

イギリス憲法における コモン・ローの再興と司法の独立（1） ——公権力行使の司法的統制を中心に——

山口 哲 史

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

第2項 1998年人権法の構造

第2節 先行研究と判例の展開

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

第2項 1998年人権法以後の判例と先行研究における主たる論点

第3項 コモン・ローの再興に関する先行研究

第3節 課題・方法・分析軸・構成

第1項 課 題

第2項 方法・分析軸・構成

第2章 イギリス憲法理論と裁判所

第1節 イギリス憲法理論と裁判所

第1項 コモン・ロー立憲主義—Laws 裁判官と Paul Craig—

第2項 政治的立憲主義—Adam Tomkins の近時の見解

第3項 小 括

第2節 司法審査の基礎

第1項 権限踰越理論への批判

第2項 コモン・ロー理論とそれに対する応答

第3節 実証研究のための分析概念

第1項 公正な裁判を受ける権利（司法アクセス権）

第2項 実効的救済手段を得る権利

第4節 小括

第3章 公正な裁判を受ける権利と司法へのアクセスを阻害する公権力行使の司法的統制

第1節 序論

第2節 1980/90年代の重要判例

第1項 Raymond v. Honey 貴族院判決

第2項 Leech 控訴院判決

第3項 Witham 高等法院判決

第4項 小括

第3節 UNISON 最高裁判決

第1項 UNISON 最高裁判決

第2項 学説

第4節 小括

第4章 実効的救済手段を得る権利と外交安全保障事項をめぐる公権力行使の司法的統制

第1節 序論

第2節 1998年人権法制定前後の重要判例

第1項 1998年人権法制定前の判例

第2項 1998年人権法制定後の判例—Abbasi 控訴院判決

第3項 小括

第3節 裁判所の姿勢の変化

第1項 人身保護令状をめぐる事案—Rahmatullah 事件—

2 Rahmatullah 控訴院判決(2012) (以上、本号)

第2項 外国の国家行為の法理の事案—Belhaj 事件—

第3項 学説

第4節 小括

第5章 実効的救済手段を得る権利と警察のネグlijェンス責任における注意義務の判断基準の変化

第1節 序論

第2節 注意義務と法政策的考慮

第1項 注意義務をめぐる判断基準

第2項 注意義務における法政策的考慮の位置づけ

第3節 Hill 事件貴族院判決と欧州人権条約

第1項 Hill 事件貴族院判決の概要

第2項 Osman 欧州人権裁判所判決とその直後の判例

第4節 Hill 事件貴族院判決以後の注意義務の判断基準

第1項 2000年代の判例

第2項 Michael 最高裁判決

第3項 Robinson 最高裁判決

第4項 警察以外の公的機関及び専門家に関する判例法

第5項 Hill 事件の法理に関する学説

第5節 小 括

第6章 コモン・ローの再興と司法の独立

第1節 前章までの要約

第2節 コモン・ローの再興の背景

第1項 議院内閣制における権力の集中と残余的な市民的自由

第2項 ダイシー『憲法序説』再読

第3項 欧州人権条約・1998年人権法の裁判所の姿勢の変化への影響

第4項 欧州人権条約におけるイギリス司法と2005年憲法改革法

第5項 小 括

結 語

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。⁽¹⁾イギリスは人権保障に関して、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方法を採用していない。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、1678年人身保護法、1689年権利章典）やコモン・ロー（判例法）の中に存在してきた。特にコモン・ローは、個々の訴訟原因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)」を保護し、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) を批准し、さらに個人が同人権条約の裁判所たる欧州人権裁判所 (European Court of Human Rights、欧州人権裁判所または人権裁判所。単に「裁判所」という場合はイギリス国内裁判所を指す) 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年に受諾しても、長らく同人権条約の国内実施をしてこなかった。それは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られてきたからである。

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り、権利章典制定論争が展開されるようになった。⁽²⁾ 市民的自由の限界を如実に示したのが Malone 判決であった。⁽³⁾ 警察が盗品売買の嫌疑のある古物商を捜査する過程で盗聴を行った。古物商はこの事実を盗品売買の刑事訴訟の過程で知るに至り、盗聴の違法性を確認する宣言的判決を求めて提訴した。Megarry 副大法官は、警察の盗聴を禁止する立法がないため警察の盗聴は違法ではないと判示した。同時に、コモン・ロー上の訴訟原因の中に盗聴行為による侵害行為の訴訟原因 (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。市民的自由の限界とは、禁じられていない残余的な自由を逆手にとり、公権力の行使を制限したり禁止したりする法が存在しなければ、当該公権力の行使が容認されてしまう点にあった。

その後、1980/90年代には権利章典の制定がない中で、裁判所は判決の理由付けの中で人権条約を参照・考慮しながらコモン・ローを展開させていった。⁽⁴⁾ そして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 (2000年10月2日施行)。同法のもとで、人権条約上の権利侵害という訴訟原因が創設され、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、裁判所が1998年人権法上の訴訟で考慮義務の対象として
いる人権裁判所の判例において、人権条約起草時には予想もできないような
人権をも認められるようになったことや、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、裁判所は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。同条約起草時に予想ができなかった人権の
一例として、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 人権裁判所判決⁽⁵⁾を挙げることができる。またイギリ
ス法を誤解している判決の一例として、後述の警察のネグリジェンス（過失
不法行為）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 Osman 人権裁判所判決⁽⁶⁾
を挙げることができる。

そのような状況の中で、2010年代の裁判所は、少なくとも20世紀の間に司
法判断不適合とされてきた事案に介入するようになってきている。裁判所は
なぜ、そうした司法判断不適合の事案に対処するようになり、またどのよう
に対処しているのだろうか。こうした司法の独立に関する論点をめぐる判
例の展開は、イギリス憲法上いかなる意味を持つのだろうか。本稿におい
て、司法の独立とは、裁判所と政府・公的機関との関係において、裁判所が
政府・公的機関の公権力の行使をめぐる法的紛争について、法の適用・解釈
を行い、必要に応じて法的救済を付与する判決を下すことと定義する。

第2項 1998年人権法の構造

1998年人権法は、裁判所にいくつかの権限と義務を付与している点で司法
の独立に関連する。1998年人権法は個人と公的機関の関係を規律し、また間
接的には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」は作為・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）。この規定により
公的機関は人権条約に適合する形で行為しなければならない。「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）。「公的機関」に該当する裁判所・審判所が人権条約に違反する形で行為した場合、当該行為は違法とされる。

第2に、人権条約上の権利侵害の訴えが裁判所に持ち込まれた場合、裁判所は、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）。裁判所の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「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⁽⁷⁾）」と述べ、裁判所が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が後に生じることは後述する）。

第3に、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、1998年人権法が、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に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項及び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

⁽⁸⁾ われ、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。⁽⁹⁾ 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、1998年人権法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、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)。

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為した場合に違法となるという前提を示したうえで、裁判所に人権裁判所判例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、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。後述するように市民的自由はコモン・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・裁量の行使を人権条約上の権利侵害として違法とする根拠となり、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。

第2節 先行研究と判例の展開

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

裁判所と行政の関係は、公権力の行使が市民的自由・人権を侵害したと主張される事案に端的に現われる。その裁判所と行政の一定の関係を示すものとして、市民的自由と Malone 判決における市民的自由の限界を挙げることができる。「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為できることにある。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默示的に示す法の存在にある」⁽¹⁰⁾。倉持孝司も市民的自由を残余的な (residual) 性質だと捉え、前述の Malone 判決について、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点を市民的自由の限界を示すものだと指摘する⁽¹¹⁾。

Scarman 裁判官は1974年のハムリン講演の中で、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すると同時に、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非力であるので、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⁽¹²⁾。

そうした市民的自由の限界が認識されるなか、Laws 裁判官と Brown-Wilkinson 裁判官が法学雑誌で裁判所のコモン・ローにおける人権条約の参照について論じた。Laws 裁判官は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、裁判所は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人権条約を考慮していると結論づけた⁽¹³⁾。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默示的に認めない限り一般的な制定法上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。⁽¹⁴⁾

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 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 (principle of legality) を示し、あたかも市民が基本権を有しているかのように推定させ、その適法性の原則は、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ことはない、と述べた。⁽¹⁵⁾

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人権条約を国内実施していない状況下で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・ロー上の法理を变形させ新たな法理を形成していると論じた。⁽¹⁶⁾ また江島晶子は、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。⁽¹⁷⁾

このように複数の学説が、人権条約批准後から1998年人権法制定までの間の裁判所によるコモン・ロー上の理由付けにおける人権条約の参照・考慮を論じてきた。

第2項 1998年人権法以後の判例と先行研究における主たる論点

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2条によって裁判官は人権裁判所の判例法を「考慮」する義務を負う。2004年の Ullah 貴族院判決において Bingham 裁判官が裁判所は

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⁽¹⁸⁾ (Ullah 原則)。その後、裁判所や学説において、裁判所が人権裁判所判例に常に従わなければならないのかが論じられるようになった。

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 貴族院判決と参照元の A 人権裁判所判決を挙げよう。A 人権裁判所判決において、申立人(外国人)は、2001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)⁽¹⁹⁾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 貴族院判決⁽²⁰⁾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)⁽²¹⁾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 人権裁判所判決⁽²²⁾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⁽²³⁾を認めた。

しかし 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 Ambrose 最高裁判決を取り上げる。同事件では酒気帯び運転を疑われた原告が警察官の質問に際して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、判断するのは裁判所の義務なのである。1998年人権法の大きな利点は、同法によってこの国の市民が、この国の裁判所の執行を通じて、人権条約が規定する諸権利を直接に利用できることである。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、当裁判所及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」⁽²⁵⁾（□ は筆者、以下同様）。

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。⁽²⁶⁾

学説をみると、Lewis は Ullah 判決の Bingham 裁判官意見は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。Lewis は判例を検討することで、Ullah 原則への批判は1998年人権法が裁判所に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 はプライバシー侵害事案を引きながら、一定の関係性における守秘義務違反を認めていたに過ぎなかった裁判所が、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(Campbell 判決)。当時の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。Lewis はこうした傾向をとらえ、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 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。⁽²⁸⁾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発揮するには Ullah 原則を廃止するほかないと結論づけた。⁽²⁹⁾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。

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 は人権裁判所があたかも欧州の最高裁判所のように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、そして今日の人権裁判所判決に対する裁判所の姿勢を検討した。⁽³⁰⁾イギリスは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、それは人権裁判所の法解釈が現在のような前のことであった。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(例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。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、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の指摘もなされている⁽³¹⁾。

2 イギリス裁判所と欧州人権裁判所の対話

裁判所と人権裁判所の間でイギリス法の理解に齟齬が生じたため裁判所は人権裁判所に対して一定の距離をとる場合がある。伝聞証拠排除則をめぐる Al-Khawaja and Tahery 人権裁判所判決を見る⁽³²⁾。申立人らはイギリス国内で有罪判決を受け、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った証言調書が唯一または決定的な証拠となったことが人権条約 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。

Al-Khawaja 人権裁判所判決に反発したのが Horncastle 最高裁判決であ

⁽³³⁾ 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、裁判所の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の間⁽³⁴⁾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」。

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。

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、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 人権裁判所判決と Horncastle 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⁽³⁵⁾」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⁽³⁶⁾。

第3項 コモン・ローの再興に関する先行研究

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緊張関係のはじまるおよそ2010年前後から、裁判所はコモン・ローを見直してコモン・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・ローの再興 (common law resurgence)」と呼ばれる⁽³⁷⁾。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年人権法の国内実施する人権条約が権利のカatalogを有していること挙げる。次にコ

モン・ローの再興の生じた理由について、判例を検討しつつ、その代表格である Osborn 最高裁判決の 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・ローの重要性が強調された。すなわち、「人権条約は極めて一般性が高い (very high level of generality)⁽³⁹⁾」、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」⁽⁴⁰⁾ず、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」⁽⁴¹⁾し、「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」⁽⁴²⁾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」⁽⁴³⁾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、コモン・ローの再興が生じた理由として、国内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る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と指摘される。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、裁判所と欧州人権裁判所の関係を断つことである。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に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。⁽⁴⁵⁾

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 通りに概念化する。⁽⁴⁶⁾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。⁽⁴⁷⁾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・ローの再興の定義と言える。Mastermanらの主張するコモン・ローの再興の傾向については、Mark Elliott、Brice Dicksonも同様の見解を示している。⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾

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。欧州人権条約起草時には想定されていなかった権利を人権裁判所が認めるようになり、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・ローの再興に至る展開である。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、⁽⁵⁰⁾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3節 課題・方法・分析軸・構成

第1項 課題

コモン・ローの再興は、それ以前のコモン・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年代には人権侵害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・ローの再興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、判例法の展開を分析し、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の司法の独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称されるやりとりが展開された。それは人権裁判所の判決に裁判所が納得せず、コモン・ローの自律性が脅かされる場合に生じていた。1998年人権法が施行される中でも、裁判所はコモン・ローを重要な法源と捉えている。そのためコモン・ローの再興の傾向が生じることになる。学説は判例の流れをこのように見てきた。

司法判断不適合のため、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。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うる。従来、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。

第2項 方法・分析軸・構成

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、イギリス憲法が成文憲法を持たないからこそ、コモン・ローと制定法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。

次に判例法の分析軸には、裁判所と行政（政府・公的機関）の関係における司法の独立に焦点を当てる。その理由は、裁判所の司法抑制的な態度が、裁判所と行政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、裁判所の職務の線引きをするときに、裁判所は自らの職務を抑制的に観念していた。その例が *Duport Steels 貴族院*⁽⁵¹⁾ 判決における Diplock 裁判官の意見である。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が争われた。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出すことは、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⁽⁵²⁾」と。

このように Diplock 裁判官は、権力分立の概念の中で裁判所を抑制的なものとして捉え、制定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⁽⁵³⁾されていたからでもあった。

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大きく 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・ローの再興の中での判例という3つの区分である。

本稿は次のような視座を設定する。まずイギリス憲法理論における裁判所の位置づけ、公権力行使を規律する司法審査の基礎をめぐる議論を見たとうえで、3章から5章の実証研究において利用する分析概念を明らかにする(2章)。次に判例法の展開を分析する切り口として、①公正な裁判を受ける権利の観点から、司法アクセス権を阻害する公権力行使をめぐる司法的統制に関する判例法を分析する(3章)。②実効的救済手段を受ける権利の観点から、外交安全保障事項をめぐる公権力行使の司法的統制に関する判例法について分析する(4・5章)。③コモン・ローの再興の背景を探る(6章)。そして終章で本稿をまとめる。

第2章 イギリス憲法理論と裁判所

本章は、政治的立憲主義とコモン・ロー立憲主義という2つのイギリス憲法理論を概観したうえで、前章で設定した「課題」を解くための前提を明らかにしておきたい。

第1節 イギリス憲法理論と裁判所

イギリスでは2つの憲法理論が主張される。政治的立憲主義(political constitutionalism)とコモン・ロー立憲主義(common law constitutionalism)である。ここで立憲主義とは、権力を制限して個人の権利・自由を保障する考え方と理解しておきたい。政治的立憲主義は、民主過程の場としての国会を中心に政治過程を重視する。コモン・ロー立憲主義は、裁判所と法を中心に司法過程を重視する。

2つの立憲主義の主要な相違点の1つは、公権力行使の統制の方法と、裁判所の権能をめぐる議論であるといえる。政治的立憲主義は、国会内での議事運営と制定法によって公権力行使を統制する。コモン・ロー立憲主義は、

裁判所がコモン・ローと制定法を駆使して公権力行使を統制する。近年のコモン・ロー立憲主義の主張は大きな潮流の1つでありここでその見解を見ておきたい。

第1項 コモン・ロー立憲主義—Laws 裁判官と Paul Craig—

コモン・ロー立憲主義の立場を採る者として Sir John Laws 裁判官と Paul Craig が著名である。素材とするのはそれぞれのハムリン講演 (Hamlyn Lectures) の出版物である。ハムリン講演は著名な法律家や法学研究者が毎年行う講演である。Laws と Craig とともに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。

1 Sir John Laws 裁判官

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 (The Common Law Constitution)」と題する⁽⁵⁴⁾3つの講演を行った。その全体の内容はおよそ次の通りである。裁判官の解釈するコモン・ローが裁判所と国会の間の憲法上の均衡とっており、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。その過激主義の対処にヨーロッパ法 (人権条約と EU 法) が利用され、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である。Laws は、このように主張した。

本稿との関連で重要な第1講演において Laws 裁判官は次のように述べた。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。⁽⁵⁵⁾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 (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。⁽⁵⁶⁾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大き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、そして精製とは古き法を改善・調整し新たな法にして、先例の欠陥が発露すればその法の弱点を改善することである。⁽⁵⁷⁾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)⁽⁵⁸⁾が立憲的均衡 (constitutional balance) である。国会主権と法の支配という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・原則である。国会主権の原則の到達点または射程が、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。⁽⁵⁹⁾以上のように Laws 裁判官は述べた。

Laws 裁判官の主張の特徴は、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、コモン・ローが条件付けることを主張する点にある。

2 Paul Craig の見解

Craig の主張の特徴は、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、国会主権を重視する政治的立憲主義と対比させながら、コモン・ロー立憲主義を擁護する立場をとった。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。本稿との関連で重要なのが、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の主張の特徴は、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、そうした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という点にある。

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点にある。⁽⁶⁰⁾ 公法分野の法律家は、このTomkinsの主張が司法審査の中心的な構成要素であることに同意するであろうが、行為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を意味する。例えば、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。⁽⁶¹⁾

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（qualified rights）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。⁽⁶²⁾ 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。⁽⁶³⁾

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⁽⁶⁴⁾。

以上の通り、制約可能な権利をめぐる紛争を政治過程において解決すべきと主張する政治的立憲主義者 Tomkins への批判を行いながら、Craig は同権利の紛争も国会ではなく裁判所において解決できると論じた。

第2項 政治的立憲主義—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、従来の見解から変化している。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) を併せた特徴を有する混合憲法を意味しているのではない。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併せ持つ憲法である⁽⁶⁵⁾。上述の Craig の批判について、Tomkins は制約可能な権利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⁽⁶⁶⁾。

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した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、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⁽⁶⁹⁾いる。

以上のように Tomkins は、国会主権原則が存続していることを指摘する一方で、政府・公的機関の活動の司法審査を憲法善として認める。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⁽⁷⁰⁾している。

第3項 小括

コモン・ロー立憲主義者と応答を重ねる中で、政治的立憲主義者の Tomkins は一定程度受け入れている。近年のコモン・ロー立憲主義と政治的立憲主義の立場は相対的なものとなり、公権力行使の司法的統制も受け入れられているといえる。

第2節 司法審査の基礎

司法審査は、裁判所が行政に統制を及ぼすことのできる主要な方法の1つである。司法審査の基礎について、かつての論争を確認しておく。⁽⁷¹⁾まず伝統的に司法審査の基礎とされてきた権限踰越理論への批判、次に司法審査の基礎と実体をコモン・ローに置くコモン・ロー理論、そして修正権限踰越理論を見ていく。

第1項 権限踰越理論への批判

Dawn Oliver が1987年に権限踰越理論を司法審査の基礎とすることに疑念を呈し論争が起きた。⁽⁷²⁾従来、司法審査の基礎は、公的機関が国会制定法上の権限を越えて行為した場合、裁判所は当該行為を無効とする権限踰越（ultra vires）理論にあった。しかし、公的機関の行為は、事実上の（de facto）権限、コモン・ロー上の権限、そして国王大権にも根拠をおいて⁽⁷³⁾る。また非制定法上の事項も司法審査の対象となってきた⁽⁷⁴⁾。そして司法審査の客体は制定法上の機関だけでなく、Datafin 事件のように、制定法上⁽⁷⁵⁾

の権限を有していないが、その活動に公的要素を認められるものをも対象にしてきている。⁽⁷⁶⁾ Oliver は公的性質を帯びた活動を行う団体による私的行為に対しても監督的管轄権が及びうることから、権限踰越理論を司法審査の正当化の基礎とすることに疑問を呈した。

第2項 コモン・ロー理論とそれに対する応答

Oliver の問題提起を受け、Laws 裁判官が司法審査の基礎としての権限踰越理論を批判し、司法審査の基礎はコモン・ローにあると主張した。Laws は1992年の論考の中で、裁判所は自らが有すると裁判所自体が主張する権力を有すると主張する。なぜなら、権限踰越は裁判所が何をもって決定を行う公的機関の権限の欠如と捉えるのかに関しては述べるべきことを述べていないからである。また Laws は、国会主権原則が成立しているのは、裁判所が国会主権を支持し、国会が制定した第一次立法を審査しないことを選択してきたからだ⁽⁷⁷⁾と主張した。⁽⁷⁸⁾

コモン・ロー理論の批判に応じて主張されるようになった修正権限踰越(modified ultra vires)理論の特徴は、司法審査の基礎は国会の意思に、また司法審査基準の形成をコモン・ローに求める。修正権限踰越理論とコモン・ロー理論のいずれにおいても、司法審査の実体をコモン・ローが形成していることを認めている。

第3節 実証研究のための分析概念

本節は、後述の実証研究の際の分析概念をあらかじめ提示する。裁判所が公権力の行使に対して司法的統制を及ぼすには、まず当事者が裁判所を利用できることが前提となる。また実効的救済を得ることができるという点が重要である。欧州人権条約は、これら2つの点に関連する公正な裁判を受ける権利(6条)と実効的救済手段を得る権利(13条)を規定している。

第1項 公正な裁判を受ける権利(司法アクセス権)

公正な裁判を受ける権利は、人権の中でも非常に重要な位置を占めてい

る。例えば、「あらゆる他の権利の保障は適切な司法運営に依存するので、公正な裁判を受ける権利は、法の支配の存在の中心にある」、あるいは、「人権を唯一保護し実行することができるのは、市民が裁判所及び審判所に頼り、これらの機関が国家から独立しそして公平な手続に従い紛争を解決する場合である⁽⁸⁰⁾」と言及されていることから、公正な裁判を受ける権利は、人権保障の実現のための根本的な権利といえる。公正な裁判を受ける権利は、民事手続や刑事手続を含め様々な局面に関連する権利である。そのため、本稿で公正な裁判を受ける権利を扱う範囲をあらかじめ限定しておく必要がある。同条約 6 条に関して、受刑者の接見交通権の制限の違法性が争われた Golder 人権裁判所判決によれば、

「〔人権条約〕 6 条 1 項が係属中の訴訟の当事者に付与される手続的な保障を詳細に説明すべきであり、そして、人権裁判所の意見が、そうした裁判所へのアクセスの保障から実際に利益を得る可能性を保護すべきでないものとは、とても想像できないだろう。公平で、公開され、そして迅速な司法手続の価値が全くなくなるのは、司法手続がない場合である⁽⁸¹⁾」。

人権裁判所はこのように述べており、同条約 6 条は、裁判所へアクセスする権利（司法アクセス権）を明示的に規定しているわけではないが、人権裁判所の判例が司法アクセス権を認めている。

司法アクセス権に関連して、原告が救済を求め裁判所に提訴しようとしても、公権力がそれを阻害して裁判所に提訴できないようにする事案を 3 章で扱う。裁判所への提訴を阻害することは被害者の救済の道を狭めることになる。そのため裁判所への提訴の阻害をめぐる争点について、裁判所がいかに評価しているかを明らかにする必要がある。ここでいう裁判所への提訴の阻害に関連するのは、コモン・ロー上の司法アクセス権（right of access to

courts)である。司法アクセス権は、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⁽⁸²⁾。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。本稿はこの公正な裁判を受ける権利を、公平・公正な裁判所を利用する権利と定義する。この公正な裁判を受ける権利は3章で用いる。

第2項 実効的救済手段を得る権利

実効的救済を得る権利(right to an effective remedy)の概念について明らかにしておきたい。人権条約13条は実効的救済手段を得る権利について規定する。すなわち、「この条約に定める権利及び自由を侵害された者は、公的資格で行動する者によりその侵害が行われた場合にも、国の機関の前において実効的な救済手段を得るものとする」。また、同条約13条自体の侵害を主張しうる規定なのか、それとも他の権利規定の侵害を前提とする規定なのかという論点について、人権裁判所の判例は、人権条約13条の申立を可能にするには、個人が人権条約上の権利侵害を受けたという「主張しうる申立(arguable complaint)」があれば、実効的救済を得る権利を主張することができる⁽⁸³⁾とされている。この実効的救済手段を得る権利を、実体法上の救済方法を得る権利と定義する。この実効的救済手段を得る権利は4・5章で用いる。

第4節 小括

コモン・ロー立憲主義と政治的立憲主義の対立の中で、政治的立憲主義の立場をとる Tomkins も裁判所の機能に一定の理解を示すようになった。司法審査の基礎をめぐる、権限踰越理論への批判の中で、コモン・ロー理論と修正権限踰越理論が主張され、司法審査の実体がコモン・ローにより形成されていることを把握した。そして後述の実証研究のための分析概念として、公正な裁判を受ける権利を公平・公正な裁判所を利用する権利、実効的救済手段を得る権利を実体法上の救済方法を得る権利として定義した。

第3章 公正な裁判を受ける権利と司法へのアクセスを 阻害する公権力行使の司法的統制

第1節 序論

本章は、原告が救済を求め裁判所に提訴しようとしても、公権力が提訴を阻害する決定を行い裁判所へのアクセスを制限することの違法性をめぐる事案を扱う。その理由は原告が裁判所において法的救済に頼ることができないという法の支配の根本にかかわる問題が生じるからである。関連するのは公正な裁判を受ける権利である。公正な裁判を受ける権利は、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。とりわけ、裁判所自体を利用する権利は、司法アクセス権と呼ばれている。司法アクセス権、あるいはそれに準ずる用語は、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 最高裁判決と関連学説を扱う。

第2節 1980/90年代の重要判例

第1項 Raymond v. Honey 貴族院判決

まず Raymond v. Honey 判決を取り上げよう。⁽⁸⁴⁾ 受刑者（原告）が、ソリシタ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が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。

原告は裁判所に提訴し2通の書簡の送付保留の決定について、刑務所長が裁判所を侮辱しているかを争った。貴族院は2通目の送付についてのみ、裁判所侮辱を認定した。

Wilberforce 裁判官（多数意見）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（the right of the respondent, as a prisoner, to have unimpeded access to a court）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、刑務所の規制及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 控訴院判決

Raymond 判決後、同様に刑務所長の司法手続に必要な書簡送付の留保の違法性が司法審査請求で1993年に Leech 事件が争われた⁽⁸⁵⁾。控訴院（Steyn 裁判官の多数意見）は次のように述べ原告の主張を認めた。

受刑者を含めすべての市民が、制限を受けずに裁判所にアクセスする権利（a right of unimpeded access to a court）を有し、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）⁽⁸⁶⁾」と確認し、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。受刑者とソリシタの間の書簡を閲読する無制限の権限、そして書簡上で刑務官への不服の吐露を根拠に、書簡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について、ソリシタと受刑者の間の書簡のやり取りを閲読する権限が無制限だとすると、それは、受刑者の司法アクセス権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、控訴院は原告の司法アクセス権をめぐる訴えを認めた。

第3項 Witham 高等法院判決

Witham 判決を取り上げる。⁽⁸⁷⁾ 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しようとしていた。1981年最高法院法（Supreme Court Act 1981, c. 54）130条は、大法官に出訴にかかる手数料負担に関する法令を定める権限を付与している。同権限の下で、大法官が1996年に最高法院手数料負担命令（Supreme Court Fees Order 1980, SI 1980 No. 821）の中で出訴には500ポンドまたは120ポンドを支払うものと定めていた。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。原告は、当該手数料負担命令を定めた大法官の権限行使は権限踰越と主張する司法審査請求を行った。

高等法院の Laws 裁判官は次のように判示し原告の主張を認めた。

低所得者の裁判所の利用が実務上、広範囲にわたり拒否されている。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。1981年最高法院法130条は、裁判所にアクセスする憲法上の権利（constitutional right of access to the courts）と呼ばれてきたものを市民から奪い去る方法で権限を行使する

ことを認めてはいない。

コモン・ローが、一般的に憲法的権利 (constitutional rights) という言葉で語ることがないのは、立法部、行政部、司法部のような権力に理論的、法的に先んじる成文憲法が存在しないため、表面上、様々な権利のうちの1つの権利が他の権利に優るよう法によって一層の保障をされているわけではないからである。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。憲法が憲法的権利を否定することを国家機関に認めている場合を除いて、国家機関は憲法的権利に道を譲らなければならない。

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。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。

コモン・ローは、裁判所にアクセスする市民の権利に特別な重みを与えているように思われる。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によって、人々は裁判所から正義を求めることを妨げられている。これ〔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るのは、明示的な規定を持つ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。

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 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 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 高等法院判決が、受刑者以外の者もコモン・ロー上の司法アクセス権を認めていることを確認した。

第3節 UNISON 最高裁判決

本節は、2017年の UNISON 最高裁判決の分析と学説から、2010年代のコモン・ローの再興期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 最高裁判決

1 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 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。⁽⁸⁸⁾

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、大法官は手数料負担命令 (Fees Order) によって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導入した。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ことを理由に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。

Reed 裁判官(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

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。裁判所は国会制定法、裁判所自体がつくりだすコモン・ローの適用・執行を確保するために存在する。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。

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であることに限定されない。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。

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。基本的な問題は、裁判所にアクセスするためには、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点である。

司法アクセスを妨害するのは、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が提起されたときと同じ効果をもつ。雇用審判所での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、手数料支出が可能に関わらず、手数料負担は実際に追及されている訴えを妨害する。しかし実際に勝訴を見込めるのは稀である。

賠償金額への手数料負担命令の影響に関する統計は、実際に、手数料負担命令が低額の賠償の訴えの抑止効果となってきていることを証明している。

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違法である。Reed 裁判官はこのように述べた。

2 分析

UNISON 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、雇用審判所及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

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。

分析概念に設定した公平・公正な裁判所を利用する権利としての司法アクセス権の保障の観点からすると、所得の高低にかかわらず、手数料負担命令を違法と判示したことは、司法アクセス権を強く保障するものといえる。

UNISON 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。

第2項 学説

1 Mark Elliott

Mark Elliott は同判決が重要である 3つの理由を示している。うち1つは EU 法に関連するため割愛する。第1に、憲法の政治的理解と司法的理解(国会主権と法の支配)の間の分裂について、同判決は、憲法の円滑な運用のため一定の基本的な土台となる規範を承認・尊重するよう憲法上のアクターに要求している⁽⁸⁹⁾。第2に、UNISON 判決は、立法が司法アクセス権を制約するとき重要な逆説を照らす。国会と裁判所が対立する状況を考えることは見当違いであり、Reed 裁判官の指摘通り、「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⁽⁹⁰⁾」。そして同判決は独立の裁判所と審判所が単に「公的サービス」ではないことに気が付かせ、成文憲法が存在しないからといって、それが基本権の可能性と対照をなすというのは誤っている⁽⁹¹⁾。以上の通り Elliott は、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。

2 Alan Bogg

Alan Bogg は UNISON 判決の特徴を次の通り述べた⁽⁹²⁾。法の支配の観念は立憲政府 (constitutional government) の制度の下で市民の自由を守る

ものである。⁽⁹³⁾ 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（中でも本稿との関連から最初の3つに触れる）。第1に、UNISON 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。⁽⁹⁴⁾ 第2に、同判決の Reed 裁判官は、法の支配の観念の核心は社会の法による規律にあり、国会が社会のために法律を定めるために存在し、裁判所は国会制定法、⁽⁹⁵⁾ 裁判所のつくりだすコモン・ローの適用・執行を確保するために存在するとの見解について Kavanagh の「〔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)」の説明で理解できるかもしれない。⁽⁹⁷⁾ 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。⁽⁹⁸⁾ 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。⁽⁹⁹⁾ 以上の通り Bogg は述べた。

第4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ことを明らかにした。この点は、2017年の UNISON 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。

第4章 実効的救済手段を得る権利と外交安全保障事項 をめぐる公権力行使の司法的統制

第1節 序論

本章及び次章は、司法判断不適合 (non-justiciable (non-justiciability)) を理由に市民的自由・人権の侵害を受けた原告が救済を得られない状況の存在に鑑み、実効的救済を得る権利を扱う。外交安全保障や警察活動のような事案の性質上、政府や公的機関が被告である場合、裁判所が被告の法的責任を否定し法的責任を問わない場合がある。被告の法的責任を問わないということは、被害者たる原告の求める救済を付与しないことを意味する。原告の救済の観点からすれば望ましいことではない。

本章は人身の自由と鋭く対立し長らく司法判断不適合と判示され司法的救済を否定されることの少なくない外交安全保障に関する公権力行使を中心に扱う。「安全保障」の概念について、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)⁽¹⁰⁰⁾ を与えている」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 は外交安全保障をめぐる国王大権の項目の中で、司法判断が不適合とされてきた国家行為（act of state）の法理について次のように説明している。

「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⁽¹⁰¹⁾」。

外交安全保障事項に関連する国王大権をめぐる2012年に公表された論文⁽¹⁰²⁾は、判例を検討したうえで次のように結論付けた。GCHQ 事件貴族院判決⁽¹⁰³⁾によってそ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。⁽¹⁰⁴⁾

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⁽¹⁰⁵⁾。イギリス行政法の体系書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のできるの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⁽¹⁰⁶⁾」。

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⁽¹⁰⁷⁾や裁量性の高い分野である。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、司法判断不適合な紛争として取り扱ってきた。

本章は、裁判所が外交安全保障事項について実効的救済手段を得る権利を認めるものと捉えられるかどうかを明らかにする。本章は1990年代、2000年代、そして2010年代のコモン・ローの再興期の各年代の主要判例を分析する。

第2節 1998年人権法制定前後の重要判例

第1項 1998年人権法制定前の判例

1998年人権法制定法以前の段階で、外交安全保障事項をめぐる事件への司法的統制は非常に限定的なものであった。

1 Greene 控訴院判決

第二次世界大戦時の人身の自由に関する Greene 事件⁽¹⁰⁸⁾を見ていく。第二次世界大戦中、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G（原告）を拘束した。G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Gの拘束理由が適法かどうかである。合議法廷が請求を棄却したので、Gは控訴院に上訴した。控訴院はGの人身保護令状の請求を認めず貴族院もこれを支持した。

控訴院の Scott 裁判官は次のように述べた。

本件防衛規則を制定した枢密院は立法部ではなく行政部であり、国会はその枢密院にほとんどすべての裁量を戦時に限り付与していた。行政部すなわち内務大臣に防衛（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。また、規則第1段落の意味に関して、内務大臣は機密情報を有する立場にあり、戦時下に機密情報が市民へ漏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。そして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、大臣のとする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。

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。

2 Cheblak 控訴院判決

次に湾岸戦争勃発に伴う Cheblak 事件を見ていく。⁽¹⁰⁹⁾ 中東出身の C（原告）は、フリーランスの著述家兼ジャーナリストとしてバイルートで生活し、レバノン内戦が勃発した当時にイギリスに入国した。C はアラブ連盟ロンドン支局（Arab League Office）で調査及び情報に関する上級職員の役職に就いた。C の人柄は平和主義者でその著作物は特に中東の平和に関するものであった。1987年に C 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、C に送還命令が通知され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（「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)である。

C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ここでは人身保護令状についてのみを取り上げる)。争点は、送還命令通知にある国家安全保障上の理由がC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。第一審裁判所と控訴院はCの訴えを棄却した。

控訴院は次の通り述べた。

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⁽¹¹⁰⁾。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、理由例えば重大な犯罪に参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⁽¹¹¹⁾る」。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。

以上の理由から、控訴院はC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るという姿勢を示した。人身保護令状ほどの強力な救済手段でさえ、国家安全保障の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2項 1998年人権法制定後の判例—Abbasi 控訴院判決

1998年人権法制定後、1998年人権法上の人権条約上の権利の侵害の訴訟原因に基づき、テロ対策のための外国人の無期限拘束措置や同措置の制定法上の規定の違法性が争われるようになった。1998年人権法上、裁判所が司法的統制を強める判決を出してきたとはいえ、外交安全保障事項の事件において、裁判所はコモン・ロー上、司法判断不適合性を理由に、救済を求める原告の主張を棄却することが少なくなかった。

Abbasi 事件は、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、イギリス政府が米国政府に求めなかったことの違法性が争われた事件である。⁽¹¹²⁾ 同判決は、上述の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連する。

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米軍基地に移送された。原告は8か月間拘束され、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、また米国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の違法性にあった。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。Phillips 裁判官は次の通り述べた。

原告の拘束の違法性について、米国政府の Abbasi の拘束行為は米国政府が訴訟当事者となっていないし、米国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。次に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（人権条約締結国の管轄権内）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。また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の司法審査につき、被拘束者の持つ正当な期待について、政府の政策声明は極めて限定的な性質をもつ。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大臣の要請が検討され、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おうところにある。

しかし、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。具体的に米国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。

以上の理由から、控訴院は本件上訴を棄却した。

Abbasi 判決の特徴は、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いる。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3項 小括

1998年人権法以前の Greene 判決と Cheblak 判決の特徴は、人身保護令状の請求に対して外交安全保障という事件の性質から、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理由に、非常に緩やかな審査を行ってきた。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して救済を求めても、裁判所は原告の救済の判決を下すことができなかった。本節の事例は、原告の実効的救済手段を得る権利が十分に保障されていないことを示している。

1998年人権法以降の Abbasi 判決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、米国政府に 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ができる。

第3節 裁判所の姿勢の変化

2010年代の裁判所の判例からは、原告の実効的救済手段を得る権利を保障しようとする姿勢を看取できる。

第1項 人身保護令状をめぐる事案—Rahmatullah 事件—

1 Rahmatullah 控訴院判決（2011）

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限に関する2011年の Rahmatullah 控訴院判決⁽¹¹³⁾を検討する。なお本件控訴院判決は2011年の判決後、英米両政府間の交渉を踏まえたうえで、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。2012年の判決については次項で扱う。

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、民間人抑

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。〔2. と 3. は省略〕

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総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R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が本件請求を棄却したため、R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、イギリス政府と米国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である。⁽¹¹⁵⁾

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。

次に外交関係の司法的統制に関して、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。⁽¹¹⁶⁾ 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、米国防省職員（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。

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。

以上の通り控訴院は 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。

2 Rahmatullah 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、米国政府はR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。⁽¹¹⁷⁾

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、R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、イギリス政府は米国政府にR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日に延期され、同年2月2日に再延期された。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。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米国政府から受けたと述べた。原告は、イギリス政府が米国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。

控訴院は次の通り述べた。

米国政府の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抑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はない。仮に原告の主張する通り、米国政府から

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。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。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。

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年にわたり抑留が続いたが、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 及び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米国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ものといえる。

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、その姿勢を変化させたと言える。

* 本稿は、2020年10月に早稲田大学大学院法学研究科へ提出した博士論文に加筆・修正を行ったものである。

- (1) 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. 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、正しくは『不成典憲法の国』というべきであろう」という。
- (2) 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)。市民的自由の限界については、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。また、権利章典制定論争に詳しい論稿と

- 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巻（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巻（1992）389-416頁。
- (3) Malone v. Metropolitan Police Commissioner [1979] Ch. 344; [1979] 2 WLR 700; [1979] 2 All ER 620. Malone 事件の詳細な検討として、倉持（2001）・前掲注 2、第 2 章。
- (4) 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。
- (5) Hirst v. UK (No. 2) (App. no. 74025/01); (2006) 42 EHRR 41.
- (6) Osman v. UK (App. 23452/94); (2000) 29 EHRR 245.
- (7) R. (on the application of Ullah) v. Special Adjudicator [2004] UKHL 26; [2004] 2 AC 323; [2004] 3 WLR 23, para 20.
- (8) 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。
- (9) 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.
- (10) Fenwick, H., *Fenwick on Civil Liberties and Human Rights*, 5th ed. (Routledge-Cavendish, 2016) 13.
- (11) 倉持（2001）・前掲注 2、第 2 章。
- (12) 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）16-17頁。
- (13) Laws, J., “Is the High Court the Guardian of Fundamental Constitutional Rights” [1993] PL 59, 71.
- (14) Browne-Wilkinson, L., “The Infiltration of a Bill of Rights” [1992] PL 397.
- (15) R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms [2000] 2 AC 115, 131 per Lord Hoffmann.
- (16) 中村・前掲注 4。
- (17) 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。

- (18) R (Ullah) v. Special Adjudicator [2004] UKHL 26; [2004] **2** AC 323; [2004] **3** WLR 23; [2004] **3** All ER 785.
- (19) 「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、及び、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」。本稿の欧州人権条約の条文の和訳はすべて、戸波江二ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』（信山社、2008）資料Ⅰに依拠している。
- (20) Secretary of State for the Home Department v. AF (No. **3**) [2009] UKHL 28; [2010] **2** AC 269; [2009] **3** WLR 74; [2009] **3** All ER 643.
- (21) 「**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、報道機関及び公衆に対しては、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」。
- (22) A v. UK (App no. 3455/05); (2009) 49 EHRR 29.
- (23) 他にも Ullah 原則に忠実な判例として、原告の DNA 情報をデータベースに保管していることの違法性の争われた R (S and Marper) v. Chief Constable of South Yorkshire Police [2004] UKHL 39; [2004] **1** WLR 2196; [2004] **4** All ER 193がある。貴族院は、同 **8**条に関する Silver v. UK (App Nos. 5947/72 6205/73, 7052/75, 7061/75 7107/75, 7113/75, 7136/75); (1983) **5** EHRR 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。
- (24) Ambrose v Harris [2011] UKSC 43; [2011] **1** WLR 2435.
- (25) *Id.*, para 129.
- (26) たとえば、児童を婚姻関係にないカップルが養子に迎えられないことの人権条約 **8**条及び14条に違反するかが争われた In re G (A Child) (Adoption: Unmarried Couples) [2008] UKHL 38, [2009] **1** AC 173, [2008] **3** WLR 76. における Hoffmann 裁判官意見。 paras 29-32.
- (27) Lewis, J., “The European Ceiling on Human Rights” [2007] PL 720, 721.
- (28) Kay v. Lambeth LBC [2004] UKHL 10, para 42.

- (29) Lewis, *supra* note 27, 747.
- (30) Bates, E., “British Sovereignty and the European Court of Human Rights” (2012) 128 LQR 382.
- (31) 中村・前掲注 8、690頁。
- (32) Al-Khawaja and Tahery v. UK (Apps nos. 26766/05 and 22228/06); (2009) 49 EHRR 1.
- (33) R v. Horncastle [2009] UKSC 14; [2010] 2 AC 373; [2010] 2 WLR 47; [2010] 2 All ER 359.
- (34) *Id.*, para 11.
- (35) Bates, *supra* note 30, 410.
- (36) 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、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 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.
- (37) Masterman, R. and Wheatle, S., “A Common Law Resurgence in Rights Protection” [2015] EHRLR 57.
- (38) Osborn v. Parole Board [2013] UKSC 61; [2014] AC 1115; [2013] 3 WLR 1020; [2014] 1 All ER 369. 本件は仮釈放されるはずだった原告が口頭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。
- (39) *Id.*, para 55.
- (40) *Id.*, para 56.
- (41) *Id.*, para 55.
- (42) *Id.*, para 57.
- (43) *Id.*, para 61.
- (44) Masterman and Wheatle, *supra* note 37, 61.
- (45) *Id.*
- (46) *Id.*, 63-64.

- (47) *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。
- (48) Elliott, M., “Beyond the European Convention: Human Rights and the Common Law” (2015) 68 *Current Legal Problems* 85.
- (49) Dickson, *supra* note 36, 128-131.
- (50) 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.
- (51) *Duport Steels Ltd. v. Sirs* [1980] 1 WLR 142; [1980] 1 All ER 529.
- (52) *Duport Steels Ltd. v. Sirs* [1980] 1 WLR 142, 157.
- (53) *Turpin and Tomkins, supra* note 1, 8.
- (54) Laws, Sir John, *Common Law Constitution* (Cambridge University Press, 2014).
- (55) *Id.*, 4-5.
- (56) *Id.*, 5.
- (57) *Id.*, 6-9.
- (58) *Id.*, 18.
- (59) *Id.*, 28.
- (60) Craig, P., *UK, EU and Global Administrative Law: Foundations and Challenges* (Cambridge University Press, 2015) 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。
- (61) Craig, *supra* note, 60, 195.
- (62) *Id.*, 196.
- (63) *Id.*
- (64) *Id.*, 196-197.
- (65) Tomkins, A., “What’s Left of the Political Constitution?” (2013) 14 *German Law Journal* 2275, 2276 note 4.
- (66) *Id.*, 2276-2277.
- (67) *Id.*, 2284-2285.
- (68) *Id.*, 2290.

- (69) *Id.*, 2290-2291.
- (70) コモン・ロー立憲主義と政治的立憲主義のそれぞれ特徴を併せ持つ相互補完的な立憲主義 (complementary constitutionalism) の主張もなされている。Taylor, R. B., “The Contested Constitution: An Analysis of the Competing Models of British Constitutionalism” [2018] PL 500.
- (71) 司法審査の基礎について、深澤龍一郎「イギリスにおける司法審査の憲法的基礎（一・二完）—議会主権の原則と法の支配—」法学論叢153巻5号（2003）1-27頁、153巻6号（2003）1-29頁、北島周作『行政上の主体と行政法（行政法研究双書35）』（弘文堂、2018）171-180頁が詳しい。また司法審査の基礎をめぐる論文集として Forsyth, C. (ed.), *Judicial Review and the Constitution* (Hart Publishing, 2000).
- (72) Oliver, D., “Is the Ultra Vires Rule the Basis of Judicial Review” [1987] PL 543.
- (73) *Id.*, 545-546.
- (74) *Id.*, 548.
- (75) R. v. Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin plc [1987] 1 QB 815, [1987] 2 WLR 699.
- (76) Oliver, *supra* note 72, 551.
- (77) Laws, “Illegality: The Problem of Jurisdiction” in Supperstone, M. and Goudie, J., *Judicial Review* (Butterworth, 1992)
- (78) *Id.*, 69.
- (79) Wadham, J. (et al eds.), *Blackstone’s Guide to the Human Rights Act*, 6th ed. (Oxford University Press, 2011) para 7.74.
- (80) Clayton, R. and Tomlinson, H., *The Law of Human Rights*, 2nd ed., Volume 1 (Oxford University Press, 2009) para 11.01.
- (81) Golder v. UK (App. no. 4451/70), para 35.
- (82) 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。
- (83) Klass v. Germany (App no. 5029/71), (1979-80) 2 EHRR 214.
- (84) Raymond v. Honey [1983] 1 AC 1; [1982] 2 WLR 465; [1982] 1 All ER 756, HL.

- (85) R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Leech [1994] QB 198; [1993] **3** WLR 1125; [1993] **4** All ER 539, CA.
- (86) Raymond v. Honey [1983] **1** AC 1, 13.
- (87) R v. Lord Chancellor, ex parte Witham [1998] QB 575; [1998] **2** WLR 849.
- (88) R (UNISON) v. Lord Chancellor [2017] UKSC 51; [2017] **3** WLR 409.
UNISON 最高裁判決に関する邦語論文として、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。
- (89) Elliott, M., “The Rule of Law and Access to Justice: Some Home Truths” (2018) 77 CLJ 5, 8.
- (90) UNISON, *supra* note 88, para 68.
- (91) Elliott, *supra* note 89, 8.
- (92) Bogg, A., “The Common Law Constitution at Work: R (on the application of UNISON) v Lord Chancellor” (2018) 81 MLR 509, 510.
- (93) *Id.*, 512.
- (94) *Id.*, 513-14.
- (95) UNISON, *supra* note 88, para 68.
- (96) Kavanagh, A., “The Role of Courts in the Joint Enterprise of Governing” in Barber, NW, Ekins, R. and Yowell, P. (eds.), *Lord Sumption and the Limits of Law* (Oxford University Press, 2016) 121, 132.
- (97) Bogg, *supra* note 92, 514.
- (98) *Id.*
- (99) *Id.*
- (100) Greenberg, D. (ed.), *Jowitt’s Dictionary of English Law*, 4th ed. (Sweet & Maxwell, 2015) at 1606.
- (101) *Halsbury’s Laws of England*, Vol. 20 Constitutional and Administrative Law (2014) para 173.
- (102) Moosavian, R., “Judges and High Prerogative: The Enduring Influence of Expertise and Legal Purity” [2012] PL 724. 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巻2号(2014) 161-196頁。
- (103) Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service [1985] AC

- 374, [1984] **3** WLR 1174, [1984] **3** All ER 935.
- (104) Moosavian, *supra* note 102, 747.
- (105) Council of Civil Service Unions, *supra* note 103.
- (106) Lord Woolf (et al. eds.), *De Smith's Judicial Review*, 7th ed. (Sweet & Maxwell, 2013) 19.
- (107) *Id.*, 24.
- (108) R v. Secretary of State for Home Affairs, ex p Greene [1942] **1** KB 87; [1941] **3** All ER 104, CA; Greene v. Secretary of State for Home Affairs [1942] AC 284, HL.
- (109) R v. Secretary of State for the Home Department, ex p Cheblak [1991] **1** WLR 890; [1991] **2** All ER 319.
- (110) R v. Secretary of State for the Home Department, ex p Cheblak [1991] **1** WLR 890, 900.
- (111) *Id.*
- (112) R. (Abbasi) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs [2002] EWCA Civ 1598. ただし、1998年人権法上の訴訟の場合、A 貴族院判決のように、当局のテロ対策措置の違法を認めた事案も少なくない。A v. Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56; [2005] **2** AC 68; [2005] **2** WLR 87; [2005] **3** All ER 169.
- (113) Rahmatullah v. Secretary of State for Defence [2011] EWCA Civ 1540; [2012] **1** WLR 1462; [2012] **1** All ER 1290.
- (114) Rahmatullah v. Secretary of State for Defence [2012] EWCA Civ 182.
- (115) Rahmatullah, *supra* note 113, para 26.
- (116) Abbasi, *supra* note 112, para 106 (iii).
- (117) Rahmatullah, *supra* note 114.