

早稲田大学審査学位論文（博士）

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

## 目次

第1章 序論 .....	6
第1節 問題の所在.....	6
第1項 コモン・ローと欧州人権条約.....	6
第2項 1998年人権法の構造.....	8
第2節 先行研究・判例の展開・本稿の課題.....	10
第1項 1998年人権法制定以前のコモン・ローと欧州人権条約の関係に関する先行研究 10	
第2項 1998年人権法以後の判例と先行研究での主たる論点.....	13
第3項 コモン・ローの再燃に関する先行研究.....	21
第4項 本稿の課題.....	23
第3節 方法と分析軸の設定と構成.....	26
第1項 方法と分析軸の設定.....	26
第2項 構成 .....	28
第2章 コモン・ロー上の司法アクセス権.....	31
第1節 序論 .....	31
第2節 司法アクセス権に関する重要判例.....	31
第1項 Raymond v. Honey 事件貴族院判決.....	31
第2項 Leech 事件控訴院判決.....	32
第3項 Witham 事件高等法院判決.....	33
第4項 小括 .....	35
第3節 UNISON 事件最高裁判決.....	35
第1項 UNISON 事件最高裁判決の概要.....	35
第2項 分析 .....	38
第4節 UNISON 事件最高裁判決に関する学説.....	39
第1項 Mark Elliott.....	39
第2項 Alan Bogg.....	39
第5節 小括 .....	41
第3章 司法判断不適合性を理由とする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.....	43
第1節 序論 .....	43
第2節 ネグリジェンス責任における注意義務と法政策的考慮の概観.....	44
第1項 Donoghue v. Stevenson 事件貴族院判決.....	44
第2項 Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd. 事件貴族院判決.....	45
第3項 Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd. 事件貴族院判決 .....	45
第4項 Anns v. Merton London Borough Council 事件貴族院判決.....	46

第 5 項	Caparo Industries Plc. v. Dickman 事件貴族院判決	47
第 6 項	注意義務における法政策的考慮の位置づけ	47
第 3 節	Hill 事件貴族院判決と Osman 事件欧州人権裁判所判決	48
第 1 項	Hill 事件貴族院判決の概要	48
第 2 項	Osman 事件欧州人権裁判所判決と Z 事件欧州人権裁判所判決	50
第 3 項	Osman 欧州人権裁判所判決直後の公的機関の注意義務の存否判断に関する判例法の展開	55
第 4 節	Osman 欧州人権裁判所判決以後の警察のコモン・ロー上の注意義務の存否判断に関する判例法の展開	56
第 1 項	Brooks 事件貴族院判決	56
第 2 項	Smith v. Chief Constable of Sussex Police 事件貴族院判決	57
第 3 項	Van Colle 事件貴族院判決	59
第 4 項	Michael 事件最高裁判決	61
第 5 項	Robinson 事件最高裁判決—Hill 事件の法理の廃止—	64
第 6 項	Robinson 事件最高裁判決による Hill 事件の法理の廃止の意味	70
第 5 節	Osman 欧州人権裁判所判決以降の公的機関及び専門家のネグリジェンス責任をめぐり国内判例法の展開	72
第 1 項	軍隊の注意義務—Smith v. Ministry of Defence 最高裁判決	72
第 2 項	バリスターの注意義務—Arthur JS Hall 貴族院判決	73
第 3 項	専門家証人 (expert witness) の注意義務—Jones v. Kaney 最高裁判決	74
第 4 項	小括	75
第 6 節	警察のネグリジェンス訴訟における注意義務と権力分立	75
第 7 節	警察のネグリジェンス訴訟における注意義務に関する学説	77
第 1 項	法政策的考慮に関する学説	78
第 2 項	Hill 事件の法理に関する学説	79
第 3 項	まとめ	81
第 8 節	小括	81
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—人身の自由を中心に—	83
第 1 節	序論	83
第 2 節	1998 年人権法制定以前の重要判例	86
第 1 項	Greene 事件貴族院判決	87
第 2 項	Cheblak 事件控訴院判決	88
第 3 項	小括	90
第 3 節	1998 年人権法制定以後の重要判例	90
第 1 項	Abbasi 事件控訴院判決	90
第 2 項	小括	92

第4節	裁判所の外交安全保障に関する紛争への姿勢の変化.....	92
第1項	Rahmatullah 事件控訴院判決（2011）.....	92
第2項	Rahmatullah 事件控訴院判決（2012）.....	94
第3項	Rahmatullah 事件最高裁判決（2012）.....	96
第4項	Mohammed 事件及び Rahmatullah 事件最高裁判決（2017）.....	99
第5項	Belhaj 事件及び Rahmatullah 事件最高裁判決（2017）.....	101
第5節	学説.....	108
第1項	外交安全保障に関する国王大権のコモン・ロー上の統制に関する学説...108	
第2項	Belhaj 事件および Rahmatullah 事件の最高裁判決に関する学説.....	110
第6節	Robinson 事件最高裁判決と Belhaj 事件最高裁判決との比較とその共通点..112	
第7節	小括.....	114
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.....	117
第1節	コモン・ロー上の基本的人権としての司法アクセス権.....	117
第1項	コモン・ロー上の司法アクセス権の意義.....	117
第2項	コモン・ロー上の市民的自由の基本権的理解の理由.....	121
第2節	ダイシーの憲法論における権力分立.....	122
第1項	ダイシー憲法の特徴と限界.....	123
第2項	イギリスにおける権力分立の議論.....	127
第3節	コモン・ロー上の司法アクセス権と権力分立の関係.....	130
第4節	イギリスにおける立憲主義に関する議論における評価.....	132
第1項	コモン・ロー立憲主義.....	132
第2項	Sir John Laws 裁判官の見解.....	133
第3項	Paul Craig の見解.....	134
第4項	Adam Tomkins の近時の見解.....	135
第5項	まとめ.....	136
第5節	小括.....	137
終章	139	
第1節	コモン・ロー上の司法アクセス権と権力分立.....	139
第2節	イギリス憲法へのインプリケーション—コモン・ロー上の基本的人権の可能性—	140
第1項	コモン・ロー上の基本的人権についての試論.....	140
参考文献・判例リスト.....		145
辞書・辞典.....		145
邦語文献.....		145
英語文献.....		146

判例リスト .....	150
イギリス国内裁判所判決.....	150
欧州人権裁判所判決.....	153
その他の判決.....	154
公文書	154

## 第1章 序論

### 第1節 問題の所在

#### 第1項 コモン・ローと欧州人権条約

イギリス憲法は、不文憲法である<sup>1</sup>。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。もっとも、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<sup>2</sup>）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<sup>3</sup>。そこから権利章典制定が論じられるようになった<sup>4</sup>。

市民的自由の限界を如実に示したのがMalone事件<sup>5</sup>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

<sup>1</sup> Turpin, C. and Tomkins, A., *British Government and the Constitution*, 7th ed. (Cambridge University Press, 2011) 4, Le Sueur, A., Sunkin, M. and Murkens, J.E.K. (eds.), *Public Law: Text, Cases, and Materials* (Oxford University Press, 2016) 11. イギリス憲法研究会の手による倉持孝司・小松浩編著『憲法のいま—日本・イギリス—』（敬文堂、2015）の愛敬浩二「第1章 立憲主義と憲法」8頁は、「イギリスはしばしば「不文憲法の国」と呼ばれるが、・・・実質的意味の憲法の重要部分が法律によって定められているので、「不成典憲法の国」というべきであろう、と指摘する。

<sup>2</sup> 本稿において、単に「裁判所」と示す場合、これはイギリスの裁判所を指す。欧州人権裁判所を指す場合は、「欧州人権裁判所」または「人権裁判所」と示す。

<sup>3</sup> Scarman, L., *English Law: The New Dimension* (Stevens, 1974). 邦訳としてスカーマン・L（田島裕訳）『イギリス法—その新局面』（東京大学出版会、1981）がある。また市民的自由の限界について、後述の倉持孝司『イギリスにおける市民的自由の法構造』（日本評論社、2001）が詳しい。

<sup>4</sup> この点の詳しい論稿として、倉持孝司「イギリスにおける統治構造論と新権利章典制定化の動向」名古屋大学法政論集 89 卷（1981）375-452 頁、倉持孝司「イギリスにおける新権利章典論議と市民的自由の保障に関する一考察（一）」名古屋大学法政論集 139 卷（1992）389-416 頁。

<sup>5</sup> *Malone v. Metropolitan Police Commissioner* [1979] Ch. 344; [1979] 2 W.L.R. 700; [1979] 2 All E.R. 620. Malone 事件の詳細な検討として、倉持・前掲注（3）第2章。

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、イギリスの裁判所は、1980/90年代には、権利章典の制定がない中で、イギリスの裁判所が、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<sup>6</sup>。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、欧州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。同条約起草時に予測ができなかった人権の例として、受刑者の国政選挙の選挙権を一律に禁じる立法を人権条約不適合とした後述の Hirst 事件欧州人権裁判所判決を挙げることができる<sup>7</sup>。またイギリス法を誤解している判決として、後述の警察の過失不法行為（ネグリジェンス）責任の成立をほとんど一律に否定し続ける判例法が人権条約6条の公正な裁判を受ける権利を侵害すると判決した後述の Osman 事件欧州人権裁判所判決を挙げることができる<sup>8</sup>。

そのような状況の中で、2010年代の裁判所は1998年人権法ではなくコモン・ローにおいて少なくとも20世紀の間に司法判断を差し控えてきた種類の事案に介入するようになってきている。裁判所は、なぜ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でしょうか。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。

---

<sup>6</sup> 中村民雄「ヨーロッパ人権条約の摂取によるコモン・ロー人権法理の再生と創造」成蹊法学 45号（1997）59-111頁。

<sup>7</sup> Hirst v. UK (No. 2) (App. no. 74025/01); (2006) 42 EHRR 41.

<sup>8</sup> *Infra note* 152, Osman v. United Kingdom (App. 23452/94); (2000) 29 EHRR 245.

## 第2項 1998年人権法の構造

まず1998年人権法とはどのような立法なのかを確認しておこう。1998年人権法は、私人と公的機関の関係を規律し、また間接的に私人間の関係を規律する法律である。同法の構造は次の通りである。第1に、「公的機関」の作為・不作為が人権条約上の権利に適合しない場合、公的機関の作為・不作為は違法とされる(6条1項)。この規定は、人権条約に適合しない公的機関の行為を違法とする基準を示したもので、公的機関は人権条約に適合する形で行わなければならない。この「公的機関」には、「裁判所及び審判所」も含まれる(6条3項a号)。また1998年人権法は私人間訴訟にも適用される<sup>9</sup>。裁判所・審判所も公的機関に該当すると規定されており、公的機関が人権条約に違反する形で行った場合、当該行為は違法とされる。裁判所に私人間訴訟が提起されたとき、この「公的機関としての裁判所」は人権条約に適合する形で法を運用する必要がある、これを怠れば公的機関としての裁判所による法の運用も人権条約違反となる。

第2に、人権条約上の権利侵害の訴えがイギリスの裁判所に持ち込まれた場合、裁判所は、欧州人権裁判所の判決、決定、宣言、勧告的意見、欧州人権委員会の意見・決定、閣僚委員会の決定を「考慮に入れなければならない(must take into account)」(人権条約考慮義務、2条1項)。イギリスの裁判所の欧州人権裁判所の判例法に対する基本的姿勢はBingham裁判官の次の言葉で言い表されている。Bingham裁判官は「国内裁判所の義務は、欧州人権裁判所の判例法が徐々に発展するのと同じように足並みを揃えることにある。それ以上でも、当然、それ以下でもないように(no more, but certainly no less)<sup>10</sup>」と述べ、イギリスの

---

<sup>9</sup> 1998年人権法上の私人間訴訟の例として、プライバシーの侵害に関する判例の展開を挙げる事ができる。イギリス法上、プライバシーという概念は存在してこなかった。しかし、週刊誌が著名人の薬物治療セラピーに通っている姿を盗撮したことの違法性がコモン・ロー上の守秘義務違反(breach of confidence)の訴訟原因とする訴訟において争われる中で、私生活の尊重に関する権利(人権条約8条)を援用し、裁判所は実質的にコモン・ローにおいてプライバシーに相当する法益を私人間訴訟において保護するようになった。Campbell v. MGN Ltd [2004] UKHL 22; [2004] 2 A.C. 457; [2004] 2 W.L.R. 1232; [2004] 2 All E.R. 995.

1998年人権法の私人間訴訟に関する文献として、Hoffman, D. (ed.) *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law* (Cambridge University Press, 2011)。また特にイギリスにおけるプライバシーに関する保護に関する先行研究として、平誠「イギリス1998年人権法の水平的効力—プライバシー保護に関する判例・学説の分析を通して—」久留米大学大学院比較文化研究論集 17号(2005)143-159頁; 同「イギリスにおけるプライバシー保護の状況—1998年人権法施行から10年を経て—」久留米大学法学 65号(2011) 57-80頁; 内藤るり「私生活上の事実の保護における秘密保持の法理の活用—イギリス私法上のプライバシー保護の一展開—」国家学会雑誌 122巻1・2号(2009) 221-288頁、平松直登「1998年人権法の『水平的効力』の諸相—「公的機関」としての裁判所—の意義と私人間効力—」明治大学法学研究論集 43号(2015) 27-46頁を挙げる事ができる。

<sup>10</sup> R. (on the application of Ullah) v. Special Adjudicator [2004] UKHL 26; [2004] 2 AC 323; [2004] 3 WLR 23, para 20.



裁判所が欧州人権裁判所の判例法に足並みを揃える立場を採る Ullah 原則（または鏡像原則（Mirror 原則））を採用した（これに対する批判的な立場の判例も後に生じることは後述する）。

1998 年人権法の構造の説明を続ける。第 3 に、イギリスの裁判所は、可能な限り第一次立法及び従位立法を人権条約上の権利に適合するよう解釈し効力を与えなければならない（適合解釈義務、3 条 1 項）。

第 4 に、裁判所は、国内立法の規定が人権条約上の権利に適合していないと判断した場合、救済方法の一つとして不適合を宣言することができる（不適合宣言、4 条 2 項）。しかし、不適合宣言は、争われた規定の効力、継続的運用、また執行に影響を及ぼすものではない（4 条 6 項）。不適合宣言が違憲審査権のように法的拘束力を有しないのは、人権法が、国会主権原則をそのまま維持する形で人権条約を国内実施しているからである。不適合宣言の特徴は、違憲審査権のように制定法を違憲無効とはせず、国会が制定法の改正を委ねられている点にある。不適合宣言が出された場合、大臣の発する修正命令によって制定法の改正と従位立法の改正をすることができる（10 条 2 項および 3 項）。裁判所は比較的多くの不適合宣言を発してきたといわれ<sup>11</sup>、2019 年 10 月時点で 42 件の不適合宣言が発せられ、そのうち 10 件が上訴で覆されたので、最終的に 32 件の不適合宣言がなされたことになる<sup>12</sup>。とはいえ、国会の対応は裁判所の不適合宣言に法的に拘束されるのではなく、国会の政治的対応である。

第 5 に、人権法 6 条 1 項に照らして人権条約上の権利を侵害されたと主張する被害者（victim）は、人権法 7 条を根拠に裁判所へ訴えることができる（7 条 1 項）。またその出訴期間は侵害行為のなされた日から 1 年（7 条 5 項 a 号）、または裁判所・審判所があらゆる状況を考慮して公平であると考えられるもっと長い期間が終了する前に提起されなければならない（7 条 5 項 b 号）。

第 6 に、救済については、前述の不適合宣言の他に、権限を有する裁判所は、適切であると考えられる救済を与えることができる（8 条 1 項）。この救済には損害賠償も含まれるが、民事訴訟において損賠賠償または支払命令を出す権限を有する裁判所が、事件のあらゆる事項を考慮してもなお損害賠償の必要があると認めるときに限り認められる（8 条 2 項）。

---

<sup>11</sup> 中村民雄「欧州人権条約のイギリスのコモン・ロー憲法原則への影響—『法の支配』の変・不変—」早稲田法学 87 巻 3 号（2012）659-691、677 頁。

<sup>12</sup> Ministry of Justice, *Responding to Human Rights Judgments: Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government's Response to Human Rights Judgments 2018-2019* (2019 October) Appendix A.

このように 1998 年人権法は、公的機関が人権条約に不適合な形で行った場合に違法となるという前提を示したうえで、イギリスの裁判所に欧州人権裁判所の判例法を考慮する義務を課し、裁判所に国内法令を人権条約に照らして解釈させ、それがかなわない場合には法令の不適合宣言を発する権限を付与している。

1998 年人権法以降、イギリスには市民的自由と 1998 年人権法上の人権条約上の権利という 2 種類の自由ないし権利が存在することとなった。市民的自由とは後述するように、コモン・ローと制定法が規制していない範囲で享受することのできる残余的な自由を意味する。他方、人権条約上の権利は、1998 年人権法によって国内実施される権利のことであり、公的機関の権限及び裁量の行使を人権条約上の権利侵害として無効とする根拠となり、また国会制定法が人権条約に適合しないという不適合宣言の根拠になるが、違憲無効とすることはできない。

## 第2節 先行研究・判例の展開・本稿の課題

### 第1項 1998 年人権法制定以前のコモン・ローと欧州人権条約の関係に関する先行研究

上述のような特徴を有する 1998 年人権法が制定される前に、すでにコモン・ローと人権条約は一定の接点を持っていた。まずは、どのような接点であったのかを学説から明らかにしたい。

イギリスにおいて利用される Helen Fenwick の市民的自由のテキスト<sup>13</sup>は、市民的自由についてどのように記述しているであろうか。Fenwick によれば、「市民的自由の目的は、法によって禁止されていること以外を自由に行うことができることにある。市民的自由の基礎は、市民的自由が享受することのできる自由の領域を黙示的に示す法の存在にある<sup>14</sup>」。

イギリスの市民的自由の研究書の著作のある倉持孝司も、市民的自由を禁止されていないことは何ものをもなしうるという残余的な (residual) な性質だと捉えている。倉持は、前述の Malone 事件について、市民的自由の残余的な性質を逆手に取り、裁判所が警察による犯罪捜査上の盗聴行為を違法でないと判示したところが、市民的自由の限界を示すものと指摘する。

裁判官の中には市民的自由の限界に早くから気が付き、警鐘を鳴らす者がいた。Scarman 裁判官は 1974 年のハムリン講演『イギリス法—その新局面』の中で、次のように主張した。すなわち、

<sup>13</sup> Fenwick, H., *Fenwick on Civil Liberties and Human Rights*, 5th ed. (Routledge-Cavendish, 2016)

<sup>14</sup> *Id.*, 13.

「時世が普通るときで、恐怖が国に広がっていない時には、イギリス法は、がん強に個人の自由を保護し、人間の個性を尊重する。しかし、時世が恐怖および偏見に満ちた異常なときにあっては、コモン・ローは不利な立場にある。議会の意思がいかんにかんがわずに偏見に満ちたものであれ、コモン・ローはそれに反抗することはできない。・・・議会の立法的主権に対して法〔コモン・ロー〕はどのようにすることもできず、このことが、その法体系が基本的で不可侵の人権の概念を受け入れるのを困難にさせている。そこで、(一) イギリス法の中にかかる権利宣言を組み入れ、(二) その諸権利が、国家権力を含め、すべての侵害に対し、たとえ議会などの代表制立法機関によってその権力が行使される場合であっても、保護される手段が見つけだされなければならない<sup>15)</sup>」。

このように、Scarman は国会の立法の下で裁判所は市民的自由を十分に保障できない点を危惧した。同時に、Scarman は、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、人権規定を備えた権利章典を制定し、国会の侵害に対抗できる権利の確立を主張したのである。実際に、サッチャーの率いる保守党政権下でコモン・ローによる市民的自由の保障の限界が顕著に主張されるようになった。Ewing と Gearty の『サッチャー政権下の自由：現代イギリスにおける市民的自由 (Freedom under Thatcher: Civil Liberties in Modern Britain)』<sup>16)</sup>がその1つである。同書は、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、Laws 裁判官と Brown-Wilkinson 裁判官が主要な法学雑誌で裁判所のコモン・ローにおける欧州人権条約の参照について論じた。Laws 裁判官は 1998 年人権法制定以前の段階で成文憲法を有さずとも特別に保障された基本的な権利を保障できるかと問いを立て、イギリスの私法・公法上の判例を検討したうえで、イギリスの裁判所は欧州人権条約を国内実施しているわけではないが、コモン・ローの訴訟において欧州人権条約を考慮していると結論づけた<sup>17)</sup>。

Brown-Wilkinson 裁判官は、権利章典の保障する種の権利をイギリス人は有しているかと問い、判例を検討したうえで、国会が明示的または黙示的に認めない限り一般的な制定法上

---

<sup>15)</sup> スカーマン・前掲注 (3) 16-17 頁。

<sup>16)</sup> Ewing, K.D. and Gearty, C.A., *Freedom Under Thatcher: Civil Liberties in Modern Britain* (Oxford University Press, 1990).

<sup>17)</sup> Laws, J., “Is the High Court the Guardian of Fundamental Constitutional Rights” [1993] PL 59, 71.

の権限が人権を侵害しないものと推定されるのであれば、コモン・ローは欧州人権条約の提供するものと少なくとも等しい保護を個人に与えていることになるだろうと論じた<sup>18</sup>。このように、2人の裁判官は、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。

実際に、Brown-Wilkinson 裁判官の述べた、制定法が人権を侵害しないと推定されれば、コモン・ローは欧州人権条約の提供するのと等しい保護を付与するという考えは、受刑者が一定の理由からジャーナリストと面会できず、その結果言論の自由が制約されていると主張された Simms 事件貴族院判決で Hoffmann 裁判官が述べ、後続の判例においてしばしば利用される解釈手法である。Hoffmann 裁判官は同判決で次のように述べた。すなわち、

「国会主権が意味するのは、国会は、選択すれば、人権という基本的原則に反する立法をすることができるということである。1998 年人権法は国会のこの権能を減ずることはない。国会がその権能を行使するときの抑制は究極的には政治的なものであって、法的なものではない。しかし、適法性の原則 (principle of legality) が意味するのは、国会は自らが現在行っていることに〔裁判所で〕正面から向き合わなければならない、そして政治的代価を受け入れなければならないということである。基本的権利を一般的または曖昧な文言によって覆すことはできない。なぜなら、そうした無限定の字義の含意すべてが民主的過程において気が付かれずに通過したかもしれない危険があまりにも大きいからである。明示的の文言がなく、また反対のことを意味していると分かるだけの推定ができない場合、裁判所はもっとも一般的な文言も個人の基本権に服するよう推定する。こうして、イギリスの裁判所は、国会の主権を承認しながらも、合憲性の原則 (principles of constitutionality) を適用しているのである。この適法性の原則は、国会の権限が憲法的文書によって明示的に制約される国々において存在するものとはほとんど異なるところはない<sup>19</sup>」(〔〕は筆者による)。

このように、Hoffmann 裁判官は制定法の解釈上、国会が明示的の文言によって制約しない限り、基本権を剥奪することのできないという適法性の原則を示し、あたかも市民が基本権を

<sup>18</sup> Browne-Wilkinson, L., “The Infiltration of a Bill of Rights” [1992] PL 397.

<sup>19</sup> R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms [2000] 2 A.C. 115, 131 per Lord Hoffmann.

有しているかのように推定させるためのものであると述べた。

中村民雄も、Laws と Brown-Wilkinson 両裁判官の見解から示唆を受け、1980/90 年代の判例を検討したうえで欧州人権条約を国内実施していない状況下でイギリスの裁判所が同条約上の法理をコモン・ローに摂取させることで従来のコモン・ロー上の法理を変形させ新たな法理を形成していると論じた<sup>20</sup>。

また憲法学者でイギリス憲法と国際人権法を主たる研究対象とする江島晶子は、コモン・ローと人権条約の関係を次のように説明する。すなわち人権条約とコモン・ローは同一とする説明が、人権条約によってコモン・ローの内容を発展させるというように読みかえることによって、人権条約を通じたコモン・ローの発展可能性が存在することは軽視すべきではないと指摘する。しかも、現在、欧州人権条約が 1998 年人権法によって国内実施が実現されただけに、これまで存在した行政裁量の司法審査における障壁は存在しなくなる。過去の裁判官の態度からすれば、欧州人権条約の参照を踏みとどまる理由はなくなるはずである<sup>21</sup>。江島はこのように論じた。

このように複数の学説が、欧州人権条約批准後から 1998 年人権法制定までの間に、裁判所がコモン・ロー上の理由付けの中で人権条約を参照・考慮してきたことを論じた。

## 第2項 1998 年人権法以後の判例と先行研究での主たる論点

### (1) 欧州人権裁判所判例の考慮義務とコモン・ローの自律性

1998 年人権法が運用されるようになると、裁判所は同法 2 条に基づいて欧州人権裁判所の判例法を考慮する義務を負う。規定上、あくまで「考慮する」義務であるため、すでに欧州人権裁判所で判決された内容とまったく同様の判決をする義務を負うわけではない。しかし、2004 年の Ullah 貴族院判決において Bingham 裁判官がイギリスの裁判所は欧州人権裁判所の判決するのと同様に軌を一にして法形成を行うべきだとする原則を述べた (Ullah 原則)<sup>22</sup>。その後、イギリスの裁判所や学説において、イギリスの裁判所が欧州人権裁判所の判例につねに従わなければならないのかどうか論じられるようになった。

人権裁判所判例の考慮義務の具体的適用をめぐっては、Ullah 原則に批判的な立場の判例もある。まず Ullah 原則に忠実な判例として、AF 事件貴族院判決と参照元の A 事件欧州人権裁判所判決を挙げよう。A 事件欧州人権裁判所判決において、申立人 (外国人) は、2001

<sup>20</sup> 中村・前掲注 (6)。

<sup>21</sup> 江島晶子『人権保障の新局面—ヨーロッパ人権条約とイギリス憲法の共生—』(日本評論社、2002) 172 頁。

<sup>22</sup> R (Ullah) v. Special Adjudicator [2004] UKHL 26; [2004] 2 A.C. 323; [2004] 3 W.L.R. 23; [2004] 3 All E.R. 785.

年テロ対策法に基づくイギリス政府の外国人の拘束措置が明確な根拠（申立人が在英することによる国家安全保障上の脅威の該当性）が示されていないとして、人権条約 5 条 4 項（人身の自由）<sup>23</sup>の違反を争った。人権裁判所は、国家安全保障事項に関わるからといって、申立人本人に拘束理由として具体的にどのような事項が国家安全保障上の脅威になるかを示しておらず、手続に不公正な点があったことを理由に 5 条 4 項違反を認めた。AF 事件貴族院判決<sup>24</sup>について、原告が、過度に行動の自由を制限する制定法上の統制命令（control order）を原告らに課すことになった手続が人権条約 6 条（公正な裁判を受ける権利）<sup>25</sup>に違反していると主張し、貴族院は 1998 年人権法 2 条の人権裁判所判例の考慮義務を果たす中、A 事件人権裁判所判決<sup>26</sup>における具体的な拘束理由を示さずに拘束を継続する措置の手続き上の不公正性が違法であったと判示した点を考慮しながら、当局の統制命令を原告に課するときの手続が不公正であったという理由で原告の訴えを認めた<sup>27</sup>。

だが、Ullah 原則を疑問視する意見も裁判官から出されている。その例として引き合いに出される Ambrose 事件最高裁判決<sup>28</sup>を取り上げよう。本件では、酒気帯び運転を疑われた原告が警察官の質問を受け、弁護士を呼べず弁護士の助言を得られずに行った供述が、刑事訴訟で利用されたことについて、原告は 1998 年人権法上の人権条約 6 条違反を訴えた。多数意見は、人権裁判所の逮捕勾留前の弁護士の接見交通権を認めない判決を考慮し原告の訴

---

<sup>23</sup> 「逮捕または拘禁によって自由を奪われた者は、裁判所がその拘禁が合法的であるかどうかを迅速に決定するように、および、その拘禁が合法的でない場合には釈放を命ずるように、手続をとる権利を有する」。戸波江二ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』（信山社、2008）491 頁。

<sup>24</sup> *Secretary of State for the Home Department v. AF (No. 3)* [2009] UKHL 28; [2010] 2 A.C. 269; [2009] 3 W.L.R. 74; [2009] 3 All E.R. 643.

<sup>25</sup> 「6 条 1 項 すべてのは、その民事上の権利義務の決定または刑事上の罪の決定のため、法律で設置された、独立の、かつ、公平な裁判所による合理的な期間内の公正な公開審理を受ける権利を有する。判決は、公開で言い渡される。ただし、報道機関および公衆に対しては、民主的社会における道徳、公の秩序もしくは国の安全のため、また、少年の利益もしくは当事者の私生活の保護のため必要な場合において、またはその公開が司法の利益を害することとなる特別な状況において裁判所が真に必要なであると認める限度で、裁判所の全部または一部を公開しないことができる」。戸波・前掲注（23）、491 頁。

<sup>26</sup> *A v. UK (App no. 3455/05)*; (2009) 49 EHRR 29.

<sup>27</sup> さらなる Ullah 原則に忠実な判例として、S 及び Marper 事件貴族院判決（*R (S and Marper) v. Chief Constable of South Yorkshire Police* [2004] UKHL 39; [2004] 1 W.L.R. 2196; [2004] 4 All E.R. 193.）を挙げることができる。原告らは、警察に逮捕された後、有罪とはならなかったものの、警察に収集された指紋、試料そして DNA は警察のデータベースに保管されたままであった。原告らは警察に対してそうした採取した指紋等を補完し続けることが人権条約 8 条（私生活の尊重を受ける権利）に関連する 14 条（差別の禁止）の違反になると主張した。貴族院は、同 8 条に関する *Silver* 人権裁判所判決（*Silver v. UK (App Nos. 5947/72 6205/73, 7052/75, 7061/75 7107/75, 7113/75, 7136/75)*; (1983) 5 E.H.R.R. 347.）での当局の措置が法に基づくこと、比例性を備えているかを参照しながら、原告の訴えを棄却した。

<sup>28</sup> *Ambrose v Harris* [2011] UKSC 43; [2011] 1 WLR 2435.

えを棄却した。一方で、少数意見を述べた **Kerr** 裁判官は次の通り **Ullah** 原則を疑問視する見解を示した。

「人権裁判所が、人権条約上の権利の範囲について、必ずしもすべての議論を解決するとは期待できないし、そう望むべきでもない。実務の現実からして、人権条約上の権利を求める訴えの多くを、人権裁判所の明確な判例法の助けがなくても、イギリスのあらゆる審級の裁判所は判断しなければならない。さらに、初歩的な原則の問題として、そうした争点について、人権裁判所の権威ある指針が利用できるかどうかにかかわらず、判断するのは義務の義務なのである。したがって、人権裁判所が打ち出している判例法の明確な立場を確かめるだけではなく、ストラスブールの〔欧州人権〕裁判所の判例法が明らかにその立場を示していない場合であっても、当裁判所およびすべての裁判所の義務は、人権条約上の権利に対する訴えを認めうるか否かという問題を解決することにある。最後に、1998 年人権法 6 条は、訴訟当事者によってなされた訴えをめぐり、人権条約上の権利を判断するよう求められるときに、裁判所は代替的手段を委ねられてはいない。本条は、人権条約上の権利に適合しない方法で行う裁判所を含めた公的機関の行為を違法とする。人権条約上の権利が効果的に主張された場合に、人権条約がこれに関して宣言しようといまいと、効果的に履行されるべきこの制定法上の義務は、国内裁判所が判決を下すという要請と共に実施されなければならない<sup>29)</sup>」。

**Kerr** 裁判官が指摘したように、**Ullah** 原則の問題点は、人権裁判所が保障する権利の範囲を超えて、イギリス裁判所が人権保障を行うことができるかどうかという点にある。同裁判官は、人権裁判所がその立場を明確にしていようといまいと、裁判官の面前に持ち込まれた事件を処理する必要があると述べ、**Ullah** 原則に対して一定の距離を置く立場を採った。**Ambrose** 最高裁判決の **Kerr** 裁判官と同様の考えを持つ裁判官は少なくない。

たとえば、1987 年命令によって 10 歳の児童を婚姻関係にないカップルが養子に迎えることができないことの人権条約 8 条および 14 条に違反するかが争われた **In re G (A Child) (Adoption, Unmarried Couples)** 事件貴族院判決<sup>30)</sup>において、多数意見を述べた **Hoffman** 裁判官

---

<sup>29)</sup> *Id.*, para 129.

<sup>30)</sup> **In re G (A Child) (Adoption: Unmarried Couples)** [2008] UKHL 38, [2009] 1 AC 173, [2008] 3 WLR 76.

は、イギリスの裁判所が欧州人権裁判所の判決にいかなる姿勢をとるべきかを示している。すなわち、

「よって、欧州人権裁判所を超えて判断することになるのではないかと考えて、1987年命令が14条が人権条約8条および14条に違反する違法な差別であると宣言することを裁判官各位は躊躇すべきではないと私は考える。だが、仮に超えているとしたらどうだろうか。たとえば、欧州人権裁判所が〔先例である〕Frette事件欧州人権裁判所判決の立場に逆戻りし、こうした問題は微妙で多くの加盟国での宗教上の機微に触れる可能性があるから、各国の「評価の余地」に任せるべきだといったことにしたらどうだろうか<sup>31</sup>」。

「私の考えでは、それは何らの違いももたらさない<sup>32</sup>」。

「・・・忘れてはならないのは、欧州人権裁判所が国際的な裁判所であり、締約国が、国家として、欧州人権条約の保障する権利と自由をその領域内においてすべての者に確保する国際法上の義務を順守しているかどうかを判断する裁判所だという点にある。あらゆる国際的な裁判所と同様に、人権裁判所は締約国内の権力分立には関心を寄せない。問題が締約国の評価の余地の範囲内にあると欧州人権裁判所がいうとき、立法部、行政部、または司法部が決定しなければならないと言っているのではない。それは締約国が決めることである<sup>33</sup>」。

このように、裁判官は欧州人権裁判所の判例の適用解釈に慎重な立場を示し、争点によっては、最終的には締約国が対処しなければならない場合もあると示した<sup>34</sup>。

---

<sup>31</sup> *Id.*, para 29.

<sup>32</sup> *Id.*, para 30.

<sup>33</sup> *Id.*, para 32.

<sup>34</sup> このような立場は、後述の Rabone 事件最高裁判決（*Rabone v. Pennine Care NHS Trust* [2012] UKSC 2; [2012] 2 A.C. 72; [2012] 2 W.L.R. 381; [2012] 2 All E.R. 381.）においても見受けられる。Brown 裁判官は次のように述べた。すなわち、

「これまで誰も示唆してこなかったことであるが、欧州人権条約の下で生じる具体的論点が欧州人権裁判所の判例法によって具体的に解決されてきたわけではないので、国内裁判所は人権裁判所の判例法のどの部分にすればよいのかを決めることができな。言い換えれば、多かれ少なかれ、直接に争点に関連する権威ある人権裁判所の判決が下されるのを待ち、そのあとで人権条約の違反を認定することになる。それは不合理である。むしろ、Ullah 原則が確立しているのは、国内裁判所が公的機関に対する主張を、人権裁判所の判例法を根拠に嫌々判断すべきではないという点にあり、既存の人権裁判所の判例法が、国内裁判所へ明確に人権裁判所の判例法の通りに判決を強いる場合はこの限りではない」（para 112）。



学説をみると、Lewis は、Ullah 事件貴族院判決における Bingham 裁判官の意見は欧州人権条約上の権利を 1998 年人権法上の権利と混同していると主張した<sup>35</sup>。Lewis は判例を検討することで、Ullah 原則への批判は 1998 年人権法がイギリスの裁判所に欧州人権裁判所の判例に従う義務を課しているわけではないことを明らかにした。Lewis はコモン・ローと人権条約の関係を検証するために、プライバシー侵害に関連する事例を取り上げつつ、次のように述べた。当時のイギリス法は使用者と被用者といった一定の関係性の認められている当事者関係における守秘義務違反を認めるにすぎなかった。だがイギリスの裁判所は従来コモン・ロー上認められていなかったプライバシー侵害に対する救済を認めた (Campbell 事件<sup>36</sup>)。特筆すべきは、一定の関係性の認められない週刊誌による著名人の結婚式や薬物中毒治療の盗撮写真の公表にまで守秘義務違反を認めるようになったことにある。当時の欧州人権裁判所もそこまで踏み込んだ判決を下してはいなかったからである。したがって Lewis はこうした傾向をとらえ、イギリスの裁判所は必ずしも Ullah 原則に拘束されずコモン・ロー上の人権法理を形成していると分析した。さらに続けて Lewis は次のように続けた。ある事項 (公的機関が原告に公営住宅の引き払いを求めることの人権条約上の権利侵害の有無) について貴族院において判決が下され、その判示内容とは異なる判決を欧州人権裁判所が下した後に、貴族院より下位の裁判所は貴族院判決と欧州人権裁判所判決のどちらの判示内容に従えばよいのかという先例拘束性の法理と Ullah 原則の対立に関する論点が浮上した。Bingham 裁判官は法の明確性を確保するために、先例拘束性の法理に従い貴族院の判示内容に従うべきとする意見を述べた<sup>37</sup>。そして Lewis は 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發揮するには Ullah 原則を廃止するほかないと結論づけた<sup>38</sup>。

このように Lewis は、Ullah 原則がコモン・ロー上の人権法理形成の妨げになっていると主張したのであった。欧州人権条約がコモン・ロー上の人権法理形成を阻害すると主張するのは Lewis だけではない。Ed Bates は欧州人権裁判所があたかも欧州の最高裁判所のように

---

<sup>35</sup> Lewis, J., “The European Ceiling on Human Rights” [2007] PL 720, 721.

<sup>36</sup> Campbell 事件の概要は次の通りである。著名人である原告 (Naomi Campbell) が、薬物中毒でありセラピーに通っているという写真付きの記事をミラー誌が掲載した。この記事は当初、原告に同情的な内容のものであった。C が同誌の発行者である MGN に対して訴訟を提起すると報道の態度は一変し C を非難するようになった。そこで、C は守秘義務違反を理由とする損害賠償請求訴訟を提起した。高等法院は原告の主張を認めたので MGN が控訴院に上訴しその主張が認められた。そこで原告が貴族院に上訴した。争点は、被告による当該記事の公表が守秘義務違反を構成するかどうかであった。

<sup>37</sup> Kay v. Lambeth LBC [2004] UKHL 10, para 42.

<sup>38</sup> Lewis, *supra* note (35), 747.

ふるまうことでイギリス法に対する独立性を脅かしているのではないかという問題意識から、人権条約の起草当時、1966年の個人申立権承認当時とその後、そして今日の欧州人権裁判所判決に対するイギリスの裁判所の姿勢を検討した<sup>39</sup>。イギリスは欧州人権裁判所への個人申立権と義務的管轄権の承認について定期的に更新してきていたが、それは欧州人権裁判所の法解釈が現在のようになる前のことであった。欧州人権条約がその起草当時では想定されていなかった権利（たとえば受刑者の選挙権）まで保障しようとするにつれ、人権条約を外国から輸入したものと捉え、今では独自の権利章典制定まで議論されるようになってきている。イギリス最高裁判所は1998年人権法2条について欧州人権裁判所判決を考慮はするが拘束されるものとは考えなくなった。欧州人権裁判所の正当性は、あくまで国際裁判所でありイギリスが協力する範囲で支えられており、欧州人権裁判所は憲法的な正当性を有していない。このように Bates は論じた。

イギリスにおける市民的自由と人権の関係について、市民的自由の発想そのものが基本権（人権）の発想に転換したのではない。国会が基本権の国内的通用を認める範囲で利用されている状態である。ゆえに市民的自由の発想が依然として残り、基本権の発想は「ヨーロッパ的」なもの＝異物として受け取られたままと中村民雄も指摘している<sup>40</sup>。

## (2) イギリス裁判所と欧州人権裁判所の対話

実際にイギリスの裁判所は、欧州人権裁判所に対して一定の距離をとろうとする場合がある。それはイギリスの裁判所と欧州人権裁判所の間イギリス法の理解に齟齬が生じたためであった。その具体例を取り上げよう<sup>41</sup>。まず受刑者の選挙権に関する Hirst 事件がある。イギリスにおいて1870年の選挙権剥奪法（Forfeiture Act 1870, c. 23）以降、受刑者の選挙権剥奪規定が維持されてきた（1983年人民代表法3条、Representation of the People Act 1983, c. 2）。本件原告は1980年に謀殺罪で有罪判決を受け選挙権が剥奪されることになった。そこで原告は選挙権剥奪が人権条約第1議定書3条の選挙権を侵害しており、1998年人権法に基づく1983年人民代表法3条の不適合宣言を発するべきだと提訴した。主張が棄却されたため、原告は欧州人権裁判所に申し立てた<sup>42</sup>。欧州人権裁判所は一律に受刑者の選挙権を剥奪する国内立法は比例的な方法をとっていないため人権条約第1議定書3条の選挙権を侵害していると判示した。イギリス国内ではこの Hirst 人権裁判所判決に反発する動

<sup>39</sup> Bates, E., “British Sovereignty and the European Court of Human Rights” (2012) 128 LQR 382.

<sup>40</sup> 中村・前掲注(11) 690頁。

<sup>41</sup> ここでのイギリス裁判所と欧州人権裁判所の対話については、中村・前掲注(11) 684-688頁に多くを負っている。

<sup>42</sup> Hirst v. UK (No. 2) (App no. 74025/01); (2006) 42 EHRR 41.

きがあった。また数年後には同様に受刑者の投票権剥奪が第 1 議定書 3 条に違反すると主張された Greens 事件について、人権裁判所が Greens 判決の下された日から 6 か月以内に受刑者の投票権を剥奪する 1983 年人民代表法 3 条を改正するよう命じる判決を下した<sup>43</sup>。しかし当時の政権は 3 条を改正しなかった。同様の論点が提起された Scoppola 事件<sup>44</sup>において、イギリスはさらに 6 か月の立法改正の猶予を得た。2012 年には投票適格（受刑者）法案（Voting Eligibility (Prisoners) Bill 2012）が庶民院に提出された。この法案は 3 つの選択肢（options）を有し 3 つ目の選択肢は懲役刑の年数に応じて投票権の制約の度合いを定めていたのであるが、禁固刑に関して法案説明書（explanatory notes）は禁固刑の受刑者すべてから投票権を剥奪することは欧州人権条約に適合しないことになると記述していた。こうした記述があるのは、1998 年人権法 19 条によって、法案は人権条約適合的であることが所管大臣によって国会で説明されることになっているためである。とはいえ法案は可決されなかった<sup>45</sup>。

次に、伝聞証拠排除則に関するイギリスの裁判所と欧州人権裁判所の対話を見ていきたい。その発端は Al-Khawaja and Tahery 事件欧州人権裁判所小法廷判決にある<sup>46</sup>。本件の申立人らはイギリス国内で有罪判決を受けた。その有罪の根拠は被害者の供述であった。Al-Khawaja 事件の被害者が係争中の刑事事件とは異なる理由で自殺し、また Tahery 事件の証人は法廷で証言することに恐怖を覚え証言を拒否した。そのため 2003 年刑事訴訟法（Criminal Justice Act 2003, c. 44）116 条に基づき陪審に証人の証言調書を示すことを裁判官は認めたが、この証言調書には反対尋問の機会がないので、当該調書にのみ基づいて判断することは危険だと裁判官は陪審に説示した。本件原告（刑事訴訟における被告人）らは証人が出廷していないため反対尋問を行うことができず、その証言調書が唯一または決定的な証拠となり有罪判決を受けた。そこで原告らは反対尋問をすることのできなかつた証言調書が唯一または決定的な証拠となったことが欧州人権条約 6 条（公正な裁判を受ける権利）を侵害したかを争った。人権裁判所は両事件の 6 条違反を認定した。

<sup>43</sup> Greens and MT v. UK (App nos. 60041/08 and 60054/08); (2011) 53 EHRR 21, para 115.

<sup>44</sup> Scoppola v. Italy (App no. 126/05); (2013) 56 EHRR 19.

<sup>45</sup> なおイギリス政府は 2017 年 12 月に仮釈放者と外出禁止とされている者には投票権を付与することとし、欧州評議会もこれを受け入れたと報道されている。  
<https://www.theguardian.com/politics/2017/dec/07/council-of-europe-accepts-uk-compromise-on-prisoner-voting-rights>（ガーディアン紙 2017 年 12 月 7 日付の記事）未決囚、裁判所侮辱を理由に刑に服している者、罰金が支払不履行の者、仮釈放の資格のある者、在宅拘禁外出禁止に服する者らは、選挙権を行使できることとなった。House of Commons Library, Prisoners' Voting Rights Developments since May 2015 (April 2020) 24.

<sup>46</sup> Al-Khawaja and Tahery v. UK (Apps nos. 26766/05 and 22228/06); (2009) 49 EHRR 1.

Al-Khawaja 小法廷判決に反発したのが、Horncastle 事件最高裁判決である<sup>47</sup>。本件原告らはイギリス国内において有罪判決を受けた。有罪判決の決定打となったのは被害者の証言調書であるが、供述した証人らは死亡したり、被告人（本件原告）らのいる法廷での証言に恐怖を覚え出廷しなかった。ただし、2 件の証人の証言調書を証拠とすることは 2003 年刑事訴訟法 116 条で認められた。したがってこの証人らの証言調書が法廷で読み上げられたのだが、被告人らはこの証言調書の内容に反対尋問を行う機会がなかった。そこで原告は人権条約 6 条が侵害されたと提訴した。最高裁は原告の主張を認めなかった。なぜなら、証言調書が特定の証人によるもので、反対尋問の機会がないことに合理的な理由があり、ほかに被告人の防御策が講じられているので、証言調書を唯一または決定的な証拠として利用しても、公正な裁判を受ける権利を侵害することにはならないと考えたからであった。

判決の中で多数意見を述べた Phillips 裁判官は、イギリスの裁判所の欧州人権裁判所判例に対する姿勢を次のように示した。すなわち、

「人権裁判所の判例を『考慮に入れる』ことへの要求は、国内裁判所が人権裁判所によってはっきりと確立されている諸原則を適用する際に生じる。しかしながら、人権裁判所の判決が十分に我々の国内の手続の具体的側面を理解し受け入れているかどうかについて、国内裁判所は懸念を持つ場面は多くはないが、懸念される場合もある。そうした状況下で、国内裁判所は理由を示したうえで人権裁判所判決にしたがうことを拒否することができる。これで人権裁判所に係争中の論点の具体的側面を再考する機会をあたえることになる。そして国内裁判所と人権裁判所間の有意義な対話が行われることになる。本件はまさにそのような事件である<sup>48</sup>」。

本件のように証人が死亡していて法廷で証言できない場合と、恐怖から法廷で証言することを証人が拒んだ場合について、こうした状況で実施された証言調書の読み上げは 2003 年刑事訴訟法 116 条に基づく措置であり、人権裁判所はヨーロッパ大陸法で利用される唯一または決定的な準則（sole or decisive rule）を適用しているが、人権裁判所はこの準則に照らした状況を詳細に検討していないし、またこの唯一または決定的な準則をイギリス刑事手続において適用することは実際上の困難を生じさせる、つまり、この準則を適用した場合、証人の証言調書が除外される可能性がある。そのため 2003 年法に基づく措置は人権条約 6 条違反ではないと判示された。

<sup>47</sup> R v. Horncastle [2009] UKSC 14; [2010] 2 A.C. 373; [2010] 2 W.L.R. 47; [2010] 2 All E.R. 359.

<sup>48</sup> *Id.*, para 11.

このように、欧州人権裁判所がイギリス法を十分に理解せずに判示した場合、イギリスの裁判所は欧州人権裁判所の判例に従わない姿勢を示した。

学説をみると、Richard Clayton は、Al-Khawaja 事件人権裁判所判決と Horncastle 事件最高裁判決に触れたうえで、「イギリスの裁判官と政治家両者によるいくつかの明確なメッセージが、人権裁判所に伝えられてきた。イギリスの主権に影響を及ぼす人権条約上の権利の問題をめぐる人権裁判所の最終的発言権（final say）は、非常に慎重に用いなければならないし、人権裁判所の判決にイギリスが従うことは、当然のこととして認められるべきものではない<sup>49)</sup>」と指摘した。また、イギリス国内裁判所と欧州人権裁判所の関係を論じた著作 *The UK and European Human Rights: A Strained Relationship?* は、その全体の結論として、イギリス裁判所と欧州人権裁判所の関係は寒々としている（bleak）と評価した<sup>50)</sup>。

### 第3項 コモン・ローの再燃に関する先行研究

こうした 1998 年人権法のもとにおける Ullah 原則、欧州人権条約体制そのもの、欧州人権条約裁判所の正当性、そしてイギリス国内裁判所と欧州人権裁判所との間の緊張関係のはじまるおよそ 2010 年前後から、イギリスの裁判所はコモン・ローを見直し、コモン・ロー上の人権保障を展開する動きをみせている。その傾向は「コモン・ローの再燃（common law resurgence）」と呼ばれる<sup>51)</sup>。コモン・ローの再燃の主張者である Masterman らは、まず、裁判所が 1998 年人権法の運用を開始しコモン・ローをかえりみなくなった理由について、コモン・ローとは異なり、イギリスで現在 1998 年人権法によって国内実施されている欧州人権条約が権利のカタログを有していることを挙げる。次にコモン・ローの再燃の理由について、いくつかの判例を検討しつつ、その代表格である Osborn 最高裁判決<sup>52)</sup>の Reed 裁判官の意見の中から次のいくつか文章を挙げてコモン・ローの重要性を強調した。すなわち、「人

<sup>49)</sup> Bates, *supra* note 39, 410.

<sup>50)</sup> Ziegler, K.S., Wicks, E. and Hodson, L., *The UK and European Human Rights: A Strained Relationship?* (Hart Publishing, 2015) 514. 1997 年以降の労働党政権に代わり保守党が政権に就いたときには 1998 年人権法廃止さえマニフェストに掲げていた。そのため、今後 1998 年人権法改廃の可能性も検討されてきた。この点については、Brice Dickson (Queen's University Belfast の人権法・国際法・比較法) も指摘している。Dickson, B., "Repeal the HRA and Rely on the Common Law" in Ziegler, K.S., Wicks, E. and Hodson, L., *The UK and European Human Rights: A Strained Relationship?* (Hart Publishing, 2015) 115. Dickson の主著にはイギリス最高裁の 1998 年人権法に関連した判例法を検討した *Human Rights and the United Kingdom Supreme Court* (Oxford University Press, 2013) がある。

<sup>51)</sup> Masterman, R. and Wheatle, S., "A Common Law Resurgence in Rights Protection" [2015] EHRLR 57.

<sup>52)</sup> Osborn v. Parole Board [2013] UKSC 61; [2014] A.C. 1115; [2013] 3 W.L.R. 1020; [2014] 1 All E.R. 369. 本件は仮釈放されるはずだった原告が口頭での審理を受けずに仮釈放の取消をなされたことについて、コモン・ロー上の手続的公正性と人権条約 5 条 4 項の違反を争った事件である。

権条約は極めて一般性が高い (very high level of generality)<sup>53</sup>、つまり「明確性を欠くために法の支配の規律する国家において必要な指針を提供することができ」<sup>54</sup>、人権条約上の権利は「より一層具体的な国内法体系によって国内レベルで満たされなければならない」<sup>55</sup>、「1998 年人権法は必ずしもコモン・ローまたは制定法上の人権の保護、また人権裁判所の判例に基づく明確な法体系の創造に取って代わるものではない<sup>56</sup>」<sup>56</sup>く、「コモン・ローの形成は 1998 年人権法の可決によって終わりをむかえたわけではない<sup>57</sup>」<sup>57</sup>と Osborn 最高裁判決の中で述べられていることを指摘する。次に、Masterman らは、コモン・ローの再燃が生じた理由として、国内での権利の保護がヨーロッパに淵源を持つ権利によって充足され、その結果、2015 年のイギリスの総選挙での人権問題をめぐりイギリスという国の主権の喪失への応答を伴う、法的・政治的な議論という大きな文脈の中で起きている<sup>58</sup>と指摘する。その法的・政治的な議論という大きな文脈とは、保守党政権が 1998 年人権法廃止を主張し、イギリスの裁判所と欧州人権裁判所の関係を断つこと、人権条約上の権利の非イギリス的な特質に直面して、人権の保障に対してコモン・ロー上の諸価値というイギリス的なものを司法的に強調し、そうすることによって、人権条約が既存の国内規範を当然に優先する外来の付属物であるという認識を弱めようとしている点を Masterman らは指している<sup>59</sup>。

そして Masterman らは、コモン・ローを改めて見直しコモン・ローと欧州人権条約の関係を 3 つに概念化する<sup>60</sup>。第 1 に、1998 年人権法が権利保障の第 1 の手段であり、コモン・ローはその補助的なものであること、第 2 に、コモン・ローは人権条約上の権利保障を満たす導管としてとらえること、つまり、コモン・ローを利用して人権条約上の権利内容を実現することをいう。第 3 に、コモン・ローが権利保障の主たる方法であり、必要に応じて人権条約上の権利が補うことである<sup>61</sup>。この第 3 の、コモン・ローが権利保障の主たる方法であり、必要に応じて人権条約上の権利がコモン・ローを補うという点が、コモン・ローの再燃の定義と言える。Masterman らの主張するコモン・ローの再燃の傾向については、Mark Elliott<sup>62</sup>、

---

<sup>53</sup> *Id.*, para 55.

<sup>54</sup> *Id.*, para 56.

<sup>55</sup> *Id.*, para 55.

<sup>56</sup> *Id.*, para 57.

<sup>57</sup> *Id.*, para 61.

<sup>58</sup> Masterman and Wheatle, *supra note* (51), 61.

<sup>59</sup> *Id.*

<sup>60</sup> *Id.*, 63-64.

<sup>61</sup> *Id.*, 64. 序論で触れたコモン・ロー上の守秘義務違反の訴訟原因を利用して、人権条約 8 条におけるプライバシーの保護を Masterman らは説明している。

<sup>62</sup> Elliott, M., “Beyond the European Convention: Human Rights and the Common Law” (2015) 68 *Current Legal Problems* 85.

Brice Dickson<sup>63</sup>も同様の見解を示している。

特に 1998 年人権法が制定されるまでの間、裁判所がコモン・ローにおいて欧州人権条約を参照し、コモン・ロー上の人権法理を形成しようと苦心してきた。1998 年人権法が制定されると今度は、裁判所が 1998 年人権法上の訴訟において欧州人権裁判所判例と同内容の判決を下してきた。中には欧州人権条約起草当時では想定されていなかったし、イギリスの裁判官はそうした想定されていなかった権利の保障に反発を覚え、コモン・ローを見直すようになった。これがコモン・ローの再燃の展開である。こうした状況は、1998 年人権法施行およそ 10 年を経過した 2010 年ごろ以降に看取でき<sup>64</sup>、コモン・ローにおける人権保障の現在の流れの 1 つといえる。

#### 第4項 本稿の課題

コモン・ローの再燃と、1980/90 年代の人権条約を参照したコモン・ローの自生的発展とは、質的に異なる部分があるのではないだろうか。1980/90 年代には、人権が絡む事件において司法判断不適合とされてきた領域が残されていたが、今日のコモン・ローの再燃の文脈ではその領域も次第に司法判断可能な部分が出てきた。それゆえ、本稿では、司法判断不適合とされてきた領域やそれと同等の扱いをされてきた領域を中心として、コモン・ロー（判例法）の展開を整理し、その展開が生じた理由、そしてその展開が、とりわけイギリス憲法上、重視されてこなかった権力分立について持つ意味を分析していきたい。

裁判所が 1998 年人権法を運用するようになり、それまでのコモン・ロー上の市民的自由の保護の状況が変化したのは、裁判所が人権条約上の権利を利用することによって、市民的自由によって保護することの難しかった紛争に対処するようになったことである。とはいえ、1998 年人権法 2 条の欧州人権裁判所判例考慮義務について、裁判所は全面的に人権裁判所判例に依拠するのではなく、あくまでイギリスの裁判所が国内法の運用上考慮に入れ必要な場合に国内法に反映するという形をとっている。そのため、国内裁判所と人権裁判所の間で対話と呼ばれるやりとりが展開された。それは人権裁判所の判決にイギリスの裁判所が納得せず、コモン・ローの自律性が脅かされる場合に生じていた。このようにみると、1998 年人権法が施行されているなかでも、イギリスの裁判所はコモン・ローを重要な法源と捉えているようにみえる。そのためコモン・ローの再燃の傾向が生じることになる。学説

<sup>63</sup> Dickson, B., “Repeal the HRA and Rely on the Common Law?” in Ziegler, K.S., Wicks, E. and Hodson, L., *The UK and European Human Rights: A Strained Relationship?* (Hart Publishing, 2015) 128-131.

<sup>64</sup> Varuhas, N.E.J., “Administrative Law and Rights in the UK House of Lords and Supreme Court” in Daly, P (ed.), *Apex Courts and the Common Law* (University of Toronto Press, 2019) 263.

は判例の流れをこのように見てきた。

司法判断に馴染まない（司法判断不適合、non-justiciable）ため、国会や行政のような政治部門の意思決定に任せるべきだという理由で、裁判所が自ら司法判断の抑制的姿勢を示す場合がある。その理由は、イギリス憲法上の特徴にある。まず、裁判所も不文憲法の明確な整理として依拠するダイシー憲法論の特徴を把握しておきたい。ダイシーの挙げた最も重要なイギリス憲法上の原則は、「国会主権」であった。まず「国会」とは、「女王、貴族院および庶民院を意味」し、「この3つの機関が共同して活動するとき、正しくは『国会における国王（King in Parliament）』と表現されるのであるが、それが国会を構成する<sup>65</sup>」。次いで「国会主権」とは、「このように定義される国会がイギリス憲法のもとで、いかなる法をも作り、または廃止する権利をもつこと、さらに、いかなる人も機関も、イギリスの法によって、国会の立法をくつがえしたり、排除する権利をもつとは認められないこと、これ以上のことを意味しないし、これ以下のことを意味するものでもない<sup>66</sup>」と説明する。

次に、法の支配について、ダイシーは①政府に恣意的な権力が存在しないこと、②公務員も市民と同様の法に服すること（平等原則）、そして③裁判所が認める個人の権利がイギリス憲法の一般原則、と3つの特徴を説明した<sup>67</sup>。また法の支配の部分で、コモン・ローと国会制定法で保護される市民的自由として、「人身の自由」<sup>68</sup>、「討論の自由」<sup>69</sup>、そして「公の集会の自由」<sup>70</sup>が挙げられている。

ダイシーは、国会主権について、国会は至高の立法権を備え、いかなる人も機関も国会制定法を違憲無効とすることができないと説明した<sup>71</sup>。裁判所の姿勢の背景には、従来、イギリス憲法の中心となってきた至高の立法権を有する国会主権の原則があった<sup>72</sup>。その国会主権原則が長らくイギリス憲法上の中心的な原則であったために、法の支配は、国会主権に対して従位的な位置づけが与えられてきた。

しかし、司法判断に馴染まないという理由で、裁判所が司法判断を抑制しては法の支配を損ねることにはならないだろうか。不文のイギリス憲法の下で、あたかも成文憲法のように

---

<sup>65</sup> Dicey, A.V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed. (Macmillan, 1915) 3. 本稿では、Liberty Fundの出版した原典8版（ダイシーが最期に手を加えたもの）のリプリント版を使用した。（邦訳として、ダイシー、A.V.（伊藤正己・田島裕訳）『憲法序説』（学陽書房、1983））。

<sup>66</sup> Dicey, *supra* note (65), 3-4.

<sup>67</sup> *Id.*, ch.4.

<sup>68</sup> *Id.*, ch.5.

<sup>69</sup> *Id.*, ch.6.

<sup>70</sup> *Id.*, ch.7.

<sup>71</sup> *Id.*, ch.1.

<sup>72</sup> Turpin and Tomkins, *supra* note (1), 58-59.



うに扱われてきたダイシーの『憲法序説』は、イギリス憲法原理である法の支配の説明として、「すべての人が通常裁判所の運用する通常法に服すること」という平等原則を掲げている。この平等原則は、

「われわれにあつては、何人も法の上にないということのみではなく・・・ここでは、すべての人が、その階層や身分にかかわりなく、国の通常の法に服従し、通常裁判所の裁判権に服するということを意味している<sup>73</sup>」。

法の支配のもう1つの意味として「恣意的権力が存在しないこと」を次のように説明した。

「国の通常の裁判所の前での通常の合法的なやり方で確証された明瞭な法の違反の場合を除いて、何人も処罰をうけず、また身体や財物に適法に不利益を加えられないということを意味する。この意味で、法の支配は、権力をもつ者が、広汎な、恣意的な、あるいは裁量的な強制権を行使することを基礎とするあらゆる政治体制と対照をなすものである<sup>74</sup>」。

この恣意的権力が存在しないこと的前提には、平等原則がある。恣意的権力の行使を抑えるには、恣意的権力の行使を法的に統制する必要があるからである。そのため、平等原則について検討する必要がある。司法判断不適合性を帯びる事案において、裁判所は司法判断を控えてきた。コモン・ローの再燃に関する先行研究の中では、この司法判断不適合性に関する事案の検討は深められていないように見える。そのため、司法判断不適合性に関する判例を検討する必要性が生じる。

司法判断不適合と判示してきた事案について、近年の裁判所は、司法判断適合的と判断するようになってきている分野もある。すべての人が、通常裁判所の運用する通常法に服するというダイシーの法の支配の第2の意味である平等原則は、司法アクセス権 (right of access to courts)<sup>75</sup>に関連する。司法アクセス権は、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。市民的自由の限界を理由に、政治

<sup>73</sup> Dicey, *supra* note (65), 114.

<sup>74</sup> *Id.*, 110.

<sup>75</sup> access to courts, right of は「裁判を受ける権利、裁判といえるだけの公正な審理を受けることを含むものとして理解されるのが通例である」と説明する。田中英夫編集代表『英米法辞典』(東京大学出版会、1991) 9 頁。

部門を基本権によって統制すべきとの考えには、裁判所が公正な審理を行うという前提がある。

裁判所の公正な審理を妨げるものとしては、被告の法的責任を否定する法理<sup>76</sup>を挙げることができる。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、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。

裁判所が、政治部門の意思決定に対する司法判断に抑制的なのは、上述した市民的自由の残余的性格に起因していると考えられる。Scarman がハムリン講演において市民的自由の限界を指摘して裁判所は政治部門に対して基本権によって統制すべきと主張したことは先に触れた。裁判所が、コモン・ローの再燃の傾向においてコモン・ロー上の人権保障を展開するなかで、裁判所の抑制的姿勢は一定の変化を見せているように見える。その変化を見せている理由は何だろうか。それは残余的な市民的自由の限界を認識した裁判所が、市民的自由のなかに、基本権的な自由が存在するという認識を持つようになったからではないだろうか。コモン・ローの再燃が、欧州人権条約によって補完されながらも、コモン・ローを中心とする傾向であるということは、コモン・ローを形成する裁判所の権能に関わりがあるからと考えられる。

### 第3節 方法と分析軸の設定と構成

#### 第1項 方法と分析軸の設定

前述までの検討を踏まえると、判例法の展開を分析する必要がある。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。

本稿の主要な検討対象は、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となる。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) <sup>77</sup>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。

---

<sup>76</sup> *infra* note 146, Hill v. Chief Constable of West Yorkshire [1989] 1 AC 53; [1988] 2 WLR 1049; [1988] 2 All ER 238, HL.

<sup>77</sup> 「無資力者に対して弁護士が無料または低額手数料で相談に乗ったり弁護したりする社会的制度」のこと。小山貞夫編著『英米法律語辞典』（研究社、2011）632-3頁。

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。少なくとも 1980 年代において、権力分立の概念が裁判所の法的理由付けに利用されるのは、裁判所と国会・行政の職務の線引きをするときであり、裁判所が自らの職務を抑制的に観念していたときであった。その例が *Duport Steels* 事件貴族院判決における *Diplock* 裁判官の意見である<sup>78</sup>。同事件において、政府に賃上げの圧力をかけるべく、鉄鋼業の労働組合連合の呼びかけで、ストライキに参加した私的セクターの労働者が制定法上の法的責任を免れるかどうか争われた。*Diplock* 裁判官（多数意見）は次のように述べた。すなわち、

「イギリス憲法は大部分、不文であるものの、権力分立に確かな根拠を置いているという点は強調してもし過ぎることがない。国会は法令を定め、司法部は法令を解釈する。国会議員の多数が現行法に欠陥または欠陥があると認識したものを改善しようとする場合、司法部の職務は、国会がその意図を表明するものと承認した文言からその意図が何であったのかを確認し、それに効力を与えることに限られている。制定法上の文言の意味が、明確・明瞭である場合、裁判官が明確な意味に効力を付与することが不適當で、不公正で、または不道徳でさえあると考えるので、その明確な意味に効力を付与しない言い訳として想像上の曖昧さをつくりだすことは、裁判官が行うことではない。労働関係に関連するそうした論争的な論点において、何が適切で、何が公正で、そして何が道徳的に正当化できるかについての見解には相違の余地が存在する。我々の憲法の下で、そうした論点について権威ある見解をもつのは国会である」と<sup>79</sup>。

このように *Diplock* 裁判官は、権力分立によって司法権を抑制的なものとして捉え、制定

---

<sup>78</sup> *Duport Steels Ltd. v. Sirs* [1980] 1 W.L.R. 142; [1980] 1 All E.R. 529. *Duport Steels Ltd* 事件に加えて、公的機関の活動に関する権力分立に関連する事件として *R v. Secretary of State for the Environment, Ex p Hammersmith and Fulham LBC* [1991] 1 A.C. 521; [1990] 3 W.L.R. 898; [1990] 3 All E.R. 589, 560-561, *Nottinghamshire County Council v. Secretary of State for the Environment* [1986] A.C. 240; [1986] 2 W.L.R. 1; [1986] 1 All E.R. 199.を挙げることができる。

<sup>79</sup> *Duport Steels Ltd. v. Sirs* [1980] 1 W.L.R. 142, 157.

法上の文言の意味を曲げることなく解釈すべきであるという見解を採用した。

こうした権力分立における司法権の抑制的な位置づけは、権力分立の概念が国会と、国会から権限と裁量を付与される行政を中心に考えられてきたためであった。また裁判官が民主的な選挙を経ずに選任されていたからでもあった<sup>80</sup>。そのため裁判所は、公権力の行使に関連する事案の中で司法判断不適合と繰り返し判示し、その解決を政治部門に委ねてきた。コモン・ローの再燃の中で、裁判所が積極的な判断を行えば、権力分立の概念が、裁判所の行政・国会に対する統制を高めるといった質的变化を示唆していることになる。本稿は、コモン・ローの再燃の中で、裁判所がとりわけ行政に対する統制を高める中で、権力分立の概念が質的に変化しているのではないかと考えている。

判例を分析する際に、判例間の相違を把握しやすくするために3つの時期区分を行う。第1に、旧来の1998年人権法制定以前の判例、第2に、1998年人権法以降の判例、そして第3に、本稿の特徴となる2010年ごろ以降コモン・ローの再燃の中での判例という大きな3つの区分である。

本稿の課題のもとで、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)。以上のような視座を設定する。

## 第2項 構成

本稿の構成は次の通りである。第2章は、コモン・ロー上の司法アクセス権の判例法を分析する。

第3章は、司法判断不適合を理由に警察活動のネグリジェンス(過失不法行為)責任における注意義務が否定されてきた判例法の変化を検討する。ネグリジェンス責任成立の第1の要件である被告警察の原告に対する注意義務の存否をめぐって、注意義務を課すことが公平、公正、合理的かどうかを判断する法政策的考慮(public policy, policy considerations)を理由に、警察はほとんどの事案において注意義務を免れてきた(Hill事件の法理)。このHill事件の法理の適用範囲は非常に広範囲に及ぶため、警察が注意義務を負うべきと考えられる事案においても、警察は注意義務を免れてきた。欧州人権裁判所はOsman判決において、

---

<sup>80</sup> Turpin and Tomkins, *supra* note (1), 8.

Hill 事件の法理を公正な裁判を受ける権利を規定する欧州人権条約 6 条違反と判示した。その後、同裁判所は、Hill 事件の法理の 6 条違反の見解を修正した。イギリス国内において、最高裁は、Robinson 事件最高裁判決において Hill 事件の法理を廃止するに至った。イギリス国内裁判所は Hill 事件の法理以外の類似の公的機関や専門家のネグリジェンス責任成立の注意義務を否定する数々の法理を廃止、ないしその適用範囲を狭めてきた。その傾向から、裁判所が司法アクセス権に関する判例法を蓄積していることを論じる。

第 4 章は、外交安全保障に関する国王大権の行使の統制をめぐる判例法を検討する。検討対象は、人身の自由を中心とする判例法である。1998 年人権法の前後と 2010 年ごろのコモン・ローの再燃の 3 区分における判例の検討していく。イギリス政府は、外交安全保障事項に関して、国王大権を通じて個人的人身の自由を侵害したり拷問に及んだりしてきた。人身保護令状（ヘイビアス・コーパス）を通じてすら保護されてこなかった人身の自由が、2010 年代になると、国王大権を行使する政府の責任を否定する国家行為の法理、また外国国家行為の法理の適用範囲を狭める Belhaj 事件最高裁判決が下されるようになり、必ずしも政府の国王大権の行使による人身の自由の侵害に対する政府の法的責任が否定されるわけではないことが鮮明となった。3 章における Robinson 事件最高裁判決と 4 章での Belhaj 事件最高裁判決を比較し、その共通点を明らかにする。

第 5 章は、コモン・ロー上の司法アクセス権のイギリス憲法上の意義を考察する。「イギリスにおいては、法形成において指導的地位をもったのは裁判官であり、学説の地位は、大陸法の場合に比べるとずっと低い<sup>81)</sup>と指摘される。だが、近年では研究者も法形成過程に関わっており、法形成において学説の地位は以前ほど低いものとは言えない<sup>82)</sup>。また学説はイギリス憲法の研究自体においても重要である。なぜなら、現在のイギリス憲法の議論は、基本的にダイシーの『憲法序説』を出発点としているからである。これはイギリスが不文憲法という特徴を有するためであるといえるだろう。また今日、このダイシーの学説の捉え方が論争となっている。そのため、イギリス憲法を検討する本稿において学説を扱うのは重要である。先の 2 章から 4 章までの検討が、コモン・ロー上の司法アクセス権の重要性と、被告の法的責任を容易に否定してしまう法理の廃止と適用範囲の縮小の傾向から、裁判所の行う司法判断の射程が広がり、それによって権力分立の質的变化が生じていることを明らかにしようとする。

終章は、コモン・ロー上の基本的人権の可能性を探り、コモン・ロー上の司法アクセス権

<sup>81)</sup> 田中英夫『英米法総論（下）』（東京大学出版会、1980）48 頁。

<sup>82)</sup> たとえば Braun, A., “Judges and Academics: Features of Partnership” Lee, J. (ed.), *From House of Lords to Supreme Court* (Hart Publishing, 2011) 227-253.

の意義と権力分立の質的变化について確認する。

なお本稿は、コモン・ローと欧州人権条約の交錯という主題から出発している。そのため、イギリスはEUから脱退することとなり、その過程で判決された国王大権に関連する Miller 事件最高裁判決は非常に重要な判決であるが、イギリスのEU脱退の議論を含むEUに関する事項は、本稿の検討に関連しない限り割愛する。

## 第2章 コモン・ロー上の司法アクセス権

### 第1節 序論

上述のとおり、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<sup>83</sup>。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。そのうえで司法アクセス権に関する2017年のUNISON事件最高裁判決と関連学説を扱う。

### 第2節 司法アクセス権に関する重要判例

本節は、コモン・ロー上の司法アクセス権の裁判所の評価を明らかにするために、1980/90年代の司法アクセス権をめぐる判例を見ていく。

#### 第1項 Raymond v. Honey 事件貴族院判決

まずRaymond v. Honey事件貴族院判決を取り上げよう<sup>84</sup>。本件の概要は次の通りである。受刑者であった原告が、ソリシターに司法手続のことで2つの書簡を送付しようとした。1通目について、被告刑務所長が、1964年の刑務所規則に基づき当該書簡を開封のうえ閱讀したところ、司法手続とは関係しない刑務副所長が原告所有の図書を紛失の原因であるとの記載されていたので、書簡を送付すべきではないと決定した。さらに、2通目は、1通目の書簡の送付の保留が裁判所侮辱に当たるとする高等法院への訴訟開始のための宣誓供述書の草稿などの準備書面を含んでいた。被告は、この2通目の書簡も刑務官に対する不満を含んでいることを根拠に送付を保留した。そこで、原告はこの2通の書簡の送付保留の決定について、刑務所長に対して裁判所侮辱を理由に裁判所に提訴した。貴族院は2通目の送付についてのみ、裁判所侮辱があったと原告の訴えを認めた。

---

<sup>83</sup> access to courts, right of は「裁判を受ける権利、裁判といえるだけの公正な審理を受けることを含むものとして理解されるのが通例である」と説明される。田中英夫編集代表『英米法辞典』（東京大学出版会、1991）9頁。

<sup>84</sup> Raymond v. Honey [1983] 1 A.C. 1; [1982] 2 W.L.R. 465; [1982] 1 All E.R. 756, HL.

多数意見を述べた Wilberforce 裁判官は次の通り判示した。被告が裁判所侮辱を犯した課かどうかを検討する際に、出発点となる2つの基本的な原理原則がある。第1に、しかるべき司法手続、または裁判官の適法な手続を妨げたり、干渉するいかなる行為も、裁判所侮辱となる。第2に、イギリス法の下で、収監されている有罪の受刑者といえども、明示的、または当然の推定によって奪われることのないあらゆる市民的権利を保持している。問題は、刑務所規則、または所管大臣の発した命令によって権利を奪われる範囲はどこまでかという点である。1952年刑務所法には、制限を受けずに裁判所にアクセスする受刑者の権利を否定したり、干渉したりする規則を定める権限を付与するものはなにも存在しない。刑務所規則の中でも、刑務所の規制および運営に関連する規定は、このような基本的な権利 (so basic a right) を妨害したり、干渉したりしているというには極めて不十分である。

以上のように Wilberforce 裁判官は、受刑者といえども、裁判所にアクセスする権利を有していると判示した。

## 第2項 Leech 事件控訴院判決

次に Leech 事件控訴院判決を取り上げる<sup>85</sup>。概要は次の通りである。原告は受刑者であり、ソリシターに司法手続に関する書簡を送ろうとしたところ、刑務所長が当該書簡を閲読した。Golder 欧州人権裁判所判決<sup>86</sup>後、改正された刑務所規則 37A によれば、司法手続の当事者である受刑者は、当該手続に関連する法的助言の応答を受けることができ、そしてそれは、刑務所長がその応答のなかに司法手続に関連しないという疑いを持つ理由がない限り、その応答は閲読されるべきではなく、また送付を留保されるべきではない、と規定していた。そのため原告は刑務所長による受刑者の書簡の閲読が違法であると主張し司法審査請求を行った。控訴院は原告の訴えを認めた。

Steyn 裁判官 (多数意見) は次のように述べた。収監されているとはいえ、有罪判決を受けた受刑者は明示的、または当然の推定によって奪われることのないあらゆる市民的権利を保持している。すべての市民が、制限を受けずに裁判所にアクセスする権利を有しているということは我々の法の原則である。Raymond v. Honey 事件において Wilberforce 裁判官が制限を受けずに裁判官にアクセスする権利を「基本的な権利 (basic right) <sup>87</sup>」と説明した。我々の不文憲法においてさえ、同権利は憲法上の権利と位置付けなければならない。同様に

<sup>85</sup> R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Leech [1994] Q.B. 198; [1993] 3 W.L.R. 1125; [1993] 4 All E.R. 539, CA.

<sup>86</sup> Golder v. UK (App. no. 4451/70); [1975] 1 EHRR 524.

<sup>87</sup> Raymond v. Honey [1983] 1 A.C. 1, 13.



明らかに確立している事柄は、ソリシターから助言を受け取ることや、裁判所において民事手続に適した制度と関連する援助を受け取る、受刑者の制限されていない裁判所へのアクセスは、裁判所自体へアクセスする権利という分ちがたい部分を構成している。そこで、受刑者とソリシターの間の手紙を閲覧する無制限の権限、そして手紙が冗長で刑務官の不服を述べていることを根拠に、そうした手紙の送付を保留する権限の必要性が自明であり、かつ緊急性が存在するかどうかが問題となる。しかし、ソリシターと受刑者の間の手紙のやり取りを閲覧する権限が無制限だとすると、それは、先例において説明されたアクセスする基本権を行使する受刑者に相当の萎縮効果をもたらす。以上のように、Raymond 判決に続いて、控訴院は原告の訴えを認めた。

本件は、Raymond v. Haney 事件における Wilberforce 裁判官の、制限を受けずに裁判所にアクセスする権利を「基本的な権利 (basic right)」を再確認した。そのうえでイギリス憲法においてさえ、同権利は憲法上の権利と位置付けなければならないと、司法アクセス権の位置づけの重要性を示している。

### 第3項 Witham 事件高等法院判決

そして、Witham 事件高等法院判決を取り上げる<sup>88</sup>。概要は次のとおりである。本件において、無職で預金もない原告は、悪意による虚偽と文書誹毀を理由に提訴することを望んでいたが、1980年に定められ大法官が1996年に改正した最高法院手数料負担命令 (Supreme Court Fees Order 1980, SI 1980 No. 821) によれば、提訴するには500ポンドまたは120ポンドを支払う必要があった。この手数料負担命令は、従来定められていた所得補助を受給している者を手数料負担義務から免除する規定を廃止したものであった。また、1988年法的扶助法 (Legal Aid Act 1988, c. 34) の附則2の第2編14条1項は、法廷扶助は名誉毀損訴訟には利用できないと規定していた。そして、1984年県裁判所法 (County Courts Act 1984, c. 28) によれば、県裁判所は文書誹毀、または口頭による名誉毀損のいかなる訴訟の管轄権も有していない、と規定していた。

高等法院の Laws 裁判官は、次のように判示した。低所得者が訴訟を迫るための、また彼らに対してなされた訴えに対抗する措置を講じるための裁判所にアクセスすることが、実務上、広範囲にわたり拒否されている状況が存在している。最高法院においてとるべき手数料負担を命じる大法官の権限には黙示的制約が存在すると主張されている。最高法院手数料負担命令の親法である1981年最高法院法 (Supreme Court Act 1981, c. 54) 130条は、裁

---

<sup>88</sup> R v. Lord Chancellor, ex parte Witham [1998] Q.B. 575; [1998] 2 W.L.R. 849.

判所にアクセスする憲法上の権利と呼ばれてきたものを市民から奪い去る方法で権限を使用することを認めてはいない。

以上のように、高等法院の Laws 裁判官は述べたうえで、コモン・ロー上の憲法的権利について次のように述べた。すなわち、

「コモン・ローは、一般的に憲法的権利 (constitutional rights) という言葉で語ることはない。その理由は立法部、行政部と同様に司法部の権能に、理論的に、そして法的に先んじる成文憲法が存在しないので、表面上は、何らかの権利が、何にも優る法によって一層揺るぎのない憲法的権利の階層が存在しない。憲法的権利の概念が何らかの意味を有するという事になれば、法が憲法的権利に与える保護に当然に関連していなければならない。成文憲法が権利を保障している場合、概念上の困難は存在しない。国家の機関が憲法的権利に道を譲るのは、憲法が憲法的権利を否定することを認めている場合に限定される。・・・<sup>89)</sup>」

「イギリスという国家の不文の法秩序の中で、コモン・ローが国会の立法上の至高性を認め続けているとき、憲法的権利の観念は、私の見解によれば、係争中の権利は、国会制定法上の具体的な規定を除いて国家が、または親法において具体的に〔憲法的権利を〕廃止する権限を付与する規則によってのみ、廃止されうるという命題のなかにも存在しうる。一般的文言では〔憲法的権利を廃止するには〕十分ではない。そうした憲法的権利のいずれかがコモン・ロー上の創造物であるのは、その〔憲法的権利の〕存在が、民主的政治過程の結果ではなく、それに論理的に先んじる存在だからである<sup>90)</sup>」。

Laws 裁判官は、原告が依拠する先例を説明したうえで次のように続けた。コモン・ローは、明らかに裁判官にアクセスする市民の権利に特別な重みを与えてきたように思われる。先例は、裁判所にアクセスする権利が意味していることを説明していないとはいえ、憲法的権利と説明してきた。1996 年の手数料負担命令の効果によって、多くの人々は、裁判所からの正義を求めることを絶対的に妨げられている。司法アクセス権は、憲法的権利である。その権利が否定されうるのは、人々を裁判所のドアから遠ざけることを行政に具体的に認めるよう、明示的な規定によって立法を可決するよう政府が国会を説得する場合のみである。以上のとおり、Laws 裁判官は、原告の訴えを認めた。

<sup>89)</sup> R v. Lord Chancellor, ex parte Witham [1998] Q.B. 575, 581 B-D.

<sup>90)</sup> *Id.*, 581 D-F.

本件の特徴は、受刑者の司法アクセス権を中心に展開してきた判例法が、コモン・ロー上の理由付けのアナロジーの方法を用いて、受刑者以外の原告も司法アクセス権を主張することができることを示した点にある。

#### 第4項 小括

受刑者の司法手続に関する書簡の送付の保留決定の違法性の争われた Raymond 事件貴族院判決において、受刑者にも司法アクセス権が認められた。受刑者の Leech 事件控訴院判決において司法アクセス権は憲法上の権利といえるほどの重要性を有すると判示された。そして Witham 事件高等法院判決において、受刑者以外の者もコモン・ロー上の司法アクセス権を主張できることが確認された。

### 第3節 UNISON 事件最高裁判決

本節は、2017年のUNISON事件最高裁判決の分析と学説から、2010年代のコモン・ロー上の司法アクセス権がいかに評価されているのかを明らかにする。

#### 第1項 UNISON 事件最高裁判決の概要

上述の司法アクセス権に関する3判決は、1980/90年代の判例であった。本稿は、2010年代のUNISON事件最高裁判決を扱う。本件は、従来、手数料負担の必要のなかった雇用審判所及び雇用上訴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事件である<sup>91</sup>。

概要は次の通りである。従来、雇用審判所及び雇用上訴審判所への提訴に手数料の負担は必要なかった。2007年審判所、裁判所及び執行法 (Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007, c. 15) に基づき、大法官は雇用審判所及び雇用上訴審判所における手数料負担制度を大法官の命令によって導入した (Fees Order、手数料負担命令)。その理由は、第1に、費用の負担を一般の納税者から制度利用者への移行の一助となること、第2に、紛争の早期解決のインセンティブになること、そして第3に、裁判所で扱うほど重要ではない、また訴訟を濫用するような不合理な出訴を抑制できるという理由からであった。

手数料負担制度は大きく2つに分類できる。争点手数料 (issue fee) と審理手数料 (hearing fee) である。また、両方の手数料は、それぞれ審理に1時間程度しかからない Type A と長

---

<sup>91</sup> R (UNISON) v. Lord Chancellor [2017] UKSC 51; [2017] 3 W.L.R. 409. UNISON 最高裁判決に関する邦語文献として、上田健介「訴訟費用と裁判を受ける権利—EU法およびイギリス法の展開—」近畿大学法科大学院論集 15号 (2019) 37-76頁がある。

時間の審理を要する Type B に分類される。それぞれの手数料は Type A が 390 ポンド、Type B が 1200 ポンドである。手数料を負担しなかった場合、雇用審判所の手続準則の下で、争点手数料が支払われない限り、または免除申請がなされない限り、訴えは却下される。

2013 年 6 月、原告（労働組合 UNISON）は手数料が高額に過ぎるため、司法審査請求手続をとり、コモン・ロー上の司法アクセス権を侵害することを根拠に当該命令の無効を主張した。第 1 審・2 審は原告の訴えを棄却したため、原告は最高裁へ上訴した。

争点は、第 1 に、コモン・ロー上、司法アクセス権は制約されるか、第 2 に、被告大法官は司法アクセス権の制約理由を立証できているかである。最高裁は手数料負担命令が違法で無効であると結論付け原告の主張を認めた。本稿では争点 1 のみに触れる。

最高裁（Reed 裁判官（現在では最高裁長官）の多数意見）の判旨は次の通りである。本件には 2 つの原理原則が関連している。第 1 に、憲法上の司法アクセス権（constitutional right of access to justice）である。第 2 に、具体的な制定法上の権利は、別の制定法上の権限の下で可決した従位立法によって縮減されないという準則である<sup>92</sup>。

憲法上の司法アクセス権は法の支配の本質である。法の支配の観念の核心は、社会が法によって規律されることにある。裁判所は国会の制定する法、裁判所自体がつくり出すコモン・ローの適用・執行を確保するために存在する。こうした役割は、政府の行政部門が法に従ってその権限を行使することの確保をも含める。裁判所がその役割を果たすために、人々が原則として障害なく裁判所へアクセスできなければならない。そうした裁判所へのアクセスができなくなれば、法は空文に帰する。国会が行った業務は無益となるかもしれず、民主的に選挙された国会議員は意味をなさない見せかけとなる。それこそが他の公的機関と同じよう裁判所が単に公的サービスを提供するわけではない理由である<sup>93</sup>。

裁判所へのアクセスは、訴訟に関連する特定の当事者にとってのみ価値のあるものではなく、当事者ではない社会の一般の人々にも一般的な法命題が提出されている<sup>94</sup>。

たとえば、制定法上の権限が裁判所へのアクセスする権利の制約を認めている場合であっても、争われている規定の目的を満たす合理的必要性の程度においてのみ、司法アクセス権への制約を認めているものと解釈される<sup>95</sup>。2007 年法は、手数料負担について規定する 42 条 1 項の付与する権限行使の目的を示していない。それでも、手数料負担命令の制定が正当なものであると基礎づける目的に争いはない<sup>96</sup>。

---

<sup>92</sup> R (UNISON) v. Lord Chancellor [2017] UKSC 51; [2017] 3 W.L.R. 409, para 65.

<sup>93</sup> *Id.*, paras 66-68.

<sup>94</sup> *Id.*, para 69.

<sup>95</sup> *Id.*, para 80.

<sup>96</sup> *Id.*, para 86.

司法アクセスを實際上妨害される状況は、手数料負担命令が権限踰越ととらえられる状況に限定されない。一次立法でさえ、司法アクセス権へ制約を課す場合には、黙示的制約に服すると推定される<sup>97</sup>。Daly 判決で Bingham 裁判官が示した<sup>98</sup>ように、介入の程度は、その措置が果たそうとしている目的より大きいものであってはならない<sup>99</sup>。

手数料負担命令が司法アクセス権を妨げるかどうかを検討する必要がある。大法官は、具体的な紛争で司法アクセスを妨害されたと立証されないかぎり、手数料負担命令が違法とは言えない、と主張する<sup>100</sup>。

手数料負担制度が合法であるためには、全額免除または一部免除の利用を考慮に入れつつ、誰もが支払うことのできる額を設定しなければならない。当裁判所に提出された証拠は、現実的かつ全体的に検討を加え、そうした要件は満たされていないという結論を導いている。Review Report（手数料負担制度を導入に伴う審査報告書）は、手数料を導入した結果、受理件数は目に見えて下降し続けていることは明らか、と報告している。Review Report は、手数料の負担によって審判所への提訴が妨げられているとする決定的証拠はないと示しているが、裁判所は決定的証拠を要求しているのではない。危険が現実のものとなっている状況があれば十分である<sup>101</sup>。

手数料負担制度が司法アクセスを實際上妨害しているかどうかという論点は、現実世界での手数料負担の行動への影響に則して判断されなければならない。低所得者層から中間所得者層の世帯は、受け入れられる生活水準と一般に考えられるものを維持するよう要請する通常かつ合理的な支払いを犠牲にすることでしか支払うことができない<sup>102</sup>。

基本的な問題は、裁判所・審判所にアクセスする権利に適法に服するようになるには、手数料負担に服する必要があるが、低所得者層・中間所得者層は、訴訟にかかる期間に通常かつ合理的な支出を犠牲にすることでしか、手数料を負担することができないという前提がある<sup>103</sup>。

手数料負担免除という制定法上の仕組みの運用される範囲は、非常に限定されている。大法官が例外的状況を正当化する場合にのみ行使することができる。こうした訴訟で特定されてきた問題は例外的状況に限定されるものではない。その問題は（採用される）制度の中

---

<sup>97</sup> *Id.*, para 87.

<sup>98</sup> R (Daly) v. Secretary of State for the Home Department [2001] UKHL 26; [2001] 2 A.C. 532; [2001] 2 W.L.R. 1622; [2001] 3 All E.R. 433, para 19.

<sup>99</sup> UNISON, *supra note* (92), para 88.

<sup>100</sup> *Id.*, para 90.

<sup>101</sup> *Id.*, para 91.

<sup>102</sup> *Id.*, para 93.

<sup>103</sup> *Id.*, para 94.

にある<sup>104</sup>。

司法アクセスを妨害しうるのは、手数料を支払うことのできない場合だけではない。無益で不合理な訴訟についても同じ効果がある。雇用審判所に持ち込まれる多くの訴えは、経済的賠償を求めるものではない。経済的賠償を求める多くの訴えは、低額の賠償を求めている。そうだとすると、手数料を支払うことができるかどうかに関わらず、手数料負担は実際に追及されている訴えを妨害するものとなる。しかし、実際に、勝訴を見込めるのは稀である。くわえて、裁判所の面前に提出された証拠について、賠償を求めて勝訴した原告の半分しか全額賠償を受け取ることができず、原告の3分の1は一銭も受け取ることができない<sup>105</sup>。

賠償金額への手数料負担命令の影響に関する統計に基づく証拠などは、実際に、手数料負担命令が低額の賠償の訴えを持ち込むことへの抑止効果となってきたことを証明している<sup>106</sup>。以上のことから、手数料負担命令は実際に司法アクセスを阻害しており、したがって違法である<sup>107</sup>。

以上のように、最高裁は、司法アクセス権を制約しようとする大法官の命令を違法と判決した。

## 第2項 分析

UNISON 事件最高裁判決は、まずコモン・ロー上の司法アクセス権が法の支配の本質であることを確認した。そのうえで、雇用審判所および雇用上訴審判所への提訴に、それまで必要とされていなかった手数料の負担を定める従位立法を定めたことによって、低所得者層と中間所得者層が訴え出るには、手数料を負担するのと引き換えに生活水準を下げなければならなくなってしまうことが、司法アクセス権を侵害していると判断した判決である。

UNISON 事件最高裁判決の評価すべき点は、法の支配を支える司法アクセス権を制限する大法官の命令を違法とすることで、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しようとする姿勢をみせる点にある。ダイシーが『憲法序説』の法の支配の第2の平等原則が意味していたのは、まさに、裁判所が公平な審理を受ける機会を提供しようとする点にある。

---

<sup>104</sup> *Id.*, para 95.

<sup>105</sup> *Id.*, para 96.

<sup>106</sup> *Id.*, para 97.

<sup>107</sup> *Id.*, para 98.

#### 第4節 UNISON 事件最高裁判決に関する学説

学説は UNISON 事件最高裁判決をどのように評価しているであろうか。学説を見ていこう。

##### 第1項 Mark Elliott

UNISON 最高裁判決についての評釈がいくつか公表されている。イギリス憲法研究を盛んに行っている Mark Elliott は、同判決が重要である理由を3つ示している。うち1つはEU法に関連するため本稿では割愛する。第1に、「UNISON 最高裁判決は、憲法の政治的理解と司法的理解の間ではっきりとしている分裂を冷静な目で見るとを思い出させてくれる—その分裂は『政治的憲法』における特定の厄介ごとから生じている現象であり、(同判決は) 憲法を円滑に運用できるよう、一定の基本的な土台となる規範を承認し尊重するよう、あらゆる種類の憲法上のアクターに要求している<sup>108</sup>」。

第2に、「UNISON 判決は、立法が司法アクセス権を制約する名において訴えるときに、重要な逆説 (paradox) を照らし出す。特に、国会と裁判所、または国会主権と法の支配が直接的に対立する状況を考えることは見当違いであるということを示している。Reed 裁判官が指摘したとおり、『司法アクセス権がなければ、法律は空文に帰し、国会の行った業務は無駄となるかもしれず、国会議員の民主的な選挙は意味のない見せかけとなる<sup>109</sup>』。司法アクセス権の裁判所による保護は、国会主権に資するものであり、国会主権への挑戦ではない<sup>110</sup>」。

そして Elliott は、「UNISON 判決は独立の裁判所と審判所が『公的サービス』に過ぎないものと取り扱うことが誤った方向へ導くということを気が付かせ、したがって、『成文憲法』が存在しないからといって、それがすなわち基本権の可能性と対照をなすというのは誤っている<sup>111</sup>」と述べ、UNISON 最高裁判決はイギリス憲法という不文憲法においても決して基本権の保障を否定するものではないことを示している。

##### 第2項 Alan Bogg

UNISON 判決の重要性を確認するためにもう1つの評釈を挙げておこう。Alan Bogg は次のように同判決の特徴を述べた。UNISON 判決の驚くべき点として、高等法院合議法廷およ

<sup>108</sup> Elliott, M., “The Rule of Law and Access to Justice: Some Home Truths” (2018) 77 CLJ 5, 8.

<sup>109</sup> UNISON, *supra* note (92), para 68.

<sup>110</sup> Elliott, *supra* note (108), 8.

<sup>111</sup> *Id.*

び控訴院における法的主張は欧州人権条約 6 条の下での欧州人権裁判所の判例法によって支えられる EU 法上の実効的原則 (principle of effectiveness) に焦点を当てていた<sup>112</sup>。反対に、最高裁判決では、コモン・ローが手数料負担命令の適法性への訴えにおいて中心的な位置を占め、EU 法と欧州人権条約上の原理原則はコモン・ロー上の基本的な原理原則を支えるものであった<sup>113</sup>。

コモン・ロー上の権利と EU 法上の原理原則の実体的な重複が合議法廷と控訴院において既に注目されていたが、最高裁ではコモン・ローを優先したことが決定的であった<sup>114</sup>。「コモン・ロー憲法」における公法上の理由付けの基本構造は Reed 裁判官によって次のように設定された。すなわち、

「2007 年法 42 条 1 項による大法官へ付与する権限の範囲を確定する際、裁判所は同規定のテキストだけでなく、そのテキストの基盤にある憲法上の諸原則をも考慮しなければならず、制定法解釈上の原理原則はそうした憲法上の諸原則に効力を付与するものである<sup>115</sup>」と。

Reed 裁判官は法の支配を政体における市民のための共通善であると明らかにした。そうして、司法アクセス自体が共通善に資する基本権そのものであり、単に法的不満を晴らすために私的個人に認められているのではない<sup>116</sup>。Reed 裁判官は次のように続ける。すなわち、

「人々と法人は彼らがなさなければならない場合にはその権利を実行することができ、もう一方では、その義務を果たすことができなければ、おそらく彼らに対して救済を求めることができるだろう。それこそが日々の経済的・社会的関係の土台となる知識である」と。

これは法の支配の観念が立憲政府 (constitutional government) の制度の下で市民の自由を守るものであるということを反映している<sup>117</sup>。

UNISON 最高裁判決はコモン・ロー立憲主義を体現している。4 つの理由がある。中でも

---

<sup>112</sup> Bogg, A., “The Common Law Constitution at Work: R (on the application of UNISON) v Lord Chancellor” (2018) 81 MLR 509, 510.

<sup>113</sup> *Id.*, 511.

<sup>114</sup> *Id.*

<sup>115</sup> UNISON, *supra note* (92), para 65.

<sup>116</sup> Bogg, *supra note* (112), 512.

<sup>117</sup> *Id.*



本稿との関連から最初の3つに触れておこう。第1に、UNISON 最高裁判決は確固としたコモン・ロー上の司法審査の諸原則を利用して結論付けられている。同判決は憲法上の司法アクセス権の基本的な地位をゆるぎないものとするものとして歓迎されるべきである<sup>118</sup>。

第2に、UNISON 最高裁判決はいくつかの重要な洞察を基本的な憲法上の諸原理の中に提示している。たとえば、Reed 裁判官は次のように述べた。

「法の支配の観念の核心は、社会が法によって規律されることにある。国会はまず第1にこの国の社会のために法律を定めるために存在する。・・・裁判所は国会の制定する法、裁判所自体が作り出すコモン・ローの適用・執行を確保するために存在する」<sup>119</sup>。

これは Kavanagh が「[裁判所と国会の] 協調的な権力分立の概念 (collaborative conception of the separation of powers) <sup>120</sup>」と喚起している説明のなかで理解できるかもしれない<sup>121</sup>。ここでいう「協調的な」の意味は、良き法的統治という目標を支える裁判所と国会の制度的補完性を説明するものである。法が他者によって尊重されるという期待を享受できれば、市民が平等な市民たりえる状況が確保される<sup>122</sup>。

第3に、UNISON 事件において勝訴に寄与したのは、EU 法と欧州人権条約の主張に対してコモン・ローを優先する戦略を選択したからであった。最高裁が手数料負担命令を EU 法に違反していると結論づけたことも認識されるべきである。コモン・ロー憲法と EU 及び欧州人権条約の境界は、同一の広がり (coterminous) を持っていた<sup>123</sup>。

「分析」と学説とを比較して共通していることは、UNISON 事件最高裁判決について、法の支配を支える司法アクセス権を強く保護しようとする判決だと積極的に評価している点にある。

## 第5節 小括

本章は、まず 1980/90 年代のコモン・ロー上の司法アクセス権に関する判例法を分析し、裁判所が何らかの法益侵害を主張する前提となる司法アクセス権を判例法上確立している

---

<sup>118</sup> *Id.*, 513-514.

<sup>119</sup> UNISON, *supra* note 92, para 68.

<sup>120</sup> Kavanagh, A., “The Role of Courts in the Joint Enterprise of Governing” in Barber, NW, Ekings, R. and Yowell, P. (eds.), *Lord Sumption and the Limits of Law* (Oxford University Press, 2016) 121, 132.

<sup>121</sup> Bogg, *supra* note (112), 514.

<sup>122</sup> *Id.*

<sup>123</sup> *Id.*

ことを明らかにした。この点は、2017年のUNISON事件最高裁判決においても踏襲されている。同判決の踏襲した司法アクセス権は、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意味を持つ。このコモン・ロー上の司法アクセス権は、ダイシーが『憲法序説』の法の支配の第2の平等原則を具体化した権利である。

### 第3章 司法判断不適合性を理由とする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1節 序論

司法アクセス権は、上述の通り、原告が裁判所において自らの主張を述べ、救済を求める基礎となる権利であるといえる。しかし、そうした法的主張を行っても救済を容易に妨げてしまう法理が、判例法上、観察できる。そうした法理は、とりわけ司法判断不適合性と関連して形成されてきた。そうした法理は、司法アクセス権を侵害するものといえないだろうか。実際に、そうした司法アクセス権を侵害すると考えられる法理を検討していく。

どのような法分野からそうした法理を読み取ることができるだろうか。司法判断不適合性は、公権力の行使をめぐる紛争に関連する場合が少なくない。司法判断不適合性は、市民的自由を支えてきた不法行為法において観察できる。不法行為法の中でもコモン・ロー上のネグリジェンス（過失不法行為）は、公的機関の不法行為責任を争う方法の1つである。コモン・ロー上のネグリジェンスは、中世以来の特殊主張訴訟（trespass on the case, action on the case）を淵源に19世紀前後から形成されてきた法分野である。ネグリジェンスの本来の目的は発生した損害の賠償にある。ネグリジェンスは、私人間だけでなく、個人と公的機関の関係にも適用される判例法を積み重ねてきている<sup>124</sup>。特に、被告が公的機関の場合、裁判所は被告の法的責任の第1の成立要件たる注意義務を後述の法政策的考慮によって否定する場合がある。

裁判所は公的機関のネグリジェンス責任を扱う際に、司法判断適合性とも重なり合う法政策的考慮（public policy, policy considerations）によって、公的機関のネグリジェンス責任がそもそも発生しないと判断する。

本章の構成は次の通りである。まず、ネグリジェンス責任の認定の構造を概観し、その中でも第1の要件である注意義務に注目する。注意義務の中で議論があるのが、被告に注意義務を課すかどうかを判断する際の「法政策的考慮（public policy, policy considerations, policy arguments）」である（第2節）。次に、Hill事件貴族院判決において法政策的考慮による警察の注意義務を否定する法理（Hill事件の法理）を取り上げる。Hill事件の法理が欧州人権裁判所において人権条約違反が争われたOsman判決を扱う（第3節）。その後の国内判例を検討して、Hill事件の法理に対する疑念が生じ、その適用を否定する傾向へと変わりつつある

---

<sup>124</sup> 初出は、山口哲史「警察のネグリジェンス責任の注意義務における欧州人権条約の影響の有無（1-3・完）」早稲田大学法研論集155号275-299頁（2015）、156号177-199頁（2015）、157号263-282頁（2016）。本章はこの初出論文に大幅な加筆修正を加えている。

ことを指摘する（第4節）。その傾向が警察以外の公的機関や専門家の注意義務に関する判断においても観察できることを明らかにする（第5節）。そして、そうした警察の注意義務に関する判例の展開が学説においてどのように評価されているのかを明らかにする（第6節）。最後に、本章をまとめる（第7節）

## 第2節 ネグリジェンス責任における注意義務と法政策的考慮の概観

コモン・ロー上のネグリジェンスの責任を争う場合、①被告が原告に対して注意義務を負っていること、②注意義務違反があること、③原告に損害が生じていること、そして④注意義務違反と損害発生との間に法的因果関係が認められることが求められる。したがって、ネグリジェンスの責任が成立するには、なによりも被告の原告に対する注意義務の存在が必要である。つまり、被告の原告に対する関係での法的な注意義務の存在がなければそもそもネグリジェンスの責任は成立しない。注意義務の存在が認められない限り、注意義務違反及び因果関係の認定をすることもできない。したがって、ネグリジェンス責任成立の際には注意義務の存在が重要な意味を持つ。かくして注意義務の存否は、被告がその行為に関して原告との関係で合理的な注意を払うべき義務を負っているか否かを判断する際の調整手段（control device）<sup>125</sup>となる。

注意義務の存否の判断基準は判例法によって形成されてきた。判例法は、被告の原告との関係での注意義務の存否について判断基準を変化させてきた。以下では、その変遷を代表する5判決を見ていくことにしよう。

### 第1項 Donoghue v. Stevenson 事件貴族院判決<sup>126</sup>

本件以前の判例によれば、直接の契約関係にない者に対して被告の注意義務を認めると訴訟が増加しかねないため、製造者が負う注意義務の範囲は直接の契約関係（privity of contract）<sup>127</sup>にある者に限定されていた<sup>128</sup>。なぜなら、19世紀のイギリスでは、自由主義経済の下で市場経済が拡大し取引関係も複雑化していき、技術革新の結果、工業製品の生む潜在的リスクに関する予測が困難になっていたからである<sup>129</sup>。本件は、こうした法状況に修正を

<sup>125</sup> M. Lunney and K. Oliphant, *Tort Law: Text and Materials*, 5th ed. (Oxford University Press, 2013) 121.

<sup>126</sup> Donoghue v. Stevenson [1932] AC 536; [1932] All ER 1, HL.

<sup>127</sup> 先例として、Winterbottom v. Wright (1842) 10 M & W 109, 152 Eng Rep 402 (Ex).

<sup>128</sup> これを契約関係の詭弁（privity fallacy、佐野隆「ネグリジェンスにおける一般的傾向および制限的側面」早稲田法学会誌 43 卷（1993）237-289 頁、239 頁）や契約当事者関係の誤謬（contract of privity fallacy、河野良継「契約当事者関係の誤謬における市場社会の法イデオロギー」阪大法学 48 卷 3 号（1998）133-159 頁、137 頁）という。

<sup>129</sup> 河野・前掲注（128）、128 頁。

加えた判決である。

原告と訴外 X が飲食店に入り X が飲料水を注文したが、飲料水の中にはカタツムリの死骸が入っており、これをみた原告が胃腸炎を発症した。原告は、飲料水の製造者に対し損害賠償を求めてネグリジェンス訴訟を提起した。被告製造業者は、これを援用し D との間に直接の契約関係は存在しないと主張した<sup>130</sup>。貴族院は Atkin 裁判官が示した隣人原則 (neighbourhood principle) を根拠に原告の訴えを認めた。隣人原則とは、第一に、被告が損害を予見可能である場合にのみ注意義務が存在し<sup>131</sup>、第二に、「被告が行為の際にその者を念頭におかなければならないほど被告の行為により『密接的かつ直接的に』影響される人に限られる」<sup>132</sup>原則である。

### 第2項 Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd. 事件貴族院判決<sup>133</sup>

原告である広告代理店は、訴外 A 社の財政状況に関する情報を得ようと、本件被告である銀行に問い合わせたところ、A 社の財政状況は良好であるとの回答を受けた。この回答を信頼した上で、原告は A 社と広告契約を締結した。しかし、A 社は破産し原告は 17000 ポンドの純粋経済損失を被った。原告は被告に対し損害賠償を求めるネグリジェンス訴訟を提起した。争点は、原告との契約関係のない被告が、注意義務を負うか否かであった。貴族院は、被告が自ら引受け、これに対し原告が信頼を与えた場合、被告に注意義務が生じると判示した（なお、被告が原告に回答した際、責任を負わないと明言していたため、本件において被告は損害賠償責任を免れた）。

争われた純粋経済損失は、イギリス法上、契約法においては回復可能であるが、不法行為法においては、長らく損害として認められてこなかった。本件は、こうした状況に変化を与え、純粋経済損失に救済の道を開き、隣人原則の適用される損害の範囲を拡大することになった。

### 第3項 Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd. 事件貴族院判決<sup>134</sup>

内務省が管理する島の少年院から脱走した少年らは、係留されていたヨットで逃走したが、ヨット・ハーバーに係留してあった原告のヨットに衝突しそれを損傷させた。原告は、

<sup>130</sup> Donoghue v. Stevenson [1932] AC 536, at 565.

<sup>131</sup> 望月礼二郎『英米法〔新版〕』（青林書院、1997）157頁。

<sup>132</sup> 同上。

<sup>133</sup> Hedley Byrne & Co. Ltd. v Heller & Partners Ltd. [1964] AC 465; [1963] 3 WLR 101; [1963] 2 All ER 575, HL.

<sup>134</sup> Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd. [1970] AC 1004; [1970] 2 WLR 1140; [1970] 2 All ER 94, HL.

内務省に対し損害賠償を求めるネグリジェンス訴訟を提起した。貴族院は、少年らが脱走した深夜、刑務官らは職務に反し就寝しており、また少年らの過去の犯罪歴や脱走歴などを知っていながら十分な監視を怠ったという理由で原告の訴えを認めた。近年、ネグリジェンス法は原理原則に則って判断される傾向にあり、新たな争点が生じた場合に先例がこれに適用されるかどうかではなく、Donoghue 事件において Atkin 裁判官が述べた隣人原則という一般原則をこの新たな争点に適用すべきかどうかを判断すべきであり、この隣人原則は排除される正当性や理由がない限り適用されるべきであると判示した。

#### 第4項 Anns v. Merton London Borough Council 事件貴族院判決<sup>135</sup>

本件は、先の判例からさらに進んで、注意義務の有無を判断するための一般基準を示した判決である。

本来なされるべき基礎工事が適切になされていなかったために、原告が居住するアパートの壁にひびが入ったり床が傾いたりした。そこで原告は、アパート建設に許可を出した地方当局に対し損害賠償を求めるネグリジェンス訴訟を提起した。Wilberforce 裁判官は次のような判断基準を示し、原告の訴えを認めた。「この問題は、二段階でアプローチされるべきである。第1に、不法行為をはたらいたとされる者と損害を受けた者との間に十分な近接関係または隣人関係があり、前者が合理的に注意を払い、後者へ損害を引き起こすかもしれない前者の不注意を予見していれば、その状況では、注意義務が生じることになるかどうかを問わなければならない。第2に、第一の問題が肯定されれば、注意義務の範囲、注意義務を負う相手方の範囲、また注意義務違反で受ける損害を否定、縮小、また制限すべき何らかの考慮があるかどうかを考える必要がある<sup>136</sup>」。こうして、Wilberforce 裁判官は損害発生の予見可能性と法政策的考慮という二段階基準を表明した。

以降、この一般基準の下で、注意義務の有無が判断されていくことになり、この二段階基準によって、従来ネグリジェンスの分野では損害として認められてこなかった純粹経済損失<sup>137</sup>と精神的苦痛<sup>138</sup>を含め、注意義務の範囲は拡張されていった。

しかし、こうした状況の中、Peabody 貴族院判決において Keith 裁判官は二段階基準が注意義務の存在を判断する上で決定的性格を有するものではなく、こうした傾向に抵抗する

<sup>135</sup> Anns v. Merton London Borough Council [1978] AC 728; [1977] 2 WLR 1024; [1977] 2 All ER 492, HL.

<sup>136</sup> Anns v. Merton London Borough Council [1978] AC 728, 751-752 per Lord Wilberforce.

<sup>137</sup> Junior Books Ltd. v. Veitchi Co Ltd [1983] 1 AC 520, HL.

<sup>138</sup> McLoughlin v. O'Brian [1983] 1 AC 410; [1982] 2 WLR 982; [1982] 2 All ER 298, HL.

べきであるとし<sup>139</sup>、さらに *Aliakmon* 貴族院判決において *Brandon* 裁判官は、二段階基準が用いられるのは、既に注意義務が存在していると判断されている事実関係の事案ではなく、これまでに注意義務の存否が判断されたことのない新たな事実関係について争われた場合であると述べ<sup>140</sup>、裁判所は二段階基準の適用範囲を狭めていくようになった。

#### 第5項 *Caparo Industries Plc. v. Dickman* 事件貴族院判決<sup>141</sup>

訴外会社Aの株主である原告は、Aの会計監査を担当していた被告の監査結果を信頼し、Aの株を買い増ししてAを買収した。しかしその後A社の財務状況が悪いことが判明した。そこで被告の監査結果に誤りがあったため純粋経済損失を被ったと主張し、原告は被告に対し損害賠償を求めるネグリジェンス訴訟を提起した。貴族院は原告の訴えを認めなかった。

貴族院は、注意義務の拡大傾向を惹起してきた *Anns* 事件の二段階基準の適用を止めた。代わりに、既存の先例と係争中の事件とを類推することによって判断を下していくという従来の手法を採用することにした。既存の先例を発展させるべく、*Bridge* 裁判官は、①損害の予見可能性、②原告と被告の近接性、そして③注意義務を課すことが、公平、公正そして合理的(*fair, just and reasonable*)であるかどうか、という三段階基準を設けた。

その後の *Murphy v. Brentwood District Council* 事件貴族院判決<sup>142</sup>によっても同旨が再確認されて、*Caparo* 事件における三段階基準が現行の注意義務の判断基準となっている。

#### 第6項 注意義務における法政策的考慮の位置づけ

*Anns* 事件の二段階基準の二段階目の基準と *Caparo* 事件の三段階基準の三段階目の基準は、注意義務の有無を判断する際の基準として法政策的考慮を示している。この法政策的考慮は、「法体系の中の基準や規範が紛争の明確な解決を与えない際に、裁判官が頼みにする実質的な正当化事由(*substantive justifications*)<sup>143</sup>」とされる。法政策的考慮は、「裁判官の面前に来るすべての事件で行使されてはならない。これが用いられるのは、判断するのが困難な事件 (*hard cases*) であり、それは確立された法的基準が明確な解答を与えない事件のことである<sup>144</sup>」。つまり、判決を下す際に裁判官に与えられる裁量を意味する。裁判所は、既存の

<sup>139</sup> *Governors of Peabody Donation Fund v. Sir Lindsay Parkinson & Ltd.* [1985] AC 210, 240 per Lord Keith.

<sup>140</sup> *Leigh and Sullivan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.* [1986] 1 AC 785, 815 per Lord Brandon.

<sup>141</sup> *Caparo Industries Plc. v. Dickman* [1990] 2 AC 605; [1990] 2 WLR 358; [1990] 1 All ER 568, HL.

<sup>142</sup> *Murphy v. Brentwood District Council* [1991] 1 AC 398, HL.

<sup>143</sup> J. Bell, *Policy Arguments in Judicial Decisions* (Oxford University Press, 1983) 22-23.

<sup>144</sup> *Id.*, 24.

法を当てはめても解決することが困難な事件において、法政策的考慮による法創造を行ってきており、これは長らく受け入れられてきているのである<sup>145</sup>。

### 第3節 Hill 事件貴族院判決と Osman 事件欧州人権裁判所判決

#### 第1項 Hill 事件貴族院判決の概要

法政策的考慮によって注意義務の発生が存在しない判決であり、判決後に注意義務を法政策的考慮によって否定してきた事件として、警察の注意義務の存否が争われた Hill 事件貴族院判決<sup>146</sup>を挙げることができる。警察は、犯罪を抑止し、捜査を受け持つにもかかわらず、犯罪被害発生の阻止に失敗しても、コモン・ロー上のネグリジェンス責任発生要件である注意義務を一部の例外を除いて負わないとされてきた。

Hill 事件の概要は次の通りである。1975年から1980年の間、ウェスト・ヨークシャーにおいて若い女性ばかりを狙った13件の連続殺人事件と8件の殺人未遂事件が発生した。本件原告の娘Jは、ヨークシャーの切り裂き魔（Yorkshire Ripper）と呼ばれたSによって殺害された連続殺人事件の最後の被害者である。原告は警察が早急にSを逮捕していれば娘が殺人事件の被害者になることはなかったと主張し、ウェスト・ヨークシャーを管轄する警察本部長に対し損害賠償を求めるネグリジェンス訴訟を提起した。争点は、被告が事件当時にJに対し注意義務を負っていたか否かであった。原告は高等法院女王座部と控訴院において敗訴した。そこで原告は貴族院に上訴した。

Keith 裁判官（多数意見）は、警察が殺害を予見できるほどの被害者との密接な関係性（近接性）が存在しないと述べた上で、次のように法政策的考慮による理由を付け加えた。

「警察は時折、その任務の遂行中に過ちを犯すこともあるが、その任務を遂行するために最善の努力を尽くしているということに疑いはない。事件によっては、警察に義務を課すことによって、警察は保身を気にかけて警察活動を展開するかもしれない。・・・さらに、警察が捜査を開始して迅速に犯罪者を逮捕することができず、さらなる犯行が重ねられれば、警察に対し訴訟が提起されるということが合理的に予測される。・・・捜査の手段には、例えば最も有利に進められる捜査の方針や利用可能な資源の最善の配分方法について、政策や裁量の問題に基づいてなされる様々な判断が必ず伴う。多くのそのような判断は、裁判所によって適切であると

<sup>145</sup> A.J.E. Jaffey, *The Duty of Care* (Dartmouth, 1992) 13.

<sup>146</sup> Hill v. Chief Constable of West Yorkshire [1989] 1 AC 53; [1988] 2 WLR 1049; [1988] 2 All ER 238, HL.



判断されるような〔性質の〕ものではないだろうが、事実の入念な審査は、事実がそうであったか否かを確かめるために必要かもしれない。〔そうすると〕警察は訴訟の対応のため時間、人手、そして予算の多くが、訴訟の抗弁の準備や事実審理における証人の出廷に費やされると予測することになるかもしれない。その結果、犯罪の抑止という警察の最も重要な役割から警察の人手と注意を分散させることになるだろう<sup>147)</sup>。

以上の Hill 事件を分析するには、注意義務の存在の有無を判断する要素となった 2 つの側面から分析するのが有用であろう。それは不作為不法行為責任ないし第三者責任と法政策的考慮である。

まず、不作為不法行為責任ないし第三者責任の側面について触れる。本件は、連続殺人事件の捜査過程において警察が連続殺人犯を特定し逮捕できないでいる中で発生した。事件発生当時、警察は被害者となる可能性のある者を特定できていたわけではなかった。ましてや、逮捕後に取り逃がしてさらなる事件が発生したというわけでもなかった。つまり、原告は不作為不法行為 (omissions) または第三者責任 (third party liability) を争ったと考えることができる。Goff 裁判官が Smith v. Littlewoods Organization Ltd. 貴族院判決で述べたように、コモン・ローは原則として不作為不法行為責任を認めていない<sup>148)</sup>。なぜなら、被告に積極的な作為義務を課すことにより生じる過度な負担、そして無数の人の中で原告を救助しなかった被告だけが法的責任を負わされるのは不公正だからである<sup>149)</sup>。同判決において、Goff 裁判官は被告が第三者責任を負う場合について、Dorset Yacht 事件貴族院判決を挙げた<sup>150)</sup>。Dorset Yacht 事件貴族院判決における注意義務の存在に必要な原告と被告との近接性について、貴族院は、Donoghue 事件貴族院判決における Atkin 裁判官の隣人原則を援用しながら、同原則は少年院に収監されていた少年らが生じさせた損害について、少年らを監督していた少年院が負うべきと判決した。

実際、Hill 事件貴族院判決においても、Keith 裁判官は Dorset Yacht 事件を援用し、警察と S の間に近接性が存在しなかったと示した。その理由は、Dorset Yacht 事件と比較すると Hill 事件において、警察は S をその監督・支配下には置いていなかったためである。これを理由として、貴族院は原告と警察との近接性を認めなかったのである。

<sup>147)</sup> Hill v. Chief Constable of West Yorkshire [1989] 1 AC 53, 63 D-H per Lord Keith.

<sup>148)</sup> Smith v. Littlewoods Organization Ltd. [1987] 1 AC 241, 271 C per Lord Goff.

<sup>149)</sup> Lunney M. and Oliphant K., *Tort Law: Text and Materials*, 5th ed. (Oxford University Press, 2013) 453.

<sup>150)</sup> Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd. [1970] AC 1004.

次に法政策的考慮の側面について触れる。Keith 裁判官は法政策的考慮について 4 つの理由を示した。①警察に注意義務を課すと保身により警察活動が萎縮すること、②裁判所は公的機関の政策・裁量判断に積極的に介入すべきではないこと（司法判断適合性）、③犯罪者の逮捕に失敗し、これを根拠に警察に対する多くの訴訟が提起されると合理的に予見できること（水門論）、そして④警察に対する訴訟が提起されれば、その対応のために警察の犯罪の抑止という主要な任務から予算や人手が分散すること、である。このように、Hill 事件において、裁判所は警察にかかる訴訟負担を考慮し警察の裁量判断への介入を控えたのであった<sup>151</sup>。

## 第2項 Osman 事件欧州人権裁判所判決<sup>152</sup>と Z 事件欧州人権裁判所判決<sup>153</sup>

Hill 事件の法理は、その後、欧州人権裁判所で争われることとなった。その判決が Osman 事件であった。事件の概要は次の通りである。学校教師 L（訴外）は、その生徒である原告 O に対して執拗な嫌がらせやストーカー行為を繰り返していた。そのため学校は L による O への執拗な行動について警察へ通報したが、学校で処理するよう返答された。L は O の名前になぞらえて改名し、O はインナー・ロンドン教育局 (Inner London Education Authority) にこの事実を報告した。当局はすぐに L を辞めさせるべきだと回答した。L は精神科医にかかり、学校での教育活動には従事可能であるが、引き続き何らかの精神療法にかかるべきであると医者から診断され L は教師を辞めた。その後 O の家や自動車の損壊事件が起こるようになった。警察は L が容疑者だと考え、逮捕しようと L の自宅に向かったが不在であり、その後 L の足取りを掴めずにいた。1988 年 3 月 7 日、L は O の父親を射殺し O も負傷した。その後、教頭に重傷を負わせその息子を射殺した。

原告は警察が L による殺人を未然に防止しなかったとして、イギリスの国内裁判所で警察に対するネグリジェンス訴訟を提起した。第 1 審は原告の訴えを却下し、次いで控訴院は、Hill 事件の法理によって、警察は O に対して注意義務を負わないと判示し訴えを棄却

---

<sup>151</sup> ネグリジェンス法における警察の注意義務の免責法理を見てきたが、警察が一切責任を免れているというわけではないということに注意を要する。イギリスは 2002 年警察改革法 (Police Reform Act 2002, c. 30) を制定し警察独立不服申立委員会 (Independent Police Complaints Commission) を設置し 2004 年から活動を開始した。2017 年治安維持及び犯罪法 (Policing and Crime Act 2017, c. 3) によって近く警察活動独立審査局 (Independent Office for Police Conduct) が設置される予定となっている。本章はネグリジェンス責任の特に注意義務に焦点を絞っているので、不服申立制度を詳述することはしないが、より専門性のある不服申立による紛争解決手段をネグリジェンスの代替手段と捉え、これまで警察の注意義務は基本的には認められてこなかった。

<sup>152</sup> Osman v. United Kingdom (App. 23452/94); (2000) 29 EHRR 245.

<sup>153</sup> Z v. United Kingdom (App. 29392/95); (2002) 34 EHRR 97.

した<sup>154</sup>。原告は貴族院へ上訴しようとしたが却下されたため、警察の犯罪防止を怠ったことが人権条約 2 条 1 項（生命に対する権利）<sup>155</sup>、6 条 1 項（公正な裁判を受ける権利）<sup>156</sup>に違反すると主張し欧州人権委員会に申し立てた。欧州人権裁判所に付託された。

人権裁判所は、人権条約 2 条 1 項違反を認めなかったが、6 条 1 項違反を認めた。まず、人権裁判所は、2 条に関して国家が積極的義務を負う場合の判断基準を次のように示した。すなわち、

「公的機関が、第三者の犯罪行為による特定の個人や諸個人の生命に対する現実かつ差し迫った危険（a real and immediate risk）の存在をそのときに認識し、または認識するべきであって、合理的に判断してその危険の回避を予測しえた措置を公的機関の権限内で講じなかったということが立証されなければならない<sup>157</sup>」。

人権裁判所は、この *Osman* 基準に照らし次のように続けた。

「O の家族の物品の損害はあっても、生命への危険を示すものではなく、また L の関与を示す証拠は存在しない<sup>158</sup>」。「申立人は、O の家族が L から現実かつ差し迫った危険の下にあったということを警察が知っていた、または知るべきであったということができる残忍な事件に至る一連の出来事の中の決定的な時点を示していない<sup>159</sup>」。

---

<sup>154</sup> *Osman v. Ferguson* [1993] 4 All ER 344, CA.

<sup>155</sup> 「2 条 1 項 すべての者の生命に対する権利は、法律によって保護される。何人も、故意にその生命を奪われない。ただし、法律で死刑を定める犯罪について有罪とされ裁判所による刑の宣告を執行する場合は、この限りでない」。戸波・前掲注（23）、490 頁。

<sup>156</sup> 「6 条 1 項 すべての者は、その民事上の権利義務の決定または刑事上の罪の決定のため、法律で設置された、独立の、かつ、公平な裁判所による合理的な期間内の公正な公開審理を受ける権利を有する。判決は、公開で言い渡される。ただし、報道機関および公衆に対しては、民主的社会における道徳、公の秩序もしくは国の安全のため、また、少年の利益もしくは当事者の私生活の保護のため必要な場合において、またはその公開が司法の利益を害することとなる特別な状況において裁判所が真に必要であると認める限度で、裁判所の全部または一部を公開しないことができる」。戸波・前掲注（23）、491 頁。

<sup>157</sup> *Osman, supra note* (152), para 116.

<sup>158</sup> *Id.*, para 119.

<sup>159</sup> *Id.*, para 121.

他方、人権裁判所は、国内裁判所において申立人が警察に対しネグリジェンス訴訟を提起した場合に、Hill 事件の法理を根拠に原告の訴えが認められなくなり、警察に全面免責を与えていることになるという理由で 6 条 1 項違反を認めた。

この後、以上の Osman 判決に対しては、イギリスの裁判所はイギリス法を誤解したものと批判した。たとえば Barrett 事件貴族院判決<sup>160</sup>において、ブラウン＝ウィルキンソン裁判官は、Osman 判決を批判して次のように述べた。少々長いが引用する。

「欧州人権裁判所の Osman 判決は理解することが極めて難しいといえる。・・・一見すると、申立人は、国内法の下で、国内裁判所で執行できる権利 A を有している。6 条の下で、彼は別の独立した権利 A を主張するための国内裁判所にアクセスする権利 B を付与されている。したがって、権利 A が、たとえば、契約上の権利または過失を以って負傷させられない不法行為上の権利を構成しているという前提に立つ人もいるだろう。そうした権利の執行が妨げられている場合、それは権利 A ではなく裁判所にアクセスする権利 B を侵害されていることになる。しかし、それは人権裁判所が 6 条を解釈する方法ではない。・・・」

「[Osman 判決は] 警察に対する訴えを妨げる法政策的考慮からは離れて、Osman が警察に対してネグリジェンスの訴えを提起して、警察に対するネグリジェンス訴訟を排除する準則、いわゆる排除準則 (exclusionary rule、Hill 事件の法理のことを指す) を当該事案に適用することは公平、公正、そして合理的ではない、と宣言するために、Osman は裁判所にアクセスする権利を有するものと扱っているように見える」。

「上述のことから 6 条の範囲が明らかとなり、人権裁判所は Osman 事件においてイギリスの裁判所へのアクセスする権利の侵害があり、そのような侵害は、捜査や犯罪からの保護に過失を以って失敗したことを理由に警察に対するあらゆる訴えに、全面的な排除準則を適用することが原因であった、と判示した。人権裁判所の見解において、明らかなのは、そうした排除準則の適用が、それぞれの個別の事案ごとに判決されなければならないという点にある。個別の事案ごとに排除準則の適用がなされていなければ、実効的な警察力における公益が個別の事案において原告の受けた損害の重大性に比例的かどうかを判断することができない。こうした根拠から、イギリスの裁判所は、具体的事件において排除準則の比例性を判断できる

---

<sup>160</sup> Barrett v. Enfield London Borough Council [1999] UKHL 25; [2001] 2 AC 550; [1999] 3 WLR 79; [1999] 3 All ER 193.

ような証拠を審理することなく、警察に対する Osman の提起した訴えを却下することによって、人権条約 6 条に違反していた、と人権裁判所は判決した。人権裁判所が言うには、警察は比例性を失するほどの『全面免責』を認められていたため、Osman の裁判所にアクセスする権利を正当化できないほどに制限していた。Osman は警察に対して自らの主張が認められる資格がある〔と人権裁判所は解釈したのであった〕。

「この理由をイギリスのネグリジェンス法に当てはめても問題は多く様々なものがある。第 1 に、『免責』という文言は、場合によっては不正確に用いられているが、一般的にまたは具体的な活動のタイプかどうかにかかわらず、具体的な被告の集団に責任を課すことが、公平、公正、合理的ではないと判示することは、ある〔特定の〕法的責任から他の領域にもあてはまる免責を付与することにはならない。・・・第 2 に・・・彼らがネグリジェンス責任を回避するため、周りをうかがって戦々恐々になってしまつては、社会全体の利益のための被告の主たる職務の適切な実行が妨げられてしまう。・・・第 3 に、イギリス法において、法政策的考慮の問題と、ネグリジェンス責任を課すことが公平、公正、合理的かどうかの問題は、法律問題として裁かれる。たとえば、過失ある会計監査を理由に株主に対して責任を負うとはいえ、会社の監査役は、会社に投資を勧める責任を負うことはないとの判決は、将来におけるあらゆる事案にまで同様に適用される。その判決は原告の受けた損害の範囲と個別具体的な事案において市民の受けた損害のバランスをはかることに依存するものではない<sup>161</sup>」。

すでにみたように、法政策的考慮は、イギリスの裁判所が長らく判例法を発展させるために用いてきた裁量である。人権裁判所が、このイギリス裁判所の裁量によって導き出された原告敗訴の判決を 6 条違反によって否定することに問題はないだろうか。なぜなら Osman 事件における 6 条違反の認定は、法政策的考慮自体を否定しうることになるからである。次の文章に、Osman 事件における 6 条違反の解釈に対する批判が端的に示されている。すなわち、

「欧州人権裁判所は、6 条 1 項に規定されている裁判所へアクセスする権利が、手続的権利であると何度も述べてきた。これは、人々が母国の法によって認識されて

---

<sup>161</sup> Barrett v. Enfield London Borough Council [2001] 2 AC 550, 559-560.

いる実体的な権利を追求できることを保障しようとした規定である。・・・[しかし、]注意義務を課すことが、公平、公正そして合理的であるか否かという問題は、手続的争点というよりもむしろネグリジェンスの実体的要素の争点<sup>162</sup>]なのである。

この批判から、Osman 事件に対する批判の中心は、実体的権利が争点となっていた事件に手続的権利を保障する規定を適用したという点にあったということがわかる。

Osman 事件のおよそ2年後、人権裁判所は Osman 事件で採用した6条違反解釈とは異なる立場を採った。Z 事件は、自治体が担う福祉行政が争われた X 事件貴族院判決<sup>163</sup>の申立事件である。X 事件においても、Hill 事件と同様に法政策的考慮がなされ、自治体はネグリジェンス責任を免れていた。

原告は、4人の兄弟姉妹の児童(Z 長女 1982 年出生、A 長男 1984 年出生、B 次男 1986 年出生、C 次女 1988 年出生)である。原告らは両親から虐待を受けており、自宅は極めて不衛生で、食事も満足に与えられていないためごみをあさるほどの生活環境にあった。1987 年 11 月及び 1988 年 3 月に、原告の家族への支援を話し合う専門家の会合が開かれたが、何の手段も講じられることはなかった。1989 年 4 月、警察が原告の寝室は不衛生である旨を報告し、また同年 6 月には、全国児童虐待防止協会 (the National Society for the Prevention of Cruelty to Children) と緊急対策チーム (Emergency team) が隣人による通報を受けて照会を行った。同年 8 月には、申立人らの祖母が社会福祉局 (social services) に問い合わせた。しかし 1989 年 10 月の専門家の会合でも、家族には社会福祉士 (social worker) が派遣される決定はされず、児童らが通う学校が原告らの体重を量り、ヘルス・ビジターが定期的に家庭を訪問することが決定されただけであった。その上、虐待をうけている原告より、両親への支援がなされるべきである旨が確認されたにすぎなかった。その後も、原告らへの満足な救済がなされることはなかった。1993 年 1 月、原告らは小児精神科医 D の診察を受けた。原告のうち、Z、A そして B の 3 人には心理的に不安定な兆候があると認められた。Z は、家族への責任を感じると同時に、衰弱しているために鬱病を発症していた。悪夢でうなされる A と B には、心的外傷後ストレス障害が認められた。原告らは、愛情が注がれず身体的ケアもなされていなかった。D は診察を終えて「背筋が凍った」とまで述べ、加えてその職業に就いてからの経験上、ネグレクト及び精神的虐待の事件のなかで最悪の事件であるとも述べている。

<sup>162</sup> J. George and A Lidbetter, “Negligent Public Authorities and Convention Rights-the Legacy of Osman” (2001) EHRLR 599, 605-606.

<sup>163</sup> X v. Bedfordshire County Council [1995] 2 AC 633; [1995] 3 WLR 152; [1995] 3 All ER 353, HL.

原告らは、自治体に対しイギリスの裁判所で損害賠償を求めるネグリジェンス訴訟を提起した。第1審・控訴審において、原告の訴えは認められなかった。そこで貴族院に上訴したが、法政策的考慮を根拠に訴えは認められなかった。原告は、人権委員会に申し立て、人権委員会が人権裁判所に付託した。それがZ事件人権裁判所判決である<sup>164</sup>。

争点は、人権条約3条（拷問の禁止）<sup>165</sup>、8条、そして6条違反の有無である。人権委員会による3条違反の認定について政府は争わなかった<sup>166</sup>。

Osman事件とZ事件の関係を鑑みると、6条違反の有無が注目される。人権裁判所は、「本件において、責任を排除する規範や責任の不発生として特徴づけられる貴族院の判決が、裁判所へのアクセスを否定するとは確信できない<sup>167</sup>」と判示し、6条違反を認めなかった。

Osman控訴院判決とX事件の類似点は、ネグリジェンスの注意義務の存否判断の際に、法政策的考慮によって原告の訴えを認めなかった点にあった。しかし、Z事件は、法政策的考慮を6条違反としたOsman事件とは異なり、6条違反を認定しなかった。このことは、実体と手続に混乱を生じさせたOsman事件の6条違反を修正し、人権条約上の判例法における実体と手続を区別したと評価されている<sup>168</sup>。

### 第3項 Osman 欧州人権裁判所判決直後の公的機関の注意義務の存否判断に関する判例法の展開

Hill事件の法理を6条違反としたOsman事件の立場は、Z事件によって変更されたものの、Z事件が下されるまでに、Osman事件はイギリス法に一定の影響を及ぼしていると評価されている<sup>169</sup>。なぜなら、児童福祉行政を担当する自治体と児童との関係での注意義務の判断に関して判例法に変化が生じ始めたからである。それを例証するのが上述のBarrett貴族院判決（1999年）<sup>170</sup>である。

Barrett事件では、児童福祉行政を担う自治体の注意義務の有無が争われた。従来、この児童福祉行政分野では、前述のX事件判決のように裁判所は法政策的考慮によって自治体に対するネグリジェンスの訴えを棄却していたが、Barrett事件は判例を変更し、自治体の注意

<sup>164</sup> Z v. UK (App no. 29392/95); [2001] 2 FLR 612; [2001] 2 FCR 246; (2002) 34 EHRR 3.

<sup>165</sup> 「3条 何人も、拷問または非人道的なもしくは品位を傷つける取扱もしくは刑罰を受けない。」戸波・前掲注(22)、490頁。

<sup>166</sup> Z v. UK, *supra* note (164), para 72.

<sup>167</sup> *Id.*, para 96.

<sup>168</sup> George and Lidbetter, *supra* note (162), 615.

<sup>169</sup> McKendrick, E., “Negligence and Human Rights: Reconsidering Osman”, in Friedman, D. and Barak-Erez, D. (eds.), *Human Rights in Private Law* (Hart Publishing, 2001) 345-355.

<sup>170</sup> Barrett, *supra* note (161).

義務の存在を認め原告の訴えを認めた。Brown-Wilkinson 裁判官は、前述のように Osman 判決に対しては、重大な疑義を示しつつも、X 事件貴族院判決のように全面的な法政策的考慮により注意義務の存在を否定するような立場は、欧州人権裁判所の判例と両立が難しいとも考え、次のように述べて原告の訴えを却下しないと判断した。

「Osman 事件を考慮すると、本件を却下した場合の結果を予測することは難しい。〔しかし〕少なくとも、本件がストラズブール〔の人権裁判所〕に持ち込まれることは予測がつく。Osman 事件の適用を適切だと考える人権裁判所は、我々が被告の主張を認める判決を下せば、原告が受けた苦痛と本件で公益のために生じる損害の均衡を図る権利を奪ったと言うであろう。現在の不十分な状態の中で、そして人権法の下で〔人権条約〕6条が近くイギリス法の一部となることを思えば、こうした事件を却下する明確な理由があるとは言えない<sup>171)</sup>」。

#### 第4節 Osman 欧州人権裁判所判決以後の警察のコモン・ロー上の注意義務の存否判断に関する判例法の展開

では Osman 欧州人権裁判所判決、そしてそれを受け判決された Barrett 貴族院判決以降、警察のコモン・ロー上のネグリジェンス責任における注意義務の存否が争われた事件で、裁判所はどのような判断を下してきているのだろうか。

##### 第1項 Brooks 事件貴族院判決

まず Brooks 事件貴族院判決を扱おう<sup>172)</sup>。1993年4月22日、白人の暴漢らが黒人であることを理由に L と原告 B に暴行を加え、L を殺害した。B は生き残りの証人であった。事件直後の現場での警察の対応に不手際—具体的には、警察が黒人同士の麻薬取引の際の揉め事だと思い込み捜査を開始した—があり、B はこれによって PTSD を罹患したと主張し、B は警察に対し損害賠償を求めるネグリジェンス訴訟を提起した。第一審の中央ロンドン県裁判所は原告の訴えを棄却したが、控訴院は原告の上訴を認めた。そこで被告が貴族院に上訴した。Steyn 裁判官は次のように述べて被告の上訴を認容した。

<sup>171)</sup> *Id.*, 560 B-C per Lord Brown-Wilkinson.

<sup>172)</sup> Brooks v. Commissioner of Police of the Metropolis [2005] UKHL 24; [2005] 1 WLR 1495; [2005] 2 All ER 489. 本件は、警察の人種差別により発生した事件として有名である。当時の内務大臣 Jack Straw が Macpherson 卿に調査を命じ、その報告書として、Sir William MacPherson of Cluny, The Stephen Lawrence Inquiry (London, HMSO, 1999) Cm 4262-Iが報告されている。



「Hill 事件の法理からの後退は、法執行に萎縮効果を及ぼすであろう。犯罪捜査及び容疑者の逮捕に専念する一方で、警察官は実際に、証人及び被害者となる可能性のある者と接触するごとに損害や犯罪を引き起こす危険を回避するための資源 (resources) の投入の確保を要請されるだろう。そのような法的義務は、容疑者、証人または被害者となる可能性のある者を見極めるときの毅然とした警察活動 (robust approach) を妨げることになるだろう。警察に被害者と証人に対する一般的な注意義務を課すことによって、共同体の利益の中で公的役割を遂行するすばやく毅然とした警察の能力を、阻害することになるだろう<sup>173</sup>」。

このような理由から、貴族院は被告の上訴を容れ、原告の主張を棄却した。本件は不作為不法行為責任の事件というよりも、原告が警察の杜撰な対応に対して提訴したことに照らせば、作為による不法行為責任が争われていると見てよい。この点で本件は、Hill 事件とは事実関係は異なるといえる。しかし、貴族院はその点を区別せず、Hill 事件の法理からの後退による警察活動の委縮を警戒し Hill 事件の法理を維持したといえる。

#### 第2項 Smith v. Chief Constable of Sussex Police 事件貴族院判決<sup>174</sup>

原告 S は、J とパートナーとして同棲していたが、2000 年 12 月 21 日に J から暴行を受け、警察に通報した。J は逮捕されたが、起訴はされなかった。J は 2003 年 1 月から脅迫内容のメッセージを電話や手紙や E メールで大量に S へ送っていた。2003 年の 2 月だけでも 130 件の脅迫メールを送っていた。2 月 24 日、警察は S から通報を受け 2 人の警察官を同日中に派遣したが、警察官らは E メールを見ることを拒み、S から調書もとらず S に被害届も出させなかった。3 月 10 日、J は、S に「復讐するは我にあり」という E メールを送った。同日、警察が S に連絡を取り、そのときに警察は J がメールの内容を送信した電話番号を教えるよう S に伝え S が回答した。そして同日、S は J から金鎚で殴られ、3 か所の頭蓋骨陥没の重傷を負った。

原告は警察の対応の遅れの結果、被害を受けたと主張し、損害賠償を求めてネグリジェンス訴訟を 2006 年 3 月 2 日に提起した。1998 年人権法に基づく損害賠償請求訴訟の出訴期限は 1 年間であり、本件提訴時には出訴期限が経過していたため、本件ではコモン・ロー上のネグリジェンス責任のみが争われた。争点は、被告が S に適切な措置を講じる注意義務を

<sup>173</sup> Brooks, *supra note* (172), para 30 per Lord Steyn.

<sup>174</sup> Smith v. Chief Constable of Sussex Police [2008] UKHL 50; [2009] AC 225; [2008] 3 WLR 593; [2008] 3 All ER 977.

負っていたか否かであった。高等法院では原告が敗訴した。控訴院では原告の訴えが認められ、貴族院は Hill 事件の法理を適用し本件控訴院判決を覆した。

しかし、審理を担当した 5 人の常任上訴貴族の内、3 人は Hill 事件の法理を本件に適用することを躊躇しているようにみえる。たとえば、Phillips 裁判官は、法政策的考慮は、裁判所ではなく国会によって決定されるべきであると述べ<sup>175</sup>、Carswell 裁判官は、本件の事実関係に Hill 事件の法理を適用することにより一抹の不安があると言い<sup>176</sup>、そして Brown 裁判官は、Bingham 裁判官の意見には説得力があるし、本件のような訴えを認めるべき事件に救済を与えたくもなるし、このような躊躇なくして結論を下すことはできないと述べた<sup>177</sup>。

他方、唯一反対意見を述べた Bingham 裁判官は、責任原則 (Liability Principle) を示した。責任原則とは、一般市民 A が、警察官 B に、身元や行方がはっきりしている第三者が、通報者の生命や身体的安全に対し、一定の急迫した脅威を与えているという明らかに信頼できる証拠を提出した場合、B は A に対して、そのような脅威を評価する合理的な手段を講じ、適切な場合には、その脅威を阻止する合理的な手段を講じる義務を負う<sup>178</sup>という原則である。Bingham 裁判官はこの責任原則に依拠すれば原告の訴えは認められると主張したが、他の裁判官は責任原則に同調しなかった。たとえば、Hope 裁判官は、この責任原則は人権裁判所が国家の積極的義務を判断する手法を反映している<sup>179</sup>と認めつつも、その適用には不確実性が残り、また従来判例が繰り返してきた警察活動の萎縮などの懸念は払拭できないとして反対した<sup>180</sup>。

この Smith 事件は、被害者の通報があったにもかかわらず、警察が捜査に乗り出さない中で、J が被害者 S に加害行為に及んだということを考えると、不作為不法行為責任が争われていると考えてよいであろう。しかし、被害者が事件発生前に警察に通報をしていたという点で、警察は被害者に危害が切迫していることを認識するという近接性に関係する事情はあったのであり、その点で本件と Hill 事件とは事実関係が異なり、そのため裁判官の中には、Hill 事件の法理の適用を躊躇する者もいたものと思われる。とはいえ、結論的には依然として Hill 事件の法理が適用され続けていた。

Osman 事件欧州人権裁判所判決において、Hill 事件の法理は、人権条約 6 条 (公正な裁判を受ける権利) に違反すると判示され、その後 Z 欧州人権裁判所判決において、Osman 事

---

<sup>175</sup> *Id.*, para 102 per Lord Phillips.

<sup>176</sup> *Id.*, para 107 per Lord Carswell.

<sup>177</sup> *Id.*, para 127 per Lord Brown.

<sup>178</sup> *Id.*, para 44 per Lord Bingham.

<sup>179</sup> *Id.*, para 77 per Lord Hope.

<sup>180</sup> *Id.*, para 77 per Lord Hope.

件欧州人権裁判所判決での判示は、同条約 6 条に違反するものではないとの立場に修正した。しかしその後、Hill 事件の法理は、Brooks 事件と Smith v. Chief Constable of Sussex Police 事件において、警察の作為に関連し、また裁判官が同法理の適用を躊躇するほどの事件にまで適用されているため、Hill 事件の法理はその適用範囲が非常に広範であるという理由からすると、原告は人権条約 6 条の公正な裁判を受ける権利を侵害されているといえる。

### 第3項 Van Colle 事件貴族院判決<sup>181</sup>

Van Colle 事件貴族院判決は、1998 年人権法上の損害賠償請求に関する訴訟である。

1999 年 3 月、訴外 B は窃盗罪で刑事 R に逮捕されたが、起訴されずに釈放された。その後、同年 9 月から 12 月まで、B は原告 G によって雇用されていたが、G と続けざまに暴力沙汰を起こし、B は同年 12 月 24 日以来入社しなかった。2000 年 2 月に B は上述の窃盗罪で再逮捕され、同年 4 月に詐欺と窃盗の罪で起訴された後、保釈された。その後、B は 2000 年に起こした窃盗事件の証人らに賄賂を申し出たり、証言をしないよう要求していた。B は同年 10 月 13 日に G に電話をかけ、起訴を取り下げなければ痛い目に遭うぞと脅迫し、その脅迫について G は R に通報し聴取を受けた。11 月 9 日に B は再び電話で G に「起訴を取り下げろ、くそったれ」などと脅迫し、G は R の留守電にそのことを言い残した。11 月 19 日、G は B からの電話について記した書面を R にファックスした。11 月 21 日、R はそれを見て、11 月 23 日に G と面会する約束をした。このとき R は B を逮捕する意思を固めていた。しかし 11 月 22 日夕方、G は退社中に B によって射殺された。

原告である G の両親は、人権法 6・7 条、人権条約 2 条を根拠に、R が適切な対応をしなかったという理由で、警察に対し人権法に基づく損害賠償を請求した。高等法院及び控訴院はそれぞれ原告の訴えを認めた。そこで警察が貴族院に上訴した。

争点は、R が当時知っていた事実及び状況で合理的かつ情報に基づいた判断をするときに、G の生命に現実かつ差し迫った危険があったと適切に認識すべきであったか否かであった。貴族院は、人権裁判所の Osman 基準に照らし原告の訴えを棄却した。R は、脅迫を意図した電話やメールがあることは知っていたが、生命に対する現実かつ差し迫った危険の存在をそのときに把握していなかったし、または把握すべき状況にはなかったと判断した。貴族院判決後に、原告は人権裁判所に申立てたが、人権裁判所も 2 条違反を認めなかった<sup>182</sup>。

この Van Colle 事件は、被害者 G が警察（刑事 R）に切迫した危険を通報しているにもか

<sup>181</sup> Van Colle v. Chief Constable of the Hertfordshire Police [2008] UKHL 50; [2009] 1 AC 225.

<sup>182</sup> Van Colle v. UK (App no. 7678/09); (2013) 56 EHRR 23.

かわらず、警察が捜査をしなかった事案であるから、不作為の不法行為の事案、または第三者責任の事案と分類できる。ただし請求原因はコモン・ロー上のネグリジェンスではなく、1998年人権法上の損害賠償請求権であった。この場合の責任成立基準は、Osman判決の基準であるが、そこにいう現実かつ切迫した危険は厳格に解釈適用されたため（本件のBrown裁判官はOsman基準が容易に満たすことのできない厳格な基準と言う<sup>183</sup>）、本件での警察の賠償責任は棄却されたといえる<sup>184</sup>。

---

<sup>183</sup> Van Colle, *supra note* (181), para 115 per Lord Brown.

<sup>184</sup> このような判例が展開する中、2008年に法律委員会（Law Commission）が、個人は、いつ、どのようにして不当な行為をした公的機関から救済を得ることができるのかという問題意識から、「行政的救済：公的機関と市民（Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen、以下AR、Law Commission Consultation Paper No. 187, *Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen* (2008)）<sup>184</sup>」を発表した。ARの中で、本稿に関連する改革提案について言及しておきたい。

「真に公的事項に関わる」活動（“Truly Public” activity, 以下TPA）の基準は、不法行為法上、私人として扱われる個人や団体が真に公的事項に関わる活動をしているかどうかについて審査する基準である。TPAは次の要件で構成される。①公的団体（public body）が制定法上の特別な権限（a special statutory power）を行使し、または行使せず、②当該団体が、制定法上の特別な権限に違反し、③国王大権（a prerogative power）を行使し、または行使しなかったかどうかである（para [4.131]）。これによって、通常のネグリジェンスと後述の重過失の適用を区分するための判断を行う（para [4.111]）。諮問書が例示するように、通常の道路規制に従い自動車を運転する警察官は、運送業者の運転手と同様の立場になるとみなす（para [4.111]）。また、刑務所を運営する私企業のように公的任務を遂行する私的団体は、公的機関がその任務を遂行する場合と同じように扱われる（para [4.114]）。TPAの特徴は、公的機関のみならず私的な団体であってもTPAの基準を満たした場合には、従来公的機関が行ってきたような活動と同様にみなされる点であるといつてよい。

利益付与（Conferral of Benefit、以下CB）の基準は、欧州司法裁判所がFrancovich事件（Jointed Cases C-6/90 and C-9/90 *Francovich and Bonifaci v. Italy* [1991] ECR I-5357）、Brasseri/Factortame事件（Jointed Cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur v. Bundesrepublik Deutschland and R v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd.* [1996] ECR I-1029）を通して発展させてきたEU構成国の国家責任に手がかりを得ている（para [4.136]）。EU法上の国家責任要件とは、①違反されたEC法規が個人に権利を付与する意図であったこと、②当該違反が十分に重大（sufficiently serious）なこと、③構成国の義務違反と損害との間に直接の因果関係があること（Jointed Cases C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur v. Bundesrepublik Deutschland and R v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd.* [1996] ECR I-1029, at [51]。西連寺隆行「構成国のEC条約違反行為（作為・不作為）の損害賠償責任—ブラッスリ事件」中村民雄・須網隆夫編『EU法基本判例集（第3版）』（日本評論社、2019）62-68頁。）である。ARによれば、法制度が個人に利益を付与しようと意図していたかどうか、そして個人の被った損失がその法制度が付与した利益の性質に類似しているかを問う制度である（para [4.133]）。

重過失の基準について。公的団体による真に公的事項に関わる行動の基礎をなす法制度が、原告に権利を付与していると原告が証明すれば、次に、裁判所が公的団体に補償を支払わせる命令を正当化するような重大な行為によって権利が侵害されたと証明しなければならない（para [4.141]）。ARは重過失の基準を中心的な要素と位置づけている。この基準もまた、EU法の影響を受けている（para [4.143]）。この重過失について次のいくつかの要素が考慮される。公的団体の行為に関連する損害発生の危険性ないし可能性、損害の重大さ、公的団体が損害を生じさせる行為をしたときの認識、そして損害を受けやすい被害者について認識し、または認識すべきであったかどうか、損害回避にかかる費用と実行可能性等である（para [4.146]）。

#### 第4項 Michael 事件最高裁判決

本節で焦点を当ててきた Hill 事件の法理が、修正を受けているかどうかを最新の判決によって確認しておきたい<sup>185</sup>。まず Michael 事件最高裁判決を扱う<sup>186</sup>。

概要は次の通りである。被害者は元交際相手に暴行されていると何度も警察に通報したが、999 番通報を受けた管制官が通報内容を聞き違え、この本来優先的に扱われるべき通報が巡回中の警察官に伝達されなかった。この伝達の遅れによって警察官の臨場が遅れ、被害者は殺害された。被害者の家族である原告はネグリジェンス責任と人権条約 2 条違反を主張し、警察に対して損害賠償請求訴訟を提起したが訴えは棄却された。控訴院は Hill 事件の法理に依拠しネグリジェンスの訴えを棄却し、2 条違反を認めなかった。そこで原告が最高裁へ上訴した。

2015 年 1 月 28 日に、前述した Michael 事件控訴院判決の上告審判決が下された。最高裁は、原告のネグリジェンスの訴えと人権条約 2 条違反の訴えを棄却した。本件の中に、注意義務への人権条約による影響が見てとることができるだろうか。

争点は次の通りである。①注意義務の有無を判断するに際し、訴訟参加人が主張する責任原則I（警察が身元確認可能な個人ないし団体の構成員の生命・身体的安全に脅威が迫っていると認識し、または合理的にみて認識すべきであった場合、警察は彼らの安全に合理的な

---

諮問書が発表された後、79 もの研究者や関係団体が法律委員会に意見を寄せた。その意見報告書によれば、必ずしもその多くが改革提案にある制度の導入を支持しているわけではない (Law Commission Consultation Paper, *Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen, Analysis of Consultation Responses* (2010))。これを受けて、法律委員会は最終報告書の中で仮に改革が必要であるとしても裁判所による漸進的な判例法の形成が好ましく (Law Commission Consultation Paper No. 322, *Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen* (2010) at para [2.2])、提言した改革案は実務上、運用するには適切ではないと判断された。最終的に公的機関の法的責任に関して判例法の漸進的な展開に委ねている。結局、AR の改革は立法によって実現されなかった。

<sup>185</sup> Michael 事件最高裁判決に至るまでの控訴院判決を 1 つ挙げておきたい。Sarjantson 事件控訴院判決 (Sarjantson v. Chief Constable of Humberside Police [2013] EWCA Civ 1252; [2014] QB 411) である。

Sarjantson 事件控訴院判決の概要は次の通り。原告らは暴漢に襲われ重傷を負いつつ何度も 999 番通報をしたが、第一報から警察官の到着までに 26 分を要した。原告らは、警察に対し人権条約 2 条・3 条違反を主張し提訴した。しかし、第一審で訴えが棄却されたため原告は控訴院に上訴した。Dyson 記録長官は次のように判示し原告の訴えを認めた。警察が暴力事件の通報を受けたときに、Osman 基準における義務が生じるには、警察が犯罪の実際上のまたは潜在的な被害者の名前や身元を知っているかどうか、ないし知るべきであったかどうかということは関係ない。警察が犯罪の被害者が存在するということを知り、ないし知るべきであったというだけでこの要件は満たされる。これとは別に、原告の通報に対し警察が迅速に対処できなかった場合には、損害賠償の問題が生じるとも判示した。

<sup>186</sup> Michael v. Chief Constable of South Wales Police [2015] UKSC 2, [2015] 2 WLR 343, [2015] 2 All ER 635.

注意を払う義務をネグリジェンス法において負っているかどうか<sup>187]</sup>を援用するか否か。②注意義務の有無を判断するとき、原告が主張する（上述の）Smith v. Chief Constable of Sussex Police 事件貴族院判決において Bingham 裁判官が示した責任原則（責任原則II）を援用するか否か。③最初の 999 番通報において、警察は被害者に対して責任を引き受けていたか否か。そして④人権条約 2 条違反は認められるか否か、である。

まず多数意見を述べた Toulson 裁判官意見を見たうえで、Kerr 裁判官の反対意見を見ていこう。Toulson 裁判官は次のように述べた。まず責任原則Iについて。①警察が女王の平和を維持するため（、つまり一般市民に対して）注意義務を負っているのであれば、当該義務の及ぶ範囲が被害に遭う可能性のある者に限定される理由、また限定されるべき理由が見当たらない<sup>188</sup>。②法的責任を負う可能性が生じることによって、警察活動が改善するかどうかは分からないし、提訴される危険を理由に警察活動上の優先順位をつけていくとすれば、そこで判断されるのは公益とは言えない<sup>189</sup>。③警察が犯罪を阻止すべきであったことを根拠に、被害者に補償をすることによって、財政的な影響があることは確かである<sup>190</sup>。④さらにプライバシーを含めた守秘義務に関する法（law of confidentiality）<sup>191</sup>が、人権条約に一定の影響を受けている<sup>192</sup>が、本件はそうした人権条約に影響を受ける分野ではない<sup>193</sup>。なぜなら、コモン・ローと人権条約において生じる義務よりも、より範囲の広い義務を導入する法的根拠が見当たらないからである<sup>194</sup>。そして⑤Greenfield 事件で Bingham 裁判官が述べたように<sup>195</sup>、民事訴訟は本質的に原告の損失に補償を与え、他方で人権条約は最低限の人権保障を維持するよう意図されており、それぞれの目的が異なっている<sup>196</sup>。以上の理由から、責任原則IIは否定された。

責任原則IIIについて、次の理由から注意義務の存否を判断するには適切ではないと判断した。①誰が脅威について通報したのか、②脅威の発生が確実かつ差し迫ったものかどうか、または確実に発生しそうではあるが差し迫ったものであるかどうか、③脅迫者の行方を把

<sup>187</sup> *Id.*, para 18 per Lord Toulson.

<sup>188</sup> *Id.*, paras 119-120 per Lord Toulson.

<sup>189</sup> *Id.*, para 121 per Lord Toulson.

<sup>190</sup> *Id.*, para 122 per Lord Toulson.

<sup>191</sup> イギリス不法行為法にはプライバシー侵害という訴訟原因は存在しない。そのため、ニューサンスやトレスパスのような既存の訴訟原因を用いて断片的にプライバシーに相当する領域を保護してきた。現在では、守秘義務違反（breach of confidence）の法理がプライバシー保護の重要な法理となっている。

<sup>192</sup> Michael, *supra note* (186), para 124 per Lord Toulson.

<sup>193</sup> *Id.*, para 125 per Lord Toulson.

<sup>194</sup> *Id.*

<sup>195</sup> R (Greenfield) v. Secretary for the Home Department [2005] UKHL 14, at para [19] per Lord Bingham.

<sup>196</sup> Michael, *supra note* (186), para 127 per Lord Toulson.

握しているかどうか、そして④脅威が A の身体または財産に向けられているのか、それとも両者に向けられているかどうか、という 4 点について線引きをすることが難しい<sup>197</sup>。

次に、警察が被害者に対して責任を引き受けていたかについて、救急車の現場到着の遅れによる病状の悪化について救急当局の注意義務の争われた Kent 事件<sup>198</sup>を援用し、通報を受けた管制官は救急車がすぐに到着するというように、誤った情報を与えたわけではない。そこで、警察が責任を引受けたというほどの根拠はないので、警察は被害者に対して責任を引受けたとはいえないと判断された<sup>199</sup>。

そして人権条約 2 条違反についての問題である。管制官は、通報者が言うには容疑者が「殴ってやる(hit you)」と言っているように聞こえたと思い、最優先事項として扱わなかった<sup>200</sup>。しかし、実際に容疑者「殺してやる(kill you)」と言っており、これを正確に聞きとるべきであったか否かは事実審で判断されるべきだとして、棄却された。

次に反対意見を述べた Kerr 裁判官の意見 (Hale 裁判官同調) は次の 3 つの理由から反対意見を述べた。①被害者が警察に通報をして危機的状況にあることを伝えたにもかかわらず、注意義務が警察に課されないとなれば、どんな状況で警察は注意義務を負うのかと問い、本件では被害者と警察には十分に近接性が認められる<sup>201</sup>。

②消防のネグリジェンス責任上の注意義務が争われた Capital & Counties 事件<sup>202</sup>と救急車のネグリジェンス責任が争われた Kent 事件<sup>203</sup>を挙げ、消防と救急者の事件では十分な予見可能性と近接性が認められれば、ネグリジェンス責任を負うことになっているにもかかわらず、なぜ警察は例外として扱われているのか<sup>204</sup>。市民を危害から保護する権限を与えられている警察は、第三者による不法行為から被害者を救おうとする義務を免除されるべきではない<sup>205</sup>。降りかかった危害から被害者を保護することが、警察の本質的かつ最重要の義務である<sup>206</sup>。他の専門家は、重大な結果を引き起こした不作為の責任を負うし、警察もそうあるべきである<sup>207</sup>。

---

<sup>197</sup> *Id.*, para 129 per Lord Toulson.

<sup>198</sup> Kent v. Griffiths [2001] QB 36; [2000] 2 WLR 1158; [2000] 2 All ER 474, CA.

<sup>199</sup> Michael, *supra note* (186), para 138 per Lord Toulson.

<sup>200</sup> *Id.*, para 139 per Lord Toulson.

<sup>201</sup> *Id.*, para 173 per Lord Kerr.

<sup>202</sup> Capital & Counties Plc. v. Hampshire County Council [1997] QB 1004; [1997] 3 WLR 331; [1997] 2 All ER 865, CA.

<sup>203</sup> Kent v. Griffiths [2001] QB 36; [2000] 2 WLR 1158; [2000] 2 All ER 474, CA.

<sup>204</sup> Michael, *supra note* (186), para 179 per Lord Kerr.

<sup>205</sup> *Id.*, para 181 per Lord Kerr.

<sup>206</sup> *Id.*

<sup>207</sup> *Id.*

③注意義務を課すことによって警察が保身に走ったり警察活動が萎縮するといった消極的な効果に焦点が当てられているが、実際にそれを示す証拠はない。さらに、2011年に長らく認められてきた専門家証人の注意義務を否定する準則（witness immunity）の判例変更を行った Jones 事件における Dyson 裁判官の意見—違法行為がなされた場合、救済をすべきであるとする一般規範は、司法制度の基礎である。違法行為の被害者への救済を拒否するということは、常に例外であると捉えられるべきである<sup>208</sup>—を引用した。以上の3つの理由から、Kerr 裁判官は原告によるネグリジェンスの訴えを認めるべきと反対意見を述べた。

以上の通り、本件の特徴は、①多数意見が Hill 事件の法理を維持し、②人権法上の訴えを棄却したこと、③反対意見を述べた Kerr 裁判官が注意義務の有無を判断する際には法政策的考慮に依拠するのではなく、損害発生の見込み可能性と近接性の判断によるべきとすること、④同じく Kerr 裁判官が注意義務を課すことによって生じる保身と警察活動の萎縮を示す証拠は存在しないと述べていること、である。

依然として、Hill 事件の法理は維持されている。しかし、2008年の Smith v. Chief Constable of Sussex Police 貴族院判決において、Phillips、Carswell、Brown 各裁判官が Hill 事件の法理の適用を躊躇し、Bingham 裁判官が当該法理の適用を否定したときのように、本件でも最高裁の立場は一枚岩というわけではない。

## 第5項 Robinson 事件最高裁判決—Hill 事件の法理の廃止—

### (1) Robinson 事件最高裁判決の概要

Robinson 事件最高裁判決<sup>209</sup>は、Hill 事件の法理を廃止した重要判決である。概要は次の通りである。複数の警察官が薬物売買の容疑者 Williams（訴外、薬物の売人）を逮捕するため、同容疑者が逃走する可能性があるため、挟み撃ちにする作戦を立てた。人通りのある歩道で刑事らが逮捕しようと接近したところ、Williams が抵抗し揉み合いになり、すぐそばを歩行中の原告と衝突し、原告は Williams と刑事らの下敷きとなり負傷した。原告は警察に対して損害賠償を求めるネグリジェンス訴訟を提起した。

争点は次の通りである。(1) 注意義務の存在は、常に具体的な事件の事実へ Caparo 基準を適用することに依存するか（Caparo 基準の適用可能性）。(2) 警察がその捜査と犯罪阻止の役割を果たすとき、注意義務を負わないという一般原則が存在するかどうか。または、警察は、ネグリジェンス法の一般原則に従って注意義務が生じるであろうときに、一般に合理的に予測可能な個人の負傷を生じさせることを回避する注意義務を負うか（警察の完全免

<sup>208</sup> *Infra note* (251), Jones v. Kaney [2011] 2 AC 398, at para 113 per Lord Dyson.

<sup>209</sup> Robinson v. Chief Constable of West Yorkshire [2018] UKSC 4; [2018] 2 W.L.R. 595.



責法理の是非)。(3) 後者の立場に立てば、本件は、不作為事件または作為事件のどちらに該当するか。(4) 警察官らは原告に注意義務を負っていたかどうか(注意義務の有無)。(5) 原告に対して負う注意義務の違反がある場合、原告の怪我はその義務違反によって生じたものといえるか(法的因果関係)。ただし、ここでは特に重要な争点1及び2に関する判旨のみを扱う。

県裁判所と控訴院が原告の主張を棄却したので、原告は最高裁へ上訴した。最高裁は原告の上訴を認容した。

多数意見(Reed 裁判官)の判旨は次の通りである。重要判決であるので、判旨を少し長めに扱う。第1の争点について、まず *Caparo* 事件の三段階基準の適用のアプローチの方法が誤っていることについて先例を引きながら指摘する。たとえば、*Michael* 最高裁判決で *Toulson* 裁判官は、*Caparo* 事件の三段階基準のポイントを見誤っていると指摘したうえで、同裁判官は、注意義務が存在するかどうかを判断するためにすべての事件に適用できる単一のテストが存在することを否定し、コモン・ローの特徴的な方法における、先例に基づくアプローチ、漸進的な法の形成、そして確立された先例との類推を採用する<sup>210</sup>。また *Hill* 事件で *Keith* 裁判官は「注意義務を負うかどうかを判断するためにすべての事件に適用することのできる実践的な基準を用意するなんらかの単一の一般的な原則は無力であり、もし存在するのであれば、その射程はどのくらいだろうか<sup>211</sup>」と問うた<sup>212</sup>。*Caparo* 事件において *Bridge* 裁判官も「法はネグリジェンスの明確な類型の漸進的な形成と確立された類型によって形成することが好ましい<sup>213</sup>」と述べている<sup>214</sup>。

確立された原則が解答を提供しない場合、通常は明確な類型の事件にのみ、裁判所は注意義務を認識すべきかどうかを判断するための諸原則を超える必要がある。*Caparo* 事件以降も、そうした状況におけるコモン・ローに特徴的な立場は、漸進的かつ確立された先例との類推によって法を形成している。類推の線引きは、先例の関連する状況の法的に重要な特徴の特定に依存する。注意義務を明確な類型の事件で認識すべきかどうかを決めるときに判断をくださねばならないときに、何が公平、公正、合理的かの検討に関連してくる<sup>215</sup>。

適切に理解すれば、*Caparo* 事件は法的安定性と正義の間の均衡を達成している。連綿と続く通常の事件の中で、裁判所は以前に判決されたものを検討し先例に続く。注意義務が存

---

<sup>210</sup> *Id.*, para 106.

<sup>211</sup> *Caparo*, *supra* note (141), 617.

<sup>212</sup> *Robinson*, *supra* note (209), para 24.

<sup>213</sup> *Caparo*, *supra* note (141), 618.

<sup>214</sup> *Robinson*, *supra* note (209), para 25.

<sup>215</sup> *Id.*, para 27.

在するかどうかの問題が以前に判断されていない場合、裁判所は既存の法の中で最も近い類推を検討し、法の一貫性を維持し、不適切な区別を回避しようとする。裁判所は責任を課すことに賛成・反対の理由を比較考量し、注意義務の存在が公正で合理的かどうかを判断する。しかしながら、本件において裁判所はネグリジェンス法の拡張を検討するよう要請されてはいない。要請されていることは、身体損害を理由とする責任を規律する確立された諸原則を具体的事件に適用することにある<sup>216</sup>。

次に第2の争点（警察の完全免責法理の有無）に移る。その前提として、公的機関一般の注意義務の検討を行う。コモン・ロー上、公的機関は一般に私人と私的団体と同じ不法行為責任に服する。ダイシーが述べたように、「すべての公務員は、首相から警察官や徴税吏に至るまで、他の市民と変わらずに法的な正当化なしに行ったすべての行為を理由に同じ責任に服する<sup>217</sup>」<sup>218</sup>。したがって、行為が私人や私的団体によってなされた場合に不法行為になるならば、一般に、公的機関によってなされた場合に同様の不法行為が生じることになる。公的機関は一般に、法が反対のことを規定しない限り、注意義務はネグリジェンス法上の通常の諸原則の下で生じる状況で訴えることのできる損害の発生を回避する義務を負う<sup>219</sup>。

他方、私人や私的団体と同じように、公的機関は通常、損害発生を阻止する注意義務を負わない。コモン・ローは一般に純粋な不作為に責任を課すことはない。ただし、この「不作為原則 (omissions principle)」には例外があると Tofaris と Steel は次のように要約している。すなわち、

「(i) A が危険から B を保護する責任を引き受けていたこと、(ii) A がその危険から B を保護することを阻止しようとする、(iii) A が危険の源へのコントロールを及ぼすだけの特別なレベルにいること、または A の立場が危険から B を保護することの義務を創出している場合は、この限りでない」<sup>220</sup>と<sup>221</sup>。

この要約から明らかなように、一定の状況下で、公的機関は私人と私的団体と同じように、損害の発生を阻止する注意義務に服する<sup>222</sup>。さらに、公的機関が存在していなかった損害の

---

<sup>216</sup> *Id.*, para 29.

<sup>217</sup> Dicey, *supra note* (65) 114. 『憲法序説』 184 頁。

<sup>218</sup> Robinson, *supra note* (209), para 32.

<sup>219</sup> *Id.*, para 33.

<sup>220</sup> Tofaris, S. and Steel S., “Negligence Liability for Omissions and the Police” (2016) 75 CLJ 128.

<sup>221</sup> Robinson, *supra note* (209), para 34.

<sup>222</sup> *Id.*, para 35.

危険を創出し、また個人が依拠する安全の責任を引き受けていた場合に注意義務を負う<sup>223</sup>。

注意義務が明確な状況の中で認識されるべきかどうかの問題に対する明確な解答を確立した原則が提供しない場合、裁判所はその認識が公正で合理的かどうかを検討しなければならない<sup>224</sup>。

警察が具体的な個人に対して私法上の注意義務を負うかどうか、またその状況はどのような状況なのかという問題に関して、Hill 事件における Keith 裁判官の意見は誤解され続けているため、もう一度検討する必要がある<sup>225</sup>。

本件の目的に照らして、Keith 裁判官の意見の最も重要な側面は、「彼 [Keith 裁判官] が、一般的な不法行為法は他の誰に対して適用されるのと同じように警察にも同じように適用される、と認識した<sup>226</sup>」点にある。Keith 裁判官は「他の誰に対しても同じように、警察官はその作為または不作為の直接的な結果負傷した人物に対して不法行為責任を負う場合がある。だから、彼には、暴行、違法逮捕、違法監禁、悪意訴追、そしてネグリジェンスの損害賠償責任が生じうる<sup>227</sup>」と述べた。この「誰に対しても同じように」という文言が重要である。この文言は、警察が一般的な不法行為法に従って個人を負傷させた責任に服することを指し示している<sup>228</sup>。

連続殺人事件を捜査する警察官は、犯罪者を逮捕する合理的注意を払い将来の潜在的な被害者に義務を負っていないかった。それは、一般的なネグリジェンス法にしたがったものであった。Michael 事件で Toulson 裁判官は次のように説明していた。すなわち、

「裁判所が警察の犯罪被害者や潜在的な被害者を保護する合理的な注意を払う私法上の義務 (private law duty) を賦課することを拒否することは、警察への特別な取り扱いを付与することには関連しない<sup>229</sup>。問題は、警察が特別な免責を享受すべきかどうかではなく、例外が通常のコモン・ロー上の原則の適用に対してなされるべきかどうかである<sup>230</sup>」<sup>231</sup>。

Keith 裁判官が Toulson 裁判官の結論と同じ結論に達した理由は、その事件の判決された

---

<sup>223</sup> *Id.*, para 37.

<sup>224</sup> *Id.*, para 42.

<sup>225</sup> *Id.*, para 44.

<sup>226</sup> Robinson, *supra note* (209), para 37.

<sup>227</sup> Hill, *supra note* (152), 59.

<sup>228</sup> Robinson, *supra note* (209), para 45.

<sup>229</sup> Michael, *supra note* (186), para 115.

<sup>230</sup> *Id.*, para 116.

<sup>231</sup> Robinson, *supra note* (209), para 50.

Anns 事件が影響を及ぼしていた期間を反映していた。Keith 裁判官は、損害の予見可能性は注意義務を課す十分な基礎とはならないことを強調し、さらなる要素に近接性の概念を導入し、警察と原告の娘との間に必要な近接性を生じさせる要素または特徴は存在せず、当該状況下で、警察が原告の娘に対して負う注意義務を立証することはできなかつたと結論付けた<sup>232</sup>。

Michael 事件において Toulson 裁判官が注目したように、Keith 裁判官がその事項（近接性の有無の判断）で止めていれば、判決は論争を引き起こさなかつたであろう。Keith 裁判官は、その近接性の否定を述べたことで事件の処理は十分であったのに、続けて Anns 事件の第二段階目、つまり Hill 事件の状況で訴えが認められるべきではない法政策的考慮の理由はあるかどうかの検討に入った<sup>233</sup>。

「誰もが」通常の不法行為責任に服する場合、Keith 裁判官意見のこの部分は、警察が個人を負傷させたネグリジェンス責任を負うかどうかの判断とは無関係であったということに注目することが重要である。法政策的考慮についての Keith 裁判官のコメントは、異なる問題、すなわち、警察は捜査活動中に、犯罪者の引き起こした損害から市民を守るために、市民に対して一般的に注意義務を負うかに関心を寄せていた<sup>234</sup>。

当該争点に関して、Hill 事件判決を後の判例に則して理解しなければならない。Michael 事件で Toulson 裁判官は Hill 事件と同様の結論に到達したが、彼は、主に *Stovin v. Wise*<sup>235</sup>と *Gorringe* 事件<sup>236</sup>の理由付けを適用し結論に至った。Toulson 裁判官は、特別な状況が存在しなければ、「暴力の阻止の義務を遂行する警察の純粋な不作為の事件であれば、責任は生じない<sup>237</sup>」と結論付けていた<sup>238</sup>。

被告弁護士はいくつもの先例に依拠し、一般的な免責の存在の根拠にしようとする。Smith 事件において貴族院は、*East Suffolk*<sup>239</sup>、*Stovin v. Wise*、そして *Gorringe* 判決を含んだ一連の先例に言及しなかつた。これらの先例は、事件を判断する基礎を提供したはずである。また、*Smith v. Littlewoods Organization Ltd.*事件貴族院判決<sup>240</sup>のような、私人と私的団体による不作為に関する同様の判例法の体系にも依拠していない。それらは、Michael 事件で非常に類似

---

<sup>232</sup> *Id.*, para 51.

<sup>233</sup> *Id.*, para 52.

<sup>234</sup> *Id.*, para 53.

<sup>235</sup> *Stovin v. Wise* [1996] A.C. 923; [1996] 3 W.L.R. 388; [1996] 3 All E.R. 801.

<sup>236</sup> *Gorringe v. Calderdale Metropolitan Borough Council* [2004] UKHL 15; [2004] 1 W.L.R. 1057; [2004] 2 All E.R. 326.

<sup>237</sup> *Michael*, *supra note* (186), para 130.

<sup>238</sup> *Robinson*, *supra note* (209), para 54.

<sup>239</sup> *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent* [1941] A.C. 74; [1940] 4 All E.R. 527.

<sup>240</sup> *Smith v. Littlewoods Organization Ltd.* *supra note* (141).

した争点の根拠となるものであった<sup>241</sup>。

被告の依拠した先例を検討したうえで、いずれの判例でも警察が全面的に不法行為責任を免除されない<sup>242</sup>。被告の依拠する先例によれば、不法行為責任が通常不法行為法上の原則の下で生じるほどの負傷の原因となるネグリジェンス責任を警察が負うということは矛盾する判決理由は先例には存在しない<sup>243</sup>。

この第2の論点を振り返ると、犯罪の阻止と捜査という職責を果たすときに、警察はいかなる注意義務をも負うものではないという一般準則は存在しないということになる。制定法またはコモン・ローが反対のことを提示しない限り、注意義務がネグリジェンス法の通常原則のもとで生じるときに、警察も一般的に言えば注意義務を負う。しかし、同様の原則を適用すると、第三者の行為の引き起こした損害を含め、責任の引受けのような特別な状況が存在しない場合、警察は通常、創出していない損害の危険から個人を保護する注意義務を負うことはない<sup>244</sup>。以上のように Reed 裁判官は多数意見を述べた。

## (2) Robinson 事件最高裁判決の分析

Robinson 事件最高裁判決の特徴は、私人と同じように、警察を含む公的機関はネグリジェンス責任を免れるわけではないことを前提に、警察の作為にまで適用され注意義務の成立を否定する Hill 事件の法理を廃止した点にある<sup>245</sup>。

Reed 裁判官はまず Caparo 基準の適用のアプローチを見直した。次に上述の Michael 最高裁判決における Toulson 裁判官の意見を手掛かりに、まず公的機関一般は不法行為責任を負うことを前提とし、次に、警察といえども、ネグリジェンス責任を含めた不法行為責任を負う可能性のあること、そして不法行為責任を負わない場合とは不作為である場合であり、こ

---

<sup>241</sup> Robinson, *supra note* (209), para 63.

<sup>242</sup> *Id.*, paras 56-68.

<sup>243</sup> *Id.*, para 68.

<sup>244</sup> *Id.*, para 70. 最後に、第3の論点について、本件は警察官の行為で原告が負傷したというものであり、不作為ではなく、積極的行為に関する事件である (para 73)。第4の論点について、警察官らが Williams の抵抗によって歩行者が負傷する危険の合理的予見可能性があるため、原告を含めた歩行者に対する注意義務を警察官に課すには十分である (para 74)。そして論点5について、原告が Williams のすぐそばにいたときに、Williams を逮捕しないようにする注意義務を警察官は原告に対して負っていた。なぜなら、Williams が逃走しようとした場合に原告が負傷する可能性があったからである。そして、彼の逃走行為が、彼女が Williams のすぐ横にいるときの過失のあった逮捕行為と、彼が逃走しようとしたときの負傷の間に因果関係の繋がりを中断させると判示することは常識に反する。要するに、原告が負傷したのは相当の危険にさらされた結果であり、その危険に対して警察官は彼女を守る注意義務を負っていた (para 80)。

<sup>245</sup> Robinson 最高裁判決の約2週間後の *DSD v. Commissioner of Police of the Metropolis* [2018] UKSC 11, [2018] 2 WLR 895 において、最高裁は、警察活動の人権条約3条違反を認めた。

れは被告が私人・私的団体であろうと公的機関であろうと変わりはないことをまず確認した。

次に、最高裁は Hill 事件の Keith 裁判官多数意見を分析し、Keith 裁判官が警察と被害女性の間近接性を認めることができないと判断したうえで、さらに法政策的考慮に言及したことから、近接性の判断ではなく Keith 裁判官の法政策的考慮があたかも先例として、後続の判例法においても適用された点を Reed 裁判官は指摘した。警察が自ら損害を発生させたのでない限り、不作為について注意義務を負うことはない。本件での警察官らの積極的行為によって、原告に損害が生じていることから不作為ではなく作為の事件であり、警察は原告への注意義務を負う。原告は訴外犯罪者のすぐそばを歩行中であり、警察官らが取り押さえようとしたことで、原告が負傷したのであり、注意義務違反を認めることができる、と最高裁は判決した。

この Robinson 事件最高裁判決は、Hill 事件貴族院判決において形成された警察のネグリジェンス責任の第 1 の成立要件である注意義務の存在を否定する、いわゆる Hill 事件の法理を確立された原則ではないと判示している点において、Hill 事件貴族院判決の変更を行ったと評価することができる。

#### 第6項 Robinson 事件最高裁判決による Hill 事件の法理の廃止の意味

先の Smith v. Chief Constable of Sussex Police 事件貴族院判決において、Bingham 裁判官が欧州人権条約から着想を得た責任原則によって警察のネグリジェンス責任を問おうとしたものの、他の裁判官はこの原則に否定的な態度をとった。とはいえ、他の貴族院裁判官らも警察の注意義務をほぼ一律に否定する Hill 事件の法理の適用を躊躇しており、Hill 事件の法理を維持すべきかどうかについて疑念の生じた判決であった。これは、Smith v. Chief Constable of Sussex Police 事件貴族院判決に続く Michael 事件・Robinson 事件に何らかの影響を及ぼす判決だったのだろうか。

Michael 最高裁判決では、ネグリジェンスの訴えと 1998 年人権法上の訴えがなされていた。多数意見を述べた Toulson 裁判官は前者について詳細に検討を行い、警察が責任を引き受けてはいないから注意義務を負うことはないと結論づけた。責任の引受けの問題が浮上するのは、警察が直ちに被害者を死に至らしめた作為ではなく、警察が適切な措置を講じなかったという不作為が論点となっているからである。上述の通り、イギリス法において不作為不法行為責任は特別な状況がない限り問われない。その特別な状況というのが、被告が原告に対して責任を引き受けていたかどうかである。しかし、通信担当官の原告との応答から

責任を引き受けたとは言えなかったため、不作為不法行為責任も認められないということになった。他方、1998年人権法上の訴えについて緊急通報を受けた警察の通信担当官が適切に通報を聞き取れていれば、直ちに警察官を向かわせ被害者が殺害されることなかったとの主張は事実審理の問題であり、本件控訴院判決が事実認定を否定する態度をとっていないことに賛成したため、1998年人権法上の訴えは検討されなかった。

では、Robinson 事件最高裁判決による Hill 事件の法理の廃止という先例変更は、何を意味しているだろうか。Hill 事件の法理は、警察が市民に対して一般的な義務を負うものであり、犯罪被害者となる可能性のある人々に対して注意義務を負うものではない。したがって Hill 事件の法理は、警察の作為についてまであらゆる注意義務を否定するよう形成されてきたわけではない。しかし、Hill 事件の法理は、警察の作為の違法性の争われら Brooks 事件にまで適用された。つまり Hill 事件の法理は、本来の射程を拡大し適用されてきた。これまで Hill 事件の法理によって否定されてきた注意義務は、同法理の廃止によって、今後、注意義務をほぼ一律に否定することなく、個別具体的な紛争ごとに検討され、原告は救済を得る余地が出てきたことを意味している。

これまでの紛争について、Hill 事件の法理が適用されなければ、どのような結論となっていたであろうか。具体的に前述の Brooks 事件を挙げよう。Brooks 事件では、白人の暴漢による黒人 2 人への暴行殺人事件について、警察が黒人同士の麻薬取引の際の揉め事だと思いつき捜査を開始したことで生存していた黒人の原告が PTSD を罹患し、警察が原告に注意義務を負うかが争われた。同事件では事件の捜査をおこなう警察の活動が委縮しかねず毅然とした警察活動を展開できなくなるので、Hill 事件の法理を適用し注意義務の存在を否定した。しかし、本件は警察の思いつきで捜査を開始したことが発端であった。警察が思いつきで捜査を行っていたのに、毅然とした警察活動ができなくなるという理由で Hill 事件の法理を適用したことは誤りであったといえる。将来的に Brooks 事件のような事例において、警察は被害者へ注意義務を負う可能性が出てくる。

また 2008 年の Smith v. Chief Constable of Sussex Police 事件についても、Hill 事件の法理の適用は妥当とは言えない。同棲後に別れたパートナーからの大量の脅迫メールが届くことを原告が通報したが、警察はそのメールに目を通すこともなく警察の対応が後手に回った。原告は元パートナーから頭蓋骨が陥没するほどの暴行を受けた。本 Smith 事件において、原告の通報を受け駆け付けた警察官らが原告の元パートナーからの大量のメールの中身を確認し、警察が元パートナーに連絡をとるなどして、警察が介在していることを元パートナーに認識させておくことはできたはずであり、警察が原告に対して注意義務を負っていないか

ったと判示したことは誤りであったといえる。本件と類似の事件が裁判所に持ち込まれれば、裁判所は警察の犯罪被害者への注意義務を認める可能性が出てきたといえる。

さらにいえば、2008年のSmith v. Chief Constable of Sussex Police事件と併合審理され事実関係の類似するVan Colle事件についても、1998年人権法上の訴えの棄却が妥当な結論であったか相当に疑わしいことになる。1998年人権法上の利用されるOsman基準はネグリジェンス責任上の注意義務の存否の判断よりも難しいことは上述した。そのため、Hill事件の法理が廃止されれば、原告も1998年人権法ではなくネグリジェンスの訴訟原因に依拠して裁判所に訴え出ていくことも今後予想できる。

#### 第5節 Osman 欧州人権裁判所判決以降の公的機関及び専門家のネグリジェンス責任をめぐる国内判例法の展開

警察のネグリジェンス責任における注意義務の存否をめぐる判例展開と同様の展開が、他の公的機関や公益性をもつ専門家のネグリジェンス責任に関する判例法の展開にも見られる。その点をここでごく簡単に見ておく。

法政策的考慮によって注意義務を負わないとする判例法が形成されてきたものの1つに、軍隊の戦闘行動免責 (combat immunity) がある。また警察や軍隊の注意義務が争われるときに、言及されることの多いバリスターと専門家証人の免責 (witness immunity) についてみておこう。これらの判例法は近年、変更・修正される傾向にある。

#### 第1項 軍隊の注意義務—Smith v. Ministry of Defence 最高裁判決

英国防省が自軍の負傷した兵士に対して注意義務を負うかが争われた Mulcahy 控訴院判決<sup>246</sup>を取り上げる。湾岸戦争に従軍していた原告は、戦闘中に指揮官の不注意な命令によって負傷し、英国防省に対し損害賠償を求めるネグリジェンス訴訟を提起した。控訴院は Shaw Savill 事件オーストラリア連邦最高裁判決 (High Court of Australia) を参照しつつ、軍隊の戦闘行動中に生じた損害に対して法的責任を否定する戦闘行動免責 (combat immunity) によって原告の訴えを棄却した。裁判所は、①裁判所が軍事作戦の内容を審査することができないこと、②戦闘の最中に民事責任が生じる危険を抱いたままでは軍事活動に支障をきたすという理由によって戦闘行動免責を正当化した<sup>247</sup>。

<sup>246</sup> Mulcahy v. Ministry of Defence [1996] QB 732.

<sup>247</sup> Shaw Savill & Albion Co Ltd v. the Commonwealth (1940) 66 CLR 344, 361.



さらに戦闘行動免責の範囲が争われた *Smith v. Ministry of Defence* 最高裁判決<sup>248</sup>を見ていく。概要は次の通りである。①イギリス陸軍戦車部隊がイラクでの作戦展開中に誤って自軍のチャレンジャー戦車に砲撃を加え搭乗員を死亡させた。被害者の遺族が原告となり誤射を防ぐための装置を戦車に搭載していれば被害者は死亡しなかったと主張し、損害賠償を求めた。②イギリス軍兵士が軽装甲の軍用車両（スナッチ・ランドローヴァー）で爆発事件の調査に向かう途中、道路に仕掛けられていた爆弾が爆発し搭乗者が死傷した。被害者遺族は、より装甲の厚い車両に搭乗していれば被害者は死傷することはなかったと主張し、国防省に対し損害賠償を求めた。どちらの事件においても、法政策的考慮をするか否かを判断する段階で、被告国防省に注意義務の存在を否定する戦闘行動免責が及ぶかが争われ、最高裁は次のように判断した。チャレンジャー事件において、最高裁は、戦車に必要な装置を取り付ける判断が敵を目の前にした戦場でなされるわけではないので、戦闘行動免責は及ばないと判断し原告の訴えを認めた。スナッチ・ランドローヴァー事件において、最高裁は、イラク戦争終結後ではあったが、被害者は生死の危険が及ぶほどの状況におり、被告に注意義務を課すことは公正、公平そして合理的ではないと判断し、原告の訴えを棄却した。

以上のように、とりわけチャレンジャー事件について、誤射防止装置の取り付けは戦場の最前線で行われるわけではないという理由から、近年の軍隊の注意義務に関する事件において戦闘行動免責の適用範囲は限定されたとみることができる。

## 第2項 バリスターの注意義務—Arthur JS Hall 貴族院判決

バリスターや専門家証人のように、公的機関ではない専門家は、警察、児童福祉行政、軍隊の事案と比較できるだろうか。バリスターや専門家証人は、その専門性や提供する公益性の高い活動を理由に、注意義務を免れてきた。こうした専門性や公益性の高い活動は、警察や、児童福祉行政、軍隊とは全く同様のものではないとはいえ、法的責任を完全に免れるというべきであろうか。Robinson 事件最高裁判決において示されたように、私人も公的機関も同様に不法行為責任から免れるわけではないというところに着目すると、被告の行為によって何らかの損害が生じた場合には、事件によっては注意義務を課す場合もあるだろう。

まず、バリスターが依頼人に対して注意義務を負うか否かが争われた *Rondel* 事件貴族院判決<sup>249</sup>を扱う。Rondel 事件の原告は刑事事件の被告人であった。本件被告であるバリスターに弁護を依頼した原告は、弁護担当のバリスターが訴追者側の証人に対し十分な反対尋

<sup>248</sup> *Smith v. Ministry of Defence* [2013] UKSC 41; [2014] A.C. 52; [2013] 3 W.L.R. 69; [2013] 4 All E.R. 794.

<sup>249</sup> *Rondel v. Worsley* [1969] 1 AC 191; [1967] 3 WLR 1666; [1967] 3 All ER 993, HL.

問をせず、原告の希望する証人を喚問しなかったと主張して、損害賠償を求めるネグリジェンス訴訟を提起した。貴族院は、裁判所における訴訟行為についてバリスターは注意義務を負わないと判示した。この理由は、後述の Hall 事件貴族院判決における Hoffmann 裁判官によれば、①法律家は依頼人だけではなく、裁判所と司法運営に対しても義務を負っており、②バリスターは、弁護の依頼を断ることはできず (cab-rank rule)、③刑事訴訟において、バリスターの依頼人が有罪となれば、有罪となった依頼人は皆、バリスターを訴える可能性が出てくるから、である。

現在、Arthur JS Hall 事件貴族院判決<sup>250</sup>によって Rondel 事件貴族院判決は覆されている。その理由は、①民事訴訟規則(Civil Procedure Rules)ルール 24.2 が、不満のある依頼人からバリスターへの嫌がらせ目的の訴え(vexatious litigation)を制限しており、②cab-rank rule は直観的な根拠であり証明することができず、③証人は訴訟手続に関与してもらうため自由に発言することができるから、法廷における証人の特権をバリスターに類推して適用することはできないからである。

このように警察以上に特殊な軍隊の戦闘行動免責は緩和され、またバリスターの依頼人への注意義務も認められるようになってきたことは、警察と対比してみると、裁判所の公的機関や専門的職業に対する司法統制が強められてきているともいえるだろう。

### 第3項 専門家証人 (expert witness) の注意義務—Jones v. Kaney 最高裁判決

専門家証人の注意義務の有無が争われた Jones 事件<sup>251</sup>に触れる。原告は交差点で停車中に自動車に追突された。相手方 (訴外) は酒気帯び運転で無免許のため保険に入っていなかった。原告は重傷を負いまた精神疾患も発症した。原告はソリシター (Kirwans) に身体損害訴訟を提起するよう指示した。Kirwans は精神科医 (被告) に原告の診察を行い訴訟に備えて報告書を準備するよう依頼した。被告は原告が PTSD を発症していると報告した。この交通事故訴訟では追突加害者の法的責任が認められ、残された論点は損害賠償額の算定であった。加害者側の証人の精神科医は原告が症状を誇張していると証言した。地区裁判官は加害者と被害者の証人同士で協議し共同陳述書を作成するよう命令した。協議は電話で行われ加害者の保険会社の依頼した精神科医が陳述書を作成し、被告が修正やコメントをせず署名した。この共同陳述書のせいで原告の主張は損なわれた。原告は被告に対してネグリジェンスを理由とする訴訟を提起した。争点は、被告に専門家証人免責法理が適用されるかどうかであった。最高裁は原告の主張を認めた。

<sup>250</sup> Arthur JS Hall v. Simons [2002] 1 A.C. 615; [2000] 3 W.L.R. 543; [2000] 3 All E.R. 673.

<sup>251</sup> Jones v. Kaney [2011] UKSC 13, [2011] 2 A.C. 398, [2011] 2 W.L.R. 823, [2011] 2 All E.R. 671

Phillips 裁判官（多数意見）は次のように判示した。すなわち、専門家証人と同じように免責法理を享受してきたバリスターは Arthur JS Hall 事件貴族院判決において正当化できないことを理由に廃止されたことを確認した。次に、専門家証人もバリスターと同じように依頼人にサービスを提供する義務を引き受けている。そして専門家証人の免責法理を正当化できるかについて、免責法理が不当だと立証できない限り維持されるという前提を出発点にすることは誤りであり、公平に見て被告が免責法理を正当化する立証責任を負う。他の専門サービスに関連して訴えられることのリスクよりも法廷サービスに関連して提訴されることがより重大な阻害要因を構成すべきとする理由は何かと問うたが、被告側はこれに対する立証を成功させておらず、したがって免責法理は専門家証人のサービスの提供へ萎縮効果を抑えるのに必要だという主張は成立しないとする。そして専門家証人が裁判所に嘘偽りのない証拠の提供を確保するのに免責法理が必要かを問うた。バリスターの免責によってその義務の遂行に何らかの萎縮が生じたとは思われない。専門家証人の義務違反を理由とする訴訟から免れない場合、専門家証人が義務を嫌々遂行するという単なる推定から生じる専門家証人の免責を永続させることは誤りであろう。次に勤勉な専門家証人が義務違反を理由とする濫訴（vexatious claims）によって嫌がらせを受けるかについて、バリスターの免責法理を廃止した Hall 貴族院判決以降、バリスターが敗訴した当事者からの濫訴を経験してはいないと判断した。

以上の理由から、専門家証人が裁判所に提出した証拠また訴訟手続に参加して証言した見解に関する訴訟から免責され続けることは正当化されておらず、当該免責法理を廃止すべきと判示された。

#### 第4項 小括

警察と並んでコモン・ロー上のネグリジェンス責任における注意義務の存在が否定されてきた軍隊、バリスターそして専門家証人のネグリジェンス責任の注意義務の存否の判断に共通するのは、個別の事例に応じて注意義務を認める場合があるという判例法理へと変化していることが明らかとなった。

#### 第6節 警察のネグリジェンス訴訟における注意義務と権力分立

以上、警察とそれ以外の公的機関等の判例の展開を見てきた。ここでは平等原則に基づく Hill 事件の法理の適用および廃止が、分析軸である権力分立の捉え方の変化と関連させて考察する。裁判所が長年にわたり適用してきた Hill 事件の法理を廃止したことは、権力分立

と関連する。同法理の根拠は、裁判所の注意義務を課すと、警察活動上の裁量の行使は、司法判断に馴染まず、また警察活動が委縮したり訴訟活動に資源を投じなければならないという理由にあった。Hill 事件の法理を廃止し、警察といえども、ネグリジェンス責任を含めた不法行為法に服するということは、私人と同じようにコモン・ローと制定法に服するという平等原則にもとづくものであった。平等原則は、私人や公務員といえども同じ法の下に服し、ダイシーの法の支配の第1の意味、つまり恣意的権力の行使に法的統制をかける前提となる。それは、警察活動の監視を国会だけに委ねるのではなく、裁判所も取り組んでいく姿勢の現れといえる。

このように、警察のネグリジェンス責任上の注意義務の存否を巡る判断は、権力分立と関連する<sup>252</sup>、と指摘されている。公的機関のネグリジェンス責任に関する体系書である Booth と Squires の *Negligence Liability of Public Authorities* は、次のように従来のネグリジェンス責任の注意義務の存否の判断と権力分立の関係を指摘した。すなわち、

「公的機関に権限が付与される目的と制定法上の代替的な救済に着目することへの裁判所のアプローチは、権力分立への関心、たとえば、裁判所が制度上の権限の範囲内にある判決を行うように限定すべきであり、立法部に委ねられるべきことの決定までをも行うべきではない。裁判所ではなく国会による判断が適切だとみなされる1組の問題は、どのようにして競合する価値の一方をもう一方に対して重視するかにある。これらは一般的に信じられているように、裁判官ではなく、選挙されている公務員によって決定されるべきであり、公務員が応答すべき争点である。公的機関に関しては、公的機関が追求する広範な目的を決めるのは国会であるべきである。立法部は社会的サービス部局、警察、そして教育当局にとって第1の目的が何であるかを決定すべきである。ネグリジェンスの訴えに関する限り、立法部が最も重要なものと設計した目的を損ねるであろう場合には、裁判所は公的機関に注意義務を課すべきではないという結果が生じている<sup>253</sup>」と。

このように、注意義務の存否の判断について、従来は、権力分立の下で国会の意図を汲みとり、公的機関に付与されている権限の目的と代替的な救済方法の存在を考慮して、裁判所は公的機関のネグリジェンス責任上の注意義務を否定してきたことが指摘されている。

---

<sup>252</sup> Booth, C. and Squires, D., *Negligence Liability of Public Authorities* (Oxford University Press, 2006) 167.

<sup>253</sup> *Id.*, 225.

同書は、公的機関のネグリジェンス責任における注意義務と権力分立の関係について、裁判所は積極的なアプローチをとるべきだという異なる捉え方を示唆している。すなわち、

「訴訟を行い、国会の意図した方法で公的機関に行為させようとすることは、我々の期待する裁判所の果すべき役割である。不法行為訴訟を通じて、公的な権限の付与された目的を果たすよう裁判所は公的機関を促すべきである<sup>254</sup>」。

この裁判所の採るべきとされるアプローチは、従来の公的機関のネグリジェンス責任上の注意義務を否定する立場を変更し、公的機関に付与される権限の目的を果たさせるために、公的機関の注意義務を認めるというアプローチへと変更すべきとの示唆である。

Robinson 事件最高裁判決は、権力分立について直接には論じてはいないが、Booth と Squires の主張する権力分立の捉え方の変化は同判決においても見出すことができる。Reed 裁判官の多数意見が、警察の注意義務の議論に入る前の公的機関一般について、「コモン・ロー上、公的機関は一般に私的な個人や団体と同じように不法行為責任を負う<sup>255</sup>」と述べた。このとき、Reed 裁判官は、ダイシーの『憲法序説』の「法の支配」の箇所、全ての公務員は、市民と同じように法的な正当化なく行われたあらゆる行為と同様の責任を負うという「平等原則」を出発点として明示している<sup>256</sup>。つまり、公的機関、特に警察のネグリジェンス責任について、その第1の成立要件たる注意義務を否定してきた裁判所が、公的機関は一般に不法行為責任を負うものだという立場を示したのである。注意義務を否定する傾向にあった裁判所が、平等原則の下で、公的機関はネグリジェンス責任を含めた不法行為責任を負うと示したのは、今後の公的機関の注意義務の有無を判断するに際して、相当の意味を持つことになるであろう。

#### 第7節 警察のネグリジェンス訴訟における注意義務に関する学説

本節は、法政策的考慮と Hill 事件の法理がどのように位置づけられているのかについて学説を見ていこう。裁判所の法政策的考慮に関して学者・裁判官はどのように考えているのだろうか。

---

<sup>254</sup> *Id.*, 226.

<sup>255</sup> Robinson, *supra note* (209), para 32.

<sup>256</sup> *Id.*

## 第1項 法政策的考慮に関する学説

### (1) Stevens の主張

Stevens は、イギリス不法行為法の再構成をする中で、裁判官による法政策的考を否定する。これには 3 つの理由がある。①イギリスの裁判官は法律家としての資質からその正当性を得ている<sup>257</sup>が、裁判官が法政策に基づいて判決を下すのであれば、司法部は、政治的正当性を求められる<sup>258</sup>。②裁判官には、経済学者でも社会科学者のような専門家ではなく技術的な適正が欠けていること<sup>259</sup>、そして③争われている利益が比較不能であり、導き出すべき結論が不明確な場合である<sup>260</sup>。

### (2) Beever の主張

Beever は、ネグリジェンスのあるべき体系的・理論的説明を展開するために、ネグリジェンスから法政策的考慮 (policy) を取り払い、原理原則(principle)によってネグリジェンス法を再構築しようと試みる。その前提作業として、Beever は法政策的考慮について次のように言う。原理・原則は法規範と法理を意味し、法政策的考慮はそれ以外のすべてのものを意味する<sup>261</sup>。この法政策的考慮の中には、たとえば配分的正義、社会道徳、経済効率性、世論等の問題のように不確定な要素が含まれる<sup>262</sup>。よって原理・原則は善であり法政策的考慮を悪とみなす<sup>263</sup>。

### (3) Scarman の主張

Scarman 貴族院裁判官は、McLoughlin 事件貴族院判決において次のように述べ、裁判官による法政策的考慮を否定した。

「コモン・ローの際立った特徴は、裁判官による原理・原則の発展と形成である。法政策的考慮は重視されなければならないだろう。しかし、裁判官の目的は、原理・原則の形成である。そして、仮に原理・原則が非情にも政策を危機に陥れる判断を求める場合、裁判所の役割は、国会の政策判断を減じてでも、原理・原則に従うことである。我々の憲法の中には、実際のところ 2 つの法形成機関が存在するのであ

<sup>257</sup> R. Stevens, *Torts and Rights* (Oxford University Press, 2007) 312.

<sup>258</sup> *Id.*, 313.

<sup>259</sup> *Id.*, 309.

<sup>260</sup> *Id.*, 310.

<sup>261</sup> A. Beever, *Rediscovering the Law of Negligence* (Hart Publishing, 2007) 3.

<sup>262</sup> *Id.*

<sup>263</sup> *Id.*, 51.

る。裁判官は、原理・原則に従うことによって、コモン・ローを生かし、柔軟にし、そして首尾一貫させることができる。・・・仮に原理・原則が社会的に受け入れられないと考えられる結果を生じさせるに至った場合には、国会が線引きをすることができるし、また新たな道を描く立法をすることもできるのである<sup>264</sup>」。

このように Scarman は法政策的考慮が裁判所ではなく国会によってなされるべきだと主張する。

## 第2項 Hill 事件の法理に関する学説

次に、法政策的考慮によって形成された Hill 事件の法理についての学説を見ていく。

### (1) McIvor の主張<sup>265</sup>

McIvor の見解は次の通りである。Hill 事件の法理の主要な問題点は、一般的過ぎる(too broad-brush)<sup>266</sup>点にある。裁判所は、警察に注意義務を課すことによって警察活動の委縮が生じると判断したが、そのような議論には憶測の傾向がある<sup>267</sup>。これに対しては、委縮が生じるよりも一層勤めに励むことを促進し、共同体のサービスを向上する結果となる<sup>268</sup>。人手・予算が浪費するという主張についても、これはすべての公的機関に言えることで、実務上、重要視されていない<sup>269</sup>。

Hill 事件の適切な解釈に対する障害は Brooks 事件にある<sup>270</sup>。その原因は、Hill 事件の法理が、先述した第三者責任訴訟の中で形成されたことに、Smith 事件を担当したどの裁判官も気がついていないことに求められる<sup>271</sup>。Dorset Yacht 事件を例にすれば、作為義務(affirmative duties)は、不法行為者の行為によって被害者に損害が発生したことが予見可能な場合にしか生じない<sup>272</sup>。これによって、潜在的な被害者の集団が一般市民であれば、水門論は〔抗弁として〕最も効果的である<sup>273</sup>。

---

<sup>264</sup> McLoughlin v. O'Brian [1983] 1 AC 410, at 430.

<sup>265</sup> C. McIvor, "Getting Defensive about Police Negligence: The Hill Principle, the Human Rights Act 1998 and the House of Lords" (2010) 69 CLJ 133.

<sup>266</sup> *Id.*, 134.

<sup>267</sup> *Id.*, 135.

<sup>268</sup> *Id.*

<sup>269</sup> *Id.*

<sup>270</sup> *Id.*, 141.

<sup>271</sup> *Id.*

<sup>272</sup> *Id.*, 141-142.

<sup>273</sup> *Id.*, 142.

またオーストラリアの *Tyszyk* 事件<sup>274</sup>も参照されている。本件は、縦樋がぶら下がっており、危険だと通報を受けた警察官が、何の措置も講じず、縦樋が通行人に落下し負傷した事件である。Campbell 裁判官は、警察の不作為不法行為が争われた場合には、警察の被害者に対する責任の引受けがあったことを立証するのが最も容易な方法であるとしている<sup>275</sup>。

警察による責任の引受けについては、イギリスでも判例法上認められている<sup>276</sup>。しかし、〔現在のところ〕法政策的考慮が、警察のネグリジェンス責任の評価の出発点となっており、この状況は変更されるべきであるとする<sup>277</sup>。

以上の通り、McIvor は結論として、犯罪の捜査・抑止に関する警察の義務という分類は、非常に広範囲で、かつ不適切であり<sup>278</sup>、Hill 事件の法理〔の射程〕は、非常に広範囲に及ぶが、その根拠はもろくなりつつある<sup>279</sup>と捉えた。

## (2) Morgan の主張

Smith 事件の事実関係は Hill 事件の事実関係とは異なり、原告に対する特定の脅威が存在し、近接性を判断するには困難は生じなかった事件である<sup>280</sup>。また、Brooks 事件は、警察による犯罪の被害者や目撃への対応に不備があり、原告が心的外傷後ストレス障害を負った事件であるが、Smith 事件では暴行の確定的な証拠を示されていたにもかかわらず、原告は重傷を負うに至るだけの暴行を受けている<sup>281</sup>。しかし、貴族院の法律貴族たちは「しぶしぶ (reluctantly)」訴えを棄却し、なぜ、このような状況となるのか<sup>282</sup>と問う。

貴族院は、Hill 事件において Keith 裁判官が述べた法政策的考慮が Hill 事件の「核心」であり、Hill 事件や Brooks 事件の特定の事実に限定されるものではないと判断した<sup>283</sup>。それは、判決文中の Carswell、Hope、そして Brown 各裁判官の意見から見て取ることができ、彼らは、注意義務の存否について、不法行為責任を課すことによる警察活動の結果予測の判断に基づいて判断している<sup>284</sup>。Smith v. Chief Constable of Sussex Police 事件貴族院判決にお

<sup>274</sup> State of New South Wales v. Tyszyk [2008] NSWCA 107.

<sup>275</sup> McIvor, *supra* note (265), 144.

<sup>276</sup> Kirham v. Chief Constable of Greater Manchester Police [1990] 2 QB 283; Reeves v. Commissioner of Police of the Metropolis [2000] 1 AC 360; Orange v. Chief Constable of Yorkshire Police [2002] QB 347.

<sup>277</sup> McIvor, *supra* note (265), 145.

<sup>278</sup> *Id.*

<sup>279</sup> *Id.*, 150.

<sup>280</sup> J. Morgan, “Policy Reasoning in Tort Law: The Courts, the Law Commission and the Critics” (2009) 125 LQR 215, 216.

<sup>281</sup> *Id.*

<sup>282</sup> *Id.*

<sup>283</sup> *Id.*

<sup>284</sup> *Id.*, 216-217.



いて Carswell 裁判官は「警察の自由を保護する代償は、説得力のある理由を以て市民に対する救済を拒否することである、ということを裁判所は率直に受け入れなければならない<sup>285</sup>」と述べている。しかし、裁判所はどのような証拠に依拠しているのだろうかと問い、裁判所はもっともらしい警察活動への責任の影響について推測してはいるが実体的証拠を欠いている<sup>286</sup>、と Morgan は指摘し、続けて職務執行の委縮論を退けた他の判決<sup>287</sup>も存在するという<sup>288</sup>。

以上の通り Morgan は、国会のみが法政策的考慮をすることによって明らかに法の発展には非常に不便な結果を招くだろう<sup>289</sup>と述べ、国会のみによる法政策の決定に対し否定的な態度をとった。

### 第3項 まとめ

法政策的考慮を否定的に捉える Stevens、Beever そして Scarman の立場は、民主的に選挙された議員こそが原理原則や政策を形成すべきという点に集約できる。しかし、これは多数説とは言えない。仮に裁判官が選挙によって選出された場合であっても、その裁判官が法政策的考慮をする資格が与えられるだけで、適切な法政策的考慮をなすだけの能力が伴っているか別問題である。

裁判所による法政策的考慮について、裁判官と学者の多くが好意的であるといわれており<sup>290</sup>、法政策的考慮が用いられている現在の判例実務を見てもこれは明らかである。

Hill 事件の法理について、McIvor は Hill 事件の法理の射程が非常に広範であると批判した。次に、Morgan は、裁判所による法政策的考慮は、国会だけが法政策的考慮をすることには不便が生じるという理由から否定的であるが、法政策的考慮によって警察の注意義務の存在を否定するだけの根拠がないと批判した。

### 第8節 小括

本章で検討してきた限り、公的機関・専門家のネグリジェンス責任発生要件である注意義務の存否の判断について、裁判所は次第に注意義務の存在を認めるようになった。これは、法政策的考慮が欧州人権条約6条に違反するとした Osman 事件での判示を受けたうえでの、

<sup>285</sup> Smith, *supra note* (174), para 106 per Lord Carswell.

<sup>286</sup> Morgan, *supra note* (280), 217.

<sup>287</sup> Capital & Counties Plc. v. Hampshire County Council [1997] QB 1004, CA; Barrett v. Enfield London Borough Council [1999] UKHL 25; Phelps v. Hillingdon London Borough Council [2000] UKHL 47.

<sup>288</sup> Morgan, *supra note* (280), 217.

<sup>289</sup> *Id.*, 219-220.

<sup>290</sup> *Id.*, 215.

イギリス裁判所の自発的な判例の変更であった。

他方で *Osman* 事件は人権条約 2 条について「公的機関が、第三者の犯罪行為による特定の個人や諸個人の生命に対する現実かつ差し迫った危険 (a real and immediate risk) の存在をそのときに認識し、または認識するべきであって、合理的に判断してその危険の回避を予測しえた措置を公的機関の権限内で講じなかったということが立証されなければならない<sup>291</sup>」という基準を設定した。この基準は後続の判例においても利用されている。ただし、この *Osman* 基準はネグリジェンスの注意義務の存否を判断するよりも厳格な基準であると認識されている。

*Smith/Van Colle* 事件において、控訴院は欧州人権条約から示唆を得て警察の注意義務の存在を認めたが、貴族院は *Hill* 事件の法理を維持した。ただし、貴族院の裁判官の中には *Hill* 事件の法理を適用することに躊躇する裁判官もおり、少なからず *Hill* 事件の法理を維持することに対して疑問が呈された。その後 *Michael* 最高裁判決において、*Toulson* 裁判官が作為・不作為の区別という伝統的な不法行為法上の原理に言及した。

さらに *Robinson* 事件最高裁判決において、多数意見を述べた *Reed* 裁判官が *Hill* 事件の法理から議論を始めるのではなく、*ダイシー*の私法は私人と同じように公的機関にも適用されるとする平等原則を述べ、*Caparo* 事件貴族院判決における三段階基準のアプローチ、特に *Hill* 事件の法理の核心である法政策的考慮を変更した。

2005 年の犯罪被害者への不当な取り扱いが争われた *Brooks* 事件において、*Hill* 事件の法理が適用されたことは、*Hill* 事件の法理の不当な適用であった。そのことは 2008 年の *Smith v. Chief Constable of Sussex Police* において、*Phillips*、*Carswell*、*Brown* 各裁判官が、*Hill* 事件の法理の適用を躊躇していたことから分かる。裁判官の中には、*Hill* 事件の法理を適切ではない事件にまで適用し、そのことが原告の訴えを妨げていることを認識していた者もいたのである。貴族院が適切な範囲で *Hill* 事件の法理を適用せず、その射程を拡大してしまったことによって、公正な審理を行う裁判所を利用できるという司法アクセス権の侵害といえた。

その後、*Robinson* 事件において、最高裁は、警察を含めた公的機関が不法行為責任を免れることはないという前提から出発し、*Hill* 事件の法理を廃止しつつ、原告の訴えを認めた。警察といえどもネグリジェンス責任を免れるものではなく、*Hill* 事件の法理を廃止したことによって、ほぼ一律に否定されてきた警察の原告に対する注意義務の存否をめぐる訴えは、常に棄却されるのではなく、個別具体的な事案ごとに審理されていくことになる。

---

<sup>291</sup> *Osman*, *supra* note (152), para 116.

## 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—人身の自由を中心に—

### 第1節 序論

前章の警察活動におけるネグリジェンス責任において注意義務の存在を否定してきた Hill 事件の法理と類似する判例法の展開が、外交安全保障事項に関する国王大権の行使に関しても観察できる。外交安全保障事項に関する国王大権は、Hill 事件の法理よりも、長らく政府の法的責任が司法判断不適合と判示されてきた法分野である。そのため、人身の自由を中心に拷問行為や生命権の侵害を引き起こす外交安全保障事項に関する国王大権の行使は、市民的自由と鋭く対立する。外交安全保障事項に関する国王大権の行使は、とりわけ人身の自由の制限を中心に生命権の侵害・拷問行為と関連するため、司法へのアクセスが強く要請されるはずである。そのため、被告の法的責任を否定する法理を分析対象とする。いかに司法アクセス権が制約されてきたのかを明らかにし、また、裁判所が司法アクセス権を認めるものと捉えられる判決が下されているのか、そうした判決があるとすれば、どのような方法で司法アクセス権を認めていると捉えられるのかを明らかにする。

まず、国王大権が、何を指すのかをここで明らかにしておきたい。外交安全保障分野に関する政府の権限は、典型的には国王大権に由来するからである。イギリス法百科事典である *Halsbury's Laws of England* は、国王大権 (royal prerogative または prerogative) を次のように定義する。すなわち、

「政府の多くの職務は国王大権の下で認められている。そうした職務には、たとえば、外交、防衛、赦免 (mercy) に関連する職務が含まれる。国王大権は、国王がコモン・ローにより他のすべての人々に対して彼らを上回ってもつ特別の傑出性と定義できようが、通常のコモン・ローとは異なり、王の権威を理由とするものであって、コモン・ローがイングランド王に認めたあらゆる特別の権威、自由、特権、権力、収入を含む<sup>292</sup>」。

また、国王大権とコモン・ロー・制定法の関係について、同事典は次の通り説明している。

「国王大権はコモン・ローに由来し、またコモン・ローによって制約され、君主は法が認める国王大権以外の大権を主張することはできない。特に、マグナ・カル

<sup>292</sup> *Halsbury's Laws of England*, Vol. 20 Constitutional and Administrative Law (2014) para 166.

タや何らかの制定法に反し、また臣民の自由に干渉するものを国王大権と認めることはできない。したがって、裁判所は、主張されている何らかの国王大権の存在ないし範囲を検討する管轄権を有している。これは法が国王をつくりだしたので、国王は何人の下にもあるべきではないが、神と法の下にあるというコモン・ローの格言からくるものである。何らかの国王大権が争われている場合、裁判所は、他の法律問題を裁判所が決定することと同じ方法で、国王大権が存在するか否かを決定しなければならない。国王大権が明らかに確立している場合、裁判所は何らかのほかの法準則を確知するのと同じようにその国王大権を確知しなければならない<sup>293</sup>」。

*Halsbury's Laws of England* によってわかることは、国王大権は、コモン・ローに由来し、またコモン・ローによっても制約することができるということである。

外交及び防衛に関連する「安全保障」の概念について *Halsbury's Laws of England* には定義が見当たらない。イギリス法辞典である *Jowitt's Dictionary of English Law* は安全保障の概念を次のように定義する。すなわち、

「国家安全保障 (national security) の概念は、現代の立法において非常に重要であるが、不明瞭な概念である。安全保障は 1998 年人権法の下で一定の権利に優る要素である。英国秘密情報部 (SIS, Secret Intelligence Service, MI6) の職務が行われる目的の 1 つが安全保障という利益である。安全保障の構築は、国务大臣の領分であり、裁判所はこうした問題において政府に広範な評価の余地 (a wide margin of appreciation) を与えている<sup>294</sup>」と。

安全保障に関する事項については国王大権に基づいて行使されており、裁判所は政府に広範な評価の余地を与えている。

*Halsbury's Laws of England* は国王大権の項目のなかで、司法判断が不適合とされてきた国家行為 (act of state) の法理についても説明している。

「国家行為とは、他の国家またはその国民との関係の中で国王の行使する国際関係分野における国王大権上の政策の実行のことである。典型的な国家行為は、条約を締結・履行し、外国の領域の併合、征服による土地または財産の接収、戦争の宣

---

<sup>293</sup> *Id.*, para 168.

<sup>294</sup> Greenberg, D. (ed.), *Jowitt's Dictionary of English Law* (Sweet & Maxwell, 2015) at 1606.

言、そして封鎖である。戦時における敵性外国人の拘束またはその送還は国家行為とみなしうる<sup>295</sup>」。

外交安全保障事項に関連する国王大権について、2012年に公表された論文<sup>296</sup>は、判例を検討したうえで次のように結論付けた。結論として、GCHQ事件貴族院判決<sup>297</sup>によってこれまで守られてきた高度な政策領域への司法判断不適合性の原理は取り除かれ、国王大権への司法的な監視は一見すると強まったかに見えたが、それは実際には小さな影響であった。その理由はイギリスの裁判所が戦争および外交に関する国王大権に実効的な監視をおよぼすことができず、また及ぼすつもりがないという根本的な姿勢がそのままの状態だからである<sup>298</sup>と考察した。

これまで裁判所は、司法判断適合的な場合に限り国王大権の行使についても司法審査が及ぶと判示してきた<sup>299</sup>。イギリス行政法の体系書である *De Smith's Judicial Review*<sup>300</sup>は次のように説明する。すなわち、

「制定法上の権限、コモン・ロー上の権限、または国王大権かどうかにかかわらず、本質的に司法審査の及ばない権限はないと述べることのできるところまで司法審査は発展してきた。裁判所は公権力の行使の方法、その射程と実体に司法判断を及ぼす責任を負う。・・・裁量権が関連する場合でさえ、その裁量権は司法審査からは免れない。・・・しかし、裁判所は関与することのできない、または容易には関与すべきではない一定の決定が存在する<sup>301</sup>」と。

その分野とは典型的には、外交安全保障のような政府や公的機関の専門性や裁量性の高い分野である<sup>302</sup>。裁判所はそうした分野をめぐる紛争を、司法審査に馴染まない、司法判断不適合（non-justiciable (non-justiciability)）な紛争として取り扱ってきた。

<sup>295</sup> Halsbury Vol. 20, *supra note* (292), para 173.

<sup>296</sup> Moosavian, R., “Judges and High Prerogative: The Enduring Influence of Expertise and Legal Purity” [2012] PL 724. Moosavian は University of Leeds の Lecturer. Moosavian を参照しながら国王大権を論じた邦語論文として、岩切大地「イギリス貴族院のバンクール判決にみる国王大権と司法審査」法学研究 87 卷 2 号 (2014) 161 頁がある。

<sup>297</sup> Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service [1985] AC 374, [1984] 3 WLR 1174, [1984] 3 All ER 935.

<sup>298</sup> Moosavian, *supra note* (296), at 747.

<sup>299</sup> Council of Civil Service Unions, *supra note* (297).

<sup>300</sup> Lord Woolf (et al. eds.), *De Smith's Judicial Review*, 7th ed. (Sweet & Maxwell, 2013).

<sup>301</sup> *Id.*, 19.

<sup>302</sup> *Id.*, 24.

そこで本章は、外交安全保障事項に関する国王大権の行使に脅かされやすいと考えられる人身の自由を中心としつつ、拷問の禁止や生命への侵害に関連する紛争も扱う。また人身の自由の制約や、拷問の禁止、また生命への侵害を裁判所で争う方法がヘイビアス・コーパスだけではないので、適切な事例と考えれば、司法審査や不法行為法も検討の射程に収める。

コモン・ロー上、人身の自由の制約の主たる救済方法には、ヘイビアス・コーパス（人身保護令状、または人身保護法）がある。ヘイビアス・コーパスについて *Halsbury's Laws of England* は次のように説明している。すなわち、

「釈放のための人身保護令状は、収監され、または私人に拘束されているかどうかにかかわらず、違法または不当な拘束から即時に釈放される実効的な方法を付与することによって、臣民の自由を確保する大権令状に基づく手続である。大権令状こそが、臣民の自由が奪われている理由を主権者が調査する権利を実現する方法である。それ〔大権令状〕によって、高等法院および同院の裁判官は、拘束下にある臣民の請求により、臣民〔の身柄〕を法廷に提出させるよう命じる。その拘束に法的な理由がない場合には、その当事者は〔彼を〕釈放するよう命令される<sup>303</sup>」。

このように、イギリスにおいてヘイビアス・コーパスは人身の自由を回復する重要な方法であった。同時に、ヘイビアス・コーパスによる回復を必要とするほど人身の自由は重要な自由であったともいえる。

本章の構成は次の通りである。第2節は、1998年人権法制定以前の第二次世界大戦と湾岸戦争に関連する人身の自由の侵害に関する事件を扱う。第3節は、1998年人権法制定後の人身の自由の侵害事件を扱う。第4節は、2010年ごろ以降の判例を分析する。第5節は本章で扱った判例を学説がどう評価しているのかを見たうえで、第6節で本章をまとめる。

## 第2節 1998年人権法制定以前の重要判例

まず、1998年人権法制定以前の判例を検討する。先に述べた通り、従来のコモン・ローは、外交安全保障事項に関する紛争を司法判断不適合と判示してきた。そこで1998年人権

---

<sup>303</sup> *Halsbury's Laws of England*, Vol. 88A Rights and Freedoms (2018) para 144. 邦語文献として、堀部政男「イギリスにおけるヘイビアス・コーパスの歴史的展開—その人身保護令状的機能の発展期（一八世紀）—」一橋大学研究年報人文科学研究 10 巻（1968）、下山瑛二「イギリス法における基本権—『人身の自由』の制度的定着過程について—」東京大学社会科学研究所編『基本的人権 2 歴史 1』（東京大学出版会、1968）283-337 頁 97 頁が詳しい。

法制定以前の段階で、裁判所が外交安全保障に関してどのような判決を下してきたのかを分析する。

1998 年人権法制定以前の段階の重要判決は、第二次世界大戦中に提起された敵国の団体に所属しているという理由による人身拘束に対して人身保護令状が請求された **Greene** 事件 貴族院判決、湾岸戦争時に国家安全保障を理由とする移民送還のための拘束措置に対して人身保護令状が請求された **Cheblak** 事件控訴院判決の 2 件である。

#### 第1項 **Greene** 事件貴族院判決

まず第二次世界大戦中に生じた **Greene** 事件について見ていこう<sup>304</sup>。概要は次の通りである。第二次世界大戦中に、内務大臣が防衛（一般）規則 18 条 B 項を根拠に、原告を敵性団体の関係者であると信じるに足る合理的な理由があると判断し当局が原告を拘束した。原告は高等法院王座部合議法廷に人身保護令状の発給を求めた。争点は、原告の拘束理由が適法かどうかである。同合議法廷が請求を棄却したので、原告は控訴院に上訴した。控訴院は次のように判示し、貴族院がこれを支持した。控訴院も貴族院も原告の人身保護令状の請求を認めなかった。控訴院は次のように述べた。

防衛（一般）規則がどの程度まで大臣に裁量行使決定の根拠を認めているかである<sup>305</sup>。本件規則を制定した枢密院は立法部ではなく行政部であり、その枢密院に国会はほとんどすべての裁量を戦時に限り付与した。行政部すなわち国務大臣に防衛（一般）規則 18 条 B 項に規定された様々な戦争中の目的に照らして、規則の範囲内で命令を発する権限が付与されたときに、これと反対の明確な文言が存在しない限り、大臣の裁量に託されたのと同様の国会の意思を推定すべきである<sup>306</sup>。

規則 1 段落の文言は何を意味するのだろうか。内務大臣と裁判所のどちらが、合理的な理由の論点を決定するのだろうか。**Halliday** 事件で示された国益という広範な根拠、この枢密院の委任立法で示された根拠を推定すべきである<sup>307</sup>。内務大臣は機密情報を有する立場にあり、戦時下、市民に機密情報がもれないようにし、機密情報とその情報源の機密を保持し、そして、大臣の考える暴露されるべきではない国益は、いかなる裁判所においても暴露することを強いられるはずはない<sup>308</sup>。

---

<sup>304</sup> R v. Secretary of State for Home Affairs, ex p Greene [1942] 1 K.B. 87; [1941] 3 All E.R. 104, CA; Greene v. Secretary of State for Home Affairs [1942] A.C. 284, HL.

<sup>305</sup> R v. Secretary of State for Home Affairs, ex p Greene [1942] 1 K.B. 87, 95.

<sup>306</sup> *Id.*, 95-96.

<sup>307</sup> *Id.*, 98.

<sup>308</sup> *Id.*

また、大臣が機密情報を有している場合、その機密の性質によって、大臣のとり行為が大臣の合理的理由の最終的判断者とする結論が論理的に導かれる。要するに、その条件は客観的なものではなく、主観的なものである<sup>309</sup>。

第1に、本件規則の起草者は、Halliday 事件で争われた 1914 年規則 14 条 B 項を念頭に入れていたはずである。もしそうであれば、「合理的な理由」という文言は、きわめて適切に、大臣が合理的理由に足ると判断したあとでしか権限を行使することのできないという確信をもって選択されたといえよう<sup>310</sup>。

第2に、規則 18 条 B 項は、助言委員会のすべての保護制度を維持しているが、拘束された人物の保護を実質的に改善している。第3に、規則 6 段落は、国务大臣に新たな重要な義務を課し、毎月国会に報告書を提出させ、大臣が助言員会の助言に従うことを拒否した事件があれば、その数を報告させている。第4に、4 段落は、すべての被拘束者に明示的に新たな権利を付与し、国务大臣に直接に不服を申し立てる機会を拘束の初期の段階で付与している<sup>311</sup>。

以上の Greene 事件の特徴は、国会が制定法によって大臣に広範な裁量を付与していることを前提に、大臣の有する外交安全保障に関わる機密情報に関して、大臣の行った合理的な理由に基づく裁量行使の最終的な判断権者が大臣自身であることを示し、原告の拘束理由の適法性の審査を拒否した点にある。

## 第2項 Cheblak 事件控訴院判決

次に湾岸戦争勃発に伴い発生した Cheblak 事件をみていこう<sup>312</sup>。概要は次の通りである。原告は 1944 年にイスラエルのハイファで生まれ、4 歳の時にパレスチナからレバノンに移り住んだ。1966 年にはカイロに移り大学に通い学士号と修士号の学位を取得し、1968 年から 71 年までアルジェリアの大学で公法と政治理論を教えた。1971 年から 75 年の間、フリーランスの執筆者兼ジャーナリストとしてベイルートで生活し、レバノン内戦が勃発したときにイギリスに入国した。原告は 1975 年イギリスに入国後、翌年にパレスチナ市民の女性と結婚し、2 人の子を成した。原告はアラブ連盟ロンドン支局 (Arab League Office) に調査及び情報に関する上級職員の役職に就いた。このアラブ連盟ロンドン支局は外交的地位

---

<sup>309</sup> *Id.*, 99.

<sup>310</sup> *Id.*

<sup>311</sup> *Id.*, 99-100.

<sup>312</sup> *R v. Secretary of State for the Home Department, ex p Cheblak* [1991] 1 W.L.R. 890; [1991] 2 All E.R. 319.



を有する国際組織である。原告の人柄として平和主義者であり、その著作物は特に中東における平和に目を向けたものであった。1987年に原告はイギリスにおける無期限在留許可を得たが、湾岸戦争の開始された1991年1月17日の夜遅く、原告に送還命令が通知された。原告は警察署に連行され、翌日には刑務所に収監された。

関連法令は、1971年移民法（Immigration Act 1971, c. 77）15条3項、同法18条1項、そして1984年移民上訴（通知）規則（Immigration Appeals（Notices） Regulations 1984）4項である。同法15条3項は次の通り規定する。すなわち、「送還決定の根拠が国家安全保障上の利益、連合王国とほかの国家との関係、または政治的性質を帯びる他の理由として公共善に資する場合、送還決定を受けた者は自分に対する送還決定に対して異議申し立てをすることができない」。また移民上訴（通知）規則4項は、規則3項の下でなされた通知は「(a)それが関連する決定または行為の理由の陳述を含める」と規定する。

原告は人身保護令状の発給を求めて提訴した。同時に司法審査請求も行っているが本章の検討対象との関連で人身保護令状に関する裁判所の判決のみを取り上げる。争点は、送還命令通知にある国家安全保障上の理由が原告を送還するのに法的に十分な理由を提示しているかであった。第1審裁判所が原告の上訴を棄却したため、控訴院に上訴したが、控訴院も原告の上訴を棄却した。

控訴院は判決理由を次の通り述べた。審判官への訴えの権利について、1971年移民法15条3項は送還決定の根拠とその根拠に基づく送還決定を行う理由を明確に区別している<sup>313</sup>。その根拠は、「送還が公共善に資すること」である。上訴権は、この根拠に基づく送還決定の一部には存在するが、すべてについてあるわけではない。この区別は、公共善に資する送還の理由を何とするかによる。その理由が、(1)国家安全保障上の利益、(2)イギリスと他の国家との間の関係上の利益、そして(3)政治的性質を帯びる他の理由であれば、上訴権は認められない。他方、理由たとえば重大な犯罪に関与した疑いや多くの前科やその他の反社会的行動にあるのなら、上訴権はある<sup>314</sup>。国家安全保障上の理由を制定法は規定していたから、それだけで公共善に資する理由としては十分である。以上の通り、控訴院は原告の人身保護請求を棄却した。

人身保護令状の特徴は、原告を拘束する当局の側に正当な理由がない限り、当局は即刻被拘束者を釈放しなければならない点にある。人身保護請求に基づく審査を行ったものの、1971年移民法は、送還が公共善に資する理由として、国家安全保障上の利益を列挙していた。これをそのまま十分な理由として認め、裁判所は、詳しい理由の検討を控えているとい

<sup>313</sup> R v. Secretary of State for the Home Department, ex p Cheblak [1991] 1 W.L.R. 890, 900.

<sup>314</sup> *Id.*

う態度を示した。1998 年人権法以前の段階では、人身保護令状ほどの強力な救済手段でさえ、国家安全保障という理由を目の前にしては容易に人身の自由を保護することはできなかった。

### 第3項 小括

1998 年人権法以前の *Greene* 事件と *Cheblak* 事件の特徴は、人身保護令状の請求に対して外交安全保障上の理由から原告への政府による拘束行為には違法性がないため、裁判所が原告の上訴を棄却していた点にある。裁判所は外交安全保障事項を前に、一応人身保護請求に基づく審査を行っているものの、非常に緩やかな審査を行ってきた。こうした裁判所の憲法上の権能に一定の限界がある点については、イギリス行政法の体系書において次のように指摘される。

「権力分立の原理は、社会的経済的政策の領分を司法部ではなく国会と行政に与えている。国会と行政が政策を追求するとき、裁判所はその裁量の行使への介入を回避すべきである。社会的、経済的、また政治的選択という功利主義的計算を重視するのは裁判所ではない<sup>315</sup>」。

このように裁判所の権能に一定の限界が存在することから、原告がいくら人身の自由の侵害に対する救済を求めても、裁判所は原告の救済の判決を下すことができなかった。

### 第3節 1998 年人権法制定以後の重要判例

本節は 1998 年人権法制定以降の判例を扱う。特に重要な判決は、当時キューバに設置されていた米軍のグアンタナモ基地で拘束されていた原告の身柄の釈放を、イギリス政府がアメリカ政府に求めなかったことの違法性が争われた *Abbasi* 事件控訴院判決である。同事件は、人身保護令状請求事件ではないものの、外交安全保障事項に関する国王大権に関連する重要判決である。

#### 第1項 *Abbasi* 事件控訴院判決<sup>316</sup>

概要は次の通りである。イギリス国籍を有する原告 (*Abbasi*、第 1 原告) は、アフガニスタンで米軍に拘束され、キューバのグアンタナモ基地に移送された。原告は 8 か月間拘束さ

<sup>315</sup> Lord Woolf, *supra note* (300), 19.

<sup>316</sup> *R. (Abbasi) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2002] EWCA Civ 1598.

れ、裁判所、他の何らかの審判所、また法律家にさえアクセスすることができなかった。そのため Abbasi の母親（第 2 原告）が Abbasi 本人のために司法審査請求を行い、Abbasi 本人の身柄を釈放させるためイギリスの国務大臣にアメリカと外交交渉を行うよう求め、またこれまでなぜそうした措置を講じてこなかったのかの説明を求めた。争点は、イギリス政府が Abbasi の拘束自体に対して法的責任を負うか否か、またアメリカ政府との外交交渉によって Abbasi の釈放を求めてこなかったことが違法か否かであった。高等法院女王座部（行政訴訟法廷、Administrative Court）が訴えを棄却したため、原告は控訴院に上訴したが、控訴院は原告の主張を棄却した。

控訴院（Phillips 裁判官意見）の判旨は次の通りである。まず、原告の拘束の違法性について、アメリカ政府の Abbasi の拘束行為はアメリカ政府が訴訟当事者となっていないし、アメリカ政府は当裁判所の命令に法的に拘束されるものでもなく、そして、イギリス政府は原告を拘束下に置いていないため直接の責任を負わない。したがって本判決は拘束の違法性とその救済を示すことはできない<sup>317</sup>。

1998 年人権法の訴えについて、人権裁判所判例を検討したうえで、原告は人権条約 1 条の管轄内（人権条約締約国の管轄権内）にはいないため、人権条約上の権利の訴えは認められない<sup>318</sup>。

次に外国政府の行為の結果、コモン・ローにおいて、基本的な人権（fundamental human rights）の侵害を受けたイギリス市民に外交支援を行うことの拒否の決定を司法審査するにあたり、正当な期待と英米両政府間の外交交渉の検討に入った。

拘束されている者が持つことのできる正当な期待について、政府の政策声明は期待の極めて限定的な性質をもつ<sup>319</sup>。国務大臣が相手国に抗議をするかどうかは大臣の裁量に委ねられている。市民の正当な期待は彼の要請が検討され、そして検討する中であらゆる関連要素のバランスをとるようにしてもらうところにある<sup>320</sup>。

だが、外務省がイギリスの囚人の拘束の適法性についての見解についてなんらかの声明を発した場合、また米政府と行った議論の性質についての声明を発した場合、英米両政府間の議論を妨害することになる。具体的にアメリカ政府に何らかの抗議を行うよう国務大臣に命令することが適切とはいえない。たとえ、基本的人権の明白な違反があったという事実面に直面したとしてもである。なぜなら、抗議をするということは外交政策上の行為に影響を

---

<sup>317</sup> *Id.*, para 67.

<sup>318</sup> *Id.*, paras 76-77.

<sup>319</sup> *Id.*, para 99.

<sup>320</sup> *Id.*

及ぼすことが明らかであり、特に慎重を要する時期の政策に影響を及ぼすからである<sup>321</sup>。以上の理由から、控訴院は本件上訴を棄却した。

Abbasi 事件の特徴は、イギリス市民が他国（本件ではアメリカ）の支配領域（グアタナモ基地）に拘束されているときに、被拘束者（またはその家族）の外交支援要請によって他国に抗議を行うかどうかは国務大臣に全面的な裁量が認められており、原告はイギリス政府に外交支援要請を検討してもらっただけの正当な期待を有してはいるが、イギリスの掲げる外交政策に照らせば、それ以上の期待を有することはできないとの限界を示した点にある。

## 第2項 小括

1998 年人権法制定以前の Greene 事件および Cheblak 事件の特徴は、イギリスの裁判所が、外交安全保障上の理由から人身保護令状の発給を拒否しているということである。それに続く 1998 年人権法以降の Abbasi 事件についてもグアタナモ基地における拘束措置の違法性が外交政策に関連するという理由で、アメリカ政府に Abbasi を釈放するように求める外交交渉をイギリス政府が行わなかったことが違法だという原告の訴えを裁判所は認めなかった。1998 年人権法制定以前と以後の共通点として、裁判所が外交安全保障上の理由から原告の被った拘束措置の違法性、また釈放のための外交交渉をイギリス政府が行わなかったことの違法性を認めていなかった点を挙げることができる。

## 第4節 裁判所の外交安全保障に関する紛争への姿勢の変化

### 第1項 Rahmatullah 事件控訴院判決（2011）

#### (1) 概要

その後の判例の展開はどのようになっているだろうか。イラク戦争中にイギリス軍に拘束され、米軍に引き渡された人物の人身の自由の制約に関する 2011 年の Rahmatullah 事件控訴院判決<sup>322</sup>を検討する。なお、本件控訴院判決は 2011 年の判決後の、英米両政府のやりとりを踏まえたうえで、2012 年にもう一度、控訴院が判決を下していることに注意を要する<sup>323</sup>。2012 年の判決については次項で後述する。

概要は次の通りである。イラク戦争開戦直後の 2003 年に、捕虜（prisoners of war）、民間

<sup>321</sup> *Id.*, para 107.

<sup>322</sup> *Rahmatullah v. Secretary of State for Defence* [2011] EWCA Civ 1540; [2012] 1 W.L.R. 1462; [2012] 1 All E.R. 1290.

<sup>323</sup> *Rahmatullah v. Secretary of State for Defence* [2012] EWCA Civ 182.

人抑留者 (civilian internees)、そして拘束された文民 (civilian detainees) の移送について英米両軍は合意覚書 (Memorandum of Understanding、以下 2003MoU という) を交わした。2003MoU には次の通り記載がある。

「1. この覚書は、慣習国際法と同様に、捕虜待遇条約及び捕虜保護条約に従って実施される。

4. 抑留国 (detaining power、本件ではイギリス) によって移送されたいかなる捕虜、民間人抑留者、拘束された文民も、抑留国の要請に基づいて受入国 (accepting power、本件ではアメリカ) から遅滞なく抑留国に送還される。

5. 捕虜、民間人抑留者、拘束された文民のイラク国外領域への釈放、送還、または移送は抑留国と受入国の相互の合意に基づいた場合にのみ実施される。

6. 捕虜、民間人抑留者、拘束された文民が受入国の拘束下にあっても、抑留国から移送されたこれらの人物に完全にアクセスする権利を保持する」。

2008 年には第 2 の MoU (以下、2008MoU) が締結された。その 4 段落の内容は、「いついかなる時点においても、移送された抑留者が米軍に拘束され、そしてその支配下にあっても、彼らは人道法を含めた国際法上の適用可能な原理原則に則って処遇される。移送された抑留者はアメリカ国防省の政策及び手続にしたがってのみ尋問される」というものであった。

イギリス軍は、2004 年 2 月にイラクにおいてパキスタン人でアルカイダの関連組織の一員と目された原告 Rahmatullah を拘束し米軍に引き渡した。原告はアフガニスタンの米軍基地で、裁判所の審理を受けず 7 年間にわたり拘束され続けていた。そこで原告の親族が原告のために裁判所に人身保護令状を請求した。高等法院女王座部合議法廷は本件請求を棄却したため、原告は控訴院に上訴した。

争点は、原告がイギリス政府の支配下にあるといえるかどうか、また、仮にそういえるとして、イギリス政府とアメリカ政府の外交関係に関連する事項を裁判所が判断できるかどうか、の 2 点である。控訴院は、原告の請求を認め人身保護令状を発給した。

控訴院 (Neuberger 記録長官の多数意見) の判旨は次の通りである。原告がイギリス政府の支配下にあるかどうかについて、ジュネーブ条約と 2 つの MoU を根拠に人身保護令状の発給が可能となる<sup>324</sup>。

---

<sup>324</sup> Rahmatullah v. Secretary of State for Defence [2011] EWCA Civ 1540, para 26.

原告への統制が外交上の争点に服するかについて、2003MoU が依然として原告に適用される場合、2003MoU が明示的に含んでいる 2 つのジュネーブ条約（捕虜待遇条約と捕虜保護条約）を遵守し、イギリス政府は原告のような人物の送還を要請することができるという結論が補強される。2008MoU の 4 段落によって国際法上の準則が適用され、したがって、両政府が 2 つのジュネーブ条約を遵守することに同意したということは明らかである<sup>325</sup>。

次に外交関係の司法統制に関して、上述の *Abbasi* 事件において、裁判所は外交政策に立ち入ることはできないと判示していた<sup>326</sup>。人身保護令状の発給が外交分野に何らかの問題を引き起こすという主張を支える証拠は、国防省職員（*Parmenter*）の考察の中における、令状の発給は不適切で無駄であると述べた証拠だけである<sup>327</sup>。

本件は人身保護令状の発給が論点であり、*Abbasi* 事件での主張は、司法審査における正当な期待が論点であるため、*Abbasi* を先例としても人身保護令状が発給されるかどうかの示唆を得ることはできない<sup>328</sup>。

このような理由から、控訴院は *Abbasi* 事件を直接の先例としては扱わず、*Rahmatullah* 本人の身柄を法廷に出廷させるために人身保護令状を発給した。

この人身保護令状発給後、英米両政府間で *Rahmatullah* 本人の身柄の引き渡しに関する交渉が行われた。それに関する判決を控訴院が 2012 年に下している。これを次項で扱う。そのため、本件の分析は次項で併せて行う。

## 第2項 *Rahmatullah* 事件控訴院判決（2012）

### (1) 概要

控訴院が人身保護令状発給した後、英米両政府のやりとりの結果、アメリカ政府は *Rahmatullah* 本人をイギリス政府に引き渡すことはなかった。この点について、控訴院は 2012 年 2 月 23 日に判決を下した<sup>329</sup>。

控訴院が人身保護令状を発給したのは 2011 年 12 月 14 日であり、*Rahmatullah* の裁判所への身柄の提出は、12 月 21 日とされていた。人身保護令状発給後、イギリス政府はアメリカ政府に *Rahmatullah* の身柄引き渡しを求めたが拒否された。審理日は 2012 年 1 月 18 日に延

<sup>325</sup> *Id.*, para 36.

<sup>326</sup> *Abbasi*, *supra note* (316), para 106 (iii).

<sup>327</sup> *Rahmatullah*, *supra note* (324), para 47.

<sup>328</sup> *Id.*, para 52.

<sup>329</sup> *Rahmatullah v. Secretary of State for Defence* [2012] EWCA Civ 182（人身保護令状発給後の 2012 年の判決）

期され、同年2月2日に再延期された<sup>330</sup>。Lietzau（アメリカ国防省職員）が2012年2月8日にイギリス政府に宛てた書簡の中で、イギリスではなく原告の母国であるパキスタンに移送するのが適切だと応答した<sup>331</sup>。2月20日の審理で大臣側の弁護士は原告の身柄を提出することはできないけれども、その責任を果たすために十分な応答をアメリカ政府から受けたと述べた。原告は、イギリス政府がアメリカ政府に移送するか否かを直接に肯定・否定で返答するよう問い合わせるべきと主張した<sup>332</sup>。

控訴院は次の通り述べた。アメリカ政府の2月8日の書簡の解釈について、裁判所は慎重に解釈をすべきである。アメリカ当局が原告を拘留し続ける資格があると信じているという事実は原告をイギリス政府へ引き渡すことへの拒否の姿勢を崩していないということである。引き渡しをめぐるさらなる議論に言及する書簡において見解を締めくくっているということは、アメリカ当局がイギリス政府に原告を引き渡す準備をしているであろうという兆候に等しいということではない<sup>333</sup>。仮に原告の主張する通り、アメリカ政府からの書簡の内容に議論の余地があるとしても、国内裁判所が外務省又は国防省に外国政府とのやりとりの方法を指図すべきかどうかには疑問が残るだろう。もし、そのようなことをすれば、先例で言及されてきた裁判所の介入の禁じられた領域に踏み込む危険があるだろう<sup>334</sup>。残念ながら、イギリス軍がアメリカ当局に原告を引き渡した段階で、イギリス軍は将来にわたり原告を保護する能力を手放してしまった<sup>335</sup>。とはいえ、人身保護令状の発給は無意味な行為ではなかった。それは原告を拘束した責任を英政府に説明させ原告を釈放させようとする機能を果たした。本件は（1）裁判所が中心となって、行政が可能な限り拘束されている個人に対して法的義務を果たすこと、（2）国内裁判所の権限の制約がその管轄権外に及ぼすことのできない、また管轄権がアフガニスタンの米軍に及ばないことが明らかにされた事件であった<sup>336</sup>。以上のように控訴院は述べた。

## (2) 分析

Rahmatullah 事件は、イギリス軍がイラクで拘束したパキスタン人を、2003MoUに基づいて米軍に引き渡し、アフガニスタンの米軍基地で10年にわたり拘留が続いたが、アメリカ当局は原告からのテロの脅威はないことを判断したものの釈放されなかった。そのため原

---

<sup>330</sup> *Id.*, paras 2-3.

<sup>331</sup> *Id.*, para 4.

<sup>332</sup> *Id.*, para 6.

<sup>333</sup> *Id.*, para 12.

<sup>334</sup> *Id.*, para 13.

<sup>335</sup> *Id.*, para 16.

<sup>336</sup> *Id.*, para 17.

告が人身保護令状を請求した事件であった。

本件の特徴は、2011年の判決において、1998年人権法に依拠せずに、2003MoU および 2008MoU を根拠に、控訴院が人身保護令状を発給した点にある。このことは、上述の1998年人権法制定以前以後の先例が外交安全保障事項を理由に人身保護令状を発給してこなかったことからすれば特筆すべき事柄である。

人身保護令状の発給によって、英米両政府間の外交に裁判所が踏み込んでいるのではないかという論点が浮上した。コモン・ロー上、裁判所は外交上の論点に踏み込むことはできない。本件で、裁判所は外交に踏み込むものではなく、あくまでイギリス政府に原告に対する統制を及ぼしているかどうかを判断するため、原告を裁判所に出廷させようとしていた。したがって、裁判所は判決文中で何度も、外交は裁判所の「立ち入りが禁じられた領域 (forbidden territory)」であるし、また踏み込むものではないと説明した。とはいえ、「立ち入りの禁じられた領域」である外交に関連して、人身保護令状が発給されれば、実際にイギリス政府はアメリカ政府に原告を引き渡すよう要請することになる。これは外交に関わることである。したがって、いくら裁判所が外交関係に踏み込むものではないと説明しても、裁判所は外交領域についての司法判断を行ったといえる<sup>337</sup>。

2011年に控訴院が立ち入りの禁じられた外交領域に関連する中で人身保護令状を発給した点は、従前の人身保護令状が発給されなかった *Greene* 判決と *Cheblak* 判決、また *Abbasi* 判決と比較すれば、その姿勢を一步前進させたと言える。

### 第3項 Rahmatullah 事件最高裁判決 (2012) <sup>338</sup>

#### (1) 概要

*Rahmatullah* 事件について、原被告ともに最高裁へ上訴した。事実は控訴院と同様であるため省略する。原告は、最高裁にさらなる人身保護令状の発給を求め上訴した。被告国務大臣は、原告に対する統制を及ぼしていないと主張するために上訴した。被告が抑留者を拘束していることが明瞭にわかる場合に、被告はその拘束理由を説明できなければ、人身保護令状が発給されることになる。しかし、本件では、そもそもイギリス政府がアフガニスタンのアメリカ軍基地に抑留されている原告に統制を及ぼしているかどうかを争っている。その

---

<sup>337</sup> この点について、学説の中にも「立ち入りの禁じられた領域の考慮は、イギリスが人身保護令状を遵守するために十分な方法をとったかどうかという論点に固有のものである」と述べているものもある。Eatwell, T., "Selling the Pass, Habeas Corpus, Diplomatic Relations and the Protection of Liberty and Security of Persons Detained Abroad" (2013) 62 ICLQ 727, 735.

<sup>338</sup> *Rahmatullah v. Secretary of State for Defence* [2012] UKSC 48; [2013] 1 A.C. 614; [2012] 3 W.L.R. 1087; [2013] 1 All E.R. 574.



ため最高裁での争点は、原告側が、イギリス政府の原告への統制を及ぼしているか、またアメリカ政府と原告の引き渡し交渉を行う義務を負っていることを立証できるかどうか、という点にある。最高裁は原被告双方の上訴を棄却した。

最高裁（Kerr 裁判官の多数意見）の判旨は次の通りである。

2003MoU の下でイギリス政府はアメリカ政府に原告の引き渡しを求めることができ、ジュネーブ第 4 条約を理由にイギリス政府は原告の引き渡しを要請する継続的義務を負う<sup>339</sup>。拘束者が直接に原告を身体拘束していないという理由で、人身保護令状を利用できなければ、人身保護令状による救済の実効性は縮減される<sup>340</sup>。先例によれば、身体的拘束は人身保護令状にとって不可欠の条件ではない<sup>341</sup>。

裁判所が結論を出すのに不可欠なのは、イギリス政府が原告への統制を得ることができると信じるに足る十分な理由が存在することである<sup>342</sup>。本件控訴院判決は、政府がとるべき外交政策の方法を命じようとしているのではない。むしろ、もし本当に、大臣が原告の身柄を裁判所に提出することを認めるほどの統制を及ぼしていないというなら、原告の拘束に統制を及ぼしているようにみえるだけの統制を有しているかどうか、また政府が人身保護令状に応じて身柄を返還されるほどの統制を及ぼしているかどうかを確かめるように、イギリス政府に要請しているのである<sup>343</sup>。

外交は、裁判所によって「立ち入りを禁じられた領域（forbidden territory）」と説明されてきた<sup>344</sup>。このことは、Abbasi 事件<sup>345</sup>においても確認されているが、Abbasi 事件と本件の争点は異なる。

イギリス政府の要請によって、原告のイギリス当局への送還が認められると信じるに足る十分な理由が存在する。アメリカ軍は締結していた 2003MoU の内容を実行しただけでなく、アメリカ政府はイギリス政府の見解、すなわち、原告がジュネーブ第 4 条約の保護を受ける資格があるという見解に気付いていたに違いないし、そして、そうした説明に基づけば、原告の拘束措置の継続がジュネーブ第 4 条約に違反したと考えた場合、原告の身柄の返還を求める義務をイギリス政府は負っていたということになる<sup>346</sup>。

本件は、アメリカ当局による原告の拘束の適法性を審査しているわけではない。本件

---

<sup>339</sup> *Id.*, para 18.

<sup>340</sup> *Id.*, para 43.

<sup>341</sup> R v. Secretary of State for Home Affairs, ex p O'Brien [1923] 2 KB 361, 398.

<sup>342</sup> Rahmatullah v. Secretary of State for Defence [2012] UKSC 48, *supra note* (338), para 60.

<sup>343</sup> *Id.*, para 63.

<sup>344</sup> *Id.*, para 65.

<sup>345</sup> Abbasi, *supra note* (316), para 106 (iii) per Lord Phillips.

<sup>346</sup> Rahmatullah, *supra note* (338), para 64.

の争点は、原告の帰還を求めようとしないイギリスの不作为が適法かどうかである。人身保護令状による引渡要請は、控訴院判決がイギリス政府に要請したのは、政府が、事実問題として、原告の引渡しという結果を確保することが不可能な理由を示すよう求めているのである<sup>347</sup>。

アメリカ当局は、ジュネーブ第4条約を原告に適用することをイギリス政府が考えていたことに気が付いていたに違いない。それを根拠とすれば、2003MoUが2008MoUに取って代わられているかどうかに関わらず、イギリスが原告の送還を要請してくるとアメリカは予期すべきである。控訴院が本件を検討した当時、同盟国であるアメリカが原告の送還要請を拒否する理由を推定させるだけの理由はなかった。したがって、控訴院は当時利用できた証拠に基づき、原告をイギリスに送還すべきという要請に積極的に応答すると信じるだけの理由が揃っていたという結論となったのは当然であった。したがって、被告国務大臣の上訴を棄却する<sup>348</sup>。

イギリス政府による原告の送還要請に対するアメリカ当局の応答に関連して、アメリカ当局の応答は、原告の釈放要請の拒否としてとらえることはできないし、釈放の確証を得られるかどうかはまだ疑念がある。この疑念が十分に払拭されない限り、原告の引渡交渉が十分になされたとはいえない<sup>349</sup>。

アメリカ当局者が明確に引渡拒否をなげゆえできないかといえ、アメリカ当局は本件控訴院判決を示されていたし、控訴院判決を慎重に検討する十分な時間を与えられていたからである。アメリカ当局者は、控訴院がイギリス当局に原告のコントロール権があると検討したことによく配慮した。この問題への外交上の沈黙は、必ずしもイギリス政府に原告へのコントロール権がないことを示すものではない。この沈黙は、イギリス政府は原告に対するコントロール権を有することができるという見解と一致するものの、外交上、何も言わないままの方が無難という見解とも少なくとも一致している<sup>350</sup>。一方、少数意見（Carnwath 及び Hale 裁判官）は、被告の上訴を棄却しつつ、原告の上訴を認め、さらに人身保護令状の発給を認めるべきとの見解を示した。

## (2) 分析

最高裁は原被告双方の主張を棄却している。結論をどのように解釈すればよいであろう

---

<sup>347</sup> *Id.*, para 70.

<sup>348</sup> *Id.*, para 76.

<sup>349</sup> *Id.*, para 80.

<sup>350</sup> *Id.*, para 83.

か。控訴院の発した人身保護令状に基づき、イギリス政府は1度アメリカ政府と Rahmatullah の引き渡しに関する交渉に入った。しかし、アメリカ政府はイギリス政府に対して Rahmatullah を引き渡さないとまでは明示的な応答をしてはいない。その後、控訴院は人身保護令状の発給を受けたのちの英米両政府間の交渉について、イギリス政府は十分にその責任を果たしたと述べた。その後、最高裁は、第2の人身保護令状の発給を否定したものの、イギリス政府は依然としてアメリカ政府と交渉する義務を負うと判示したと理解できる。また少数意見が第2の人身保護令状を発給すべきと述べた。最高裁の多数意見は、イギリス政府が引き続きアメリカ政府との引渡義務を負うと判断し、少数意見は、2回目の人身保護令状を発給し、イギリス政府に原告の拘束が適法性を説明させるべきと判断した。どちらの立場をとるにせよ、最高裁は、イギリス政府が原告に統制を及ぼしているという立場をとっている。

最高裁が多数意見と少数意見のどちらの見解をとるにせよ、Rahmatullah の引渡しについて、イギリス政府にアメリカ政府との交渉、または人身保護令状における拘束理由の説明を求めている点で、裁判所は1998年人権法制定以前と以後の判例の状況からすると、人身保護令状を発給しなかった Greene 事件と Cheblak 事件、また Abbasi 事件からその立場を改めつつあるといえる。

#### 第4項 Mohammed 事件及び Rahmatullah 事件最高裁判決 (2017) <sup>351</sup>

##### (1) 概要

本件は、イギリス軍がイラクやアフガニスタンで行った原告への拘束と原告を米軍に引き渡したことに對して、原告が現地の法を根拠にイギリス政府に対して損害賠償を求めた3件の併合審理事件である。

第1の事件について、原告 Rahmatullah は上述した Rahmatullah 事件と同一の事件であるため事実関係は省略する。第2の事件について、イギリス軍に拘束され米軍に引き渡されたイラク市民も Rahmatullah 事件と同様の事実を争った（以下、同事件は *Iraqi civilian cases* と呼ばれているためイラク文民事件と記述する）。そして第3の事件について Mohammed はアフガニスタン国民であり、2010年に国際治安支援部隊 (ISAF) として活動していたイギリス軍に拘束され、アフガニスタン当局に引き渡され拘束が続いた。Mohammed はその拘束がアフガニスタンの不法行為法および1998年人権法において違法であると主張している。本節は、特に1998年人権法ではなくコモン・ローに重点を置いているため1998年人権法上

---

<sup>351</sup> Mohammed and Rahmatullah v. Ministry of Defence [2017] UKSC 1; [2017] A.C. 649; [2017] 2 W.L.R. 287; [2017] 3 All E.R. 179

の訴えには言及しない。

争点は、原告らを拘束し米軍およびアフガニスタン当局に引き渡した被告イギリス政府の行為が、コモン・ロー上、違法かどうかに関連して、イギリス政府の行為は司法判断に適合的か否か、司法判断に適合するとして、そして不法行為上の抗弁としての国家行為の法理（Crown act of state）を適用すべきかどうかであった。

3 事件それぞれについて、高等法院は被告の訴えを認めたので、原告らは控訴院に上訴した。控訴院が原告らの訴えを認めたので、被告が最高裁へ上訴した。最高裁は被告の上訴を認めた。

最高裁（Hale 裁判官の多数意見）の判旨は次の通りである。

まず、イギリス政府の決定が司法判断適合的かどうかについて、どこの国の法を適用するにせよ、個人の拘束が違法かどうかの問題は典型的に裁判所の決定する問題であるため、本件を司法判断不適合とする理由はない<sup>352</sup>。また裁判所は関連する専門性を有している。そして本件の決定は、憲法上、国会に対して責任を負い、裁判所の手には委ねることのできない政府の大臣の手の内にある高度な政策の問題とはいえない<sup>353</sup>。

次に、本件が司法判断適合的であるとしても、不法行為法上の抗弁を許容する様々な種類の準則が存在するかどうかである<sup>354</sup>。

イングランドの裁判所が判決を下すことのない外国において行われた政府特有の性質を帯びる行為が存在すると認識し続けることは必要である。証拠を調べ、事実を認定しなければならないのは、係争中の外国での政府の行為がその分類に該当するかどうかを決定するためである。極めて狭い範囲にその分類を限定することも必要である。国家の外交関係上の行為における外国で行った何らかの不法行為の種類を認めたり、承認する機関に全権を与えているはずはない<sup>355</sup>。

国家行為の法理の射程について、Mohammed 事件の状況に適用するかどうか、また Rahmatullah 事件およびイラク市民事件へ、いかに適用するかが問題となる。イギリス政府が許可・承認したからといって、外国領域内で外国人に対して行ったあらゆる不法行為に国家行為の法理を適用することはできない。国王の外交関係上の行為の最中に行われた政府固有の主権的な行為を帯びる行為にのみ、国家行為の法理を適用することができる。イギリス政府が不法行為を許可したり裁可するであろうと想定しても、

---

<sup>352</sup> *Id.*, para 8.

<sup>353</sup> *Id.*

<sup>354</sup> *Id.*, para 22.

<sup>355</sup> *Id.*, para 33.

国家行為の法理を拷問行為に適用することはできないということは、イギリス政府も認めている。一般準則への例外をつくり出すのではなく、当該行為が政府固有のものではないと認めることの方が好ましい。イギリス政府は、他の方法によって外交政策上の目的を達成することもできる<sup>356</sup>。極めて狭い射程の国家行為の法理しか残されていない。

## (2) 分析

本件の要点は、イギリス政府がイラクに諸外国に派兵し現地の外国人を不当に拘束した場合、イギリス政府は不法行為責任を負うかが争われ、事件の性質上、司法判断に適合することを前提に、不法行為の抗弁として国家行為の法理を適用しイギリス政府の不法行為責任を問うことができるかどうかについて、国家行為の法理の射程は極めて狭い範囲に限定されるものの、本件では同法理によってイギリス政府の不法行為責任を問うことはできないとされた点にある。

本件は政府の不法行為責任を認めはしなかったものの、国家行為の法理の射程を狭く限定した点を評価することができる。つまり、本件は国家行為の法理の射程を狭めることによって、イギリス政府の法的責任が問われない範囲を狭めたことになるからである。このことは、将来的にイギリス政府の不法行為による法的責任の有無が争われた場合に、一定の事件においては、裁判所が政府の不法行為責任を認める可能性を示唆している。

このように国家行為の法理の射程を狭めることは、原告が、被告政府の法的責任を争うことができるようになり、常に国家行為の法理の下で、救済を拒否されるものではないということを示唆している。

## 第5項 Belhaj 事件及び Rahmatullah 事件最高裁判決（2017）

Rahmatullah 事件はその後、別の訴訟ではかの関連事件（Belhaj 事件）と併合審理された<sup>357</sup>。ここで扱う事件は、人身の保護自体を求めている事件ではなく、人身の自由を侵害されたことを理由とする損害賠償請求訴訟である。本件の争点は、イギリス政府と共謀した諸外国政府の原告に対する行為が、その法的責任の発生を妨げる外国の国家行為（foreign act of state）に該当するかどうかであった。

<sup>356</sup> *Id.*, para 36.

<sup>357</sup> *Belhaj v. Straw, Rahmatullah v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 3; [2017] A.C. 964; [2017] 2 W.L.R. 456; [2017] 3 All E.R. 337. この Belhaj 最高裁判決と同時に、イギリス軍が国外で行った行為の 1998 年人権法違反に関連する判決（*Serdar Mohammed v. Ministry of Defence* [2017] UKSC 2; [2017] A.C. 821; [2017] 2 W.L.R. 327; [2017] 3 All E.R. 215）が下されている。本稿はコモン・ローを検討対象としているので、2017 年 2 番事件をここでは扱わない。

## (1) 概要

Belhaj 事件の原告である Belhaj とその妻 Boudchar はリビア人でカダフィ大佐とその妻の敵対者であった（以下、Belhaj、または原告と示す）。Belhaj らは、2004 年 2 月または 3 月に飛行機で北京からロンドンへビジネスで向かおうとしたとき、中国当局によってクアラルンプールへ送還され、そこで拘束された。イギリス秘密情報部 MI6 は Belhaj らの拘束の事実を把握し、2004 年 3 月 1 日にリビア情報部に Belhaj らの所在を記した報告書を送信した。その報告書には同夫妻がリビアへの反抗計画の進行を指導していると示されていた。Belhaj らはまずクアラルンプールでマレーシア当局者に違法に拘束され、その後、リビアに Belhaj らを移送するアメリカ政府の航空機に乗せられた。リビアに到着後、妻は 2004 年 6 月 21 日まで、Belhaj は 2010 年 3 月 23 日まで拘束され続けた<sup>358</sup>。

Belhaj は不当監禁、人身に対する不法侵害、傷害ないし違法な方法を用いることの共謀、公務員の職権濫用そしてネグリジェンスの訴えをイギリス政府に対して提起した<sup>359</sup>。高等法院は被告（本件上訴人 Jack Straw（国務大臣））の主張する国家免責の訴えを棄却し、国家行為の法理の抗弁は認められた。控訴院は高等法院と同じく国家免責の訴えを棄却し、国家行為の法理の抗弁には一定の制約が課され、本件被告の行為はその一定の制約に服するという理由で被告の主張を認めなかった。そこで被告は最高裁へ上訴した。

Rahmatullah 事件についての事実関係は上述したので省略する。Rahmatullah は Belhaj の主張に加えて暴行と拷問の訴えを加え、被告国防省（本件上訴人）に訴えを提起している。高等法院は、被告による国家免責の法理と国家行為の法理の主張を認めなかった。被告は控訴院に上訴したが棄却されたため、最高裁へ上訴した。

争点は、イギリス政府が外国政府と共謀して原告に対して行った行為に、外国の国家行為の法理を適用し、イギリス政府の原告に対する不法行為の共謀を否定すべきかどうかであった。最高裁は被告の上訴を棄却した。

Neuberger 裁判官（多数意見、Wilson、Hale、Clarke 各裁判官が同意）の判旨は次の通りである<sup>360</sup>。

<sup>358</sup> Belhaj v. Straw, Rahmatullah v. Ministry of Defence [2017] UKSC 3, para 1.

<sup>359</sup> *Id.*, para 6.

<sup>360</sup> 最高裁の公表している本件のプレス・サマリーにおいて、Mance 裁判官が多数意見を述べたとの記載がある。しかし、Neuberger 裁判官の意見には、Wilson, Hale, Clarke 各裁判官の 3 名が同意しているため、多数意見を述べたのは Neuberger 裁判官であると捉えることができる。そのため本稿は Neuberger 裁判官の意見を多数意見とする。なお、Hale および Clarke 両裁判官は、Neuberger 裁判官と Mance 裁判官の意見が結論と理由付けが実質的には同じものとの意見を添えている。

外国の国家行為の法理（foreign act of state）には4種類の準則が存在する（4つ目の準則は本件には関連しないため省略する）。準則①「この国の裁判所は外国の領域内で実施され、または効力を有する何らかの行為に関する外国の立法またはほかの法令の効果を認識はするが、争うことはない<sup>361</sup>」。準則②「この国の裁判所は外国の領域内で実施され、または効力を有する何らかの行為に関する外国の行政部の行為の効果を承認はするが、争うことはない<sup>362</sup>」。準則③「この国の裁判所は主権国家間のやりとり（dealings）を解釈し争うことはない<sup>363</sup>」。

先例から、これらの準則①、②そして③は財産権に対して適用されてきた<sup>364</sup>。準則①②③の外国の国家行為の法理の特徴は、準則①と②は国際私法上の一般原理であり、準則③は司法的自己抑制（judicial self-restraint）に基づいている点である<sup>365</sup>。外国の国家行為の法理には、公序（public policy）、人身傷害（Injury to the person）、領域（territoriality）という3つの適用上の制約事由がある。

続けて Neuberger 裁判官はこの3つの制約事由に着目し判旨を次のように続けた。

第1の「公序」について、準則①は、外国の立法が公序という基本的な原理と矛盾する場合には認識されないという例外に服する<sup>366</sup>。国家行為の法理にこの例外を適用すべき状況は、結局、国内法の考慮次第であるが、国際法規範も決定的な役割を果たしうる<sup>367</sup>。先例において言及されたイギリス法上の公序は、本件争点が究極的には国内法準則の考慮によって判断されるという観念を支えている<sup>368</sup>。準則②・③も公序に服しうる<sup>369</sup>。

第2の「人身傷害」について、今までのイギリスの判例の中に財産に関する違法行為とは反対に、人身に関連する違法行為についての議論はなされてこなかった<sup>370</sup>。第3の「領域」について、先例に関連する限り、準則①・②・③は当事国の領域内の行為に関連する場合にのみ適用されてきた<sup>371</sup>。

少なくとも、利用可能な証拠に基づく限り、Belhaj の訴えている行為は準則③には該当しない。2か国以上の国の公務員が作戦実施に協力しているという単なる事実は、仮に、その作戦が国内法上に訴えを生じさせるといわれる場合であっても、準則③に頼る

<sup>361</sup> Belhaj, *supra note* (358), para 121.

<sup>362</sup> *Id.*, para 122.

<sup>363</sup> *Id.*, para 123.

<sup>364</sup> *Id.*, paras 125-8.

<sup>365</sup> *Id.*, paras 150-1.

<sup>366</sup> *Id.*, para 153.

<sup>367</sup> *Id.*, para 154.

<sup>368</sup> *Id.*

<sup>369</sup> *Id.*, paras 156-7.

<sup>370</sup> *Id.*, para 158.

<sup>371</sup> *Id.*, para 163.

ことができるということを意味しているのではない。もしそんなことをすれば、法の支配に害悪を及ぼすであろう<sup>372</sup>。

たとえ準則③が適用されても、原告が拘束され、拉致され、拷問を受けたということを前提とすれば、公序という例外に該当するだろう<sup>373</sup>。準則③が適用されないということを考慮するならば、外国の国家行為の法理が **Belhaj** に対して依拠することができないことは明らかだと考える<sup>374</sup>。

翻って、**Rahmatullah** 事件については少し微妙である。アメリカ当局による **Rahmatullah** への取り扱いはアメリカの管轄権内で行われたとみなすべきとは私には思われない。なぜなら、それはアフガニスタンの管轄権内で行われたからである。このこととは別に、**Rahmatullah** の主張は身体的・精神的傷害に関連する。よって、準則②も関連しない<sup>375</sup>。

被告が英米両政府間の MoU にしたがって行為していたので、**Belhaj** 事件とは違い、準則③が関連するという主張は存在する。しかし、準則③は **Rahmatullah** には適用しないという結論に達した。MoU の存在とその条件は、違法な拘束と不当な取り扱いの共謀であるという主張を生じさせないからである<sup>376</sup>。

いずれにせよ、共謀関係があるとの主張が成り立たないということは誤りであり、準則③が関連しても、**Rahmatullah** は公序の例外に依拠することができる。裁判所の審理なく、10年も拘束され、重大な不当な取り扱いを受けていたということは、その彼の権利への非道な干渉と、拘束の続いた長さを考えれば、**Rahmatullah** が公序の例外を受ける十分な理由となる<sup>377</sup>。

以上の通り、最高裁は、被告イギリス政府に準則①・②・③の外国の国家行為の法理を適用せずに、事実審に差し戻した<sup>378</sup>。

## (2) **Belhaj** 事件最高裁判決における外国の国家行為の法理と司法判断適合性

多数意見を述べた **Neuberger** 裁判官と同様の結論に達した **Mance** 裁判官、**Sumption** 裁判官も詳細に判決理由を示した。各裁判官は、外国の国家行為の法理に関連して、司法判断不適合のカテゴリーを示す 2014 年の **Shergill** 事件最高裁判決を引き合いに出す。**Shergill** 判決

<sup>372</sup> *Id.*, para 167.

<sup>373</sup> *Id.*, para 168.

<sup>374</sup> *Id.*, para 169.

<sup>375</sup> *Id.*, para 170.

<sup>376</sup> *Id.*, para 171.

<sup>377</sup> *Id.*, para 172.

<sup>378</sup> なお、BBC が伝えるところによれば、イギリス政府は本件最高裁判決後、2018 年 5 月 10 日に **Belhaj** に公的書簡で謝罪を行い、50 万ポンドの補償を支払うと表明した。<https://www.bbc.com/news/uk-44070304> (2019 年 12 月 23 日確認)



で共同執筆の多数意見を述べた Neuberger、Sumption そして Hodge 各裁判官（Mance・Clarke 両裁判官同意意見）は、次のように述べた。

「イギリス法には、本案をめぐる争点に裁判所が判断を下すことをできないようにする多くの準則が存在している。国家免責のような準則は管轄権からの免脱を認めている。国家行為の法理のような準則は一定の行為について一定の人物の法的責任を免じている。外国の罰則、租税、または公法に関する法令の執行に対する準則や、外国領土に対してイギリスの裁判所が決定を行うことに非常に批判的な準則は、イギリスの裁判所の権能や、イギリスの裁判所の認識する外国国家における権能の領域的制約に依存している。適切に言えば、司法判断不適合性という用語はそれらとは異なるものに言及している。司法判断不適合性が言及しているのは、争点が主題のみを理由に、本来的に司法的に決定することのできないといわれている事案のことである。そうした事案は一般に2つのカテゴリーの1つに該当する<sup>379</sup>」。

「第1のカテゴリーは、争点が我々の権力分立の概念のもとで裁判所に付与されている憲法上の権能を超えている事案からなる。このカテゴリーにあてはまる事案はあまりないが、そうあるべきである。なぜなら、これは裁判を拒否する結果となるからであり、それはコモン・ローまたは欧州人権条約6条〔公正な裁判を受ける権利〕のどちらにおいても、ごく例外的にしか正当化できないのである。典型的な事案は外国国家との一定の交渉、あるいは国会における手続についての司法判断不適合である<sup>380</sup>」。

「第2のカテゴリーの事案の根拠は全くことになっている。それは私法上の法的権利または義務、公法上の審査可能な事項のどちらにも基づかない訴えまたは抗弁である。例えば、家事紛争、当事者間において法的関係を変動させる意図がないやり取り、そして国際法上の争点であって原告の私法上の権利または公法上の審査可能な論点に関わらない争点などである<sup>381</sup>」。

最高裁は、このように司法判断不適合となるカテゴリーとして、イギリスの権力分立の概念の下で、裁判所に権能の付与されていない事柄と、私法上の法的権利または義務、公法上

---

<sup>379</sup> Shergill v. Khaira [2014] UKSC 33; [2015] A.C. 359; [2014] 3 W.L.R. 1; [2014] 3 All E.R. 243, para 41.

<sup>380</sup> *Id.*, para 42.

<sup>381</sup> *Id.*, para 43.

の審査可能な事項のどちらにも基づかない国際法上の論点を内在している場合を挙げている。

Belhaj 最高裁判決は特に第 1 のカテゴリーについて、Belhaj 事件における人身の自由の制限と拷問行為<sup>382</sup>について、外国の国家行為の法理に対する公序の適用の具体例として示し<sup>383</sup>、諸外国政府と共謀し原告に拉致・拷問を加えたイギリス政府の行為に外国の国家行為の法理を適用しなかった。

また 2017 年の Belhaj 事件最高裁判決と同日に判決され、外国の国家行為ではなく、国家行為（Crown act of state）の法理のイギリス政府に対する適用の有無が争われた上述の Rahmatullah 事件最高裁判決において、国家行為の法理が、受刑者や被拘束者に対する虐待には適用されるはずがないということをイギリス政府は認めている<sup>384</sup>、と Hale 裁判官は述べた。また Sumption 裁判官は、拷問や虐待を許可または許容するイギリス政府の決定は、イギリス国内法の問題としては、国王大権の適法な行使とはならないであろう<sup>385</sup>、と述べた。

### (3) 分析—司法判断不適合性とコモン・ロー上の基本的人権としての司法アクセス権

本件 Belhaj 事件および Rahmatullah 事件では、イギリスの秘密情報部 MI6 が立案した作戦を諸外国政府が行った結果、原告らが人身の自由を制限され、また拷問を受けたことを理由に、イギリスの裁判所に損害賠償請求訴訟を提起し、イギリスを含む諸外国政府の行為に外国の国家行為の法理を適用すべきかを争った。最高裁は同法理を適用しなかった。

Belhaj 事件の第 1 の特徴は、司法アクセス権と人身の自由・拷問の禁止という 2 種類のコモン・ロー上の基本的人権が関連するという点にある。本稿は特にコモン・ロー上の司法アクセス権を論じる。

すでに引用したように、司法判断不適合性のカテゴリーには 2 種類あり、Belhaj 事件はそのうち第 1 のカテゴリーに関連する。

---

<sup>382</sup> Belhaj 事件最高裁判決において、各裁判官は、人身の自由の制限や拷問行為を、コモン・ローの認識する基本的権利（fundamental rights）、または基本的人権（fundamental human rights）の侵害として認めている。これが、外国の国家行為の法理の適用範囲を狭めた理由となっている。本稿は、コモン・ロー上の司法アクセス権を中心に扱っているため、ここでの人身の自由や拷問の禁止に関するコモン・ロー上の基本的人権への言及は控え、終章のコモン・ロー上の基本的人権に触れる際に言及する。

<sup>383</sup> Belhaj, *supra note* (358), para 89 per Lord Mance and para 248 per Lord Sumption.

<sup>384</sup> Mohammed and Rahmatullah v. Ministry of Defence [2017] UKSC 1, *supra note* (351), para 36.

<sup>385</sup> *Id.*, para 96.

「第1のカテゴリーは、争点が我々の権力分立の概念のもとで裁判所に付与されている憲法上の権能を超えている事案からなる。このカテゴリーにあてはまる事案はあまりないが、そうあるべきである。なぜなら、これは裁判を拒否する結果となるからであり、それはコモン・ローまたは欧州人権条約6条〔公正な裁判を受ける権利〕のどちらにおいても、ごく例外的にしか正当化できないのである。典型的な事案は外国国家との一定の交渉、あるいは国会における手続についての司法判断不適合である<sup>386</sup>」。

このように *Shergill* 事件最高裁判決は述べていた。本件 *Belhaj* 事件はまさに司法判断不適合かどうかに関連する事案であり、司法判断不適合となれば、裁判を拒否する結果となり、コモン・ロー（または人権条約6条）において例外的にしか正当化できない。外交安全保障事項に関する事案とはいえ、コモン・ローが裁判の拒否を認めてしまえば、侵害された自由や基本権を裁判所において争うことはできず、法の支配を損ねることになりかねない。そのため、*Belhaj* 事件最高裁判決は、まずコモン・ロー上の司法アクセス権に関連する事件といえる。まず紛争が裁判所において審理される必要があるからである。

*Belhaj* 事件において、イギリス政府はコモン・ロー上の不法行為が争われる中で外国の国家行為の法理を理由に、その行為の違法性が裁判所によって判断されるべきではないと主張した。裁判所は外国の国家行為の法理を検討しながら、本件に当該法理を適用すべきではないと判示した<sup>387</sup>。その理由は、本件が単に財産権の侵害ではなく、人身の自由の制約や拷問という著しい侵害を及ぼしていたからである。繰り返しになるが、

「国家行為とは、他の国家またはその国民との関係の中で国王の行使する国際関係分野における国王大権上の政策の実行である。典型的な国家行為は条約を締結・履行し、外国の領域の併合、征服による土地または財産の接收、戦争の宣言、そして封鎖である。戦時における適性外国人の拘束またはその送還は国家行為とみなしうる<sup>388</sup>」。

---

<sup>386</sup> *Shergill*, *supra* note (379), para 42.

<sup>387</sup> ただし、イギリス政府が *Rahmatullah* を拘束したことの違法性が争われた *Rahmatullah* 事件において、イギリス政府は国家行為の法理によって抗弁を行い、裁判所は政府の主張を認めた。だが、*Neuberger* 裁判官は、本件の争点について裁判所は情報や専門性を欠いているわけではないとの見解を示している。 *Rahmatullah and Mohammed supra* note (351), para 104.

<sup>388</sup> *Halsbury's Laws of England*, Vol. 20 Constitutional and Administrative Law (2014) para 173.

この国家行為は、政府の不法行為の抗弁と捉えられてきた。だがその定義や判例法上の適用は必ずしも明確にはされてこなかった。本件の意義は、たとえ国家行為といえども、まったく法的責任が生じないというわけではない点にある。人身の自由や拷問の禁止という、裁判所がコモン・ロー上の基本的人権と認識する法益に対する著しい侵害が存在しているにもかかわらず、外国の国家行為の法理を適用することは、公正な審理を行う裁判所を利用することができるコモン・ロー上の基本的人権としての司法アクセス権の制限といえる。それは、外国の国家行為の法理が極めて例外的状況においてのみ適用されるべきとの見解と一致するものである。

## 第5節 学説

### 第1項 外交安全保障に関する国王大権のコモン・ロー上の統制に関する学説

学説は、以上のような判例の展開をどのように評価しているであろうか。まず、外交安全保障に関する国王大権のコモン・ロー上の統制に関する全体的な傾向を論じた学説を見ておこう。

#### (1) Dominic McGoldrick

McGoldrick は、イギリスの裁判所における外交関係や国際公法に関連する判例において主張される司法判断適合性を検討した<sup>389</sup>。概要は次の通りである。イギリスにおける国王大権は、以前は司法判断に馴染まないと判示されてきたが、現在では司法判断適合的だとみなすようになっている<sup>390</sup>。司法判断適合性の原理は、イギリス裁判所の中で、様々なカテゴリーへの適用を減らそうとする方向に進展し続けている。司法審査は本来的に審査不可能とされてきた権限にまで司法審査を及ぼすに至っている。司法審査の射程はほとんど司法判断不適合とされてきた国王大権の隙間にまで推し進められてきている。司法審査の基準は一層明確になり、そしてそうなるよう要請されている<sup>391</sup>。イギリスの裁判所が審査できない政府の行為のカテゴリーは劇的に減少している。行政の行為や決定に関する現代の判例法の傾向は、司法判断不適合性ではなく、関連機関の権能や変動する敬讓の程度に傾いてきている<sup>392</sup>。

<sup>389</sup> McGoldrick, D., “The Boundaries of Justiciability” (2010) 59 ICLQ 981.

<sup>390</sup> *Id.*, 987.

<sup>391</sup> *Id.*, 1015.

<sup>392</sup> *Id.*, 1018.

## (2) Lord Mance

最高裁裁判官であった Lord Mance は“Justiciability”と題する論文の中で、国王大権の下で行われる外交関係領域における司法判断適合性について検討した<sup>393</sup>。概要は次の通りである。近年の判例を検討したうえで、裁判所は民事訴訟と公法訴訟について司法判断をすることができるし、またすべきであり、司法判断不適合性（または **no go area**）の法理に依拠する必要性も適切性もない<sup>394</sup>。欧州人権条約が国内裁判所にこうした分野への介入を要請しているときに、生命と自由に対する権利、そして不当な取り扱いからの自由に関連する分野におけるコモン・ロー上の自制の原則への信頼も減少している<sup>395</sup>。コモン・ローの思考の中から政治問題の法理（**The political question doctrine**）は、姿を消しつつある<sup>396</sup>。それぞれの紛争が本案によってアプローチされなければならない、具体的争点が本当に司法判断に不適合か、また裁量問題について司法審査という救済方法を認めるべきかどうかを判断するあらゆる関連要素を鑑みるという、一層微妙な認識に移行しつつある<sup>397</sup>。司法審査の密度は、元々の決定者の制度的権限と専門性と比較して、元々の決定の審査を求められている裁判所の制度上の権能と専門性を常に反映するべきという一層の認識によって促進されるだろう、と結論付けた<sup>398</sup>。

## (3) まとめ

上述の学説は次のようにまとめることができる。近年、司法判断不適合性の判断が一律ではなく、個別の事例ごとに行われるようになりつつある。また、たとえ政治的性質を有する紛争であっても司法判断が及ぶ場合もある。このように司法判断不適合性を理由に、裁判所が司法判断を回避する傾向は減少しつつある。このように学説は一律に司法判断適合性を理由に司法判断を控えるのではなく、個別の具体的な紛争の性質を見極めたうえで、司法判断を下すべきだとしている。上述の 1998 年人権法制定前後、そしてコモン・ローの自律性の主張されるようになった 2010 年ごろを境とする判例法の展開は、上述の学説に対応しているといえる。

---

<sup>393</sup> Mance, L., “Justiciability” (2018) 67 ICLQ 739.

<sup>394</sup> *Id.*, 756.

<sup>395</sup> *Id.*

<sup>396</sup> *Id.*

<sup>397</sup> *Id.*

<sup>398</sup> *Id.*

## 第2項 Belhaj 事件および Rahmatullah 事件の最高裁判決に関する学説

次に、第2章で扱った Belhaj 事件および Rahmatullah 事件の最高裁判決に関する学説を概観し、本稿の主張の根拠として重要視する判例の位置づけを明らかにする。

### (1) Andrew Sanger<sup>399</sup>

Belhaj 事件最高裁判決について、Mance、Neuberger、Sumption 各裁判官の意見のなかで、イギリスの裁判所は外国で外国政府によって行われた一定の国家行為に司法判断を及ぼさないとするコモン・ロー上の司法判断不適合性または司法的自制について、外国の国家行為の法理は、国際法によって要求されているのではなく、当該法理は国家間の礼讓と憲法上の権力分立に影響を及ぼしていることを最高裁裁判官は認めた<sup>400</sup>。軍事紛争における拘束は外国の国家行為の法理に該当することもあるが、恣意的な拘束や不当な取り扱いは、特に「個人の基本権の侵害の性質と重大性」を鑑みれば、「司法の抑制を要求するものともこれまで認識されてきた行為を超えている」<sup>401</sup>という一節を引用<sup>402</sup>しながら、イギリスの裁判所は、イギリス政府の外国との拷問行為の共謀に対して、外国の国家行為法理を適用することについて司法判断を及ぼすことができる点を評価している。Belhaj 最高裁判決が、注目すべきで進歩的な (progressive) 判決である理由は、外国の国家行為法理の理由付けを拡大し、その論理が緻密だからというだけではなく、イギリス政府に、イギリスの裁判所は人権の侵害を説明させることに消極的ではないという信号を発しているからである<sup>403</sup>。

### (2) Ewan Smith<sup>404</sup>

Belhaj 事件最高裁判決と Rahmatullah 事件最高裁判決 (2017) の判例評釈の中で、両判決は、外交をめぐる権力分立の最も詳細な説明を提供している<sup>405</sup>。最高裁は、イギリスの裁判所が外国の領域内で外国の立法行為を尊重するという点には全員一致で同意している。その準則は外国の方が関連しないのでは本件には影響を及ぼさない。しかし、最高裁は行政の行為にこのアプローチを適用することには同意しない。Neuberger 裁判官は、これは政府の領域内での財産への適法な干渉に限定されるイギリス法上の準則であると考えた。個人

---

<sup>399</sup> Sanger, A., “UK Government Cannot Hide from Complicity in Human Rights Abuses” (2017) 76 CLJ 223. Sanger は Cambridge University の Lecturer.

<sup>400</sup> *Id.*, 225.

<sup>401</sup> Belhaj, *supra note* (358), para 97 per Lord Mance.

<sup>402</sup> Sanger, *supra note* (399), 225.

<sup>403</sup> *Id.*, 227.

<sup>404</sup> Smith, E., “Acts of State in Belhaj and Rahmatullah” (2018) 134 LQR 20.

<sup>405</sup> *Id.*

の権利または人権への干渉には及ばない。ゆえに、本件に同法理が影響を及ぼすことはなかった<sup>406</sup>。両判決は、外交における権力分立と外交政策の司法的監視の控えめな一歩を踏み出している (mark a modest step) <sup>407</sup>。

(3) Satvinder Juss<sup>408</sup>

Belhaj 最高裁判決の評釈の中で、まず 2013 年の本件高等法院判決の Simon 裁判官は、原告が拘束されていたと主張する場所、また移送されたと主張する場所はイギリスの統制下にはなかったという理由で原告の主張を棄却する厳格なアプローチを採ったと指摘される<sup>409</sup>。次に、外国の国家行為の法理に関連して Shergill 事件最高裁判決に触れ、同判決のなかで、司法判断適合性の概念は、ある争点が「その主題のみを理由に司法判断に本来的に馴染まないといわれている紛争にどのように言及しているかを説明した<sup>410</sup>」。そうした紛争は、2つの分類のうちの1つに一般には限定されまた該当してきた。第1の分類は、争点が我々の権力分立の概念のもとで裁判所に付与されている憲法上の権能を超えている場合である。そこで「挙げられている司法判断不適合の典型となる紛争は、外国国家の一定の取引や国会内での手続である<sup>411</sup>」。第2の分類は、「原告の私的な権利や審査可能な公法上の問題が関連しない国際法上の論点<sup>412</sup>」である場合である。

外国の国家行為の法理（の適用）が司法判断適合性によって判断されるところに、同法理への明確な批判があらわれている<sup>413</sup>。Belhaj 事件で提起された論点は、国家間の紛争の外で、国家行為の法理が国家による拷問行為のような基本的な人権の侵害に主張できるかどうかを問うていることから、時宜を得た論点であった<sup>414</sup>。最高裁はその論点に語気を強め明確な回答を（Belhaj 事件において）与えた<sup>415</sup>。

（多数意見に同意する）Sumption 裁判官によれば、「外国の国家行為の法理の目的は、外国の国家行為の適法性または有効性への訴えを取り除くことにあるが、当事国たるイギリスを本件において行為した役割から生じる法的責任から守るものではない<sup>416</sup>」。続けて、

---

<sup>406</sup> *Id.*, 22.

<sup>407</sup> *Id.*, 26.

<sup>408</sup> Juss, SS., “Belhaj, Justiciability and the Silhouette-Like Act of State Doctrine in Tolerating Torture” [2019] PL 16. Juss は University College London の人権法の教授

<sup>409</sup> *Id.*, 18.

<sup>410</sup> *Id.*, 19.

<sup>411</sup> *Id.*, 19.

<sup>412</sup> Shergill, *supra* note (379), paras 41-43.

<sup>413</sup> Juss, *supra* note (408), 21.

<sup>414</sup> *Id.*, 23.

<sup>415</sup> *Id.*, 23.

<sup>416</sup> Belhaj, *supra* note (358), para 266.

Sumption 裁判官の「外国国家による拷問行為の共謀の民事責任の主張に対する外国の国家行為の法理を適用することは、イギリスの裁判所により運営される正義という根本的な要請に反するものとなるであろう<sup>417</sup>」という見解を引用した<sup>418</sup>。Sumption 裁判官がそうした見解を採った理由として、「外国の主権国家の自律性の尊重が拷問への関与にまで拡張することができないのは、それぞれの主権国家が対世的義務（*erga omnes*）に拘束され、国家の政策や国際的な政策の方法としての自律性を放棄し、そして拷問のような行為の抑止への参加を自ら放棄することになるからである<sup>419</sup>」。

#### (4) まとめ

Belhaj 事件に関連する評釈や論文は、いずれも外国政府と共謀したイギリス政府の人身の自由の侵害と拷問の関与に対して、外国の国家行為の法理を適用するかについて、裁判所の職務が、コモン・ロー上の基本的人権の侵害が生じている場合、特にその性質と度合いによって介入しうるものとなっていることを評価している。

#### 第6節 Robinson 事件最高裁判決と Belhaj 事件最高裁判決との比較とその共通点

ここでは、法の支配の平等原則に関して、裁判所がどのような見解を有し、実際のコモン・ローの適用解釈をどう展開しているのかを明らかにするために、前章において Hill 事件の法理を廃止した Robinson 事件最高裁判決と外国の国家行為の法理の射程範囲を狭めた Belhaj 事件最高裁判決の共通点を明らかにする。

まず、警察のネグリジェンス責任における注意義務に関する判例法の展開を扱う。少なくとも 1980/90 年代から、イギリスにおける司法アクセス権は、少なからず、欧州人権条約と欧州人権裁判所の判例の影響を受けており、またコモン・ローの再燃が、基本的にはコモン・ローを基調としつつ、必要に応じて人権条約上の権利が補うものと定義されることは「序論」で述べた。

Hill 事件の法理について、Osman 事件欧州人権裁判所判決において、1 度、公正な裁判を受ける権利を規定する人権条約 6 条に違反すると判示された。Osman 判決直後の、Barrett 事件貴族院判決において Browne-Wilkinson 裁判官が、Osman 人権裁判所判決の注意義務を課すことが公平、公正、合理性かどうかという判断に起因する Hill 事件の法理への批判が妥当かどうかという点である。たしかに、特定の被害者との関係において警察に注意義務を課

---

<sup>417</sup> *Id.*, para 262.

<sup>418</sup> Juss, *supra note* (408), 24.

<sup>419</sup> Belhaj, *supra note* (358), para 262.



すことと、一律に警察のネグリジェンス責任を否定することは異なる。その理由から、Osman 判決後の Z 欧州人権裁判所判決において、人権裁判所は Osman 判決における実体判断において警察の活動を否定する Hill 事件の法理は人権条約 6 条の違反となる免責法理ではないと見解を改めた。とはいえ、その Z 判決以降も、イギリス国内裁判所において、Hill 事件の法理は、警察が直接の加害者ではない第三者責任または不作為不法行為責任の事案から、作為ないし作為に相当する事案にまで適用されるようになっていった。第 2 章の末尾の「小括」でも示した通り、2005 年の犯罪被害者への不当な取り扱いの違法性が争われた Brooks 事件において、Hill 事件の法理が適用されたことは、Hill 事件の法理の不当な適用と評価できる。そのことは 2008 年の Smith v. Chief Constable of Sussex Police において、Phillips、Carswell、Brown 各裁判官が、Hill 事件の法理の適用を躊躇していたことから分かる。裁判官の中には、Hill 事件の法理を適切ではない事件にまで適用し、そのことが原告の訴えを妨げていることを認識していた裁判官もいたのである。これは貴族院が適切な範囲で Hill 事件の法理を適用せず、その射程を拡大してしまったことを示唆していた。実際に、学説も Hill 事件の法理の適用範囲の拡大を批判していた。

こうした Hill 事件の法理の適用範囲が不当に拡大すればするほど、警察活動において争われる法的責任の範囲は小さくなる。そうすれば、警察の権限行使に対する法的統制も小さくなる。裁判所の職務が、コモン・ローの形成、制定法の適用解釈であり、警察を含む公的機関の権限行使が、コモン・ローと制定法に則り行われるよう確保する必要性からすれば、Hill 事件の法理の適用範囲の不当な拡大は、公正な裁判所によってはなされるはずのない判例の展開であった。したがって、公正な審理を行う裁判所を利用できるという司法アクセス権の侵害といえる。その理由は、Hill 事件の法理が、本来適用されるべきではなかった Brooks 事件や Smith 事件にまで適用されていたからである。

Osman 判決以降、児童福祉行政、軍隊、バリスター、専門家証人といった警察以外のネグリジェンス責任における注意義務を否定されてきた分野において、注意義務を不発生とする法理は、緩和ないし廃止されてきている。

その後、Robinson 事件において、最高裁は、警察を含めた公的機関が不法行為責任を免れることはないという前提から出発し、Hill 事件の法理を廃止しつつ、原告の訴えを認めた。警察といえどもネグリジェンス責任を免れるものではなく、Hill 事件の法理を廃止したことによって、原告の訴えは常に棄却される可能性はなくなった。

上述の通り、原告の訴えが、警察の作為に関連するものであっても、Hill 事件の法理が範囲を拡大して適用された結果は、原告の司法アクセス権を侵害しているといえる。

一方、Belhaj 事件最高裁判決の特徴は、イギリスの秘密情報部 MI6 が立案した作戦を諸外国政府が行った結果、原告らが拘束されたことを理由にイギリスの裁判所に損害賠償請求訴訟が提起され、イギリス政府を含む諸外国政府の行為に、司法判断不適合の性質を持つ外国の国家行為の法理が適用されるかが争われ、最高裁は人身の自由の制限と拷問を理由に、同法理の適用範囲を狭めて、本件に適用しなかった点にある。

この2件とそれまでの判例の展開の共通点は何であろうか。それはまず、いずれの場合でも形成されてきた法理が、被告の法的責任の発生を妨げる法理であること、次に、Robinson 事件最高裁判決において Hill 事件の法理が廃止され、Belhaj 事件最高裁判決において外国の国家行為の法理の適用範囲が狭められたという点に関して、被告の活動を法的に免責してしまうような法理を廃止、または適用範囲を狭めているということである。

しかし、その後も Hill 事件の法理は存続し、Brooks 事件や Smith v. Chief Constable of Sussex Police 事件という警察の作為や杜撰な捜査活動に関する事件にまで適用されていった。これは、Hill 事件の適正な適用範囲を逸脱しているといえる。現に、Smith v. Chief Constable of Sussex Police 事件において、Phillips、Carswell、Brown 各裁判官は、Hill 事件の法理の適用を躊躇していた。

このように2判決に至る判例の展開は、司法アクセス権を制限する法的状況を示していたが、現在において Hill 事件の法理は廃止され、また外国の国家行為の法理の適用範囲も狭められていることから、裁判所に公正な裁判を求める原告の司法アクセス権を、裁判所がそれぞれの判例の展開の中で認めてきているといえる。

## 第7節 小括

外交安全保障事項に関する紛争について、1998年人権法制定以前、1998年人権法制定後、そして2010年代の大きく3つの時期区分によって判例法の展開をつかむことができた。1998年人権法制定以前について、Greene 事件と Cheblak 事件から明らかのように、裁判所は外交安全保障事項という紛争の性質から、被告の人身の自由の制約行為を違法とは判示してこなかった。1998年人権法制定以後について、Abbasi 事件ではイギリス政府が原告を拘束しているアメリカ政府と釈放の交渉を行うことには外交関係上の一定の限界があるという理由から、裁判所は原告の司法審査請求を棄却した。このように、1998年人権法制定後であっても、外交安全保障事項に関する国王大権の行使をめぐる紛争について、裁判所は1998年人権法以前の姿勢を踏襲し、司法判断不適合なものとして積極的な司法判断を控えてきた。

2010年ごろを境にその姿勢には変化が生じた。アフガニスタンの米軍基地で抑留されていた原告の人身保護令状の請求のあった **Rahmatullah** 事件（2011年）において、控訴院は外交安全保障事項に関わる紛争でありながら人身保護令状を発給した。イギリス政府はアメリカ政府と **Rahmatullah** の引き渡しを求める交渉を行ったが、曖昧な回答を受け取り、**Rahmatullah** は依然としてアメリカ軍が統制下に置いていた。このアメリカ政府の対応を受け、2012年に控訴院は2度目の判決を下し、人身保護令状の発給を受けイギリス政府はアメリカ政府から十分な応答を受けたとして本件は解決したとの見解を示した。その後、イギリス政府は **Rahmatullah** に統制を及ぼしていないことを主張する被告政府側の上訴と、改めて2回目の人身保護令状の発給を求めた原告側の交差上訴が最高裁に対してなされた。最高裁は人身保護令状を発給すべきではなかったと主張する被告政府側の上訴を棄却し、控訴院の発した人身保護令状を追認した。一方で、原告側の2回目の人身保護令状の請求は棄却された。とはいえ少数意見ではあるが、英米両政府間で結ばれた **MoU** に基づいて **Rahmatullah** に対するイギリス政府の統制が及んでいるとする見解も示された。

その後、**Rahmatullah** 事件と事実関係が類似するため併合審理された **Belhaj** 事件において、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、そうした行為に対して損害賠償を求める不法行為訴訟が提起された。なかでも外国国家による原告への誘拐・拷問にイギリス政府が共謀したことを理由に、被告イギリス政府の行為の違法性が問われるのが主要な論点となった。結論として、最高裁は **Belhaj** 事件について、イギリス政府の不法行為責任の発生を妨げる外国の国家行為の法理が及ばないと判示した。最高裁は、外国の国家行為を3つの準則に分類し区別していき、人身の自由や拷問というコモン・ロー上の基本的人権を前提とすれば、どの準則も諸外国政府と共謀したイギリス政府の不法行為責任を否定するだけの理由にはならないと判示した。

その理由付けの過程で、**Mance** および **Sumption** 両裁判官も、**Shergill** 事件最高裁判決の司法判断適合性の判断方法を参照しながら、コモン・ロー上の基本的人権（**Fundamental human rights**）の侵害が関連する場合には、その性質と程度にもよるものの、権力分立の下での裁判所の権能上、司法判断可能であり、外国の国家行為の法理を適用しないという理由付けを示した。

**Belhaj** 最高裁判決の意義は、コモン・ロー上の基本的人権の存在を理由に、司法判断の射程を拡大し、裁判所が外交安全保障事項の紛争に介入する余地を大きくした点にあった。権力分立の捉え方の変化に即していえば、最高裁は外交安全保障事項に関する国王大権の行使に関連する場合であっても、一定の紛争においては、コモン・ローによる統制を課すこと

によって、従来の司法判断の抑制的な姿勢の転換を示している。

Robinson 事件最高裁判決と Belhaj 事件最高裁判決の共通点との比較において、Hill 事件の法理を廃止し、外国の国家行為の法理の適用範囲を狭めたことは、原告が裁判所においてもこうした法理に容易に左右されずに、自らの主張を裁判所に主張することができる点にある。UNISON 事件最高裁判決が、同上 2 件の最高裁判決と類似しているのは、実体的判断と手数料負担という手続的側面に相違がありながらも、裁判所が恣意的権力の行使を抑制するための基礎を、コモン・ロー上の司法アクセス権として認めている点にある。

## 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

これまでの章は、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、司法アクセス権の分析を通して、緩和ないし廃止されていく展開を明らかにした。本章では、こうした展開をイギリス憲法上、いかに評価できるのかを明らかにする。

まず、コモン・ロー上の司法アクセス権の意義を明らかにする。次に、改めてダイシーの『憲法序説』の特徴を把握したうえで、同書4章の「法の支配」と、13章「国会主権と法の支配の関係」を中心に見ていきたい。そこから、従来、国会主権原則が中心であったダイシーの憲法論を裁判所の活動の観点から考えたい。そして、そうした裁判所の権能を近年の立憲主義の議論がいかに評価しているかを明らかにする。

### 第1節 コモン・ロー上の基本的人権としての司法アクセス権

#### 第1項 コモン・ロー上の司法アクセス権の意義

イギリス憲法は不文憲法であるために、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こなかった。コモン・ロー上の基本的人権が言及されるようになったのは、市民的自由の限界を受け、また欧州人権裁判所の判例から距離をおく状況の中でのことである。すでに触れた通り、コモン・ローでは従来、市民が享受できるのは残余的な市民的自由であり、そうした自由への介入には、法が認める範囲においてのみ裁判所の救済が付与されると説明されてきた。しかし、市民的自由は残余的な性質であるため、国会制定法、従位立法、そして国王大権の行使の違法性を争うことは難しかった。ダイシーの『憲法序説』出版100周年記念で特集されたPublic Law誌上の論文の中で、Eric Barendtがダイシーの市民的自由の取り扱い是不十分だと指摘した。その理由として、イギリス司法部の性格の変化、コモン・ローの展開、そして最も重要なものとして残余的な市民的自由は司法による新機軸(judicial innovation)の確固とした支えを全く提供しえないという点を挙げた<sup>420</sup>。

だから、欧州人権条約とその付属議定書の中に規定される人権条約上の権利が、1998年人権法を介して国内で援用されるようになった。現在、イギリスの裁判所は1998年人権法を横目に、人権条約を参照しながらではあるが、コモン・ローによる紛争解決を第1に考えている。そのような法的状況の中で、コモン・ロー上の基本的人権とは、市民的自由と同じことを意味しているといえるだろうか。法の支配の下で裁判所に求められているのは、まず、

<sup>420</sup> Barendt, E., "Dicey and Civil Liberties" [1985] PL 596, 608.

裁判所が公平な審理を行う土台を提供することにある。そのために、裁判所はまず、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。

第2章で分析した通り、コモン・ロー上の司法アクセス権は、裁判所が公平な審理の場を提供することにあつた。これは、恣意的権力に対して個人が法益侵害を主張する前提となる。UNISON 事件最高裁判決は、2010年代に入ってもなお、コモン・ロー上の司法アクセス権の重要性、なにより、その権利が法の支配の核心であることを示した。

第3章は、さらに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 事件の法理を対象に、同法理が、裁判官たちに適用を躊躇させ、そして Robinson 事件最高裁判決において廃止されたことを確認した。実体法上も、コモン・ロー上の司法アクセス権を保護しようとする姿勢を読み取った。

第4章は、Hill 事件の法理と類似する、国家の不法行為責任を否定する外国の国家行為の法理を分析し、人身の自由を制限したり拷問を行うような政府の行為に対して、同法理を適用しなかったことを分析した。4章で検討したのは、司法判断に長らく馴染まないとされてきた国王大権の行使に関連する事案であり、国王大権の行使にまで、裁判所が司法判断を及ぼす姿勢を読み取った。このような、被告の法的責任を否定する法理の廃止、または適用範囲を狭めている裁判所は、市民の公正な裁判所を受ける権利を強く保障しようとする姿勢を示しているといえる。

また、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ものと読み取ることができる。その理由として、2005年憲法改革法 (Constitutional Reform Act 2005, c. 4) の制定を挙げることができる。まず、同法制定前のイギリスにおける司法権の独立に対する批判をみておきたい<sup>421</sup>。

1960年代以降、司法審査が拡大<sup>422</sup>するにつれ、裁判官たちは自らが行政または国会から独立していないと考えるようになった。その理由は、裁判官の選任の方法、また大法官がそ

---

<sup>421</sup> イギリス司法制度改革に関する文献として、Gee, G., (et al eds.) *The Politics of Judicial Independence in the UK's Changing Constitution* (Cambridge University Press, 2015), Shetreet, S. and Turenne, S., *Judges on Trial: Independence and Accountability of the English Judiciary*, 2nd ed. (Cambridge University Press, 2013)を挙げることができる。

<sup>422</sup> 司法審査の拡大がはじまったのは、1960年代といわれている。Craig, P., "Administrative Law" in Blom-Cooper, L., Dickson, B. and Drewry, G. (eds.), *Judicial House of Lords 1876-2009* (Oxford University Press, 2009) 525-540.

の行政の一員（法務大臣）であり、法律貴族であり、そして貴族院の一員（貴族院議長）というその特徴そのものからくるものであった<sup>423</sup>。また裁判官を選任するときには、大法官は自らの責任において行為し、他の閣僚に相談することはなく、大法官は裁判官を選任するときに政治的考慮をせず、メリットにのみ基づいて判断をしているはずだと考えられていた<sup>424</sup>。しかし、1994年当時の Mackay 大法官が Wood 雇用審判所裁判官に辞職を示唆するように「自らの立場を考えよ」と述べ、実際に Wood 裁判官が辞職し、大法官が一裁判官に圧力をかけたのではないかという問題が持ち上がった<sup>425</sup>。2001年の総選挙のときには、Irvine 大法官が著名な法律家に政治資金パーティーへの招待状を送ったことで司法の独立性つまり正当性の評価を損なう可能性が生じたとも指摘される<sup>426</sup>。

大法官と同僚の貴族院裁判官の関係についても生じた問題があった。それは大法官が貴族院上訴委員会に持ち込まれた紛争について、どの裁判官をどの審理に加わるかの判断権を有していたことにある<sup>427</sup>。そのため現職貴族院裁判官の中からでさえ、大法官職に関する改革を望む声があった。

現職の貴族院裁判官であった Steyn 卿は、立法部と最上級審裁判所との関係を維持する実践的で原理的な理由があるだろうか、と問う。ここで Steyn 裁判官の批判を要約しよう。最上級審裁判所の地位を立法部の従属的地位に置くことによって、市民の目からみて司法部の独立が脅かされている可能性があるのはイギリス以外にはない<sup>428</sup>。最高裁判所を創設するにあたっての大きな障害は、大法官が貴族院上訴委員会の審理に加わるという特権を有している点にある<sup>429</sup>。最上級審裁判所における審理に大法官が加わることはもはや有効な目的に資してはいないし、公益に反している<sup>430</sup>。ここでの目的は、国会の至高性が我々の憲法原則である既存の制度の枠組みのなかで他の政府部門から独立した最高裁判所が存在することにある<sup>431</sup>。そうした裁判所こそが、市民の目から見て独立と中立性の象徴を支えることになる<sup>432</sup>。大法官は政党政治の議論の論点となる司法運営に影響を及ぼす政策形成及びその実施に責任を負うので、政治権力の中核にいるといえる<sup>433</sup>。憲法習律に関連して、大法官の上訴委員会の司法業務への参加を規律する憲法習律が明確化されていると考えられ

---

<sup>423</sup> Oliver, D., *Constitutional Reform in the United Kingdom* (Oxford University Press, 2003) 332.

<sup>424</sup> *Id.*, 336.

<sup>425</sup> *Id.*

<sup>426</sup> *Id.*

<sup>427</sup> *Id.* 337.

<sup>428</sup> Steyn, J., “The Case for a Supreme Court” (2002) 118 LQR 382, 383.

<sup>429</sup> *Id.*

<sup>430</sup> *Id.*

<sup>431</sup> *Id.*, 384.

<sup>432</sup> *Id.*

<sup>433</sup> *Id.*, 386.

ていたが、大法官はそのような習律は存在せず、Irvine 大法官は上訴委員会の審理に加わる  
ことについて、法律貴族らの助言に従うべきという考えを否定した<sup>434</sup>。大法官は法律貴族た  
ちに左右されず審理参加を判断する絶対的権利があると主張した<sup>435</sup>。また、大法官は上訴委  
員会の構成を含め日常の司法運營業務に法律貴族を配置するとも主張した。Irvine 大法官は、  
したがって日常の司法運營業務に介入する権利があると主張したことになる。大法官が法  
律貴族を統制下に置くことを承認するということはもろい仕組み (fragile edifice) を侵害す  
るものとなっただろう<sup>436</sup>。次に大法官が上訴委員会に参加することは司法の中立性と独立  
を弱めることになる。大法官が上訴委員会の審理参加について、大法官が出廷する事件は減  
少しつつあるし、出廷した場合であっても重要事件には参加しない。したがって、大法官が  
参加することを止めても差し支えない<sup>437</sup>。さらに大法官と彼の前任者たちが上訴委員会の  
審理に参加していたという慣行は、権力分立の原則でさえ、また司法の独立または法の支配  
という憲法上の原則の最も寛容な解釈に一致しない<sup>438</sup>。以上の通り、Steyn 裁判官はイギリ  
ス司法制度における大法官職への批判を展開してきた。

当時現職であった貴族院裁判官のこのようなイギリス司法制度を中心とする統治機構に  
対する批判に関連して、McGonnell 事件欧州人権裁判所判決<sup>439</sup>を背景とする首席裁判官と大  
法官の司法部の運営に関する 2003 年のコンコルダート<sup>440</sup>から結実した 2005 年憲法改革法  
の制定を挙げることができる。その理由は、裁判所が審理を公正に行うには、その審理の中  
身だけではなく、司法制度も公正な外観を呈する必要が生じるからである。2005 年憲法改  
革法 1 条は、「既存の法の支配の憲法原理に悪影響を及ぼすことはない」と規定する。同法

---

<sup>434</sup> Hansard, HL. Deb., June 22, 1999, cols 77-78.

<sup>435</sup> Steyn, *supra* note (428), 386.

<sup>436</sup> *Id.*

<sup>437</sup> *Id.*, 387-8.

<sup>438</sup> *Id.*, 388.

<sup>439</sup> イギリス領ガーンジー島の代官 (Bailiff) は、行政権、立法権、そして司法権を有する官職に  
ついてきた。この代官は、町の開発計画を担った行政官であり、この開発計画に関する訴訟の裁  
判官についた。そのため、この訴訟の原告が人権裁判所に申立てたのが本件である。争われたの  
は、代官がガーンジー島において裁判を行うことは人権条約 6 条 (独立・公平な裁判所による公  
正な裁判を受ける権利の保障) に違反するかどうかである。人権裁判所は、代官が 6 条に違反し  
ていると判示した。そうすると、イギリス本国で立法権、行政権、そして司法権を兼ねる大法官  
が、裁判官として審理を行った場合に人権条約 6 条不適合性が生じうるのであった。

<sup>440</sup> 立法権、行政権、司法権を兼ねた大法官職への批判の波に応じて、大法官と首席裁判官 (Lord  
Chief Justice) の間で、2003 年に大法官の司法権に関する取り決め (コンコルダート、Concordat)  
がなされた。コンコルダートは、司法部の統率、資源、配置の配分といった従来の大法官が有し  
てきた権能の制約について定めていた。現在、このコンコルダートの内容は 2005 年憲法改革法  
に盛り込まれている。なお、コンコルダート成立時の首席裁判官であった Woolf 裁判官は、コン  
コルダートが政府と司法部の将来の関係の適切な枠組みを提供すると信じていると述べている。  
Lord Woolf, "The Rule of Law and a Change in the Constitution" (2004) 63 CLJ 317, 323-324.



は、イギリスにおける最上級審裁判所であった貴族院上訴委員会を廃止し、新たに最高裁判所を設置し、中世以来の政府の重要な官職である大法官職を改革し、そして裁判官任命委員会を設置した。とりわけ、立法（貴族院議長）、行政（法務大臣）、司法（貴族院上訴委員会長官）という要職を兼任していた大法官職から、貴族院議長職、貴族院上訴委員会長官の役職を取り除き、法務大臣としての行政職のみに権限を縮小したことの意味は小さくない。こうした改革は、イギリス司法部の公平性を確保するためのものであり、イギリスの権力分立に資するものであった。2005年憲法改革法は、こうした司法部の公平性を確保することによって、国会が司法権を法の支配を支える機関として認識していることを示すものである。これは、国会さえも裁判所が法の支配を支える要であるとの認識を示すものである。

## 第2項 コモン・ロー上の市民的自由の基本権的理解の理由

「第1章 序論」の「課題」において、次のような問いを立てた。裁判所がコモン・ローの再燃の傾向においてコモン・ロー上の人権保障を展開するなかで、裁判所の抑制的姿勢は一定の変化を見せているように見える。その変化を見せている理由は何だろうか。それは残余的な市民的自由の限界を認識した裁判所が、残余的な市民的自由のなかに、基本権的な自由が存在するという認識を持つようになったからではないだろうか。そしてその基本権的な自由が存在するという認識が判例に反映されていると考えることはできないだろうか<sup>441</sup>。そこで、判例法の展開のイギリス憲法上の評価を行う前に、ここでコモン・ロー上の市民的自由、とりわけ司法アクセス権が基本権的に認識されている理由を明らかにしたい。

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考慮義務に関連して、Ullah原則を前提に、欧州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。

イギリスの統治機構に対して高安健将は次のように、イギリスの国会（議会）を取り巻く状況を指摘した。すなわち、

---

<sup>441</sup> 第1章 序論、20-1頁。

「議会は、〔政府の〕監視機能を高める制度改革を行ってきたとはいえ、政権党を通して政府を支えるという側面と、その政府を監視しコントロールするという議院内閣制に内在する2つの矛盾する性格を併せ持つことから、議会による監視機能には自ずと限界があった。政権党は潜在的に政府を制約する可能性をもつが、・・・労働党の場合、1980年代半ばより推し進められてきた党内組織改革により、党首への集権化が促され、政府を監視しコントロールする政権党の組織的な能力は縮小してきた。これに対し、政治の監視とコントロールという役割については伝統的に周辺的な存在であった司法が（依然として変化の方向性が定まっていな）といえ）近年、その役割を高めており、変化の可能性を秘めている<sup>442</sup>」と指摘している（〔〕は筆者。()は原文のママ）。

このように高安は、党首に権力の集中する政権党（与党）が政府を支え、その政権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を示したうえで、裁判所の重要性が高まっていることを指摘した。

その限界の指摘と裁判所の重要性から考えると、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。

## 第2節 ダイシーの憲法論における権力分立

少なくとも不文憲法の国イギリスにおいて、実質的に成文憲法かのように扱われているA.V.ダイシーの『憲法序説』は、体系的に権力分立を扱っているかどうかは明瞭ではない。イギリス憲法の評釈者は必ずしも権力分立に注意を払ってきたとはいえないと指摘されている<sup>443</sup>。しかし、近年のイギリス公法、憲法・行政法のテキストやケースブックは権力分立の項目を章または節で立てている<sup>444</sup>。イギリス憲法における権力分立の重要性は高まっていると言える。そこでここでは、コモン・ロー上の司法アクセス権によって高められている

<sup>442</sup> 高安健将「現代英国政治における権力の監視とコントロール」成蹊法学 68・69 合併号 (2008) 265、285-6 頁。

<sup>443</sup> *infra note* (464), Barendt, E., “Separation of Powers and Constitutional Government” [1995] PL 599.

<sup>444</sup> たとえば、Turpin and Tomkins, *supra note* 1, 127, Elliott, M. & Thomas, R., *Public Law* (Oxford University Press, 2011) 87, Le Sueur, Sunkin and Murkens (eds.), *supra note* 1, 125 を挙げるができる。

司法権の重要性を、イギリスにおける権力分立との関連性の中で考えたい。

## 第1項　ダイシー憲法の特徴と限界

### (1)　従来のダイシー憲法の特徴

「序論」での繰り返しになる部分もあるが、ダイシー憲法論の特徴を改めて確認しておきたい。ダイシーの挙げた最も重要なイギリス憲法上の原則は、「国会主権」であった。「国会」とは、「女王、貴族院および庶民院を意味」し、「この3つの機関が共同して活動するとき、正しくは『国会における国王 (King in Parliament)』と表現されるのであるが、それが国会を構成する<sup>445</sup>」。次いで「国会主権」とは、「このように定義される国会がイギリス憲法のもとで、いかなる法をも作り、または廃止する権利をもつこと、さらに、いかなる人も機関も、イギリスの法によって、国会の立法をくつがえしたり、排除する権利をもつとは認められないこと、これ以上のことを意味しないし、これ以下のことを意味するものでもない<sup>446</sup>」と説明する。

次に、法の支配について、ダイシーは①政府に恣意的な権力が存在しないこと、②公務員も市民と同様の法に服すること（法の前の平等、平等原則）、そして③裁判所が認める個人の権利がイギリス憲法の一般原則、と3つの特徴を説明した<sup>447</sup>。また法の支配の部分で、モン・ローと国会制定法で保護される市民的自由として、「人身の自由」<sup>448</sup>、「討論の自由」<sup>449</sup>、そして「公の集会の自由」<sup>450</sup>が挙げられている。

ダイシーは国会主権について、国会は至高の立法権を備え、いかなる人も機関も国会制定法を違憲無効とすることができないと説明した<sup>451</sup>。このダイシーの国会主権は20世紀を通してイギリス憲法における第1の憲法原則として捉えられてきた<sup>452</sup>。

### (2)　ダイシー『憲法序説』の再読

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』のなかでは、権力分立を明確には論じてはいない。とはいえ、ダイシーの説明が権力分立に関連するといえる部分がある。それは、4章の「法の支配：その性質と一般的適用」と13章

<sup>445</sup> Dicey, *supra note* (65) 3., ダイシー『憲法序説』39頁。

<sup>446</sup> *Id.*, 3-4., ダイシー『憲法序説』39-40頁。

<sup>447</sup> *Id.*, Ch. 4.

<sup>448</sup> *Id.*, Ch. 5.

<sup>449</sup> *Id.*, Ch. 6.

<sup>450</sup> *Id.*, Ch. 7.

<sup>451</sup> *Id.*, Ch. 1.

<sup>452</sup> Griffith, “The Political Constitution” (1979) 42 MLR 1.

の「国会主権と法の支配の関係」の部分である。

4章の「法の支配：その性質と一般的適用」は、簡単に示したがもう少し詳しく示しておきたい。4章は、法の支配の3つの意味を説明する。

第1に、「政府に恣意的権力の存在しないこと」は、

「国の通常の裁判所の前での通常の合法的なやり方で確証された明瞭な法の違反の場合を除いて、何人も処罰をうけず、また身体や財物に適法に不利益を加えられないということを意味する。この意味で、法の支配は、権力をもつ者が、広汎な、恣意的な、あるいは裁量的な強制権を行使することを基礎とするあらゆる政治体制と対照をなすものである<sup>453</sup>」。

第2に、「すべての人が通常裁判所の運用する通常法に服すること」は、

「われわれにあっては、何人も法の上になくということのみではなく、(違ったことなのであるが)ここでは、すべての人が、その階層や身分にかかわらず、国の通常の法に服従し、通常裁判所の裁判権に服するということを意味している<sup>454</sup>」。

そして第3に、「憲法の一般規範が国の通常法の結果であること」は、

「憲法の一般原則(たとえば、人身の自由の権利や公けの集会の権利のような)が、われわれにあっては、裁判所の前に提起された特定の事件で私人の権利を決定した司法的判決の結果であるという理由によって、憲法には法の支配がしみこんでいるということが出来る<sup>455</sup>」。

ダイシーは、続けて次のように法の支配の3つの意味を要約する。すなわち、

「第1に、恣意的権力の影響と対比される正式の法の絶対的な優位ないし優越を意味する。それは、政府の側に、恣意性、特権、さらに、広い裁量権さえ存在することを排斥する。イギリス人は、法によって、そして法によってのみ支配される。

<sup>453</sup> Dicey, *supra* note (65), 110. ダイシー『憲法序説』179頁。

<sup>454</sup> *Id.*, 114, ダイシー『憲法序説』183-4頁。

<sup>455</sup> *Id.*, 115, ダイシー『憲法序説』185頁。

われわれにあっては、人は、法の違反に対して処罰されうるが、それ以外の何ものに対しても、処罰されえないのである<sup>456</sup>」。

「それはまた、法の前での平等、つまり通常の司法裁判所の運用する国の通常法にすべての階層がひとしく服することを意味する。この意味での『法の支配』は、公務員またはその他の者が、他の市民を規律する法に服従する義務や、通常の裁判所の管轄権に服することを免れるという考え方を排除する。われわれにあっては、フランスの『行政法』または『行政裁判所』に真に対応するものが存在しえない。諸外国に知られている『行政法』の根底にある観念は、政府またはその被用者が関係する事件ないし紛争は、市民の裁判所の権能の範囲外であり、特別の、多少とも公的な機関によって処理されなければならないということである。この観念は、イギリス法にはまったく知られておらず、実際に、われわれの伝統と慣習に根本的に対立するものである<sup>457</sup>」。

「『法の支配』は、最後に、われわれにあっては、憲法律、すなわち外国では当然に憲法典の一部を構成する規範が、裁判所によって定められ、強行される個人の権利の源泉ではなくて、その結果であるという事実、簡単にいえば、われわれにあっては、私法の諸原則が、裁判所と国会の行動によって、国王およびその被用者の地位を決定するまでに拡大されてきた事実を示す方式として用いられるであろう。このように、憲法は、国の通常法の結果なのである<sup>458</sup>」。

このようなダイシーの法の支配論は、『憲法序説』13章の「国会主権と法の支配の関係」の部分においてさらに明瞭になる。

13章「国会主権と法の支配の関係」について、ダイシーはその冒頭で次のように述べた。すなわち、

「国会主権と国法の優位—イギリス憲法全体を支配する2つの原理—は、互いに対立しているか、あるいは、よくても相互に相殺するにすぎないもののように見えるかもしれない。しかし、この見せかけは幻想的なものである。国会主権は、他の形態の主権者の権力と比較してみると、われわれの制度全体を通じて厳格な遵法精神の優越性が国会主権の行使を助長し、その結果、その権威を増大させるので、法

<sup>456</sup> *Id.*, 120., ダイシー『憲法序説』190-191頁。

<sup>457</sup> *Id.*, 120., ダイシー『憲法序説』191頁。

<sup>458</sup> *Id.*, 121., ダイシー『憲法序説』191頁。

の優位を支持するものである<sup>459</sup>」。

このように、ダイシーは国会主権と法の支配が対立するのではなく、相互に補完的な概念として捉えていた。特に「法の支配は国会主権を支持する」の部分に注目しよう。

「法の厳格性は行政部の活動をたえず妨害し（そして、それはときに大衆に大きな損害をとまう）、政府は、国の法によって国王に対して否定された裁量権を国会から取得するのでなければ、裁判官によって解釈される厳格な法の堅固でかつ固定した諸規範から免れることができない。裁量権の必要性が例外的立法への依存をもたらす方法に注意を払ってほしい。現代生活の複雑な諸条件のもとでは、いかなる政府も、無秩序な時代または戦争の時代には、ときどき恣意的な権限を行使することなしには、国内の平和を維持し、外国の列強に対するその義務を果たすことはできない。・・・<sup>460</sup>」

「イギリス行政部のもっとも恣意的な権限がつねに国会の法律によって行使されなければならないという事実は、もっとも権限をそなえているときでさえ、いわば政府を裁判所の監督の下に置くことである。いかに例外的なものであれ、制定法によって付与され、実施される権限は、一度として実際に無制約であったことはない。というのは、その権限が法律自体の文言によって、さらにその上、裁判官が制定法に対し与える解釈によって限定されているからである。国会は最高の立法者であるが、国会が法の創造者としてその意思を表明した瞬間から、その意思は、国の裁判官たちによりそれに対し与えられる解釈に服するものとなる<sup>461</sup>」。

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は、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ものといえる。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。

<sup>459</sup> *Id.*, 268., ダイシー『憲法序説』388頁。

<sup>460</sup> *Id.*, 271., ダイシー『憲法序説』391頁。

<sup>461</sup> *Id.*, 273., ダイシー『憲法序説』393頁。

少なくとも 20 世紀のイギリス憲法においては、政治的立憲主義つまり、国会、そして国会から授権される行政が中心であった。ダイシーの憲法論は、公的機関やイギリス政府の活動の監視を、国会が中心となつて行うものと理解され、それがほとんど成文憲法に代わるほどの役割を果たしてきたと評されている<sup>462</sup>。しかし、国会主権を中心に据えてきたイギリス憲法は、現在、流動（in flux）期にある<sup>463</sup>。政党化が進んだ現在、国会の多数派が公的機関に命令を発する内閣を構成することになる。ゆえに国会と内閣は一体化している。そのため、国会による公的機関や政府自体の活動の監視が停滞すると批判されるようになった。先にも触れた、高安健将の指摘、すなわち、党首に権力の集中する政権党（与党）が政府を支え、その政権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を示したうえで、裁判所の重要性が高まっている、との指摘がそうである<sup>464</sup>。

そのような中で、なぜ、裁判所は、被告の法的責任を否定する法理を廃止したり、その適用範囲を狭めるようになったのか。それは、裁判所が残余的な市民的自由の限界と、政権党が多数を占める国会による政府の監視の限界を認識し、コモン・ロー上の基本的人権を形成する必要が生じたからである。この現代の政府の監視に限界のある国会について、国会を権力分立の中心に据えていたダイシー憲法論を当てはめることに限界がある。

したがって、上述のダイシーの「法の支配と国会主権の関係」において、特に国会から授権されたり、これまで裁判所ではなく行政の不服申立制度や民主的な政治過程において監視されてきた、警察の権限や国王大権のような権限を行使する政府に対しては、裁判所も監視を強めているといえる。これは、コモン・ロー上の司法アクセス権を憲法的な権利、または基本的人権として理解する裁判所を、イギリス憲法上、いかに位置づけるべきかという議論とつながってくる。

## 第2項 イギリスにおける権力分立の議論

イギリス憲法のテキストは、「イギリス憲法が権力分立に基づいていたわけではなかったということを我々は認めるが、これはすなわち権力分立はイギリス憲法に関連してこなかったということを意味しているわけではない。1998 年以降の憲法改革の 1 つの結果が権力

<sup>462</sup> Harlow, C. and Rawlings, R., *Law and Administration*, 3rd. ed. (Cambridge University Press, 2009) 4.

<sup>463</sup> Elliott, M., “Parliamentary Sovereignty in a Changing Constitutional Landscape” in Jowell, J. and O’Cinneide, C., *The Changing Constitution*, 9th ed. (Oxford University Press, 2019) 29., マイケル・ゴードン（倉持孝司訳）「憲法上の流動化の時代における連合王国の国会主権—挑戦、中心的な位置および自己満足—（1）」南山法学 42 巻 2 号（2019）137-168 頁。マイケル・ゴードンは、リヴァプール大学法学部の公法担当の教授。

<sup>464</sup> 高安健将「現代英国政治における権力の監視とコントロール」成蹊法学 68・69 合併号（2008）265、285-6 頁。

分立の重要性を高めた」<sup>465</sup>と説明する。イギリス憲法における権力分立の重要性を唱える論者がいる。Eric Barendt と Roger Masterman がその論者である。

#### (1) Eric Barendt のイギリス権力分立論

イギリスの公法、憲法・行政法に関するテキストやケースブックにおいて、頻繁に参照されるイギリス憲法の著書もある Eric Barendt の論文は、現代イギリス憲法がどの程度権力分立を順守しているかの検討を目的に権力分立論を次のように展開する。裁判所は、実務上、立法、行政、司法のどの職務が割り当てられるべきかという最終的な決定を行う資格がある<sup>466</sup>。行政的なものと司法的なものの区別は不明確であるとの批判もあるが、個人の権利と自由についての決定は本質的に司法的解決に馴染むものであり、他の財 (goods) や利益の配分は行政的な決定の問題として捉えることができる、との主張することには完全に一貫性がある<sup>467</sup>。権力分立は、民主主義を強めるものであって民主主義に有害なものではない<sup>468</sup>。権力の集中から生じる恣意的な政府ないし専制を阻止するためにある<sup>469</sup>。権力分立には2つの捉え方がある。第1に、三権の厳格な分立を説明する純粋理論 (pure theory)、第2に、三権の間での厳格ではない抑制と均衡 (checks and balances) の理論である (partial theory) <sup>470</sup>。政府の3部門間の職務の配分は権力の集中から生じる専制の阻止を達成する唯一の方法である。したがって、権力が最も適切な機関に正確に常に配分されるかどうかは問題とはならない<sup>471</sup>。実際に1つの行政機関が2つないし3つの職務を果たしている。では権力分立は廃棄されるべきか。厳格な権力分立を採用するとそうなるが、厳格な権力分立では立法、行政、司法を容易に特徴づけることはできない<sup>472</sup>。そこで権力分立は政府の3部門の間の職務の厳格な配分によって説明すべきではなく、1つの部門の手に権力が集中しないよう準則と原理原則のネットワークとして捉えるべきである<sup>473</sup>。原理上、立法部と行政部がその結果に利益を有すると民主的な価値に反するので、司法部に決定権を配分することが適切なはずである<sup>474</sup>。Duport Steels 事件において Diplock と Scarman 裁判官は、イギリス憲法が権力分立に基づいていると考察した<sup>475</sup>。しかし、ここでの権力分立の概念は制定法を解釈する際に

<sup>465</sup> Turpin and Tomkins, *supra* note (1), 127.

<sup>466</sup> Barendt, E., "Separation of Powers and Constitutional Government" [1995] PL 599, 605.

<sup>467</sup> *Id.*

<sup>468</sup> *Id.*, 606.

<sup>469</sup> *Id.*

<sup>470</sup> *Id.*

<sup>471</sup> *Id.*

<sup>472</sup> *Id.*, 607-8.

<sup>473</sup> *Id.*, 608-9.

<sup>474</sup> *Id.*, 612.

<sup>475</sup> Duport Steels Ltd. v. Sirs, *supra* note (78).



司法は抑制的であるとの主張を強めるために利用されている。裁判所の職務は法をつくるのではなく、立法部の用いる文言を解釈することにある。これらの言明は権力分立の純粹理論を支えるものであり、抑制と均衡のアプローチではなく 3 部門間の明確で排他的な機能を強調していた<sup>476</sup>。裁判所は権力分立を一層真剣にとらえることができるようになったが、それは成文憲法がなく、適切な原理を形作り、また展開することが難しかったからである<sup>477</sup>。

以上の Barendt の見解をまとめよう。個人の自由や権利をめぐる争点については、司法的解決に馴染む。権力分立は民主主義を強めるものであり、権力の集中から恣意的な政府や専制を防ぐための準則と原理原則のネットワークである。厳格な権力分立を厳格ではなく、機関間の抑制と均衡として権力分立を捉えるべきである。

## (2) Roger Masterman のイギリス権力分立論

Barendt 以降の権力分立に関する主要な研究として、イギリス憲法・行政法のテキスト<sup>478</sup>も執筆し 1998 年人権法に関する研究を行ってきた Roger Masterman の研究を挙げることができる。Masterman は、Barendt と同様に、裁判所の機能に着目し権力分立を検討した。その研究の特徴は 1998 年人権法とその判例法の法的検討と、2005 年憲法改革法 (Constitutional Reform Act 2005, c. 4) という制度研究を行った結果、これら 2 つの立法が、制度的独立性によって正当性を下支えされる司法部によって憲法上の抑制と均衡の一層包括的な制度の背景を構成していると論じた点にある<sup>479</sup>。

Masterman の権力分立の著書 *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution: Judicial Competence and Independence in the United Kingdom* は、序論と 4 つの編から構成される。同書の「目的は—政府の司法部門の政治部門の相互関係の多くの重要な点を検討することを通じて—立法部と行政部の権能から司法権の現代的な分立というダイナミクスを強調することにある<sup>480</sup>」。第 1 編は、「権力分立、1998 年人権法、そして欧州人権条約」と題する。イギリスの判例法は権力分立について、司法の自制や国会が主権者であるところの憲法のもとでのヒエラルキー的な権能の配分を強調する傾向にあった<sup>481</sup>。Masterman はイギリスの権力分立の展開について 1998 年人権法と 2005 年憲法改革法の重要性を強調する<sup>482</sup>。2005

<sup>476</sup> Barendt, *supra* note (466), 616-7.

<sup>477</sup> *Id.*, 618.

<sup>478</sup> Masterman, R. and Murray, C., *Constitutional and Administrative Law*, 2nd ed. (Pearson, 2018)

<sup>479</sup> Masterman, R., *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution: Judicial Competence and Independence in the United Kingdom* (Cambridge University Press, 2011).

<sup>480</sup> *Id.*, 5.

<sup>481</sup> *Id.*, 31.

<sup>482</sup> *Id.*, 33.

年憲法改革法については、第4編で扱われるため、第3編までは1998年人権法に関連する研究となり同書の多くの部分を占める。1998年人権法のもとで裁判所が人権裁判所の判例法を参照することによって、政治部門の活動の司法審査権の射程と密度を拡張し<sup>483</sup>、また独立で公正な裁判所による審理を規定する人権条約6条1項が権力分立の立法、行政、司法部の3部門間の分立を高める潜在性を秘めていると主張する<sup>484</sup>。

### (3) まとめ

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。

1998年人権法が現在でも重要性の高い制定法であることに変わりはない。しかし、序論でも示した通り、欧州人権裁判所のイギリス法への誤解や、1998年人権法2条の人権裁判所判例の考慮義務を果たす中で、損なわれつつあるイギリスのコモン・ローの自立性を取り戻すべきとする立場から、人権条約を参照しつつも、コモン・ローの形成を中心とするコモン・ローの再燃が生じてきた。そのなかで、公平な審理を行う裁判所にアクセスすることを可能ならしめるコモン・ロー上の基本的人権としての司法アクセス権が重要なのである。

#### 第3節 コモン・ロー上の司法アクセス権と権力分立の関係

司法アクセス権と権力分立はどのように関連するであろうか。序論で示した通り Malone 事件判決において明らかになった残余的な市民的自由の限界の下、公的機関の活動を違法とする法が存在しない場合に、公的機関の活動を違法と判決することができなかった。その限界を補うべく制定された1998年人権法上の2条の人権裁判所判例考慮義務が、実質的に人権裁判所の判例に法的に拘束されるかのような運用がなされていたために、イギリス固有のコモン・ローの形成を阻害するものと捉えられるようになっていった。そこでコモン・ローの再燃が生じるようになった。

イギリス憲法において権力分立の概念は中心的な概念ではなかったことは上述した。少なくとも1980/90年代において、GCHQ事件のような国王大権の司法審査を認める重要判決が下されていたものの、権力分立の概念は、裁判所の抑制的姿勢を根拠づける概念として捉

<sup>483</sup> *Id.*, 84-5.

<sup>484</sup> *Id.*, 85.

えられてきた。2000年代は1998年人権法が裁判所に様々な権限を付与した義務を課したことで、権力分立は重要として捉えられるようになってきた。2010年代に入ると、人権条約を参照しつつも、コモン・ローによって行うコモン・ローの再燃の傾向が見られるようになった。

権力分立が法的理由付けにおいて利用されるのは、裁判所とイギリス政府間の権力のバランスの取り方に起因している。現実には市民的自由、人権、基本権が侵害されれば、それは裁判所の担うべき事項となる。ダイシーは、『憲法序説』の「法の支配」の第1の項目として「政府に恣意的権力の存在しないこと」を挙げた。その恣意的権力の行使の阻止、または抑制には、その恣意的権力の行使に法的統制を課すことが必要である。その法的統制は、不法行為法、行政法、刑事手続法といった各種の法分野において行われることになる。そうした法分野に依拠して、裁判所に紛争を持ち込み、公正な審理の前提となるのが、コモン・ロー上の司法アクセス権なのである<sup>485</sup>。

コモン・ローの再燃のなかで、裁判所がコモン・ロー上の基本的人権という概念を導き出したということになれば、それはこれまで議論されてきた国会主権原則を中心とするダイシー憲法論の変容を示唆していることになる。20世紀のダイシー憲法論は、国会を中心とする権力分立を念頭においており、行政（政府・公的機関）の活動の結果生じる市民的自由の侵害は、あらかじめ政府や公的機関に授権する制定法の立法過程において抑制されているという考えに基づいている。そのため、少なくとも行政に対して主張することのできるコモン・ロー上の基本的人権という概念は主張されていなかったからである。裁判所がコモン・ロー上の基本的人権という概念を持ち出したことで、従来の権力分立の理解は見直されることになる。

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。

---

<sup>485</sup> この司法アクセス権は、様々な紛争が裁判所に持ち込まれるということをも示唆する権利である。つまり裁判所は様々な紛争解決の方法を充実させるよう求められる。

#### 第4節 イギリスにおける立憲主義に関する議論における評価

##### 第1項 コモン・ロー立憲主義

では上述の権力分立の下での裁判所の権能の拡大は、どのように評価されるだろうか。関連するのは、立憲主義（constitutionalism）の議論である。成文憲法の制定を目指す法的立憲主義は、憲法制度を規制する際の法、法過程、裁判官を支持する<sup>486</sup>立場である（これとは反対に、政治家と政治過程の重要な役割を支持するのが政治的立憲主義である<sup>487</sup>）。ほとんどの法的立憲主義者は、司法部が執行・解釈するイギリスの成文憲法の導入をおそらく支持するだろう<sup>488</sup>。しかし、現在のところ成文憲法は制定されていない。成文憲法が存在しないのであれば、多くの法的立憲主義者は、コモン・ローの創造的展開を歓迎し、法的価値が現行の憲法制度にあまねく行き渡るようにする方法として利用するだろう<sup>489</sup>。この考え方は「コモン・ロー立憲主義」（common law constitutionalism）に分類される<sup>490</sup>。

本稿は、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といえる。

そのコモン・ロー立憲主義の立場を採る者は決して少なくない。Sir John Laws 裁判官、Paul Craig（オックスフォード大学の行政法担当教授）らが著名である<sup>491</sup>。この2人の見解を見ていこう。素材とするのはそれぞれのハムリン講演（Hamlyn Lectures）を出版したものである。ハムリン講演は、1949年以降、有力な裁判官・法学者を招いて行う講演である<sup>492</sup>。LawsとCraigともに2013年と2014年にそれぞれハムリン講演を行っており、その点でも2人の学問的重要性を看取できるだろう。

本稿は、UNISON事件最高裁判決におけるコモン・ロー上の司法アクセス権の重要性を指摘したうえで、Hill事件の法理の廃止や外国国家行為の法理の適用範囲の縮小に着目し、コモン・ロー上の基本的人権としての司法アクセス権が確立されており、それに伴い、権力分立の概念に質的变化が生じていることを論じてきた。その権力分立の質的变化を学説がどう認識しているかを確かめる必要がある。そのために、本稿が分析軸に設定した権力分立の

---

<sup>486</sup> Le Sueur, Sunkin and Murkens, *supra* note (1), 27.

<sup>487</sup> *Id.*

<sup>488</sup> *Id.*

<sup>489</sup> *Id.*

<sup>490</sup> *Id.*

<sup>491</sup> Jeffrey Jowell（ロンドン大学公法担当教授）もその1人である。

<sup>492</sup> 1949年以降、毎年行われている中でも第1回目の1949年はDenning裁判官、1952年はA.L. Goodhart、1974年はScarman裁判官、1988年はP.S. Atiyah、2005年はC. Geartyといった著名な法律家・法学者が講演を行ってきた。

観点から2人の見解を考察する。

## 第2項 Sir John Laws 裁判官の見解

Sir John Laws 裁判官は2013年のハムリン講演において「コモン・ロー憲法」と題する3つの講演を行った<sup>493</sup>。その内容は次の通りである。Laws はまず裁判所と国会の間の憲法上の均衡が裁判官の解釈するコモン・ローによってとられていることを論じ、次に、その憲法上の均衡の脅威となっているのが過激主義（言論の自由の制約とテロ対策の例示）であることを指摘しようとする。続けてLaws 裁判官は、その過激主義の対処にヨーロッパ法（欧州人権条約とEU法、本稿は人権条約についてのみ触れている）が利用されていること、そしてそのヨーロッパ法がコモン・ローの自律性を損ねているため、改めてコモン・ローの自律性が尊重されるべきと指摘している。

本稿との関連において重要な第1講演で、Laws は憲法の統合原理が何かを問い、それはコモン・ローであると主張するところから出発する<sup>494</sup>。Laws の主張は次の通りである。コモン・ローはあらゆる憲法の統合原理であり、すべての憲法は一連の制定法からも成る。こうしたコモン・ローと制定法は (a) 治者と被治者の間の関係を確立させるために治者を明らかにする。(b) 主権者の権限と義務の定義を含める。憲法は一般に (c) 主権者の権限と義務の適切な行使のための諸原理原則を含める。イギリスではこれら (a)、(b)、(c) は、憲法典がなくてもコモン・ローと制定法の混合物によって提供される<sup>495</sup>。コモン・ローには4つの特徴的な方法がある。進化 (evolution)、試み (experiment)、歴史 (history)、そして精製 (distillation) である。進化とは、法準則は先例拘束性の法理によって磨き上げられること、試みとは、司法裁判所という法のという大いなる実験場において継続的に再検証されること、歴史とは、我々の歴史を尊重するコモン・ローは、憲法の主要な長所の重要な推進者であり、それが継続の力であること、そして精製とは、これは古き法を改善、調整し新たな法にし、先例の欠陥が発露すれば、その法の弱点を改善すること、を意味している<sup>496</sup>。

Laws は、立憲的均衡 (constitutional balance) を強調し次のように続けた。国会主権はコモン・ローの方法によってのみ生命を宿す。その理由は、裁判所が制定法の文言の意味を確定し、実体的な原理原則を説明することは、分かちがたいほどに織り交ぜられているからである。この国会と裁判官の交差 (meeting) が立憲的均衡である<sup>497</sup>。国会主権と法の支配という

<sup>493</sup> Laws, Sir John, *Common Law Constitution* (Cambridge University Press, 2014).

<sup>494</sup> *Id.*, 4-5.

<sup>495</sup> *Id.*, 5.

<sup>496</sup> *Id.*, 6-9.

<sup>497</sup> *Id.*, 18.

二極化した主権論は、コモン・ロー憲法の現実を見失っている。立法至高性は不動のものではなく、展開する法的構築物 (evolving legal construct)、つまり準則 (rule) ではなく原理・原則と主張する。国会主権の原則の到達点または射程は、コモン・ローによって磨かれ、そして条件づけられてきたことを認めるのであれば、コモン・ローの4つの特徴的な方法が他の何らかの法領域の展開と同じように、国会主権原則にも適用されると我々は理解すべきである<sup>498</sup>。

このように Laws 裁判官は、コモン・ローの4つの特徴的な方法 (進化、試み、歴史、精製) によって国会主権原則という法的構築物をつくりだしたのだと主張する。

### 第3項 Paul Craig の見解

オックスフォード大学の行政法教授 Paul Craig のハムリン講演を扱う。Craig の特徴は、国会でなければ判断しえないと主張されてきた対立する権利関係は、裁判所においても司法判断可能だという主張を展開している点にある。

Craig は、Laws がハムリン講演を行った翌年の2014年に *UK, EU and Global Administrative Law: Foundations and Challenges* と題するハムリン講演を行い、同名の著作が出版されている。Craig はその著作の第2章「UK administrative law: Challenges」の3節の中で、法の支配を重視するコモン・ロー立憲主義を支持する立場をとっている。ダイシー憲法論の中心となった国会主権を重視する政治的立憲主義 (political constitutionalism) と対比させながら、コモン・ロー立憲主義を支持する立場をとった。特に Craig は Adam Tomkins のコモン・ロー立憲主義批判に応答する形で、コモン・ロー立憲主義を支持している。本稿と関連するなかでも重要なのが、Adam Tomkins が2010年に公表した政治的立憲主義の下での裁判所の役割に関する論文への反論である。Tomkins によれば、裁判所は国会とは異なり比較衡量の必要な紛争の処理ができないので、そうして一定の紛争について、裁判所は対応せず、国会に解決を委ねるべきだと主張した。Craig と Tomkins の間の議論は、裁判所が対立する権利の衝突を解決できるかどうか、というところに力点が置かれている。

Craig の Tomkins への反論は次の通りである。Tomkins の主張の中心は、政府がその行為の法的権限を有しているかどうかを判断するために裁判所が司法審査に着手すべきというところにある<sup>499</sup>。公法分野の法律家には、この Tomkins の主張が司法審査の中心的な構成要

<sup>498</sup> *Id.*, 28.

<sup>499</sup> Craig, P., *UK, EU and Global Administrative Law: Foundations and Challenges* (Cambridge University Press, 2014) 195. Craig が批判を加える Tomkins の著作は、Tomkins, A., *Our Republican Constitution* (Hart Publishing, 2005), Tomkins, A., “The Role of the Courts in the Political Constitution” (2010) 60 *University of Toronto Law Journal* 1. である。

素であることに同意するであろうが、「行為するための法的権限」という表現は、司法審査の中に持ち込まれる原理上の準則の射程に関して不明瞭である。それが狭義における法的権限を含みうるため、政府は何らかの制定法または国王大権によって行為することができることを指摘できなければならない。その対極にも、政府の行為が適法であるのは、政府が適法性の原理を遵守している場合に限られるということの意味しうる。たとえば、合理性/比例原則に基づく司法審査、正当な期待、平等原理、デュープロセス、確立している権利の尊重を挙げることができる<sup>500</sup>。

Tomkins は、権利に基づく保護は絶対的権利と手続的権利に限定されるべきで、制約可能な権利は除くべきだと主張する一方で、同様に、政府の行為する法的権限は一層一般的に権利への不干渉の強い推定するよう解釈されなければならないとも主張した<sup>501</sup>。しかしながら、権利に基づく事件において解釈の難しい争点は、絶対的権利と手続的権利と同じくらい制約可能な権利においても生じる<sup>502</sup>。

Tomkins が合理性/比例原則に基づく司法審査を嫌うのは、そうした原理の目が粗く、裁判所の比較衡量を要請し、したがって裁判所に多分に裁量を付与することになるからである。そのため、権限行使の適切な制約の中に行政を留めるよう目的と関連性による統制に根拠を置いていなければならないと Tomkins は主張した。しかしながら、Craig も指摘する通り、目的/関連性と合理性/比例原則の間の概念上の区別は、曖昧であり、価値の評価と比較衡量は、目的/関連性を適用するときにも生じるし、それによって、目的/関連性における裁判所の理由付けと、合理性/比例原則の事件に適用される裁判所の理由付けの区別は小さくなる<sup>503</sup>。

以上の通り、Craig は Tomkins への批判を行いながら、国会でなく、裁判所において対立する権利をめぐる紛争を解決することができるかと論じた。

#### 第4項 Adam Tomkins の近時の見解

2013年のGriffithの追悼企画の論文におけるTomkinsの見解は、それまでのものから変化している。どのような変化なのかをここで明らかにしておきたい。

Tomkinsの主張は次の通りである。現代イギリス憲法は、現在、混合憲法となっている。その混合憲法とは、18世紀の君主(monarchy)、貴族(aristocracy)、民主主義(democracy)を併せ

---

<sup>500</sup> Craig, P., *UK, EU and Global Administrative Law: Foundations and Challenges* (Cambridge University Press, 2014) 195.

<sup>501</sup> *Id.*, 196.

<sup>502</sup> *Id.*

<sup>503</sup> *Id.*, 196-197.

た特徴を有する混合憲法を意味しているのではない<sup>504</sup>。ここでの混合憲法 (mixed constitution) とは、コモン・ロー立憲主義と政治的立憲主義の特徴をあわせ持った憲法である<sup>505</sup>。上述の Craig の批判について、制約可能な権利 (qualified rights) は裁判所ではなく国会が判断すべき事項であるとは述べていないと反論したうえで、司法審査における合理性の基準、比例原則を、憲法善 (constitutional goods) と捉える。なぜ合理性の基準や比例原則が憲法善なのか。それは、合理的な意思決定はより良い意思決定であり、(司法審査基準は) 健全な統治の要素となり、被治者が予測することができ、国会が期待し、そして代替的な方法よりも一層公平だからである<sup>506</sup>。

結論部分において、Tomkins は、まず国会主権原則が存続していることを確認する。そのうえで次のように続けた。政治的立憲主義者は、裁判所の保守性を批判していたが、現在はこの裁判所は保守的ではなくなりつつあり<sup>507</sup>、裁判所が自らの権限を政府の非常に論争的な政策に正当性を与える形で行使している<sup>508</sup>。

以上のように Tomkins は、政府・公的機関の活動の司法審査を憲法善として認める一方で、国会主権原則が存続していることを指摘する。また政治的立憲主義の特徴である裁判所の批判の理由であった裁判所の保守性について見解を改め、他方、裁判所が政府の政策に正当性を与えていることを指摘している。

## 第5項 まとめ

Laws は、イギリス憲法の統合原理をコモン・ローに据え、そのコモン・ローの4つの特徴的な方法(進化、試み、歴史、そして精製)を通して、イギリス憲法が展開されることを論じた。国会主権はそのコモン・ローの特徴的な方法によって生命を宿し、裁判所と国会の交差の間のバランスの取り方、すなわち立憲的均衡がコモン・ロー憲法の核心であると論じた。

Craig は、裁判所は、絶対的権利と手続的権利を除く、表現の自由のような比較衡量を求められる制約可能な権利 (qualified rights) をめぐる問題に関与すべきではなく、その問題は国会に委ねられるべきと主張する Tomkins に反論した。絶対的権利と手続的権利をめぐる問題でも、裁判所は制約可能な権利と同じく比較衡量を行っている。また Tomkins は、裁

---

<sup>504</sup> Tomkins, A., "What's Left of the Political Constitution?" (2013) 14 German Law Journal 2275, 2276 note 4.

<sup>505</sup> *Id.*, 2276-7.

<sup>506</sup> *Id.*, 2284-85.

<sup>507</sup> *Id.*, 2290.

<sup>508</sup> *Id.*, 2290-91.



判所は合理性/比例原則の審査を行うべきではなく、目的/関連性の審査のみを行うべきと主張していたが、目的/関連性の審査も比較衡量を行うので、合理性/比例原則と目的/関連性の違いは大きくないと Craig は反論した。2010 年の論文において Tomkins は何も合理性/比例原則の審査を否定する意図があったわけではないと釈明し、国会が意思決定において考慮した要素や公的団体の決定の性質を踏まえて司法審査を行う見解を採用するようになった、と Craig は指摘した。

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<sup>509</sup>。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。このように、本稿で検討してきた外交安全保障事項に関する国王大権の行使をめぐる裁判所と政府・公的機関の関係は、イギリス憲法自体の捉え方の変化に起因しているといえる。

## 第5節 小括

従来のイギリス憲法の特徴は、ダイシーの憲法論に立脚するものであり、その中心は国会と国会から権限を付与される行政であった。そのため、裁判所は従属的なものとして扱われてきた。だから、党首に権力の集中する政権党が政府を支え、その政権党が多数を占める国

---

<sup>509</sup> そのため、近時、成文憲法の制定に関する論稿も公表されている。たとえば、Blackburn, R., “Enacting a Written Constitution for the United Kingdom” (2015) 36 Statute Law Review 1, King, J., “The Democratic Case for a Written Constitution” (2019) 72 CLP 1. 本稿の射程を超えるので、イギリスにおける成文憲法の制定に関する議論は割愛する。

会が、政府を監視・コントロールすることの限界が示された。

上述の展開を簡潔に示すと次のようになる。不文憲法であるために公権力の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、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いる。

このようなダイシーの憲法論の限界を認識し一定の修正を迫るのが、Laws 裁判官、Craig から法の支配をイギリス憲法の中心に据えようとする論者であった。Laws は裁判所と国会の関係を立憲的均衡というバランスのとり方を重視し、Craig はたとえ裁判所であっても比較衡量を要する審査が可能であると主張した。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。そのため、それらの立場は、本稿で検討してきたコモン・ロー上の司法アクセス権と権力分立の質的变化と合致するものといえる。

## 終章

第1節は、これまで検討してきたコモン・ロー上の司法アクセス権と権力分立をまとめる。第2節は、コモン・ロー上の基本的人権がイギリス憲法上、いかなる意味を持ちうるのかを考えたい。

### 第1節 コモン・ロー上の司法アクセス権と権力分立

1970年代に市民的自由の限界を認識した裁判所が、1980/90年代からコモン・ロー上の訴訟において欧州人権条約を参照するようになった。同条約を国内実施する1998年人権法の制定・施行後、イギリスの裁判所が欧州人権裁判所の判例法と一定の距離をとりながら、人権条約と人権裁判所の判例を参照しつつも、イギリス固有のコモン・ローによって解決を図ろうとするコモン・ローの再燃の流れに焦点を当ててきた。本稿の課題は、司法判断不適合を理由に裁判所の審理を免れ人権侵害の被害者の訴えを容易に否定してしまう法理、すなわち Hill 事件の法理や外国の国家行為の法理は、法の支配を損ねるのではないか、という点にあった。

まず、本稿が「第1章 序論」で設定した視座を確認したうえで、この問題に対する結論を示す。その視座は次の通りである。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、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、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、権力分立の質的变化を示している。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となるともいえる。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。

## 第2節 イギリス憲法へのインプリケーション—コモン・ロー上の基本的人権の可能性—

本稿の最後となる本節は、若干ではあるがコモン・ロー上の基本的人権自体についての試論を展開する。本稿の実証研究の射程から漏れたコモン・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考察したい。本稿の実証研究の射程から漏れたコモン・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探りたい。

### 第1項 コモン・ロー上の基本的人権についての試論

コモン・ロー上の法的理由付けのなかで着目されているのが、コモン・ロー上の基本的人権である。とはいえ、その判例法の中で裁判所は、コモン・ロー上の基本的人権の詳細を説明していない。そこでいくつかの点について、コモン・ロー上の基本的人権について考察したい。

ここでは大きく2つの点に着目する。第1に、現時点で、どのような権利をコモン・ロー上の基本的人権として挙げることができるのか、本稿で扱っていないコモン・ロー上の基本的人権が存在するかについて、そして、どのようにコモン・ロー上の基本的人権を特定することができるのかを考察する。第2に、裁判所と政府や公的機関との関係において見出されるようになったコモン・ロー上の基本的人権の射程がどこまで及ぶのかを特に国会との関係において考察する。

#### (1) コモン・ロー上の基本的人権の特定の方法と種類

第1に、どのような権利をコモン・ロー上の基本的人権として挙げることができるのかについて、少なくとも本件において扱った限りにおいて、現在のところ、裁判所は UNISON 事件最高裁判決における司法アクセス権をコモン・ロー上の基本的人権として認定している。

本稿で扱っていないコモン・ロー上の基本的人権が存在するかについて、どのように考えていけばよいであろうか。コモン・ロー上の基本的人権は、近年現れてきた概念である。また、これまで基本権を規定する成文憲法を持たない中で、いかなるコモン・ロー上の基本的人権が存在するのか、または存在すべきかを考える必要がある。そのためには、コモン・ロー上の基本的人権が、どのような方法で特定されていくのかを考えなくてはならない。どのようにコモン・ロー上の基本的人権を特定することができるのかについて、その特定方法はいくつか考えられる。たとえば、①歴史的に重要な文書や法令を根拠とするもの、②コモン・ローが伝統的に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も見いだせるもの、③イギリスと同じくコモン・ローを第1の法源とするアメリカや、ニュージーランド、オーストラリア、カナダなどの英連邦諸国の法においても一定の共通性を見出すことができるものである。このことは、イギリスの裁判所はそのほかのアメリカや英連邦諸国の国々の裁判所がイギリスの裁判所の判例を参照していることから根拠づけることができるであろう。そして、④基本権を保障する規定を持たない不文憲法のなかでも憲法の構造上必要なもの、の少なくとも4つ、あるいはこれらの組み合わせによって考えることができるであろう。

UNISON 最高裁判決について扱った司法アクセス権は、①の1215年のマグナ・カルタ40条に該当する。②についても欧州人権条約が6条において公正な裁判を受ける権利を保障している。

第4章で扱った Belhaj 事件最高裁判決において指摘のあったコモン・ロー上の基本的人権としての人身の自由と拷問の禁止は、①に相当する1225年のマグナ・カルタ29条(1215

年のマグナ・カルタでは 39 条) に由来すると判旨において述べられていた。また②に相当する欧州人権条約も 3 条に拷問の禁止、5 条に人身の自由を規定していた。本稿ではアメリカや英連邦諸国の法まで検討することはできないが、コモン・ローの国々では人身保護令状が普及したところから考えれば、③についても妥当するであろう。

Belhaj 事件最高裁判決は、人身の自由と拷問の禁止を、コモン・ロー上の基本的人権として捉えているものと読み取ることができる。それは、人身保護令状が人身の自由を何世紀にもわたって保護してきたことや、不法行為法や刑事法が、拷問行為によって侵害される法益を保護することから考えれば当然である。たとえば、人身の自由や拷問の禁止が、残余的な市民的自由のままであり続け、1970 年代の Malone 事件において認識されたように、公的機関の活動を違法とする制定法が存在しなければ、当該活動を違法と裁判所が判決することができないということになる。たとえ、1998 年人権法が人身の自由や拷問の禁止を人権条約上の権利として認めているとはいえ、イギリス国内裁判所が、人権裁判所判例参照義務のもとで、必要とする判例を見つけられないからといって、原告が救済を得ることができないということになってもよいのだろうか。とりわけ外交安全保障事項に関する国王大権の行使のような事案は、国王大権自体が、外交安全保障事項に関するものということで、これまで裁判所は抑制的な判決がほとんどであった。そう考えれば、国王大権の行使に関連する本件のような事案において、人身の自由や拷問の禁止をコモン・ロー上の基本的人権として、裁判所が理解するようになったことは、コモン・ローを形成して、法の適用解釈を担う裁判所の当然の行動であると考えられる。こうした裁判所の市民的自由の基本権的な理解は、そうした従来の市民的自由の限界と国会による行政への監視・コントロールの不十分さに起因している。

また、コモン・ロー上の基本的人権と人権条約上の権利が関連する場合、それぞれがどのような関係に立つかを検討する必要がある。この点について Jalloh 事件最高裁判決<sup>510</sup>を取り上げよう。同事件の概要は次のとおりである。リビア国籍の原告は、移民局の拘束から釈放され、翌日から 1971 年移民法に基づき、移民官に毎週、月・水・金曜日に所定の居場所にいることを知らせるよう行動制限通知 (Notice of Restriction) を手渡されていた。また電子タグを取り付けられ、午後 11 時から午前 7 時までの外出時間を制限され自宅待機を求められた。合理的な理由なく行動制限通知に違反した場合、拘束または罰金が科されることになっていた。電子タグは 891 日間にわたり装着させられた。原告は行動制限通知に従おうとしていたが、宗教的行事や家事裁判所への出廷のため、何度も通知違反を犯していた。先例

---

<sup>510</sup> R (Jalloh (formerly Jollah)) v. Secretary of State for the Home Department [2020] UKSC 4; [2020] 2 W.L.R. 418.

において外出時間制限には法的権限がないと判決されていた。原告は国務大臣に対して不当監禁を理由に損害賠償請求訴訟を提起した。大臣は、外出時間制限が、コモン・ロー上の不当監禁には該当しないこと、またコモン・ロー上の監禁の概念を、欧州人権条約5条の自由の剥奪規定に一致させるべきと主張した。最高裁は原告の訴えを認めた。Hale 裁判官が多数意見を述べた。判旨の概要は次の通りである。欧州人権条約は、人身の自由の剥奪と単なる制限を区別している。人身の自由の剥奪が存在するかどうかは、その様式、期間、剥奪の効果に依存する。先例では8時間の外出時間制限は、人身の自由の剥奪にはならないと判示されていた。大臣は、コモン・ロー上の不当監禁を人権条約5条の人身の自由の剥奪に一致させるべきと主張した。Hale 裁判官はこの大臣の主張を否定した。その理由は、人権条約上の人身の自由の剥奪にコモン・ロー上の監禁の概念を一致させることは、コモン・ロー上の監禁の概念の範囲を狭くし、後退させるからであった。

このように、被告大臣のコモン・ロー上の監禁の概念を、人権条約上の人身の自由の剥奪に一致させようとする主張を最高裁は棄却した。この例証は、イギリスの裁判所が、長年にわたり蓄積してきたコモン・ロー上の概念を守ろうとする動きとして読み取ることができる。判例評釈も、Jalloh 判決がコモン・ローの付与する保護を制限することへの拒否を強調していると評価している<sup>511</sup>。

## (2) 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

次に、裁判所と政府や公的機関との関係において見出されるようになったコモン・ロー上の基本的人権の射程が、どこまで及ぶのかを特に国会との関連において考えたい。本稿は、上述のコモン・ロー上の基本的人権を、政府や公的機関に対して見出されるものとして考察してきた。コモン・ロー上の基本的人権が国会との関係で争点となるのは、裁判所が制定法を解釈するときにコモン・ロー上の基本的人権がいかなる影響を及ぼすかである。制定法解釈に関して、国会が明示的に制限しようとする規定を設けていない限り、基本権が保護されると推定する解釈的な適法性の原則を Simms 事件貴族院判決<sup>512</sup>で確認した。このとき示されているのは解釈上推定される基本権であった。本稿の射程は、コモン・ロー上の基本的人権の国会との関係にまでは及んでいないため、制定法解釈にかかるコモン・ロー上の基本的人権を検討することはできない。

可能性として、制定法の制限する法益が、コモン・ロー上の基本的人権である場合、裁判

<sup>511</sup> Martin, S., “False Imprisonment vis a vis Deprivation of Liberty: Smashing the Ossuary” (2020) 79 CLJ 211, 213.

<sup>512</sup> R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms [2000] 2 A.C. 115.

所はどのように解釈するのだろうか。たとえば、スコットランド独立レファレンダムにかかる受刑者の選挙権剥奪に関する *Moohan* 事件最高裁判決において、4名の同調する多数意見を述べた *Hodge* 裁判官は、傍論ではあるものの、次のように述べた。すなわち、

「コモン・ローは、国会制定法の規定する範囲を超えて選挙権を拡大することはできないが、国会の多数派が選挙権の縮小ないし同様の方法によってその権力を拡大させることがほとんどないとは言い切れず、民主主義、法の支配、そして国際法規範の原理を吹き込まれるコモン・ローは、そうした立法を違法と宣言することができるだろう<sup>513</sup>」。

これは選挙権の不当な剥奪を裁判所が将来において違法と判決することができる可能性を示唆している。このように、裁判所は傍論においてではあるが、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ことを示唆している。

---

<sup>513</sup> *Moohan v. Lord Advocate* [2014] UKSC 67; [2015] A.C. 901; [2015] 2 W.L.R. 141; [2015] 2 All E.R. 361, para 35.



参考文献・判例リスト

辞書・辞典

- 小山貞夫編著『英米法律語辞典』(研究社、2011)  
田中英夫編集代表『英米法辞典』(東京大学出版会、1991)  
戒能通厚編『現代イギリス法事典』(新世社、2003)  
Greenberg, D. (ed.), *Jowitt's Dictionary of English Law* (Sweet & Maxwell, 2015).  
*Halsbury's Laws of England*, Vol. 20 Constitutional and Administrative Law (2014).  
*Halsbury's Laws of England*, Vol. 88A Rights and Freedoms (2018).

邦語文献

- 岩切大地「イギリス貴族院のバンクール判決にみる国王大権と司法審査」法学研究 87 巻 2 号 (2014) 161 頁。
- 上田健介「訴訟費用と裁判を受ける権利—EU 法およびイギリス法の展開—」近畿大学法科大学院論集 15 号 (2019) 37-76 頁。
- 江島晶子『人権保障の新局面—ヨーロッパ人権条約とイギリス憲法の共生—』(日本評論社、2002)
- 倉持孝司「イギリスにおける統治構造論と新権利章典制定化の動向」名古屋大学法政論集 89 号 (1981) 375-452 頁。
- 倉持孝司「イギリスにおける新権利章典論議と市民的自由の保障に関する一考察(一)」名古屋大学法政論集 139 号 (1992) 389-416 頁。
- 倉持孝司「A・レスター他『英国権利章典』(IPPR、1990年)」修道法学 14 巻 1 号 (1992) 109-125 頁。
- 倉持孝司『イギリスにおける市民的自由の法構造』(日本評論社、2001)
- 倉持孝司「イギリス『憲法改革』と裁判所」松井幸夫編『変化するイギリス憲法—ニュー・レイバーとイギリス「憲法改革」—』(敬文堂、2005) 235 頁。
- 倉持孝司・小松浩編著『憲法のいま—日本・イギリス—』(敬文堂、2015)
- 河野良継「契約当事者関係の誤謬における市場社会の法イデオロギー」阪大法学 48 巻 3 号 (1998) 133-159 頁。
- 佐野隆「ネグリジェンスにおける一般的傾向および制限的側面」早稲田法学会誌 43 巻 (1993) 237-289 頁。
- 下山瑛二「イギリス法における基本権—『人身の自由』の制度的定着過程について—」東京大学社会科学研究所編『基本的人権 2 歴史 1』(東京大学出版会、1968) 283-337 頁。
- 平誠一「イギリス 1998 年人権法の水平的効力—プライバシー保護に関する判例・学説の分析を通して—」久留米大学大学院比較文化研究論集 17 号(2005)143-159 頁。

- 平誠一「イギリスにおけるプライバシー保護の状況—1998 年人権法施行から 10 年を経て—」久留米大学法学 65 号 (2011) 57-80 頁。
- 高安健将「現代英国政治における権力の監視とコントロール」成蹊法学 68・69 合併号(2008) 265-288 頁。
- 田島裕『イギリス憲法典—1998 年人権法—』(信山社、2001)
- 田中英夫『英米法総論(上・下)』(東京大学出版会、1980)
- 戸波江二ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』(信山社、2008)
- 内藤るり「私生活上の事実の保護における秘密保持の法理の活用—イギリス私法上のプライバシー保護の一展開—」国家学会雑誌 122 巻 1・2 号 (2009) 221-288 頁。
- 中村民雄「ヨーロッパ人権条約の摂取によるコモン・ロー人権法理の再生と創造—1990 年代のイギリス公法の一隅—」成蹊法学 45 巻 (1997) 59-111 頁。
- 中村民雄「欧州人権条約のイギリスのコモン・ロー憲法原則への影響—『法の支配』の変・不変—」早稲田法学 87 巻 3 号 (2012) 659-691 頁。
- 中村民雄・山元一編『ヨーロッパ『憲法』の形成と各国憲法の変化』(信山社、2012)
- 平松直登「1998 年人権法の『水平的効力』の諸相—〈「公的機関」としての裁判所〉の意義と私人間効力—」明治大学法学研究論集 43 号 (2015) 27-46 頁。
- ブライス・ディクソン(北村泰三訳)「欧州人権条約と英国最高裁判所」比較法雑誌 48 巻 2 号 (2014) 15-46 頁。
- 堀部政男「イギリスにおけるヘイビアス・コーパスの歴史的展開—その人身保護令状的機能の発展期(一八世紀)—」一橋大学研究年報人文科学研究 10 巻 (1968) 97 頁。
- 松井幸夫編『変化するイギリス憲法』(敬文堂、2005)
- 望月礼二郎「ネグリジェンスの構造・再論」社会科学研究 42 巻 1 号 (1990) 1-52 頁。
- 望月礼二郎「ネグリジェンスの構造・再論・補説」星野英一・森島昭夫編『現代社会と民法学の動向(上)』(有斐閣、1992) 441-467 頁。
- 望月礼二郎『英米法(新版)』(青林書院、1997)
- 矢頭敏也編『英米法序説』(敬文堂、1997)

#### 英語文献

- Barendt, E., “Dicey and Civil Liberties” [1985] PL 596.
- Barendt, E., “Separation of Powers and Constitutional Government” [1995] PL 599.
- Bates, E., “British Sovereignty and the European Court of Human Rights” (2012) 128 LQR 382.
- Beale, H. and Pittam, N., “The Impact of the Human Rights Act 1998 on English Tort and Contract Law”, D. Friedman and D. Barak-Erez, *Human Rights in Private Law* (Hart Publishing, 2001) 131.
- Beever, A., *Rediscovering the Law of Negligence* (Hart Publishing, 2007)
- Bell, J., *Policy Arguments in Judicial Decisions* (Oxford University Press, 1983)

- Blackburn, R., “Enacting a Written Constitution for the United Kingdom” (2015) 36 Statute Law Review 1.
- Bogdanor, V., *The New British Constitution* (Hart Publishing, 2009)
- Bogg, A., “The Common Law Constitution at Work: R (on the application of UNISON) v Lord Chancellor” (2018) 81 MLR 509.
- Booth C. & Suquires D., *The Negligence Liability of Public Authorities* (Oxford University Press, 2006)
- Bradley, A. W. & Ewing, K. D., *Constitutional & Administrative Law*, 15th ed. (Longman, 2011)
- Braun, A., “Judges and Academics: Features of Partnership” Lee, J. (ed.), *From House of Lords to Supreme Court* (Hart Publishing, 2011) 227-253.
- Browne-Wilkinson, L. “The Infiltration of a Bill of Rights” [1992] PL 397.
- Craig, P., *Administrative Law*, 7th ed. (Sweet & Maxwell, 2012)
- Craig, P., *UK, EU and Global Administrative Law: Foundations and Challenges* (Cambridge University Press, 2014).
- Clayton, R., “Should the English Courts under the HRA Mirror the Strasbourg Case Law?” in Ziegler, K.S., Wicks, E. and Hodson, L., *The UK and European Human Rights: A Strained Relationship?* (Hart Publishing, 2015) 95-113.
- Dicey, A.V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed. (Macmillan, 1915)  
 本稿では、Liberty Fund の出版した原典 8 版（ダイシーが最期に手を加えたもの）のリプリント版を使用した。 [ダイシー、A.V. (伊藤正己・田島裕訳) 『憲法序説』 (学陽書房、1983) ]
- Dickson, B., “Repeal the HRA and Rely on the Common Law?” Ziegler, KS. (et al eds.), *The UK and European Human Rights: A Strained Relationship?* (Oxford University Press, 2015) 115-133.
- Dickson, B., *Human Rights and the United Kingdom Supreme Court* (Oxford University Press, 2011).
- du Bois, François, “Human Rights and the Tort Liability of Public Authorities” (2011) 127 LQR 589.
- Eatwell, T., “Selling the Pass, Habeas Corpus, Diplomatic Relations and the Protection of Liberty and Security of Persons Detained Abroad” (2013) 62 ICLQ 727.
- Elliott, M., “Beyond the European Convention, Human Rights and the Common Law” (2015) 68 CLP 85.
- Elliott, M., “The Rule of Law and Access to Justice: Some Home Truths” (2018) 77 CLJ 5.
- Ewing, K.D. and Gearty, C.A., *Freedom Under Thatcher: Civil Liberties in Modern Britain* (Oxford University Press, 1990).
- Ewing, K.D. and Tham, J.C., “The Continuing Futility of the Human Rights Act” [2008] PL 668.
- Fairgrieve, D., *State Liability in Tort: A Comparative Law Study* (Oxford University Press, 2003)
- Feldman, D. (ed.), *English Public Law*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2009).

Feldman, D., “Human Rights, Terrorism and Risk: the Roles of Politicians and Judges” [2006] PL 364.

Fenwick, H., *Fenwick on Civil Liberties and Human Rights*, 5th ed. (Routledge-Cavendish, 2016).

Forsyth, C.F., “The Provenance and Protection of Legitimate Expectations” (1988) 47 CLJ 238.

Gearty, C., “Osman Unravels” (2002) 65 MLR 87.

George, J. and Lidbetter, A. “Negligent Public Authorities and Convention Rights - the Legacy of Osman” (2001) 599 EHRLR.

Hoffman, D., *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law* (Cambridge University Press, 2011).

Hooper, H.J., “Shining Light on the Darkness, *Rahmatullah v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth*” [2013] PL 213.

Jaffey, A.J.E., *The Duty of Care* (Dartmouth, 1992).

Jones, M. A., *Clerk & Lindsell on Torts (Common Law Library)*, 20th ed. (Sweet & Maxwell, 2010).

Juss, SS., “Belhaj, Justiciability and the Silhouette-Like Act of State Doctrine in Tolerating Torture” [2019] PL 16.

Kavanagh, A., “Judging the Judges under the Human Rights Act: Deference, Disillusionment and the War on Terror” [2009] PL 287.

Kavanagh, A., “The Role of Courts in the Joint Enterprise of Governing” in Barber (et al eds.), *Lord Sumption and the Limits of Law* (Oxford University Press, 2016).

Kilroy, C., “R. (on the application of Abbasi) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, Reviewing the Prerogative” [2003] EHRLR 222.

King, J., “The Democratic Case for a Written Constitution” (2019) 72 CLP 1.

Laws, J., “Is the High Court the Guardian of Fundamental Constitutional Rights” [1993] PL 59.

Laws, Sir John, *Common Law Constitution* (Cambridge University Press, 2014).

Le Sueur, A., Sunkin, M. and Murkens, J.E.K. (et al eds.), *Public Law: Text, Cases, and Materials* (Oxford University Press, 2016).

Lewis, J., “The European Ceiling on Human Rights” [2007] PL 720.

Lunney, M. & Oliphant, K. *Tort Law Text and Materials*, 5th ed. (Oxford University Press, 2013).

Mance, L., “Justiciability” (2018) 67 ICLQ 739.

Martin, S., “False Imprisonment vis a vis Deprivation of Liberty: Smashing the Ossuary” (2020) 79 CLJ 211.

Masterman, R., *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution: Judicial Competence and Independence in the United Kingdom* (Cambridge University Press, 2011).

Masterman, R. and Wheatle, S., “A Common Law Resurgence in Rights Protection” [2015] EHRLR 57.

McGoldrick, D., “The Boundaries of Justiciability” (2010) 59 ICLQ 981.

- McKendrick, E. “Negligence and Human Rights: Reconsidering Osman”, in D. Friedman and D. Barak-Erez (eds.), *Human Rights in Private Law* (Hart Publishing, 2001).
- McIvor, C. “Getting Defensive about Police Negligence: The Hill Principle, the Human Rights Act 1998 and the House of Lords” (2010) 69 CLJ 133.
- McIvor, C., “Police Immunity and the Legacy of Hill v. Chief Constable of West Yorkshire” (2005) 21 PN 201.
- McIvor, C., “The Positive Duty of the Police to Protect Life” (2008) 24 PN 27.
- Moosavian, R., “Judges and High Prerogative: The Enduring Influence of Expertise and Legal Purity” [2012] PL 724.
- Morgan, J. ‘Policy Reasoning in Tort Law: the Courts, the Law Commission and the Critics’ (2009) 125 LQR 215.
- Mullernder, R., “Negligence, Public Bodies, and Ruthlessness” (2009) 72 MLR 961.
- Nolan, D. “Negligence and Human Rights Law: The Case for Separate Development” (2013) 76 MLR 286.
- Oliver, D., “Is the Ultra Vires Rule the Basis of Judicial Review” [1987] PL 543.
- Poole, Thomas “*Back to the Future? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism*” (2003) 23 OJLS 435.
- Rogers, W. V. H., *Winfield and Jolowicz on Tort*, 18th ed. (Sweet & Maxwell, 2010).
- Sales, P., “A Comparison of the Principle of Legality and section 3 of the Human Rights Act 1998” (2009) 125 LQR 598.
- Sanger, A., “Review of Executive Action Abroad: the UK Supreme Court in the International Legal Order” (2019) 68 ICLQ 35.
- Sanger, A., “UK Government Cannot Hide from Complicity in Human Rights Abuses” (2017) 76 CLJ 223.
- Scarman, L., *English Law: The New Dimension* (Stevens, 1974) [スカーマン、L. (田島裕訳) 『イギリス法—その新局面』 (東京大学出版会、1981) ]
- Smith, E., “Acts of State in Belhaj and Rahmatullah” (2018) 134 LQR 20.
- Stevens, R., *Torts and Rights* (Oxford University Press, 2007).
- Tofaris, S., “Duty of Care in Negligence: A Return to Orthodoxy” (2018) 77 CLJ 454.
- Tofaris, S. and Steel S., “Negligence Liability for Omissions and the Police” (2016) 75 CLJ 128.
- Tomkins, A., *Our Republican Constitution* (Hart Publishing, 2005).
- Tomkins, A., “The Role of the Courts in the Political Constitution” (2010) 60 University of Toronto Law Journal 1.
- Turpin, C. & Tomkins, A., *British Government and the Constitution*, 7th ed. (Cambridge University Press, 2011).

Varuhas, N.E.J, “Administrative Law and Rights in the UK House of Lords and Supreme Court” in  
Daly, P (ed.), *Apex Courts and the Common Law* (University of Toronto Press, 2019).  
Wadham, J. and others, *Blackstone’s guide to the Human Rights Act*, 6th ed. (Oxford University Press,  
2011).  
Walton, C. *Charlesworth & Percy on Negligence (Common Law Library)*, 12th ed. (Sweet & Maxwell,  
2010).  
Woolf, L. (et al. eds.), *De Smith’s Judicial Review*, 7th ed. (Sweet & Maxwell, 2013).  
Wright, J. *Tort Law and Human Rights* (Hart Publishing, 2001).

判例リスト

イギリス国内裁判所判決

Ambrose v Harris [2011] UKSC 43; [2011] 1 WLR 2435.  
Anns v. Merton London Borough Council [1978] AC 728; [1977] 2 WLR 1024; [1977] 2 All ER 492,  
HL.  
Arthur JS Hall v. Simons [2002] 1 A.C. 615; [2000] 3 W.L.R. 543; [2000] 3 All E.R. 673, HL.  
Attorney General of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu [1983] 2 AC 629, [1983] 2 WLR 735, [1983] 2 All  
ER 346, HL.  
Barrett v. Enfield London Borough Council [1999] UKHL 25; [2001] 2 AC 550; [1999] 3 WLR 79;  
[1999] 3 All ER 193.  
Belhaj v. Director of Public Prosecutions [2018] UKSC 33; [2019] A.C. 593; [2018] 3 W.L.R. 435;  
[2018] 4 All E.R. 561.  
Belhaj v. Straw, Rahmatullah v. Ministry of Defence [2017] UKSC 3; [2017] A.C. 964; [2017] 2 W.L.R.  
456; [2017] 3 All E.R. 337.  
Bellinger v Bellinger [2003] UKHL 21; [2003] 2 A.C. 467; [2003] 2 W.L.R. 1174.  
Brooks v. Commissioner of Police of the Metropolis [2005] UKHL 24; [2005] 1 WLR 1495; [2005] 2  
All ER 489.  
Calveley v. Chief Constable of the Merseyside police [1989] A.C. 1228; [1989] 2 W.L.R. 624; [1989]  
1 All E.R. 1025, HL.  
Caparo Industries plc. v. Dickman [1990] 2 AC 605; [1990] 2 WLR 358; [1990] 1 All ER 568, HL.  
Capital & Counties plc v. Hampshire County Council [1997] QB 1004; [1997] 3 WLR 331; [1997] 2  
All ER 865, CA.  
Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] AC 374, [1984] 3 WLR 1174,  
[1984] 3 All ER 935, HL.  
D v. East Berkshire Community NHS Trust [2005] UKHL 23; [2005] 2 AC 373.

Desmond v Chief Constable of Nottinghamshire [2011] EWCA Civ 3; [2011] PTSR (The Public & Third Sector Law Reports) 1369.

Donoghue v. Stevenson [1932] AC 536; [1932] All ER 1, HL.

DSD v. Commissioner of Police of the Metropolis [2018] UKSC 11; [2018] 2 WLR 895.

Duport Steels Ltd. v. Sirs [1980] 1 W.L.R. 142; [1980] 1 All E.R. 529, HL.

East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent [1941] A.C. 74; [1940] 4 All E.R. 527, HL.

Elgouzouli-Daf v. Commissioner of Police of the Metropolis [1995] Q.B. 335; [1995] 2 W.L.R. 173; [1995] 1 All E.R. 833, CA.

Entick v. Carrington (1765) 19 State Tr 1029; 2 Wils KB 275.

G (A Child) (Adoption: Unmarried Couples), In re [2008] UKHL 38, [2009] 1 AC 173, [2008] 3 WLR 76.

Gorringe v. Calderdale Metropolitan Borough Council [2004] UKHL 15; [2004] 1 W.L.R. 1057; [2004] 2 All E.R. 326.

Governors of Peabody Donation Fund v. Sir Lindsay Parkinson & Ltd. [1985] AC 210, HL.

Greene v. Secretary of State for Home Affairs [1942] A.C. 284, HL.

Hedley Byrne & Co. Ltd. v Heller & Partners Ltd. [1964] AC 465; [1963] 3 WLR 101; [1963] 2 All ER 575, HL.

Hill v. Chief Constable of West Yorkshire [1989] AC 53; [1988] 2 WLR 1049; [1988] 2 All ER 238, HL.

Home Office v. Dorset Yacht Co. Ltd. [1970] AC 1004; [1970] 2 WLR 1140; [1970] 2 All ER 94, HL.

Jones v. Kaney [2011] UKSC 13, [2011] 2 A.C. 398; [2011] 2 W.L.R. 823; [2011] 2 All E.R. 671.

Kay v. Lambeth LBC [2004] UKHL 10.

Kent v. Griffiths [2001] QB 36; [2000] 2 WLR 1158; [2000] 2 All ER 474, CA.

Kirham v. Chief Constable of Greater Manchester Police [1990] 2 QB 283, CA.

Leigh and Sullivan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd. [1986] 1 AC 785; [1986] 2 WLR 902, HL.

Liversidge v. Anderson [1942] A.C. 206, HL.

Malone v. Metropolitan Police Commissioner [1979] Ch. 344; [1979] 2 W.L.R. 700; [1979] 2 All E.R. 620.

McLoughlin v. O'Brian [1983] 1 AC 410; [1982] 2 WLR 982; [1982] 2 All ER 298, HL.

Michael v. Chief Constable of South Wales [2012] EWCA Civ 981.

Michael v. Chief Constable of South Wales Police [2015] UKSC 2, [2015] 2 WLR 343, [2015] 2 All ER 635.

Moohan v. Lord Advocate [2014] UKSC 67; [2015] A.C. 901; [2015] 2 W.L.R. 141; [2015] 2 All E.R. 361.

Mulcahy v. Ministry of Defence [1996] QB 732, CA.

Murphy v. Brentwood District Council [1991] 1 AC 398; [1990] 3 WLR 414; [1990] 2 All ER 908, HL.

Orange v. Chief Constable of Yorkshire Police [2002] QB 347, CA.

Osborn v. Parole Board, In re Reilly [2013] UKSC 61; [2014] A.C. 1115; [2013] 3 W.L.R. 1020; [2014] 1 All E.R. 369.

Osman v. Ferguson [1993] 4 All ER 344, CA.

Phelps v. Hillingdon London Borough Council [2000] UKHL 47; [2001] 2 AC 619, [2000] 3 WLR 776, [2000] 4 All ER 504.

R v. Horncastle [2009] UKSC 14; [2010] 2 A.C. 373; [2010] 2 W.L.R. 47; [2010] 2 All E.R. 359.

R v. Lord Chancellor, ex parte Witham [1998] Q.B. 575; [1998] 2 W.L.R. 849, CA.

R v. Secretary of State for Home Affairs, ex p Greene [1942] 1 K.B. 87; [1941] 3 All E.R. 104, CA.

R v. Secretary of State for the Environment, Ex p Hammersmith and Fulham LBC [1991] 1 A.C. 521; [1990] 3 W.L.R. 898; [1990] 3 All E.R. 589.

R v. Secretary of State for Home Department, Ex p. Brind [1991] 1 AC 696; [1991] 2 WLR 588; [1991] 1 All ER 720, HL.

R v. Secretary of State for the Home Department, ex p Cheblak [1991] 1 W.L.R. 890; [1991] 2 All E.R. 319.

R v. Secretary of State for the Home Department, ex p Hosenball [1977] 1 W.L.R. 766; [1977] 3 All E.R. 452.

R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Leech [1994] Q.B. 198; [1993] 3 W.L.R. 1125; [1993] 4 All E.R. 539, CA.

R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms [2000] 2 A.C. 115; [1999] 3 W.L.R. 328; [1999] 3 All E.R. 400.

R. (Abbasi) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs [2002] EWCA Civ 1598.

R (Bancoult) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs [2008] UKHL 61; [2009] 1 A.C. 453; [2008] 3 W.L.R. 955; [2008] 4 All E.R. 1055.

R (Greenfield) v. Secretary for the Home Department [2005] UKHL 14.

R (Jalloh (formerly Jollah)) v. Secretary of State for the Home Department [2020] UKSC 4; [2020] 2 W.L.R. 418.

R. (on the application of Ullah) v. Special Adjudicator [2004] UKHL 26; [2004] 2 AC 323; [2004] 3 WLR 23.

R (S and Marper) v. Chief Constable of South Yorkshire Police [2004] UKHL 39; [2004] 1 W.L.R. 2196; [2004] 4 All E.R. 193.

R (UNISON) v. Lord Chancellor [2017] UKSC 51; [2017] 3 W.L.R. 409.

Rabone v. Pennine Care NHS Trust [2012] UKSC 2; [2012] 2 A.C. 72; [2012] 2 W.L.R. 381; [2012] 2 All E.R. 381.



Rahmatullah v. Secretary of State for Defence [2011] EWCA Civ 1540; [2012] 1 W.L.R. 1462; [2012] 1 All E.R. 1290.

Rahmatullah v. Secretary of State for Defence [2012] UKSC 48; [2013] 1 A.C. 614; [2012] 3 W.L.R. 1087; [2013] 1 All E.R. 574.

Rahmatullah and Mohammed v. Ministry of Defence [2017] UKSC 1; [2017] A.C. 649; [2017] 2 W.L.R. 287; [2017] 3 All E.R. 179.

Raymond v. Honey [1983] 1 A.C. 1; [1982] 2 W.L.R. 465; [1982] 1 All E.R. 756, HL.

Reeves v. Commissioner of Police of the Metropolis [2000] 1 AC 360, HL.

Robinson v. Chief Constable of West Yorkshire [2018] UKSC 4; [2018] 2 W.L.R. 595.

Rondel v. Worsley [1969] 1 AC 191; [1967] 3 WLR 1666; [1967] 3 All ER 993, HL.

Sarjantson v. Chief Constable of Humberside Police [2013] EWCA Civ 1252; [2014] QB 411.

Savage v. South Essex NHS Trust [2008] UKHL 74; [2009] 1 A.C. 681; [2009] 2 W.L.R. 115; [2009] 1 All E.R. 1053.

Secretary of State for Home Affairs v. O'Brien [1923] AC 603.

Serdar Mohammed v. Ministry of Defence [2017] UKSC 2; [2017] A.C. 821; [2017] 2 W.L.R. 327; [2017] 3 All E.R. 215.

Shergill v. Khaira [2014] UKSC 33; [2015] A.C. 359; [2014] 3 W.L.R. 1; [2014] 3 All E.R. 243.

Smith v. Chief Constable of Sussex Police [2008] EWCA Civ 39.

Smith v. Chief Constable of Sussex Police [2008] UKHL 50; [2009] AC 225; [2008] 3 WLR 593; [2008] 3 All ER 977.

Smith v. Littlewoods Organization Ltd. [1987] 1 AC 241; [1987] 2 WLR 480; [1987] 1 All ER 710, HL.

Smith v. Ministry of Defence [2013] UKSC 41; [2014] A.C. 52; [2013] 3 W.L.R. 69; [2013] 4 All E.R. 794.

Stovin v. Wise [1996] A.C. 923; [1996] 3 W.L.R. 388; [1996] 3 All E.R. 801, HL.

Swinney v. Chief Constable of Northumbria [1997] QB 464; [1996] 2 WLR 968; [1996] 3 All ER 449, CA.

Van Colle v. Chief Constable of the Hertfordshire Police [2007] EWCA Civ 325; [2007] 1 WLR 1821.

Van Colle v. Chief Constable of the Hertfordshire Police [2008] UKHL 50; [2009] AC 225; [2008] 3 WLR 593; [2008] 3 All ER 977.

X v. Bedfordshire County Council [1995] 2 A.C. 633; [1995] 3 W.L.R. 152; [1995] 3 All E.R. 353, HL.

欧洲人權裁判所判決

Al-Khawaja and Tahery v. UK (Apps nos. 26766/05 and 22228/06); (2009) 49 EHRR 1.

Golder v. UK (App. no. 4451/70); [1975] 1 EHRR 524.

Greens and MT v. UK (App nos. 60041/08 & 60054/08); (2011) 53 EHRR 21.  
Hirst v. United Kingdom (App no. 74025/01) (2006) 42 EHRR 41.  
Keenan v. United Kingdom (App no. 27229/95); (2001) 33 EHRR 38.  
Osman v. United Kingdom [1999] 1 FLR 193; (2000) 29 EHRR 245.  
Othman v. UK (App no. 8139/09); (2012) EHRR 1.  
Scoppola v. Italy (App no. 126/05); (2013) 56 EHRR 19.  
Silver v. UK (Application Nos. 5947/72 6205/73, 7052/75, 7061/75 7107/75, 7113/75, 7136/75);  
(1983) 5 E.H.R.R. 347.  
Van Colle v. United Kingdom (App no. 7678/09), (2013) 56 EHRR 23 26.  
Z v. UK (App no. 29392/95); [2001] 2 FLR 612; [2001] 2 FCR 246; (2002) 34 EHRR 3.

#### その他の判決

Case 11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und  
Futtermittel [1970] ECR 1125.  
Jointed Cases C-6/90 and C-9/90 Francovich and Bonifaci v. Italy [1991] ECRI-5357.  
Jointed Cases C-46/93 and C-48/93 Brasserie du Pêcheur v. Bundesrepublik Deutschland  
R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. [1996] ECR I-1029.  
Shaw Savill & Albion Co Ltd v. the Commonwealth (1940) 66 CLR 344.  
State of New South Wales v. Tyszyk [2008] NSWCA 107.

#### 公文書

House of Commons Library, *Prisoners' Voting Rights Developments since May 2015* (April 2020).  
House of Lords and House of Commons Joint Committee on Human Rights, *A Bill of Rights for the  
UK*, Twenty-nine Report of Session 2007-8 (HL Paper 165-I, HC 150-I, 2008).  
Law Commission Consultation Paper No. 187, *Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen*  
(2008)  
Law Commission Consultation Paper, *Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen, Analysis  
of Consultation Responses* (2010)  
Law Commission Consultation Paper No. 322, *Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen*  
(2010)  
Ministry of Justice, *Responding to Human Rights Judgments: Report to the Joint Committee on Human  
Rights on the Government's Response to Human Rights Judgments 2018-2019* (2019 October).  
Sir William MacPherson of Cluny, *The Stephen Lawrence Inquiry* (London, HMSO, 1999) Cm 4262-  
I.