

政府—議会間関係における議会主権論

— イギリス議会政 (parliamentary government)

再構成に向けた予備的考察 —

柴田 竜太郎*

- I はじめに
- II 大権とは何か
- III *De Keyser* 事件 — 制定法による大権の効力停止
- IV *Fire Brigades Union* 事件判決 — 制定法の義務に反する大権の行使
- V 二つの *Miller* 事件 — 大権と議会、そして政府派議員
- VI おわりに — イギリス議会政における〈分離／融合〉と政府派議員

I はじめに

筆者は、イギリス議会政 (parliamentary government, 日本で通常「議院内閣制」と呼ばれるもの) における政府と議会の関係に関心を抱き、その中での政府派議員が占める位置という観点から研究を進めてきた。そして旧稿¹⁾では、イギリスにおける政府²⁾—議会間関係を検討するうえで重要な議会解散権につき、2011年議会任期固定法 (The Fixed-term Parliaments Act 2011, 以下「FTPA」) 制定前後における変化を分析した。論じたことは多岐にわたるが、その中で取り上げた一つが「信任附帯」と呼ばれる習律の変化である。すなわち、首相の選任

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科) 第21巻第3号 2022年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士課程・日本学術振興会特別研究員 DC1

- 1) 拙稿「議会解散権の日英比較」、一橋法学 20巻3号 (2021年) 159-247頁 (以下単に「旧稿」)。
- 2) 組織としての「政府」(government) とは広義の用法では立法府 (the legislature)・執行 (または行政) 府 (the executive)・司法府 (the judiciary)、狭義の用法では執行府のみを指すのが日本でもイギリスでも通例である。以下本文において「政府」とは全て狭義の用法である。

には法的には一切関与しておらず、政府の政策にも公然と造反を示すことがある政府派議員と、法的には議会の選任に依存して（この意味で、議会より独立して）おらず、政府派議員の造反を抑えたい首相との関係である。この関係において首相は、自らの推進する案件を信任案件に指定することができる。そして当該案件が否決された場合は自身への不信任とみなして、法的には君主に備わっている³⁾議会解散権を行使することができる。そもそも周知の通り、イギリスにおいて政府提出法案は相当高い確率で法律となるのが通例であり、また、政府派議員の造反が生じたとしても、このような信任附帯を用いることもできる。以上を踏まえれば、政府はある権能を欲する場合、自らの望む形で法律による授權を得れば済むようにも思われる。実際、内容の是非は措くとしても、そのような例は珍しいことではない。

しかし歴史的には、政府が議会制定法による授權を離れて（または避けて）一定の作用を為さんとすることがあった。より言えば、法的には君主に備わっている大権⁴⁾（詳細は次章）に基づき、政府が議会の授權を離れて一定の作用を為さんとした局面が、20世紀以降にも時おり見られる。それは、法律による授權を要するまでもない些末な案件だったからではない。それどころか、こうした大権の行使を違法とする判決が、複数見られるのである。そしてイギリス行政法の大家であるオクスフォード大の P. Craig が説くように、大権についての諸リーディング・ケースは、王権と議会の間の権力の均衡に関するものであった⁵⁾。特に

3) FTPA は議会解散にかかる大権を廃止したが、同法が2022年議会解散・召集法（The Dissolution and Calling of Parliament Act 2022）によって廃止された結果、再び行使可能となっている。詳細については、拙稿「イギリスにおける解散権制約の『実験』」憲法理論叢書30号（敬文堂、2022年）掲載予定を参照。

4) 本稿で扱う判決や論文の中では「王権」（the Crown）という語も登場する。これは君主と政府を両方含む用語であるため、本来はこれを「政府」と互換的に用いることには慎重でなければならない。というのも、議会政における「均衡」における君主の位置が重要な問題であることは論を俟たないからである（参照、石川健治「議会制の背後仮説」法教225号（1999年）67-73頁）。しかし、こと本稿の課題を達成するうえで両者を互換的に用いることに重大な問題は無いように思われる。本稿で問題とする大権が、君主の拒否ということが理論上問題にならない大権であるか、理論上は論点となりえても拒否が実際にはなされなかった大権（後述する *Miller 2* 事件における議会停会大権）だからである。それゆえ、以下では「王権」という語が登場したとき、以上を前提にしたうえで「政府」と読み替えて差し支えない。

後述する効力停止原則と妨害禁止原則は、FTPA の制定によって従来有していた議会解散権をもはや君主が行使できない（首相が君主に解散奏請できない）直接の法的根拠となっている⁶⁾。それゆえ、イギリス議会政につきいかなる認識に立つてこうした諸判例法理が示されているかという観点からそれらを検討することは、イギリス議会政の再検討を行う上でも有益であると思われる。

その時に着目しているのが、先述した政府派議員というファクターである。本来であれば、下院の過半数の政府派議員の支持を盤石にしている政府であれば、大権を行使せずとも議会制定法によって、当該作用に関する授權を得ることが可能であるはずである。しかし、結論を先取りしていえば、大権の行使を試み、結果として当該行使が違法であると判示された諸判決においては、全て政府派議員の造反が問題となっていた。各判例につきこうしたコンテキストを詳らかにすることが、先述したイギリス議会政の構図という観点からの判例法理の検討にも資すると考えられる。

以上をまとめるに、本稿の課題は、大権の行使が問題となった諸判例のコンテキストを詳らかにしたうえで、当該諸判例において示された法理がイギリス議会政につきいかなる理解を示しているかという観点から諸判例法理を検討することにある。それゆえ、本稿で取り上げる一連の判例につき、論点を網羅的に紹介する、事案との関係でその射程を把握する、日本への導入可能性を検討するといった目的を本稿はそもそも有していないことを強調しておきたい。以上のような課題を達成することで本稿が目指しているのは、日英憲法学におけるイギリス議会政理解を見直す契機を見出すことであり、一連の判例も専らそうした観点から取り上げているからである。

5) P. Craig, 'Prerogative, Precedent, and Power', *The Golden Metwand and the Crooked Cord: Essays in Honour of Sir William Wade QC* (C. Forsyth & I. Hare eds.), Oxford University Press, 1998, pp. 65-89, p. 65.

6) 旧稿 180 頁参照。

II 大権とは何か

1. 大権 (prerogative) の定義

諸判例を瞥見する前提として確認しておくべきは、そもそも、大権とは何か⁷⁾という問題であろう。そもそもイギリスの文献を見ても、用語法や定義で著しい散乱が見られるところである (prerogative, royal prerogative, prerogative power)。このような散乱が生じている原因は、大きく二点ある。第一は歴史的経緯である。すなわち後述するように、君主制を前提にその統治権たる大権が存在し、議会の同意や授權を要する事項が拡張することに伴って大権が縮小していったという過程があるため、大権については、日本憲法学の用法にいう控除説的説明を取らざるを得ないという点である。第二に、いわゆる「不文憲法」という事情、すなわち、最も有権的な定義を示すはずの成文憲法典がないという点である。それゆえ、歴史的には様々な大権の定義が示されてきた⁸⁾。

しかし、本稿の課題を達成するためには、以下の二つの特徴を挙げれば必要十分である。第一に、大権の淵源 (source) が (広い意味での) コモン・ローに求められることである。これは、個別の作用につき大権に属すると宣明した判例が積み重なっている、という意味ではない。先述の通り、大権はあくまで残余としてしか説明しえないからである。実際、S. Payne も大権をコモン・ローの「産

7) 概略については、*The Royal Prerogative*, House of Commons Library Briefing Paper (No, 03861, authored by G. Bartlett & M. Everett), pp. 4-11 が参考になる。

8) 伝統的には、「自身の王としての尊厳に基づき、コモン・ローの通常の経路以外に、王以外の者を超えて有する、特別な卓越性」(that special pre-eminence, which the king hath, over and above all other persons, and out of the ordinary course of the common law, in right of his royal dignity) に大権を限定すべきとする Blackstone の定義が挙げられる (W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. I, Clarendon Press, 1765, pp. 232)。この定義を継受しつつオリジナルな要素を加えたのが、20 世紀後半のイギリスを代表する行政法学者 H. W. R. Wade である。彼によれば大権であるか否かは、①コモン・ロー上の効果を生み出すか、②王権に固有であって私人が行使しえないか、という二要件によって判断すべきとした。これによれば、例えば、議会の召集や解散、爵位授与等は真正な大権ということになるが、条約締結はそれだけではコモンロー上の効果を生じさせないため、第一の要件を充たさず大権には該当しないという (H. W. R. Wade, 'Procedure and Prerogative in Public Law', *Law Quarterly Review*, Vol. 101 (1985), pp. 180-199, esp. p. 193)。

物」(a creature)であると捉えるのは不適當であり、あくまでコモン・ロー上「認められてきた」(allowed)ものであるという⁹⁾。

第二に、大権とは政府及び君主が行使する権能であって、伝統的に、一般行政作用から統治作用まで広く含まれてきたことである。従来は国王自身が大権を行使していたのに対し、19世紀以降ほぼすべての大権は、議会に責任を負う政府が行使することになったということは周知の通りである。ただし、一部の大権については現在でも君主に一応の裁量が認められている。すなわち、イギリスにおいて大臣の「助言」(advice)は君主に拒否される裁量は一切認められないのに対し、議会の閉会大権については――FTPA 以前の議会解散大権同様――通常の大権と異なり、極めて限定的な場合には大臣の奏請(request)を君主は拒否できるという議論が学説・実務の間でおおむね共有している点である¹⁰⁾。このような君主固有の権能のみを大権と称すべきという議論や、私人と同一の資格で行う作用(私経済作用)については大権の定義から外すべきという議論は根強くある¹¹⁾。しかし本稿の課題からは、第二の特徴として記したことを確認できれば必要十分である。というのも、このような議論の実践的意義は、日本の行政訴訟における処分性の議論同様、係争行為がそもそも裁判所の判断に服するののか、服するとして司法審査と民事訴訟のいずれに服するのかを画するという点にあり、これは本稿の課題とは関連しないからである。

このような二つの特徴を充たす大権の例として、旅券発給・恩赦・治安維持・大臣の任命・議会の開会停会・条約締結・国土防衛などが挙げられる。

2. 布告事件と議会主権の確立

このような大権につき、17世紀を通じて大きな制約が課せられることになったことは周知の通りである。いわゆる名誉革命に至るまでの諸判例の中で本稿の

9) S. Payne, 'The Royal Prerogative', *The Nature of the Crown* (M. Sunkin & S. Payne ed.), Oxford University Press, 1995, pp. 77-110, p. 86.

10) この点を議会解散作用につき論じたものとして旧稿 163-172 頁、議会閉会作用につき論じたものとして S. Theil, 'Unconstitutional Prorogation of Parliament', [2020] *Public Law*, July, pp. 529-547, pp. 536-537 をそれぞれ参照。

11) 前掲注 8) 参照。

課題との関連で特に重要なのは、1611年の布告事件 (*Case of Proclamations*) 判決である¹²⁾。国王 James I が議会の承認を経ることなく (すなわち、法律を制定することなく)、布告 (proclamations) によって、ロンドン内及び周辺での新規建築物、そして小麦からのデンプンの生成を禁止せんとした。これに対しコーク卿 (Sir Edward Coke) が「国王はこの国の法が認めた大権以外に、何らの大権をも有さず」 ('the king hath no prerogative, but that which the law of the land allows him.') と述べて、大権の存否を確定するのはあくまで裁判所であることを宣言した。そのうえで同判決では、議会の承認を経ることなく布告によってコモン・ロー、制定法又は慣習を変更することは違法であるとしたことは周知の通りである。

本稿の課題との関係で、この布告事件はいかなる意義を有していたであろうか。P. Craig が的確に述べるように、それは以下の二点である¹³⁾。第一の点は、大権が無制約ではなく拘束を受けることを明らかにしたこと。もちろん大権の行使を認める判例もあった¹⁴⁾が、その場合にあっても大権の枠内にあることを政府の側が主張せねばならなくなったのである。オクスフォード大で教鞭をとった後にバリスタとなり、後述する *Miller I* 事件の原告側代理人も務めた J. Williams の言を借りて敷衍すれば、残余としての大権の性質に基づき隠される大権の範囲 (extent、日本流に言えば、内在的制約) として、国内法を変動することはできないということである¹⁵⁾。第二の点は、本判決は裁判所の王権に対する独立を主張しただけのように見えるが、実はこの判断で最も受益したのは議会だ、ということである。もちろん先に述べた通り、大権には含まれない行為を政府が行っ

12) *Case of Proclamations* (1611) 2 Co Rep 74. 本判決はイギリスの憲政史においてあまりに著名であり、文献も枚挙にいとまがない。ここでは、A. Tomkins, *Public Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 55-58 を挙げるにとどめる。

13) Craig, *supra* note 5, pp. 68-72.

14) 代表例は、外交関係処理の大権に基づく輸入品に対する課税の合法性が争われたベイツ事件 (*Bates's Case* (1606) 2 St. Tr. 371.)、及び国土防衛の大権に基づく船舶に対する課税の合法性が争われた船舶税事件 (*The Case of Ship-Money, R v. Hampden* (1637) 3 St. Tr. 825.) である。

15) J. Williams, 'Prerogative Powers After Miller: An Analysis in Four E's', in *The UK Constitution After Miller: Brexit and Beyond* (M. Elliott et al. eds.), Hart Publishing, 2020, pp. 39-68, p. 43.

たとして議会を利する判決を常に出したわけではない。しかし裁判所が大権の存否 (existence) と範囲をコントロールし、議会では大権行使のあり方 (the manner of exercise) についてコントロールしようとしたのである。

この判決は次章以降検討する諸判例においても (2つの *Miller* 事件判決においても) 参照されるところであり、その意義はいまだに失われていない点に注意する必要がある。そしてその後、いわゆる権利章典や 1701 年王位継承法 (Act of Settlement 1701) の制定などにより、議会主権 (議会の至高性) が定着してゆく。このような流れから分かるように、議会主権とは当初政府と議会の間で後者の優位を確立する原理として誕生したと言える。しかしその後は、内閣の誕生や政党政治の発展等により、議会政という形で政府と議会の強い結びつきが確保される中で、議会主権のこうした側面は問題となくなかったようにも見える。

しかし「はじめに」で記したように、実際の進展はそう単純ではなかった。この点につき、次章以降、大権と制定法ひいては議会の関係が問題となった諸事件を紹介することで、具体的に示していきたい。

Ⅲ *De Keyser* 事件——制定法による大権の効力停止

大権と制定法の間をめぐり現代のリーディング・ケースは 1920 年の *De Keyser* 事件¹⁶⁾である。以下では事案の概要と判旨を紹介し、次いで本稿の課題との関連で本判決が有していた意義を説明する。

1. 事案の概要

1916 年 5 月 1 日、戦争省 (War Office) は陸軍航空隊 (Royal Flying Corps) 及びその関係者の居住する施設として、ロンドンにあったあるホテル (*De Keyser's Royal Hotel*、以下「本件ホテル」) を収用したい旨、本件ホテルの所有者 (原告・被上告人、以下「X」) に通知した。そして戦争省は X と交渉をしたが、その中で政府は、政府の下にある委員会が算出した実損金額 (逸失利益等は含ま

16) *Attorney General v De Keyser's Royal Hotel Ltd*, [1920] AC 508.

れない)に基づく見舞金 (*ex gratia* payment) を支払う旨述べていた。しかし X はあくまで補償請求権を有しており、当該請求権にもとづけば見舞金より支払額は増えるはずであると主張していた。交渉は続いたものの、結局この点で妥結を見ることなく本件ホテルは収用された(以下「本件収用」)。これに対し、本件収用それ自体ではなくあくまでその対価に不服のある X が請願手続 (a petition of right proceeding, 政府を被告とする民事訴訟) を行ったのが本件である。X は主として、1) 黙示の賃貸借契約に基づく賃料請求権が存在する、または 2) 1842 年防衛法 (the Defence Act 1842、以下「1842 年法」) に基づく補償請求権が存在する、という宣言的判決を求めていた。1) については、かつて最高裁判所としての役割を果たしていた貴族院上訴委員会 (the Appellate Committee of the House of Lords、以下単に「貴族院」) においてどの裁判官も認めておらず、また本稿の論旨とも関係ないため、以下では 2) についてのみ検討する。

その前提として、本件に関係する法令につき整理しておきたい。X が援用した 1842 年法は政府による収用を認める規定 (18 条) と同時に補償についての手続についての規定 (19 条) を置いており、同法は平時戦時の区別を問わず国土防衛を理由とする不動産収用に対する補償請求権を認めている、というのが X の主張であった。これに対し一連の交渉において戦争省は、本件収用が 1914 年国土防衛 (統合) 法 (the Defence of the Realm (Consolidation) Act 1914、以下「1914 年法」)¹⁷⁾ の授權に基づき政府が制定した国土防衛令 (the Defence of the Realm Regulations、以下「本件命令」) に基づくものであると明言していた。

ここで 1914 年法及び本件命令について確認しておく、同法は第一次世界大戦開戦後に制定されたものであり、1 条で政府 (厳密には、枢密院における国王 (King in Council)) に極めて広範な事項について白紙委任に近い授權をしていた。そして同法に基づく授權により制定されたのが本件命令であり、特に国土防衛令 2B 号 (Regulation 2B) によって、軍当局及びそれに認可された者が私人の不動産を収用できると定められていた。しかし 1914 年法及び本件命令には、補償に関する規定は一切置かれていなかった。そして同法の 2 条では、1842 年法を含

17) 1914 年国土防衛法 (the Defence of the Realm Act 1914) 及び 2 号法 (the Defence of the Realm (No. 2) Act 1914) を統合した法律である。

むそれまでに数度制定された国土防衛法の諸規定の効力を一時的に停止 (suspend) する命令を制定する権限を政府に与えていたが、同法に基づき制定された本件命令には土地収用手続にかかる 1842 年法の規定について効力を停止する旨の定めはあったものの、同法の補償に関する規定の効力を停止する旨の規定は設けられていなかった。

2. 問題設定

では本件の貴族院判決は、本稿の課題との関係でいかなる意味を有していたか。その前提として、本稿が着目している大権と制定法の関係という観点につき、本件がいかなる問題構造を有していたか整理してみたい。

まず、本件収用は（その法的根拠に関わらず）1842 年法に基づく補償請求権が生じると論証できれば、原告の求める救済を与えることができそうである。しかし、ことはそう単純ではない。というのも政府は、本件収用が大権に基づくものであったと訴訟段階で主張し始めたからである。その背景として、大きく二つの要素がある。第一の要素として、1914 年法や本件命令において、1842 年法に定められた補償請求権を明示的には剥奪していないということを暗黙の裡に認めたということがある¹⁸⁾。本件の直前に出された控訴裁のある判決について言及しておかねばならない。「ショールーム飛行場事件」(Shoreham Aerodrome Case) と称されるこの事件の控訴裁判決¹⁹⁾では、補償請求権を生じることなく、軍用機発着のために民間の飛行場を一時的に収用することが大権の範囲内であって適法であるということが判示されていた²⁰⁾。この先例の射程が本件にも及び、かつ本件収用が大権に基づくものであるとすれば、本件収用において補償請求権は発生しないという結論になる。実際に本件の第一審を担当した裁判官は、ショールーム飛行場事件の控訴裁判決が先例として本件にも当てはまるためそれに拘束さ

18) G. R. Rubin, *Private Property, Government Requisition and the Constitution, 1914-27*, Bloomsbury, 2003, p. 89.

19) *In re A Petition of Right*, [1915] 3 KB 649.

20) See, Rubin, *supra* note 18, p. 49. もっとも、ショールーム飛行場事件自体は貴族院における審理中、1842 年法に基づく補償手続を取ると法務長官が提案したため、和解に終わっている (*id.*, pp. 52-55)。

れざるを得ず、本件収用は大権に基づき補償請求権を発生させないと述べていた。以上によれば、1842年法の補償請求権を認める前提として、a) 本件がショールーム飛行場事件と事案を異にすること、b) 本件収用が大権に基づくものではないこと、の二点を論証しなければならない。

まず a) については、控訴裁判所の判決に拘束されることのない貴族院ではあるものの、それぞれの裁判官が事案の区別につき言及しているところである（本稿の課題と無関係であるため、詳細には立ち入らない）。本稿の課題と関連してくるのは、b) の論証である。一見すると、大権のみに基づいて補償もなく収用がなされた例が過去にないことを解明すれば足りるようにも思われる（控訴審または貴族院であれば、ショールーム飛行場事件控訴裁判決との抵触を気にする必要がない）。実際、本件控訴審の裁判長であった控訴裁判所民事部長（Master of the Rolls、民事部（Civil Division、行政訴訟も担当）の長）はそうした先例を調査し、それは貴族院の各裁判官の判決でも引用されている。しかし先述したように大権は、政府の権能のうち議会制定法による授權を除く部分としてしか説明ができない。そうであれば、いくら先例がないからといっても、戦時における「公共安全」（public safety）といった理由付けによって補償請求権を伴わない収用が大権に含まれてしまう可能性が否定できず、本件においてはまさにそうした大権が発動したのだという主張に論駁できない、ということになる。

そして本件において政府が主張したのが、「並存論」（parallelism）²¹⁾という主張である。これはいかなるものであったか。まずは、政府代理人である法務長官（Attorney General）の見解を引用しておこう。

1842年法はその前身の諸法律と異なり、平時に制定された。同法は戦時同様に平時についても予期している。そして、本件において主張している特別な大権を追補するものであり、かつそれとは異なるものである。そして、二つの権利は並存（co-exist）しうるのである。制定法が大権の特徴の一部を再現している場合、当該制定法は当該大権のその部分を併合して作用する

21) Craig, *supra* note 5, pp. 78-80.

ことはない (does not operate as a merger *pro tanto* of the prerogative)。同一の主題に対応する制定法があったとしても、大権を剥奪せんとする意図がその諸条項から明確に表れていない限り、大権は当該制定法によって剥奪されることはない²²⁾。

この引用箇所では政府は、大要次の二点を説いている。第一に、大権の行使を否定する議会の意図が法律の明確な文言²³⁾によって示されていれば政府も当該議会制定法に従う、ということである。つまり、国土防衛作用は政府固有の領域であるとか、当該作用にかかる大権は不可侵であり議会の容喙すべきところではないといった論法は、本件の貴族院判決が出る前から用いられていないのである。しかし第二に、単にある作用につき制定法が定められただけでは、同一の作用をなす大権と制定法の定める権能は並存している、と政府は主張していた。それゆえ、政府は当該作用をなすにあたり、どちらの権限に基づくかを任意に選択できるということになる。本件で言えば 1842 年法も 1914 年法も、大権について制限する趣旨の文言を含んでいない。それゆえ、大権——ショーラム飛行場事件の控訴裁判決を拠り所にする政府からすれば、緊急時に補償を要さず不動産を一時的に収用する作用が含まれる——についてはそのまま残されており、いずれを用いるかは政府が随意に選択できる、という結論になる。そして、確かに 1842 年法にも 1914 年法にも大権を制限する趣旨の文言はない。

以上を要約するに、1842 年法に基づく補償請求権を認めるためには本件収用が大権に基づくものではないことを論証しなければならないが、そうした作用が大権に基づいてなされた先例がないことを示すだけでは、大権の残余としての性質から論証として不十分である。また、本件に関連する議会制定法が明示的に当該大権の行使を否定する文言を含んでいるとは論じられない。以上のような諸条件を前提にして、なお本件収用が大権に基づくものではないと論証するためには、

22) *supra* note 16, 516.

23) 政府は議会制定法における明示的文言だけでなく、文言の「必然的含意」(necessary implication)によっても導かれるというが、これは本件とは関連しないため以下では触れない。

たとえ議会制定法に明示的文言がなくとも、ある作用について議会制定法に基づき授權された場合には大権に基づき当該作用をなすことができない、という原則を確立する必要があったのである。

かくして、本稿の課題との関係で本件が有する問題設定を説明することができたと思われる。

3. 各判事の答え

では、貴族院の各判事はこの問いにどう向き合ったか。アプローチはそれぞれ異なるが、議会制定法による授權がひとたびなされた以上当該作用を大権に基づきなすことはできない、という結論において彼らは軌を一にしている。以下、この問いに対する各判事の見解を概観しておこう。

まず Lord Dunedin は、先述の並存論につき言及したうえで以下のように述べる。「それでもなお、以下のこともまた同様に確かであるように思われる。つまり、大権に基づき従来なしえたことの領域全体 (the whole ground of something) が制定法によりカヴァーされた場合、制定法こそが支配する、ということである」²⁴⁾。その理由として次の段落で彼が述べるのは、議会制定法には国王も同意している、ということである。

王権があらゆる議会制定法の当事者 (a party) である限り、以下のように考えても十分論理的であろう。つまり、制定法以前は大権によって達成しえたことにつき制定法が扱うようになり、そして条件を付しながら王権に同一のことにつき特に授權した場合、王権はそれに同意 (= 裁可 (assent)) したのであって、当該制定法によって、大権が縮小される (being curtailed) ことに同意しているのである²⁵⁾。

このように、議会制定法が王・貴族院 (聖職者と貴族)・庶民院の合意により形成されるという発想——これがまさに Dicey 流の「議会における国王」(the

24) *supra* note 16, 526.

25) *ibid.*

King in Parliament) の発想に他ならないことは論を俟たない²⁶⁾ —— は、Lord Atkinson の意見にもみられる。彼は以下のように述べた。

私は以下のように言う方がよいと思う。つまり、このような法律が制定され国王とこの国の三身分の意思と意図が表明された場合、それが有効である間、王権が当該制定法の諸規定に基づき、かつ、それらに適合するようにのみ特定の行為をなしうるという限りにおいて、当該制定法は大権を縮減している (abridge) しているのであり、そして、特定の行為をなすその大権というのは効力が停止されている (in abeyance) のである²⁷⁾。

このように、Dunedin と Atkinson は Dicey 流の「議会における国王」の発想を共有している。これに対し、こうした発想と矛盾するわけではないものの、異なった論拠によって先述の結論を導くのが、Lord Moulton、Sumner、そして Parmoor である。

まず Lord Moulton はどうか。彼は Atkinson が述べたような大権の縮減 (abridge) については明示的に否定する。しかし彼によれば制定法が授權する権能の方が大権より広いため、大権行使が不要になるという。そして、損失補償によって収用された個人の損害は社会全体で共有するという意図を制定法が示した以上、政府が大権に基づき本件収用を行うことで個人を保護する安全策を潜脱することは許されない、というのが彼の結論である²⁸⁾。

次いで Lord Sumner は、国土防衛法の解釈に即して以下のように説く。

立法府は、王権の助言者たる執行府に対し、以下のような権力を与えることだけを意図しているということなのだろうか。つまり、臣民間で差別し、

26) See, A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed., Macmillan (Reprinted by Liberty Fund in 1982), p. 3.

27) *supra* note 16, 539–540.

28) *id.*, 554

制定法に基づき進めることを選ぶことである臣民を豊かにし、あるとされる大権によって収用する場合に別の臣民を貧しくする、そうした権能である。そうした意図を推定することは、200年以上に及ぶわが国の憲政史の潮流全体 (the whole trend of our constitutional history) に反するように私には思われる²⁹⁾。

最後に、Lord Parmoor である。彼も以下のように述べる。

臣民の財産や自由に干渉する執行部の権力が議会のコントロールに置かれ、制定法により直接規律されるようになれば、執行部はそれ以降、当該権能を王権の大権からではなく議会から導くことになる。そして、そうした権能を行使する際、議会が臣民を利するように課した諸制約を執行部は必ず遵守しなければならない。これらが、国制における原則である……制定法の課す、市民を保護する諸制約 (protective restrictions) を適用しうる場面に裁判所がそれらを見做せるなどというのは、とても支持できない命題であろう。この点で、議会主権というのは至高なのである³⁰⁾。

この直後に Parmoor は、大権が剥奪 (taken) あるいは縮小されたかについては、次の三つのテストのうち一つを充たせば足りるという。すなわち、①制定法の明示的文言、②制定法の必然的含意、そして③「公共善、宗教及び正義の実現、危害及び悪 (injury and wrong) の抑止のために議会制定法が制定された場合」である³¹⁾。Parmoor によれば、本件で問題となっている制定法は③に該当するという³²⁾。

以上から分かるように、Moulton、Sumner そして Parmoor の三者に共有しているのは以下の思考法である。すなわち並存論を許容してしまえば、市民の権利

29) *id.* 562.

30) *id.* 575-576.

31) *id.* 576. これは、18-19世紀を代表する法学教科書からの引用である。M. Bacon, *New Abridgement of the Law* (H. Gwillim & C. E. Dodd eds), 7th ed, A Strahan, 1832, p. 462.

32) *supra* note 16, 576.

を保障する規定——（本件で言えば、補償に関する 1842 年法の規定）に服するか政府が随意に選択できることになり、ひいては市民の権利が恣意的に剝奪されてしまう、というものである。

4. 効力停止原則（the abeyance principle）の確立——若干の検討

各判事はそれぞれ異なった理路に基づいてはいるが、以下の原則を確立した。すなわち、たとえ制定法が明示的文言又は必然的含意によって大権の効力を停止していなかったとしても、ひとたび当該制定法がある作用につき政府に授権したならば、当該作用につき政府はもはや大権を根拠とすることはできない、という原則である。これは、布告事件判決において残余としての大権の性質に基づく内在的制約として大権による国内法変動が禁じられたのに対し、制定法による大権に対する外在的制約と評することができる³³⁾。大権と制定法の関係につき近年研究を進めている、ブリストル大学の R. Craig の言を借りて、以下ではこれを「効力停止原則」(the abeyance principle) と呼んでおこう³⁴⁾。

ただし、本原則の内容につき一点付言しておく必要があろう。制定法による授権があった後に大権をもはや援用することができないという点において各判事に見解の相違がない点は、既に示した通りである。しかし、当該授権の後に大権は縮減するのか、あくまでそのまま存在はするがもはや援用できないということなのかについては、判事の間でも見解の差がある。特に、前掲の通り、大権の縮減を明示的に肯定する Atkinson と明示的に否定する Moulton の差は著しい。

しかし、ここでは、一度ある作用につき制定法による授権があれば当該作用につき大権はもはや援用しえないという点を確認しておけば、本稿の課題との関係では十分であるように思われる。なぜならば、当該制定法を廃止して一度効力を停止した大権を復活するかどうか、という極めて例外的な場合においてのみ、縮減したかという議論は重要になるからである³⁵⁾。それゆえ、本稿では効力停止原則の内容を先述のように、つまり各判事が全員一致している内容に絞って把握

33) Williams, *supra* note 15, p. 54.

34) R. Craig, 'Casting Aside Clacking Medieval Chains: Prerogative, Statute and Article 50 after the EU Referendum', *Modern Law Review*, Vol. 79, No. 6, 2016, pp. 1041-1063, p. 1046.

しておきたい。

そのうえで本稿における課題との関連では、この原則の根拠が問題となる。それを一言でまとめるならば立法府としての議会の政府に対する優越である、という点で判事の間に差はない。ただし、このような意味での議会主権がいかに効力停止原則を導くかについては前掲の通り、各判事の間では大きく二つが示されていた。一方で Dunedin と Atkinson が提示していたのが、「議会における国王」による立法、すなわち議会制定法への王権自身の同意という根拠である。他方、Moulton、Sumner そして Parmoor が提示していたのは、市民の権利を保障する規定に服するかを政府が恣意的に選択できるというのは許容できないという点である。

5. コンテキスト——政府派議員の支持／造反の問題

ここまで、効力停止原則の内容と論拠を概観してきた。しかし、法律に基づく行政の原理が広く受容されている日本からこれを見ると、当たり前のことのように思われるところではある。また、Parmoor の示したテストに代表されるように、精緻な法解釈とはとても言い難いこともまた然りである。しかし先述した通り、本稿の課題は、判決とそのコンテキストと照らし合わせることで、イギリス議会政理解に対する示唆を得ることにある。

そのためには、当時の政治状況に目を向けなければならない。世界大戦勃発後の1915年には当時の首相である自由党の H. H. Asquith を中心に、保守・労働両党からも大臣を出す史上初の挙国連立政府（The National Coalition Government）が組織された。しかしその後、Asquith の戦争指導力に疑問を抱いた自由党の D. Lloyd George は、保守党党首 A. Bonar Law らの支持を取り付けたうえで、戦争指導にかかる首相の権限を移行しようとした。こうして対立が深まる中、1916年に国王 George V の開いた御前会議における裁定によって Lloyd

35) もっともこれが近年非常に重要な問題となっているのが、FTPA の廃止法案によって、議会解散・召集作用にかかる FTPA 以前の大権が再び行使可能となるか、という論点である。もっとも、これについてはまだ議論の決着を見ていない。詳細については、前掲注3) の拙稿参照。

George が首相に任命、自由党 Asquith 派は政権から離脱し反政府派に収まることになる。そしてドイツが休戦協定に調印して戦争が終わった直後に Lloyd George 首相は解散総選挙を挙行、いわゆる「クーポン選挙」において現政府派たる自由党 Lloyd George 派と保守党が歴史的な大勝をおさめていた³⁶⁾。

ここまでの事実だけを見ると、本件で政府が大権などを持ち出してきた理由が分からなくなる。というのも、多数の政府派議員を待んで補償請求権を否定する法律を提案すれば、大権など援用する必要などないように思われるからである。しかし、ここからが問題である。数だけをみれば類例のないほど安定しているように思われるこの政権にあって、政府派議員の支持が盤石ではなかったからである。そもそも、Lloyd George のある種「ポピュリスト」と言ってよい政治姿勢は、保守党の平議員から決して評判は良くなかった。最終的には 1922 年 10 月のカールトン・クラブにおける会合において Bonar Law らが率いる保守党平議員らの造反により、保守党は連立政権から離脱することになる³⁷⁾。このような過程において戦争が終了し政治休戦が解除されてからは、政府派たる保守党の平議員（バックベンチャー）が政府の政策に公然と異を唱えることは決して珍しくなかった。

いわんや、戦時における収用に対する補償という、戦時から平時への回帰に際して極めて重要なアジェンダである。戦時における私人の財産収用についての政府の一貫した立場はあくまで当該私人の補償請求権を認めず、見舞金のみを支払うという立場であった。そうであるからこそ政府は、本件においても大権の並存論を説いた上で補償請求権を否定していたと考えられる。そして、そうした方針に基づき政府は免責法案を提出し（The Indemnity Bill 1920）、本件につき貴族院での審理が完了し判決を待っていた 20 年 5 月に下院第二読会での審議が開始されたが、そこでは複数の政府派の保守党議員が本件を持ち出しながら、戦時に

36) 詳細につき See, K. O. Morgan, *Consensus and Disunity: The Lloyd George Coalition Government 1918-1922*, Oxford University Press, 1979. 1918 年総選挙の結果については、ピーター・クラーク（西沢保ほか訳）『イギリス現代史 1900-2000』（名古屋大学出版会、2004 年）、付録 40 頁を参照。

37) See, D. Marquand, *Britain since 1918*, Phoenix, 2008, pp. 79-81 & R. Blake, *The Conservative Party from Peel to Major*, Arrow, 1997, pp. 198-199 & 202-206.

おける補償請求権を否定する趣旨であれば反対する旨の発言をしている³⁸⁾。そしてその一人が L. Scott であったことは指摘しておくべきであろう³⁹⁾。彼こそ、本件の原告代理人に他ならないからである⁴⁰⁾。Scott は *De Keyser* 事件の代理人を担当しつつ、下院においては免責法案に精力的に反対していた。本件貴族院判決によって免責法案に対する批判に勢いが増した⁴¹⁾こともあって、見舞金の額について不服がある場合は司法裁判所への上訴を可能にするといった修正がなされることとなった⁴²⁾。こうした一連の状況の中で本件貴族院判決が下されたことは、十分に強調しておくべきであると思われる。

以上を踏まえれば、数としては類例がないと言ってよいくらいに多数の政府派議員を抱えているはずの政府が、なぜ並存論を持ち出さねばならなかったかが察せられよう。しかし、そうであるからこそ、従来の法律によるコントロールを潜脱する形で大権を行使することは許されない。政府派議員の支持を確認（裏を返

38) 一例として、E. Pretyman 議員の発言を参照 (HC Deb 3 May 1920, Vol. 128, Cols. 1788-1793)。また同じく政府派の保守党議員である G. Hohler 議員も、本件命令 2B の延長に反対する発言において、同法案の当該条文には反対すると述べる (HC Deb 24 February 1920, Vol. 125, Cols. 1586-1588)。

39) HC Deb 3 May 1920, Vol. 128, Cols. 1767-1777。

40) 本件につき、著作を残している。See, L. Scott & A. Hildesley, *The Case of Requisition*, Oxford University Press, 1920。また Scott の来歴については Rubin, *supra* note 18, p. 44。

41) 実際『タイムズ』の社説では、本件貴族院判決を「偉大な憲法判例」(Great Constitutional Case)と形容したうえで、それが「依然として訴訟に係属していた (*sub judice*) 王権の請求に決着をつけるために違憲に提出された免責法案への批判を、十分に正当化する」と厳しく批判する ('Great Constitutional Case', *Times*, 11 May, 1920, p. 17)。

42) 『タイムズ』紙は本法案につき「妥協による否決回避」(Defeat Saved By Concessions)と題し、下院第二読会において法務長官 (E. Pollock、本法案の政府における担当大臣)、そして反対派の中心であった E. Carson (保守党 (Irish Unionists)、Lloyd George 内閣の元閣僚) と L. Scott の「興味深い三つ巴の決闘」(an interesting triangular duel) がみられたとしている ('War Indemnity Bill—Defeat Saved by Concessions', *Times*, 4 May 1920, p. 16)。もっとも同法案の第二読会の終盤において、委員会審議に入る前に下院に設けられた特別委員会 (the Select Committee of the House of Commons on the Indemnity Bill) にて追加の調査を行うという動議が可決され (HC Deb 3 May 1920, Vol. 128, Cols. 1853-1855)、同委員会に証人として出席した Scott は、政府による修正が不十分であると述べている ('War Compensations Muddle—Mr. Leslie Scott's Suggestions', *Times*, 16 June 1920, p. 10)。同法案は、当該特別委員会や全院委員会における多数の修正を経てようやく成立されることになった (the Indemnity Act 1920)。一連の流れについては See also, Rubin, *supra* note 18, Ch. 13。

せば造反のリスクを甘受)して従来の法律を改廃する議会制定法を定めなければならない——結論においては全員一致で効力停止原則が本件において確立したのは、このような背景があったものと思われる。すなわちここで実質的には、立法を通じた政府派議員の支持／造反こそが問題となっているのを見て取ることができるのである⁴³⁾。

6. *Laker Airways* 事件

制定法による大権の効力停止が問題となったと考えられるものとして、他にも、いわゆる *Laker Airways* 事件（以下「LA 事件」）判決⁴⁴⁾がある。本判決は控訴裁判所の判決であるが、本稿の課題との関連でも興味深いため、以下で概観しておきたい。

事案の概要は、以下の通りである。レイカー・エアウェイズ社（原告、以下「LA 社」）はロンドン―ニューヨーク間の就航を通じ、国際航空路線への新規参入を試みた。当時イギリスにおける国際航空路線のシェアは、国有企業であったブリティッシュ・エアウェイズ社（以下「BA 社」）が多くを占めていた⁴⁵⁾。その中で新規参入を行うためには法的に、①英米間の国際条約に基づくアメリカ航空当局からの許可、②1971年民間航空法（以下「71年法」）に基づくイギリスの航空当局からの免許が必要であった。1972年、原告は②につき翌年発効の10年間の免許を取得し、①についても許可が得られる運びとなっていた。ところが1975年に政府は航空政策変更につき白書を出し、その中で原告への免許の取消を公表した（以下「本件取消」）。これに対し原告が司法審査を提起した。なお

43) *De Keyser* 事件以降、制定法解釈の結果として当該事案での大権の効力停止を否定する下級審判決はあるが、それらは同原則それ自体を否定するものではない (Craig, *supra* note 5, pp. 80-81)。また、*De Keyser* 事件や本稿で今後検討する事件と同様にそうした下級審判決に関する報道を調査した限り、当該事案で政府派議員の不支持が問題となった形跡が見当たらないことを付言しておきたい。そうしたものの代表例として、いわゆる *Northumbria* 事件判決がある (*R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Northumbria Police Authority*, [1989] 1 Q.B. 26)。

44) *Laker Airways v Department of Trade*, [1977] Q.B. 643.

45) 民間企業のブリティッシュ・カレドニア・エアラインズ社も一定のシェアを占めており、同社の雇用がLA社の新規参入によりダメージを受ける懸念も議論されていたが、以下では省略する。

71年法によれば大臣は航空当局に対し、当局への諮問及び議会の決議を経た後で「指針」(guidance)を提示することができ、例外として安全保障等の一定の事由が存する場合、議会の承認を経ることなく、航空当局への諮問を経ただけで大臣は「指令」(directive)を航空当局に発することができる、と定めていた。しかし訴訟において政府は本件取消が71年法の諸規定に基づくものではなく、前掲国際条約に関する国際関係処理の大権に基づくものである、と主張した。これに対し控訴裁判所は、政府のそのような大権の行使を違法であると判示した⁴⁶⁾。

本稿の関心から言って注目に値するのは、本件でも立法を通じた政府派議員の支持が問題となっていたことである。そもそも本件の背景として、白書においてLA社に対する免許取消が表明された政治的背景には、同社が長距離国際線事業に乗り出すことで、BA社に多大な損害が出るということが予想されたという事情がある。実際、同社は71年法の諸規定を活用してLA社に対する免許付与に対して数度不服申立てを行っていることが判決内でも指摘されている。そして伝統的な社会主義政策を維持している労働党政権の中心からすれば、国際航空事業に民間企業が新規参入することには強い忌避感があった。こうした事情が本件の引き金となっている。しかし本件取消がなされた当時のWilson政権は、そもそも下院における政府派議員の数において決して安定した政府ではなかった。1974年総選挙でハング・パラメントとなったことを受けWilsonが少数政府を発足させ、同年再度の解散総選挙を挙行了したものの、635議席中319議席とまさに多数政府か否か瀬戸際の議席数しか獲得できなかったのである。

このように数において決して安定していないうえに、国营企業BA社を守るために民間企業の新規参入を止めるという——Thatcher率いる保守党と伝統的政

46) もっとも、本件の裁判長Lord Denningのように本判決で当該大権の効力を肯定したうえでその濫用(abuse, 不合理な行使の意)と解する(*supra* note 44, 707)か、二人の陪席裁判官のように大権の効力が停止されていると解するかにつき相違が見られる。より言えば陪席裁判官二人の間でも、効力停止原則を直接適用するか(Roskill L. J., *id.*, 719-722)、そうするまでもなく77年法の必然的含意であると解して(Lawton L. J., *id.*, 728)大権の効力停止を説くかは相違がある。いずれにせよ本稿の課題との関連では、本文で以下記したようなコンテキストの中で当該大権の行使が認められなかったことを確認しておけば足りるだろう。

策を維持する労働党政権が最も鋭く対立する——政策を行ったため、下院では本件撤回につき数度にわたり討論がなされている。そこでは保守党からは強い批判を浴びると同時に、政府派たる労働党議員からも疑問や批判が呈せられていた⁴⁷⁾。結局 LA 社に対する政府の方針につき下院では 262 対 232 で承認された⁴⁸⁾ものの、上院では労働党議員からもより強い反対の声が呈せられ、当該方針の撤回を求める動議が 83 対 68 で可決される事態となった⁴⁹⁾。

今から振り返れば LA 事件は伝統的な社会主義政策から新自由主義政策へとイギリスが移行する過渡期の一事件として興味深く、そうした中で政府派議員の支持に動揺をきたしていたことがよく分かる。そうしたなかで従来の大権の効力を否定し、結果として 71 年法に基づき決議という形で議会の承認を得ることを政府に求めた点は、本件でも政府派議員の支持が問題となっていたことと無関係ではないように思われる。

IV *Fire Brigades Union* 事件判決——制定法の義務に反する大権の行使

次に問題になるのは、いわゆる *Fire Brigades Union* (以下「FBU」) 事件判決⁵⁰⁾である。先ほど同様、まず事案の概要を整理する。次いで問を整理したうえで各判事の答えを確認し、その意義をコンテキストに照らして検討する。

1. 事案の概要

本件は、暴力犯罪の被害者に対する補償をめぐるものである。1964 年、当時の政府は「刑事傷害補償制度」(the Criminal Injuries Compensation Scheme) を大権に基づき設立した。この制度は個別の案件につき、コモン・ロー上の損害と同様に算出された額を見舞金として被害者等に支払うものであった。同制度は

47) 一例として、労働党の J. Stonehouse 議員の発言を参照 (HC Deb 26 February 1976, Vol. 906, Cols. 664–666)。

48) 前掲注 47) の Stonehouse 議員も政府の方針に反対票を投じている。

49) 'Government defeat on Laker Skytrain policy', *Times*, 16 March 1976, p. 7.

50) *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Fire Brigades Union*, [1995] 2 All ER 244.

後に、1988年刑事司法法 (the Criminal Justice Act 1988、以下「88年法」) という議会制定法において法典化された。ただし同法171条1項⁵¹⁾は、同法の一部の例外を除く諸条項の施行日を定める権限を大臣に与えていた。

こうした中で1993年12月、内務省よりある白書が公刊された⁵²⁾。同白書において政府は、88年法と異なる新たな制度を大権に基づき設けて94年4月1日より実施すること、88年法の補償に関する諸規定については施行しないこと、そして機会を見計らって同法は廃止されることを公表した。同白書の示した当該制度 (白書や判決に倣い、以下「算出表制度」(the tariff scheme)) によれば、政府の定める算出表に基づき機械的に見舞金の額が決定し、個別案件における逸失利益等を考慮しないため、刑事傷害補償制度や88年法の制度より著しく低い金額しか支払われないこととなっていた。そして政府は94年3月9日に、白書の予定通り算出表制度を開始する予定であると声明を発した。

一連の事態に対し、消防士の労働組合 (Fire Brigades Union) や看護師の労働組合などの諸労働組合が内務大臣を相手取って司法審査を提起⁵³⁾、主として①内務大臣が88年法の補償にかかる諸規定を施行しないことが同法の義務に違反していること、②算出表制度の導入決定は88年法の義務に違反しており、そのコモン・ロー上の権能 (すなわち大権) を濫用していること、の宣言的判決 (declaration) を求めている。第一審の高等法院ではすべての請求が棄却されたのに対し、第二審の控訴裁判所では、①は棄却されたものの②は認容された。これをうけ、原告・被告ともに貴族院に上告した。先に貴族院判決の結論だけを記しておけば、原告の請求①は全員一致で棄却されたものの、②は3対2で認容された。

51) 「本条2項以下に定めるものを除き、本法は大臣が制定法的文書により行う命令により指定する日に効力を発する。」(Subject to the following provisions of this section, this Act shall come into force on such day as the Secretary of State may by order made by statutory instrument appoint. (後段省略))。なお制定法的文書とは、議会制定法の授權に基づき制定法と同等の効果を有する命令である。

52) 'Compensating victims of violent crime', Cm. 2434.

53) これらの組合の代理人によれば、提訴した理由はこうした職業では常に暴力犯罪の被害を受けるリスクを抱えているからである ('Unions challenge bid to cut compensation', *Times*, 18 March 1994, p. 2)。

2. 論点と各判事の応答

さて、本稿の課題との関連で本件の貴族院判決はいかなる判示をしたであろうか。まず確認しておくべきは、貴族院において全裁判官が一致している通り、先述の *De Keyser* 事件判決で確立した効力停止原則の射程は本件には直接には及ばない、ということである。というのも、*De Keyser* 事件はある作用につき授権する制定法が施行された以降の事案であったのに対し、本件では制定法の施行期日を決定する権限が大臣に与えられており依然として当該制定法の諸規定が発効しておらず、以上の意味で事案を異にすると考えられるからである。88年法の諸規定を施行するまで、暴力犯罪被害者に対する補償作用についての従来の大権は残存している、という点を確認したうえで、以下では、本稿の課題との関連で本件の論点を整理していきたい。

最初の論点は、算出表制度の導入と無関係に、施行日を指定し続けないことが88年法171条1項の義務に対する違反（つまり、同項の与える裁量権の逸脱濫用（以下同じ））を構成するか、という論点である。これについては、貴族院の裁判官全員が一致して否と答えた（すなわち、原告の求める①の請求は棄却）。特定の日を指定すべきかどうかはあくまで議会を通じて政治的に責任が追及されるべきであって裁判所が強制すべきではない、という理由である。

次に浮上するのが、大権に基づく算出表制度の導入は88年法171条1項の義務に対する違反を構成するか、という論点である。この点を判断するには、同項が内務大臣に課している義務とは何かを明らかにしなくてはならない（先述した通りこれを明らかにすることは、同法施行日決定につき内務大臣に裁量権を与える趣旨を明らかにすることと等しい）。これが同法の諸規定の施行を絶えず検討する（keep under review）義務である、という点で貴族院の判事は一致している。ただし Lord Keith of Kinkel は、この義務も全て議会に対する政治的義務に過ぎないと解し、これに裁判所が介入することを戒める⁵⁴⁾。それ以外の4人の判事は、当該義務が裁判所により執行可能なものであるという点で一致する。

では算出表制度の導入は、上記の検討義務に反するであろうか。ここで4人の

54) *supra* note 50, 248.

裁判官のうち、義務違反なしとする Lord Mustill と、ありとする 3 人 (Lord Browne-Wilkinson, Lloyd of Berwick, Nicholls of Birkenhead) の間で見解の相違がある。Mustill は、算出表制度の導入だけでは上記の検討義務に反しないと説く。ここでの彼の思考は大要以下の二点に集約できる。第一に、88 年法の制度をいま施行するのは適切ではないと判断する権能には、88 年法とは異なる制度を導入する権能も含まれている⁵⁵⁾。第二に、当該制度の導入それ自体によって 88 年法それ自体を改廃できるわけではない。「政治において確実なことはない」(Nothing is certain in politics)⁵⁶⁾のであるから、様々な状況の変化(大臣による撤回や大臣の解任、政権交代など)によってその時の大臣は算出表制度の導入の停止または既に導入された同制度の撤廃を行い、88 年法 171 条 1 項に基づき施行日を指定できる。それにもかかわらず、Mustill から言わせれば暫定的(interim)に、算出表制度の導入という一事を以て 88 年法 171 条 1 項の義務違反と解するのは、裁判所が議会の答責性確保機能にまで容喙するものであって許されない、というものである。

他方で三判事は、算出表制度の導入は実質的には 88 年法 171 条 1 項の課す義務の履行を極めて困難にするため、もはや義務違反としか言いようがない、という。特に Lloyd は名指しこそしないものの、大臣の姿勢は諸状況によって変わらうため義務違反には当たらないという Mustill の第二の論拠を「ほとんど奇想天外である」(little short of fanciful)とまで記す⁵⁷⁾。こうして三判事は算出表制度の導入は 88 年法 171 条 1 項の義務違反であると述べ、原告の請求②を認容した。

3. 前提としての妨害禁止原則

本稿の関心から興味深いのは、一連の議論において、「制定法の義務を妨害するように大権を行使することは違法である」という大前提が Keith of Kinkel 以外の各裁判官の間で共有されているという点である。

55) *id.* 266.

56) *id.* 267.

57) *id.* 272.

ここで、先に述べたことを想起されたい。本件では *De Keyser* 事件と異なり、暴力犯罪に対する補償作用にかかる大権は依然として残存している。そうであるならば、以下のような議論を提起すること自体は決して不可能ではない。すなわち当該大権が維持されている以上、当該大権に基づき新たな制度を設け、また、そのために 88 年法についても 171 条 1 項により授權された権能を用いて (88 年法を廃止する法律が制定されるまで) 同法の諸規定を実施しないことは、同法 171 条 1 項の義務違反を構成するものではない、というものである。88 年法の諸規定は依然として施行されていないため、厳密に言えば大権と制定法が並存しているわけではないが、これが大権の存在を前提にした議論であることを踏まえれば、「並存論の変異型」と呼びうるものである。

88 年法 171 条 1 項の義務を専ら政治的義務として解釈しきる *Keith of Kinkel* を除く 4 人の裁判官は全員、以上のような「並存論の変異型」には与しない⁵⁸⁾。彼らは全員、以下の原則を共有している。それは、たとえある作用をなす大権が残存していたとしても、制定法上の義務履行を妨害するように当該大権を行使することは違法だ、というものである。R. Craig による呼び方を借りて、以下これを「妨害禁止原則」(the frustration principle) と呼ぶ⁵⁹⁾。

FBU 事件判決で定式化された妨害禁止原則を以上のように解したうえで、以下本項では、まず各判事が本原則を (明示的あるいは黙示的に) いかに受け止め

58) *Keith* についても、88 年法の施行を絶えず検討する義務自体を否定しているわけではない。それゆえ彼の議論も、並存論の変異型を否定するものとして解する選択肢もあるかもしれない。

59) *Craig, supra* note 34, p. 1046. ただし彼は、制定法と整合しない、または制定法の目的を妨害するような大権の行使を禁じるものとしてこの原則を表現している。しかしそのような理解は、*FBU* 事件の事案との関係でいささか広範に過ぎるように思われる。確かに上記で記した *Nicholls of Birkenhead* や *Browne-Wilkinson* の一般論だけを以て妨害禁止原則と解するならば、そうした理解も分からぬではない。しかし、これも先述の通り、本件では *Keith of Kinkel* を除く貴族院の各判事はあくまで大権の行使が 88 年法 171 条 1 項という制定法の具体的条項が大臣に与える裁量の逸脱濫用 (裏を返せば、義務に対する違反) を構成するかを問題としており、「制定法の『目的』の妨害」という広範な問題を設定していないのである。もっとも、ここでいう「目的」という語の意味が筆者の意味と同じ可能性も否定できないので、以上のような留保を付したうえで、以下では本文に記した意味で妨害禁止原則という語を用いる。なお旧稿では「抵触禁止原則」と訳していた (180 頁) が、本文の通り改めたい。

ているか瞥見し、次に本原則の根拠が議会主権に求められていることを確認し、最後に本原則と効力停止原則の関係につき検討する。そのうえで項を改めて、本原則について若干のコメントを付すことにしたい。

まず、各判事の受け止めについてである。Mustill と Lloyd of Berwick は、妨害禁止原則について明示するところがない。しかし両者は先述の通り、算出表制度の導入が 88 年法 171 条 1 項の義務違反を構成するかについて見解の相違を示している。すなわち両者は妨害禁止原則を前提にしたうえで、本件において妨害すなわち制定法の定める義務違反があったかを問題にしている。

そのうえで、この原則について明確に述べていたのが Nicholls of Birkenhead と Browne-Wilkinson である。Nicholls of Birkenhead は以下のように言う。

立法府がこの義務〔(筆者注、以下同じ) 88 年法 171 条 1 項の課す、同法の施行を絶えず検討する義務〕を課しているのであるから、以下のことが必然的に導かれる。すなわち、大臣が当該義務を履行するのと整合しない様式または目的で政府が大権を行使することはできない。制定法における義務の適切な履行を毀損するような様式で大権を行使することはできない。その範囲で、制定法上の義務が存在し続ける限り、大権の行使は縮小される (curtailed)。〔制定法の義務と〕整合しない様式または目的で大権を行使することはおしなべて権力の濫用であって、司法審査による救済の対象となる⁶⁰⁾。

また Browne-Wilkinson は以下のように述べている。

制定法において表明された議会の意思を妨害するために、かつ、旧来の制度が廃止されているけれども制定法に基づく制度を継続するかについて議会の決定をある程度先取りするために、政府が大権を有効に行使できる。こんにちそうであるとするならば、これほど驚くことは他にない……わが国の憲法史とは、王権の大権が、主権を有する機関たる民主的に選出された立法府

60) *supra* note 50, 275.

の〔大権を〕優越する (overriding) 権力に伏するようになる歴史なのである。議会が大権を明示的あるいは含意によって廃止しない範囲で大権は行使可能のまま残存している。しかし *De Keyser* 事件〔判決出典等は略〕における原則では、特定の行為につき議会が政府に制定法に基づく権能を与えた場合、当該行為はそれ以降授權された制定法に基づいてのみなすことができる。すなわち、当該作用をなす従来存在した大権というのはその限りで排除されている (*pro tanto excluded*)⁶¹⁾。〔下線筆者〕

ここでは、以下の二点が確認されている。第一に、議会主権という憲法上の原理に基づいているという点で、妨害禁止原則が *De Keyser* 事件判決における効力停止原則と軌を一にしているという点である。第二に、特に下線部に示されているように、政府は独立して民主的正統性を有するのではなく、あくまで民主的に選出された議会にその民主的正統性を依存しているという点である。

特に第二の点は、本稿の課題との関係では重要である。なぜならば、*De Keyser* 事件判決における効力停止原則が提示された際と同様の根拠（王権＝政府の同意または法律による市民的自由の保障）を示すことも十分可能であったように思われるからである。それにもかかわらず、ここであえてイギリスにおける政府と議会の関係、すなわちイギリス議会政の見取り図を示したうえで妨害禁止原則を定立している。

4. 政府派議員の支持／造反問題、再び

De Keyser 事件判決と異なり、ここで Browne-Wilkinson が議会政についての見取り図を提示したことは、本稿の課題において重要な意義を有しているように思われる。その理由の一つには、後述するように、後の *Miller 2* 事件判決においてこの箇所が明示的に引用されているということもある。しかしこのことを脇に置いたとしても、この見取り図を示したことは重要であるように思われる。

ここでも、コンテキストと照らし合わせてみたい。ここで重要なことは、算出

61) *id.* 254.

表制度の導入は暴力犯罪の被害者をないがしろにするものであるという批判が提起されていたという事実である。*FBU*事件の貴族院判決が下されたわずか数日後、政府は犯罪被害者に対する補償についての法案を提出することになったが、それについて貴族院では否決される蓋然性が高く、過半数をわずか10上回るだけの下院でも審議は決して容易ではない、と政権内部で問題となっていることが複数の主要紙により報じられていた⁶²⁾。そして実際の審議においては、政府派たる保守党議員からも算出表制度への批判ひいては政府提出法案に対する懸念が提起されていた⁶³⁾。

ただし、このような政府派議員の造反による否決リスクの報道がありながら、*De Keyser*事件や*LA*事件の時ほどには政府派議員の反対は公然のものとなっていない。これに関連して興味深いのが、算出表制度に対する支出が議会により承認された事実の評価につき、多数派のBrowne-Wilkinsonと少数派のMustillの間で異なることである。すなわち、算出表制度が大権に基づくとしても金銭支出を伴う以上、予算(歳出法案)について議会の承認を得なければならず、実際、94年の予算案は算出表制度に対する修正を一切伴うことなく成立している。Mustillはこの事実については88年法171条1項の義務違反を判断するうえで「考慮の外に置いた」と述べながら、議会が支出を承認した目的(算出表制度)に実際に政府が支出することを大臣の権力濫用と解することに疑問を呈している⁶⁴⁾。これに対し妨害禁止原則を明確に述べていたBrowne-Wilkinsonは、予算における算出表制度への支出承認は大権に基づく算出表制度の導入を正当化しないと述べる⁶⁵⁾。この差は、本件における妨害禁止原則違反が見られるかを判断するうえで、既に政府派議員の支持／造反が確認できているか(言い換えれば、

62) 当時の下院院内総務(the Leader of the House)であるT. NewtonがMajor首相に警告した内容についてのメモが、複数紙にリークされている('Tories face defeat on compensation for crime victims', *Times*, 21 April 1995, p. 2, 'Criminal injuries bill 'faces defeat'', *Guardian*, 21 April 1995, p. 26)。

63) その一例として、政府提出法案の下院第二読会において、保守党のM. Shersby議員が算出表制度を明示的に批判したうえで、同法案についても懸念を表明している(HC Deb 23 May 1995, Vol. 260, Cols. 751-754)。

64) *supra* note 50, 267.

65) *id.*, 256.

立法によって政府派議員の支持／造反を改めて確認すべきか) という点における両者の相違と対応している⁶⁶⁾。

以上の通り、本件も既に政府派議員の支持を確認(裏を返せば造反のリスクを甘受)しているかが問題となった案件であり、結論における判事間の相違は本件では同原則への違反が見られたか——そして、政府派議員の支持を確認できているか——をめぐって生じたものである。そして、そのような相違が生ずる前提として制定法上の義務履行を妨害するように当該大権を行使することは大権の濫用であるという妨害禁止原則につき、貴族院において4人の判事が賛同している。このように、効力停止原則とは異なった形で大権と制定法の関係について規律する妨害禁止原則もまた、立法を通じて政府派議員の支持を確認(裏を返せば造反のリスクを甘受)すべき局面であるかという点に向き合っていたのである⁶⁷⁾。

V 二つの *Miller* 事件——大権と議会、そして政府派議員

以上みてきた通り、効力停止原則も妨害禁止原則も立法を通じた政府派議員の支持／造反を問題にしていた。そして近年、条約締結／離脱作用、ひいては議会の活動を停止させる停会作用にかかる大権と議会の関係が極めて大きな問題とな

66) この点については、算出表制度についての支出が予算において承認されたことを以て政府派議員の同意があったと解し、以て個別に議会制定法を定めるまでもなく大権によって算出表制度を導入しようとするには、やはり無理であろうと思われる。予算案が信任案件であり、否決のみならず修正も全て不信任とみなすのが当時も習律と考えられていたからである。そうであるからこそ、Mustill も先の事実を 88 年法 171 条 1 項の義務違反を否定する積極的根拠としては採用しなかったとも考えられる。

67) これに関連して、グラスゴー大学の A. Tomkins の見解に触れておきたい。イギリス憲法学における「法的立憲主義」(legal constitutionalism) と「政治的立憲主義」(political constitutionalism) の対比に触れながら、彼は *FBU* 事件判決の多数意見の背景に議会による政治責任追及の失敗という構図を見て取る(ただし、それはそうした司法の介入に極めて消極的な評価を下す文脈においてである。See, Tomkins, *supra* note 12, pp. 24–30)。議会による答責性確保の観点からの Tomkins の見立てを適切ではないと即断することはできない。実際、本文でも述べた通り裁判所が介入すべき問題であるかという点は一大論点となっているからである。しかし、本判決では政府統制機能の担い手を裁判所とするのか議会とするのかという以上に、立法を通じた政府派の支持／造反の確認を要するかこそが問題となっていたと思われる。その理由も、本文で述べた通りである。

った。それは周知の通り、イギリスのEU離脱（Brexit）をめぐる一連のプロセスにおいてである。以下、著名な二つの *Miller* 事件判決を本稿の関心から分析したい。

1. *Miller* 1 事件⁶⁸⁾

(1) 事案の概要と判旨

本件については日本でも紹介がある⁶⁹⁾が、改めて事案の概要と判旨をまとめておこう。

EU条約（the Treaty on European Union）50条によれば、いかなる加盟国も「自国の憲法上の諸要件に従って」（in accordance with its own constitutional requirements）本連合からの離脱を決定することができ（1項）、離脱を決定した加盟国は欧州評議会にその旨を通知することとされていた（2項、以下「離脱通知」）。周知の通りイギリスでは、2015年EUレファレンダム法（the European Union Referendum Act 2015）に基づき、2016年にイギリスのEU離脱の是非を問うレファレンダム（以下「2016年レファレンダム」）が実施され、離脱賛成52%、反対48%という結果となったことを受け、イギリス政府は大権に基づき離脱通知をなすつもりであると公表した。これに対し、議会制定法による授権なく大権に基づき離脱通知をなすことは違法であるとの宣言的判決を求めて起業家 G. Miller らが提訴したのが本件である⁷⁰⁾。高等法院が請求を認容したため、政府（欧州離脱担当大臣）が日本でいう跳躍上告を行った。貴族院上訴委員会を廃止して2009年に設立されたばかりの最高裁判所は本件で初めて、日本でいう

68) *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5. なお以下、本節においてパラグラフ番号のみ記されている場合、本判決のそれを指す。

69) 本判決を扱った邦語文献として加藤紘捷「Brexitとイギリス憲法」日本法学83巻2号253-294頁、佐藤潤一「ミラー判決とBrexit」榊原秀訓編『現代イギリスの司法と行政的正義』（日本評論社、2018年）53-73頁、佐藤健「英最高裁ミラー判決の法理」早稲田法学93巻3号（2018年）77-101頁、柳井健一「国会主権のリインカーネーション」法と政治69巻1号（2018年）165-194頁などがある。またキングス・カレッジ・ロンドンのK. Ewingによる論稿が邦訳されている（キース・ユーイング（元山健・柳井健一訳）「ブレグジッドの憲法理論」法律時報89巻3号（2017年）86-91頁）。

70) 本件では離脱通知に北部アイルランド議会の同意を要するかという論点も存在したが、本稿の課題とは無関係なので以下では省略する。

大法廷審理⁷¹⁾を行った。

最高裁は8対3で原告の請求を認容、大権に基づき離脱通知をなすのは違法であって離脱通知には議会制定法による授權を要する、と判示した。多数意見⁷²⁾の論理は、以下の三段論法に集約できる。すなわち、①大権に基づき国内法を変動させることは違法である⁷³⁾、②離脱通知は不可避免的に国内法を変動させる⁷⁴⁾、③大権に基づく離脱通知は違法である（議会制定法による授權を要する）、というものである。一方、反対意見の中心である⁷⁵⁾Lord Reedによる反対意見は、多数意見の①には賛同を示すものの、②に反論する⁷⁶⁾。この②における多数意見と少数意見の対立において主として争点となるのは、1972年ヨーロッパ共同体法（the European Communities Act 1972, 以下「72年法」）の解釈である。

以上の通り両意見の基本的構図を把握したうえで、項を改めて前掲の三段論法における命題①と②につき一つずつ詳述し、若干の検討を加えることにする。

(2) 命題①——判断枠組

多数意見が三段論法の命題①を展開する議論の運びを子細に眺めてみると、それは以下の通りである。すなわち、大権が縮小していく過程に触れたうえで、法の支配を保持する司法部は制定法から独立した法たるコモン・ロー（大権の根拠）を発展させることができるものの、それは議会制定法と整合する形でのみ可能であって、その論拠が立法にかかる議会主権に求められるという⁷⁷⁾。そのう

71) 最高裁判所は事件を5名の裁判官で審理するのが通常であるのに対し、最高裁判所裁判官11人（定員12名、当時1名空席）全員で本件は審理された。

72) Lord Neuberger（当時の最高裁長官）が起草し、Lady Hale、Lord Mance、Lord Kerr、Lord Clarke、Lord Wilson、Lord Sumption、Lord Hodge 同意。

73) paras 40-59, *esp.* 59.

74) paras. 60-101.

75) 本稿の関心からいえば、このような取り上げ方は許されるだろう。Reed 以外に反対意見を執筆した Lord Carnwath や Lord Hughes の両者は、大枠として Reed に賛同しているからである。なお、Carnwath の反対意見の力点は裁判所の敬讓を説くものであって（para. 274）、本稿の関心とはあまり関係がないため、関連する箇所適宜言及するにとどめる。また Hughes の短い反対意見は、Reed 意見にも登場する「変更可能テーゼ」を述べたものであり（para. 281）、これについて本文で後述する。

76) para. 177.

77) paras. 40-44.

えで先述の布告事件判決を引用したうえで、国内法を変動させる大権の行使は違法であるということを再確認する⁷⁸⁾。そして条約締結／離脱にかかる大権が歴史的に残存してきたことを確認しつつも、それによって国内法を変動しうるわけではないことを確認する⁷⁹⁾。

このように見るとやはり、本判決の多数意見は布告事件判決を直接の先例としつつ、大権による国内法変動は違法であるという命題を確認したうえで、次いで離脱通知による国内法上の変動の有無を問題にしている（三段論法の命題②）と解すべきであろう。第86パラグラフにおける以下の記述は、それを裏付けている。

EU諸条約からの離脱をなす大権のいかなる排除も72年法に見られないということに国務大臣が依拠できるというのではなく、むしろ、同法が当該諸条約との関連でそうした権能を積極的に創出していない限り、そうした権能は存在しない、ということが適切な分析である。〔下線筆者〕

そして本件において効力停止原則や妨害禁止原則の適用は問題となっておらず、この点は多数意見も少数意見も一致している。まず、効力停止原則が適用されないという点は争いが無い。離脱通知について政府に授権する制定法が存在するわけではないからである⁸⁰⁾。

また（筆者の解する）妨害禁止原則についても、本件では同じく問題とならない。制定法に定められた特定の義務への違反が問題となっているわけではないからである。ただし、多数意見が妨害禁止原則を採用しているという誤解を招くような記述が多数意見の中に見られることにも注意が必要であろう。例えば三段論

78) para. 44.

79) paras. 47-59.

80) Reed 反対意見、Carnwath 反対意見でも触れられている（それぞれ paras. 231-234, 257）。学説については See, G. Phillipson, 'The Miller Case, Part 1', *U.K. Constitutional Law Blog*, 25 November 2016, R. Craig, 'A Simple Application of the Frustration Principle: Prerogative, Statute and *Miller*', [2017] *Public Law*, Brexit Special Extra Issue, pp. 25-47, p. 31, P. Craig, 'Brexit: A Drama in Six Acts', *European Law Review*, Vol. 41, No. 4 (2016), pp. 447-468, pp. 463-464.

法における命題②を展開する箇所において、イギリスがEU 諸条約下での現在というEUの加盟国としての地位にあることにつき、72年法は「大臣による、そうした諸条約から離脱する今後のいかなる大権の行使とも整合しない方法で」は認めた効力を与えている、と記されている⁸¹⁾。しかしこれは、先述した判断枠組を前提に、残余としての大権の性質に鑑み傍論として述べたものと解するのが適当であろう。

以上のように、多数意見は効力停止原則や妨害禁止原則ではなく、布告事件判決を先例として国内法を変動することは許されないという大権の内在的制約を問題にしていると思われる⁸²⁾。また、Reed 反対意見もその点は問題にしていない⁸³⁾。

(3) 命題②——国内法変動の有無

先述した通り、多数意見と少数意見、そして学説が最も対立するのは命題②、具体的には72年法の解釈についてである。72年法は、イギリスのECC（現在のEU）加盟に伴い制定された法律である（本判決の下された後に廃止されている）。以下の議論を解するうえで最も重要なのは、同法2条1項である。そこでは、同法1条2項の定義する「諸条約」に基づき「随時」（from time to time）発生する権利義務等については、国内で再度立法措置を取る必要なくイギリスにおいても国内法上の効果を有すると定めている。周知の通りイギリスは国際法・国内法二元論の代表であるため、同項によってEU関連の諸条約の国内的編入を図ったこと自体は論を俟たない。ここまでを確認したうえで、以下ではまず同法の解釈をめぐる多数意見とReed少数意見の議論を概観し、次いで若干の検討を行うことにする。

81) para. 77.

82) なお、大権によって大きな憲法上の変動をなすことができないという新たな命題を確立したものとして多数意見を解し、批判する向きもある（M. Elliott, 'Supreme Court's Judgement in Miller', *The Cambridge Law Journal*, Vol. 76, No. 2 (2017), pp. 257-288, pp. 266-267)。しかしElliottが挙げるEU離脱という事態の重要性に関する多数意見の記述（第81・82パラグラフ）は、本文で後述する通り三段論法の命題②を論じるために72年法の解釈を検討する段で登場するものである（*See also*, Williams, *supra* note 15, p. 53）。

83) para. 177.

先述した三段論法に立つ多数意見は、命題②（離脱通知は国内法の変動をもたらす）を論証するために72年法を援用する⁸⁴⁾。そして同法2条1項は、「独立した」国内法の法源としてのEU法の地位を議会が積極的に承認したものとして解釈される⁸⁵⁾。一方Reed反対意見によれば、EU法の国内法上の効力がイギリスのEU加盟国としての地位に依存した条件付き（conditional）のものであることを議会が認めたものとして同項は解釈される⁸⁶⁾。それゆえ、離脱通知によって変動が生じたとしてもそれは（布告事件で問題となったように）国内法を変動させるものではない、ということになる。

Reedのこのような72年法2条1項解釈は「導管」（conduit pipe）論または「変更可能性」（ambulatory）テーゼなどと呼ばれ、学説サイドでは、オクスフォード大のJ. Finnisやケンブリッジ大のM. Elliottがその代表的論者である⁸⁷⁾。このような変更可能性テーゼに対し批判を加えるのがP. CraigとJ. Williams⁸⁸⁾である。両者の批判は多岐にわたるが、その中でも中心であり多数意見も指摘するのは、以下の三点である。第一に、72年法2条1項はEU加盟国としてのイギリスの地位を積極的に承認しそれに国内法上の効力を与えるものであるから、単に条件付きのものと解することはできない⁸⁹⁾。そして仮に変更可能性テーゼが成り立つとしても、第二に、条約等の部分的改廃とEU関連諸条約からの完全な離脱は、その国内法上の効果において次元を異にする⁹⁰⁾。また第三に、変更可能性テーゼが必然的に「大権に基づく」離脱通知を正当化するものではな

84) なお多数意見を（彼の理解する）妨害禁止原則を適用したものとみるR. Craigは、72年法ではなく欧州議会選挙について定めた法律（2002年欧州議会選挙法（the European Parliamentary Elections Act 2002））こそ援用すべきではなかったかと述べる（R. Craig, *supra* note 80, p. 37）。しかしこれもまた、賛同することができない。というのも本文で述べた通り、多数意見がここで72年法を援用するのは三段論法における命題②を論証せんがためである。

85) para. 65.

86) paras. 185–191, 202.

87) J. Finnis, 'Brexit and the Balance of Our Constitution', Judicial Power Project, 2 December 2016, Elliott, *supra* note 82, p. 273.

88) P. Craig, 'Miller, Structural Constitutional Review and the Limits of Prerogative Power', [2017] *Public Law*, Brexit Special Extra Issue 2017, pp. 48–71, pp. 59–62 & Williams, *supra* note 15, pp. 57–67.

89) para. 77.

い⁹¹⁾。というのも、本件で問題となっているのは「いかにして」離脱通知を行うべきかであって、それについて変更可能性テーゼ（に基づく 72 年法）は沈黙しているからである⁹²⁾。

(4) 民主的な政府とレファレンダム、そして政府派議員の問題再び

確かに、変更可能性テーゼに対する以上のような批判はもっともであるように思われる。その場合、離脱通知による国内法変動が避けられない以上、大権に基づいて離脱通知をなすことはその内在的制約を超え違法である、という結論となる。Reed 反対意見は、ひとたび変更可能性テーゼが維持困難となった場合、全体の屋台骨が揺らぐことになる。離脱通知による国内法変動がない以上、条約締結／離脱にかかる大権が行使できる（すなわち、大権に基づいて離脱通知をなすことは適法である）という結論に至っていることから分かるように、大権に基づく離脱通知の積極的正当化ではなく多数意見の論駁に力点が置かれているからである。

ただし、学説の側は変更可能性テーゼのみによって大権に基づく離脱通知を正当化しているわけではない。むしろ学説の側が、明示的または黙示的に、変更可能性テーゼと連動させながら大権による離脱通知を正当化する論拠を提示している。それは、A) 政府それ自体の正統性、B) レファレンダムにおいて表出された人民の意思を遂行するという民主的正統性に大別される。

大権に基づく離脱通知の積極的正当化根拠として A を援用する代表的論者は、オクスフォード大の T. Endicott である。彼によれば、なるべく除去すべきであ

90) 多数意見は、これを変更可能性テーゼの主要な問題点とする (para. 81)。この点を以て Elliott は新たな審査手法を同多数意見が編み出したと解するが、それに対する疑問は前掲注 82) 参照。

91) para. 77.

92) また多数意見では触れられていないが、本件の高等法院判決で言及があったように、72 年法により国内法源と化した EU 法だけではなく、そもそも 72 年法自体が実質的に無に帰すことは否定しがたいであろう。ここでも変更可能性テーゼを援用して、EU 離脱に際しては無効化されることを 72 年法自身が許容しているという反論を行おうとすれば、72 年法の有効性が EU 加盟国としての地位に依存していることから同法が大権による離脱通知を許容していると解するのは論理の飛躍があるという、本文で述べた変更可能性テーゼに対する批判が同じく妥当することになる (Williams, *supra* note 15, pp. 65-66)。

るのに除去しきれないものとして大権を捉える「頑固なシミ」(‘stubborn stain’)理論を多数意見は採用している⁹³⁾。しかし、大権はそれ自体で公共善のために必要である。加えて、現在のイギリス政府は民主答責性の中に置かれている。具体的には、①首相が民主的過程で任命される、②内閣を通じ与党指導者たちと協働する、首相と内閣は③自党と④下院に答責性を負い、⑤立法にかかる議会主権と裁判所の命令に服する、⑥政府の政策に対抗する憲法上の責任を負う反政府派が存する、という5点を指摘する。それゆえ、「頑固なシミ」理論は誤りであるという⁹⁴⁾。こうした議論からすれば、国内法上の変動がない限り、人民の代表者である政府が離脱通知をなすことは民主的正統性の観点から決して消極的に解されるべきものではないということになる。

他方、Bについては、M. Elliottの議論が参考になる。彼は多数意見を、離脱通知につき立法という形で承認するか議会に「機会」(chance)を与え、緩やかな意味で議会主権を再び擁護し、政府に対する議会を勝利させんとするものとして特徴づける。ただし、このような多数意見を先進的と評しうるとすれば、それは「政府 対 議会」という伝統的図式を通すからである。しかし、現在のイギリス憲法においては、両者のゼロサムゲームを「公正な仲介人」(an honest broker)たる裁判所が仲裁するというほど単純な図式ではない。というのも、両者に還元しきれないアクターが存するからである。その代表格が、レファレンダムを通じて意思を表出する有権者である。本件でも2016年レファレンダムが実施されたという事実があるにもかかわらず、多数意見はそうした事実を参照することがなく、議会と政府の権能の境界を画することにのみ関心を注いでいる。以上が、Elliottによる多数意見に対する批判である⁹⁵⁾。このような議論は、国内法上の変動がない限り、有権者の表出した「EU離脱」という意思を政府が議会と独立に(すなわち、大権に基づいて)実現せんとすることを積極的に支持するものであろう。

93) T. Endicott, ‘Lord Reed’s Dissent in Gina Miller’s Case and the Principles of our Constitution’, *United Kingdom Supreme Court Yearbook*, 2017, Vol. 8, pp. 259–281, p. 272.

94) T. Endicott, ‘Parliament and the Prerogative: From the *Case of Proclamation to Miller*’, *Judicial Power Project*, 1 December 2016, pp. 15–21.

95) Elliott, *supra* note 82, pp. 281–283.

しかし、今までの記述から察せられるように、多数意見は A・B に与することがない。まず A については、多数意見が与するわけがないことは明らかであろう。確かに、

王権の行政権〔大権〕は今や政府により、すなわち、イギリス議会に答責性を有する大臣により行使される。しかし、17 世紀に確立した諸原則〔直前の段落で引用されている布告事件判決の原則も含まれる〕に整合する様に、そうした権能の行使は議会制定法とコモン・ローに適合していなければならない。さもなければ大臣は法を変更しよう（または破ろう）としているということであり、それはつい先ほど述べた通り、大臣にはできないことである⁹⁶⁾。

次に B について、多数意見は以下のように述べる。すなわち、レファレンダムによっていかなる法的効果が生じるかは、当該レファレンダムの実施を定めた議会制定法次第である⁹⁷⁾。しかし 2016 年レファレンダムの根拠法には、他のレファレンダムの場合と異なり、レファレンダムの結果によりいかなる法的効果が生じるかについての定めがない⁹⁸⁾。それゆえ、このように、2016 年レファレンダムの実施及びその結果は、多数意見の掲げる原則と結論を左右するものではない。

96) para. 45.

97) para. 118.

98) para. 119. EC 加盟の是非を問うた 1975 年のレファレンダムにおいても、その根拠法に定めがなかったという。なお、この次のパラグラフにて多数意見は、一度レファレンダムで離脱の意思を有権者に問うておきながら、離脱通知につき再び議会に諮るべしという意図を議会が有するはずがない、という政府側の主張を退ける。その理由は、以下に二点である。第一に、このような主張は論点先取である。すなわち、ここでは 2016 年レファレンダムの根拠法が当該レファレンダムに法的効果を持たせる（すなわち、離脱賛成派が多数であった場合に議会による立法を待つまでもなく離脱通知をなすことを認める）趣旨であるか自体が問題となっているのである。第二に、レファレンダムを実施し、かつその結果に沿うことを議会自身が改めて承認する例（選択投票制 (Alternative Vote) 導入の是非が問われた 2011 年レファレンダム）があるということである (para. 120)。

本件のように、レファレンダムを実施した場合として国内法を変更する必要が生じ、当該変更のために制定法が用意されていない場合、法の変更はイギリス憲法が許容する唯一の方法、すなわち議会の立法を通じてなされなければならない⁹⁹⁾。

こうした多数意見の姿勢を、いかに理解すればよいだろうか。様々な説明の仕方がありうるとは思われるが、ここでは、今まで扱ってきた諸判例同様、政府派議員というファクターに着目してみたい。すなわち、*De Keyser* 事件（及び *LA* 事件）、そして *FBU* 事件同様、より言えばそれら以上に、EU 離脱を巡っては政府派議員の間で鋭く見解が対立していたことは周知の通りである¹⁰⁰⁾。2016 年レファレンダムについても、政府派たる保守党内部に多数いる欧州懐疑派を当時の首相 Cameron が抑えきれなくなって実施した、と捉える向きが多い¹⁰¹⁾。その賭けに失敗し、僅差ではあるが離脱賛成という意思が示されたものの、離脱の方向や具体的条件——より言えば、離脱に伴いどのような国内法上の変動をもたらすべきか——については、レファレンダム後も政府派たる保守党内で大きく路線対立があった¹⁰²⁾。

このようなコンテキストは、まさに *De Keyser* 事件や *LA* 事件、*FBU* 事件のそれと類似している。いや EU 離脱という事態の大きさを考慮に入れば、先に挙げた諸事件以上に、政府派議員の同意の問題が深刻なものとして浮上していたと言えよう。そういった場合、政府派議員の同意をいかにして確認するか。Reed 反対意見も指摘する通り¹⁰³⁾、2016 年レファレンダムより約半年後、下院では離脱に向けた EU との協議を監視してゆく旨の決議がなされている¹⁰⁴⁾。し

99) para. 121.

100) この点については、旧稿で詳述したためそちらの参照を乞う（190-194 頁）。なお、近藤康史「イギリス議会政治と EU 離脱」山形大学法政論叢 73 号（2020 年）152-185 頁、特に 170-173 頁も併せて参照。

101) 入手しやすい邦語文献として、スティーブン・デイ&カ久昌幸『「ブレグジット」という激震』、ミネルヴァ書房、2021 年、36-37 頁を参照。

102) とりわけ T. May 政権における一連の混乱は、主として保守党内の路線対立に基づくものといっても過言ではあるまい。デイほか前掲注 101) 第 2 章を参照。

103) para. 162. また、Carnwath 反対意見の para. 255 も参照。

かし予算案の承認では算出表制度の導入への支持として不十分である旨が *FBU* 事件判決で示されたように、下院の決議だけでは離脱通知にかかる政府派議員の同意を示す形式として不十分である。まさに政府に当該行為をなす権能を授権する制定法が必要であり、政府は当該法案を議会に提出し、政府派議員の支持を確認（裏を返せば造反のリスクを甘受）しなければならない。

先述の通り、本件は、効力停止原則や妨害禁止原則の適用が問題となったものではない。しかし本件において最高裁の多数意見は、*De Keyser* 事件や *FBU* 事件の貴族院判決と同一の問題意識に立っている。そこでは「立法における」議会の主権が再確認され、ひいては「立法による」政府派議員の支持／造反の問題が主題化されていたのである。

2. Miller 2 (Miller ; Cherry) 事件

(1) 事案の概要と判旨

本件¹⁰⁵⁾については *Miller 1* 事件以上に日本公法学でも注目されている¹⁰⁶⁾ため、事案の概要は改めて詳述するまでもないと思われる。すなわち、Brexit の離脱交渉案の承認に難航した少数政府の Johnson 首相の助言（以下「本件助言」）を受け、Elizabeth II は議会の閉会（prorogation）大権に基づき 2019 年 10 月 14 日まで議会を閉会すると命じた（以下「本件閉会」）。これに対し *Miller 1* 事件同様に Miller 氏が提訴し、本件閉会が違法であることの宣言的判決を求めて出訴したのが本件である。これについてはスコットランド民族党（SNP）の J. Cherry 下院議員も同様の訴訟を提起し、最高裁では両者が併合して審理された。

最高裁は全員一致で、本件助言を違法と判断した。その法廷意見の概要について

104) HC Deb 7 December 2016, Vol. 618, Col. 333.

105) *R (Miller) v The Prime Minister & Cherry v Advocate General for Scotland*, [2019] UKSC 41. 以下本節でパラグラフ番号のみ示される場合、本判決のそれを指す。

106) 日本における臨時国会不召集訴訟に関連して本判決への関心が集まっているように思われる。その一例として、「憲法 53 条訴訟、憲法学者と考える 議会閉会の英首相に英最高裁は？」朝日新聞電子版 2022 年 2 月 6 日 (<https://digital.asahi.com/articles/ASQ246W9ZQ21UTIL04F.html>) における志田陽子の発言を参照。また本判決についての日本での先行研究として、上田健介「イギリスの最高裁判所は議会の閉会をなぜ審査し違法と判断できたのか」同志社法学 72 巻 4 号（2020 年）939-981 頁。

ては旧稿でも簡潔に紹介した¹⁰⁷⁾ところではあるが、改めて敷衍しておこう。法廷意見 (Lady Hale (当時の長官)・Lord Reed 執筆) は、以下のようなステップを踏んでゆく。すなわち、①閉会大権の存否や範囲については司法判断適合的 (justiciable) である、②閉会大権は、議会主権と議会に対する答責性 (parliamentary accountability) という二つの憲法上の原理により範囲が画される、③本件助言は両原理を阻害するものであって違法である、④本件における宣言的判決を阻むものはない、という順である。本稿の課題との関連では①～③を把握しておく必要があるため、以下順に概観することとしよう。

まず①につき判断するうえで、最高裁は以下のような前提を述べる¹⁰⁸⁾。第一に、布告事件判決等に示されているように、政治家の行為に関する法的紛争、または政治的論争から生じた法的紛争については裁判所が判断できる。第二に、議会に対し政府が答責性を有しているからといって、司法審査が否定されるべきという結論が必然的に導かれるわけではない。第三に、司法判断適合的な問題について最高裁が判示することは権力分立に反するものではない。それどころか、違法な閉会を阻止することは権力分立を有効なものとする。以上のような前提の上で、大権についてはその存否・範囲の問題と、範囲内にとどまっている大権の行使の問題は区別されると最高裁は説く¹⁰⁹⁾。すなわち、後者については確かに大権のなす作用の主題に応じて司法判断適合性につき検討しなければならないが、前者については布告事件判決以降、大権の主題に関わらず裁判所が判断してきた事項である¹¹⁰⁾。それゆえ最高裁は次に、議会閉会作用にかかる大権の範囲につき検討することとなる¹¹¹⁾ (②)。

②を検討するうえで最高裁は、制定法に基づく権能の範囲を根拠法たる制定法に基づき裁判所が画するのと同様に、大権についてもその根拠たるコモン・ロー上の諸原理に照らして裁判所が画することができるという¹¹²⁾。ここで取り上げ

107) 198-203 頁。

108) paras. 32-34.

109) para. 35.

110) para. 36.

111) para. 37.

112) para. 38.

られるコモン・ロー上の諸原理であり憲法上の諸原理とは、第一に議会主権であり、第二に議会に対する答責性である。特に前者については、判例における例として布告事件・*De Keyser* 事件・*FBU* 事件が挙げられ、特に *FBU* 事件判決における Lord Browne-Wilkinson の「わが国の憲法史とは、王権の大権が、主権を有する機関たる民主的に選出された立法府の優越する権力に伏するようになる歴史なのである」という前掲した一節が引用されている¹¹³⁾。そして通例である短期間のような閉会ならいざ知らず、無制限に政府が議会の閉会できるとなれば議会主権は毀損されてしまうため、閉会大権は法的にも無制約たりえないとする¹¹⁴⁾(議会に対する答責性についても同様である)¹¹⁵⁾。それゆえ本判決は、1) 立法・政府の答責性確保という議会が憲法上有している二つの機能を妨げる閉会であって、2) 当該閉会の合理的正当化根拠が政府から提示されないならば、当該閉会に対する助言は違法となるという形で、閉会大権の範囲(内在的制約)を超えるかについての判断基準を定立する¹¹⁶⁾。

ではこの基準に照らしたとき、本件閉会ひいてはその前提たる本件助言は違法なのであろうか(③)。最高裁は第55パラグラフにて、以下のように前掲の基準1)を確認する。

我々の憲法の基礎を想起しよう。我々は代表に基づく民主政治(representative democracy)の下に生きている。下院は人民がその議員を選出しているから存在する。政府は(他の民主政における地位と異なり)人民により選出されているわけではない。政府が存続するのは、下院の信任を得ているからである。それ以外の民主的正統性など何ら有しない。これは、以下のようなことを意味する。統治を実際に担うのは政府であって議会や裁判所ではないということを常に覚えておきつつも、政府は下院に――それどころか上院にも――、その行為につき答責性を有しているということである。それゆえ、

113) para. 41 (前掲注 61) 参照).

114) paras. 42-45.

115) paras. 46-48.

116) paras. 49-50.

最初の問いは、首相の当該行為が政府の答責性確保にかかる議会の憲法上の役割を妨害（frustrate）または阻害（prevent）する効果を有していたか、というものである¹¹⁷⁾。〔下線筆者〕

そのうえで首相の行為が「もちろんそのような効果を有していた、というのが答えである」¹¹⁸⁾。通例のように3週間の閉会¹¹⁹⁾であればいざ知らず、Brexit という「イギリス憲法に対する根本的変動」が生じることになっている中で、「議会、とりわけ民主的に選出された人民の代表者たる下院が、当該変動がいかに生じるかにつき発言権を有するということは争う余地がない」¹²⁰⁾。このようにして本件閉会が基準1)を充たすという最高裁は、2)も本件閉会が満たすという。というのも、ここで問題となるのは首相の主観的動機ではなく客観的な正当化根拠であるところ¹²¹⁾、首相はそのような正当化根拠を提示していないからである¹²²⁾。

以上のようにして本件閉会（の前提たる本件助言）は閉会大権の範囲を逸脱しており違法であるという実体的判断は確定することとなる。以下では項を改めて、本稿の課題と関連する限りにおいて、若干のコメントを付すこととしたい。

(2) 「政府の議会に対する答責性」の占める位置

本判決の特徴は、議会閉会大権が二つの憲法上の原理——立法にかかる議会主権と、政府の議会に対する答責性（以下「答責性原理」）——によって制約されるとする点である。とりわけ重要なのは、後者の答責性原理である¹²³⁾。これ自体がコモン・ロー上の原理であることはすでに認知されていたが、それは裁判所の敬讓を問題とする文脈において登場していた¹²⁴⁾。この答責性原理を大権の範囲確定に用いた点が、本判決の新規性であった。

ただし、以下の二点を付言しておきたい。第一に、議会に対する答責性は、立

117) para. 55.

118) para. 56.

119) この時期に各政党が党大会を開くのが通例である。

120) para. 57.

121) para. 58.

122) paras. 59–60.

法にかかる議会主権と全く独立に登場してきたわけではない。というのも、議会の民主的正統性、そして議会から独立して政府は民主的正統性を有さないという評価——立法にかかる議会主権の現代における正当化根拠——が、議会に対する政府の答責性の根拠ともなっているからである¹²⁵⁾。こうした姿勢は *Miller I* 事件における多数意見とも軌を一にするものであり、全裁判官の一致する本判決においては、議会の活動を完全に停止させてしまう閉会作用に際し、この点をより明確に確認しておきたかったものと思われる。以上から、ここでの新規性は従来の姿勢からの逸脱を意味するものではなく、むしろ従来の姿勢を再確認し強化したものと解すべきであろう。

第二に、結局のところ、本件でも立法にかかる議会主権は終局的には問題となる。というのも、*Miller I* 事件の際に述べた通り、EU 離脱協定が国内法上も効力を有するためには議会による立法を要するからである。この点で最高裁が本件閉会の違法性を専ら議会に対する答責性から判断したのは、離脱協定案に国内法上の効果を持たせるための立法については提出すらされていない段階にあって、その前提たる離脱協定案に対する議会の答責性という、閉会によって確実に毀損される（と最高裁が考える）憲法上の原理に限定することで、要らぬ批判を避けるという考慮があったように思われる。

このように、議会に対する答責性原理は、民主的議会の政府に対する優位という議会主権原理の論拠を共有しているという点で、議会主権原理と密接に関連したものである。本判決では提示されているように思われる。そして、仮に議会主権

123) もっとも前者の議会主権についても、あくまで制定法の優位を意味するにすぎず、議会の活動それ自体を議会主権は保護しているものではないという批判がなされている (R. Ekins, 'Parliamentary Sovereignty and the Politics of Prorogation', Policy Exchange, 2019, p. 15, M. Loughlin, 'The Case of Prorogation', Policy Exchange, 2019, para. 18.)。しかし、本判決はまさに布告事件、*De Keyser* 事件、*FBU* 事件の各判決を引用しながら、こうした判例は民主的に選出された議会それ自体の優位を確保してきたと述べる (para. 41)。こうした多数意見の見解は本稿における分析とも整合的であり、とりわけ *FBU* 事件判決における前掲の *Browne-Wilkinson* の記述はこの点を明瞭に示している。この点についての詳細につき *See also*, P. Craig, 'The Supreme Court, Prorogation and Constitutional Principle', [2020] *Public Law*, April, pp. 248-277, pp. 253-256.

124) para. 47.

125) para. 46.

原理と議会に対する答責性原理が独立して提示されていたとしても、最高裁が本判決において議会に対する答責性原理という政治的習律を法的原理に転換しているという批判¹²⁶⁾は妥当しない。その理由は、P. Craig が的確に述べるように以下の通りである。最高裁は過去の判例で、議会に対する答責性を以て裁判所の敬讓を導出するという形で、それを法的原理として用いている。そうした用法と本件における答責性原理の用法は異なるという応答があるかもしれないが、それは適切ではない。なぜならば、両者の用法ともに議会を擁護するという決定的な点において軌を一にしているからである¹²⁷⁾。以上をまとめるに、確かに議会に対する答責性原理を以て大権の範囲を画したという点に本判決の新規性が認められる。しかし、同原理は議会主権原理と完全に独立して提示された原理ではない。また、仮にそうであるとしても、それは既に法的原理として用いられていたものを、その趣旨と矛盾することなく再度用いたに過ぎない¹²⁸⁾。

(3) 本判決におけるイギリス議会政理解とそれに対する批判

このような議会主権・議会に対する答責性については、最高裁による理解が形式的であって、政党政治・議会と政府の融合という実態を把握していないという批判もなされている。例えばロンドン・スクール・オブ・エコノミクス (LSE) の M. Loughlin は以下のように説く。すなわち、現代のイギリスの政治的実践は、政党政治に基づく政府と議会の融合にその特徴がある¹²⁹⁾。しかし最高裁は無期限の閉会などという極端な仮定的事例を援用して、議会主権に基づいて大権の制約 (範囲) を画そうとする¹³⁰⁾。このようにすることで、前掲の第 55 パラグラフ

126) J. Finnis, 'The Unconstitutionality of the Supreme Court's Prorogation Judgement', Policy Exchange, 2019, para. 14.

127) Craig, *supra* note 123, pp. 258-259.

128) 岩切大地は、本判決が答責性原理 (岩切は「議会説明責任原則」と訳す) を議会主権の原理と「別々かつ対等のもの」として提示したと解したうえで、答責性の原理が「通常は憲法習律に分類されるものであり、裁判所が執行すべきものではないと考えられてきた」と解している (同「英国の EU 離脱」法学教室 473 号 (2020 年) 134-138 頁、136 頁)。こうした理解自体は珍しいものではないが、筆者は若干異なった理解をしている。その理由は、本文で述べた通りである。

129) Loughlin, *supra* note 123, paras. 17 & 21. See also, M. Loughlin, 'A Note on Craig on Miller; Cherry', [2020] *Public Law*, April, pp. 278-281, p. 280.

に象徴されるように、「時代遅れで偏向した」(formal and tendentious) 理解を最高裁は示している¹³¹⁾。Loughlin からすれば、このような最高裁の姿勢は、議会の答責性という原理に基づき閉会大権の範囲を画するという結論ありきで、その目的のためにイギリスの政治的慣行を歪曲するものである¹³²⁾。加えて、このような形式的理解しか示せないことが、政治的実践を憲法上の原理へと転換する能力を裁判所が欠いていることの証左に他ならないという¹³³⁾。ここでは課題との関係で、Loughlin が「形式的」と揶揄する、本判決における政府—議会間関係につきコメントしたい。

この点については、形式的応答と実質的応答の両方を示すことができる。まず形式的応答として、この点に何らの新規性はないことが挙げられる。というのも、政府それ自体に何ら民主的正統性はなく、あくまで民主的に選出された議会（下院）の信任に依存しているという点は、本判決が明示的に引用していた、*FBU* 事件判決の *Browne-Wilkinson* 意見の一節を完全に踏襲するものだからである。次に実質的応答として、P. Craig が強調するように、総選挙で勝利したからといって、恣に議会を無視してよいとなるわけではない。与党はあくまで議会の手続きを通じてその立法上のプログラムを遂行するからである¹³⁴⁾。また、政党政治——とりわけ、野党の存在——こそ、議会に対する政府の答責性の中心にある¹³⁵⁾。このような視点からは、むしろそのような「実態」を規範的判断になぜ援用できるのか、説明を要することになろう。

そのうえで、Craig の主張を超えて、本稿で着目してきた政府派議員というファクターからこの点を捉えなおしてみたい。彼の主張は一般論としてまったく適当である反面、本件閉会はいわゆる「政府—与党（政府派）」対「議会—野党（反政府派）」の図式に収まるものではないように思われるからである。確かに、

130) Loughlin, *supra* note 123, para. 18. 本判決の paras. 42–44 が参照されている。

131) Loughlin, *supra* note 123, para. 20.

132) *id.*, para. 21.

133) *id.*, para. 22.

134) Craig, *supra* note 123, p. 253. 無論、そもそもこの当時の Johnson 政権は総選挙で負託 (mandate) を得ていないということもある。

135) P. Craig, 'Response to Loughlin's Note on Miller; Cherry', [2020] *Public Law*, April, pp. 282–286, pp. 285–286.

May 政権において与野党合意のもと举行された2017年総選挙の結果、保守党は大幅に議席を減らし少数政府に転落しており、Mayの後に首相に就任したJohnsonも下院にて半数を超える反政府派に自身の離脱協定案がことごとく否決されていたという事情がある。それゆえ、その中で行われた本件閉会が反政府派を狙い撃ちする側面があったことは否定できない。しかし、事はそれだけではない。先述したように、政府派たる保守党内でもEU離脱については深刻な路線対立が見られ、いつ造反の動きが出るかわからない状況であったことに留意する必要がある。そうした中で大権に基づき——すなわち、法律はおろか下院の決議による承認を得ようともすることなく——政府派議員を含む議会全体の活動を停止してしまった。以上を踏まえると、本件閉会をCraigの「政府—与党（政府派）」対「議会—野党（反政府派）」図式に留まらないものとして捉えることが適切であるように思われる。すなわち、政府派議員も含む議会全体の活動を停止し、以て野党を超えた議会全体による政府の答責性確保を阻害としたものとして本件閉会を位置づけるべきではなかろうか。

このような本件閉会の位置づけは、本判決全体の姿勢とも平仄が合う。すなわち、*FBU*事件の場合は算出表制度に基づく支出承認という形で、個別の立法ではないにしても政府の方針に対する政府派議員の承認を推認しうる事実を見出すことがまだ可能であった。しかし、本件ではそうした同意を推認しうる事実を見出すことが全くできない。議会の活動自体が停止してしまったからである。政府派議員の同意を全く推認できない以上、政府はもはや自身の行為の民主的正統性を主張することはできない。これが議会解散であれば、総選挙によって有権者の意思を確認しうるという意味で、政府の行為につき一定の民主的正統性を主張しうる余地があろう。しかし本件「閉会」では、そのような形で民主的正統性を主張する途も断たれている。そうであれば、民主的正統性の観点から裁判所が本件閉会の適法性判断について政府に敬讓しなければならない理由はもはやなく、むしろ民主的正統性を有する議会を支援するために、（通常より長期間にわたる）本件閉会の合理的正当化根拠を立ち入って審査することにためらう理由は何らない¹³⁶⁾——このように見ると、本件でも政府派議員というファクターが重要な役割を果たしていることが察せられよう。本件閉会につき議会全体の主権であり議

会全体による政府の答責性確保を阻害するという点は、本判決が本件閉会の違法性につき踏み込んで判断した重要な要因であったと考えられる。

以上を踏まえれば、「政党」政治に基づく「融合」という「実態」をベースにした政府の自律性を、本件閉会の適法性判断においてどの程度援用することができるかは、より疑問が残ることとなる。政府と議会の「融合」それ自体の存否が、そもそも問題となっているからである。そして、議会と独立に民主的正統性を主張しえない政府が、議会——それは、政府との「融合」を担うはずの政府派議員を含む——の活動を合理的理由なく（通常より長期間）停止することは許されない。このように判断することで本判決は、政府派議員の支持が確認できない中で政府が大権を行使せんとすることは違法であるという、*De Keyser* 事件以来の姿勢を確認したといえよう。

VI おわりに——イギリス議会政における〈分離／融合〉と政府派議員

「はじめに」で示した課題の結果をごく簡単に確認しておこう。本件で紹介した判例ではいずれも、政府の意向に対する政府派議員の造反の可能性が顕在化していた案件であった。そうした中で政府は大権を用いることで、議会のコントロールを離れて当該意向を達成せんとしたが、裁判所はそうした大権の行使を違法と判示することで、立法を通じて政府派議員の同意を確認する、またそれらの造反のリスクを甘受することを政府に求めてきた。

最初に述べた通り、本稿は、イギリス議会政の再定位に向けたささやかな試みである。本稿の試みがいかにイギリス議会政の再定位につながりうるかにつき、

136) そのうえで、そうした積極的正当化理由を首相の側が何ら提示できなかったということが、本判決が全員一致であり、何より、*Miller 1* 事件では多数意見と少数意見に分かれた Hale と Reed により執筆された事実の要因の少なくとも一つであろう。首相側は一応、女王演説の準備に時間がかかるという理由を提示してはいたが、原告側の訴訟参加者 (intervener) であった J. Major 元首相の証言及び首相側の提出したメモに基づき、最高裁は、通例より2週間も長い停会期間を要するはずがないとあっさり否定している (paras. 59-61)。以上に照らすと、政府が正当化理由の当否以前に、検討に値するような正当化理由をほぼ何も提示できなかったという点が、本件閉会の恣意性を各判事に強く意識づけた可能性がある。

以下では二点記しておきたい。

第一に、議会主権という概念についてである。イギリスにおける議会主権（または至高性）という概念それ自体を知らない者は少ないであろう。しかし日本憲法学では、主として人民と議会の関係においてのみこれが取りざたされてきた。特に着目されてきた論点は、①議会は後続する議会を拘束できるか、②議会はレファレンダムに拘束される義務を負うか、③裁判所は議会制定法をいかに審査できるかというものの¹³⁷⁾である。このような側面も無論重要であり、そうした点に着目してきた点それ自体を批判するものでは毛頭ない。しかし、本稿で論じてきたような政府との関係における議会の優位を示すものであるという側面も、先述した側面と同じ程度に議会主権は有してきた。それどころか、むしろこの政府—議会間関係を規律する側面が、歴史的にはより長く（17世紀の布告事件判決や革命以来）存在してきたとも言える。こうした側面についてはイギリス憲政史を紹介するうでは登場するものの、現代における意義について検討されてきたことがほぼなかったといってもいいように思われる。こうした中で、とりわけ二つの *Miller* 事件に象徴されるように、政府に対する議会の優位という議会主権の側面が現代においても非常に重要な意味を有していることを確認しておくことは重要であるように思われる。

第二に、第一の点と密接に関連するが、政府派議員というアクターについてである。なぜ日本憲法学——先述したように、イギリス公法学においてもそうした傾向が一部存する——は、対政府における議会主権の側面について関心を払わなくなってきたのだろうか。それは、イギリスにおける「内閣統治」という側面が強調されてきたからである。こうした側面を看て取ることが誤っているのではない。しかし、それが成立する憲法上の条件について丁寧に検討する必要があるのではなからうか。そして本稿における分析からは、以下のことが示唆される。すなわち、議会主権が憲法上最も重要な原理の一つとして承認されているイギリス

137) これも数多あるためここでは、以下を挙げるにとどめる。愛敬浩二「EU 離脱問題後のイギリス憲法学における政治的憲法論」山元一ほか編『憲法の普遍性と歴史性（辻村みよ子先生古稀記念論集）』（信山社、2019年）、811-832頁（特に817頁まで）、小松浩「A. V. ダイシーの議会主権とレファレンダム論」立命館法学393・394号（2021年）、314-331頁。

において「内閣統治」なる状況が現出するとすれば、それはまさに政府に対する政府派議員の支持が存在していることを前提にしているのではないだろうか、ということである。

試論であることを強調したうえで、旧稿における分析も踏まえこの点につき現時点での構想を敷衍しておきたい。イギリス議会政において、政府は法的にはあくまで君主に任命されている。また議会は首相任命後に信任を表明するのみであり、首相としての地位は当該信任と法的には無関係である。また現首相の与党が総選挙後で敗北したからと言って、(政治的には何ら利益がないとしても) 辞職の法的義務を負うわけではない。その意味で、君主の側に属する政府と議会はあくまで法的に「分離」した存在である。しかし政党政治の発展やそれを前提とする内閣制度の誕生等により、議会(特に下院)において強い影響力を有する内閣を中心とする政府は、議会の権能を基に自らも強力な権能を行使することができる。その意味で政府と議会は、機能的に「融合」することがありうる。しかしこの「融合」は、あくまで議会(現代ではとりわけ下院)の議員が政府を支持していること、すなわち政府派議員の支持が前提である。そしてそうした政府派議員とて、政府の政策に造反することはありうる。そうした場合には、あくまで議会から法的には「分離」している政府の首相は、議会解散権という君主の権限に依拠して自らの政策に対する支持を求めることによって、再び議会との「融合」を図ることも可能である。しかしそれでも政府派議員の造反が収まらない場合、もはや政府は議会との「融合」を基に自らの権能を獲得することはできず、政府と議会の「分離」があらわになる。こうした場面では、議会と独立した民主的正統性を主張しえない政府は常に議会に劣後することになる。

こうした〈分離／融合〉の構図においてどちらに転ぶかは最終的には政府派議員次第であるにもかかわらず、この政府派議員というファクターは今まであまり注目されてこなかったように思われる。上記の構図のイギリスにおける適否を検討することに加え、政府派議員の有する法的権能(及び責務)の日英における異同という観点から両国の議会政を比較検討することが、イギリス議会政を少なくとも意識してきた「平成デモクラシー」¹³⁸⁾を再検討するうえでも有益であるかもしれない¹³⁹⁾。このように記したうえで、本稿を終えたい。

【付記】 本論文は、JSPS 科研費 20J21386 の助成を受けたものである。

138) 清水真人『平成デモクラシー史』、ちくま新書、2018年。

139) 「平成デモクラシー」を憲法学から分析するうえで重要な論点の一つに衆議院解散があることは論を俟たないが、旧稿の末尾に記したこの点についての試論も、本文で述べた関心に基づくものである(236-239頁)。