

〔紹介〕

H. W. R. Wade, *Constitutional Fundamentals*, 1980

孝 忠 延 夫  
畑 雅 弘  
窪 田 義 和

本稿は、イギリスの代表的公法学者の一人であるH・W・R・ウェイド (Wade) が、イギリス憲法の基本的諸原則について簡潔かつ明確に論じた『*Constitutional Fundamentals*, 1980』を紹介しようとするものである。

H・W・R・ウェイドは、ダイシーの伝統的見解の理論的支柱として、ジュニングズのいわゆる「新理論」を支持するレイサム、ヒューストン、ミッチェル等と対峙してきた<sup>(1)</sup>。

本書は、これまで彼が、「新理論」に対する反論という形で述べてきた見解を、現在イギリスが直面し、憲法上の解決をせまられている諸問題との関連において論じている。そこには、これまでの彼の見解から一歩ふみだしたと思われる新たな問題提起もいくつかなされており、たんにダイシーの「伝統的理論」の擁護者にとどまらない姿勢を読みとることができよう<sup>(2)</sup>。

本書における彼の目的は、彼自身の言葉によれば次のように約言される。

「いまだに未完成で、しかも有害ですらある選挙制度、とくに基本的人権を憲法規範として『特別保障 (entrenchment)』することが不可能と思われるような、欠陥をもつ立法機構、行政府と同様に立法府が権限濫用を行なうことの問題性、及び政府・行政

制度が今や司法府を圧迫しているという状況の下での司法府の地位、というイギリス憲法の多様な側面に対する注目を喚起するところである。」

本書の概要は、すでに紹介されており、最近のイギリス憲法の諸問題、特に議会主権の再検討の問題等についてはいくつかのすぐれた研究がなされている。<sup>(3)</sup> ウェイドは、「最後の判断権」を持つ裁判官の地位と権限を重視し、それを確立することが、現代イギリス憲法の当面する諸問題の解決につながっていくと述べている。したがって、本稿ではこの点の紹介に重点をおき、本書第一章から第三章までを簡単に紹介し、行政・立法に対する司法的統制を論じた第四章、第五章を中心に紹介してみたい。

本稿は、関西大学大学院で田村浩一教授の指導の下に執筆者らと和田伸一氏（博士前期課程、政治過程論専攻）とが本書を全訳したものをとにして左記の分担で執筆し、最終的な表現等の調整を孝忠が行なったものである。

第一章 未改革の憲法、第二章 代表——選挙の不公正、第三章 立法——特別保障(entranchment)——の問題、を孝忠延夫が(本稿一)、第四章 行政——権限の行使と濫用——を畑雅弘が(本稿二)、第五章 裁判——裁判所のポリシー——(本稿三)を窪田義和が分担執筆した。尚、本稿本文には、ウェイドの論述の要旨のみ記述し、それについての補足、問題点の指摘等は註記するという形式を採った。

(1) この点については、田島裕・訳者解題、A・V・ダイン著、伊藤正己・田島裕共訳『憲法序説』(一九八三)四九〇頁以下、伊藤正己「イギリス憲法学の新理論——国会主権を中心として——」公法研究三八号三一頁(一九七六)等参照。

(2) 本書等で示されたウェイドの最近の見解は、「この国の憲法学全体の大きな変動の徴候を示すものであろう。またそのことは、この国の憲法学の中心を長く占めてきた『正統理論』とは何であり、また何であったかを問うことを不可避とするであろう」といわれる。松井幸夫「議会主権と『特別保障』——イギリス『新権利章典』問題における『正統理論』の対応——」島大法學二四卷二・三号四五頁、六九頁(一九八一)。

(3) 本書の紹介としては、松井幸夫「公法学の動向」法律時報五三卷一〇号一四〇頁(一九八一)がある。イギリスにおける「議会主権」の再検討の問題等については、伊藤正己『イギリス法研究』(一九七八)一四九頁以下、松井幸夫「イギリス

憲法学における憲法『硬性化』論——『新権利草案』問題と議会議主権——」島大法学二二三卷二二頁(一九八〇)、同。「動揺期における議会議主権の法的論理構成——H・W・R・ウェイド、G・ウィンタトンそしてH・L・A・ハート——」島大法学二五卷二・三号一三三頁(一九八二)、戒能通厚「公法学の動向」法律時報五〇巻二号一四四頁(一九七八)、同。四八巻一〇号一一〇頁(一九七六)等参照。

## 一 イギリス議会の当面する諸問題

### (一)

現在、イギリスでは、憲法上の根本的改革が急務とされており、活発な論議がなされている。

憲法改革のための唯一の手続として議長主宰会議(The Speaker's Conference)が存在している。<sup>(1)</sup>これはたしかに手続ではあるが、特別の(specific)と呼ぶほどのものではない。この会議は、一九一八年における婦人参政権の実現のような重要な改革のきっかけを作ってはきたが、その時々々の政府の政策に左右される脆弱な助言機関にすぎない。イギリスでは、アメリカ合衆国で導入されているイニシアティブやレファレンダムの制度に過大な期待を寄せることはできない。あくまでも憲法の見直し・検討に賛成する世論形成が行なわれるよう期待することだけが可能である。

### (二)

憲法上の改革の第一の対象となるのは、議会の適切な代表制度であろう。

人口以外の地理的要素等を加味した現行選挙区への議席配分は極めて不平等である。ブレイク委員会(Blake Commission)は、スコットランドを除けばその不平等は二対一を超えるべきでないと勧告した。イギリスでは、連合王国の各地域間における代表の

平等と比べて、選挙権者の持つ投票価値の平等にはあまり関心が払われていないようである。アメリカではこのことが民主政治の法的要素の一つとして主張されうるが、イギリスではそうではない。<sup>(3)</sup>多数派の主張によれば、現行選挙制度は、現実の運営からみて、実効的な多数派と「強い政府」を創り出しているがゆえにうまくいっていると言われ、つまり、過激主義に対峙する政治的求心力たる二大政党制を維持することによって国家に中庸の道を歩ませるものと評価されているのである。しかし、この求心力は今や遠心力に変わってしまったといえよう。立法は漸進的發展や改革に資することなく、ゲリラ戦の一形態とみなされるに至り、政権交代に伴う法の改廃は法と憲法に対する信頼を失わしめている。さらに、ブレイク委員会も明らかにした、二大政党への支持減少も二大政党の両極化増大と結びついている。<sup>(4)</sup>ファイナー教授も述べるごとく、この現行選挙制度は、議会内において融通のきかない二大政党をつくりあげ、いかなる問題の解決に際しても国民全体の意見の midpoint から著しく右あるいは左に偏った結論を引きだすものとなる。<sup>(5)</sup>二大政党支持という眼鏡をとおしてみるから、連立政府が非民主的の問題を孕んだものと見えるのである。確かに、連立に適した時期もあれば適していない時期もある。<sup>(6)</sup>しかし今日の状況を打開するには、連立各政党に内閣構成上一定の配分を与えることにより、過激な政策でなく中間的(中庸)な政策を採用するだろう連立の方が選挙独裁 (elective dictatorship) より好ましいといえる。現行選挙制度の下でのいわゆる「強い政府」の主張は、少数党が公平に代表されることを否定するものである。<sup>(7)</sup>

特に今世紀前半には、現行選挙制度改革のための努力がなされた。しかし、旧制度をどのように変更するかについて両院の一致が得られなかったゆえに、いずれの議院も望んでいない旧制度が維持された。最近の世論調査(一九七八)では比例代表制に賛成するものは六八パーセントであり、議会内にも選挙制度改革支持グループが存在しているが、二大政党の指導者たちがあらゆる改革に反対する点で一致しているかぎり、議会としては表面上、これらの選挙制度改革に否定的でありつつづけるだろう。<sup>(8)</sup>

現行制度上、投票が二大政党制への支持または反対についての意思表示の意味しか持たないとすれば、候補者が政党内部でどのような手続によって選出されるかが問題となるが、この点について憲法は何の規定も持っていない。しかし、特定の政党の候補者

が必ず当選するような選挙区が存在する以上、政党内部での候補者選出は公平かつ民主的に行なわれねばならず、このことはまさに民主制の本質的部分と考えられる。したがって、これに対しては何らかの法的規制が不可欠であるといえよう。

上院の改革（廃止も含めた）についての論議が活発に行なわれているが、下院の構成上に重要な非民主的要素が存在している現状では、上院のチェック機能を維持することが以前にもまして重要となっている。

イギリス憲法は、現在、イギリスの民主制を確保していくには不十分であるという結論を導きださざるを得ない。なぜなら、議席の公正な配分、選挙における結果の公平性、さらには選挙候補者の選任についての規定を欠いているからである。必要とされるこれらの改革について、各々の専門分野から提言を行なう法律家はほとんどいないのが現状である。

(三)

イギリス議会の立法作用は、多くの欠点を有するが、その中でも特に重要なのは次の二つである。第一は、量的に不足し、質的にも不十分な立法しか行ないえないということ、第二は、基本的人権を「特別保障」することができないということである。そしてこの二つの欠点はいずれも、いわゆる「議会主権」の伝統的観念を原因とするといえよう。

法律専門家による批判の対象とされやすい立法技術は、これまでに専門委員会の勧告を何度も受けてきた。また、イギリスにおける立法過程の最も衝撃的な特徴は、議会の十分な審議が時間の不足を口実に排除されることである。もし、十分な審議が不可能ならば、何らかの新しい機関（例えば、フランスのコンセイユ・デタのような）がこの目的のために考案されるべきだろう。

次に、基本的人権の「特別保障」（成文規範化——entrenchment）をいかに実現すべきであるかを考察してみよう。これまで、この「特別保障」を主張してきた著名な法律家の誰一人として、それが「議会主権」の定説と矛盾なく行なわれうるかを明らかにしていない。私（ウェイド——以下同じ）は二五年前サーモンドの見解を引用して次のように述べた。「裁判所が議会制定法に服するという原則を、いかなる制定法も確立することが出来ないとするならば、同様にいかなる制定法も、その原則を廃止・変更す

ることではない。<sup>(9)</sup>「このことは、第一に、あらゆる法体系において根本的な規則(ルール)が存在するということ、第二には、それを何と呼ぼうともこの根本的な規則は裁判官の保護の中に存しており、裁判官は彼らがまさに妥当な立法と認めようとするものを語る、という明白な事実を示している。<sup>(10)</sup>

たしかに理論上の困難さはあるが、このことからただちに、議会が将来の議会を拘束することが不可能であるということにはならない。歴史的にみても私の知っているかぎり、一三六九年にその最初の事例をみいだすことが出来るし、その後もいくつかの事例が存在している。<sup>(11)</sup> 伝統的な主権理論を変更するのには一種の法的革命が必要なのだろうか? 社会的な大変動の後でさえ、裁判所が様々の事件を判断するまで諸々の疑念は未解決のまま残される。というのは、裁判所だけが、従うべき者が誰であるかを言っているからである。

「特別保障」についての私の結論は極めて単純かつ明白なことである。すなわち、いかなる種類の基本法でもそれを「特別保障」するために必要なのは裁判官の職務上の「宣誓」で基本法への承認を担保することである。イギリスで新しい憲法制度を採用しようとする場合、なされるべき必要のあるすべての事は、裁判官にそれを施行することを宣誓させることに尽きる。このことにより「いかなる議会も将来の議会を拘束しえない」という原理は古い歴史的遺産となる。

この考えに対する反対は、イギリス国民が成文憲法典を持っていないことにあまりにも慣れてしまっていることから生ずるものである。制定されるべき新しい基本法に対して、特別に裁判官の宣誓を関係づけることは一般的に最も当然にして通常の手続といえよう。<sup>(12)</sup> 議会制定法は裁判官が有効であるといった時にのみ有効であり、裁判官だけが議会制定法の有効性についての原則が何であるかを述べることができる。裁判官が真摯に新しい根本的規範を承認すること、及び権利章典その他の「特別保障」条項に矛盾する議会制定法の有効性を否定することを誓うなら、そのことがまさに「特別保障」を最も有効ならしめるものといえよう。いずれにせよ、イギリスの憲法制度において、いかなる「特別保障」も不可能だと考えることは妄想であろう。<sup>(14)</sup>

(1) ウェイドによれば、この会議は、通常、議長と約三〇名の委員によって構成される。一九八〇年までに五回(一九一六、

- 一九二九、一九四四、一九六五、一九七三) 開催された。
- (2) 吉田善明「イギリスにおける代表民主制と直接民主制について——Referendum Act の制定を契機にして——」法律論叢(明大) 四八巻四・五・六号四七頁(一九七六)。一九七五年のレファレンダムは、「勧告的レファレンダム」であり、この勧告は政府のみを拘束し、議会は拘束されないと説明されていた(同・五二頁参照)。
- (3) ウェイドは、ここで、アメリカ合衆国における *Baker v. Carr* (1962) 判決を引用している。この判決については、久保田きぬ子「英米判例百選」ジュリスト臨時増刊(一九六四) 五四頁等参照。
- (4) プレイク委員会によれば、一九五〇年、労働党と保守党はあわせて九七%の支持率を得ていたが、一九七四年には、あわせて七四%に減少し、最近でもこの減少傾向が続いていることは疑いないとされる。最近では、自由党に加えて、一九八一年の社会民主党の登場により、総選挙後に安定多数党が組閣するという憲法慣行の再吟味の必要性も指摘されている。今井証三「公法学の動向——R・ブラジール『首相の選出』——」法律時報五五巻一〇号一〇六頁(一九八三) 参照。
- (5) つまり、選挙民全体が望むだろうところのものに最もよく合致する、右派内部の左派と左派内部の右派が一致する点とはかけ離れた政策が実行されるに至るとされる。
- (6) ウェイドは、(ファイナー教授も同意見であるとされるが) 連立政府は、必ずしも脆弱であるとは限らないと述べる。
- (7) イギリスにおける選挙制度改革の動きについては、吉田善明『選挙制度改革の理論』(一九七九) 四六頁以下、土屋正三「イギリスの選挙における比例代表論(一)」自治研究五八巻四号二七頁(一九八二) 等参照。
- (8) 例え *P. Mirfield, Can the House of Lords lawfully be abolished?* 95 L. Q. R. 386 (1979), *G. Winterton's* 95 L. Q. R. 36 (1979); *G. Winterton, Is the House of Lords Immortal?* 95 L. Q. R. 386 (1979), *G. Winterton's* の論説は、直接的には *P. ミンフィールド* の見解を批判したものであるが、その中で、この問題についてのウェイドの所説をも批判的に検討している。
- (9) 「特別保障」の問題については、前掲・松井助教の論文のほか、倉持孝司「イギリスにおける統治構造論と新権利章典制定化の動向」法政論集(名大) 八九巻三七五頁(一九八一)、元山健「現代イギリスにおける法と政治——権利章典論議をめぐって——」奈良教育大学紀要三〇巻一頁(一九八一)、田村泰俊「Entrenchment Clause の憲法保障機能——行政行為の司法的統制をめぐって——」慶応大学大学院法学研究科昭和五七年度論文集二二九頁、松本昌悦「イギリスにおける『権利章典』制定の新動向」法律のひろば三〇巻一頁(一九七七) 等参照。「特別保障」が可能であるとする、ウ

ウェイドの見解は、松井助教授によれば次の二つの段階の論理構成をとっているとされる。すなわち、「第一は、法体系の基礎にある基礎的ルールは、裁判官が、しかも裁判官だけが専制的に確認しうる、ということ」であり、「第二段階では、議会は、裁判官の『心』・『胸中』を統制する方法によって『特別保障』を実現しうる」ということである。松井・前掲（島大法學二五卷二・三号）一三五頁。また H. W. R. Wade, *Administrative Law*, 5th. ed. 1982, pp. 26-28.

(10) この引用部分の詳細と、一九五五年当時のウェイドの見解と本書（一九八〇）の見解の異同については松井・前掲（島大法學二四卷二・三号）五八頁以下、一九五五年のウェイドの見解については、伊藤正巳『イギリス法研究』（一九七八）二二三頁以下等参照。

(11) ウェイドは、ここで、「主権者であるのは裁判官である」とのべる。

(12) 一三六九年の *Confirmation of the Charters* と名づけられた法律がその最初の事例とされ、その後の例として一九五五年の法律、一九三一年のウェストミンスター法が挙げられている。最近では、EC法等との関連で問題が生じている。

(13) アメリカ合衆国憲法六条、インド憲法三条、マレーシア憲法が例として示される。

(14) ウェイドのこのような見解に対しては、G・ウィントン等により批判がなされている。G. Winterton, *Parliamentary Supremacy and the Judiciary*, 97 L. Q. R. 265. (1981) このウィントンの見解については、松井・前掲（島大法學二五卷二・三号）一三三頁参照。

## 二 不適正な行政作用に対する司法的統制

(一)

産業革命の成熟とともに生じた諸々の社会問題に対処しようとした「改革の時代」における改正救貧法等の一連の「改革立法」は、それ以前には見られなかった、行政府への裁量権の付与を規定していた。行政のこの裁量権は現代行政国家の徴表といえることができるが、二〇世紀に入って一層増大し、現代福祉国家においては不可避のものとなっている。しかし、この裁量権は、政府の



専断の権力を排除する「法の支配」との関連で当然のことながら問題とされ、裁量権に対する有効な統制の必要が論じられてきている。さらに、この問題は、根本的には、現代統治構造における行政権の優位（行政の裁量権はその典型的なものである）の抑制の問題であり、行政の支配（ビュロクラシー）から生ずる不適正な行政（maladministration）に対して、国会及び裁判所が如何にあるべきかの問題ともいえよう。

当初、「議会に対する大臣責任の原則」が、行政の裁量権に対する十分な抑制機能を果たしているとする見解がみられた。しかし、議会が時の政府の従順な道具となっていくに従って、このような見解は維持できないものとなった。又、たとえ議会がその独自性を主張したとしても、第二次大戦後、波のように押し寄せた裁量権増大の潮流を議会が統制することは全く不可能だったであろう。

「行政審判所 (Tribunal)」は、裁量権増大の中で生まれた、不適正な行政に対する救済制度の一つである。これは、複雑・専門化した現代行政における紛争を迅速に処理するために設けられたものである。しかし、その紛争処理の基準となる規則はしばしば大臣の裁量で定立され、大臣は「骨格立法 (Skeleton Legislation)」の下で大きな権限を留保していた。したがってこの審判所という制度は、行政に対する統制として完全なものとはいえない。

重要なのは、議会コミッション (Parliamentary Commissioner) 別名オンブズマンによる行政の統制であろう。議会コミッションは、濫用 (abuse)、不公正 (unfairness) その他不適正な行政に対して苦情、不平が申し立てられたとき、その苦情等を調査し——その際、関係官庁に、関連する情報の呈示を要求する権限を有する——、調査後、報告書を関係官庁に送り、それによって不適正な行政の是正を求めるという権限が与えられている。今日、行政官は、常にオンブズマンの目が自分に注がれているというを意識している。それゆえ、オンブズマンの制度は、かなり有効な行政統制（議会による）の機能を果たしていると言えよう。

裁判所が統治における濫用・不公正を是正することの必要性を自覚してきたことほど注目すべきことは、ここ三〇年の法制史に

おいて他にはみられない。裁判所は、多くの権限濫用事件において、非常に有益な、権限抑制のための理論を構築し——むしろ再構築と言うべきか——、「選挙独裁」から国民の権利保護をはかってきている。以下、いくつかの裁判例をみることにする。<sup>(1)</sup>

## (一)

議会が、文言上は無制限と解されるような権限（白紙委任的権限）を行政府に付与するという傾向をますます強めている中で、裁判所は、権限は合理的（*reasonably*）<sup>(2)</sup> かつ真の目的（*true purpose*）に合致して行使されなければならないという原則を常に主張してきている。

一九六八年、パドフィールド（*Padfield*）事件<sup>(2)</sup>において、上院は、「法律が裁量権を付与している時、その裁量権はその法律の趣旨・目的を促進するために行使されるべきことを意図しているのであり、その法律の趣旨・目的は法律全体の解釈によって決定されなければならない。この解釈は、裁判所の行なう事項といえる」とした。そして、「無制約な裁量権（*unfettered discretion*）」という観念をはっきりと否定し、裁量権を一層統制していかうとする最近の判例の素地をつくった。

内務大臣によるテレビ免許取消処分が問題となったコングレブ（*Congreve*）事件<sup>(2)</sup>は、権限濫用に関する最近の典型的事例の一つである。この事件で問題となった一九四九年無線電信法（*Wireless Telegraphy Act*）一条四項は、「テレビ免許は内務大臣により「取消され、あるいは変更される（*may be revoked or... varied*）」とのみ規定していた。内務大臣は、この取消・変更権を文字どおりに解釈して、絶対的かつ無制約な権限であるとした。そしてこの解釈のもとに、テレビ受信料の値上がり前に旧料金で免許を取得した者に対し、後になってから歳入の減少を阻止する目的で追徴金の支払いを命じるとともに、それを支払わない場合には免許を取消するという措置を採った。これに対し、控訴院判事デニング卿（*Dennings*）は、国務大臣に付与された免許の取消権は、法律に従い、あらゆる事項を考慮し、関連のない事項は排除し、さらに隠れた動機によって影響を受けることなく行使されなければならないものであると述べた。さらに、本件について、免許保持者が何らの不正も行っていないのに、その免許を取消し

たことは権限の明白な濫用であり、財政上の理由も大臣の行為を正当化するものではないと判示した。

レイカー・ニアウェイズ (Laker Airways) 事件においても権限の明白な濫用があった。<sup>(4)</sup> 一九七一年の民間航空法 (Civil Aviation Act) 三条一項(b)は、少なくとも一つの航空会社を英国航空 (British Airways) と競争させることを規定していた。しかし、国務大臣は、英国航空に独占権を与えることになる、レイカー航空の営業免許の取消しを同法三条二項に基づき民間航空局に指示した。控訴院は、国務大臣のこのような行為は、法律により明示された政策を無意味なものにしようとする権限濫越 (ultra vires) の行為であると判断したのである。

また、この控訴院判決の中で、国王大権と司法審査との関係について注目すべき一つの見解が示された。<sup>(5)</sup> 国際協定に基づくレイカー航空指定の取消しは外交問題における国王の行為であり、司法審査は及ばないと主張に対して控訴院は、臨機の処置をとって次のように判示した。すなわち、国王大権は民間航空法の競争に関する規定により暗黙のうちに制限されているのであり、同法の明確な要求を無視して国王大権を行使することは大権の濫用であると判示したのである。これに対して、デニング卿は、さらに一歩進んで「国王大権を公共の利益のために行使される裁量権であるとみるならば、その行使は、行政府に与えられる他の裁量権と同様に裁判所によって審査されうるということになる」と述べ、国王大権を含めた、あらゆる種類の裁量権行使を、裁判所は審査できるといふ考えを示した。もし、このデニングの考えが定着するならば、無制約な裁量権はないというパドフィールド原則に、一つの新しい重要な原則が付け加えられることになる。国王大権といえども、もはや、自由な裁量権の抛りどころとはなり得ないのである。<sup>(6)</sup>

(三)

レイカー航空事件においてデニング卿が明らかにしたように、国王大権が司法審査に服し、その濫用を問題としうるならば、国王大権の正確な範囲を知ることが重要となってくる。<sup>(7)</sup> 実際、裁判所及び憲法学者は国王大権ということばを誤って使用している。

すなわち、国王大権でないものを国王大権と呼んでいる場合がしばしば見られるのである。

まず第一に、国王大権は、コモン・ローにより国王に付与された法的権限——わが国の裁判所が適用する、わが国の法の下において国民の権利・義務あるいは地位を変更する力——でなければならぬ。しかし、例えば、先のレイカー事件で問題となった、国際協定に基づく指定の取消しは——法務長官はこれを国王大権に基づく権限と主張し、裁判所も国王大権の問題として取り扱ったけれども——国王大権に基づく権限ではない。なぜなら、国際協定を締結する政府の能力は、コモン・ローからではなく、国際法上の地位から生じたものであるし、その協定の下で有した政府の権限はすべて国際法上の権限であり、国内法上何の効果も持たないものだからである。

第二に、国王大権とよばれるためには、*prerogative* でなければならぬ。すなわち、国王の特別な地位に基づく、国王だけが有する特別な権限でなければならぬ。例えば暴力犯罪犠牲者に対して補償金を支払う犯罪損害補償委員会 (Criminal Injuries Compensation Board) という委員会がある。裁判所は、この委員会を「国王大権にもとづいて設立されたもの」と理解しているようであるが、金銭を分配するために基金を設立することは誰にでも出来ることであり、この委員会が国王大権によって設立されたものとは言えない。また、同じ理由から、大臣の任免権も国王大権の行使ではないといえよう。裁判官たちは、ダイシーの影響を受けて、制定法上のものでない一切の政府の行為を国王大権とみなすが常であるが、「国王大権は無二のかつ特別な (*singular and eccentric*) もの」でなければならぬとするブラックストーン (Blackstone) の所説が妥当であろう。ブラックストーンは、「大権とは国王だけが享有する、すなわち、臣民が享有しえないところの権利及び権能を意味する。なぜなら、臣民と同じように享有する権限ならば、もはや *prerogative* ではなくなるだろうから」と述べているのである。

国王大権ということばが誤用されている例として、パスポート発行の問題がある。以前から、政府は、パスポートの発行拒否あるいは取消しについて、国王大権の行使としての自由な裁量権を主張し、それによって国民の出入国の権利を恣意的に制限してきた。しかし、パスポートの問題は国王大権とは全く関係がない。パスポートそのものは行政庁の発行するたんなる証書 (*admin-*

istrative document) すなわち、旅行者の国籍を証明する国際身分証明書にすぎず、制定法上あるいはコモン・ロー上何の法的効果も持たないものである。国民の出入国の権利は、コモン・ロー及び制定法の管轄事項であり、国王にこれを変更する権限はない。傭兵委員会 (The Committee on Mercenaries) は、連合王国国民が出国することを妨げる手段としてパスポートを与えないことは、実際上も道徳上も正当化されえないのであり、たとえ発行拒否が何らかの効果を持つとしてもその効果は、国民が出入国の権利を知らないでいるということに依拠したこけおどしに基づくものであらうと述べている。

問題は、身分と国籍を証明する国際的に認められた手段、すなわちパスポートを市民に付与するかどうかを無制約な裁量権に服せしめてよいのかということである。一九六八年、あるジャーナリストがパスポートなしでロンドン空港から出国しようとしたところ、当局はこのジャーナリストがイングランド国籍を有していることを知っていたにもかかわらず、彼を外国人として扱い、出発を認めなかった。しかし、この処分はヨーロッパ人権規約違反であるのみならず、権限濫用の事例でもあるように思われる。今日では、パスポートなしで出国する権利は、明白に認められている。しかし、外国に入学する際に要求されるパスポートの発給が拒否されるならば、この権利はほとんど活用できないものとなる。それゆえ、旅行の自由は他の基本的な自由と密接な関係にある憲法上の自由であるということ、さらに、パスポートはたんなる証明書にすぎず、従ってパスポートを発給しないことは出生証明書を発行しないことと同様に不合理であるということが明確に認識される必要がある。ある司法委員会が、一九七四年に勧告したように、パスポート発給要求権が制定法上定められるべきであり、裁判所はパスポート問題を取り扱うべきである。権限の濫用に対しては何らかの安全弁が存在しなければならず、それは法であり裁判所であるということができよう。

(四)

裁量権の濫用と並んで批判されるべき現在の行政の手法として、「ブラックリストによる行政 (Government by blacklist)」及び「行政庁による法律上の義務の免除 (extrastatutory concessions)」が挙げられねばならない。この両者は、ともに「議会制定

法の根柢なしに行なわれているものである。

「ブラックリスト」は、憲法上も法的にも不適切な、行政執行のための抑圧手段である。政府は賃金統制を実施する際、そのための権限を議会から獲得しようとはせず、政府の承認した以上の賃上げを査定した会社をブラックリストなるものに控えておき、その後の裁量権行使において、その会社を不利に取り扱うという形で賃金統制の実効性を確保しようとした。このように、政府の政策に従わない者を記録に残しておき、その後の裁量権行使の際に不利益に取り扱う、あるいは、政府との契約を破棄するといったおどしをかけて政策を実現していこうとすること（「ブラックリストによる行政」）がなされている。この「ブラックリスト」が裁判所で争われたことはまだないが、政府との契約の破棄という威嚇を受けたある会社は、「ブラックリスト」が政府による契約の自由の行使であり正当化されるとの見解に対して次のように反論した。「個人は、刑法や民法に違反しなければ何事をもなしうる。これに対して、政府はより広い意味での法の支配に服する。もし、このようなこと（ブラックリストによる行政——政府との契約破棄の威嚇）が許されるとしたならば、議会によらずして、国民的利益の名の下に時の政府が自らの政策を押しつけることが可能であろう。」この見解は正当といえよう。

政府が新しい権限を手に入れたいと望む場合には、議会から、議会制定法という形式でその権限を得なければならないというのがイギリス憲法の原理であり、「議会なしで統治」しようとするのは憲法原理の完全な放棄である。また、制定法上の権限は、制定法の真の目的のために行使されなければならないのであり、「ブラックリスト」のように裁量権を不当な目的のために行使することは違法である。すなわち、「ブラックリストによる行政」は、憲法上も法的にも不適切な統治手段であるといえよう。

「ブラックリストによる行政」が相手方を不利益に扱うものであるのに対して、逆に相手方に利益を与えるものとして、「行政庁による、法律上の義務の免除」がある。例えば、法律上は課税対象であるにもかかわらず、国税庁の判断で課税しないといった課税免除の場合がそれである。これは、法の厳格さを緩和する、行政庁の「慈悲」とも考えられる。この慣行は税務行政において重要な役割を演じており、国税庁はこういった取り扱いのための小冊子をも発行している。しかし、これは「議会なしの統治」で

あり、利益を与えるものだから許されるというものではない。継承的不動産処分による所得に対する所得税の減免が問題となった最近のある事件において、控訴院判事ウォルトン (Walton) は、いかなる根拠で国税庁がこのような免除を行なう権限があるのか、なぜ特定の者だけが優遇されるのか理解できないと述べた。さらに、この控訴院判決を支持した上院のウィルバーフォース (Wilberforce) も、行政の裁量による課税を「憲法原則に対する著しい背反」であると批難している。

(五)

以上、法律により付与された裁量権の濫用や「ブラックリストによる行政」などの不適正な行政をいくつか指摘してきたのであるが、<sup>(9)</sup> これらを生み出す要因として、イギリスでは法律の専門的知識を持つ公務員がきわめて少ないという事実が考えられる。というのも、法学教育を受けた公務員が少ないということは、政策決定において法律的観点からの考慮がほとんどなされないということの意味するからである。法学教育を受けた公務員が、議会制定法の真の意味を理解し、憲法を念頭において行政を執行するようになることが望まれる。

いずれにせよ、私が恐れるのは、政府権限の増大傾向の中で、行政の勝手気ままを、世論が何の抵抗も示さずに見すごしてしまうことである。議会コミッションナーによる行政の監視機能は少なくとも一つの成果である。さらに、今後は、裁判所が行政に対する有効な統制理論を展開することが望まれる。

- (一) イギリスにおける裁量権濫用と司法審査との関係については、すでに多くの紹介があり、司法審査の基準となる主観的裁量(絶対的裁量)と客観的裁量との区別や、不当目的 (improper purpose)・悪意 (bad faith)・他事考慮 (extraneous consideration)・不合理性 (unreasonable) などの濫用の形式が論議されてきていることは、よく知られている (杉村敏正『法の支配と行政法』(一九七〇)二二二頁以下、木村実「イギリス行政法の現況(四)」判例時報九六八号(一九八〇)八頁以下、同・「各国行政法・行政法学の動向と特色——イギリス——」『現代行政法体系』第一卷(一九八三)所収二〇一頁

以下等参照)。ウェイドは、パドフィールド判決を高く評価し、その流れに沿うと思われる最近のいくつかの判決を紹介しているのであるが、それらの理論は、ウェイドも「再構築」としているように、パドフィールド判決以前の判例理論を基礎とする。しかし、無制約な裁量権という観念を否定したパドフィールド判決及び国王大権の行使も司法審査に服する、とするレイカー判決におけるデニング卿の考えは、従来の論議の枠組を変える内容を持っているように思われる。

- (2) *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food* A. C. 997, All E. R. 694 (1968). 原告であるモンデン近郊の牛乳生産者たちは、牛乳市場委員会により定められた売渡価格の値上げを主張していたが聞き入れられなかった。ところが一九五八年の農業市場法 (Agricultural Marketing Act) は、同委員会の活動により不利益を被った場合の救済として調査委員会の制度を定めていた。すなわち、同法一九条は「大臣が命令する場合には (if the minister in any case so direct) 調査委員会は不服を審査し報告する義務があると規定していた。そこで原告は、調査委員会において不服が審理されるよう大臣に要請したが、大臣は、調査委員会に審査させるかどうかは大臣の無制約な裁量権に服するとして拒否したので、裁判所にマンディマス (mandamus) を申請した。これに対して上院は、関連する重要な不服が存在する場合には大臣は調査委員会に審査させる義務があるのであり、大臣はその裁量権を法律の政策を無に帰するような形で行使することはできないとして原告の訴えを認めた。

本事件は裁量権に関する一つのリーディングケースとして非常に注目され、またデニング卿が「現代行政法における一里塚」と位置づけられているように、行政法の発展を望む者から非常に評価された判決である。G. F. Garner, *Administrative Law* 5th. ed. 1979, p. 151. 真砂泰輔「英米判例百選 I 公法」別冊ジュリススト五九号三〇頁参照。

- (3) *Congreve v. Home Office* (1976) Q. B. 629, All E. R. (1976) 1, 697. カラーテレビ放送受信免許を持っていた原告は、免許料の改訂 (二ポンドから一八ポンドへ) がなされるのを知り、旧免許の有効期間はまだ残っていたが、負担増を避けるため改訂前に新免許を申請し、旧料金で取得した。ところが、原告と同じ行動に出た者が多数にのぼり大幅な歳入減となることが予想されたため、免許登録料は原告等に対して六ポンドの追徴金の支払いを命じ、支払わない場合には無線電信法一条四項の免許の取消権により免許を取消した。そこで原告は、免許の取消しが違法であることのディクレーション (declaration) を求めて出訴した。

- (4) *Laker Airways Ltd. v. Department of Trade* (1977) Q. B. 643, All E. R. 2, 182. 一九七二年一〇月、原告レイカー航空 H. W. R. Wade, *Constitutional Fundamentals*, 1980



空は、ロンドン・ニューヨーク間を結ぶスカイトレンと呼ばれる低運賃の航空輸送の営業免許を取得し、開業に向けて準備にとりかかっていた。一九七三年、イギリス政府は、バミューダ協定に従い、同航空を登録運送業者として指定し、翌年三月には合衆国民間航空委員会も営業の許可を与えた。ところが、一九七六年、国務大臣は、航空政策の変更を理由に、同航空の指定を取消すようにとのガイダンス (guidance) を民間航空局に発した。そこで原告は、国務大臣のガイダンスは英国航空の営業独占禁止を定める民間航空法三条一項に反する、権限踰越の行為であるとのディクレーションを求めて出訴した。

(5) この点について、裁判所は、国王大権の範囲を画定することにかぎられ、大権行使の方法を統制することはできないというのが、伝統的な考えのようである。Garner, *op. cit.*, p. 45.

(6) 以上の事例の他、ウェイドは、最近の裁量権濫用事件としてテムサイド (Tameside) 事件を挙げている。Secretary of State for Education and Science v. Metropolitan Borough of Tameside (1976) 3 All E. R. 665. 選挙の結果、労働党に代わり保守党が与党になったテムサイド・カウンシルは、労働党の政策であったコンプレヘンシブ・システム (comprehensive system) 計画を止め、従来のグラマー・スクール (grammar school) を維持することを決定した。これに対して、労働党員たる教育科学大臣は、教育法六八条——「地方教育庁が本法により付与された権限の行使あるいは本法により課された義務の履行において不合理に活動した、あるいはそうしようとしていると大臣が思科した場合」に指令 (direction) を発する権限を付与する——の規定に基づき、コンプレヘンシブ・システムを採用せよとの指令を同カウンシルに発したが、地方教育庁はこの指令に従わなかったので、マンディヤスを裁判所に申請した。これに対して、控訴院、上院共に、国務大臣がそのような指令を発するのは権限踰越であるとして訴えを認めなかったという事例である。

(7) 国王大権に関する代表的学説としてはブラックストーンとダイシーのそれがあるが、現在の通説的見解はダイシーの理論 (The Law of the Constitution, 10th. ed. 1959, p. 425) を基本として Garner, *op. cit.*, p. 45, 吉田善明「英米判例百選 I 公法」別冊ジュリスト五九号二〇頁参照)。

(8) 他にどのような場合をウェイドは想定しているのか必ずしも定かたではない。彼の行政法の教科書でも、extra-statutory concession とは、課税免除との関連でしか使用されていなく (H. W. R. Wade, Administrative Law 5th. ed. 1982, p. 386)。

(9) ウェイドは、現代の行政のあり方の中で問題とすべきものとして、政府秘密の問題を挙げている。現在、これに関する法律として一九一一年の政府秘密法 (Official Secrets Act) があるが、この法律の定める秘密の範囲はあまりにも広く、一九七二年、フランクス委員会は、秘密事項をより限定した政府情報法を提言した。しかし、この程度の改革でいいのか、すなわち、政府情報に接近する権利を国民に与える、アメリカにおける情報の自由に関する法や、会議の公開に関するサンシャイン法のようなものが必要なのではないかということが現在議論されている。政府はしばしば情報公開について前向きな検討を約束するが、実際には何もなされていない。かえって、一九七九年の政府情報の保護に関する法案などは、一九一一年法よりも、開示が禁止される情報の情報源を拡大しており、情報の自由化に逆行するものだといふウェイドは批判している。そして、ウェイドは、今までに成し遂げられた、行政の秘密主義の自由化、すなわち、(一) 公聴会における審問官 (Inspector) の報告書の公開 (一九六二年の行政決定)、(二) たとえ弁護にとって必要であっても公共の利益を理由に職務上の情報を開示しないことが許されるという国王特権の原理の修正 (一九六八年の上院判決)、(三) 大臣責任の名の下に隠されていた情報報のオンブズマンによる開示 (一九六七年の議会コミッションナー法) を指摘し、「情報の自由化法とも共存できることをやがて政府は知るであろう」と述べている。情報公開に関するイギリスの動向については、D・C・ローワット編著、提口康博監訳『情報公開と行政秘密』(一九八二)が参考となる。

### 三 不適正な立法作用に対する司法的統制

(一)

かつて、裁判官は、たんに議会の意思を実施するだけだと考えられていたし、裁判官自身も自分たちのなすべきことは議会の意思すなわち法律を実施するだけで、政策には関心を払っていなかった。しかし、今日では、裁判官は「首まで政策につかっている (they are up to their necks in policy)」と云うのが現状である。私はこの judicial policy の問題を司法についての考察の中心にすえてみた。裁判官の態度がかように変遷した様は、特に行政法の分野において顕著である<sup>(1)</sup>。

一九五〇年代、裁判官は、無制約の裁量権が大臣に与えられている場合、自然的正義の諸原則の適用を拒んでいたし、国王特権等の濫用が認められている場合には、行政審判所の明白な法的誤りを統制することを拒んだのである。<sup>(2)</sup> この時期はハムソン教授(Hamson)が「形式が遵守されているならば、高等法院は通常、自らは何の権限も有しない」と考えた時期に相当する。

六〇年代は、行政上の不正義に対して国民の反発が無視しえないまでに強くなった時期であり、裁判官は、裁判権を排除しようとする立法に対し、自らの裁判権の保持を主張した。現在でもこの立場は維持されている。

裁判官の地位と権限についての五〇年代から六〇年代への推移は、別の言葉でいえば、裁判官が行政法領域から退くか、それとも、効果的な体系として行政法領域を発展させるかの選択を迫られたところから導きだされたものである。

## (I)

このような司法政策 (judicial policy) の転換を若干の判例により跡づけてみた。

最初の転換点は、一九六三年の Ridge v. Baldwin 事件判決にみられる。<sup>(3)</sup> この判決の中で上院は、行政の公正な運用のための重要な要素として、不利益処分を受ける者に対して、発言の機会が公正に与えられるべきことを挙げている。自然的正義の原則が行政上の行為に適用されると判示したのである。

その後、不適正な行政、誤まった行政から国民を保護する判決が登場するにいたる。

- ① Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food (1968) A. C. 997.
- ② Laker Airways Ltd. v. Department of Trade (1977) Q. B. 643.
- ③ Congreve v. Home Office (1976) Q. B. 629.
- ④ Secretary of State for Education and Service v. Tameside Metropolitan Borough Council (1977) A. C. 1014.
- ⑤ Anisimic Ltd. v. Foreign Compensation Commission (1969) 2A.C. 147. など挙げらるべき。

特に、最後に挙げたアニスミニック判決は、憲法レベルでの司法政策の注目すべき事例である。すなわち、本件で問題とされた法律によると、在外財産補償委員会 (The Foreign Compensation Commission) の決定は、いかなる裁判所へも訴えることができなかつた<sup>(4)</sup>。しかし、上院は、数世紀にわたる先例を引用しつつ、本委員会がその権限外で行なつた行為について、裁判所は訴訟法上の明示規定を無視して裁判しようと判断した。何らかの公権力 (public authority) を司法統制から除外することは、その権力機関に専断的な権限を与えることを意味する、と裁判官は理解しているのである。<sup>(5)</sup>

(三)

実際、法的意味ではないにせよ、厳格な (disinc) 憲法的意味において、立法権の濫用の可能性が存在する。例えば、議会が一党支配、あるいは独裁制を確立する立法を行なおうとし、あるいは別のやり方で民主制の基礎を排撃しようとした場合がこれにあたるであろう。公権力を司法的統制から免かれさせることは、窮極的には、独裁権力の承認を意味する。したがって、こうしたことは、憲法の觀念からみると、議会の権力濫用にあたる。しかし、現実には、議会が行なつて来ているのは、憲法原理を顧慮せず、時代の必要性に応じていくことに重きを置くあまり、コントロールできない権力の余地を議会制定法で創り出そうとすることである。これを阻止しようとしてきたのは、裁判所にはかならなかつた。たしかに時代の要請にこたえた立法が必要ではある、しかしこれに司法的統制の途を遮断することは、事態の悪化をまねく。アトキン卿 (Lord Atkin) は、「決着 (finality) は良いことである。しかし正義はもっとすばらしい」という表現でこのことを言いあらわした。

同様の教訓は、一九六七年の賃借権改正法 (Leasehold Reform Act) にかかわる裁判から学ぶことができよう。ここで問題となつたのは、(1) 家屋の価値の見積りがカウンティ裁判所によって行なわれること、(2) この目的のために、議会は高等法院への通常の控訴権を取り去つたことである。すなわち、一九五九年のカウンティ裁判所法は、控訴による場合を除いて、司法的統制に服さないと定めていたから、本改正法により議会が控訴権をとりさつたため、裁判への途が閉ざされることになつたのである。

この問題についての各カウンティ裁判所の判断はまちまちであったし、議会は問題を最終的・決定的に解決する唯一の手段を捨て去ってしまった。この事件で控訴裁判所は、制定法上の拒否権 (statutory veto) に服することを拒否することによって司法審査を行なった。本件は、上級裁判所の本来なすべき任務を阻止せんとする、議会の誤まった政策のひとつの例としてとらえられているのである。

しかし当初の在外財産補償法 (Foreign Compensation Act) のように、裁判所の裁判に対する直接的な攻撃とみられる立法は稀である。非常によくみられる現象は、間接的な攻撃を意味するものであり、それは、裁判所が独自の判断を行なう余地が全くないほど広範にして主観的な文言で権限を付与することによって行なわれている。例えば、「もし、当該大臣に意見がある場合には (if the minister is of opinion)」という文言によってしか制限されないような権限の付与がそうである。これは、行政権に無制約の自由裁量を創り出そうとする議会の試みであり、四〇年以上にわたって裁判官らは、かかる陰險な条項に対抗する姿勢を示してきた。<sup>(6)</sup> 教育法 (Education Act) が問題となった事件で、裁判所は、「もし地方教育庁の行為が不当であると國務大臣が確信したならば」という文言を、「もし事実として、地方教育庁が不合理な行為を行なっているならば」という意味に、すなわち、「もし裁判所が地方教育庁は不合理な行為を行なっていると確信したならば」という意味に解釈してきた。

右のような、裁判官による法文の解釈は、裁判官が自らの権限を保持するために行なう理論上のゆがみあるいは逃避 (logical contortion and evasion) であるといえるかもしれない。しかし、議会主権のドグマを身につけた法律家といえども、これを批判すべきではなく、むしろ容認しなければならぬ。というのは、裁判所による統制、とりわけ裁量権に対する司法的統制は憲法原理のひとつであるからである。<sup>(7)</sup> 裁判官は、議会といえども裁判官からその本来の機能を奪うことはできない、という意味の、一種の「特別保障」された規定を持つ憲法を与えてきたのである。すなわち、裁判官には、法律上の全能という絶対性 (the crude absolute of statutory omnipotence) ではなく、奥深い憲法理論の発見が許され、また期待されてもいるのである。<sup>(8)</sup>

かくして、裁判官をこのような逃避行動にはしらせる表現をもった法の制定を議会は控えるべき時期が到来しているように思わ

れる。実際、司法審査の制限をとりはらう条項が、フランクス委員会の勧告にもとづいて、「審判所及び調査に関する法律 (Tribunals and Inquiries Act, 1958) (現行法一九七一年) の中で具体化されてゐる。

いかなる司法統制を裁判官が寛容し (tolerate) あるいは寛容しないかの判断をイギリス政府 (ホワイトホール) に任せるべきではない。いかなる権限濫用を裁判官が寛容するかしないかの判断は裁判官がなすべき事柄である。これは、憲法が裁判官に割りあてた任務であり、脅迫・告発されることなく、裁判官による政治といわれることなく、その任務の遂行を認められなければならない。

#### (四)

コモンウェルズ内の各国政府は、司法作用の強化の必要性を認め、これを様々な改革の中で実現させてきている。

カナダでは、一九七一年の「連邦裁判所法」(The Federal Court Act) およびオンタリオ州の「司法審査手続法」(The Judicial Review Procedure Act) によって司法審査の範囲が拡大された。オーストラリアでは、「行政上訴審判所法」(The Administrative Appeals Tribunals Act, 1975)、「行政決定(司法審査)法」(The Administrative Decisions (Judicial Review) Act, 1977) によって司法審査の範囲が拡大された。

こうして、オーストラリアでは、司法審査の拡大が公務員にも受け入れられるようになってきている。それは次のことばによっても明らかであろう。

「ブランド委員会での論議の中で……多くの上級公務員 (senior public servants) は、仲裁あるいは司法審査に反対する表明をしていない。彼らは誤まりをおかす可能性を知っており、また個人的に公務員によってなされた専断的決定が、逆に個人の権利および利益に影響を及ぼす場合にとくに、最近、世間はこれを受け入れるべきではないし、また受け入れようともしていないと考えている。……上級行政官らが審査の拡大を主張していることを吾々は目撃した。」

この事態は、司法による支配を意味するのではなく、政府 (Government) による支配を意味するのである。裁判官は法の枠内で審判者であるにすぎない。かくして、イギリスにおける上級公務員の態度が、オーストラリアのそれと異なっていると考える理由はないと判断される。

ニュージーランドでは、一九六八年の司法修正法 (The Judicature Amendment Act) により、高等法院の行政部の設置に途が開かれた。すなわち、行政事件は全て専門的かつ一貫して審理するひとつの部門に割り当てられるのである。この当時、イギリスでは、昔の司法部門に依りて、ある事件は、王座裁判所 (Queen's Bench) に送られ、他のものは王座部裁判所 (Queen's Bench Divisional Court) あるいは高等法院大法官庁 (Chancery Division) に送られた。しかし、今日では、王座部裁判所に集中された。この修正は、特別の行政裁判所の設置よりも優れていると思われる。<sup>(9)</sup> というのは、司法概念を定義することは終わりのない問題だからである。吾々はイギリス海峡の向こうをねたましく思う必要はない。通常の裁判官による司法審査で、しかも右の特定の部門を通じて集中されるという手法により、わが国は、大陸と英米のもっともよい点をととも獲得しうる手段を持っているからである。

ところで、一般的にいえば、裁判官の仕事は、行政法を他の法体系と対比しうる、かつ、様々の点で便益を主張しうるところまでつくりかえることだと思われる。E E C 諸国最高行政裁判所長官の会合に出席したディプロック (Diplock) 卿は上院で次のように述べた。「全員の一致した見解はこうだった。基本権侵害を理由に、統治権 (Governmental power) の濫用を審査する手段から生まれる結果は、各国類似の事実について、E E C 九カ国全ての国で実質的には同じであった。ただ、二ヶ国において、イギリス行政法ではまだ具体化されていない、主として立法行為との関係での、いくつかの原則が存在している。「この原則は、ディプロック卿の説明によると比例原則 (principle of proportionality) と、合理的な期待の原則 (principle of reasonable expectation) とであった。しかし、この二つの原則も実際上はイギリスにおいても適用されているのである。<sup>(10)</sup>」

(五)

司法審査の拡大が論議されるとき、裁判官を政治の中に引き込むものだという理由で反対がとなえられるのが常である。しかし、裁判官は、いつでも、法はもちろんのこと、政治をも含む問題を解決してゆかなければならないし、事実、彼らは政治の渦にさらされているのである。<sup>(11)</sup>

たしかに、裁判官の間で政治化に対する畏れは根強いものがある。デニング卿は上院での演説の中で「もし裁判官に議会制定法をくつがえす権限が与えられているならば、彼らは政治化し、裁判官の任命は政治的背景に基づいて決せられることになる。さすれば、彼らの評価は政治的に決定されてしまうに至るであろう。」と述べた。

とはいえ、「司法の政治化」に対し消極的でない裁判官のいることもたしかである。裁判官の主目的が政治にかかわらないということであるならば、彼らの任務は大臣に無制約の裁量権を与える議会制定法を文字通り解釈することに限定され、その結果、行政法の発展は不可能であったといえよう。新しい権利章典、あるいは新しい憲法典の下では、議会制定法の合憲性を判断しなければならなくなるだろうといって、裁判官がなげびくびくしなければならぬのであろうか。法令の合憲性判断は本来の意味での憲法 (proper constitution) を有するすべての国の裁判官の主たる任務である。私は、いかなる機関も無制約の権限を持たず、違反を阻止する法的機関の存在が定められている憲法を本来的な意味での憲法であると考える。

これまでに裁判官が採ってきた司法の転換を思いおこすならば、今や裁判官が演ずべき役割をはっきり示す憲法の必要性が理解されるであろう。裁判官に正式の憲法上の地位が与えられているならば、政治的偏見ありと責められる場合は、かつての司法政策の転換の場合に比べて低くなるはずである。

(1) ウェイドの見解については、下山瑛二「イギリス行政法学における一思潮——H. W. R. Wade 教授と L. L. Jaffe 教授の主張について——」都立大学学雑誌一〇巻二号一頁(一九七〇)参照。



- (2) この時期は、二〇世紀の初頭における判例とは異なつて、裁判所が「司法的」行為の概念を嚴格に解釈しはじめた時期——司法審査の「沈滞期」ともいわれる——といわれ、「法の支配」の動搖が論議されるにいたつたといわれている。詳しくは、高野敏樹「イギリス司法審査制の一面面——『法の支配』の現代的展開の視点から——」上智法学論集二五卷一号一二九頁(一九八二)参照。また、自然的正義の原則については、H. W. R. Wade, *British administrative law and natural justice*, 公法研究三七号二七頁(一九七五)参照。
- (3) *Ridge v. Baldwin*, (1964) A. C. 40. 都市団体法 (*Municipal Corporation Act, 1822*) には、被処分者に対する事前の告知・聴聞の手續が定められていなかったたので、かかる事前手續を経ずしてリッジは免職処分をうけた。そこで彼は、事前の告知・聴聞の手續を欠いたことは自然的正義に違背するとして訴えた。本判決については、山田幸男「英米判例百選Ⅰ公法」別冊ジュリスト五九号二六頁(一九七八)参照。この判決は、「自然的正義の權威を復活させ、大権救済の適用範圍を広げることにより、イギリス法の直面していた救済手法の不備の問題を解決する端緒となるものであった。」(高野・前掲一五九頁)
- (4) 本判決の詳細な内容については、田島裕「英米判例百選Ⅰ公法」三二頁、高野・前掲一七九頁以下、鶴飼信成・石村修訳「ウェイド・イギリス行政法(5)」専修法学論集三五号(一九八二)一〇九頁、一一八頁以下等参照。田島・前掲によれば、本判決の最も重要な点は、「通常裁判所が司法のあり方を監督する一般の権限を持っていることを再確認したこと」(三三頁)である。裁判所の審査権を排除する旨の何らかの文言を付した各種制定法規定の効力の範圍という問題については、高野・前掲一六九頁、田村泰俊「Entrenchment Clause の憲法保障機能——行政行為の司法的統制をめぐって——」慶応大学大学院法学研究科昭和五七年度論文集二二九頁、二三四頁参照。
- (5) ウェイドは、議會主権の絶対性を法学を学ぶものは必ずおそわるが、「最後の言葉をいう」のは裁判官であり、それが法を示すものだという。
- (6) しかしながら前述テムサイド事件で、上院は、これらの条項を少なくすることはそう容易なことではないことを確認して  
ing.
- (7) 裁判官が、*"if the minister is satisfied"* 型の条項を文字通り適用していたならば、一層批判にさらされたであろう、とウェイドは述べる。

(8) 公権力 (public authority) に対する司法的統制が憲法原理として認められ、それを基礎づける役割も演じる。裁判官による「奥深い憲法理論の発見」をイギリス憲法が認めているから、司法的統制の及ぶ範囲の判断は、裁判官自ら行なうべきことにはなろう。しかし、これとて具体的事件に即して発見される「奥深い憲法理論」の当否の判断権の所在をめぐる問題の発生防止の効果までも生むかどうかは疑問である。

かくして、具体的に権限濫用があった場合、司法的統制を行なうべきかどうかの判断権が、憲法により裁判官に割り当てられているのだから、これを裁判官による政治と称すべきではないにせよ、裁判官による政治であるという批判を全く避けることはできないと思われる。

(9) 下山教授は、ウエイドは以前からこのことを主張してきていたが、ミッチェルは、行政は行政的思考方式を理解するものによってのみ統制しようという立場を採り、フランスのコンセイユ・デタ方式の公法裁判所の設置を主張していることを紹介される。下山英二「イギリスにおける戦後の行政法・行政法学の発展——主として「Tribunals and Enquiries」をめぐって——」公法研究三八号（一九七六）四〇頁、四九頁。

(10) この二つの原則が、行政法にとって付随的なものとしてこの会合で議論されたのか、中心的なものとして議論されたかは、ウエイドの本文からは必ずしも明らかでない。したがって、比例原則、合理的期待の原則をみたしたからといって、イギリスで行政法が他の法体系と対比されるものにつくりかえられるといえるかどうか疑問なしとしない。

(11) 裁判官の任命と政治との関係については、内田力蔵「イギリスにおける裁判官の任命と政治との関係について(一)〜(三)」国学院法学八巻二号一頁（一九七〇）、八巻四号一頁（一九七二）、九巻三号二四頁（一九七二）参照。

\* \* \*

本書は、わずかの頁数の中で、イギリスの当面する憲法上の諸問題に論及したものであり、今後の論議の素材として多くの問題提起を行なっている。

ウエイドは、裁判官の役割を再度強調し（行政「法」のルネサンス）、新権利章典問題等においても裁判官の任務の確立（新権利章典に対する「忠誠」）によって積極的な解決が可能であるとす。しかし、「法律には違反しないが憲法に違反する」という

判断を裁判官が行ないうる前提には、何らかの意味での「基本」法の存在を認める彼の立場があり、この立場が伝統的なイギリス憲法理論の現代的展開とどう調和して展開されていくのか興味のあるところである。