圧の反証は認

められないとした。

このような不当威圧関係の認定は、必ずしも宗教的背景を前提としないケースにおいても、同様に行われている。UCB Home Loans Corp v Moore 判決では、共有家屋への担保権設定に際し、夫が妻に「リスクのない事業融資のための担保契約であるから」と説得し、内容が空欄の担保契約書への署名を強要したという事実認定のもと、不当威圧関係が認められている。また、Midland Bank plc v Wallace 判決では、夫への12万ポンドという限度での追加融資であるにもかかわらず、夫による説得のもと、妻が共有家屋に包括的（all moneys）担保権を設定したものであること、さらに、弁護士事務所に到着後わずか４分程で、説明を受けずに契約書に署名をしたという事実を認定し、夫への依存が認められ、夫がこれを濫用したと認定した。

２　悪意擬制理論の支持

通常、銀行は、夫の妻に対する不当威圧について善意であるところ、O'Brien 判決の Browne Wilkinson 卿は、銀行が、妻の保証契約の合意が正しく得られたものであることをみたすための合理的措置をとらない限り、銀行は、夫による不法な行為（不当威圧、不実表示）について悪意であると擬制されるという、いわゆる悪意擬制による救済を示した。すなわち、同判決は、保証人が、主債務者の不当威圧等の不法な行為についての銀行の現実の悪意を証明せずとも、救済される可能性を示したのである。

悪意擬制による救済は、伝統的には、優先する権利の存在につき、現実に悪意ではなくとも、必要な調査をすれば知り得た場合には悪意が擬制されるという認識の法理（doctrine of notice）に基づくものである。典型的には、誠実な買主が、合理的に調査すれば優先する権利を発見できたであろう場合に、悪意擬制され、優先する権利の「発見」に必要な手段を尽くしていれば、悪意とは擬制されないという理論である。しかし、O'Brien 判決で示された、銀行の合理的措置は、妻が夫による不法な関与の下で契約を締結するリスクを除去し、あるいは、不法な関与を最小限にするための措置であり、夫による不法な関与が行なわれていたかどうかを「発見」するための調査義務を課すものではない。そのため、

学説上、O'Brien 判決の悪意擬制の理論は、従来型の理論構成とは質を異にし、技巧的、かつ、不確定なものであると批判された[23]。

このように Etridge 判決における Nicholls 卿は、O'Brien 判決が伝統的な認識の法理とは異なる点があることを認識した上で、「このような悪意擬制という新規の理論は、法を誤った方向へ導くものではない。Browne Wilkinson 卿は、このような判断が従来の法理を拡大させる解釈であることを認識しているのである[24]。」とし、O'Brien 判決と同様に、保証人である妻の救済法理として悪意擬制の理論を適用することを認めている[25]。

その一方で、Nicholls 卿は、「法は、妻に対し合理的な救済手段を与えなければならないが、それは、約因のある保証契約を締結するに、不合理に出費を加えることがあってはならない。」とし、約因取引を阻害しない範囲で、保証人を保護するべきであることを強調している。さらに、Nicholls 卿は、本件で示す悪意擬制の理論はあくまで、保証契約の三者構造において成り立ちうるのであり、その適用には限界があることについて、次のように述べている。すなわち、「O'Brien 判決により選択された方策は、契約法の従来の原則を混乱させてはならない。O'Brien 判決は、保証契約に関する判断である。そして、保証契約とは、三者からなる契約、すなわち、債権者と保証人のみならず、主債務者をも含む契約なのである。保証人は、主債務者からの要求により契約関係に入り、保証債務を負う。通常、保証契約が商取引として行なわれるのでない限り、保証人は見返りとして利益をうけることはない。すなわち、保証人と主債務者が商取引関係にある場合を除いて、保証契約は、保証人に関する限り、一方的に負担を負う契約（guarantee is one-sided）なのである。債権者は、このことを認識している。O'Brien 判決における

[23] Etridge, [34].

[24] Etridge, at [42].

[25] 悪意擬制理論の適用については、妻が配偶者の経営する会社の株式保有者である場合、ないし、経営者や役員である場合であっても、そのような形式的地位から直ちに適用が否定されるのではないことが示されている。

判断は、このような特徴的な契約類型について示されたものである[26]。」とする。

Nicholls 卿によれば、悪意擬制の理論による保証人の保護は、あくまで、保証人が無償にて保証を引き受ける場合に限り正当化されるのであり、通常の商取引のように、保証人と主債務者が商取引にあり、保証契約が約因契約である場合には、債権者には合理的措置という負担を負わせるべきではないという見解が示されている[27]。

３　悪意擬制の回避手段

（１）合理的措置の提示

Nicholls 卿は、悪意擬制を回避するための合理的措置の内容として、次のような見解を示した。すなわち、「通常、銀行が、妻の弁護士から『妻に対して適切に助言した』との確認書を取得した場合、その確認書を信頼することには合理性が認められる。ただし、銀行が、弁護士が妻に対して十分に助言していないことを知り、あるいは、把握している事実から、適切な助言を受けていなかったことを認識すべき場合には、別である。このような場合、銀行は、自らのリスクを負わなければならない[28]。」とする。

これによれば、銀行は、原則として、妻への助言を行ったことを示す弁護士からの確認書を取得することにより、合理的措置を果したと認められることとなる。ここでは、O'Brien 判決において Campbell 卿が傍論として示した、「銀行は、保証人になろうとする者と直接面談の上、保証契約から生じるリスクを説明すべきである」という措置は要求されていない。

---

[26] Etridge, at [43].

[27] このように悪意擬制の理論が、保証人が無償にて保証を引き受ける場合に適用されるという理解から、Nicholls 卿は、将来的には、同理論は、配偶者保証契約のみならず、無償保証契約一般にも適用すべきであるとの見解を示している。

[28] Etridge, at [56], [57].

（2）個別ケースにおける合理的措置ルールの適用

上述の総論的判断においてNicholls卿が示した合理的措置とは、銀行は、原則的に、「妻の弁護士が、妻に対して適切に助言したことを示す確認書」を信頼することでたり、銀行が直接妻に対して説明や助言を行うことは要求されていない。ただし、銀行が、弁護士から妻に対して十分な助言がなされていないことを知り、あるいは、そのことを認識しえた場合には、銀行は、自らのリスクを負うものとされた。以下、夫からの不当威圧が認められたケースにつき、かかる合理的措置ルールの適用状況をみていくこととする。

まず、①弁護士が、保証契約の説明や助言を実施せず、銀行も、そのような助言が行われた旨の確認書を弁護士から取得していなかった事案（UCB Home Loans Corp v Moore）では、銀行は、保証人に契約内容を理解させるための合理的な措置を履行していないと判断された。

次に、②実際には、弁護士は妻に対する十分かつ適切な説明や助言を行っていなかったが、銀行は、「弁護士から法的助言を受けた」旨の妻からの確認書を取得していたという事案（Barclays Bank plc v Coleman）については、銀行の確認書の信頼に合理性を認め、銀行の悪意擬制は回避されるとした[29]。

一方で、②と同様に、弁護士が妻に対する助言は行われず、その確認書も銀行に提出したが、③当該弁護士は、夫婦のいずれの弁護士でもなく、銀行の弁護士であった事案（Midland Bank plc v Wallace）では、合理的措置を果していないと判断されている。この場合、夫婦への助言は、銀行の指示に従い、銀行側の弁護士として実施されたものであり、そのような状況では、銀行は、妻に対する法的助言が行われなかったことを認識していたのであり、悪意擬制は回避されないと判断された。

以上から、合理的措置ルールは次のように機能しているといえる。銀行は、弁護士による確認書を取得すれば、原則として合理的措置を果したものと認められる。したがって、同ルールは、妻への助言や説明の実

[29] なお、Royal Bank of Scotland plc v Etridge (No 2) では、確認書を偽造した弁護士に対してネグリジェンスの責任追求が認められている。

施、そして、これにより妻が保証契約について理解、認識したという結果を担保する機能は果していない。ただし、確認書の取得の前提として、弁護士が「妻の弁護士であること」を確認しておくことが要求されている。したがって、銀行は、確認書を信頼し、免責を得る前提として、妻のために義務を遂行する弁護士が確保されるよう、実質的な働きかけ、確認行為を実施することが必要となる。

４　合理的措置に期待される機能

Etridge 判決では、合理的措置の内容として、銀行は、直接、保証人になろうとする妻に対して助言する義務を負うものではないことが示された。もっとも、O'Brien 判決は、傍論として、将来的には、銀行が、直接妻と面会して助言することが求められるべきことを示していた。このような直接的な助言に関する見解の相違について、Nicholls 卿は、次のような解釈を示している[30]。

まず、O'Brien 判決において示されていた合理的措置とは、銀行は、配偶者保証契約の締結前において、保証人となる妻に対し、独立の助言を得ることを進言することであった、との理解を示している。そして、そのような進言の態様のひとつとして、「妻が銀行の代理人の立会いのもとで、保証責任の範囲について説明を受け、そのリスクについて忠告を得たという場合には、銀行は合理的措置義務を履行したと認められるであろう」とし、銀行の代理人が、妻への説明の場に同席するケースをあげている。しかし、このようなケースは極めて例外的であり、Etridge 判決の事案がそうであるように、実務上は、銀行の代理人が、保証人になろうとする者と個別に面会の機会を設けることはないのが通常であるとされる。

すなわち、Etridge 判決によれば、銀行は、必要な情報を妻に直接提供できるかもしれず、それは「最善の事前措置である」としながらも、しかし、実務上、銀行はそのようには対応していない。そして、O'Brien 判決における Browne-Wilkinson 卿も、配偶者保証ケースにおいて、銀行が、妻に個別に面会することが、銀行の義務を免責する「唯一

[30] Etridge, at [50].

の方法であるとは考えていない」との解釈を示し、これに「代替する適切な手段」が可能であるとしている[31]。

Nicholls 卿は、O'Brien 判決において重視すべき点は、妻の保護と銀行の利益という対立する利益の調整を図るべきであるとした点であることを強調している。Nicholls 卿は、O'Brien 判決は、妻を夫の不当威圧から保護する必要性と、銀行の担保に対する合理的な信頼を保護する必要性という対立する利益をどのように調整すべきかについて判断したものであり、ここでの課題は、不合理に担保の提供と設定を妨げることなく、数少ない配偶者保証ケースにおいて妻を保護するための最善の方法を見つけることであったと指摘している。その上で、貴族院は、「妻からの主張により担保の効力が否定されることを回避するために、銀行がどのような手段をとるべきか」という実践的な解決を示したものであると評価している[32]。

その上で、Nicholls 卿は、「妻の保護」と「銀行の利益」については、次のような実務的事情を考慮している。

まず、「妻の保護」に関しては、妻の法的助言への期待と実際上の法的助言の機能とのギャップを指摘している。すなわち、Etridge 判決の争点の大半は、妻に対する法的助言の質について、その深刻な欠陥を主張するものであることを指摘し、妻側は、法的助言の質について銀行が責任を負うことを求めているとの認識を示している。しかし、「実際には、法的助言とは不確かなものであり、そのことは銀行も知るところであり、独立の法的助言は、フィクションなのである。」とし、さらに、「実務上、独立の法的助言は、リスクについて誤解し、署名を強制されている妻に対して、殆ど、あるいは、全く保護を与えるものにはなっていない[33]」とし、法的助言の効果に対しては消極的な評価を示している。

他方で、「銀行の利益」については、実務上の実行可能性を考慮した上で要求すべき合理的措置の内容を設定している。Nicholls 卿は、まず、銀行に、妻の同意が夫による不当威圧により行われたものであるかどう

[31] Etridge, at [55].
[32] Etridge, at [34].
[33] Etridge, at [52].

かを調査し発見することを要求することは、理想的でなく、また、現実的でもないとの考えを示している。さらに、「弁護士が、妻の同意が夫の不当威圧によりなされたものではないとするために十分な行為を行ったこと」を確認書として求めることも現実的ではないとしている。さらに、Nicholls 卿は、配偶者保証により銀行の悪意が擬制される多くのケースにおいて、弁護士は、有効な説明を実施する用意はなく、重要事項について有効な説明を実施するのにかかるコストは、経済的な援助を必要としている夫の負担とならざるを得ず、その負担は重大であることを指摘している。すなわち、「このような大がかりな割に決定的な保護解決とはならず、かつ、費用のかかる説明義務を全てのケースに要求することは、弱い少数者を保護する手段としては、不均衡な方策なのである」とした[34]。

また、銀行による直接の助言を要求しない理由としては、①銀行は、個別に面会をし、助言を行う義務を課されることに対して消極的であることは明らかであること、②これまでの実務においても、銀行は、弁護士に対して、「保証人になろうとする妻に対して、契約書の内容と効果を説明したことの確認書」を提出するよう求めてきたという実務的事情をあげている。特に、①については、銀行が、保証債務の履行を請求する場合には、保証人が、銀行からの説明の不十分性を抗弁として争うことが想定され、これは、明確に立証できるとは限らないことから、銀行としては、訴訟回避のために助言の実施を回避するであろうこと、さらに、銀行が、かかる説明については独立した法的助言を行う者（弁護士）が引き受けることを期待することも不合理なことではないとし、銀行側の利益に理解を示している[35]。

その上で、改めて、銀行に期待される合理的措置とは、「全ての不当威圧や不実表示のリスクを除去すること」ではなく、妻に、締結しようとしている保証契約について実用的な示唆を与えることであり、妻が契約に関わる基本的な要素について自ら「認識」した上で、契約を締結す

[34] Etridge, at [53].

[35] Etridge, at [55].

ることを意味するとの見解を明らかにした[36]。そのための合理的措置の内容については、「通常、銀行は、妻の弁護士の作成による『妻に対し適切に助言した』との確認書を信頼できる、とすることには合理性がある。ただし、銀行が、弁護士が妻に対して十分に助言していないことを知り、あるいは、把握している事実から、適切な助言を受けていなかったことを認識すべき場合には、別である。このような場合、銀行は、自らのリスクを負わなければならない。」と示した[37]。ここでは、銀行には、妻が、自身の弁護士から保証契約に関する基本的な内容についての助言を受けたことを確認することと、これを信頼することに合理性が認められる状況であることが要求されており、このような合理的措置は、O'Brien 判決が妻に与えられるべきと考えていた保護の実質的内容と一致するとの考えが示されている。

5　将来的な合理的措置の提示

このように、Etridge 判決は、合理的措置の内容に関する争点判断として、銀行は原則として、弁護士が妻に助言を行った旨の確認書を信頼することでたりると示した。一方で、Nicholls 卿は、傍論として、将来的に、銀行の果すべき合理的措置として、次のような内容を提示している。

まず、合理的措置として、①弁護士の選定に関する妻の意思確認の実施し、②「弁護士から助言、説明が実施されたことの確認書」を銀行が取得することの意味を妻に説明すべきであるとした。これらの措置を要求する理由として、Nicholls 卿は、次のように説明している。すなわち、通常、妻は、②の確認書が、銀行が「自衛のために必要とする」確認書となることを認識していない。銀行は、「銀行自身の保護」のために、妻が、妻の弁護士から法的助言を受けたことの証明を必要とする。そこで、そのような自衛が正当化されるには、ｉ通常、弁護士は夫婦双方の弁護士であることが多いことから、妻に対し、妻が希望する弁護士の名前を直接調査し、夫と別の弁護士を雇うかどうかの意思確認を行うこと、

[36] Etridge, at [54].
[37] Etridge, at [57].

さらには、ii 妻のための弁護士から、保証契約書の内容、および、実務的な示唆について十分な説明を受けたことの確認書が必要であることを直接伝えなければならない。その上で、この点について銀行は妻から直接回答を得なければ、契約手続きを進めてはならないとする。

ここでは、②の確認書が、銀行が自衛の手段として機能すること自体は、明示的に容認されており、その上で、銀行に、このような確認書の真の意味を妻に直接説明する義務が課されている。

さらに Nicholls 卿は、合理的措置として、③夫の現在の資産状況を妻に情報提供することにつき、夫の同意を得られるかを確認し、同意が得られた場合には、妻、あるいは、妻の弁護士に情報提供を実施すること、同意が得られない場合は、保証契約締結の手続きを実行してはならないとする。かかる措置が要求されることについて、Nicholls 卿は、次のように理由を説明している。銀行は、通常、弁護士よりも、夫の資産状況についてよく把握している。そのため、銀行は、自ら説明するという任務を引き受けないのであれば、妻の弁護士に対して目的に必要な金融に関する情報を提供しなければならないとする。また、どのような情報の提供が必要とされるかは、事案によるが、通常は、銀行は、夫の信用状況 financial information（現時点の負債額及び融資枠ないし当座貸越限度額、新規融資が必要となった経緯、新規融資の内容）に関する情報を開示するとする。このとき、銀行は、当然に、まず顧客に対して守秘情報（confidential information）の提供について同意を得なければならず、この同意が得られるまでは、保証契約の締結を行なうことはできないとする[38]。すなわち、情報提供義務に関連して、現在の資産状況に関わる守秘情報の提供を、保証契約締結の要件として位置づけるのである。Scott 卿も同様に、合理的措置として、妻への資産情報の開示を要求すべきであるとしている[39]。

以上の他に、合理的措置として、④仮に、不実表示や不当威圧等の存在が疑われる場合には、その旨を妻の弁護士に告知すること、⑤銀行は、妻の弁護士から、上記の措置が有効に行われたことについての確認書を

[38] Etridge, at [79].

[39] Etridge, at [189].

取得しなければならないと示されている。

以上のような債権者の合理的措置とは妻に確認書が契約の効力に重大な影響を及ぼすことを認識させようとする趣旨である。これとは別に、弁護士の義務に関しては次のように提示されている。まず、O'Brien 判決では、銀行が妻に対して、直接契約についての説明を実施すべきなのかが明確ではなかったが、Etridge 判決では、保証契約の内容やリスクの重大性を説明することは、弁護士の義務とされた。そのほか、保証契約を締結するかの意思決定は、妻自身が行うべきものであることの告知、弁護士による上記の説明がなされた旨の確認書（銀行宛）の作成に同意するか、契約締結へ向けた交渉を希望するかについての意思確認の実施、上記の助言及び意思確認は、夫の不在の状態で、直接面会して行うべきであること、妻が、銀行に対して情報提供を要求したが、銀行がそれを提供しない場合には、弁護士は、確認書を銀行に提出してはならないという内容が示された。

第３節　まとめ

本章では、保証契約の締結過程において、保証人の信頼（trust and confidence）が濫用された場合において、不当威圧法理が保証人救済の法理として機能している状況をみてきた。判例の分析からは、不当威圧による救済要件としての信頼（trust and confidence）とは、厳格で限定された信頼関係が要求されていることが明らかになったといえる。

「保証人の債権者（銀行）に対する信頼」が濫用されたケースでは、長期間にわたり顧客（保証人）が銀行担当者からの助言を信頼しており、銀行もこれを認識していたという明確な信頼関係が認められることを根拠に不当威圧を適用している。

「保証人の主債務者に対する信頼」が濫用されたケースにおいても、不当威圧関係の成否を慎重に判断する判例法の姿勢が現れている。従業員保証ケースである Burch 判決では、若年である従業員の経営者に対する強固な信頼が認められることを根拠に、不当威圧による救済が認められた。また、配偶者保証ケースにおいては、家計を同一とする配偶者関係においては、妻による保証意思は任意に形成されるものであることが通常であるとの見解が示され、個別の事実関係から妻が夫の判断に従

属するという強い依存関係が認められるケースについてのみ、不当威圧関係が推定された。

このような保証人の主債務者に対する信頼の濫用事例において注目すべきは、主債務者（夫）による保証人（妻）への不法な行為について、銀行の悪意が擬制され、銀行が合理的措置をとらない限り、保証契約の取消しが認められるという悪意擬制（constructive notice）の理論が適用された点である。その根拠は、妻が夫から独立した財産上の意思決定を行えるよう、夫による信頼（trust and confidence）の濫用から妻を保護する必要性とされる。しかし、その一方で、妻の保護を理由に全ての配偶者保証の取消しを認めることは、「経済的弱者への融資の実行」が阻害されることへの懸念から、債権者に悪意擬制を妨げる機会を与えるべきことも強調されている。すなわち、配偶者保証契約において示された悪意擬制の理論は、悪意擬制を妨げることができる手段としての「合理的措置」の構築も含めて、「保証意思の任意性の保護」と「経済的弱者への金融の維持」という２つの要請の調整する法理と位置づけられるのである。

このように、主債務者の不法な行いに対する債権者の悪意を擬制するという理論を適用することについて、Etridge 判決の Nicholls 卿は、保証の無償性と契約構造に着目した理論的説明をしている。すなわち、「O'Brien 判決により選択された方策は、契約法の従来の原則を混乱させてはならない。O'Brien 判決は、保証契約に関する判断である。そして、保証契約とは、三者からなる契約（tripartite transaction）であり、債権者と保証人のみならず、主債務者をも含む契約なのである。保証人は、主債務者からの要求により契約関係に入り、保証債務を負う。通常、保証契約が商取引として行なわれるのでない限り、保証人は見返りとして利益をうけることはない。すなわち、保証人と主債務者が商取引関係にある場合を除いて、保証契約は、保証人に関する限り、一方的に負担を負う契約（guarantee is one-sided）なのである。債権者は、このことを認識している。」。そして、O'Brien 判決における判断は、このような特徴的な契約類型について示されたものであるとする[40]。

[40] Etridge, at [43].

Nicholls 卿によれば、悪意擬制の理論の適用は、保証人が主債務者との関係において事業として保証する有償保証のケースには適用されず、あくまで、保証人が「見返りとして利益をうけることはない」、いわゆる無償保証である場合に限り正当化されるとする。そして、無償保証において、債権者の悪意が擬制される理論的な根拠は、無償保証が、主債務者も含めた三当事者で構成される、いわゆる三者間契約の構造を有することに求められているのである[41]。

このような悪意擬制理論の射程が示されたほか、Etridge 判決では、債権者が悪意擬制を回避するための合理的措置の内容についても、O' Brien 判決の判断をより明確化したといえる。Nicholls 卿は、「通常、銀行が、妻の弁護士から『妻に対して適切に助言した』との確認書を取得した場合、その確認書を信頼することには合理性が認められる」との原則的な扱いを明示した。ただし、「銀行が、弁護士が妻に対して十分に助言していないことを知り、あるいは、把握している事実から、適切な助言を受けていなかったことを認識すべき場合には、別である。」としており、例外がいかなる状況をさすのかは、実務的観点から重要な課題である。この点に関しては、次章第２節において、Etridge 判決後の判例の展開から検討を試みる。

第４章　判例法における保証規律の到達点

第１節　情報提供義務の確立

[41] Nicholls 卿は、このような理解のもとに、将来的には、悪意擬制の理論は、配偶者保証に限らず、保証人と主債務者が non-commercial（無償保証）である場合に広く適用すべきであるとの見解を傍論として述べている。Etridge 判決の理論的枠組については、不当威圧関係を拡大し、保証契約自体のリスクと構成するものであるとの指摘がある（John Wrightman, From individual conduct to transactional risk：some relational thoughts about uncontionability and regulation, in Mel Kenny Mel Kenny, James Devenney, Lorna Fox O'Mahony, Unconscionability in European private financial transactions : protecting the vulnerable, (2010)）。

本稿第２章においては、コモンロー上の保証契約締結プロセスにおける開示のルールを検討し、その中に、債権者の保証人になろうとする者への情報提供義務の生成が認められることを明らかにした。近時の判例では、保証契約の締結プロセスについて、初めて、情報提供義務（obligation to disclose）との文言を明示して判断したものが登場している。

第１款　Royal Bank of Scotland v Bennett

Royal Bank of Scotland v Bennett 判決では、「債権者間の抵当権順位の合意」についての情報提供義務が認められた[42]。

【事案】

A 社は、工場を新設するにあたり、既に取引関係にあった X 銀行から、融資を受けることになった。その担保として、新工場や新規事業に対する抵当権や譲渡担保権のほかに、A 社のオーナーとその妻 Y が保証人となり、さらに、Y の所有する家屋に銀行の第二抵当権が設定された。同時期に、A 社は、B 社からも融資を受けることになり、B 社は、A 社の新工場に対する抵当権の設定を受けた。その際、X 銀行と B 社は、B 社の抵当権が、X 銀行の抵当権に優先するとの合意をした。しかし、このような順位の合意については、保証人 Y には知らされなかった。そこで、Y が、保証契約及び家屋への抵当権設定契約について、①夫からの不当威圧、及び、②順位の合意内容についての情報開示を懈怠したことを理由に、契約の取消しを主張した。

【判旨】

裁判所は、先例について、次のような解釈を示している。まず、Hamilton 判決（1845年）が示した「主たる契約における特異な内容」にあたる事実を保証人になろうとする者に対して開示しなければならないという規範については、一般的な黙示の表示のルールを「具体化した一

[42] 同訴訟は、Etridge 共同訴訟の中の一件であり、夫からの不当威圧の主張の他に、銀行の情報提供義務違反についても併せて主張されたものである。

例」として解釈すべきである（Holloway 判決）とした。そして、黙示の表示のルールのもとでは、「保証人にとって、存在するとは予期しないことが相当であり、かつ、保証人の責任に重要な影響を与える情報」は開示しなければならないとされるところ、本件における順位の合意は、このような一般原則の適用範囲内にあると示した。

その上で、裁判所は、抵当権順位の合意は、保証人の権利に影響を与えることについて、次のように述べている。債権者に弁済した保証人は、債権者に代位して求償する権利を取得する。本件において、Y が15万ポンドの弁済をした場合、X の A に対する権利を15万ポンドの範囲において取得していたであろう。しかし、その権利は、債権者間の順位の合意により B に劣後することとなった。さらには、本件の債権者間における順位の合意は、保証契約締結時よりも、A 社が、銀行への弁済に充てることのできる財産（責任財産）を事実上減少させ、銀行が、保証人に対して責任追及する可能性を高めることになり、また、保証人が保証債務の履行後に代位する際に取得するであろう担保の価値を減少させるものである。

したがって、本件債権者間の順位の合意は、保証人 Y の権利に不利益な影響を与えるものであり、X 銀行は、順位の合意の存在を、Y に開示すべきであった。このような銀行の情報提供義務（obligation to disclose）[43]は、保証契約に適用される一般原則により生じるものであり、Y は、保証契約の取消を主張し得るとした。

本判決の引用する Hamilton 判決は、「主債務者と債権者間の契約内容に、保証人の地位を、通常保証人自身が予想するものと異なるものとする内容が含まれている場合」には、保証人からの要求の有無に関わらず、債権者は保証人となろうとする者に対して、その内容を「自発的に」開示しなければならず、開示を怠った場合には保証契約の効力が否定されうることを示した。Hamilton 判決では、開示の対象を「主たる契約の内容」に限定する趣旨であるのかについては明確にしていなかったが、その後の貸金保証のケースでは、Hamilton 判決の趣旨を限定的に理解

[43] Royal Bank of Scotland v Bennett, at [350].

し、その上で、開示すべきかが争われた事実が「主たる契約の内容」に含まれるか否かで結論を示す判決も存在している。

しかし、本判決は、開示の法的根拠は、「ある事実が存在することを告知しなかったこと」が「その事実は存在しないという黙示の表示（implied representation）」となるために、保証人が「その事実は存在しない」と予測するような状況においては、債権者は、そのような事実を全て開示しなければならないという黙示の表示ルールにあり、その対象は主たる契約内容に限定されるものではないとの解釈を示したHolloway 判決を支持することを明らかにした。

本判決では、判例法上、初めて保証契約の締結プロセスにおいて情報提供義務（obligation to disclose）との用語が用いられていることも注目に値する[44]。1845年の Hamilton 判決より、判例法上、債権者が保証人になる者に対して保証人にとって特異かつ不利益な情報の開示を怠れば、契約を取り消す権利が認められるとされ、かかる開示のルールは、実質的に、債権者の情報提供を要求する機能を果たしてきたといえるが、本判決では、債権者の情報提供が「法的義務」として明示的に位置づけられたものといえる。

第２款　North Shore Venture Ltd v Anstead Holdings Inc and others

Royal Bank of Scotland v Bennett 判決（本節第１款）では、同一債務者に対する債権者間の合意のうち、「保証人の権利に影響を与えうる事項」の情報提供義務が認められた。Bennett 判決の判断は、その後の貸金保証契約の判例である North Shore Venture Ltd v Anstead Holdings Inc and others [2010] EWCH1485. においても支持され、さらなる情報報提供義務の要件論も展開されている。

【事案】

本件は、主債務者の口座が捜査対象とされていた事実についての情報提供義務違反が争われたものでる。

---

[44] North Shore Venture Ltd v Anstead Holdings Inc and others [2010] EWCH 1485.

2003年、X社がA社に対して５千万ドルを融資する際、A社において実質上経営判断を行なっていたYとZが保証人となった（形式上の取締役は別に存在する）。X社は、ロシアの著名な実業家であるBが経営に携わっている企業であり、A社の代表である保証人Yは、Bの息子である。A社の口座は、Bによるマネー・ローンダリングの一環としてBへの送金に利用されており、保証契約の締結時、既に、A社の口座はスイス当局の捜索対象となっていた。X社は、この事実を把握していたが、契約の際、保証人Y及びZには知らされなかった。その後、スイス当局によってA社の口座が差押えられた。X社が保証債務の履行を求めたのに対し、保証人らは、上記事実の情報提供義務違反を主張した、保証債務の履行を拒んだものである。

【判旨】

本判決は、まず、情報提供義務に関する先例解釈として、貸金保証契約においては「主たる契約における特異な事実」について開示義務を認めるとしたHamilton判決は、黙示の表示に関する契約の一般的ルールのひとつを示したものと解し（Holloway判決）、情報提供義務の範囲は、主契約の内容に限定されるものではないとした。さらに、Royal Bank of Scotland v Bennett 判決（本節第１款）を引用し、同一債務者に対する債権者間の合意のうち、「保証人の権利に影響を与えうる事項」の情報提供義務を認めた判断を支持した。その上で、本件において、保証契約当時、主債務者の口座が凍結される危険が生じていた事実は、保証人が保証債務を履行した場合において「求償権が行使できない状態に陥る可能性を招く重大な事実」であり、「債権者がこれを把握している場合」には、開示すべき事実にあたるとした。

本判決はさらに、保証人の主観的要件に関して次のように述べ、結論としては、本件における情報提供義務違反を否定した。「情報不提供が、保証人にとって重大である場合に限り、保証契約は取り消すことができる。不実表示を理由に契約を取り消す場合、それは、被表示者が不実表示によって契約を締結するに至った場合に限られる。同様に、保証人は、情報提供が為されていれば、保証契約を締結しなかったという場合でなければ、情報不提供を理由に契約を取り消すことはできない。したがっ

て、保証人がある事実を知っていたのであれば、（この点についての債権者の認識を問わず）情報提供義務違反は認められず、保証人は責任を免れることはできない。

本件では、X 社の経営に携わる B と息子である Y は、多くのビジネスをともに遂行していたこと、職場の関係者の証言等から、犯罪捜査の対象とされている事実についても Y が把握していたと認めるのが相当であるとされた。そして、Y の共同経営者である Z についても、当該事実を知らされていた事実が認められるため、Y 及び Z による保証契約の取消しは認められないとした。

この判決は、貸金保証契約における情報提供義務は、保証人にとって「保証人の権利に影響を与えうる事実」について認められるとの見解を示している。本判決において注目すべき点は、主債務者の口座が捜査対象とされていた事実について「債権者がこれを把握している場合には」情報提供義務が発生することを明示した点にある。この点に着目すると、本判決は、債権者による「契約的行為」について情報提供義務を認めた先例（Levett v Barclays Bank plc, Royal Bank of Scotland v Bennett ）について、「契約的行為」に限定的な意味を認めていないものと解される。

すなわち、これまでの分析から、先例で開示義務が肯定されてきた事実には、「債権者がその事実関係の形成に関与している」という共通項が認められることを明らかにしてきた。これに対し、本件の主債務者の口座が捜査対象とされていた事実は、債権者自身が自らの先行行為により形成した事実ではないが、債権者と深く関わりのある人物の不正行為によるものである。そのため、債権者の情報提供義務は、黙示の表示のルールのもと、債権者自身の先行行為による表示が認められる場合のみならず、本判決により、「債権者が支配、把握する事実」についても成立が認められる可能性が示されたといえる。

もっとも、結論として本件では、経営者である保証人の悪意という主観的要件判断から、情報提供義務違反は認められないとの判断が示された。

その判断過程においては、経営者という地位から情報提供義務が否定されるという構成ではなく、具体的な情報に関して保証人が悪意または知りうる状況にあったのかが検討されていること、さらに、この主観的

要件を示す際、不実表示における主観的要件と同様の解釈論を用いるべきことが明示されている。このように、保証契約における情報提供義務は、黙示の表示のルールとして形成され、その要件効果には、不実表示法理の解釈論が反映されている。

第３款　合理的措置ルールの形成による情報提供義務への影響

Etridge 判決では、債権者が保証契約締結過程において、保証人になろうとする者に対して、一定の合理的措置をとるべきことを示し、その措置を怠った場合には、不当威圧に基づいて、保証契約の取消しが認められることを示した。ところで、既に検討した通り、19世紀中盤より、保証契約の締結プロセスにおいては、債権者が保証人に対してその利益に重要な影響を与える事実を開示しなければならないとする、いわゆる情報提供義務の確立へ向けた判例法が形成されてきた。では、債権者の情報提供義務に関する判例法と上記の合理的措置ルールはどのような関係にあるのか。

Etridge 判決において Nicholls 卿は、合理的措置と情報提供義務とが、併存関係にあると述べている。すなわち、「情報提供義務に関する先例は、明確ではない点も見受けられるところ、配偶者保証に関しては、妻の保護の必要性に鑑み、情報提供義務とは別途、異なる保護方策として、合理的措置が必要である。」とする。ここでは、任意性確保のための合理的措置と認識喚起のための情報提供義務が別個のルールとして形成されていることが示されている。Etridge 判決のうちの一件である、Royal Bank of Scotland v Bennett 判決においては、配偶者保証契約の締結プロセスについて、不当威圧における合理的措置のほか、従来の情報提供義務についてのルールも、別途、解釈適用されているのである。

第２節　合理的措置ルールの展開　−Etridge 判決の先例的意義の検証

第１款　合理的措置の形成期における実務的背景

1987年、イギリス政府は、銀行サービスに関する「法」と「実務」についての見直しを図るという目的で委員会を設立した（以下、通称に従い「Jack 委員会」とする）。1989年、Jack 委員会は、銀行、及び、住宅金

融組合と、それぞれの顧客との関係を対象とした自主規制規範（Code of Banking Practice）の導入を提案した[45]。かかる自主規制規範は、1992年に、イギリス銀行協会（British Banker's Association）、住宅金融組合協会（The Building Societies Association）、支払決済サービス協会（Association for Payment Clearing Services）が共同で定めた個人顧客との取引を規制対象とするものであり、金融機関の競争の促進および顧客への質の高いサービスの提供を目的に、銀行取引における消費者保護の基本ルールとして機能している。

このうち、重要な内容の一つとして、「保証人になろうとする者には、法的な効果と保証の効果、そして、独立の助言を受けることの重要性を十分に警告するべきであると提案されたこと」が指摘されている[46]Jack委員会による提案は、National Consumer Council Consumer Associationによる、次のような報告を受けて行われたものとされている。すなわち、「現在、銀行は、保証人になろうとする者に対して、何ら法的な効果、及び、起こりうる結果について説明する義務を負っていない」が、「保証人が理解や助言（advice）のないままに自らの家屋を失うというケースが発生している」というものである。このような報告を受け、Jack委員会は、この点について「保証に関する法（law of guarantee）」については、進言する立場にないことを明言しながらも、銀行による保証人への説明について、ベストプラクティスを設けるべきであるとした。

その結果、1991年のCode of Banking Practiceでは、銀行、及び、住宅金融組合は、個人保証人あるいは第三者物上保証人になろうとする者に対し、（ｉ）第三者に代わって、あるいは、第三者とともに法的責任を負う可能性があること、（ii）保証人、もしくは、第三者物上保証人となる契約を締結する前に、独立の法的助言を受けるべきであることを、助言しなければならないとされた。このような自主規範の内容は、銀行約款の注意事項として記載されることになった。

2009年の自主規制規範の改正により、銀行商品に関わる責任規定は、

[45] Geraldine Andrews and Richard Millett, Law of Guarantees, 7th ed. (2015), p. 563.

[46] supra note 45, p. 564.

Lending Code で定められることとなり、Lending Code 2011では、個人向け、あるいは、小企業（micro-enterprise）向け融資のための保証（及び、その他の物上保証）に関する全てを規定する章が設けられた。Lending Code 2011第67項では、主債務者の資産に関わる基本情報（regular financial information）を保証人に提供されなければならず、これにより、保証人は、責任追及される金額を予測することができるとされた。ただし、このような情報提供は、第一次的に主債務者の同意があり、守秘の関係に反しない限りで許されるものとされている。Lending Code 2011第70項では、融資者は、保証人に対し、責任の範囲と遅延利息について告知しなければならないとする。そして、保証人が弁護士による法的助言を受けている場合には、「限度額の定めなき継続的な保証（all moneys and continuing security）の内容」について、弁護士が説明したものとみなしてよいと規定されている。Lending Code 2011第71項では、特に、保証を事業としていない、いわゆる個人保証人にへの対応を規定しており、融資者は、個人保証人とは限度額のない保証契約（unlimited security）を締結するべきではないこと、そして、個人保証人と契約をする場合には、保証限度額についての説明を補足文書により説明しなければならないと定める。

Etridge 判決は、保証が無償（non-commercial）で行われる場合、銀行その他の貸主には、保証人が保証契約締結前に独立の法的助言を得られるよう合理的措置を課する旨の判断を示した。その合理的措置の内容は、銀行に過度の負担を課すまでには至っておらず、実務への影響は重大ではないと指摘されている[47]。

また、Etridge 判決傍論において、将来的に銀行がとることが望ましいとして示された合理的措置の内容は、その後の実務規範において支持されているわけではない。傍論で提示された合理的措置とは、①弁護士の選定に関する妻の意思確認の実施、②夫の現在の資産状況を妻に情報提供することにつき、夫の同意を得ること、さらに、その他の合理的措置として、③仮に、不実表示や不当威圧等の存在が疑われる場合には、その旨を妻の弁護士に告知すること、④銀行は、妻の弁護士から、上記

[47] supra note 45, p. 566.

の措置が有効に行われたことについての確認書を取得しなければならないと示されている。Lending Code は、このように示された合理的措置の内容を詳述することはせず、第69項において、「判例法は、この問題について発展している」と簡潔に記載されているにとどまっている。

学説上は、Etridge 判決で示された合理的措置ルールは、主たる債務者による保証人に対する不実表示、あるいは不当威圧などの不法な行いについての悪意擬制を免れるための、「貸主自身の保護手段」と示された点は注目すべき点であると指摘されている[48]。銀行やその他の金融機関は、合理的措置を行わなければならないという法的義務を課されるのではなく、その懈怠は損害賠償請求の対象にはならない。債権者は、保証人になろうとする者に対して注意義務を負わないという基本原則は完全に維持されているのである。

残されている問題としては、金融機関は、保証人になろうとする者が独立の法的助言を拒絶した場合にはどうするべきなのかという点が指摘されている[49]。Etridge 判決以前より、銀行実務では、保証人になろうとする者から、独立の法的助言を受けることを拒否する旨の確認書を予め取得することで銀行の自衛手段として十分であるとされてきた。現在においても、Lending Code 第70項では、保証人が独立の法的助言を受けることを拒絶した場合、融資者は、与信の内容や構造次第では、これらについて、自ら保証人に説明することを選択しうると規定しており、融資者自らが説明を行うべきことまでは要求されていない。この点の対応は、融資者のリスクにおいて判断し行うことになる。

第２款　多層的な理解の可能性

保証人が主債務者による不法な行為（不当威圧ないし不実表示）を立証した場合、銀行が合理的措置として具体的にどのような措置をとれば、その不法な行為についての悪意擬制を免れうるのかは、主要な議論の対象となっている。この問題について、判例法上、画一的なルールが確立

[48] supra note 45, p. 566

[49] supra note 45, p. 566.

されているとはいえない状況にある[50]。

O'Brien 判決において、Browne-Wilkinson 卿は、銀行は、家屋に担保権を設定するには、保証人になろうとする者が負うことになるリスクを告げる合理的な措置をとり、独立の法的助言を得るよう助言すべきであるとした。そして、将来的には、債権者が保証人になろうとする妻と夫が不在の状況で個別的な面談を行い、責任の範囲を伝え、リスクを警告し、独立の法的助言を得るよう助言することが合理的措置として望ましいとの見解を示した。Broune-Wilkinson 卿は、銀行と保証人になろうとする妻との「直接の面談」を重要なものととらえていた。その理由は、保証人になろうとする妻が、契約書に記載された忠告を読まず、または、これを読むことを夫から妨害されるというケースが多いことにあった[51]。同卿は、不当威圧の可能性にとどまらない要因が認められる場合には、銀行は、単に助言を受けるよう促すのでは足りず、助言を受けさせるべく強く誘導すべきであると続けている。

しかし、このような個別的な面接は、一般的な措置として実務上受入れられるものではなかった。Etridge 判決にあるように、実務上、銀行は面接を行うことにより得られる利益よりも不利益が多大であるため、Broune-Wilkinson 卿による提案は銀行により好意的には受入れられず、弁護士に対し、弁護士自らが契約書の効果と内容を説明したとの確認書の取得を要求するという従前からの実務慣習が継続した。O'Brien 判決後も、これらの措置で銀行の利益を守るのには十分であるとされてきた（Midland Bank v Massey [1995] 1 All ER 929.）。

そして、Etridge 判決においても、「通常、銀行が、妻の弁護士から『妻に対して適切に助言した』との確認書を取得した場合、その確認書を信頼することには合理性が認められる。ただし、銀行が、弁護士が妻に対して十分に助言していないことを知り、あるいは、把握している事実から、適切な助言を受けていなかったことを認識すべき場合には、別である。」とし、銀行が妻と個別にすることまでは要求されていない。

以下では、近時の配偶者保証における合理的措置についての判断を紹

[50] supra note 45, p. 228.

[51] supra note46, p. 228.

介し、Etridge 判決の意義を検討する。

・The Royal Bank of Scotland Plc v Chandra [2010] EWHC 105.

【事案】

Y は、夫の経営する A 社の共同経営者とされていたが、実際は経営に関与していなかった。2001年10月30日に、A 社が X 銀行から融資を受ける際に、Y は、保証人となり、さらに、７万ポンドの限度額について担保を提供していた。その後、2003年に追加融資を受ける際にも、Y は、X 銀行との間で保証契約を締結した。当該保証契約の締結に際しては、Y の弁護士が選任されていた。本件は、X からの履行請求に対し、Y が、当該保証契約は夫の不当威圧によるものであるとして、保証契約の取消しを主張したものである。

【判旨】

裁判所は、本件では、妻の弁護士が選任されているが、①夫が既に弁護士名等を全て記入した委任契約書に、妻が署名したこと、②弁護士は、妻に「追加融資のための保証契約を締結することが期待されている。」と告げたのみであり、その連絡は、妻が保証契約の締結のために、車で移動している最中に電話で行われたこと、③弁護士は、A 社の資産情報を銀行から取得しておらず、Etridge 判決で示された説明や助言を行いうる状況にはなかったこと、④ Y は、夫から A 社の破綻状況や今後見通しなどについての説明を受けることなく、ごく簡単に追加融資のための保証が必要であるとの説明を受けたのみであったことを認定した。そのため、Y は、弁護士からも夫からも、A 社の経営状況を告知されずに、実際には、「保証契約を締結するか否かを思慮する機会」のないままに契約を締結したものであるとした。

その上で、このような本件の保証契約の締結過程において、X 銀行は、「Etridge 判決で要求された措置」を果したとは認められないとし、保証契約の取消しを認めた。

・Mahon v FBN Bank (UK) Ltd [2011]EWHC 1432.

【事案】

Yは、夫の経営するA社の唯一の株式保有者であり、秘書であった。A社が、X銀行から融資を受けるために、2008年3月17日、Yは、X銀行と保証契約を締結した。当該保証契約を締結するにあたり、X銀行の代理人は、A社の弁護士に対して、「証人の同席のもとで、保証人に署名させること、そして、保証契約の内容、効果について保証人らに理解させるために、これらについて説明したことの確認書を作成すべきこと」をEメールで通知していた。この通知を受け、A社の弁護士は、保証契約の内容、効果について保証人に説明したことの確認書を銀行に提出した。銀行からの履行請求に対し、Yは、本件保証契約は夫からの不当威圧により締結したものであるとして、銀行に対し、その取消しを主張した。

【判旨】

裁判所は、Etridge判決で示された合理的措置の規範を適用し、結論として、X銀行の措置は、Etridge判決で要求された措置を果していないとし、保証契約の取消しを認めた。

裁判所は、①A社の弁護士とYの面会は、慌ただしい中での5分であり、夫が同席する中で、終始、Yは、保証契約書に署名せざるを得ない状況に置かれていたこと、②Yと夫とを、「分離独立した状況を設ける努力」が何らなされておらず、保証契約書は夫婦で共通の書面であり、かつ、証人も共通の（夫が経営するA社の）弁護士であり、保証の効果について説明したことの確認書にはならないことを認定している。その上で、本件X銀行は、Etridge判決で示された「最低限のコアな要件」をみたすことすら、A社の弁護士に依頼しておらず、このような状況では、X銀行の措置としては、不十分であるとした。

Etridge判決は、通常の合理的措置として、銀行に、「妻の弁護士」から「妻に対して適切に助言した」との確認書を取得することを要求した。The Royal Bank of Scotland Plc v Chandra [2010] EWHC 105. では、その趣旨を、単に形式上妻の弁護士として選任されたものであればよいとするものではなく、その選任は妻の意思により選任され、妻のために助言を行うことを委任内容として選任された者であることを要求するもと

して理解している。そして、そのような措置を要求する究極的な目的は、妻が「A 社の経営状況を告知され」た上で、「保証契約を締結するか否かを思慮する機会」を実質的に保障することにあると捉えている。

さらに、Mahon v FBN Bank (UK) Ltd [2011] EWHC 1432. では、妻が「夫から独立した状態」で弁護士から助言を受ける状況を確保するための努力をすることは、合理的措置として「最低限」要求される措置であるとの理解を示し、これに基づいた判断を示した。

以上の裁判例からは、Etridge 判決を次のように理解していることが分かる。すなわち、Etridge 判決で示された合理的措置は、保証人となろうとする妻に、「保証契約を締結するか否かを思慮する機会」を実質的に保障することを目的とし、そのための「最低限」の方策として、妻が「夫から独立した状態」で弁護士から助言を受ける状況を確保するための努力を行うことが要求するものである。

このような先例解釈からは、合理的措置の内容は、画一的かつ確定的なものではなく、保証人に、「保証契約を締結するか否かを思慮する機会」を実質的に与えるために必要な措置として、多層的に形成されうるものであることが示唆されている。

第３節　まとめ

ここで、イングランド判例法における保証規律の状況を総括する。

判例法における保証人の救済法理は、主として保証意思の任意性の確保を目的として構築されてきたものであり、そのための方策として、保証契約締結による「一定の不利益状況」についての認識の喚起、及び、「保証人の信頼」の濫用に対する救済という大きく２つの角度から法的アプローチが構築されている状況が明らかになった。

１　まず、コモンロー上の情報提供義務ルールの形成により、保証契約締結における保証人の「一定の不利益状況」についての認識の喚起が図られている。

1845年の Hamilton v Watson 貴族院判決では、「主債務者の過去の取引状況や信頼性」について債権者が保証人に開示する必要はないと判示

された。その理由について、判決上は、これらの事実について銀行に開示を要求するならば、銀行による融資取引の破綻を招くことになるとの懸念が示された。同判決では、この他の事実関係についての開示の要否は明らかにされなかった。

その後、1899年の Seaton v Heath 判決では、債権者は、保証人に対して開示義務を負わないことが原則であるとの判断が示された。イングランド法においては、一定の契約類型においては、契約当事者が相手方に対し最高の信義を負い、その契約に関する重要な事実を積極的に相手方に開示する義務を負うべきものとされている。このような契約を最高信義契約（contracts of uberrimae fidei）という。最高信義契約の代表的な契約類型としては、保険契約があり、特に生命保険契約がその典型例であるとされる。Seaton v Heath 事件においては、保証契約も最高信義契約に該当するかが争われたが、高等法院判決では、保証人が引き受けるべきリスクに関しては、保証人が自ら主債務者から確認しておくべきであり、債権者が保証人に対して開示するものではないとの理由から、保証契約は、最高信義契約にはあたらないとの判断が示された。同判決は、保証人は、主債務者の負債額、資産状況の現状、過去の取引状況自ら情報収集することが想定され、原則として債権者の開示義務を否定した判例として理解されている[52]。

19世紀中盤から20世紀にかけては、コモンロー上、例外的に、保証人の不利益事項に関する開示を必要とする開示のルールが形成されてきた。この時期は、情報提供義務という明示的な用語は用いられていないものの、その実質は、「通常、保証人が存在するとは予期しない保証人にとって不利益な事実であり、かつ、その事実の形成に債権者が関与している場合」に債権者は開示する義務を負うとするものであり、その義務に違反した場合には、保証契約の取消しを認めている。ここに、保証契約における情報提供義務の生成が認められるといえる。

その後、Royal Bank of Scotland v Bennett 判決では、上記の先例で認められてきた開示ルールを「情報提供義務（obligation to disclose）」として明示的に認め、また、それまで明らかにされてこなかった情報提供

[52] supra note 46, p. 192.

義務の法的根拠についても、これを黙示の表示ルールにより説明した London General Omnibus Co Ltd v Holloway 判決の見解を支持することを明らかにした。すなわち、情報提供義務の法的根拠は、「ある事実が存在することを告知しなかったこと」が「その事実は存在しないという黙示の表示（implied representation）」となるために、保証人が「その事実は存在しない」と予測するような状況においては、債権者は、そのような事実を全て開示（reveal）しなければならないという黙示の表示ルールにあるとの見解を示した。

以上から、判例法上、原則として、債権者は、保証契約締結プロセスにおける情報提供義務を負うものではない。例外的に、「通常、保証人が存在するとは予期しない保証人にとって不利益な事実であり、かつ、その事実の形成に債権者が関与している場合」には、債権者に情報提供義務が課されている。

情報提供義務に関する以上の先例は、North Shore Venture Ltd v Anstead Holdings Inc and others において支持されている。同判決は、主債務者の口座が凍結される危険が生じていた事実について、債権者の情報提供義務が争われたものであるが、このような事実は、保証人が保証債務を履行した場合において「求償権が行使できない状態に陥る可能性を招く重大な事実」であり、「債権者がこれを把握している場合」には、情報提供義務を認めるべきことを示した。それまでの先例では、債権者が、主たる契約の内容や債権者間での合意等を通じて、保証人に不利益な事実の形成に関与している場合に情報提供義務が肯定される傾向にあったが、North Shore Venture Ltd v Anstead Holdings Inc and others では、債権者が直接そのような事実の形成に関与したことではなく、その事実を認識していたことを要件とすることを示唆するものといえる。

結論として、同判決は、「主債務者の口座が凍結される危険が生じていた」という具体的情報について、経営者である保証人が「悪意であった」という主観面の判断から、情報提供義務違反は認められないとの判断を示した。

その判断過程においては、保証人が経営者の地位にあるという理由から情報提供義務が否定されたのではなく、具体的に争われた当該情報に関して、保証人が悪意または知りうる状況にあったのか、という実際の

情報取得可能性が検討されている。このような主観的要件を示す際、判決では、不実表示における主観的要件と同様の解釈論を用いるべきことが明示されている。保証人が、主債務者たる会社の経営権を有する場合においても、情報の内容や具体的状況によっては、当該保証人には情報取得可能性がないことも想定される。そのため、個別の情報に関してアクセスする現実的な可能性がなかったことを情報提供義務の成立要件とする点は、保証人の認識を喚起するための方策として有用な意義を有するものといえる。

2　保証人の信頼の濫用に対する救済は、エクイティ上の不当威圧法理を中心とするルールにより図られてきた[53]。

Etridge 判決では、不当威圧には、明白に違法な威圧行為による威圧類型のほかに、一方当事者の他方当事者に対する優位性という関係を前提とした「影響力の濫用（abuse of influence）」類型があるとの理解を示した。そして、「影響力の濫用」とは、一方当事者が自身に関する事柄、利益について、相手方に信頼（trust and confidence）を置き、相手方がその信頼を濫用した場合を想定しているとの理解が示された。具体的に

[53] Mel Kenny, The Uncommon Core of European Suretyship Law, in Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity, ed. by Ciacchi AC, (2007) p.16によれば、アイルランドにおいても、エクイティの法理が、保証契約法において重要な役割を果してきた。イングランドとの相違として、最高裁は、不当威圧放置の適用につき、O'Brien 判決を支持したが、妻が夫の債務を保証する配偶者保証のケースにおいても、悪意擬制はなされるべきではないことが強調され、この点については、イングランドよりも保護のレベルは低いとされる。しかし、金融サービス法において弱い立場にある消費者を保護することを目的とする the Central Bank and Financial Services Authority of Ireland Act (2003) が施行され、これを機に、金融機関の自主規制としての Consumer Protection Code の４章（３）では、全ての保証契約に対し、債務の内容と独立の助言を得るよう告知するべきことを定めている。Etridge 判決における情報提供型よりも簡潔であり、より伝統的な情報提供方式であるといえる。総じて、コモンローモデルは、契約締結プロセスにおける情報提供を中心とした保護方策を採用しており、保護の基準には、銀行実務が影響を与えていると評価されている。

は、保証人が債権者に対して信頼を置いており、債権者がこれを認識しながら信頼に反して助言を与えなかったケース（Lloyds Bank Ltd v Bundy [1975] Q.B. 326.）、そして、保証人が主債務者に信頼を置いており、主債務者がこれを濫用したケースについて保証人を救済すべきことを示した。

後者の主債務者による信頼の濫用としては、配偶者保証ケースを中心に、保証人となった妻が、主債務者たる夫による不当威圧を理由に、債権者に対して保証契約の取消を主張できるかという理論的問題が生じる。O'Brien 貴族院判決は、「妻の財産に関する意思決定自由の保護」と「配偶者保証契約による融資取引維持」の必要性という２つの要請を考慮すべきことを示し、その調整原理として、悪意擬制の理論を提示した。その理論的枠組みは、保証人保護の観点から、夫の不当な関与に対する債権者の悪意を擬制し、債権者が合理的措置をとらない限り、保証契約の取消を認めるというものである。債権者にとっては、悪意擬制を妨げる手段としての合理的措置が、自己の利益を保持するための方策となる。

このような悪意擬制の理論は、Etridge 判決を始めとするその後の裁判例により支持されている。裁判例の分析からみえてくる合理的措置とは、保証人の任意性が阻害された程度と要求される合理的措置の内容が連動して決定されるという傾向があり、流動的かつ多層的な構造を有するものといえる。以下、この点について裁判例を分析する。

まず、配偶者に関する Etridge 判決において提示された合理的措置とは、銀行が、妻の弁護士から「妻に対して適切に助言した」との確認書を取得し、その確認書を信頼することでたりるというものであった。これに先立ち、O'Brien 判決の傍論では、合理的措置として、銀行が、直接保証人になろうとする妻と面談し、保証のリスクを警告するべきであることが示唆されていた。このような直接的な措置について、Etridge 判決は否定的な評価をするものでははく、これに「代替する適切な手段が認められる」との解釈のもと、上述の手段を提示したものであり、銀行自らが説明を実施することの有用性を否定する趣旨ではない。むしろ、銀行による助言が「最善策」であることを前提としながらも、銀行の実務上の負担、困難を考慮し、実現可能な代替策を提示したものである。Etridge 判決で示された合理的措置は、その後の判例により、保証人と

なろうとする妻に、保証契約を締結するか否かを思慮する機会を実質的に保障することを目的とし、そのための「最低限」の方策として、妻が「夫から独立した状態」で弁護士から助言を受ける状況の確保を要求するものであると解されている。

ここでは、助言を受ける際の条件として、主債務者たる夫から独立した状況であることが強調されている。これは、夫への従属性という課題に対して、独立した状況の確保という合理的措置を課すことで、保証人の任意性を担保することが意図されている。

以上の配偶者保証について提示された合理的措置に対し、若年の従業員による保証のケースである Credit Lyonnais Bank Nederland BV v Burch では、当該保証人は、主債務者の現在の借入額や当座貸越限度額を知らされない限りは、責任の重大さを認識することは不可能であったことから、債権者たる銀行は、保証の額が無制限であることを繰り返し伝えるのみでは、不十分であったとされた。銀行は、保証人が適切かつ独立の助言を受けたことを証明する必要があるが、本件では、当座貸越限度額を２万ポンド引き上げる際に「包括的な保証」という不必要かつ不適当な保証を締結し、２万ポンドに限定した保証を選択していないことから、銀行は、適切な助言を受けたことの証明をできていないと認定された。ここでは、適切な助言を「受けさせたこと」が要求されており、このような合理的措置の内容は、配偶者保証において、独立の助言を受けたことを確認すれば足りるという措置よりも、厳格な対応を要求するものといえる。

この点からいえることは、信頼の濫用があり、さらに、保証契約の内容が、主債務との関係で合理性を著しく欠く場合には、合理的措置として、内容面での適正化までも要求されるということである。

３　このように、イングランドの判例法では、情報提供義務による認識の喚起、悪意擬制の理論による信頼の濫用からの保護という２つの観点から保証契約締結プロセスの規律を構築している。

第１章では、制定法により、要式性が定められ、保証契約書の作成と交付が要求されている状況を明らかにした。しかしながら、要式性による規律には次のような限界がある。すなわち、本稿第２章で検討した判

例の事実関係からは、保証人は、契約書に記載されていない不利益事実についての情報提供を必要としていることが明らかになったが、保証契約書の作成、交付によっては、この点を克服することはできない。

この点、情報提供義務は、保証人にとって特異かつ不利益な情報を保証人に提供することにより、要式性による認識の不備を補う制度といえる。

また、第３章で検討した判例の事実関係からは、主債務者による保証人の信頼の濫用という事態が、保証人自らが契約の内容や不利益を判断することの妨げとなり、主債務者からの保証依頼をそのまま受け入れ、保証契約を締結しているという問題が明らかになった。このようなケースでは、たとえ契約書や情報が提供されたとしても、契約に対する任意性を喚起することはできない。したがって、信頼の濫用に対する不当威圧法理は、情報の提供による保証人救済の不十分性を補完する意義を有している。

書　評

リベラルな国際秩序論の再検討

――G・ジョン・アイケンベリーの議論を手がかりに――

池　嵜　航　一

はじめに

リベラルな国際秩序の危機が語られている[1]。背景には、ポピュリズムや権威主義の台頭によって自由民主主義が挑戦を受け、グローバル化のような開放的な世界経済のあり方に対する反発が起こり、ロシアによるクリミアの併合や中国の南シナ海における行動などによってルールに基づいた国際秩序が脅かされ、そして何よりも第二次世界大戦後にリベラルな国際秩序を主導し支えてきたアメリカが「自国第一」を掲げる大統領の下でそれに対して背を向けているという現実がある。

こうしたなか、アメリカ外交を専門とするウォルター・ラッセル・ミードは昨年末、ウォール・ストリート・ジャーナルにおいて、2018年の最大の敗者はリベラルな国際秩序であったと書いた[2]。また、「リベラルな国際秩序よ、安らかに眠れ」と悼辞を述べた米外交問題評議会（CFR）会長のリチャード・ハースは、衰えつつあった神聖ローマ帝国を「神聖でなく、ローマ的でもなく、帝国でもない」と皮肉った18世紀フランスの哲学者ヴォルテールになぞらえ、「衰

[1] 本稿で紹介するもの以外にも、リベラルな国際秩序の危機に関する英語の論考は多数存在する。日本の論壇における議論としては、『国際問題』2018年１・２月合併号、『アステイオン』88巻などがある。

[2] Walter Russell Mead, “2018’s Biggest Loser Was the Liberal International Order: The Runners-up Are China, the U.K., France’s Macron and Saudi Arabia’s Crown Prince Mohammed”, *The Wall Street Journal*, December 30, 2018.

えゆくリベラルな世界秩序は、リベラルでなく、世界規模でもなく、秩序立ってもいない」と書き記している[3]。

一方で、そうして悼まれている「死者」自体がそもそも幻だったのだとするシニカルな見方もある。つまり、リベラルな国際秩序なるものは、所詮は神話にすぎなかったというのである[4]。あるいは、それは少なくとも、リベラルな国際秩序を擁護する論者らが唱えるような「理想化」された形では存在してこなかったのだとされる[5]。こうした立場の論者から見れば、第二次世界大戦後の平和をもたらしたのはリベラルな国際秩序などではなくあくまでも冷戦下の力の均衡であり、これまでにリベラルな国際秩序が世界全体を覆ったことは無く、またリベラルな国際秩序と言いながらも、そこではしばしばリベラルとは言い難い振る舞いも見られたというのである。

では、今日の状況をいかに理解すべきなのか。リベラルな国際秩序など無かったのか、それともやはりそれは何らかの形で存在したのか。後者だとすれば、その危機は憂慮すべき事態か否か。また、現在の危機はいかなる危機であり、なぜ起こっているのか。これらの問いに取り組むには、リベラルな国際秩序（論）の内在的な理解が欠かせないはずであるが、それを本格的に試み、そのうえでその問題や限界を抉り出そうとしたものはそれほど多くはない。そこで本稿は、リベラルな国際秩序という概念を打ち出した代表的な論者であるG・ジョン・アイケンベリーの議論を内在的・批判的に検討することを通じて、現在リベラルな国際秩序が直面する危機を理解するための手がかりを得ることを目指す。

アイケンベリーは、1954年にドイツ系移民の子孫として米ミシガン州に生まれ、マンチェスター大学で政治学・哲学を学んだ後、シカゴ大学で修士号（1978

---

[3] Richard N. Haass, “Liberal World Order, R.I.P.: The liberal world order is under threat from its principal architect: the United States”, Council on Foreign Relations, March 21, 2018,
https://www.cfr.org/article/liberal-world-order-rip (accessed January 17, 2019).

[4] Graham Allison, “The myth of the Liberal Order: From Historical Accident to Conventional Wisdom”, *Foreign Affairs*, July-August, 2018, pp.124-133.

[5] Stephen M. Walt, “Why I Didn’t Sign Up to Defend the International Order”, Foreign Policy, August 1, 2018.
https://foreignpolicy.com/2018/08/01/why-i-didnt-sign-up-to-defend-the-international-order/(accessed January 12, 2019).

年）・博士号（1985年）を取得。プリンストン大学助教授、ペンシルヴェニア大学準教授、ジョージタウン大学教授などを経て、2004年からプリンストン大学教授となっている（1991年秋からの１年間は米国務省政策企画室で勤務）[6]。ナポレオン戦争、第一次世界大戦、第二次世界大戦といった大戦争の後の秩序構築（冷戦終結後もこれらと類似した戦後秩序構築の局面と位置づけた）を分析し、それぞれの戦争における戦勝国の行動が戦後秩序の安定性を左右すると論じた『アフター・ヴィクトリー』（原著2001年／邦訳2004年）では、米国政治学会のウッドロー・ウィルソン賞を受賞[7]。同書が出版された数か月後に米同時多発テロ（9・11）が起こり、アメリカはアフガニスタン攻撃（2001年）、イラク戦争（2003年）へと突き進んだが、アイケンベリーはその過程において見られたブッシュ政権の単独行動主義に対する批判を展開し、これらの論考は論文集『リベラルな秩序か帝国か』（原著2006年／邦訳2012年）に収められている[8]。

今日リベラルな国際秩序の危機が語られるようになった最大の契機は、2016年末のアメリカ大統領選におけるドナルド・トランプの勝利と大統領就任後に彼の政権がとった態度や政策にある。アイケンベリーはこの今日的な危機に関していくつかの論考を著しているが、そのうちリベラルな国際秩序の危機を最も本格的に論じているのは、2018年初めに出された「リベラルな国際秩序の終わり？」という論考であろう[9]。この論考は、リベラルな国際秩序の概念的輪郭や論理、それが辿ってきた歴史的な経路、今日的な危機の本質とその背景に関

---

[6] 彼の業績等の詳細については次のホームページを参照。'G. John Ikenberry: Albert G. Milbank Professor of Politics and International Affairs', https://scholar.princeton.edu/gji3/home (accessed January 12, 2019).

[7] G・ジョン・アイケンベリー（鈴木康雄訳）『アフター・ヴィクトリー――戦後構築の論理と行動』NTT 出版、2004年（原題は *After Victory: Institutions, Strategic Restraint, and the Rebuilding of Oder after Major Wars*）。

[8] G・ジョン・アイケンベリー（細谷雄一監訳）『リベラルな秩序か帝国か――アメリカと世界政治の行方（上）・（下）』勁草書房、2012年（原題は *Liberal Order and Imperial ambition: Essays on American Power and World Politics*）。

[9] G. John Ikenberry, "The End of Liberal International Order?", *International Affairs*, 94:1, January, 2018, pp.7-23. その他のものとして、G. John Ikenberry, "The Plot Against American Foreign Policy: Can the Liberal Order Survive?", *Foreign Affairs*, May-June, 2017; G. John Ikenberry, "Why the Liberal World Order Will Survive", *Ethics & International Affairs*, Spring, 2018, pp. 17-29.

するアイケンベリーの認識を端的に示すものであり、この論考の直接的な基礎をなしているのが、2009年の「リベラルな国際主義3.0」とそれを発展させた2011年の『リベラル・リヴァイアサン』である[10]。以下では、この三つの著作を主たる対象としながらアイケンベリーのリベラルな国際秩序に関する理解とその危機の論じ方について検討し、その他の彼の著作については、この作業に必要となる限りにおいて適宜補足・比較のために用いることとする。そうすることが、リベラルな国際秩序が今日直面する危機を理解し、その文脈においてリベラルな国際秩序（論）を再検討するという本稿の目的に最も資すると考えるからである。以下では、まず第１節においてアイケンベリーがリベラルな国際秩序をどのようなものとして理解しているのかという点について概観し、続く第２節で現在のリベラルな国際秩序の直接的な起源である、第二次世界大戦後にアメリカが主導することによってつくられたリベラルな国際秩序の形成過程とその特徴について整理する。その後、第３節において現在のリベラルな国際秩序の危機とその背景に関する彼の議論を紹介したうえで、最後の第４節でその意義と限界について論じる。

１．リベラルな国際秩序とは何か

リベラルな国際秩序（liberal international order）とは何か[11]。それは、文字通り**リベラルな**国際秩序のことであり、多様な国際秩序のうちの一つの類型である。より具体的には、リベラルな国際秩序とは、「開放的であり、緩やかにルールに基づいた秩序」のことを指している[12]。ここで開放性とは、貿易や交換に対する相対的に低い障壁に反映され、商品・人・考えなどが国境を越えて移動できることを意味しており、ルールに基づいているというのは、合意されたルールや制度に基づいていることを意味する[13]。かようにして理解されるリベラル

[10] G. John Ikenberry, “Liberal Internationalism 3.0”, *Perspectives on Politics*, 7.1, March, 2009, pp.71-87; G. John Ikenberry, *Liberal leviathan：The Origins, Crisis, and Transformation of the American World Order*, Princeton University Press, 2011.

[11] 以下本稿では、‘liberal’の語を基本的には「リベラル（な）」とカタカナ表記しているが、‘liberal democracy’を「自由民主主義（国）」、経済的な意味での‘neo-liberalism’を「新自由主義」と訳すなど、その訳語が一般に浸透している場合にはそれを採用した。

[12] Ikenberry, *Liberal Leviathan*, p.18.

[13] *Ibid*., p.283.

な国際秩序は、リベラルな国際主義とは厳密な意味においては区別される必要がある。その場合、リベラルな国際秩序とは、上記の特徴をそなえて具現化した現実の秩序を指すのに対し、リベラルな国際主義とは、そうした秩序を思想的・運動的に構想し、つくりあげようとするものとして理解されよう。アイケンベリーの用語法もまた、概ねこうした区別と一致するものと見なしうる。彼はリベラルな国際秩序を上述のように定義している一方で、リベラルな国際主義については、「リベラルな国際主義が示すのは、開放的であり、緩やかにルールに基づいた秩序像である」とし、「リベラルな国際主義とは、それによって自由民主主義諸国が世界を組織化しようと試みてきたアイディアやアジェンダの総体である」と述べているからである（傍点は引用者による）[14]。

さて、ごく簡潔には上述のように要約されるリベラルな国際秩序ないし主義について、もう少し踏み込んでその全般的な特質を捉えようとするならば、以下のようないくつかの観点からそれを論じることができよう。第一に、リベラルな国際秩序という概念の一つの特質はその体系性にある。まず、開放的であり、ルールに基づいているというリベラルな国際秩序の二つの基本的な特徴それ自体が、相互に強化し合うものと想定される。ルールや制度によって経済的開放性が可能となり、今度はそのなかで生じる相互依存ゆえに更なるルールや制度が必要になるというのである[15]。また、リベラルな国際秩序の構成要素とされる自由民主主義、経済的相互依存、国際制度の三つも互いを強め合うという[16]。そしてさらに、具体的に第二次大戦後のリベラルな国際秩序の構造的な特徴として、安全保障面での相互拘束、浸透する覇権、半主権的で限定的な大国、経済的開放性、市民的アイデンティティの五つを指摘したうえで、アイケンベリーは次のように述べている[17]。「リベラルな政治秩序の全体像とは、これらの構成要素が相互作用し、相互に強まるような複合的な構造体である。言い換えればそれは、リベラルな政治秩序構造を形成するこれらの構成要素とその相互作用の集合体なのである。」つまりリベラルな国際秩序は、その種々の構

[14] Ikenberry, “The End of Liberal International Order?”, pp.8, 11.

[15] Ikenberry, *Liberal Leviathan*, pp.102-103.

[16] *Ibid*., pp. 64

[17] アイケンベリー「リベラルな国際秩序の性質と源泉」『リベラルな秩序か帝国か（下）』、190-191頁（傍点は引用者による）。

成要素がそれぞれ別個に存在するのではなく相互に連関し、しかも互いを強化することによって織りなされる系統だった組織的な秩序の全体としてイメージされている。

第二に、その秩序形成・維持のメカニズムに関しても、リベラルな国際秩序は独特のメカニズムに依拠するとされる。アイケンベリーによれば、秩序を確立･維持する主要な論理には､均衡（balance）､命令（command）､同意（consent）の三つがある[18]。均衡に基づく秩序とは、多極ないし二極の力の配分のうえに成り立つ秩序であり、無政府的な自助の体系のなかで、自らの生存・安全を求めて互いにバランスをとり合い競合する諸国家間の力の均衡の結果として生じる秩序である。次に、命令に基づく秩序とは、強大な力を有する主導国によって樹立され課される階層的な秩序であり、そこではその主導国と他の従属的な諸政治体との間に上位者―下位者の関係が打ち立てられる。最後に、同意に基づく秩序とは、合意されたルールと制度に基づいて組織される秩序のことであり、諸国家は自発的にこの秩序に加入し、互いに合意したルールや取り決めに従い、その枠内で動く。こうした秩序理解をアイケンベリーは「リベラルな秩序理解」と呼び、「理想的な形態においては、リベラルな国際秩序は、均衡や命令というよりもむしろ同意によって維持される」と述べている[19]。冒頭で確認した、ルールに基づいている――これは、合意されたルールや制度に基づくということを意味する――というリベラルな国際秩序の基本的特徴の１つが、このような秩序形成・維持のメカニズムと密接な関係にあるものだということは明らかであろう。

第三に、リベラルな国際秩序は、勢力均衡の原理に則って絶えず無政府的な国際システムを再生産することによって保たれたり、覇権国の盛衰というサイ

[18] Ikenberry, *Liberal Leviathan*, Ch.2. それ以前の類型論としては、アイケンベリー『アフター・ヴィクトリー』第２章を参照。そこでは、勢力均衡型、覇権型、立憲型という語が用いられているが、これらは均衡、命令、同意に概ね対応している。

[19] *Ibid.*, pp.18, 62. ただしこのことは、リベラルな国際秩序が同意に加えて均衡や命令といった他の秩序の確立・維持の論理と組み合わせられて組織される可能性を排除するものではない。秩序を確立・維持するこれら三つの論理はいずれも理念型であり、歴史上あらわれた現実の国際秩序は大抵いくつかの論理を組み合わせているとされる。戦後のアメリカ主導の国際秩序もまた、これら三つの論理をすべて組み合わせて構築されたと理解されるのである。

クルに沿って安定化･不安定化を繰り返したりする類の秩序とは対照的に、「進歩する秩序（progressive order）」としてイメージされる。この進歩は、近代化と密接な結びつきを有するとされ、近代化のプロセスに内在する様々な力や運動――わけてもリベラルな国際秩序の三要素たる自由民主主義、経済的相互依存、国際制度――は、相互に強化し合い、グローバルなシステムを進歩的な方向へ導いていくと想定される。そしてアイケンベリーによれば、第二次大戦後のアメリカ主導の国際秩序の背後にも、この進歩する秩序という想定がひかえていた。すなわち、アメリカによる戦後秩序のヴィジョンは進歩的な願望を有しており、リベラルな国際秩序はその進歩的な変革のための枠組みを提供するものと考えられた[20]。そして、進歩的な変革の観念には次の二側面があったという。一つは、「リベラルな国際秩序は、初めは西洋のなかに樹立されるけれども、非西洋や発展途上の諸社会へと広がるだろう」というものであり、いま一つは、「〔訳註：リベラルな国際秩序は〕その一部となった諸社会内における社会的・政治的な発展を推し進めるだろう」というものである[21]。つまり、「進歩する秩序」としてのリベラルな国際秩序は、その内部において発展を推し進めるだけでなく、さらに外部へと拡張してその妥当領域を広げていくものと想定されていた。

第四に、リベラルな国際秩序は、過去二世紀の間、英米といった主導的な国家に率いられながら、（とりわけ西洋の）自由民主主義諸国を中心に推進されてきた。この間、自由民主主義諸国の規模・数・力・富は増大してきたが（「リベラルの優勢（liberal ascendancy）」）、それと軌を一にしながら展開した近代性（modernity）に直面するなかで、これらの国々は、近代性のもたらす機会と危険に対応する思考様式としてのリベラルな国際主義を必要とした。すなわちリベラルな国際主義とは、「自由民主主義の興隆や普及とともに現れた秩序構築の伝統であり、そのアイディアやアジェンダは、これらの国々〔訳註：自由民主主義諸国〕が近代性の巨大な諸力に直面し、それらと格闘するなかで形成されてきた」のであった[22]。そのなかで、リベラルな国際主義は、自由民主主義諸国にとって好ましい国際環境を形成しようとするプロジェクトとして推進

[20] Ikenberry, *Liberal Leviathan,* pp.190-191.

[21] *Ibid*, p.190.

[22] Ikenberry, “The End of Liberal International Order?”, p.8.

されてきた。

かかる思考様式としてのリベラルな国際主義は、アイケンベリーによれば、19世紀には明確で首尾一貫した形では現れなかった。そこで彼の眼は、その20世紀における結実へと向けられる。この時期に成熟したリベラルな国際主義が現れ、それによって国内における民主主義の追求を促進するような形で世界を組織化し改革することが目指された[23]。その最初のものは、ウッドロー・ウィルソンに導かれて第一次世界大戦後に現れたが（「リベラルな国際主義1.0[24]」）、そこでは、自由民主主義国がそのなかで生存することが可能となる「容れ物（container）」のごとき国際秩序を構築することが志向された[25]。それが失敗に終わり、リベラルな国際秩序が一度破綻した後、第二次世界大戦期とその戦後期には、リベラルな国際主義はより広範なアジェンダとなり、その内部において自由民主主義諸国が安定化・保護されるような国際共同体（international community）を構築し、近代性それ自体から生じるリスクや経済的・政治的大変動から自由民主主義諸国を守ることが目指されるようになった[26]。

こうした構想は、第二次世界大戦後（特に冷戦期）に、西側において安全保障共同体（security community）という観念に結晶化した。この観念が発展してきた背景には、一方には、大不況や全体主義の興隆、第二次世界大戦と人道的な惨禍といった経験（および、それを受けて発達した安全保障や人権などの理念）があり、他方には深刻化する冷戦状況に対応するという現実的な要請があった。そのなかで、戦後の秩序は、「自由民主主義諸国がともに参加し、基本的人権と社会的な保護を掲げる協力的な秩序を構築するグローバルな空間」としての安全保障共同体になるべきものと観念されたのである[27]。

---

[23] *Ibid*., p.13.

[24] Ikenberry, “Liberal Internationalism 3.0”. この論考においてアイケンベリーはリベラルな国際主義の類型論を展開し、第一次世界大戦後に現れたリベラルな国際主義を「リベラルな国際主義1.0」、第二次世界大戦後のそれを「リベラルな国際主義2.0」と呼んでいる。

[25] Ikenberry, “The End of Liberal International Order?”, p.13.

[26] *Ibid*., p.13.

[27] *Ibid*., p.15.

2．リベラルな国際秩序の覇権的な組織化――アメリカ主導の戦後秩序

リベラルな国際秩序ないし主義は、以上のように要約されうるものであり、それらが全体として提示する基本的な秩序イメージは、「緩やかにルールに基づいたグローバルなシステムのなかで、自由民主主義諸国に導かれた諸主権国家が互いの利益や保護のために協力する」というものである[28]。その一方で、現実に形成される個々の具体的なリベラルな国際秩序は実に多様な形態をとりうる[29]。

そのなかでも現在危機にあるとされるリベラルな国際秩序は、直接的には第二次世界大戦後に形成されたものであり、アイケンベリーは、この秩序をリベラルな国際秩序の一類型としてのリベラルな覇権秩序（liberal hegemonic order）として理論的に把握している。この秩序の論理を明らかにし、それが辿ってきた歴史過程を明らかにし、それが当時直面していた危機について論じたのが、2011年の著作『リベラル・リヴァイアサン』であった。

アイケンベリーによれば、第二次世界大戦後にアメリカ主導で形成されてきたリベラルな国際秩序は、アメリカの力の優位に基づいていたのと同時に、リベラルな統治原理にも立脚した、リベラルな特徴を備えた階層的な秩序（hierarchical order with liberal characteristics）――すなわち、リベラルな覇権秩序――として理解できるという。では、それはいかなる秩序なのか。彼によると、階層的な秩序にも多様な形態があり、それがより帝国的な特徴を持つこともあれば、よりリベラルな特徴を持つこともある[30]。この点を理解するために、彼は帝国（empire）とリベラルな覇権（liberal hegemony）という二つの理念型を導入している[31]。両者は階層的な秩序であるという点においては共通するが、次のような点では区別される[32]。例えば、帝国秩序においては，支配的な国家は他にルールや制度を課す一方、自らはそれに縛られることがないのに対して、リベラルな覇権秩序においては、支配的な国家が合意に基づくルール

---

[28] Ikenberry, “The End of Liberal International Order?”, pp.11, 12.

[29] Ikenberry, “Liberal Internationalism 3.0”.

[30] Ikenberry, *Liberal Leviathan,* p.25.

[31] *Ibid*., pp. 66-75.

[32] *Ibid*., pp. 67, 73-74, 76-77.

や制度を確立し、他と同様に自らもその枠内で動く。また、帝国秩序においては、支配的な国家が命令と（究極的には）強制とによって秩序を課すのに対し、リベラルな覇権秩序においては、秩序は課されるというよりはむしろ交渉される。

このように、リベラルな覇権秩序は、原理上は帝国秩序と区別することが可能であり[33]、以下にあげるような制度的特徴を有する秩序であるとされる[32]。第一に、この秩序のなかで強大な力を保持している主導国は、交渉され合意されたルールと制度のシステムを支え、その秩序内の他の国々と同様に主導国自身もそれに従い、その枠内で動く。第二に、主導国は、この秩序内の他の国々による協力と引き換えに、様々な公共財を提供する。第三に、この秩序内では、主導国と他の国々の間に大きな力の格差が存在するものの、前者が後者に対して一方的に秩序を課すのではなく、両者の間には相互的なコミュニケーションと影響力（行使）のためのチャンネルやネットワークが提供される。

第二次世界大戦後にアメリカは、こうした特徴を持つリベラルな覇権秩序をつくり上げたとされるが、それは冷戦期の東西に分断された二極構造の下、その西側において構築されたものであった[35]。アメリカはそのなかで、開放的でルールに基づいた秩序を促しただけでなく、その組織化と運営に主導的な役割を果たし、他国に対して様々な公共財を提供することになった。例えばアメリカは、西欧においてはNATOのような多国間同盟、東アジアでは日米同盟をはじめとする二国間同盟を通じて安全保障上の保護を提供し、貿易や投資を通じて他国に利益をもたらした。また、ルールや制度を支持し、これらによって

[33] ただし、ここで述べられた帝国秩序とリベラルな覇権秩序はあくまでも理念型であり、現実の様々な階層的な政治秩序は、帝国秩序とリベラルな覇権秩序の理念型を両端とする連続体のどこかに位置すると考えた方がよい（*Ibid.*, pp. 25, 84）。つまり、現実の世界においては両者の境界は曖昧であり、一方が他方の要素を全く含まないということは想像しにくい。実際、アイケンベリーはアメリカによる支配にも様々な側面があったことを認めており、それは西欧や日本といった先進自由民主主義諸国との関係においてはリベラルな色彩が強かったのに対し、東アジアなどではリベラルな特徴は薄まり、ラテンアメリカや中東では露骨に帝国的であったと見ている（Ibid., pp. 26-27, 66-67）。

[34] *Ibid.*, pp. 26, 71-73.

[35] *Ibid.*, Ch.5. 加えて、アイケンベリー『アフター・ヴィクトリー』第６章も参照。

自らの力の行使に制約を課した。さらに、これらの同盟や公式・非公式の様々な制度は、アメリカと他の国々の間での協議や協調のための枠組みを提供したとされる。アメリカは当初、これとはかなり異なる構想を抱いていたものの、冷戦の深刻化やヨーロッパの経済的苦境といった戦後の状況に取り組むなかで、その秩序の範囲は西側に限定され、アメリカはこの秩序を主導する役割を引き受けるようになり、上記のような特徴を持つリベラルな覇権秩序が出現することになったのである。

3．リベラルな国際秩序の今日的な危機とその背景

冒頭でも述べたように、現在こうしたリベラルな国際秩序の危機が語られている。では、この危機をアイケンベリー自身はどう論じているのか。彼によれば、今日生じているのは権威の危機（crisis of authority）と社会的目的の危機（crisis of social purpose）という二つの危機であり、両者の根源はいずれも冷戦終結後に生じた変化にある。第一の権威の危機については、『リベラル・リヴァイアサン』においても既に論じられており[36]、当時から継続している問題といえる。戦後のアメリカ主導のリベラルな覇権秩序は、冷戦の二極対立構造の下で形成され、西側に限定されたものであったが、冷戦が終結すると、それは市場経済の拡大や自由化・民主化の進展などに伴って外部へと拡張し、グローバルな射程を持つものになったといい、これによって、この秩序に含まれる国の数と多様性が増大することになった。

冷戦終結によって生じた変化は、いくつもの新たな問題浮上させることになった。冷戦が終わり、ソ連が崩壊したことによって、従来の二極構造はアメリカに力が集中する一極構造へと変容したが、これはアメリカの力に対する勢力均衡による制約がもはや期待できないということを意味したのであり、他の国々にとっては潜在的な脅威になりうるものだった。さらに、人権規範の発展や安全保障上の脅威の変質によって、主権規範の相対化や侵食が見られるようになった。大規模な人権侵害を阻止するために主権国家による内政不干渉の主張に限界が設けられる必要性や破綻国家など統治能力を欠いた国家がテロリズムなどの脅威の温床となる可能性が意識されるなかで、国際共同体は従来干渉すべきでないとされてきた各国の内政に対しても場合によっては正当な利害関

[36] Ikenberry, *Liberal Leviathan,* Ch.6.

心を有すると見なされるようになったのである。

これらの変化によって伝統的にリベラルな覇権秩序を支えてきた基礎的な条件が揺らぐなかで権威の危機が生じており、リベラルな国際秩序のあり方が問われているというのがアイケンベリーの理解である。具体的に権威の危機においては、以下に述べるような問題が争点化すると彼は述べていた[37]。第一は、リベラルな国際秩序の範囲と階層制に関する問題である。リベラルな国際秩序は、冷戦期には西側に限定されており、冷戦終結後にはその外部へと拡張したが、これはどの程度普遍的な広がりを持つものになるのか。そして、従来のアメリカ主導の階層的な秩序としての性格はどの程度まで残存するのか。第二は、正統な権威とポスト・ウェストファリア的な主権に関する問題である。すなわち、前述のように、国際共同体が各国の内政に利害関心を持つようになり、主権が相対化・侵食されるなかで、より介入的なルールや制度のあり方と国際的な権威とを和解させる方法を見出す必要があるとされる。第三は、自由民主主義と国際的な法の支配に関する問題である。ここでは、国際共同体の権威や能力を国内的な立憲民主主義を犠牲にすることなく強化することは可能なのかが問われる。以上のような問題にどう取り組むかによって、今後のリベラルな国際秩序のあり方は変わってくるとアイケンベリーは論じていた。

今日リベラルな国際秩序が直面している第二の危機としての社会的目的の危機は、『リベラル・リヴァイアサン』では論じられていなかったものであり、現在の危機に関する彼の認識を理解するうえで注目に値する。前述のように、冷戦期に形成されたリベラルな国際秩序は、安全保障共同体としての特徴を有しており、それは経済的・社会的な発展と安定性のための政策を追求する西側の自由民主主義諸国の能力を強化するものと想定されていた[38]。これは共通の利益・価値・脆弱性に基礎をおく共同体であったが、冷戦終結後には、この安全保障共同体としての感覚が弱まってしまった[39]。それは第一に、この秩序に含まれる国家の数と多様性が増大し、かつての西側の安全保障共同体としてのアイデンティティが失われたからであるという。そして第二に、不況や格差の拡大などにより、経済的不安全性や不満が高まったことがある。リベラルな国

[37] *Ibid*., pp. 300-302.

[38] Ikenberry, “The End of Liberal International Order?”, p.10.

[39] *Ibid*., p.20.

際主義は、かつての「埋め込まれた自由主義[40]」としての性格を徐々に失い、新自由主義的なそれへと傾いていった。2008年の金融危機はアメリカやヨーロッパの労働者や中間層に経済的な打撃を与え、さらにより長期的に見た場合にも、ブランコ・ミラノヴィッチによる「象の曲線」が示すように、彼らの所得は停滞している[41]。こうしたなかで、リベラルな国際秩序が安全保障共同体だという感覚が弱まってしまったというのである。

アイケンベリーによれば、現在リベラルな国際秩序が直面している危機とは、以上の二つの危機である。では、リベラルな国際秩序は今後どうなるのか[42]。その未来は次の二つの問いにかかっていると彼は論じている[43]。一つは、アメリカやその旧来の盟友らが、他の国々との間に広範な協力関係を築くことは可能かという問いである。そこでは、多極化していく世界のなかでの力の分散を反映した形で既存の制度における種々の権利や責任を再構成する必要があり、それは非西洋の新興・発展途上の民主主義国を組み込み、民主主義諸国間のより深い関係を養うような形で行われなければならないとされる。いま一つは、アメリカや他の自由民主主義諸国が、その進歩主義的な政治的志向を取り戻すことはできるのかという問いである。これは、リベラルな国際主義が資本や市場に偏重した新自由主義的な傾向を修正し、かつてのような社会民主主義的で連帯主義的な性格を回復することは可能かという問題と言い換えられる。そしてこれは、経済成長が経済的安定性や社会的保護を促進する努力に基づく形で進められた、20世紀的なリベラルな国際主義の伝統への回帰とも言えるのであ

---

[40] John Gerard Ruggie, “International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order”, *International Organization*, Vol.36, No.2, 1982, pp. 379-415.

[41] ブランコ・ミラノヴィッチ（立木勝訳）『大不平等――エレファント・カーブが予測する未来』みすず書房、2017年。それによれば、グローバル化のなかで途上国・新興国の労働者などグローバルな中間層と先進国超富裕層にあたる人々の所得が伸びる一方、先進国労働者層にあたる人々の所得は相対的に見て停滞している。

[42] なお、アイケンベリーは、『リベラル・リヴァイアサン』において、当時の権威の危機の先に出現しうる国際秩序の形態として、①再交渉されたアメリカ主導のリベラルな秩序、②ポスト覇権的なリベラルな国際秩序、③リベラルな国際秩序の崩壊の三つをあげていた（Ikenberry, *Liberal Leviathan*, Ch.7）。

[43] Ikenberry, “The End of Liberal International Order?”, p.23.

る。これらの問いは、前述の二つの危機に呼応して発せられているものと見ることができよう。

4．アイケンベリーの議論の意義と限界

以上で見たように本稿が主たる対象とした三つの著作物においてアイケンベリーは、リベラルな国際秩序の特徴を理論的に把握することを試み、その発展過程を歴史的に跡付け、そのうえでリベラルな国際秩序が現在直面している危機の性質とその背景について論じている。2009年の「リベラルな国際主義3.0」では、リベラルな国際主義の類型論とその発展史が展開され、そのうえでリベラルな国際秩序が直面していた権威の危機とその背景が素描された。この議論を発展させ、リベラルな国際秩序（特にその一類型としてのリベラルな覇権秩序）の概念とその危機について、理論的・歴史的な観点からより体系的な議論を展開したのが、2011年の『リベラル・リヴァイアサン』であり、この著作で展開された議論は、今日の危機に関するアイケンベリーの議論の基礎を形づくっている。ただし、2018年の「リベラルな国際秩序の終わり？」という論考では、従来の権威の危機に加えて、社会的目的の危機の存在が指摘されており、これは今日の危機を受けてアイケンベリーが新たに概念化したものだと考えられる[44]。

以下では、このなかでも特にリベラルな国際秩序の今日的な危機に関する彼の議論に焦点を当て、その意義を示したうえで、それが持つ限界について論じてみたい。アイケンベリーは権威の危機と社会的目的の危機という二つの危機概念によって現在の危機を説明している。権威の危機という概念によって彼は、冷戦終結後にアメリカ主導のリベラルな覇権秩序が外部へと拡大したことやBRICS などの新興国が台頭してきたこと、またそれと並行して一極構造への移行や主権規範の侵食といった変化が生じ、それによって従来この秩序を支え

[44] これに類する議論が従来の彼の議論から完全に欠落していたわけではない。例えば、次の記述を参照。Ikenberry, *Liberal Leviathan*, pp. 284-287. しかし、これは権威の危機の背景をなす様々なディレンマや緊張のなかの一つとして記述されているにすぎず、権威の危機と並び立つ社会的目的の危機として概念化されて論じられているわけではない。今日の危機を受けて、この社会的目的の危機に関するアイケンベリーの注目は明らかに高まっていると言ってよいだろう。

てきた基礎的な条件が揺らぐなかで、この秩序のあり方が問われているという問題状況を示した。そこで具体的に提示された論点は、いずれも今後のリベラルな国際秩序の行方を左右する重要な問題であり続けており、今なおその意義は失われてはいない。リベラルな国際秩序はどの程度の広がりを持った秩序になるのか。例えば、それは台頭する中国を包摂可能か。また、それは従来の階層的な秩序としての性格をどの程度まで残したものになるのか。例えば、アメリカはどこまでリベラルな覇権国としての従来の役割を維持し、他の国々はどの程度アメリカが従来果たしてきたような役割を肩代わりするのか。そして、伝統的な主権規範と各国内政に関心を持つ国際共同体の間、各国の自由民主主義と国際的なルールや制度の間に折り合いをつけることは可能なのか。これらの問題にいかに対応するかによって、今後のリベラルな国際秩序のあり方はかなり変わってくるだろう[45]。

しかしながら、このような権威の危機だけで現在のリベラルな国際秩序の危機を論じるのは困難である。権威の危機について本格的に論じた『リベラル・リヴァイアサン』においてアイケンベリーは、当時の危機はリベラルな国際秩序の原理それ自体を揺るがす危機ではないと論じ、そのような観点から、当時の危機を権威の危機として規定していたからである。すなわち、彼によれば、「それはリベラルな秩序の旧来の覇権的な組織化の枠内での権威の危機なのであって、その秩序自体の深い原理における危機ではない」かった（強調はアイケンベリー自身による）[46]。しかし、現在の危機においては、リベラルな国際秩序の原理自体が疑問に付され、それに対する支持が伝統的にこの秩序の中核をなしてきた欧米の自由民主主義諸国の間で低下している。特に深刻なのは、第二次世界大戦後リベラル秩序を主導してきたアメリカ自身が、トランプ政権の下で、自由貿易や多国間主義に背く行動をとっている点である（例えば、2018年春以降の一連の追加関税措置によって自由貿易体制に挑戦したり、TPP、パリ

[45] 詳細については、*ibid.*, Ch.6-8を参照。

[46] *Ibid.*, p.6. ここで「リベラルな秩序の古い覇権的な組織化」と呼ばれているのは、第二次世界大戦後のアメリカ主導のリベラルな覇権秩序のことである。つまりアイケンベリーは、当時の危機はリベラルな国際秩序の具体的な一形態として第二次世界大戦後に組織されたアメリカ主導のリベラルな覇権秩序をめぐって生じているのであって、リベラルな国際秩序それ自体をめぐって生じているのではないと理解していたのである。

協定、ユネスコ、国連人権理事会といった多国間の枠組みからの離脱を表明したりするなど[47])。また、開放的な世界経済のあり方や移民・難民などの人の移動に対する批判・攻撃が起こっている。さらには、ポピュリズムや権威主義が自由民主主義を脅かしており[48]、自由民主主義的な制度や価値・規範に対するコミットメントも盤石なものとは言えなくなっている[49]。

リベラルな国際秩序の原理自体に対する反発や支持の低下が、新たな参入国や新興国ではなく、むしろ伝統的にそれを推進してきた自由民主主義諸国の側において起こっているという以上のような現状を踏まえるならば、それを権威の危機のみによって論じるのは難しい。そこで、この現状を説明するために彼が持ち出すのが、社会的目的の危機という概念である。つまり、戦後のリベラルな国際秩序は自由民主主義諸国によって形成される安全保障共同体としての

---

[47] トランプ政権に関するアイケンベリー自身の議論としては、Ikenberry, “The Plot Against American Foreign Policy” を参照。

[48] ポピュリズム理解については、ヤン＝ヴェルナー・ミュラー（板橋拓己訳）『ポピュリズムとは何か』岩波書店、2017年、カス・ミュデ、クリストバル・ロビラ・カルトワッセル（永井大輔・高山裕二訳）『ポピュリズム――デモクラシーの友と敵』白水社、2018年などを参照。ミュラーによれば、「ポピュリズムとは、ある特定の政治の道徳主義的な想像であり、道徳的に純粋で完全に統一された人民――しかしわたしはそれを究極的には擬制的なものと論じるが――と腐敗しているか、何らかのかたちで道徳的に劣っているとされたエリートとを対置するように政治世界を認識する方法」であり、ポピュリストは反エリート主義者であることに加えて反多元主義者であると理解・定義される（前掲書27頁）。こうしたポピュリズムの反多元主義的性格から、ミュラーはそれを民主主義にとっての脅威として位置づけている。ポピュリズムに関する一般的な定義や理解としてこれが妥当であるのかという点に関しては異論もあろうが、本稿との関連では、現在の欧米の自由民主主義諸国で台頭するポピュリズムの勢力が自由民主主義を脅かすような性格を有している点が確認できれば十分であり、ミュラーの著作はその点を説明していると思われる。

[49] 例えば、世界価値観調査の結果を分析したロベルト・ステファン・フォアとヤシャ・モンクは、民主主義が深く定着しているとされる北米・西欧の人々（そのなかでも特に若年層）の間で、政治体制としての民主主義それ自体に対する支持、自由民主主義的な制度・価値への支持、既存の制度を通じて政治的な変革を起こそうとする意欲などが低下している一方、権威主義体制に対する支持が上昇しているということを明らかにした。ロベルト・ステファン・フォア、ヤシャ・モンク（浜田江里子訳）「民主主義の脱定着化に向けた危険――民主主義の断絶」『世界』2017年２月号、144-155頁。

側面を有していたが、特に冷戦終結以降その側面が薄れ、経済的安定性や社会的保護を促進する機能が弱まってしまったために、リベラルな国際秩序に対する支持が低下し、それによって今日の危機が生じていると説明されるのである。これはまた、欧米における自由民主主義の動揺をもある程度まで説明するだろう。すなわち、上記のような状況のなかで、前述した先進国労働者層の所得の停滞が生じており、それを背景にグローバル化のような開放的な経済のあり方やそれを支える国際的な制度や組織に対する不満が蓄積し、それを政治的に媒介するポピュリズムが欧米の自由民主主義諸国において出現するなかで、自由民主主義が挑戦を受けていると見られるからである。

このように、アイケンベリーの議論は、権威の危機に加えて社会的目的の危機という概念を用いることで、リベラルな国際秩序の原理が様々な形で挑戦を受けている現在の危機とその背景について議論する際の基本的な視座を設定している点に意義が認められる。しかしながら、その点については評価をしつつも、現在の危機に照らして見た場合、やはり彼の議論には以下に示すようにいくつかの限界があると言わざるをえない。第一に、アイケンベリーの議論においては、危機に直面しているリベラルな国際秩序が今後も存続するか否かについては問われているが、リベラルな国際秩序がこの先そのリベラルな性格をどの程度まで保つことができるのかということに対する問題意識は希薄である。リベラルな国際秩序が存続するか否かという前者の問いは、それが崩壊するか否かという問いと互換可能であろう。そしてアイケンベリーによれば、かかる崩壊は、その秩序が著しく開放的でなくなり、ルールに基づかなくなるときに起こるとされ、その結果到来するとされる世界は、諸国家が多かれ少なかれ競合的で排他的な複数のブロックに分断されているようなそれである[50]。リベラルな国際秩序の崩壊をこのようなものとして諒解するならば、現時点ですぐさまそれが起こる可能性はまだそれほど高くはないと言えるかもしれない。

しかしながら、リベラルな国際秩序が今後も何らかの形で生き残るということと、そのようにして生き残った秩序がどの程度までリベラルな特徴を保つことができているのかということは別の問題である。上で見たように、現在リベラルな国際秩序の原理は様々な形で挑戦を受けている。これらは直ちにはリベラルな国際秩序を崩壊へと導かないかもしれないが、徐々にその原理を侵食し

[50] *Ibid.*, pp.310-313.

後退させていくおそれがある。その結果おとずれるのは、よりリベラルでない国際秩序であろう。開放性は縮減し、国家の行動は合意やルールよりも、力の論理をより直接的に反映したものに傾いていくかもしれない。ルールからの逸脱が常態化すれば、それだけ不確実性や不信も高まっていくことは想像に難くない。こうした変化に伴い、国際的な協調は容易でなくなり、国家間関係は対立や競争に満ちたものに変容していく可能性がある。また、自由や民主主義、人権といった規範や制度は今よりも尊重されなくなるかもしれない。リベラルな国際秩序が仮に崩壊を免れたとしても、こうした形での質や水準の低下は起こりうるのであって、それは決して些細な問題ではない。そのような変化は、その秩序の下に暮らす人々の生活の条件を変え、国家間関係のパターンを変容させる。さらに、漸進的な後退が繰り返されていった先にリベラルな国際秩序が崩壊する可能性があり、あるいは最悪の場合には国際秩序それ自体が（少なくとも局所的に）崩壊するということもありえないわけではない。然るにアイケンベリーの議論においては、リベラルな国際秩序が存続するか崩壊するかという点が問題にされる一方、当座の問題であるはずのリベラルな国際秩序の質や水準の低下に対する警戒心は希薄であり、それについて正面から論じられてはいない。

また第二に、アイケンベリーがそのようにリベラルな国際秩序の存続／崩壊を問題にしているとはいえ、そこにおける存続／崩壊の論じ方についても不十分な点がある。すなわち、彼の議論においては、リベラルな国際秩序の存続／崩壊の境界線がどこにあるのかが具体的には明らかでないという問題がある。確かに彼は、当該秩序が著しく開放的でなくなり、ルールに基づかなくなるときにリベラルな国際秩序の崩壊は起こるとしているが、具体的にいかなる状況がそれにあたるのかは定かではない。これについては、競合的で排他的なブロックへの分断というイメージが示されており、また歴史上の事例として戦間期におけるリベラルな国際秩序の崩壊が引き合いに出されていることから、ある程度の推測は可能であるものの、現在の状況において、その崩壊が具体的にいかなる事態を意味するのかは必ずしも明らかでない。

最後に、アイケンベリーの議論の第三の限界について論じよう。アイケンベリーは、今日の危機について論じる際、社会的目的の危機という概念によって、欧米の自由民主主義諸国においてそれに対する支持が低下しつつある現状を説明している。これは、伝統的にリベラルな国際秩序の内部に位置し、その中核

をなしてきた国々がそれに背を向けているという、いわばリベラルな国際秩序の内部的な危機であり、これに対してアイケンベリーがかなりの懸念を示しているということについては、近年の論考からもうかがえる。他方で、リベラルな国際秩序の外部ないし周縁からそれを脅かすような危機に対する彼の警戒心は薄い。基本的にアイケンベリーは、BRICS をはじめとする新興の諸国は、既存の開放的でルールに基づいたシステムのなかで利益を得ており、それを維持するインセンティブを持つと見なしている[51]。しかしながら、南シナ海やウクライナでの行動などに見られるように、中国やロシアは、ルールに基づいた秩序としてのリベラルな国際秩序に挑戦しているだけでなく、いわゆる「シャープ・パワー」を用いて自由民主主義を攪乱する危険性も指摘されている[52]。こうした動きは、リベラルな国際秩序を今すぐに転覆するようなものではないかもしれないが、その質や水準を徐々に低下させていく危険を孕むものである。このようにしてリベラルな国際秩序の外部ないし周縁からそれを切り崩すような勢力の存在は、リベラルな国際秩序や自由民主主義の基盤が強固であれば、それほど脅威とはならないかもしれないが、それが盤石なものではなくなりつつある今日的な状況の下では、憂慮すべきものであろう。しかしながら、アイケンベリーの議論は、こうした脅威に対する警戒が強いとは言い難いものになっている。以上のように、アイケンベリーの議論は、リベラルな国際秩序が現在直面する危機について論じる際の基本的な視座を設定してはいるものの、そこから欠落していたり、軽視されていたりする視座や論点も存在する。しかし、これらの視座や論点は、リベラルな国際秩序の今日的な危機について論じる際に無視できないものである。したがって今後の議論は、これらを取り入れた形で展開される必要があるだろう。

---

[51] Ikenberry, "Why the Liberal World Order Will Survive", pp.25-28. 中国とリベラルな国際秩序との関係は、『リベラル・リヴァイアサン』においても重要な論点の一つであった。そこでアイケンベリーは、リベラルな国際秩序には新興の国々を引き入れる能力があり、アメリカやその他の自由民主主義諸国がリベラルな国際秩序を適切な形で改革すれば、中国がそれに対抗するのではなく、逆にそこに参入することを選択する可能性があるとし、また現に中国はそのような方向に動いてきていると論じていた（Ikenberry, *Liberal Leviathan*, pp. 342-348）。

[52] Joseph S. Nye Jr., "How Sharp Power Threatens Soft Power: The Right and Wrong Way to Respond to Authoritarian Influence", *Foreign Affairs*, January, 2018.

雑　　報

北海道大学法学会記事

○2018年12月20日（木）午後３時より
「公務員の対外的賠償責任に関する試論的考察」

報告者　津　田　智　成
出席者　28名

本報告の内容は、「公務員の対外的賠償責任に関する試論的考察（１）～（５・完）」自治研究93巻９号、93巻11号、94巻１号、94巻２号、94巻４号（2017-2018年）に掲載されている。

執筆者紹介（掲載順）

竹　川　俊　也　日本学術振興会特別研究員PD

西　村　曜　子　北海道大学大学院法学研究科
附属高等法政教育研究センター研究員

池　嵜　航　一　北海道大学大学院法学研究科修士課程

津　田　智　成　北海道大学大学院法学研究科准教授

令和元年５月22日　印　刷
令和元年５月29日　発　行

編 集 人　中　川　晶比兒

発 行 人　北海道大学大学院法学研究科長
池　田　清　治

印　　刷　北海道大学生活協同組合
情報サービス部
札幌市北区北８条西８丁目
TEL 011(747)8886

発 行 所　北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北９条西７丁目
TEL 011(706)3074　FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 70 May 2019 No. 1

CONTENTS

ARTICLES

Culpably Self-induced Mental Disorder and Insanity Defense:
Without "actio libera in causa" Doctrine? (2)
..... Toshiya TAKEKAWA 1

The Rules for Precontractual Negotiations in Contracts of Guarantee (3)
— English Case Law on Abuse of Confidence —
..... Yoko NISHIMURA 37

BOOK REVIEW

Rethinking the Liberal International Order:
Through G. John Ikenberry's Discussion ..... Koichi IKEZAKI 89

[ ]…Indicates the pagination for articles typeset vertically that begin at the end of the journal

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan