

紹介

H・ウルフ卿『公衆の保護——新しい挑戦』(一九九〇年)

(The Rt.Hon. Sir H. Woolf, *Protection of the Public*
— A New Challenge (London, Stevens & Sons, 1990), pp.132.)

榊原秀訓

目次

はじめに

一本書の内容

1 バランスの問題

2 救済手段

3 非司法審査

4 九〇年代のための処方箋

二若干の検討

1 司法審査の排他性

2 司法審査の限界

おわりに

はじめに

本稿は、第四一回のハムリン・レクチャー (The Hamlyn Lectures) であるウルフ卿 (The Rt. Hon. Sir H. Woolf) の『公衆の保護——新しい挑戦』(一九九〇年)⁽¹⁾を紹介しようとするものである。ウルフ卿は、一九七四年から一九七九年まで大蔵省デビル (Treasury Devil) という役職にあり裁判所で政府省を代表する責任を負い、Secretary of State for Education and Science v. Tameside M.B.C. ([1977] A.C.1014.), Congreve v. Home Office ([1976] Q.B.629.), Att. — Gen. v. Jonathan Cape Ltd. ([1976] Q.B.752.), Laker Airways Ltd. v. Department of Trade ([1977] Q.B.643.) 等の著名な事件にかかわっている。⁽²⁾その後、裁判官に指名され、高等法院の行政法裁判官⁽³⁾として、控訴院の裁判官となっている。ウルフ卿によれば、本書の目的は、第一に、行政法がイギリスでこれほど急激に発達することを可能にしたイギリスのシステムの特徴を確認し、第二に、必要であると信じるよりいっそうの前進をなすために同じ特徴が活用され得る方法を確認することである。⁽⁴⁾また、ウルフ卿は、本書では司法審査の原則 (審査方法・審査基準) は学者の領分として扱わず、機構の効率性と有効性に焦点をあてるとしている。⁽⁵⁾そして、本書は、具体的には、第一講「バランスの問題 (A Question of Balance)」、第二講「救済手段 (Remedies)」、第三講「非司法審査 (Non-Judicial Review)」、第四講「九〇年代のための処方箋 (A Recipe for the 90s)」と題した四つの講演からなっている。

本書の中心は、ウルフ卿が裁判官ということもあり、必然的に行政の司法審査に置かれている。また、本書においてウルフ卿が一九四九年のデニング卿 (The Right Hon. Lord Denning) の講演⁽⁶⁾への言及を各箇所で見ていることは、ウルフ卿がデニング卿なみに法 (改革) を主導しようとする強い意欲をもっていることを意味しているようにも思われる。さらに、その内容の点では、学界における通説的な見解とは異なり、紹介者がかつて紹介したジャスティス・オール・ソウルズ報告書 (JUSTICE = All Souls Review) (以下、JAS報告書と省略する)⁽⁷⁾にも批判的な、強力な独自の主張を行っている

ること特徴が見られる。そこで、このようなウルフ卿の見解を紹介・検討することはイギリスの行政法、特に行政の司法審査の理解のために有用であると思われる。以下では、まず、四つの講演について順次紹介を行い(一)、次に、行政の司法審査にかかわって紹介者が関心をもつ幾つかの問題について若干の検討を行うことにする(二)。なお、各講演中における小見出しは、紹介者が原文中の小見出しを修正・統合して、または、新しく独自につけたものである。

注

- (1) The Rt. Hon. Sir H. Woolf, *Protection of the Public—A New Challenge* (London, Stevens & Sons, 1990) (以下「Sir Woolf, Protection」を省略する)。本書にかかわったウルフ卿の論文としては「Public Law—Private Law: Why the Divide? A Personal View», *Public Law* (1986) (以下「Sir Woolf, "Divide"」を省略する)と「A Hotchpotch of Appeals—the Need for a Blender», *Civil Justice Quarterly* Vol. 7 (1988) がある。
- (2) Sir Woolf, *Protection*, pp. 2-8; "Divide", p. 220.
- (3) なお、本書においてはロンドン大学ユニバーシティ・カレッジのフェロー (Fellow of University College, London) という肩書きがつけられている。現在依然として裁判官職にあるのかどうかは確認できなかった。
- (4) Sir Woolf, *Protection*, p. 10.
- (5) *Ibid.*, pp. 123-124.
- (6) The Rt. Hon. Lord Denning, *Freedom under the Law* (London, Stevens & Sons, 1949) (邦訳「山田幸男『法と自由』有斐閣、一九五五年」)。
- (7) JUSTICE = All Souls, *Administrative Justice—Some Necessary Reforms—* (Oxford, Clarendon Press, 1988) (紹介・鹿見島大学法学論集二四巻一号、一九八八年)。

一本書の内容

1 バランスの問題

(1) 公法訴訟と私法訴訟の相違

行政法訴訟または公法訴訟は私法訴訟と異なる目的に仕える。私法訴訟の場合、訴訟の結果に直接関心をもつのは当事者のみであり、一般公衆は、私法訴訟の結果に通常関心がなく、私法訴訟が個人間の紛争解決やある個人の他の個人にたいする権利執行の公正かつ効率的の方法を提供することにのみ関心をもっている。しかしながら、公法訴訟は、例えば新しく自動車道を建設する場合のように、より頻繁に直接的に訴訟当事者と同じく公衆の多くまたは公衆一般にすら影響を与える。また、公衆一般がほとんど関心をもたない移民事件のような公法事件も存在する。しかしながら、決定は公的義務を果たす公的機関によってなされるので、両者とも我々のシステムの下では公法訴訟として扱われる。私法訴訟と公法訴訟における第一次的目的や効果に基本的相違があるならば、行政官ではなく公衆一般の利益を保護するために、司法審査申請をなす個人の権利に通常の私法訴訟にはない制約が存在することが承認され、また、申請者は安全装置がなかったならば裁判所が介入しないような領域に介入することを促進するので安全装置から利益を得ている。

(2) 公法訴訟にたいする公的機関の対応

裁判所は、公法訴訟において公衆の利益のために、申請者の利益と公的機関の利益の適切なバランスを維持することが

重要である。申請数の増加は、申請者にかんする限り裁判所がエスタブリッシュメント志向であるという不安を消し去るが、被告特に中央政府との関係では不安を抱かせる。もともと、いままで、ある省の決定が争われているとき、省は率直に宣誓供述書 (affidavit) において決定のさいに考慮した事項を述べ、決定過程は充分開示され、その結果文書開示 (discovery) の命令をなしですませ、反対尋問なしで宣誓供述書の証拠に基づき申請を処理することを可能にして、簡単・安価・迅速な手続に貢献してきた。また、政府省は自ら執行の停止をしてきた。しかしながら、司法審査はますます広範囲にわたり、政府トップ・レベルにおいて政府決定や政策の執行を裁判所による監視に服さないようにするための方策がとられてきた。幾つかは喜ばしい対応であり、決定がなされる方法を改善し、例えば『裁判官があなたを監視している (I'm Judge over your Shoulder)』とこうパンフレットの配布によって司法審査の原則を法的トレーニングを欠く行政官に説明してきた。しかし、しだいに採用されている、特定の決定を司法審査の領域から排除するというあまり喜ばしくない問題の多い対応もある。省が裁判所の審査を歓迎することを期待することは行き過ぎだが、省は審査の効果が市民を保護することと同時に行政水準をあげることにあることを理解すべきである。裁判官が行政官が直面している問題を充分理解していない、判決に従うために現実的でない基準を採用するよう要求されるといふ政府省からの苦情もあるが、問題の要因は、公務員の法的トレーニングの欠如に加えて行政の行為にかんして裁判所によって果たされる監視的役割についての司法府と行政官の間のやりとり (interchange) がないことにある。司法審査の過剰な使用から生じる危険が、司法審査に組み込まれる安全装置の重要性を強調する。なぜならば、安全装置が裁判所に行政官の利益と公衆の利益のバランスをとることを可能にするからである。もし安全装置がなかったならば、司法審査を妨げるための回避行為を政府がとるといふ望ましくない傾向が増し、結果として司法審査は公衆の効果的保護を与えなくなるであろう。

(3) 公法訴訟における安全装置

司法審査の申請をするために裁判所の許可を得ることに要請は、もし歴史的理由によって大権令状を得るための二段階手続がなかったならばおそらく存在しなかったであろう。大権命令の場合、一方的 (ex parte) 段階を含む申請に、もし必要ならば、当事者間のヒアリング (inter partes hearing) が続いた。新しい手続が導入されたとき、司法審査の最初の段階を許可の申請として表現することは賢明ではなかったかもしれない。もし最初が一方的または一定期限までに異議申立てがなければ完全な効力を有する (res) ものとして、第二段階はもし答えるべき主張がある場合のみ生じるという二段階ヒアリングとして表現されるならばより良かったであろう。市民間では許可が要求されず行政機関にたいしてのみ許可が要求されるという現状は誤りであるので許可は廃止されるべきという J A S 報告書の批判は、かなりの感情的力をもつが、もし人身保護令状の申請について依然として存在している二段階手続を採用することによって同じ実際の結果が達成されたならばその影響力は減じられるであろう。実際には、許可の要求は原告が迅速にかつ安価に申請の本案について高等法院の裁判官の見解を得ることを可能にし、許可の付与はもし資格あるものならば法律扶助を得ることに困難がないことを保証するので、原告の障害物などではなく原告の利益にすらなる。そうではないとしても、許可の要求は濫訴を防ぐ有用なフィルターとして役立つので、その維持は公衆一般の利益によって正当化される。J A S 報告書による訴訟の却下を求める申請という解決策は同様の抑止力をもたず、さらに、その申請が審理される間不明確な時間が存在することになる。J A S 委員会は許可の要求は差別的であるとすがるが、今日公的機関による申請が数多くなされ、その場合にも許可は必要である。実際には許可を得る手続は費用がかからず、簡単であり、もし許可が拒否されれば、公開の裁判所に再申請でき、それが再び拒否されれば、控訴院に上訴できる。J A S 委員会が指摘するように控訴院で拒否されれば、貴族院への上訴の権利はない。貴族院が最終的な判断者であることに異論はないが、実際には、貴族院が許可の申請を考慮する

に適切な事案の数は極めて少ないであろうし、申請者が他の裁判所ではなく貴族院に進む隔離された事案を扱う実際的方法が既にある。また、J A S 委員会によるスコットランドの「事前の当事者間のヒアリング (preliminary inter partes hearing)」の採用という代替案にも賛成できない。事前ヒアリングに被告を出席させることは申請者を助けない。それは既にイングランドで例外的に行われているが、実際にはこの初期の段階での被告の関与はかなり込み入った申請の場合または申請者が個人で行為し、裁判所が被告の援助を必要とする場合を除いて現実にはあまり役に立たない。さらに、もし許可の段階が廃止されたならば、それは裁判所から手続の初期の段階における裁量権を奪うであろう。

O'Reilly v. Mackman ([1983] 2 A. C. 237.) 事件貴族院判決は疑いもなく重要である。第一に、それは、公法と私法の現実の区別に注目する。区別は厳格なものではないが、民営化や非制定法上の規制機関の設置の時代に裁判所が厳格な区別によって妨げられるべきではないので、これは欠点ではなく長所である。第二に、判決は、それが一般的にもし事案が司法審査の申請に適切ならば、申請は司法審査の申請によって行わなければならない、さもなければ過程の濫用であるとした点で重要である。判決批判が誤っていると考えられるのは、それらが判決を何か司法審査と私法訴訟の間に克服できない壁を作ったと考えることである。また、本案においては勝てそうだが単に訴訟手続を誤ったという理由で敗訴にする事案が多いとは思わない。さらに、もし事案が司法審査で提起されるべきであったがそうでなく、メリットがある事案であるならば、即座に事案を進め、既に存在する訴訟を規則五三号の要求を充分満たしているものとして扱うために許可を与えることは、私自身もしてきたように、裁判官にとって常に可能である。他方で、司法審査の申請がなされたが私法訴訟の方が適切に扱える場合には、同様の戦略を用いることによってまたは訴訟があなたも令状によって始まったように継続できると命じるために規則五三号九条五項を利用することによって反対の手続が採用され得る。しかしながら認めらるべきでないことは、安全装置の意図的な回避である。現実の論点は、O'Reilly v. Mackman 事件貴族院判決が規則五三号について正しいかどうかではなく、規則五三号が安全装置を取り扱うように修正されるべきかどうかである。もし安全装

置が維持されるべきならば、明らかに規則五三号の内にある事案はその道を行くべきである。O'Reilly v. Mackman 事件貴族院判決以来、誤った手続が採用されたので訴えが却下され得ると論じられた多くの事件があったということは事実であり、本判決がなければ手続の適切性についての事後的論点が生じなかつたであろうということも事実である。しかしながら、重要な法の進歩があるところでは、その展開の程度が正確に評価され、プラグマティックな解決がケース・バイ・ケースに働くには常に時間がかかる。

最後に、Wandsworth London Borough Council v. Winder [1985] A.C.461. 事件貴族院判決にかかわる問題がある。ウインダー (Winder) 氏は、カウンシルの賃借者で、家賃を未納し、カウンシルによってカウンティ裁判所に訴えられた。彼の抗弁 (defence) は、カウンシルのカウンシル・ハウスについての約五〇%の家賃値上げをするという決定は不合理で (unreasonable)、従つて無効 (void) というものであつた。遅延のために、司法審査の申請が認められるためにはウインダー氏に有利な裁判所による裁量の行使が要求された。彼が許可を拒否されていたので、裁判所はそのような裁量行使の準備はなかつたと推定できる。しかし、貴族院は、家賃支払いの遅延という地方当局の主張にたいする抗弁としてだけではなく、彼は義務はないという宣言判決での反訴 (counterclaim) の基礎として家賃を値上げる地方当局の決議の無効に依拠する資格があると判断した。本判決を O'Reilly v. Mackman 事件貴族院判決の喜ばしい例外として見る学者と異なり、それは私を混乱させる。家賃値上げの決議の無効が別の訴訟ではなく抗弁として提起されたことになんらかの意味を見ることができると、私は、抗弁に依拠する権利はそれが司法審査の申請に基づくと同じ方法で裁量行使する裁判所に服するという貴族院による示唆があることを期待したし、従つて、事案が高等法院に移送され、司法審査の申請を審理する裁判官によつて審理される方が良いと思う。なんらの充分な理由なく、我々は今日 Winder 事件貴族院判決の結果として、単に O'Reilly v. Mackman 事件貴族院判決の原則の理解し得る例外としてだけではなく、カウンシルの決定の無効が司法審査の申請のための根拠として依拠されるとき適用される基準とは異なる基準が、抗弁としてカウンシルの決定の無効

効が依拠されるところで適用されることを承認してきたように見える。見逃されてきたことは、公益は最も頻繁に公法訴訟で生じる一方で、それがまた私法訴訟においても生じることである。訴訟が私人によって提起されたにせよ法務長官によって提起されたにせよ、裁判所は、公益を考慮することができ、裁量的救済の付与について司法審査の申請について発達させられた専門性を利用することができるべきである。また、問題は裁判所が決定の無効を確認するまでそれが有効であるかという問題にかかわっている。

規則五三号に含まれる安全装置が維持されるべきかどうか、そして規則五三号が一般的に公的機関の活動を審査するために要求される手続であるべきかどうかについての論争を、両者の問題が関連しているということを強調して終りにする。安全装置が第一次的要素である司法審査という救済手段の柔軟な性質が、司法審査の発達に貢献してきたし、将来の発達を可能にする。JAS報告書において提唱されている司法審査の根拠の法典化および制定に賛成しないのは、この柔軟性をとどめることが本質的であると考えるからである。法を明確にすることが望ましいということには賛成だが、柔軟性のなさは払うには高すぎる代価である。

2 救済手段

(1) 宣言判決

裁判所が新しい挑戦に対応するために既存の私法上の救済手段を発達させ適応させるさいに最も成功してきたのは、宣言判決の使用においてである。大権命令を申請する代わりに宣言判決を求める最大の長所は、それが部裁判所を回避することを可能にすることであった。一九六〇年代まで、部裁判所は超過負担であった。裁判所は一つの部でのみ審理し、ほ

とんど常に時の首席裁判官 (Lord Chief Justice) により統括され、それにより一貫性を確保していた。裁判所は大権命令に加えて治安判事や多くの審判所からの上訴を扱わなければならなかったので、議論を厳しく制限したり、非常識な数の事案を審理することによって事案を処理したが、重大な滞りが起こり、緊急の問題すら承認し難いほどの時間待たなければならなかった。通常大法官部になされる宣言判決の申請はかなり魅力的なオールターナティブであった。大法官部では、同じような超過負担を負っていない有能な裁判官によって裁判が行われていた。彼らは重要な問題を提起する事案に与える時間を有していた。

しかしながら、司法審査の導入までは宣言判決は私法上の救済であり、私権を宣言する救済手段であることから重大な制約を受けていた。宣言判決の原告は、訴訟を提起するために、彼が少なくとも有害な影響を受けている (adversely affected) ある個人的利益 (some personal interest) をもっていることを示さなければならなかった。彼は通常は公衆を代表して訴訟を提起することはできなかった。訴訟原因 (a cause of action) は必要ではないが、原告は公的権利が侵害されていることを確定するために、法務長官 (Attorney-General) の名前でリレーター訴訟 (relator action) を提起するためにその援助を受けるか、彼の私法上の権利が侵害されたことまたは制定法上の義務違反が彼に特別の損害を与えたことを確定しなければならなかった。大権命令の場合は、現実の利益 (a real interest) をもっていることを示せば充分であった。新しい規則五三号は司法審査の申請に基づく宣言判決についてのこの制限を取り払った。宣言判決は、裁判所に決定全体を取消すことなく決定の瑕疵ある部分を削除することを可能にしたので、公法訴訟において理想的な救済手段であった。Inland Revenue Commissioner v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd. ([1982] A.C. 617.) 事件控訴院判決においてウィルバーフォース卿 (Lord Wilberforce) は、原告適格を定める規則五三号三条は、同じ文言が、(損害賠償請求以外の) 司法審査に基づいて利用できる救済手段すべての形態をカバーするために用いられているが、規則はそのテストがすべての場合に同じであることを意味しないと判断した。宣言判決が求められたとき原告適格は緩や

かに解されてきた。しだいに、裁判所は、司法審査の申請に基づく宣言判決との関係での原告適格にたいするこの緩やかなアプローチを確立し、また申請が司法審査の方法ではなされないところで公的機関にたいする宣言判決の申請に同様のアプローチを採用してきた。

Gillick v. West Norfolk and Wisbech A. H. A. and D. H. S. S. ([1986] A. C. 112.) 事件貴族院判決においては、原告適格が緩やかに解されたばかりではなく、司法審査に服する対象 (subject matter) の性質も緩やかに解されてきた。なぜならば、Gillick事件において争われたものは、なんらかの制定法上の裁量や権限ではなく、いかなる制定法上のまたは他の法的効力ももたない省の通達または助言であったからである。また、人頭税についての政府によるリーフレットの配布にかかわる司法審査申請の利用について論争があった。裁判所が宣伝の普及のような大きく濫用され得る領域において介入する権限を決してもたないとは考えないが、介入権限を相当の注意と裁量をもって行使されるべきものあると考える。介入することが適切な事案において、裁判所は宣言判決によってのみそうすることができる。通達は取消され得ないし、禁止命令はそのような状況において使用する道具としては鈍すぎるからである。裁判所の監視に服さない重要な権限の行使を避けたいという願望は、また R. v. Panel on Take-overs and Mergers, ex p. Datafin PLC and another ([1987] Q. B. 815.) 事件控訴院判決を説明する。その事件で控訴院はテーク・オーバー・パネルの活動にたいする監視権限を認めた。

また、裁判所は、かなりの例外的状況を除いて、特定の事案においてパネルの決定を取消す (quash) よりも将来のために法を宣言することによって介入することを示した。もし宣言判決が私法的救済手段として残っていたならば、裁判所の役割のこの拡大が可能であったと想像することは困難である。行政法の領域でもし裁判所が法的地位を明確にする宣言判決を与える用意があるならば、それは大きな前進である。実際、裁判所に超過負担を負わせないならば、公的機関がなさなければならぬ重要な行政決定の適法性について疑いをもっているとき、宣言判決を与える裁判所の権限を利

用できることは公益に役立つ。現在、公的機関のアプローチは、行為が適法がどうかについて自ら決定し、待ち、それが争われるかどうかを見なければならぬものである。事前の判断を得ることが賢明であるような多くの状況がある。かつては、申請は機が熟しておらず学術的なものと考えられたのでこのことは不可能であった。しかし、*R. v. Her Majesty's Treasury, ex p. Smedley* ([1985] 1 Q. B. 657.) 事件控訴審判決において、異なる態度が採用された。スメドレー (Smedley) 氏は、草案が国会の両院の承認を必要とし、まだそれを受けていない枢密院令が違法であるという宣言判決を求めた。控訴院は、もし国会が草案を承認すれば決定のために生じる法的問題についての裁判所の見解の表明は単に当事者だけではなく、国会各院自身に有用であるという理由で、その機が熟していないという抗弁を否定した。注意深く行使される必要があるが、裁判所から助言的意见を求める慣行の発達は賢明で建設的なことのように思われる。これは、行政決定の効率性を向上するだけではなく、司法審査にたいする行政官の態度の改善に役立つ。

Datfin 事件控訴審判決に戻ると、本件の他の特徴は、本件前には非制定法上の自己規制機関が裁判所による監視に服し得るかどうかについて重大な疑いがあったにもかかわらず、テーク・オーバー・パネルの決定が司法審査の対象 (subject) になったということである。司法審査の対象になる理由は、それが公的機能 (public function) を果たしているということであった。*Datfin* 事件控訴審判決以前は、問題は機関の権限のソース (source) にかかっていた。機関によって果たされた活動 (activity) を見るということは、政府の現在の民営化政策にかんしては公衆にとって重要であった。公的機関によって果たされてきた特定の活動は、その機関が民営化されても同様に司法審査の必要性を生じさせる。また、民営化に伴って設置される規制機関の権限も司法審査に服する。

宣言判決の柔軟性は、裁判所が不適切に介入しないことと公衆の利益を保護することの間の適切なバランスを維持することを助ける。裁判所は新しい創造物——将来的宣言判決 (prospective declaration) ——を作り出した。決定を遡及的に無効であると宣言することを望ましくないものにする多くの考慮事項がある。

私的権利が侵害されていることを主張し、裁判所によって自動的に保護される権利を通常もつ者に利用できる救済手段と、救済にたいする同様な自動的な権利がないところで、公的機関が公的機能を果たす方法によって有害な影響を受けたと主張する者の間には区別が引かれ得る。

(2) 損害賠償請求

不法で恣意的な行政の行為にたいする補償を得る権利は極めて制限されている。現行法では、市民が救済手段をもたない多くの状況がある。そこで、JAS報告書は、劇的な変更を勧告した。すなわち、(a) 人がネグリジェンスを含まない不法な行政の行為の結果として損失を被るとき、(b) 損失が決定をなすさいの過度のまたは不合理な遅延によって引き起こされるところで、補償の形態の救済手段が利用できるべきであるとする。また、JAS報告書は、ネグリジェンスにかんする法は、ケース・バイ・ケースの基礎に発達させられる、そして、因果関係 (causation)、損失の遠隔性 (remoteness)、損害賠償額の算定の基準 (measure of damages) という通常の原則が適用されるべきであると考えた。私は、これらの勧告にかなり共感するが、その文言の広さを考慮すると完全には承認できない。もし損害賠償請求が公法上の救済手段になるならば、損害賠償額の算定の基準がコモン・ロー上の訴訟におけるそれと異なるべきと述べる公共政策上の理由が存在し得ると考える。JAS報告書は、公的機関が迅速に行為することを慎むまたは責任を生じさせる危険を回避するためにそのアプローチに過剰に注意するようになるという危険を考察するが、無視し得るとする。しかし、私はこれは正しいとは思わない。特に小規模機関が迅速な行為を慎むようになるという危険があると思う。また、もし特定の損害が公的機関によって与えられるならば、特定の損害が私的機関によって同様の状況で彼に与えられるよりも彼の個人的権利はより大きいということになる。JAS報告書の勧告には難点がある。もし改革が行われるならば、私は、ステップ・バ

イ・ステップのアプローチが採用されることを提唱する。手初めとして、私は、裁判所の補償を与える権限を、司法審査によつて提供されるオルターナティブな救済手段が事案の実質的損害を救済するには不十分で、もし補償が他の救済手段とは別にまたはそれに加えて与えられないならばかなりの困難が申請者に引き起こされる事案に限定する。実験の間、不当行政の場合の恩恵的な補償を勧告するオンブズマンの権限は、裁判所によつて与えられるよりも大きな補償を与えるようにならないように行使されるべきである。オンブズマンが事実上裁判所ができないときに補償を与え得る現在の状況が継続することは望ましくない。

(b) にかんして、行政的遅延が個人に現実的損害を与えるが、この損害が現在オンブズマンの介入によつてのみ補償され得ることは重大な不正義だと考える。J A S 報告書は、Rowlings v. Takar Properties Ltd. ([1981] 1 All E.R. 163.) 事件枢密院判決を考慮することはできなかったが、もし上訴の結果が知られていたならば J A S 報告書がネグリジェンスの法をケース・バイ・ケースの基礎に発達させるといふ勧告に自信をもてたかどうか疑わしい。また、私は、遅延が重大な困難を申請者に引き起こし、もし彼が遅延のための救済手段をもたないならば彼が現実の損失を被り得るといふ状況があり、さらに、不適切な遅延のための補償をする責任の可能性は、決定過程の迅速さに健全な効果をもたら得ると示唆する。最後に、私は、立法を必要としないという利益をもつ、可能な前進の限定的ルートの存在に注意を向ける。例えば、新しい自動車道の場合、裁判所が、公的機関にもし被害を受けた者が補償されるならば裁判所は救済を与えないが、さもなければ裁判所はそうせざるを得ないと述べることは可能である。私は、このことが公的機関が権限を濫用して行爲した通常の結果を「買取する」ことができる魅力がない方法として考えられ得ることを認識している。しかしながら、それは、しばしば行政的不能であるものの全面的な有害な効果から一般公衆を保護するプラグマティックな方法である。

(3) 差止め訴訟

差止め訴訟には前進がないが、それは、禁止命令が事実上差止め訴訟と同じ結果を達成できるからである。しかしながら、差止め訴訟が禁止命令にたいして大きな優位性をもつところは、差止め命令が仮の救済を提供できるところである。司法審査の導入前、国王にたいする差止め訴訟を得ることはできないということが常に承認されてきた。最近まで、司法審査がその状況を変えず、国王にたいする仮の救済を得ることは不可能であるということが承認されてきたが、一九八七年に、*R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Herbage* ([1987] Q. B. 872.) 事件高等法院判決においてこのことが認められた。しかしながら、一九八九年に、*R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Factorame and Others* ([1989] 2W. L. R. 997.) 貴族院判決はそれを拒否した。従って、ありそうもないが、国会が介入するまで、裁判所は国王にたいして仮のまたは最終的差止め訴訟を与えることはできない。私はそれが残念に思う。それは、個人の保護を恩恵の問題として完全に国王の手に委ねることは正しいとは思わないからである。

3 非司法審査

(1) 審判所

もし審判所の数における爆発およびその仕事量に成長がないならば、司法審査はほとんど成功しなかったであろう。裁判所、特に高等法院は、審判所がなかったならば司法審査を求める声の中でおぼれていたであろう。二つの例をあげると、一九八八年四月に終わる一年に、社会保障上訴審判所は毎年約三〇万件を処理したと報告され、国税コミッションナーは、

一九八七年に約六〇万件を処理した。

審判所の仕事は法律家だけではなく、あらゆる職業の公衆の一員をも含む巨大産業である。それは単に法専門家の実務家だけではなく、非実務家や学者も含む。裁判所と異なり、学者は審判所の運営に直接参加でき参加している。審判所の議長や委員としての学者の貢献は成長し続けると私は確信している。実際もし審判所システムと裁判所の間の結びつきがより密接になるならば、学者の審判所議長として審理する経験は、最初記録官、そして裁判官になるよう彼らを資格づけ、従ってこの結びつきを強化する。審判所は、大部分非常勤からなり、法的資格をもつものはほんの少数である。私は法律家委員の関与が審判所が不公正に行為しているという申立てが極端に少ないわけを説明していると思う。地域社会の関与は、常に我々の法システムの強さの源泉である。大部分の審判所において非法律家がいるという事実は、かなり複雑な立法や手続の適切なすめ方についての適切なトレーニングを重要なものにする。最近までトレーニングの必要性はほとんど無視されてきた。トレーニングは委員の技術の増加と専門家気質の感覚の獲得という二重の利益を提供する。

幾つかの審判所では審判所システムの長として裁判官をもつ利益をもってきた。このことは少なくとも大規模審判所にとって将来のパターンになると期待する。これらは疑いもなく成功であることを証明してきた。裁判官は審判所に裁判所の正式性ではなく、裁判所に存在する公正や正義の水準をもたらす。さらに、彼らは審判所と裁判所の間の橋を提供する。裁判官の存在は審判所の独立性の基底にあり、一定の審判所にさもなくば得られないような尊厳を与えてきた。また、裁判所は異なる審判の方法について裁判官が得る洞察から、そして代理がない原告の事件を含む事案の処理の点で審判所によって発達させられてきた技術から利益を得る。裁判官がなし得る貢献の適例は、社会保障上訴審判所によって提供される。

審判所がなかったならば司法審査は成功しなかったということは、数の点だけではなく、傑出した学者の批判をまねき、そしてある場合には新しい審判所の必要性を、他の場合には既存の審判所の管轄権拡大の必要性を反映した *R. v. London*

Borough of Hillingdon, ex p. Pulhofer ([1986] A.C. 484.) 事件貴族院判決や R.v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Swati ([1986] I.W.L.R. 477.) 事件控訴院判決を含む一連の判決によって示されている。Pulhofer 事件の場合、貴族院は、限られた資源で提供をしなければならない地方当局のために立法が生む困難を指摘し、そのような資源の配分に介入するのは裁判所ではないと示唆した。私は、通常の場合、司法審査を不適切な救済手段として見る理由づけを理解し承認する一方で、誤った決定によってホームレスに引き起こされ得る困難も認識している。必要なものは住宅領域における社会保障上訴審判所に相当するものである。

裁判所は、イギリスに入国する許可を拒否され審判所にたいして上訴する権利をもつが、単にイギリスを出国した後でのみ上訴できる移民に司法審査を活用させない。これは、*Smith* 事件の主題であった。そのような移民の場合に提起される問題は司法審査に基づいた裁判所による解決よりも審判所による解決により適している。そのような移民を保護するために、裁判所がいかなる原則も提起せず、しばしば移民の退去強制を単に遅らせるためのみに意図されたように見える申請によって窒息させられることを避ける改革が必要である。移民審判所にたいする上訴の制約は、移民が上訴する前に出国するという要求を主張することによって不適切な困難を引き起こされると審判所が結論づけるときに、その要求を不要にする権限を審判所に与える程度まで緩和されなければならない。同様のことは R.v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Khawaja ([1984] A.C. 74.) 事件貴族院判決においても異なる理由で当てはまる。もし移民が我が国に詐欺によって入国したと申立てられたならば、貴族院は、司法審査の申請の場合、移民をイギリスへの入国を詐欺によって得たものとして考える合理的根拠を大臣がもっていたかどうかではなく、事実として詐欺があったかどうかを決定しなければならぬと異口同音に正当に判断した。もし大臣が詐欺を証明できないならば、移民は強制退去させられない。司法審査はこの種の事実認定のための理想的なフォーラムではなく、それは審判所によってより良く果たされる。しかしながら、移民審判所は現在この類型の事件において管轄権を有していないので、裁判所が最善を尽くさなければならない。

批判されてきたもう一つの一連の判決は、Calverley & Others v. Chief Constable of Merseyside Police [1988] 3W.L.R.1020.) 事件貴族院判決がその一例であるものである。これらの事件において、裁判所は、司法審査の申請者は、例外的状況を除いて裁判所に問題を提訴することを認められる前に制定法上の上訴の権利を尽くさなければならぬという原則を確立した。私はこれが裁判所が固執すべき原則であるということに疑いをもっていない。もし問題を適切に処理し得る審判所が存在するならば、特別の審判所を支持して裁判所が通常管轄権を行使しないとすることも裁判所を批判するいかなる基礎もない。司法審査は今日指名された裁判官によって処理されるけれども、審判所が大きな専門性をもつ領域の多くにおいて、指名された裁判官すらほとんど経験をもたないということが忘れられるべきではない。このことを別にして、高等法院への圧力は司法審査を最後の救済手段として維持することが賢明であることを意味する。もし司法審査が扱える事件が審判所によって処理されないならば、高等法院はバンクする。裁判所の介入権限を例外的で希で特別な事件に限定されていると見るのがより良い。

上訴についての裁判所の判決が不当に制限されているという不満の表明があった。もしこの批判が正当ならば、それは、私の同僚の多くが私と同じく経験をもっていないことによる。従って、高等法院裁判官は、行政審判所の委員として審理すべきであると思う。それは非法律家委員とともに審理するという利点ももつ。

審判所審議会は、審判所が作られるまたは機能する方法において重要な改善に責任を負い、実際かなりのことを年五〇万ポンドの些細な予算で行ってきた。しかし、審判所審議会が完全な成功をおさめてきたわけではない。審判所審議会は、審判所における法律扶助の問題で現実的前進をしてこなかった。私は普遍的な法律扶助ではなくそれが正当化されるような場合における法律扶助を考えている。専門的非法律家代理は社会保障上訴審判所における認容の可能性を三〇%から四八%に、移民聴聞の代理は認容を二〇%から三八%に上昇させたとする調査結果が示されている。審判所審議会はまた次の二点を解決できなかった。一つは、社会保障コミッションナーが上訴の許可の拒否に理由を述べないということである。

もう一つは、異なる審判所から高等法院に上訴される仕方についての一貫性が欠如しているということである。現在要求される不服申立て適格の共通の基礎さえない。審判所または上訴審判所の必要があるかどうかおよびその審判所が一般的な審判所か特別の審判所かどうかという問題が吟味される必要がある。審判所の不必要な増加があるべきではない。また、例えば計画上訴決定のような高等法院に上訴がなされる他の行政決定の吟味がなされる必要がある。

(2) オンブズマン

オンブズマンの導入は疑いのない成功であったが、驚くべきことにオンブズマンのサービスの使用に爆発的な需要はなかった。一つの説明は公衆が適切に統治されているというものである。もう一つの説明は、公衆は国会議員を通して苦情をなすことを要求されるからというものである。説明がどのようなものであれ、国会コミッショナーと国会議員の間の、そして国会コミッショナー特別委員会を通じた国会との結びつきを弱めることは賢明ではないであろう。地方政府コミッショナーは同様の援助をもたず、このことがその勧告が執行される記録の満足のいかなる数字を部分的に説明する。オンブズマンの効率性は、コミッショナーが行政の完全な記録へのアクセスを得る能力に由来している。これは文書開示が希にしか命じられない司法審査には通常利用できない。裁判所と異なりオンブズマンは勧告ができるだけである。しかしながら、中央政府の場合すべての勧告は通常執行され、オンブズマンは裁判所が損害賠償請求を認める権限がない状況においても補償の支払いを勧告し得るので、公衆にとっては裁判所の命令よりも利益がある。JAS報告書は裁判所とオンブズマンの管轄の重複について、最善の解決策は問題を現在のように発達させ、どのようにオンブズマンと裁判所が共存すべきか見つけ出すことをオンブズマンと裁判所に委ねることを認めることであると述べている。私の解決策はオンブズマンに調査前、調査中または調査後、重大な法律問題が含まれているかまたは裁判所がオンブズマンよりも救済手段を提供するに

より良い地位にあるので問題を裁判所に付託することを適當であると考えたときにそうし得る権限を与えることである。裁判所は、オンブズマンによって得られた資料を一応の証拠として扱い得るので、調査は無駄にはならず、裁判所はその適切な管轄権を行使できる。オンブズマンに裁判所にたいするアクセスを与えることは裁判所およびオンブズマン両者にとって有益であり、両システムの最善を公衆に利用させ得る。

私は、審判所およびオンブズマンが裁判所よりも市民により良く奉仕し得る状況があり、もし審判所とオンブズマンが存在しなかったならば、裁判所の資源は高等法院が行政の行為の適法性を決定するという最も重要な憲法上の役割を果たす能力を危険にさらす程にまでなるといふ見解に賛成である。我々が育てなければならぬものは、行政権限の濫用から市民を完全に保護する審査のより密接に統合されたシステムが存在するようにするための司法審査と非司法審査の共同である。

(3) 理由附記

統合された審査のシステムは、現在存在しているよりもより包括的な行政決定の理由を与える義務から疑いもなく利益を得る。通常イギリス法においては、決定は理由を与えないからといって違法にならない。もし私がイギリス行政法にとつてなされ得る最も有益な改善を述べるよう求められるならば、私は躊躇なくそれはすべての行政決定のために少なくともも請求に基づいて理由が与えられるような一般的な要求であると答えるであろう。理由を与えることは、その要求によって利益を受け保護される公衆だけではなく、行政官にも利益がある。理由を与える必要は、決定権者に試験を与え、結果としてより良い質の決定に通じる。理由を与えることは、決定が司法審査によって争われ、取消されることを回避するだけではなく、防衛しなければならぬ事件の数を減少させる。一九七一年審判所および審問法(Tribunals and Inquiries Act)

一二条は、特定の審判所と制定法上の審問が開催されることを要求する権利が存在するときに大臣によってなされる決定を大臣が通知するところでのみ適用されるにすぎない。法の適用があるところでは、裁判所は完全に適切な理由を述べることを要求してきた。しばしば、それは厳格すぎると批判された。異なる類型の審判機関に明確な区別がなされるべきである。あまりにも高い理由の水準を求めることはインフォーマルな手続であるべきものを過度に法化する不幸な結果を生む。しかしながら、理由を与える義務が存在しないような場合、裁判所はより穏健なアプローチを採用してきた。鍵は、*Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food* ([1968] A.C. 997) 事件貴族院意見によって与えられた。診断は利用できるが、二〇年以上もそれはほとんど活用されなかった。イギリスの裁判所が、少なくとも、理由を述べるいかなる義務もない場合に理由を述べる裁量があり、適正な行政慣行はその裁量が通常なんらかの理由がないならば理由を与えることによって行使されるべきであると命じることを強調することを期待する。

4 九〇年代のための処方箋

ここでは、我々が裁判所をよりアクセスし易く、より効果的にし得る方法に関心を集中する。

(1) 法律扶助

司法審査の申請数が著しく増えているが、依然として穏健な数にとどまっている。一九八八年には、一二二九件の許可の申請があり、その内五五%が認められ、四〇九件の実体審理があり、一五一件が認容された。数の少なさの理由の一部は、法律扶助の利用可能性の限界のためであり、その改革がなされなければならない。

(2) 費用の軽減

高等法院の基準によれば、司法審査の申請の平均的費用はかなり穏当なものである。手続は簡潔で、通常文書開示はなく、証拠は通常反対尋問なしで宣誓供述書によってなされ、審理は短い傾向にある。従って、費用は合理的な範囲にある。しかしながら、限られているとはいえ、争われている審理の費用は依然としてかなりのものであり、最大の公共精神の持ち主が、論点となる原則が誤っていると考える決定を争うことを妨げ得るものである。また、例えば学校監督者の場合のように司法審査の被告も考慮されなければならない。地域社会で役割を果たす充分に公共精神に富んだ個人が結果として司法審査に服し、もし知らず知らずのうちに法を破っていたならば費用を払わなければならないというのは不安なことである。従って、裁判所は、特に公益を含む訴訟において、費用が可能な限り低減されることを保障する義務の下にある。私は当事者が同意するならば、いかなる口頭ヒアリングも行われる必要がない手続の導入を考える。

(3) 法務長官の役割

個人に法の支配を維持する全責任を負わせることを期待することは公正ではない。伝統的に公益を保護するために訴訟を提起する第一次的責任をもつ者は法務長官である。法務長官は介入する権限を明らかにもち効果的になし得る一方で、私はもはや法務長官がこの最も重要な伝統的役割を直接果たすことが適切であるとは信じない。政府を含む争いのある事件の場合、公衆やマス・メディアが法務長官が政府の帽子をかぶるよりも公益の擁護官の帽子をかぶるときを確認することは事実上不可能である。法務長官の他の責任の重荷は、いかに優れた者といえども、ほとんどあて得る時間がないことを意味する。さらに、法務長官は政府の一員であるという問題がある。現実に法務長官が自らが一員である政府の同僚ま

たは省にたいして訴訟を提起することは不可能ではないかもしれないが困難である。さらに、法務長官が国王の権利において訴訟を提起することは、国王が国王を訴えるという困難な法的問題を含む。自ら訴える用意がないところでは、法務長官は私人に法務長官の名前でリレーター訴訟で訴えることを認め得るが、これは満足りく解決策を提供しない。法務長官が「訴訟に名前を貸す」前に、費用に責任をもつだけの充分な資産をもっているかどうか確信しなければならぬ。従って、法務大臣の同意を得てなされる申請の数は下の表のようになりに少ない。さらに、大臣または政府省にたいする訴訟も難しい。私は政府や国会に直接ではなく間接的に責任を負う者がその役割を果たすことに利点がないとは確証し得ない。行政領域においては、訴訟を提起する限定的役割をもつ機関の数が増えてきた。

私は、一九八六年にこの問題に言及し、民事訴訟長官 (Director of Civil Proceedings) の

表

年	申請	同意	拒否
1983	6	4	0
1984	5	4	0
1985	4	2	1
1986	1	0	1
1987	5	2	2
1988	3	1	2
計	24	13	6

新設を提案した。民事訴訟長官は少なくとも以下の責任を負う。①民事訴訟長官は、自らの判断で公益のために要求されるかどうかでも訴訟を提起する。民事訴訟長官は、自らまたは地方オンブズマンの示唆によって訴訟を提起し得る。②民事訴訟長官は、現在法務長官が裁判所の要請によって裁判所助言者を提供している事案においてのみならず、当事者の議論が適切により広い問題に注意を向けていないと考える事案において裁判所を援助する議論を提供する責任を負う。民事訴訟長官は、裁判所に利害機関のために議論を出すチャンネルを提供し得る。③もし民事訴訟長官が訴訟を提起する用意がないならば、民事訴訟長官は、公衆の一員がそうするよう権限を与え得る。法務長官と異なりこの決定が裁判所の審査に服することにたいするいかなる憲法上の異論もない。④民事訴訟長官は、裁判所の許可なく訴訟を提起することを妨げられた訴訟当事者を審理するために侮辱の審理および慈善施設や検死官の尋問にかかわる訴訟を提起し指摘する責任を負う。また、差止めが認められた当事者がそうする気がない

が差止めが公に嘲りを受けることよつて法が悪評を受けるとき差止めの遂行をなすまたは求める責任を負う。⑤民事訴訟長官は、民事法および特に公法の発展のための一般的責任をもつ。民事訴訟長官は、法改革委員会と密接に協力して活動し、適当な事案において事案を控訴院または許可を受けて貴族院に付託する権限をもつ。公法領域におけるこの役割の長所は、かなり重要である。それは、行政官が不満を述べる不明確性を除去することに役立つであろうし、ジョーエル教授 (Professor Lowell) とレスター勅選弁護士 (Lester Q. C.) が説得的に勧告してきた公法の原則を確立することを助ける。国会の必要なしで法改革の過程を進めるであろう。⑥民事訴訟長官は、公衆が公的機関の違法な活動から自らを保護し得る適切な仕方についての情報の提供を行う責任をもつ。

民事訴訟長官は、公衆の保護のために責任をもつ多種の機関を統合するために援助するさいに重要な役割を果たし得る。裁判所、オンブズマンおよび審判所は各々適切な場合に最も適切な機関に決定のために問題を付託する権限をもつことを先に示唆した。どこが適切なフォーラムかについての疑いがあるところでは、民事訴訟長官が適切なフォーラムについてのガイダンスを与える権限をもち、管轄権は裁判所によつて承認される。

(4) 一貫性

まず、大臣や審判所から裁判所への上訴の簡明な構造や手続が存在すべきである。また、裁判の内容についての一貫性は今日控訴院によつて提供されているが、上訴を審理する裁判所が首席裁判官または記録長官によつて統括されることを提案する。その裁判所の限られた数の裁判官または同じ裁判官がこれらの上訴の審理を統括することが重要である。もしこれが採用されないならば、上訴は現在よりも制限的に考慮される。

(5) 裁判官の経験の拡大

ほとんどの経験を積んだ裁判官すら行政官や審判所がその役割を果たす方法から大きな利益を得ると思う。今日コンセイユ・デタと行政法に精通しているイギリスの裁判官の間で定期的集まりがある。私は裁判官が行政官や審判所が直面している実務上の問題を経験する程度においてフランスの例に従うと信じる。司法研究局 (Judicial Studies Board) は、審判所の委員のトレーニングに責任を負っているが、行政法事件を扱う高等法院の裁判官のトレーニングにも責任を負うべきである。

(6) 人権

私は、イギリスの裁判所において採用されているアプローチとストラスブール (Strasbourg) の裁判所のアプローチの間に重要な相違があるという状況が継続することを認めることは正しくないと思う。ヨーロッパ人権規約が自国法に組み込まれるかどうかの議論についての争いに巻き込まれることなく、裁判所は、ヨーロッパ人権規約に従って自国の法を発達させるためにより多くのことをなし得る。裁判所が立法とくに委任立法の解釈においてそれをヨーロッパ人権規約に従うよう利用いられている文言を解釈することに真剣になるべきである。ウエンズベリーの根拠に基づいた裁量権限の行使を審査するさいに、裁判所は、大臣およびその公務員がヨーロッパ人権規約に基づく条約上の義務に従わずに行わしめようとはしていないと正当に仮定し、そして、その行為の合理性はその仮定を背景に判断され得る。

(7) 適正な行政の諸原則

私は、JAS報告書の少なくとも二つの勧告の採用によって裁判所はかなり援助されると思う。第一は、公衆およびすべての行政官がアクセスできる、時代に適した包括的な非制定法上の「適正な行政の諸原則」である。第二は、おそらく審判所審議会をモデルにした、政府から独立した行政的正義のすべての側面を監視し欠陥に注意を向け改革を提案する義務を負う行政審査委員会の設置である。

二 若干の検討

ここでは、行政の司法審査に限って幾つかの問題についてのみ検討を行うことにしたい。それは、はじめに述べたように本書の中心は、行政の司法審査にあるからである。現在、イギリス行政法学界では、行政の司法審査にかかわる幾つかの論点についての活発な議論が行われている。司法審査の排他性にかかわる論点については、本書の基礎になっている一九八六年のウルフ卿自身の論文が一方を代表するものとなっている。また他には、紹介者が別の機会に検討したように、司法審査の根拠と方法、司法審査の政治性と専門性、司法審査による行政コントロールの限界といった司法審査の有効性の限界にかかわる論点が問題となっている。そこで、以下ではまず、本書の中心部分である司法審査の排他性という論点について、ウルフ卿の一九八六年論文の批判的検討を意図しており、その論文が本書の司法審査にかかわる部分の記述の要約的なものである結果として、本書のその部分の批判的検討ともなっているクレイグ (Craig) の議論を参照して紹介を行い、次に、本書ではあまり扱われていないが重要な課題と思われる司法審査の限界にかかわる議論について若干の補足をしつつ簡単に言及することとしたい。なお、司法審査制度についての説明が必要に思うが、詳述する余裕はないので、

他の論者の優れた業績を参照していただきたい。⁽⁵⁾

注

- (1) Sir Woolf, "Divide".
- (2) 拙稿「イギリスにおける行政の司法審査批判論」(室井力先生還暦記念・『現代行政法の理論』所収、法律文化社、近刊)。
- (3) P. P. Craig, *Administrative Law* 2nd ed. (London, Sweet & Maxwell, 1989), pp. 410-431. また「J. Beatson, "Public and Private" in *English Administrative Law*, *Law Quarterly Review* Vol. 103 (1987), pp. 34-65 等も参照。なお、いちご注をつけることはしないので「了承願いたる」。
- (4) ここでもいちご注をつけることはしない。詳細は、拙稿「イギリスにおける行政の司法審査批判論」を参照願いたい。
- (5) 一般的に、木村実「イギリスにおける公法と私法」*拓殖大学論集*一五五号(一九八五年)、岡村周一「イギリスにおける司法審査申請の排他性」(二)一(六)「法学論叢」一八巻一号(一九八五年)、一一八巻二号(一九八五年)、一九九巻九号(一九八六年)、一二二巻三号(一九八七年)、一二六巻二号(一九八九年)、一二七巻三号(一九九〇年)、同「行政訴訟改革——イギリス法の示唆するもの——」*公法研究*五二号(一九九〇年)、岡本博志「イギリス行政訴訟法制の改革」*北九州大学法政論集*一四巻二号(一九八六年)、同「イギリスにおける司法審査の申立て」(二)二「北九州大学法政論集」一四巻四号(一九八七年)、一五巻二号(一九八七年)、八木保夫「イギリス行政訴訟における司法審査申立手続とその専属性」*早稲田法学*六一巻三二四号(一九八六年)等参照。

1 司法審査の排他性

司法審査の排他性の問題として、まず、排他性の原則について簡単に触れ、次に、司法審査の範囲についての検討を行い、最後に、司法審査の排他性批判論を紹介する。

(1) 排他性の原則

司法審査の申請手続は、私法的救済手段と大権命令を結びつけた手続である。当初は、手続は排他的なものであるとは考えられていなかった。しかし、先にも見たように *O'Reilly v. Mackman* 事件貴族院判決において以下の判断が示される。大権命令は改革前は多くの制限に服していた。文書開示の権利はない。損害賠償請求は命令の一つと一緒に請求され得ない。宣誓供述書にたいする反対尋問はほとんど行われ得ない。これらの限界は宣言判決の使用を正当化する。しかし、改革後そのような欠陥はとり除かれた。また手続は公的機関にたいする安全装置を規定する。これらの変更は明らかに照らしてみれば、規則三一号の外で宣言判決を求めることは訴訟過程の濫用である。

ここでの一つの論点は、一体どのような場合に例外が認められるかであるが、その論点は別にして、もう一つ、司法審査申請によって本当に文書開示手続・反対尋問が可能になったのかという問題が存在している。なぜならば、新しい手続を排他的なものにする理由の一つは、改革が反対尋問や文書開示が不可能である等の以前の法における欠陥を除去したということにあったからである。しかしながら、現実にはこれらはほとんど認められず、また、ウルフ卿は、一九八六年の論文の中で、裁判所が申請を与えたりしないことは知られており、これは申請にたいする障害として機能するが、現実に必要なとき申請は付与され得るとし、また、特に文書開示の欠如が申請者から救済手段を奪いとる少数の事案が存在することを承認するが、これが文書開示をすることの費用の増加、生じ得る遅延、それが公的機関に引き起こす大きな不便宜と比較されるとき、疑いもなく自分の経験から正義は現在のアプローチによって施されているとする。これにたいし、クレイグは、個人の申請者がこれらの手続的援助をほとんど認められないならば、彼は自らが再び彼の行為の基礎にある無効性を証明することができないと感じるとする批判を行う。また、原告が費用や遅延を問題にしないときにも必ずしも文書開示は行われぬようであり、さらに、公的機関の不便宜が必要以上に考慮されているのではないかという疑問が感じ

られる。

(2) 司法審査の範囲

次の問題は、どのような機関の行為、性格の行為にたいして司法審査を用いることができるか、規則三一号の目的にとつての公法の意味は何かという問題である。第一の基準は、当局の権限のソースは何か吟味することである。もしその権限が制定法に由来するものならば、その機関はおそらく公的なものであるというものである。しかし、この基準には二つの基本的問題点がある。第一に、文字通りに適用されるならば、それは仮に機関が一般的に私的商業的領域で活動しても、制定法によって規制されたすべての機関の活動を公法の中に含むことになる。第二に、反対に、機関はその公的権限のソースを制定法によっているかもしれないが、それにもかかわらず、その活動のすべてが公法問題を提起するとは考えられないことである。

第一の基準に密接に関連した第二の基準は、大権命令の範囲という基準である。この基準にたいする反対は、大権命令の範囲を固定したものと考えられる傾向があるが、それは正当化できないことである。歴史的には、これらの命令は既存の救済手段の形態によってカバーされない組織にたいする救済手段を提供するために柔軟に用いられてきた。しかしもしその範囲がこのように解釈されれば、容易な基準を提供することを終わるかまたは以下に述べる第三の基準から区別され得ないものになる。他方で、もし狭い定義が採用されれば、単に制定法によってまたは大権命令に従って作られた機関にのみ適用され、そのときは形式主義的基準に直面することになる。

第三の基準は、特定の機関によって行使される権限の性質を吟味するというものである。ウルフ卿は、この第三の基準を支持する立場であると言い得ると思われる。もっともこの基準の定式は多様である。例えば、もし権限のソースが制定

法ならばその機関は司法審査に服し、もし権限のソースが契約上のものならば司法審査に服せず、その両端の間に権限の性質を見なければならず、もしその機関が公法上の機能を果たしているまたはそのような機能が公法上の重要性をもつならば、そのとき規則三一号が適用されるという考えがある。また、権限が契約または同意に基づく機関を排除するためにのみ機関の権限のソースに関心をもち、他のすべての機関は、充分な公的要素があるならば審査に服し得るという考えもある。以上の基準が生む不明確性が予想されるが、それは権限のソースまたは大権命令の狭い定義に基づく形式主義的基準から離れるために払われるべき代価である。さらに、この基準の適用については裁判所に二つの選択肢が存在する。第一に、裁判所は大権命令の範囲についてのより広い見解を採用し得る。第二に、裁判所は大権命令の範囲のより制限的な見解を採用し得るが、義務が審査を正当化するほど充分に性質上公的なものであるとき申請者が宣言判決または差止め訴訟によって三一号の中の救済を求めることを認めるものである。裁判所は明らかに現時点で前者のアプローチを採用している。

(3) 司法審査の排他性批判

クレイグは、一般的に司法審査の排他性を認める理由としてあげられる以下の三つの理由を検討する。その理由とは、まず第一に、公的機関の保護のためというものである。そのために、許可申請と出訴期間が要求される。第二に、私人の利益のためというものである。第三に、専門性の確保のためというものである。ウルフ卿は、本書でまた一九八六年の論文において、特に第一と第二の理由を強調している。なお、ウルフ卿は公法訴訟と私法訴訟の相違を強調する一方で、その厳格な区別は誤りであるとするが、現実にはその区分はかなり厳格なものになるのではないかと思われる。以下順次クレイグによるこれらの理由の批判を紹介していく。

まず、クレイグは許可が公的機関のための保護を提供するという理由にたいしては、保護の二つの意味が区別されなければならぬことを述べる。第一は、公的機関が些細な訴訟から保護されなければならず、そのために許可が必要であるという主張である。しかしながら、それは現実の問題よりも仮定上の問題であるように思われ、問題は費用についての規定によって解決されるし、一九七七年以前の宣言判決および差止め訴訟についての判例および文献は仮にいかなる許可要求がないにしてもこれが問題であるとはしていないことを述べる。第二は、公的機関はより明確でないより一般的な意味においてこの用語を用いて保護されなければならないというものである。公的機関は公衆一般の利益のために公的義務を果たすために存在している。訴訟が認められるかどうか決定するさいに、原告の利益とともにこのより広い公益が考慮されなければならない。なぜならば公衆は原告が不適切に政府の過程を妨げないように監視する利益をもつからであるとする。しかし、第一に、このようなより広い意味における保護が必要かが問題になる。裁判所は既に、与えられる救済手段において裁量を有しており、決定から生じる政府過程へのあり得る介入を適切に考慮し得るのである。第二に、*O'Reilly v. Mackman* 事件貴族院判決の例外を認めることは、間接的に許可が公的機関を保護するために要求されるという論拠を掘り崩している。もしそのような保護が要求されるならば、どうしてこれは申請者が私法上の権利を保有しまたは主張するだけの理由で放棄されるのが問題になる。そのような権利の保有は公法上の問題が無関係であることを意味しないからであるとする。

さらに、ウルフ卿は、この他に公的機関が原告の場合にも許可が必要であることを述べるが、現実の原告・被告は誰かを統計的に見てみると以下のようになる。表1は、一九八三年から一九八五年までの、各年の内で六ヶ月を選んだ司法審査における原告の数と許可の不許可率を表したものであり、表2は同時期における司法審査の被告の数を表したものである。従って、公的機関が原告になるとしてもそれは少数であり、許可の不許可率は低いことに注意しなければならない。

また、出訴期間についての理由づけはより明快である。公法事件においては私法事件よりもより大きな明確性の必要性

のために短い出訴期間が要求される。公務員がその行為が有効か無効か早期に知ることにかかわる、より広い公益が存在するというものである。しかし、クレイグは出訴期間のこの理由づけには多くの反対があるとす。第一に、一九七七年以前に判決を下された宣言判決および差止め訴訟におけるより長い出訴期間が問題を引き起こしたといういかなる証拠も存在しない。第二に、もしそのような問題が生じるならば、これは多くの技術によって対処し得る。明確性についての疑いが存在する領域においては、訴訟が一定の限定された期間の中でもたらされることを確保する特定の制定法上の規定が作られるべきである。第三に、短い出訴期間の必要がある限り、このことは、再び規則三一号の外で提訴される私法上の権利をもつ申請者に認められることによつて掘り崩されるとする。

第二に、司法審査の排他性は私人に利益を与えるという理由づけがある。許可の要求は個人に少額の費用で迅速に彼が法的主張を有するかどうかを確認することを可能にするというものである。また、法律扶助を得られるかどうかを決定する。しかし、クレイグはこのような理由づけにも疑問があるとす。安価な法律扶助は当然利益があるが、それは現実にそのような助言を提供する最も費用に見合った効果ある方法が裁判官の時間を使つてのものであるか疑問である。さらに、一般的な法律扶助予算についての制約を前提とすれば、公法申請がそのような希少な「法律扶助」サービスの分配においてこの特権的地位を

表1 司法審査の原告

年	個人	会社	地方当局	その他
1983年	274 (35.5%)	35 (33%)	5 (0%)	2
1984年	305 (34%)	26 (33%)	8 (0%)	18
1985年	364 (40%)	33 (33%)	27 (15%)	9

出典：M.Sunkin, "What is happening to Applications for Judicial Review?", *Modern Law Review* Vol.50(1987), pp.437-438.

表2 司法審査の被告

年	中央政府	地方政府	裁判所・審判所	その他
1983年	92	97	75	30
1984年	112	88	69	28
1985年	159	88	120	29

出典：Ibid., p.439.

占めるべきであると仮定することは正しいか疑問である。さらに、新しい手続が常に個人に安価という利益をもつと仮定することは誤りである。治安判事裁判所における抗弁の方法で条例の無効を争うことを認めるために個人によって用いられた主要な論拠の一つは規則三一号の下で訴訟を提起することに比較した場合のこのことの相対的に低い費用であった。

司法審査の排他性の最後の理由は、それによって専門的な行政法裁判所を作り、裁判官にも専門性を発達させる点で利益があるというものである。しかし、クレイグは、もしこの議論が効力をもつならば、それは公的当局によってまたは公的当局にたいしてもたらされたすべての事件に当てはまるべきであり、単に行政行為の有効性にたいする直接の挑戦を含むものになりたいだけではないとする。もしこの正当化が真剣にとられるならば私法上の権利の例外は存在しない。また、第二に、手続レベルにおける専門化よりも対象についての専門化のほうが専門性を促進するより良い方法であるとする。クレイグは、結論的には、法改革委員会が大権命令を通常訴訟に同化することによる救済手段の単純化を選んでいれば、現状の姿であるその反対よりも問題点をうまく回避できたとする。すなわち、いかなる許可の要求もなく、宣言判決および差止め訴訟が原則であり、大権命令は廃止されるべきだったとする。宣言判決や差止め命令が要求されるすべての救済手段を提供できることにはほとんど疑いがなく、これらの訴訟における公的機関を保護するための適切な技術がそのような技術が現実には与えられるとき工夫され得るとするのである。ウルフ卿の反論が待たれるところである。

2 司法審査の境界

司法審査の境界と言う場合には司法審査の排他性の問題も含まれるが、以下ではその他の幾つかの論点の検討を行う。

(1) 司法審査の過剰？

ウルフ卿は、幾つかの箇所で司法審査の過剰を警戒している。そこでまず、最近の司法審査申請の件数、審判所やオンブズマンにたいする申請件数を見てみると、司法審査の申請許可申請件数は一九八八年で一二二九件、社会保障上訴審判所の新受件数は一九八九年で一三七八四件、国会オンブズマンの受件件数は一九八九年で九三七件で、また、地方オンブズマンの受件件数は一九八九年で八七三三件である。^①このように、司法審査によって争われる決定は審判所、オンブズマンによって争われる数に比べるとかなり少数であり、また、行政の第一次的決定との関係ではほんのわずかな決定のみが訴訟の対象になっていることがわかる。さらに、だいたい常に三割程度は申請の許可が不許可にされ、司法審査の内容をみると実際には移民にかかわる事件が多くを占め、また、それ以外でも行政領域ごとの片寄りが見られ、あらゆる行政領域で全体的に訴訟が提起されているわけではない。従って、司法審査の過剰を警戒するウルフ卿とは異なり、むしろ過少が問題になり得るのではないかとすら思われるのである。

また、司法審査を有効なものにするためには、以下のような側面にも注目する必要があると思われる。まず、司法審査がそもそも認められない場合があること、また、認められても意味を失う場合があることである。すなわち、第一に、ウルフ卿も司法審査が過剰になった場合に行政の側がとる対応として言及している問題である、司法審査排除条項をもつ法律の存在である。もちろん、このような場合にも、今まで裁判所がいわばその規定を無視して決定を違法としてくることもあったが、現在の司法部の消極的姿勢を考えると司法審査排除条項が有効に機能するのではないかと考えられるのである。第二に、司法審査がなされ、原告の側が勝訴した場合であっても、国会が遡及効をもつ立法を制定して、判決の効果を覆してしまう場合があるということである。このような問題に対処するためには、困難ではあるうが伝統的「国会主権」論の検討を行う必要があると思われる。さらに、行政統制を考える場合には、行政の側の司法審査にたいする対応が問題

になる。ウルフ卿は、行政訴訟における行政の側の積極的対応を述べるが、他方で、行政が必ずしも判決に従わない場合があるという問題点が主張されてきている。また、法的トレーニングを欠くイギリスの公務員にたいして司法審査の原則を説明するためになされた『裁判官があなたを監視している』というパンフレットの配布も、ウルフ卿は高く評価するようであるが、現実にはそれは司法審査の意義を行政の障害物としてとらえているといった問題点を含むものであって、喜ばしい対応とは言い切れないものである。さらに、現在の政府の姿勢として、一般的に司法審査を好まないということが指摘されており、どうすれば司法審査が行政にたいして有効であるかの検討がより真剣に行われる必要があるのであって、この点でも司法審査の過剰を警戒するよりも過少を警戒する必要があると思われるのである。

(2) 司法審査の政治性と専門性

ウルフ卿は司法審査の政治性の問題については直接にはほとんど言及していない。しかしながら、司法審査は政治的なものであるという批判が幾つかの角度からなされてきており、この問題を検討していく。まず、司法審査の政治性としては、論争のある政策領域に裁判官が関与する問題がある。ウルフ卿はこの点で慎重であるかと思うが、裁判所がどこまで介入すべきかがより明確に論議されるべきであろう。次に、裁判官自身の政治性の問題がある。これは、裁判官が政治的に特定の考えを支持しており、行政の司法審査においても裁判官がその考えに従って審査を行っているのではないかという問題である。確かに、常にすべての裁判官が同じように一定の政治的傾向を示すとは言いがたいが、それにもかかわらず、幾人かの裁判官が社会的・政治的・経済的な一定の傾向を示すことを完全には否定できないのではないかと思われる。また、このことは、取るに足りない裁判官に思われた利益には司法審査による保護が与えられないという形でも具体的な問題となる。そして、その最近の典型例としては、本書にもあった、Pulhofer 事件貴族院判決と Swain 事件控訴院判

決の二例があげられ、ホームレスと移民にたいしては裁判所は救済に薄いとすることが主張されているのである。これにたいして、ウルフ卿の場合は、これらの例を裁判所が扱うに不適切な場合であり、審判所の設置・権限拡大が必要である場合と見る。確かに、より適切に問題を処理し得る審判所が存在していればよいが、そのようなものが存在していないときに裁判所による救済を認め得ないかが検討されるべきである。また、以上のことに関連する一つの問題は、他の救済手段が存在するときに司法審査は提供されないかである。このような考えを支持するとしても、現在のところ、その判断基準に不明確性が残り、この点に裁判官の政治的判断が介入する余地を完全には否定できないようであり、なんらかの規定が必要ではないかとも思われる。

司法審査の政治性という問題と並ぶ次の重要な問題は、司法審査を行う裁判官・裁判所が行政法の事件を処理するだけの専門性を真に有するかどうかという問題である。もともとこれに対処するひとつの方策が、行政法の問題を専門的に処理する行政法裁判官の任命であり、司法審査の排他性の理由の一つもこの専門性の確保にあった。しかしながら、それにもかかわらず依然として、裁判官の専門性の欠如、そして、専門的な問題を扱うための裁判手続における不備といった問題が指摘されてきている。すなわち、裁判官はほとんどが公行政、経済学、計画および他の政府が関与する科学の経験または理解を有していないという問題であり、この問題に対処するために、裁判官自身の専門性強化のためのトレーニングが強調されることになる。この点にかんして、ウルフ卿は裁判官が審判所の議長・委員になり、審判所に関与することによって行政に接することの必要性を述べており注目される。また、ウルフ卿が述べるフランスのコンセイユ・デタの裁判官との交流もそれ自体は専門性の向上にはつながらないとしても、イギリスの裁判官になんらかの刺激を与えるものとなっているのではないかと考えられる。

次に、司法審査の手続について、文書開示、反対尋問の活用の問題は既に司法審査の排他性にかかわって紹介したが、専門的な行政の問題に対処するためにもこれらの積極的活用が図られる必要がある。また、それ以外にも、より職権的な

手続への移行の必要性が唱えられたりしているが、より注目すべきは、ウルフ卿による民事訴訟長官の提案を土台にした、公益に責任を負い専門的意見を述べる者を任命するという提案であり、その官職の新設が期待されるところである。

注

(1) 司法審査の申請については、Sir Woolf, Protection, pp. 21, 100, 社会保障上訴審判所については、Council on Tribunals, Annual Report for 1989/1990, p. 55, 国会オンブズマンについては、Parliamentary Commissioner for Administration, Annual Report for 1989, p. 27, 地方オンブズマンについては、Journal of Environmental & Planning Law (1989), p. 634.

おわりに

ウルフ卿は一九八六年の論文において「今日我々は確かに発達した（行政法の——紹介者）システムをもっている、そして、私はこれが疑いもなくそれが必要であるからであると述べることを残念に思う。どうしてそれは必要か？多くの理由がある、しかし、少なくとも一つは大小の公的機関の側の基準の変化である。以前はもし行為の適法性が疑われたならば、それは採用されなかった。今日、それは裁判所によって止められるまでそして止められない限りすべてのことは認められるということが事実になってきているように思われる」と述べている。従って、司法審査の問題は以前にもまして重要である。しかしながら、ウルフ卿自身の対応は、革命的ではなく漸進的なものであり、もちろん、技術的な改革の指摘には興味深いものもあるが、基本的内容は裁判官ということもありかなり保守的なものである。また、現在の政府は必ずしも司法審査によって止められないので、その限界についても考えておく必要がある。従って、司法審査を含んだ行政法全体をどのように改革するか、さらに一歩すすんで、「国会主権」論等にかかわって憲法をどのように改革するかの検

紹介

討が同時に構想されるべきときであると思われる。

注

(1) Sir Woolf, "Divide", p. 221.