

〈判例研究・イギリス法〉

イングランド不法行為法における‘統治構造上の権利’の取り扱いと「それ自体において訴えうる」不法行為の意義について

Watkins v. Secretary for the Home Department and Others [2006] UKHL 17, [2006] 2 All ER 353

松 田 健 児

(担当弁護士と裁判所から囚人に対して宛てられた通信書簡が看守によって当該規則に違反して開封され読まれた事件において、原告囚人により被告刑務所職員および被告内務省に対してなされた、「公職における失当行為」の不法行為に基づく損害賠償 (damages) の請求に関して、貴族院によって、「公職における失当行為」は損害 (damage) を立証することなしに成立する、「それ自体において訴えうる」 (actionable per se) 不法行為ではない、と判示された事案)

1 はじめに

1.1 本件の請求が「公職における失当行為」の不法行為に基づいた理由

本件の原告は終身刑に服している囚人であり、様々な訴訟手続きに関与していた。囚人とその法助言者および裁判所との間の通信書簡（以下、法律書簡）の秘密保持は、当該書簡を開封し、読み、もしくは留め置くことができる刑務所長の権限を規定する当該刑務所規則によって保護されていた。原告は、原告宛てのある法律書簡が原告に引き渡される以前に被告刑務所職員により故意に開封された、との苦情を申し立てた。

本件は、もし、当該書簡が原告に引き渡され占有された後に、被告によって開封され読まれた事件であったならば、原告によって占有される手紙に関する原告の財産権が故意に直接的に侵害されたことにつき、トレスパスの不法行為の訴訟原因が成立することになったであろう事件であった。また、もし、法律書

簡の取り扱いを規定する当該刑務所規則が、その規則違反を原因とする損害賠償請求権を原告に与えることが法によって承認される、何らかの作為義務を規定する規則であったならば、「制定法上の義務違反」(breach of statutory duty)の不法行為の訴訟原因が成立することになったであろう事件であった。しかしながら、本件においては、これらのいずれの訴訟原因(cause of action)も成立する見込みはなかった。また、司法審査の手続きは、審査許可を得るために必要な当事者適格の有無に関する先決裁定により本審査に先立って申請が却下される可能性と証人の交互尋問の命令を得る見込みの希薄さとによって、不法行為に基づく損害賠償請求に代替しうるものではなかった。さらにまた、1998年人権法の6条、7条、8条(公的当局の違法行為に対する訴訟手続きと司法による公正かつ適切な救済を規定する条項)に基づく損害賠償の請求も、同法違反の確認判決、あるいは最上でも名目的損害賠償(nominal damages)にとどまり、実質的な損害賠償が裁定されるか否かは、ヨーロッパ人権裁判所の判例法に従うならば懲罰的損害賠償が認められないことになるために、明白ではなかった。そこで、原告は、「公職における失当行為」(misfeasance in public office)、すなわちAshby対White事件((1703) 1 Sm LC (13th edn) 253, 1 ER 417, 2 Ld Raym 938, 92 ER 126)によって、公職者による侵害の意図を訴訟原因とする1個の有名な不法行為として確立され、2000年および2001年のThree Rivers DC対Bank of England事件における2個の貴族院判決によって、公共的権限の濫用、すなわち、公職者によって公共善(public good)を実現するよう保持される権限の「悪性の信念」(bad faith)における行使あるいは不行使を責任の基礎とすることが明らかにされ、不法な行政行為に対する重要な救済手段として再生したと考慮される古来の不法行為に基づき、被告職員および内務省を相手方とする損害賠償請求訴訟を提起した。

1.2 本件原告の論証の内容

Ashby対White事件は、同事件における原告が、ある自治都市の自由市民として1701年の国会議員選挙における投票権を主張したところ、被告の投票登録官および同僚の警視が詐欺的かつ原告を侵害する意図をもって原告に選挙登録を行うことを妨害し原告による投票権の行使を絶対的に許さなかった、との苦情を申し立てた事件であった。そこで、本件の原告は、当該の法律書簡が故意

に開封されたことによって、原告の法的助言者および裁判所にアクセスする「統治構造上の権利」(a constitutional right)の行使あるいは享受が妨害(interference)された、との苦情を申し立てた。また、この不法行為は公共的権限の濫用につき懲罰的損害賠償が裁定されうるということが *Kuddus 対 Chief Constable of Leicestershire Constabulary* 事件 ([2001] 3 All ER 193) において判示されていた。また、*Three Rivers DC* 事件における貴族院判決の定義づけによれば、「公職における失当行為」は、「悪性の信念」が異なる仕方において確証される2肢(すなわち、「標的害意」の肢(limb of targeted malice)および「非標的害意」の肢(limb of untargeted malice))からなる不法行為である。「標的害意」の肢における「悪性の信念」は、被告公職者が原告を侵害する意図(害意)および私的目的(嫌がらせ、復讐、単なる自己利益)によって確証される。「非標的害意」の肢における「悪性の信念」は、(a) 問題の行為(conduct)の違法性と問題の行為が原告もしくは原告がその一員である部類に属する人を侵害することになるだろう蓋然性の認識、あるいは、(b) そう侵害しうるリスクに関する無頓着な無関心、のいずれかの心理状態によって確証される³⁾。原告に対してなされた刑務所職員の権限の濫用は、この2肢において区別される悪性の信念の方式に従えば、後述するように、被告刑務所職員Y1、Y2の不法行為は非標的害意の肢、またY3の不法行為は標的害意の肢に相当するものであった。

原告は、本件において、現実的損害(actual damage)、すなわち何らかの金銭的損失、あるいは、何らかの肉体的もしくは精神的侵害を申し立てることが出来なかった。そこで、原告は、その誇りと尊厳の感覚に対する侵害があったことについて一般的な申し立てを行った。またさらに、この一般的な申し立てに代替する申し立てとして、「公職における失当行為」は、少なくとも「標的害意」の肢において、「それ自体において訴えうる」不法行為、すなわち当該事件の事情に特有な個別の何らかの損害、すなわち特有損害(special damage)の立証をまたずに成立する不法行為である、との論証を行った。この論証は、自治都市の特権的市民の投票権の侵害事件である *Ashby 対 White* 事件を「統治構造上の権利」と考慮される権利の侵害事件の文脈において新たに解釈し、同事件によって「統治構造上の権利」の侵害は「それ自体において訴えうる」不

法行為を成立させうる、との主張を根拠付けることを試みたものであった。さらにまた、その試みは‘統治構造上の権利’の重要性を、判例法上においてこの数十年なされてきている‘統治構造上の権利’の重要性の利用の仕方（すなわち、諸事件における諸裁判所によって各事件における問題の制定法規がそれらの‘統治構造上の権利’を縮減しているか否かの観点からそれらの法規の違法性を判断する際の解釈基準として‘統治構造上の権利’の重要性を利用するという仕方）とは異なり、「公職における失当行為」を「それ自体において訴えうる」不法行為として定義するために用いる点において、新奇な仕方の利用に供しようとする試みであった。

第1審裁判所は、Y1、Y2、Y3の権限の濫用を認定したが、何らの損害も原告が受けていないことを理由として原告の請求を否認した。控訴院は、原告の論証を容認し、「公職における失当行為」が特有損害を立証することなしに成立する不法行為である、と判示した。貴族院は原告の論証の試みを否認し、控訴院判決におけるAshby対White事件の新解釈および‘統治構造上の権利’の重要性の新奇の利用は正当化されない、と判示した。本稿は、以下において、原告が本件において行った「それ自体において訴えうる」不法行為の論証が控訴院および貴族院によってどのように取り扱われたかを詳細に検討することを目的とするものである。その際、主として貴族院において開陳された諸卿の意見を、諸卿が控訴院の裁判官の意見をどのように取り扱ったかに焦点を当てながら、検討する。その検討によって、貴族院が‘統治構造上の権利’を不法行為法においてどのような仕方において分析しているかが、また、その分析の仕方は控訴院におけるそれとどう異なっているかが、見えてくるであろう。そこで、先ず、事件の概要と事件経過を確認する（2）。次に、控訴院判決における原告側の論証認容の理由づけを検討する（3）。続けて、貴族院判決を検討し、原告の論証の試みの拒否の根拠と控訴院判決の取り扱いを明らかにする（4）。最後に、貴族院判決における理由付けの問題点を考察し、「公職における失当行為」の今後について言及する（5）。

2 事件の概要と経過

2.1 事件の概要

2.1.1 当該刑務所規則の概要

法的助言者および裁判所から囚人に対して宛てられる通信書簡（以下、法律書簡）の取り扱いは、1968年刑務所規則（SI 1968/388）の37条Aおよび同規則を改正しそれらの条項に取って替わった1999年刑務所規則（SI 1999/728）の39条に規定されている。それらの規定によれば、法律書簡は、刑務所所長が、禁止物が同封されている合理的な疑いがある場合においてのみ開封され、また、書簡の内容が刑務所の安全を危うくすると信じる合理的な根拠がある場合においてのみ開封され、読まれ、また、留め置きされうる。それらのいずれの場合においても、本人が立ち会う機会を与えられなければならなかった。

2.1.2 第1審裁判所の判決の概要

第1審裁判所裁判官（リーズのカウンティ・コートのIbbotson裁判官）は、被告刑務所職員のうちY1、Y2、Y3が「悪性の信念」（bad faith）において行為し公共的権限を濫用したと認定した。また、本件において、原審裁判所が「悪性の信念」に該当する事実として認定した事実関係は、被告職員および被告内務省によって上訴審において争われてはいない。なぜならば、控訴院と貴族院においては、被告側は特有損害の存在が「公職における失当行為」の不法行為の必須の構成要素である、ことを主張したからである。また、第1審裁判所は、原告側が本件における特有損害をなすものとして申し立てた誇りや尊厳の感覚に対する侵害を損害をなすものではないと認定したが、この認定も、原告側が上訴審においては「公職における失当行為」は「それ自体において訴えうる」不法行為であることの論証に的を絞ったため、争われてはいない。

2.1.2.1 「悪性の信念」に該当すると認定された事実関係

本件において、刑務所職員の「悪性の信念」が認定された事件は、原告が苦情を申し立てた多くの事件のうち偶発的に開封した場合および訓練不足により法律書簡の秘密保護に関して認識が欠如していた場合を除く3件であった。それらの3件は、1998年人権法が完全に施行された2000年10月2日以前のY1、Y2の2件、以後の事件がY3の1件である。人権法施行以前の事件、そして

施行以後の事件の順序で見よう。

2.1.2.1.1 人権法施行以前の事件 — Y 1 事件、Y 2 事件 —

(a) Y 1 事件

Y 1 は、原告に宛てられた 2 通の法律書簡があることを告げた。それらの書簡の封筒の外側には刑務所規則 37 条 A の参照が印され、発信者のソリシターの詳細が記されたストリップが付されていた。Y 1 は開封済みの封筒の 1 つから内容物を検査するために書信を引き出し、その後、その封筒および書信を原告に手渡した。他の未開封の 1 つについては、封筒を原告の面前において開封し内容物を検査した後に、それらを原告に引き渡した。原告が Y 1 の行為は 37 条 A に違反する行為であると抗議したとき、Y 1 は笑いながら「俺を首相に報告しろ」と応じた。

第 1 審裁判官は、Y 1 が当該書簡を開封し内容物を検査し、原告による当該規則違反の抗議を一笑に付したとき、Y 1 は違法に (unlawfully) 行為しているか否かに配慮しなかった、と認定した。同裁判官は、Y 1 が 37 条 A を承知していた、との原告の主張を認容したが、その主張は、どちらかというならば、Y 1 が当該書信を開封したとき、Y 1 は当該規則に違反しているか否かを配慮しなかった、ということであるとの見解を形成した。

(b) Y 2 事件

Y 2 は Y 1 と同一の刑務所職員であった。Y 1 の事件後、法律書簡の取り扱いに関する 37 条 A の規定内容に関する通知が刑務所職員に対してなされた。2 週間後、原告は、訴外看守から、37 条 A に該当する原告宛の 1 通の書簡があるが、原告がその看守の面前において開封するのでなければ引き渡すことが出来ない、と告げられた。後日、Y 2 は原告にその書簡を手渡すために原告を看守室に呼び出した。Y 2 は原告の面前で当該の封筒を破って開封した。原告が 37 条 A の違反行為であると抗議すると、Y 2 は当該規則に関する通知は投函される書信に対してのみ適用がある、と応じた。

第 1 審裁判官は、Y 2 が 37 条 A の参照が印された原告宛の法律書簡を破り捨て、当該規則に反して行為し、開封することを選択したとき、Y 2 は違法に行為していたことを認識していた、または、その行為が原告に関して違法であるか否かに関して無頓着に無関心であった、点において「悪性の信念」において

行為した、と述べた。

2.1.2.1.2 人権法施行以後の事件 — Y3事件 —

原告は移送先の刑務所職員Y3を相手方としてカウンティ・コートにおいて訴訟手続きを進めていた。Y3は「ダーラム・カウンティ・コート」と印された原告宛の2通の法律書簡を、原告に知らせることもなく、同意も得ずに、また相当の理由もなく開封した。Y3は開封したそれらの書簡を原告に引き渡した。

第1審裁判官は、Y3が書簡を開封した目的はそれらの書簡が原告のY3に対する訴訟手続きに関連するものであるか否かを確認するためであったこと、および、このことは「公職における失当行為」を構成するために必要な程度の「悪性の信念」を確証するには十分であること、を認定した。

これらの事件は、認定された「悪性の信念」によれば、区別されうる事件である。つまり、Y1、Y2の事件は「公職における失当行為」の第2肢に相当する不法行為であるが、Y3の事件はその「悪性の信念」が私的目的の方式において認定されている点に照らして第1肢の不法行為である。しかしながら、この区別は本件においては行われていない。原告は、Y3の事件についてY3を相手方に、その事件当時既に完全に施行されていた1998年人権法に基づく訴訟を、実質的な損害賠償が与えられる不確かさの理由により提起しなかった。

2.1.2.2 損害に関する原告の主張と判示

原告は、Y1の事件においては、その事件の結果として何らかの特有な、侵害もしくは損失もしくは損害を受けたことを主張しなかった。原告は、彼の私的な事柄が誰でも知っている事実になったこと、それゆえ、彼の法的助言者との間に十分な意思疎通を行うことが出来なくなったことについて一般的な苦情を申立て、彼の様々な訴訟手続きが勝訴する見込みが危うくなってしまったと陳述した。第1審裁判官は、そのような危機が実際に生じたとの証拠手段はなんら存在しない、と述べた。また、原告は、原告の誇りと尊厳の感覚に対する侵害があったことについて一般的な申立てを行った。同裁判官は、原告による抗議に対するY1の応答は原告の自尊心にほとんど何も影響を与えないものであって、「公職における失当行為」の不法行為に必要な構成要素である何らかの侵害あるいは損失あるいは損害に達するものではない、と述べた。

Y 2 および Y 3 の事件においても、第 1 審裁判官は、金銭的損失あるいは肉体的もしくは精神的侵害の方式における損害については、Y 1 の場合と同様に判断した。第 1 審裁判官がその判決の末尾を次のような言葉で結んでいることが、控訴院 Brooke 裁判官によって言及されている。すなわち、

「証拠手段に耳を傾け、証言席の原告を観察しながら、私は、原告が特に具体的に困惑させられ屈辱を与えられていない、と認定することになった。原告は、私には、ある知性を有し法律手続きについて何らかの知識を習得した人物である、と思われた。そして、何らかの仕方において彼の請求を矮小化し、あるいは原告に対する事件の影響を最小化することなしに、私は、原告は多くの点に照らして明らかにこれらの衝突を生きがいにしている (thrive on)、ということが出来るであろう、と考える。」こうして、被告職員による権限の濫用の結果として原告には何らの金銭的損失あるいは何らの肉体的もしくは精神的侵害も発生していないことが認定され、この認定事実は、上訴審における審理の前提とされた。

こうして、第 1 審裁判官は、「公職における失当行為」は「それ自体において訴えうる」不法行為ではないと判示しながら、それゆえ、原告は何らかの金銭的損失あるいは何らかの種類の肉体的もしくは精神的な侵害 (physical or mental injury) を立証しなければならないが、本件においてはそれらのいずれの種類の損害も立証できなかったことを根拠に、同職員に対する請求を否認した。原告は上訴した。

2.1 事件の経過

2.2.1 控訴院判決の概要

控訴院は、意見を述べた 2 人の控訴院裁判官において理由付けは多少異なるが、全員一致で、「統治構造上の権利」として同定しうるだろう権利 (a right) が存在している場合には、「公職における失当行為」の訴訟原因はその権利の侵害 (infringement) が「悪性の信念」をもってなされた場合には、特有損害の立証なしに成立しうるであろう、と判示して、原告の上訴を認容した。控訴院は、本件においては、被告刑務所職員によって、原告が裁判所および法的助言へのアクセスを妨げられないことを内容とする、原告の統治構造上の権利に対する妨害 (interference) が成立する、と判示し、被告職員の各人に対して、

妨害された権利の正当性を確証 (vindicate) するため5ポンドの名目的損害賠償の支払いを裁定するとともに、懲罰的損害賠償が被告職員に対して裁定されるべきであるか、また、もし裁定されるべきであるとするならば、裁定されるべき賠償額の評価、について考慮を行うよう、事件を第1審裁判所に差し戻すことを命令した。

控訴院は、被告による同院の判決に対する貴族院への上訴に対して、貴族院における訴訟の結果の如何に関わらず原告の訴訟費用を支払うことを条件に、許可を与えた。

2.2.2 貴族院判決の概要

内務省は貴族院に対して上訴したが、争点は、Bingham 卿によれば、「『公職における失当行為』の不法行為は金銭的損失あるいは肉体的もしくは精神的侵害の立証なしに訴えうるものであるか、また、もしそうであるならば、いかなる状況においてであるのか？」([2006] 2 All ER 353, at [1]) である。また、Rodger 卿によれば、「控訴院が、被告の公職における失当行為が原告の「統治構造上の権利」を妨害した場合、原告は特有損害を立証することなしに勝訴しうるであろう、と判示したことは正しかった (correct) であろうか」(ibid, at [42]) である。

貴族院は、他の諸卿の意見と上訴認容の結論において同じだが理由付けが異なる Walker 卿 1 人を除いて、「公職における失当行為」の不法行為の歴史的起源が損害 (damage) の立証を必須の要素とするケース訴権にあることに照らして、同不法行為は、物質的損害 (material damage)、すなわち、金銭的損失、あるいは、肉体的もしくは精神的侵害および精神病を含むが、心痛 (distress)、感情侵害 (injured feeling)、憤慨 (indignation) もしくは苛立ち (annoyance) を含まない、物質的損害を立証することなく訴えうる不法行為ではない、と判示し被告の上訴を認容した。なお、「物質的損害」とは本件の論証の過程において両当事者によって有用なものとして使用された語であることが、Bingham 卿によって言及されている。

3 控訴院における原告の論証認容の理由づけ

Brooke 控訴院裁判官は「本上訴の核心にある問題は、損害の立証が「公職における失当行為」の不法行為の必要な構成要素であるか否かである」(Watkins 対 Secretary of State for the Home Dept 事件 ([2004] 4 All ER 1158, at [18]) と述べたが、Laws 控訴院裁判官は「公職における失当行為がそれ自体において訴えうる、もしくは、損害の立証に基づいてのみ成立する不法行為であるか否かを問うことは誤導的である」(ibid, at [66]) との見解に基づく意見を開陳している。Brooke 裁判官の意見は「公職における失当行為」の2肢を区別しないで行われているが、Laws 裁判官の意見は、「標的害意」と「非標的害意」の2肢を区別し、各肢において特有損害の要件に関連して構成要素が異なるとの見解を説述したものである。Three Rivers DC 事件の第1審判決を述べた Clarke 控訴院裁判官は他の2控訴院裁判官の判示に同意する旨を述べているのみである (ibid, at [64])。

3.1 Brooke 控訴院裁判官の理由づけ

3.1.1 判例法上の理由づけと Ashby 事件の Holt 判決

Brooke 控訴院裁判官は、本件の争点、すなわち損害の立証は「公職における失当行為」の必須の構成要素であるか、の問題は、金銭的損失の損害の関連において公共的権限の濫用に達する悪性の信念の定義づけが争点となった Three Rivers DC 対 Bank of England 事件においては争点とはなっていないことを根拠として、同事件の貴族院判決が本件の争点に直接的な解決を与えないことを、先ず確認している (ibid, at [27])。そして、本件の問題点に対して決定を与えるため、不法行為における訴訟原因が特有損害の立証を待たずに成立するか否かの問題に関して判例法上において伝統的になされて来ている、トレスパス訴権とケイス訴権の区別に基づくよりもむしろ、Ashby 対 White 事件における Holt 首席裁判官によって定立され本件の問題点に関する原理を宣明するものとして同裁判官が考慮する次の判示 ((1703) 2 Ld Raym 938 at 953-955, 92 ER 126 at 136-137) に依拠するために、それを引用している (ibid, at [29])。すなわち、

「もし原告がある権利を有するならば、原告は、もしその者がその権利の行

使あるいは享受について侵害されるときには、その権利を擁護し確証するための1つの手段を、そして救済手段を必ず有しなければならない。それゆえ、実際、救済手段を伴わない権利を想像することは空虚なことである。なぜならば、……権利の欠如と救済手段の欠如とは相互的だからである。……そして、私は、このケース訴権に基づく訴訟は1個の本来的に適切な訴訟であるとの意見を抱いている。私の同僚 Powell 裁判官は確かにケース訴権に基づく1個の訴訟が当該原告に対する何らの加害もしくは損害も存在しないのだから維持することが出来ない、と考えている。しかし、間違いなくあらゆる権利侵害 (injury) は、それが当該当事者にファージング銅貨1枚も失わせないけれども、1個の損害を推認する (import) ののであって、その反対を立証することは不可能である。すなわち、1個の損害は単に金銭上に成立するのではなく、ある権利侵害は、人がその侵害によってその人の権利に関して妨害を受けるときに、1個の損害を推認するのである。」

3.1.2 諸事件の具体的な検討

Brooke 控訴院裁判官は、問題点に関する原理をなすものと考慮する判示の引用を終え引き続いて、諸裁判所が Ashby 対 White 事件以降 300 年間において不法行為の訴訟原因が特有損害の立証をまたずに成立するか否かを決定する際に従ってきている諸原理が Holt 首席裁判官によって宣明された原理に抵触しないことを確認するために、次の諸事件を検討している (ibid, at pp. 1167 - 1172)。すなわち、

① Constantine 対 Imperial London Hotels Ltd 事件 ([1944] 2 All ER 171, [1944] 1 KB 693) : 旅行者が宿屋によって不法に宿泊を拒否されたことを原因として提起した訴訟は、コモン・ロー上の1個の権利の侵害を原因とする訴訟であり、ケース訴権に基づくことが相当であるが、特有損害の立証を待たずに維持されうるであろうと判示された際に、Holt 首席裁判官の上の判示が引用された事件。

② Quartz Hill Consolidated Gold Mining Co 対 Eyre 事件 ((1883) 11 QBD 674, [1881 - 5] All ER Rep Ext 1474) : 裁判所による清算手続きが害意をもって申請されたことを原因とする訴訟が特有損害の立証を待たずに成立

するか否かが考慮された事件。Brooke 裁判官は、同事件における Bowen 控訴院裁判官の意見についてこう述べている (ibid, at [33])。すなわち、

「Bowen 控訴院裁判官は、Savile 対 Roberts 事件における Holt 首席裁判官の判決 ((1698) 1 Ld Raym 374 at378, [1558 - 1774] All ER Rep 456 at 457)、すなわち同首席裁判官が、人の名声に対する損害、あるいは人の身体もしくは財産権に対する損害の立証は害意訴追を原因とする訴訟を支持するために必要である、と判示した判決に言及した。Bowen 控訴院裁判官は、この準則にもかかわらず、必然的に損害を随伴する法律上の手続き、例えば、名声に対する醜聞もしくは自由の喪失の可能性を随伴する正式起訴あるいは取引業者に対する破産申請の提出といった手続きが存在するが、このような場合においては、訴訟は、ひとたび害意が立証されたならば、特有損害を立証することなしに成立する、と判示した。」

③ Fitzgerald 対 Firbank 事件 ([1897] 2 Ch 96, [1895 - 9] All ER Rep 445) : 漁業権所有者はその漁業権が行使される河川を汚染した者に対して特有損害の立証を待たずに訴訟原因を有するか否かが争われて、漁業権の法的性質が検討され、漁業権が無体の相続財産であるとしても占有される権利であるからには、漁業権所有者はそれらの権利の侵害 (infringement) につきコモン・ロー上においてトレスパスの不法行為によって訴えうると判示された事件。

④ Jones 対 Jones 事件 ([1916] 2 AC 481, [1916 - 7] All ER 1348) : 口頭による名誉毀損 (slander) について損害の立証を必要としない場合が「それ自体において訴えうる」不法行為とされる文書による名誉毀損 (libel) と比べて 4 個の例外的場合 (①禁固刑をもって処罰しうる罪を犯したと誹謗する場合、②嫌悪すべき病気にかかっていると誹謗する場合、③職業上の適性能力を欠いていると誹謗する場合、④および女性の純潔を疑わせるような誹謗を行う場合) に限定されている理由は、宗教改革以降において口頭の名誉毀損に対して教会裁判所と競合する管轄権を獲得した王の裁判所の新しい管轄権が、第 1 次的には、懲罰にではなく物質的権利 (material rights) に関心をよせる世俗の裁判所として期待されることから従って、現実的損害の確定とその損害に限定される救済手段の探求に向けられたことにあり、権利の侵害の有無の探求に関連する結果ではないと説述された事件。

⑤ Neville 対 London 'Express' Newspaper Ltd 事件 ([1919] AC 368, [1918-9] All ER Rep 61) : メインテナンスを原因とする不法行為は特有損害の立証を欠く場合には成立しないであろう、と判示した多数意見は、Ashby 対 White 事件における Holt 首席裁判官によって述べられた問題の原理を否認したのではなく、むしろ、メインテナンスを原因とする訴訟において同原理の適用があることを、メインテナンスの不法行為が権利の侵害を原因とする訴訟ではなく原告に損害を生じさせる 1 個の犯罪に関する不法行為であるとの理由に基づいて否認したことが確認された事件。

3.1.3 Holt 判決と同旨のより広範な原理

Brooke 控訴院裁判官は、このようにして、本件の問題点に関する原理を定立していると考慮する Holt 首席裁判官の判決に抵触する趣旨における判決がなされていない、あるいは同判決が否認されていないことを明らかにした。そして、同裁判官は、次に、Holt 首席裁判官の上述の判決が指導的先例として引用されている事件を検討している。その事件とは、Nicholls 対 Ely Beet Sugar Factory Ltd 事件 ([1936] 1 Ch 343) である。同事件は河川の汚染に関する事件であった。原審裁判所は、幾つかの魚場の所有者であった原告は何らかの損害を受けたことを立証できないことを根拠にして、原告の請求を否認した。しかしながら、同事件の控訴院は、魚場の妨害は 1 個の法律上の権利の侵害であり、その場合には、その権利侵害はその権利侵害に損害賠償に対する権利を携帯させる、と判示した。Brooke 控訴院裁判官は、同事件の指導的意見が記録長官 Wright 卿によって与えられていることを確認し、同事件における上の判示が、Holt 卿によって定立された原理と同一のより広範な原理に基づくものであることを判示する同記録長官の判決をこう引用している (ibid, at [42] [43])。すなわち、

「記録長官 Wright 卿は、原告の権利の性質は、原告が魚場に対する無体の相続財産権を有していたこと、および、原告が魚場に存在することが認められる魚に対する財産権を有していた、ということであったことを解説し終えて、…〈中略〉…こう続けている。『Harrop 対 Hirst 事件 ((1868) L.R. 4 Ex. 43) は、Sir Frederick Pollock が言及しているように、もしあなたが 1 個の法的権利の侵害を受けているならば、その場合には現実の損害が

立証されることなしに1個の訴訟の権利が成立する、との命題を、かさねて支持する1個の先例である。その事件の請求は流水の迂回についてであった。そして、流水の迂回を原因とする1個の訴訟は、被告の問題となっている行為が、もし中断することなしに、十分に頻繁に繰り返されるならば、原告のもろもろの法的権利の価値毀損 (derogation) の証拠手段を提供するものとなりうるだろう限りにおいて、何らかの現実的な人的損害の立証なしに維持されうる、と判示された。それが、その事件において強調されている1個の理由であり、その理由の有効さに関しては有用な先例および有用な根拠が存在するけれども、そのような訴訟を現実的損失の立証なしに維持する能力は1個のはるかにずっと広範な原理、すなわち、あなたが1個の法的権利に対する妨害を受ける場合には、法が損害を推定 (presume) する、という原理に依拠している。』Holt 首席裁判官の Ashby 対 White 事件 ((1703)2 Ld Raym 938, 92 ER 126) における判決が、記録長官 Wright 卿によってこの原理を支持する際に引用された指導的先例であった。」

Brooke 控訴院裁判官によってなされている上の引用は、Ashby 対 White 事件における Holt 首席裁判官の判決以降、トRESPASやニューサンス、あるいは文書における名誉毀損の不法行為の事件において、法的権利の行使や享受の妨害 (すなわち、法が権利として承認する、ある利益や利害関係の保護を受けるその資格の行使や享受の妨害) が存在する事件においては、法は損害を推定する、という広範な原理が確立してきていること、そしてその広範な原理は Holt 判決によって定立された原理に基づく、ことが明言されている。

3.1.4 争点に関する判例法の状態

そして、以上の諸先例の検討の結果として得られた、問題点に関する判例法の状態について、Brooke 控訴院裁判官はこう確言している (ibid, at [44])。すなわち、

「これらの諸事件が私たちに告げていることは、コモン・ローは、常に、もろもろの占有権あるいはもろもろの財産的権利 (possessory or proprietary rights) またはトRESPASによって保護される人身に対するもろもろの権利の保護に対して油断のない注意を示して来た、ということである。それらの事件においては、1個の訴訟原因が、もし当該の権利が侵

害されている場合には、特有損害あるいは当該の権利侵害者の側の何らかの心理的要素、例えば、侵害する意図もしくは侵害の結果に関する無頓着な無関心と一体となった侵害の自覚を立証する何らかの必要なしに成立しているのである。」

上の確言に対しては多少の注意を与える必要がある。なぜならば、Brooke 控訴院裁判官によって、伝統的にトレスパスの不法行為によって保護されてきている人身および土地・動産に関連する物理的な性質のもろもろの権利については、損害の事実上の推定が、被告の原告に対する何らかの侵害の意図、侵害の認識、あるいは侵害の結果に関する何らかの心理状態を欠いている場合の権利の侵害あるいは妨害に対して行われて来ていることが明らかにされているから、である。これは、本件における「統治構造上の権利」が伝統的に保護を与えられて来ていない非物理的な権利であることに照らし、そうした権利の侵害の場合に行われうると考慮される損害の推認の正当化が薄弱であることにかんがみて、その損害の推定が行われうる場合を悪性の信念によってなされる権利侵害の場合に限定することによって、その正当化の根拠を補強する試みがなされうることを示唆するものである。そして、これは、またさらに、実際において Brooke 控訴院裁判官によって行われる試みに妥当性を与えるものと考えられる。

3.1.5 名目的損害賠償の根拠

Brooke 控訴院裁判官は、さらに、損害の事実上の推定あるいは推認が行われる事件において裁定される名目的損害賠償の根拠について、こう述べている (ibid, at [44])。すなわち、

「『名目的損害賠償』の背後にあるその根拠は、Mediana (Owners of Steamship) 対 Owners, Master and Crew of the Lightship Comet, The Mediana 事件 ([1900] AC 113, [1900-3] All ER Rep 126) における大法官 Halsbury 卿によって、以下の表現において説明された。すなわち、『“名目的損害賠償”は1個の技術的な用語である。それは、あなたが実在的な損害に似た何かを否認したことを意味するが、しかし、それは、あなたがあなたの名目的損害賠償によって、その名目的損害賠償はあなたに何らかの実在的な損害賠償に対する権利をまったく何らも与えないのであるけれども、それにもかかわらず、あなたに、あなたの法的権利が損害

されたという理由で当該の評決あるいは判決に対する権利を与える、1個の法的権利の違反が存在することを確言していることを、意味するものである。』」

3.1.5 ‘統治構造の権利’の侵害による損害の推認

Brooke 控訴院裁判官は、さらに続けて、本件において問題となっている権利のように、トRESPAS法によって伝統的に保護されない非物質的な性質の権利の中には、古来から展開されてきている有名的不法行為法によってその侵害につき損害の推認が行われる権利がある、ことを説述している。例えば、文書による名誉権の侵害あるいは妨害が生じているときには、文書による名誉毀損 (libel) の不法行為法によって、当該事件における訴訟原因が損害の立証をまたずに成立することが確立している、ことを引証している。その引証は、公職における失当行為の歴史的起源がケイS訴権にある事実¹に照らして本件の争点に決定を与えることが説得力に欠けることを明らかにすることによって、以下においてなされるその決定の判例法上の正当化を補強することを狙ったものである。こうして、‘統治構造上の権利’の侵害のために損害の推認が行われうるか否かを決定するために有効な法が Ashby 対 White 事件によって今もなお与えられている、と述べて差し支えないことが、Brookes 控訴院裁判官によって次のように述べられている (ibid, at [48])。すなわち、

「Ashby 対 White 事件およびその他の選挙事件は、依然として、有効な法を今日においても示している。これらの事件は、もし1個の統治構造上の権利として同定されうる権利が存在する場合には、その場合に、その権利の単なる侵害より以上の何かが存在するならば、1個の訴訟原因がその権利の1個の侵害について特有損害の立証をまたずに成立しうる、ことを明示している。その場合に要件をなす心理的要素の性質を定義する任務は Three Rivers DC 対 Bank of England 事件における貴族院 ([2000] 3 All ER 1, [2003] 2 AC 1) によって着手された。そして、その権利侵害者は公共職を有する誰かでなければならない。」

そして、Ashby 対 White 事件が財産権に関する事件ではなく ‘統治構造上の権利’に関する事件として分析できることを、このように手短かに説述している (ibid, at [48] [49])。すなわち、

「私は、たとえば、イングランド法があつた偉大な19世紀のアメリカ合衆国最高裁判所 Story 裁判官によって Webb 対 Portland Manufacturing Co 事件 ((1838) 3 Summer's Rep 189) において示唆されている [不法行為あるところ救済手段あり、という] 道筋を避けているとしても、人は Ashby 対 White 事件を自治体都市に付与された (1個の財産権をなす) 国会議員選出権の侵害を随伴した1個の事件として何の支障もなく説明しうる、とは考慮しない。もしこれが正しい Ashby 対 White 事件の分析であるならば、その場合には、イングランド法によって、統治構造上の有意性に照らして、どれも皆、投票権の様に私たちの自由民主政体において同様に重要であると認識されている幾つかの権利が存在する。」

こうして、Brooke 控訴院裁判官は、Ashby 対 White 事件が本件と同様の重要性を有する「統治構造上の権利」が侵害された事件であることを確認して、同事件における Holt 首席裁判官の判示によって定立された原理に基づく結論に到達するに当たって、最後に、「統治構造上の権利」の意味について、R 対 Lord Chancellor (Witham 申請) 事件における Laws 高等法院裁判官 (当事) の説述 ([1997] 2 All ER 779, at 783-784) を引証して、それは、成文憲法典が存在しないイングランドでは、ある国会制定法における個別具体的な規定によって無効にされる以外には、もしくは、ある国会制定法によって無効にする権限が付与される規則によって無効にされる以外には、無効にされることが出来ない、コモン・ローが創出した権利を意味することを確認している (ibid, at [50], [51])。そして、最後に、本件で問題となっている裁判所にアクセスする権利が「統治構造上の権利」の重要性を有する権利であることを次のように明言して、その結論を述べている (ibid, at [52])。すなわち、

「私は、本件の3人の刑務所職員が侵害した原告の権利はこの統治構造上の水準の重要性を有する1個の権利であること、それゆえ、それらの職員が悪性の信念によってその重要な権利を侵害したときは、公職における失当行為における原告の訴訟原因はたとえ特有損害の立証なしであっても完結したこと、を結論づけることが出来るためには、Steyn 控訴院裁判官 (当事) が R 対 Secretary of State for Home Dept (Leech 申請) 事件において述べたこと ([1993] 4 All ER 539, at 548) を引証しさえすればよいで

あろう。」

3.2 Laws 控訴院裁判官の理由づけ

3.2.1 「それ自体において訴えうる」という問いが誤導的であること

Laws 控訴院裁判官は、「公職における失当行為」がそれ自体において訴えうる不法行為であるか、あるいは損害の立証に基づいてのみ訴えうる不法行為であるか、との問いが誤導的である理由について、こう述べている (ibid, at [66])。すなわち、

「私には、問題の不法行為が2個の別異の種類の事件において確証される、といて差し支えがない様に思われるからである。すなわち、損害が、一方においては明示されなければならないのであり、他方においては明示される必要がないのである。さて、公職者によって犯された違法な行為と原告の四囲の状況との間にはなんらかの結びつきがなければならない。もしこの結びつきがなければ、原告は訴える当事者適格を有しないことになるであろう。この結びつきは何において成立するのであるだろうか？ ThreeRivers DC 対 Bank of England (No3) 事件において Stey 卿が同事件の第1審裁判所における Clarke 高等法院裁判官 (当事) によってなされた以下の説述を明示的に正しいものであると是認した。すなわち、『一人の公職者が、それが違法であり、かつ原告に対して経済的損失を生じさせるであろうことを認識する行為を熟慮によって行う場合、私は、何故に、原告が、公職者により熟慮をもってなされる権限の濫用によって損害 (damage) を与えられない、もしくは侵害 (injury) されない権利以外に、侵犯されている1個の権利もしくは原告に対して負われている特定の義務 (duty) を同定しなければならないかについて、原理に照らして、なんらの理由も理解することが出来ない』 ([1996] 3 All ER 558, at 584b) 」

3.2.2 損害の観点からの2肢の定義

こうして、Laws 控訴院裁判官は、問題の不法行為を確証しうる異なる2種類の場合について、それを「経済的もしくは物質的な侵害」 (economic or material injury) の場合と「法が何らかの損失 (loss) の立証なしに保護を与える種類の権利に対する妨害 (interference)」の場合に分けて、こう述べている (ibid, at [67])。すなわち、

「原告が公職者の不法かつ悪性の信念における行為によって経済的もしくは物質的侵害に曝されている場合においては、原告は定量化できる損失を受けたことが原告の請求に付いて回ることになるであろう。しかし、原告は、公職者が、そのような損失を生じさせる際に、原告が享受する何らかの〔義務とは〕独立した権利 (free-standing right) を犯したことを立証する必要はないのである。これが1つの部類の事件である。しかし、原告はある異なる意味において不利な影響を受ける場合がある。すなわち、当該の不法な行為が、何らかの損失の立証なしに法が保護を与える種類の権利を妨害してしまう場合がある。その場合には、公職者の当該の権利に対する妨害は問題の不法行為を完全に成立させるのであって、なんらの現実的損害も明示される必要がないのである。これが第2の部類の事件である。その部類の概念枠組みを与えるものは、公職者の違法な行為が統治構造上の権利を妨害した場合の事例である。」

そして、Laws 控訴院裁判官は、第1の部類の事件の概念枠組みを提供する事例が Three Rivers DC 事件であることを明言して、その意見の結論をこう述べている (ibid, at [68])。すなわち、

「Ashby 対 White 事件は第2の部類の事件についての1個の事例である。そして、Brooke 控訴院裁判官によって与えられている理由のために、本件もまた第2の範疇に該当する。Ashby 対 White 事件におけるように、本件の公職者の違法かつ悪性の信念における行為は、原告によって享受される統治構造上の権利を妨害している。Ashby 対 White 事件においては、その統治構造上の権利は投票権であった。本件においては、それは女王の裁判所に対するアクセス権である。」

4 貴族院判決における原告の論証否認の理由づけ

貴族院（理由づけの点において Walker 卿を除く他の諸卿）は、(a) 「公職における失当行為」が歴史的に特有損害の立証を必須の要件とするケース訴権に基づいて展開してきた不法行為である（それに対して、Walker 卿は、文書による名誉毀損の不法行為がケース訴権に基づいて損害の立証をまたずに確証さ

れうる不法行為として展開されてきていることを理由として、古来からの法の歴史がそれ自体において直ちに「公職における失当行為」を文書による名誉毀損と同一の方向に展開すべきではないことを理由を提供することにはならないと結論づけている（[2006] 2 All ER 353, at [74]）こと、また、(b) ‘統治構造上の権利’ の概念が問題の不法行為の訴訟原因を定義づけるためには精密さに欠け、判例法上において‘基礎的権利’ (basic rights) あるいは‘基本的権利’ (fundamental rights) と記述される他の類似の諸権利について、「悪性の信念」による侵害のための訴訟の洪水を統御する水門となる手段を供与することが出来ない（それに対して、Walker 卿は、警察や刑務所職員による「悪性の信念」に基づく‘統治構造上の権利’ の侵害と言うことが出来るほどの常軌を逸した権限濫用が稀であることを理由に同意していない (ibid, at [75])) ことを根拠として、および、Three Rivers DC 事件においてなされた「標的害意」と「非標的害意」の2肢の区別に具体的な考慮を与えないで、それらの結論に到達している。

Walker 卿の意見は、「公職における失当行為」の歴史的起源および訴訟の洪水を防止する水門理論の根拠に基づく否認が説得力のないものであるとの意見 (ibid, at [74] [75]) を抱きながらも、問題の不法行為が「それ自体において訴えうる」との原告の論証は「標的害意」の肢に限定するとしても、それでもやはり容認することが出来ない、という他の4卿の意見に対する反対意見に準ずると言うことも出来る意見を開陳している。

他の4卿のうち主たる意見を述べたのは Bingham 卿と Rodger 卿の2人である。Rodger 卿の意見は、まえもって述べるならば、Bingham 卿の意見を、次の点において補う判決である。すなわち、①控訴院判決における Ashby 対 White 事件の新解釈および‘統治構造上の権利’ の新奇な利用が判例法上において正当化され得ないものであることをより詳細に検討している点において (ibid, at [48]-[57])、また、②囚人がその法的助言者と裁判所との間に秘密を保持しながら通信する権利を刑務所の安全を確保しながら‘統治構造上の権利’ として尊重するよう刑務所制度の革命をもたらしたのは、囚人の法律書簡の秘密保持に関する諸事件における諸裁判所の判決を通じて行われたのであって、それらの判決の‘革命的メッセージ’ が現場の刑務所職員には希釈されてしか伝

わっていないこと (ibid, at [33])、それゆえ、本件の被告職員が実際に自覚していたのは当該規則の違反であったことに照らすならば、当該職員3名が「統治構造の権利」を侵害したことを基礎とする控訴院判決は実際の事実関係の上に「いささか人為的にのしかかり過ぎている」こと (ibid, at [63]) を新たに付加することによって、本件において問題となっている事柄の実質の1面を明らかにしている点において、さらに補う意見である。

なお、Walker 卿は、本件の問題の実質に関して、上記の Rodeger 卿とは異なる仕方において把握している。すなわち、同卿は、被告の失当行為の実質に関して、被告職員が原告に対して行った各事件は実際に憤怒が伴っても当然な熟慮による侮辱 (deliberate affront) であり、何らの持続的な加害を生じない平手打ちのような1個の現実的な暴行未遂 (actual assault) と同一である、との評言を与えているのである (ibid, at [68])。

そこで、以下において、4 卿の意見のうち主たる意見と見ることが出来る Bingham 卿の意見と準反対意見を述べたと見ても差し支えがない Walker 卿の意見を分析する。

4.1 Bingham 卿の理由づけ

Bingham 卿は、主として、より適切な他の救済手段、特に、いまや完全に施行された 1998 年人権法に基づく救済が原告に利用可能であることに基づいて、原告の論証を否認する意見を展開している。

4.1.1 法制策の理由 — 損害の補償

Bingham 卿は、まず、はじめに、本件において考慮を与えられるべき2個の法政策、すなわち、①悪性の信念においてその公共的権限を濫用した者をその理不尽な行為について責任を負わせることは明白に公共の利益に適うこと、および、②不法行為法の1次的な役割は「物質的損害」(material damage) を受けていない者の権利を擁護することよりはむしろ「物質的損害」を受けた者のために金銭による補償を提供することにあるということ、を確認した後に、それらの法政策が競合するものであることを明言して、同卿の意見の結論をまとめよう明言している (ibid, at [9])。すなわち、

「もし公職者が彼らの法的義務を理不尽にも顧慮しないで行為したものの、物質的損害を生じさせなかったとする場合、それらの公職者に責任を問う、

他のより適切な仕方が存在する。その場合、「公職における失当行為」の不法行為を、今日まで承認されて来ているその境界領域を超えて展開することは不必要であり、時機に適っていないのである。」

4.1.2 判例法上の理由 — 歴史的起源に基づく特有損害の必要

こうして、Bingham 卿は、具体的に「公職にける失当行為」の歴史的な起源と展開を辿ることによって、同不法行為がケース訴権に基づく訴訟原因の事件において損害の立証を必須の要素とする不法行為の領域内において展開してきていることを確認する (ibid, at [11]-[22])。諸事件の検討の結果のあらましを纏めてみよう。

① Turner 対 Sterling 事件 ((1671) 2 Vent 25, 86 ER 287) : Three Rivers DC 事件における Steyn 卿によって「公職にける失当行為」の最も早期の事件として挙示されている事件であって、原告が報酬職であるロンドンブリッジの管理人への選出を被告の害意を伴った違法な行為によって妨げられたことをケース訴権に基づいて申し立て、当該職を保持することが妨げられたことが特有損害をなすと判示された事件。同卿はこう述べている。すなわち、「全ての裁判官は、通例 (必ずしも常にではないが)、ケース訴権についてそうであるところに従って、損害が当該の訴訟原因の必須の構成要素である、と判示したのである。彼らは、損害が事実関係に基づき十分に明示されたか、または明示されるであろうかについてのみ、異なっていた。」 (ibid, at [12])。

② Ashby 対 White 事件 ((1703) 1 Sm LC (13th edn) 253) : Bingham 卿は、

同事件の事実関係を確認した後に、Ashby 対 White 事件における貴族院が是認した Holt 首席裁判官の判決は、実際には、同首席裁判官がその原告の投票権を財産権の問題として位置づけたことによって基礎付けられるものであるにもかかわらず、本件の原告側は Holt 首席裁判官がその原告の投票権を「最高度の重要性を有することがら」として認容していることに大いに依拠して、その論証を行っていることを、こう明言している (ibid, at [13])。すなわち、

「王座裁判所において、多数をなした裁判官は原告の請求を幾つかの事由に基づいて否認した。それらの根拠のうちには、原告が何らの損害も受けていなかったこと、また問題となっていることがらは国会のための問題であ

り裁判所のための問題ではないこと、があった。しかし、Holt 首席裁判官は反対意見を述べた。同裁判官は、原告の権利を「1 個の人的権利」(a personal right) として ((1703) 1 Sm LC (13th edn) 253, at 270)、しかし、さらにまた、財産権の問題として (at 276) 記述し、そして、原告が当該自治都市に付与されている国会議員選出権の利益 (benefit) に対する資格を与えられている (at 271)、と顧慮した。本件の被上訴人・原告は、特に、Holt 首席裁判官が問題の投票権を「最高度の重要性を有することがら」として認容していること、および以下の Holt 首席裁判官の判決に依拠している。すなわち、『もし原告がある権利を有するならば、原告は、もしその者がその権利の行使あるいは享受について侵害されるときには、その権利を擁護し確証するための 1 つの手段を、そして救済手段を必ず有しなければならない。それゆえ、実際、救済手段を伴わない権利を想像することは空虚なことである。なぜならば、権利の欠如と救済手段の欠如とは相互的だからである。』」

上記の、Bingham 卿によって引用されている Holt 首席裁判官の判決部分には、控訴院 Brooke 裁判官によって本件の問題点に関する原理を定立しているものと考慮され引用されている Holt 首席裁判官の判決部分が脱落していることに対しては、十分な注意が与えられるべきであろう。これは、後述するように、貴族院による Ashby 対 White 事件の取り扱いが Holt 首席裁判官の原理の実質的根拠の検討によって、またその検討を通して決定されていない、という結果をもたらしている (後述、5.1.1 参照)。そして、Bingham 卿は、Ashby 対 White 事件を先例として評価することが容易ではない理由を確認しながら、同事件を「雑多な権利の妨害事件」の先例として、および、準トレスパスの請求に関する先例として解釈する 2 人の権威的学者の意見を引証している (ibid, at [15])。すなわち、

「この先例を評価することは完全に容易であるというわけではない。なぜならば、Holt 首席裁判官がその判決を事件が貴族院に提起されるに先立って訂正したからである。貴族院では、同裁判官の反対意見は非法律貴族の大多数によって、Holt 首席裁判官が草案したと言われる根拠に基づいて是認された。上級弁護士 Sir John Baker 教授は、An Introduction to

English Legal History (4th edn, 2002) pp. 431 - 432 において、同事件の請求権は、妨害の仕方においてでなければ保護されないままであったであろう雑多な権利についての妨害を原因とする請求権であると解釈し、そして、同事件の訴答は、その投票権は厳密には財産権ではなかったのであるけれども、‘より伝統的なニューサンスおよび妨害の諸訴訟に対する親和性を示している’との所見を示している。故 Fleming 教授 (The Law of Torts (9th edn, 1998) p22) は、問題の請求権をトレスパスの全ての属性を持つ無体の財産権の侵害のための準トレスパスの請求権として記述している。トレスパスとの類推が、おそらく、何故に物理的損害が同事件の不法行為の必要な構成要素をなさないかと判示されるかを説明する、と云ってよいであろう。」

Bingham 卿は、Ashby 対 White 事件が、被上訴人・原告によって依拠されているような重要な‘統治構造上の権利’の事件ではなく「雑多な権利」の事件であると解釈されていること、また、Ashby 対 White 事件によって有名な不法行為として確立されたとされる「公職における失当行為」が特有損害の立証なしに成立するとされることがあるのは、Ashby 対 White 事件がトレスパスに準ずる不法行為であるためであるとされていること、を確認したのである。しかしながら、Ashby 対 White 事件に関する上記の解説は、Rodger 卿の該当する意見に比べて軽快さに欠け、説得力を持っていないものと、考えられる（この点については、別稿で検討する予定である）。

③ Whitelegg 対 Richards 事件 ((1823) 2 B & C 45, 107 ER 300) : 原告に対する債務の支払いを強行するために収監されている債務者を不法にかつその原告を侵害する意図をもって釈放するよう命令した被告の裁判所書記官がケース訴権に基づき訴えられ、特有損害が当該債務者に対して支払いを強行する手段の喪失に存立することが明示された事件

④ Henly 対 Lyme Corp 事件 ((1828) 5 Bing 91, 130 ER 995) : 海岸壁の補修義務を負っていた被告が海岸に隣接する原告の財産を侵害する意図をもって補修を怠ったことにより原告が受けた金銭的損失 (financial loss) が特有損害とされた事件。なお、この事件の検討の際に述べられている、同事件における Best 首席裁判官の判示に関する次の Bingham 卿の説述は、同卿によって本件

の事実関係に類似する事件における物質的損害を例証するものと考慮された1つの事例を示すものとして注意を与える必要があるであろう (ibid, at [15] p. 361e,f)。すなわち、「Best 首席裁判官は、その全てが明白に物質的損害を随伴する一連の実例を挙げることに取り掛かった。それらの事例のうちの1つは、ある司祭が聖礼典を執り行うことを拒否した1人の男性に関するものであった。その男は、Best 首席裁判官によって、‘その拒否によって彼の世俗の権利を損なわれた’ として記述された。なぜならば、1661年自治体法および1673年審査法に従って、明示された期間内に聖礼典を受けることが都市公社の一員となる被選挙権および文民職と軍事職の保持のための条件なしていたからである。」

⑤ Brasyer 対 Maclean 事件 ((1875) LR 6 PC 398) : 被告保安官によってなされた誤った報告によって誤認逮捕された原告が結果として24時間拘留された事件に関する New South Wales 最高裁判所からの枢密院に対する上訴において、枢密院が、原告が受けた誤認逮捕の結果は特有損害である、と判示した事件。

⑥ Farrington 対 Thompson 事件 ([1959] VR 286) : ホテルの不法な閉鎖命令事件において、公職者がその職を濫用していることを認識し、かつ、その行為によって原告に損害を生じさせることを認識していることが構成要素であると判示された事件

⑦ Northern Territory 対 Mengel 事件 ((1995) 69 ALJR 527) : 公的当局によって雇用されている家畜検査官が当該制定法に基づく、もしくは他のなんらの権限も有しないで、不法にも原告の家畜を隔離し、それによって損失を受けた原告が当該公的当局を訴えた事件。

⑧ Garrett 対 A - G 事件 ([1997] 2 NZLR 332) : 原告女性の告発、すなわち原告が警察署内において警察員によって暴行を受けたとの告発を適切に捜査することを当該警視が怠ったことによって金銭的損失および彼女の名誉に対する損害が生じた、との苦情が申し立てられ、訴訟原因の成立のためには、損害の予見可能性を明示することは不十分であり、原告に生じる諸結果についての現実的な正しい認識 (actual appreciation) が必要であると判示された事件。

⑨ Odhavji Estate 対 Woodhouse 事件 ([2003] 3 SCR 263) : 嘆き (grief) もしくは情緒的な苦悩 (emotional distress) は訴訟原因を確証するために十

分ではないが、可視的な検証しうる疾病もしくは認識されうる肉体的もしくは精神病理学的加害は不十分なものではない、と判示された事件。

⑩ Three Rivers DC 対 Bank of England 事件 ([2000] 3 All ER 1) : 損害の立証の必要性の争点は同事件においては検討されていないことが確認された後に、問題の失当行為が損害を生じさせていることは定義された2肢に共通であることが、以下のように言明されている (ibid, at [22])。すなわち、「貴族院において、Steyn 卿は公職における失当行為を原因とする2個の異なる方式の責任を定義した ([2000] 3 All ER 1, at 8)。第1の方式は公職者による標的害意、すなわち、ある者あるいは者達を個別具体的に侵害するよう意図された行為 (conduct) である。第2は、ある公職者が苦情を申し立てられている問題の行為 (the act) を行う権限をまったく有しないこと、および問題の行為が当該の原告を侵害する蓋然性が生じることになるだろうことを認識しながら、行為する場合に、成立する。Millett 卿の意見によれば ([2000] 3 All ER 1, at 49)、必要な故意の構成要素が確証される際に2つの異なる仕方が存在するに過ぎないのである。当該の被告に対して立証されるべき心理状態は上の2つの場合において幾分か異なる。しかしながら、双方の方式に共通なものは、問題の失当行為が損害を生じさせたこと、および当該の公職者は問題の損害が生じさせられることになるだろうか否かについて少なくとも無頓着であったことである。」

こうして、Bingham 卿は、以上の事件による判例法の検討を通して、本件の争点をなしている問題点に関して「1個の際立って首尾一貫した1体の法」が存在することが明らかになったことを、以下の様に確言している (ibid, at [23])。すなわち、

「これらの先例は、今争点をなしている問題点に関する、1個の際立って首尾一貫した1対の法を提示している。特有損害の立証が1個の必須の構成要素として明示的に承認されてきているか、あるいは、その立証が前提にされて来ているかのいずれかなのである。これらの事件の何れのひとつも (そして、本院に引証された、司法上のもしくは学者の権威的典拠の何れの1つも)、「公職における失当行為」の不法行為がそれ自体に訴えうる、との命題に支持を与えない。Ashby 対 White 事件 ((1703) 1 Sm LC (13th

edn) 253) は、私が示唆したように、その命題のために依拠しうる権威的先例ではないのである。私は、300年以上にわたって問題点に関する法を提示していると理解されて来て、そして、イングランド以外においても、混乱させるためのやむを得ない根拠が存在していない場合には採用されて来ている1つの原則 (a rule) を混乱させることはおおいに不本意なのである。」

4.1.3 不法行為の定義のための「統治構造上の権利」の新奇な利用

こうして、Bingham 卿は、判例法の検討を終えて、本件における控訴院判決に目を転じて、同判決がしがみついている本件の特徴が原告の法律書簡の秘密保護に対する原告の「統治構造上の権利」に対する違反の点にあることを確認している。そして、控訴院判決が Ashby 対 White 事件に大いに依拠する背景には、この本件の特徴点が Ashby 対 White 事件における原告の統治構造上の投票権違反と類似するものと観察されていることがある、と説述している。そして、Bingham 卿によれば、原告側が法的助言の秘密保護と密接に結び付いた、裁判所へのアクセス権について、その権利は「統治構造上の権利」であるとの論証を行う際に依拠した R 対 Secretary of State for the Home Dept (Leech 申請) 事件 ([1993] 4 All ER 539) において、また、その権利と同種の権利を「基礎的な権利」「基本的な権利」と記述する他の事件において、それらの権利の重要性は「それらの権利の享受を妨害するためになされた事柄の違法性 (unlawfulness) に直接関連していた」(at [24] p. 364c) ことが明らかなものなのである。Bingham 卿は、したがって、本件における原告側によってなされ控訴院によって認容された「統治構造上の権利」の重要性の強調は、既に裁判所が「統治構造上の権利」の重要性を問題の制定法あるいは規則の違法性の判断において用いていることが明らかな判例法におけるものとは異なり、その権利の重要性のある新奇な利用の関連においてなされているものである、と言って良いことを、こう説述している (ibid, at [25])。すなわち、

「本件の文脈においては、原告の法律書簡の秘密保護に対する権利の享受を妨害するためになされたことの違法性は明瞭である。私は、これらの判例法 [すなわち、「統治構造上の権利」の重要性を制定法あるいは規則の違法性の判断に利用する判例法] を公職における失当行為の不法行為の定義に

持ち込むための保証が乏しいことを理解する。私たちは、今や、投票権を基礎的、基本的、あるいは、統治構造上の、としてももちろん顧慮する。これらの表現の何れの1つも Ashby 対 White 事件における Holt 首席裁判官によって用いられてはいないし、また、当該投票権を当事において享受していた者が非常に僅かの成人市民であったのであれば、これらの表現の何れの1つもそれらの数の者の投票権に対して与えられたことは稀にも在り得なかったであろう。このようにして、Ashby 対 White 事件が（その事件の投票権が「最高度の重要性を有し、かつ非常に大きな特権である」にもかかわらず）その当時において支持すると考えられることが稀にもなかったらう1個の命題を確証するために、その事件（それ自体、1個の政治的な判決）に依拠することには、ある時代錯誤の要素が存在しているのである。私が考えるには、侵害されている問題の権利の特質を、本件の文脈において、物質的損害が立証される必要があるかを確定するものとして取り扱うことは、完全に新奇なのである。」

そして、Bingham 卿は「新奇さはそれ自体において致命的な難点ではない」と前置きして、その結論をこう続けている (ibid, at [26])。すなわち、

「原告は、問題となっている権利の重要性が、もし1個の原則が存在するならば、物質的損害は公職の失当行為の訴訟原因を確証するために立証されなければならないという原則の変更を要求し正当化する、ことを主張している。私は、しかしながら、本院は、いくつかの理由のために、この新奇な一歩を進み、あるいは裏書すべきではないと、考える。」

4.1.4 「新奇な1歩」を辿ることができない理由

そして、同卿によって挙示されている、「新奇な1歩」の否認の理由は以下の通りである (ibid, at [26])。すなわち、

「第1番目は、その新奇な1歩は、投票権および法律書簡の秘密保護よりもより基本的ではない、基礎的ではない、もしくは統治構造上ではないことの明白な他の諸権利が損害の立証の必要の有無を決定する目的のために、基本的な、基礎的な、もしくは統治構造上の諸権利に十分に接近または類似するために、それらの基本的な、基礎的な、もしくは統治構造上の権利と同一の仕方において取り扱われるべきか否か、を論議する扉を開け放つ

ことになるだろう、ということである。なぜならば、1個の法典化された憲法を欠く場合に、これらの基本的な、基礎的な、もしくは統治構造上の権利の用語は精密に定義することが出来ないために、明瞭な部類以外の場合における上の議論の結果は必然的に確実性を欠くものとなるだろうからである。

私の第2番目の理由は、ロー・コミッションによって協議され遂行されている調査研究が、1個のより広範な課題の小さな1部分をなすことが真実であることがらに対する1個の不十分な解決であると明示する可能性のある1個の解決を裁判所の決定によって協議することなしに導入することが望ましいことではない、ということである。

3番目に、原告の立場にいる者であるために、すなわち法律上の不正行為を受けたが物質的損害を何ら受けていない者であるために、不法行為の救済手段が欠如することは、その者を法律上の救済手段を持たないまま放置することにはならない。問題の規則に違反した当該刑務所職員は（悪性の信念が欠如する場合においてさえ）、また両刑務所の所長は司法審査に従うことになるであろう。逸脱した職員は懲罰規則の制裁を受けることになるであろう。これらの懲罰規則に基づく手続きを怠ることは、さらにまた、適切な証拠手段に基づくならば、司法審査によって挑戦され得ることになるだろう。当該の公職者は公職における不当行為（misconduct in public office）のコモン・ロー上の犯罪について当然に正式起訴されうるであろう（A-G's Ref (No 3 of 2003) を参照（[2004] EWCA Crim 868））ある基本的な人の、あるいは統治構造上の権利は、さらにまた、問題の侵害が1998年法の施行後に生じた本件の場合におけるように、全くの蓋然性において（in all probability）、1個の請求を1998年人権法の7条に従って基礎付けることになるだろう。私は、私自身、ただ1つの反対意見においてであるにもかかわらず、不法行為法の展開が、誠に重要な課題を（1998年人権法の附則1に規定される）1950年人権および基本的自由の保護のためのヨーロッパ条約によって飲み込まれるままに放置することによって阻害されることになるだろうか、を問題にした（D 対 East Berkshire Community Health NHS Trust 事件、K 対 Dewsbury Healthcare

NHS Trust 事件、K 対 Oldham NHS Trust 事件 ([2005] 2 All ER 443 at [50])。しかし、その所見は、私の意見によれば、十分に知られた原理の適用が 1 個の不法行為中の救済手段の承認を支持する 1 個の事件においてなされたのであって、本件のように、確立されている原理が承認に強い反対を指示している 1 個の事件においてなされたのではなかった。

被上訴人が主張する原則を採用しない第 4 番目の理由は 1998 年人権法の規定に見出されうる。すなわち、国会は中核的な人の（そして、統治構造上の）諸権利の侵害は同人権法に従って救済を与えられるよう保護されることを意図し、類似の救済手段の展開によってなされることを意図していないことが合理的に推定される、と言って差し支えがないのである。確かに、被上訴人が指摘するように、1998 年人権法の 11 条は現存の諸権利のためのある安全装置を規定している。すなわち、ヨーロッパ人権裁判所で裁定される金銭的補償は、国内の裁定水準に比較するならば、不十分なものになる傾向があるからである。しかし、私が結論づけた様に、公職における失当行為が犠牲者に何らの物質的損害も生じさせなかった場合には、何らの損害賠償に対する権利も成立しない。また、もし当該の証拠が公職者による 1 個の言語道断かつ熟慮による権限の濫用を明示したならば、人は、ヨーロッパ人権裁判所が非金銭的損失のために、同裁判所の慣行は懲罰的損害賠償を裁定することではないとしても補償を裁定することを予期することだろう (BB 対 United Kingdom 事件 ((2004) 39 EHRR 635, at 643 (para 36) を参照)。

ヨーロッパ人権裁判所による非金銭的損失の補償は、しかしながら、被上訴人の論証、すなわち被上訴人が彼自身のためにおよび類似の訴訟において同様の地位にある他の者達のために希求しているものは、当該原告を補償するための損害賠償の裁定ではなく被告を処罰するための裁定である、という論証を認めない第 5 番目の理由である。かかることが、結局において懲罰的損害賠償の機能である。その懲罰的損害賠償は、ある補償的裁定が立証された公職における失当行為を裁判所が可としないことを明らかにするために、また、不法行為の繰り返しを阻止するために不十分である場合に裁定されうることは、既に述べたように、容認されている。しかし、

法政策は、一般的に、懲罰的損害賠償を奨励することではない。また、私は、私としては、不法行為法を補償の対象となる物質的損害が何ら存在しない諸事件において処罰の1つの手段となるように展開することはないであろう。」

4.2 Walker 卿

4.2.1 本件侵害行為の実質に見える事件の困難さ

Walker 卿は、その意見の冒頭において、本件が「1個の困難かつ厄介な上訴」であると明言して、その事情を以下のように説述している。その説述は、「公職における失当行為」の歴史的起源および訴訟の洪水の水門理論による原告論証の否認の持つ説得力が薄弱であることに鑑みて、被告の権限濫用が惹き起こした事柄の実質により即しながら原告の論証に対してより有力な拒絶の理由を探ろうとするものである (ibid, at [68])。すなわち、

「以上の事件の各々は、被上訴人 (原告) の、直接であれ、そのソリシターを通しての何れであれ裁判所へのアクセスを妨げられない権利の直接的かつ故意による違反であった。被上訴人に対するその直接的な影響に照らすならば、各々の事件は、何ら継続的な加害を生じることがない、顔面に対する平手打ちの様な1個の現実的な暴行未遂とほとんど同一のものとなる蓋然性が高いものであった。被上訴人がその結果として心痛や憂鬱 (depression) を受けたか否か (また、第1審裁判官が、被上訴人はこれらの争いを生きがいにしていたと論評した) に関わらず、それは1個の侮辱 (affront) であり、しかも1個の熟慮による侮辱であり、その侮辱に対して、被上訴人は現実の憤り (indignation) を感じる資格を与えられるものであった。しかし、最も軽微な、また一時的な肉体に対する暴行未遂ですら被上訴人に、人身に対するトレスパスを原因とする損害賠償 (そして、もし適正であるならば、加重的損害賠償あるいは懲罰的損害賠償) において救済する私法上の訴訟原因を与えるものとなったであろうことは疑いがないのに対して、もし上訴人の内務省が正しいならば、被上訴人が受けた侮辱は彼に何らの私法上の救済手段を与えないのである。被上訴人は、法が承認するだろう何らの損害も被上訴人が受けなかったがゆえに、司法審査のための (損害賠償の何らの見込みもない) 手続きによってなされる、刑務所

職員が服す懲罰規則の強行によってなされる、あるいは公職における失当行為のための刑事手続きによってなされる上訴人の権利の擁護の可能性と共に放置されることになるであろう、と陳述されている。これは Ashby 対 White 事件 ((1703) 1 Sm LC (13th edn) 253) における Holt 首席裁判官の以下の奮起させる言葉 (at 273) からは程遠いのである。すなわち、『もし原告がある権利を有するならば、原告は、もしその者がその権利の行使あるいは享受について侵害されるときには、その権利を擁護し確証するための1つの手段を、そして救済手段を必ず有しなければならない。それゆえ、実際、救済手段を伴わない権利を想像することは空虚なことである。なぜならば、権利の欠如と救済手段の欠如とは相互的だからである。』

4.2.2 権利を擁護すると想定される幾つかの道筋の可能性について

こうして、Walker 卿は、Holt 首席裁判官によって提示されている「権利あるところに救済あり」(ubi jus, ibi remedium) の趣旨の言葉に促されて、原告の権利の擁護を実現する、と考えられる幾つかの道筋の可能性の有無を探っている。

最初に、上訴人によって主張されている公法上の道筋が十分な保護を与えるとの主張について取り上げ、それは、公法上の救済手段、すなわち司法審査の手続きや刑事手続きに特有な原告の立証上の負担また懲罰手続きが執られたことがないことに照らして、懐疑的である旨を表明している (ibid, at [69])。

次に、1998 年人権法の 6 条 - 8 条に基づく救済の問題を取り上げている。この人権法による救済問題について、先ず、両当事者がどのような立場を採ったかを確認している。Walker 卿によれば (ibid, at [70])、上訴人・被告側は、この問題に関して、1998 年法に基づく請求は可能であるものの、請求者が懲罰的損害賠償を得ることにはならないであろうことは確実であり、人権法違反の宣言判決もしくは最上でも名目的損害賠償を裁定されることになるだろう蓋然性が高い、という立場を採った。それに対して、被上訴人・原告側は、1998 年人権法に基づく請求によって実質的な損害賠償が裁定されうることになるであろうか否かは明瞭ではなく、いかなる場合においても、同法の完全な施行が公職における失当行為を正義と原理が要求するところに従って貴族院が展開することを妨げるべきではない。何故ならば、同法の射程、すなわちその 6 条 - 8

条に規定される責任の要件は「公職における失当行為」の不法行為のそれらとは異なるものだからである、という立場を採った。Walker 卿は、これらの立場について、本件における Y 3 の事件が 1998 年人権法の完全な施行以降の事件であるにも関わらず、原告が同法に従って請求しなかったことは驚きである、との感想を漏らし、原告の立場により近い立場を採ることを明らかにしている (ibid, at [70])。

4.2.3 「それ自体において訴えうる」不法行為として定義する道筋の可能性

次に、「公職における失当行為」の不法行為の特質に照らして、それ自体において訴えうる不法行為として定義する道筋の可能性を検討している。先ず、侵害されている原告の権利が公法上の権利である場合には、最も適切な救済手段は公法上のものでなければならないとの上訴人・被告側の主張について検討している。Walker 卿によれば (ibid, at [71])、もろもろの原理にではなくもろもろの救済手段にしがみついているイングランド法に「私法」と「公法」の表現を導入することについては警戒を与える必要がある。何故ならば、被上訴人・原告側が陳述したように、定義によれば公職者として行為する公職者によってのみ犯されうる不法行為に「私法上の不法行為」のラベルを付すことは何か奇妙なことになってしまうからである。上の上訴人側の主張は「それ自体において訴えうる」不法行為として定義する道筋の可能性を否認しうるものではないことが示唆されている。続いて、その定義の道筋を辿ることを可能にし支持するだろう故意の不法行為の特質を検討している。すなわち、「公職における失当行為」はその場合であるが、故意の不法行為、特に「悪性の信念」による故意の不法行為は、原理の問題として、現実的損害の立証の必要の点において、また因果関係の立証の点において、その他の不法行為とは異なって差し支えがないものとして判例法上において取り扱われていることが、確認されている (ibid, at [72])。

4.2.4 定義の道筋を辿ることを阻む要因

しかしながら、「公職における失当行為」が「それ自体において訴えうる」不法行為であると定義する道筋は、上述の故意の不法行為に関する原理によってわずかに照らし出されているものの、貴族院が歩みだすその道筋を「公職における失当行為」の「標的害意」の肢に限るとしても、以下のような手強い理由

によって否認されることを、こう述べている (ibid, at [73])。

先ず、第1に、本件の争点は、イングランドにおいて、また、他のコモン・ロー諸国において、それらのいずれにおいても、本件よりも以前に決定を求めて提起されたことはないものの、多くの権威的先例が損害を「公職における失当行為」の構成要素として取り扱い、本件の控訴院判決を除いてそれと異なる仕方の権威的先例は1つも存在していないこと、が挙示されている。

第2番目に、「標的害意」が明瞭なくつかの事件（例えば、早期のカナダの事件である Roncarelli 対 Duplessis 事件 ([1959] SCR 121) が存在するが、先例は「標的害意」の肢を1つの連続体の最も鮮やかな終点であるというよりもむしろ1個の特殊な範疇をなすものとして扱うことに支持を与えていない（例えば、カナダの最高裁判所は Odhavji Estate 対 Woodhouse 事件 ([2003] 3 SCR 263) において Roncarelli 対 Duplessis 事件を検討してその趣旨における判示 (ibid, at 280 (para 22) を行っている) ために、「公職における失当行為」の標的害意の肢のみが特有損害の立証なしに訴えうるという原則は、それゆえ、原理に基づかないまま、適用があるか否かの決定につき困難が生じることになるだろうこと、が確認されている。

第3番目に、「公職における失当行為」を原告によって享受される「統治構造上の諸権利」の違反が存在する場合のみに「それ自体において訴えうる」不法行為とするという概念に対しても、2番目と同様の困難が生じることになるとの異議が当てはまる。なぜならば、イングランドにおいては成文憲法典が存在していない限りにおいて、「公職における失当行為」が「それ自体において訴えうる」不法行為であるか否かに決定を与える目的のために作成されることになるであろう、市民の「統治構造上の諸権利」の核となる権利の何らかの細目は、既に明らかになっているが、裁判所が制定法あるいは規則の違法性問題の判断の関連において利用できる「統治構造上の諸権利」の細目化を行う際に微妙に差異のあるアプローチを採ることが可能になっているように、裁判所によって差異を生じ議論を生じるものとなるであろうから、である、との理由が説述されている。

最後に、原告のためには、1998年人権法による救済手段の展開を辿ることが最も妥当である、との意見が、本件における原告の論証を否認する根拠として

挙示されている。すなわち、「1998年人権法はいまや施行され、(問題となっている事件の事実関係が再び生起するならば、)ある囚人は1998年人権法の6条-8条に従って1個の明瞭な請求権を(1998年人権法の附則1に規定されている)1950年人権および基本的自由のためのヨーロッパ条約の6条:公正な裁判に対する権利と8条:私的生活の尊重に対する権利(私には8条請求がより強固であるように思われる)の双方を引証することによって有することになるだろう。R(Greenfield申請)対Secretary of State for the Home Dept事件([2005] 2 All ER 240)にもかかわらず、1998年人権法の下に展開しつつある問題点に関する国内の判例法は、熟慮による公職者の不正行為の諸事件において、たとえばそれが金銭的損失を生じない場合であっても、最も穏当な(しかし、名目的な、よりは以上の)損害賠償の裁定をもたらす可能性がある。」この根拠はWalker卿による原告の論証の否認にとって最も実質的な理由となっている、と考えることが出来るものであろう。

5 解説

イングランドの不法行為法は、伝統的に、その法的推論をもろもろの義務(duties)の観点から行って来ているのとは対照的に、もろもろの権利(rights)の観点から公然と行うことに慎重な態度を採って来ている。そして、イングランド法は、もろもろの権利の分析が問題となる際には、ある実用主義的な仕方において行って来ている。その仕方は、ある事件において、Browne-Wilkinson卿によってこう述べられたことがある。すなわち、「イングランド法が展開してきた実用主義的な仕方においては、ある人のもろもろの法的権利とは、実際には、ある訴訟原因によって保護されるそれらの権利である。もろもろの権利を個人に与えられる救済手段とは別異のなにものかであるとして分析することは、私が考えるところによれば、イングランド法の諸原理に一致しない」(Kingdom of Spain 対 Christie's 事件 [1986] 3 All ER 28, at 35)。これは、イングランド法が、伝統的に抱いてきた「救済手段あるところに権利あり」(ubi remedium, ibi jus)との基本的な観念ないしは原理を、今日までもなお、保持していることを表現した、と見る事ができるものである。

本件は、‘統治構造上の権利’の重要性が「公職における失当行為」の定義の関連において検討された限りにおいて、イングランド不法行為法において‘権利’が公然と語られ分析された数少ない事件のひとつである、と言って良いであろう。本件の控訴院は‘統治構造上の権利’の重要性が「公職における失当行為」の訴訟原因を定義しうることを是認し、Holt 首席裁判官によって宣明された、権利侵害が損害を推認するという原理に従って、「公職における失当行為」を損害の補償を目的とするよりも、むしろより権利の擁護を目的とする不法行為として定義することによって、問題の不法行為を新たに展開する道筋を選択した。この選択は、権利についての「救済手段あるところ権利あり」の伝統的な観念に基づいてではなく、「権利あるところ救済手段あり」という、より現代的な権利についての観念に従ってなされている、といて差し支えがないであろう。しかしながら、その選択の際、控訴院は、アメリカ最高裁判所 Story 裁判官によって示された「不法行為あるところ救済手段あり」との原理に従うことは否認した。こうして、本件における控訴院判決は、権利の分析についての伝統的な観念に抗しながら「公職における失当行為」を展開しようとした勇ましい試みであった、と言って良いであろう。

本件における貴族院は、‘統治構造上の権利’の重要性が「公職における失当行為」の訴訟原因を定義しうることを否認し、「公職における失当行為」の目的が損害の補償にあることを確認するものであった。この否認は権利についての伝統的な観念「救済手段あるところ権利あり」に基づいている、といて差し支えがないであろう。また、貴族院が「公職における失当行為」を侵害された権利を擁護する機能を果たすものとなるように展開することを拒否したことは、不法行為法の片隅で生き永らえて現代に出現した1個の不法行為を‘統治構造上の権利’の侵害のための救済手段として復活させることを否認したことでもあった。そして、このような公法上の権利侵害の救済手段としての「公職における失当行為」の復活あるいは利用の否定の背景には、法と政治を巡って、法および裁判所が‘統治構造上の権利’、‘基礎的な権利’あるいは‘基本的な権利」と表現される1群の権利の関連において、政治的な領域や過程に過度に関わることを控えるという、特に Bingham 卿のそうした考え方が潜んでいることが、同卿が Ashby 対 White 事件についての同卿にとって適切な解釈を判示す

る際に、同事件を巡る統治構造史の歴史に照らして与えた「政治的判決」（本稿 4.1.3 参照）との評言に窺い知れるのである。

5.1 貴族院における理由づけの問題点

以下において、貴族院判決における理由づけの問題点を、① Ashby 対 White 事件の取り扱い、②他の救済手段の存在の理由による原告の論証の否認、に関して検討する。

5.1.1 Ashby 対 White 事件の取り扱いの問題

まず、Ashby 対 White 事件の取り扱いを見てみよう。貴族院によれば、同事件における Holt 首席裁判官の判決は、原告がイングランド庶民の全てを代表する資格を付与されている者の 1 人として有する特権的選挙権あるいは投票権を「最高度の重要性を有することがら」としての財産権の問題として位置づけることによって基礎づけられたものである。投票権を財産権のことがらに分類することが判例法上において妥当であるか否かは本件の文脈において問題なのではない。本件に関連することは、Holt 判決は、投票権を財産権の問題として位置づけることによって初めて、問題の公職の濫用による投票権の侵害を原因とする不法行為の訴訟原因が確証されることを認容した、という事実なのである。Bingham 卿による「政治的判決」の評言が示唆しているように、Holt 首席裁判官による投票権の法的分類は、法技術的に妥当であるか否かについて問題があるとしても、統治構造史において同事件が有する重要性として語られるように、庶民院によって強く主張される議員選出事件に関する特権に対して裁判所の管轄権を防御することを可能にしたのである。

以上の Ashby 対 White 事件の貴族院による取り扱いは、統治構造史および判例法上の事実を照らして、またその限りにおいては、控訴院によって行われている取り扱いよりもより正確なものであり、先例の解釈としては Ashby 対 White 事件についての本来適切な正しい解釈と言って良いであろう。しかし、それにもかかわらず、それによって直ちに、控訴院が Holt 判決に依拠したことが妥当であるか否かの問題点について結論を得ることが出来る、とは考えられない。なぜならば、Holt 判決が投票権の侵害を損害の推定の原理の適用がある「最高度の重要性を有することがら」として扱う際に投票権を財産権として記述することに拠ったことが事実であったか否かの問いは、直ちにそれ自体におい

ては、投票権の侵害を損害の推認の原理の適用がある‘最高度の重要性を有することがら’として扱うことは妥当であるのか、また、もしそうすることが妥当であるならば、裁判所および法的助言者へのアクセス権の侵害をその適用がある‘最高度の重要性を有することがら’として扱うことは妥当であるのかという、本件の争点をなしていることがらの実質に関わる問いに対する回答を与えることが出来ないように考えられるからである。それゆえ、真に問われるべき問題は、何故に‘統治構造上の権利’は本件の争点との関連において‘最高度の重要性を有することがら’として扱うことが出来るか、であろう。貴族院はこの問いに対する検討を行うことによって、またそれを通してAshby対White事件をどのように取り扱うべきであるか決定しなかったのであり、また、控訴院も同様であるように思われる。Ashby対White事件の先例としての価値に関連する問題点はRodger卿の意見においてより詳細に検討されている。この問題点は、同卿の意見の分析に照らして、他稿においてより詳細に分析する予定である。

5.1.2 他の救済手段の存在の理由による原告の論証否認の問題点

貴族院判決は、結局において、本件の原告の請求に関連する、公法上の諸救済手段の存在、それらの救済手段の利用可能性、およびそれらの救済手段が原告に提供することになるだろう救済内容に照らして、また、特に、それらの救済手段のうち1998年人権法に従ってなされる請求権に関する国内判例法の展開が本件の原告に十分な救済手段を与えることになるだろう可能性に基づいて、原告の論証を否認するものである、といて差し支えがないであろう。しかしながら、この理由は、本件の事実関係に照らすならば、説得力を欠くものである。なぜならば、先ず、第1に、Y1事件およびY2事件は、本件において特有損害を立証することが出来ない原告から「公職における失当行為」の定義によって救済手段を得る道筋を否認する際の最も有力な代替的救済手段とされた1998年人権法が完全に施行される以前の事件であり、少なくとも、この事件に関しては同法の適用がない場合であったからである。また、第2番目に、その存在が原告の論証否認の根拠とされ、原告に対して利用可能であることが示唆された、それらの他の救済手段は、Walker卿が説述したように、実効性を欠くものであることは真実である。こうして、もし、他の救済手段が存在すること

に基づく論証の否認は説得力を欠くものであるとの評価が正しいとするならば、本件は、Bingham 卿によって述べられているように、「不法行為法の展開が、誠に重要な課題を（1998 年人権法の附則 1 に規定される）1950 年人権および基本的自由の保護のためのヨーロッパ条約によって飲み込まれるままに放置することによって阻害されることになるだろうか」を問題にしなければならない場合に当たる、ということが出来るのではないだろうか。

5.2 「公職の失当行為」の今後について

最後に、本貴族院判決後の「公職の失当行為」の展開の可能性について、①他の有名的不法行為との関連において、次に、②他のコモン・ロー諸国との関連において、概観しておこう。

5.2.1 他の有名的不法行為との関連における可能性

本件における貴族院判決以前における「公職における失当行為」は、それを他の有名的不法行為と比較するならば、その「標的害意」の肢が直接侵害の不法行為である点において、トRESPASS (trespass) すなわち、損害 (damage) を立証すること無しに「それ自体において訴えうる」(actionable per se) 故意による直接侵害の不法行為に類似するものであった。しかし、「公職における失当行為」が非物理的な利害関係ないしは利益の保護（例えば、輸入業者や預金者の金銭的損失）も射程に入れる点において、人身および土地・動産に関連して伝統的に権利と観念される物理的な性質 (physical nature) の利害関係や利益（例えば、行動の自由、身体の統合、あるいは占有する土地・動産の財産権）のみを保護するトRESPASS とは異なっている。トRESPASS との上の類似性は、本件の貴族院判決によって否定されたが、なお依然として、トRESPASS との上の相違点は維持されている。

また、「公職における失当行為」は、それが保護を与える利害関係や利益の多様さの点においては、ネグリジェンスの不法行為と同様であるが、ネグリジェンスは被告が原告に対して配慮義務 (duty of care) を負っていることが要件であるのに対して、「公職における失当行為」においては、配慮義務を含めて何らかの義務を被告が原告に対して負っていることは構成要素ではない。これらのネグリジェンスとの相違点は、「公職における失当行為」が特有損害を必須の構成要素とする不法行為となった今も維持されている。「公職における失当行為」

とネグリジェンスの不法行為の相違は、トレスパスとの間の相違よりも大きいということが出来るだろう。

また、「公職における失当行為」は、「制定法上の義務違反」の不法行為とは異なり、原告が、法によって与えられる損害賠償に対する権利を有していることは要件とはされていなかった。しかしながら、本件の貴族院判決によって、特有損害が要件とされることによって、「公職における失当行為」が損害賠償の権利の点において「制定法上の義務違反」の不法行為と区別される意義の大半を失った、と考えられる。さらに、何らかの故意あるいは注意義務違反を要件としない「制定法上の義務違反」が Cullen 対 Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary 事件 ([2004] 2 All ER 237) における少数意見をなした Bingham 卿によって、警察留置場の被疑者の法的助言を受ける権利の侵害については、制定法規についての「重大な違反」が立証される場合には「それ自体において訴えうる」と判示された (at [21]) ことは、「公職における失当行為」を「制定法上の義務違反」と区別する意義の再考を迫っている。「公職における失当行為」は、イングランドにおいては、「制定法上の義務違反」に吸収・合併される可能性が生まれつつある、と見ることも出来るのかもしれない。この点に関する判例法の展開を注視する必要がある。

5.2.2 他のコモン・ロー諸国との関連における可能性

本件の貴族院判決が原告の論証を否認した理由のひとつは、イングランドにおいては成文憲法が存在しないために「統治構造上の権利」の範疇の確定が困難であることであった。もしそうであるならば、成文憲法が存在する他のコモン・ロー諸国、例えば、オーストラリアにおいて「公職における失当行為」が「それ自体において訴えうる」不法行為として展開する可能性が残されることになるであろう。またさらに、イングランド以外の他のコモン・ロー諸国は、そうした「公職における失当行為」の展開が本件において否認される際の根拠になった、ヨーロッパ人権法に由来する原理や救済手段の影響を受けない法域である。したがって、オーストラリアの諸裁判所は、ヨーロッパ法の影響を受けた本件の貴族院判決を同国の裁判所にとって説得力を欠くものとして取り扱うことがより容易である、ということが出来るであろう。それゆえ、「公職における失当行為」は、こうした本件における貴族院判決から離れることが可能とな

る諸国において、イングランドとは異なる仕方における展開が生じることになるであろう。そして、こうした異なる展開がイングランド法に対していかなる影響を与えることになるかは、1個の重要な問題として注意が与えられなければならないであろう。実際、イングランドにおいては、1908年、Davis 対 Bromley Corp 事件（[1908] 1 KB 170）によって「公職における失当行為」のための訴訟原因が存在しないと判示されて以降、Dunlop 対 Woollahra Municipal Council 事件（[1981] 1 All ER 1202）における枢密院が「公職における失当行為」を「十分に確立された」（*ibid*, at 1210）と記述したきっかけとなったのは、オーストラリアの事件であったのだから。

6 結びに代えて

既に明らかのように、本件において問題となっている法的助言者や裁判所へのアクセスの権利は、近年のイングランドにおいて、判例法上「統治構造上の権利」（constitutional right）、「基礎的な権利」（basic right）あるいは「基本的な権利」（fundamental right）と記述される1群の権利の1つである。ところで、イングランドの不法行為法において伝統的に「権利」（rights）として観念されて来ているものは、トレスパスの不法行為によって人身および土地・動産に関連し保護されて来ている物理的な性質の利益ないし利害関係（例えば、行動の自由、身体の統合、あるいは占有する土地・動産の財産権）である、とすることが出来るであろう。もしそう概言できるのであれば、本件において提起されている「権利」は、伝統的に「権利」と観念されて来ているものと対比するならば、非物理的な性質の利益ないし利害関係であると述べて差し支えないであろう。そうであるとするならば、本件における「それ自体において訴えうる」不法行為であるか否かの争点は、これらの非物理的な性質の利益ないし利害関係の保護を受ける資格を「物質的損害」の立証を必要としない程度までに認めることが当然であることを承認するか否かの問題が争われていると、言い換えても差し支えないように思われる。そして、この問題が争点となる場合、事件を観察する法の視点は、原告に生じている「損害の補填」から、より被告の加害行為の「不法性の確認」へと焦点を移動させているように思われ

る。

イングランド法において、「それ自体において訴えうる」不法行為の存在が伝統的に承認され、ある不法行為が「それ自体において訴えうる」か否かが法律上の争点となる意義は、法が、「権利」の享受に対する妨害が問題となる時、事件を観察する視点を「損害の補填」から加害行為の「不法性の確認」へと移すことが妥当であるか否かを問うことの重要性を自覚していることにある、とすることが出来るであろう。諸裁判所は、しかしながら、本件においてそう視点を移すことが妥当である、または妥当ではないとの判断の実質的な根拠を疑問の余地のない程度まで十分に明らかにすることが出来た、とは必ずしも見えないのである。

注

- 1) Watkins 対 Secretary of State 事件において Rodger 卿は「当該刑務所規則は私的権利を囚人に有利に創出するよう [国会によって] 意図されていないこと、それゆえ、被告看守たちの規則違反はそれ自体においては囚人に私法上の損害賠償請求権を与えないことが確立されている」([2006] 2 All ER 353, at [39] を参照) と判示して、R 対 Deputy Governor of Parkhurst Prison (Hague 申請) 事件貴族院判決 ([1991] 3 All ER 733) の参照を指示している。
- 2) Three Rivers DC v Bank of England [2000] 3 All ER 1 および Three Rivers DC v Bank of England (No3) [2001] 2 All ER 513 の2個の貴族院判決である。
- 3) 拙稿『「公職における失当行為」の新展開 (5) — イギリス不法行為法における公職者の個人責任の一新生面について —』(『創価法学』34巻1号(2004年9月号)の「6.1.1.3 代替的構成要素」(36頁-43頁)の「ii 悪性の信念」を参照。
- 4) それは、Webb 対 Portland Manufacturing Co 事件において次のような言葉で述べられた。「しかし、私は、どのようにして以下のこと、すなわち、1個の訴訟は、たとえ1個の不正行為 (wrong) あるいは1個の権利の侵害 (violation) の場合においてさえ、その不正行為あるいは権利侵害が何らかの認識しうる、1個の事実問題として確証されることが出来る損害によって辿られないときには、成立しないだろうことが、1個の法的な意味において正しく述べうるかを、理解することが出来ない。その反対に、私の法律家としての早期の読書から、私は、次のこと、すなわち、1個の不正行為が存在するときにはいつでも矯正するための救済手段が成立すること、そして、あらゆる権利侵害はその本質において損害を推認する (import) こと、さらにまた、もしその他の損害が何ら確証されない場合には権利侵害を受けた当事者は名目的損害賠償のための評決に対する資格を付与されることが、コモン・ローのまさにその諸要素の中に大切に保管されている、と考慮したのである」((1838) 3 Summer's Rep 189 at 192)。これらの言葉の中にある「あらゆる権利侵害は…損害を推認する (import)」との表現に照らして、その「早期の読書」の

対照になったものの中に Ashby 対 White 事件における Holt 首席裁判官の判決が含まれていたであろうと想定することが出来得るのではないだろうか。