

## 〈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 (4)

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十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



- (ii) 行為の結果についての心理状態
  - 第2段階
- (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
  - (ii) 行為の結果についての心理状態
    - 第2段階
- 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. 悪性の信念— 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) 行為の諸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
      - (ii) 行為の諸結果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) 行為の諸結果についての心理状態
- (以上、33巻1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
    - 5.3.1.1. 判断基準となる本質的構成要素
      - (a) 本質的構成要素の説述
      - (b) 行為あるいは不作為の結果についての主観的心理状態の内容— 予見対象
        - (i) 被告側の主張— 損失の蓋然性の、認識およびレックリスネス
        - (ii) 判示内容— 損失の蓋然性の認識あるいは損失の重大なリスクの自覚
    - 5.3.1.2. 本質的構成要素に適合する原告の主張および主張事実
      - (a) 損失についての被告側の心理状態に関する構成要素に適合する主張および主張事実
        - (i) 損失のリスクに対する無頓着な無関心
        - (ii) 構成要素として要求されるリスクの性質および程度の問題は事実問題
      - (iii) レックリスネスにおいて予見対象を損失の蓋然性とするものの非論理性— オーウェル主義者の非論理性
    - (b) 悪性の信念の意味と役割
      - (i) 被告側の論証の否認— 悪性の信念は腐敗や経済的利得等の動機であることの否認
      - (ii) 原告の主張および主張事実の適合性の検討
        - (1) 適合する主張および主張事実の摘示とそれらの検討の一応の結果
        - (2) 被告側の譲歩の弁論に照らしてなされた詳細な検討の結果
        - (3) 結論
    - (c) ミスフィーザンスに達する不作為
- 5.3.2. Hutton卿の意見
  - 5.3.2.1. 判断基準となる本質的構成要素
  - 5.3.2.2. 本質的構成要素に適合する原告の主張および主張事実
    - (a) 権限濫用の行為および権限濫用行為に伴われるべき主観的心理状態
    - (b) 悪性の信念— 不適正かつ違法な動機
      - (i) 構成要素に適合する主張および主張事実の摘示
      - (ii) 動機としての悪性の信念を構成する心理状態
      - (iii) 証拠手段の検討— 適合する主張および主張事実を根拠付ける事実の確認
  - (c) 公職者の特定
  - (d) 問題の行為あるいは不作為に伴うべき主観的心理状態
    - (i) 本質的構成要素の確認
    - (iii) レックリスネスの陳述において「被

- |  |                                      |
|--|--------------------------------------|
| 告銀行が侵害は起こることになるとの信念あるいは疑念を有していたことが脱落していたことは訴訟却下の理由とはならないこと | る事件における裁判所の推論の仕方<br>(以上、33巻2号。以下、次号) |
| (iii) 証拠手段の検討—適合する主張および主張事実を根拠付ける事実の確認                     | 6. ミスフィーザンス不法行為法の現在                  |
| (iv) 動機あるいは認識が争点をなしている                                     | 6.1. 構成要素と訴訟原因<br>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          |

### 5.3. 訴訟原因の開示を認容する意見

少数意見は、既に見た様に、訴訟原因の開示および勝訴の現実的見込みを否認するものであった。それらの意見を実質的に結論づけたものは、ミスフィーザンスの不法行為の構成要素としての不誠実あるいは悪性の信念について Hobhouse および Millett 両卿によって抱かれた、それらを「何らかの経済的もしくは他の動機」(Millett卿)と等視する伝統的な観念であった<sup>1)</sup>。しかし、多数意見は、以下に明らかになるように、原告がミスフィーザンスの成立に必要な主観的心理状態を含む諸構成要素を一義的に訴答において陳述していることに照らして訴訟原因の開示を認容した。また、勝訴の現実的見込みの争点については、問題の証拠手段がミスフィーザンスの不法行為よりもネグリジェンスの不法行為を支持するものか否かは、正式事実審理における裁判官によって決定されるべき事柄である、と結論づけたのである<sup>2)</sup>。多数意見の結論を異なるものにしたのは、少数意見との対照がより鮮明になるよう概言すれば、結局において、後述されるように、ミスフィーザンスにおける不誠実あるいは悪性の信念についての、より現代的な観念であると考えられる。そこで、以下において、問題点に関する Hope 卿および Hutton 卿の各意見部分において、(a) 2000年判決において判示されたものとして確認されているミスフィーザンスの本質的構成要素、および (b) (a) の構成要素の中で、(i) 訴訟原因をなすものとして正式事実審理に先立ち訴答段階において陳述されるべき主張並びに主張事実、および (ii) 正式事実審理において主張・立証されるべき主張事実を根拠付ける事実配置された事実が何であるかが明らかになるように留意しながら、構成要素に適合するものとして確認された主張および主張事実を確認することにしよう。

### 5.3.1. Hope卿の意見

Hope卿の意見においては、先ず、1) 原告の主張および主張事実がミスフィーザンスの不法行為に適合するか否かについての判断規準として同卿によって理解される本質的構成要素が説述されている。続けて、2) 原告の主張および主張事実がミスフィーザンスの本質的な構成要素についての誤解に基づいているとの被告側の論証が詳細に検討され、論駁されている。そこで、以下において、先ず、本件における争点の判断基準となる本質的構成要素についての説述を確認し(5.3.1.1.)、次に、被告側の主張の論駁を通して明らかにされている本質的構成要素に適合する原告の主張および主張事実を摘示する(5.3.1.2.)。

#### 5.3.1.1. 判断基準となる本質的構成要素

##### (a) 本質的構成要素の説述

先ず、2000年判決において判示され本件において関連性を有する本質的構成要素が、こう説述されている(See, *ibid.*, at 526f, g, h)。すなわち、

「以下のことが、請求明細書新草案の検討に関連する本質的構成要素である。第1に、公職者による権限行使の際に行われるあるいはなされる違法な(unlawful)行為あるいは不作為が存在しなければならない。第2番目に、問題の不法行為の本質は権限の濫用なのであるから、当該の行為あるいは不作為は要求される心理的要素を伴って行われ、あるいはなされたのでなければならない。第3番目に、2と同じ理由のために、当該の行為あるいは不作為は悪性の信念において行われあるいはなされたのでなければならない。第4に、当事者適格に関しては、本件の原告は本件の被告を訴求するために十分な利益を有することを実証しなければならない。第5番目に、因果関係は訴訟原因の本質的要素をなすものであるから、当該の行為あるいは不作為は本件原告の損失を生じさせたのでなければならない。」

上の説述において、(1)ミスフィーザンスの不法行為の二肢に共通の本質的要素は権限の濫用であること、(2)当該の行為あるいは不作為を権限の濫用に達させるものは「要求される心理的要素」並びに「悪性の信念」であると明言されていることが見て取れる。

続けて、(a)潜在的預金者の当事者適格および因果関係の問題は事実問題を提起する事柄であること(See, *ibid.*, at 526i, <sup>3)</sup>j) および (b) 上述の第1, 2、お

よび3番目の要素が本件の論証の核心にあることが確認されている (See, *ibid.*, at 527a)。

引き続き、本件がいわゆる‘非標的悪意’の事件であることが確認された上で、ミスフィーザンスの不法行為が成立するための要件をなす主観的心理状態の本質的構成要素の詳細が、先ず、問題の行為あるいは不作為、および問題の行為あるいは不作為の結果について伴うべき心理状態について、こう説述されている (See, *ibid.*, at 527b, c)。すなわち、

「問題の不法行為がこの方式を取る場合には、必要な心理的要素は、問題の行為あるいは不作為が当該公職者によって意思を伴って (*intentionally*) 行われあるいはなされた場合に、つまり、(a)問題の行為あるいは不作為が当該公職者の権限を越えていること、およびその行為あるいは不作為が当該の原告が権利侵害を受けることを生じさせることになるだろう蓋然性を有するとの認識において、あるいは (b) 当該公職者が違法 (*unlawful*) であると認識している行為あるいは不作為のために当該の原告が損失を受けることになるであろう重大なリスクが存在することを自覚している (*aware*) とはいえ意思によって (*wilfully*) そのリスクを顧慮しない (*disregard*) ことを選択するが故に無頓着である (*reckless*) ときに、充たされる。」

続けて、非標的悪意の方式の場合における悪性の信念 (*bad faith*) の内容が、こう言明されている (See, *ibid.*, at 527c, d)。

「ミスフィーザンスの不法行為の非標的悪意の方式の関連において、問題の行為あるいは不作為がそれは合法である (*lawful*) との誠実な信念を欠いて行われあるいはなされているとの事実は悪性の信念の要件を満たすに十分である。上述の選択肢 (a) の関連においては、悪性の信念は当該公職者の側の損失の蓋然性の認識によって実証される。その選択肢 (b) の関連においては、当該公職者の側の問題の損失を顧慮しないことに存立するレックリスネスによって実証されるのである。」

上の言明において、(1)「悪性の信念」という法律上の評価は、「問題の行為あるいは不作為が合法的であるとの誠実な信念を有しないでその行為が行われあるいはその不作為がなされているという事実」に対して与えられること、および (2) 右の事実は悪性の信念の要件に該当するために十分な事実であること、

との意見には十分な注意が与えられる必要がある。なぜならば、それは、後に詳細にHope卿によって検討されているように(後述5.3.1.2. (b)を参照)、問題の行為あるいは不作為はその違法性およびそれが生じさせる諸結果について必要とされる心理状態以外の他の何らかの悪性の信念(例えば、害意、復讐心、経済的利得等の動機)における行為あるいは不作為であることの主張と立証を必要としないとする所見だからである。そして、この所見は、後述されるように(「6.2. 新展開の内容と残された課題」を参照)、「公職における失当行為」が不法行為法の体系において、例外的に、行為あるは不作為の動機を構成要素として成立する不法行為であることに対する論難についての一つの回答なのである。

(b) 行為あるいは不作為の結果についての主観的心理状態の内容——予見対象

非標的悪意の方式においては、被告の側に問題の行為あるいは不作為の違法性およびその行為あるいは不作為が生じさせる結果について何らかの意思あるいは自覚が存在していなければならないのであるが、それはその行為あるいは不作為の時点における損失の見込みの問題であると言って良いと考えられる。問題は、ミスフィーザンス責任が成立するためには被告側においてどの程度の損失の見込みが必要とされるか、言い換えれば、何を予見したことが要件とされるかである。この点について詳細な検討がHope卿の意見において行われている。以下において該当部分を読むことにする。

(i) 被告側の主張——損失の蓋然性の、認識およびレックリスネス

先ず、原告側が上述の2個の選択肢、つまり損失の蓋然性の認識あるいは損失の重大なリスクの自覚に依拠してその請求原因の陳述を行っていることに対する被告側の主張内容が摘示されている(See, *ibid.*, at 527d, e)。それによると、被告側によって、1)レックリスネスは必要な心理状態の要素を満たすためには十分ではないこと、および2)本質的構成要素の一つは問題の行為あるいは不作為が預金者もしくは潜在的預金者に対して損失を生じさせることになる蓋然性が存在することになるであろうとの認識、信念もしくは疑念であるから、上述の選択肢との間に調和を達成するためには、「損失の蓋然性」の、認識、信念、もしくは疑念は、レックリスネスの選択肢の場合においても必要な要素をなすものであるべきであることが主張されていることが摘示されている。

(ii) 判示内容——損失の蓋然性の認識あるいは損失の重大なリスクの自覚  
 上の1)の被告の主張について、それは2000年判決における諸卿の意見によつて否認されているので、現段階における弁論の目的ためには、原告はその主張および主張事実の一部分としてこのレックリスネスを含める資格を付与されていることが前提されなければならないとの意見が開陳されている (See, *ibid.*, at 527d)。次に、2)の被告の主張に対しては、2000年判決の判旨から当然に、被告の予見の対象をなすものは損失の蓋然性ではなく「損失の重大なリスク」となることが、こう確言されている (See, *ibid.*, at 527g, h)。

「私はこの被告側の論証の提出も否認することになるであろう。最初の2000年の審理に引き続く諸卿の決定の趣旨は、問題のこの肢の不法行為の目的については主観的レックリスネスに達する心理状態を実証することで十分である、ということである。このレックリスネスの心理状態は、当該公職者が一個の損失の重大なリスクはその者が違法 (unlawful) であると認識しているその者の側における行為あるいは不作為に負うものであることを自覚していたが、しかし、熟慮によってそのリスクを顧慮しないことを選択したことが明示される場合に、実証されるものである。この観念を記述するために様々な語句、例えば‘蓋然的な損失’ (probable loss)、‘損失の重大なリスク’ (a serious risk of loss)、および‘生起することになる加害’ (harm which is likely to ensue) が使用されていると言って良いであろう。私は‘損失の重大なリスク’の語句を用いたのであるが、当面の目的のためにはそれらの語句の間に選択を行うことは必要であるとは考えない。それらの語句の意味を定義する更なる試みは事実審理において最良に考慮される事実と程度の争点を提起することになることであろう。上のリスクを生じる問題の行為 (conduct) の合法性 (lawfulness) に対する誠実な信念の欠如は悪性の信念あるいは不誠実の要素を充足するのである。」

上記の「損失の重大なリスクの自覚」における「重大なリスク」との表現は、悪性の信念の本質、すなわち、問題の行為 (conduct)、すなわち行為 (act) あるいは不作為 (omission) の合法性に対する誠実な信念の欠如に適合するよう選択された予見対象であると見て良いであろう。そこで、問題は、何故に予見の対象となるものは損失の蓋然性ではなく損失のリスクとなるべきであるかで



ある。この点についてのHope卿の回答は、以下において明らかになる様に(5.3.1.2. (a) (iii))、予見対象を損失の蓋然性とするものの非論理性であると考慮されていると考えられる。

### 5.3.1.2. 本質的構成要素に適合する原告の主張および主張事実

Hope卿によれば、被告側は、更に、原告の主張および主張事実がミスフィーザンスの不法行為の構成要素に適合するものではないことを以下の3個の理由に基づいて主張した。すなわち、(a)原告の主張および主張事実は損失に関する必要な主観的な心理状態の要素を陳述していないこと、(b)不誠実もしくは悪性の信念の主張および主張事実に関する明細を提出していないこと、並びにその主張を被告銀行の特定の役員に関連付けていないこと、および、(c)被告銀行役員がミスフィーザンスの不法行為あるいは不作為に達しうる意識的な決定(conscious decision)を行ったとの主張および主張事実の適正な明細が提出されていないこと、であった。同卿は、これらの主張を逐一に検討・論駁しながら、ミスフィーザンスの本質的構成要素に適合する原告の主張および主張事実を摘示している。

#### (a) 損失についての被告側の心理状態に関し構成要素に適合する主張および主張事実

##### (i) 損失のリスクに対する無頓着な無関心

被告側の主張は、原告が被告は預金者および潜在的預金者が損失のリスクの状態にあることを認識していたことを明示するだけでは十分ではないこと、にあった。すなわち、被告側によれば、損失の蓋然性についての、認識もしくはレックリスネスを適正に明細化している主張および主張事実に達しないものは必要な損失の蓋然性の基準を何ら満たすものではないと言うのである。Hope卿は、この主張は、既に見たように、構成要素に関する誤った理解、すなわち「損失のリスクに対する無頓着な無関心が構成要素をなす主観的な心理状態であることに対する無理解に基づいているとの事由」により否認した上で(See, *ibid.*, at 531c)、原告の主張および主張事実はレックリスネスの構成要素に適合するものであることを以下のように説述している(See, *ibid.*, at 531d, e)。すなわち、

「原告の訴答に基づく主張事実は、事件史の各段階において、被告銀行は、

起こりうる結果は預金者および潜在的預金者が損失を受けるであろうことであると認識し、意思によって (willfully) それが結果として生じるリスクに顧慮を与えない、またはその結果に対して無頓着に無関心であった、ことである (新請求原因明細書草案31-35節)。そこには、預金者が損失を受けることになるであろうとの認識が確言されている。しかし、原告は、更にまた、それに替わる選択肢において、損失のリスクに対する無頓着な無関心を立証することを提起しているのである。私が既に説述したように、私は問題のリスクの性質あるいは程度を記述するために使用されうる様々な語句の間において選択を行うことは当面の [予備的争点の決定の] 目的のために必要であるとは考えない。何故ならば、これは事実審理において最良の考慮が与えられる事実と程度の争点を提起することになるものであろうからである。損失の蓋然性の認識に基づいてなされている一個の主張 [すなわち、被告のレックリスネスに関する主張] が存在するとしても、原告のレックリスネスに関する陳述が本院における訴訟のこの段階において却下されるべきであることは示唆されてはいない。被告銀行の立場は、その文書による主張において陳述されているところによれば、どの陳述が却下されるべきであるかを精確に同定することは、両当事者が諸卿の判断を見るまでは可能となることはないであろうこと、および当面、この課題の遂行は時期早尚であること、である。」

続けて、立証の程度に関する被告の主張について検討が行われている (See, *ibid.*, at 531g-i)。その結果、被告が、明細書に引証されている文書はすべて損失の蓋然性の認識、信念あるいは疑念を確証するものではないことを主張する際に、それらは最も良い場合でも損失のリスクが存在することを認識していたとの主張事実を支持するものに過ぎないとの論証を提出していることが確認されている。その確認は、被告側によって損失のリスクの認識が成立する可能性に対する言及がなされていることは、原告によってなされているレックリスネスの心理状態 (つまり、損失のリスクについての無頓着な無関心の心理状態) についての主張が全く成立不可能なものではないことを示唆することを明らかにすることによって、問題点に対する同卿の決定を被告の主張それ自体によって補強するものであることに、注意を与えておこう。

(ii) 構成要素として要求されるリスクの性質および程度の問題は事実問題  
そこで、次に、本争点において実質的問題点をなしている、レックリスネス  
の心理状態において構成要素として要求されるリスクの性質および程度をどの  
ように定義するかの問題は訴訟原因開示の問題とは別異の、事実と程度の問題  
として取り扱われるべきであることが、こう説述されている(See, *ibid.*, at 531i  
-532c)。

「それ(=問題の要求される心理状態をより正確に定義する試みを行うこ  
と)は事実と程度の問題なのである。つまり、当該の損失のリスクがより大  
きくなればなるほど、その損失は蓋然性を有すると述べるのがより容易  
になることになり、それ故に、その損失についての認識、信念あるいは疑念  
が存在する場合にはレックリスネスが成立すると認定することがより容易に  
なることであろう。制定法上の監督権限が被告銀行に対して預金者および潜  
在的預金者の保護のために付与された。問題の命令<sup>4)</sup>が述べる、当該制定法の  
制定理由の第4番目によれば、預金事業者に対する監督は‘貯金の保護のた  
めに’必要とされるものである。[[従って、]問題の監督制度は次の前提、す  
なわち、貯金の保護が欠如する場合には、預金はリスクを負うことになる  
との前提に基礎づけられている。[そこで、]以下の問題、すなわち、ある何ら  
かの時点において、当該の預金のリスクが、問題の制定法に基づく要件が充  
足されてないことを認識しそのリスクが存在することを自覚しているが、し  
かし当該預金事業者の認可を取り消す、あるいはその他の仕方においてその  
事業者の活動を制限するための措置を何ら取らない監督者の側におけるレ  
ックリスネスの認定を正当化するほどに、十分に重大なものであるか否かの問  
題は、程度に関する問題となる。私は、それは本質的には事実審裁判所裁判  
官のための事実問題であると判示することになるであろう。私は、この問題  
についての一個の見解が、本段階において援用されうる諸文書を読むこと  
によって差し障りなく形成されうるであろうとは考えない。」

上述の引用の後半は、要求される心理状態の定義に先立って事実審理におけ  
る事実関係の発見の重要性を強調するものと見ることが出来ると考えられる。  
それは、1) 事実審裁判所裁判官がレックリスネスの認定のための正確な判断基  
準を構成すべきこと、および 2) その際に事実審裁判官が判断基準の構成を操作

する余地を相当程度有していることをHope卿が承認していることを意味している、と考えられることに十分な注意を与えておこう。

(iii) 予見対象を損失の蓋然性とするものの非論理性——オーウェル主義者の非論理性

更に、上述の問題を事実と程度の問題として見ることの重要性が強調されている (See, *ibid.*, at 532c)。その重要性を説得するために、本件の控訴院判決におけるAuld控訴院裁判官の反対意見において陳述されている以下の判示部分<sup>1</sup>が引証されている。その引証部分は、実は、同控訴院裁判官によって、原審裁判官であるClarke高等法院裁判官が本件の却下申請の目的のために損害の蓋然性の予見という判断基準を訴外BCCIの崩壊の明白な蓋然性の予見の判断基準へと原告側にとって厳格化したことが有する非論理性について、それがオーウェル主義者の非論理性と呼称されている論難が開陳された意見部分である。従って、該当部分の以下の引証は、「オーウェル主義者の非論理性」が、貴族院におけるレックリスネスに関する上述の被告側の主張にも認められると考慮されていることを意味するものと考えられる (See, *ibid.*, at)。すなわち、

「もしかかる判断基準が存続しうるとするならば、監督すべき当該銀行を熟慮によってまた認識しながら監督を行わずその結果その銀行の預金者に対して損害を生じさせる銀行監督者は、ミスフィーザンスの不法行為の請求を、簡単に、‘私は、私が行うべき調査を行わなかったが故に、当該の原告が損失を被るであろう蓋然性が存在することに疑念を抱かなかった’と述べることによって、打破することが出来ることになるであろう。手短かに述べるならば、それは、銀行の監督者がそれ自身の熟慮による、また認識するところの違法に、その者が損害を生じさせるであろうとの予見を欠いていることについての正当化事由として、依拠することを可能にするものなのである。もし‘政策’および‘原理’に訴えられるべきであるとするならば、それは、銀行の監督者に対して、あるいはその利益となるようサービスを提供する人々のために諸制度に対する監督機能を営む何らかの機関に対して、それらの義務を遂行しなくなるような誘因を提供することに反するものでなければならぬ。そして、問題の不知は規制者が自ら課したものであるにも関わらず、規制者が問題の損害が生起している具体的な方式においてその損害を予見した

ことを立証する更なる負担を原告／預金者に荷重することは、私には、敬意をもってしても、一個のコモン・ロー上の、その目的が公共的義務の濫用のための一個の救済手段を提供することである救済手段に照らして、より非論理的かつ不正であるとすら思われるのである。」(See, *ibid.*, at 532c-g)

Hope卿によって上に行われているAuld控訴院裁判官の反対意見の是認は、事実審理における裁判官に対して、同裁判官は、被告が、事実審において、問題の行為の結果について何らかの予見が欠如することを理由として原告の請求を無効にするために、その監督活動の効果に関して自らに課した不知を利用しようとする試みを行うならば、その試みから、必要な推論を行うべきであることを示唆している、と考えられる。

#### (b) 悪性の信念 (bad faith) の意味と役割

##### (i) 被告側の論証の否認——悪性の信念は腐敗や経済的利得の動機であることの否認

2000年判決は、既に見たように、悪性の信念が構成要素をなすものとして有する意味と役割について決定を与えていなかった。すなわち、当該の行為あるいは不作為に伴われる、それらの違法性とそれらの諸結果に関する主観的な心理状態以外に、当該の行為あるいは不作為が悪性の信念における行為あるいは不作為であることを主張し立証する必要があるかは未決定のままに残されていたのである。

被告側は、原告の請求原因明細書の再々修正の草案は、構成要素としての、主観的な悪性の信念の意味における以下の不誠実、すなわち腐敗や経済的な利得の動機を主張していない、との論証を提出していた。この論証はHope卿によって2000年判決の趣旨に反するものとして明白に否認され、悪性の信念の意味と役割について、こう確言されている (See, *ibid.*, at 532i)。

「レックリスネスは、当該公職者が一個の損失の重大なリスクはその者の側における行為あるいは不作為に負うものであることを自覚していたが、しかし、熟慮によってそのリスクを顧慮しないことを選択したことが明示される場合に実証されるものである。それは、当該公職者がそのリスクを生じさせると認識している問題の行為 (conduct) の合法性 (lawfulness) に対して誠実な信念を有していなかったことが確証されることで十分である。問題の結

果が偶発的に生じるか否かを配慮しないという意味における、その結果についてのレックリスネスはその判断基準を満たすものである。この文脈において、充足されることを要求する何らかの更なる不誠実あるいは悪性の信念の要素は存在しない。」(See, *ibid* at 532i)

上の確言は、恐らく、本件の原告に有利に働くものであろう。非標的悪意の方式のミスフィーザンスの不法行為においては、紛れもなく明白な悪性の信念を明示することは困難なことである。本件においても、被告銀行の役員の側において、BCCI問題への対処に関連する、違法性および結果についての主観的心理状態の構成要素以外の、あるいはそれら以上のことから、例えば、腐敗や経済的利得の動機を明示することは困難である。それらのことを主張・立証することは、Hope卿の意見によれば、不必要になるために、原告は上の困難を克服することが容易になるからである。つまり、行為の違法性および損失の重大なリスクを顧慮しなかったことを明示することで十分なのである。これによって、悪性の信念の解釈が明瞭なものとなり、また、拡張されたのである。それは、恐らくミスフィーザンスの不法行為を行政過誤によって生じる損失を補償するために広範に適用されうるものとするようになるであろう。何故ならば、公共的義務の遂行に対する無頓着な無関心は明白な悪性の信念よりもより普通に認めることが出来る現象だからである。Hope卿の意見は、ミスフィーザンスの不法行為における悪性の信念の意味と役割を明らかにしたと言って差し支えがない、と考えられる。そして、以上の悪性の信念に関する同卿の考慮には、他の諸卿におけるその考慮と決定的に相違する点が存在する。それは、悪性の信念を独自の構成要素として考慮していない点である。この点は、実は、後述されるように（「6.2. 新展開の内容と残された課題」を参照）、本件のAuld控訴院裁判官の意見に開陳されている、動機としての悪性の信念がミスフィーザンスの構成要素をなすことに対する批判的検討に対する一個の回答と見ることが出来るものである。

そして、不誠実の主張がそれに対してなされるべき役員の特定は、被告銀行がそれを特定し得るために十分な通知が明細書における主張事実によって行われていると考慮されうるものが陳述されている。(See, *ibid* at 533a)

## (ii) 原告の主張および主張事実の適合性の具体的検討

続けて、原告の主張および主張事実が不誠実を陳述するものであるか否か、が具体的に検討されている。

## (1) 適合する主張および主張事実と一応の検討の結果

最初に、請求原因明細書新草案における原告の陳述内容の確認を通して、それらは悪性の信念の構成要素に適合し訴訟原因を一応において開示するものであることが判示されている (See, *ibid.*, at 533a-c)。すなわち、先ず、イ) 原告によって、問題点に関して、「被告銀行は、悪性の信念において、1979年以降すべての機会において1979年法の第3条5項<sup>6)</sup>および1987年法の9条3項<sup>7)</sup>に従ってLBC/IMLによって与えられる訴外BCCIの経営並びに財政上の健全性に関する保証に依拠することを意図した」との陳述がなされていること、そこで、次に、ロ) 被告銀行に認識されていた、あるいは同銀行が無頓着に無関心であったと陳述されている上述の制定法上の仕組みに関して問題となる事項についての明細 (すなわち、訴外BCCIの主要な営業地は連合王国内にあったこと、LBC/IMLは被告銀行に対してBCCIの経営並びに財務上の健全性に満足しているとの保証を与えなかったし、また与えることが出来なかったこと、および特定されている理由のためにLBC/IMLは訴外BCCI並びに同グループに対する十分な監督を遂行することが出来ないことを自ら宣言していたこと) が確認されている。ところで、被告銀行がBCCIの主要な営業地は連合王国内にあったにもかかわらず制定法に基づく監督制度が実施される際に、またそれ以降において、上述の条項に従ってベルギー当局の保証に依拠し、また依拠し続けたことは同条項に違反することであった。この点に関する原告の陳述内容が摘示されて、以上の主張事実の明細は被告銀行に対して悪性の信念の要件に関してなされている主張内容について十分に通知するものであることが確言されるのである。そして、一応の検討の結果がこう述べられている (See, *ibid.*, at 533c-e)。すなわち、

「被告銀行は、LBC/IMLに違法に依拠する結果は訴外BCCIが違法に免許を付与され、後に認可されることになるであろう、またその違法な状態が継続することになるであろうと認識していたこと、および同銀行はこの違法が預金者並びに潜在的預金者に対して現出するリスクについて無頓着に無関心

であったことが、陳述されている。明細書新草案の37節において、また、問題点に関する歴史の各段階について当該明細書の付属文書2から7において叙述されている事実関係および問題事項に対する引証に従って、具体的な明細が、被告銀行の制定法上の義務違反についての動機が悪性の信念に当たる諸点について与えられている。私には、一見したところでは、以上の明細は被告銀行に対して悪性の信念の要件に関してなされている原告の主張について十分な通知を与えていると思われた。」

## (2) 被告による譲歩の弁論に照らしてなされた詳細な検討の結果

続けて、上の一応の結論を、更に、被告側によって下級審の段階から本件の審理に到る迄に行われてきている問題点に関する譲歩の弁論に照らして、詳細に検討されている (See, *ibid.*, at 533f-h)。それは、先ず、1) Clarke第3判決において、「一個の例外を除いて、被告は、原告の主張、すなわち被告がその行為もしくは不作為は違法であったとの認識、信念、あるいは疑念を有していたとの主張が成立しないと最終的に宣告されることを明示することが出来ないとの譲歩を行った」が、その例外とは1979年銀行法の3条5項が適用される際の仕方であると判示されていることが確認されている。続けて、2) 控訴院における多数意見および反対意見の双方において、被告銀行は訴外破産銀行の監督における違法性 (illegality) を自覚していたとの論証しうる主張が成立していることは当事者間の共通の立場をなすものと理解された旨の本件の控訴院の判示<sup>81</sup>があったことが摘示されている。更に、3) 被告側は、貴族院において、これらの判示は、被告側が行った譲歩、すなわち、被告が訴外銀行について行われる監督のためにLBC/IMIによって与えられる保証に依拠する権原を与えられていなかったとの認識、信念あるいは疑念を有していたことは論証しうるとの譲歩を誤って理解するものであるとの異議が受容しうるものであることが確認された上で、その異議が原告側にとって有意なものであることが、こう説述されている (See, *ibid.*, at 533h)。

「 Stadlen氏 (=被告側の上級弁護士) は以下の様に述べた。すなわち、被告銀行は一つの実に僅かの譲歩のみを行ったに過ぎないというのである。その譲歩とは、本件の予備的争点の目的のためには、被告銀行が、問題の免許が付与された以前においてではなく付与された後にBCCIの主要な営業地が



ルクセンブルグ内に存在しないとの認識、信念、あるいは疑念を有したが故に、訴外BCCIを継続的に監督する目的についてLBC/IMLによって提供される保証に依拠する資格を付与されていないとの認識、信念、あるいは疑念を有していたことは論証しうる、と陳述しているというのである。私は、その譲歩が上の点に限定されるとの同氏の確言を受容することに満足する。しかし、それにもかかわらず、その譲歩は、私には、原告にとって有意な譲歩であると思われる。すなわち、それは、悪性の信念の問題点の検討領域を、一方において、すべての争点が依然として関連する問題の免許付与に、他方において、争点が原告の陳述は問題の行為の諸結果についてのレックリスネスに関する一個の論証しうる主張事実を開示しているか否かの問題に関連する被告銀行の継続的な監督に限定するからである。」(See, *Ibid.*, at 533h)

### (3) 結論

こうして、不誠実に関する原告の主張および主張事実の取り扱いの結論が開陳されている(See, *ibid.*, at 534a-c)。すなわち、a)「原告は、被告が問題の免許を付与する際の不誠実あるいは悪性の信念を十分に主張しているかの問題」に関しては、i)原告が依拠するために主張している事実が「被告銀行は、当時LBCが訴外BCCIを適正に規制していなかったこと、および、LBCは将来においてもそうする当該の資源を有していなかったことを認識していたに違いないこと」であること、ii)その主張および主張事実に関する十分な通知は被告に対して請求原因明細書の再々修正草案の付属文書2において与えられていること、更に、iii)ビンガム報告書に照らして読むとき当該付属文書は上のii)の主張および主張事実の明細を何ら支持するものではないとの被告側の弁論は、貴族院の段階において正式事実審理に先立って満足のいく回答が得られることを期待することが出来ない事実問題を提起するものであると考慮されたのであった。また、b)免許付与後に訴外銀行に対して被告によって遂行される監督に関しては、不誠実あるいは悪性の信念の争点は広範なレックリスネスの争点と密接なつながりがあるために、その争点は証拠手段に照らして事実審裁判官による決定に委ねられることが最も良い事実と程度の諸問題を提起しているとの判断が開陳されたのである。結局において、上述の結論は、原告の請求原因明細書新草案における陳述が問題点に関する原告の主張および主張事実を被告に対して

十分に通知するものであるとの理由に基礎付けられているのである。上の a) iii) において言及されている被告側の弁論が提起し、Hope卿によって事実問題として取り扱われた事柄は、Hutton卿の意見においては、当該の証拠手段に照らして、事実審理において調査されるべき争点が成立することを明らかにする資料が存在するか否かの問題として、詳細に検討されている。

### (C) ミスフィーザンスに達する不作為

まず、被告側の論証が免許付与後の免許の取り消しの決定に関して原告が必要な主張事実の明細を提出していないことにあることが、こう確認されている (See, *ibid.*, at 534d-g)。すなわち、被告側によって、1) Clarke高等法院裁判官の警告、すなわち主張事実の明細はミスフィーザンスに達すると言われている決定の行為について与えられなければならないとの警告にもかかわらず、原告の主張は不作為 (omissions) に基礎付けられていること、2) 問題の明細書の草案には被告銀行によって取り消しを行わないとの決定が行われた3個の不作為の事例<sup>9)</sup>が確認されうるに過ぎないこと、3) これは、ミスフィーザンスの不法行為を支持するためには「意識的な決定」の主張および主張事実が必要とされることに照らすならば、免許取り消しに関する請求における根本的な瑕疵をなしていること、および、4) 原告が被告銀行の問題の全期間にわたる日常において行為を欠落したことに対して一般的に行われる引証に依拠することは、ミスフィーザンスの不法行為が当該公職者により意図的に行われる行為 (acts) の立証を要求するものであるから、原告に対してそうする途は開かれてはいないこと、との論証が提出されていることが摘示されている。

上の論証は、Hope卿の意見によれば、a) 原告の主張が突いている問題点についての誤った受け止め方、および、b) ミスフィーザンスの不法行為の要件についての誤った理解に基づくものである。a) については、まず、i) 原告側の主張における攻撃の要点がこう確認されている (See, *ibid.*, at 534h)。すなわち、

「請求者の主張は、Neil卿が説明するところによれば、被告銀行はBCCIの活動の本国における歴史の全体を通じて問題に関連する監督当局としての、預金者および潜在的預金者を保護する責任から、熟慮によって逃げたこと、であった。同卿は、一連の出来事が、問題の明細書において、被告銀行は当

該の状況に対処するために採ることが可能であった諸措置を、それらの預金者の利益にとっての問題のリスクの程度を明らかにしている事実関係あるいは四囲の事情を自覚しているにもかかわらず、熟慮によって講じることを怠ったことを明示するために、同定されうるであろう、と陳述したのである。」

(See, *ibid.*, at 534h)

そして、ii) 明細書の草案が上の特質を帯びていると論証しうる出来事について原告の主張および主張事実を開示しているとの論証に対して同意が与えられて、iii) その実例が付属文書5の34-35節に見出されるとの確言がなされている(See, *ibid.*, at 534h, i)。尚、Hope卿の意見においては、実例として言及されている新草案諸の該当部分は引証されていない。

上述のb)については、先ず、i) 原告側によって、ミスフィーザンスの不法行為は権限を行使するとの決定と同様にまた権限を行使しないとの決定にも適用があることが指摘されていること、すなわち、ii) 問題の不法行為の歴史について、早期の事件においては、その適用は投票権をめぐる事件に限定され、ここでは役人の権限の不適正な行使が取り扱われていたこと、後に、免許および他の統制手段を通じて役人によってなされる規制領域において適用され、権限の不適正な行使についての苦情がミスフィーザンスの不法行為において提起されるに到ったこと、iii) しかし、2000年判決における貴族院が是認したMengel事件におけるBrennanオーストラリア最高裁判所裁判官が判決において説述しているように公職者によって行われた行為あるいはそれによってなされた不作為はミスフィーザンスの不法行為訴訟を基礎付けること、が確認されている(See, *ibid.*, at 534i-535b)。そして、ミスフィーザンスの不法行為が不作為に対しても適用があるとの更なる理由が、こう陳述されている(See, *ibid.*, at 535b, c)。すなわち、

「もし、その他の仕方[すなわち、不作為に適用がない]であるとするならば、銀行監督者は、ミスフィーザンスの不法行為に基づく請求を、単に、明白かつ現存するリスクに直面した際の怠りを回復することによって、その者がその無頓着および熟慮による問題の怠りが辿る進路は預金者および潜在的預金者にとっての損害に結果することになるであろうことの認識、信念、あるいは疑念を有していたとの事実にもかかわらず、打破しうることになるで

あろう。以上の理由のために、私は行為するあるいは行為しないとの意識的な決定の立証が要求されるとの弁論を否認することになるであろう。私の意見によれば、問題の不法行為は、熟慮による (deliberate)、あるいは意思による (wilfull) それらの [行為するあるいは行為しないとの] 決定の怠りに及ぶのである。」

上述の「熟慮による、あるいは意思を伴うそれらの決定の怠り」とは、問題の権限行使の当否の決定を全く行わずに問題を放置することであり、純粹な不作為であると言って良いであろう。それでは、全ての「熟慮による、あるいは意思を伴うそれらの決定の怠り」が構成要素をなすのであろうか。Hope卿の判示には、2000年判決における、Hobhouse卿あるいはMillett卿においてミスフィーザンスの構成要素をなす不作為を限定する機能を果たしている、「一個の法律上の義務」(Hobhouse卿、前述「4.1.3.4.」を参照)の存在、あるいは「実質的に一個の作為義務」(Millett卿、前述「4.2.5.」を参照)が成立する状況に関する言及を欠くものであり、Hutton卿によって判示された「熟慮によって選択される不作為」(前述「4.1.2.4.」)に類似のものであることが目に付く。しかしながら、Hope卿の意見においては、「その者はその無頓着および熟慮による問題の怠りが辿る進路は預金者および潜在的預金者にとっての損害に結果することになるであろうことの認識、信念、あるいは疑念を有していたとの事実」が、構成要素をなす決定の怠りが成立する場合を限定する役割を荷っていることが出来るであろう。その場合の当該権限の行使の当否の決定の怠りは当該権限行使に対する無頓着な無関心に等しいものとなると考えられることに注意を与えておこう。

#### 注

- 1) 拙稿「『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」(2)の「5.2.1.1. (b) (ii)」および「5.2.2.1 (b)」(『創価法学』32巻3号89頁および、92頁-93頁)を参照
- 2) 多数意見の序説的意見を陳述していると見てよいSteyn卿によれば、勝訴の見込みの争点に関して、被告は以下のこと、すなわち「原告は、被告が何らの実効的かつ包括的な救済手段が存在しないであろうことを認識していた、あるいはそのような救済手段が存在するであろうか否かに関して無頓着であったこと、を確証する何らの現実的見込みも有していないこと」を説得することに成功していないと結論付けるものである。その結論

は、1) Steyn卿においては、「被告銀行は、1990年4月以降、BCCIが、もし効果的な救済策のパッケージの現実的な見込みが存在しないならば、預金者に対する不可避的な損失を伴って倒産する急迫の危険な状態にあったことを認識していたことは、論駁することが不可能な真相である」(See, *ibid.*, at 517d) との考慮によって、2) Hope卿においては、「被告銀行が全体を通じて悪性の信念において行為していたことが一義的に訴答において陳述されている」(See, *ibid.*, at 530g) 以上、「証拠手段がミスフィーザンスの不法行為よりもむしろネグリジェンスを支持しているか否かの問題は本件においては訴答段階における請求原因の陳述に基づいてではなく証拠手段に基づいて判断されなければならないことがらである。これは正式事実審理における裁判官によって決定されるべき問題である」と考慮されることによって(See, *ibid.*, at 530h)、更には、3) Hutton卿においては、「被告は以下のこと、すなわち、被告に援用しうる文書の証拠手段に基づいて、原告は、被告が認識しながらまた熟慮による仕方においてその制定法上の権限をBCCIの免許が付与された後に同免許を取り消すことを怠った際に濫用したことを確証することに成功する何らの現実的な見込みも有していないことを、効果的に主張することが出来ていない」と考慮されることによって(See, *ibid.*, at 559a, b)、到達されているのである。このようにして、多数意見は、上述の争点に関して、1) Steyn卿においては、1990年4月以降の事態の展開に影響を受けていることが同卿によって明言されることによって(See, *ibid.*, at 517e) 多数意見のための序説的な意見が簡潔に開陳されているのに対し、2) Hope卿においては、詳細な争点1の検討に続いて全く中立的な立場からなされた(See, *ibid.*, at 544f) 証拠手段の概括的な検討の結果が添えられ、3) Hutton卿においては、被告側の証拠手段の詳細な検討が行われているのである。

- 3) すなわち、被告は、潜在的預金者の訴えの利益について事実審理において争う権利を留保した上で、被告銀行の失当行為をなす本件に関連する行為あるいは不作為の時点において訴外預金事業者との間において潜在的預金者であった原告に対してミスフィーザンスの不法行為責任を有しうるものであることを承認したこと、および、因果関係に関しては、被告銀行が本件の預金者あるいは潜在的預金者に対して問題の損失を生じさせたということは、その損失の近因が訴外預金事業者の詐欺的取引であったのだから不可能であると主張していること、しかし、この主張によって提起されている問題は事実問題であり、それは貴族院における略式判決の段階において決定されるには適切さを欠く事柄であることが説述されている。
- 4) 与信事業の設立並びに遂行に関する法、規則、及び行政機関の規程の調和に関する、理事会の1977年12月12日付の銀行営業調和第1命令(理事会命令(ヨーロッパ経済共同体)77/780)を指している。
- 5) その理由について、拙稿・『「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—』(2)の「4.1.2.3.」の特に後半(『創価法学』32巻3号86頁)を参照。
- 6) 問題となっている規程は、こう読める。すなわち、「その主要な業務地が連合王国外の一個の国あるいは領土に所在する事業機関の場合には、当該[監督]銀行は、本法の付則2の3条および6条、あるいは、場合に従って、同付則7条および10条における基準が、もし、(a) 当該の関連する適切な監督当局が、当該銀行に対して、それらの当局は当該事

業機関の経営およびその事業機関の全般的な財務上の健全さに関する心証を得ている、と通知するならば、かつ、(b) 当該銀行がそれらの当局によって行われる監督の性質と範囲に関して満足するならば、充足される、との心証を得たものと顧慮しうる。」

- 7) 問題となっている規程は、こう読める。すなわち、「その主要な業務地が連合王国外の一個の国あるいは領土に所在する事業機関の場合には、当該当局は、本法の付則3の1条、4条および5条に明示されている基準が、もし、(a) 当該国および領土において関連する監督当局が、当該当局に対して、その監督当局は当該事業申請機関の思慮分別のある経営および全般的な財務上の健全さに関する心証を得ている、と通知するならば、かつ、(b) 当該当局がその監督当局によって行われる監督の性質と範囲に関して満足するならば、充足される、との心証を得たものと顧慮しうる」、がそれである。ところで、上に言及されている付則に規定されている基準内容は、こうである。すなわち、「付則3 認可のための最小限の基準 取締役等は適切かつ適正な人物であるべきこと 1条(1)項 当該事業機関の取締役、会計監査役、および管財人である、あるいはそうなる予定のあらゆる人は、その人が保持する、あるいは保持する予定であるその特定の地位を保持するために適切かつ適正な人物である。(2)項 一人の人物が何らかの地位を保持するために適切かつ適正な人であるか否かを確定する際には、その人の正直さ (probity) に対して、その地位に伴う諸責任を履行するためのその人の判断能力並びに判断の妥当性に対して、および、それらの責任を履行している、あるいは履行することになる際に伴う精励、並びに当該事業機関の預金機関と潜在的預金機関の利益が何らかの仕方においてその人がその地位を保持することによって脅威にさらされないか否かに対して、顧慮が与えられるべきものとする。(3)項 前項の規定の一般性に対する不利益とならないように、問題の人物の業務もしくは金融に関わることがらについて以前の行為 (conduct) および活動に対して、および、とりわけ、以下の何らかの証拠手段に対して、すなわち、その人が、(a) 詐欺もしくは他の不誠実あるいは暴力行為に関わる侵犯行為を犯した、(b) 公共の成員を、銀行業務、保険、投資、もしくは他の金融サービスの提供、あるいは会社の経営に関与する人物による、不誠実、無能力、もしくは過誤的取引のために生じる金銭的損失に対して、または、免責されている、あるいは免責されていない破産の行為 (conduct) のために生じる金銭的損失に対して、保護することを企図していることが当局に明らかである何らかの制定法規によって、またはそれに従って設けられる何らかの規程を侵犯した、(c) 詐欺的、もしくは威圧的、もしくはその他の仕方において不適正 (違法であるか否かに関わらず) であることが当局に明らかである何らかの営業慣行、または、以上の他の仕方において、その人の営業の遂行方法についての悪評を示す営業慣行に関与した、(d) その人の判断能力および判断の妥当性について疑問を投げかける仕方において、何らかの他の営業慣行に関与し、あるいはその慣行と提携し、あるいはそれら以外の他の仕方において自らを領導した、との証拠手段に対して、顧慮が与えられるべきものとする。」、「業務は思慮分別のある仕方において遂行されるべきこと 4条 (1)項 当該預金事業機関は、その業務を思慮分別のある態様において遂行する、あるいは、預金業務を未だに遂行していない事業機関の場合においては、その態様において遂行することになるであろう。(2)項 一個の事業者は、それが当局によって適正であると考慮されその事業者を利用しうる性質および総額の他の財務資源 (financial resources) と一体をなし、

(a) 当該事業者の活動の性質と規模に均衡する総額からなる、かつ、(b) 下段(3)項において明示されている特定の要因および関連することが当局に明らかである他の何らかの要因を顧慮するならば、その事業者の預金者および潜在的預金者の利益を保護する手段となるために充分である総額からなる自己資金を保持する、あるいは、場合に従って、保持することになるであろう場合以外においては、思慮分別のある態様においてその業務を遂行しているとして考慮されることがないものとする。(3)項上に言及されている諸要因は、(a) 当該事業機関の活動の性質並びに規模、および、(b) 当該事業機関の活動に、並びに当該事業機関に影響を与えうる限りにおいて同一事業者グループ内における他の何らかの事業活動に本来的に存在するリスクである。(3A)項 一つの事業機関は、それが、5百万エキュ（あるいは、全面的にもしくは部分的に他の会計単位において呼称される同等価値の総額）に満たないことになる自己資金を保持する、あるいは、場合に従って、それを保持することになるであろう場合以外においては、思慮分別のある態様においてその業務を遂行しているとして考慮されることがないものとする。(4)項 一つの事業機関は、それが、その清算のための償還資金およびその実際の責任並びに未確定の責任(liabilities)との間の関係、それらの責任が履行期日に達する時点並びにその資産が満期になる時点、上の(3)項において言及されている諸要因、および関連性を有することが当局に明らかである何らかの他の要因を顧慮するならば、十分な流動性資本(liquidity)を保持する、あるいは、場合に従って、それを保持することになるであろう場合以外においては、思慮分別のある態様においてその業務を遂行しているとして考慮されることがないものとする。(5)項 上の(4)項の目的のためには、当局は、それが適正であると考えられる程度において、当該事業機関の資産および同事業機関に利用可能な施設であって合理的な期間内において流動性資本を供与しうる施設を清算資産として、顧慮しうる。(6)項 一つの事業機関は、それが、それによって免責されることになるであろう、あるいはそれによって免責されることに該当する場合がある責任のために、および、それが生じさせることになるであろう、あるいは生じさせる場合がある損失のために、その資産価値の低下あるいは減少のために十分な引当金を(悪性のあるいは疑惑のある債務のための引当金を含めて)用意する、あるいは、場合に従って、それを用意することになるであろう場合以外においては、思慮分別のある態様においてその業務を遂行しているとして考慮されることがないものとする。(7)項 一つの事業機関は、それが、その業務についての十分な会計書類並びに他の記録文書およびその業務並びに記録を統制する十分な制度を保持する、あるいは、場合に従って、それらを保持することになるであろう場合以外においては、思慮分別のある態様においてその業務を遂行しているとして考慮されることがないものとする。(8)項 それらの記録および制度は、それらが、当該事業機関の業務が思慮分別によって管理されること、かつ、当該事業機関が本法によってもしくは従ってそれに対して課される諸義務に一致することを可能にするものである場合以外においては、十分なものとして顧慮されるべきではないものとする。それらの制度が十分なものであるか否かを確定する際には、当局は、上の(3)項において言及されている、当該事業機関の取締役の機能と責任に関連して、それらの機能並びに責任に対して顧慮を与えるものとする。(9)項 上の(2)から(7)項は(1)項の一般性の利益を損なうものではない。(10)項 本条において、“エキュ”および“自己資金”は、1992年

銀行業務調和(第2命令)規則における場合に従って、同一の意味を有する。」、および「高潔さおよび技能 5条 当該事業機関の業務はその活動の性質および規模に照らして適正な、高潔さ並びに専門職の技能をもって継続される、あるいは、未だに預金事業を遂行していない事業機関の場合においては、継続されることになるであろう」。以上の規程に明らかであるが、認可基準が、事業機関を構成する取締役等の高級役員が預金の受託者の地位にあるとの観点から、人物に関する基準となっていることが注意を惹くと言って差し支えないであろう。

8) See, *Three Rivers D. C. 対 Bank of England* 事件における控訴院判決 ([2000] 2 W. L. R. 15) の92頁および179頁を参照。

9) すなわち、1986年10月におけるBCCIの中央の財務上の損失を被告銀行が認識したにもかかわらずBCCIの認可を取り消さないとの決定、1989年9月に被告銀行の銀行監督委員会のために銀行監視部門によって準備された文書において表明された批判に照らしてなされた、同年12月における取り消さないとの決定、および、Tampa正式起訴事件の和解をもたらした司法取引に引き続く1990年1月における取り消さないとの決定、のことである。

### 5.3.2. Hutton卿の意見

Hutton卿の意見においては、本稿との関連においては、諸構成要素の中で「悪性の信念」(bad faith) が、a) 訴訟原因の開示の争点、および b) 勝訴の現実的見込みの争点の双方の項目において詳細に検討されている。それは、既に見たように、同卿が悪性の信念をミスフィーザンスの第1肢と第2肢に共通する本質的構成要素であると見ているためである<sup>10)</sup>。ところで、上述2個の争点は被告側による訴訟却下申請が根拠づけられている事由に関わるものであるが、同卿の意見においては、前者が「訴答に対する攻撃問題」、また後者が「勝訴の現実的見込みの欠如問題」と呼称されている。悪性の信念についての検討は、特に後者において、原告側の証拠手段に照らして精密に行われている。以下において、その詳細を辿ってみることにしよう。

#### 5.3.2.1. 判断基準となる本質的構成要素

まず、ミスフィーザンスの本質的構成要素についてのHutton卿の判示部分を読んでみることにする。それはこうである (See, *ibid.*, at 550h, i)。

「以下のことが [2000年判決から] 明らかである。すなわち、原告は、(1) 公職者に付与されている権限が濫用されたこと、(2) 問題の濫用は当該の行為あるいは不作為が不正である (wrongful) との認識を伴って、または当該の行為あるいは不作為が不正であるか否かに関するレックリスネスを伴って当



該公職者による熟慮による行為あるいは熟慮による不作為によって構成されたこと、(3) 当該公職者は悪性の信念において行為したこと、および (4) 当該公職者はその者の行為あるいは不作為が当該の原告を侵害することになるだろう蓋然性を認識していた、または、当該原告に対する権利侵害のリスクに関して無頓着であったことを立証しなければならないこと、がそうである。以上に加えて、当該の原告は問題の行為あるいは不作為が原告に損失を生じさせていることを立証しなければならないが、しかし因果関係の争点はこの予備的争点の段階においては生じてはいない。」(See, *ibid.*, at 550h, i)

上において、Hope卿の意見と同様に、1) ミスフィーザンスの不法行為の本質は権限の濫用であること、および2) 権限濫用は要件となる心理状態および悪性の信念によって構成されることが判示されている。しかしながら、Hutton卿は、ミスフィーザンスの成立する問題行為が有すべき違法性のためには、一人、「unlawful」の語を使用しないで「wrongful」の語を利用して表現していることが注意を惹くのである。これは、恐らく、「unlawful」の語が、2000年判決および本判決の諸卿の意見において、司法審査上の違法性を意味する、あるいはそれと同等のものを意味するものに限定して扱われている、またはそう扱われることになるであろうことに鑑み、「wrongful」の語によって、ミスフィーザンスの成立のために当該行為が具えるべき法律上の評価を司法審査における「unlawful」よりもより広範なものとして陳述しようとするねらいがあるであろう。また、以下の検討において明らかになるように（後述「5.3.2.2. (b)」）、Hutton卿の意見においては、悪性の信念は問題の行為あるいは不作為の動機によって構成される個別の構成要素として取り扱われている点が、Hope卿に意見における悪性の信念の取り扱いと異なることに、予め、注意を与えておこう。

#### 5.3.2.2. 本質的構成要素に適合する原告の主張事実

Hutton卿の意見においては、(a) 「訴答に対する攻撃問題」の項目において、原告の主張が、(1) 権限濫用の行為、(2) 権限の濫用に伴われるべき主観的心理状態、(3) 権限の濫用に達する悪性の信念、および (4) 当該の行為あるいは不作為の結果についての主観的心理状態の構成要素に適合する主張事実を開示しているか否かが検討されている。また、(b) 「勝訴の現実的見込みの欠如問題」の項目において、原告によって提出されている証拠手段が、(1) 被告の悪性の信念、

および (2) 当該の行為あるいは不作為の結果についての主観的心理状態、を立証する現実的な見込みを有するか否かが検討されている。それら2個のことがらの検討を通して、特に、ミスフィーザンスの構成要素としての悪性の信念の内容が更に詳細に明らかにされている。そこで、以下において、構成要素に適合する主張および主張事実を明らかにするために、上述の同卿の意見の次第から離れて、(a) 権限の濫用行為および権限の濫用に伴われるべき主観的心理状態、(b) 悪性の信念、(c) 公職者の特定、および (d) 問題の行為の結果に伴うべき主観的心理状態に整理して、それらの構成要素に適合すると判示された原告の主張および主張事実を叙述する。

#### (a) 権限濫用の行為および権限濫用に伴われるべき主観的心理状態

問題点に関する原告の主張に関して、「当該の請求明細書は、被告銀行が熟慮によってBCCIに免許を付与する際に、また問題の免許が付与された後にその免許を取り消すことを怠った際に同銀行の制定法上の権限を濫用したことを、十分に陳述していると考えする。」(See, *ibid.*, at 550i) との意見が開陳されて、権限濫用の行為およびその行為に伴われるべき主観的心理状態の構成要素に適合する主張および主張事実の陳述例として行われている、新草案書の第33節全体の長い引証によって、これら2個の構成要素に関連する検討は終わっている。引証されている部分は、こう読める (See, *ibid.*, at 551a-e)。

「 33節 1979年銀行法に従ってなされたいかなる免許の取り消しもないこと。被告銀行は、当該制定法に基づく規制計画に反することを認識しながら、熟慮によって、あるいは、その規制計画に一致して行為しているか否かに対して無頓着に無関心に、あるいはその規制計画に一致して行為していないリスクを意思によって (wilfully) 顧慮しないで、かつ悪性の信念において、

33.1 LBC/IMLからの保証に依拠する資格を依然として付与されていたと、かつ/または、その当時の真相であったところに従って、以下のリスクを認識していた、あるいは、以下のリスクが存在するか否かに関して無頓着に無関心であった、あるいは、以下のリスクを意思によって顧慮しなかったとき、問題の完全な免許を取り消す何らの裁量権もあるいは権限も有していなかったと結論づけることを意図していた：すなわち、

33.1.1 1979年銀行法の付則2の7条(適合性および適正さ)、8条(4個

の眼)、および10条(思慮分別のある仕方)に従う基準<sup>11)</sup>が完全な免許の付与の時点において満たされていなかった、またその後全ての時点において満たされないままであったリスク；

33.1.2 訴外BCCIは1979年法36条1項に反して自身を違法に(illegally)銀行と称していたリスク；

33.1.3 訴外BCCIはその業務をその預金者の利益に脅威を与える仕方において遂行した、また遂行し続けたリスク；

33.1.4 被告銀行が訴外BCCIの経営および財務の健全さに関してLBC/IMLからの保証に依拠し続けていることは違法であった、また、被告銀行は、更に、その依拠によって起こることになる結果が預金者および潜在的預金者は損失を被ることになるであろうことを認識していた、あるいは、その結果のリスクを意思によって顧慮しなかった、あるいは、その結果に対して無頓着に無関心であったリスク；

かつ/または………」(See *ibid.*, at 551a-e)

(b) 悪性の信念——不適正かつ違法な動機

(i) 構成要素に適合する主張および主張事実の摘示

先ず、悪性の信念がミスフィーザンスの不法行為の本質的構成要素であることが確認されて、続けて、本件において、原告は悪性の信念を明示的に陳述していることが確言されている。その理由として、明細書新草案の37節が「被告銀行が前節において陳述されている行為を行う際の動機は不適正かつ違法な(unlawful)ものであったこと、およびその前提に基づくならば被告銀行は悪性の信念において行為したこと」(See, *ibid.*, at 553g)を陳述していることが拳示されている。この確言から、Hutton卿の意見においては、被告銀行の、問題の行為あるいは不作為の動機が悪性の信念をなすものと考慮されていることが明らかである。同卿は被告銀行の動機についての主張事実を確認するために、37節の全体を引用しているが、それらの引証における主張事実は悪性の信念の構成要素に適合すると考慮された事実であると考えることが出来る。そこで、以下において、多少長い引用になるが、37節において申し立てられている、主張事実をその前節とあわせて読んでみることにする。

「 36節 監督の怠り 被告銀行は、本請求の明細書において叙述されている

諸点に関してBCCIもしくは同グループの何れかを監督することを、以下の場合において、認識しながら熟慮によって問題の制定法に基づく規制計画に反し、あるいは、その制定法に基づく規制計画に一致して行為しているか否かに対して無頓着に無関心で、あるいは、その制定法に基づく規制計画に一致して行為していないリスクを意思によって顧慮しないで、かつ、悪性の信念において、怠った：(36.1) 被告銀行が1979年および1987年法に従って監督を遂行する義務を負っていることを認識していた場合；(36.2) 監督を熟慮によって怠った際の被告銀行の動機が37節に陳述されているものであった場合；(36.3) 被告銀行は、BCCIおよび／あるいはBCCIグループが監督されていないことの結果は預金者および潜在的預金者が損失を被ることになるであろうことを認識していた、あるいは、その結果に対して無頓着に無関心であった、あるいは、それが結果するリスクを意思によって顧慮しなかった場合において、そうである。以上の主張を確証するために、原告は、開示手続きに先立って、付属文書2から7において叙述されている事実関係および事項に依拠するであろう。

#### 被告銀行の制定法に基づく義務に違反した際の動機

37節 被告銀行が前節において陳述されている行為を行う際の動機は不適正かつ違法なものであり、その前提に基づくならば、被告銀行は悪性の信念において行為した。被告銀行の動機は以下の通りである：すなわち、(37.1) 被告銀行は、全ての機会にBCCIに関連する制定法上の基準が（上述のように）充足されていないことを認識しながらあるいはそのことに疑念を抱きながら、その基準についてのそれ自身の明示的な評価を行い、その評価を再検討し、また、もし必要があるならば、それを訂正する被告銀行の義務に合致すべきであることを回避するために；(37.2) BCCIに関連する指導的監督者あるいはBCCIグループの統合的立場の指導者になるべきことを、たとえば被告銀行がそれらの役割を遂行しうる唯一の監督者であることを認識していたとしても、回避するために；(37.3) 指導的監督者であるための、あるいはBCCIグループの統合的立場の監督者を請け負う際の責任を引き受けることから被告銀行に帰属することになる以下の諸リスクを回避するために：すなわち、(37.3.1) 非難を受けるリスク；および (37.3.2) 女王陛下の財務省が最終手

段となる貸し手として行為しなければならないリスク、である；(37.4) BCCIの免許もしくは認可の否認あるいは取り消しおよびその連合王国内における45の支店の閉鎖によって生起することになったであろう、実質的に政治的および外交上の諸課題を回避するために；(37.5) 問題の、BCCIによる銀行名称の使用に関しては、被告銀行が1978年の早期に是認した一個の状況、すなわち関連する制定法上の要件にも関わらず、BCCIは連合王国内におけるその法人名の表現の一部として“銀行”の語を使用することを許容され続けるものとなっただろう状況を永続的にするために；(37.6) それによって、被告銀行がBCCIグループに対して、ただちに1979年法に従って完全な免許を申請かつ取得するよう、そうでなければ、連合王国における取り引きを停止するよう要求すべきだったことになるだろう制定法上の義務に合致すべきことを回避するために、であった。」(See, *ibid.* at 552d-553b)

原告の主張は、結局において、被告銀行の上述の動機が悪性の信念を構成するというものである。つまり、以上の動機が悪性の信念の構成要素に適合する事実であり、換言すれば、悪性の信念という法律上の評価に該当する事実なのである。この原告の主張事実については、Hutton卿によって、それは上の様に積極的に認容されずに、「明細書における主張事実はネグリジェンスの不法行為が成立するに止まる、単なる配慮の怠りに過ぎないものを陳述しているのではない」(See, *ibid.* 553g) と消極的な受容の判示がなされるに止まっている。

#### (ii) 動機としての悪性の信念を構成する心理状態

それでは、一体、悪性の信念を構成する動機とは、Hutton卿の意見に照らして、より定義的に把握するならば、如何なるものになるのだろうか。実際には、Hutton卿の意見においては、結局において、最良の場合においても、上述の諸動機が悪性の信念を構成するとの原告の主張が消極的に受容されているに過ぎない。しかしながら、この問題点に関連して注目されるべき判示が、悪性の信念を証拠手段に照らして確証しうる現実的な見込みの争点に関する原告側の主張の要約的引証という方式において認められうるのである。その判示とは、こうである (See, *ibid.*, at 559c-i)。

「私の意見によれば、被告銀行は、同銀行に利用可能な文書の証拠手段に基づき、原告が被告は認識しながらおよび熟慮による仕方において、BCCIの免

許を付与した後にその免許を取り消すことを怠った際にその制定法上の権限を濫用したことを確証することに成功する何らの現実的見込みを有していない、と有効に主張することが出来ていないのである。……〈中略〉……私は先の審理後の私の演説において、ミスフィーザンスの不法行為の文脈においては、‘悪性の信念において’ (in bad faith) が ‘不誠実’ (dishonesty) より選好されうる用語であると考慮した ([2000] 3 All E. R. 1 at 41-42を参照)。悪性の信念の要素に関して、原告は、その請求原因明細書の37節において、同節において叙述されている被告銀行の動機は悪性の信念を構成する、と陳述した。原告側の上級弁護士Neil of Bladen卿は、以下の推論が多数の被告銀行側の文書から導き出されうることを申し立てた。すなわち、被告銀行はBCCIに対する十分な監督の遂行に随伴するもろもろの困難および責任を直視するのに不承不承であったこと、および被告銀行は、それ自身のもろもろの利害関心 (interests) を、預金者を保護するその義務の履行よりも上位においたこと、およびこれが被告銀行の側における悪性の信念を構成すること、がそれである。以上のことが原告によってなされている問題点に関する主張であることを強調することは関連性を有する。つまり、原告は、被告銀行の役員がそれら自身の金銭的利得のために不適正に行為したという意味において不誠実であったとの主張をなしてはいないのである。それ故、私は、敬意を持って、何らかの金銭的誘引が欠如する場合において被告銀行の役員が不誠実に行為することになるであろうということは本来的にありえないとの問題点は被告銀行のその主張に助力を与えない、と考慮するのである。」

上の原告側の主張の要点から明らかなように、この判示においては、原告側によって悪性の信念が1)「十分な監督の遂行に随伴するもろもろの困難および責任を直視するのに不承不承であったこと」、および2)「被告銀行自身のもろもろの利害関心を、預金者を保護するその義務の履行よりも上位においたこと」から構成されると陳述されていることが確認されているのである。引証されている悪性の信念の該当事実に照らすならば、悪性の信念とは、結局において、本来的な義務 (duty) を進んで果たそうとしない心理状態として考慮されると言って差し支えないと考えられる。その心理状態は、公共的義務の適正な遂行に対する無頓着な無関心の心理状態とほとんど異なるところはないと考え

られる。

(iii) 証拠手段の検討—適合する主張および主張事実を根拠付ける事実の確認

Hutton卿の意見は、続けて悪性の信念を構成する上の主張事実を確認するために提出されている原告側の証拠手段を検討している。この証拠手段の検討は、悪性の信念および必要な行為の結果に関する主観的な心理状態について事実審理において調査されるべき争点が成立することを明示する資料が存在するか否かの問題について、回答を得るために行われている。そこで、同卿による証拠手段の検討は、悪性の信念の評価に該当する事実を根拠付ける事実が提出されているか否かの確認作業と見て良いであろう。その検討において引証されている主要な根拠事実についての原告の主張を、更に、以下において確認することにしよう。

先ず、被告銀行の銀行監督部門の一役員から同銀行の数名の上級役員に対して宛てられた1983年10月19日付の覚え書き（すなわち、BCCIの監督に対する同銀行のアプローチを、そのアプローチが問題の銀行法の要件を満たしていないことを論証しながら、またBCCIを連合王国の現地法人化することが急務であることを勧告しながら、再検討している覚え書き）の主要部分、および、被告銀行から派遣されたチームがロンドン所在のBCCI事務所を訪問した後の会合において提出された1985年12月17日付ノート（すなわち、BCCIがシティーにおいてその管理、統制、および業務の遂行を集中させている連合王国に基地を持つことを論評したノート）が引用され、続けて、こう述べられている。すなわち、  
「Neil卿は、とりわけ、被告銀行の一人の上級役員からルクセンブルグ銀行監督委員会の一人の上級役員に対して宛てられた1987年の4月8日付の書信に言及した。その書信は、被告銀行が、ルクセンブルグは過去数年間において引き受けてきた監督を統合する役割を遂行することがもはや不可能になったことを通知された直後に、書かれたものであった。問題の書信において、当該役員はこう述べている。

『あなたの書信において叙述されている精密かつ明確な論述は一個の具体的な課題を出して私達を当惑させるものです。それはこういうことです。すなわち、一個の指導的な監督の役割を請け負わないことを決定しながらも、私達は、BCCIの45もの連合王国の支店の統合・現地法人化は、BCCI

の経営全体の大半の部分がロンドンに所在することと結び合わさって、私達を、実際において、私達が回避することを希求する指導的監督者の立場に引き入れることになる、との信念を有しています。これらの四囲の状況において、私達はその仕事を効果的に行う能力は、私達はその役割を銀行内において公的に当初から引き受ける場合よりも、より限定されることにすらなることでしょう。いかなる場合においても、私達は、私達が一個の免許を連合王国の当該銀行法に従って問題の基準を適用することによってこの段階においてBCCIの事業の何らかの部分に対して付与することが可能であると感ずることになるであろうことに、全く確かではないのです。これは、私達が私達の新立法に従って、一個の機構が思慮分別によって (prudently) に経営されることになるであろうことのみならず、更にまたその機構が高潔さ (integrity) をもって経営されることになるであろうことに満足させられなければならないためなのです。—そして、私達の過去におけるBCCIに関する経験はこの満足のための判断を困難にするのです。』 (See, *ibid.*, at 560a-c)

この書信は、後に見るように、原告側によって、被告銀行が多年にわたってBCCIの経営の高潔さについて懸念を有していたことの証拠手段とされているものである。

### (c) 公職者の特定

更に、「必要な心理状態を伴って問題の行為を行うあるいはそれらの行為を差し控える意識的な決定を行った被告銀行の役員が特定されていない」との被告側の主張については、以下の意見が開陳されている (See, *ibid.*, at 553i-554a)。すなわち、

「私はこの申し立てを受容しない。諸先例 (Dunlop 対 Woollahra Municipal Council事件 ([1981] 1 All E. R. 1202, [1982] AC 158) および Bourgoin SA対 Ministry of Agriculture Fisheries and Food事件 ([1985] 3 All E. R. 585, [1986] QB 716) を参照) から、以下のことが明瞭である。すなわち、原告はミスフィーザンスの不法行為を公的当局あるいは中央政府の省庁に対して申し立てることが出来ること、がそれである。それ故、私は、本件の原告は、原告が行っている仕方において、ミスフィーザンスの不法行



為を被告銀行に対して、問題の役員個々人の明細を挙示する必要なしに陳述する資格を与えられている、と考えるのである。原告が主張する被告銀行の役員個々人の決定および行為は結合し一体をなし、陳述されているミスフィーザンスを生じさせているのである。」

(c) 問題の行為あるいは不作為の結果に伴うべき主観的心理状態

(i) 構成要素の確認

確認されている構成要素によれば、原告は、「ミスフィーザンスの不法行為を確証するために、当該公職者がその者の行為あるいは不作為が原告を侵害することになるだろう蓋然性を認識していたこと、または、原告に対する侵害のリスクに関して無頓着であったことを立証しなければならない」(See, *ibid.* at 554b) のである。構成要素の確認の仕方において私たちが注意を与えるべきであると考えられる点は、レックリスネスの心理状態に関して、認識の心理状態とは対照的に、その対象が「原告に対する侵害のリスク」という表現において客観的に定立されている点である。この点は、後述する、この問題点に関する証拠手段を検討している意見部分（すなわち、後述の (iii)）においてより明らかになっている。

(ii) レックリスネスの陳述において「被告銀行が侵害は起こることになるとの信念あるいは疑念を有していたこと」が脱落していたことは訴訟却下の理由とはならないこと

さて、この構成要素に関して争点となっている問題点は、被告側によれば、原告が明細書においてレックリスネスを申し立てる際に「被告銀行がその行為あるいは不作為が原告に損害を与えることになるだろう蓋然性が存在するとの信念または疑念を有し、かつ、その侵害に対して無頓着に無関心であったこと」を陳述することを怠り、単に「被告銀行が問題の結果のリスクを意思によって顧慮しなかった、またはその結果に対して無頓着に無関心であったこと」(See, *ibid.* at 554c) を陳述しているに過ぎないことであった。この問題点について、原告の明細書における陳述を確認しながら、以下の意見が開陳されている(See, *ibid.*, at 554d-f)。すなわち、

「‘被告銀行が起こることになる結果は預金者および潜在的預金者が損失を被ることになるであろうことであると認識していた’ことを明示的に陳述し

ながら、原告は、その後、‘あるいは、被告銀行はその結果のリスクを意思によって顧慮しなかった、あるいは、その結果に対して無頓着に無関心であった’と陳述しているのである。そして、私の意見によれば、問題となっている相違、すなわち上の陳述と被告銀行はその行為あるいは不作為が原告に損害を与えることになるであろう蓋然性が存在するとの信念または疑念を有し、かつその蓋然的な侵害に対して無頓着に無関心であったことを陳述することとの間の相違は、その相違に基礎づけられている論証は民事訴訟手続規則3.4(2)(a)<sup>12)</sup>に従ってなされる却下のための根拠を構成することが出来ないほどに微少な相違である。」

上に開陳された意見において確認されているように、原告は無頓着な無関心の心理状態が第2肢の方式におけるミスフィーザンスの不法行為の2個の代替的選択肢の一つであると陳述しているのに対し、被告側がそれは第2肢において要件とされる主観的心理状態を構成する要素の一つであると主張していることが眼につく。さて、上の相違が本件におけるミスフィーザンスの請求却下の事由とはならないことについて、Hutton卿によって説述されている理由は、訴答の目的とその役割に関連するものである。同卿によって確認されているその理由とは、訴答段階における請求原因の陳述の目的は「対立する当事者に対して、その者が、如何なる主張がなされているかをその主張に回答するための準備を適切に行うことが出来るほど十分な詳細さにおいて認識することを可能にすること」であること、あるいは「重要なことは、訴答段階においてなされるもろもろのことは訴答を行う者の主張の一般的な性質を明瞭にすべきであるということ」である。そして、問題点に関する結論が、こう確言されている (See, *ibid.*, at 555c, d)。

「原告が、被告銀行は問題の起こることになる結果は預金者および潜在的預金者が損失を被ることになるであろうことを認識していたことを陳述し、その後、代替的選択肢としてレックリスネスを陳述している本件において、私は、レックリスネスの文脈において、被告銀行が侵害は起こることになるとの信念あるいは疑念を有していたことを陳述することが脱落していることは、被告銀行を害するものとなり得るであろうとは考慮しない。すなわち、もし、終局的な事実審理の結果がレックリスネスを構成するために必要な要

素の詳細に左右されうるものであるならば、私は、問題の陳述の状態は被告銀行が同銀行に利用可能な何らかの論証を提出する際に害を与えるものとなるであろうとは、考慮しないのである。」

上の結論において、レックリスネスの要素の詳細が事実問題とされている点は既に見たHope卿の意見と同旨であると考えられる。

(iii) 証拠手段の検討——適合する主張および主張事実を根拠付ける事実の確認

さらに、原告の陳述を支持するために申し立てられている証拠手段についての検討が、悪性の信念の問題点に関する証拠手段についての検討と同一の観点、すなわち、事実審理において調査されるべき問題点を提起しているか否かの観点からなされている。ところで、上述したように、原告の陳述が「被告銀行は預金者に対する損失の蓋然性を認識していた、あるいは預金者に対する損失が存在することになるであろうか否かに関して無頓着であったこと」との内容において確認されていることに注意を払っておこう。この確認においては、問題点に関する構成要素に該当する事実を陳述するものと考慮されていると見て差し支えない原告の陳述内容が、先になされた確認（すなわち、「当該公職者がその者の行為あるいは不作為が原告を侵害することになるだろう蓋然性を認識していたこと、または、原告に対する侵害のリスクに関して無頓着であったこと」）よりもより客観的な提言において行われていることが明らかであろう。構成要素としてのレックリスネスの心理状態は、主観的心理状態であるにもかかわらず、リスクの観念によって構成され、定義されることによって、客観化の契機を内包していると見てよいのである。

この問題の検討においても、Hutton卿によって原告側の証拠手段の詳細な引証がなされている。その要点を確認しておくことにしよう。まず、BCCIの清算手続申請の際に提出された、被告銀行の一人の上級役員の宣誓供述書中の以下の節が引証されている（see, *ibid.*, 560e-i）。すなわち、

「 20節 イングランド銀行は、BCCIが不誠実かつ詐欺的態様において経営されてきた、また依然として経営されているとの重大な懸念を抱いている。イングランド銀行は、BCCIの真実の財務状況がBCCIによって同銀行および“カレッジ”の一員である他の規制当局に対して隠されてきた、また引き続き隠されているとの懸念を抱き、また抱き続けている。Price Waterhouse社

の報告から、もろもろの会計記録は当該銀行法に従って認可される預金事業者について要求される諸標準を完全に満たしていなかった、また引き続きそれらを満たしていないことが明白である。さらに、BCCIの事業を経営、管理するために適切なもしくは十分な制度あるいは統御手段が何ら存在していなかったことが明白である。BCCIの経営・管理は高潔さを伴わないで、かつ技能を欠いて行われて来た。BCCIの上級経営者の幾人かについて、それらの者は上のPrice Waterhouse社の報告書に記述されている詐欺的活動に直接的には関与していなかったと言われているという事実にもかかわらず、BCCIの経営・管理は一個の全体として問題の詐欺的活動を継続することに関与して来た、そして、その結果は、イングランド銀行および他の規制当局に対して隠されて来たのである。イングランド銀行は、同銀行に提出された当該の情報的一個の結果として、BCCIの上級の経営・管理に対して、規制者と規制を受ける銀行との間の関係にとって本質的である、信頼あるいは信任を何ら持つことは出来ない。

21節 BCCIの監督者として、イングランド銀行は、預金者の利益が、もしBCCIの諸業務がその経営者の手に委ねられたままに放置されるならば、危険に晒されることになるであろう、との懸念を抱いている。また、イングランド銀行は、預金者の利益はBCCIの清算によって最もよく達成されることになるであろう、との見解を形成して来た。以上の四囲の状況に照らして、イングランド銀行は、BCCIを清算することが公正かつ衡平に適うことになるであろう、との信念を抱いたのである。」(See, *ibid.*, at 560e-i)

続けて、原告側は、被告銀行が、この様に、多年にわたってBCCIの経営の integrity について懸念を有していたことの論拠として、上述の1987年の4月の書信を挙示していることが確認されている。更に、原告側が、被告銀行の一役員から同銀行理事会に対して提出された、1983年6月15日付の覚え書きを証拠として提出していることに対する言及がなされている。その言及は、1) その覚え書きにおいて、当該役員は、BCCIの包括的な監督のための当時の仕組みの非実効性についてますます懸念を抱くに到っていると述べていること、および、2) 当該役員は「私達の見解によれば、今や一個の受容することが出来ない現況をなすに到ったもの」に関する可能な取り扱い方を叙述するノートを付したこ

とが原告によって摘示されている、ことを確認するものである。そして、問題のノートの内容が以下のように要約的に確認されている (See, *ibid.*, at 561f-i)。すなわち、

「問題のノートは、‘なぜBCCIは一個の問題となったのか？ なぜ措置が現在において緊急に必要とされているのか？’との標題が与えられているが、以下のことを明言している。すなわち、BCCIの第1の所在地はルクセンブルグではなく、経営的には連合王国であること、および、そうであるとするならば、また、ルクセンブルグ当局の諸資源がもはやBCCIの業務を監督する任務に見合うものではないとの同当局の自認に照らすならば、被告銀行は‘一個の脆弱な立場’にあること、がそれである。当該ノートは、さらに続けて、被告銀行の、BCCIの連合王国内における活動についての認識およびBCCIグループ全体についての限定された認識がBCCIの世界規模の業務の健全性に対する信頼を鼓舞しないことを明言している。ノートはこう述べている。すなわち、

『言及されているように、現時点の仕組みは全く不十分なものである。それ故、手をこまねいて何も行わないとの選択肢は考慮されない。これは、2個の基本的な選択、すなわち、(a) BCCIを世界的に、あるいは単に連合王国の地域内に、何れかにおいて閉鎖してもらうよう試みる、(b) BCCIに対する監督のために要件を満たす基礎に基づく仕組みを構築する、余地を残している。』

さらに、原告側によって被告銀行内の銀行監督委員会の、1987年9月3日付の文書に対する言及がなされていることが確認されている。Hutton卿の確認によれば、同文書は、その銀行監督委員会が連合王国のBCCIの預金者は当時行われていた、あるいは将来の監督制度から十分な保護を受けているかについて懸念を表明するものである。文書が述べる懸念の具体的な内容が、その文書の該当部分の引証によって、こう確認されている (See, *ibid.*, at 562b, c)。そこには、BCCI崩壊の可能性についての被告銀行の言及がある。すなわち、

「BCCIグループは頻繁に同グループあるいはその依頼人が合法性の余白において活動していることを示唆するうわさの対象となっている。多くの観察者は、そこで、問題のBCCIが突然に何の警告もなしに重大な困難に陥るか

もしれないとの直感を発達させてきたのである。同グループの業務のその実に大半が、特にBCCIが行う保証業務の関連において、監督がより専門職によらないで行われているセンターにおいて、記録されているという事実は、上の警告が欠如する事態をかえってより起こりうるものになっている。」

そして、1990年以降からBCCI崩壊に到るまでの時期の問題点に関して、それがAbu Dhabi政府による救済策の実行の可能性の見込みの問題であることが明言されて、こう述べられている (See, *ibid.*, at 562h, i)。

「 1990年4月から以降のAbu Dhabi政府による救済策実行の見込みに関しては、私は、原告は、被告銀行がAbu Dhabi政府はBCCIを救済する意思を明言しているにもかかわらずBCCIの責任の程度および経営の不誠実に関するより多くの情報が入手しうるになるに随ってそのすべての責任に十分に応じよう関与することにならないであろうことには蓋然性が存在することを認識し、あるいは、そうならないであろう蓋然性に関して無頓着であったことを確証する何らの現実的見込みも有していない、との見解を取ることはならないであろう。」

そして、上の見解が下級審における結論と異なるものとなる際に考慮されたことがらとして、1) 事実審理に先立って、上の見込みに関する更なる資料が原告側に利用可能になる合理的な可能性が存在すること、および、2) 訴答段階において原告側のために既に利用可能になっている資料が、原告側は被告銀行側の役員の交互尋問によってその主張事実の論証を進めることを可能にするものであると考えるための合理的な根拠を供与するものであることが、明示されている (See, *ibid.*, at 562i-563i)。それらの考慮は問題点の結論に到達した理由をなしている。

(iv) 動機あるいは認識が争点をなしている事件における裁判所の推論の仕方

以上において検討された証拠手段は、実際においては、被告銀行側の、信念、あるいは、予見、あるいは、動機に関して、直接的な証拠手段をなしているものではない。従って、Hutton卿の上の結論は、原告側が問題点に関して直接的な証拠手段を有していないことはそれ自体においては訴訟却下の理由とはならないことを判示したものである。そして、この判示を導き出しているものが、実は、同卿が当事者の動機あるいは認識が争点をなしている場合における立証

問題について採っている基本的な立場であることが、以下の引用に窺がえる、  
と言って良いであろう。すなわち、

「 Taylor 対 Midland Bank Trust Co. Ltd 事件 ([1999] C. A. Transcript 反訳版?) において、当該原告は不誠実な信託違反を陳述し、当該被告は民事訴訟手続24.2 (a) (i) に従って事実審理を待たずに請求を却下することを申請した。被告側の申請を棄却する旨の Carnwath 高等法院裁判官の決定を是認しながら、Buxton 控訴院裁判官はこう明述した。すなわち、

『[被告側の上級弁護士は] ある段階において、問題の主張は直接的な証拠手段によって有効なものとされなければならない、それ故、なされているように、推論に依拠することは出来ないことになるであろう、との論証を行った。それが問題点に関する被告側の陳述であるとするならば、私はその陳述に同意することは出来ない。ある当事者の動機あるいは認識が争点をなしている場合においては、直接的な証拠手段あるいは当該当事者による自白よりは、むしろ、推論に依拠することがしばしば必要になると言って良いであろう。如何にはるかに一個の推論が一個の自白よりも説得力においてずっと劣っているかの点に対して、原理に照らすならば、異議を唱えることは何も存在しない。しかしまた、もろもろの推論を導き出す際に、裁判所はこの方式の不誠実を、もし当該の主要な証拠手段が何らその他の説明の余地を残さない場合において、推論しうるに過ぎないということは適正ではない。その場合は適用される判断基準を余りにも高く設定しているのである。問題点に関する推論の過程は当該の非難の重大性および当該の証拠手段を有効なものとするために必要なその証拠手段の実質についての裁判所の理解によってのみ制約されるものとなるべきなのである。』 (See, *ibid.*, at 564a-d)

#### 注

- 10) 拙稿・『「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』(2)の「4.1.2.3.」の特に前半(『創価法学』32巻3号83頁—84頁)を参照。
- 11) 問題となっている基準とは以下のものである。すなわち、「7条 当該の預金事業免許者の取締役、会計検査担当者、あるいは管財人となるあらゆる者はその地位を保持するために適切かつ適正な人であるものとする」、「8条 少なくとも、二人の個人が当該預金事業免許者の業務を実効的に指図するものとする」、および「10条 (1) 項 当該預金事業免

許者は、その業務を一個の思慮分別のある仕方において遂行する、あるいは、預金事業を未だ遂行していない事業者の場合においては、その業務をそう遂行することになるであろう、および、とりわけ、(a) 当該監督銀行によって適正であると考慮されその事業者に利用しうる性質および総額の他の財務資源(financial resources)と一体をなし、下段(2)項において明示されている諸要因を顧慮するならば、その事業者の預金者の利益を保護する手段となるために充分である総額の純資産を保持する、あるいは、場合に従って、保持することになるであろう、かつ、(b) 当該事業者の清算資産およびその責任との間の関係、および、更に、その責任が履行期日に達する時点、並びにその資産が満期になる時点を顧慮するならば、充分な流動性資本(liquidity)を保持する、あるいは、場合に従って、充分な流動性資本を保持するであろう、かつ、(c) 悪性かつ疑惑のある債務および条件に依存する性質の未確定の債権債務関係のために充分な引当金を用意する、あるいは、場合に従って、充分な引当金を用意することになるであろう。(2)項 上記(1)項において言及されている諸要因は、(a) 当該事業者の責任の規模並びに性質およびその事業者によって引き受けられる預金の出所並びに総額、かつ、(b) その事業者の資産の性質並びにその資産に帰属するリスクの程度である。(3)項 上記(1)項(a)において、「純資産」は一個の法人との関係においては、払済資本並びに留保を意味する」がそれである。

12) 民事訴訟手続規則3.4(2)はこう規定している。すなわち、「当該裁判所は、その裁判所にとって以下のことが明白であるときには、請求原因陳述書を却下することが出来る。すなわち、(a) 当該の請求原因陳述書が当該請求を提起する、あるいは防御するための何らの合理的な事由を開示していないこと、(b) 当該の請求原因陳述書が裁判所の過程の一個の濫用である、または、その他の仕方において、当該手続きの公正な実施を妨げることになること、がそれである」。

【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。