

【自由テーマ】

《研究論文（査読付き）》

海上衝突予防法 39 条の「船員の常務」の法的解釈について

—海難審判裁決取消請求判決から見た検討—

三 好 登志行
(佐藤健宗法律事務所)
藤 本 昌 志
(神戸大学)

目 次

1. はじめに
2. 「船員の常務」という言葉の定義に関して
3. 「船員の常務」の範囲・意義について
4. おわりに

1. はじめに

海上衝突予防法（昭和 52 年法律第 62 号。以下、「予防法」という）39 条及び 38 条は、それぞれ、「1972 年の海上における衝突の予防のための国際規則に関する条約に添付されている 1972 年の海上における衝突の予防のための国際規則」（以下、「1972 年規則」という）の Rule 2 (a)、Rule 2 (b) にそれぞれ基づくものである。

同法 39 条は、「この法律の規定は、適切な航法で運航し、灯火若しくは形象物を表示し、若しくは信号を行うこと又は船員の常務として若しくはその時の特殊な状況により必要とされる注意をすることを怠ることによつて生じた結果について、船舶、船舶所有者、船長又は海員の責任を免除するものではない。」と規定する。

また、同法 38 条 1 項は、「船舶は、この法律の規定を履行するに当たっては、運航上の危険及び他の船舶との衝突の危険に十分に注意し、かつ、切迫した危険のある特殊な状況（船舶の性能に基づくものを含む。）に十分に注意しなければならない。」と定め、同 2 項は、「船舶は、前項の切迫した危険のある特殊な状況にある場合においては、切迫した危険を避けるためにこの法律の規定によらないことができる。」と規定する。

本稿は、このうち、同法 39 条の「船員の常務」の解釈について論じるものである。

「船員の常務」は、Rule 2 (a) の“the ordinary practice of seaman”を訳したものである。「船員の常務」については、法解釈上、これまで、①「船員の常務」（予防法 39 条）の定義ないし用法、②1972 年規則で総則的規定にある Rule 2 を予防法上「第五章補則」に置くことの当否、③予防法 39 条の法意、④予防法 38 条（切迫した危険のある特殊な状況）の規定と予防法 39 条が特別法と一般法の関係に立つか否か、⑤「船員の常務」の範囲ないし意義、⑥いわゆる「新たな衝突の危険」の問題等について論じられてきた。このうち、

②¹⁾ ③²⁾ の問題に関しては、近時新たな議論は乏しい。

④³⁾ の問題に関しても同様である。⑥については、これまで様々な論考が重ねられている。そこで、本稿は、これまで海難審判裁決取消請求判決との関係では、明示的に議論されることの少なかった⁴⁾ ⑤「船員の常務」の範囲・意義について検討を行うものである⁵⁾。

以下においては、「船員の常務」の定義について確認した上で、海難審判裁決取消判決を参照しつつ、「船員の常務」の範囲・意義について検討を行う。

2. 「船員の常務」という言葉の定義に関して

2. 1 用法の混在

予防法 39 条の「船員の常務」は、1972 年規則 Rule 2 (a) “the ordinary practice of seaman” の訳語である。また、予防法 8 条 1 項の「船舶の運用上の適切な慣行」は、1972 年規則 Rule 8 (a) の“good seamanship”の訳語である。

他方で、片仮名の「シーマンシップ」、「グッドシーマンシップ」の用語は様々な用いられ方をしており⁶⁾、法解釈の場面ではなく技術者、実務運航者の側から見た場合、教育的・精神的な文脈で船員の常務が語られることがある。

¹⁾ この点について、1972 年規則で総則的位置にあるものを、補則に位置付けることについて、「日本だけが国際規則の統一性を破って独自の予防法を制定することになった」（岸本宗久編『海上衝突予防法史概説』672 頁（成山堂書店・2017 年）との指摘があるが、例外的なものは一番最後に書くという日本の国内法の習慣によるものであり、同規定の重要性の否定するものではないとの説明が当時の海上保安庁の担当者から説明されている（馬場一精「解説・新海上衝突予防法について-4-」『海と安全』昭和 53 年 2 月号・日本海難防止協会・24 頁）。

²⁾ 判例は、「海上衝突予防法第 29 条（筆者注：現予防法 39 条に対応する）ノ規定ハ所定ノ事実ニヨリ発生シタル結果ニ付船主等カ刑法上並私法上ノ責任ヲ免レサルヘキ旨ヲ定メタルニ過キスシテ同条ニ因リ別ニ私法上ノ責任ヲ定メタルモノニ非サルコト明瞭ナル」（大判大正 15 年 12 月 17 日（大正 15 年（オ）第 1061 号第二民事部判決）と述べるに止まる。後述のように、現在、各裁判例では法的根拠規定を前提とした解釈がなされ、非免責を注意的に述べたものに止まるものではないことに争いはないものと思われる。

³⁾ この点について、旧予防法 27 条（現予防法 38 条）は第四章航法に定められ、旧予防法 29 条（現予防法 39 条）は、第六章雑則に定められていたため、両条の関係について、特別法と一般法の関係に立つか否か、すなわち、旧 27 条は、航法のみならず全ての場合に適用されるか否か対立があった。両条文の変遷については、Rule 2 (a) は、「本項は 1960 年規則第 29 条にもとづくものであり、全ての条項の遵守義務を定めたもの」であり、Rule 2 (b) は、「本項は、1960 年規則の第 27 条と殆ど同文である。ただし、1960 年規則に用いられている above rules（前記の規定）との用語では、第 28 条以下の規定によらないことは許されないと解釈も成立しあまいであるのでこの用語は削除されている」と説明されている（「英国海運総評議会（GENERAL COUNCIL OF BRITISH SHIPPING）の 1972 年国際海上衝突予防規則、1960 年海上衝突予防規則との対比及び解説の英和対訳」『船舶通報』資料別冊 No.37・15 頁・日本船主協会（昭和 50 年 12 月））。現行法においては、少なくとも、旧 27 条、旧 29 条ともに、第五章補則に規定されており、いずれかが一般法、特別法の関係にないことは明白である。

⁴⁾ これまで、海難審判裁決を題材とした文献には、今西保彦『海難審判の判例（海上衝突予防法編）』（成山堂書店、昭和 57 年）、『海難審判裁決先例調査研究報告書-船員の常務について-』（財団法人海難審判協会、平成 7 年、（以下、「先例研究報告書」という）、小川洋一編著『船舶衝突の裁決例と解説』（成山堂書店、平成 14 年）などがあるものの、海難審判裁決取消請求判決を主とした題材として扱った論考は多くない。

⁵⁾ 本稿は、2019 年 5 月 31 日に行われた第 140 回日本航海学会の海上交通法規研究会で行った講演をもとに加筆したものである。

⁶⁾ 例えば、「シーマンシップ概念について説明した言説を分類すると、「マインド」と「技術・知識」の 2 つに分類できる。」「シーマンシップは概念理解が難しい一方、システムティックな道具としての性質も存在する。具体的には、海上交通制度における「船員の常務」である。船員の常務には、「グッドシーマンシップ」、すなわち、「普通の船員であれば当然知っているはずの知識、経験、慣行」（海難審判庁 web ページより引用）が含まれているとされており、船舶の衝突を予防する上で、「グッドシーマンシップ」が必要不可欠だと制度的に認められているのである。こうしてみれば、シーマンシップは船員の知識や技術と割り切ることができず、最終的にマインドの議論が必要になる」（奥蘭淳二「シーマンシップと海上保安-PROFESSIONALISM を手掛かりに-」『NAVIGATION』199 号 87 頁）。他には、定型航法で衝突を避けることができない場合には、「「船員の常務」いわゆる「Good Seamanship」に則って行動し、最終的には衝突を避けるため一般的な航法に従わなくて良い」と述べられたり、「「スポーツマンシップ」と同様に精神論的に使用される場合もあり、安全運航に必要な知識・技術を修得するだけでなく、ルールを守り必要な手段を確実に実行する精神面の両方を意味するものと考えることができる。」とも言われている（以上につき、竹本孝弘「シーマンシップと海難」『人間工学』2015 年 51 巻特別号 44 頁）。

2. 2 条文の文言の変遷

(1) 予防法 39 条の「船員の常務」の変遷

我が国においては、明治 13 年に行われた海上衝突予防法規則改正（左大臣熾仁親王布告第 35 号）により第 24 条に「海員ノ常務」という文言が用いられた⁷⁾。その後、明治 25 年に制定された海上衝突予防法（明治 25 年法律第 5 号。以下、「明治 25 年法」という）においても、第 29 条に「海員ノ常務」の文言が用いられ、昭和 28 年に制定された海上衝突予防法（昭和 28 年法律第 151 号。以下、「昭和 28 年法」という）において、その文言が「船員の常務」とされて以降、その文言に変化はなく、現行法に継受されている。他方で、明治 25 年法制定の契機となっている 1889 年の海上衝突予防国際規則の原文は、“the ordinary practice of seaman”であり、その後も各規則改正においてその文言に変更はない。

(2) 予防法 38 条の変遷

予防法 39 条の範囲ないし意義を検討する上で、予防法 38 条の「切迫した危険のある特殊な状況」への注意の変遷を確認することは不可欠である。明治 5 年の船燈規則（太政官布告第 209 号）第 19 条では、法令を遵守するいとまがないときには、臨機の運用をなすべきと規定されていた⁸⁾。その後、明治 7 年の海上衝突予防規則（太政官布告第 5 号）第 19 条では、その文言が「臨機ノ処置」に変更されている。そして、明治 25 年法第 27 条では、「・・・若危険切迫シテ本法ヲ履行シ能ハサル特殊ノ場合ニ於テハ其ノ危険ヲ避クル為臨機ノ処置をヲ為スコトニ注意スヘシ」と規定され、昭和 28 年法第 27 条では、文言が変更され「・・・切迫した危険のある特殊の状況（船舶又は水上航空機の性能に基づくものを含む。）について十分に注意しなければならない。」と規定され、現行法に引き継がれている。他方で、明治 25 年法制定の契機となっている 1889 年の海上衝突予防国際規則の原文は、“any special circumstances”であり、その後も各規則改正においてその文言に変更はない。

2. 3 学説による定義

学説上は、「船員の常務」を「通常の船員ならば当然知っているはずの知識、経験、慣行」と捉える理解が多数説⁹⁾である。さらに、一步踏み込んで「[「船員の常務」(ordinary practice of seaman)とは、航法前文第 1 項の「適当な船舶の運用方法」(good seamanship)と同義であり、船員の常務として必要とされる注意とは、船員としての通常の慣行、知識及び経験からみて必要とされる注意を言う」¹⁰⁾と述べ、「船員の常務」と「適当な船舶の運用方法」(good seamanship)とを同義のものと捉える見解もある。また、予防法 8 条との関係では、「船員の常務」の方がその範囲が運用に限られていないことから若干広い、と述べる見解¹¹⁾もある。

他方で、学説の中には、船員の常務の守備範囲は、錨泊・錨地当直に関して要求される

⁷⁾ 法文は、「此規則ニ於テ點燈又ハ信號又ハ見張ノ怠リ又ハ海員ノ常務又ハ臨機処置ニ於テ必要ナル用心ノ怠リヨリ生シタル事件ニ於テハ船、船主、船長、乗組人員、各其責ヲ免ル可カラサルモノトス」となっている。

⁸⁾ 法文は、「右ノ條々ニ掲ル法令ヲ遵守スルニ就キテモ尚航海中種々ノ危難ニ配心注意シ且突然ニ起レル不測ノ變法令ヲ遵行スルノ違有ラサルカ如キハ時宜ニ應シテ臨機ノ運用を為ス可キ事」である。

⁹⁾ 海上保安庁監修『海上衝突予防法の解説』160 頁（海文堂、昭和 52 年、初版）、前掲註 4）・今西 300 頁、前掲註 4）・小川編 321 頁、新谷文雄『航海法規の Q&A』172 頁（成山堂書店、昭和 62 年）

¹⁰⁾ 藤崎道好『海上衝突予防法論』409 頁（成山堂書店、昭和 40 年）

¹¹⁾ 前掲註 9）・海上保安庁監修 160 頁、前掲註 9）・新谷 112 頁

船員の知識・技能・慣行にとどめるべきであり、航行中の船舶の衝突防止のために要求される高度な知識・技能・慣行、例えば「その時の特殊な状況により必要とされる事項」などは「グッドシーマンシップ」の守備範囲とすべきとする見解¹²⁾がある。この見解は、“ordinary”の原語に立ち返って検討するものであり傾聴に値するものである。しかし、予防法 39 条が第五章補則に規定され、錨泊等に限定されるものではないことや、1972 年規則 Rule 2 も総則規定に置かれていることから、船員の常務の範囲をそのような場合にのみ限定することは困難であろう。

海外の文献などには、Rule 2 (a) について、“Rule of Good Seamanship”として共通して知られていると述べるものや¹³⁾、“Precautions required by the good seamanship or special circumstances”との見出しのもとに説明を行ったりするものもある¹⁴⁾。なお、Rule 2 (b) は、“General Prudential Rule”と呼ばれている¹⁵⁾。

2. 4 裁判例上の定義

「船員の常務」に関する最高裁判例の定義はないものの、裁判例において「船員の常務」とは、「海事関係者の常識、すなわち通常の船舶を運航する者であれば当然知っているはずの知識、経験、慣行」¹⁶⁾などとされることが少なくない。さらに、裁判例の中にも「海事関係者の間で確立された良き慣行 (good seamanship) である船員の常務」¹⁷⁾と述べるものもある。

2. 5 「船員の常務」の定義

以上のように、学説、裁判例とも、「船員の常務」を「海事関係者の常識、すなわち通常の船舶を運航する者であれば当然知っているはずの知識、経験、慣行」と理解する点においては一致を見ているものと言えよう。

さらに進んで、「船員の常務」を“good seamanship”と同義に解することについては、我が国では、予防法 8 条において、“good seamanship”が「船舶の運用上の適切な慣行」と翻訳されていることから、さらなる検討が必要である。この点は、「船員の常務」の範囲とも関連することから、後掲 3. 1 において言及するものとする。

3. 「船員の常務」の範囲・意義

3. 1 「船員の常務」の範囲

(1) 問題の所在

裁判例や学説の中には、「船員の常務」の根拠条文として、予防法 39 条に止まらず、予防法 38 条をも引用するものが存在する。「船員の常務」の範囲をどのように理解すれば良

¹²⁾ 日下明男「海上交通法規における「船員の常務」と「グッド シーマンシップ」との差異に関する研究」『海保大研究報告』第 26 巻第 1 号 49 頁

¹³⁾ Steven D. Browne *NAUTICAL RULES OF THE ROAD 4th ed* p.7

¹⁴⁾ A. N. Cockcroft, J. N. F. Lamijer *A GUIDE TO THE Collision Avoidance Rules 7th ed* p.3

¹⁵⁾ Steven D. Browne *NAUTICAL RULES OF THE ROAD 4th ed* p.9, Simon Gault, Steven Hazelwood *Marsden and Gault on Collisions at Sea 14th ed* p.165

¹⁶⁾ 東京高判平成 22 年 10 月 28 日 (公刊物未登載。平成 20 年 (行ケ) 第 42 号)

¹⁷⁾ 東京高判平成 30 年 8 月 9 日 (公刊物未登載。平成 30 年 (行ケ) 第 2 号)

いであろうか。予防法 8 条の「船舶の運用上の適切な慣行」の範囲とも関連して問題になる。

(2) 裁判例

東京高判平成 21 年 6 月 17 日¹⁸⁾は、「港則法及び海上衝突予防法に進行中の船舶と漂流中の船舶との衝突を避けるための具体的規定はない。そして、海上衝突予防法 38 条、39 条では、海上交通の特殊性から法規制の行われていない場面で運行上の危険や衝突の危険がある場合には、海事関係者間で確立された良き慣行である船員の常務に委ねている。そうすると、本件衝突において、航行中の船舶と漂流中の船舶との航法を直接規制した定めはないから、上記船員の常務に基づき判断するのが相当である。」と述べ、船員の常務の根拠として予防法 38 条及び 39 条を引用している。他にも両条を引用する裁判例が存在する¹⁹⁾。

(3) 学説

学説においても、小川洋一編は、「第 38 条は航法規定の最終条であり、第 39 条は結果責任規定であるが、船員の常務を位置付ける場合、第 38 条、第 39 条を一体として考えるべきである。すなわち、第 38 条の「切迫した危険のある特殊な状況における注意」、及び「切迫した危険を避けるための本条からの離反の措置」、第 39 条の「船員の常務として必要とされる注意」、「特殊な状況により必要とされる注意」等、すべてを含めて船員の常務として位置付けられる。言い換えれば、予防法に定型的航法として明文規定のない場合、又は予防法の各航法に従っても衝突の発生から免れられない場合、Good seamanship に基づく適切な船舶の運用方法によって衝突を避けるためにとった措置を「船員の常務」というべきであると考える²⁰⁾と述べ、「船員の常務」には、予防法 38 条及び 39 条を含むものと理解している。

さらに一步踏み込んで分析的に検討するのが今西であり、予防法 38 条 1 項を①運航上の危険及び衝突の危険に対する注意義務、②切迫した危険のある特殊な状況における注意義務と分類し、その上で、①については、「船員の常務として独立して規定したものではないと解する」²¹⁾とする。また予防法 39 条については、i 本法の規定を遵守する注意義務、

¹⁸⁾ 平成 20 年（行ケ）7 号。LLI/DB 判例番号 L06420716。なお引用の証拠番号は省略した。

¹⁹⁾ ①東京高判平成 16 年 11 月 17 日（平成 15 年（行ケ）526 号。公刊物未登載。）は、「本件において両船に適用される航法については、港則法には両船の相対関係を律する航法規定がなく、予防法で律せられることになるが、予防法 15 条ないし 17 条等に定められた定型的な航法の要件を充たさないため、予防法 38 条及び 39 条に定める『船員の常務』に律せられることについては当事者間に争いが無い。」としている。②東京高判平成 25 年 1 月 31 日（平成 24 年（行ケ）6 号。LLI/DB 判例番号 L06820457）は、「予防法 18 条の定める各種船舶間の航法又は同法 15 条の定める横切り船の航法のいずれについても、それらが適用されるかを判断しかねる状況にあったというべきであり、本件事故は、A 船と B 船とが、航法について、同じ判断を下すことができない状況下で発生したというべきであるから、同法 38 条及び 39 条を適用して船員の常務により律するのが相当である」と述べる。③東京高判平成 26 年 10 月 22 日（平成 26 年（行ケ）8 号。公刊物未登載）は、「原告は、錨泊中とはいえ、常時 B 船の動静監視を行い、衝突の危険を認識することが十分可能であったと認められるのであるから、予防法 5 条に基づき、B 船との衝突のおそれについて十分に判断することができるように、常時適切な見張りをした上で、予防法 38 条 1 項及び 39 条に基づき、船員の常務（その内容としては、同法 7 条 1 項及び 5 項、8 条 1 項の趣旨も十分にしんしゃくされるべきである。）として、B 船との衝突を避けるための適切かつ有効な動作を、できる限り十分に余裕のある時期にすべき義務があったと言うべきである。」としている。④東京高判平成 28 年 2 月 16 日（平成 27 年（行ケ）16 号。公刊物未登載）は、「(中略) その後、補助参加人との間で本件合意をし、B 船の右舷灯を視認して B 船が左転したことを知ったのであるから、本件合意による航過を安全に実行するために、予防法 5 条に基づく見張り義務として、また、船員の常務として、適切な見張り態勢を構築するなどして B 船の動静監視に一層傾注するとともに、船員の常務として、無用な針路の変更等によって衝突のおそれを生じさせることのないように、針路及び速力の保持に努め慎重に航行すべきであった（予防法 5 条、38 条、39 条）」と述べる。

²⁰⁾ 前掲註 4)・小川編 322 頁

²¹⁾ 前掲註 4)・今西 287 頁

ii 船員の常務として必要とされる注意義務、iii 特殊な状況において必要とされる注意義務と分類した上で、i については、「船員の守るべき常識を宣言したもの」²²⁾であり、iii も「所謂「船員の常務」に包含せらるべき性格のもの」²³⁾と述べている。このため、今西によれば、①、ii 及び iii が船員の常務に含まれることとなる²⁴⁾。また新谷も、予防法第 39 条の「船員の常務として必要とされる注意」について説明せよ、という項目において、「この注意義務は、予防法 38 条第 1 項の一般的注意義務として、その履行が要求される」²⁵⁾と述べ、予防法 38 条 1 項前段には船員の常務を含むものと理解している。さらに、先例調査報告書は、予防法 38 条 1 項の運航上及び衝突の危険について、「十分なる注意の範囲は極めて広く、灯火、信号及び見張り等に関してもこれから生起される危険について、船員の経験及び慣行等により十分な注意を払う必要がある」²⁶⁾と述べており、予防法 38 条 1 項前段の注意については、船員の常務に基づくものと理解しているものと思われる。

このように学説においては、少なくとも予防法 38 条 1 項前段の義務については、「船員の常務」の範囲に含めて理解する見解が少なくない。

これらの学説については、次のような批判がある。

三川は、前記今西の見解を引用した上で、「船員の常務による注意をこのようにオールマイティなものと考え、認定した事実が、本法の各規定に該当しないか、該当する規定を見出すのが困難であれば、直ちに船員の常務の規定を適用することにより、結果的に必要とされる危険回避措置を、すべて船員の常務として船長等に強制する結果が見かけられないであろうか」と批判し、「状況判断が複雑でとるべき措置が緊急を要する特殊な状況において、船員の常務による規定で対処することを求めるのには無理があるし矛盾」していると述べる²⁷⁾。三川は、予防法 38 条 2 項、第 39 条の船員の常務、特殊な状況の 3 つの注意義務の意義及び区分を十分に認識したうえで、具体的状況に適合したものを適用すべきとする²⁸⁾。また、松本は、その文理解釈から、「本法でいう『船員の常務』には、少なくとも①適切な航法で運航すること、②灯火若しくは形象物を表示すること、③信号を行うこと、④その時の特殊な状況により必要とされる注意をすることは含まれないことになる。ところで七二年国際規則では、①～③の義務規定は、“この規則を遵守すること”に該当し、これは本法における第二章航法、第三章灯火及び形象物、第四章音響信号及び発光信号、すなわち第四条から第三七条に相当する。さらに④の義務規定は、第五章補足の第三八条に相当している²⁹⁾。したがって①～④は本法上に明文化された各種の義務規定にほかならない。」³⁰⁾と説明している。

(4) 検討

どのように考えるべきであろうか。

まず、「船員の常務」の範囲について、予防法 38 条の全部又は一部を含むと解すること

²²⁾ 前掲註 4)・今西 300 頁

²³⁾ 前掲註 4)・今西 301 頁

²⁴⁾ 松本宏之「所謂「船員の常務」についての一考察」『海保大研究報告』第 35 巻第 2 号 27 頁参照

²⁵⁾ 前掲註 9)・新谷 112 頁

²⁶⁾ 前掲註 4)・先例研究報告書 9 頁

²⁷⁾ 三川清人「船員の常務に関する若干の考察」『船長』101 号 70 頁（日本船長協会、平成 4 年 1 月）

²⁸⁾ 前掲註 27)・三川 69 頁

²⁹⁾ このような理解は、前掲註 9)・新谷 113 頁の部分の理解と同様であると思われる。

³⁰⁾ 前掲註 24)・松本 16-17 頁

は、我が国の予防法において、「船員の常務」が予防法 39 条に規定されているという文理解釈上適切ではない。

また裁判例にも、「船員の常務」の根拠条文として、予防法 39 条のみを引用するもの、すなわち、「船員の常務」には、予防法 38 条を含まないと解釈できるものがある。例えば、東京高判平成 12 年 12 月 13 日³¹⁾は、「同法 39 条は、船員の常務として必要な注意することを怠ることによって生じた結果について船長及び海員の責任を免除するものでないことを明らかにしているが、船員の常務としての通常の慣行、知識及び経験からみて必要とされる注意を意味するところ、航行中の動力船である A 船が漂泊中の B 船の動静監視を十分に行い B 船との衝突を避けるための措置をとることが船員の常務に含まれることは明らかであり、本件判決が同条に基づいて原告の注意義務違反を判断したことは相当である。」としている。他にも予防法 39 条のみを引用している裁判例が一定数存在している³²⁾。これらの裁判例において、予防法 38 条か予防法 39 条いずれの適用かが争われたものではないため、予防法 38 条を含まない明確な根拠は示されていない。しかし、素直な文理解釈を行えば、当然その根拠条文は自然と予防法 39 条になるものである。

また、予防法 38 条が「船員の常務」に含まれるとした場合、「船員の常務」の範囲が極めて不明確かつ広範なものになり得る。この点は、前記三川の批判する通りである。

さらに、予防法 38 条が、予防法 39 条とは別に敢えて、「切迫した危険のある特殊な状況にある場合」において、予防法からの離脱・違背を認める根拠として定めたことを希薄化してしまう虞がある。また比較法的観点からも、予防法 38 条が“General Prudential Rule”³³⁾と呼ばれていることとの不整合を招く結果となりかねないように思える。

また運航実務者の側からも、「船員の常務」とは「船員の職務」と訳すべきであり、そのような理解を前提に、「規則 2 (a) は、「船員の職務」により必要とされる注意、(b) は「船員の職務」により必要とされる注意をもってしてもなお回避できない場合の危険に対する注意を定めたもので、両者の注意の区分はハッキリと分かれている。」と指摘されている³⁴⁾。

³¹⁾ 平成 11 年（行ケ）342 号。公刊物未登載。

³²⁾ ①東京高判昭和 54 年 10 月 25 日（判例時報 952 号 31 頁、財団法人海難審判協会編『海難審判庁判決取消請求事件判決集』903 頁）は、「以上に説示したとおり、本件に海交法第三条第一項、旧予防法第二一条、第一九条は適用されないから、結局、本件事故は、旧予防法第二九条にいう船員の常務として必要とされる注意義務を尽くすことによって回避すべきであったと言わざるを得ない。けだし、右第二九条は、同法その他の法律に直接の規定が存在すると否にかかわらず、船員の通常の経験と船舶運用上の原則に基づいた技術並びに船員の業務上の慣行から考えて、いわばその常務として要求される注意義務を尽くすべきことを前提として規定されているものと解されるからである。」としている。②東京高判平成 6 年 2 月 28 日（平成 2 年（行ケ）169 号。判例時報 1490 号 30 頁、判例タイムズ 851 号 100 頁）は、「右に述べたところによれば、本件においては、B 船と A 船との間及び B 船と C 船との間に、ほぼ同時に見合い関係が発生したことになる。予防法の基本原則は、多船間の関係を二船間（一船対一船）の航法（定型的航法）関係に還元し、原則的には、そのどちらか一方の船舶に他方の船舶の進路を避けさせることにあるので、本件のように三船間に見合い関係が成立する場合においても原則として二船間の航法関係に還元して考察すべきであり、かかる考察をしたときに、相矛盾する避航義務と保持義務とを同時に負う艦船が存在することになり、二船間の航法によることができななどの特段の事情のある場合に、初めて船員の常務（予防法 39 条）に従うべきことになる」と解するのが相当である。」とする。③東京高判平成 15 年 8 月 27 日（平成 15 年（行ケ）21 号。公刊物未登載。）は、「本件衝突に関しては、港則法及び予防法には、適用すべき航法の規定がないから、予防法 39 条の『船員の常務』により律するのが相当である。」としている。④東京高判平成 22 年 10 月 28 日（平成 20 年（行ケ）42 号。公刊物未登載。）は、「予防法 39 条は、船員の常務として必要とされる注意を怠ることによって衝突事故が発生した場合その結果について関係者の責任は免れない旨注意的に規定している。（中略）本件衝突事故は、航行中の A 船が錨泊している B 船に衝突したものであるところ、船舶間の避航法上、航行中の A 船が錨泊している B 船を避けることが上記のとおり船員の常務に当たることはいうまでもない。」としている。

³³⁾ 前掲註 15) 参照

³⁴⁾ 河内満「国際的誤解の構造について」『月報 Captain228 号』21 頁（日本船長協会、昭和 61 年 11 月）。このような解釈は、Rule 2 (a) と Rule 2 (b) とを、原則と例外の関係として捉えるものであり、論旨は明快である。Rule 2 (a) が good seamanship として通常守るべきルールを定めたものとする一般的な解釈と合致し、また Rule 2 (b) が“which may

このような観点からは、予防法 39 条の「船員の常務」には、予防法 38 条 1 項及び 2 項は含まれないものと解するべきものと思われる。

(5) 「船員の常務」と予防法 8 条 1 項

予防法 8 条は、(衝突を避けるための動作) の見出しのもと規定されている。そして、同条 1 項は、「船舶は、他の船舶との衝突を避けるための動作をとる場合は、できる限り、十分に余裕のある時期に、船舶の運用上の適切な慣行に従つてためらわずにその動作をとらなければならない。」と規定されている。

1972 年規則 Rule 8 (a) は、“Any action taken to avoid collision shall, if the circumstances of the case admit, be positive, made in ample time and with due regard to the observance of good seamanship.”と定めている。原文には、他の船舶との文言はなく、衝突を避けるためのあらゆる行動と規定されているのみである。

もっとも、同項は、第二章航法(原文は、“PART B. STEERING AND SAILING RULES”)に位置しており、法文の解釈上は、航法に関するものに適用される。このことは、予防法 8 条 2 項以下において、針路や速力について言及されていることから明らかである。

したがって、同項における“good seamanship”は、衝突を回避するための針路及び速力に関する場面を規律するものである³⁵⁾。

このような解釈からすれば、「船員の常務」と「船舶の運用上の適切な慣行」とが同義であるという解釈にはならない。「船員の常務」=“the ordinary practice of seaman”=“good seamanship”と解釈したとしても、予防法 8 条 1 項で従うべき“good seamanship”は、限定されたものとなろう。

そして、針路及び速力に関する衝突回避の場面の“good seamanship”とそのような場面に限定されない“good seamanship”とは一応区別することが可能である³⁶⁾。このような文脈においては、予防法 39 条 1 項の「船員の常務」を“good seamanship”と同義と解することが可能である。なお、比較法的には、“the ordinary practice of seaman”を“good seamanship”として理解されていること³⁷⁾からも、我が国においてもできる限り、海外における解釈と矛盾しないよう上記のように解釈すべきである。

3. 2 「船員の常務」の意義

(1) 問題の所在

前記 2. 5 で検討したように、「船員の常務」とは、「海事関係者の常識、すなわち通常の船舶を運航する者であれば当然知っているはずの知識、経験、慣行」と定義するのが通説・判例である。もっとも、このように解釈してみても、極めて抽象的・一般的であり、その意義は不明確であることから、どのように解すべきかが問題となる。

make a departure from these Rules”としてルールからの逸脱を行わしめるものであることを明文で述べていることとも合致するものである。

³⁵⁾ 河内満「船長のための英語研究 (35)」『月報 Captain395 号』54 頁(日本船長協会、平成 22 年 2 月・3 月)は、同項における“good seamanship”を「適切な操船」と呼んでいる。

³⁶⁾ 前掲註 34)・河内 14 頁は、“good seamanship”を狭義には、「操船」、広義には「船舶の運用」と訳すべきであると述べている。同氏の立場は、結論において本稿の立場とおおむね同じのものであると思われる。

³⁷⁾ 前掲註 13)・Steven D. Browne p.7

(2) 学説・裁判例

学説では、船員の常務として要求される注意義務として、①航行船は、錨泊船、漂泊船を避ける、②出入航時や狭水道、霧やもやのときなどには、機関用意を令し、投錨配置につけ、不測の事態に備える、③危険な見合い関係になる前に転針又は減速して危険から遠ざかることなどが例示されている³⁸⁾。裁判例にも、「本件衝突事故は、航行中の A 船が錨泊している B 船に衝突したものであるところ、船舶間の避航法上、航行中の A 船が錨泊している B 船を避けることが上記のとおり船員の常務に当たることはいうまでもない。」と述べる裁判例³⁹⁾や、「本件衝突に関しては、港則法及び予防法には、適用すべき航法の規定がないから、予防法 39 条の『船員の常務』により律するのが相当である。」と述べる裁判例⁴⁰⁾がある。

このように航法に明文規定がない「航法」を導く根拠規定となっていることは学説及び裁判例で広く認められてきたところである。

(3) 検討

それでは、「船員の常務」の機能がそのような明文なき「航法」としての機能に限定されるべきものであろうか。

そもそも、「常務」という言葉は、予防法上定義されておらず、他の法令上も参考となるものはない⁴¹⁾。すでに見てきたように、「船員の常務」は、“the ordinary practice of seaman”の訳語である。直訳すれば、船員の通常の慣行や船員としての一般的な行動という意味であろう。比較法的にも、前記 3. 1 (5) で述べたように、“the ordinary practice of seaman”は、“good seamanship”と同義であると捉えられた上で、“Standard of care”の見出しのもと、船員に求められているのは、通常の技術と通常の知性であって、全ての事故に対する予見や備えまでは期待されていない⁴²⁾、とされている⁴³⁾。

学説においても、森は、「人の注意能力の標準を定めるには、ある特定の人を標準とせず、その人の職域において、一般的、もしくは客観的にこれを求めるとするのが通説であって（客観説）、何人も異常特別の注意を要求せられるものではない。したがって、船員に対して要求される注意義務は各々の職務に応じて、その職務に従事する船員に普通なものではない。海上衝突予防法第二九条は、これを船員の常務（the ordinary practice of seaman）といい、イギリスの学者はまた、善良なる船員の注意義務（the rules of good seamanship）ともいう」⁴⁴⁾と述べており、「船員の常務」を注意義務の基準としての文脈

³⁸⁾ 前掲註 4)・今西 300 頁、前掲註 4)・小川編 321 頁

³⁹⁾ 東京高判平成 22 年 10 月 28 日（平成 20 年（行ケ）42 号。公刊物未登載。）

⁴⁰⁾ 前掲註 32)・③参照

⁴¹⁾ 常務取締役なる名称も会社法上の名称ではない。

⁴²⁾ 前掲註 15)・Simon Gault p.96 では、“What is required of seaman is ordinary skill and ordinary intelligence; they are not expected to foresee and provide against every accident.”と記述されている。また、*The Thomas Powell and The Cuba* (1866) 14L.T.603, per Dr Lushington. においては、“We are not expect extraordinary skill or extraordinary diligence, but that degree of skill and that degree of diligence which generally to be found in persons who discharge their duty.”とされており、extraordinary な、つまり特異な技術や注意（勤勉さ）は期待されていないとの文脈で用いられている。

⁴³⁾ 前掲註 34)・河内は、この点についてより明確に、「(中略)他に船が居なければ、「船員の常務」により要求される注意を払えば回避出来るので、航海の危険（筆者注：予防法 38 条 1 項の「運航上の危険」を“Dangers of navigation”に立ち返り、「航海の危険」と呼び論じている。）ではないが、船がふくそうして来て規則に従って適切な操船をする場合に、どうにも操船の方法がなくなったときに初めて航海の危険となるのである。」と述べ、予防法 39 条の「船員の常務」が適用される場面が通常の場合であることを強調している。

⁴⁴⁾ 森清『海難審判制度の研究』257 頁（中央大学出版部、昭和 43 年）

で捉えている。

また Simon Gault⁴⁵⁾ においては、“good seamanship”の規律が、“One view is that the principle underlies all the rule,”とされ、“Another is that it is interstitial in nature, filling gaps left by the rules.”と述べられたうえで、“Both views are accurate to some degree.”とまとめられている。「船員の常務」を明文なき「航法」のみならず、注意義務の基準として捉えることは、比較法的視点からも矛盾しないものと思われる。

このように検討した場合、最判昭和 36 年 4 月 28 日⁴⁶⁾ との関係をもどのように解すべきかが問題となる。同判例は、「右の意味における見合関係とは、具体的な当事者が実際に衝突の危険を認めた関係を意味するものではなく、注意深い船長（または水先人）が注意していたとすれば衝突の危険があるものと認むべき関係を指すものと解すべき」と述べているに止まり、具体的な当事者を基準とすべきとの主張を否定した点に意味がある。そうだとすれば、「船員の常務」を過失判断の際に、誰を基準とすべきものかの問題と理解することと矛盾しないものである。なお、船員の常務を注意義務の基準として位置づけることについては、我が国の他の法分野では明文に根拠を求めることなく、過失の問題として捉えられてきたことから、あえてそのような解釈を取る必要がないという批判があり得よう。しかし、予防法は、国際法規としての性質を持つことから、我が国での法解釈と矛盾しない範囲で他国の法制度と平仄を合わせるべきである。そうでなければ、我が国を航行する他国籍の船舶や他国の船員を乗組員とする船員の認識との間に齟齬が生じ、コミュニケーションの問題が生じるばかりではなく、法的安定性を害する結果となってしまうであろう⁴⁷⁾。

総トン数や長さの別⁴⁸⁾、船種（VLCC、LNG 船、バルクキャリア、コンテナ船、自動車専用船、カーフェリー、起重機船、引船・押船、タグ、遊漁船・漁船、客船、艦船、水中翼船、ホーバークラフト等）によって、回頭・停船の難易等の操船性能や他船からの視認性も大きく異なる。さらに言えば、船舶の装備・形状・素材等（推進器の種別、スラスターの有無、個数、製造からの年月、双胴船か、鋼船かアルミ船か FRP か否か等）によっても全く異なる。これらの諸要素により、備えておくべきとされる能力が客観的に一般的に大きく異なることに異を唱えるものはいないであろう。

海難審判裁判決や同取消請求判決においては、これらの諸要素を踏まえた上で、通常の船員であれば、どこまでの義務が要求されるのか否かの点についても、十分に検討されるべきものであろう。例えば、夜航海中、自船と他船が横切り船の航法が適用される関係にあり、自船が保持船、他船が避航船であり、他船に針路を変更する様子がなく、いくら汽笛を吹鳴ししたり、昼間信号灯を照射した等をしてしても他船が一向に針路変更しようとしないうちなどは、通常の船員であれば他船の当直航海士が居眠りをしている可能性を 1 つの選択肢として考えなければならないであろう。もしその点に思いも寄らず、予防法 17 条でとることができる、あるいは求められる各種措置の判断の遅れに繋がったような場合には、

⁴⁵⁾ 前掲註 41)・Simon Gault 165 頁

⁴⁶⁾ 民集第 15 卷 4 号 1115 頁、判例タイムズ 121 号 43 頁

⁴⁷⁾ なお、予防法 9 条の国内法化の過程及び現在の文言については、前掲註・岸本・674 頁は、「予防法の具体的妥当性を軽視することになった」などと痛烈に批判している。

⁴⁸⁾ 総トン数 20 トンを超えるか否かで必要とされる資格が大きく異なり（船舶職員及び小型船舶操縦者法）、総トン数が 500 トンを超えるか否かで国際海上の資格区分も異なる（STCW 条約）、総トン数が 1 万トンを超えると強制水先となる海域が存在する（水先法）。また長さが 50 メートル未満（海上交通安全法施行規則 3 条）か 200 メートルを超るか否か（海上交通安全法 2 条 2 項 2 号）により海上交通安全法上の義務も異なる。

保持船側の過失も原因に寄与しているように思われる⁴⁹⁾。もっとも事案はケースバイケースであり、事案毎に慎重な判断が求められるであろう。

(4) 整理

以上のように考えれば次のように整理することができよう。

まず、「船員の常務」には、従前用いられてきた明文なき航法としての意義がある。この意味での船員の常務は、法的側面からは、予見可能性に基づく結果回避義務として解釈されるものである（海難審判では職務上の過失⁵⁰⁾の存否が、損害賠償請求訴訟では過失の有無⁵¹⁾が、刑事裁判では業務上の過失⁵²⁾の有無が判断される。いずれも、過失が問題となっており、各法制度上、過失の捉え方は微妙に異なるものであるが、予見可能性と結果回避義務とを中心とした概念であることに争いはない⁵³⁾）。そのような意味において、ある程度類型化された状況をもとに予見可能性及び結果回避義務が「船員の常務」の下位規範として措定されることとなろう。漂泊船と航行船の場合を例に取ってみれば、漂泊船側には、自船に接近する船舶について予見可能であり、またそのような船舶との間に衝突のおそれがある場合には、当該船舶との衝突を回避するという結果回避義務がある。他方で航行船の側にも自船の前路に他船がないか予見すべきであり、他船がいるような場合には、避航措置をとるという結果回避義務が存在する。なお、この場合の両船の予見は、現行法では予防法 5 条の見張り義務に吸収されているものであり、「船員の常務」により導出されるのは、結果回避の部分（誤解を恐れずに、換言すれば、積極的に衝突回避を行うべき側とそうでない側、あるいは衝突した場合の原因への寄与）であろう⁵⁴⁾。

次に、先に述べたように、過失を判断するにあたり、誰を基準とすべきか、という意味における「船員の常務」が存在する。前掲最判昭和 36 年 4 月 28 日において述べられている、注意深い船長もこの一例である。同判決では、「船長」との文言が用いられているが、海難審判等で第一義的に責任が問われるのは、職制上の船長ではなく、当該当直航海士である。したがって、同判決が船長に限定するものではないことは当然のことである。そうすると、同判決の意義は、注意深い船員、あるいは注意深い当直航海士という意味に解釈すべきものである⁵⁵⁾。そして、同判決の意義が個別具体的当事者を基準とするものではないという点にあることからすれば、「注意深い」との部分、通常の注意、と換言することができるものと思われる⁵⁶⁾。そうすると、注意深い船長は、通常の船員を言いかえたに過

⁴⁹⁾ 他には、例えば、ある海域で夜間、特定の漁業を行う船舶が無灯火であることが当該地域を夜航海する船員であれば当然知っているべきものとまで高められたものであった場合、当該慣行ないしそれを前提とした知識は、通常の船員であれば知っているべきものとなり、「船員の常務」の守備範囲となるものと思われる。

⁵⁰⁾ 海難審判法 3 条参照

⁵¹⁾ 民法 709 条、商法 713 条、商法 788 条

⁵²⁾ 刑法 129 条 2 項、刑法 211 条

⁵³⁾ なお、前掲註 4)・今西 19 頁は、海難審判法改正前のものであるが、「海難防止のためには、海難の入口における過失が重要視され」「複数の海難原因の競合による複数の過失が累積的に併存する場合（累積的過失併存説）が多いのであって、刑法理論における過失段階説は、海難審判にはなじみ難いものである」と述べ、刑法上の過失の差異に言及している。

⁵⁴⁾ 損害に対する原因の寄与の理論的問題については、より直接的には損害賠償責任における過失の比較及び損害の分配の問題にかかわるものであり、本稿は海難審判判決取消請求判決の検討であることから、別の機会において述べることにする。

⁵⁵⁾ もっとも、船長の航海計画の立案に問題がある場合や、海峡通航時の事前の指示が不十分であり昇橋の遅れに繋がり事故に至った場合には、当直航海士のみならず船長の過失が問題になる。

⁵⁶⁾ 特別な注意をもつことが求められていないことは、予防法 38 条との比較、あるいは、1972 年国際規則 Rule 2 (a) と Rule 2 (b) との比較から明らかである。特別な場面は、Rule 2 (b)、すなわち我が国では予防法 38 条の適用場面である。

ぎず、通常の船員の一例としてあげられたものと解することができる。予防法上のそれぞれの義務を検討する上で、基準とされるのは、通常の船員であり、通常の船員とは、船員の常務であり、また“good seamanship”である。例えば、20 トン未満の FRP 製小型船舶がシーアンカーを入れた上で漂流しており、総トン数 499 トンのガット船が航行中であり、両船間に衝突のおそれが生じた場合、同漂流の場所が輻輳海域に至らずとも海上交通頻回な場所であり、周囲を少なくないガット船が航行していたり、付近に砂利揚場の存在を知っていたような場合には、小型船舶においても、ガット船にその構造上正船首方向に死角が生じ見張り不十分となり易いことや、自船の方がガット船に比べ容易に操船でき、シーアンカーのロープをいざとなれば切断することも視野に入れた上で漂流すべきことは、そのような海域における小型船舶操縦者の通常の知識、経験、慣行から求められるべきものである。

(5) 小括

以上より、「船員の常務」は、各種の義務を判断するに際し、誰を基準とすべきかの基準としても用いられるべきものであると思われる。

4. おわりに

以上検討したように、学説・裁判例とも「船員の常務」の定義を「海事関係者の常識、すなわち通常の船舶を運航する者であれば当然知っているはずの知識、経験、慣行」と理解する点では一致している。そして裁判例には「船員の常務」に予防法 38 条を含まないと解釈できるものが多数存在し、文理解釈上も、また予防法 38 条が「切迫した危険のある特殊な状況」において予防法からの離脱・違背を認める根拠となっていることから、「船員の常務」には予防法 38 条は含まれないものと解すべきである⁵⁷⁾。

「船員の常務」は、これまでは、主に“明文なき航法”あるいは“予防法の隙間”を埋めるものとして用いられてきたものであり、法的側面からは、予見可能性に基づく結果回避義務の根拠規定として、あるいはそのものとして解釈されてきたものである（もっとも、予見の側面は現行法においては、予防法 5 条の見張り義務に吸収されている）。

そして、その本来の意義に立ち返れば、そのような位置付けに止まらず、各種の義務を判断するに際し、誰を基準とすべきかの基準としても機能すべきもののように思われる。このような解釈は、これまで船長の判断基準のリーディングケースとされてきた前掲最判昭和 36 年 4 月 28 日もその一例と位置付けることができ、同裁判例とも何ら矛盾しないものである。

これまで「船員の常務」の上に述べたような意義は、明確に区別して論じられることが少なかった。今後は、両者を意識的に区別して論じることによって、運航実務者の感覚に合致する法的判断が行われることになり、より一層、公平かつ正義に適う内容となるものと思われる。

⁵⁷⁾ このような意味においては、かつて、同条が「臨機の処置」との文言を用いていたのは、忠実な直訳の点からは好ましくないものであったかもしれないが、意識としては我が国の法文上の文言としては明快であったものと言えよう。