

# Susan Smith 事件・イギリス最高裁判決に対する批判の検討

大田 肇\*

## An examination of comments on the judgement of UK Supreme Court of the case of Susan Smith

Hajime OTA

The purpose of this study is to examine the comments on the judgement of UK Supreme Court of the case of Susan Smith which made a decision concerning “the right to life” of British soldiers at the armed conflict occurred outside of UK. The majority opinion of the Supreme Court approved the possibility that the relatives of the soldiers would succeed in their claims. On this opinion there are some comments which criticize the decision because of its bad influence on the military effectiveness.

*Key Words:* The Right to Life, European Convention of Human Rights, Common Law, Combat Immunity

### 1. はじめに

2013年6月19日、イギリス最高裁判所は、イギリス軍のイラク占領活動中に亡くなったHewett二等兵の母親等の訴えを却下することなく、高等法院に差し戻した(*Smith & Others vs The Ministry of Defence* [2013] UKSC 41)。

最高裁判所での法的争点は、(ア) ヨーロッパ人権条約(関連して1998年人権法)が適用されるか否か(管轄権の問題)、(イ) 適用されるとして、その2条1項の生命に対する権利が、戦時・占領後の駐留時の兵士に適用されるか否か、(ウ) 国防省に、コモンロー上の過失による不法行為責任が認められるか否か、の3つであり、(ア)の適用は全員一致で認められ、(イ)(ウ)に関して多数意見はより詳細な事実関係に関する審理(trial)が必要と判断した。これに対し少数意見はそれらの主張排除命令(striking out)を主張した(1)。

この最高裁判所判決には、国防省、軍関係者から厳しい批判の声があがり(2)、庶民院・国防委員会は「派兵されたイギリス軍兵士の保護と義務に関し、その合法性と正当性を保障するための新しい調査」を開始すると発表した(3)。また、法学者からも“The Fog of Law - An introduction to the legal erosion of British fighting power -”というレポートが発刊され(4)、判決への批判が展開されている。

本稿では、Jonathan Morgan 准教授(ケンブリッジ大学)が、2013年11月に議会・庶民院の国防委員会に提出した論文“Military Negligence: Reforming Tort Liability after *Smith v. Ministry of Defence*”の中での批判を紹介しながら(5)、この批判の妥当性を検討していく。

### 2. 「Military Negligence (軍事上の過失)」

Morgan 准教授は *Smith* 事件最高裁判決を、主として次の2点において批判している。軍事的有効性(military effectiveness)に対し訴訟が与える悪影響、司法審査不適合(non-justiciable)である政治的領域に裁判所が関与していく憲法上の危険性である。そして、こうした問題を解決するための方策を提案している。

#### 2.1. 軍事的有効性(military effectiveness) に対し訴訟が与える影響の脅威

最高裁判所判決の多数意見は、生命に対する権利(ヨーロッパ人権条約2条1項)の兵士への適用について、以下のように判断した。一方で戦場での作戦決定及び軍事物資・兵器等の調達決定は、細心の注意の下に法が関与すべき人間の活動領域の一つであるとし、他方で、交戦状態での行為に関する争点は司法判断不適合であることは間違いないとしながら、軍隊の作戦行動から生じた死亡・負傷のすべてが人権条約2条の適用から除外されるとの認定は支持されない、なぜならそれを

---

原稿受付 平成27年9月24日

\*一般科目

認めることは、人権条約 2 条に基づく義務からの免脱 (derogation) につながることにするとし、本件のような事案に関するヨーロッパ人権裁判所の判決が存在しない中では、個々の事実即して判断するしかなく、そのために審理 (trial) を開き、国防省が原告の生命に対する権利を侵害したか否かの判断は、すべての証拠・証言を聴取したのちに下される、とした。

コモンロー上の過失 (negligence) に基づく訴えについては、多数意見は以下のように判断した。戦闘行動免責 (Combat Immunity) という抗弁があることを認めながらも、スナッチランドローバー事件でのその適用は、審理で事実関係を聴取した後に判断されるものとし、注意義務 (duty of care) が負われるか否かの判断においても、事実の調査が先であるとした。またチャレンジャー戦車事件においては、軍事作戦の計画、決定、事情の検討に際して注意義務が果たされることを期待するのは不合理でなく、注意義務の基準は、軍事活動の性質とその環境を考慮して定められる、とした。多数意見は、過失に基づく訴えが審理されるべきか否かという抽象的な問題ではなく、国防省が雇用者として責任を負うところの者が特定の事件において実際に過失を犯したか否かという事実にて化した問題として、本件を処理しようとした。

多数意見の過失に関する判決とヨーロッパ人権条約 2 条に関する判決の要点は、原告の権利 (生命に対する権利と過失による損害に対する賠償請求) と公共の利益 (軍事活動が司法審査によって妨害されない) とを秤にかけるとき、事件ごとの事実関係に基づかなければならないというものであった。多数意見は、審理が始まる前の予備審問の段階で、原告の訴えは確実に失敗するとの判断を示すことができなかつたのである。

#### (1) 多数意見のコモンローに関する見解への批判

多数意見は、コモンロー上の過失に基づく訴えを論じる際に関連の判決を引用しているが、実はその名称を並べているだけであり、例えば、警察は犯罪者を捕まえるという公衆に対する注意義務 (duty of care) を負っているという主張を否定してきた多くの判決と取っ組み合うという真摯な試みをしていない (その否定の根拠は、注意義務を認めると警察による任務の有効な執行が抑止されることであった)、警察の捜査権限に関する純粋に国内での政策上の問題に比べると、本件における戦争の準備・実行に関係する国家安全保障上の問題はより深刻であろうにもかかわらず。ただ、現在、公的機関の過失責任に関する裁判所の判決が混迷していることは、確かである。したがって、その中から役立つ判決をつまみ食いする (cherry-pick) することも容易であった。

#### (2) 多数意見のヨーロッパ人権条約 2 条に関する見解への批判

繰り返しになるが、多数意見は、ヨーロッパ人権裁判所判決に先例がないことから、ヨーロッパ人権条約 2 条に基づく主張を排除する (striking out) ことはできないとしたが、ヨーロッパ人権裁判所がコモンロー上の司法審査適合性よりも広く人権条約上のそれを認めるとは、想像できない。また、もしヨーロッパ人権裁判所が国家と兵士との関係を審理するために軍事紛争の検討を始めるならば、国内裁判所は、その判断を待つべきである。

また、審理において関連の事実の聴聞や収集をおこなったとしても、それらは単なる事実の集積であり、当該裁判官はそれらの事実をどのような基準で分析・整理し、“確信を持って” 判決を下すことができるのか、全く不明である。

#### (3) 多数意見の過失と人権条約との関係に関する見解への批判

人権条約上の権利侵害の訴えとコモンロー上の過失に基づく訴えとは並行するという理解が、これまでの通説であった。しかし、1998 年人権法に関する判決が不法行為責任に影響を与え、政策問題に関連するので司法審査不適合であるとされる事案は少なくなっている。こうした傾向が、多数意見に影響を及ぼしたのかもしれない。多数意見においては、ヨーロッパ人権条約 2 条の生命に対する権利を保障する国防省の責任は否定できないという決定が、注意義務はないと宣言して不法行為の訴えを却下することはできないという結論を導いたように思われる。

#### (4) 多数意見の結論への批判

多数意見も、法的責任を広げすぎることの有害な、現実の影響について、理解していた。多数意見の Hope 裁判官は、「実戦活動中の軍事作戦行動を厳重な審査にかけることは・・・国内外において国又は国益を守るための能力を損なう危険を生じさせる。世界は、危険な場所であり、国はその挑戦に立ち向かう自分自身の力をなくすことはできない。最終的には、民主主義そのものが危険にさらされるかもしれない」(6) と述べている。過剰な司法主義 (over-judicialisation) の危険性を認識している。しかし、多数意見は、この認識に基づいて判決を下したか？ 答えは、否である。

多数意見の決定は、さらなる訴訟を招くであろう。イギリス軍の実戦作戦行動の後に、またその展開中に、さらにはその開始前に、多くの訴訟が起こされることは、不可避である。なぜなら、最高裁判所が、審理を開かなければ責任の存否を決

めることができないとしたので、軍事活動上の過失を訴える事件の中で、被告である国防省に有利な判決が出ると確実に予想される事件はなくなるからである、審理が開かれぬ限りは。さらに、多数意見は実際に過失を犯したか否かという事実の認定に重点を置くから、裁判所は、何年間もの軍事調達、軍事訓練方針及び軍事上の優先順位の吟味をおこなわなければならない、上官、官僚、国務大臣を呼び出し、彼らの決定に関し説明を求めながら。これらに、戦場での判断の失敗に関する訴えにおいては、司令官も加わることになる。

多数意見が原告からの訴えを排除する (striking out) ことを拒否したことは、軍事関係者の間に防御的な決定をおこなう危険を生じさせる。つまり、彼らは審理における事実の精査を意識して、軍事的有効性 (military effectiveness) よりも安全第一 (safety first) を優先して軍事上の決定を下すようになるのである (過剰抑止 over-deterrence)。

これらの危機を回避する唯一の方策は、国防省の責任の不存在を宣言することである。

## 2. 2. 司法判断に不適合な (non-justiciable) 政治的領域に裁判所が関与していく憲法上の危険性

裁判所は伝統的に、政治固有の決定を審査することはなかった。その審査には、政治のプロセス、主として、議会に対する国務大臣及びその省庁の責任 (accountability) が適切であると理解されていたからである。

軍隊の海外派兵決定に対するコントロール及び精査にとって適切な場所は、議会であると合意されている。軍隊の派兵決定の適法性を判断するため裁判所が関わってくることは、危険だと考えられている。軍事行動に関わる様々な決定に関しても、同様である。

これらの問題を解決するためには、*Smith* 事件最高裁判決がいち早く覆されなければならない。しかし、最高裁判所の判決をすぐに変更することは期待できないし、差し戻し審である高等法院、あるいは控訴院が国防省の責任を限定するような一般原則を示す可能性もほとんどない。したがって、後は立法的解決 (legislative solution) しかない。

## 2. 3. *Smith* 事件最高裁判決の修正

### (1) 立法的解決 (legislative solution)

Crown Proceedings (Amendment) Act 1987 (1987 年国王訴訟手続法 (修正)) 1 条は、軍隊が関わる事件における不法行為責任免責 (exclusions from

liability in tort) を規定した 1947 年国王訴訟手続法 10 条の効力を停止させているが、その 2 条において命令により当該効力を回復させることができる」と規定している。国防大臣がその命令を発することができる理由として、切迫した国家的危機あるいは大規模緊急事態の他に、イギリス以外の世界のどこかでの軍事作戦行動、又はその作戦行動に関係して実行させる他の作戦行動が挙げられている。

この命令が議会で認められれば、コモンロー上の過失責任に関しては、多数意見を覆すことができる。国防省にとって、海外で軍事作戦行動を有効に運用する上で、実戦活動に従事している兵士が訓練、装備あるいは上官命令に過失があると主張して訴えを起こすことができなくなることは、重要である。が、例えば、国内で生じた軍事調達に関わる過失を主張する損害請求の訴えは、この命令によって阻止することはできない。しかし、この命令は戦闘行動免責 (Combat Immunity) の一般原則を呼び起こすことになり、その適用範囲に関する多数意見の狭い解釈を動揺させるかもしれない。それでも、この命令は、コモンロー上の過失責任に適用されるだけで、ヨーロッパ人権条約 2 条の生命に対する権利侵害に関わる訴訟には適用できないという問題が残る。この問題を解決するために、ヨーロッパ人権条約、及びその国内法である 1998 年人権法そのものの廃止をめざすことは、牛刀割鶏と言える。

### (2) 不法行為の訴えの社会的機能の確保

不法行為に基づく訴えには、被告に賠償させる効果の他に、2 つの社会的機能がある。(ア) 過失のある行為を抑止する (deter culpable behaviour) こと、(イ) 被告となった政府その他の公的機関に説明責任 (accountability) を負わせることである。不法行為を犯せば訴訟になるという予測は、過失をしないようにと注意する動機として機能する。また、ダイシーが不法行為法を政府の責任の中心に据えたように (7)、不法行為訴訟において、被告である政府が、自らの行為が正当だったことを証明することが求められる。

しかし、国防省の不法行為責任を免責すれば、こうした社会的機能が働かなくなる。これらの機能を、議会、国防委員会、検死官審問、公的調査、軍隊内の不服申立委員会、さらには軍法会議での追及によって代替できるかもしれないが、できないかもしれない。

この機能を維持できる責任のあり方が、無過失責任 (Strict Liability) である。つまり、負傷した兵士は、国防省の過失を証明しなくても、賠

償金を受けとることができるという仕組みである。無過失責任を採用すると、兵士の死亡・負傷の増加に応じて国防省は賠償金の支払いに応ぜざるを得ず、これは国防省予算の支出増加を招くことになり、それを補うための国防費の増額は大蔵省の反発のみならず、議会、国防委員会での厳しい追及をうけることになる。こうした追及を回避するため、国防省は兵士の死亡・負傷を予防するための合理的な措置を講じるようになる。つまり、兵士の死亡・負傷を減らそうという財政上の動機が生まれ、死亡・負傷を減らそうとする努力は合理的な組織利益として認められることとなる。この仕組みが採用されれば、ヨーロッパ人権条約2条に基づく訴えの主たる動機はしぼんでいくであろう。

まとめると、国防大臣が1987年国王訴訟手続法(修正)2条の命令を発令し、かつ無過失責任原則に基づく全額賠償金支払いを実現することが、*Smith*事件最高裁・多数意見の弊害を除去することになるのである。

### 3. ま と め

Jonathan Morgan 准教授は、最高裁・多数意見を批判しつつ、同時にそれに代わる具体案を提示している。それは、軍事的公共性を重視ながらも、市民(兵士)の権利保障(市民的公共性)も最大限実現していこうとする姿勢から生み出されたものと言える。また、おそらくはイギリス軍のイラク戦争及びその後の占領への参加において発生した、いくら非常時だとしても許されないであろう事例(例えば、スナッチランドローバー事件やチャレンジャー戦車事件)への関心が、軍事作戦行動への「抑止」として「財政上の動機付け」という方法を生み出したように思われる。

しかし、こうした「抑止」の方法は、本当に機

能するのだろうか? 「財政上の」縛りなど、「国家有事」の前には吹っ飛ばされてしまう、少なくともそれが大日本帝国末期の経験から学ぶべきことのひとつであろう。

コモンローとヨーロッパ人権条約という2つの法体系に基づく国防省に対する責任追及の訴訟は、民主主義国家(「普通の国」)において、司法がどこまで軍事を規制できるか、現時点でのその限界を示すものになっている。

イギリスのそうした状況は、日本国憲法の平和主義の下にある日本のそれとは大きく異なっていたが、昨今、急接近しているようにも思われる。

*Smith* 事件最高裁判決に関する今後の動向を含め、イギリスにおける軍事と議会・司法の関係を調べることには、今後ますます有意義なものとなるであろう。

### 参 考 文 献

- 1) 拙稿 津山工業高等専門学校紀要 第55号(2013年) pp15-23.
- 2) 前掲1) pp21-22.
- 3) New Inquiry: UK Armed Forces personnel and the legal framework for future operations”, 3 July 2013, Defence Committee.
- 4) Thomas Tugendhat and Laura Croft, *The Fog of Law - An introduction to the legal erosion of British fighting power*, Policy Exchange, 2013.
- 5) Jonathan Morgan 准教授には、この *Smith* 事件の控訴院判決 (*Smith & Others vs The Ministry of Defence* [2012] EWCA Civ 1365) に関する論文 “Negligence: Into Battle” [2013] *Cambridge Law Journal* がある。
- 6) *Smith & Others vs The Ministry of Defence* [2013] UKSC 41, [66].
- 7) AV Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1885.