

# イギリスにおける立憲主義、法の支配と司法審査

榊 原 秀 訓

## 目次

### はじめに

#### 一 立憲主義をめぐる議論

- 1 政治的立憲主義と法的立憲主義
- 2 立憲主義と司法審査—裁判所の役割と司法審査の限界をめぐる議論
- 3 司法の独立性とアカウンタビリティ

#### 二 法の支配をめぐる議論

- 1 法の支配の形式的概念と実質的概念
- 2 ダイシーとビンガム卿の法の支配
- 3 司法へのアクセス保障

#### 三 司法審査の憲法的基礎

- 1 権限踰越理論
- 2 コモン・ロー理論
- 3 論争の展開

### おわりに—わが国への示唆

## はじめに

近年のイギリスにおいては、司法審査が積極化し、1998年に人権法（Human Rights Act）が制定されたことを受けて、それまでにはみられなかった「立憲主義」が語られるようになり、特に、それが「政治的立憲主義」と「法的立憲主義」の対立を含む状況になってきた。そのことは司法制度のあり方をめぐる理論的制度的関心へとつながり、司法の独立性とアカウンタビリティをめぐる議論や、2005年憲法改革法（Constitutional Reform Act）による司法制度改革も行われてきた。また、「政治的立憲主義」と「法的立憲主義」の対立にも関連して、「法の支配」の理解について、形式的概念と実質的概念が区別されている。もっとも、現在のイギリスやヨーロッパに限ると、実質的概念による法の支配の理解が有力なものとなっている。いずれにしても、法の支配は「司法へのアクセス保障」を含みものと考えられ、司法へのアクセスを制限することには裁判所も学説も慎重であり、批判的である。さらに、司法審査の積極化を法的にどのように正当化するかに関連して、「司法審査の憲法的基礎」をめぐる議論が展開してきた。この議論は、行政活動の司法審査の中心に制

定法を置く権限踰越理論と、それとは異なり、コモン・ロー理論に基づく審査を裁判所が行うことを重視するコモン・ロー理論の理論的対立によるものである。立憲主義、法の支配と司法審査の憲法的基礎は、独自に議論が展開されつつ、相互に密接に関連している。各々の議論は広範囲の論点を扱うものであるが、本稿では、司法や司法審査に焦点を当てて、これらの論点に関する議論や制度改革の状況を概観していく。

本稿が扱う多くの論点については、クレイグ（Craig）が積極的に検討を行っており<sup>1)</sup>、クレイグの議論や最近の公法の教科書等を参考に、順次検討を行っていきたい。また、既に論点の幾つかについては、わが国の公法研究者による検討がなされているが、既に紹介検討されている議論との重複はできる限り回避しつつ、わが国の問題との比較を念頭に検討していく。

## 一 立憲主義をめぐる議論

### 1 政治的立憲主義と法的立憲主義

#### (1) 二つの立憲主義の内容

イギリスの立憲主義については、わが国においても、特に愛敬が精力的にその検討を継続的に行っており<sup>2)</sup>、本稿では議論の詳細には言及しないが、愛敬の業績も参考にして、近年のイギリス公法の教科書における説明を通して、二つの立憲主義の内容を確認する。具体的には、エリオット（Elliott）とトーマス（Thomas）の教科書<sup>3)</sup>と、レスエア（Le Sueur）、サンキン（Sunkin）およびマーケンス（Murkens）の資料集<sup>4)</sup>における説明をみる。

まず、政治的立憲主義の提唱者は、政治過程に信頼を置く。憲法は、国会・政府・裁判所の政治的関係のセットの産物であり、政府の権限の行使や配分を規律する実際は、法的ルールではなく、政治的了解のセットによって決定される。政治的立憲主義は、民主主義においては、政治過程が権

1) 最初に、クレイグの教科書のみ紹介しておく。P. Craig, *Administrative Law*, 8th edn (Sweet & Maxwell, 2016).

2) 愛敬浩二「イギリス『憲法改革』と憲法理論の動向」松井幸夫編著『変化するイギリス憲法』（敬文堂、2005年）47頁～68頁、同「立憲主義、法の支配、コモン・ロー—T・R・S アラン憲法学説の批判的検討—」浦田賢治先生古稀記念『現代立憲主義の認識と実践』（日本評論社、2005年）9頁～28頁、同「イギリスにおける憲法制定権力論の復権？」名古屋大学法政論集 225号（2008年）441頁～462頁、同「現代イギリス憲法理論の一傾向」法律時報 81巻8号（2009年）63頁～68頁、同「政治的憲法論の歴史的条件」樋口陽一ほか編著『国家と自由・再論』（日本評論社、2012年）65頁～84頁、同「通常法と根本法」長谷部恭男編『岩波講座 現代法の動態 I 法の生成／創設』（岩波書店、2014年）47頁～66頁、同「ジェレミー・ウォルドロンの変憲審査制批判について」名古屋大学法政論集 255号（2014年）757頁～788頁、同「イギリス憲法学における政治的憲法論の行方」全国憲法研究会編『日本国憲法の継承と発展』（三省堂、2015年）158頁～169頁、同「イギリス憲法の『現代化』と憲法理論」倉持孝司・松井幸夫・元山健編著『憲法の『現代化』』（敬文堂、2016年）41頁～56頁、同「奥平憲法学とコモン・ロー立憲主義」樋口陽一・中島徹・長谷部恭男編『憲法の尊厳』（日本評論社、2017年）383頁～399頁、同「イギリス憲法研究の課題とコモン・ロー」水林彪・吉田克己編『市民社会と市民法—civilの思想と制度』（日本評論社、2018年）359頁～384頁。

3) M. Elliott and R. Thomas, *Public Law*, 3rd edn (Oxford University Press, 2017), pp. 38–40.

4) A. Le Sueur, M. Sunkin and J.E.K. Murkens, *Public Law Text, Cases, and Materials*, 3rd edn (Oxford University Press, 2016), pp. 23–32.

限を有する者による違憲の行為から守るもっと正当な手段であるとする。政府を統制する点での裁判所の役割は、裁判官が民主的正統性を欠いているので、公正に限定されるべきである。政治的立憲主義にとって、政治家が違憲のことをすることを防ぎ、もしそのようなことがなされたならば、訂正をするのは政治過程である。政治的立憲主義者は、究極的な焦点は投票箱に残っていると考える。つまり、政治的立憲主義において、権限は国会を通して正当化されるという考えは、「国会主権」の原則において明晰に明確に表現されている。国会制定法が法の最高形態であり、裁判所は、国会制定法の規定を排除する憲法上の権限を有していない。裁判官に違憲立法審査権のような包括的な権限を与えることは認められないことになる。

これに対して、法的（司法的）立憲主義の提唱者は、政治過程ではなく、司法過程に信頼を置く。コモン・ローや「高次の法」の原則と矛盾する「法」は、純粋な法とはなり得ないし、裁判所によって執行されるべきではないとする。もっとも、法的立憲主義の中でも、コモン・ローに依拠して制定法を無効と判断することまでも認めるコモン・ロー立憲主義とそこまでの主張は展開しない狭義の法的立憲主義が区別される。また、国会に対する執行府の影響力が強く、立法府と執行府の間の権限の融合があり、国会による政府のコントロールは効果的ではなく、民主主義の考えが依拠する演説や集会の自由のような権利を制限する立法を庶民院の多数派の議員が制定し得ることに関心をもっている。政治部門が合憲に行為することを保障できる裁判所のような別個の組織が存在しなければならぬと考える。民主主義とは、単に庶民院の総選挙において投票数を数えるものではなく、個人の自由を保護する基本的権利を主張することを含むものであり、裁判所が権利を保護する際に本質的な役割をもつものとされる。つまり、法原理としては、「国会主権」ではなく、「法の支配」が最重要になる。

ルスエア、サンキンとマーケンスの資料集は、政治的立憲主義と法的立憲主義の考え方の相違を次の表1のように対比している。

表1 政治的立憲主義と法的立憲主義の対比

トピック	政治的立憲主義（は）	法的立憲主義（は）
国会主権	国会主権がイギリス憲法の中核であり、あり続けるべきであると信じる。国会主権は、我々の公選代表が我々がその下で生活を送る法について最終的な発言権を有することを可能にする。	国会主権は、我々の自由を危険にさらす危険な制度としてみる。国会主権は、法を制定する権限についていかなる法的な制約も課していない。
法の支配	法による（by）支配の重要性（政府が法の文言に従うこと）を認識しているが、法の支配が実質的価値を具体化するという、より大きな主張には懐疑的または敵対的である。	人権を含む、法の支配の実質的概念を支持する。裁判所が法の支配を実効あるものにするために、より強力な権限をもつことを好む。
権力分立	憲法的枠組みを規制することにおける公選政治家と政治過程の傑出した役割を好む。	憲法的枠組みを規制することにおける法、司法過程と司法府の傑出した役割を好む。
人権	政治家は、裁判官よりも何が国益になるかを決定することに、より良い立場にあるので、政治家が人権の内容について決定的発言権を有することを欲する。	人権を強力に支持し、裁判所が人権を実効あるものにするために、国会制定法を超えることを含め、より強力な権限をもつことを欲する。

（出典）A. Le Sueur, M. Sunkin and J.E.K. Murkens, *Public Law Text, Cases, and Materials*, 3rd edn (Oxford University Press, 2016), p. 49.

## (2) 裁判所の意義

裁判所の意義をどのように評価するかが一つの争点になっていることから、この点について、もう少しみておく。法的立憲主義を支持する論拠として、政治過程への信頼は、多数者の利益が適切に尊重されることに帰結する一方で、同じことは様々な種類の少数者には当てはまらず、このことを避けるために、その独立性が世論によって影響されないことを可能にしている裁判官にすべての者の憲法上の権利を保護する権限を与えることが必要である。他方、政治的立憲主義者は、裁判官にそのような権限を与えることは、「法は政治の代替物ではないし、なり得ない」と反論する。もっとも、クレイグは、法的立憲主義において、裁判所が常に正しく、政治過程は常に間違っていると示唆するものはない。すべての司法システムにおいて裁判所は、後悔すべきと感じられる判決をなし、これはすべての法の分野で生じるとする<sup>5)</sup>。

トムキンス (Tomkins) はグリフィス (Griffith) の議論をベースに政治的立憲主義を論じているが<sup>6)</sup>、グリフィスは<sup>7)</sup>、裁判官の上流階級の出自と社会における制度的立場によって、裁判官は必然的に「確立された権威」への強いイデオロギー上の偏向を有するといった裁判所の保守性を批判していた。また、コモン・ローは、社会権のような権利を認めるものではなく、法自体が保守的なものであるとする批判などが行われる。「生ける法」としてのコモン・ローという立場をとった場合<sup>8)</sup>、コモン・ローは固定的なものではないことになるが、他方で、法創造をそこまでコモン・ロー、すなわち裁判所に委ねることの妥当性が問題となるように思われる。

グリフィスが左派的な政治的スタンスに立つことから、政治的立憲主義の論者も同様にみられがちであるが、トムキンス自身は、スコットランド議会の 2016 年選挙において保守党の候補者であり、当選し、保守党の政治家となっている。このように保守の政治的スタンスを有するトムキンスも、裁判所の保守性にかかわって、政治的立憲主義者が法的立憲主義に反対する二つの主な理由があるとする<sup>9)</sup>。第一の理由は、裁判所は、内在的に保守的で、裁判所は、進歩的な政策または立法を取り消したりまたは制限したりする権限を使用するというものである。もっとも、これらは現実のものとなっていないとする。なぜならば、近年ほとんど進歩的な立法が存在しないことであり、同時期に、裁判所の政治学が変化し、上級裁判所裁判官世代があまり明らかな保守ではなくなったからである。第二の理由は、進歩的ではなく、より抑圧的な手段を審査して、裁判所が政府のそうでなければ高度に争いのある政策に正当性を与えるためにその権限を行使することである。つまり、裁判所が政府の政策にお墨付きを与えることの問題である。

立憲主義の議論は、裁判所という中心的制度の実態評価も含むものであり、その制度改革にも注目が必要である。近年、2005 年憲法改革法を核とする裁判所を含む司法制度改革によって、大き

5) P. Craig, "Political Constitutionalism and Judicial Review" (<http://ssrn.com/abstract=1503505>), p. 56. これは、以下の同名の論文を追加修正したより長文のバージョンとしてネット上に公開されたものである。P. Craig, "Political Constitutionalism and Judicial Review" in C. Forsyth et al. (eds), *Effective Judicial Review* (Oxford University Press, 2010). これ以降の引用は、このより長文の論文から行うことをお断りしておく。

6) A. Tomkins, *Our Republican Constitution* (Hart, 2005); A. Tomkins, "The Role of Courts in the Political Constitution" (2010) 60(1) *University of Toronto Law Journal* 1.

7) J.A.G. Griffith, "The Political Constitution" (1979) 42(1) M.L.R. 1; J.A.G. Griffith, *The Politics of the Judiciary*, 5th edn (Fontana Press, 1997).

8) 愛敬・前掲注 (2)「奥平憲法学とコモン・ロー立憲主義」303 頁。

9) A. Tomkins, "What's Left of the Political Constitution?" (2013) 14(12) *German Law Journal* 2275, p. 2290.



く従来の制度が改革されており、この改革の概略や、その評価などについては、後から節を変えて、紹介・検討を行う。

### (3) 二つの立憲主義の混合

二つの立憲主義は理念型として示され、各々の内部においても相違があり、また、イギリス憲法も他国の憲法と同様に、政治的過程と法（司法）過程の両者に依拠しており、いずれか一方にのみ信頼を置いているわけではない。政治的立憲主義の代表的論者であるトムキンスも「混合憲法」といった表現をしている<sup>10)</sup>。他方、法的立憲主義を論じるクレイグは、司法審査から完全に独立して、アカウンタビリティや正統性の論点を扱うことができ、また、基本的価値または価値ある社会改革に対して政治過程によってなされる重要な貢献を否定するものは何もないとする<sup>11)</sup>。つまり、バランスの取り方が問題であり<sup>12)</sup>、二つの立憲主義は、そのバランスの評価の相違に基づくものであると考えられる。

そして、ほぼ共通した認識は、1998年の人権法制定以降、法（司法）過程の比重が大きくなったことをどのように評価するかである。人権法にかかわって、クレイグは、政治的立憲主義の立場に立つトムキンスの議論は、人権法を廃止し、ヨーロッパ人権条約を脱退する立場であると紹介するが<sup>13)</sup>、トムキンス自身は、少なくとも人権法が改善された権利章典によって取って代わられることなしで廃止されるのは馬鹿げたものとする。トムキンスはコモン・ロー立憲主義の存在も意識して、人権法を取り替えることなしでそれを廃止することは、司法の権限を削減するために何もしないし、他方、人権法は裁判所に権限を与える一方で、国会をより尊重しないのではなく、より尊重する方法で、裁判所に権限を与えてきたと評価している<sup>14)</sup>。これは、人権法の下で、裁判所は不適合宣言を行うことが可能であるが、その場合も制定法は無効にならず、対応は国会に委ねられており、また、国会の人権に関する合同委員会設置のような、人権法の他の間接的な制度化が、政治的憲法を強化するために機能していると考ええるからである。

愛敬が法的立憲主義として批判的に検討しているのは、主に制定法を無効にし得るという立場に立つアラン（Allan）やローズ（Laws）裁判官のような法的立憲主義であるが<sup>15)</sup>、本稿は、むしろそこまでの主張はしていない「穏健な法的立憲主義」と呼ぶ立場に焦点を当てており、以下、人権法などに関する議論には基本的に触れずに、裁判所の役割や司法審査の限界にかかわる議論をフォローしていく。

10) *Ibid.*, pp. 2275-2280.

11) Craig, *op. cit.*, n.5, pp. 55-57.

12) ヒックマン（Hickman）は、バランスがとれている法的憲法（法的立憲主義）を主張するのに対して、ジーとウェバー（Webber）は、その主張を法的憲法プラス政治的憲法の活気のない模造（pale imitation）にすぎないと批判する。T.R. Hickman, "In Defence of the Legal Constitution" (2005) 55(4) *University of Toronto Law Journal* 981, pp. 1016-1022; G. Gee and G.C.N. Webber, "What Is a Political Constitution?" (2010) 30(2) *O.J.L. S.* 273, pp. 294-298.

13) P. Craig, "Political Constitutionalism and the Judicial Role: A Response" (2011) 9(1) *International Journal of Constitutional Law* 112, pp. 120-121.

14) Tomkins, *op. cit.*, n.9, p. 2282.

15) 愛敬・前掲注(2)「立憲主義、法の支配、コモン・ロー—T・R・Sアラン憲法学説の批判的検討—」11頁～22頁、同「政治的憲法論の歴史的條件」72頁～73頁、同「イギリス憲法の『現代化』と憲法理論」44頁～46頁、同「奥平憲法学とコモン・ロー立憲主義」393頁～397頁、同「イギリス憲法研究の課題とコモン・ロー」373頁。

## 2 立憲主義と司法審査—裁判所の役割と司法審査の限界をめぐる議論

### (1) 「活動のための法的権限」の有無の判断に限定される司法審査

次に、裁判所の役割と司法審査の限界に焦点を当て、政治的立憲主義からの批判と、法的立憲主義の立場からの反論としてクレイグによる反論をみていく。まず、司法審査を「活動のための法的権限」の有無の判断に限定するトムキンスとクレイグとの間の議論に簡単に触れておく<sup>16)</sup>。トムキンスは、裁判所が裁量審査としての合理性審査や比例原則審査を行うことは、それらの原則は開かれた文言で、裁判所による比較衡量を要求し、したがって、裁判所に過度の裁量を残すとして、その使用に反対し、司法審査を「活動のための法的権限」の有無の判断に限定する。そして、法の支配は、こういった限定的な審査を意味すると主張する<sup>17)</sup>。これに対して、クレイグは、まず、「活動するための法的権限」の意味は多義的で、自明ではないとする。また、トムキンス自身が論じるところではないが、上記の原則を使用しないとすると、司法審査は、目的と関連性の統制に根拠づけられることになるが、目的・関連性の審査も価値の査定や比較衡量をしばしば生じさせ、合理性・比例性の審査との区別は相対的であることなどを批判する<sup>18)</sup>。

トムキンスは、クレイグの批判を受けて、目的・関連性にかかわる批判に直接応えるものではないが、少なくとも三つの憲法上の善として、時の政府が統治することを認められるべきこと、議会制民主主義においては、主に国会にアカウンタビリティを負うべきこと、また、国民が庶民院議員を選挙し、時の政府はそこから生じ、政府は庶民院にアカウンタビリティを負い、司法審査は、この憲法的善に照らして機能すべきことを述べる<sup>19)</sup>。トムキンスは、政府が統治することが認められるべきであるので、政府が裁量を行使する資格をもち、合理性や比例原則を根拠とする挑戦は、法的権限の欠如を根拠とする審査よりも、政府が統治することを認める憲法的善へと深く切り込むものとする。有権者は政府に法的権限の限界を超える行動をする権限を与えることはできないが、政府が特定の方法で法的権限を行使することを命じることができるはずで、司法審査は、他の憲法上の善と並び、それに照らして考慮されるべきである。そして、このように考える場合、権限を行使する者が明確な民主的使命を有する大臣によるものかそれ以外によるものかにより、審査の相違が生じることになる。

以上のトムキンスの主張に従うならば、大臣が権限を行使する場合、司法審査は相当に限定されたものとなることは否定できず、目的・関連性の審査も価値の査定や比較衡量をしばしば生じさせ、合理性・比例性との区別は相対的であると考えクレイグには到底受け入れがたい限定であると考えられる。

### (2) 当事者対決主義の司法審査と政治過程

次に、政治的立憲主義の立場に立つプール（Poole）による司法審査の限界と<sup>20)</sup>、それに対するク

16) 裁判所の役割に関するトムキンスとクレイグとの間の議論に注目する書物として以下のものがある。A.L.Young, *Democratic Dialogue and the Constitution* (Oxford University Press, 2017), pp. 56-61.

17) A.Tomkins, *Our Republican Constitution* (Hart, 2005), pp. 21-25; A. Tomkins, "The Role of Courts in the Political Constitution" (2010) 60(1) *University of Toronto Law Journal* 1, pp. 1-5.

18) Craig, *op. cit.*, n.13, pp. 122-127.

19) Tomkins, *op. cit.*, n.9, pp. 2285-2289.

20) クレイグは、以下の三つのプールの論文をあげるが、特に最後の論文が司法審査の限界の議論との関連性が大きい。これ以降のプール論文の引用も、断りのない限りこの最後の論文から引用する。T. Poole, "Back to the

レイグの批判を<sup>21)</sup>、順次みていく。

### 1) 審判的、両極的なものとしての司法審査

第一に、プールは、法的立憲主義は、司法審査が「審判」であり、訴訟当事者に与えられた特別の種類の参加を重視しており、第三者による訴訟参加は、事案の基礎的三者構造を劇的に変えるものではないとする。そして、司法審査は、その当事者対決主義の構造のために、多くの当事者を含む議論を容易に認めないし、広範囲の相争う観点にはうまく適しておらず、基本的な価値に関連する問題を討議し決定するための中心的な場として機能することは難しく、共和主義の理想に近づくことはできないとする<sup>22)</sup>。

これに対してクレイグは<sup>23)</sup>、第一に、法的立憲主義者の少なくとも何人かは、裁判所における司法審査とともに、第一次的行政機関における参加の問題を支持している、第二に、大部分の法的立憲主義者は、裁判所における司法審査は、それ自身共和主義者の議論モデルに適合しているとは主張しておらず、原告適格を拡大する考えに反対しているアランは別として<sup>24)</sup>、多くの者は、原告適格や訴訟参加は広く解釈されるべきと論じているとする。また、ある完全なモデルの討議的議論を反映しているとは主張しておらず、審判は限界を課すことを承認している。幾人かの者が主張していることは、原処分における拡大した参加や参加は、裁判所における相対的に自由な原告適格や訴訟参加と結びついて、司法的フォーラムにあることによって課せられた限界の中ではあるけれども、決定の討議的共和主義的側面を高めることである。第三に、政治的フォーラムにおいて、争われている決定がなされるときに相対立する見解の完全な考慮がなされているとされるが、行政によって制定される多くのルールや制定法的文書は、ほとんど審査を受けないし、相対立する見解の考慮をほとんどされない。特に、争われている決定が現実には公務員によってなされる場合には、個々の決定について一般化することはより困難ですらある。

### 2) 多中心的紛争の解決と司法審査

第二に、プールは、司法審査のもう一つの特徴は、単一の論点に焦点を当てる傾向があり、相互に作用する利益や考慮事項の複雑なネットワークを含む多中心的問題の決定の事案において裁判所は、提起される中間的論点に焦点を当てることによって多中心の問題に応答するか、それを無視するように努めるとする。多中心的問題の紛争に直面したときに審判によって経験される問題や、司法審査における議論への相応する狭い焦点の当て方は、また、司法審査が討議的理想と似たものにはなり得ないことを示唆する。良い政治的議論が紛争を単一の論点の構造に入れようとする枠組みによって最も良く仕えることをイメージすることや、参加のそのような低い能力の過程が政治の理想的な様式として賞賛すべきかをみることは困難である。単一の論点に焦点を当てる司法審査の傾

Future? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism" (2003) 23(3) O.J.L.S. 453; T. Poole, "Legitimacy, Rights and Judicial Review" (2005) 25(4) O.J.L.S. 697; T. Poole, "Questioning Common Law Constitutionalism" (2005) 25(1) L.S. 142.

21) 簡潔には、Craig, *op. cit.*, n.1, pp. 23-25.

22) Poole, *op. cit.*, n.20, pp. 155-157.

23) Craig, *op. cit.*, n.5, pp.33-35.

24) アランの議論については、以下の本を参照。T.R.S. Allan, *Constitutional Justice* (Oxford University Press, 2000), pp. 194-199. また、アランのこの点に関する議論の紹介として、愛敬浩二「『法の支配』再考—憲法学の観点から」社会科学 56 巻 5・6 合併号 (2005 年) 17 頁参照。なお、この点にかかわって、愛敬が、アランと佐藤幸治学説の類似性も指摘していることも興味深い。同前 17 頁～18 頁。

向は、決定の結果に正当な利害関係を有する他の市民が決定過程から排除されることを意味する。仮に原告適格のルールを緩和を通して司法審査が参加的能力を拡大したとしても、すぐに審判の限界にぶつかるであろうと論じる<sup>25)</sup>。

これに対してクレイグは、次のように反論する<sup>26)</sup>。第一に、法的立憲主義者は、性質において多中心的である一定の論点があり、裁判所がこれらの論点を扱う能力において限界があることを承認している。第二に、資源配分、社会的経済的権利にかかわる事件において適切な審査密度において判断する際に考慮すべき要素の類型を精練する精巧な業績が生み出されており、紛争がある点で多中心的であるという事実は、それが裁判所にとって扱うべき領域ではないことを意味しないし、意味するべきでもない。第三に、政治過程は、そのような問題が検討されるときに、ある完全な討議的理想に適合していると仮定されるべきではない。

### 3) 司法審査における議論のスタイル

第三に、プールは、司法審査は、議論の特徴的なスタイルを有し、司法審査の過程は、相対的に少数のかなり良く固定された議論の類型に従って機能するとする。司法審査の相対的にスパルタ式の厳格な性質は、特に通常の政治的討論の文脈における議論の豊かさや多様さを背景に置かれたときに、司法審査は、討議的理想に近いものにはなり得ないもう一つの理由を提供すると論じる<sup>27)</sup>。

これに対してクレイグは、司法審査と通常の政治的議論には相違があり、司法審査は、議論が確立された審査の項目に適合する必要性によって、審査の根拠が裁判所と第一次的決定者の間の関係についての仮定に基づくという事実によって制約されるが、このことは、裁判所における特定の論点が、政治過程において同じ論点が検討されるときと比較して、必然的に探索が少なく、豊かではないと仮定させるものではないと反論する<sup>28)</sup>。例えば、立法時に、特定の規定が人権条約上の権利または他の公法の規定と衝突するかについてほとんど考察されず、同様に、行政の決定がグループ間で異なるとき、異なる取扱いの正当化の探索的分析がなされた程度が変わっていることは十分あり得る。もしそのような論点が裁判所によって判断されるならば、通常の政治過程においてなされるよりも、争われている規定を正当化する議論のより深い検討の機会があるかもしれない。

## 3 司法の独立性とアカウンタビリティ

### (1) コインの両面としての司法の独立性とアカウンタビリティ

立憲主義は、裁判所のあり方にも結びついており、司法の独立性や司法のアカウンタビリティの考え方からみていきたい<sup>29)</sup>。

ジー (Gee) らは、まず、司法の独立性にかかわって「司法の政治化」について、以下のように説明する<sup>30)</sup>。裁判官が完全に自立しているという意味で独立していることはあり得ない。裁判官は、任命され、昇進し、非行または無能力の場合に罷免される。裁判官の報酬は交渉され、裁判官が審

25) Poole, *op. cit.*, n.20, pp. 157-158.

26) Craig, *op. cit.*, n.5, pp. 35-36.

27) Poole, *op. cit.*, n.20, pp. 159-162.

28) Craig, *op. cit.*, n.5, pp. 36-38.

29) 司法の独立性とアカウンタビリティに関する議論については、榎原秀訓『司法の独立性とアカウンタビリティ—イギリス司法制度の構造転換』（日本評論社、2016年）参照。

30) G. Gee, R. Hazell, K. Malleon and P. O'Brien, *The Politics of Judicial Independence in the UK's Changing Constitution* (Cambridge University Press, 2015), pp. 15-16.



理する法廷は建設され、施設整備され、職員配置されなければならない。裁判官の判決は執行されなければならない。政治的アクターは典型的には裁判官の任命、昇進、罷免や報酬、裁判所全体の資金調達において、判決の執行における役割と同様に、発言権を有しているので、裁判官は決して、他への依存の完全な欠如という意味において独立し得ない。同様に、ほとんどの者は、裁判官がこの絶対的な意味において独立することを望まないことは明らかである。権限を行使する者が、なんらのコントロールから完全に自由であることを認めることは、基礎的な民主的欲求（*democratic impulse*）と矛盾する。依存やコントロールの正確な混ざり具合は異なる制度の類型の間で変わり得るとしても、政治的制度と同様に司法制度にも当てはまる。課題は、裁判官をあらゆる依存やコントロールから解放することではない。それは、完全にチェックを受けない権限を行使することなしで、裁判官が紛争を公正に解決するように用意されているバランスを求めることである。どの程度制度的独立性が必要かは、決定することが難しい。少なすぎれば、裁判官の公正性が危機にある心配がある。反対に、多すぎれば、そして特に裁判官が公選の政治家の政策的選好を定期的に覆すならば、裁判官のアカウンタビリティに関心が向けられる。司法のアカウンタビリティの適切な仕組みを求める一方で、裁判官がその司法的機能を行行使するために十分に独立しているよう努力することが必要である。

また、上級裁判官が大臣、国会、法専門職および公衆一般に、その管理、行政的および政策的決定の説明を提供する<sup>31)</sup>。これは、年次報告書、ビジネスプラン、国会特別委員会への出席、演説やプレス会議において起こる。もっとも、司法のアカウンタビリティとして、具体的にどのような制度を構想するかは地域や時期ごとに異なり、例えば、裁判官が国会の特別委員会に頻繁に出席し、意見を述べることは、近年その件数が増加してきているが、それはイギリス特有のものであり、一般的なものではない<sup>32)</sup>。

そして、司法の独立性と司法のアカウンタビリティは、「同じコインの二つの面」としてしばしば描かれる<sup>33)</sup>。司法の独立性の伝統的な理解と、司法制度における金銭に見合う価値を求めるよう意図されたアカウンタビリティを求める大臣からの増加する圧力の間には、緊張が存在する。しかしながら、もし慎重に実施されるならば、アカウンタビリティは、裁判官の信頼を高めることができる。それは反対に、司法の独立性が栄える条件を促進する。慎重につくられたアカウンタビリティの仕組みは、例えば、能力のない裁判官を排除し、司法制度の機能についてより大きな明確性を提供することを助け得る。アカウンタビリティは、より直接的に独立性を高め得る。例えば、裁判官の利益の衝突を宣言するシステムは、アカウンタビリティを確保するとともに、独立性を守る。

もし司法のアカウンタビリティについて説明責任という定義を採用するならば、その時、司法の独立性の条件の多く、例えば、身分保障、メリットに基づく任命や忌避・回避は、また司法のアカウンタビリティに関連する。裁判官と政治家が裁判官の任命や裁判官の非行の管理のような問題を交渉しているとき、彼らは事実上司法の独立性とアカウンタビリティの政治を同時に扱っている。現実の問題をめぐる交渉は、独立性やアカウンタビリティについてのものであるとはほとんど明示的には認識されていないが、裁判官の運営に上級裁判官がどの程度関与すべきか、または、政治家

31) *Ibid.*, p. 18.

32) 他方で、最高裁判官任命に際しての国会ヒアリングについては、依然として消極的見解が多いようである。

国会特別委員会への出席や国会ヒアリングについては、榎原・前掲注（29）165頁～170頁、184頁～186頁参照。

33) Gee, Hazell, Malleson and O'Brien, *op. cit.*, n. 30, pp. 20–22.

が裁判官の選考においてどの程度かわるべきかについての議論において、独立性とアカウンタビリティが一緒に織り込まれている。司法の独立性の政治は、司法のアカウンタビリティの限界を定義し、またはその反対も同様である。

この観点からの主張として注目する必要があると思われるのは、司法の独立性の主張がときとして裁判官の自己利益を守るためになされていることである。そして、裁判官の任命にかかわって、従来の裁判官と同種の裁判官を任命する裁判官の自己複製を防止することが重要である。2005年憲法改革法によって、裁判官選考委員会において、裁判官委員が過半数を占めないようにしている理由の一つもここにある。しかし、このような裁判官選考委員会が設置されたにもかかわらず、実際には、裁判官任命に対して様々な場面で裁判官が関与し、裁判官が依然として過度の影響力を有しているという批判がなされている<sup>34)</sup>。

## (2)「政治の司法化」と「司法（司法行政）の政治化」

さらに、立憲主義の議論は、司法の積極化や人権法の制定にかかわるものが多いが、佐藤は、上記のイギリスにおける立憲主義を世界的な潮流である「政治の司法化」に沿ったものと位置づけて、ビーヴァー（Bevir）の議論に依拠して、イギリスにおける「政治の司法化」について論じる<sup>35)</sup>。具体的には、イギリスの憲法改革や司法改革に触れた後、「議会主権を前提に、裁判官の役割を既存の法の適用に限定する考え方」である「ウェストミンスター・モデルにおける司法の役割」から、「市民社会における民主的プロセスや国家の制度の作動において裁判所・裁判官の法の解釈・適用の重要性が増す傾向」としての「政治過程における司法の役割の増大を『政治の司法化』と位置づけ」ていることを説明する。これは既に上述した「政治的立憲主義」における司法の役割から、「法的立憲主義」への変化と理解できるように思われる。

他方で、イギリスにおいては、こういった「政治の司法化」と同時進行していると考えられるのが、「司法（司法行政）の政治化」である。ここでいう「司法（司法行政）の政治化」とは、司法の存在は、政治部門との「交渉」を通して実現していると考えられるものである<sup>36)</sup>。司法と政治システムの他の部分との関係についての交渉は、常に際立った二重の文脈において実施されると述べられる。司法の独立性やアカウンタビリティを語る場合、裁判官を前面に置き、政治的アクターを脇に置くことを正すことが重要である。同様に、裁判官が自らの独立性を定義し、守る点において増している重要性を低くみることによって反対の失敗をしないことが重要である。

34) 榊原・前掲注(29) 200頁～202頁、グレーム・ジー（榊原秀訓訳）「連合王国における裁判官任命過程の考察」南山法学41巻2号（2019年発行予定）、G. Gee, “Judging the JAC: How Much Judicial Influence over Judicial Appointment Is Too Much?” in G. Gee and E. Rackley (eds), *Debating Judicial Appointments in an Age of Diversity* (Routledge, 2017), pp. 152–182 参照。ジーは、「司法権力プロジェクト」の傑出したメンバーで、プロジェクトウェブサイトの編集者として活動し、幾つかのブログを投稿しており、この「司法権力プロジェクト」について、ラフリン（Loughlin）は、政治的立憲主義者は、現在、保守党志向のシンクタンクである「政策変換（Policy Exchange）」によって資金提供されている「司法権力プロジェクト」周辺のグループとして合体してきたと紹介している。M. Loughlin, “The Political Constitution Revisited” *LSE Law, Society and Economy Working Paper* 18/2017, p. 13.

35) 佐藤岩夫『「政治の司法化」とガバナンス』東京大学社会科学研究所・大沢真理・佐藤岩夫編『ガバナンスを問う直すⅡ』（東京大学出版会、2016年）239頁～245頁。佐藤は、ビーヴァーの以下の本に注目している。M. Bevir, *Democratic Governance* (Princeton University Press, 2010).

36) Gee, Hazell, Malleson and O'Brien, *op. cit.*, n. 30, pp. 26–27.

政治家は、資金を抑制するなど、潜在的に司法の独立性を掘り崩し得る強力な道具を有しており、裁判官と政治家の衝突は不可避である。この「交渉」にかかわっての間違いは、特に消極的な面、政治的アクターが独立性を損なうようにみえる相対的にまれな事例に過度に焦点を当て、積極的な面、大部分の政治的アクターがその独立性を促進し、守るように行動しようとすることに注意を過度に少なく向けることである。このような交渉という政治的レンズを通した観察が必要と考えるわけである。

## 二 法の支配をめぐる議論

### 1 法の支配の形式的概念と実質的概念

#### (1) 法の支配の形式的概念

まず、法の支配が何を意味するかをみていきたい。イギリスにおいては、クレイグによる法の支配の形式的概念と実質的概念の分類にかかわって議論が展開されてきている<sup>37)</sup>。既に表1でみたように、一般的に、政治的立憲主義に立つ論者は形式的概念を、法的立憲主義に立つ論者は実質的概念を採用する傾向にあるように思われる。このような法の支配の二つの概念に関しても、わが国の法の支配理解に関連して既に分析がなされており<sup>38)</sup>、簡単に触れることにする。

エリオットとトーマスの教科書は、法の支配の最低限の内容として、裸の適法性原則 (bare principle of legality) と同義のものを示す<sup>39)</sup>。これは単に、何かが法として認識されようとするならば、いかなる方法であれ、関連する法制度が規定する方法で制定されなければならないというものである。このかなり限定された法の支配の概念には、論争の余地がない。しかし、鍵となるポイントは、裸の適法性原則が道徳的に中立であることである。つまり、内容上問題があるものであっても、それは法の支配に適合することになる。問題は、裸の適法性原則を超えて、どのような内容を含むかであり、法の支配が形式的概念を有するという理解と実質的概念を有するという理解を順番にみておきたい。

最初に、法の支配が形式的概念を有するという理解である。この文脈でしばしば、ラズ (Raz) の見解が紹介される<sup>40)</sup>。それは、法は、①公開され、明確に述べられるべきである。②遡及効をもつべきではない。③頻繁に変更されるべきでないことを意味する。また、人は、法原則に従って客観的に紛争を解決することができるように用意した独立性を有する裁判所へのアクセスを有さなければならないとして、司法へのアクセス保障をあげる。さらに、法が行政機関にかなり広汎な裁量

37) P. Craig, "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework" [1997] PL. 467.

38) 愛敬・前掲注(24) 16頁～17頁、同「戦後日本公法学と法の支配」棚瀬孝雄編『司法の国民的基礎』(日本評論社、2009年) 277頁、同・前掲注(2)「イギリス『憲法改革』と憲法理論の動向」51頁～52頁、同「立憲主義、法の支配、コモン・ロー—T・R・S アラン憲法学説の批判的検討—」13頁、同「政治的憲法論の歴史的條件」70頁～71頁。また、クレイグにも言及するものとして、阪本昌成「『法の支配』—形式か、実質か」同『法の支配—オーストリア学派の自由論と国家論』(勁草書房、2006年) 200頁～205頁も参照。一般的に、長谷部恭男「法の支配が意味しないこと」同『比較不能な価値の迷路(増補新装版)』(東京大学出版会、2018年) 152頁～154頁、同『法とは何か(増補新版)』(河出書房新社、2015年) 157頁～158頁も参照。

39) Elliott and Thomas, *op. cit.*, n. 3, pp. 67-69.

40) J. Raz, "The Rule of Law and Its Virtue" (1977) 93 L.Q.R. 195.

的権限を与えるならば、これは人が自らの生活を計画することを困難にする程度の予測不可能性を導入することによって、法の支配を掘り崩すであろうとする。

このように法の支配の形式的概念を支持する理由は以下の二つである。第一は、積極的な（実証的な）理由である。それは、法は法的明確性を容易にするような特徴をもたなければならず、それによって人が自らが立つ場所を知ることができることをあげる。この議論は、法制定者が特定の政策を追求する能力を否定するという意味で道徳的考慮事項が作用しない点において道徳的に中立であるとされる。第二は、消極的な理由である。法の支配を形式的概念以上のものを有するとすることは、法の支配を論争のある政治的理論にすぎないものとするということである。

## (2) 法の支配の形式的概念批判と法の支配の実質的概念

これに対して、法の支配の実質的概念を認めるべきという理解も出されている<sup>41)</sup>。代表的論者は、法的立憲主義論者の中でも、高次の法秩序やコモン・ローに依拠して制定法を無効にする可能性も述べるローズやアランである。実質的概念を採用する場合、例えば、裁判所は、公正な聴聞の権利、表現の自由の権利、秘密の法的助言を受ける権利のような原則と適合するように立法を解釈するように努力し、それらと衝突する執行府の行為を違法とする。

さらに、形式的概念における法の支配の理解として、法的明確性に重要性を与える見解は、それ自身人間の尊厳や自律性が尊重されるべきという実体的価値に基づいており、それ自身道徳的に中立的なものではない。そして、むしろ、もし個人の自律性や尊厳を尊重することが議論の出発点であるとするならば、被害者の尊厳とは適合しないに違いない拷問のための規定をする法を、国家が制定することが不適切であるという他の結論が導かれぬのか、つまり、法の支配の実質的意義を有する法の支配の理解を認めるべきではないかが問題となる<sup>42)</sup>。しかしながら、法の支配の形式的概念の根底に実質的概念があるとしても、司法システムは、両者を常に区別し、論点となる抽象化のレベルには相違があり、法の支配の形式的概念と実質的概念にはかなりの相違があると考えられる<sup>43)</sup>。

最後に、以下の数点に注意しておきたい。第一に、形式的概念と実質的概念を区別することは容易ではないが、それは全く差異がないというわけではないことである。手続の原則から実体的原則へと進むにつれて、不同意の範囲は増加する<sup>44)</sup>。遡及法に違反することによる刑罰は不適當であることを争うものはほとんどいないが、例えば、すべての者がストライキの権利を有すべきかまたは高度の生活水準の権利を有すべきという命題との関係では、不同意は比較的大きいことである。第二に、法の支配の実質的概念を採用する論者が恣意的差別や自由の反自由主義的な抑圧を支持するわけではないことである。人が特定の实体的権利を有すべきことを信じる論者は、それらの権利は、自らの用語で別途明確にされるべきと論じることになる<sup>45)</sup>。第三に、イギリスのような不文憲法のシステムにおいては、法の支配がより大きな重要性をもつことは否定できない。成文憲法が存在しない場合、基本的な憲法的価値を確認するために、法の支配に依拠する必要性が大きくなることで

41) Elliott and Thomas, *op. cit.*, n. 3, pp. 74-75.

42) T.R.S. Allan, *Law, Liberty and Justice* (Clarendon Press, 1993), pp. 28, 39.

43) Craig, *op. cit.*, n. 37, pp. 481-484.

44) Elliott and Thomas, *op. cit.*, n. 3, p. 70.

45) Craig, *op. cit.*, n. 37, pp. 487; Elliott and Thomas, *op. cit.*, n. 3, p. 70.



ある<sup>46)</sup>。もっとも、単一の成文憲法が存在しないことから、法の支配の実質・内容を論じる場合には、当然に相違が生じる可能性が存在することになる。

## 2 ダイシーとビンガム卿の法の支配

### (1) ダイシーの法の支配

イギリスにおいてもわが国においても、法の支配を語る場合はダイシー (Dicey) の法の支配に言及し<sup>47)</sup>、それは現在でも一般的かと思われるので<sup>48)</sup>、一言だけ言及しておく。ダイシーの法の支配として、以下の三つの命題があげられる。

第一に、我々は、何人も国の通常裁判所によって通常の法的な方法で確定された法の明白な違反のためでなければ処罰され得ずまたは合法的に身体もしくは財産を侵され得ないことを意味する。この意味において、法の支配は権威の座にある人達による広汎な、恣意的なまたは裁量的な抑制の権限の行使の上に基礎づけられたあらゆる型の政治と著しく異なる。

第二に、我々は、我々にあっては何人も法の上にはないということのみならず、ここでは、その地位または身分がどのようなであろうと、あらゆる人が国の通常法に従いつつ通常裁判所の裁判権に従うことを意味する。もし我々が大陸国の型としてフランスをとれば、我々は官吏（その言葉の下に国の勤務に雇用されているすべての人達が含まれるべきである）はその公の資格においてある程度に国の通常法から排除され、通常裁判所の管轄権から保護され、そして、若干の点において公の団体によって執行される公法のみに従うかまたは従ってきたと実質的な正確性をもって主張し得る。

第三に、我々は、憲法の一般的諸原則（例えば、人身の自由の権利または公の集会の権利）は、我々にあっては、裁判所の前にもたらされた特定の事件において私人の権利を決定する司法判決の結果であるという理由に基づいて、憲法が法の支配によって浸透されているといい得る。

このダイシーの法の支配は、先の分類に従えば、実質的意義を有するものとして、議論が展開されるのが通常である。わが国におけるいわゆる辻柳瀬論争において、法の支配を「人々がそれぞれの時代で合理的と考える社会規範を国家規範ならしめる原理」と考える辻の見解もこの点では同様であると思われる<sup>49)</sup>。しかしながら、ダイシーを法の支配の形式的概念を有するものとして理解できるという主張もなされている。それは、特に、第三命題の内容を「法の支配は、特定の実体的権利の保護を求めている」のではなく、「もしそのような権利を保護しようとするならば、コモン・ローの方が大陸法よりもベターである」（特定の事件における判決の結果保護される）と理解するわけである<sup>50)</sup>。

46) *Ibid.*, p. 71.

47) A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th edn (Macmillan, 1959). わが国における紹介として、杉村敏正『法の支配と行政法』（有斐閣、1970年）における「I 法の支配」参照。本文の三つの命題は、一部の修正を除き、杉村敏正「法の支配」同前4頁の訳に従っている。

48) 大浜啓吉『「法の支配」とは何か—行政法入門』（岩波新書、2016年）110頁～112頁等参照。

49) 辻清明「法治行政と法の支配」思想337号（1952年）628頁。柳瀬の見解は、柳瀬良幹「法治行政と法の支配」同『憲法と地方自治』（有信堂、1954年）141頁～157頁参照。

50) Craig, *op.cit.*, n. 37, pp. 470-474.

## (2) ビンガム卿の法の支配

実質的概念を語る場合、人間の尊厳、自由や民主主義の価値に沿ってなされ<sup>51)</sup>、時代と地域を限定すれば、実質的概念を語ることに支障はないように思われる。その例として、イングランド・ウェールズにおける裁判所のトップといえる首席裁判官、当時の裁判所のトップである貴族院の長官を経験したビンガム卿 (Lord Bingham) による法の支配があり<sup>52)</sup>、現在のイギリス、さらには現在のヨーロッパにおいて、法の支配の内容として重要な意義を有し、イギリスの幾つもの教科書においてその内容が紹介されている<sup>53)</sup>。

ビンガム卿は、2005 年憲法改革法 1 条が、「法の支配という既存の憲法原則」や「その原則に関する大法官の既存の憲法上の役割」には悪影響を与えないことを規定しつつ、「法の支配という既存の憲法原則」や「その原則に関する大法官の既存の憲法上の役割」についての定義規定を置いていないこと、先に述べた法の支配の形式的概念と実質的概念の区別、2005 年法の起草者が制定法に挿入するに適した即時の明確な定義をなすことが極端に難しく、適当な場合に、裁判所に定義の役割を残すことを望んだと考えた上で、法の支配の原則を考えている。

その内容は、以下の八つの原則から構成されている。第一に、法は、アクセスでき、可能な限り、わかりやすく、知的で、明確で、予測可能なものでなければならない。第二に、法的権利と責任の問題は、通常、裁量の行使によってではなく、法の適用によって解決されるべきである。第三に、国の法は、客観的な相違が相違を正当化する程度を別として、すべての者に等しく適用されるべきである。第四に、大臣およびあらゆるレベルの公的職員は、彼らに与えられた権限を善意で、公正に、権限が与えられた目的のために、権限の限界を超えることなく、そして、不合理ではなく、行使しなければならない。第五に、法は、人権の適切な保護を与えなければならない。第六に、当事者自身が解決することができない民事紛争をひどく高い費用または不適切な遅延なく、誠実に、解決するための手段が提供されなければならない。第七に、国家によって提供される審判手続は、公正であるべきである。第八に、法の支配は、国家による国内法上の義務と同様、国際法上の義務に従うことを要求する。

このビンガムの法の支配は、「法を通した民主主義に関するヨーロッパ委員会 (ベニス委員会)」によって、法の支配に関する 2011 年の報告書において、採択されている<sup>54)</sup>。その原則は、単に法の支配の形式的概念にとどまらず、人権保障のような法の支配の実質的概念を含むものになっている<sup>55)</sup>。人権については、法の支配が他国の法や国際法によって保護された人権、1998 年人権法によって保護された人権の完全な範囲に向けられたものではなく、各国で内容に相違があり得ることを認めつつも、所与の特定国においては、通常は、合意があると考ええるものである。また、既にダイシーの法の支配において、行政裁量は大きな関心事であったが、この第 2 原則においても同様であり、裁判所による裁量統制は、法の支配との関係で扱われるものとなる。さらに、第 6 原則は、裁判所へのアクセスにかかわるものと考えられ、この後に検討するアクセス制限を目的とする近年の司法

51) A.W. Bradley, K.D. Ewing and C.J.S. Knight, *Constitutional and Administrative Law*, 17th edn (Pearson, 2018), p. 92.

52) Lord Bingham, "The Rule of Law" (2007) 60(1) C.L.J. 67; T.Bingham, *The Rule of Law* (Allen Lane, 2010).

53) Le Sueur, Sunkin and Murkens, *op. cit.*, n. 4, pp.89-90; H.Barnett, *Constitutional and Administrative Law*, 12th edn (Routledge, 2017), pp. 69-70; J. Stanton and C. Prescott, *Public Law* (Oxford University Press, 2018), p. 90; Bradley, Ewing and Knight, *op. cit.*, n. 51, pp. 92-93.

54) Le Sueur, Sunkin and Murkens, *op. cit.*, n. 4, pp. 89-90.

55) *Ibid.*, p. 94.

審査制度改革や法律扶助の削減を目指した法制定の評価にも関連する。

### 3 司法へのアクセス保障

#### (1) 制定法の解釈

先に触れたように、イギリスにおいては、裁判所へのアクセス保障は、法の支配との関係で重要であり、国会で司法審査排除条項を有する法律が制定されても、裁判所はその排除条項の限定解釈を行ってきている。幾つかの例をみておきたい<sup>56)</sup>。

第一に、わが国でも有名なものとなっているアニスミニック事件貴族院判決 (*Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 A.C.147) がある<sup>57)</sup>。同事件では、「本法の下でなされる委員会による申請の決定は、いかなる司法裁判所においても争われるべきではない (shall not be called in question)」と規定されて、いわば完全に司法審査が排除されるようにも考えられたが、それにもかかわらず、裁判所は、司法審査を行った。もっとも、アニスミニック事件は、司法審査の完全な排除であったが、一方で司法審査を排除しつつ、他方で、制定法によって限定的な訴訟ルートの規定した場合は、異なる判断もなされていることに注意しなければならない。

次に、多少異なる文脈での近年の判決を二つ紹介しておきたい<sup>58)</sup>。最初は、エバンス事件最高裁判決 (*R (Evans) v Attorney General* [2015] UKSC 21, [2015] A.C.1787) である。同判決では、第二層審判所が皇太子 (プリンス・オブ・ウェールズ) と大臣の間の通信の開示が2000年情報自由化法 (情報公開法) (*Freedom of Information Act*) の文言の下で法的に要求されるとし、開示を求める「決定通知」を発したのに対して、政府が、法務総裁を通して、法53条に含まれているいわゆる拒否権を行使した。それは、権限を有する者が「当該請求に照らして」情報を開示する制定法上の義務に従う「ことをしないという意見を合理的根拠に基づきもったことを述べる」証明書を発した場合、決定通知は、「効力を失うものとする」と規定している。法2条は、情報の関連する類型に照らして、非開示における公益が開示における公益を上回るならば、そのような不遵守は生じないと規定している。これは、事前の司法審査条項ではなく、事後の司法審査排除条項とも説明される。

エバンス事件は、5対2の判決であり、多数意見が開示という結論に至った理由は異なり、3名は、高度に憲法化されたアプローチを採用した。彼らは、法務総裁が単に同意しないという理由で裁判所の判断を覆すことができるものと解釈することは、「法の支配の基本的な構成要素である二つの憲法原則を侵害する」とした。第一に、「裁判所の判断は、当事者間で拘束的なものであり、執行府を含む(…)誰によっても無視されたり、排除されたりできないことが基本的な原則である」。第二に、「執行府の決定や行為が、必要な良く確立された例外や…制定法上の例外に服するが、裁判所によって審査されることは、また法の支配にとって基本的である」。

近年のもう一つの事件は、ユニゾン事件最高裁判決 (*R (Unison) v Lord Chancellor* [2017] UKSC

56) M. Elliott, "Though the Looking-Glass? Ouster Clauses, Statutory Interpretation and the British Constitution" *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper* No. 4/2018.

57) アニスミニック判決に関する最近の検討として以下のものがある。D.Feldman, "*Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1968]: In Perspective" in S. Juss and M. Sunkin (eds), *Landmark Cases in Public Law* (Hart, 2017), pp. 63–95. わが国での紹介として、例えば、田島裕「通常裁判所による司法審査」『英米判例百選 (第3版)』(有斐閣, 1996年) 96頁～97頁等参照。

58) M. Hain, 'Guardians of the Constitution – the Constitutional Implications of a Substantive Rule of Law', U.K. Const. L. Blog (12th Sept 2017) (available at <https://ukconstitutionallaw.org/>).

51) である。2007 年審判所、裁判所及び執行法 (Tribunals, Courts and Enforcement Act) 42 条が「大法官は、命令によって、様々な審判所について、支払われるべき手数料を規定することができる」と規定している。2013 年に大法官は、その権限に依拠して、雇用審判所を利用しようとする大部分の者に手数料を支払うことを要求する効果を有する命令を制定した。以前は、手数料は求められていなかった。最高裁において、大法官によって制定された「手数料命令」は、適切に解釈されるのであれば、法 42 条が授權していない司法へのアクセスに対する制限を課すので、違法であるということが論じられ、最高裁はその論拠を認めた。7 名の裁判官全員一致の判決を出したリード卿 (Lord Reed) は、裁判所や審判所が實際上立法を強制することができることの重要性だけでなく、そのような司法組織が「その意味や適用についての権威あるガイダンスを提供する」必要性を強調した。したがって、裁判所への「妨げられないアクセス」は、それなしでは、「法は死文になってしまい、国会によってなされた仕事は無意味になり、国会議員の民主的選挙は無意味なジェスチャーになってしまう」ので、必要であるとした。

リード卿の判決は、法の支配とそれを擁護する裁判所の役割に重要性を置いている。「裁判所へアクセスする憲法上の権利は、法の支配に内在する」、司法行政は、単に「他のような公的サービス」ではない、「法の支配の概念の中核にあるのは、社会が法によって支配されることである」、法の支配は、「政府の執行部門がその機能を法に従って行使すること」を要求する、このことは、「裁判所への妨げられないアクセスという憲法上の権利」を必要とするとした。こういった憲法上の原則の考慮は、裁判所の立法解釈を形作り、大法官によって制定された手数料命令は権限踰越であるという結論に結びついた。

このようにエバンス事件やユニゾン事件の最高裁判決は、裁判所へのアクセスといった憲法原則に明示的に言及して判決を下しており、そのことが近年の特徴となっている。国会が制定法によって司法へのアクセスを制限する場合の司法審査は、司法へのアクセス保障との関係で、法の支配と国会主権の関係をどのように整理するかといった論点も提起することになる。この点については、裁判所は、国会は裁判所がすることができない立法の解釈をするようなことを意図していなかったと述べることによって、両者の衝突を回避しようとしているといえる。

## (2) 公益訴訟と司法審査改革提案としての司法へのアクセス制限と法の支配

次に、公益訴訟として、法の支配を背景にした解釈による原告適格の例外的拡大がみられ<sup>59)</sup>、公益的訴訟参加が一般化していることが注目される<sup>60)</sup>。

環境団体が核再処理施設ソーブの稼働を争った事件において (*R. v. Inspectorate of Pollution, ex p. Greenpeace Ltd. (No.2)* [1994] 4 All E.R.329), 裁判所は、環境団体の 40 万の支持者の中で 2500 人がソーブ近隣に居住し、環境団体が多くの国際組織で意見を聴かれる (consultative) 地位やオブザーバーの地位をもち、環境に純粋な関心と十分な情報をもって訴訟を提起できる専門性をもつ、

59) 榊原秀訓「行政訴訟に関する外国法制調査—イギリス (下)」ジュリスト 1245 号 (2003 年) 168 頁～171 頁、同「イギリス『憲法改革』と司法審査」松井幸夫編著『変化するイギリス憲法』(敬文堂, 2005 年) 252 頁～256 頁、より詳細な検討として、林晃大『イギリス環境行政法における市民参加制度』(日本評論社, 2018 年) 201 頁～227 頁参照。

60) 榊原・前掲注 (59)「行政訴訟に関する外国法制調査—イギリス (下)」172 頁～174 頁、同「イギリス『憲法改革』と司法審査」256 頁～260 頁、同・前掲注 (29) 171 頁～172 頁参照。



完全に責任のある尊敬を受ける団体であって、他の者が訴訟を提起することが困難であろう訴訟を提起する能力をもつこと等を理由として原告適格を認めた。また、圧力団体がマレーシアにダムをつくることを含む建設プロジェクトへの資金支出決定を争った事件において (*R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p. World Development Movement Ltd.* [1995] 1 All E.R.611), 裁判所は、法の支配を擁護する重要性、提起された論点の重要性、他に責任をもって争うものが欠如しているであろうこと、海外援助の問題に関して助言、ガイダンスおよび援助を与えてきたことにおける原告の傑出した役割等を評価して、原告適格を認めている。このように、両事件においては、法の支配を擁護する重要性や、もし原告適格が否定されれば、訴訟が提起されない危険が強調されていた。特に「法の支配」の擁護が重要な考慮事項になっていることが注目される。先に述べた政治的立憲主義の論者達は、総じて公益訴訟や公益的訴訟参加に慎重な立場であるが、法的立憲主義の論者の多くは、それに好意的であり、公益訴訟を法律に委ねるのではなく、裁判官による解釈によってその利用を認めることを支持する<sup>61)</sup>。

さらに、政府による 2012 年の意見聴取文書と 2013 年のさらなる意見聴取文書において裁判所へのアクセス制限が提案され<sup>62)</sup>、また、法律扶助による訴訟提起の制限が提案されてきたが<sup>63)</sup>、法の支配の観点からそれらに対する批判がなされてきた<sup>64)</sup>。ただし、行政訴訟の提訴件数の多さとは対照的に、判決件数（さらに判決での認容件数）の減少が実態としてある<sup>65)</sup>。このように提訴件数が多いにもかかわらず、認容件数が圧倒的に少ないことを、政府は、公益訴訟のように容易に訴訟提起を認めることを制限すべき根拠、つまり司法へのアクセス制限の根拠としてあげてきたが、このことは、むしろ判決に至る前の和解による解決の有効性を示すものと評価されている。

個別行政領域における費用負担の問題も司法へのアクセスとの関係で議論されており、行政訴訟の提訴件数が最も多い移民・出入国管理領域における法律扶助の限定や<sup>66)</sup>、審判所における手数料高額提案が司法へのアクセスとの関係で批判がなされ、後者の手数料高額提案はその批判を受け、撤回されている<sup>67)</sup>。

61) 榎原・前掲注 (59)「行政訴訟に関する外国法制調査—イギリス (下)」172 頁。

62) Ministry of Justice, *Judicial Review: Proposals for Reform*, Cm 8515 (TSO, 2012); Ministry of Justice, *Judicial Review: Proposals for Further Reform*, Cm 8703 (TSO, 2013). 最終的な制度改革を行った 2015 年刑事司法及び裁判所法 (Criminal Justice and Courts Act) においては、原告適格の制限は見送られている。

63) Le Sueur, Sunkin and Murkens, *op. cit.*, n. 4, pp. 104–105; T. Mullan, “Access to Justice in Administrative Law and Administrative Justice” in E. Pamer et al.(eds), *Access to Justice: Beyond the Policies and Politics of Austerity* (Hart, 2016), pp. 89–90.

64) アクセス制限について、林晃大「司法審査制度改革」榎原秀訓編『イギリス行政訴訟の価値と実態』（日本評論社、2016 年）141 頁～167 頁、洞澤秀雄「行政訴訟手続の変容」同前 201 頁～229 頁、法律扶助の制限について、上田健介「行政訴訟における司法へのアクセス保障」同前 169 頁～187 頁参照。

65) 榎原秀訓「行政訴訟運用の現実態」榎原編・前掲注 (64) 103 頁～140 頁参照。

66) R. Thomas, “Immigration and Access to Justice: A Critical Analysis of Recent Restrictions” in Pamer et al.(eds), *op. cit.*, n. 63, pp. 105–134.

67) J. Collinson, “Immigration Tribunal Fees as A Barrier to Access to Justice and Substantive Human Rights Protection for Children” [2017] P.L. 1; J. Collinson, “Immigration Tribunal Fees; An Update” [2017] P.L. 182.

### 三 司法審査の憲法的基礎

#### 1 権限踰越理論

1960年代以降の法の支配を考える上で、重要な展開と思われるのは、司法積極主義を背景に展開された「司法審査の憲法的基礎」をめぐる「権限踰越」を根拠とする論者と「コモン・ロー」を根拠とする論者との間の論争であり<sup>68)</sup>、深澤が議論を詳細に検討している<sup>69)</sup>。イギリスでも多くの教科書がこの論争を紹介しているが<sup>70)</sup>、ここでは、その論争の内容について、権限踰越理論を修正する立場を採用するエリオットとトーマスの教科書が、具体例をあげつつ説明していることから、その具体例を含め簡単に紹介していく<sup>71)</sup>。まず、司法審査の違法性判断の基礎となっているのは権限踰越理論とする考えから説明していく。

例えば、もし制定法が大臣に「新しい空港の建設と運用の許可を与える」権限を与えているのであるならば、裁判所は、司法審査において、その権限の下でなされた決定を、新しい「刑務所」の建設と運用のために許可を与えることを違法とすることにおいて完全に正当化されるであろう。そのような状況において、大臣は自明なことに、権限外で活動しており、裁判所が法の執行として、そのような行動を扱うために適当なステップをとる資格があることは当然であるようにみえる。

行政法学者は、この思考様式を権限踰越理論として言及し、「権限踰越」は、文字通り「権限を越える」ことを意味している。それは単純で、表面上魅力的な司法審査の正当化を提供する。権限踰越理論の下で、裁判所は単に国会によって定められた政府の権限の境界を規律している。このことは図1から理解できる。網掛けした領域は、大臣の権限を示している。大臣は、制定法によって、その領域の内側において物事をなす権限を与えられているが、他のことをなす権限を与えられていない。

その例において、制定法は、大臣に新しい空港を許可することを認めている。したがって、((a)によって示されている)許可する決定は、制定法上の権限の範囲内にあり、適法である。対照的に、新しい刑務所を認める決定(b)は、権限外にあり、違法である。裁判所がそのような決定を排除する正当化は明らかである。なぜならば、それは、「法の適用自体」以外の何物でもなく、助長すべき国会の法であるからである。

裁判所が制定法に明示された限界を画する点を見分けるために、この命題は容易である。その例において、国会は権限が新しい空港の建設と運用を許可すること「のみ」に用いられる権限を意図していたことは全く明らかである。もし権限が刑務所に拡大されようとするならば、それはそのようなものとして述べられなければならない。しかし、現実には、司法審査はしばしば政府によって行使される制定法上の限界を決定することを超えてなされる。このことは、裁判所が執行府の決定に介入することができる多くの多様な根拠から明らかである。新しい空港を許可する権限を行使する

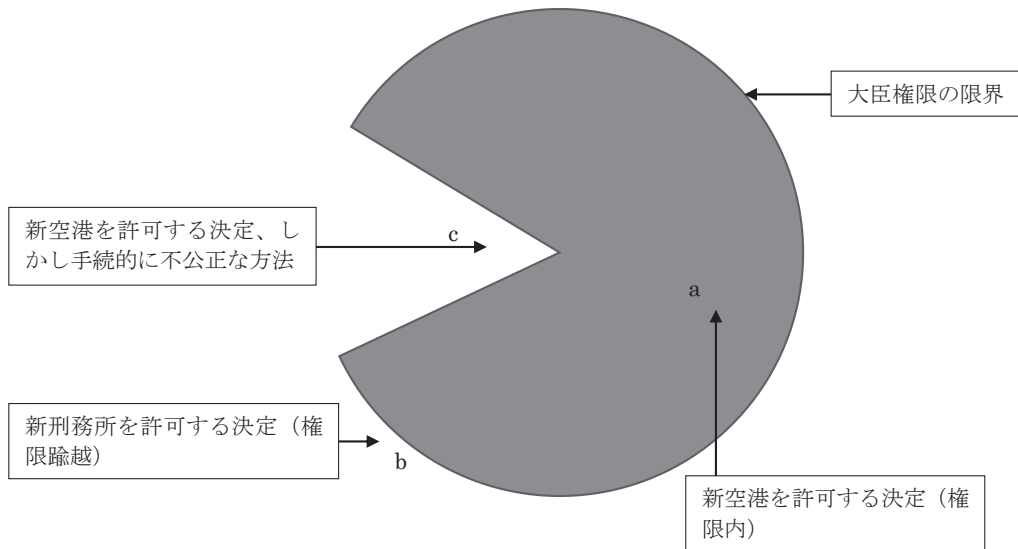
68) この論争を知るためには、以下の本が便利である。C.Forsyth(ed), *Judicial Review and the Constitution* (Hart, 2000).

69) 深澤龍一郎「イギリスにおける司法審査の憲法的基礎—議会主権の原則と法の支配」同『裁量統制の法理と展開—イギリス裁量統制論』(信山社, 2013年) 157頁～210頁。

70) Craig, *op. cit.*, n. 1, pp. 13-15; Le Sueur, Sunkin and Murkens, *op. cit.*, n. 4, pp. 691-699; Barnett, *op. cit.*, n. 53, pp. 649-652; H.W.R. Wade and C.F. Forsyth, *Administrative Law*, 11th edn (Oxford University Press, 2014), pp. 30-31.

71) Elliott and Thomas, *op. cit.*, n. 3, pp. 486-488.

図1 権限踰越理論のイメージ図



(出典) M. Elliott and R. Thomas, *Public Law*, 3rd edn (Oxford University Press, 2017), p.486.

大臣は、裁判所によって、関連する（いかなる関連しないものもなく）情報に基づいて、制定法の文言によって明示的に述べられず、ヒントすら与えられていない多数の他の要求に従い、それを公正に、合理的に行使することを要求される。

権限踰越理論は、この難問について、国会は、仮に明示的に「述べる」ことをしなくても、決定権者の権限がこれらの方法で制限されることを「意図している」と述べることによって応える。例えば、もし大臣が新しい空港の許可を与える決定をするが、その決定を手続的に不公正にするならば、権限踰越理論は、国会は大臣に不公正に行動する権限を与えることを意図していないので、その決定は権限の外にあると述べる。図1がこの考えを示している。円の失われた部分が、不公正に活動するという（または司法審査の他の原則に違反して）与えられていない権限を示している。したがって、(cが示す) 不公正な決定は、大臣の権限の外にあり、裁判所によって正当に排除され得る。

しかしながら、この議論には、もっともらしくないという明らかな困難がある。もし国会が決定権者が司法審査の原則に反して活動することを慎むことを「述べて」いないならば、どのように国会が権限を控えることを意図していると「知る」ことができるであろうか。この批判から幾つもの他の批判が出てくる。

国王大権の下でなされたような「非制定法上の権限」の行使が問題となる状況を別にしても、まず、司法審査の原則は、近年相当に発展してきているが、国会がこの変化を意図した証拠は存在しない。国会は司法審査の成長のために法律制定をしていない。また、裁判所は、先に司法へのアクセスの箇所でもたように、司法審査を妨げる国会の試みに激しく抵抗してきたし、司法審査を排除することを意図した明示的な制定法上の文言に直面した場合にも激しく抵抗してきた。これは権限踰越理論が説明することが難しいものである。裁判所は、司法審査の権限を行使する際に、国会が

裁判所にそうしないように語っているようにみえるときにすら、裁判所がその権限を行使することを主張するならば、いかに国会の命令を行い得るであろうか。

後から紹介するように、この権限踰越理論における国会の意図といった根拠は説得性に乏しく、権限踰越理論を述べる者もその批判を受け入れて権限踰越理論を修正しているが、その内容をみる前に、もう一方のコモン・ロー理論をみておく。

## 2 コモン・ロー理論

次に、司法審査の基礎をコモン・ローに見出す立場があり、その代表的論者の一人にクレイグがいる<sup>72)</sup>。エリオットとトーマスの教科書は、コモン・ロー理論を次のように説明する<sup>73)</sup>。

先の難問に照らして、もう一つの見解であるコモン・ロー理論が司法審査のより健全な正当化を試みてきた。権限踰越理論は、司法審査を通して執行される制約を関連する権限を与える制定法に（明示的にまたは黙示的に）含まれた限界として特徴づける。それとは対照的に、コモン・ロー理論は、司法審査を制定法の創造物ではなく、コモン・ローに根ざすものとしてみる。このようにみられて、もし裁判所が新しい空港のために許可を与える大臣の決定を、決定が手続的に不公正になされたという理由で排除しようとするならば、このことは、国会の意図とは何も関係がない。裁判所は、単に、決定権者は公正に活動しなければならないというコモン・ロー原則を執行するものであろう。

この見解は、権限踰越理論によって直面する難問の多くを避ける。例えば、司法審査の詳細な原則が（決して現実には明示されないが）国会によって意図されているというかなり無理をした議論を不必要なものにする。その代わりに、判例法の発展を通して法原則を徐々に発展させる裁判官によって、司法審査の法が発達させられることを認識することが可能である。コモン・ロー理論は、また国会によって権限がつくられてきたものであろうがなかろうが（なぜならば、コモン・ロー理論に従えば、司法審査手続において裁判所によって執行される原則は、国会の意図とはなんら関係がないからである）、司法審査の原則が決定権限に適用されることを認める。そして、コモン・ロー理論は、単に、コモン・ローは、進化することができ、進化するので、時間の経過により司法審査の法に対する変化を説明することができる。公法の文脈において、コモン・ローは、より広い政治的・社会的変化や、執行府が適法な決定の本質的基準に適合する必要性に応答して、裁判官によって創造的に発展させられる。

しかし、これらの実質的な利益にもかかわらず、コモン・ロー理論は、憲法の基礎的な構造に適切に適合しないと論じられる。権限踰越理論が直面する難問を避けるために、コモン・ロー理論は、決定権者に公正に、合理的に活動すること等を要求する司法審査の根拠は、国会の意図とは無関係であると考ええる。その代わりに、それらはコモン・ローのルールであるとする議論は、以下の問題を生じさせると述べられてきた。もし、国会が（例えば）新しい空港の建設を許可する大臣の権限を与えるとき、国会が（例えば）手続的に不公正な決定をなすことを「禁じる」ものとは捉えられないならば、そのとき、そのような決定を行う「権限を与えた」に違いない。それは、「もし国会

72) P. Craig, "Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review" (1998) 57(1) C.L.J. 63; P. Craig, "Competing Models of Judicial Review" [1999] P.L. 428; P. Craig and N. Bamforth, "Constitutional Analysis, Constitutional Principles and Judicial Review" [2001] P.L. 354; P. Craig, "Constitutional Foundations, the Rule of Law and Supremacy" [2003] P.L. 92.

73) Elliott and Thomas, *op. cit.*, n. 3, pp. 488-490.

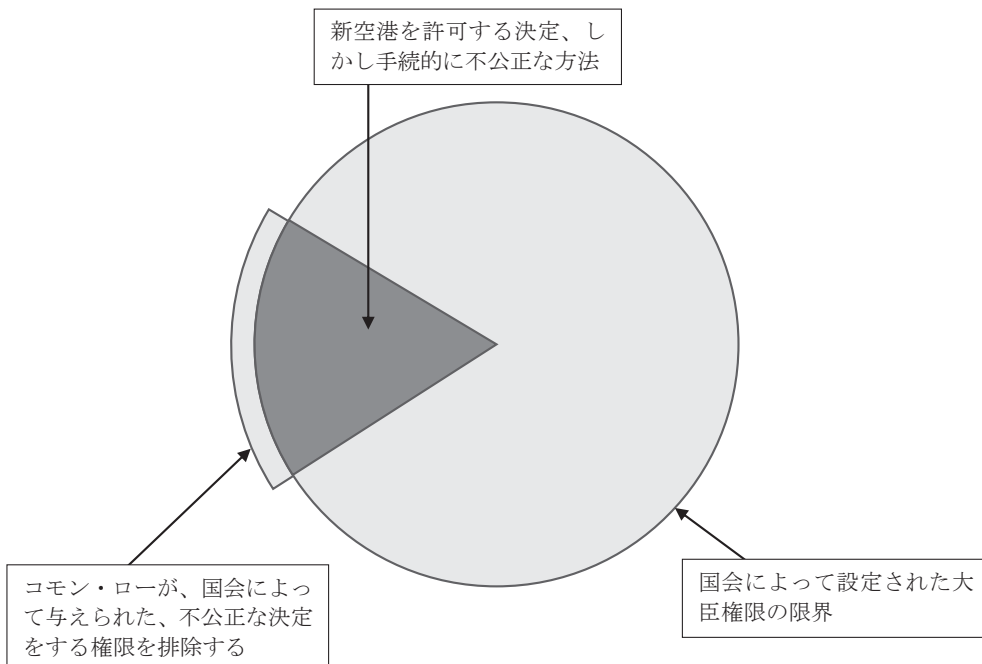


が大臣に権限を与えるならば、大臣は、権限の内で行為するか、権限の外で行為する。権限を認めることと権限の否定の間にはいかなる灰色の領域も存在しない。」とも説明される。

先に紹介した、大臣が新しい空港を許可する手続的に不公正な決定をすることを仮定してみよう。大臣は、国会によって、手続的に不公正な決定をする権限を与えられているか、与えられていないかである。もし大臣が権限を与えられていないならば、そのときその位置は、図1のように示される。大臣が不公正に活動することは違法な権限超越であるだろう、そして公正に活動するコモン・ローの要求は、余分なものであろう（その効果は、国会が最初に権限を与えることをしなかった行為を大臣が断念することを要求するにすぎないから）。もう一つのシナリオにおいて、図2におけるように、大臣が国会によって不公正な決定をする権限を与えられているならば、制定法において与えられている権限から失われている（不公正に活動する権限を代表する）隙間もない。大臣に公正に活動することを要求するコモン・ローのルールは、相違を生む「であろう」、なぜならば、そのようなルールがなければ、大臣が不公正に活動することは適法であるからである。

しかしながら、明らかな問題が存在する。もし国会が不公正な決定をする権限を与えている場合、コモン・ローがそのような決定をすることを禁止することは、国会が主権を有するならば、憲法的に不可能である。結果として、コモン・ローは、大臣から、国会によって大臣に与えられた権限を奪うことになる。したがって、コモン・ロー理論の批判者は、コモン・ロー理論が裁判所に主権を有する国会が権限を与えたことを決定権者がすることを妨げることを可能にする程度において、違憲であると論じる。

図2 コモン・ロー理論のイメージ図



(出典) M. Elliott and R. Thomas, *Public Law*, 3rd edn (Oxford University Press, 2017), p.489.

また、権限踰越理論の必要性は、次のように説明される<sup>74)</sup>。権限踰越の原則を放棄する者は、国会の最高性の原則を必然的に沈没させる。例えば、もし行政的決定権者が、明示的であれ黙示的であれ、関連する制定法に規定された有効性のすべての要件を充足するのであれば、コモン・ローは、有効性の要件を特定する国会の権限を争うことなしで、追加的な要件を付け加えることはできない（または既存の要件を削除したり、修正したりすることはできない）。

さて、上述の説明をわが国と比較して考えてみたい。手続的不公正が論じられていることから、行政手続を考えてみると、イギリスの場合にはわが国の行政手続法に匹敵するような一般的な行政手続法は存在せず、裁判所が自然的正義の原則の適用によって手続的統制をしている。そこで、手続的不公正とするためには、法律と関係がなく、それをコモン・ローに基づくものと考え得るかである。権限踰越理論は、法律が手続的に不公正な決定をする権限を与えているか否かを問題としているが、これは、不公正にみえるような決定であるとしても、法律が少なくとも黙示的にそれを許容しているのであれば適法であり、違法となるのは、その許容している範囲を超えた場合と想定しているからであると思われる。つまり、限界を画しているのは、根拠となっている法律であるということである。

もしこの議論が承認されるならば、袋小路に陥ったようにみえる。つまり、一方で、権限踰越理論は、国会主権の原則に適合するが、他の点では、全くもっともらしくない。他方で、コモン・ロー理論は、国会主権と衝突するといわれるが、他の点ではもっともらしいからである。

### 3 論争の展開

#### (1) 修正権限踰越理論による論争の収束？

権限踰越理論の論者もコモン・ロー理論からの批判を受け、その見解を修正してきた。その考えを、エリオットの説明でみていく<sup>75)</sup>。伝統的な権限踰越理論がその関係を性質として直接的なものとして概念化するのに対して、現在のアプローチ（修正権限踰越理論）は、その関係は間接的な形態で存在すると主張する。審査の原則の詳細は国会の意図に帰属しない一方で、司法が創造する良き行政の原則は、国会が与える裁量権限は法の支配の要求に従って限定されるべきという国会の一般的意思に従って適用される。したがって、裁判官が行政官に課す限定は、国会の意図と適合することを確保する一方で、司法の創造性の役割を認めることが可能である。裁判所の役割は、決定権者が法の支配を尊重するという国会の（推定された）意思を理解し、その憲法原則に効果を与えるために、司法審査のいかなる限界または根拠が発展させられるべきかを探り出すことである。この見解に基づくと、大臣は、新しい空港の許可を与えるかどうかの決定をする権限を行使するときに、自らが（とりわけ）手続的公正の多様な原則に服する権限を行使する義務があることをみつける<sup>76)</sup>。このことは、国会がこれらの原則の詳細な内容を意図するからそうなるのではなく、大臣の裁量が法の支配に適合して行使されるべきという国会の一般的意思を背景にして裁判所がそれを発展させることによってそうなる。

さらに、修正権限踰越理論は次のようにも説明される<sup>77)</sup>。修正権限踰越理論の支持者は、それが

74) Wade and Forsyth, *op. cit.*, n. 70, p. 31.

75) M. Elliott, *The Constitutional Foundation of Judicial Review* (Hart, 2001), p.110.

76) Elliott and Thomas, *op.cit.*, n.3, pp. 491-492.

77) M. Elliott and J.N.E. Varuhas, *Administrative Law Text and Materials*, 5th edn (Oxford University Press, 2017), p. 23.

伝統的な権限踰越理論の欠陥を克服する一方で、修正権限踰越理論は、司法審査と授権立法の間の重要なリンクと考えるものを維持していると主張する。最も重要なことに、修正権限踰越理論は、国会が司法審査の無数の原則を直接に意図しているというもっともらしくない仮定を放棄し、これらの原則が規範的に根づいており、特定の制定法の枠組みの中で、それに服して、法の支配に意味を与えることを求める裁判官によって発展させられていることを公に認めている。修正権限踰越理論は、また時間とともに行政法の進化を説明することができる、なぜならば、裁判官が行政的正義の原則を発展させる際に立憲主義や法の支配の現代的概念を利用することは自明であるからである。

このような修正権限踰越理論に対して、クレイグは、一般的意思モデルは、修正前の権限踰越理論における特定意思モデルとはかなり異なっており、現実には、修正権限踰越理論ではなく、修正コモン・ロー理論であるとする<sup>78)</sup>。一般的意思モデルに基づけば、国会は、その立法が立憲民主主義において機能する公正や正義の基礎的原則に従うことを意図していると考えられる。しかし、国会自身は、現実的にこの一般的意思の正確な影響を現実的に作り出さず、国会は、権限を裁判所に委ねまたは委任し、裁判所は、それから、法の支配に従ってこの考えのより特定の適用をする。

修正権限踰越理論がコモン・ロー理論と異なる結果へとつながらない現実の理由は、修正権限踰越理論がコモン・ロー理論によって提供される以外の内容を有さないからである。立法的意図は、単に裁判所が法の支配に従って司法審査の範囲について決定することを認めるためにドアを開くことに対する鍵である。それは、いかなる特別の内容も有しておらず、これは、法の支配の理念に拠ったその中に含まれる裁判所が選択するなんらかのものに従って、裁判所によって決定される。現実には、修正権限踰越理論は、単にコモン・ローへの退去としてのみ機能する。特定の制定法が審査の性質または事件についての示唆を含むと論じることは答えではない。修正権限踰越理論は、ともかくこの点でさらに付け加える何物も有さない、なぜならば、定義上、一般的な立法意思は、特定の制定法において司法審査の輪郭をはっきりとみつけるために、特定に不十分なものであるからである。

## (2) 国会主権を否定する憲法の存在と裁判所の役割

以上の権限踰越理論とコモン・ロー理論の論争とは一線を画す見解として、アランの見解があり<sup>79)</sup>、エリオットとトーマスの教科書では、次のように説明される<sup>80)</sup>。権限踰越理論とコモン・ロー理論との相違は、国会主権の意味についての不合意である。国会主権は司法審査が国会の意思に言及することによって正当化されることを要求するか、または国会主権が国会の意思と司法審査の根拠の間にいかなるそのような関係も命じていないかについての不合意を示しているが、両理論は、国会主権が所与のものとする点で一致している。しかし、既にみてきたように、アランは国会が主権を有することを否定している。アランは、裁判所が司法審査において支持している原則は、国会の権威自身に対する制約として憲法に組み込まれた憲法上の基本原則であると論じるからである。

78) P. Craig, *UK, EU and Global Administrative Law: Foundations and Challenges* (Cambridge University Press, 2015), pp. 128–129; Craig, *op. cit.*, n. 1, pp. 14–15.

79) T.R.S. Allan, “The Constitutional Foundations of Judicial Review: Conceptual Conundrum or Interpretative Inquiry?” (2002) 61(1) C.L.J. 87.

80) Elliott and Thomas, *op. cit.*, n. 3, p. 492.

国会は、憲法上の原則に沿って行使され得る決定権者の権限をつくることができるだけであり、また、司法審査の原則が憲法上の基本原則であるならば、これらの原則に反する行政的決定を排除することを正当化するのは、国会の意思ではなく、憲法自身ということになる。この見解に基づけば、裁量的権限は、国会がそのように意図するからではなく、これらの原則は、立法の意図とは無関係に常に適用される基本的なものであるから、行政的正義の原則に服することになる。

アランが主張するように、国会主権を否定する憲法が存在を想定できるかは今後の問題として残っているが、この論争は裁判所、行政と立法府の関係に関するかなり異なる見解を反映し、いかに司法審査が正当化されるかについての討論を超えたものであり、イギリス憲法や裁判所の役割のまさに本質についての論争となっている<sup>81)</sup>。

### おわりに—わが国への示唆

おわりに、検討してきたイギリスの状況がわが国に示唆すると思われる点に触れておきたい。まず、立憲主義や法の支配の理論にかかわってである。既に、愛敬により、この立憲主義にかかわる議論は、わが国における立憲主義対民主主義の議論に類似した点があるが、「イギリスでは硬性の憲法典が存在しないからこそ、『立憲主義と民主主義』という問題をめぐって生産的な理論的論争が行われつつあり、そこには魅力的な民主主義憲法学の萌芽さえ見ることができる」として、「イギリスの議論状況を、日本国憲法学が『遅ればせの論争』と呼ぶことは難しいように思われる」との指摘がなされ、その際に、イギリスにおける「憲法論議へのコモン・ロー的思考の混入」への警戒の必要性があげられ、より普遍的には「『裁判官の視点』の特権化」が批判されていることが注目される<sup>82)</sup>。こういった指摘と比較するとより限定的なものであり、穏健な法的立憲主義の立場からのものであるが、国会と対比した裁判所の役割の議論や、①審判的、両極的なもの、②多中心的紛争解決、③議論のスタイルに関連した司法審査の限界にかかわっても、その限界を批判する見解は興味深いものと考えられる。また、愛敬は、わが国の法治主義との比較ということで、『法の支配』の形式的理解を採るならば、『法の支配』と『法治主義』との対照性はかなりの程度、相対化される<sup>83)</sup>ことになるとする<sup>83)</sup>。他方、わが国の司法制度改革にかかわって、「行政型秩序形成モデル」と親和的な法治主義と、「司法型秩序形成モデル」と親和的な法の支配を対比する見解が示されたが<sup>84)</sup>、それは、法の支配を司法と結びつけるとともに、法の支配を実質的概念によって理解するものと思われる。法治主義と法の支配における秩序形成の相違とは別に、「実質」を考えた場合に実

81) Elliott and Varuhas, *op.cit.*, n. 77, p. 24.

82) 愛敬・前掲注(2)「イギリス『憲法改革』と憲法理論の動向」61頁～63頁、同「イギリス憲法研究の課題とコモン・ロー」373頁～374頁。同「政治的憲法論の歴史的條件」67頁～70頁、同「イギリス憲法の『現代化』と憲法理論」42頁～49頁も参照。

83) 愛敬・前掲注(24)8頁。

84) これらの対比を論じた土井による最近の論文として、土井真一「法の支配」宍戸常寿・林知更編『総点検日本国憲法の70年』(岩波書店、2018年)28頁～39頁参照。そのほかに、愛敬・前掲注(24)7頁～13頁、同・前掲注(38)「戦後日本公法学と法の支配」284頁～287頁、渡辺康行「『法の支配』の立憲主義的保障は『裁判官の支配』を超えうるか」井上達夫編『岩波講座 憲法1 立憲主義の哲学的問題地帯』(岩波書店、2007年)53頁～88頁等参照。



定法の有無の相違はどのような意味をもつかが問題となる。アメリカとは異なり、実定憲法が存在しないイギリスでは、法の支配の内容に「実質」を入れることになるであろうが、わが国の実質的法治主義では、形式的法治主義に「実定憲法」以上のいかなる「実質」を加えるかである。

愛敬は、アランが成文憲法に訴えずにアメリカ型の違憲審査を正当化するために「法の支配」の実質的概念を構成しようとしたことに対して、佐藤幸治が違憲立法審査制を採用する日本国憲法を前提にして議論しているために、アランが格闘した困難には遭遇せずに済んだことを指摘している<sup>85)</sup>。これは、より一般化すると、「法の支配」の実質的概念として、イギリス公法学が苦勞しているのに反して、わが国における「実質的法治主義」の「実質」については、日本国憲法に依拠することによって、同様の議論を省略しているものと理解できるように思われる。

また、司法審査の憲法的基礎の議論にかかわって、深澤は、わが国においても、「立法権と司法権の基礎には、成文憲法のほかに抽象的な条理が存するため、議会は、特に明確な反対の意思を表明しない限り、この条理に従って立法をしたと仮定でき（また、条理の内容は時が経つにつれて変化しうる）、裁判所は、制定法の解釈を通じて、条理をより実質的な法の一般原則に具体化する」といった説明の可能性を指摘する<sup>86)</sup>。わが国の文脈においては、例えば、考慮事項が制定法上明確になっていないことを強調して、審査を限定的に考えるのか、制定法違反以外にも、コモン・ローと類似の存在として憲法や条理を考えて、裁判所改革とセットになって、裁判所が独自の法創造機能を果たすことを認めるかといった争いとなるように考えられる。これは、実質的に裁判所の審査密度を高め、自由に審査することを認めるものである。さらに、より大きな文脈では、先に触れた、わが国の司法改革にかかわって、法秩序形成を国会主導で行うのか、裁判所主導で行うのかといった論点に関連している。

次に、理論と制度にかかわって、二点の指摘をしておきたい。第一は、司法へのアクセスとの関係である。わが国では、裁判を受ける権利との関係で法律上の争訟や訴訟要件に関心が向けられてきた。近年の例として、地方議会における議員への嚴重注意処分を違法と判断し、地方議会の自律権を否定する、名古屋高判（名古屋高判平成29年9月14日判時2354号26頁）が注目される<sup>87)</sup>。また、司法へのアクセス保障としては、先の理論的展開だけではなく、法律扶助のようなもととわが国では不十分な制度もあり、裁判を受ける権利の実効的保障のためには、法律扶助の充実が必要である<sup>88)</sup>。

第二に、制度改革にかかわっては、司法のアカウンタビリティや、実際の司法改革が重要である。まず、わが国においては、司法の独立性が強く意識されるためか、司法のアカウンタビリティの発想が乏しいように思われ、このような理念を捉え直す必要がある。また、司法制度改革によって、下級裁判所裁判官指名諮問委員会が設置されたが、この委員会は、イギリスにおける裁判官選考委

85) 愛敬・前掲注(24)22頁～23頁。

86) 深澤・前掲注(69)207頁～209頁。

87) 田中祥貴「判批」新・判例解説 Watch22号(2018年)17頁～20頁参照。異なる事件の名古屋高判（名古屋高判平成29年2月2日判例自治434号18頁）とその評釈である奥村公輔「判批」平成29年度重判(2018年)10頁～11頁も参照。最高裁（最判平成30年4月26日判例自治434号10頁）は、後者の判決を破棄し、「県議会議員長の県議会議員に対する発言の取消命令の適否は、司法審査の対象とはならない」とした。

88) 市川は、「弁護士費用を支払うことができない貧困者が弁護士の援助を得て裁判所に適切にアクセスするためには、法律扶助制度が不可欠である」とし、「法律扶助制度をあまりにも貧困な状況で放置することは裁判を受ける権利の侵害になる」と指摘する。市川正人『基本講義 憲法』（新世社、2014年）256頁。

員会と類似の問題点を抱えているように思われる。つまり、イギリスにおいては、裁判官任命過程における裁判官の過度の影響力が存続していることに危惧が出されていたが、わが国の下級裁判所裁判官指名諮問委員会にも同様の問題点があると考えられる<sup>89)</sup>。指名諮問委員会委員であった弁護士からも「同質集団を形成しすぎ、同じようなタイプの人ばかり選んでいるようにも思う」という指摘がなされている<sup>90)</sup>。この指摘は、イギリスとの比較法研究を踏まえた制度検討の必要性を示すものとなっている。

[付記] 本研究は、JSPS 科研費 JP17H00956 の助成および 2018 年度南山大学パツヘ研究奨励金 I-A-2 の助成を受けたものである。

---

89) 中尾正信「岐路に立つ裁判官指名諮問委員会制度」自由と正義 57 卷 10 号 (2006 年) 65 頁～72 頁。

90) 「座談会:下級裁判所裁判官指名諮問委員会の 6 年間」自由と正義 60 卷 10 号 (2009 年) 34 頁 (大川真郎発言)。

# Constitutionalism, the Rule of Law and Judicial Review in Britain

Hidenori SAKAKIBARA

## 要 旨

近年のイギリスにおいては「立憲主義」が語られ、特に、それが「政治的立憲主義」と「法的立憲主義」の対立を含む状況になってきた。関連して、司法のあり方も問題となり、司法制度改革が行われた。また、「法の支配」の理解について、形式的概念と実質的概念が区別されるが、現在のイギリス、さらにはヨーロッパに限ると、実質的概念を含む法の支配が有力になっている。いずれにしても、法の支配は「司法へのアクセス保障」を含み、その制限には裁判所も学説も批判的である。さらに、「司法審査の憲法的基礎」をめぐる議論が展開してきた。それは、司法審査の中心に制定法を置く権限踰越理論とコモン・ローを置くことを重視するコモン・ロー理論の理論的対立である。これらの議論や制度改革は、一定の普遍性を有し、わが国との比較の観点からも重要である。