

早稲田大学大学院法学研究科

2021年1月11日

博士学位申請論文審査報告書

論文題目「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変
化—」

申請者氏名：山口哲史

主査 早稲田大学教授 博士（法学）（東京大学）
早稲田大学教授
早稲田大学教授
帝塚山大学教授

中村民雄
須網隆夫
長谷部恭男
佐野 隆

山口哲史氏博士学位申請論文審査報告書

早稲田大学大学院法学研究科博士後期課程を研究指導終了により 2019 年 3 月に退学した山口哲史氏は、早稲田大学学位規則第 7 条第 1 項に基づき、2020 年 11 月 11 日、その論文「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—」を早稲田大学大学院法学研究科長に提出し、博士（法学）（早稲田大学）の学位を申請した。後記の委員は、上記研究科の委嘱を受け、この論文を審査してきたが、2021 年 1 月 11 日に審査を終了したので、その結果を報告する。

I 本論文の目的と構成

1 本論文の目的

本論文は、欧州人権条約をイギリスにおいて国内実施する 1998 年人権法の施行以後、イギリスの裁判所による人権保障の仕方に変化があるのかどうか、また変化がある場合、その変化はなぜ起き、それがイギリス憲法においていかなる意味をもつかを究明しようとする。（本論文が扱う対象のほとんどが、イングランドおよびウェールズの法と判例であって厳密にはそう表記すべきであるが、以下ではイングランドおよびウェールズをイギリスと表記することにする。）

この問いは、イギリス固有の法的背景からでている。イギリスは成文憲法典をもたず、憲法典に人権を定めて保障する仕方をとっていない。しかし、国内の人権保障は、国会の制定法（古くはマグナ・カルタ、人身保護法、権利章典など）および裁判所におけるコモン・ロー上の市民的自由（civil liberties）の確保によりなされてきた。イギリス政府はこれで実効的な人権保障は達成されているとの見解を長らくとってきた。二つの世界大戦の反省にたって戦後、各国を超えて欧州諸国間共通の人権保障を目的として欧州人権条約が締結され、それにもとづき欧州人権裁判所や個人の人権侵害救済申立て制度が設けられた際も、イギリスは同条約に署名し、個人の救済申立て制度も後に承認したものの、この条約の保障する人権は国内において同等の保障があるとして、同条約の国内実施法は制定しなかった。

しかし 1970 年代以降、イギリスにおいても人権保障に実効性を欠く場面が見えてくると、次第に国内でも欧州人権条約の国内実施を求める声が高まった。1980 - 90 年代にかけて、イギリスの裁判所は、受刑者の裁判を受ける権利をめぐる訴訟などで、限定的な範囲ながら、欧州人権条約に即するようにコモン・ロー法理を発展させて市民的自由をより実効的に保護する姿勢を見せた。1998 年に人権法が制定され、公式に欧州人権条約が国内実施されることになると、イギリスの裁判所は、公式に欧州人権条約と欧州人権裁判所の判例を考慮して、行政部の行為ばかりか立法部の行為（国会の制定法）についても、欧州人権条約が保障する基本権侵害の有無を審査できることになった（人権条約適合性審査）。ただし、イギリスの憲法原則である国会主権の原則（国会だけがあらゆる法を制定し改廃でき、裁判所は国会の制定する法の適用を拒否できないとの原則）があるため、裁判所は制定法の規定が欧州人権条約に適合しない旨の宣言まではできるが、これを無効とすることはできないと 1998 年人権法は定めた。

人権法施行後の初期（2000年代）は、イギリスの裁判所は欧州人権裁判所の解釈判例を原則としてそのまま受容していた（Ullah事件の原則）。しかし2010年代に入り、例外的ながら、理由を添えて異を唱え、受容しない態度も事案によっては取るようになり、また欧州人権条約と欧州人権裁判所の判例を参照しつつも、同等の法的利益をあくまでもコモン・ロー上の権利や自由の保障を通して確保する動きも見せるようになった。この動きは「コモン・ローの再燃（common law resurgence）」と呼ばれている。

本論文は、市民的自由の保障を含む人権の保障をめぐる以上のイギリス法固有の背景を踏まえ、従来の国会制定法やコモン・ロー上の市民的自由の保護という伝統的な人権保障のやり方に、1998年人権法制定以後、欧州人権条約および欧州人権裁判所の解釈判例にもとづく人権保障という新しいやり方が追加されて、新旧が並存する現代のイギリスを観察対象とする。1998年人権法による欧州人権条約の国内実施が、裁判所による人権保障に変化をもたらしたかという問いについては、その変化が最もよく読み取れる法領域として、これまでイギリスの裁判所が、コモン・ロー上、行政庁に認めた裁量が広いこと、あるいは行政庁が行使する権限の根拠が国王大権にあり、またその大権行使の裁量が広いことなどを理由に、そもそも当該権限行使の違法性を訴える訴訟について、司法判断不適合（non-justiciable）として介入することに極めて消極的であった法領域に焦点をあてる。その領域において生じた実体的な人権侵害事案は、司法判断不適合の判例法理によって裁判へのアクセスも阻止されうるので、手続的な人権としての司法アクセスの権利の侵害という問題にも波及する場合がある。そこで、本論文では、イギリスの裁判所の人権保障の仕方の変化を測る尺度として、司法アクセス権（および実効的救済）の保障の度合いを用い、1998年人権法以後のイギリスにおいて、欧州人権条約やコモン・ローを根拠に果たして、どれほど裁判所が実体的人権の保障のためにこの手続的な人権を積極的に保障するようになったのかを分析する。そして人権保障の仕方に変化がみられるならば、なぜその変化が生じたのか、またそれがイギリス憲法のもとでいかなる意味をもつのかを考えようとする。

2 本論文の構成

この目的に従い、本論文は、まずコモン・ローが司法アクセス権の保障についてどのような立場をとってきたのかを整理する（第2章）。次に、事例分析の対象として、従来コモン・ローが広い裁量を認めてきた警察の権力行使について、その違法性を争う事例（第3章）、そして国王大権にもとづき政府が採択する外交安全保障措置について、その命・財産・自由侵害を争う事例（第4章）を取り上げる。それぞれにおいて実体的な人権侵害をめぐる訴訟の、手続的な面での司法判断適合性をめぐる判断の変化から、裁判所の人権保障への態度変化を測る。最後に、裁判所の態度変化の要因と憲法的含意を分析する（第5章）。終章は全体を要約し、将来の展望を試論的に示す。

このような意図から、本論文は、次のような構成をとっている。

第1章 序論

第2章 コモン・ロー上の司法アクセス権

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

終章

II 本論文の内容

第1章は、上述の論文の目的や研究方法を述べ、関係する先行研究を整理したのち、本論文が先行研究の手が届いていない2000年代以降の現代のイギリスの法状況、とくに「コモン・ローの再燃」を扱い、また司法アクセス権の保障度を尺度に判例を分析する点、また判例変化の憲法的含意を権力分立の観点から分析する点で、独自であることを述べる。

第2章は、コモン・ロー上の「司法アクセス権 (right of access to courts)」(紛争を抱える市民が公正な審理を行う裁判所を利用できる権利)が、伝統的にどのように捉えられてきたのかを明らかにする。ここでは、コモン・ロー上の司法アクセス権という用語が1980年代から判決文中に現れ(受刑者の司法アクセス権を認めたRaymond事件貴族院判決)、1990年代の判例ではそれが憲法上重要な「基本的な権利 (basic right)」と評価され(Leech事件控訴院判決)、その位置づけゆえに、2010年代には、制定法が裁判手数料の政令での改訂を認めていた事案で、政令による雇用紛争審判手数料の大幅引上げが低所得層の司法アクセス権を害するとして当該政令を違法無効とする判決(UNISON事件最高裁判決)に至るという展開が語られる。

第3章は、司法アクセス権を害しうるかにみえる法理の一つとして、いわゆるHill事件法理の成立から変更への判例の展開を扱う。Hill事件(1988年貴族院判決)では、連続殺人犯による殺人被害者遺族が警察の捜査の遅れから被害が生じたとしてネグリジェンスにもとづく損害賠償責任を問うた。本件の貴族院は、警察は犯罪捜査において個々の犯罪被害者の生命、身体、財産に対する注意義務を負わないのでおよそネグリジェンス責任が生じないと一般的に判示した(Hill事件法理)。その理由の第一は、もし警察にかかる注意義務を負わせるなら後日の訴訟をおそれて警察活動が萎縮し、また訴訟対応に追われて本来の警察活動がおろそかになりかねないから、注意義務を課すことは法的に公平・公正・合理的といえないというにあった。第二は、警察活動は現場の裁量が大幅に認められる領域で司法判断に馴染まないというにあった(Hill事件法理の理由づけ)。被告(警察)の原告(犯罪被害者)に対する注意義務の存在はネグリジェンス責任の成立の前提要件であるから、この判示により、個々の犯罪被害者が警察の捜査の不行届きや遅れなどをネグリジェンスにもとづき訴える訴訟は、訴えの前提を欠くものとして、却下されるようになった。

Hill事件法理により訴えを国内で却下されたOsman事件の犯罪被害者は、欧州人権裁判所に対して、Hill事件法理により司法アクセス権が害されているとして人権救済を求め、欧州人権裁判所はこの主張を容れた。その後のイギリスの裁判所は、Osman事件欧州人権裁判所判決が、訴えを提起できるが実体要件を満たさないことが明らかで却下される事案とそもそも司法

にアクセスできない事案を混同していると批判し、コモン・ロー上のネグリジェンスによる損害賠償の訴えについては Hill 事件法理を維持しつつも、同時に 1998 年人権法の規定にもとづいて欧州人権条約上の生命への権利などの侵害に対する損害賠償を認めるようになった。

2018 年の Robinson 事件最高裁判決に至り、警察活動に対するネグリジェンスの訴えにおける注意義務を扱った諸先例が、伝統的なコモン・ローの法理に整合するように整理され、Hill 事件の法理は「廃止」（論文の表現のママ）された。本件の最高裁は、警察のネグリジェンス責任を問うた事案を、警察の作為による被害発生事案（この場合は警察の被害者に対する注意義務が発生する）と不作為による事案（この場合は原則的に注意義務が発生しない）に区別し、Hill 事件を含め多くの従来の事例が不作為の事案であるとした。すなわち警察の不作為の事案は、第三者たる犯罪者の作為により被害者が被害を受けた事案であって、警察は被害を直接には作り出していない。いまコモン・ローの大原則では、被告自らの作為ではなく第三者の作為により発生した被害について、被告が当該被害の発生を防止する注意義務を負わないから、原則として警察も注意義務を負わない。ただし警察が被害者との関係で個別特定の生命、身体、財産の保護の責任を引き受けたといえる場合は注意義務を負う。これが Hill 事件法理の真の趣旨であったと再解釈した。

山口氏は以上のように判例展開をまとめ、この展開をイギリスの裁判所が司法アクセス権侵害批判を受けて判例法理を修正していったものと分析する。さらに、警察だけでなく、コモン・ロー上、警察と同様に裁判所による政策的な配慮から注意義務を課されず、ネグリジェンス責任の成立を免れてきた軍隊、バリスター、専門家証人についても、同様の判例法理が修正されてきたことを論じて、上述の分析が大局の流れに即すると論を補強している。

第 4 章は、外交安全保障分野で生じる、人身の自由回復の人身保護請求や人身の自由剥奪に対する賠償請求の訴訟における裁判所の立場の変化を論じる。伝統的なコモン・ローの立場を示す 1980/90 年代までの判例、1998 年人権法制定後の判例、そして「コモン・ローの再燃」が始まった 2010 年以降の判例に時代区分し、各期の代表例から変化を追う。

伝統的には、イギリスの裁判所は、第二次大戦中に敵性外国人として拘束された人や 1990 年代の湾岸戦争時に本国送還処分を受けた外国人の人身保護請求事案で、安全保障分野の国務大臣の法令上の裁量は広範であるとして請求を退けていた（Green 事件、Cheblak 事件）。1998 年人権法の制定直後もこの立場に変化はなかった（2002 年の Abbasi 事件—アフガニスタンで米軍に拘束されグアンタナモ基地に移送され拘束されたイギリス人原告の釈放を求めて英国政府が米国に外交交渉しなかったことを違法と訴えたが、外交事項の政府裁量が広いことを理由に棄却された）。

ところが、2010 年代に入り変化が生じた。2011 年の Rahmatullah 事件では、アフガニスタンの米軍基地に拘束中のイギリス人原告の人身保護請求について、控訴院は、イギリス政府が米国政府と交わした覚書や捕虜に関する国際条約を根拠に原告へ統制を及ぼすことが可能と評価し、人身保護令状の発給を認めた。最高裁も、控訴院の判断を是認した。また、2017 年の Belhaj 事件は、イギリス政府が外国政府と共謀して原告を拉致し拷問したと原告が訴えて損害賠償を請求した事案であるが、賠償責任の発生を妨げる抗弁として出された外国の主権的行為

(foreign act of state) の法理の適用の是非が先決問題として争われた。最高裁判所は、共謀行為が原告の人身の自由を侵害し拷問に及ぶことを理由に、同法理の適用を拒否し事実審理を命じた。

以上の判例を通して、山口氏は、イギリスの裁判所は、外交安全保障分野での人身の自由の保障に関する事案において、2010年代以降は、もはや外交安全保障分野という類型的な視座から政府行為の法的評価を進めるのではなく、事案の具体的な内容ごとに審理する姿勢を示し、原告の司法アクセス権を尊重する態度を示すようになったと分析し、関係する判例評釈等も概観して自らの分析の妥当性を補強している。

第5章は、第2章から第4章までにみた判例の変化（司法アクセス権の侵害を理由に、政府の法的責任を否定や狭く限定する法理を裁判所が緩和や廃止していく変化）が生じた要因は何か、そしてその変化がイギリス憲法においていかなる意味をもつと評価できるかを考察する。

変化の要因としては、①欧州人権条約に保障する基本権に対応するコモン・ロー上の市民的自由について、1980年代以降、国会の多数派政党が政府となる議院内閣制において国会の政府に対する政治的統制だけでは市民的自由への侵害を実効的に阻止できなくなり、とくに1998年人権法の施行以後、広く裁判官にも一般にも市民的自由の立法や行政に対する対抗的権利としての実効性の弱さが認識されるようになったこと、②伝統的にコモン・ローは、恣意的権力の行使の抑制に努めてきたが、そのためにコモン・ロー上の司法アクセス権を実効的に保障することが重要であると裁判官が再認識したこと、③1998年人権法を通じた欧州人権条約の国内実施により、三権にまたがる権力をもつ大法官に任命される裁判官制度では裁判官の独立性が十全には確保されず、また立法部の一部である貴族院に裁判機能を兼ねさせる裁判制度も司法の独立性の外観を損ねることが、裁判官にも国会議員にも明瞭に意識されるようになってきたこと、④19世紀のダイシーの憲法論において法の支配と国会主権とが緊張関係ではなく相互補完関係に立つと論じられていることは裁判所の国会に対する地位が低くないとも読めること、⑤伝統的なイギリス憲法では権力分立概念が司法の行政や立法に対する謙抑を正当化する根拠として使われていたが、むしろこれを司法アクセス権の実効的保障のために積極的に権利保護を司法部が行うことの根拠としても使えると学説が唱え、また裁判官らにもそう認識されるようになったことなどを山口氏は指摘する。

判例の変化の憲法上の評価として、山口氏は、裁判所がコモン・ロー上の司法的アクセス権の実効的保障の目的のもとに、伝統的なコモン・ロー上の市民的自由を、法により禁じられていない限りのその範囲の残余的な自由として位置づけることをやめ、立法による侵害を認めない基本権的なものとして位置づけるようになっている根本的な変化であると評価する。そして、この変化を国会も支持していると山口氏は論じ、その論拠として2005年憲法改革法により、貴族院から最高裁判所を独立させて設置したことや、立法・行政・司法の三権にまたがる職務にあった大法官職を行政職に純化したことをあげている。

終章は、これまでの章の議論を要約し、さらに将来の展望として、「コモン・ロー上の基本的人権」となりうるものは何か、その特定の方法、国会との関係での裁判所のそのコモン・ロー上の基本権の解釈適用の法的効果について、若干の試論を示している。山口氏は、コモン・ロ

一上の基本的人権として、人身の自由と拷問の禁止を挙げることができるとし、理由として、この2つの権利が歴史的に重要な法令、コモン・ロー上の法原則や価値、国際慣習法や人権条約の中に見出せること、コモン・ロー諸国にも共通して見出せる普遍性があることをあげている。またコモン・ロー上の基本的人権の適用の法的効果については、国会の制定法上がコモン・ロー上の基本的人権を不当に制限し侵害する場合には、当該制限を違法とする可能性がある」と論じ、これはスコットランド独立レファレンダムの投票権が受刑者に与えられなかったことを選挙権の不当な剥奪として争った2014年のMoohan事件の傍論が根拠になると論じている。

III 本論文の評価

本論文は、とりわけ2000年代から2010年代にかけてのイギリスの一定の人権保護に関する事例を対象に、司法へのアクセスと実効的救済の保障についてイギリスの裁判所の態度の変化を活写するものである。すなわち、イギリスの裁判所が伝統的には法的責任の判断に立ち入らず、または行政行為の司法審査を抑制してきた分野や事項について、次第に司法的介入の度合いを強めている状況を描き出している。そして、こうしたイギリスの裁判所の態度とコモン・ロー(判例法)の変化は、イギリスにおける「市民的自由」(法の禁止がない限りの残余的自由)をあたかも立法にも対抗できる基本的人権に近い理解へと変容させ、またイギリスにおける権力分立の実質を変化させていると評価している。

イギリスにおける人権および市民的自由の保障についての先行研究は、1998年人権法の紹介や2000年代初頭のテロ対策立法と市民的自由・人権との緊張関係を扱うものはあったが、2010年代の「コモン・ローの再燃」を示す判例をも含めて論じたものは未だ少ない。本論文はその点でイギリスの人権保護の最新状況まで扱っている点で新規性がある。それだけでなく、本論文は、英米法研究として優れた点を以下のように有している。

第一に、イギリス法の実証研究の枠組みは堅実で、かつ、実証研究の対象の選定が見事である。枠組としては、2000年代以降のイギリスの裁判所の態度変化およびコモン・ローの変化を浮かび上がらせるために、①欧州人権条約を国内実施する1998年人権法の施行以前(1990年代まで)、②同法施行直後(2000年代)、そして③「コモン・ローの再燃」が論じられるようになった2010年代という時代区分を用いている。この時代区分はイギリスにおいても一般的に用いられる三区分であって堅実である。そして本論文は、裁判所の態度とコモン・ローの変化を追うために、裁判所の態度とコモン・ローの変化を最も明瞭に読み取れる法分野を選定する方法をとった。すなわち、警察のネグリジェンス責任、そして外交安全保障分野の人身の自由保護に選定した。この点に方法論的な独創性と秀逸さを認めることができる。というのも、警察については、そのネグリジェンス責任の一般的免責にも見える法理(Hill事件法理)が形成されていた。そして外交安全保障については非常に広範な行政裁量を認めて司法的介入に最も謙抑的であった。いずれも司法が介入に最も消極的であるという単純明快な原点をなす。その原点との比較でその後のコモン・ローと裁判所の態度の変化の機微が活写できるようになった。本論文の実証研究の成功の大半は、対象分野の選定のよさにあったといえよう。

第二に、事例研究において、イギリスの裁判所が欧州人権裁判所と法的に対話をしながらコ

モン・ローを見直し変化させていくプロセスを第3章（警察のネグリジェンス責任）と第4章（外交安全保障分野の人身の自由保護）で描き、さらにはそれを契機に2010年代のコモン・ローの自生的な発展が生じてきたという現代のイギリスのコモン・ロー形成のダイナミズムを第2章（司法アクセス権）において描くことに成功している。そしてそれぞれの章で描かれた判例法の展開が、現代イギリス法の最新動向を示しており、貴重な知見を加えている。なお、実証研究の対象とした事例のうち、特に児童福祉行政・警察・ストーカーの注意義務に関する判例の推移は、近時の日本における同種事案への示唆に富む。この点も比較法の観点から本論文のもつメリットとして評価することができる。

第三に、本論文は単なる分野別事例研究に終わらず、全体を通して、イギリスの不文憲法の運用像ないしイギリスでの立憲主義の実務像に肉迫しようとしている。すなわち、前述の判例法の展開が司法部と政治部門との権力分立のあり方を変化させ、さまざまな批判を呼び起こし、それがコモン・ロー立憲主義に向けた判例の流れや司法制度改革に結びついていく経緯を詳しく叙述している。それにもとづいて、第5章で、司法部による政治部門の統制の範囲が拡大して、政府部門と司法のバランスが変化し、「市民的自由」および権力分立の認識にも変化が生じていると指摘している。この点は、当然のようにみえるが、ここがむしろ本論文の独自性を示しているといえる。なぜなら、成文憲法典をもたないイギリスにおいては、その憲法の実質をなす制定法やコモン・ロー（判例法）や憲法的意味をもつ習律（憲法習律）に広く目配りしながら憲法実務の運用像を捉えることが不可欠であって、そうした地道な確認作業を総合して初めて憲法の基本概念の認識の変化を論じることができるからである。イギリスにおいても未だ、2010年代の「コモン・ローの再燃」まで視野にいれて、「市民的自由」や権力分立の認識の変化を正面から論じている文献はほとんどない。こうした点から本論文の主張は、一つの新たな見解としての価値を見出すことができる。

しかしながら、本論文にはなおいくつかの疑問も残る。まず、副題の「コモン・ロー上の司法アクセス権と権力分立の質的变化」にいう「司法アクセス権」は誤解を招きかねない。本論文の第2章は、裁判手数料が高すぎる、あるいは立法で裁判管轄権が排除されているなどの理由で司法にアクセスできないといった、典型的な司法アクセス権の問題を扱うが、第3章や第4章が扱う問題は、司法にはアクセスできているが、実体法上の理由により実効的な救済が与えられない範囲が不当に広くないかどうかを問うものである。このような救済面をふくめて本論文は広義に「司法アクセス権」と表現しているが、広義であることを明確に定義していないため、本論文の内容について読者の誤解を招きかねない。実際、欧州人権条約は公正な裁判を受ける権利（6条）と実効的救済を得る権利（13条）をわけて規定していることから、分析のカギとなる概念については、正確で明晰な定義をして一貫して用いるべきであろう。

第二に、第3章（警察のネグリジェンス責任）において Hill 事件の法理の「廃止」という表現を再三使用しているが、その趣旨は、法理を導いた理由づけが他に変更されたということであって、法理が覆されたということではない。実際、2018年の Robinson 事件最高裁判決においても（理由づけは異なるが）犯罪被害者の被害について警察の作為がない場合のネグリジェンス責任を原則として否定するという法（Hill 事件の事実関係から出てくる法）は維持されて

いる。ゆえに Hill 事件の法理の「廃止」という表現はミスリーディングであって、法理を導いた理由づけが他に変更されたと表現すべきであろう。

第三に、本論文の第 5 章および終章は、「市民的自由」と権力分立の認識の変化があるものと断定的に論じているが、未だに仮説の域をでていないとの疑問がある。

まず権力分立についていえば、「コモン・ローの再燃」による（ヨーロッパ法由来ではなく、イギリス法内生的なという意味で）自生的な権力分立の認識変化が認められるという主張をするには、本論文が扱う政治部門と司法の関係だけでなく、政治部門間（政府と国会）の権力バランスに関する憲法習律や政府と国会の権力関係について裁判所が裁定した判例についても実証研究をして、そこに変化があるのかないのかを扱わなければならないだろう。単に政治部門と司法の関係だけであれば、これは「司法の独立」という概念で伝統的にコモン・ローが論じてきたものであり、それは権力分立の一部をなすことには間違いがないが、その面をあえて権力分立といっても新たな知見は得られない。権力分立の視点を生かすのであれば、三権（司法と行政、司法と立法、行政と立法の三角関係それぞれ）を総合的に議論する必要があり、そのためには本論文を超える範囲の実証研究や論証がさらに必要であろう。その関連で、伝統的にイギリスにおいて、不文の憲法を裁判所を中心に維持していくべきか（法的立憲主義）、国会を中心に政治において維持していくべきか（政治的立憲主義）という基本的な立場の対立があり、それぞれの立場から三権の分立ないし均衡のあり方が異なって論じられていることが指摘できる。本論文はこうした議論の一部には触れているが、客観的に双方の議論を整理して自説をその議論の文脈に位置づけるまでには至っていない。

次に「市民的自由」についていえば、山口氏はこれを〈法が禁じない範囲で残された自由〉という理解から、国会制定法に対抗する権利として裁判所が保護するコモン・ロー上の「基本的人権」へと質的に変容していく途上にあると論じるが、本論文においてその主張を直接に支える判例は存在せず、たかだか終章末尾にでてくる Moohan 事件の「傍論」を予兆として語るにすぎない。本論文において権力分立の認識変化の実証が不足していることと考え合わせるならば、「市民的自由」の認識の質的变化をこの論文の実証研究だけで主張することは、未だ仮説の提示にとどまるといわざるをえない。

もっとも、以上に述べた疑問の諸点、とくに最後の憲法面の疑問点は、次の段階の研究への端緒であって、否定的に解されるべきではない。(i) たとえば本論文の「コモン・ローの再燃」期のコモン・ロー憲法の自生的な発展を、より説得力をもって展開する素材はすでに存在する。EU 脱退 (Brexit) 審議の途上で生じた、政府による国会の長期閉会をイギリス史上はじめて違憲として争った Miller 第 2 事件は、政府と国会の権力関係を裁判所がコモン・ロー憲法原則と称するものにより規律しようとした事例である。そのような事案も扱うことにより、より説得的な議論が展開できるようになるであろう。この点は口頭試問の質疑において山口氏も同旨を回答しており、氏の今後に期待できることが確認できた。(ii) また論文全体を通じて用いる憲法的含意分析のカギ概念を広義の「司法アクセス権」からさらに明晰な概念へと彫琢することにより、第 3 章・第 4 章の議論はさらに切れ味がよくなるであろう。同時に、第 2 章（司法アクセス権）を扱った部分をむしろ「コモン・ローの再燃」期のコモン・ロー憲法の自生的な発

展の文脈に位置づけなおして論じることが可能になるであろう。(iii) さらには、本論文の視点はイギリス法の変化を中心的考察対象とし、欧州人権条約はそうした変化を促す要因として捉えるにとどまっているが、視点を欧州人権条約側にも置き、イギリス法が欧州人権条約の解釈を変化させる要因になるのではないかという視座ももって、すなわち複眼的な視座から、現代イギリス法とヨーロッパ法の相互作用を分析し把握するならば、いっそう現代イギリス法の変化の機微を明瞭に理解できるようになるであろう。

こうした方向で今後も研究を進めていくなれば、口頭試問で出された問い、①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、それを参照するという現象をどのように理解するのか、②全体として、国内裁判所の判例に生じた変化は、イギリス的な立憲主義に独特な在り方にとどまるのか、それともヨーロッパ大陸諸国を含めたヨーロッパの標準的な立憲主義への収斂を意味するのか、といった問いにも答えられるようになるであろう。

このように本論文は今後の課題を残すものの、研究をさらに深める〈とぼ口〉を掴んでいるといえ、その意味で、本論文は、ヨーロッパ法の視点も入れて現代イギリスの立憲主義を研究する基礎となる作業を行ったものとして意義を評価することができる。

IV 結論

以上の審査の結果、後記の審査員は、全員一致をもって、本論文の執筆者である山口哲史氏が、博士（法学）（早稲田大学）の学位を取得するに値するものと認める。

2021年月1月11日

審査員

主査 早稲田大学教授 博士（法学）東京大学 中村民雄（英米法）

副査 早稲田大学教授 須網隆夫（ヨーロッパ法）

早稲田大学教授 長谷部恭男（憲法）

帝塚山大学教授 佐野 隆（英米法）

【付記】

本審査委員会は、本学位申請論文の審査にあたり、下表のとおり修正点があると認めたが、いずれも誤字・脱字等軽微なものであり、博士学位の授与に関し何ら影響するものではないことから、執筆者に対しその修正を指示し、今後公開される学位論文は、修正後の全文で差し支えないものと判断したので付記する。

修正箇所 (頁・行等)	修正内容	
	修正前	修正後
10 頁 9 行目	なるが、	なり、また
11 頁 18 行目	本書は	同書は
12 頁 8 頁	ジーナリスト	ジャーナリスト
14 頁注 25、51 頁注 155 の 3 行目、同頁注 156 の 7 行目	戸波・前掲注 (22)	戸波・前掲注 (23)
15 頁 1 行名	原告	原則
18 頁 17 行目	とろうとする動きを生じる場合がある。	とろうとする場合がある。
18 頁 26-27 行目、19 頁 1 行目	第一議定書	第 1 議定書
19 行目 7 行目	選択し	選択肢
20 頁 27 行目	唯一または決定的な証拠が除外される可能性がある。	証人の証言調書が除外される可能性がある。
26 頁注 76	<i>infra note 149</i>	<i>infra note 146</i>
27 頁の 18 行目	制定法上の文言の意味が、明確・明瞭である場合、裁判官がその明確な意味に効力を付与することを失敗するほどのおかしな不明瞭な意味を編み出すことはできない。	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。
27 頁注 78 の 1 行目	, 157	削除
29 頁 14 行目	前章における	3 章における
29 頁 14 行目	本章での	4 章での
31 頁下から 6 行目	記載されてたので	記載されていたので
31 頁注 83	説明する	説明される
33 頁 10-11 行目	裁判官に	裁判所に

34 頁 14 行目	〔憲法的権利を〕廃止する権限を付与する権限を持つ者が、廃止することはできないという命題に本来的に備わっているはずである。	〔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のみ存在しうる
41 頁 16 行目	戦略的に選択	戦略を選択
49 頁 25 行目	Sutcliffe	S
50 頁第 2 項 6 行目	P	O
53 頁 17 行目	進める	勧める
59 頁 29 行目	通知	通報
61 頁 12 行目	見てとるが	見てとることが
64 頁 1 行目	委縮	萎縮
83 頁 13 行目	イギリス百科事典	イギリス法百科事典
86 頁 14 行目	釈放する命令される	釈放するよう命令される
91 頁 21 行目	性質である	性質をもつ
92 頁 5 行目	認められているが、	認められており、
99 頁 2 行目	を引渡し	の引き渡し
101 頁 15 行目	狭めることは、	狭めることによって、
103 頁 3 行目	領域ない	領域内
103 頁 12 行目	以上の 3 つの準則の中でも、	続けて
103 頁 12 行目	公序に	この 3 つの制約事由に
103 頁 3-4 行目	認識	承認
109 頁 2 行目	外交関係領域国	外交関係領域
113 頁 22 行目	適用されていたこと	適用されていた
116 頁 3 行目	の法理の法理	の法理
117 頁 22-23 行目	裁判所の革新	司法による新機軸
119 頁 8 行目	法律家を	法律家に
121 頁 21 行目	人権裁判所判例参照義務	人権裁判所判例考慮義務
127 頁 12 行目	を認識	削除
128 頁 10 行目	との主張すること	と主張すること
128 頁注 475	<i>supra note (83).</i>	<i>supra note (78).</i>
129 頁注 476	<i>supra note (470)</i>	<i>supra note (466)</i>
135 頁 1 行目	「行為する法的権限」	「行為するための法的権限」
139 頁 26-27 行目	まで外国の国家行為の法理を適用することは裁判を拒否することになり	削除
143 頁 2 行目	判決していた。	判決されていた。