

〈論 説〉

# 「公職における失当行為」の新展開

## — イギリス不法行為法における公職者の個人責任の一新生面について (3) —

松 田 健 児

## 目 次

1. はじめに
- 1.1. イギリス不法行為法における公職者の個人責任の概要
- 1.2. 近年におけるミスフィーザンスの不法行為の再生
- 1.3. 本稿の課題と目的および叙述について
2. ミスフィーザンス不法行為法史の概要
3. Three Rivers DC事件の概要
  - 3.1. 事実関係の概要
  - 3.2. 訴訟経過
    - 3.2.1. 高等法院女王座部商事裁判所
      - 3.2.1.1. 第1判決 — ミスフィーザンスの構成要素の決定
      - 3.2.1.2. 第2判決 — 訴訟原因の成否の暫定的決定
      - 3.2.1.3. 第3判決 — 請求の却下と次後に行われるべき訴答手続き
    - 3.2.2. 控訴院
      - 3.2.2.1. 判決内容
      - 3.2.2.2. 貴族院への上訴内容の決定
    - 3.2.3. 貴族院における審理の手続きについて
4. 構成要素の定義 — 2000年判決における諸卿の意見
  - 4.1. ミスフィーザンス責任の方式的相違を承認する意見
    - 4.1.1. Steyn卿の意見 — 2肢説
      - 4.1.1.1. 被告の心理状態
        - (a) ミスフィーザンス責任の2方式
        - (b) 「2肢」分類の適正さ
        - (c) 第2の方式における不誠実
          - (i) 行為および行為の結果についての認識
          - (ii) 行為および行為の結果についてのレックリスネス
            - (1) 原理の陳述
      - (以上、32巻1・2合併号)
        - (2) 主観的レックリスネスの充分性と客観的レックリスネスの不十分性
  - 4.1.1.2. 損害および遠隔性
    - (a) 当事者の主張の要点
    - (b) コモン・ロー諸国における考慮
    - (c) 真実の選択肢
    - (d) 原理と政策に基づく結論
- 4.1.2. Hutton卿の意見 — 2肢説
  - 4.1.2.1. 主要な争点の確認
  - 4.1.2.2. 行為の結果についての心理状態は第2肢において必須の構成要素をなすものではないとの申し立ての当否
    - (a) 原告の申立内容の確認
      - (i) Auld 控訴院裁判官の反対意見の検討
      - (ii) 原告の申し立て内容
    - (b) 原告の申し立て内容の当否
      - (i) 標的害意は第2肢の適用範囲を制限

- すること
- (ii) 連邦諸国の先例が支持しないこと
    - (1) Mengel事件の検討
      - (イ) 合同判決の要点
      - (ロ) Brennan裁判官の意見の要点
      - (ハ) Deane裁判官の意見の要点
      - (ニ) 行為の結果についての心理状態のための諸判断基準
      - (ホ) 検討の結論とその考慮の基礎
    - (1) Garrett事件の検討
      - (イ) 行為の結果についての心理状態に関する判示の確認
      - (ロ) 行為の結果についての自覚的理解を伴わない場合への不拡大の理由
    - (ii) 原告の申し立ての否認
  - 4.1.2.3. 不誠実、悪性の信念、不適切な動機の諸用語は互換的であること
  - 4.1.2.4. 構成要素をなす不作為 — 熟慮によって選択される不作為であること
  - 4.1.3. Hobhouse卿の意見 — 3肢説
    - 4.1.3.1. 不法行為法体系におけるミスフィーザンスの位置
    - 4.1.3.2. ミスフィーザンスの適用範囲と諸特徴
    - 4.1.3.3. 主要な争点の確認
    - 4.1.3.4. 付随的争点をなす構成要素の検討
      - (a) 「公職の保持者」に該当する者
      - (b) 構成要素をなす不作為 — 規定される作為義務の違法な違反をなす不作為であること
      - (c) 構成要素をなす違法性 — 司法審査における違法性と同等
    - 4.1.3.5. 構成要素の定義 — 行為についての心理状態
    - 4.1.3.6. 構成要素の定義 — 行為の結果についての心理状態
    - 4.1.3.7. 語の意味および用語法について
  - 4.2. ミスフィーザンス責任の確証方法の相違を承認する意見 — Millett卿の意見
    - 4.2.1. ミスフィーザンスの基本的特徴
    - 4.2.2. 権限の濫用
    - 4.2.3. 第1肢と第2肢との間の真実の相違および2肢のそれぞれの根拠
    - 4.2.4. 第2肢における意図の推論の際に根拠となる判断基準
    - 4.2.5. 構成要素をなす不作為 — 実質的に作為義務が存在するとき意識的な決定により行為の結果についての必要な心理状態をもってなされる場合の「行為をしないこと」
    - 4.2.6. 近接関係および法的に保護されている利益の存在の推定  
(以上32巻3号)
  - 5. 訴訟の根拠となる事実に関する陳述の取り扱い — 2001年判決における諸卿の意見
    - 5.1. はじめに
      - (a) 争点の概要と諸卿の検討の仕方
        - (i) 争点1 — 訴訟原因の開示
        - (ii) 争点2 — 勝訴の現実的見込み
      - (b) 原告の主張と主張事実
        - (i) 完全な免許付与に至るまでの時期 — 第1期
          - (i) 完全な免許付与から国際的金融機関へ脱皮した1986年12月迄の時期 — 第2期
          - (ii) BCCIに対する監督制度の変更と諸懸念の表明に到る時期 — 第3期
          - (iv) 監査法人による収支決算報告書への署名拒否からBCCI閉鎖に至る時期 — 第4期
    - 5.2. 訴訟原因の開示を否認する意見
      - 5.2.1. Hobhouse卿の意見
        - 5.2.1.1. 不誠実の構成要素に該当するか否かを判断するための基準
        - 5.2.1.2. 原告の主張事実と証拠手段の取り扱いの仕方とその理由
          - (a) 免許の付与
            - (i) 行為の違法性および行為の違法性についての心理状態

- (i) 行為の結果についての心理状態
  - (b) 監督および免許の取り消しの怠り
    - (i) 行為の違法性および行為の違法性についての心理状態
    - (ii) 行為の結果についての心理状態
- 5.2.2. Millett卿の意見
- 5.2.2.1. 適用された判断基準および原告の主張に対する論評
- (a) 適用された判断基準
  - (b) 原告の主張に対する論評
- 5.2.2.2. 不誠実に該当しないとされた主張事実および証拠手段とその理由
- (a) 免許の付与
    - (i) 行為の違法性および行為の違法性についての心理状態
    - (ii) 行為の結果についての心理状態
  - (b) 1990年に到る免許の取り消しの不作為
- (i) 行為の違法性および行為の違法性についての心理状態
  - (c) 1990年から1991年の崩壊に到る免許の取り消しの不作為
    - (i) 行為の違法性および行為の違法性についての心理状態
    - (ii) 行為の結果についての心理状態
- (以上、33巻1号。以下、次号)
- 5.3. 訴訟原因の開示を認容する意見
- 5.3.1. Hope卿の意見
- 5.3.2. Hutton卿の意見
6. ミスフィーザンス不法行為法の現在
- 6.1. 構成要素と訴訟原因
- 6.2. 新展開の内容と残された課題
7. 結びに代えて—公職者の個人責任の新生面とその根拠

## 5. 訴訟の根拠となる事実に関する陳述の取り扱い—2001年判決における諸卿の意見

2001年判決は、原告側による請求明細書の再々修正の許可を申請する上訴および被告イングランド銀行側によってなされている同申請の却下を申請する交差上訴を審理するものである。被告の却下申請は区別しうる2個の事由に基づいていた。すなわち、第1に、請求の原因および趣旨についての陳述書は当該請求を根拠付けるために合理的な事由をなんら開示していないこと、第2に、事実審理に提出するために原告が利用しうる証拠手段を考慮に入れるならば原告は何ら勝訴の現実的見込みを有していないことにあつた(See, [2001] All E. R. 513, per Lord Hutton at 550f)。そこで、貴族院は、(a) 原告は訴答において合理的な訴訟原因を陳述しているか否か(以下、争点1)、および、(b) 本件訴訟は勝訴の現実的な見込みが欠如していることに照らして裁判所手続きの濫用をなすものであるか否か(以下、争点2)に決定を与えることになつたのである。諸卿の意見は3対2の僅差において上訴を認容し交差上訴を却下するものとなつた。多数意見はSteyn卿、Hope卿、およびHutton卿の意見からなり、少数意見を構成したのはHobhouse卿およびMillett卿であつた。諸卿の意見の

具体的な分析に先立って、以下において、(a) 各争点の概要と諸卿の検討の仕方、および (b) 原告の主張と主張事実を確認しておこう (5.1.)。

## 5.1. はじめに

### (a) 争点の概要と諸卿の検討の仕方

#### (i) 争点1 — 訴訟原因の開示

争点1は本質的には訴答不十分の抗弁が成立するか否かの問題であった。多数意見は、問題点についての精密な検討を通して、原告によって提出されている請求原因明細書の再々修正草案はミスフィーザンスの主張事実を被告銀行が防御を準備することを可能にするために明瞭な用語においてかつ十分な詳細さにおいて陳述している (See, *ibid.*, per Lord Steyn at 516h, per Lord Hope at 530h, and per Lord Hutton at 550h et. seq.)、と判示した。少数意見は、訴答段階において、不誠実の主張を行う当事者はその主張事実の明細を準備し、かつその明細書が当該の事実審理において許容されるであろう不誠実に関連する証拠手段を明らかにするものでなければならぬと説述し (See, *ibid.*, per Lord Hobhouse at 569i-570a, per Lord Millett at 579f, g)、その判決を専ら現存する証拠手段に基づく争点2の検討に充てている。

#### (ii) 争点2 — 勝訴の現実的見込み

争点2はより困難なものであり、それ故に諸卿の議論を引き起こした問題点である。本件におけるClarke判決を是認した控訴院が実はこの争点について判断が分かれているからである。同院の判断が分かれている理由は勝訴の現実的見込みを決定する際にいわゆるビンガム報告書を利用することが妥当であるか否かにあった。この争点に対して、貴族院において多数意見を構成した諸卿は、原告の請求を正式事実審理に先立つ予備的段階において勝訴の合理的な見込みが欠如することを基礎にして却下することは本件において公正であるか否かを決定するというアプローチを採っている。すなわち、Hope卿は、同報告書におけるビンガム控訴院裁判官はミスフィーザンスの不法行為に関する争点の公平な審理を遂行する立場ではなかったことを確認して (*Ibid.*, para. 33 and 80)、ビンガム報告書を本件訴訟において生起している諸問題について実際に結論を与えているものとして取り扱うことは公正ではないことになるであろうとの

Auld控訴院裁判官の反対意見に同意している(See, *ibid.*, 524g, h. and 540c<sup>1)</sup>)。Hutton卿もAuld控訴院裁判官の反対意見に同意し、Clarke高等法院裁判官および控訴院の多数意見が中間判決の段階において勝訴の現実的見込みが成立するか否かを決定する際に、ビンガム報告書の事実認定および結論によって影響されたことは許容されうることではないと判示した(See, *ibid.*, 556e-g)のである。こうして、多数意見は、原告の請求が却下されるべきであるか否かを決定する際に、裁判所は同報告書を裁判官が訴訟において回答しなければならない問題点について結論を与えているものとして取り扱う、あるいはその問題点についての全ての援用しうる主要な証拠手段が収集されたと結論付ける資格を与えられてはいないことを基礎にして、請求が何らの勝訴の現実的な見込みを有していないと述べることは出来ないとの結論に到達しているのである。

少数意見は、上の多数意見のアプローチに対して、訴答段階において存在する証拠手段に照らして請求が十分な根拠を欠くものであるときに被告を長期のかつ高額の実事審理に服せしめることは公正であるかを決定するというアプローチを採っている(See, *ibid.*, per Hobhouse at 565d, e, f. and per Lord Millett at 581<sup>2)</sup>)。Millett卿は争点に関する結論に到達する際にビンガム報告書の結論に依拠していないことを明言するに過ぎず(See, *ibid.*, 579i)、報告書利用の問題点について具体的な検討を行っていないが、Hobhouse卿は詳細に検討している。同卿は、原告によって陳述されている主張事実が一個の例外を除き同報告書に叙述されている事実関係から採録されていることに照らし、報告書の全体および結論は勝訴の現実的見込みの有無を判断するため原告の請求明細書の立証可能性について予見的評価を行う際に援助を与えるものとして、それらを利用することは適宜かつ本来的に適切である旨を陳述している(See, *ibid.*, at 570e<sup>3)</sup>)。こうして、少数意見は、問題の草案が挙示する証拠手段に照らすならば、原告の主張事実ミスフィーザンスの不法行為に必要な主観的な構成要素を確証するものではなく、それ故、原告勝訴の現実的見込みは存在していないとの結論に到達しているのである。

このようにして、2001年判決においてはミスフィーザンスの不法行為の本質的構成要素についての詳細な検討が多数意見および少数意見において行われたのである。少数意見においては、両卿により本質的なものと考慮された構成要

素およびその要素に適合しないものとして取り扱われた原告の主張事実および証拠手段を見て取ることが出来る。多数意見においては、本質的と考慮された構成要素およびその要件に適合し請求を根拠付けるものとして取り扱うことの出来る主張事実を確認することが出来るのである。前者は、実質的に訴訟原因の開示を否認し、また後者はその開示を認容する意見である。その結果、ミスフィーザンスの不法行為の構成要素はより明瞭なものとなり、その新たな展開の可能性が切り開かれたのである。そこで、以下において、諸卿の意見の具体的な分析を行うに先立って、先ず、貴族院における判決の基礎を成すものとしてHope卿によって確認されている原告の主張と主張事実を確認した上で、本章の課題、すなわち、ミスフィーザンスの構成要素に合致する主張事実の把握をより適切に遂行するために、少数意見および多数意見の争点2に関する判決部分も含めて分析する。

#### (b) 原告の主張と主張事実

原告の主張事実として考慮された事実関係 (1)、およびそれらの事実関係に関する原告の主張内容 (2) をHope卿によって以下の4個の時期区分に従って整理されている事件史 (See, *ibid.*, at 519g-523b) に従って確認しておこう<sup>4)</sup>。

##### (i) 完全な免許付与に至るまでの時期

###### (1) 原告の主張事実として考慮された事実関係

訴外BCCIは、1972年9月ルクセンブルグ法に従って設立された持株会社であったが、同年11月には連合王国内にその最初の営業所を開設した。その後BCCIグループとして1970年代中葉には連合王国内の諸営業支店において金融取引を行うに至ったが、その発行株式所有の主要機関であるアメリカ銀行 (Bank of America) は77年末に保有株式の売却を決定しBCCIとの関係を清算した。BCCIに対する監督はルクセンブルグ法に従ってルクセンブルグ銀行委員会 (以下、LBC) によって行われ、BCCIは連合王国当局による規制制度に服してはいなかった。1979年銀行法によって連合王国内における銀行業に対する制定法に基づく監督制度が導入され同年10月実施された。同法は、3条1項に基づき付則2第1部に規定される基準を満たす銀行業のための認定制度および同条2項に基づき付則2第2部に規定されるより緩和された基準を満たす預金事業のための免許制度を規定していた。同法3条5項は、その主要な業務地が

連合王国外に存在する預金事業者の場合には、被告イングランド銀行は、付則2に規定される同事業者の事業の管理および遂行に際して伴われるべき思慮分別について責任を有する者を顧慮する付則2の基準は、関連する国外の監督当局が当該事業者はその基準を満たすことを被告に通知し、かつ、被告がそれらの当局によって遂行される監督の性質および範囲に関して満足する場合には、満たされているとの十分な心証を得ていると考慮する場合があろう、と規定していた。BCCIは1979年10月同法に従って被告に対して銀行業の免許を申請した。翌年6月、その申請に対して被告は銀行業免許の承認を否認し預金事業者として完全な免許を付与した。当時に到るまでに、BCCIの主要な業務地は連合王国内に所在していた。それにも関わらず、被告は1979年法3条5項に従ってLBCによるBCCIの事業活動に対する監督に依拠することを決定した。

## (2) 原告の主張

以上の事実に関して、原告は、訴訟原因を開示するために新請求明細書の草案の31節において以下の様に主張した (See, *ibid.*, at 520h, i)。すなわち、

「問題の免許を付与した際に、被告銀行は、(i) 悪性の信念において、(a) 問題の制定法に基づく施策計画に熟慮によって (*deliberately*) 違反することを認識しながら付与した、または、(b) 同銀行が問題の計画に一致して行為していないというリスクを故意に (*wilfully*) 顧慮しなかった、または、(c) 問題の計画に一致して行為しているか否かに関して無頓着に無関心であった (*recklessly indifferent*)、かつ、(ii) (a) 預金者および潜在的預金者に対する損失となる諸結果が起こる蓋然性を認識していた、または (b) その諸結果のリスクを故意に (*wilfully*) 顧慮しなかった、または (c) その諸結果のリスクに対して無頓着に無関心であった」がそれである。

このように、新請求明細書の草案において初めて、被告銀行の行為がもたらす諸結果について、(a) 蓋然性の認識および (b) 故意に顧慮を怠ること (すなわち、無視すること)、と並んで、(c) リスクの観念に基づく「損失のリスクに対する無頓着な無関心」の主張が行われていることに注意を与えておこう。

## (ii) 完全な免許付与から国際的金融機関へ脱皮した1986年12月迄の時期

### (1) 原告の主張事実として考慮された事実関係

1980年6月から1986年12月までにBCCIは国際的な金融機関へ成長した。被

被告銀行役員は、同銀行が連合王国内におけるBCCIの監督当局として1979年法3条5項に従ってBCCI持株会社の活動に関するLBCの諸見解に依拠することは十分なものではないことを指摘した。同役員はその活動が拡大するにつれて同法に従ってBCCIを銀行として承認するための圧力が増大するであろうことを認知しており、諸解決策が模索された。1979年銀行法に基づく監督制度を強化し簡素化するために1987年銀行法が制定されることになった。同法によって認定および免許からなる1979年法の二重の監督制度に替えて、認可による単一の監督制度が銀行名称の使用についての制約を付して導入され、被告銀行は銀行監督委員会を設立することを求められることになった。この期間中においても、被告銀行はLBCの見解に依拠し続けた。1983年同国において規制当局の責任がLBCからL'Institute Monetaire Luxembourgeois（以下、IML）に移されたが、被告銀行の役員間においてBCCIの現実の業務地はロンドンにあり実際的にはBCCIの主たる監督者はIMLではなく被告銀行であるべきことに注意を再度喚起する覚え書きが回された。BCCIの監査法人によって同中央の財務活動から大きな損失が生じていることが確認され、懸念が表明された。しかし、その懸念は被告銀行に対して報告されなかった。

## (2) 原告の主張

この期間に関する原告の主張は前述の新請求明細書の草案における31節に陳述されているのと同様の範型に従って行われた。すなわち、原告は、(i) 被告銀行はLBCおよびIMLによってなされた保証に依拠しつづけたこと、および (ii) 被告銀行は上の依拠の違法性および預金者に対する損失の蓋然性を認識していたにもかかわらず悪性の信念において (in bad faith) 問題の免許を1979年法の第7条に従って取り消す措置を講ずることを怠ったこと、を主張した。

### (iii) BCCI活動に対する監督制度の変更と諸懸念の表明に到る時期

#### (1) 原告の主張事実として考慮された事実関係

この時期はBCCI活動に対する監督制度の変更と更なる懸念の表明によって特徴付けられる。1987年銀行法が同年10月に施行された。1979年法の3条5項は1987年法9条3項における同等の規定によって置換された。BCCIは1987年法に従って同法107条および付則5の第5節によって認可されているものと見なされた。BCCIグループの活動を監視する諸国の当局者がその財務状況を検



討するために年2回会合することを可能にするために‘カレッジ’と呼ばれる国際的協力組織が設立された。カレッジの会合において、BCCIグループの貸付によって多額の集中的な支出が行われていること、および1988年10月フロリダのタンパにおける麻薬取引、違法資金の洗浄、並びに共同謀議の犯罪に基づくBCCI役員7名の逮捕が同グループの活動にもたらす影響について懸念が表明された。更に、実効的で統合的な監督をロンドンにおいて達成するための被告銀行による提案が考慮された。タンパ事件の訴追官は訴因の全てについて有罪を認めるBCCIとの間に司法取引の協約を締結する決定を行ったが、同決定に引き続いて被告銀行は1990年1月BCCIの認可を継続する決定を行った。被告銀行に対してはBCCI監査法人Price Waterhouse（以下、PW）によりBCCI上級役員によって行われている経営の清廉さについて懸念が伝えられた。

## (2) 原告の主張

原告の陳述には、被告銀行によってなされた認可取り消しの不処分決定について以下の3個の具体的な主張が含まれていた。すなわち、問題の不処分決定は、(1) 被告銀行が、BCCIがロンドン所在の中央財務部を通じて金融商品市場において巨大規模の取引を行ったことによって約2億8千5百万アメリカドルに達する損失を被ったことを1986年5月に認識した後に（新請求明細書付属書5の26節、27節）、(2) 被告銀行によって銀行業監督委員会のために1989年11月に作成された文書が、カレッジ機構並びに既存の監督制度に重大な欠陥が存在すること、および連合王国内のBCCI活動がカレッジ構成国内における連合王国以外の諸国において生起している出来事に依存しているために概ね監督を受けていないことになる程度を暴露した後に（同付属書6の19節）、(3) BCCI役員がタンパ事件において1990年1月違法資金洗浄および共同謀議の犯罪について有罪答弁を行った後に（同24節）、行われたことが陳述されている。

### (iv) 収支決算報告書の署名拒否からBCCIの閉鎖に至る時期

#### (1) 原告の主張事実として考慮された事実関係

1990年4月、PWは被告に対して同グループの重大な財務状況の悪化について懸念を伝え主要株主から財務上の支援を得るための努力が行われつつあることを報告した。また、同月、同グループ取締役会に対して1989年度収支決算報告書に署名することが出来ない旨を報告した。後日、PWはアブ・ダビ政府が

BCCIグループに対する支援を表明したことに照らして署名することが可能になったと考えた。1990年6月、IMLはもはやBCCIグループの活動を実効的に監督しうる立場にいないことを認識し、BCCIに対して次の12ヶ月から15ヶ月以内にルクセンブルグを退去するよう通告した。以上の問題は同月のカレッジ会合において検討された。同会合において、IMLがその終局的結論を再度説明したところ、ケイマン諸島の監督者は、もしBCCIがルクセンブルグを退去しなければならないのであれば、その海外事業部門は同諸島から立ち退かなければならないと声明した。更に、BCCIグループの機構の明確化、その活動に対する監督の統合並びに同グループ本拠地のアブ・ダビへの移転の必要、およびアブ・ダビ政府によるBCCI支援への関与の必要に対して考慮が与えられた。PWはBCCI内部の監査委員会に対してグループの負債額およびグループに対する財務支援の必要を特定するために緊急調査が必要とされている、と報告した。カレッジに対して多数株主のために、PWによって指示されている水準において支援の提供を引き受ける一通の書信が提出された。しかし、IMLは当該株主の支援提案は受け入れることが出来るものであると顧慮しなかった。1990年12月までにはPWが受容しうると考える一個の修正された包括的支援策が提案されたが、同月末にPWはBCCIの財務上の諸問題が経営側の詐欺的活動に起因するものであることに気づくに至った。1991年3月、被告銀行はPWに対して1987年銀行法第41条に従って同銀行にBCCI内部の過誤的取引に関して調査し報告するよう委嘱した。PWはその報告書を同年6月24日に被告銀行に引き渡した。同報告書にはBCCIによって継続的かつ恒常的に行われてきた広範な詐欺行為についての包括的な説明が含まれていた。4日後、被告銀行は提案されていたBCCIグループの機構改革を希求することは不可能であること、および預金者を保護するためにBCCIは閉鎖されなければならないことを決定した。1991年7月5日、被告銀行は暫定的清算人の任命の申請書を提出した。

## (2) 原告の主張

この時期に関する原告の主張は、被告銀行が悪性の信念において行動したことを陳述するものであった。すなわち、被告銀行は、悪性の信念において、その監督者として預金者および潜在的預金者の利益を保護することになるであろう諸決定を行う責任を、もしBCCIがアブ・ダビ政府によって救済されない場合

にはBCCIは破産するであろうという重大かつ直接的な脅威が存在することを自覚していた (aware) にもかかわらず怠ったということ、がそれである。

## 注

- 1) Hope卿が採った考究方法の詳細は以下のとおりである。すなわち、1) 原告の請求原因の陳述の大半がビンガム報告書に基づいていることは、原告が未だに関連文書の開示の利益あるいは質問書への回答を得ていない事実を照らすならば驚くべきことではない、2) 同報告書における事実認定および結論は制定法に基づかないで非公開で行われた調査の結果である、3) 原告は調査に関与する、あるいは代理人によって関与する機会を得ていない、4) ビンガム報告書における事実の認定は被告銀行およびPW監査法人の協力に大半の援助を得て達成されたものである、5) ビンガム控訴院裁判官は証人の出頭を強制する権限あるいは文書の開示を要求する権限を有していなかった、6) ビンガム報告書の8個の付属文書は公刊されていないために、原告はビンガム控訴院裁判官の面前に提出された資料の全てを利用することが出来ていない、7) それ故、本件の手続きにおける同報告書の利用については重要な制限が成立する、8) すなわち、同報告書の証拠手段についての叙述とその証拠手段に照らしてなされている同報告書の実事認定並びに結論との間には明白な区別が看取されなければならないのであって、前者は本件の審理の目的のために引証されることが正当である事件についての情報源をなしている、9) 本件の却下が上の事実認定並びに結論に基づいてなされる場合にはそれらが事実審において審理を受けないことになるであろうことは公正ではない、10) 原告に対する公平な取り扱い、本来的に適切な重要性がビンガム調査報告書の性質とその利用の制限に対して付与されることを求めている、11) ビンガム控訴院裁判官は原告が求めているミスフィーズの不法行為に関連する争点を公平に審理する資格を付与されてはいないのである (See, *ibid.*, at 523g-524h and 537i-538b)。以上から明らかなように、結局において、多数意見は、ビンガム報告書それ自体の性質に照らして、同報告書が作成される過程において入手された資料を証拠手段として、かつそれらの証拠手段に照らして得られている報告書の実事認定並びに結論それ自体が本件の目的にとって、また将来の事実審理においても証拠手段として許容されることは公平ではない (See, *ibid.*, at 523i)、というものである。報告書の実事認定並びに結論が証拠手段としている資料が本件の如何なる審理においても証拠手段なすものとして取り扱われるべきなのである。
- 2) 多数意見と少数意見の問題点に関するアプローチの相違は、実は、1998年民事訴訟手続き規則の目的、および、同規則24条の権限内容と同権限を行使する際に適用される基準についての両卿の異なる所見の結果である。以下に、両卿のそれらについての所見の概要を示す。a) 問題の1998年法の目的は、Hobhouse卿によれば、司法において伝統的に優勢であった「一方当事者による [手続きの] 遂行 (conduct) が濫用をなすものとして、もしくは困惑をもたらすものとして批判されうるものでなければ、その当事者は、中間的な事実審理前の手続きを十分に尽くした後に正式な事実審理に手続きを進めるという意味において、その時日を裁判所において過ごす権利を有するとして取り扱われる」 (See, *ibid.*, 565f) という基本的な考え方から裁判所資源の適正な割り当てを達成することは裁

判所および当事者の義務を成しているという考え方への重要な転換を行うことにある。Hobhouse卿によってなされている、いわば訴訟手続き哲学の権利的アプローチから義務的アプローチへの転換という把握の仕方について、Hope卿は他の事件への裁判所資源の適正な分配を考慮することによって公正さを達成しようとする同卿の所見を批判している(See, *ibid* 546d)。b) それでは、本件における問題点の考慮について次に、同規則24条の権限内容について両卿が採った進路はどのようなものであろうか。(i)他の事件への裁判所資源の最適な分配を考慮に入れるHobhouse卿が歩んだ進路はこうである(See, *ibid.*, 567e-570c)。先ず、1) 民事訴訟手続規則24編に従って行使される裁判所の権限は、原告によってなされている訴訟の根拠となる事実に関する陳述について勝訴の現実的な見込みが成立しているか否かに関する評価を行うことである。2) 勝訴の現実的な見込みの有無について評価を行う際に、裁判所が適用すべき基準とは蓋然性ではなく現実性(reality)の有無である。3) 従って、民事訴訟手続規則24編によって用いられる現実性の基準が適用される際には、「完全な事実審理の結果が如何なるものになるであろうかに関する一個の評価が事実審理に先立って」求められるという困難が生じることになる。それ故、4) その困難の解消方法として、本件における下級審裁判所は、事実審理前の手続きにおいて原告側が訴訟原因に関する主張を支持する付加的証拠手段を入手する機会が存在することを考慮に入れて、「裁判所は、原告にとって現時点において利用しうる証拠手段に対してのみならず、更に加えて、問題点に関する証拠手段が現時点と事実審理との間において強化される何らかの現実的な見込みに対しても顧慮を与えなければならないことを承認した」のである。しかしながら、5) 本件のように悪性の信念が問題になっている事件においては、上の証拠手段強化の判断基準では不十分である。6) 勝訴の現実的な見込みの有無は証拠手段の強化の判断基準に替えて証拠手段の現実的存在の基準に従って判断されなければならない、というものである。(ii) 公正さを最重要な優先原理であると考慮するHope卿が採ったアプローチとはこうである(See, *ibid.*, 541i-544a)。1) 最優先の目的である公正な事件の取り扱いに一致するヨーロッパ人権条約の言葉を採用するならば、裁判所は公平な事実審理が成立することを確保しなければならない。2) 従って、民事訴訟手続規則24編に従って行使される裁判所の権限は、事実問題上の争点が存在するときに当事者における事実審理の必要を裁判所が正式事実審理の前に否認することを意味してはいない。3) それ故、勝訴の現実的な見込みが何ら存在していないか否かの問題は、事件を公正に取り扱うという最優先の目的が達成されるよう顧慮しながら回答されなければならない。4) 3) の回答を得るために決定的に重要な問題は、裁判所が問題の権限を行使する際に裁判所の審理において行われるべき探求の範囲とは如何なるものかである。5) ところで、法廷外において当該事件に関する情報収集のために行われる文書の開示・閲覧および質問が終了し証拠手段が法廷に提出された後に事実審理が行なわれるという通常の手続きの進行に対する例外のひとつとして、開示・閲覧された文書あるいは他の資料によって事実の陳述に明らかな矛盾があるときには当該請求にとって基礎となる事実が実体を欠く場合がある。6) その場合、主張事実が簡明なものであれば請求の基礎を成す事実が架空のものであるとして却下の略式判決が下されることになるであろう。7) しかし、問題の主張事実がより複雑である事件は、6) の仕方において、すなわち、更なる文書を開示しないで、また口頭の証拠手段を得ることなし

に現存する文書に基づく一個の小型の事実審理 (mini-trial) を遂行することなしに解決されることは不可能であろう。8) しかしながら、本件における問題の権限の行使は、たとえ本件が複雑な事実問題および法律問題が争点をなしている事件であるとしても、その行使の際に行われるであろう勝訴の現実的見込みの審理が上述の小型の事実審理を遂行するものとなる範囲に及んではならない、というものである。

- 3) Hobhouse卿のアプローチは、1) 本件において問題の権限を行使することは事実認定あるいは許容される証拠手段に基づく事実審理に類似することを行うのではなく原告の主張事実について現存の証拠手段に基づき一個の予見的評価を行うことである、2) 原告は請求原因を陳述するためにビンガム報告書を利用し、その請求明細書における主張事実は実質的に同報告書に叙述されている事実関係から採録されている、3) それ故、同報告書に詳説されているBCCI事件史からの原告の選択を報告書に描写されている同事件史の全体および結論と対照することは許されるのみならず適切である、4) 従って、ビンガム報告書は、現実的には、現段階においては、原告の請求明細書およびその実行能力 (viability) が評価される際に基づく文脈を成している、5) 本件において上の予見的評価を行うための援助を与えるものとして問題の報告書を用いることが適宜かつ本来的に適切であることは明瞭である (See, *ibid.*, at 570d-g)、というものである。
- 4) ところで、高等法院および控訴院においても同様の年代記がそれぞれその第3判決およびその判決第3部において行われたが、その第3判決およびその判決第3部は判例集に収録されていない。尚、Hope卿によって、事実関係に関する同卿の陳述内容は、そこである事実が言及されたこともしくはある事実が省略されたことに対して、何らかの有意性が与えられるべきものではないこと、またそれは原告による訴訟原因開示の成否を判断するために重要な事実関係の詳細を明らかにする目的のために行われること、が確認されている。

## 5.2. 訴訟原因の開示を否認する意見

少数意見の何れにおいても、原告の主張および主張事実は問題の不法行為を確証するものではなくネグリジェンスの不法行為の客観的基準に適合するに過ぎないことが、ミスフィーザンスの成立に必要な主観的な心理状態の構成要素を確証する証拠手段が存在していないことに照らして、明らかにされている。

### 5.2.1. Hobhouse卿の意見

Hobhouse卿の上訴却下の結論は原告側に被告の悪性の信念あるいは不誠実に関する証拠手段が欠如することに終局的に基礎付けられることが、こう説述されている。すなわち、

「原告が依拠しなければならないミスフィーザンスの不法行為は、原告が現実の悪性の信念—不誠実—の重大な申し立てを被告銀行役員に対して立証することを要求する不法行為である。それゆえ、もし原告が、すくなくとも、

問題の主張が正確であるとの一応の主張事実を支持する証拠資料を有しているのでなければ、その主張を行うことは裁判手続きの濫用をなすのである。原告はこうした証拠資料を有していない。それ故、訴訟が推測に基づき何らかの現実的な予期によって支持されていないにも関わらず進行することを許すことは困惑訴訟となるのである」(ibid., 576a, b)

上の終局的理由は勝訴の現実的見込みの評価を行うための判断基準として採用された訴答段階における現存の証拠手段の基準<sup>5)</sup>の適用の結果であることに注意を与えておこう。そこで、以下において、問題の終局的な理由に到達する過程においてなされている原告の主張事実および証拠手段の取り扱いについて、先ず、それらが悪性の信念あるいは不誠実の構成要素に該当するか否かを判断するために適用された基準を確認した上で(5.2.1.1.)、次に、それらの主張および主張事実の具体的な取り扱いの内容とその個別の理由を析出することにしよう(5.2.1.2.)。

#### 5.2.1.1. 不誠実の構成要素に該当するか否かを判断するための基準

適用された判断基準はミスフィーザンスの不法行為の発端と結末の2段階における基準である。同基準はこう整述されている([ ]内の語は翻訳の際に補充された語である)。

「第1番目は問題の行為(act)が被告によってなされていることである。その行為は、それがそれ自体において不法行為であるという意味においてではなく、被告が行ったこと[すなわち、act(行為)]を行ってしまったこと[すなわち、conduct(actを支配し導いていく行為)]が法に反しているという意味において違法な行為でなければならない。行為の怠り(failure)の場合には、それを行うことが被告の法律上の義務であり、それ故に違法であった特定の行為を怠ることではなければならない。何れの場合においても、授權されていない、あるいは禁止されている行為(conduct)が存在しなければならない。その行為(conduct)は授權されていないあるいは禁止されているとの現実の、もしくは主観的な無頓着の(すなわち、'閉じた眼'の)認識を伴っているのでなければならないのである。第2段階は被告のその行為(conduct)の諸結果についての了知(appreciation)<sup>6)</sup>に関連する段階である。これは、被告が行ったことを行う際のその目的から(私の第1肢、Steyn

卿の第1の方式)、または原告は通常の経過において損失を生じさせられることになるであろう蓋然性についての被告の了知、および損失の可能性に意識的にかつ故意に閉じた眼を向けること(私の第2、3肢、Steyn卿の第2の方式)から生起する可能性がある」(See, *ibid.*, 572i-573b)

上の判断基準の適用を受ける主張および主張事実は2個の時期に区分され、整理されている(See, *ibid.*, at 572g, h)。すなわち、(a)完全な免許の付与に到る第1期のための違法な免許付与の主張、および、(b)1980年7月から1991年7月におけるBCCI崩壊に到る第2期のための監督義務および免許取り消し義務の不履行の主張にかかわる事実、がそれである。2個の時期区分は、その第1期がHope卿の第1期に、その第2期はHope卿の第2～4期に相当している。なお、上の第2期の整理において、原告の主張が被告の監督義務および免許取り消し義務(an obligation to revoke the licence)の不履行に関わるものとして取り扱われていることに、前もって十分な注意を与えておこう。

#### 5.2.1.2. 原告の主張事実と証拠手段の取り扱いの仕方とその理由

検討の結論は、(a)は行為の結果に伴うべき心理状態のための判断基準に基づいて、また、(b)は行為の違法性および行為の結果に伴うべき心理状態のための判断基準の全てに基づいて証拠手段を欠くものと取り扱われるべきである、というものである。

##### (a) 免許の付与

###### (i) 行為の違法性および行為の違法性についての心理状態 — 第1段階

Hobhouse卿は、原告は適用されるべき判断基準の第1段階に関してはその主張事実について論証しうる証拠手段を有しているとの結論を開陳している(See, *ibid.*, at 573f)。その理由は1)被告の制定法上の義務は問題の銀行法の条項および同条項に従って制定されている基準によって明瞭に規定されていること、2)同基準が充たされていなかったとの論証しうる主張事実を有している、3)被告の当該役員は問題の基準が満たされていたとの信念を有することが出来なかったこと、4)下級審が同一の意見であること、および5)被告側は同卿の結論と反対の薄弱な論証を行っているに過ぎないこと、である(See, 573c-f)。上の理由の中で、不誠実をなす行為の違法性についての心理状態に該当するものが「問題の基準が満たされていたとの信念」を有していなかったこ

とに存立するものとして取り扱われていることに十分に注意する必要がある。これは、後に明らかになるように、多数意見において「問題の行為が合法的であるとの信念」を欠いていることに不誠実を認める所見と同様の見解であり、次に検討されるMillett卿の意見とは異なるものである。不法行為の発端における問題の心理状態においてその実質を問う表現としてより事件の実相に接近する命題は「問題の基準が満たされていたとの信念」あるいは「問題の行為が合法的であるとの信念」を有していたか否かの命題であろう。

(ii) 行為の結果についての心理状態 — 第2段階

原告の主張は「当該役員は、現時点および将来の預金者にとって当該免許の付与および付与の否認がもたらす諸結果が何であるかに対して、意識的にそれらの目を閉じた」(See, *ibid.*, 574a) こととして確認され、行為の結果についての無頓着な無関心の主張が落とされていることに十分な注意を与えておこう。その確認された主張において陳述されている事実はそれを支持するなんらの直接的証拠手段も存在していないものとして取り扱われるべきものであることが、こう述べられている (See, at 574b-d)。

「その主張を支持すると陳述されている主要な証拠手段は、部分的には以下の自明な命題、すなわち当該役員は1979年法によって導入された規制制度の主たる目的のひとつは同法の前文に宣言されているように預金者を保護することであることを恐らく念頭に置いていたとの命題、およびそれに加えて、同法の安全装置が免許の付与に先立って順守されない場合には、預金者は効果的に保護されないであろうというリスクが存在するに違いないとの命題である。また、それは、部分的には、当該役員は既にBCCIの行為 (conduct) についていくつかのまさに不安な事実をBank of Americaの資金撤回にまつわる評判から学び知っていたことである。しかし、当該役員が犯している上のリスクについて了知 (appreciation) していること、またそのリスクを了知したにもかかわらず、その役員が故意にそのリスクに顧慮を与えないで預金者を危険にさらすことを選択したことを支持する証拠手段は何ら存在していないのである」

そして、上の証拠手段以外には、(1) BCCIの預金者がその金銭を失うことになるであろうことがこの時期に熟慮されたという証拠手段が存在していないこ



と、また、(2)被告銀行役員の何らかの腐敗に関する証拠手段も主張もこの時期および後の時期においても存在していないことを理由として挙示した後に、第1期における原告の主張事実は必要な主観的な心理状態の基準に適合しないものとして取り扱われている (See, *ibid.*, at 574f)。すなわち、

「 必要な主観的な心理状態の証拠手段が原告の主張事実に存在していない。また、その証拠手段がいつか存在することになるであろうことを信ずる何らの合理的根拠も存在していない。原告の主張事実は、実際においてはネグリジェンスにおいて客観的な判断基準によって支持される主張事実である。これは原告が依拠しなければならないミスフィーザンスの不法行為のためには十分ではないのである」

上の意見においては、既述のように、被告の行為の結果についての無関心 (*indifference*) の心理状態、すなわち、Hobhouse卿の文言を借りれば「当該役員が犯している上のリスク」に対する無関心が検討されていない。その理由は、同卿においては、この心理状態が該当する方式は第3肢であるが、その方式の不法行為の本質的構成要素が‘閉じた眼’の認識、すなわち見て見ぬ振りをする事とされて故意が重視されているために、上記の検討においては「リスクに顧慮を与えない」ことが本質的構成要素をなすものとして考慮されたからである。上のリスクに対する無関心な心理状態は、多数意見においては、不注意による無関心により近接するものと考えられる、損失のリスクに対する「無頓着な無関心」の観念におけるレックリスネスにおいて、その本質的構成要素をなす心理状態として詳細に検討されている。

(b) 監督および免許の取り消しの怠り

(i) 行為の違法性および行為の違法性についての心理状態 — 第1段階

第2期において原告が第1段の基準について克服しなければならない困難は第1期におけるそれよりもより根本的なものであるとの意見が開陳されている (See, *ibid.*, 574g)。同卿によれば、先ず、1) 原告が依拠している問題の制定法の規定は被告に免許制度に関する裁量権限を付与するものに過ぎず作為義務が欠如するために、原告は問題となっている免許の取り消し権限の不行使は違法な不作為であるとの主張を行うことが出来ないという困難が存在する。次に、2) それ故に、当然に、原告には、被告が違法に行為していることを認識して

いた、あるいはそう行為しているとの疑念を有していたとの直接的証拠手段を提出できないとの困難が生じるからというのである (See, *ibid.*, 574g, h, i)。そして、原告が提出している証拠手段について、それらには、「被告およびその役員は変転する状況に応答する仕方において問題の制定法に従ってその状況を取り扱うためになしうる最良のこと以外の他の何かを行っていたとの証拠手段は何ら存在しない」(See, *ibid.*, 575a) との考慮が与えられている。すなわち、先ず、「当該役員は [当時] 理解が及ばなかったのかもしれない。彼らは、すべての事実関係が知られている今日において正当化されたよりはより楽観的であったかもしれない」ことに承認が与えられた上で、問題の不作为は何らかの批判に晒されうるものであるとしても原告によって主張されている事実に基づいて違法な行為として論証されうるものではないことが説述され (See, *ibid.*, at 575a-<sup>7)</sup>e)、原告の不誠実に関する主張は、何らかの証拠手段によって確認されうるものではなく、不当な推論によるものとして取り扱われている (See, *ibid.*, at 575e-g)。すなわち、

「原告は不誠実の主張事実を提示することを願っている。しかし、原告はその主張を正当化する資料を得ていないし、またそれをいつか入手する現実的な見込みも何ら有していない。そうしないで、原告の主張は、被告はBCCIを監督する制定法上の義務 (duty) を負っているとの命題から、被告は被告が効果的な監督を行っていないことを自覚していたとの主張へ、更に被告が問題の制定法に従って付与されている特定の権限のひとつあるいはそれ以上を行使しなかったことは違法であったとの主張へと進むことを希求しているのである。これは不当な推論によるものである。何故ならば、問題の権限はなお依然として裁量権限のままなのである。それらの権限の一つあるいはそれ以上を行使することは合法的なことであったであろうとの命題からそれらを行わないことが違法であるとは必然的にはならないのである」

ここに明らかのように、Hobhouse卿においては、多数意見、特に、Hope卿における免許の付与と取り消しの一体的取り扱いとは異なり、免許の取り消し問題が個別の裁量権限の行使の問題として観念されることによって、取り消しの不作為の違法性問題は、取り消し義務規定の有無に照らして免許付与の違法性とは切り離されて検討されていることに注意を与えておこう。多数意見にお

いては、(i)違法に付与された問題の免許およびそれを引き継いだ認可は依然として違法な状態にあったこと、および (ii) 違法な免許付与行為の後において生じている免許取消の不作为が違法であるか否かは免許付与行為の違法性による影響を受けることを基礎にして検討されている。

(ii) 行為の結果についての心理状態 — 第2段階

第2段における心理状態について、「被告が誰かに対して損失を生じさせることに着手していたとの証拠手段は何ら存在していない」ことが、腐敗を不誠実と見る所見と共に、こう陳述されている (See, *ibid.*, at 575g, i)。

「 早期の段階において、被告は問題の破産が発生することになるとは予見しなかった。晩期の段階においては、被告は破産を回避するよう努めていた。そして、もしそれを回避することが可能ではないことが明らかになれば、その場合に不可避免的に被られることになるであろう損失を限定するよう努めていた。当該の役員は何も利益を手に入れてはいない。すべての証拠手段は被告がその最善を尽くしていたことであるに過ぎない。被告はひとたびBCCIに関する問題の規模を実感するや、破産の諸結果に対して眼を閉じなかった。すなわち、被告は誤った種類の干渉によってその結果として発生するであろうことが明瞭なその崩壊の促進を回避するよう努力したのである」

そして、崩壊を早めないために採られた措置の例として、原告の陳述書から一個の例証を示して、その結論が補強されている (See, *ibid.*, 575i)。

「 人は、その一般的な問題点を原告自身の陳述書 (付属書5の27節 (ii) ) から例証することが出来る。すなわち、1986年10月における完全な免許の取り消しの不処分決定は、当該役員が「預金者に何も現存の危険が発生しているとは思われない、またBCCIの免許を取り消すための事由が存在していることは蓋然性を欠いていると思われる」と結論付けたが故に、行われたのである」

注

5) 注2のb)-(i) 参照

6) 拙稿「『公職における失当行為』の新展開」(2)においては、「appreciation」あるいは「appreciate」を「理解」あるいは「理解する」と訳出しているが(例えば、同75頁、および101頁)、本稿以降においては、「了知」あるいは「了知する」と訳出することにす

る。何故ならば、Hobhouse卿の意見において「appreciate」の語は「realize」と同等の意味において使用されていること(例えば、「But there is no evidence to support the appreciation of the officials of the risk they were running nor that, having appreciated it, they willfly chose to disregard it and hazard the depositors」(See, *ibid.*, at 574c)における「apreciate」と「Once they realized the scale of the problem with BCCI, they did not close their eyes to the consequences of a failure」(See, *ibid.*, at 575h)における「realize」の等視しうる用語法)に一致するよう変更する必要があるからである。

7) それはこう説述されている。すなわち、「しかし、特に後期の段階において、当該役員は、顧慮すべき多数の抵触する利益が存在し、かつ何らかの行き過ぎた行動がBCCIを救済する希望もなく終局的に生起するであろうよりも更にずっと大きな損失をその預金者に伴って崩壊に到らせることになるであろうという扱いが難しい状況に直面したのであった。被告の[免許取り消しの]自制が1990年における実質的に付加的な株主による資金の注入をもたらした事実を看過することは容易である(これらが如何ほどの金額であるか、また何がそれらの株主に生じたかが問題となることは明らかである)。上の状況は多年にわたり展開した。その早期において問題は規制を欠いていたことであつたが、債務不履行の脅威の予期を伴ってはいなかつた。後年、問題の状況は破産の、最初はかすかな、そして最終的には重大でかつ現存の脅威の増大を伴っていった。しかし、すべてのこれらの状況において、被告は判断を行わなければならなかつた。被告の側における誤った措置は事態をより悪化させるに過ぎないものであろう。1998年には、「カレッジ」が創設され国際的なアプローチが採択されたが、被告銀行も参与した。被告はもし参与していなければ、問題の状況に対応することが出来なくなつてしまつていたのであろう。原告は、被告がその制定法に基づくひとつあるいはそれ以上の権限を行使するための根拠を有していたがその不行使を決定したと陳述する際に、およそ4つの機会があつたことを同定するよう希求した。被告の不作为(inaction)は批判に晒されうることであらう。被告が異なる行為を行うべきであつたことは論証しうるが、しかしそれは被告が違法に行為したことを論証することとは同一ではないのであり、そして、当然に、被告が違法に行為していたかもしれないことを認識し、あるいは疑念すら抱いていたとの証拠手段は何も存在してはいないのである」

### 5.2.2. Millett卿の意見

Millett卿は原告の主張事実を3期に分類し検討を行っている。すなわち、免許の付与に到る第1期(Hope卿の第1期)、1990年に到る免許の取り消しの不作為が行われた第2期(同第2期および3期)、および1990年から1991年の崩壊に到る免許の取り消しの不作為が行われた第3期(同第4期)である。同卿によれば、本件は訴訟原因が開示されていないことに照らして訴答不十分の抗弁の事由に基づき却下される事件として考慮しうるものであつたが、より広範かつ簡明な事由である勝訴の現実的見込みの欠如の事由に基づいて決定を行うこ

とが選択されている (See, *ibid.*, 579h, i)。決定内容の具体的な分析に先立って、(a)決定が行われる際に適用された構成要素に関する判断基準によって本質的なものとして考慮された構成要素を確認し、(b)原告の主張に与えられている同卿の論評を読んでみよう。

#### 5. 2. 2. 1. 適用された判断基準および原告の主張に対する論評

##### (a) 適用された判断基準

本件において本質的構成要素をなすものとして適用された判断基準は、以下の様に整述されている (See, *ibid.*, 577b, c)。すなわち、

「ミスフィーザンスは故意の不法行為である。それは熟慮による、あるいは無頓着な不正行為に関わるものである。それは注意義務に違反して、あるいは注意を欠いて遂行されうるものではない。従って、本件の原告が被告銀行の側における注意義務違反、あるいは重大な注意義務違反をすら確証することも十分ではないのである。原告は何らかの故意による、あるいは無頓着な不適正を確証しなければならないのである。諸卿が本件訴訟の早期の段階において全員一致において決定したところに従って、かつ‘標的害意’ (主張されていない)として記述されてきているものが欠如することに照らすならば、ミスフィーザンスの不法行為は2個の要素を有する。本件においては、原告は以下のことを立証しなければならない、すなわち、(i) 被告銀行が違法に、すなわちその権限を越えて、もしくは不適正な (*improper*) 目的のために行為した (*acted*) ことのみならず、更に、被告はそう認識しながら行為した (あるいは、被告が当該行為に必要な権限を有しているか否かに無頓着に配慮しなかった (*not care*) こと、かつ、(ii) 被告銀行はその諸行為 (*actions*) が預金者に対して損失を生じさせる蓋然性があるであろうことを認識していた (あるいは、その諸行為の結果に対して無頓着に無関心であった) こと、がそれである。公職者におけるそのような行為 (*conduct*) はなほなだしい不適正であり私的個人における不誠実に同等である」

上の (ii) において「行為の諸結果」に伴うべき心理状態の本質的構成要素として「無頓着な無関心」が確認されていることに注意を払っておこう。

## (b) 原告の主張に対する論評

上の基準に従うならば原告の主張は最も成立する可能性のないものであることが、被告の任務の性質に照らして、こう論評されている (See, *ibid.*, at 577c-f)。すなわち、

「銀行の監督者は一個のまさに困難な任務、すなわち、かなり微妙な判断の行使を要求すると言って差し支えがない任務を有している。何故ならば、その監督者は将来の預金者を損失のリスクに対して現在の預金者の利益を犠牲にしないで保護することを希求しなければならないからである。如何なる責任を有する監督者も、銀行もしくは他の預金機関を閉鎖することを（あるいは、その経営にリスクを生じる他の措置を講じること）、何らの代替手段も存在しない場合でなければ、すなわちその監督者がその崩壊は実質的に不可避であると考慮した場合でなければ、現存の預金者に対する不可避的な損失を伴って考慮に入れることはないであろう。監督者の任務はしばしば不完全な情報に基づいて遂行されなければならない、また高度に判断を伴うものである。ネグリジェンスに基づく訴訟すら恐るべき困難に直面することになるであろう。しかし、腐敗が存在しない場合に、公職者が故意の不法行為につき有責であるものとすべきである、あるいは、その行為 (action) の、まさに公職者が保護するよう想定されている人々に対するその諸結果に対して無関心であったということはほとんど信じ難いことである。それは可能性の境界を越えているのでは勿論ない。しかし、上の仕方において行為する何らかの動機 (incentive) を欠いている場合には、それは最も高度に起こり得ないことなのである。かかる行為 (conduct) が軽く推論されえないことは確実である」

そして、さらに、1) 原告の主張が長期間にわたりさまざまな異なるレベルの役職において多数の役員の側において故意のあるいは無頓着な不法行為が行われたことを申し立てるものであること、それ故、2) 何らかの蓋然性のある動機 (例えば、腐敗) の主張を欠いて当該公職における壮大な規模の不法行為を陳述することは突飛な主張をなすものであることが確認されて (See, *ibid.*, at 577g)、本件における公平についてこう説述されている (See, *ibid.*, at 578b)。すなわち、

「 私たちは本件訴訟の勝訴の見込みを評価するよう求められている。その遂行は、問題の主張の本来的な妥当性、およびその主張を確証するために必要とされている証拠手段の証明力について不偏不党の考慮を与えることを伴うものである。正義の秤は、その操作の開始に当たり等しく均衡が取れていなければならないが、しかし、その操作が行われる間に動かなくなるものであるべきではない。何らかの経済的もしくは他の動機が欠如する場合において専門家および公職者に対してなされる不誠実の非難が可能ではあるが本来的に蓋然性を欠いているとの所見を抱くことは、公平を欠くことではないのである」

上の不誠実についての所見は、公職における失当行為の本質的構成要素として伝統的に問われてきた典型的形態の悪性の信念あるいは不誠実を念頭に置いているものであるが、以下のMillett卿の意見を決定づけたものである。

#### 5.2.2.2. 不誠実に該当しないとされた主張事実および証拠手段とその理由

##### (a) 免許の付与

##### (i) 行為の違法性および行為の違法性についての心理状態 — 第1の要素

検討の結果、Millett卿はHobhouse卿と同じ結論、すなわち、原告の主張事実は必要な不誠実の構成要素を確証するものではないとの結論に到達している。しかし、行為の違法性に関する不誠実な心理状態に関して、以下の推論過程の中の3)以降において異なる所見を開陳している (See, *ibid.*, at 579i-580c)。それは、先ず、1) 被告銀行は、LBCに依拠して免許を付与する資格を与られていなかったことは当該条項の規定から明瞭であり、違法に行為した。2) それ故、被告がLBCに依拠して、またそれ自身の調査を行わずに免許を付与する権限を被告から奪っている規定が存在している事実を認識していたことは、原告が確証しうる事実である。3) しかしながら、被告が上の事実を認識していたことは被告が問題の免許付与は権限を越えて行為するものであることを認識していたこととは同一ではない。4) 権限逾越の認識のためには、原告は、被告銀行の役員がその法律上の立場を正しく了知していたこと、あるいは、当該役員がそれに疑念を抱いたが、しかし閉じた眼を向け見て見ぬ振りをしたことを確証しなければならないことになる、というものである。これは、原告に対して、「被告は問題の基準を満たしていたとの信念を有することが出来な

かった」ことを確証するよう求めているHobhouse卿よりもより厳格な権限超越の認識を確証することを要件とする意見である。以上の推論の結果として、原告の主張事実および証拠手段の全ては、同卿によって、「知られている事実関係の法律上の帰結を了知することを誠実にではあるがしかし（可能性があると）注意義務に違反して怠ることに全く一致するに過ぎない」（See, *ibid.*, at 580c）ものとして取り扱われている。その取り扱いの理由は、原告の主張事実および証拠手段は問題の行為が権限超越行為であることを被告が認識していなかったことを確証するものではないことにあり、被告が合法的に行為しているか否かに関する「無頓着な無関心」の心理状態は問題として取り扱われてはいないのである。

(ii) 行為の結果についての心理状態 — 第2の要素

この問題点については、1) 免許付与が行われた1980年当時、訴外銀行が事実上破産している、あるいは倒産することになるであろうことを想定する主張事実は何ら存在していないこと、2) たとえそれが事実であるとしても、被告銀行はそれが事実であることについての認識あるいは疑念を有していなかったことは明白であること、および、3) その理由として、被告銀行が崩壊するであろう蓋然性を有すると予見する預金事業者に免許を付与する、と想定することは良識に反すること、が手短かに陳述されている（See, *ibid.*, at 580d）。上記3)の理由はClarke判決の基礎を成しているものでもある。

(b) 1990年に到る免許の取り消しの不作為

先ず、ミスフィーザンスの不法行為について、1) その本質的構成要素はその権限を越えて権利侵害を結果する行為を行う公職者による権限の濫用にあること、それ故、2) それは特に公職者がそれらの権限を行使するか否かに関して裁量権を有する場合に公職者の権限の不行使に関わるものではないことが説述されている（See, *ibid.*, at 580e）。

(i) 行為の違法性および行為の違法性についての心理状態 — 第1の要素

上の説述に続けて、しかしながら、1) 問題の裁量権限が取り消しを支持するよう行使されうるに過ぎないであろう四囲の状況が存在する場合には、被告は取り消し義務（duty）を負うこと、2) 被告の取り消し義務を発生させる何らかの状況が本件において存在することは原告によって主張されてはいないこ



と、および3) 被告が免許付与後その権限を越えて行為したことを了知しているとしてもこれは取り消し義務を被告に課すものではないこと、を理由として被告は問題の免許を取り消すためその権限を行使することを怠った際に決して違法に行為してはいなかった、と結論づけている (See, *ibid.*, at 580f, g)。上において、取り消しの不作為が違法になる場合が、取り消しの作為義務が成立する迄に四囲の状況が裁量権限を縮小させるときであることが陳述されているが、これは既述のHobhouse卿の意見、あるいは多数意見とも異なるものであることに注意を与えておこう。

行為の違法性についての心理状態についてはこう説述されている (See, *ibid.*, at 580ig, h)。すなわち、1) 被告が免許を取り消すための根拠を有しているとの信念を決して抱いていなかったこと、および被告がそれを有するとしても免許の取り消しは正当化されないことになるであろうと考慮したことは被告銀行の内部文書が明示していること、2) 上の被告の見解が何らかの不適正な目的のために不誠実に抱かれていたことを想定する理由は何ら存在していないし、またそう認定することを正当化するであろう原告の主張事実も何ら存在していないこと、を理由として第1の要素が欠けていると結論付けられている。しかしながら、真実の問題点は訴外銀行が実質的に監督を受けていなかったことおよびそのことを被告銀行が認識していたことであった。それ故、原告はこの問題点を強調した主張を行ったが、この主張は、Millett卿によって、監督の欠如が如何なる次第において生じているかを直視していないものとして取り扱われてしまう結果に終わっている (See, *ibid.*, at 580h, i)。すなわち、Millett卿によれば、1) それは、被告銀行は訴外銀行の営業を継続させる、あるいは閉鎖させるのいずれかを正当化するために十分な認識を得ていなかったことを意味していたこと、2) この状況においては、免許の取り消しを控えることは違法ではないこと、3) 被告に対して与えられるべき真実の非難は、被告銀行は監督の実質的欠如問題の掌握に決して取り組まなかったことであること、4) これは注意義務に違反することであったかもしれないが、しかし、熟慮による不正行為あるいは悪性の信念に達するものではないこと、5) 被告が取るべきであった適正な道筋は完全な免許から限定的なそれへと変更すべきことであったかもしれないが、これは決して誰の念頭にも浮かんで来なかったこと、6)

決して考慮されたことすらもない措置を講じることを怠ることはネグリジェンスを構成するものであるかもしれないが、熟慮によるあるいは無頓着な不正行為に達することが可能なものではあり得ない、というのである。上の判旨は、被告銀行が監督の実質的な欠如問題を掌握しなかったことによって生じている問題の権限行使の根拠となる訴外銀行の営業についてのその認識の不充分性をミスフィーザンスの成立を妨げる主張のために援用することを是認するものであることに十分な注意を与えておこう。こうして、第2の要素—行為の結果についての心理状態の問題点の検討は全く行われていない。

(c) 1990年から1991年の崩壊に到る免許の取り消しの不作為

(i) 行為の違法性および行為の違法性についての心理状態 — 第1の要素

被告の行為が違法なものであったか否かについて、先ず、1) 1990年までに被告は訴外銀行が破産状態にあり詐欺的な取引を行っていたことを認識することになった、2) それ故、被告は初めて取り消し権限の行使を考慮すべき事由を有することになったことが確認されて、こう述べられている (See, *ibid.*, at 581a, b)。すなわち、

「しかし、被告は更になお取り消しが現在および将来の預金者の利益になるものであるか否かを考慮しなければならないのである。如何なる規制者も何らの合理的な救済の見込みが存在しない四囲の状況において銀行を閉鎖することはないのであるからである。そこで、先ず第1の問題は、客観的に、また後知恵の利益を得ることなしに（新たな資金および経営体制を伴う）救済の合理的な可能性が銀行法41条に基づく報告書が被告に提出されるまでに存在していたか否かである。もし存在していたのであるならば、被告は問題の免許を取り消さないようにその裁量権を行使した際に違法に行為したのではないのである」

この時期における被告の行為の違法性が、被告が救済措置の合理的な可能性が存在することを認識しているか否かの基準によって判断されることが説述されていることに注意を与えておこう。

しかしながら、原告にとっての問題は、もし原告がその合理的な可能性が事実を照らして存在していたことを確認しうるとしても、それでは十分ではないことにある。Millett卿によれば、1) 実質的に問題となることは、その可能

性が存在するとの所見は被告銀行が誠実に抱いていた見解であるか否かである。しかし、2) 被告が不誠実にその見解を抱いていたことを想定する何らの理由も、またそう推論するために十分な一片の証拠手段も存在していない、3) それは、被告が41条報告書を受領するやいなや何らの救済も存在していないことを了知し訴外預金事業者を閉鎖するよう動いたことにも明らかである (See, *ibid.*, at 581c, d)、というのである。原告は被告の行為の違法性に関する不誠実さを立証する証拠手段を有していないことになる。

(ii) 行為の結果についての心理状態 — 第2の要素

原告の主張事実はどのような取り扱いを受けているのであろうか。それは、Millett卿によれば、原告は必要な構成要素を陳述してさえいないというものである。同卿は必要な構成要素に適合するものとして原告によって行われるべき主張について、先ず、1) 原告は、依然として以下のこと、すなわち、(否定的に) 被告は救済手段が恐らく存在するであろうとの信念を有していなかったことを陳述しているに過ぎない、2) 原告が主張し立証すべきことは以下のこと、すなわち、(肯定的に) 被告は救済手段が恐らく存在することはないであろうとの認識あるいは信念を抱いていたことである、と説述している (See, *ibid.*, at 581d, e)。この説述は、同卿が、構成要素をなす心理状態の一つとして「被告は原告が損失を受けることになるであろう蓋然性を認識していた」か否かを判断するために、「被告は救済手段が恐らく存在することはないであろうとの認識あるいは信念を抱いていた」ことを基準とすることを表明するものである。

更に、行為の結果についての心理状態としてのレックリスネスに関する原告の主張について、1) その主張は、「規制を行う者は、破産状態にある銀行を救済する合理的な見込みが存在するとの信念を有するときにおいてさえも更に加えて一個の救済手段が蓋然性を有するとの信念を有していないのであれば、同銀行を閉鎖する一個の法律上の義務 (duty) を有すること」を主張するものであること、および2) 1) の主張にある義務を整式化する命題は否認されなければならないことが確認されている (See, *ibid.*, at 581f, g)。その理由として、Millett卿によって挙示されていることは、1) 預金者の利益になるよう閉鎖に替わるあらゆる手段を探求する規制者の権限に上の制約を課すこと以外に何もより預金者の利益に反するものとなりうるであろうことは決してないこと、お

よび2) あらゆる代替手段を探求しないことは、本件において原告が苦情を申し立てているまさにその預金者の利益に対する無頓着な無関心を現出することになるであろう (See, *ibid.*, at 581g)、以外には何もない。原告によって主張されている被告銀行の側における損失に対する無頓着な無関心は直接的には検討されてはいないのである。(つづく)

【付記】本稿は「平成15年度創価大学文系教員研究助成」に基づいて行われた研究結果の一部を発表するものです。