

早稲田大学博士論文概要書

イギリス憲法におけるコモン・ローの再燃と市民的自由の基本権的理解
—コモン・ロー上の司法アクセス権と権力分立の質的变化—

早稲田大学大学院法学研究科

山口哲史

第1章 序論

研究の動機・目的 本研究は、欧州人権条約・欧州人権裁判所の判例を参照しつつも、コモン・ローを中心に人権保障を展開しようとする 2010 年代のコモン・ローの再燃 (common law resurgence) の傾向の中で、従来重要視されてこなかったイギリス憲法上の権力分立の概念が質的に変化していることを、コモン・ロー上の司法アクセス権の視座から論じようとするものである。

イギリス憲法は、不文憲法である。人権保障についても、成文憲法の中に人権規定を置いて、公権力を法的に統制するという形をとっていない。もともと、人権を保障する実質をもつ法規範は、制定法 (1225 年マグナ・カルタ、1679 年人身保護法、1689 年権利章典など) やコモン・ロー (判例法) に存在してきた。特にコモン・ローは、個々人が本来的に法により規制されないことは自由にできるという状態を前提にして、個々の訴訟方式を通じて公権力の不法な行為に対する賠償、その他の法的救済を保障することにより、「市民的自由 (civil liberties)」を保障し、成文憲法での人権規定による人権の保障と同等の結果を多くの場合に達成してきた。それゆえ、イギリスは 1951 年に欧州人権条約 (European Convention on Human Rights、以下、欧州人権条約または人権条約と記述する) を批准し、さらに個人が人権条約の裁判所たる欧州人権裁判所 (European Court of Human Rights、以下、欧州人権裁判所または人権裁判所) に直接に申立を行うことのできる個人申立の管轄権をイギリス政府が 1966 年に受諾しつつ、長らく欧州人権条約の国内実施をせず、既存の制定法とコモン・ローによる人権保障で足りると考えてきたのである。ところが、市民的自由の保護の限界が 1970 年代に認識されるようになった。そこから権利章典制定が論じられるようになった。

市民的自由の限界を如実に示したのが Malone 事件であった。警察が盗品売買の嫌疑のある古物商を捜査する過程で盗聴を行った。古物商はこの事実を盗品売買の刑事訴訟の過程で知るに至り、盗聴の違法性を確認する宣言的判決を求めて提訴した。Megarry 副大法官は、警察の盗聴を禁止する立法がないため、警察の盗聴は違法ではないと判示した。これは警察の盗聴行為を違法とする法令整備の不備による結果として発生した。同時に、コモン・ロー上の訴訟原因に盗聴行為による侵害行為の訴訟原因 (具体的にはプライバシーの侵害) が存在しないことから生じたことでもあった。

その後、1980/90 年代には、権利章典の制定がない中で、イギリスの裁判所は判決の理由付けの中で人権条約を参照・考慮しながらコモン・ローを展開させていった。そしてついに、1997 年に成立したブレア労働党政権が人権条約を国内実施する 1998 年人権法 (Human

Rights Act 1998, c. 42) を制定した（施行は 2000 年 10 月 2 日）。同法の下で、人権条約上の権利侵害という訴訟原因が創設され、イギリスの国内裁判所が人権条約に照らして国内法と公的機関の活動の人権条約適合性審査を行うこととなった。

ところがその後、イギリスの裁判所が 1998 年人権法上の訴訟で考慮義務の対象としている欧州人権裁判所の判例において、人権条約起草時には予測もできないような人権をも認められるようになったことや、欧州人権裁判所がイギリス法を誤解していることがあるという理由で、イギリスの裁判所は欧州人権裁判所と一定の距離をとるような状況が生じるようになった。そこで、イギリスの裁判所は、2010 年ごろから、人権条約・人権裁判所判例を参照しつつも、コモン・ローを中心に人権保障を展開するようになった。この展開はコモン・ローの再燃（common law resurgence）と呼ばれている。

コモン・ローの再燃の中で、少なくとも 20 世紀の間に司法判断を差し控えてきた種類の事案に裁判所は介入するようになってきている。なぜ、裁判所はそうした司法判断を差し控えてきた事案に対処するようになり、またどのように対処しているのだろうか。またその判例の展開は、イギリス憲法においていかなる意味を持つのだろうか。

先行研究 貴族院裁判官であった Scarman はハムリン講演『イギリス法—その新局面』のなかで、国会の立法の下で裁判所は市民的自由（civil liberties）を十分に保障できない点を危惧し、コモン・ローが至高の立法権を有する国会の制定法に対しては無力であるので、権利章典を制定し、国会の侵害に対抗できる権利の確立を主張した。Ewing と Gearty が警察権限の拡大、通信傍受、情報部の活動、テロ対策によって市民的自由が危機的状況あることを論じた。

そうした市民的自由の限界や危機的状況が認識されるなか、1998 年人権法制定全の段階で、Laws 裁判官や Brown-Wilkinson 裁判官が主要な法学雑誌に投稿した論文のなかで、イギリスの裁判所のコモン・ロー上の欧州人権条約の参照に関して、イギリスの裁判所が欧州人権条約をコモン・ロー形成における指針とし、またコモン・ローにおける市民的自由の保護が実は欧州人権条約上の権利の保障と同レベルのものとなっていると論じた。

1998 年人権法に関して、イギリスの裁判所は欧州人権裁判所判例の考慮義務を負う（法 2 条 1 項）。判例法上、イギリスの裁判所が欧州人権裁判所の判例法に足並みを揃えるために Ullah 原則が採用された。しかし複数の判決において、Ullah 原則はコモン・ロー上の人権保障にかかる法理の形成を妨げるとの批判にさらされている。Ullah 原則を採用することで利点が生じるわけではなく、裁判所がコモン・ロー上の人権法理を形成するにあたり、

1998 年人権法がコモン・ローの形成において本領を発揮するには Ullah 原則を廃止するほ
かないと論じられている。

本稿の課題・方法・分析軸の設定

欧州人権条約を参照しつつコモン・ローを展開して
きた 1980/90 年代において、被告の行為は司法判断不適合性を理由に法的責任が否定されて
きた。しかし、2010 年ごろからのコモン・ローの再燃のなかで、裁判所はこの被告の法的
責任を否定する法理が公正な審理を妨げるために、司法アクセス権を侵害するものと判示
していると捉えることができる。コモン・ロー上の訴訟において、政治部門の意思決定に任
せるべきという理由で、裁判所が司法判断を控えて、法的責任を問うべき場合であっても被
告の法的責任を否定する法理を適用することは、ダイシーの『憲法序説』における法の支配
の第 2 の意味である平等原則に反し、恣意的権力の行使を助長する可能性がある。この観点
から、司法アクセス権によって、裁判所は、その権能の重要性を一層高め、従来の裁判所の
権力分立の理解が変化することになると考えられる。

本稿は、判例法の展開を分析する。その理由は、本稿では、イギリス憲法が成文憲法を持
たないからこそ、制定法とコモン・ローが主たる憲法原則を維持し展開するものとなるから
である。主要な検討対象は、司法不適合の事案に着目することから、イギリスにおける司法
アクセス権を争う事案を扱う。本稿の指す司法アクセス権は、公正な裁判を受ける権利 (fair
trial rights) を中核にして、付随的な訴訟手続や法的扶助 (legal aid) にも及ぶ。分析対象の
判例法として、まず、コモン・ロー上の司法アクセス権に関する判例法の展開を把握する。
そのうえで、司法判断不適合性と結び付いて形成されてきた被告の法的責任を否定する法
理も検討する。この両面の検討から、裁判所が司法判断不適合について検討している過程を
総合的に把握できるからである。次に、判例法の分析軸には、裁判所における権力分立
(separation of powers) の捉え方の変化に置く。その理由は、裁判所の司法抑制的な態度が、
立法部、行政部、司法部の間の機関間の権能の関係性に由来すると考えられるからである。

本稿は、判例法の展開を分析する切り口として、次のような視座を設定する。①コモン・
ロー上の司法アクセス権に裁判所はどのような評価を与えているか (2 章)。②司法判断不
適合を理由に被告の法的責任を否定する法理に対して、コモン・ロー上の司法アクセス権は、
どのような影響を及ぼしているか (3・4 章)。③権力分立の観点から、コモン・ロー上の司
法アクセス権は、裁判所の権能にいかなる影響を及ぼしているのか。また裁判所の権能はど
のように評価されているか (5 章)。

各章の概要

第2章 コモン・ロー上の司法アクセス権

司法アクセス権 (right of access to courts) は、司法手続や法的扶助にとどまらず、紛争を抱える市民が公正な審理を行う裁判所を利用することができる権利を指す。司法アクセス権は、市民が裁判所において自らの主張を述べ、救済を求めるために前提となる重要な権利である。本章は、従来のコモン・ロー上の司法アクセス権が、判例法上、どのように捉えられてきたのかを明らかにするための章である。コモン・ロー上の司法アクセス権は、少なくとも 1980 年代から判決文中に現れている。判例法の分析を通して、1980 年代以降の重要判決から司法アクセス権が判例法上定着していく様子を追う。

1980/90 年代に、まず裁判所は受刑者に司法アクセス権を認めた (Raymond 事件貴族院判決)。次に、Raymond 事件と類似の事件において司法アクセス権を基本的な権利 (basic right) であり憲法上の重要な権利と評価した (Leech 事件控訴院判決)。そして大法官による出訴に際しての手数料負担命令の違法性が争われた Witham 事件において、控訴院は一般的な制定法の文言では司法アクセス権を廃止することはできないと判示し、裁判所がコモン・ロー上の司法アクセス権を司法手続に必要な権利として判例法上、確立させていることを明らかにした。次にコモン・ローの再燃に関連して、手数料負担の必要のなかった雇用審判所への提訴に手数料負担を課す大法官の命令の違法性が争われた UNISON 事件最高裁判決において、最高裁は、憲法上の司法アクセス権は法の支配の本質であること、また低所得者・中間所得者が提訴するには、手数料を負担するのと引き換えに、自らの生活水準を下げなければならない点を指摘し、司法アクセス権を侵害していると判示した。学説は、UNISON 最高裁判決によって司法アクセス権が強く保護されていると評価している。

第3章 司法判断不適合と判示されてきた警察のネグリジェンス責任における注意義務の否定に関する判例法の変化

第3章は、司法判断不適合と判示されてきた警察のネグリジェンス (過失不法行為) 責任における注意義務の存否をめぐる判例法の変化を論じる。ネグリジェンス責任において被告の負う注意義務は第1の成立要件である。この注意義務の有無を判断するとき、裁判官は注意義務の賦課が公平・公正・合理的かという法政策的考慮 (policy considerations) を行う。この法政策的考慮を理由に、警察活動への司法統制の難しさに関連して、裁判所は警察が犯罪被害者に対してほとんどの場合に注意義務を負わないとする判例法理を形成してきた。しかし、その後の判例の展開は、コモン・ローの再燃のなかで一定の場合に警察が注意義務

を負うことを認めている。

重要判決として Hill 事件を取り上げた。連続殺人事件の容疑者を警察が迅速に逮捕しなかったことで本件の原告の娘が殺害されたことについて、警察がこの被害者へ注意義務を負うか否かが争われた。貴族院は原告の上訴を棄却した。なぜなら、警察に注意義務を課すことで、警察活動の萎縮、濫訴の可能性、訴訟対応に警察の資源の分散が危惧され、また警察活動が司法判断に馴染まないと考えたからであった（事件名を冠して Hill 事件の法理）。本件以降、警察は注意義務をほとんどの事件において免れてきた。

警察の犯罪捜査の不手際について Hill 事件の法理の法理が適用された Osman 事件が、欧州人権裁判所に申し立てられた。人権裁判所は、欧州人権条約 2 条（生命権）の侵害の申立について、警察が申立人の現実かつ差し迫った基準を認識しまたは認識すべきであったかが立証されていないと判示した。一方で、Hill 事件の法理が原告の同条約 6 条（公正な裁判を受ける権利）を侵害していると判示した。本件 6 条違反の認定後、警察の注意義務の有無について、Hill 事件の法理の適用を躊躇する判決が下され、そして公的機関も一般に不法行為責任を負うという前提から出発し一定の状況下で注意義務を課す判決が下されるようになった（Robinson 事件最高裁判決）。公的機関のネグリジェンス責任の体系書は、従来の警察を含めた公的機関の注意義務を否定するアプローチから、公的機関に付与される権限の目的を果たさせるため公的機関の注意義務を認めるアプローチへ変更すべきと示唆している。Hill 事件の法理は、警察が加害者だったわけではなかったが、警察が原告の損害を生じさせた事件にまで適用されるようになっていった。

イギリス国内において従来、警察と同様にネグリジェンス責任を免れてきた軍隊、バリスター、専門家証人のコモン・ロー上の免責法理が変更・修正されるようになったことを確認した。

本章は結論として、警察のネグリジェンス責任における注意義務を否定してきた裁判所が、姿勢を転じて注意義務を認めるようになったことを実証した。この実証研究によって、Hill 事件の法理の適用が、司法アクセス権を侵害しているため、同法理を廃止し個別具体的な事案ごとに紛争を解決する裁判所の姿勢を明らかにした。

第4章 外交安全保障事項に関する国王大権とコモン・ロー—人身の自由を素材に—

第 4 章は、外交安全保障事項に関する国王大権の行使をめぐるコモン・ローの統制について、人身の自由を素材に検討した。検討に際して 1980/90 年代、1998 年人権法制定以降、そしてコモン・ローの再燃の生じはじめる 2010 年ごろ以降の 3 つの時期に区分している。

1980/90年代（Greene事件、Cheblak事件）と1998年人権法制定以降（Abbasi事件）において、裁判所は外交安全保障事項に関連する人身の自由の制約について、司法判断不適合と判決してきた。2011年のRahmatullah事件において、アフガニスタンの米軍基地に拘束され続けているRahmatullahのために提起された人身保護令状が請求された。控訴院は人身保護令状を発給し、これを受けイギリス政府はRahmatullahの釈放を求める外交交渉をアメリカ政府と行ったが、釈放されることはなかった。本件は最高裁に原告が上訴し被告イギリス政府も交差上訴した。だが原告のさらなる人身保護令状の請求と、被告のイギリス政府はRahmatullahの身柄を裁判所に提出させるだけの統制を及ぼしていないとする主張を棄却した。人身保護令状請求は棄却されているが、最高裁は、アフガニスタンの米軍基地に拘束されているRahmatullahにイギリス政府が統制を及ぼしているとの見解を採っている。従来の裁判所の抑制的姿勢を改めつつあるといえる。

次に、Belhaj事件最高裁判決を扱う。イギリス政府が諸外国と共謀して原告らを拘束、拉致そして拷問に及んだと主張され、損害賠償請求訴訟が提起された。争点は、イギリス政府の当該共謀行為に不法行為責任の発生を妨げる外国の主権的行為の法理（foreign act of state）の適用の是非であった。最高裁は共謀行為が原告の人身の自由を侵害した拷問に及んだため同法理を適用しなかった。このような外交安全保障事項に関する事案についても、裁判所が個別具体的な内容ごとに審理する姿勢は、司法アクセス権を保護しようとするものといえる。

第5章 イギリス憲法におけるコモン・ロー上の基本的人権としての司法アクセス権の位置づけと権力分立

本章は、司法アクセス権の侵害を理由に、被告の法的責任を否定したり非常に狭い範囲に限定する法理が、緩和ないし廃止されていく展開が、イギリス憲法上、いかに評価できるかを考える。

法の支配の下で、裁判所が要求されているのは、公平な審理を行う土台の提供である。そのために、裁判所は司法アクセス権を残余的な市民的自由としてではなく、基本権的なものとして理解する必要がある。それは人身の自由への侵害や拷問のような行為に対する救済を求める前提となるからである。その前提が、残余的なものに過ぎないのであれば、国会制定法や従位立法によって容易に制限されてしまう。そうした制限に対する積極的な主張を可能とするのが、コモン・ロー上の司法アクセス権なのである。

コモン・ロー上の司法アクセス権の確立を通して、裁判所がその権能を高めていく姿勢を、

国会も支持している者と読み取ることができる。貴族院裁判官の1人 Steyn 卿は、法学雑誌に投稿した論文のなかで、最上級級審裁判所（貴族院上訴委員会）の地位を立法部の従属的地位に置くこと、大法官が立法、行政、司法職を兼ねることに批判を加えてきた。大法官と類似の官職が英領ガーンジー島の代官にあり、その代官が行政官と裁判官を兼務することで人権条約 6 条を侵害するとして欧州人権裁判所に申し立てられ違法と判決された（McGonnell 事件）。同事件を背景に、司法部の統率、資源、配置の配分のような司法部の運営に関して、大法官の権限を制約する取り決め（コンコルダート）が、大法官と首席裁判官との間で結ばれた。この取り決めが、2005 年憲法改革法の制定につながり、同法による大法官職の改革や最高裁判所の設置を促すこととなった。

裁判所がコモン・ロー上の市民的自由を基本権的に認識するようになったのは、自生的なコモン・ローを形成する裁判官らが、コモン・ロー上の市民的自由の限界を認識するようになり、その限界を克服する必要性を感じたことに起因している。1998 年人権法の下で、欧州人権裁判所判例参照義務に関連して、Ullah 原則を前提に、人権裁判所の判例に実務上、イギリス国内法が縛られる形を呈するようになった。とはいえ、イギリスの裁判官らは、イギリス独自の人権規定を備えた成文憲法が制定されないなかで、残余的な市民的自由にとどまらない人権保障が必要だと考えた。それは議院内閣制という国会と行政が一体化する統治機構が、国会主権原則のもとで授権される行政に対する司法統制を強める必要性が生じたからであった。

議院内閣制において、与党の党首に権力の集中しその与党が政府を支え、その与党が多数を占める国会が、政府を監視・コントロールすることの限界が生じたことで、裁判所の重要性が高まっていると学説は指摘した。その限界と裁判所の重要性の指摘から考えると、裁判所がコモン・ローによって人権保障を展開するほかなかったのである。その必要性から、裁判所はコモン・ロー上の市民的自由のなかでも特に重要な司法へのアクセスをコモン・ロー上の基本権人権と認識するようになったのである。

では、ダイシーはどのように司法権を捉えていたのだろうか。ダイシーは『憲法序説』を再読すると、ダイシーは、いかなる政府も恣意的な権限を行使せざるを得ないことは認めつつ、その権限行使は、裁判官の監督に服するし、特に国会の制定法上の文言によって示される意思是、裁判官の解釈に服すると説明していた。このことは、裁判所が国会と、国会から授権される行政に対して、決して劣ることのない法の解釈者としての機能を見出している。これはイギリス憲法上、裁判所が決して位置づけの低い存在とは言えないことを示唆している。むしろ、国会制定法上の文言を裁判所が支持しないという状況が生じる可能性のある

ことすら示唆する書き方をダイシーはしていると読める。

権力分立に関する学説はどうか。Barendt の権力分立論の特徴は、立法部・行政部・司法部の機関間の抑制と均衡を権力分立として捉え、権力が一部門に集中しないようにする準則と原理原則のネットワークとしてとらえる部分にある。Masterman の権力分立論は、国会制定法たる 1998 年人権法とその判例法、2005 年憲法改革法による司法制度改革を中心に現代イギリスにおける権力分立を組み立てる点に特徴がある。

裁判所の抑制的態度の根拠となっていた権力分立が、その質的变化によって、裁判所の行政活動に対する積極的姿勢へと転換していることを論じていることから、コモン・ロー立憲主義と関連性を有する。そこでコモン・ロー立憲主義に関する Laws 裁判官、Paul Craig、そして従来主張してきた政治的立憲主義をコモン・ロー立憲主義を併せて考察する Adam Tomkins の主張を見ていきたい。

Laws と Craig の見解に共通するのは、イギリス憲法上、ダイシーの憲法論に修正を迫りつつ、法と裁判所の重要性を評価する点にある。2 人は、権力分立に頻繁に言及しているわけではないが、権力分立に関連する。その立場は、本稿で検討してきたコモン・ロー上の司法アクセス権と合致するものといえる。なぜなら、従来政治部門に意思決定の委ねられてきた警察活動や外交安全保障事項に関する国王大権の行使が、コモン・ロー上の司法アクセス権を背景に、その統制の場が全面的ではないにせよ、一定程度、裁判所に移りつつあるからである。Tomkins は、現代のイギリス憲法がコモン・ロー立憲主義と政治的立憲主義両方の特徴を備える混合憲法になっていると主張する。その混合憲法は、国会主権原則を存続させ、一方で政府・公的機関の活動への司法審査を憲法善として積極的に捉える憲法である。

イギリスにおいてダイシーの憲法論は成文憲法かのように捉えられてきた。こうした論争を引き起こしているのは、イギリス憲法が不文憲法であり、現在、流動化していることが大きな要因となっている。政治的立憲主義である Tomkins は、コモン・ロー立憲主義にも一定の理解を示し、混合憲法を主張していることから、裁判所が政府や公的機関の活動を統制することに異論はないといえるだろう。

終章

本稿の設定した視座は次の通りであった。①コモン・ロー上の司法アクセス権を裁判所はどのような評価を与えているか (2 章)。②司法判断不適合を理由に被告の法的責任を否定する法理に、コモン・ロー上の司法アクセス権は、どのような影響を及ぼしているか (3・4 章)。③権力分立の観点から、コモン・ロー上の司法アクセス権は、裁判所の権能にいか

なる影響を及ぼしているのか。また裁判所の権能はどのように評価されているか（5章）。

以上の視座からの検討について、本稿は次のように結論付ける。①コモン・ロー上の法の支配を支える司法アクセス権は、紛争当事者が裁判所で救済を得るための障害を取り除き、裁判所が公平な審理を受ける機会を提供する権利であると裁判所は評価している。

②第3章について、警察のネグリジェンス責任における注意義務を否定する Hill 事件の法理は、ダイシーの法の支配の第2の意味である平等原則に反するという理由から廃止された。第4章について、司法判断不適合を理由に、これまで消極的に判断されてきた外交安全保障事項をめぐる国王大権の行使に関して、人身の自由の侵害や拷問行為についてまで裁判を拒否することはまで外国の国家行為の法理を適用することは裁判を拒否することになり、法の支配を否定することになりかねないという理由から、外国の国家行為の法理の適用範囲を狭めた。

③裁判所は自ら権能を拡大している。これは、権力分立の質的変化を示している。その理由は、不文憲法であるために公権力行使に制限を加える人権規定を持たないなか、裁判所が残余的な市民的自由の限界を認識し、さらに議院内閣制ゆえに国会の多数派を占める政権党の支える政府に対するコントロールの限界を認識した。そして、恣意的権力の行使の抑制の必要性が生じたことで、裁判所によるコモン・ローの法形成を通じた恣意的権力の行使の抑制のための権利を形成してきた。その恣意的権力の行使の抑制の前提となるのが、コモン・ロー上の司法アクセス権である。また、近年の立憲主義に関する Laws、Craig、そして近年では政治的立憲主義の立場を変化させ、コモン・ロー立憲主義と政治的立憲主義の特徴を合わせ持つ混合憲法を主張する Tomkins も、近年の裁判所の権能の拡大に積極的な評価を下している。

以上のように、単なる市民的自由として、法の制約に無条件に服してよいと考えるべきではない法的利益が存在すると裁判所が考えるようになり、それを改めて「基本」権と呼ぶようになった。何が法であるかをいうのは裁判所の役割であるから、裁判所は基本権の擁護者として、国会に対抗する形で司法権を行使しても、それは権力分立に反しないといえる。それだけでなく、まさに民主的な社会における少数者の基本権を含めて法的権利を保護するのは裁判所の役割であるから、権力分立は積極的に裁判所の任務を正当化するものになるともいえる。近時の判例の流れはこうした裁判所の権力分立の理解を反映しているといえるだろう。

本稿の最後は、若干ではあるが、コモン・ロー上の基本的人権の種類、特定の方法、コモン・ロー上の基本的人権を適用解釈する裁判所と国会との関係における限界を試論として

考察した。コモン・ロー上の基本的人権として、Belhaj 事件で扱った人身の自由と拷問の禁止を挙げることができる。その理由は、この2つの権利が、歴史的に重要な法令、コモン・ローの重んじてきた法原理原則や価値を国際慣習法や人権条約の中に見出すことができ、またコモン・ローを第1の法源とする英連邦諸国の方においても一定の共通性を見出すことができるからである。

裁判所と国会との関係におけるコモン・ロー上の基本的人権の射程について、選挙権の不当な剥奪の違法性の争われた事件において、傍論ではあるが、国会の定めた制定法上の制限が、コモン・ロー上の基本的人権を侵害する場合に、同制限を違法（違憲）とする可能性があると示唆している。