種　別：　論説

タイトル：　イギリスにおける司法判断適合性（justiciability）について（1）

著　者：　上田 健介

所　収：　『上智大学法学論集』第 70 巻 1 号（2026 年 7 月）155-216 頁

発行元：　上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。

上 智 大 学 法 学 会

論　　説

イギリスにおける司法判断適合性（justiciability）について（1）

上田　健介

はじめに
Ⅰ　判例の流れ
　1　従来の判例
　2　司法判断適合性の拡大（以上本号）
　3　現在の状況
Ⅱ　学説の評価
おわりに

はじめに

「司法判断適合性（justiciability）」という言葉は、日本でも、憲法76条の司法権の観念に関連して、実質的意味の司法権の要素として「事件・争訟性」を含める通説的見解が、その内容を練り上げる際にアメリカ合衆国憲法を参照して用いられるものであり、勧告的意見を行わないという法理、政治的問題の法理、当事者適格の法理、成熟性の法理、ムートネスの法理などの各種の法理を総合して語る言葉だとされる(1)。政治的問題の法理に着目をするならば、司法権の限界に関わる言葉であるように思われる。現に、「司法判断適合性」を日本の憲法の解釈にはっきりと持ち込む学説は、「裁判所が

(1)　佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（成文堂、2020年）631～2頁、伊藤正己『憲法〔第3版〕』（弘文堂、1995年）564～5頁。

裁判権を行使するためには、裁判所にもたらされた訴訟事件が法律上の争訟あるいは法律によって認められたものに該当しなければならない。しかし、その要件を充足していても、裁判所が裁判を拒絶したり、回避したりする場合がある。その場合は、司法判断適合性がないとされるのであるが、司法審査制にはこの限界が伴うことを認識しておかなければならない」(2)と述べ、「司法判断適合性」を司法権の限界を意味する言葉として用いている。そしてまた、司法判断適合性が政治的問題の法理を含むものである点に着目すれば、政治部門の活動を裁判所が訴訟を通じ法的に統制することができる限界に関わる言葉だともいえる。

本稿では、この「司法判断適合性（Justiciability）」につき、比較法的な関心から、イギリス法におけるその内容を探究したい。あらかじめ述べておくと、イギリスで司法判断適合性が問題となる文脈は広く、日本であれば司法権（あるいは法律上の争訟）の範囲に含まれるか否かが問題とされるような場面においても司法判断適合性を問題としているように思われる。それゆえ、比較法の観点からいえば、「司法権の限界」に関わる問題のみならず、「司法権の概念」そのものの考察にも示唆が得られるように思われる。

この問題に関心を抱いたのは、近時の重要判例であるミラー（第 2）／チェリー事件判決（*R* (*Miller*) *v Prime Minister; Cherry v. Advocate General for Scotland* [*2019*] *UKSC 41*）で、最高裁が議会の閉会という政治的に重要な問題に対して司法審査を行い、違法だと判断したことにつき、それを可能とした前提のひとつが、司法判断適合性を肯定したことにあったからである。この判決の背後には、イギリスの司法審査において、徐々にではあるが Justiciability の範囲が拡大してきていること（同じことであるが、Non-justiciability の範囲が縮小してきていること）を看取することができる。この点について、近時の行政法独立審査委員会（Independent Review of Administrative Law: IRAL）の報告書(3)――第 2 章が Non-justiciability に関して

(2)　戸松秀典『憲法』（弘文堂、2015 年）463 頁。

(3)　IRAL の報告書については、成澤孝人＝榊原秀訓『イギリス保守党政権下の公法訴訟制度改革』（日本評論社、2024 年）が詳しく扱っており、とくに大田直史「司法審査制度改革」では全体の概要が紹介されている。もっとも、本稿で取り扱う Non-justiciability

触れている――や学説を手掛かりとして、関連する判決をいくつか取り上げつつ判例の流れを概観したうえで（Ⅰ）、これに対する学説の分析・評価を管見したい（Ⅱ）。

Ⅰ　判例の流れ

1　従来の判例

（1）はじめに

「従来の判例」というのは、この論点に関して大きな契機となった *GCHQ* 判決（2 参照）以前のものという趣旨である。しかし、管見の限り、それをわかりやすいかたちで示した文献は見当たらず、膨大な判決を取り上げる能力もない。そこで、行論の関係から、後の判決の中で参照されることがあるいくつかの判決を取り上げる。

（2）*The Zamora* (4)

本件は、第一次世界大戦の最中に、中立国の船舶と積荷の接収を違法と判断した枢密院の判決である。

【事案】　スウェーデンの蒸気船 Zamora 号は、ニューヨークからストックホルムへアメリカの会社の製品を運搬していたところ、シェトランド沖でイギリスの巡洋艦に拿捕された。戦争省を代理して財務省法規課長（Procurator General）が船舶と積荷の没収を請求し、戦時捕獲審判所（Prize Court）に召喚状を提出し、戦時捕獲審判所規則集命令第 29 号に基づき、拿捕令状の発付を求めた。命令第 29 号第 1 項は、裁判官が、国王の職員の申請に基づき、船舶の収用が望まれると判断する場合には、船舶を評価することを命令し、それが履行されたとき、船舶を放棄し国王に引き渡すことを命令する旨を定めていた。会社側は、この規定が国際法（law of nations）に違反してお

については、報告書では変更の勧告を行わないと結論づけられた（大田・上記論文 57 頁参照）こともあってか、同書では詳しく取り上げられていない。

(4)　［1916］2 AC 77.

り、戦時捕獲審判所はこの命令に基づき行為するべきではないと反駁したが、審判所は積荷である銅を国王（Crown）に提出するべきとの命令を出した。会社側が枢密院に上訴した。

【判旨】　Parker 裁判官の意見は、次の通りである。1894 年戦時捕獲審判所法は審判所の手続について枢密院に規則制定権を付与しているので、手続に関する規則は法的拘束力をもつが、本件で問題となっている規定は単なる手続に関するルールではないので、この規定に法的拘束力があるならば、1894 年法以外によりこれを与えられていなければならない。国側の法務総裁は、枢密院が国王大権に基づきこれを与える権限をもつと主張している。しかし、「枢密院又は行政部（Executive）の一部分が本国における裁判所（Courts of law）が執行するべき法を規定し又は変更する権限をもっているという観念は、われわれの憲法の諸原理と合致しない」（at 90）。

また、裁判所が裁判中に保管している財産を売却又は換価する裁判所内在的な権限は、当該財産が腐敗するなどその保持が不可能又は困難である場合に限られる（at 98-99）。

さらに、交戦国は、国際法上、戦時捕獲審判所が保管する船舶及び積荷を接収する権利をもつが、第一に、当該財産が国土防衛など国家安全保障に関わる事項に関連して緊急に必要であり、第二に、直ちに引渡しを命令することが不適当でないかが審理され、第三に、戦時捕獲審判所が、特定の事情のもとで当該権利を行使可能か司法的に決定しなければならない、という限界には服するとしたうえで（at 106）、本件で積荷である銅が国家安全保障にとり緊急に必要であることを満足させる証拠が出されていないとして、本件命令は取り消されるべきだと結論づけた。

【コメント】　大権に基づく布告は、議会制定法――議会主権の原理の一構成部分として最高のもの（supreme）として扱われる――と異なり、裁判所が法的拘束力をもつか否かを判断することができることを確認した判決である(5)。

(5)　A W Bradley, K D Ewing and C JS Knight, Constitutional and Administrative Law, 18th ed.,

本稿の関心との関係では、この部分ではなく、後半の、国際法上の戦時捕獲審判所が保管する船舶及び積荷を接収する権利に基づき本件命令が認められるかを検討する中で、この権利に対する限界の第一のものとの関係で、国王の適当な職員が宣誓して当該財産が緊急に必要であると述べたときは、これを確定的な事実（conclusive of the fact）として取り扱わなければならないと述べ、その理由として、ⓐ「国家安全保障に責任をもつ者が、国家安全保障が要請するものに関する唯一の判断者（sole judges）でなければならない。かかる事項を裁判所における証拠調べの対象としたり、その他公に議論したりするのは、明らかに望ましいことではないだろう」と述べた箇所（at 107）が後の事件でも参照される。また他方で、本件についてⓑ「裁判官の面前にこの［＝船舶及び積荷を接収する］権利が行使可能であることを満足させる証拠が与えられていない……ので、上訴された命令は誤っている」とする箇所（at 108）も、*GCHQ* 判決で引用される。ⓐだけを読むと、国家安全保障に関する事項には裁判所は介入できないように読めるが、ⓑに着目すると、本件でいえば〈銅が緊急に必要である〉という事実認定（評価）は国家安全保障に責任をもつ者が行うものであり、その認定（評価）を裁判所は審尋の対象にできないことを判示したにすぎない――そしてかかる認定（評価）を本件では行政側が示していなかったので、接収する権利の行使の限界に服するとして国側を負かした――ことがわかる。

（3）*Chandler v Director of Public Prosecutions* (6)

本件は、刑事事件であるが、戦争の宣言や軍隊の派遣に関する国王大権の行使について裁判所が審尋できないことを主張、論証する文脈で引用される判例である。

【事案】　非暴力のデモにより非核運動を行う団体の構成員である被告人らが、1961 年 12 月 9 日に Wethersfield 空軍飛行場（当時）で開催されたデモ

2022, p. 60. See also, Stanley de Smith and Rodney Brazier, Constitutional and Administrative Law, 8th ed. 1998, p. 135, n. 65.

(6)　［1964］AC 763（HL（E））.

に参加をした。計画では一部の参加者が、飛行場の入口の外で 5 時間座り込みを行い、一部は飛行場内に立ち入って航空機の前で座り込みを行い航空機の発進を妨害することとされていたが、実際には飛行場への立入りは阻止された。被告人らは、その行為が 1911 年国家機密法（Official Secrets Act 1911）1 条に違反するとして起訴された。被告人らがその行為は国家の利益になるものであり、その目的が国家の安全及び利益に有害ではなかったと主張したが、一審は、弁護人が求めた反対尋問を認めず、被告人らを有罪（被告人により、懲役 18 カ月あるいは 12 か月）と判決した。そこで被告人らは上訴したが、刑事控訴院（Court of Criminal Appeal）（Parker 首席裁判官、Ashworth 裁判官及び Hinchcliffe 裁判官）(7)はこれを斥けたので、被告人らは貴族院に上訴をした。

【判旨】 1911 年法 1 条 1 項が処罰する害悪（mischief）は、スパイ行為（espionage）に限られず、サボタージュ行為も含むので、本件で問題となっている行為は法 1 条 1 項に違反し、禁止区域に接近した直接の目的が妨害であるならば、その間接的な目的又は動機によって犯罪の性質が変わることはなく、1911 年法 3 条に基づく禁止区域における妨害行為は敵を利するものなので、被告人らは、なおその目的が国家の安全及び利益に有害なものではないと述べたり、それを示すための証拠を出したりする資格をもたないとして、事実審裁判官が弁護人の求めた反対尋問を認めなかったことは正しく、被告人らは有罪であると判断したことも正しかったとして、上訴を斥けた。5 名の裁判官（Reid 裁判官、Radcliffe 裁判官、Hodson 裁判官、Devlin 裁判官、Pearce 裁判官）がそれぞれ意見を書いているが、上訴を斥けるという結論は一致している。

本稿の関心との関係では、Delvin 裁判官が、刑事控訴院が反対尋問を認めなかった理由が、「裁判所が審尋することのできない政策の問題に関する国王の決定（decision of Crown on matters of policy）に異議申立てをする」ものであったからであることが「憲法上重要な事項」に関わるものであり、この

(7)　Reg. v Chandler［1962］3 W.L.R. 697.

点が上告が認められた主な理由であるとして、検討を行った点が重要である（at 808-9）。刑事控訴院は、「国王による無制限のコントロールに委ねられた権力」に、「陸海空軍の配置及び軍備（disposition and armament）に関わるすべての事項」が含まれ、「かかる大権の行使の方法は、民事事件であれ刑事事件であれ、裁判所が審尋することができない」のであり、「同じ原理が、収用その他の裁量の範囲内で国益（national interest）に必要だと考えられる行為を行う行政府……の権限の底に横たわっている」と述べていた（at 775-776）。Delvin 裁判官は、「これらの一節に対し、法の一般的な言明として、疑問を挟むものではない。しかし、さらに明確にするために 3 点指摘しておきたい」（at 809）と述べる。第 1 に、この原理は大権上の権限の行使に特有のものではなく、「管理とコントロール」に関わる裁量的な権限が制定法によって与えられる場合にも妥当するものであることである（at 809-810）。第 2 に、審尋が完全に排除されるわけではなく、権限の踰越・濫用を矯正するためであれば裁判所は介入するという（ただし、本件は権限の濫用の問題ではないので、この点について深入りはしないとする）（at 810）。そして第 3 に、「この原理の性質と効果」に関するものである。「この原理は、裁判所が裁定しなければならない争点を限定するものであるが、争点にとり重要な証拠や主張を排除するものではない」という。ここで Delvin 裁判官が例として言及するのは、国土防衛のために必要な物資や土地を収用する権限の行使が問題となった事件である。そこでの問題は、物資が事実として必要なものであったかではなく、大臣が必要だと考えたかであった。しかし、本件で陪審が決定しなければならなかったことは、法律により刑事犯罪の構成要件とされている事実――国家に有害な目的の存在――が証明されているかであって、国王にとってかかる事実が存在しているようにみえるかではない。それゆえ、国王（大臣）に対する反対尋問は不要であり、本件では、検察側が主張するとおり「事実それ自体が十分に明白である（The thing says for itself）」。

【コメント】 Delvin 裁判官が、刑事控訴院の判決を引用しつつ、戦争の宣言や軍隊の派遣に関する国王大権の行使については裁判所の審尋が及ばないことを一般的な言明と認めた部分が、後から引用される[8]。その部分だけ

を読めば、たしかに上記の事項が裁判所の「立入禁止」の区域であることを述べているのはたしかである。もっとも、Delvin 裁判官がこの「原理」を説明する箇所を読むと、むしろ、これらの事項を特別扱いするのではなく、一般的な裁量の問題のひとつとして扱おうとしていること、また刑事事件の構成要件に該当する事実認定のやり方が争われているという文脈で、結果的には被告人の主張を斥けているものの、国側の評価を受け入れるのではなく、裁判所として判断を行うことを前提として理由付けを述べている点は興味深い。

（4）*Buck v Attorney General* (9)

本件は、植民地であったシアラレオネの独立に際して独立直前にイギリス政府が枢密院令として定めたシエラレオネ憲法の効力がイギリスの裁判所で争われたユニークな訴訟である。控訴院の 3 名の裁判官はいずれも、本件の訴えが外国の憲法の妥当性に関する宣言的判決を求めるものだとみたうえで、管轄権をもたず宣言的判決を行うことはできないとの裁定を下した。

【事案】　シアラレオネは、イギリスの植民地（settlement）であったが、1961 年 3 月 28 日に可決され、4 月 27 日に発効した 1961 年シアラレオネ独立法（Sierra Leone Independent Act 1961）により、英連邦の一部として独立をした。新しい国の憲法が、1961 年 4 月 14 日に、イギリスの枢密院令である、1961 年シアラレオネ（憲法）令（Sierra Leone（Constitution）Order in Council 1961）により定められ、この命令は 4 月 27 日の独立法の発効直前に発効した。これに対し、18 世紀末以降に移住してきた解放奴隷の子孫たちである原告らは、枢密院令が権限踰越であること、それに基づき制定された憲法及び政府が違法で無効であること、植民地は Crown により信託に基づき保持されている

(8)　R v Jones（Margaret）［2006］UKHL 16（注 36 参照）などである。テキストでも、軍隊の統制、組織、配置が大権の範囲内のもので裁判所による審尋を受けないとされる箇所で引用される。See, de Smith and Brazier, above n. 5, p. 136, n. 71; Bradley, Ewing and Knight, above n. 5, p.294

(9)　［1965］1 Ch. 745（CA）.

ことの宣言的判決を求めて出訴をした(10)。一審は、Wilberforce 裁判官が、シアラレオネ植民地は 1961 年 4 月 27 日に法律に基づき消滅し、植民地の政府は保護領のそれと統合されていること、また問題となる枢密院令は 1887 年英国植民地法（British Settlement Act 1887）2 条に基づき制定されたものであり法律の委任の範囲を踰越していないこと、また信託という法的構成も難しいことなどを理由に原告の訴えを斥けたので、原告が上訴をした。控訴院で、原告側は、シアラレオネ憲法とそれを支える枢密院令の妥当性のみを争点としていた。

【判旨】　Harman 裁判官は、一審の Wilberforce 裁判官による実体の判断に賛同すると述べたうえで、被告（法務総裁）が管轄権の点に関する判断から逃げるべきではないと主張したのに応えて、この点に関する判断を示した。本件における原告の請求はシアラレオネ憲法が原告らとの関係で無効であることの宣言的判決を求めるというものであるところ、裁判所は外国の憲法の妥当性に異議を唱える宣言的判決を行うことはできず、「それは国際上の礼譲の問題であるからかもしれないし、あるいは実効性を理由とするものであるかもしれない」として「本件の事情のもとで、原告が求める宣言的判決を行うことは、不適切であるだけでなく、法に反すると考える」とする（at 768）。

Diplock 裁判官は、管轄権の問題につき、「狭義の、厳密な意味での、有効に組織された裁判所の『管轄権』は、その裁判所の手続を用いることを求める双方当事者の間の争点につき聴聞し決定する権力に、（1）当該争点の主題、（2）当該争点に関係する人間、（3）求められる救済の種類またはこれらの諸要素の結合に触れながら課せられる限界を意味する」という、

(10)　シアラレオネは、もともと解放奴隷及びその子孫たちからなる植民地であったが、1896 年、その周辺地域がイギリスの保護領（protectorate）となった。保護領の地域には原住部族民が多く住んでいる。それ以降、徐々に 2 つの地域が行政上融合してきていたが、1951 年に設置されたシアラレオネの立法評議会では植民地から 7 名の議員が選出されたのに対し、保護領から 12 名の議員が選出されるに至っていた。原告らは、シアラレオネが独立すると、数で劣位にある原告ら旧植民地の住民の権利や便益が危険にさらされると主張したのである。

Garthwaite v. Garthwaite (11)の判示を引用して、本件の主題は外国の法の妥当性そのものであり、それ以外のものは何もないのであり、「これはイングランドの裁判所が管轄権をもたない主題である」とした。その理由として、イングランドの裁判所が外国の法の妥当性について宣言を行うことは、その国の内部問題に対して管轄権を行使することになるので、礼譲のルールに照らしてできないことを挙げる（at 769-770）。

また、枢密院令が制定された時点では、なおイギリス政府がシエラレオネ植民地の主権をもつ政府であり、イングランドの裁判所が管轄権をもっていたところ、これはシエラレオネが独立した後でも変わらないと原告側は主張するが、形式ではなく実質をみなければならず、独立国の憲法の有効性が争点となっているのだとして、この主張も斥けた。被告がイギリスの法務総裁であり宣言的判決がシエラレオネ政府を拘束するものでない点についても、逆に被告は本件で争われている主題に利害を有しておらず、宣言的判決は単なる勧告的意見にすぎないので、やはり管轄権を持たないとしている（at 771）。

なお、Diplock 裁判官は、本件の枢密院令が、1887 年法 2 条の要件（同条は、「英国植民地の内部にいる女王の臣民その他の者の平和、秩序及び良き統治のために必要な（necessary for the peace, order and good government）」事項について枢密院令で定めることを認める）を充たすことも明言する（at 772-3）。

Russel 裁判官も、本件の枢密院令が、1887 年法 2 条の条件を充足すると

(11)　［1964］P 356. 原告（妻）と被告（夫）は 1950 年にイギリスで婚姻をして居住していたが、1956 年に被告がアメリカ合衆国のネバダ州で離婚判決を得たため、原告がイギリスの裁判所に、婚姻は有効で存続している旨の宣言的判決を求めて申立てを行った。前提となる争点は、イギリスの裁判所がこの申立てを判断する管轄権を有しているかであった。被告は離婚判決を得た時点でニューヨーク州に居住しており、原告の申立ての時点でも同じであった。一審（Ormrod 裁判官）は、婚姻の有効性、存続を妻が争う場合には妻が事実上の住所に依拠することができると判断したため、被告が上訴をした。控訴院（Willmer 裁判官、Danckwerts 裁判官、Diplock 裁判官）は、住所は同時に複数ではありえないので事実上の住所は認められず、婚姻関係にある間は妻の住所は法上の住所すなわち夫の住所であるところ、夫はニューヨーク州に住所を持っておりイングランドに住所を持っていないのであるから、妻が婚姻関係の継続を主張することそのものによって、高等法院が家事事件に関して有する管轄権は奪われているなどとして、上訴を認めた。

したうえで、管轄権の有無についても言及し、外国の憲法の妥当性に関する宣言的判決は、それが唯一求められているものであり別の司法判断可能な権利が依拠しているわけでもないので、管轄権をもたないと述べた（at 773-4）。

【コメント】　シエラレオネ独立直前にイギリスの枢密院令として定められたシエラレオネ憲法の適法性をイギリスの裁判所が判断できるかという、日本法に馴染んだ者の目からみると不思議ともいえる訴訟である。時間の要素が重要となっており、判決（もっといえば訴訟）の時点の実質をみれば、（もっぱら）外国の法の妥当性（のみ）を判断する管轄権をイギリスの裁判所はもたないという判断を 3 人の裁判官が一致して認めたものである。日本法の感覚からいえば、これは管轄権の問題であり、司法判断適合性の論点とは異なるものであるようにも感じられるが、イギリス法ではこのような問題も含めて、司法判断適合性の問題として捉えられているようであり、後の訴訟でも言及されることがあるので取り上げた次第である(12)。Diplock 裁判官が外国の法の妥当性という主題に着目して管轄権を否定しているのは、後の *GCHQ* 判決が、司法判断適合性について（法源ではなく）主題をみるのだとしたことにも通じているようにみえる。

なお、第一審で Wilberforce 裁判官が管轄権の問題について触れるのを避け、実体的な問題について検討して原告の主張を斥け、控訴審でも 3 名の裁判官が全員、実体的な問題について第一審の判断に対する支持を明言したうえで、管轄権の問題を検討したという流れも、日本における裁判所の判断のあり方と比較すると興味深い。原告――シエラレオネ独立前はイギリスの臣民であった――の心情に配慮して、枢密院令ひいてはシエラレオネ憲法の妥当性を認めるという実体的な判断に――「礼譲」のルールに照らせば当然にその結論が導かれるのであろうが――踏み込んだもののようにみえる。

（12）　当事者の主張の中であるが、*Buttes Gas* 事件（後述（5））で、司法判断可能性について論じたものとして取り上げられている。［1982］AC 888 at 896. See, de Smith and Brazier, above n. 5, p. 152, n. 28.

（5）*Buttes Gas and Oil Co. v Hammer*（*No 3*）[13]

この判決は、国内裁判所は外国の取極め（transactions）に関して司法判断を行わず、したがって、私法上の訴訟でかかる争点が提起された場合には、裁判所は自制（judicial restraint）をはたらかせ提起された争点について決定するのを回避するというのが英国法で長年にわたり存在してきた原則であるとし、本件は 4 つの主権国家が関与する取極めに関して、少なくともその一部が国際法に基づき違法であることの裁定を求められているので、司法判断適合性を欠くとしたものである。

【事案】　ペルシア湾の中のアブ・ムサと呼ばれる島から 9 マイルの海底で油田が発見された。このアブ・ムサ島は南岸から 40 マイルのところにあり、この南岸には 2 つの首長国、シャルージャとウンム・アル・カイワンという隣接する首長国がある。アブ・ムサ島は両首長国が承認し、イギリス政府はシャルージャに帰属すると認めていた。それ以前に、2 つの石油採掘会社がこの地域の石油採掘権を付与されていた。原告は、シャルージャ、被告はウンム・アル・カイワンによるものである。しかし、1969 年から 73 年に生じた一連の出来事の結果、被告を排除するかたちで原告が採掘権をもつものとされるに至った。（なお、イランも、アブ・ムサ島の領有権を主張して紛争地で採掘等を行わないよう要求を行っている（at 924））

原告は、被告会社の会長が 1970 年にロンドンの記者会見で、原告がシャルージャの首長と共謀して、シャルージャの領海を 12 マイルに拡大する命令の日付を遡らせることで被告会社が発見しこれに帰属する油田からの利益をみずからのものにしたと述べたことに対し、名誉毀損だとして被告会社と会長を被告として損害賠償を請求する訴訟を提起した。被告は、原告がシャルージャやその他の諸国と共同謀議して詐欺行為を行い、イギリス政府その他を違法行為にしむけたとして損害賠償請求の反訴を行い、名誉毀損表現だとの訴えに対しみずからの発言の正当性を主張した。このような訴訟の流れの中で、原告は、本件が 4 か国の「国家行為（act of state）」に関わることを

（13）［1982］AC 888（HL（E））.

理由に裁判所は管轄権を行使すべきでないこと、あるいは被告の反訴及び正当性の主張を棄却しすべての訴訟手続を停止すべきことを主張した。貴族院は、司法判断適合性の問題について判断を行った。

【判旨】 Wilberforce 裁判官は、イギリス政府のこの問題に対する対応をみたうえで、イギリス政府は、シャルージャの領海を 3 マイルから 12 マイルに拡大することが認められるかは、国際法の問題として、外交又は第三者が入った決定により解決されるべきものとみているとして、「この性格を踏まえて、国内裁判所による司法判断適合性は考えなければならない」とする（at 930）。そして、「裁判所は、外国の主権国家の間の取極めについては司法判断を行わない」という「司法の抑制又は回避」の一般原則があり、これは、裁量的なものではなく、「司法過程の性質そのものに内在する」法の原則である、と述べた（at 931-932）。そして、本件では（1）被告が 1969 年にアブ・ムサ島から 12 マイル以内の場所の海底の掘削権を獲得したかを判断するにあたり、（a）どの国がアブ・ムサ島の主権を有しているのか、（b）アブ・ムサ島の領海の広さはどれだけか、（c）（i）シャルージャとウンム・アル・カイフン、（ii）アブ・ムサ島とウンム・アル・カイフン、（iii）イラン並びにシャルージャ及びウンム・アル・カイフンとの間の大陸棚の境界線はどこかにつき答えなければならず、その際には 1964 年の国際的な合意を解釈しなければならなくなること、（2）被告が権利を得たのであれば、どのように、またなぜ、この権利が奪われたのかを判断しなければならず、その際には、シャルージャ、イラン、英国の行為が国際法上違法であるかを判断しなければならなくなる、としたうえで、「われわれの外国との関係において困らせる可能性……を措いても、これらの争点を裁定できる司法的又は管理可能な規準は……存在しない。別の言い方をすると、裁判所は、司法的にみて、危険地帯に置かれることになる。なぜなら、裁判所は、4 つの主権国家が関係し、それらの国家が外交と力の行使の後に不安定な解決をもたらした取極めを審査することを、そして少なくともその取極めの一部が国際法上「違法」であると述べることを求められているからである」と述べ（at 938）、司法判断適合性を欠くと結論づけた。

【コメント】　この事件も、管轄権が問題となったものであり、「国家行為（acts of state）」を理由として国内裁判所の管轄権が認められない、という論理であるとみると、政治的問題の法理で問題となるような高度の政治性といった実質的な要素を勘案したものではないという意味で形式的に、そしてカテゴリカルに司法判断適合性を否定したものだとみることができそうである。そうであるとすると、議会主権を理由とする司法判断不適合と同様に、その後の判例の展開にかかわらず不変のものであるようにもみえる(14)。しかし、やや先走っていえば、*Shergill and others v Khaira and others* [*2014*] *UKSC 33*（後述 3 参照）での判示をみると、この *Buttes* 判決も、高度に政治的な問題であるという実質的な事件の性質をみた結果であるという捉え方（捉え直し）をされているように思われる。また、その目で振り返ると、本判決でもアメリカ訟務長官付き法務助言者の手紙の分析（at 935-936）などは、事件の性質をみているように読める。

（6）*Everett* 判決

別の論拠で司法判断（不）適合性に言及した判決として、後の裁判でも司法判断不適合を主張する側から引用されることがあるのが、*R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p Everett* である(15)。この判決は、後ろで取り上げる *GCHQ* 判決の後に出されたもので、*GCHQ* 判決の判断――司法判断適合性を拡大したもの――を前提とする判断であるので、時系列的にも論理的にも前後するのであるが、ここで取り上げておきたい。

【事案】　原告はスペイン在住のイギリス市民で、パスポートの有効期限が近づいたので新しい旅券の発給を申請したところ、これを拒否され、イギリス

（14）　この点、現在でも、この事件は国際公法の問題で、外国の主権国家の行為が問題となっているというコンテクストを考える必要がある、という指摘がある。McGoldrick, The Boundaries of Justiciability（2010）59 ICLQ 981, at 984.

（15）　［1989］1 QB 811（CA）. この判決については、岡村周一「イギリスにおける司法審査の排他性（5）」法学論叢 126 巻 2 号（1989 年）1 頁、24 頁注 7、岡本博志『イギリス行政訴訟法の研究』（九州大学出版会、1992 年）106 頁注 10 を参照。

への片道切符に相当する旅券は発行できるとされたので、審査請求をしたところ、再審査請求の段階で、原告にはイギリスで逮捕状が出されており、逮捕状が出ている者には旅券を発給しないのが外務大臣の政策（policy）である、との説明を得たが、逮捕状の詳細については教えられなかった。そこで、原告が、逮捕状が原告の手許に来ておらず決定にあたり聴聞も行われていないので本件決定は自然的正義に反することを根拠に、拒否の取消し（certiorari）とパスポートの申請を適切に判断するべき職務執行命令（mandamus）を求めて司法審査請求を行った。ところが、司法審査申請が許可されて審理が始まる前に、原告に対し、令状が発行された日及び場所、罪名が通知された。一審は、大臣が原決定の理由を説明しこの政策が原告との関係では適用されないかどうかを調査すべきだったとして原告の請求を認容したので大臣側が控訴した。

【判旨】　控訴院は、3 名の裁判官が一致して、大臣は、パスポート発給の拒否に際して、いつ、どこで、どのような容疑で逮捕状が出されたのかの詳細を告知して原告に当該政策の例外にあたることを正当化する事情があるかを考えてもらうべきであったが、本件では司法審査の審理のときまでに原告がすべての事情を知り得ており、かつ例外的な事情もなかったことから、大臣の決定を取り消す必要はないとした。

その前提として、大臣側は司法判断適合性がないことも主張していたが、この点については、3 名の裁判官が一致して、司法判断適合性はあると判断をしている。O'Connor 裁判官は、パスポートが「外国に旅行するすべての市民にとり身近な文書」であり、「この大権の行使は……常識からすれば、もし何らかの理由でパスポートの発給が誤って拒否されたならば、裁判所はこれを調査することができなければならない」と述べる（at 817）。後の事件で参照されるのは、Taylor 裁判官の次の判示である。いわく、「私は、裁判所がパスポートの発給・更新の撤回・拒否を審査する権限をもつことに疑いをもたない。貴族院は［……*GCHQ* 判決で］「大権上のもの」という言葉に訴えることだけで裁判所の権限を排除することはできないことを明らかにした。多数の裁判官は、大権上の権限の行使に対して司法審査が開かれている

か否かは、主題に依拠し、またとくにそれが司法判断可能であるかに依拠していることを示した。大権上の執行作用（executive functions under the prerogative）の最も頂点にあるものは、高度の政治性を有する諸事項（matters of high policy）であり、その例は、裁判官により与えられているとおり、条約締結、宣戦布告、議会の解散、軍隊の動員である。これらの事項については明らかに、そして他の多くの事項について、司法判断適合性がないことには疑いがない。しかし、パスポートの発給・拒否は、まったく異なるカテゴリーに属する」（at 820）。

【コメント】　この判決は、パスポートの発給（拒否）は、大権上の権限行使であるものの司法判断適合性が認められることを認めたものであるが、一般論として、高度の政治性を有する諸事項については司法判断適合性が認められないという判示が含まれている。それは、法源ではなく事項に着目して司法判断適合性を判断するという *GCHQ* 判決以降の流れに――時系列的に当然のことながら――乗っているものである[(16)]。ただ、そこに「高度の政治性」という要素が含まれていることは、日本法との比較からいっても、本稿の関心からも、注目される。

2　司法判断適合性の拡大

（1）はじめに

IRAL は、「司法審査不適合性の原理（principle of non-justiciability）」に関して検討する章の中で、この原理の司法審査の中における重要性はこの 40 年間の中で「減退」しており、そこには 4 つの引金（trigger）があると整理する[(17)]。以下ではこの整理に従い、近時の司法判断適合性の拡大を瞥見する。

（16）　See, de Smith and Brazier, above n. 5, p. 137, n. 78. なお、この流れに乗っているもう一つの判決として、*R v Secretary of State for the Home Department, ex p Bentley* ［1993］4 All ER 442 も挙げられる。

（17）　IRAL Report, para. 2.11.

（2）第 1 段階――*GCHQ* 判決

IRAL が 1 つ目の「引金」として取り上げるのは、著名判決である、*Council of Civil Service Unions v Minister for Civil Service*――いわゆる *GCHQ* 判決[18]――である。

【事案】 1983 年 12 月 22 日、公務員担当大臣は 1982 年公務員令 4 条に基づく訓令（instruction）を発し、GCHQ の職員は労働組合に所属できないという勤務条件の変更を突然行った。この訓令を発する前に、労働組合とも GCHQ の職員とも、事前の協議は行われなかった。原告（労働組合と 6 名の個人）は、大臣は訓令を発する前に利害関係者と協議を行うことで公正に行為する義務（duty to act fairly）があったとして、この訓令を無効とする宣言的判決を求める司法審査請求を行った。1 審の高等法院合議法廷（Glidewell 裁判官）は、訓令は無効であるとの宣言的判決を行った。控訴院（Lane 首席裁判官、Watkins 裁判官、May 裁判官）も、行政府による活動は、コモンローあるいは大権に基づくものであっても司法審査から免れず、大権上の権限に基づき行為する大臣も公正に行為する義務に服すること、原告は大臣が訓令を発する前に協議を受ける正当な期待を有していたことを認めたが、特定の事案において国家安全保障上の要請が公正性の要請に優越するかを決定するのは裁判所ではなく行政府であるとして、本件で、大臣が、事前に協議を行うと GCHQ で妨害行動が起き、オペレーションにおける脆弱領域が明らかになるおそれがあると判断したことが認められるとして、大臣の上訴を認めた。そこで原告が貴族院に上訴した。

【判旨】 貴族院の判決は、本件では公正に行為する義務、すなわち手続的な妥当性の違反があったかが論点となるところ、GCHQ の任務は国家安全保

（18） ［1985］1 AC 374. 同判決については、岡村・前掲注（15）22 頁、大田直史「イギリス行政法における『正当な期待』の保護（2）」京都学園法学 2 = 3 号（1990 年）1 頁、19 頁、岡本・前掲注（15）98 頁、中村民雄「行政行為に対する司法審査の一般原則」藤倉皓一郎＝木下毅＝高橋一修＝樋口範雄編『英米判例百選〔第 3 版〕』（有斐閣、1996 年）100 頁などを参照。

障に関わるもので、労働争議が発生すればこの安全保障が深刻に損なわれること、本件で事前に協議を行うと GCHQ の脆弱領域が明らかになることから、被告が事前の協議なしに訓令を発したことは国家安全保障上の利益を理由に正当化されると結論づけた。イギリス行政法における重要判例であり、有名なのは、Diplock 裁判官が、司法審査において適法性を審査する根拠として、一般的に、①適法性（illegality）、②不合理性（irrationality）、③手続違背（procedural impropriety）があるのを示したことである。

本稿との関係で重要なのは、この実体的な判断に入る手前の論点として、本件訓令は、1982 年公務員令 4 条に基づき公務員担当大臣が発したものであり、これは公務員関係の規律という領域で枢密院令に基づき大臣に委任された大権上の権限であるところ、かかる大権上の権限の行使が司法審査に服するのか、というものである。

この点、Fraser 裁判官は、大臣側の主張を、訓令は主権者（女王）により大権に基づき発出されるものであり、このような訓令は、①大権上の権限は裁量的なものであり、その方法は裁判所による審査に開かれていないこと、②大権に基づき主権者（女王）により付与された委任権限の行使として出される訓令は、大権の直接の行使そのものと同様に審査からの不可侵性を享受することを理由に、裁判所による審査に服しないと整理した（at 397-398）。*De Keyser's* 判決 (19) を引用しつつ、「裁判所は、特定の大権が存在するか否か、そしてもし存在するのであれば、その範囲について判断するであろう。しかし、いったん権限の存在と範囲が確定したと裁判所が判断すれば、裁判所はその行使の当否（appropriate）に立ち入ることはできない」と述べた上

（19）　*Attorney General v De Keyser's Royal Hotel Limited* ［1920］ AC 508. 第一次世界大戦の際に軍の宿舎としてロンドンのホテルを収用された会社が、戦後に補償を求めた事件である。ホテル側の主張の根拠は、収用は 1842 年防衛法（Defence Act 1842）に基づくもので、同法は補償の定めを置いているというものであったのに対し、政府側は、根拠は国土防衛の国王大権であり、費用の支払いを義務づけるものではないと反駁した。貴族院は、収用に関する法律がある以上、収用はその法律に基づいてのみ正当化されるのであり、法律の定める条件に従わなければならないとして原告側の請求を認める判断を下した。同一事項につき法律の定めがあるときには法律が国王大権に優位することを判示した判決として知られる。

で、「多くの最も重要な大権上の権限、すなわち軍隊の統制や外交政策、そして法を司る裁判所における議論や審査に適しないその他の事項に関わる大権上の権限に関して、そのことは明らかに合理的である」とした。そのうえで、「本件において問題となっている大権上の権限は内務公務員を規律する権限であり、この権限の行使の方法（mode of exercise）が裁判所による審査から不可侵であるべきだとする明らかな理由はないと考える」とする。しかしながら、この審査を認めると、上述した先例と衝突することになる。そこで、本件では大臣側の主張の①が正しいか否かを決定する必要はなく、この点の決定が必要となる事件が生じるまでこの問いは開かれたままにしておくのがよいとした（at 398）。そのうえで、大臣側の主張の②について、1982年公務員令4条に基づき委任された公務員の勤務条件の規律に関する権限行使は司法による統制に服するのが通常であり（at 399）、勤務条件変更に際して協議を受ける正当な期待は、国家安全保障が関係する問題でなければ認められるとして、本件における意思決定過程は国家安全保障に関する問題が生じていなければ不公正であったとした（at 401）。しかし、国側の主張は、本件決定を事前の協議なしに行ったのはそれを行うと安全保障上の脅威になりそれを避けなければならないという大臣の意識的な判断に基づくというものであるところ、原告側の主張は、この国側の主張は後知恵であるというものである。Fraser 裁判官は、この点、*The Zamora* 判決を先例として参照して、「［ⓐ］特定の事案において国家安全保障の要請が公正性の義務に優越するかの決定は、政府が行うものであり、裁判所が行うものではない。政府のみが必要な情報にアクセスすることができるからである。いずれにしろ、司法過程は、国家安全保障上の決定を行うには向いていない（unsuitable）。［ⓑ］しかし、もしこの決定に対する異議申立てが、それが不公正な過程によって到達したものだとの根拠に基づき成功したときは、政府は、当該決定が事実として国家安全保障上の理由に基づくものであるとの証拠を提出する義務を負う」（at 402）と述べ、本件では、国側が提出した証拠により、大臣が事前協議は GCHQ における混乱を引き起こすリスクがあるとたしかに考慮していたといえるとして、第一審の判断を斥けた。

この点、Brightman 裁判官も、「国王大権に基づき行われた決定の審査可

能性（reviewability）に関しては、同僚の裁判官方がなされた先例の包括的な探索に加えられるものは何もない。同僚の裁判官方の結論とは次の一点を除いて違いはない。その一点とはすなわち、大権の行使に対する審査可能性は、審査が求められる意思決定過程が枢密院令の条件に基づき生じこの条件に照らして行使しなければならないものだとするために当該権限が枢密院令により意思決定者に委任された場合に限定されるのか、それとも審査可能性は適切な事案においては大権の直接の行使にも拡張されうるのか、という点である。Fraser 裁判官と同様、私はこの問題の解決をそれについて必ず決定しなければならない事件が生じるまでそのままにしておくことを望む」（at 423-4）と述べており、枢密院令で委任されている内国公務員関係の規律については、大権事項であるが、（国家安全保障上の論点に関わらない限り）司法判断可能性を認めていると読むことができる。

また、Roskill 裁判官も、本件の大臣の権限は国王大権の行使によるものなので審査可能なのかという前提の論点について、「今日、権限の源が大権であって制定法ではないという事実によって、市民は、権限の源が制定法であるものの行使の方法に対して有している異議申立ての権利を奪われるべきであるという論理的な根拠を……見出すことはできない」（at 417）と述べたうえで、次のように述べる。

> 「しかし、この異議申立ての権利は無制約のものでありうるとは考えない。この点は、行使される大権上の権限の主題（subject matter）に依拠すると考える。……条約の締結、領域の防衛、恩赦の特権、栄誉の付与、議会の解散、大臣の任命そしてその他の同様の事項に関する大権上の権限は、それらの性質や主題が司法過程になじまない（not to be amenable）ので、司法審査には服しないと考える。裁判所は、条約を締結するべきか、あるいは軍隊を特定の方法で配置するべきか、あるいは議会を他の日ではなくこの日に解散するべきか、を決定する場所ではない」（at 418）。

そして、本件は、「主題を理由として……『除外されるカテゴリー（excluded

categories)』には含まれない」（at 418）として審査を行った（そのうえで、国家安全保障上の利益を理由に事前の協議を行わなかったことは正当化されると結論づけている）。Scarman 裁判官も、「今日、……大権上の権限が司法審査に服するかを決定する際にこれを制御する要因は、法源ではなく主題である」と述べる（at 407）。

Diplock 裁判官も、「［大権に基づく決定は］一般的に政府の政策の適用に関わるだろう。意思決定者が別の途でなくひとつの途をとる理由は、通常、これが争われた際に司法過程が正しい答えを提供するのに適している問題ではない。このことにより私が述べたいのは、司法手続のもとで認められるものでなければならない証拠や、推論が必要となる方法ゆえに、政策に関わる競合する考慮要素――行政府の裁量が賢明に行使されるならば一方が他方に優越しなければならないものである――は裁判所の関心から排除されることになるということである――このような衡量の行使は、裁判官にはその教育や経験によっては十分に備わらない適性である」（at 411）と述べ、政策に関わる判断が司法審査に適さないことを示唆したうえで、次のように述べる。「国家安全保障は、政府（executive government）の責任であり、この利益を保護するために必要とされる行為が何であるかは、Roskill 裁判官が引用する事件が確立しまた常識が指示するとおり、司法裁判所ではなく、当該責任を負う者が「最後の言葉」を持たなければならない。それは、本質的に司法判断不適合（non-justiciable）な問題である。司法過程は、これに関わる類の問題を取り扱うのに完全に適していない」（at 412）。もっとも、それは本件においては、「組合員が事前の協議を受けるという利益（benefit）を大臣が取り上げたのは、国家安全保障上の利益によってである」という点に関わるものである。

【コメント】繰り返しになるが、大権上の権限の行使のあり方が司法判断に服するのか、という論点につき、この判決は、IRAL 報告書によれば、国王大権に基づき首相に委任された公務員の勤務条件を変更する権限行使が司法判断に服することがあるということを示したものである。

従来、大権上の権限に関して、裁判所は、特定の大権の存否そして範囲

（extent）については判断できるのに対し、範囲内にある場合にその行使の適否については判断できないと考えられていた。これに対し、本判決は、Fraser 裁判官の判示のとおり、本件で問題となった（内国）公務員の規律権限について、行使の適否に踏み込んで判断を行ったものである。そしてこの点に関して、Roskill 裁判官が、司法判断が可能か否かは、権限の法源によって決まる――すなわち、大権に基づく権限であるから不可能だと決まる――のではなく主題（subject matter）によって決まるのだと述べた一節が有名となった。ここでは、従来の考え方に比べれば司法判断不適合の領域は狭まっているものの、実際には以前と大きな変化はないという評価もあったところであり[20]、Roskill 裁判官の「除外されるカテゴリー」、主題により司法審査の対象外となるとの考え方がその後、国側からの主張でしばしば引用されることになった。この点、Fraser 裁判官も、軍隊の統制や外交政策を例示して、国王大権の行使の適否に裁判所が立ち入ることのできない事項があることを認めており、IRAL 報告書によれば、「裁判官は、『司法判断不適合の原則』への立入りに対し急いで限界を画した」[21]と評される。

また、本件ではもうひとつ、国家安全保障の要請に基づく判断につき裁判所がどこまで審査できるかという点も問題であった。この点、Fraser 裁判官が司法判断適合性を認めたのかは、わかりづらい。上記の引用箇所のⓐを強調すれば、＜国家安全保障の要請が公正性の義務に優越するかの決定については司法判断適合性が及ばない＞という判示をしたと読むこともできるからである。現に Diplock 裁判官は、この点につき司法判断不適合であると明言している。しかし、Fraser 裁判官は、本件の事実関係で、国家安全保障の問題がなければ手続が不公正であったことを認めており、かつ引用箇所ⓑと本件の判断を読めば、最終的には当該決定が国家安全保障上の理由に基づき行われたものであるとの証拠を国が提出したので大臣の判断を尊重する、という結論を導いたと読むこともできる。もし国が証拠の提出に失敗したのであれば、引用箇所ⓑを当てはめると、国の主張は斥けられ決定は手続違背で違

（20）　岡村・前掲注（15）23 頁参照。
（21）　IRAL Report, para. 2.13.

法であったことになるわけで、実体的には司法判断を行っているということもできるように思われるのである。少なくとも、司法判断適合性が及ばないとしたとも理解できるのは、事件全体についてではなく、特定の争点についてだけであった点には注意が必要である。

（3）第2段階――*Gillick* 判決

IRAL が2つ目の「引金」として取り上げるのは、*Gillick v West Norfolk A.H.A.*[(22)]である。通達の適法性について司法審査を行った判決である。この点、IRAL 報告書によると、従来、個人の権利義務の変動を引き起こす行政行為又は不作為でないものには司法判断適合性が認められていなかったところ、*Gillick* 判決でこの限界が越えられたといわれる[(23)]。すなわち、従来の立場は、*GCHQ* 判決の Diplock 裁判官の言葉を用いて、「すべての司法審査の主題は、ある人（又は人々の組織体〔bodies of persons〕）――「意思決定者と呼ぶ」――が行った決定又は決定の拒否である」ところ「司法審査の主題と性格付けられるためには、その決定が意思決定者以外のある人（又は人々の組織体）に影響を与える帰結（consequences）をともなわなければならない」のであり、その帰結は、(a)「私法上その人によって又はその人に対して強行可能な権利又は義務を変更すること」か、又は（b）その人が正当な期待をもつ「なんらかの便益や利益を奪うこと」を指す[(24)]、というものであったところ、本件の通達は保険・社会保障省から地方の保健機関に出されたもので上の（a）も（b）も充足しないものであったにもかかわらず、司法審査に服することを認めた判決だと評価されているものである[(25)]。

【事案】　保健・社会保障省が通達（Memorandum of Guidance）を発し、16歳未満の子どもから避妊に関する助言や措置を求められた場合、医師その他の医療専門職は、できるだけ早い段階で親又は後見人（guardian）に知らせる

（22）［1986］1 AC 112（CA and HL）.
（23）IRAL Report, at 2.25.
（24）［1985］1 AC 374, at 408-409.
（25）IRAL Report, at 2.26.

ようにその子どもを説得すべきであるとしつつも、医師と患者の間の遣り取りは秘密にすべきであるという広く受け入れられている原則を 16 歳未満の者について放棄すれば、子どもが医師等に専門的な助言を求めなくなり、妊娠や性交渉に基づく病気、また長期的な身体的、心理的及び情緒的な影響をもたらすおそれがあることから、例外的な場合においては、避妊の措置をとるべきか否かの判断は、医師の診療的な判断に委ねられなければならない、という旨を伝えた。ここでは、16 歳未満の子どもが、親の認識又は同意なしに、避妊に関する助言や措置を受けることができるという立場が受け入れられていた。

原告は、16 歳未満の娘を 4 人（訴訟提起後に 5 人）もつ母親であった。原告は、地方保健機関（local health authority）に対して、娘たちが 16 歳未満の間、避妊に関する助言及び措置を、母親に事前に知らさずに行わないことの保証を求めたところ、保健機関は、上記の通達を引きながら、最終的な判断は医師の診療的な判断に委ねられる旨の回答を行った。その後の遣り取りを経ても保健機関の判断は変わらなかったので、原告は、①地域保健機関と省を被告として、通達は効力をもたず助言は違法である旨の宣言的判決、②地域保健機関を被告として、機関が雇用する医師その他の医療専門職の者が親又は後見人による事前の認識・同意なしに 16 歳未満の子どもに避妊・堕胎に関する助言や措置を行うことができないことの宣言的判決を求めて出訴した。

第一審の高等法院女王座部（Woolf 裁判官）(26)は、原告が求める救済が得られるためには、通達に含まれる助言に従うことによって医師が違法な処置をとる結果となることが不可避であることを原告が主張立証できなければならないところ、医師が通達に含まれる助言に従っても刑事責任を追及されない可能性が高く、16 歳未満の少女は医療措置に同意を与えることができるので親の同意がなくても医師の処置が違法とはならないとして原告の請求を斥けた。控訴院（Eveleigh 裁判官、Fox 裁判官、Parker 裁判官）は、16 歳未満の少女は医療措置に同意を与える能力も医師に彼女の両親の同意を求めること

(26)　［1984］Q. B. 581.

を禁止できる能力も持っておらず、医師は、緊急の場合を除いて、16 歳未満の者に対し、不妊や堕胎の処置を両親や後見人の同意なしにとることは、裁判所に申し立てない限りできないとして、②の宣言的判決については「緊急時又は裁判所の許可がある場合を除き」という一句を追加して出すとし、①については、「1974 年 5 月に発出された通達の G 項を改正した規定である 1980 年 12 月に発出された通達は、法に違反する」という旨の宣言的判決を出した（at 138, 146）。そこで、被告のうち省のみが上訴した（地域保健機関は上訴していない）。それゆえ、貴族院で争われているのは①のみである。

貴族院では、Fraser 裁判官が主導的意見を執筆した。同裁判官によると、論点は、医師が、16 歳未満の少女に対して、その親の同意なしに不妊に関する助言や処置を行うことができるのかである（at 165）。これを 3 つの点に分けて検討した。第一は、16 歳未満の少女が不妊にかかる助言や処置を受けることに同意を与える法的能力があるか、第二は、子の医療措置に関して親がどの範囲で権利と義務を有するのか、第三は、医師が 16 歳未満の少女との性交渉――犯罪である――の幇助をしたとして刑事責任を負うかである（at 166）。

第一の点について、諸法令をみても、不妊に関する助言、処置とその他の医療の助言、処置との間で能力に関する区別をしていないと指摘し、医療的な助言、処置について 16 歳未満でも同意を与えることができる以上、不妊に関するものについてもそのはずだとしてこれを肯定する（at 166-170）。

第二の点について、親の権利は子の利益のためにあるが、その範囲は関連法令をみても明らかとはならず、1975 年子ども法 86 条（「本法では、『法的監護』とは、文脈が他のことを要求していない限り、子どもに関しては、子どもの人身（子の時間を費やす場所及び方法を含む）に関する親の多くの権利及び義務を意味する」）からも、原審で Parker 裁判官が判断したような「子に対する完全なコントロールの権利」は導かれない（at 171）。子は成人年齢に達して突然に独立するわけではなく、親のコントロールは子の理解力や知性の成長に応じて徐々に変化していくのが現実であり、「社会の慣習は変化し、それが重要である場合には、法はかかる変化を考慮に入れなければならないし、事実としても考慮にいれる」（at 171）。変化の例として、親の連れ去り

に対する子どもの同意が誘拐罪に対する抗弁になるかに関して、子が同意を与えられるだけの十分な理解力と知性を有していたかは陪審が判断する「事実問題（question of fact）」であるとした *Reg. v. D* [27] における Brandon 裁判官の判示を挙げ、早熟の女子であっても 16 歳に達しない子に判断能力を認めなかった 19 世紀の判例と比較して、時代の経過により見方が変わってきていると述べる（at 171-172）。そして、父親の権限は「しだいに縮減していく権利（dwindling right）」であるとする Hewer v Bryant [28] における Denning 裁

(27)［1984］A.C. 778（CA and HL（E））. 父親による子の連れ去りが誘拐罪に当たるかが問題となった刑事事件である。母親の管理の下にいた 5 歳の娘を連れ去ったとして父親が誘拐罪で起訴され、中央刑事裁判所（Lymbery 裁判官）では有罪となったが、上訴をしたところ、控訴院（Watkins 裁判官、Skinner 裁判官、Mustill 裁判官）は、みずからの未婚の未成年の子との関係では誘拐罪は成立しないこと、裁判所の命令に反して行為をした親への制裁としては民事的裁判所侮辱があるので刑法の領域に持ち込むことは望ましくないことなどを理由に無罪とした。検察側が上訴したところ、貴族院（Hailsham 裁判官、Fraser 裁判官、Scarman 裁判官、Bridge 裁判官、Brandon 裁判官）は、家族における父親の最高の権威は、かつては、未婚の未成年の子の誘拐罪の関係で適法な免責事由（excuse）であったが、子との関係で両親が等しい権威をもつものと扱われることとなった現在の社会的・法的な状況のもとでは免責事由として用いることはできず、父親が自らの子の誘拐罪を犯しえること、裁判所の命令に反した者は通常は民事的裁判所侮辱で対応するべきだが例外的に行為が悪質である場合には刑事罰で臨むことがありえ、本件はそれに当たるなどとして、控訴院の判決を破棄し、誘拐罪で有罪とするべきだと結論づけた。

(28)［1970］1 Q.B. 357. 1962 年に 15 歳 8 か月であった原告は、親元を離れ農場で住み込みで給料を得て働いている際に被告のトラックに搭乗して事故にあい、重傷を負った。その後、親元に戻り、親が原告の世話をしていた。親は訴訟を提起することを考えたが様々な理由で行わず、その後、原告の快復が思わしくないので訴訟を提起したが 3 年の期間制限（time limit）を徒過しており、請求は退けられた。その後、原告が 1967 年に成人した後に自ら損害賠償請求を行ったのが本件である。被告が事故が発生してから 3 年の期間制限が経過していると反論したのに対し、原告は事故当時未成年であったので期間制限は発生せず、その例外として期間制限が発生する「親の監護下にあった」わけでもないと再反論した。一審（［1969］1 QB 415）（Paull 裁判官）は「監護」とはコモン・ロー上の法的な意味であり、本件の原告は「親の監護下にあった」として、期間制限の成立を認めた。原告側の上訴に対し、控訴院は、これを認容し、本件の事情で原告が自ら訴訟を提起することは法的に禁止されていないと判断したものである。1939 年期間制限法、1954 年期間制限法の「親の監護下にあった」という文言について、21 歳が成人年齢であったが、第二次世界大戦では 18 歳や 19 歳の若者が戦争に従事したことや 1954 年法の制定後に 19 歳の歌手が週に数千ポンドも稼ぎ 18 歳の革命家が大学紛争を起こしたことを挙げて、これらの者は親の監護下にあったとはいえないとして、Denning 裁判官は、

判官の判示に同意する（at 172）。結論、一定の要件を充足するときには、親の同意なしに、また親が認識していない状態でも、医師が助言や処置を進めることが正当化される場合がある。その要件とは、①当該女子が医師の助言を理解していること、②医師が、彼女が避妊に関する助言を求めていることを彼女に対し両親に知らせるよう説得することも、医師が両親に知らせることを認めるよう説得することもできなかったこと、③不妊の処置があろうがなかろうが、彼女が性交渉を始めまた続けるだろう蓋然性が高いこと、④不妊の助言や処置を受けなければ、その少女の身体的、精神的健康が損なわれるだろうこと、⑤彼女の最善の利益のために、医師が両親の同意なしに彼女に不妊の助言や処置を行うことが求められること、という 5 点である（at 174）。

第三の点について、医師が違法な性交渉の幇助罪で 1956 年性的侵害法 28 条に基づき処罰されるかが問題となるが、少女の最善の利益のために誠実に行為しようとする意思があったしていた医師は、不妊の助言や処置を行っても処罰されないだろうとする（at 175-176）。

Scarman 裁判官もおおむね Fraser 裁判官の意見と同じ意見を述べ、Bridge 裁判官は両裁判官の意見に同意する。

これに対し、Brandon 裁判官は、ここでの法的論点は、16 歳未満の少女に対する、医師以外の専門職による不妊に関する助言、医師による外科的処置、不妊の措置（特にピルの処方）の 3 つの行為を親の同意なしに、親の認識していないところで実施できるかであるが、これは、第一に、いかなる事情であれこれら 3 つの行為を適法に行えるか、第二に、第一の問いが肯定されるときに、これら 3 つの行為が行えるのは事前の親が認識して同意を与えていた場合のみであるか、という 2 つの問いに分解できるという（at 195）。そして、第一の点について、3 つの行為は 1956 年性的侵害法が処罰する、性行為の助長、促進等にあたるとする（at 197）。1977 年国民医療サービス法（National Health Service Act 1977）は 3 つの行為を国務大臣に義務づける

法の状態ではなく事実の状態に依拠するのであり、親の実効的なケア及びコントロールの下に置かれていた場合にのみ、これに該当すると判断した（at 369）。

が、条文解釈の際には公序（public policy）に適合するように解釈をしなければならないので、ここで、3 つの行為の対象となる者は、16 歳未満の者を含まないように解釈しなければならない（at 198）。それゆえ、これら 3 つの行為は適法に行うことはできないこととなる。第二の問いは、第一の問いに対する答えは否定であるので問題とならず、したがって、この点を検討するまでもなく保険・社会保障省からの上訴は棄却されるべきという結論となる（at 199）。

Templeman 裁判官も、法的構成は Brandon 裁判官と異なるが、原告の請求を認容する宣言的判決を出すべきだと結論づける。同裁判官は、ここでの問題は、16 歳未満の少女が不妊処置を行うか否かを決定する権利を誰がもつのかだとする（at 199）。まず、1956 年性的侵害法は、性交渉をコントロールできないと判断される 16 歳未満の少女に対して不妊処置を行うことの決定を親や医師が行うことを妨げていないので、親と医師とがこの点で同意すれば問題なく不妊処置を施すことができるという（at 199）。問題は、親の判断と医師の判断とが異なる場合である。親は子供の「自然的かつ法的な後見人（natural and legal guardian）」として子を育てる責務を負い、親の権限の行使としては管理や監督から指導や助言まで、また子の年齢や気質に応じ、様々なものがあるが、これを子の最善の利益のために行使しなければならない。そして、親の決定権は裁判所の裁量には服するが、裁判所は、「子どもの福祉が最重要であるという原理」に導かれるという（at 200）。他方、医師は患者に最も利益になると思われる助言、処置を行うが、患者はこれを拒否する権利がある。患者が子どもの場合は親が子どもに代わり判断するが、医師と親の意見が違う場合には裁判所が判断する。裁判所が判断する時間がない場合、医師が、処置を施すことが子どもの生存又は健康にとり不可欠のものであると判断するならば、緊急時において処置を施すことができる（at 200）。医師は、子どもの同意を得て、親の反対があっても一定の方法の処置を施すこともできるが、子どもの同意の効果は処置の性質と子どもの年齢・理解力とに依存する（at 201）。しかし、性や不妊に関する処置は、Fraser 裁判官が挙げた法令の規定や 1956 年性的侵害法 6 条の規定をみても、16 歳未満の少女はこれらの決定を行う能力をもたないことを示していると結論づけ

る。これら法令の解釈がFraser裁判官とは異なり、16歳未満の少女は性や不妊に関する処置に関する決定権をもたないとしているわけである。

そのうえで、保健・社会保障省の主張に対し、①医師は少女が話す内容しか知らないので、家族の事情などに関する知識は不完全なものであり、親の知らないところで処置をするのは、少女を性交渉から保護する機会を親から奪っていることになる、②親が処置のことを早晩知るはずなので、そうすると家族どうしの間の、また家族と医師との間の信頼関係がなくなる、③医師が秘密裏に不妊処置を施すことは、少女に性交渉への関与を促すことになり、これは道徳や宗教の基本原理を侵害することになる、という疑問を呈する。もちろん、とくに最後の点については、処置をしなければ少女が妊娠する可能性を高めるという強い異論があるが、不妊処置は性交渉に対する制約を取り除くことになるという考えも強いという（at 201-203）。

この点、立法者はいかようにも決められるが、裁判においては現行法に基づく判断が求められるとし、子どもに責任をもつ親への情報開示は患者たる子どもに対する秘密保持義務に対する違反となるわけではなく、また医師は子どもに秘密裏に助言を行う資格をもつものの不妊処置を行うことに関する決定権は親が有しているというのが法の立場であると考える。それゆえ、同裁判官は、16歳未満の少女に対する避妊具の装着は、裁判所の命令がある場合、緊急の場合、又は親が権利を放棄したり濫用したりした例外的な場合でなければ、親の同意なしにできないとする（at 203-205）。

結論、まず、本件では、保健・社会保障省の通達には、不妊処置を行うことに関し子に代わり決定を行う親の権利及び管理・教導権（parental powers of control, guidance and advice）の行使により子に影響力を行使する親の権利に対する介入という点で、瑕疵があるように思われると述べる（at 205）。そして、保健・社会保障省の側に、16歳未満の少女に避妊具を装着するか否かの決定を医師ができると解している点及び医師はその決定を親に秘密にしておくことができると解している点で法の過誤があるとし、保健・社会保障省はこの通達に責任を負い、なんらかの救済手段又は司法審査に服するとする（at 206）。そして、この通達が16歳未満の未婚の少女に対して、この者の監護権をもち、かつ不妊処置を提供するか否かを決定する親の権利を放棄又は

濫用していない親の知らないところで不妊処置を提供することを承認又は同意しようとする限りで、違法である旨の宣言的判決を行うべきだと結論づける（at 206）。

このようにして、保健・社会保障省の通達の適法性という実体的な論点については、3 対 2 で適法だとの判断が示された。

本稿の関係で重要なのは、通達の適法性を訴訟で争えるか、という点である。この点について、Bridge 裁判官が次のように論じたことが注目される。

> 「裁判所の行政当局の行動に対する監督的管轄権（supervisory jurisdiction）は、その行為又は決定が、当該行政当局による行使が意図されている権限の範囲内でなされていることを確保すること、又は逆に何らかの適切な制定法上の行為又は決定が求められている事情のもとで当局が行為又は決定をしないことに対して救済手段を提供することに限定されている」（at 192）。通達はそれ自体としては制定法としての力を何ももたない。制定法上の権限の行使として発されたわけでもないし、制定法上の権限の行使でもない。それは純粋に勧告的な性格をもつものであり、国民医療サービスの医療従事者は、法律問題としては、それによって何も拘束されない。それゆえ、通達が、制定法上の裁量の不合理な行使に関わるウエンズベリー原則に基づく審査の対象となることには同意できない。「かかる制定法に基づかない通達に含まれる助言がよいか悪いか、合理的か不合理的かという問題は、一般ルールとして、司法審査の形式に服しない。しかし、問題は、この一般ルールに対する例外があるのか否かである」（at 193）。
>
> この点、*Royal College of Nursing v Department of Health and Social Security* [29] は、「裁判所の司法審査の権限を非常に拡大させる効果をもっ

(29)　［1981］A C 800（CA and HL（E））. 1967 年堕胎法（Abortion Act 1967）1 条は、2 名の医師が中絶の必要性を認める証明書を出し国民医療サービスの病院で処置を行うならば、「登録医師」による妊娠中絶を堕胎罪に問わない旨を定めていた。この規定の解釈に関し、保険・社会保障省が、保険機関と医師・看護師の団体に対し、看護師が薬剤を処置することも、登録医師がみずから処置を開始し（カテーテルを入れ）看護師が行うそれ

た。……もし政府の省庁がその責任を行使する行政の領域で、形式は制定法上のものでなくても、公になる文書の中で、法的に誤りのある助言を公表した場合には、裁判所は、必要な原告適格を有する申請人又は原告が適切な形式によって提起した訴訟手続において、適切な宣言的判決によって、法の過誤を矯正する管轄権をもつと言わなければならない。このように拡張された管轄権は、疑いなく、ある状況のもとにおいては有益で実に必要なものである」（at 193）。

このように述べて、本件では、Gillick 氏は通達の適法性を争う原告適格をもち、彼女がこの訴訟で勝つには、捨てられた子ども又は緊急時を除いて、法が 16 歳未満の少女に親の同意又は裁判所の命令なしに不妊処置を行うことを絶対に禁止しているということを明らかにすればよいことから、裁判所は本件に対する管轄権をもつと述べた。

Templeman 裁判官も、実体的な判断は原告の請求を認める点で少数意見の側に立つが、訴訟（司法審査）で判断できる点では Bridge 裁判官に同意して、次のように述べる。

「通達が命令なのか、医療専門職や国民医療サービス（NHS）に従事する医師に向けられたガイダンス、助言、単なる見解の表明なのかは重要ではない。争点は、保健・社会保障省が制定法上の裁量を合理的な方法で行使しているのか、公的機関である保健・社会保障省の法の過誤が通達によって親の権利に対する不法な制約を承認し又はこれに同意を与えることになっているのか、である。この点で、私は、親愛なる Bridge of Harwich 裁判官の意見と、社会的、倫理的に争いのある問題又は仮説的な問題に裁判所が関与することに対する彼の警告に同意する。それに

以降の処置につきすべて責任を負える状況であるならば適法である旨の通達を発したので、看護師の団体がこの通達が違法である旨の宣言的判決を求めて出訴したという事案である。一審は通達を適法と判断したが、控訴審は、その状況は事実上、看護師による中絶であるとして一審の判断を覆したので、国側が上訴をした。貴族院は、上訴を認容し通達による手続は堕胎法に適合していると判断した。

もかかわらず、本件上訴で提起されている問題には答えなければならず、多数意見とは異なり、私は、Gillick 氏が彼女の運動に成功し、司法審査手続において、当該通達が 16 歳未満の未婚の少女に避妊具を装着することを、その者の監護権をもちかかる器具を装着するか否かを決定する親の権利を放棄も濫用もしていない親の知らないところで認めることを意図する限りで、不法であるとの宣言を行うことができると考える」（at 206）。

このように、実体的な判断の違いを超えて、少なくとも本件においては、裁判所は通達に法的な誤りがあるか否かを判断する（そして法的な誤りがある場合には法の過誤を矯正する）ことができるとする点で裁判官の判断は一致していた。

【コメント】この事件で問題となった通達は、結論としては、3 対 2 の判断とはいえ、法的に個人の権利義務を変動させたり正当な期待が認められる便益をはく奪したりするものではないとされた。しかし、裁判官たちは、この実体的な評価の違いにかかわらず、一致して、裁判所が司法審査において本件の通達に法的な誤りがあるか否かを判断することが可能であることを認めた。

この判決には、学説の一部から批判も出されたが[30]、現在の評価としては、IRAL 報告書によれば、「この判決を悔やむ者はほとんどいない」のであり、この判決は、司法審査が「個人の利益が政府により侵害されないことを保障しようとするものから、政府の行為の合法性を確保しようとするもの」へと一般的な方向付けが変わったこととも整合しているとされる[31]。

日本法との比較の観点から興味深いのは、この判決で問題となったことは、日本法の文脈でいえば、司法判断可能性――司法権の限界――に関わるものというより、法律上の争訟――司法権の観念そのもの――に関わる

（30）　Carol Harrlow, Gillick: A Comedy of Errors?（1986）49 MLR 768.
（31）　IRAL Report, at 2.43.

ものであることである。

（4）第3段階――1998年人権法

IRAL報告書が第3の契機として挙げるのは、1998年人権法（Human Rights Act 1998）の制定である。人権法は欧州人権条約をイギリス法に編入したので、あらゆる形態の公権力の行使が、人権条約上の権利を侵害したと主張されるならば司法判断可能となったわけである。報告書によれば、人権法の制定によってもたらされた司法判断適合性の拡大は、議会が選択したものである点で、*GCHQ*判決や*Gillick*判決とは異なるが、「議会による選択の効果は、そうしなければコモン・ローの下では判断できなかったであろう多くの公権力の行使を人権法の下での司法審査の潜在的な対象にしたこと」[32]であったという。そのような例として報告書が挙げる判例のうち、筆者の能力の関係で、3つだけ挙げる。

①　*R* (*Gentle*) *v Prime Minister* [33]

本件は、軍のイラク派遣に関わる問題であり、主題となる事項からいえば司法判断適合性が否定されそうな事案であった。それにもかかわらず、貴族院は司法審査に踏み込んだ。IRAL報告書は、Hale裁判官の「もし人権条約上の権利によって裁判所が以前は司法判断適合性がないと考えられていた事項につき審査し判断を下すよう求められるのであれば、裁判所はその判断を下さなければならないということについては、今日、共通した根拠となっている」という言葉を引用している（[60]）[34]。この引用箇所の直後で、「主題となる事項によってこのことは排除されない」とも述べており、*GCHQ*判決よりもさらに司法判断適合性を拡大した例とみることができそうである。

【事案】　原告は2003年3月から2004年6月までイラクに派遣されている間に殺された2人の軍人の母親である。検視は適切に行われ、死亡の時、場

(32)　IRAL Report, para, 2, 29.
(33)　［2008］1 AC 1356（HL（E））.
(34)　IRAL Report, para. 2.28.

所、状況についてとくに問題もないとされている。原告は、子の死亡に関する、検死より広範囲の独立した公的調査を行うことを求めたが拒絶されたので、これが欧州人権条約 2 条に違反しており、イギリス政府は子の死亡に関する、検死より広範囲の独立した公的調査を行うべきであるという旨の宣言的判決を求めて司法審査を申請した。高等法院（Collins 裁判官）そして控訴院（Clarke 記録長官、Judge 裁判官、Dyson 裁判官）も請求を斥けたので上訴した。なお、原告は、かかる公的調査が公益上望ましいか否かの判断も、イギリス軍のイラク派遣が国際法上適法か否かについての判断も求めてはいない。

【判旨】　貴族院は、9 名の裁判官全員一致で上訴を斥けた。主導的意見を書いた Bingham 裁判官は、大要、次のように論じた（[1]-[10]）。欧州人権条約 2 条は、加盟国が人間の生命を正当な理由なく奪ってはならず、合理的に実践可能な最大限に生命を保護する法や手続の枠組みを確立する実体的義務を課し、さらにこの実体的義務を補足するために実体的義務に対する違反があったと思われる場合に独立した公的組織による実効的な公的調査を行うべき手続的義務を課すが、この手続的義務はあくまで実体的義務に依存するものであり、原告側は少なくとも本件における事実から実体的義務違反があったと言える一応の根拠のある主張（arguable case）を示さなければならないところ、それには成功していない。また、欧州人権条約 2 条は、武力行使の適法性を判断するプロセスには適用されない。さらに、仮に原告が実体的権利を裏付ける一応の根拠のある主張に成功できたとしても、原告が主張するような広範な公的調査までは欧州人権裁判所の判例が認めていないので、いずれにしろ、原告の請求は認められない。Hoffmann 裁判官も、これと同様の議論を行っている。Scott 裁判官、Rodger 裁判官、Mance 裁判官も、両裁判官の議論に同調する。

Hope 裁判官も、欧州人権条約 2 条は軍人にも適用されるものの、その保護の程度には軍の性格やその活動やそれがもたらすリスクの性質を考慮に入れなければならないとして、2 条は、軍人を単に海外での活動に動員することによっては侵害されず、2 条に基づく実体的義務違反があることの一応の

根拠のある主張ができていないと述べた（[19]、[27]）。Hale 裁判官は、Bingham 裁判官、Hoffmann 裁判官、Hope 裁判官に同調し、Carswell 裁判官、Brown 裁判官はとくに裁判官の名前を挙げず他の裁判官に同調する。

【コメント】　本件は、事案としてはイラクへの軍隊の派遣の適法性に関わる問題を孕むものであるが、事案全体としても、また欧州人権条約 2 条に基づき本件の文脈で政府が公的調査を行う義務があるかという論点についても、司法判断可能性がないとするのではなく、法的判断の俎上に載せた上で原告主張を斥けていることが注目される。

この点、Hope 裁判官は、国際法上の適法性の問題は人権条約上の権利侵害の判断を行う際に無関係とはいえず、「現代の行政法においては、まったく審査の対象とならない立入禁止区域は存在しない」という原告側の主張に対し、「問題が司法の抑制を行使すべきであるかどうかである事案と、争点が法的に関係しない事案とは慎重に区別しなければならない。本件において、国際法上の問題は後者のカテゴリーに入る」（[25]）と述べていた。また、Carswell 裁判官も、原告側代理人が「当該領域は厳密には司法判断可能性がないものではなく、裁判所が一定の司法の抑制を行使するであろう種類の決定に含まれること、そして本件で問題となっている事柄は裁判所が決定できまた決定すべきである法の問題にかかわっていること」という趣旨の「説得力ある主張」を行っていたが「これらの主張の正しさに関する私の意見は別の機会に保留しておきたい」とし、その理由として、本件では人権条約 2 条違反がないことがはっきりとしているので、この争点に言及することで結論を導くことができることを挙げていた（[63]-[64]）。

両裁判官の議論、とくに Carswell 裁判官の議論から窺われるのは、本件で実体的な判断に踏み込んだのは、実体的な争点の判断で原告敗訴の結論を導くことができるからであったからだということである。しかし、論理的には、司法判断可能性の争点を先に判断すべきであるということもできる。にもかかわらず、実体的な争点の判断に踏み込んだのは、人権条約上の権利に対する侵害が問題となっていたからであると考えられる(35)。Hale 裁判官が、2 条に基づく実体的義務違反がないとしつつ、「もしそうでなければ、

私は原告の主張のうち他の主要な論点については受け入れるのに気持ちが傾いていたであろう」として、「もし人権条約上の権利によって裁判所が以前は司法判断適合性がないと考えられていた事項につき審査し判断を下すよう求められるのであれば、裁判所はその判断を下さなければならないということについては、今日、共通した根拠となっている。主題となる事項によってこのことは排除されない」（[60]）と述べていたのが示唆的である。

もっともこの点、他方で、司法判断適合性の有無について意見の対立があり（上記の Hope 裁判官の言明からは、司法判断適合性につき否定的な考えが滲み出ている）、この争点につき明示的に決着をつけずに事件を処理するために、逆説的ではあるが、実体的な判断に入ったとみることもできそうである。Bingham 裁判官は、欧州人権条約 2 条が武力行使の適法性を判断するプロセスには適用されないことを論証する中で、次のように論じていた。「原告が請求するような調査が、司法の裁判所が伝統的に取り組むことに極めて消極的である争点の考察に立ち入ることになるのは…明白であったに違いない。このことは、たとえ原告が法的権利を有していても裁判所がそれを決定できないということを言っているわけではない。被告は、もし原告が法的権利を有しているならば、それは裁判所で司法判断可能であることを認めているし、裁判所が、侵入することのできない領域に立ち入ろうとするものにもならない。しかしながら、被告は、私の見解が正しければ、権利の存否を決定する際には、その権利の行使として何が含まれているのかを考えることが重要であると述べている。それゆえ、高度の政策と呼ばれてきたもの――宣戦講和、条約締結、外交関係上の行為――について判断を行う際に裁判所が伝統的に示してきた抑制は、権利の存在にとって不利に作用する傾向がある［…… (36)］。この考えは、戦争が同盟国として行為する諸国によりとて

（35）　See, IRAL Report, para. 2.28.

（36）　ここで、*R v Jones*（*Margaret*）［2006］UKHL 16 を引用する。2003 年 3 月に空軍基地に侵入して燃料タンク車と爆弾運搬車に損害を与えるなどの行為を行ったとして、1977 年刑法 1 条 1 項の共謀罪などで起訴された刑事事件で、被告人側は、イギリスとアメリカ合衆国によるイラク派兵が国際法上の侵略の犯罪（crime of aggression）であり、被告人の行為はこの犯罪を妨害するためであったとして 1967 年刑法 3 条により正当化されると主張した。貴族院の判決は、5 名の裁判官が一致して、1967 年刑法 3 条が有形力の行使

もしばしば行われていることに鑑みると強化される」（[8]）。この言明からは、権利の存否に関する――原告が主張する内容が法的権利の内容に含まれることを否定する――判断を行う際に、当該内容が当該法的権利に含まれることを肯定すると裁判所による判断に馴染まない事項に関する判断を迫られることになるのでそれを避けるというかたちで、従来司法判断不適合とされていた事項が影響を与えているとみることもできる。

② *R*（*Aguilar Quila*）*v Secretary of State for the Home Department; R*（*Bibi*）*v Secretary of State for the Home Department*[37]

外国人の出入国管理に関わるルールの適法性が司法審査で争われ、請求が認められた事件である。出入国管理に関する領域は、従来、司法判断不適合であるとされがちであったが、欧州人権条約 8 条違反が問題とされているので司法判断の対象とされ、しかも請求が認められたということで、IRAL 報告書が取り上げたのだと思われる。

【事案】　第一事件の原告は 18 歳のチリ人男性とその妻であるイギリス人女性である。男性は学生ビザで入国し、この女性と婚姻をした後に配偶者とし

が正当化される場合のひとつとして掲げる「犯罪の防止」にいう「犯罪」に侵略の犯罪（crime of aggression）は当たらないなどとして、被告人の上訴を斥けた。Bingham 裁判官は、「裁判所は、外交関係上の行為や軍隊の動員に関する大権上の権限の行使の審査は非常に慎重に行い、また国際法の平面上での主権国家間での取極めから生じた権利に関する裁定も非常に慎重に行う、というのが、確立されたルールである」と述べる（at 30）。また Hoffmann 裁判官も、かかる国際法上の侵略の犯罪に対する責任を国内裁判所で決定することの「実践的な困難さ」、すなわち、「戦争及び平和の宣言並びに軍隊の派遣は、常に、国王の裁量的な権限であり、その行使に対して裁判所が審尋することはないものだと考えられてきたこと」について、*Chandler* 判決の Devlin 裁判官の判示を参照しながら語り、「戦争を行うという決定は、人がそれを正しいと考えるか誤っていると考えるかに関わらず、国土を防衛し外交関係を処理する国王の裁量的な権限に完全に入る」としたうえで、「同じことを別の表現でいえば、これらの事項は司法判断不適合である」とし、「宣戦権限の裁量的な性質又は司法判断不適合性が、単純に、侵略が国内法上の犯罪でないことの理由のひとつであるというのが私の意見である」と、1967 年刑法 3 条の「犯罪」に侵略は含まれないことを結論づける（at 65-67）。

(37)　[2012] 1 AC 621 (SC(E)).

て滞在許可を申請したが、1994 年移民規則改正ステイトメント（Statement of Changes in Immigration Rules）277 項は、配偶者のいずれかが 18 歳未満の者である場合には滞在許可を認めないとしており、その当時、妻は 17 歳であったため、内務大臣により申請は斥けられた。その後、妻が 18 歳になった後の 2009 年 5 月 1 日に再度申請をしたが、この間に最低年齢が 2008 年改正により同年 11 月 27 日以降 21 歳に上げられたため、この申請も斥けられた。原告は、この 277 項が欧州人権条約 8 条の家族生活の尊重に対する権利を侵害するとして司法審査を申請したが、一審（女王座部行政裁判所）（Burnett 裁判官）はこれを棄却した [38]。

第二事件の原告はパキスタンで婚姻した、18 歳のパキスタン人女性と 18 歳のイギリス人男性である。2008 年 10 月 30 日にパキスタンで結婚した。この結婚は文化的伝統に従い両家の両親が取り決めたものであるが、二人は互いに結婚は自由に同意したと主張しており、この点は内務大臣も争っていない。同年 12 月 1 日に女性は入国申請を行ったが、この申請が改正後の 277 項を理由に斥けられた。一審（女王座部行政裁判所）（Pearl 裁判官）では司法審査の申請が許可されなかった [39]。

両事件の原告らは控訴したところ、控訴院（Sedley 裁判官、Pitchford 裁判官、Gross 裁判官）は、原告らの請求を認容し、内務大臣による 277 項の適用が欧州人権条約 8 条に基づく家族生活の尊重を受ける権利を侵害するものとして違法であると宣言した [40]。そこで内務大臣が上訴した。内務大臣の側は、277 項は本件で家族を引き裂くものではなく、同居するか否か、同居するならどこに居住するかを決定する際の選択を一時的に制限するにとどまるもので、年齢の引上げは、強制結婚――「強迫（duress）」による結婚で、その形態は身体的なものに限られず、精神的・心理的・経済的・性的なものなどを広く含む――とその影響を防止・緩和するという目的の達成のために必要でありかつ比例原則を充たしていると主張した。

（38）［2010］1 FCR 81.
（39）［2009］EWHC 2323（Admin）.
（40）［2010］EWCA Civ 1482.

【判旨】

Wilson 裁判官は、事案の概要やルールの内容、背景を述べたうえで、次のように論じて本件措置が人権条約 8 条に違反すると結論づけた。すなわち、まず、8 条の問題となるかは、*R*（*Razgar*）*v Secretary of State for the Home Department* [41] において Bingham 裁判官が立てた判断枠組み、すなわち、①公的機関による私人の私生活または家族生活の尊重の権利の行使に対する干渉（interference）があったか、または将来あり得るか、②もしそうであれば、その干渉が当該条項の適用を潜在的に招くほどの重大な結果をもたらしたか、またはもたらす可能性があるか、で判断した（at. 640, para. 30）。本件では、結婚ビザの発給拒否は、両当事者に対し、約 3 年間別々に暮らすことを強いるか、あるいはそれぞれの英国籍配偶者に、自らの生活、教育、就労を英国で継続する計画を中断し、その間チリ及びパキスタンで配偶者と共に暮らすことを強いるものであり、二組の夫婦をそのような選択に従わせることは、家族生活がどれほど乏しいものであったとしても、申立人らの家

(41)　［2004］UKHL 27; ［2004］2 AC 368（HL(E)）. 原告はイラク国籍のクルド人で、ドイツからイギリスに入国して難民申請を行った。内務大臣は実体に入った審理を行わず、ドイツは安全な第三国であるとしてドイツへの退去を命じた。原告はこの国外退去決定は 1998 年人権法が編入した欧州人権条約 8 条に違反するとして異議申立てを行った。大臣は原告の申立ては明らかに根拠を欠くという認定をしたので、原告はこの認定の取消しを求めて司法審査を申請した。原告はみずからを継続的に診察している精神科医の証拠を提出し、そこでは、継続的な精神疾患でドイツに送還すれば自殺しようとするであろうという診断が述べられていた。一審は、精神科医の診断に反駁する意見がない以上、原告がドイツに送還されれば適切な治療を受けられないという現実の危険があるとの専門的な判断を大臣が考慮しないことはできないとして、原告の主張を認め、控訴院もこの判断を認めたので、大臣が上訴をした。貴族院は 3 対 2 で上訴を認めた。Bingham 裁判官、Steyn 裁判官、Carswell 裁判官は、欧州人権条約 8 条が保障する私的生活の尊重に対する権利は、個人の私的生活の諸要素のうち、アイデンティティや社会的に活動する能力にとって不可欠なものを保障するのであり、精神の安定はこの権利を享受するための不可欠なものとして認められ、この権利は退去が健康に影響を与えることが予見しうることによって例外的に制約されているものの、退去する国の医療やその設備が退去先の国よりよいことだけでは退去を否定することにはならないとした。他方、Walker 裁判官、Hale 裁判官は、示されている証拠からは、送還すれば人権条約 8 条の権利が侵害される可能性を排除できない以上、原告の申立てが明らかに根拠を欠くとはいえなかったとして、上訴を斥けるべきだとした。本文で引用されているのは、この判決の para. 17 である。

族生活を尊重する権利に対する極めて重大な干渉以外の何物でもないとした（at. 640, para.32）。

そして、この制約が人権条約 8 条 2 項に基づき正当化できるかにつき、*Huang v Secretary of State for the Home Department* (42) において、Bingham 裁判官が立てた 4 つの問い、すなわち、（a）立法目的は、基本的権利を制限するに足るほど十分に重要なものか、（b）その目的を達成するために設計された措置は、その目的に合理的に関連しているか、（c）その目的を達成するのに必要以上の措置ではないか、（d）個人の権利と社会全体の利益との間で公正な均衡が保たれているか――（a）は目的の重要性であり、（b）～（d）は広義の比例原則である――を用いた（at. 643, para. 45）。本件では、強制結婚を防止するという目的のために結婚ビザの発給の対象年齢の引上げという措置がとられているが、ビザの取得が強制結婚の動機の中でどれほど一般的なものなのか、仮に本件措置により 3 年間ビザの発給が遅くなるとしても両親はなお強制結婚をさせようとするのではないか、仮にビザが発給されなくても外国で強制結婚させられるのではないのか、等々の疑問があり（at 644-645, para. 49）、下院内務委員会も、本件措置が強制結婚にどのような効果をもつ

（42）［2007］UKHL 11; ［2007］2 AC 167（HL（E））. 原告は中国籍で、6 か月の観光ビザで入国したが、その後にイギリスに定住している娘の扶養家族として無期限の滞在許可を申請した。これに対し、内務大臣は、1994 年移民規則改正ステイトメントの下で原告には在留資格がないとして申請を拒否した。原告は、国外退去しなければならないのは欧州人権条約 8 条の家族生活に対する権利の侵害であると主張して審判を求めたところこの主張が認められたのに対し、被告が出入国管理上級審判所に上訴したところ、これが認められた。原告の上訴に対し控訴院がこれを認めたため、被告が貴族院に上訴。貴族院（Bingham 裁判官、Hoffmann 裁判官、Hale 裁判官、Carswell 裁判官、Brown 裁判官）は上訴を斥けた。原告が行政機関が人権条約上の権利に適合せずに行為していることを理由にその行為の違法性を争っている場合には審判機関は条約上の権利との適合性を判断しなければならず、第一次的な意思決定者の不合理性や手続的妥当性を二次的に審査をするのは誤っているとしたうえで、家族生活を他の場所で享受することができると合理的には期待できない場合には、滞在許可の拒否は原告の欧州人権条約 8 条に基づく権利を侵害することになるので、拒否は違法となるとの基準を示して、事案を上級審判所に差し戻した。本文で引用しているのは、この判決の para.19 である。この部分で、Bingham 裁判官は、枢密院の判決である *de Freitas v Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing* ［1999］1 AC 69 を参照しており、広義の比例原則がコモンウェルス諸国――カナダなど――に由来していることが窺われる。

かにつき確かな証拠が得られるまで導入を見合わせるべきではないかとしていた（at 645, para.50）。また、18 歳～ 21 歳のカップルのほとんどは真正な結婚であるのに、277 項によって引き裂かれることになっている（at 646, para.54）。2008 年の議会の報告書は、本件措置が強制結婚を防止する効果はたしかにあったとしているだけで、強制でない結婚に対して与えた効果についての検討が十分に行われていない（at 646-647, paras.55-56）。結局、本件措置は強制結婚の防止と合理的な関連性は有しているが、必要性と均衡の点を充足していないとして、8 条に違反しているとした（at 648, paras.58-9）。

Hale 裁判官も、次のように論じ、内務大臣は 8 条に違反していたとする。欧州人権裁判所の先例 (43) の理解として、婚姻の権利と結びついた家族形成の権利に同居の権利は含まれ、そして欧州人権条約は 8 条で「家族生活の尊重に対する権利」を保障しており、さらに進んで、婚姻と同時に自動的に家族生活が確立されておりこれに対する権利が保障されているとみることができるので、先例の当事者のカップルは婚姻したことをもってすぐに家族生活として同居を妨げられない権利をもっているとみることができる（at 651, para.67）。他方で、この先例は、出入国管理の領域で、国が配偶者の入国を認める義務までをも認めたものではない（at 651-652, para.68）。もっとも、本件は強制結婚の防止が目的で移民のコントロールが目的ではないことから、この点を除外して考えると、夫婦に対して長期間別居をするか望まない場所

（43）　*Abdulaziz, Cabales and Balkandali v United Kingdom*（1985）7 EHRR 471. イギリスの当時の 1980 年に変更された出入国管理規則では、国内の労働市場を保護する政策を実施するため、イギリスに適法に居住する妻又は婚約者と共に生活するために、居住権をもたない夫又は婚約者が滞在許可を与える条件が厳しくされ、以前はある程度の期間の経過後に夫又は婚約者に永住権が認められるのが通常であったが、そうではなくなった。原告らはこの規則のために各々の夫に対する永住権が認められなかった者であり、この規則が欧州人権条約 3 条、8 条、13 条、14 条に違反するとして欧州人権裁判所に提訴した。裁判所は、性別に基づく差別として欧州人権条約 14 条と結びついた 8 条に対する違反、また 13 条に対する違反があるとして争った。欧州人権裁判所は、家族が住む国から退去させられることは、8 条の「家族生活」には同居も含まれるので、人権条約 8 条との抵触が問題となりうるが、8 条の家族生活を尊重する義務を遵守するために必要な措置の内容については判断余地があり、本人らの希望する場所で生活することを国が受け入れなければならないわけではないとして、8 条違反は認めなかったが、性別に基づく差別であるとして 14 条違反を認めた。

での同居をするかを強いるのは「甚しい干渉（colossal interference）」であり、これが正当化されるかが問題となる（at 653, para.72）。強制結婚の防止という目的は正当であり、また法律に基づくものなので、問題は、本件措置が「民主的な社会において必要である」かである。この点、自発的な結婚に与える被害は甚大で、また一律の規制であること（at 653-654, para.74）、このルールで強制結婚がどれだけ防止されたのかは定かでなく、国内での強制結婚は防止されていないこと（at 654, para.75）、このルールのためにかえって家族が国外に若い女性を送って強制結婚させてしまい、より甚大な人権侵害を惹起する可能性があることから（at 654, para.76）、専門家の見解は分かれており、少数に善いことを行うことが多数に害悪をもたらすことを正当化するという結論を導く十分な論拠はない（at 655, para.77）。

これに対し、Brown 裁判官は、次のように述べて上訴を認めるべきだとした。2011 年の下院内務委員会の報告書では、強制結婚の被害者支援に関するイギリス最大の NGO が、このルールにより 21 歳まで自分たちが考えられる余裕を与えられ助かったという旨の声が届いているとして、このルール改正に賛成するなどしていること、ドイツやオーストリアは両当事者に 21 歳以上の要件を設けており、ベルギーも同様のルールを設ける予定であること、本件措置が強制結婚の防止にどれだけ役立つのかに関する決定的な証拠はないものの、それを得ることは困難であることに鑑みると、このルールが人権条約 8 条に適合しないとすることは難しい（at 656-659, paras.81-90）。このルールが無辜のカップルに与える影響は評価の問題であって、強制結婚による苦しみと無辜のカップルが英国で暮らすという望みを 3 年間待たされることの影響との衡量も、政府、大臣の判断に委ねられ、裁判所はこれを尊重するべきである（at 659-660, para.91）。

Phillips 裁判官と Clarke 裁判官は、Wilson 裁判官、Hale 裁判官を支持し、上訴を斥けるべきだとする（at 662, para.98）。

【コメント】　4 対 1 で人権条約 8 条違反を認めた判決であり、反対意見を書いた Brown 裁判官も実体的な判断によるものであり司法判断適合性までは否定していない。滞在許可という出入国管理に関する領域の問題であり、従

来は司法判断不適合とされがちであったが、欧州人権条約 8 条違反が問題とされているので、司法判断の対象とされたうえで、本案も認容されたのだと考えられる（もっとも、Hale 裁判官は、本件措置の目的が強制結婚の防止で出入国管理の問題ではないとしている）。

③　*R*（*SG and others*）*v Secretary of State for Work and Pensions* (44)

住宅手当の上限を定める規則が欧州人権条約第 1 議定書 1 条の所有権と結合した同条約 14 条の平等原則に反しないかが争われた事件である。福祉給付という、政治部門の判断を尊重するとされてきた領域の問題にもかかわらず、司法審査を行い、しかも結論としては適法との判断であったものの、3 対 2 の僅差であった。そのこともあって、IRAL 報告書が取り上げたのだと思われる。本判決は日本法との比較の観点からも興味深いので、やや長く紹介をしたい。

【事案】 2012 年福祉改革法（Welfare Reform Act 2012）96 条により労働・年金大臣に与えられた権限に基づき、2012 年手当上限（住宅手当）規則（Benefit Cap〔Housing Benefit〕Regulations 2012）が定められ、2006 年住宅手当規則が改正されて福祉給付の総額が労働世帯の純所得の中央値を超える者に対して住宅手当を削減する上限制が導入された。原告は、3 組のひとり親家庭の母親と最年少の子どもであり、本件規則により手当が大幅に削減された者たちである。上限の算定に子ども関係の手当も算入したこと、あるいは複数の子どもを抱えるひとり親を例外に含めなかったことにより、大臣は間接的に女性を差別し、欧州人権条約附属第 1 議定書 1 条と結合した同条約 14 条の平等原則に違反しているとして司法審査申請を行った。合議法廷（Elias 裁判官、Bean 裁判官）も控訴院（Dyson 記録長官、Longmore 裁判官、Lloyed Jones 裁判官）も、区別は正当化できるとして請求を斥けたので、原告が上訴したものである。ちなみに、原告のうちの 1 名（SG）は、次のような境遇にあった。彼女は、もともと 6 人の子どもをもつ親であり、ベルギーに住んでい

（44）［2015］UKSC 16;［2015］1 WLR 1449.

たが、夫の DV から逃れるため、親族がいるロンドン郊外のある地区に移住してきた。現在は、4 歳の息子、7 歳、9 歳の娘と 4 人で暮らしている。彼女らはユダヤ教の信者であり、その地区にはシナゴーグやユダヤ教学校があって、地域的・宗教的なつながりの中で生活を再建しようとしていた。彼女は、上限制の導入前は各種手当を合計して週 575.30 ポンドを受給していたが、上限制が適用されて週 500 ポンドに減額され、さらに家賃が週 300 ポンドから 420 ポンドに値上げされた。SG は裁量的住宅手当を受けているが、あくまで暫定的なものであり、継続して給付が受けられるかは不明である。

【判旨】Reed 裁判官は、次のように述べて、区別は正当化できると結論づけた。すなわち、正当化の理由は、経済・社会政策であり、①国家が公的資金から無職世帯を支援する範囲に合理的な限度を設ける必要があること、②そのような世帯のうち就労可能年齢にある構成員に、より強い就労インセンティブを与える必要があること、③そして、国の経済的福祉のために不可欠な時期に、公共支出を削減する必要があることである（para.4）。

はじめに、14 条違反は、欧州人権裁判所の判例により、比較的類似した立場の者に対する取扱いに区別がされており、それが正当な目的を追求しておらず、または採用された手段と目的との間に比例原則を充足した合理的な関連性がない場合に認められるとする（para.8）。もっとも、その判断には国家に裁量の余地が認められ、とくに社会的、経済的な戦略に関わる措置である場合には、広い裁量の余地が認められる。この考え方に、イギリスの国内裁判所も従っており、*Humphreys v Revenue and Customs Comrs* (45)では、通常

(45)　［2012］UKSC 18; ［2012］1 WLR 1545. この事件は、児童税額控除を親のうち子どもに対して主に責任をもつ者の一人にのみ認めている規則の定めが男性に対する間接差別で欧州人権条約附属第 1 議定書と結合した 14 条の権利を侵害しないかが争われたものである。原告は元夫であり、妻と離婚した後、就労不能給付金（incapability benefit）と障害者生活手当（disability living allowance）の給付を受けて生活をしていたが、2 人の子どもは妻と同居していたところ、週に 3 日は子どもたちと共に時間を過ごすという生活を行っていた。原告は児童税額控除を申請したが、被告はこれを拒否したので、上記の理由でこの決定を審判で争った。第一審の審判所は上訴を認めたので、被告が間接差別であ

は厳格なテストが用いられる性差別の正当化について、福祉給付の文脈では、「明らかに合理的な根拠を欠く［場合にのみ 14 条違反となるという、明白性の原則というべき］」テストが用いられている（para.11）。

Reed 裁判官は、この判断枠組みに当てはめるために、2012 年法、2012 年規則の制定に至る過程につき詳細な検討を行い、それらの内容を次のようにまとめる。法は、福祉給付の上限制とその基本――基準額は規則で定めるが、税および国民保険の控除後の、労働世帯の平均週収を基準として算定すること――を定め、規則は、単身者の上限額を週 350 ポンド、家族・カップルを週 500 ポンド――この数字は、2012 年の全国最低賃金（週 40 時間換算で年間約 12,500 ポンド）を大きく上回る――とし、福祉給付として扱われる給付として、主要な非就業給付に加え、児童手当（child benefit）、児童税額控除（child tax credit）、住宅給付（housing benefit）を含める。上限額適用の例外として、障害や軍務に基づく特定の給付を受ける世帯、ひとり親が週 16 時間勤務する世帯等を定める（para. 52）。

そして、本件で争われているのは本件規則の欧州人権条約附属第 1 議定書 1 条と結合した同条約 14 条との適合性であることを確認したうえで（ただし、本件規則が家庭内暴力の被害者に影響するため女性差別となっているとの主張は証拠上認められないとする〔para.62〕）、上記の判断枠組みを当てはめていく。まず、区別の目的が正当である（legitimate）であることは疑いない。目的の第一は、国の経済的福祉（economic well-being of the country）であり、これは正当なものとして認められる（para. 63）。第二は、就労へのインセンティブ付与であり、これも正当である（para.65）。第三の目的である、一世帯が福祉給付を受領できる総額に合理的な上限を課すことも、国の経済的福祉

ることは認めるが正当化されるとして上訴したところ、上級審判所はこの上訴を認め、控訴院もこの決定を支持したので、原告が上訴をしたものである。貴族院は、この上訴を斥けた。貴族院は、給付の文脈では、性別に基づく差別となる取扱いの違いが正当化されるかを判断するテストは、合理的な根拠がないことが明白であるか否かであることを示した上で、本件では、一人の親に給付を行う方が二人の親に分割して給付を行うよりも子どもにとってより良いこと、この仕組みの方が単純で費用も節約できるので家族に給付できる金額を増やせることなどを挙げて、この制度は合理的であるとしたものである。

を実現する一手段であるほか、高額の福祉給付を受け取る非就労の受給者に対する反感、スティグマ化を避け、福祉制度に対する国民の信頼を維持することも否定しえない正当な目的であるとする（para.66）。

次に手段と目的との間に合理的な比例関係があるかにつき、上訴人側は、世帯が受け取ることのできる給付額に合理的な上限を設定するという目的は、基準として就労世帯の平均所得――福祉給付を含む――を用いることで達成できたはずだと主張していたが、① 2012 年法は上限を「収入（earnings）」を基準に設定することを求めていること、②どの水準が就労世帯と非就労世帯との間で公正な均衡となるかは政治的判断の問題であり、また両者の間で所得の同等性を要求するのは、就労世帯がその所得を得るためのコスト（非経済的費用も含む）を無視していること、③平均所得に設定したのでは目的を達成する効果が弱いと判断したことは不合理とはいえないことから、この主張はあたらないとする（paras.68-9）。上限制の影響を深刻に受ける世帯はひとり親世帯であるとされるが、上限額は年収 35000 ポンドに相当するものであることを考慮する必要がある。この水準の給付を国家が支払うべきかどうかは、本質的に政治的な問題である（para.72）。影響を受ける世帯が生活必需品を欠く状態に置かれる、という主張は下級審で退けられており、これと異なる結論とはならない（para.73）。子どもがいる世帯は子どもへの影響ゆえに引越しが合理的にできないという主張に対しては、現に多くの世帯が引越しをしていること、また子どもに関する適切な手配が整うまで移転できない世帯には一時的な財政支援が与えられることを挙げることができるとする（para.75）。

また、国務大臣は、1998 年人権法 6 条により、子どもの権利条約 3 条 1 項に従って子どもの最善の利益を主要な考慮事項として考慮しなければならず、欧州人権条約 8 条との関係でもそうであるにもかかわらず、これを怠ったという主張も原告側からはなされた（para. 78）。欧州人権条約附属第 1 議定書 1 条と結合した同条約 14 条との適合性の判断を行う際に、子どもの権利条約 3 条 1 項がどのように影響するかを慎重に判断する必要がある（para. 81）。欧州人権裁判所やイギリス国内裁判所の判例で、欧州人権条約の解釈を行う際に子どもの権利条約を参照した事案は存在する（paras.84-5）。しか

し、本件の文脈は財産権の享受における男女間の差別の主張に関するものであり、これは、成人の権利がその子どもの最善の利益と切り離せない文脈ではないという（para. 87）。上限制が子どもへの養育資源に与える影響は、単身父親の場合も単身母親の場合も原則として同じであるため、上限制の性別差異と、子ども最善の利益の侵害との間には直接の法的・事実的関係はないからである。したがって、上限制が子どもの権利条約上の子どもの権利に適合的でないとしても、それだけで「上限制が女性に不当な差別を与えている」とは結論できないとした（para. 89）。

そのうえで、審査密度（intensity of review）について言及する。事項によっては、性質上、裁判所よりも政府・議会の決定がより適しているものがあり、行政活動や立法が人権条約上の権利に適合するかを判断する際にも、そのことを考慮しなければならない。本件でも、比例原則の充足の判断が、歳出に関係する、社会・経済政策上の争いある問題に関わるものであるので、この点の考慮が重要となる。従って、合理的根拠が明らかに欠けていない限り、民主的に選出された組織――議会・政府――の評価は尊重されるべきであるとする（paras. 92-93）。そして、これを本件についてみる。本件で取り上げられた問題の多くは、規則の積極的決議の前に議会で検討されていた。そこでは、本件規則が男性よりも多くの女性に影響を及ぼすという事実には、客観的かつ合理的な正当化があることが示されていたにもかかわらず、政府の正当な目的の達成を損なうことなく、その差異的影響を回避できる代替案を誰も示すことはできていなかった。福祉給付に関する公的支出を制限すること、就業者の収入と比べて非就業者が過剰な給付を受けているという認識に対処すること、非就業者に就業を促すことを目的とした措置は、男性と比べて女性に差異的な影響を及ぼすことは避けられなかった。その理由は、女性が非就業者で高額給付を受けている者の大多数を占めていたという事実による。男性と女性への差異的影響にもかかわらず、それらの目的の達成が規則制定を正当化するのに十分重要であるという政府の慎重な見解は、議会によっても支持されており、明らかに合理的根拠を欠くものではなかった。このような筋道で、Reed 裁判官は、本件上訴を棄却した（para. 96）。

Carnwath 裁判官は、本件規則が欧州人権条約 14 条に違反しないか、また子どもの最善の利益を第一の考慮事項として取り扱う義務を遵守したかに焦点を当てて、いずれも適法であると判断した。まず、本件規則がひとり親に対して与える差異的な影響の正当化を検討する際には、子どもに対する効果も考慮に入れなければならないとする（para.100）。子どもの利益を考慮に入れるということは、一般的な子どもの利益と当該措置により直接に影響をうける子どもの利益の双方を考慮しなければならず、また「高い優先度」が与えられた子どもの利益を他の考慮事項と衡量する規準を示さなければならないことを意味するという（para.108）。これに基づき判断すると、控訴院が依拠した事項は不十分である（para.109）。また、国務大臣は、子どもコミッショナー（Children's Commissioner）が 2012 年法の法案に対して出した懸念に正面からは応答していない（paras.110-1）。それゆえ、本件規則は、ひとり親及びその扶養する子どもに適用されるときには、人権条約に適合しておらず、裁判所はそのことを宣言すべきだとした（para.112）。しかし、本件で主張されているのは、子どもに対する差別ではなく母親に対する差別である。子どもは、そのひとり親が男性であるか女性であるかにかかわらず同一に取り扱われている。それゆえ、Reed 裁判官の意見に同意せざるを得ないと結論づける（para.129）。また、政府は、本件の枠組みの見直しを行う際に、子どもの権利条約 3 条 1 項との関係での影響に対応することを望むが、これは法的アリーナではなく政治的アリーナの問題であるとも述べる（para.133）。

Hughes 裁判官も、子どもの権利条約 3 条 1 項は、国内法としては直接の効力をもたず、欧州人権条約を解釈する際に補助的に用いられるものの、欧州人権条約 8 条に基づく子どもの権利は上限制によって侵害されていないので、3 条 1 項はイギリス法では効力をもたないとする（paras. 137-9）。また、政府は、子どもの最善の利益に関する検討を怠っていたとはいえないとも述べる。なぜなら、議会でも、児童手当を上限の対象から外す修正案がなされたが、下院で否決されて修正案は撤回されたのであって、国務大臣は、この修正案を採用すれば政策に大穴をあけてしまうと結論づけており、「合理的な人間であれば、この大臣の価値判断に同意する者も反対する者もいるであろう。しかし、反対であると述べることは、その決定が違法であると述べる

ことと同じではない」からである（para. 155）。

これらに対して、Hale 裁判官は、次のように論じて、欧州人権条約 14 条違反を認定した。上限制は社会・経済政策の事項であり、司法府は、民主主義を理由として、選挙で選ばれた機関や者の考慮された意見に敬譲する、裁量的な判断の領域であるとしつつ、このような領域でも、決定が正当化できない差別をもたらしているときには、裁判所はそれを述べる義務があるとする（paras. 159-60）。欧州人権条約附属第 1 議定書 1 条の「財産（possessions）」には、保険料によって拠出された給付だけでなく、拠出によらずに、国家が国民に生活必需品（basic necessities of life）を提供するものも含まれ、欧州人権裁判所は、第 1 議定書 1 条は、各加盟国がどのような種類・水準の給付制度を設けるかについて制約を課すものではないものの、いったん国家が給付制度や年金制度を創設することを決めたならばそれは人権条約第 14 条に適合する方法で運用されなければならないことを求めているとする（para. 178）。そして本件の上限制は、女性に対する直接差別ではないが、女性に過剰な負の影響を与えていることはたしかであり、間接差別の問題として審査の対象になるとする（para.179）。子どもが多いほど生活は苦しくなり、それが特にひとり親や家庭内暴力被害者の女性に集中しており、必要と給付の関連性が断ち切られている（para.180）。その正当化は、制度全体についてではなく差別的効果について行う必要があり、また女性に対し不均衡な不利益を与える形で導入された理由を説明する必要があるとする（para.188）。

そこで本件での問題は、3 つの目的が性差別を正当化するかであるとする（para.190）。第 1 の就業者と就業せず公的給付を受ける者との間の公正の確保については、その「公平（fairness）」の概念の内実には様々な捉え方があるものの、原告の立場の者が、就労せずに上限制の適用なしで公的給付を受ける場合と最低賃金で週 16 時間就労する場合、平均世帯収入を得る場合、最低賃金で週 35 時間就労する場合とを比較すると、いずれも就労する場合の方が経済的に有利になるので、給付上限は既に存在する就業者と非就業者との差をさらに大きくするだけのものであって、この目的は妥当しない（paras. 191-3）。第 2 の目的である公費の節約について、節約額は公的給付の総額や住宅給付の総額に比すれば極めて小さい額であるものの、国家の経済

システムの保護は欧州人権裁判所でも正当な目的であると認められており、目的と手段との間に合理的な比例関係があるかが問題となる。しかし、その欧州人権裁判所の判決では国籍のみに基づく差別の場合、「非常に重大な理由（very weighty reasons）」が求められるとされており、それは性別に基づく差別の場合でも同様である（paras. 194-8）。第 3 の目的は就労への動機づけと長期的な行動変容の促進であるが、その対象としてふさわしくない者は給付上限の対象から外しているところ、5 歳未満の子をもつひとり親は就労を求めることができないにもかかわらず、対象から外されていない。このひとり親が子どもの福祉を損なうことなく常に適切な解決策を見つけられると想定するのは非現実的である。より安い住宅に移動することも現実的ではない。裁量的住宅手当は一時的かつ不十分なものである。給付上限は住宅困窮者の問題を悪化させる。政府も、就労への動機づけは、働くことを求められない者には適切なものではないことを認めている（paras. 199-207）。

正当化のテストに関しては、締結国に評価の余地が認められるが、その幅は主題等により様々であり、社会的・経済的な政策に関わる措置については、裁判所は「合理的な根拠がないことが明白である」か否かで判断するという（para.208）。「合理的な根拠がないことが明白である」テストは、目的の正当性と、目的・手段の間の比例性との双方に用いられるが、このテストを用いるからといって、正当化が注意深い審査を免れるべきであることにはならない（paras. 209-210）。また、国際法上の義務は、欧州人権条約に含まれる権利の解釈・適用のあり方を教える限りで国内法においても考慮に入れられてきており、女子差別撤廃条約や子どもの権利条約に基づく義務は区別と正当化の双方に関するアプローチを照らし出す潜在的な力を有しているとして、本件における性差別の争点を検討するにあたり、子どもの最善の利益に適切な考慮が払われたかを検討することは正しいとする（paras. 217-224）。そのうで、本件において、上限制により子どもたちが十分な食料・衣料・住居等を奪われるのは、彼らの最善の利益になっていないのであって、子どもの最善の利益は重要な要素として考慮に入れられていない（para.225-6）。結局、子どもの最善の利益に照らして検討すると、女性に対する間接差別となっている上限制は、正当な目的を達成するための比例性を充たす手段ではな

い。就業者と就業せず公的給付を受ける者との間の公平の実現のために上限制は必要なものではなく、公費節約を正当化されない差別によって実現することはできない。就労への動機づけと公的給付に依存する文化の変容の促進は、ひとり親の文脈では、子の年齢によらず、説得的ではない。ひとり親から最低限の生活（subsistence）のための基本的な手段を奪うことは、この目的を達成するための比例性を充たす手段ではないと結論づけた（para. 229）。

Kerr 裁判官も、Hale 裁判官に同意して、子どもの権利条約 3 条 1 項により給付上限を定める際に最重要の考慮要素とされる子ども権利が、そのように考慮されていないとする。イギリスでは、従来、法律により編入されていない国際法は国内裁判所において司法判断適合性がなく、また国内法としての直接的な効力をもたないとされてきたことを確認しつつ、国際法が国内法に影響をもちうる場合として、制定法解釈の助けとして用いられる場合、コモン・ローの発展の助けとして用いられる場合、そして正当な期待の根拠として用いられる場合を挙げる（paras. 235-238）。編入されていない国際法を正当な期待の根拠として用いることには異論が多いが、人権条約については別だとする見方が発展してきていることを紹介し、子どもの権利条約 3 条 1 項がイギリス国内法として直接効力をもつとする（paras. 243-257）。人権条約の性質と内容は、国際的に承認されている規準を表現している国際的な諸文書により知ることができる（para. 258）。国内法として直接執行可能でない条約で定められている権利をどれだけ考慮するかは裁判所に委ねられるが、主張されている権利が争点に直接関係している場合には、国際的な諸文書が承認している規準に頼ることは正当化されるし、要求される。それはあくまで国内法上の権利の内容を考える際に直接関係する規準を吹き込んでいるにすぎない（para. 261）。子どもの権利条約 3 条 1 項は、給付上限を実効化させる規則を作成する際に子どもの利益に第一次的な重要性を与えるべきか否かという問題にとり直接関係する規準であることは疑いなく、そして本件では子どもの利益に第一次的な重要性が与えられていない（para.262）。政府は、給付上限がひとり親女性を区別していることは認めており、そのうえで、その区別が特別な目的で正当化されると主張するが、そこではひとり親女性とその子どもとは別のものとして考えられるので、子どもに対する影響に第一次的

な重要性を考える必要はないとする。Carnwath 裁判官はこの政府の主張に同意するが、Kerr 裁判官は同意できないとする（para.263）。ここで問題となっている属性は女性という性別だけでなく、子どもの養育者であるという役割を含んでいるからである（paras.264-6）。

【コメント】

福祉給付に対する上限制（キャップ）の適否という、国の財政、社会・経済政策に関係する領域で、司法審査に馴染みづらい問題である。最高裁の結論は、上限制は欧州人権条約 14 条に違反しないというものであったが、3 対 2 の僅差の判断であり、しかも子の最善の利益を適切に考慮していないという点は、多数意見を構成する Carnwath 裁判官も認めており、この点を性差別の判断に持ち込むことを認めるか否かで結論が分かれた非常に微妙な判断であったといえる。そのこともあってか、Reed 裁判官の主導的意見も、手段審査（比例性の充足の判断）では、政治部門の判断を尊重するとして合理的根拠が明らかに欠けていないか否かという緩やかな審査を行ったものの、目的・手段審査を相当に丁寧に行っており、また反対意見の Hale 裁判官は、社会・経済政策の事項であり政治部門の意見に敬譲するべきであるとしつつも、性差別が問題となる場合には一定の厳格な審査をすべきことを示唆し、現に平等原則違反との判断を下している。日本の同種の領域の違憲審査と比べると、総じて審査密度が高いように感じられる。

④　*R（Abbasi）v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Another* (46)

この判決は、IRAL 報告書が取り上げたものではない。実際、人権法が適用されなかった事件である。しかし、2002 年という時期に、正当な期待の法理を梃子に、外国政府の行動の結果として基本的な人権を侵害されているイギリス国民に対する外務大臣による外交上の支援の拒否に対する司法審査を認めたものである。後の行論との関係で、ここで取り上げておきたい。

（46）［2002］EWCA Civ 1598.

【事案】　第1原告であるAは、アフガニスタンにおける軍事行動の中でアメリカ軍により捕虜とされたイギリス市民である。彼は、捕虜とされた後にグアンダナモの基地に移送され、敵国軍人として、裁判所や法律家へのアクセスなしに抑留された。第2原告であるAの母親は、司法審査を申請して、外務大臣を被告として、アメリカ合衆国に対し、Aを抑留から解放することやAをイギリスのコントロールの下に戻すことなどをアメリカ合衆国政府に求めるすべての合理的な措置をとる義務を負うこと、この義務の履行にあたりアメリカ合衆国政府に外交上の意見表明を行うべきであること、などの宣言的判決を求めた。原告は、Aの恣意的に抑留されない権利――1998年人権法により国内法に編入された欧州人権条約5条により保障される――が侵害されたと主張した。被告側は、救済の付与には2つの乗り越えられない壁があると反論した。第一に、イギリスの裁判所は外国の主権国家がとった行動の正当性を審査できないこと、第二に、イギリスの裁判所は外交関係の中で行政府がとった行為について審理できないことである。2002年3月15日、一審は司法審査申請を拒否したが、同年7月1日に控訴院が申請を許可し、実体的な審理を行った。

【判旨】　Phillips記録長官が、大要、次のように判断して、外国政府がとった行政的な行為の正統性について司法判断適合性があるかについて、*Kuwait Airways Corp v Iraqi Airways Co*（*No 3*）(47)と *Oppenheimer v Cattermole* (48)を引

(47)　［2002］UKHL 19. 1990年のイラクのクウェート侵攻の際に、イラクは、まず、原告会社に対し10機の航空機をイラクに飛行させるよう命じ、その後に決議369号により原告を解散し航空機を含む原告の財産をイラクに移転させた。その後、4機が爆撃を受けて破壊され、6機は1991年1月15日にイランに没収されて1992年に原告がイランに20万ドルを支払い返還を受けるという経過をたどった。原告は1991年1月11日に航空機の返還又は損害賠償を求めて出訴し、貴族院は、イラクへの航空機の移転については国家免責が認められるものの、決議369号以降の航空機の使用については国家免責の対象とはならないと判断して商事法廷に差し戻した。商事法廷は、4機については損害賠償を認めず、6機については不正な使用から直接に生じた損害の回復を命じた。控訴院は被告からの上訴は斥け原告からの上訴は一部を認容したので、それぞれが上訴、交差上訴を行った。貴族院はいずれも斥けた。Nicholls裁判官が、イギリスの裁判所として決議369号の効力の承認を拒否することが妥当だと述べた理由づけの中で、*Buttes* 判決の

用し、また難民認定をめぐる事件で第三国に送還されると迫害されるおそれが十分な根拠のもとにあるかが争点となる場合には、外国が国際法に違反し人権を侵害して行為しているかを必然的に判断ことになるとして、イギリスの裁判所が外国政府又は外国の主権的な行為の国内法又は国際法のもとでの合法性、妥当性について判断することはない、というルールには例外があり、とくに人権の文脈で明白な国際法違反があると場合には裁判所が見解を示すことはできるとした（at 317-320）。しかし、本件で、A が、アメリカ合衆国が排他的なコントロールを及ぼしている領域で無期の拘束をうけており、裁判所にその正統性に異議を申し立てる機会も与えられていないことは問題含みである（objectionable）とは述べつつ、アメリカ合衆国はこの事件の当事者ではなくまた裁判所の命令がアメリカ合衆国を拘束することもない一方、イギリス政府はこの拘束について直接の責任を負っておらず、またイギリス政府が、国内又は国際の裁判所において原告の権利を主張する、実行可能な権利や主張適格を有していることも示されていないとして、この裁判所では直接の救済方法は存在しないとした（at 323）。

本稿の関心である、国務大臣の行動について司法判断適合性があるかについては、次のように判断した。まず、欧州人権条約と 1998 年人権法によっ

Wilberforce 裁判官の判示を引用しつつ、「『司法判断不適合性』の原理は、ある国家の他の国家に対して犯した、裁判所が確立した国際法上の原則に対する違反が、明白で、認識できる場合に、その違反に対して裁判所が目をつぶらなければならないことを意味しない」などと述べた箇所（[24]-[26]）が *Abbasi* 判決で引用されている。

(48)　[1976] AC 249 (HL(E)). 1939 年にナチスの迫害から逃れイギリスに移住し、1948 年にイギリス国籍を取得した原告が、1953 年から 1968 年までのイギリスにおける所得税の賦課に対し、二重国籍を理由とする免除を主張して特別審判所に異議申立てをした事件である。審判所は、1941 年のドイツの命令により原告はドイツ国籍を失っており、二重国籍による免除は受けられないと判断した。一審は原告の上訴を認めたのに対し、控訴審は国の上訴を認めたので、原告が貴族院に上訴。貴族院は、基本法 116 条 2 項に基づき原告はドイツ国籍を失っていたとして、結論として控訴審の判断を支持した。しかし、1941 年のドイツの命令は承認できないと判断しており、その理由づけとして、Cross 裁判官が「われわれの裁判所は明らかに確立された国際法上のルールに効力を与えるべきである……ここで問題となっているのは、……人種を理由として選び出した一部の市民から補償なしに財産を奪い取る立法である。私の考えでは、この種の法は人権に対する重大な侵害を構成するので、本国の裁判所は、これを法として承認することを断固として拒否するべきである」などと述べた部分（at 278）が *Abbasi* 判決で引用されている。

て、外務大臣が原告に代わって外交上の措置を講じる義務を負う、との原告の主張については、3 つの欧州人権裁判所の判例を検討して、かかる義務の存在を否定した（at 324-327）。

しかし、次の三つの点を考慮して、外国政府の諸機関の行動の結果として基本的な人権を侵害されているイギリス国民に対する外交上の支援を拒否することについて、司法審査の対象になるとした。

第一に、正当な期待の法理と大権行使など従来は司法審査の対象外であった領域への司法審査が拡大してきていることである。ここでは、*GCHQ* 判決や *Everett* 判決が引用されている（at 327-329）。

第二に、外務省が、正当な期待をもたらしうる政策を公表していることである。イギリス国民の外交上の保護に関して、「公式の請求」と「非公式の主張」とに分け、前者に関しては、外務省が出した「ルール」がある――ただし、この「ルール」は一般政策の表明にすぎず、国内法で直接の効力をもたないとされている――が、このルールの中に本件に関わるものは含まれていない。他方、後者に関しては、大臣が出した 2 つの文書があるとし、「われわれの政策の見直し」という文書の中には、外国におけるイギリス国民の在監者の刑の執行について、正義が失敗していたり拒否されていたりする証拠があるときに政府が主張を行うところ、イギリス国民の人権に対する重大な侵害がある場合にもこの方針を拡大するとされていた。また、この文書の改訂版に言及しつつ、1999 年に当時の外務大臣が、「イギリス政府は、われわれが、第三国政府が国際法上の義務違反にあると信じる場合には、イギリス市民に代わって、その国に対して直接に主張を行うことも考えている」と述べていた（at 330）。ここから、正当な期待が根拠づけられることが示唆される。また、もうひとつ、*R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex at Ferhut Butt*[49] で判決が指摘していた外国渡航者向けのパンフレットも、外国でイギリス国民がイギリス領事の支援を期待できることを根拠づけるものだとする。そしてまた、ある訴訟で、イギリス政府

（49）（1999）116 ILR 607. イエメンにおけるイギリス国民に対する瑕疵ある刑事裁判を停止するようイエメン大統領に外務省が主張することを求めた訴訟である。

は、このような立場にある市民には「外交上の主張又は国家間の請求」という「悪事に対する救済の伝統的な手段」がある旨を述べ、アメリカ合衆国の地裁判決にも、外国で権利を与えられず拘束されている収監者には、外交上の手段が請求に対処する手段として残されている旨が述べられていた。これらの言葉から、「もし外国で基本的権利の侵害にさらされたならば、イギリス政府はこの事柄から手を引き被害者を放棄してその運命に委ねるようなことはしないということが、『すべての市民による通常の期待』でなければならない」とする（at 331, para.98）。

そして、この期待の性質を問題とする。政府の文書には、主張することを「考慮する」などとしか書かれていないなど、この期待は極めて限られた性質であることが強調されているからである。しかし、Phillips 記録長官は次のように述べる。「特定の事件において主張を行うか否か、また行うとしてもどのような形式で行うかは、完全に国務大臣の裁量に委ねられている。このことは、Diplock 裁判官が［*GCHQ* 判決］の中で言及した「衡量」を自由に発揮させる。国務大臣は外交政策上の考慮に完全な重みを与えることも自由でなければならず、この点については司法判断適合性がない。しかし、このことは、すべての過程が司法審査から不可侵であることを意味しない。ここでの市民の正当な期待とは、彼の要求が『考慮される』だろうということを、そしてその考慮の中ですべての関連する要素が衡量の中に投げ入れられるだろうということである」（at 331, para. 99）。そして、とくに重要な要素は不正義の性質と程度であるとする（at 331, para. 100）。もっとも、原告が引き合いに出すドイツの連邦憲法裁判所の判例（*Rudolph Hess* 事件(50)）でも裁判所

(50)　2 BVerfG 419/80；BVerfGE 55, 349. 原告は、1941 年にイギリスとの和平交渉のために入ったロンドンで逮捕され、その後、ニュルンベルク裁判で戦争犯罪で終身刑を受けたドイツ人であり、1947 年に Spandau の連合国軍事刑務所に移送されて獄中にあり、1966 年からは唯一の受刑者となっていた。原告は、86 歳となり 38 年間獄中にあるのは国際法に反することを認めること、連合国 4 国に対して即時釈放を求めて適切な措置をとるべきだと命じること、連合国軍事刑務所の運営費用を支出している 1980 年度の連邦予算法が無効であると認めることなどを求める行政裁判を提起したが、北ラインウェストファリア州の上級行政裁判所で認められなかったので、連邦予算法や州上級裁判所の判決が基本法 1 条、2 条、19 条 4 項、101 条、103 条、104 条に違反するとして憲法異議を連邦憲法裁判所に提起した。連邦憲法裁判所は、連邦予算法によっては原告の基本権は直

は政府に広い裁量を認めて請求を斥けたことを指摘して、事案によることを強調する。

そして、最終的に、次のように見解をまとめる。①外務省の権限の法源が大権上のものであるということは司法審査請求に対する答えとはならず、決め手は主題である。②国民を保護する強行可能な義務（enforceable duty）を課すことを根拠づける先例はなく、欧州人権条約もかかる義務を課していない。③しかし、外務省はイギリス国民を保護する権利を行使するか否かにつき裁量をもっており、イギリス国民はそれを期待することができる。「その期待は限定的なもので裁量は大変に広いが、その決定又は不作為が不合理又は正当な期待に反することが示されるのであれば、それが審査可能でないとする理由はない。しかし、裁判所は、外交政策に影響を与える決定を含む禁止区域に立ち入ることはできない」。④「外交レベルで主張を行うか否かに関するものなど、外務省の決定はいかなるものでも、本国の外交政策に関する決定と内在的に関連しているだろう。しかし、特定のイギリス市民の立場を考慮し、またなんらかの行為を本人に代わって行う程度を考慮する義務は、それ自体としては、なんら禁止区域に入っていないように思われる」。⑤外務大臣が支援の要請に対して適正な考慮を与えること以上のものを要求できる程度は、特定事案の事実関係に依存する（at 333, para. 106）。

しかし、Phillips 記録長官は原告の請求を斥ける。その理由は、イギリス政府が A の立場を考慮していることが証拠から明らかであること、明らかな基本的人権の侵害であると思われる場面に直面していても、アメリカ合衆国に特定の主張を行うよう国務大臣に命令することは、外交政策に影響を与えることが明白である以上、適切でないこと、グアンダナモに収容されている者の立場についてはアメリカ合衆国の裁判所で検討されることになってい

接に影響をうけないので、連邦予算法の有効性に関する争点は受け付けられないとし、残りの争点について、外交の領域では連邦政府に広範な政治的裁量が認められるとして、もともと原告の取扱いや軍事刑務所の運営についてドイツは権限をもっていないこと、連邦政府は原告の釈放のために連合国にはたらきかけ、英米仏の 3 国は好意的な応答をしたもののソ連が認めないため釈放が実現しない状況になっていることなどを踏まえ、州上級行政裁判所の判決が原告の基本権を侵害しているとはいえないと判断した。

ることなどである（at 333-334）。

【コメント】

結論としては原告の請求を斥けているが、イギリス国民の外交的な保護という、外交政策との関連性を否定できない問題について、しかも、欧州人権条約も国内法の先例も法的な義務を課しているとはいえない事項であっても、外務大臣による相当に具体的な政策の公表があったという本件の事実関係のもとで、「正当な期待」を梃子に、政府・外務大臣が特定の国民の立場を適切に考慮したのかという点につき司法判断が可能であることを示している点で、司法判断適合性を拡大させる傾向に棹差す裁判例といえる。

（5）第 4 段階――ミラー（第 2）／チェリー事件判決

そして、Miller（第 2）／チェリー事件判決（*R*（*Miller*）*v Prime Minister; Cherry v. Advocate General for Scotland*[51]）が 4 つ目の契機として挙げられる。著名判決であり、筆者も含め、すでに多くの紹介があるが[52]、行論に必要な範囲で取り上げる。

【事案】 2019 年 8 月 28 日に、7 月に選任されたばかりのジョンソン首相のもとで、9 月 9 日以降 12 日以前から 10 月 14 日までの間、議会を閉会（prorogation）とする旨の枢密院令が出された。ことに対し、2 つの司法審査申請が行われた。1 つはスコットランド選出の庶民院議員であるチェリーにより、7 月 30 日に提起され、助言が憲法違反であることの宣言的判決及び議会の閉会の差止命令を求めるものであり、一審のスコットランド控訴院外

（51）［2019］UKSC 41.

（52） この判決については、岩切大地「英国の EU 離脱」法学教室 473 号（2020 年）134 頁、拙稿「イギリスの最高裁判所は議会の閉会をなぜ審査し違法と判断できたのか――ミラー（第 2）事件判決瞥見――」同志社法学 72 巻 4 号（2020 年）939 頁、戒能通厚＝倉持孝司＝ジョン・マケルダウニィ『イギリス憲法の探求』（信山社、2025 年）299 ～ 302 頁などを参照。以下の叙述は、上記拙稿及び拙稿「ブレグジット以後の法の支配の動向・管見」法学館憲法研究所 law journal 34 号（2026 年）（掲載予定、頁数未定）とも重複すること、お断りしておく。

院（[2019] CSOH 68）は 9 月 4 日に司法判断適合性を欠くとして請求を斥けたのに対し、控訴審のスコットランド控訴院内院（[2019] CSIH 49））は 9 月 11 日に 3 名の裁判官が一致して司法判断適合性を認めたうえで請求も認容した。他方、もう 1 つの訴えは、第 1 事件判決の原告であったミラーが枢密院令をうけて提起したもので、一審の高等法院合議法廷（[2019] EWHC 2381（QB））は同じ 9 月 11 日に司法判断適合性を欠くとして請求を斥けたうえで、最高裁への跳躍上告を認めた。最高裁は両事件を併合し、最大人数の 11 名で 9 月 17 日、19 日に審理をし、24 日に判決を下した。

【判旨】　Hale 裁判官と Reed 裁判官とによる法廷意見[53]は、実体的な適法性について、議会主権と議会に対するアカウンタビリティ（parliamentary accountability）という 2 つの憲法原理を挙げて、「当該措置がそこで問題となる原理のはたらきを妨げる（impedes or frustrates）程度に応じて、合理的な正当化（reasonable justification）が必要になる」（para.49）との判断枠組みを示したうえで、第 1 に、本件における首相の行為は議会の政府に対しアカウンタビリティを果たさせる役割を妨げるものであったことを、10 月 31 日に EU からの合意なき離脱の可能性が迫っていたという例外的な局面のもと、議会はこれを避けるべきとの立場を表示していた状況に鑑みて肯定し（paras. 56-57）、第 2 に、この時期における 5 週間の閉会を行うことに対する合理的な正当化が訴訟に出されている資料からはできないとして（paras. 58-61）、違法だと判断した。そして、救済方法として、首相の助言が違法であるだけにとどまらず、閉会それ自体が違法であり無効であると宣言することもできる――閉会は「議事手続」ではないので――として、チェリー事件の上訴を斥け、ミラー事件の上訴を認容して、同じ宣言的判決を行った（paras.62-71）。

本稿の関心との関係で重要なのは、司法判断適合性についてである。被告

（53）　イギリスの判決は基本的に各裁判官が意見を書き、実質的にその多数決が判決の内容となるもので、アメリカ合衆国における判決のように、法廷意見、同調意見、反対意見といった明示的なラベルも貼られないが、本判決は全員一致によるもので、判決文は 2 人の裁判官による共同の " the judgement of the court" がすべてであるので、法廷意見と訳出した。

側は、首相の助言の妥当性は裁判所が判断可能な法的問題ではなく、議会に対してアカウンタビリティを果たす問題であって、「裁判所は政治的アリーナに立ち入るべきでなく、権力分立を尊重すべき」であると主張し（para. 28）、ミラー事件の高等法院合議法廷判決はこの主張を認めたのに対し、チェリー事件の内院判決はこれを否定していたものであり、重大な論点であった。

法廷意見は、まず、4 つの点を確認する。第 1 に、議会閉会の命令は大権事項、すなわちコモン・ローによって承認され国王により行使される権限であるということである（para. 30）。第 2 は、「裁判所は政治問題を決定できないのではあるが、法的紛争が政治家の行為に関係する、あるいは政治的な争い（controversy）のある事項から生じているという事実は、裁判所がその法的紛争を考えることを拒否する十分な理由とは決してならない」ということである（para. 31）[54]。第 3 は、「首相が議会に対してアカウンタビリティを負っていることは、それ自体では、裁判所が果たすべき正当な役割を有していないことを結論づけない」ということである。閉会は、その期間、議会に対して大臣がアカウンタビリティを果たすことを妨げる効果をもつからであり、また大臣が政治的なアカウンタビリティを果たすからといって法的なアカウンタビリティから免れるわけではないからである（para. 33）。第 4 は、「もしこの事案に司法判断適合性が認められるならば、この事案を判断することは権力分立を侵害しない」ということである（para. 34）。

これらの点を確認したうえで、法廷意見はいよいよ司法判断適合性の問題に入る。まず、2 つの争点を区別する。第 1 は、「大権上の権限が存在しているか、存在しているとして、その範囲（extent）如何」、第 2 は、大権がその限界内で行使されているとして、「その権限行使が別の根拠に基づく法的な異議申立てに開かれているか」である。第 1 の争点が裁判所の管轄権に含まれることには疑いがなく、双方当事者も争っていないとして、*GCHQ* 判決を先例として引用する。これに対し第 2 の争点が司法判断適合性の問題を

(54)　別の箇所では、「裁判所は、提起される問題がトーンや文脈において政治的であることだけを理由にしてその責任を回避することはできない」とも述べる（para. 39）。

惹起するという。そしてこの点、やはり *GCHQ* 判決で、この問題に対する答えは、行使されている特定の大権の性質および主題によると結論づけており、同事件で Roskill 裁判官は、司法判断適合性がない権限の例として議会の解散を挙げていた。そこで被告側は議会の閉会もこれと同様の「排除されるカテゴリー」に含まれると主張し、さらに、別の司法判断適合性がない類型として「高度の政策（high policy）」の問題を取り扱った先例として、*Everett* 判決も挙げていた。しかし、法廷意見は、これらの主張は第 2 の争点に関わるものであり、大権上の権限の存在及びその法的限界という第 1 の争点との関係では司法判断適合性の問題は生じ得ないとする。「これらは定義上、法の問題である。権力分立のもと、これらを裁定することは裁判所の作用である」とまとめる（para. 36）。そこで、次に、本件で問題となっているのが、第 1 の争点、すなわち、議会を閉会する権限に関する法的限界がどこにあるのか、そして本件の首相による助言がその限界を踰越したという問題であるのか、それとも、第 2 の争点、すなわち法的限界の内部における権限行使のあり方の適法性関わるものであるのかを決するとし、「この問いは、首相の助言の適法性を判断する際に参照する規準の同定に密接に関係する」として、その規準の探索に進む（para. 37）。

そして、冒頭で述べた通り、2 つの憲法原理により大権上の権限は限界が画されるということ、そしてその際の判断枠組みを論証、導出したうえで、司法判断適合性の問題に戻り、ここで判断しようとしていることは大権上の権限の範囲（extent）に関わるものであり、「これは、この裁判所が本件で上述した法的規準を適用して行おうとしているものである。その規準は法的な限界の内部における大権上の権限の行使の方法（mode）に関わるものではない。逆に、それは、一方で大権、他方で議会主権と責任政府の憲法上の諸原理のはたらきとの間の境界を画する、権限の限界を決定する規準である。閉会の権限の範囲に関わる争点は、定義上、かかる規準の適用によって解決できるものであり、したがって、司法判断可能なのである」としたのであった（para. 52）[(55)]。

（55）　なお、首相の動機（motive）については、司法判断適合性との関係で別の問題を惹起

【コメント】　被告側が主張し、またミラー事件の高等法院合議法廷判決が認めていたように、議会の閉会が、*GCHQ* 判決の Roskill 裁判官の判示の延長で、大権上の権限の主題（subject matter）に着目して司法判断不適合とされる可能性もあったにもかかわらず、この議論はとらず、大権上の権限の存否及び法的範囲・限界については司法判断可能であるという――これ自体は従来から認められてきた――命題に、憲法上の原理を使うことで法的規準を導出しそれにより当該権限行使が法的限界の外にあるとする論証を結びつけることで、司法判断適合性を認めた――と同時に実体的に違法であると結論づけた――判決といえる。IRAL 報告書では、かかる権限の行使は司法判断不適合であるとの主張を、（a）どのような場合にかかる権限が行使されるかという争点は完全に司法判断適合性があるとし、（b）かかる権限が行使されたことが妥当だとするのに様々な要請を課し、（c）かかる要請が遵守されなかったときにはかかる権限はまったく行使されなかったのだと宣言することによって巧みにかわしたもので、「裁判所が『立入禁止』の看板を迂回する潜在的な能力（the potential）を創造した」と評価されている [(56)]。

（続く）

＊本論文は JSPS 研究費 22K01148 の研究成果の一部である。

（本学法学部教授）

するが、まず首相の助言が適法であったかにつき、閉会の効果を考慮し規準を適用して判断をしたうえで、それが適法である場合にはじめて検討をするべきだとして（paras.53-4）、結局、判断を行っていない。

（56）　IRAL Report, para. 2.36. Tom Hickman 教授によれば、この法的構成は、裁判官の中で、当該権限行使が権限内部でその行使の方法として問題であったと理解する者と、権限内部での行使の方法については判断できないと考える者とがいたところ、その両者を媒介して全員一致での結論を導くために案出されたものであるという。Tom Hickman 教授インタビュー（2026 年 3 月 5 日）。