

論 説

英国の国家主権・国会主権・人民主権と EU

——Brexit が露呈した不文憲法体制の混迷——

中 村 民 雄

はじめに

1. 英国憲法上の主権論と EU 法
2. EC 加盟時の議論
3. EC/EU 加盟中の議論——主要判例の展開——
4. EU 脱退時の議論

むすび

はじめに

英国の EU 脱退 (Brexit) の政治過程において、脱退派の標語は “take back control” であった。英国国民が自ら決定する力を EU から取り戻せという。これは移民規制権限の全面的奪還、EU 財政拠出分の国内医療制度財源への振り替え、EU 裁判所の管轄権の排除と英国司法権の貫徹といった個別の政策変更や制度転換を横断的に根拠づける主張であった。⁽¹⁾ その性質からみて、主権論の一表現とみてよい。

本稿では EC 加盟から EU 脱退までにわたり、主権の概念を用いて、

(1) *E.g.*, Anthony Reuben & Peter Barnes, “Reality Check: Checking the Vote Leave leaflet” (BBC News, 11 April 2016) <https://www.bbc.com/news/uk-politics-eu-referendum-36014941>.

EC/EUと英国の統治権力の所在と配分とその正統化を、英国の政治部門と司法部門がいかに議論していたのかを観察し分析する。対象は重要事例に限定する。まず分析道具となる英国憲法上の主権概念とEU法の概要を確認する。次に、加盟時、加盟中、脱退時の議論を考察する。むすびにおいて、議論の特徴をまとめる。主権の概念の利用実態を観察するのは、成文憲法典がない英国において、主権の概念が統治権の所在と配分を決し正統化する鍵概念として、政治的にも法的にも用いられてきたからである。この観察なしに英国憲法の現状は適切に把握できない。(なお本稿では、ECとEUの区別がとくに必要な文脈を除き、ECについてもEUと表記する。)

1. 英国憲法上の主権論とEU法

(1) 法的主権の複合的視点

主権なる言葉は、標準的には、特定の者が自ら関係する政治社会のあらゆる決定を他の者の影響を受けずに独立かつ独自に行う究極の権力ないし最高⁽²⁾の権力をさす。(その特定の者は観念的には単一であって、歴史的には中世の国王本人、近代市民革命をへた国家では観念的集合としての「人民」ないし「国民」が想定された。)そして主権は、近代国家においては、対内的には立法を独立かつ独自にできる究極の権力、対外的には他の国家や国際組

(2) 例えば、ジャン・ボダン⁽¹⁾は主権者を、ある国家においてあらゆることにつき個別具体的に法をつくることができ、そのために他の同意をえる必要もないものと措定した(Jean Bodin, *Les Six Livres de la République* (1576))。ホブズは、死ぬ運命にあるこの世の神=統治者が、外敵から共同体を防衛し、共同体を存続させるためになすべきあらゆることをする権威(共同体の成員同士の争いによる危害防止・処罰を含む)を主権として語った(Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651))。ルソーは、政治社会の成員たる市民の集合的単体(一般意思)により表明され行使される権力を主権とし、これはあらゆる事柄に及ぶ全般的、絶対的、不可譲の権力であると措定した(Jean Jacques Rousseau, *Le contrat social* (1762))。

織との関係で国家が独立かつ独自に行動できる自由と通例説明される⁽³⁾。

もっとも法的に主権を語るとき、決定権力の存在面と正統性面から複合的に観念される。決定権力の存在・所在だけでなく、当該権力を正統な者が行使する、あるいは当該権力正統な源泉に由来するので行使が正統化できるという評価を加えて語る。そのため、現実の決定権力の所在や強弱の事実面を主権として語る者（政治家に多い）と、その権力の正統性評価を加えて主権を語る者（法律家に多い）とでは議論がかみ合わなくなることがある。現に英国の EC 加盟から EU 脱退までを通していても、英国の決定権力をめぐり政治家の議論と法律家の議論はズレをみせる。一因は、法的主権の複合的視点にあったようにみえる。

(2) 英国法における対外主権と対内主権

次に、近代以降の英国法では、国内法秩序と国際法秩序を二元的に截然と区分して法的主権を論じてきた。そこで対外的には、国家元首たる国王（の代理たる政府）が主権を（「国王大権」の名で）行使し、たとえば国際条約を締結し、条約上の義務を負い対外主権の行使（対外的な行動の自由）を自らの同意により制限できるとされる。NATO、国連、WTO などへの加盟により、英国はすでに主権（＝国家の対外行動の自由）を制限していると主張される場合がこれである。対外主権は（不正確ながら）「国家主権 (national sovereignty)」ともしばしば呼ばれる。

他方、（とくにイングランドでは）対内主権は、法的に無制限の絶対的かつ全面的な立法権力と認識されてきた。これは歴史的に培われた社会政治的かつ法的認識である。中世から近世にかけて絶対的かつ全面的な主権を保持していた国王が、1688年の名誉革命の結果、議会に取り込まれ「議会のなかの国王 (King [Crown] in Parliament)」として存続した。ここから英国の近代が始まり、近代英国の対内主権は、「議会のなかの国王」すな

(3) *E.g.*, EC 加盟時の貴族院審議での法服貴族ロイド卿の発言 HL Deb., vol 323 col. 367 (27 July 1971, Lord Lloyd of Hampstead).

わち国王・貴族院・庶民院の三者で構成する国会⁽⁴⁾に存し、主権者たる国会だけがつねに絶対的に全面的に法的に無制限の立法権をもつものと政治的にも法的にも観念されるようになった(「国会主権 (Parliamentary sovereignty)」。その論理的帰結として、国会以外の者は、国王単独であれ裁判所であれ、国会の正式の法を拒否し、覆し、あるいは修正することはできないとされてきた。また、国会の主権(対内立法権)はつねに法的に無制限ゆえに、前の国会が後の国会を拘束する立法をしても、後の国会はこれを明示的にも黙示的にも覆すことができるとされ(「前の国会は後の国会を拘束できない」「後法は前法を(明示的にも黙示的にも)覆す」、実際[EC加盟以前の]判例はこれを確認していた。19世紀のイングランドの憲法学者ダイシー(A. V. Dicey)はこのような絶対的で全面的な「国会主権」が「法の支配」と並んで英国憲法の二大原則の一つと唱え、この学説が裁判所、政治家や社会一般に広く受け入れられてきた(本稿2以下参照)。

法的に内外を二元的に区分して観念し、対外的行動の自由は法的に制限可能な一方、対内的立法権はつねに法的に無制限という英国の主権論は、EUとの関係では困難を抱えることになる。

英国の裁判所は、内外二元論と「国会主権の原則」にもとづき、国際的取り決めは自動的には国内法的効力をもたず、国会による国内受容措置を経て初めて国内法的効力をもつ(とくに国際条約の締結に伴い国民の権利義務に変動が生じるときは国会の制定法による受容を要する)と判示してきた(これはEC/EU加盟以後も変わらない⁽⁷⁾)。すると条約は締結したが国内受容

(4) 本稿では、国王を取り込んだ近代議會を国会と呼び、国王と対峙したそれ以前の議會と区別する。

(5) *Ellen Street Estates Ltd. v. Minister of Health* [1934] 1 KB 590; *Vauxhall Estates Ltd. v. Liverpool Corporation* [1932] 1 KB 733.

(6) A. V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885, 8th ed. 1915).

(7) *E.g., R. v. Keyn* (1876) 2 Ex D 63; *Inland Revenue Commissioners v. Collico Dealings Ltd.* [1962] AC 1; *Blackburn v Attorney-General* [1971] 1 WLR 1037,

措置がない場合、不完全な国内受容措置しかしない場合、あるいは締結後に条約に反する国内立法をする場合なども出現しうる。だがいずれの場合も英国の裁判所は、英国の国際法上の国家責任は生じうるが、それは国際次元の問題であって国内次元とは無関係であり、依然として当該国際条約を国内における法としては認知しなかつた。⁽⁸⁾ (たとえば英国の裁判所は、1951年英国批准1953年発効の欧州人権条約を1998年に国内受容措置＝人権法が制定されるまでは国内法として認知しなかつた。)⁽⁹⁾ ただしいずれの場合も、英国の裁判所は、関連する国内制定法の文言が曖昧で複数の解釈が成り立ちうるときは、英国が国際法上の義務を誠実に履行するものと推定して関係国際条約を事実上参照し、それに適合する解釈をとってきていた(ただし国内法が明文でかかる適合解釈を排除する場合を除く)⁽¹⁰⁾。

ところが EU 法は、二元論の前提(対外・国際と対内・国内が截然と区分できる)を覆す、いわば〈国際的国内法〉である。すなわち、EU 法は国際的な次元で立法されるが、文言が明確かつ無条件であるなら自動的に個々の加盟国の国民に直接に法的効力と効果を及ぼすべき法と設立条約も EU 裁判所も示しており(国内法的法)、かつ、EU 諸国全域に同一の共通法として働くべき性質を当然にもつ法(国際法的法)である(後述(4)②③)。しかも抵触する国内法につねに優先して適用されるべきものと EU 裁判所は初期から一貫して判断してきた(EU 法の優位性)(後述(4)③)。よって、EU 加盟後も英国が法的に無制限の国会主権を固守して EU 法違反の立法もいつでも正統にできると主張するなら、抵触する国内法に優位すべき EU 法と論理的に対立し、EU 法を誠実に履行できなくなること必定なのである。

[1971] 2 All ER 1380 (CA).

(8) *E.g.*, *Salomon v. Customs and Excise Commissioners* [1967] 2 QB 116; *Maclaine Watson v. Department of Trade and Industry* [1989] 3 All ER 523.

(9) *R v. Home Secretary, ex parte Brind* [1991] 1 AC 696.

(10) *E.g.*, *Salomon v. Customs and Excise Commissioners* [1967] 2 QB 116; *R v. Home Secretary, ex parte Brind* [1991] 1 AC 696.

(3) スコットランドの人民主権の観念

さらに「国会主権 (Parliamentary sovereignty)」との対比で付言すれば、「人民 [国民] 主権 (popular sovereignty)」なる観念はイングランドの憲法史には登場したことがない。しかし、スコットランドの憲法史には登場してきた。

スコットランドでの人民主権の観念は中世に遡るといわれる。⁽¹¹⁾1320年のアブロース宣言 (Declaration of Arbroath 1320) は、イングランドから独立を得たスコットランド国王について、その王位は臣民の意思によるもので、臣民の意思に反してイングランドと結ぶような国王は廃される旨を記していた。また近世、1688年の名誉革命によりイングランド国王としてのジェームズ2世は退位させられたが、彼は同時にスコットランド国王ジェームズ7世でもあり、スコットランド国王としても退位したか否かが不明であった。このとき、スコットランド議会はスコットランド王国の諸身分 (estates) を代表して1689年に統治権法 (Claim of Right Act)⁽¹²⁾を通し、ジェームズ7世の王位を奪い、ウィリアムとメアリに王位を提供した。つまりスコットランドでは主権者たる諸身分の代表者でなく議会在が国王を任命した。イングランドのように「議会のなかの国王」=国会が主権者になったのではなかった。

20世紀に入ると、スコットランドにおいて統治権の大ブリテンからの全面的または部分的取戻し運動 (前者は独立運動、後者は分権運動) が断続的に生じ、そこでも人民主権が論拠とされた。分権運動の流れでは、分権についての住民投票が一貫して求められた。発効しなかった1978年スコットランド分権法では、発効要件として、スコットランドの住民投票で賛成

(11) Sionaidh Douglas-Scott, "Scotland, Secession, and the European Union" in A. McHarg et al eds., *The Scottish Independence Referendum* (Oxford U.P., 2016) pp.175-196, at 193.

(12) Scottish Parliament, 1689 c. 28.

過半数かつ当該賛成票が有権者の40%以上となることが求められた（1979年住民投票で要件を充足せず発効しなかった）。1990年代の二度目の分権運動は1998年分権法に結実したが、ここでも立法に先立ってスコットランド住民投票が実施され、分権賛成過半数を得て初めて分権法が制定された（こうしたことから1998年分権法について、主権者たるスコットランド人民が新政府を形成する権力を行使して制定されたものと理解する説もスコットランドにはある。⁽¹³⁾）

独立運動の流れでいえば、その一つに民間の自主的なスコットランド憲法制定会議（Scottish Constitutional Convention）があり、それが1989年に公表したスコットランド統治権宣言（A Claim of Right for Scotland）は、同会議に集った「我々は、自らの必要に最も適した政府の形を決定するスコットランド人民の主権（the sovereign right of the Scottish people）をここに認め…」と記していた⁽¹⁴⁾。1998年分権法が成立してからも独立運動は続き、2014年にはスコットランド独立の是非を問うた住民投票が行われた。その際、独立多数になった場合に備え、あらかじめ独立スコットランド暫定憲法案も公表されていた⁽¹⁵⁾。その案には人民が主権者であって、スコットランド国の権力と権威はすべて人民の主権的意思に由来すること、人民は自決の主権をもち、自国の統治制度を人民が自由に形成できる主権をもつこと、人民の主権的意思は、憲法およびスコットランドが適法に加入した国際条約上の義務によってのみ制限されることなどが明文化されていた⁽¹⁶⁾（暫定憲法案2・3条）。しかし住民投票では独立賛成が半数に達せず、暫

(13) Aileen McHarg, “The Constitutional Code for Independence” in A. McHarg et al eds., *The Scottish Independence Referendum* (Oxford U.P., 2016) p.108.

(14) House of Commons Library, “Claim of Right for Scotland” (Number 2016-0158, 2 September 2016).

(15) Scottish Government, *Scottish Draft Independence Bill: A Consultation on an Interim Constitution for Scotland* (2014)

(16) 第2条は “In Scotland, the people are sovereign.” 第3条は次の通り。“(1) In Scotland, the people have the sovereign right to self-determination and to choose freely the form in which their State is to be constituted and how they are to be

定憲法案も葬られた。

以上の史実や政治的实践に共通して、人民主権の観念の伝統を確認できる。またこれに関連していえば、スコットランドでは「国会主権の原則」に対する批判的な憲法学説も有力である。⁽¹⁷⁾判例においても「[法的に]無制限の国会主権の原則はすぐれてイングランドの原則であって、スコットランド憲法には対応するものがない」というスコットランド民事上級裁判所(Court of Session)長官クーパー卿(Lord Cooper)の傍論が有名である。⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾

Brexit 政治を含む21世紀の英国政治には、この人民主権の論理に親和的な政治的实践が次第に多くあらわれるようになった。典型例は referendum (文脈により、国民投票または住民投票)である。そのため、一

governed. (2) All State power and authority accordingly derives from, and is subject to, the sovereign will of the people, and those exercising State power and authority are accountable for it to the people. (3) The sovereign will of the people is expressed in the constitution and, in accordance with the constitution and laws made under it, through the people's elected representatives, at referendums and by other means provided by law. (4) The sovereign will of the people is limited only by the constitution and by the obligations flowing from international agreements to which Scotland is or becomes a party on the people's behalf, in accordance with the constitution and international law.”

(17) E.g., T. B. Smith, “The Union of 1707 as Fundamental Law” [1957] Public Law 99-121; ditto, *British justice: Scottish contribution* (Stevens & Sons, 1961) pp.201-213; J. D. B. Mitchell, *Constitutional Law* (W. Green & son, 2nd ed., 1968), pp.63-91.

(18) MacCormick v. Lord Advocate 1953 SC 396 at 411 (per Lord Cooper) [16世紀のエリザベス1世はイングランドの国王であり、1707年合邦法で大ブリテンとなつて以降の国王にエリザベスはいないから、今日即位するエリザベス女王に「2世」の称号を与えるのは誤りだとする原告の訴えを棄却しつつ述べた傍論。]

(19) ただしこの傍論は、スコットランドのナショナリズム法学 (legal nationalism) 運動の党派性も帯びていた。See, Colin Kidd, *Union and Unionisms: Political Thought in Scotland 1500-2000* (Cambridge U.P., 2008), pp.81-133; Hector MacQueen, “Public Law, Private Law, and National Identity” in Cormac Mac Amhlaigh et al (eds.), *After Public Law* (Oxford U.P., 2013) pp.168-200, esp. at 192.

方で国会主権の論理を堅持し、他方で人民主権の論理に親和的な政治的实践を重ねるならば、両者の論理の不整合は増し、成文憲法のない英国での憲法理解は、次第に混迷してくる。敷衍すれば、国会が主権者であるなら、国民投票は法的意義に乏しく、政治的には危険であることが多い。実施しても、予め国会が結果に拘束されることを定めない限りは、法的拘束力のない参考意見となるにすぎない。ところが21世紀に入り、分権法、庶民院選挙法案、そして EU について住民投票や国民投票に訴える政治が頻出してきた。EU については、これ以上の EU への権限移譲は国民投票による承認を要件とする2010年 EU 監視法をつくった。さらには2015年 EU 国民投票法 (2016年6月23日実施) をつくって EU 脱退という決定的な国民の多数意思を作り出す政治を実践した。にもかかわらず国会主権の原則からすれば、結果拘束の明文がない国民投票は国会を法的に拘束せず、国会は国民の多数意思と異なる議決を正統にできることになる。多数意思の国民はそれを非民主的な憲法理解だと非難するが、少数意思の国民は国会こそ最終的な決定者だと反論するだろう。実際、僅差の多数に過ぎなかった Brexit 国民投票においては、国会議員においても憲法理解が対立錯綜し政治は混乱した。2019年7月に発足したジョンソン政権は、EU との脱退協定再交渉の成否にかかわらず10月末の脱退断行を宣言し、無協定脱退を認めないとする国会の多数意思 (議員の過半数弱) を人民意思に背くと主張した。⁽²⁰⁾ 他方、国会の多数議員は国会主権の立場から国会こそ正統な人民代表だとして政権を牽制した。⁽²¹⁾ このように Brexit は、不文憲法体制の英国憲法論の混迷ぶりを浮き彫りにする。

(20) *E.g.*, “Boris Johnson says opponents ‘don’t trust the people’” BBC News 6 Sep. 2019. <https://www.bbc.com/news/uk-scotland-scotland-politics-49599334>

(21) *E.g.*, Dominic Grieve, “It is parliament’s duty to resist Johnson’s dangerous no-deal Brexit strategy” Guardian, 7 Sep. 2019. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/sep/07/parliament-duty-to-resist-boris-johnson-dangerous-no-deal-brexite-strategy>

(4) EU と法

本稿では英国における主権論議に焦点を当てるため、EUの法と制度については与件とし、最小限を確認するにとどめる。EUは1952年から1993年までのECの時代と、1993年12月以降のEUの時代に区分できるが、ECの制度と法が基本的に維持されて現在のEUの制度と法に展開している。ゆえに、英国がECに加盟するまでに確立していたECの制度と法の重要部分を確認し、併せてEUの時代に追加された新たな重要な要素を確認すれば、十分である。

英国の主権を脅かすかどうかの点で着目すべきEUの制度と法で、英国が1973年にECに加盟するまでに確立していたものは次の通りである。

① ECは(今日のEUも)、加盟諸国が自らの主権の一部を制限または移譲したことにより成立した、加盟諸国から独立した立法権・行政権・司法権を設立条約に指定する範囲の政策事項についてもつ組織である。

② EC設立当初から今日まで、EC/EUが立法する「規則」は加盟国内において直接に適用可能である(EC条約189条=運営条約288条)。また、設立条約の条文にも加盟国内での直接適用を前提にした規定があった(EC条約85条2項=運営条約101条2項[EC/EU競争法違反の事業者間合意は「自動的に無効」])。

③ EC裁判所は、1962年と63年の事案において、設立条約の規定も「明確かつ無条件」の文言と内容であるなら、加盟国内において直接に私人に権利を発生させる効果(直接効果)があり(Case 26/62, Van Gend en Loos [1963] ECR 1)、加盟国の裁判所はその権利を、それと抵触する国内法よりも優先して保護する義務があると判断した(EC/EU法の優位性)(Case 6/64, Costa v. ENEL [1964] ECR 585)。直接効果は、EC/EUの規則以外の立法(指令、決定、EC/EUが締結する条約)にも認められていった。さら

(22) 中村民雄・須網隆夫編『EU法基本判例集(第三版)』(日本評論社、2019)7頁。

に EC 裁判所は優位性についても、EC 法はそれと抵触する加盟各国の憲法規定にも優先し、加盟各国の裁判所は、EC/EU 法に抵触するあらゆる国内法の適用を排除すべきものとした（Case 106/77, Simmenthal [1978] ECR 629）。こうした判例法の蓄積から、EC/EU 法は、加盟国の裁判所において加盟国のあらゆる法に絶対的に優先して実効的に保護される上位法として位置づけられるものとなった。

④ EC 設立条約は、「共同市場」の設立まで各 4 年 3 段階の過渡期間を設け、EC 立法（「規則」や「指令」など）の採択において、段階的により多くの立法事項を閣僚理事会の全会一致から特定多数決に移行させるものとしていた。すなわち過渡期間終了時には、加盟国は一国だけでは立法の採択を阻止できなくなる立法事項が多数現れる予定であった。ただし実際には、この点はフランスの抵抗の結果（1966年のルクセンブルクの妥協）、過渡期間後も 20 年ちかく重要な国益が関係する事項はすべて全会一致により決定するという政治慣行となった。1986年の欧州単一議定書の発効後、次第にこの慣行は消滅した。

次に、英国が加盟した後に、次の点が追加された。

⑤ EU の時代に入って、EU の立法権はとくに拡大し、警察・刑事司法協力、民事私法協力、域外からの移民・難民の共通規制などについても立法権を EU が一定程度もつものとなった。そして立法においては、次第に多くの立法事項について欧州議会にも閣僚理事会と共同での採択権が認められるようになった。欧州議会の採択は多数決のため、閣僚理事会の採択も特定多数決が原則となっていった。

⑥ EU 独自の人権・基本権の保護について、EC 設立条約には明文規定がなかったが、EC 裁判所が EC 法の一般原則として保護するという判例法⁽²³⁾を 1970 年代に展開した。1990 年代にはその判例法を EU 設立条約が明文化して肯定し（旧 EU 条約 6 条 2 項＝現 EU 条約 6 条 3 項）、その後、個々の具体的な基本権を列挙した EU 基本権憲章が 2000 年に起草され、2009 年か

(23) 中村・須網前掲書（注 22）112 頁。

ら法的拘束力が付与された(現EU条約6条1項)。

⑦ 前述の①(独立の立法権等がEC/EUに存在する)に関連して、1970-80年代にEC裁判所はECの「排他的」立法権、ECと構成国の「競合的」立法権といった権限配分の法概念を判例法で作っていった(*E.g.*, Case 804/79, *Commission v. UK* [1981] ECR 1045 [EC共通漁業政策の対象海域の漁業資源管理の立法権は1979年以降ECに排他的に属する⁽²⁴⁾])。そして2009年以降のEUにおいては、判例法をもとにEUと加盟国間の立法権配分が明文化された。立法事項・政策領域ごとに「EUに排他的な立法権」「EUと加盟国が共有する立法権」「EUが加盟国の立法を補完支援するに限る立法権」等に整理された(運営条約2条~6条)。

以上の一連の特徴を総合すれば、加盟国の統治権の一部がEC/EUに(立法権の配分にみられるように排他的/共有的/補完的と濃淡をつけて)移転され、とくに「排他的」および「共有的」に移転された立法事項については、EC/EUが加盟国内の人々や企業に対して独立かつ直接に立法ができる。EC/EU法に反する各加盟国のあらゆる国内法はつねにEC/EU法に優先される。ゆえに、EC/EU自体は国家でないものの、全体を扱うEC/EU(連邦)と各国を扱う加盟国(支邦)からなる連邦的な統治体制が法的に構築された。そしてこのEC/EU統治体制においては人権・基本権が尊重され保護されるべきものとされた。こういう「ヨーロッパ諸人民の連合(union among the peoples of Europe)」が「絶えず緊密化する(ever closer)」方向にある(旧EC条約前文・現EU条約前文)、ということになる。

2. EC加盟時の議論

1970年前後のEC加盟交渉の時期において、主権論争の舞台は国会であ

(24) 中村民雄『イギリス憲法とEC法—国会主権の原則の凋落』(東京大学出版会、1993)167-186頁。

った。まず注目されるものは、EC加盟を推進する政府の主権に関する見解が記された1967年と1971年の白書である（英国は1963、67、69年と加盟申請をし、三度目に認められ、1973年に正式加盟した）。

(1) 1967年の政府白書⁽²⁵⁾

67年白書は、EC加盟にあたり、①直接効果のあるEC法に国内法的効力と効果を与える国会制定法が必要であると述べる（白書22段）。②また、直接効果のあるEC法は国内法に優先する性質（EC法の優位性）をもつから、国会は有効なEC法に「反する新たな立法を通すことは自粛する必要がある。しかしこのことは何ら憲法の新機軸（constitutional innovation）ではない。そのような自粛を他の多くの我が国が結んだ条約も課している。たとえば、国連憲章、欧州人権条約、GATTがそうである。」（白書23段）と論じた。

①点は、伝統的な二元論と国会主権の原則に忠実な立場である。他方、②点は、国会主権の原則を維持する立場とEC法の優位性が求める法的結果との法的な対立を曖昧にしたまま、法的問題を政治的問題にすり替えて説明している。伝統的な国会主権の原則では、EC加盟後も国会はEC法に反する立法ができ、英国の裁判所はその反EC立法を適用すべきものとなる。しかしEC法の優位性が求める法的結果は逆であって、そういうEC法違反の国会立法は排除してEC法を優先適用することである。この二つは両立しない。だからこれを法的に語るなら「憲法の新機軸」でなければならない。ところが白書23段は、国会がEC法違反となるような立法を「自粛」する必要を述べ、法的「新機軸」を認めず、単に政治的な回避策を示して法的には論究しなかった。しかも、この立法自粛を語る場面は、対内主権行使の場面であるが、これまでの対外主権の自発的行使制限の例を根拠に「憲法の新機軸」ではないと論じている。そしてなによりこ

(25) Legal and Constitutional Implications of United Kingdom Membership of the European Communities (Cmnd. 3301) (1967).

の白書は、通常の国際条約と EC 条約の根本的な法的性質の違いに触れないまま他の条約と EC 条約を同列に扱っている (EC 条約は、EC 法の直接効果・優位性をもたらす条約であり、これが国会主権を脅かす)。

(2) 1971年の政府白書⁽²⁶⁾

三度目の加盟申請時の71年政府白書は、法的な分析は67年白書がすでにしたとして、現実権力面からみた主権論を展開した。すなわち、EC に加盟しても自国の重要な国益は EC の閣僚理事会での発言と拒否権発動により擁護でき、また EC は「個々の国家主権を一般利益のために共有して拡張する」ことに各国が同意して成立しているのだから、「必須の国家主権の浸食の問題はまったく起こらない。」(白書29段)

この主権論は、対外主権の自発的制限により、政治的には一国で十分なしえないことを EC において集合的になしうるので、より現実権力が効果的に発揮できるというのである。これは政治事実としての権力面の主権論であり、かつ対外主権の議論であって、対内主権の法的な制限と正統性の問題にはまったく触れていない。

(3) 国会審議

貴族院審議 (EC 加盟のための国内法の整備の審議) で最も注目すべき発言は、71年当時の保守党政権の大法官ヘイルシャム卿 (Lord Hailsham, LC) の次の発言であった。

「EC 加盟において主権は論点ではない (non-issue)。主権は究極的には事実の問題であり、法学の問題ではない。各国が主権的かは、その国の統治機関と国民が独立かどうかを見ればよい。プディングの証明は食べることにあり、法学用語の研究にはない。判断基準は EC 原加盟 6 か国を見ることで得られる。6 か国は長らく EC に加盟している。彼らは主権国家か。この単

(26) The United Kingdom and the European Communities (Cmnd. 4715) (1971)

純で実践的な問いが基準である。その基準となる問いに答えるに、〔6か国に加え1973年から加盟予定の4か国を加えた〕10か国はみな主権国家であるし、あり続け、世界中の他の国からもそう認められると、躊躇なく私はいう。⁽²⁷⁾「ECの基礎は、契約にあり強制にはない。その契約により当事者らは、公式には連邦国家でしか達成できないような結果の一部を、〔EC機構において〕各自の権力を行使することで作り出すのである。これが首相のいう『主権のプーリング』である。ローマ条約〔EC条約〕は、限定された目的のために構成国の主権を他の構成諸国と協調して使う契約であって、それを実現可能にするために、各国の独立を害することなく機関を設立する契約⁽²⁸⁾である。」

この発言は、条約締結により、一国では有効にできないことをECのもとで諸国が協働すると新たにできるからより実効的な統治ができるし、それは各国の自発的同意によって正統化できるといっている。主権の事実面と正統化面にふれた法律家らしい発言であるが、対外主権について語るのみである。対外主権が法的に制限可能なことに争いはないので、たしかに主権は「論点ではない」。しかしその居丈高な発言こそ政治的であった。肝心の対内主権の論点（直接効果のあるEC法が優位性＝上位法の地位をもって直接に国内法に侵入してくることが国会の絶対的立法主権を脅かさないのか）について、「論点でない」対外主権の面を盾に触れずにすませたからである。

庶民院での審議では、その肝心の点がしばしば突かれた。たとえば、ウォーカー＝スミス議員（Sir Derek Walker-Smith、保守党）は、いう。

71年政府白書は「必須の国家主権の侵食はまったく起こらない」というが、「EC条約は明確で…我々の経済社会生活の相当に広い範囲について、関税と貿易、税と社会保障、農業と運輸など多くについて、EC条約の言い方で

(27) HL Deb 27 July 1971 vol. 323 cols. 201-202. Lord Chancellor Lord Hailsham.

(28) *Id.* cols. 205-206. Lord Chancellor Lord Hailsham.

は、国内法を EC 法に調和する、要は、法に抵触があるときは、国内法が EC 法に服属することになる。…必須の主権の侵害は絶対にあってはならない！これほどの国会の権力と役割の侵害は、300 年余りに前にクロムウェルが議会を侮蔑して駆逐したとき以来だ。⁽²⁹⁾」

これに対しては、そもそも EC 機関で EC 規則などを立法する際に英国政府は「ルクセンブルクの妥協」で確保された拒否権を発動して必須の国益は擁護できるから、対内主権の浸食は起きないという政治的視点からの⁽³⁰⁾反論もあった。

しかし最も「国会主権の原則」に忠実に反論したのは、当時の保守党ヒース政権の EC 加盟の主任交渉者リップン議員 (Geoffrey Rippon) であった。議員はいう。

「本法案 [EC 加盟法案] は究極の国会主権 (the ultimate sovereignty of Parliament) を何ら害しません。ガーディナー卿が [前政権の] 大法官の当時 [貴族院審議で] 言われたように、『英国の立法は国会主権の行使であり、既存のそして将来の EC 法の英国内での法的効力は、国会主権の行使に由来する。こうして適用される EC 法はそれと整合しない範囲で国内法に優先する。英国の国会主権の原則においては、どの国会も後の国会が法を変更することを排除できない。⁽³¹⁾』ガーディナー卿も言われたように、この状況で国会が条約義務に反することを⁽³²⁾行おうとする可能性は低いのであります。』

このリップン議員の議論は、まず対内主権の正統性面を言っており、EC 加盟当時の国会が制定法を作って、既存および将来の EC 法に包括的に国内法的効力を与え、それと抵触する国内法に優先することを認めるの

(29) HC Deb 26 July 1971 vol. 822, col. 90. Sir Derek Walker-Smith.

(30) HC Deb 26 July 1971 vol. 822, col. 147. Mr. Denis Healey.

(31) HL Deb 8 May 1967 vol. 282, col. 1202. Lord Gardiner, LC.

(32) HC Deb 15 February 1972 vol. 831, cols. 278-279. Mr. Geoffrey Rippon.

だから、現在も将来も EC 法の法的効力と性質は国会の対内主権行使に正統に由来するといえる、というのである。次に議員は対内主権の現実権力面にふれ、伝統的な国会主権の原則からして、EC 加盟後の将来の国会が EC 条約の義務に反するような立法（特定の EC 法に反する立法や、包括的に EC 法に国内法的効力を与える制定法を覆す立法など）をすることは（政治的には考えにくい）法的には止められない（前の国会は後の国会を拘束できない）。それゆえ EC 加盟後も国会は現実権力として対内立法権を保持している。かくして正統性面でも現実権力面でも、究極的には国会に根本的な決定権力が残っている、つまり「究極の国会主権」は揺るがない、というのである。

こうした国会審議のすえ、1973年1月1日からの正式加盟に備え、EC 法の包括的国内受容措置として、1972年 EC 加盟法（以下1972年法）が制定された。

(4) 1972年 EC 加盟法 (European Communities Act 1972)

1972年法の制定は、英国憲法の国際法と国内法の二元論的捉え方に忠実である。そこで法2条1項で、直接効果のある EC 法を英国法として認め（国内法的効力の付与）、かつ、英国の裁判所で行使可能な個人の権利を発生させるものと認める（英国法上の権利発生という法的効果の付与）、と規定した。そして法2条4項で、既存または将来のあらゆる国会立法は、「本条の先立つ諸項に服しつつ解釈されかつ効力をもつものとする（shall be construed and have effect subject to the foregoing provisions of this section）」と規定した。法3条1項は、英国の裁判所に対して、EC 法の効力や解釈に関する問題は、EC 裁判所に付託して回答を得るか、または付託しないときは EC 法令と EC 裁判所の判例を自ら探知して、それらに従って判断すべき旨を規定している。

簡明に言えば、法2条1項は直接効果のある EC 法が英国内でも法であり直接に個人に権利を発生させ、英国の裁判所でその権利が行使可能だと

認める、という。そして法2条4項は、直接効果のあるEC法上の権利を奪ったり制限したりする国会制定法がEC加盟後につくられても、そういう国会制定法は、「EC法上の権利に服しつつ解釈され効力をもつ」。つまりはEC法と国会制定法が抵触したとき、EC法上の権利が優先する。1972年の国会としては、将来に向けてEC法の優位性を認めることを規定したのである。そして法3条1項で英国の裁判所は、EC法の解釈適用については、EC裁判所の判断に従えと命じた。

1972年法の核心は以上である。では、EC法の優位性を認める1972年法は、国会主権の原則を害さないのだろうか。当時の政府の法務次長(Solicitor General)であったハウ(Geoffrey Howe)はチャタムハウスでの講演で概要次のように説明した。⁽³³⁾

①国会主権の原則は害されない。法2条4項は、英国の将来の立法を解釈する裁判所に対して、直接効果のあるEC法が優先するような効果を与えるように強いている。裏から言えば、1972年法は、国会がEC法上の義務に抵触する立法ができないとは言っていない。前大法官 Lord Gardiner が言われたように「将来の国会がEC法に抵触する立法をしないように確実に保障するような憲法上の手段は、理論上は、なにもない」からである。だから、1972年法は、伝統的な国会主権の原則の理解に立って作られている。⁽³⁴⁾

②ならば将来の国会は1972年法を廃止できるか。あるいは将来の国会がEC法と明らかに抵触する立法を、意図的または偶然に制定したときはどうなるか。私は庶民院審議で、「将来の英国制定法が、ECからの脱退は意図しないながら『1972年法2条の規定にもかかわらず、黒は白とする』といった文言で始まるなら、現在の英国の裁判所ならばその限定的な命題については字義通りの効果を与えるだろう」と述べたが(HC Deb, 13 June 1972, vol. 838, col. 1320)、裁判所がEC条約に適合的な解釈を工夫するものと期待し

(33) Geoffrey Howe, "The European Communities Act 1972" (1973) 49 International Affairs 1-13.

(34) *Id.*, pp.7-8.

(35) たい。万一、EC 法と将来の英国制定法の抵触が生じた場合であっても、英国の裁判所には将来の当該制定法を無効と宣言する権力はないから、英国の裁判所は、EC 法に抵触する英国の制定法の効果を、可能な限り制限すべきである。抵触が不注意からおきたときは、「それはその時の政府と議会が考(36)えることである」(HC Deb, 13 June 1972, vol. 838, col. 1322⁽³⁷⁾)。

要するに、1972年法の 2 条 1 項・4 項の規定は、国会の裁判所に対する命令であり、国会自身に対する命令ではない。だから EC 加盟後も将来の国会は、伝統的な国会主権の原則にもとづいて 1972 年法自体を覆しもできるし、1972 年法を残したまま特定の EC 法に反する制定法を作ることでもできる。そして将来的には、国会の不注意で特定の EC 法に反する立法をすることが考えられるが、そのときは裁判所が鋭意工夫してその立法を EC 法適合的に解釈し適用するよう期待する。その一方で、もしも将来の国会が 1972 年法を維持しながらも、特定の EC 法に明確に反する立法を意図的にしたときは、裁判所はもはや EC 法適合解釈ができず当該立法の字義通りに (EC 法に反する内容を) 適用することになるだろう。そのような極端な場面では EC 法の直接効果と優位性は破られるが、国会主権の原則のもとではいたしかたない結果である、というのである。ハウの議論は先のリップソンの議論と本質的に同じである。

かくして、1972 年法の制定と EC 加盟以後、対内主権 (国会主権) が EC 法の絶対的優位性により法的にも事実的にも制限されることになるのかは、英国の裁判所の英国および EC の法令の解釈と適用の実践に委ねられることになった。

(35) *Id.* p.9.

(36) *Id.* pp.9-10.

(37) *Id.* p.10.

(5) ウェイドの主権論⁽³⁸⁾

ここで思考の整理のために、ケンブリッジ大学の公法学者ウェイド(H. W. R. Wade)の主権論を簡潔に紹介しておこう。これまでみた加盟時の論争で、対内主権について、英国の憲法では、国会主権の原則が一貫して信奉されていたことが確認された。その一方で、1972年法は、EC加盟以後、裁判所は可能な限り国会立法をEC法適合的に解釈し、また直接効果のあるEC法に抵触する国内法に優先するような効力を与えよとも命じる。すると、国会主権の原則が1972年法によって修正されたのではないかという疑問が生じる。国会主権の原則は、国会以外の何人も、ゆえに裁判所も、国会の正式の法を拒否し、覆し、あるいは修正することはできないという面ももっていた。他方、1972年法2条4項は、裁判所に対して、国会の正式の法をEC法適合的に「解釈」せよと命じており、あるいは適合解釈できないときは直接効果のあるEC法にしかるべき「効力」を認めよ＝それを優先して適用せよと命じている。解釈の名のもとに法文の字義からかけ離れた解釈をするならば、それは法文の修正に等しくなろう。適合解釈が無理な場合に直接にEC法を優先適用するなら、国会の正式の法の適用を拒否したことになろう。これは国会主権の修正ではないのか。

しかし、ウェイドの1955年の論文は、それは誤解だと答える。この論文は、別の文脈で書かれているがEC法の文脈にも応用できる(実際ウェイドはEC法の文脈において同一の議論を1980年のハムリン講演で繰り返した)⁽³⁹⁾。ウェイドによれば、国会主権の原則は、国会の構成と権力を定義する根底原則(ないし上位原則)である。根底原則(上位原則)があって初めて、国会は1972年法を正統に制定できる。根底原則(国会主権の原則)があって初めて成り立つ派生物(1972年法)が、母体の根底原則を修正することは、

(38) H. W. R. Wade, "The Basis of Legal Sovereignty" (1955) CLJ 172-197.

(39) H. W. R. Wade, *Constitutional Fundamentals* (Hamlyn Lecture 32) (Stevens & Sons, 1980) pp.22-40.

論理的に不可能である。ゆえに国会主権の原則は1972年法の明文によって修正されえない。後の国会は（国会主権の原則にもとづき）前の国会の1972年法を覆すことができることになる。ウェイドはいう（以下は要約）。

法哲学者サーモンドがいうように、あるルールはそれを基礎づける別のルールに権威をたどることができる。「自転車は歩道を通行すべからず」という自治体の条例は、その条例が法的効力をもつものと認める国会制定法に権威の根拠をもつ。ではその国会制定法の権威がどこからくるかといえば、それは究極の法原則「国会制定法には法的効力があるものどとして裁判所は扱う」という裁判所の服従認識ルールからくる。究極の法的権威を与えるこの裁判所の服従認識ルールは、一面コモン・ローであるが、他面では究極的には政治事実である。制定法の権威は、この裁判所の究極の服従認識ルールにある。逆ではない。だから、国会が立法によって裁判所の究極の服従認識ルールを変えようと論じるのは、本末転倒である。⁽⁴⁰⁾

裁判所と議会の関係は、なによりも政治事実を負う。歴史的な例は多い。チャールズ1世が1649年に処刑されると、裁判所は長期議会の制定法を法として認めていた。裁判所は自発的に忠誠を、国王がいる議会から、国王なしの議会へと変えた。1660年にチャールズ2世が即位し王政が復古すると、今度は裁判所は、国王なしの議会から国王がいる議会の忠誠を変更し、その制定法こそ正統で有効とした。1688年の名誉革命も同様であって、ここでも裁判所は政治的な現実⁽⁴¹⁾に服従し、ジェームズ2世から、新国王ウィリアムとメアリへと忠誠を変更したのである。

サーモンドが究極の法原則と呼んだものは、国会をもってしても変更不能の特殊なルールである。それは革命により変更され、立法によってではない。そのルールは裁判官の胸の内にあり、どんな国会制定法によっても奪うことはできない。有効な国会制定法が何かはつねに裁判所が判断することであり、この問題の決定はいかなる法準則によるのでもなく、それを超えた政

(40) Wade, *supra* (note 38), p.188.

(41) Wade, *supra* (note 38), p.188.

治事実によるのである。⁽⁴²⁾

リップン議員もハウ法務次長も、このウェイドの議論を念頭において、1972年法があっても国会主権の原則は揺るがないと主張していたのであった。

だが、もしもウェイドの言うように、根底原則が裁判官の（議会と裁判所の関係の）政治事実認識（政治事実への服従）から形成されるのなら、ECなる新たな権力制度に英国が加盟したことにより、EC権力への服従（法的にいえば、裁判官によるEC法の支配の受入れ）を通して裁判官の胸の内にある根底原則が、少なくともEC法が適用される範囲では、変わりうるのではないか。そこでEC法の適用範囲では、国会の立法権に法的制限が生じ、また国会と裁判所の関係も変化すると認識が裁判官の胸の内に生じるのではないか。究極の認識ルール（ここでは国会主権の原則）が変化するのは、政治的革命だけなのか。かくして、法理論の視点からも、EC加盟後の主権論争の舞台は裁判所へと移るのである。

3. EC/EU加盟中の議論——主要判例の展開——

(1) 対内主権の制限——国会主権原則の修正

実際に起きたのは、静かな「憲法革命」であった。いま振り返れば、予言者は Blackburn 事件⁽⁴³⁾のデニング（Lord Denning）裁判官であった。

(a) Blackburn 事件

事案は、EC加盟直前の国会審議のころ、英国政府がEC加盟条約に署

(42) Wade, *supra* (note 38), p.189.

(43) Blackburn v Attorney-General [1971] 1 WLR 1037, [1971] 2 All ER 1380 (CA).

名する前に署名を違法と主張した訴訟である。⁽⁴⁴⁾原告は、EC 加盟条約への署名により英国政府は、対内主権（法的に無制限の国会の立法権）を無期限に制限することになるから国会主権の原則に反し違法だと主張したが、却下された。外交行為に対する裁判管轄権がないことなどが理由である。⁽⁴⁵⁾

ただしこの事件で、控訴院のデニング裁判官は国会主権の原則を念頭において、政治の現実在即して「法理論」（ウェイドのいう根底原則、ここでは国会主権の原則）も（裁判官の政治事実認識の変化により）変わるかもしれないと傍論で示唆した。

「我々は、法理論上は、ある国会は別の国会を拘束できず、また改正不可能な立法はないと信じるように育てられてきた。しかし、法理論がつねに政治の現実に歩調を合わせるとは限らない。たとえば1931年ウェストミンスター法は植民地に対する国会の立法権を廃止した。国会がこの制定法を覆すことができ、また国会が実際そうするなど誰が想像できるだろう。植民地や海外領土に独立を認めた立法はどうか。国会がそれを覆して独立を奪うことができ、また国会がそうするなど誰が想像できるだろう。明らかに、想像できない。一度与えられた自由は奪えない。法理論は政治の現実に譲歩しなければならぬ。大法官サンキー卿が、*British Coal Corporation v. Regem* [1935] AC 500 at 520 で述べたことがおのずと想起される。『帝国議会は、抽象的な法の問題としては、ウェストミンスター法4条を廃止または無視できよう。だがそれは理論であって現実とは関係がない。』

今回の現実は何だろう。もしも国王の閣僚が今回の条約に署名し、国会が

(44) EC 加盟条約署名後に起こされた同じ論点の訴訟が *McWhirter* 事件である。同様に却下された。 *McWhirter v Attorney-General* [1972] CMRL 882 (CA).

(45) 却下理由は二つあった。第一に、裁判所には政府が行使する国王の条約締結大権の行使の適法性を審査する権限がない。その点は条約への署名の前も後も同様である。第二に、英国法上は、国際条約が署名により国内的効力を生じるわけではない。それを国内実施する立法が必要である。EC 加盟条約も同様であり、国内実施立法がない限りは、その国内法的効力について裁判所は判断できない。いまだその立法がないので訴えは不適法である。

実施法を制定したならば、国会が前言を翻し脱退を試みるとは私には思えない。しかし万一国会がそうするなら、それは起きたときに考えるだろう。その時に国会が合法的にそうできるかについて述べるだろう。…」(下線筆者)⁽⁴⁶⁾

EC加盟以後の英国の裁判所は、1990年前後の一連の Factortame 事件が起きるまでは、正面から国会主権の原則を論じることはほとんどなく、事案に関する英国法を EC 法に適合解釈したり、EC 法を直接に適用したりしていた。⁽⁴⁷⁾ 適合解釈できるなら、英国法と EC 法の間に抵触は生じず、⁽⁴⁸⁾ あえて国会主権の原則に触れる必要もない。

(b) Factortame 事件

よって憲法問題は、適合解釈が不可能な事案で生じることになる。それが Factortame 事件であった。⁽⁴⁹⁾ 事案は、EC加盟後に制定された国会制定法と EC 条約規定との抵触に關した。EC 条約は大原則として EC 法の適用範囲においては国籍差別を禁じる。また EC 諸国民に EC 域内で国籍差別なく、開業しあるいは会社を設立できる自由、商品の移動の自由などを認める。ところが英国の1988年の制定法(以下1988年法)は、英国籍漁船の登録資格者を英国人または英国人が75%以上株式を保有する会社に限定した。この明白に国籍差別的な1988年法の規定は EC 条約の大原則や自由移動の原則規定に適合解釈できない。そこで英国の裁判所は、EC 法と英国法のどちらを適用すべきかという問題に直面した(ちなみに関連 EC 条約規定には直接効果がある)。

(46) *Id.* at 1382-1383.

(47) *E.g.*, *Garland v. British Rail Engineering Ltd.* [1983] 2 AC 751 (HL, 1982); *Pickstone v. Freemans plc* [1989] 1 AC 66.

(48) *E.g.*, *Macarthy Ltd. v. Smith* [1979] ICR 785 (CA).

(49) *R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame* [1990] 2 AC 85 (HL, 1989), [1990] ECR I-2433 (ECJ), [1991] 1 AC 603 (HL, 1990), [1991] ECR I-3905. 中村・前掲書(注24) 86-96頁。

事件の背景には、英国を含む北海の沿岸諸国が EC 共通漁業政策のもとで共同管理する北海の希少漁業資源の漁獲割当制度があった。資源保護のため EC で各国別の漁獲割当を決め、各国が自国籍の漁船の漁獲量を管理統制する。1986年にスペインが EC に加盟したが、同国への北海の漁獲割当は少なかった。そこでスペイン人は英国に会社を設立し、会社名で英国籍の漁船を登録して英国割当分の漁労をし、漁獲物はスペインに商品として自由移動させた。これを英国の漁民が割当破り (quota hopping) と非難し国会に圧力をかけて、1988年法が制定された。英国漁船籍を取得できなければ英国割当分は消費できないのである。

さて本件での憲法問題はこうである。一方で、伝統的な国会主権の原則では、EC 加盟後も国会は法的に無制限の立法権を保持する。政治的には EC 法に反する立法は「自粛」すべきだが、法的には反する立法をする権力を失わない（前述「究極の国会主権」論参照）。言い換えると「前の国会は後の国会を拘束できない」から、1972年 EC 加盟法（により国内受容された EC 条約規定）よりも1988年法のほうが後の法だから1988年法が適用される。さらに言い換えれば、1988年法により1972年法は黙示的に改廃された（漁獲割当制度については一定の EC 条約の原則規定を適用しないという修正が加わった）とみなされるであろう。他方で、EC 法の直接効果と優位性からすれば、それに反する各国法は排除され EC 法規定が優先的に直接に適用される。だから本件では1988年法の国籍差別的規定が排除され、英国におけるスペイン人の EC 法上の権利が優先して保護されるべきことになる。さて英国の裁判所はこのどちらをとるべきか。

本件の原告（スペイン人100%株式保有の英国設立会社）は、EC 法上の会社設立の自由や国籍差別の禁止原則を根拠に、1988年法の適用仮差止め（仮処分）や1988年法の EC 法違反を確認する宣言判決（本案）を求めて提訴した。まず仮差止めを争った部分が当時の最上級審であった貴族院上訴委員会（現在は廃止。2009年より国会から独立した英国最高裁判所となった）まで上訴された。貴族院上訴委員会は、英国法上は裁判所は国王（の名で

公布される国会制定法)に対する差止めを命じられないとした。しかし EC 法上は仮の救済がありうるかもしれないとして、その点を EC 裁判所に付託した⁽⁵⁰⁾。実際 EC 裁判所は、EC 法上の権利を実効的に保護するために仮の救済を英国の裁判所は英国法上の障害を「排除 (set aside)」してでも認める義務があると裁定した。⁽⁵¹⁾(しかしすでに提訴から 2 年たち、原告に休業による利益逸失の損害がでていたため、原告は仮差止めから損害賠償へと請求を変更した。) EC 裁判所の先決裁定を受けて、貴族院上訴委員会は、本案の訴訟で 1988 年法の EC 法違反が認められるなら、英国の裁判所は直接効果のある EC 条約の規定を 1988 年法に優先して適用することを明言した(その後 EC 裁判所は 1988 年法の EC 条約違反を認定し⁽⁵²⁾、最終的には原告の損害賠償請求が認容された⁽⁵³⁾)。

この一連の事案でブリッジ裁判官 (Lord Bridge) が国会主権の原則にふれて EC 条約規定の優先適用をすべき英国法上の理由を説明している。

(α) 「1972 年 EC 加盟法 2 条 4 項によって、1988 年法は直接行使可能な [EU 法上の] 権利に従うように解釈され効力をもち、そのような権利は 1972 年 EC 加盟法 2 条 1 項によって、法として承認され…る。これはあたかも 1988 年法に、英国漁船の登録に関する規定は EC のあらゆる構成国の国民の EC 法上の直接援用可能な権利を害することがないものとする、という規定が挿入されたのと全く同一の効果をもち」⁽⁵⁴⁾。(下線筆者)

(β) 「EC 内において EC 法が構成国法に優位することが EEC 条約に必ず

(50) R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame [1990] 2 AC 85 (HL, 1989).

(51) R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame [1990] ECR I-2433 (ECJ)

(52) R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame Ltd. [1991] ECR I-3905.

(53) R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame Ltd. [2000] 1 AC 524, [1999] 4 All ER 906.

(54) R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame Ltd. [1990] 2 AC 85 at 143C per Lord Bridge.

しも内在するものではないとしても、明らかに EC 裁判所は英国が EC に加盟する以前に判例でこの優位性をすでに確立していた。したがって、国会が 1972 年 EC 加盟法を制定したときに受け入れた主権のいかなる制限も、完全に自発的なものであった。1972 年 EC 加盟法の文言からして、英国の裁判所は…直接適用可能な EC 法と抵触すると判断された国内法のあらゆる規範を覆す義務を負っていることがつねに明らかであった。…したがって、EC 法が適用される分野において、EC 法に優位性を与えることは何ら新奇なことではない。また、EC 法上の権利を保護するために仮の救済を与えることが適当な事案において、…当該救済の付与を国内法に妨害されないと英国の裁判所が述べることは、前述の優位性を承認することの理論的な帰結に他ならない。⁽⁵⁵⁾」(下線筆者)

(α) の部分は、1972 年法 2 条 (直接効果ある EC 法の国内受容と優先性付与) が、EC 加盟後にできる国会の制定法 (たとえば 1988 年法) に「挿入された」も同然の効果をもつという。これを伝統的な言い方でいえば、前の国会が後の国会を拘束するも同然ということである (さらに英国風には、1972 年法 (前の国会の法) は後の国会の立法 (1988 年法) による黙示的改廃から「防御された (entrenched)」とも表現できる。)。また (β) の部分は、そう解釈できる理由として、国会が 1972 年法制定当時までに確立していた EC 法の直接効果と優位性のことを承知しそれに自発的に同意して、自らの対内主権も制限したのだから、という。

このブリッジ裁判官の理由づけは、対外主権 (対外的な国家の行動の自由) は同意して制限できるという論理を対内主権 (国会はつねに法的に無制限の絶対的な立法権をもつ) にも転用している。たしかに EC 法は (国際的国内法) であるから、EC 法の視点を重視すればこの転用も成り立つ。だが英国憲法の視点からすれば、転用の結果、対内主権の絶対的な性質が、国会自らの意思で制限できる相対的な性質に変容し、従来の絶対的な対内主

(55) R. v. Secretary of State for Transport, ex p. Factortame Ltd. [1991] AC 603 at 658G-659C per Lord Bridge.

権概念との断絶が生じる。その点をブリッジ意見は何ら釈明していない。

それゆえ伝統的な対内主権の絶対的概念に忠実なウェイドは、Factortame 事件判決を「憲法革命 (constitutional revolution)」と評した。⁽⁵⁶⁾ 1955年のウェイド論文風にいえば、新たな EU 権力が国内に浸透する政治事実から (ブリッジ裁判官ら) 裁判官の胸の内に新たな服従認識が芽生え、根底原則に変化が生じたことになろう。同論文では、政治革命で裁判官の服従認識が変わる例が挙げられていたが、EC 法との関係では、国会が 1972年法を通して裁判官に EC 法の支配への服従を命じ、かつ EC 裁判所も EC 法の優位性原則を示して各国の裁判所に EC 法の支配への服従を命じたため、裁判官の胸の内に静かな「憲法革命」が生じたことになる。ウェイドはいう。

「EC 加盟はすべての構成国に、抵触する国内法が EC 法に劣後することを保障する義務を課す。1972年法は、不器用ながら、その旨を明文で規定している。いまや国会の制定法は、より上位の法 [EC 法] に服することになったのであり、その範囲で一段低い立法の地位となった。…古い無制限の主権の名残りは、国会が条約に故意に違反する立法を行うことができる点だけにある。…1972年の国会は明らかに後の国会を拘束することに成功したのであり、これは EC 条約を尊重する必要から起きた。貴族院はこの憲法革命 (constitutional revolution) については一言も触れていない。しかし、今後の展開は興味深い。…」⁽⁵⁷⁾

だが本件での「憲法革命」は、1972年法2条があらゆる後の国会を拘束

(56) H. W. R. Wade, “What has happened to the Sovereignty of Parliament?” (1991) 107 LQR 1-4. *See also, ditto*, “Sovereignty: Revolution or Evolution?” (1996) 112 LQR 568-575. *Cf.*, Paul Craig, “Sovereignty of the UK Parliament after Factortame” (1991) 11 YBEL 221; John Laws, “Law and Democracy”, [1995] P. L. 72-93.

(57) H. W. R. Wade, “What has happened to the Sovereignty of Parliament?” (1991) 107 LQR 1-4, at 2-4.

するほどの（あらゆる EC 法が抵触するあらゆる後の国会立法に優先する結果をもたらすほどの）徹底したものではなかった。本件の事実をみると、1988年法は明文では1972年法を覆しておらず、関連する EC 法を明文で否定していたわけでもない。つまり国会は EC 法に反する意思を明文で明白に示した事例ではなく、含意により黙示的に反した事例であった（もっとも立法過程からすれば意図的に反した事例に近いが、法文には意図が表明されていないので黙示的な違背の事例となる）。ゆえに、Factortame 事件の判旨は、国会主権の原則の部分的修正にとどまると理解される。すなわち、EC 法に関係する後の国会の立法は黙示的には前の国会の立法（1972年法）を覆せなくなった。だが後の国会は明示的に前の国会の1972年法を覆す立法権は未だにもっている。その意味での「究極の」国会主権は残っている。だが国会が EC 法や1972年法に明示的に反する意図を1972年法よりも後の立法で明示的に示さない限りは、当該立法と EC 法との抵触においては、1972年法 2 条にもとづき EC 法が優先適用されるべきものとなる（上記ウェイドもこの理解）。⁽⁵⁸⁾ そういう中間的な革命であった。

かくして Factortame 事件以後、後の国会が明示的に1972年法を改廃す

(58) これが裁判所、学説、政治実務の一致した理解である。判例では、*e.g.*, Jackson v. Her Majesty's Attorney General [2005] UKHL 56, [2006] 1 AC 262, [2005] 4 All ER 1253. 学説では、*e.g.*, Paul Craig, "Sovereignty of the United Kingdom: Parliament after *Factortame*" (1991) 11 Y. E. L. 221-255; T. R. S. Allan, "Parliamentary Sovereignty: Law, Politics and Revolution" (1997) 113 L. Q. R. 443-452; Ian Loveland, "Parliamentary Sovereignty and the European Community: the Unfinished Revolution?" (1996) 49 Parl. Aff. 517-535; Paul Craig, "The ECJ, National Courts and the Supremacy of Community Law" in Ingolf Pernice and Roberto Miccu (eds.), *The European Constitution in the Making* (Nomos, 2003) 35-51; Mark Elliott, "Parliamentary Sovereignty and the New Constitutional Order: Legislative Freedom, Political Reality and Convention" (2002) 22 L. S. 340-375, *ditto*, "The Sovereignty of Parliament, the Hunting Ban, and the Parliamentary Acts" (2006) 65 Cambridge L. J. 1-4. 政治実務では、*e.g.*, House of Commons Debate (on EU Constitution) HC Deb. 24 Mar 2004, vol. 419, col. 318.

る立法権を未だもつ限りで、国会主権の「究極の」部分が残ると法的にも政治的にも理解され、実際、その残存部分により、2016年の国民投票の結果、国会は2018年 EC 脱退法を制定し、明文で1972年法2条を廃止した。

(c) メートル法殉教者事件 (“Metric Martyr” Case)

なお Factortame 事件以後、下級審判決ながら、英国と EC の統治権力の配分と正統化について英国憲法の視点から整理して体系的に示した判例として注目に値するのが、いわゆる「メートル法殉教者事件」(正式名⁽⁵⁹⁾ Thoburn 事件)である。

事案は、度量衡に関する。EU は、域内市場での商品の自由流通を促進するため度量衡をメートル・キログラム法で統一する指令を1979年に制定⁽⁶⁰⁾し、英国については実施猶予期間を設け、その間は英国の伝統のヤード・ポンド法の併記を認めた。猶予期間は英国の要請により再三延長⁽⁶¹⁾された。その間に英国国会は1985年の立法で、ヤード・ポンドとメートル・キログラムを同等の法定単位と定め、施行規則で EU の度量衡指令を実施し、違反に罰則⁽⁶²⁾を設けた。

本件の被告人らは露店の青果商であり、2000年に青果をヤード・ポンド法だけで表記かつ計量販売し、メートル・キログラム法を併用しなかったため、1985年法施行規則違反の罪で起訴された。被告人らは施行規則が無効ゆえ無罪と主張した。その主張では、1985年法がメートル・キログラム法とヤード・ポンド法を同等と規定し、個人に単位法の選択の自由を与えているが、EU 指令は単位法の併記を義務づける。両者は黙示的に抵触している。この場合「国会主権の原則」によれば後法は前法を黙示的にも改

(59) Thoburn v. Sunderland City Council [2002] EWHC 195 (Admin), [2003] Q. B. 151, [2002] 4 All E. R. 156, [2002] 1 CMLR 50.

(60) Directive 80/181/EEC [1980] OJ L 39/40.

(61) Council Directive 89/617/EEC [1989] OJ L 357/28; Directive 1999/103/EC [2000] OJ L 34/17.

(62) Weights and Measures Act 1985 (c. 72).

廃するから、EU 指令を国内法として受容する1972年 EC 加盟法は後法(1985年法)により黙示的に改廃され、ゆえに EU 指令は国内法的効力をもたず、しかも EU 指令を実施する国内施行規則も母体の制定法規定には反することができないので無効だ、というのである。しかし原審は有罪判決を下し、高等法院も上訴を棄却した。この刑事裁判は、支援者やマスコミが訴追された被告人らを「メートル法殉教者 (Metric Martyrs)」と呼び、EU の横暴の例として喧伝し耳目を集めた。⁽⁶³⁾

高等法院で上訴棄却の法廷意見を述べたローズ (Laws) 裁判官は、Factortame 事件のブリッジ意見がすでに1972年 EC 加盟法は後法による黙示的な改廃を受けないと判断しているので被告人らの主張は通らないと述べる (判決59-61段)。

そのうえで、ローズ裁判官は新たな理由も追加する。すなわち、Factortame 事件以後もコモン・ローは発展し、2000年代の現在、「基本的ないし憲法的権利 (a fundamental or constitutional right)」を認めるまで成熟した。ゆえに国会立法にも「通常の (ordinary)」制定法と「憲法的 (constitutional)」制定法の区別があつてしかるべきである。そして憲法的制定法は、それを改廃する立法者の現実の意思を明確に示す証拠 (その旨の明文や一義的に明確な文言) が後法にない限りは、後法によって改廃されないと考えるべきだ、というのである (判決61-63段)。ローズ裁判官によれば、憲法的制定法とは、「市民と国家の法的関係のある程度一般的に包括的に規律するようなもの」または「基本的憲法的権利の範囲を拡大または縮小するようなもの」である。1689年の権利章典や1972年 EC 加盟法や、欧州人権条約の国内受容・実施をする1998年人権法などがこれにあたる (判決61段)。

(63) “Metric martyr’ convicted” Guardian, 9 Apr. 2001 <https://www.theguardian.com/uk/2001/apr/09/2> ちなみに英国政府も、EU の度量衡単位統一政策に反発しており、1979年指令が両単位の併記を猶予期間中のみ認めたところを、猶予期間の再三の延長に持ち込み、本件判決後ながら2009年に併記を無期限に認めるよう指令を改正させることに成功した (Directive 2009/3/EC [2009] OJ L 114/10)。

進んでローズ裁判官は、EU法と英国法の関係についても言及した。いわく、その関係は4つの命題に集約できる。①EU法が作り出すあらゆる具体的な権利義務は、1972年EC加盟法により英国法に受容され、英国法において最上位の規範となる。②1972年EC加盟法は憲法的制定法であり、黙示的には改廃されない。③憲法的制定法という分類はコモン・ローが与える分類である。④ゆえに英国とEUの関係の法的基盤は最終的には英国法にある(判決69段)。命題の①と②はEU実体法の優位性を保障し、命題の③と④は、EU実体法の優位性を認める法的根拠を国会が与えるという意味で国会の優位性を保障する。ゆえに「EU法の優位性」と「国会主権の原則」は適切な均衡のもと調和的に理解できる、と(判決70段)。

このローズ裁判官意見は、立法権力の存在状況についてEUと英国の間に法的かつ事実的配分が生じていることを一方で認めつつ(①②)、他方であくまでもその配分は国会の決定がもたらしたとコモン・ロー=裁判所が認めるので正統性をもつと論じている(③④)。法的な主権の論じ方に忠実である。

しかし同時に、伝統的な国会主権の原則から離れ、Factortame事件を代表とする判例法に現れた裁判官の憲法認識(根底原則)が変化し、現在では1972年法は「憲法的」制定法で通常の制定法とは異なると法的に位置づけられるにいたったと論じている(それゆえ、後法が通常の制定法の場合、1972年法は黙示的には改廃されないと論じる)。③の憲法的かどうかの分類はコモン・ローが与えるというのは、まさに〈1972年法により国会がEU法の優位を受け入れたという政治事実〉に裁判官が服従する認識(根底原則の認識)であることを示す。ここにローズ裁判官の「胸の内」(憲法の根底原則認識)が開陳されている。

さらにローズ裁判官の意見の斬新な点は、「通常」の制定法を凌ぐ「憲法的」制定法なる上位法があるという法的階層思考を持ち込んだ論理的帰結として、コモン・ローにおいて「基本的」または「憲法的」権利なる概

念も認めうると主張した点である。

「いずれにせよ現実世界では決して起きないことに疑いはないが、万一ヨーロッパの措置が英国法の保障する基本的または憲法的権利に反するように見えるときは、1972年 EC 加盟法の一般的文言が、当該措置を受容して国内法に優先する効果を与えるに足りるものであるかどうかは問題になろう。しかし、それは本件からかけ離れた問題である」(判決69段)(下線筆者)

これは明らかに傍論であるが、端的に言えば、EU 実体法に照らして英国国内立法の適用拒否をするのと同様、逆に英国のコモン・ロー上の「基本的または憲法的権利」に照らして、EU 実体法の適用拒否もなしうる論理的可能性がある、これが「基本的または憲法的」権利論・制定法論のもつ潜在的可能性だ、とローズ裁判官は言うのである。

ここまでくると明らかに、英国憲法上の裁判所の位置づけが変化していることがわかる。英国の裁判所は、国会に対しても EU に対しても、コモン・ロー＝裁判官の胸の内から認識される「憲法的権利」にもとづいて、違憲立法審査ができるといっている。ダイシーの唱えた古典的な「国会主権の原則」は法的に無制限の立法権を想定し、裁判所の違憲立法審査を否定し、特定の実体内容を基本権や憲法的の権利として格別に保障する発想は皆無であった。ローズ意見では国会の立法権も EU の立法権も法的に制限可能なものへと転換し、裁判所が違憲審査可能なものとなる。

ローズ裁判官の憲法論が、実体的に無限で手続・形式論的な制約だけを課すダイシー流の「国会主権の原則」から、特定の実体権の格別保障的な憲法へと質的な転換をめざそうとしていることは、彼の裁判外での発言からも知れる。1994年の講演をもとに1995年に発表した論文で彼は、今日の

(64) John Laws, "Law and Democracy" [1995] Public Law 72. See also, John Laws, "Is the High Court the Guardian of Fundamental Constitutional Rights?" [1993] Public Law 59; *ditto*, "Judicial Remedies and the Constitution" (1994) 57 M. L. R. 213.

憲法は民主主義政体を構築し維持するためのものであること、そのためには言論・表現の自由がとりわけ保障されるべきだという持論を展開する。その際に、伝統的な「国会主権の原則」を憲法公理として鵜呑みにする態度を批判し、欧州人権条約に掲げるような基本権やコモン・ロー固有に認めてきた様々の基本的・憲法的権利があり、時の政府の立法による侵害からそれらを守ることこそ、民主主義政体と法の支配を保障する裁判所の固有の役割であると主張する。またEU法については、国会が一定の統治権限をEUに「委任 (delegate)」したにすぎず、ゆえに英国においてEU法が当然に上位法なのではなく、国会がそういう地位を恩恵 (grace) で認めている間だけそうなのだと述べている。

このようなローズ裁判官の傍論は、その後の英国の判例では明示的な支持を得ていないが、英国においても上位法としての憲法規範をコモン・ロー (判例法) において観念し、しかも裁判所による国会やEUの立法の違憲審査も可能だと論じる余地が内在することは注目に値する (実際、後にみる脱退時の Miller 事件最高裁判決にも暗黙裡に取り込まれたようにみえる⁽⁶⁵⁾)。

(2) 国会主権の原則の修正——裁判所と国会の法的関係の変化

Factortame 事件は、裁判所の国会に対する法的関係を変化させた。伝統的な国会主権の原則のもとでは、国会が裁判所よりも優位にあった。国会以外の何人も (ゆえに裁判所も) 国会の制定法を拒否し、覆し、あるいは修正することができないとされた。ところが EC 法の支配に服従し始めた英国の裁判所は、EC 法の適用される範囲では、国会より法的に優位にたち、EC 法に反する国会制定法の差止め (適用拒否) を認めるようになった。さらに Factortame 事件以後、貴族院上訴委員会を含めて英国の裁判所は、EC 法にもとづき国会制定法が EC 法違反かどうかを審査するようになり (EC 法にもとづく違憲立法審査)、EC 法違反を認めたときには当該国会制定法の適用を拒否し、また直接効果のある EC 法を適用してき

(65) 後述 4 (2) (a) 参照。

た。

(a) EOC 事件

EC 法にもとづく違憲立法審査の典型例は、1995年の EOC (男女機会均等委員会)⁽⁶⁶⁾ 事件である。事案は、1978年の英国の制定法 (解雇給付の受給資格発生要件をフルタイム労働者は勤続2年、パート労働者は勤続5年とした) が、直接効果のある EC 法 (男女労働者の同一労働同一賃金原則を定める EEC 条約119条) に反するとして EOC が政府を訴えたものである。本件の貴族院上訴委員会は、EC 裁判所の先例で EEC 条約119条が直接的な賃金差別のみならず、(性別以外の区別基準を用いるが実際には性別基準を用いた差別に等しい結果をもたらす) 間接的な賃金差別も禁じると解釈したことに従い、パート労働者の大部分が女性、フルタイム労働者の大部分が男性という英国の社会現状に照らし、1978年法は EC 法の禁じる間接的賃金差別にあたりと判断した。ただし政府が性別以外の客観的理由によりパートとフルタイムの労働者の受給資格発生年限の違いを設けたことを正当に立証できる場合は別であるがその立証できなかつたので、1978年法は EEC 条約119条違反であると確認する宣言判決を下した (結果、国会は法改正を迫られた)。

(b) Marshall 事件

さらに EC 法の実現を阻む英国法を排除し EC 法を優先適用した例は、1980年代から10年越しの訴訟となった Marshall 事件⁽⁶⁷⁾ である。事案は公務員の男女定年格差により生じた損害賠償の訴えである。原告は NHS (国民保健制度) 病院の栄養士であり、当該国営病院では男子65歳・女子60歳

(66) R. v. Secretary of State for Employment, ex p. Equal Opportunities Commission and Day [1995] 1 AC 1, [1994] 1 All ER 910 (HL).

(67) M. H. Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching) [1994] 1 AC 530.

が定年とされていたため、男子よりも早く退職を強いられた。英国法(1976年性差別禁止法)には定年の定めを男女平等原則の適用除外とする明文があった。一方、EC法(1976年平等待遇指令)は退職条件を含めて男女平等原則を義務づけていた。両者は適合解釈できない。そこでEC法が直接適用された。⁽⁶⁸⁾次なる問題は労働審判所の管轄権であった。本件を含め多くの労働法事案の事実審管轄は労働審判所と法定されていた。そして当時の制定法の定めでは、労働審判所が扱えるのは損害額6250ポンド以下の事案であった。ところが本件原告の損害額は18000ポンド強である。労働審判所はEC法上の権利の実現のために、制定法の上限規定の適用を拒否し、多額の賠償金を付与できるか。こうして国会主権の原則に関係する論点が生じた。貴族院上訴委員会までこの論点が上訴され、⁽⁶⁹⁾同委員会はEC裁判所のEC法解釈を仰いだ。EC裁判所は、(先のFactortame事件と同様に)EC法上の権利の実効的実現のためには、それを阻む英国法の規定を「排除」してでも実現する義務があると裁定した。⁽⁷⁰⁾貴族院上訴委員会もこれを受け入れ、制定法上の損害額上限規定を排除し原告に満額の賠償を労働審判所は認めうると判断した。⁽⁷¹⁾

この事案もEC法にもとづく違憲立法審査により、制定法を排除してEC法を直接適用した例である。そしてEC法の適用範囲では、英国の裁判所は国会に対して上位に立っている。(1972年法を制定した)英国会と(1972年法の指示に従いEC法にも服従するようになった)裁判所がEC法の優位性・直接効果を受容した結果、EC法に反する国会制定法には従わな

(68) Case 152/84, *Marshall v. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority* [1986] ECR 723.

(69) *M. H. Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)* [1986] ECR 723; [1988] 3 CMLR 389 (IT), [1989] 3 CMLR 771 (EAT), [1990] 3 CMLR 425 (CA).

(70) Case C-271/91, *Marshall v. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority* [1993] ECR I-4367.

(71) *M. H. Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)* [1994] 1 AC 530.

い裁判所という新たな、裁判所の国会に対する優位の関係ができた。⁽⁷²⁾

(3) EC から EU へ (EU の権限拡大)

(a) EU (マーストリヒト) 条約 (1992年締結、1993年発効)

1993年発効の EU 条約 (マーストリヒト条約) は、EC を独立に存続させつつ、それとは別に EU を創設し、EU 諸国政府が共通外交・安全保障と司法内務の分野で EU の名で協力できる制度を定めた (いわゆる EU の第 2 の柱 (外交安全保障)、第 3 の柱 (司法内務)。EC が第 1 の柱)。このとき EC 条約の一部、とくに社会政策規定について改正が試みられた。しかしひとり英国が反対し改正できなかった。そこで英国以外の EU 諸国は改正内容を「社会政策議定書」にまとめ EC 条約の付属文書 (第 17 議定書) にして英国以外の EU 諸国のみ拘束し適用されるものと規定し、英国もその扱いに同意する旨を記した。

こうした EU 条約および「社会政策議定書」を附属する EC 条約への英国政府の署名は英国法上違法であることの確認を求める訴訟が英国の裁判所に提起された (Rees-Mogg 事件)⁽⁷³⁾。「社会政策議定書」の論点は法技術的であったが、EU 条約が「共通外交・安全保障政策」を EU の権限とした点については、国王の外交大権を EU 機関に移譲することになり違憲だ⁽⁷⁴⁾という主張を原告はした。

しかし高等法院は、Blackburn 事件を先例として引用し却下した。政府による条約締結は国際法上の行為であって国内法にただちに法的効力も効

(72) 近時の例として、Benkharbouche v. Embassy of the Republic of Sudan; Janah v. Libya [2015] EWCA Civ 33, [2016] QB 347, [2015] 2 CMLR 20, [2016] 1 All ER 816 (外国大使館の被用者の不当解雇等の訴えについて、国家免責を認める制定法を「排除」して EU 法上の権利にもとづく訴訟を受理すべきだとした。)

(73) R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, *ex parte* Rees-Mogg, [1993] QB 552, [1994] 1 All ER 457, [1994] 2 WLR 115.

(74) ちなみに本件の原告の William Rees-Mogg は、現在の EU 脱退派の急先鋒 Jacob Rees-Mogg 議員の父である。

果も及ぼさないので司法審査できないという⁽⁷⁵⁾。さらに裁判所は、仮に司法審査可能としても、EU条約の共通外交・安全保障政策の諸規定によりEU諸国間に当該共通政策がとられうるが、この政策権限はEU機関における諸国の全会一致があるときにしか行使できないから、国王の外交大権の放棄や移譲ではなく、諸国との協調行使であるとして、原告の主張を退けた⁽⁷⁶⁾。

この判決は、Blackburn事件を確認している点でも、また英国の対外主権の行使について法的制限を受け入れている点でも、伝統的な判例の立場に忠実である。またこの判決ではEU法の性質分析がなされていないが、マーストリヒト条約段階でのEU第2・第3の柱の法的措置は、EU各国内に直接効果を生じないものとして明文で規定されていた。ゆえにECの制度での法的措置と異なり、当時のEU第2・第3の柱での法的措置は対内主権を制限しないから、国会主権を脅かすものにならないという点も指摘されてよい⁽⁷⁷⁾。

(b) 欧州憲法条約(2004年締結、発効せず失敗。)

EUはその後、基本条約の改正を繰り返し、21世紀にはいると、EU諸国の国政議会代表も参加させたEUの将来諮問会議を開催し、同会議は2003年に欧州憲法条約草案をまとめた。それをもとにEU諸国が2004年に欧州憲法条約を締結した⁽⁷⁸⁾。この際、英国のブレア労働党政権は批准につ

(75) [1994] 1 All ER 457, at 469.

(76) *Id.*, at 470.

(77) 詳しくは、中村民雄「マーストリヒト条約以後のEC法とイギリス憲法体制」日本EC学会年報15号(1995年)84-107頁。

(78) 欧州憲法条約の起草経緯、内容、全文翻訳は、衆議院憲法調査会(中村民雄執筆)『衆憲資56号 欧州憲法条約一解説及び翻訳一』(衆議院憲法調査会事務局、2004)

[http://www.shugiin.go.jp/itdb_kenpou.nsf/html/kenpou/shukenshi056.pdf/\\$File/shukenshi056.pdf](http://www.shugiin.go.jp/itdb_kenpou.nsf/html/kenpou/shukenshi056.pdf/$File/shukenshi056.pdf)

いて国民投票を約束した。⁽⁷⁹⁾ところが英国より先にフランスとオランダの批准国民投票が行われ、両国で否決票が明確な多数となった。⁽⁸⁰⁾欧州憲法条約の失敗はほぼ確実となり(全 EU 諸国の批准が発効に必要)、英国での国民投票は立ち消えとなった。

(c) 改正 EU (リスボン) 条約 (2007年締結、2009年発効)

リスボン条約は、欧州憲法条約の大部分の規定を既存の EC 条約および EU 条約の改正により実現したものである。

そこで2008年の Wheeler 事件の原告は、⁽⁸¹⁾英国政府が欧州憲法条約の批准国民投票を約束していたことに注目し、リスボン条約は欧州憲法条約と「同等の内容である (having equivalent effect)」から、国民はリスボン条約についても批准国民投票に正当な期待 (legitimate expectation) をもつので、政府が批准国民投票実施法案を提出する義務があると主張し、その旨の確認を求めた。

しかし高等法院は訴えを棄却した。理由は、欧州憲法条約とリスボン条約には看過できない法的な違いがある。ゆえに「同等の内容」といえない。しかも政府はリスボン条約を国民投票にかけないと一貫して述べてきた。だから国民にリスボン条約の批准国民投票の期待も生じていない、⁽⁸²⁾というにあった。さらに裁判所は、仮に正当な期待があったとしても、国際条約の批准も国民投票の決定も国会のする行為であり、裁判所はこれらに介入すべきでないというのが確立した判例法である。よって裁判所は国会に国民投票の実施を強制できない。また国民投票の不作為の違法宣言も、実

(79) “Blair confirms EU referendum u-turn” Guardian, 20 Apr. 2004. <https://www.theguardian.com/world/2004/apr/20/eu.politics6>

(80) “French say firm ‘No’ to EU treaty”, BBC News, 30 May 2005. <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/4592243.stm> “Dutch say ‘devastating no’ to EU constitution”, 2 June 2005. <https://www.theguardian.com/world/2005/jun/02/eu.politics>

(81) R (Wheeler) v. Office of the Prime Minister [2008] EWHC 1409 (Admin).

(82) *Id.* paras. 32-40.

施強制と同等の効果をもつので、認められない、と判断した。⁽⁸³⁾

このように英国の裁判所は、EU法の適用に関係しない純粋の英国法上の国会や政府の行為（EU法を英国法としてどういう手続きで受容するかは純粋に英国法の問題である）については、伝統的な二元論と国会主権の原則の立場にたって司法審査権を及ぼさない伝統的立場を維持した。この点で、Factortame事件判決にみられるように、EU法の適用に直接関係する事案と大きく対応が異なっている。

4. EU 脱退時の議論

(1) 2000年代の政治的実践——国民投票の増加

英国政治で2000年代前後から顕著になったのは、referendum（文脈により国民投票または住民投票）の多用である。英国政治における referendum の実践については、貴族院憲法問題委員会の2010年報告書『英国における referendum』⁽⁸⁴⁾（以下、報告書）に整理されている。それによれば、全国規模の国民投票は、1975年のEC加盟継続の是非を問うた国民投票まで例がなかった。地域規模の住民投票は、1978年スコットランド分権法の発効要件とされたスコットランド住民投票（分権賛成過半数かつ当該賛成票が有権者の40%以上という要件を充足せず法は不発効）、そして1998年分権法の制定に先立つ1997年の関連地域の住民投票であった（スコットランド議会、ウェールズ議会、大ロンドン自治体の設置の是非、北アイルランドに関する英国とアイルランドのベルファスト合意の賛否が問われた）。そして2000年に「政党・選挙・国民投票法（Political Parties, Elections and Referendums Act 2000）」（以下PPERA）が作られ、選挙・国民投票等の実

(83) *Id.* paras. 46-51.

(84) House of Lords Select Committee on the Constitution, *Referendums in the United Kingdom* (2010).

施手続が定められ、選挙管理委員会が設置された。これ以後、国民投票・住民投票は PERA の定める手続に従い実施されている。2004年に北東イングランド広域議会の設置是非をめぐる関連地域住民投票が実施され否決された。[なお本稿筆者が追加すれば、2004年の欧州憲法条約の批准国民投票をブレア政権は公約しつつ不要になったため実施しなかった例も挙げられよう。また報告書の発表以後の全国規模の実践例としては、2011年に庶民院の選挙を小選挙区制から Alternative vote (疑似比例代表制) に変更することの是非を問う国民投票が実施され否決された⁽⁸⁵⁾。そして2016年 EU 加盟継続か脱退かの国民投票が行われた。]

報告書によれば、どのような内容を国民投票に問うかについては一貫した論理は見出しがたい(報告書87-89段)。報告書は、国民投票が国会主権の原則と両立するとの前提のもとで、国民投票の長所と短所を指摘し、結

(85) *Id.* paras. 1-9 and Box 1.

(86) そもそも代表民主制の国会を主権者とする考えと、直接民主制の一形式であり人民主権に親和的な国民・住民投票制度は両立しがたい。ダイシーは生前最後の『憲法序説』第8版の序文で、「法案が国会両院で可決されても、国王の裁可を得るまでに選挙民の投票による過半数の承認を得なければ制定法として成立しないとすする制度」としての国民投票を想定し、これは「人民の拒否権 (people's veto)」にすぎず、必要な立法を国民投票で拒否したとしても、たかだか一時的に立法を遅らせるだけである。むしろ庶民院の政治はますます政党の影響下で展開しているので、国民投票はその権力行使を監視する役割をもつ。国民投票は不健全にも働くときもあろうが、国会庶民院の多数を占める政党の絶対的権力行使を抑止する強力な武器となる。国民も国民投票の機会を得て知的な誠実さを促されるだろう (cviii-cxvi)、と論じた。A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed. (1915) (Liberty Classis reprint, 1982)

しかし、人民の拒否権的な国民投票を想定しても、その議論には疑問が残る。たとえば2011年 EU 監視法は EU の権限拡張方向での EU 基本条約改正すべてを国民投票にかけるものであるから、当該条約改正を批准したいときの国会は、国民投票での否決が続く限り、膨大な費用をかけて何度も国民投票を繰り返さなければならない (EU 基本条約の改正はすべての構成国が批准しないと発効しない—EU 条約48条4項・6項)。国会は得たい結果を得るために2011年法を廃止する制定法をつくることになりかねない。これは法的にはありうる選択肢だろうが、現実の政治において度重なる民意を欺いて、逆に2011年法を廃止する立法を強行する国会は民

論として、国民投票はこれまでアド・ホックに利用され、しかも「しばしば時の政権の戦略的な手段として利用されてきた」という重大な欠点があるので、「英国の政治および憲政の慣行となる可能性はある (Referendums may become a part of the UK's political and constitutional practice.)」〔下線筆者〕が、可能な限りどのような場合に国民投票を実施するのが適切かについて政党を超えた合意を形成すべきである、と述べている(報告書62段)。そして国民投票は多用されるべきではなく、「根本的な憲法問題(fundamental constitutional issue)」に絞り謙抑的に用いられるべきと提言した(報告書64-65段)。

報告書は、何が憲法問題なのかが不文憲法国の英国では不透明ではあるものの、少なくとも例示的に「根本的な憲法問題」を列挙することはできると論じ、次を例示した(報告書94段)。すなわち、君主制の廃止、EU脱退、英国内のいずれかの地域住民(nation)が連合王国から離脱すること、

主的正統性を失い、その時までですでに政治的にはそういう強行立法作業は不可能同然になっているだろう。この事態に接したとき、事実上の政治的影響力を上回る正統性を内在的に示し得ないようなダイシーの法的な国会主権の原則論は、権力の正統化理論として説得力に欠けるのではなからうか。See also, Peter Leyland, "Referendums, Popular Sovereignty, and the Territorial Constitution" in Richard Rawlings et al (eds.), *Sovereignty and the Law* (Oxford U.P., 2013) pp.145-164.

(87) 報告書が掲げる国民投票の長所は、①民主的意思決定を強化する、②成文憲法のない英国において後の国会の制定法により覆されにくい制定法を事実上作り出せる(国民投票の結果作られた制定法を後の国会は通常の立法手続での制定法では事実上覆しにくい)、③社会を二分するような争点に決着をつける、④重大な争点について国会が安易に決断しないよう防御するものとなる、⑤市民の政治参加が高まる、⑥有権者の教育になる、⑦有権者がよく考えて投票するようになる、⑧有権者にも人気がある決定方法である、⑨代表民主制を補完するものとなる、という諸点である。他方、短所は、(a) 時の政権の戦略的手段となる、(b) キャンペーンは一部エリート主導となる、(c) 社会の少数派の利害を損ねかねない、(d) 社会改革を阻む保守の道具となる、(e) 社会を二分する争点の決着も賛否僅差ならつかない、(f) 複雑な問題を問うには適していない、(g) 本来の争点から外れた争点で賛否が決まったりする、(h) 有権者は国民投票だからといって熱心に参加するわけではない、(i) 多額の費用がかかる、(j) 代表民主制をむしろ損ねる、といった諸点を挙げている。(国民投票報告書14-58段)

国会のいずれかの議院の廃止、庶民院の選挙制度の変更、成文憲法典の制定、英国通貨制度の変更である。

以上の報告書は、EU 脱退など一定事項の決定に国民投票も（国会での決定に加えて）必要となる「憲政の慣行（constitutional practice）となる可能性はある」と政治事実の予測を述べたにとどまる。これが確立した法的な憲法習律（constitutional convention）であるとは認めていない。この点と、報告書が全体として国会主権の原則を疑わずにいる点は注目すべきである。

(a) 2011年 EU 監視法

Referendum は、とくに英国と EU 統治体制との法的関係を形成し変更する際に、用いられる傾向があることは明らかである。1975年の加盟維持是非の国民投票がそうであり（2004年のブレア労働党政権の欧州憲法条約批准の国民投票公約もそうであり）、2010年代以降、次々に制定法で国民投票の利用を規定した。2011年の EU 監視法（European Union Act 2011）、そして2015年 EU 国民投票法（European Union Referendum Act 2015）⁽⁸⁸⁾である。

2011年 EU 監視法の制定の背景をなしたのは、改正 EU（リスボン）条約の国内受容である。2010年に自由民主党と連立政権を組んだ保守党キャメロン政権は、改正 EU（リスボン）条約の国内受容のために1972年法の改正等の措置をとった。EU のますますの権限拡大に対する国内の批判は強く、そこで受容措置と並行して今後の EU 条約等の改正を牽制するために2011年 EU 監視法を制定した。⁽⁸⁹⁾

(88) 2011年 EU 監視法の詳細な分析は、Paul Craig, “The European Union Act 2011: Locks, Limits and Legality” (2011) 48 CMLRev. 1915-1944.

(89) EU は、1990年代から2000年代にかけての一連の条約改正により、立法権限をさらに広い分野にわたりもつに至った。2000年代初頭、英国の労働党政権のもとで、改正 EU（リスボン）条約が交渉されて批准され2009年に発効したが、このころ英国の国内政治には、UK 独立党（UKIP）が登場し、EU 批判の論陣を張るようになった。2010年の英国総選挙で労働党は敗れたが、対する保守党も安定多数を得られず自由民主党と連立政権を組んだ。その状況で無視できない数の保守党議員

同法は、今後の EU 条約等、EU の基本条約の改正において EU への新たな権限付与や既存権限の拡張がなされるときなどに該当するときは(法4条)⁽⁹⁰⁾、事前に国会制定法による承認だけでなく国民投票による賛成も要するものとした(法2~4条)。さらに一定の EU 関連の決定(EU の閣僚理事会での全会一致事項を特定多数決に変更する決定、EU 立法を特別立法手続から通常立法手続に変更する決定、英国のユーロ参加決定、英国の EU 検察局への参加決定、同局の権限拡大決定、シェンゲン議定書改正による英国の国境管理の撤廃決定など)についても、事前に英国国内で国会の制定法および国民投票による承認を要するものとした(法6条)。他にも、国民投票は要しないが国会制定法による承認や国会による承認行為を要する事項を規定した(法7~10条)。

が党の政策に反して UKIP の EU 批判論になびき始めた。そこで総選挙後、保守党は連立政権を維持するため党議員の統率をねらい、EU の権限拡大を監視し実効的に阻止する手段として EU 監視法を制定するに至った。

(90) 法4条を整理して記せば次の通り。条約または EU 条約48条6項(簡易改正手続)の決定が、以下の各号のいずれか該当するときは国民投票を実施しなければならない(法4条1項)。なお、本条にいう権限の拡張には、権限の制限除去が含まれる(法4条2項)。ただし、条約または EU 条約48条6項決定が、既存権限の下での従前実務の明文化、英国以外の構成国にのみ適用される規定の創設、または新規構成国の加盟条約に関係するというだけでは本条の原則に該当するわけではない(法4条4項)。

(a) EU 条約3条の目的の拡張; (b) 新たな EU 排他的権限の付与; (c) EU 排他権限の拡張; (d) 新たな共有権限の付与; (e) 既存の共有権限の拡張; (f) 経済雇用政策の調整または共通外交安全保障政策の EU 権限の拡張; (g) 新たな支援調整補完権限の付与; (h) 既存の支援調整補完権限の拡張; (i) 英国に要求もしくは義務を課す権限を EU 機関および部局に付与することまたは当該機関等の権限の制限を除去すること; (j) 英国に制裁を課す EU 機関および部局の権限を新設または拡張すること; (k) 付則1に掲げる各条文にある、全会一致、コンセンサスまたは共通の合意によるべきとの要件を除去する改正; (l) EU 条約31条2項(特定多数決で行う共通外交安全保障政策事項)について、閣僚理事会のメンバーが特定多数決による決定に反対する権利を除去または修正するような改正; (m) 社会保障、刑事司法協力および越境的局面のとくに重大な犯罪について、法案の通常立法手続を閣僚理事会のメンバーが停止できる旨の規定を除去または修正する改正。

このほか法18条(「主権条項 (sovereignty clause)」)では、「直接適用可能または直接効果のある EU 法 (すなわち、1972年 EC 加盟法 2条 1項に述べる権利、権限、責任、義務、制限、救済および手続)は、同1972年法もしくはその他の立法により認められ利用可能となることが求められるときに限り、連合王国において法として認められ利用可能となる」と規定した。これは、英国における EU 法の受容は二元論により国会制定法を通してのみなされる旨の確認、つまり伝統的な国会主権の立場の確認規定である。

以上を要するに、2011年 EU 監視法は、一方で、これ以上の EU への権限付与・権限移譲については、国会の行為(議決または制定法の採択)では足りず、国民投票による承認も要するものに変更した。他方で、同法は、EU 脱退や EU から一定の権限を英国に奪還する決定については扱っていない。ゆえに、EU 脱退や EU からの権限奪還については、同法があっても、従来の「究極の」国会主権の立場が維持され、国会だけで独自に(制定法または議決により)⁽⁹¹⁾決定できたことになる。

当時の連立政権(とくに保守党)は、2011年 EU 監視法の「主権条項」で国会主権を確認したことや、EU へのこれ以上の権限付与・移譲に関してはすべて国民投票の対象にして「国民投票のかんぬき (referendum lock)⁽⁹²⁾」をかけたことを成果として強調した。にもかかわらず与党議員の英国独立党(UKIP)移籍や与党内の EU 批判論が抑え込めなかった。ついに2013年1月23日、当時のキャメロン首相は、次の総選挙で勝利したと

(91) なお、国会主権のウェイド的理解(根底原則説)からすれば、EU 脱退や EU からの権限奪還が国会だけの決定でできるばかりではない。後の国会は2011年法を明示的にも黙示的にも制定法により覆せるというだろう。なぜなら、2011年 EU 監視法は1972年 EC 加盟法と同様に根底規範から派生した法であり、しかも2011年 EU 監視法は英国政府が EU において国家としての意思表示をするまでの事前の国内手続を規律するもので純粋に国内手続を扱うので、EU 法の適用には関係せず、古典的な国会主権の原則がなお妥当するであろうから。

(92) *E.g.*, “Minister for Europe welcomes entry into force of the EU Act” <https://www.gov.uk/government/news/minister-for-europe-welcomes-entry-into-force-of-the-eu-act>

きはEU残留か脱退かを問う国民投票を行うと公約した。⁽⁹³⁾

(b) 2015年 EU 国民投票法

こうしてBrexit政治が始まった。2015年総選挙で保守党は単独で辛うじて過半数をとり、公約通り2015年EU国民投票法(European Union Referendum Act 2015)を制定した。

同法は2000年のPPERAを一部改正し、有権者の範囲や投票方式等の手続を定める規定(法2条以下)をおくほかは、一定期間内に「英国はEUの一員として残る(remain)べきか、EUを去る(leave)べきか」を問い、国民は「EUの一員として残る」または「EUを去る」の二者択一で回答をすることを定めたにとどまる(法1条)。国民投票結果が国会を拘束する旨の規定はなかった。同法には格別、国会主権を修正ないし否定する要素はない。⁽⁹⁴⁾

(93) David Cameron, “EU speech at Bloomberg” <https://www.gov.uk/government/speeches/eu-speech-at-bloomberg>

(94) 直近の別件の国民投票には、結果に国会が拘束される旨の明文をおくものがあった。それには二つのパターンが見られた。第一は、2011年庶民院選挙制度法(Parliamentary Voting System and Constituencies Act 2011)による国民投票である。ここでは庶民院の選挙制度をalternative vote(疑似比例制)に変更すべきかどうか問われたが(法1条7項)、疑似比例制の具体的条文が同法に示されており、当該制度への変更に賛成多数なら当該条文が実施され(法8条)、反対多数なら当該条文は破棄され旧来の規定のまま(法9条)と定められていた。これは具体的な改正法内容について国民投票にかけ、その結果に国会が拘束される方式である。第二は、国民投票の結果が国会と政府を拘束して行為義務を課すが、行為内容は国民投票の段階では未確定のままにしておく方式である。北アイルランドの連合王国残留か離脱かを問うた北アイルランド法(Northern Ireland Act 1998)にもとづく住民投票では、「当該住民投票の多数によって、北アイルランドが連合王国の一部であることをやめてアイルランドの一部になるとの希望が表明されたときは、国務大臣は国会に対して、連合王国政府とアイルランド政府が合意しうる提案であって当該希望を実現する提案を提出するものとする。」(法1条2項)という規定がおかれた。これは国民投票の結果に対応した行為をする義務を政府に課しつつ(この点は拘束的)、行為の内容は未確定にしておく方式である。以上と比べ、EU脱退に関しては、2015年法はおおよそ結果拘束規定をおかなかった。直近の拘束型方式

2016年6月23日の投票までの運動期間中、脱退派は“take back control”を標語に主権の奪還を訴えた(本稿冒頭参照)。残留派は脱退のもたらす経済的な打撃を理由に残留を訴えた。結果は僅差52%対48%で脱退派の多数となり、英国はEU条約50条に規定する脱退手続を始めることになった。

(2) EU 脱退通知

EU条約50条によれば、EU加盟国は「自国の憲法上の条件に従って」一方的にEU脱退を決することができ、脱退意思を欧州理事会に通知してから2年以内に脱退条件を定める協定が締結されたときはその発効時に、その協定がないときは通知から2年の終了時に、EU条約等の脱退通知国への適用が終了するものと定める(ただし脱退通知国が申請すれば同国以外のEU諸国の全会一致で2年の期限は延長可能である)。

ところが不文憲法たる英国では、史上初のEU脱退事象を規律する「自国の憲法上の条件」は不明であった。当時の英国政府は、国民投票で脱退意思は明確に示されたので、国会の制定法による同意はいらず、政府の一存で欧州理事会に脱退意思を通知できると考えた。これに異論を唱えた原告市民らが、主権者たる国会こそ脱退意思を決する正統な機関であるから、国民投票の結果は国会への参考意見にすぎず、あくまでも国会制定法による通知承認をえて政府が通知する必要があると主張し、その確認を求めて提訴した。⁽⁹⁵⁾ Miller事件である。

を意図的に取らなかったものと推定できる。ゆえにEU脱退国民投票は、国会が「究極の」国会主権を前提に、国会を拘束しない諮問的な国民投票を意図していたといえよう。

(95) R (on the application of Miller and another) v Secretary of State for Exiting the European Union [2016] EWHC 2768 (Admin), [2017] 1 All ER 158 (High Ct.); on appeal, [2017] UKSC 5, [2018] AC 61, [2017] 2 WLR 583, [2017] 1 All ER 593 (Supreme Ct.).

(a) Miller (No.1) 事件 (最高裁判所多数意見)

第一審の高等法院は原告の主張を認め、被告による飛躍上訴を受けた最高裁判所も8対3の多数で原告の主張を認め、政府は脱退通知をする前に国会制定法による通知承認が必要であると判断した。

両裁判所ともに憲法原則を同様に用いている。高等法院によれば、英国憲法の基本は、国会主権の原則である。この原則からは、国王（の代理たる政府）が国王大権により国内の法（制定法や判例法上の人民の権利）を覆すことはできないという準則も派生する。他方、政府は国王大権（外交・条約交渉大権）を行使して国際関係を構築できるが、それは国際次元限りであって、国内次元に法的効果を直接に及ぼし、国内法上の権利義務を変更するようには行使できない⁽⁹⁶⁾。

最高裁多数意見もこれを前提にしつつ、1972年法の憲法的位置づけを詳しく考察した（「 」以外は筆者の要約。〔 〕内は筆者による補足説明）。

多くの制定法が、国際条約の内容を国内法に定め直して条約を実施している。1972年法も同様であるが、それ以上をしている。「1972年法は、EU法が改めて制定法をつくることなく英国法源となり、かつ国会制定法を含めあらゆる英国法源に優位するような法源となることを認める。…憲法的には、1972年法の法的効果は前例がない（unprecedented）〔=新機軸である〕。実際、英国のEC加盟の法的効果は、Factortame事件に至るまでは多くの法律家には完全には理解されていなかったといっても差し支えない。…もちろん、この前例のない事態〔1972年法による現在と将来のEU法の包括的受容〕は、国会主権の原則に反するものではなく、国会がそれを望み限りにおいてのみ継続する。1972年法も他の制定法と同様に廃止されうる。それゆえ我々は、英国法の基盤にある、いわゆる根底的な承認のルール（それに照らして他のルールの正統性を判断するような根底ルール）が1972年法によって変更された、あるいは1972年法の廃止で変更されるだろうといった議論には

(96) R (Miller) v The Secretary of State for Exiting the European Union [2016] EWHC 2768 (Admin), paras. 18–36.

くみしない。」（判決60段）

「もちろん、ある意味では1972年法はEU法の源だともいえる。たしかに同法がなければ、EU法は英国法上の地位をもちえない。しかしさらに根本的な意味では、そして我々の考えでは、より現実に即した意味（more realistic sense）では、英国においてEU法が適用される範囲では、EU機関こそEU法の源である。EUの立法諸機関が法準則をつくり廃するのであり、それが英国の機関の特段の承認行為もなくそのまま国内に適用される。たしかに英国政府と英国選出の欧州議会議員は、EUの立法過程に参加して結果に影響を及ぼしうが、それは今述べている点に影響しない。しかも、EUの管轄事項の多くについて〔EU立法過程で〕多数決が用いられているから、EU立法が英国内で効力をもつために英国の賛成は不可欠とされているわけでもない。なるほどEU法が自動的かつ優位的効果をもつのは1972年法のおかげであり、それゆえ同法が有効な限りのことだともいえる。だがそれは国会が依然として主権者であることの反映にすぎない。すなわち国会の承認なくして、いかなる新たな法源も誕生しえないし、また国会はそれをいつでも廃止できる。しかし、この点は我々の見解をいささかも損ねない。1972年法が有効である限りは、EU諸条約、EU立法、そしてEU裁判所がくだすそれらへの解釈が直接に英国の国内法源になっている。それを否定することは非現実的だ、と我々は考える。」（判決61段）

「1972年法は、EU法を新しい独立の優位する国内法源とし、EU法の解釈についてはEU裁判所を拘束力のある判決の源とするものといつてよい。…英国のEU脱退によりEU法は将来国内法源ではなくなり…EU裁判所の判決は…単に説得的な先例にすぎなくなり、またもはやEU裁判所への〔EU法問題に関する〕先決裁定付託もなくなる。EU法由来の法規範で英国法に転換されたものの法的地位も変更され、それらは国内法による廃止を受け、あるいはEU法と両立しないような修正を受けるものとなる。」（判決80段）

「EU脱退は、EU条約やEU立法から生じるEU法の内容の変更とは根本的に異なる。完全な脱退は、EU法に由来する特定の権利義務や準則の廃止とは、量的にも質的にも異なる。それは重大な憲法の変更なのであって、

ちょうど1972年法により EU 法が初めて英国内法に受容されたときの生じたのと同様の変更である。しかも、脱退意思の通知がなされれば、この変更は1972年法を国会が廃止しなくても生じる。英国の憲法体制にそのような甚大な変更をもたらすことを、大臣の決定や行為だけで行うのは、長年確立している根本原則〔国会主権〕に相容れないであろう。とくに国会制定法により係争の法源〔英国法としての EU 法〕が存在するようになり、その制定法により当該法源に国内法源の上下階層の頂点の地位が与えられるのであるから、ましてやそうである〔=政府の決定や行為での通知は根本原則に歴然と反する〕。」(判決81段)〔下線・波線筆者〕

Miller (No.1) 事件最高裁判決は、主権の概念との関係で、重要な判断を示した。**第一**に、ウェイド的理解の根底原則としての国会主権の原則という理解を示している(波線部)。**第二**に、Factortame 事件判決以降の現在、根底原則としての国会主権の原則は「究極の」国会主権の原則(後の国会は1972年法を明示的に覆す権力はもつが、黙示的にはもたない)であることを認めている。これは Factortame 事件を引用する点、後の国会が1972年法を「望む」ことがなくなれば廃止できるという点(望む wish という言葉は意図を示す。ゆえに不注意による黙示的な抵触では1972年法は廃止されない)、また1972年法が有効な限りは EU 法が英国法上の最上位法であるとする点を総合して導ける。

第三に、その一方で「より現実に即した」見方から、英国の憲法体制も EC 加盟時の1972年法により実質的に変更されたと評価している。つまり1972年法は、現在および将来の EU 法すべてを包括的に英国の国内法源と認め、しかも自動的に国内法となる独立かつ優位の法たる性質と地位を与えた。この結果、英国法としての EU 法は、立法過程をみれば、英国の国会がつくるものではなく、(英国政府や英国選出欧州議会議員すら多数決制度により確実な政治的統制力を及ぼせない) EU 次元の立法過程により EU 諸機関が作るものとなった。そういう特殊な英国法を作り出す特殊な統治

体制を認めたという意味で、1972年法は英国の憲法体制を変更したものと評価すべきだと述べている。**第四**に、それゆえ1972年法は、単なる国際条約の国内実施法と評価するのは妥当ではなく、むしろ新たな憲法体制を作る「前例のない」立法と評価すべきだと論じた。

第五に、脱退通知の法的効果も、同様に、英国憲法体制・国内法源の根本的変更となると最高裁は評価している。すなわち、脱退通知後、EUとの間に脱退協定がないときは、通知から2年後に英国法たるEU法は自動的に終了する効果が生じる。これはEU諸機関が作り出す英国の国内法源の一部たるEU法の消滅を、国会の承認なく、政府の行為が生むという法的効果である。**第六**に、しかし英国の憲法体制の変更や国内法源の変更などは、「長年確立している根本原則」からすれば、国会にしか正統にできない。ゆえに、政府一存の通知行為は違憲であり、国会の制定法による通知承認を要する。

以上の論理と法的評価は、かつての「メートル法殉教者事件」のローズ裁判官の傍論4命題の枠組みにほぼ対応していることがわかる(第一・第二がローズ傍論③④、第三・第四がローズ傍論①②に対応する)。またEU法の⁽⁹⁷⁾(国際法的国内法)たる性質を適切に認めている点も注目に値する。

なお、「究極の」国会主権の原則を維持するMiller (No.1) 事件最高裁判決は、2015年EU国民投票法については、同法に投票結果が国会を拘束する旨の明文がないから、投票結果はあくまで「政治的な結果であり、法的な効果ではない」と断じ、そこで法的には国会主権の原則に立ち戻り、英国の法を変えるのは国会の決定を要すると示した。⁽⁹⁸⁾また、最高裁は、脱

(97) そこで、最高裁多数意見は、EU法を国会制定法の委任立法と理解する立場を批判している。すなわち、1972年法は現実には国会が立法権の一部をEU立法諸機関へと移譲したに等しい。EU立法諸機関が英国会の立法受託者なのではなく、EU立法諸機関は英国会とはまったく独立に立法するし、1972年法ができる以前からそうしていた。もしもEU法が委任立法だったなら、Factortame 事件判決は違う結果になっていただろう、というのである。Id. para. 68.

(98) Id. paras. 121, 124.

退通知の際に分権議会の同意を得る必要はないとも付け加えている。理由は、1998年分権法は、EU 脱退はウェストミンスターの国会に留保された外交事項にあたる。また各分権議会に一定の立法権が委譲されたことに伴い、ウェストミンスターの国会が分権議会に委譲した立法事項について立法するときは事前に関連する分権議会の同意を得るという憲法習律〔“Sewel convention” の名で知られる constitutional convention の一つ〕⁽⁹⁹⁾ はあるが、これは裁判で強制できる規範ではない、というのであった。

(b) Miller (No.1) 事件 (最高裁判所少数意見)

3名の最高裁判事は、政府一存による脱退通知を合憲とみた。リード裁判官 (Lord Reed) の少数意見 (これにあと2名も賛成) によれば、一方で、政府には外交や条約交渉に関する国王大権がある。他方で、国会主権の原則もある。しかし同原則から、EU 脱退の前に国会立法の制定が義務づけられるわけではない。というのは、そもそも国会が1972年法により EU 法に与えた国内法的効果は「英国が EU に加盟する限りは」という条件つきだったからだ。二元論にたつ英国では、EU 法の国内法的効力と効果は全面的に1972年法に依存する。そして1972年法は英国の EU 加盟を義務づけてもいない。とすれば政府による脱退通知は、国会がもともと設定していた条件の (終了という形での) 履行に含めうる。ゆえに、政府は、1972年法にもとづき、国会主権の原則も害さず、国王大権による脱退意図の通知を、国会の承認立法を要せず、⁽¹⁰⁰⁾ できる。

この反対意見は、1972年法の条文解釈をもって憲法問題を解こうとした。言葉の形式論理としては成り立たなくもない論理ではある。(しかし本稿2でみたように、EC加盟時の国会は、EC加盟の実現に必要な国内法整備の目的でもっぱら審議しており、脱退まで含めて立法していたのではなかった)。だが、たとえ1972年法が「EUに加盟する限りは」という条件を設

(99) *Id.* paras. 129–130, 145.

(100) *Id.* para. 177.

定していたとしても、同法の憲法的意義はそこにはない。憲法的意義は、同法が立法権力を英国と EU の間に配分する体制変化を正統にもたらす法的効果をもつところにある。その面からすれば主権の事実と正統性の両面の変化は重大である。それを正面から論じた多数意見こそ、伝統的な国会主権の原則に即した論じ方であった。ウェイド的にいえば、根底原則に関わる問題を派生物の解釈で解こうとする反対意見は、問題の解法次元を間違えていた。

(c) タブロイド紙の裁判批判

ところが英国社会は必ずしも裁判所の多数意見に賛成はしなかった。あるタブロイド紙は、脱退通知前に国会立法を要するとした高等法院の三名の裁判官を「人民の敵 (Enemy of the People)」と糾弾し、逆⁽¹⁰¹⁾に最高裁の少数意見の三名の裁判官を「人民の代弁者 (Champions of the People)」と称揚した。これをもつて世論の代表とすることはできない。しかし、少なくともそこに潜む政治意識は、EU 脱退については52%の多数こそが人民の意思であり、それが究極の最高の決め手だという意識である。実際、Brexit 政治過程でその後生じるが、国会の中に安定した多数意思が形成されず、国会が国民投票による人民の52%の多数意思を実行できなくなると、国会を主権者として政治と法秩序を構築する伝統的な立場に対して、粗雑ながらも人民主権の論理に親和的な政治的实践が生じてきた。

(3) EU 脱退交渉

Miller (No.1) 事件により、EU 脱退の決定、EU 脱退条件の承認を正統になしうる主権者は国会であることが確認された。国会は、2017年に EU 脱退通知法 (European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017) を制定し、政府は同年 3 月 29 日に欧州理事会に対して正式に脱退意思を通

(101) Daily Mail, 4 Nov 2016.

(102) Daily Mail, 25 Jan. 2017.

知した。同年 6 月 19 日、脱退協定交渉が EU との間で始まった。

(a) 2018 年 EU 脱退法

EU との脱退協定の交渉中、国内では 2018 年 EU 脱退法 (European Union (Withdrawal) Act 2018) が制定された。同法は脱退によりこれまであった人々の EU 法上の権利や法的地位が突然消滅しないように法的連続性をもたせ、また政府が EU と妥結する脱退協定について国会が、通常の国際条約よりも厳格に審査して批准するための手続を定めた。

そこで同法はまず、2019 年 3 月 29 日午後 11 時を「脱退日」に指定して (法 20 条 1 項)、その期日に 1972 年法を廃止することを規定したが (法 1 条)、同時に、脱退日に有効の EU 法を脱退日以後も有効なまま (当面) 保持するため、「保持 EU 法 (retained EU law)」なる類型の英国法を設けた (法 2・3 条)⁽¹⁰³⁾。ただし、EU 法上の基本権・人権を列挙する EU 基本権⁽¹⁰⁴⁾

(103) 「保持 EU 法」には二類型ある。第一類型は「EU 法由来の国内立法 (EU-derived domestic legislation)」である。EU 法 (EU 指令等) に由来するがすでに国内法に転換されているものは、脱退日以後も有効と定める (法 2 条)。この類型の立法には 1972 年法にもとづく省令等の従位立法もあるため、1972 年法廃止後も有効と規定する必要があった。この類型の国内立法は、脱退日以後も、それ以前と同等の法的地位をもつ。そこで EU 法由来の国内立法が国会制定法 (首位立法) ならその地位を、また例えば 1972 年法にもとづく従位立法ならその地位をもつことになる (法 7 条 1 項)。第二類型は、「保持直接 EU 立法 (retained direct EU legislation)」である。EU 規則のように直接効果がある EU 法は 1972 年法 2 条により効力と効果を与えられていたので国内法に転換する必要がなかった。そのような EU 法についても、脱退日以後、「保持直接 EU 立法」なる名称の英国法として効力を維持するものと定めた (法 3 条)。この第二類型の立法は、脱退日以後、「主要 (principal)」と「補助 (minor)」に区分され (法 7 条)、1998 年人権法の適用上は、「主要」保持直接 EU 立法 (たとえば旧 EU 規則など) は、国会制定法 (首位立法) と同格、「補助」保持直接 EU 立法 (たとえば EU 規則の施行細則たる欧州委員会制定の「実施規則」など) は従位立法と同格となるが (法第 8 付則 30 段)、人権法の適用以外の局面では英国法上の法の上下関係での地位は不明である。

(104) ただし、脱退日に有効だったすべての EU 法がそのまま「保持 EU 法」となるわけでもない。法 8 条は、脱退に伴い意味を失う EU 法規定もあるため (EU 機関の組織規定など)、国務大臣が規則により保持 EU 法の「欠陥」を予防、補正、

憲章は、脱退日以後は英国法として認めないものとした(法5条4項)。要するに、脱退日時点で存在する EU 法が原則として「保持 EU 法」なる英国法に自動的に転換される。ただし、その EU 法はもはや英国法に変態したのであるから、EU 法としての絶対的な優位性は失う。そこで2018年 EU 脱退法は、脱退日以後、EU 法の優位性原則は、脱退日以前につくられた国内立法に対しては適用されるが、脱退日以後につくられる国内立法に対しては原則として適用されないと規定した(法5条2項⁽¹⁰⁵⁾)。

以上にみた規定は、すべて国会主権の原則に即している。1972年法の廃止は「究極の」国会主権の発動であり、脱退時に有効の EU 法を英国法に転換して「保持 EU 法」なる類型に変態させるのも、国際法の国内受容を二元論と国会主権の原則にもとづき行ってきた従来のやり方である。さらに EU 法の優位性が、脱退日以後、保持 EU 法について必ずしも全面的には維持されないのも、国会主権の原則からすれば不可避の法的結果である。

さて、2018年 EU 脱退法は、以上とは別の面も規定した。それは EU と締結する脱退協定の批准までに、国会での熟議を保障するいわゆる「有意義投票 (meaningful vote)」の規定である(法13条)。この手続規定は、国民の権利義務や法的地位に激変をもたらしかねない脱退協定を交渉する政府を、国会が厳重に監視して政治的答責性を高め、また政府の交渉のやり方を統制する機会を設けるものである。

通常の国際条約は、政府が国王大権(条約交渉・締結権限)にもとづき国会へは進捗を報告するにとどまり、締結後に2010年憲法改革・ガバナンス法 (Constitutional Reform and Governance Act 2010) に規定する国会の批准手続にかける。同法20条によれば、政府が国会に締結した条約を上程

削減できると規定している。

(105) たとえば脱退日以後の「主要」保持直接 EU 立法が、脱退日以前は直接効果のある EU 運営条約規定や EU 規則であった場合、それと抵触する脱退日以前の国会制定法には優位して適用されることになろう。

し、そこから21日国会審議日以内に、①両院に批准反対議決がないときは批准となる。②貴族院だけが反対議決したときは、政府が批准すべきと説明すれば批准となる。③(貴族院がどうあれ)庶民院が反対議決し、それに対して政府が批准すべきと説明しても、その説明から21審議日以内に再び庶民院が反対議決をすると、批准しないことになる。これが通常国際条約の批准手続である。その特徴は、庶民院が批准しないというブレーキしかかけられず、条約内容に修正を迫ることが一切できない点である。

ところがEU脱退については、国民の権利義務や法的地位に広範に影響しうるため、庶民院は脱退協定の内容に対しても政治的な統制を加え、政府に特定の交渉内容を要求できるようにすべきだという声が強くなった。さまざまな妥協の結果、2018年EU脱退法13条は、通常⁽¹⁰⁶⁾の批准手続に入る前の段階に(同条14項)、特別の審議手続を設けた。これが「有意味投票(meaningful vote)」手続である。同条は、当初の2019年3月29日脱退を念頭において、2019年1月21日以前に交渉決裂の場合(7-9項)、同日までに交渉未了の場合(10-13項)、同日までに交渉妥結の場合(1-4項)に分けて規定した。実際には2018年11月25日に交渉が妥結した。⁽¹⁰⁷⁾そこで交渉妥結の場合の手続のみ記そう。

法13条によれば、脱退協定が批准されるのは、次の条件を全部満たしたときである。

- ①政府は妥結声明と脱退協定およびEUとの将来関係の枠組を国会に上程し、
- ②庶民院が当該脱退協定と将来枠組を1決議で承認し、
- ③貴族院も審議終了または庶民院決議から5審議日以内に貴族院審議

(106) See, Alison Young, “European Union (Withdrawal) Bill and the Meaningful Vote: Constitutional Inconsistency or Constitutional Inconvenience?” U. K. Const. L. Blog (20 Jun. 2018) <https://ukconstitutionallaw.org/>

(107) UK Government, “Withdrawal Agreement and Political Declaration” (on 25 Nov. 2018) <https://www.gov.uk/government/publications/withdrawal-agreement-and-political-declaration>

未了、かつ、

④脱退協定を国内実施する立法を国会が採択したとき。

他方、もしも②について庶民院が不承認の場合は、政府は21日 (21 days) 以内に脱退交渉について態度表明をし、その表明から7審議日 (seven sitting days) 内に政府は庶民院に中立的表現の動議を提出する。そして貴族院も7審議日以内に当該声明を記録する。

この「有意味投票」手続の特徴は、②について庶民院不承認となったとき、審議の期限が定められていない点である (通常の国際条約の批准手続であれば、21審議日+21審議日=最大42審議日で批准か不批准の決着がつく)。しかも EU 条約50条も交渉期限の延長を認めるので、実際には EU に期限延長を求めかつ国会審議を延々と続ける政治が可能となる (実際そうだった)。また、脱退協定の批准は国内実施法の制定 (④) も条件としているから、脱退協定の内容を国会が承認しただけでは批准とならない。

「有意味投票」手続は、国会の政府の外交行為に対する内容的統制と政治的答責性を高める、EU 脱退限りの特別審議手続である。その特別な手続の正統化理由は、EU 脱退後の国民の権利義務と法的地位という国内法上の問題を政府の外交だけで決めることは国内事項についての最高の立法権をもつ国会の主権をないがしろにするから、というにある。つまり国会主権の原則を実効的に保障するための手続として正統化できるだろう。

(b) 国会と分権議会の立法権配分——Legal Continuity 事件

EU 脱退は、地方分権との関係でも波紋を呼んだ。2016年の国民投票で残留派が多数を占めたスコットランドでは、分権議会が1998年分権法で付与された立法権を行使して、ウェストミンスタの国会よりも前に、脱退前後の法的連続性を確保するために、EU 法上の権利の脱退後の維持を図る法案 (The UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill) を独自につくり2018年3月21日に可決していた (女王未裁可で法案どまり) (たとえば同法案17条は、脱退日以後も EU 法を保持するため

にウェストミンスターの国務大臣が従位立法を作る際に、対象事項が分権法でスコットランド議会の管轄事項であるときは、スコットランドの関係大臣の同意も得ることを条件としていた)。

その後6月26日にウェストミンスターの国会が2018年EU脱退法を制定し、その際1998年分権法第4付則(スコットランド議会立法による修正を受けない、ウェストミンスター国会制定法リスト―「保護立法」リスト)も改正して、1998年分権法だけでなく2018年EU脱退法もスコットランド議会立法により修正されない制定法とした。また1998年分権法は、一定の立法権をスコットランド議会に付与しても「連合王国国会がスコットランドに対して立法する権力に影響しない」とも定める(法28条7項)。さらに同法第5付則では、スコットランド議会に付与されない事項＝ウェストミンスター国会に留保される事項(連合王国国会、外交等)を列挙していた。

そこで、先のスコットランド議会法案(とくに17条)は、1998年分権法が付与した立法権を超えるのではないかがと問題となり(超える場合は無効―1998年分権法29条1項)、法務総裁が(1998年分権法33条の管轄判断付託手続にもとづき)⁽¹⁰⁸⁾最高裁の判断を仰いだ。Legal Continuity 事件である。この事案は、ウェストミンスターの国会が分権法後も、分権法の廃止や改正を自由にできる主権者かどうかを観察できる事案である。

最高裁は、全員一致で当該スコットランド議会法は(脱退後の国内法問題を扱う立法だから、1998年分権法第5付則でウェストミンスター国会に留保された外交等の事項には該当せず)おおむね分権法上の立法権を超えないが、法案17条その他の一部規定は超えるので、それらの部分のみ無効と判断した。とくに法案17条について、最高裁はいう。

「連合王国国会のスコットランドに対する立法権には、大臣その他の者が従位立法をつくることを認める立法をつくる権力に及ぶ。当該従位立法がス

(108) Re UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill [2018] UKSC 64, [2019] 2 WLR 1, [2019] 2 All ER 1.

スコットランドの大臣の同意がない限り法的効力をもたないとするスコットランド議会立法は、連合王国国会の立法の効力をスコットランドの大臣の同意を条件とするものに変えてしまう。それゆえ連合王国国会のスコットランドに対する立法権を制限するものとなる。…そのような条件の追加は、1998年分権法28条7項が定める連合王国国会の無制限の立法権の継続的承認と整合しない。」(判決52段)

「法案17条は、議会のなかの国王が法の正統性の究極の源とする憲法の基本原則を変更しようとするものではなく、そのような法的効果ももたない。法案17条があっても、国会は主権者でありつづける。国会は通常の立法手続に従って、法案17条をあるいは改正、不適用、または廃止にすることができる。」(判決63段)

最高裁は、既存の EU 法上の権利でスコットランド議会に立法権が付与されたものについて、それらを脱退後も連続的に維持する国内法をつくる目的でも、スコットランド議会に固有の立法権があるとは考えず、原則としてウェストミンスターの「議会のなかの国王」すなわち国会に主権が宿り続けると認めたのであった。

(4) 脱退に向けて

(a) ジョンソン首相の無協定脱退断行作戦

EU との交渉でメイ政権が妥結した脱退協定案は、しかしながら、「有意味投票」手続に阻まれ、庶民院で三度否決された。庶民院承認への最大の隘路は、北アイルランドの扱いであった。脱退により北アイルランドとアイルランドの間に対外関税等のための国境を設ける必要が出てくるが、アイルランド全島の和平のために物理的な国境は再導入しない政治合意(1998年ベルファスト合意)を守りつつ法的には国境を設けるという難題があった。しかも2017年総選挙で保守党と北アイルランドの民主統一党(DUP)の連立政権となったため、とくに北アイルランドと大ブリテンの

統合を重視する DUP の立場（北アイルランドを大ブリテンから法的に切り離して扱うことを認めない立場）も尊重する必要があった。これらの難題の解としてメイ政権が EU と交渉して得たのは、いわゆる「アイルランド安全策（Irish backstop）」である。これは、物理的関門のある国境と同等なほど実効的な代替的国境管理システムが導入されたら英国と EU の双方が認めるまでは、脱退協定の定める経過期間を過ぎても英国全体が EU の関税同盟に留まるという案で、それが脱退協定の付属書に書き込まれていた。Brexit 強行派は、EU の承認があるまで EU 支配を受け続ける属国条項だと反発した。⁽¹⁰⁹⁾ 庶民院の論議が紛糾する中、メイ政権は EU 諸国から、脱退交渉期限をまず 2019 年 5 月 22 日に、さらに 2019 年 10 月 31 日に延長することを許された。⁽¹¹⁰⁾⁽¹¹¹⁾ 二度目の延長を許された後、三度目の庶民院での脱退協定案否決を受け 5 月 24 日ついにメイ首相は辞意を表明し、7 月 24 日にジョンソン首相に交代した。

ジョンソン首相は、就任直後から「アイルランド安全策」は非民主的であるから EU が脱退協定からそれを削除しない限り、無協定脱退も辞さず 10 月末脱退を断行すると宣言し（「やるか死ぬか（do or die）」）、⁽¹¹²⁾⁽¹¹³⁾ 無協定脱

(109) *E.g.*, “Boris Johnson warns draft Brexit deal will turn UK into ‘vassal state’ as he calls on ministers to resign in furious tirade”, Evening Standard 14 Nov. 2018.

(110) European Council Decision (EU) 2019/476 [2019] OJ L 80 I/1.

(111) European Council Decision (EU) 2019/584, [2019] OJ L 101/1.

(112) *E.g.*, “Boris Johnson has no intention of renegotiating Brexit deal, EU told” Guardian 5 Aug. 2019.

(113) Leave EU “Do or Die” 26 June 2019 [<https://leave.eu/do-or-die/>]. なお、政府は無協定脱退時の被害予測と事態対応策を Operation Yellowhammer と称して練っていた。“Operation Chaos: Whitehall’s secret no-deal Brexit preparations leaked” Sunday Times 12 Aug. 2019. <https://www.thetimes.co.uk/edition/news/operation-chaos-whitehalls-secret-no-deal-brexite-plan-leaked-j6ntwvhl1>; “Yellowhammer: no-deal chaos fears as secret Brexit papers published” Guardian 12 Sep. 2019. <https://www.theguardian.com/politics/2019/sep/11/operation-yellowhammer-fears-no-deal-brexite-chaos-forced-to-publish-secret-papers> See also, “Photo of secret government no-deal Brexit papers reveals questions over ‘rail access to the EU’” Independent 6 Sep. 2018. <https://www.independent.co.uk/news/>

退に反対する庶民院には解散総選挙を繰り返し要求した。脱退断行支持派は、脱退多数意思を示した「人民対〔妨害する〕国会 (People vs Parliament)」というレトリックでジョンソン首相の総選挙提案を正統化し⁽¹¹⁴⁾た。しかし要求はその都度庶民院に否決された (2010年任期固定法により、内閣不信任決議以外の解散総選挙には、庶民院の三分の二の賛成を要する)。

さらにジョンソン首相は、山積する他の重要課題に対応する政府案を練るとの理由で8月28日には9月9日以降10月14日まで5週間にわたり国会を閉会 (prorogue) する国王裁可を得たが⁽¹¹⁵⁾、この動きは交渉期限目前の決定的なタイミングで脱退に関する国会審議を妨害するものと多くに受け取られ、大規模な反対デモを呼び、またイングランド、スコットランド、北アイルランドで違憲訴訟を招いた⁽¹¹⁶⁾。

その間にジョンソン政権は、有力21議員の造反に合い、それを理由とする21名の除名、そして複数の内閣閣僚の辞任などにより庶民院の過半数支持を失った。対して多数派となった野党議員らは、ジョンソン政権に2019年10月19日までに EU と脱退合意が成立しないときは三度目の交渉期間延長 (2020年1月31日まで) を EU 諸国に申し入れることを義務づける EU 脱退法 No.2 (European Union (Withdrawal) (No.2) Act 2019) を国会閉会

uk/politics/operation-yellowhammer-brexit-photo-eu-rail-access-nodeal-secret-paper-latest-document-a8525506.html

(114) David Blake, “The People versus Parliament” <https://briefingsforbrexit.com/the-people-versus-parliament/>; *see also*, Tom Kibasi, “Boris Johnson’s intention is clear: he wants a ‘people v parliament’ election” <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/aug/28/boris-johnson-election-prorogue-parliament-populist-majority>

(115) BBC “Parliament suspension: Queen approves PM’s plan” BBC News on 28 Aug. 2019. *See also*, *Cherry and others v. Advocate General* [2019] CSH 49, para. 14.

(116) BBC “Thousands protest UK Parliament suspension” BBC News on 31 Aug. 2019. <https://www.bbc.com/news/av/uk-49538508/thousands-protest-uk-parliament-suspension>

(117) 後述 (4) (b) 参照。

直前に成立させた。この法案の成立が確実になったとき、ジョンソン首相は、EU に交渉期間の延長を求めない約束を国民にするかと報道陣に問われて、「約束できる。〔延長するより〕野垂れ死ぬほうがまし」と答え、法案可決後も姿勢を変えなかった。⁽¹¹⁸⁾ さらに首相は、総選挙を提案しても国会多数派が応じないのは「国民を信頼していないからだろう。票をもらえないと思うから総選挙を拒んでいる。」と発言した。⁽¹¹⁹⁾ 他方、国会で多数派となった無協定脱退への反対陣営は、国会主権の立場から国会こそ正統な人民代表であり、政府の政治責任を追及するのが議会の役割であると政権を批判した。⁽¹²⁰⁾ また反対陣営議員だけでなく公務員組合、⁽¹²¹⁾ 元公訴局長官、⁽¹²²⁾ 元最

(118) “Johnson says he would rather be ‘dead in a ditch’ than delay Brexit” Irish Times 5 Sep. 2019. <https://www.irishtimes.com/news/world/uk/johnson-says-he-would-rather-be-dead-in-a-ditch-than-delay-brexit-1.4009265>

(119) “I will not seek Brexit delay, Boris Johnson insists” Times 7 Sep. 2019. <https://www.thetimes.co.uk/article/i-will-not-seek-brexit-delay-boris-johnson-insists-ptz62fgts>; Boris Johnson, “I passionately believe that I can strike an EU deal within weeks” Telegraph 15 Sep. 2019. <https://www.telegraph.co.uk/politics/2019/09/15/passionately-believe-can-strike-eu-deal-within-weeks/>; Prime Minister’s Office, “Press release PM meeting with President of the European Commission: 16 September 2019” <https://www.gov.uk/government/news/pm-meeting-with-president-of-the-european-commission-16-september-2019>

(120) *E.g.*, “Boris Johnson says opponents ‘don’t trust the people’” BBC News 6 Sep. 2019. <https://www.bbc.com/news/uk-scotland-scotland-politics-49599334>

(121) *E.g.*, Dominic Grieve, “It is parliament’s duty to resist Johnson’s dangerous no-deal Brexit strategy” Guardian, 7 Sep. 2019. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/sep/07/parliament-duty-to-resist-boris-johnson-dangerous-no-deal-brexit-strategy>

(122) Dominic Grieve, “It is parliament’s duty to resist Johnson’s dangerous no-deal Brexit strategy” Guardian 7 Sep. 2019. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/sep/07/parliament-duty-to-resist-boris-johnson-dangerous-no-deal-brexit-strategy>

(123) “Civil service union tells PMj: don’t make our members break law” Guardian 11 Sep. 2019 <https://www.theguardian.com/politics/2019/sep/11/civil-service-union-tells-pm-dont-make-our-members-break-law>;

(124) “Boris Johnson ‘could face prison time’ if he breaks law in pursuit of no-deal

高裁判官⁽¹²⁵⁾、現職庶民院議長⁽¹²⁶⁾などからも、首相が立法上義務づけられたことを破るなら、首相の違法行為および公務員への違法行為強制という違法行為に対する差止訴訟が提起され、裁判所の差止命令に従わないなら裁判所侮辱の罪による拘禁など重大な法的結果を招くだろうと警告が繰り返し発された。

こうしたやり取りは政治的な扇動的発言の色が濃いのが、主権の捉え方の視点からみれば、ジョンソン首相は国民投票に現れた人民多数意思を自分の10月末脱断行政策の絶対的な正統化根拠としている点で人民主権の発想に親和的であり、それゆえ国会の立法が政府を義務づけようとそれを無視して正統とまで考えているかの態度をとる一方で、国会多数派は伝統的な国会主権を正統化根拠とし、それにもとづいて政府を国会が統制⁽¹²⁷⁾することが法の支配を強化すると考えていることを示している。

(b) 国会閉会違憲訴訟

ジョンソン首相の国会閉会を違憲と訴えた訴訟は、対照的な判決を生んだ。一方には国会閉会行為は政治行為であって司法審査になじまないとして訴えを却下する判決があった。イングランドの Miller (No.2) 事件第一

Brexit” Independent 7 Sep 2019 <https://www.independent.co.uk/news/uk/politics/brexit-latest-boris-johnson-prison-no-deal-eu-break-law-a9095761.html>

(125) “Boris Johnson ‘sabotage’ letter to EU ‘would break law’” Guardian 9 Sep. 2019. <https://www.theguardian.com/politics/2019/sep/09/boris-johnson-sabotage-letter-to-eu-would-break-law>

(126) “John Bercow comes out swinging for Boris Johnson, and delivers a knockout blow” Independent 13 Sep. 2019. https://www.independent.co.uk/voices/boris-johnson-speech-john-bercow-brexit-law-deal-article-50-a9103351.html?utm_source=taboola&utm_medium=Feed

(127) 同旨分析として、元最高裁判官 Lord Sumption の Sky News インタビュー “‘Not a question of law!’ Ex-Supreme Judge dismantles Miller’s Brexit court case argument” Express 12 Sep. 2019. <https://www.express.co.uk/news/uk/1177020/brexit-news-gina-Miller-supreme-court-lord-sumption-sky-channel-4-prorogation-parliament>

(128) 審判決、スコットランドの Cherry 事件第一審判決、北アイルランドの (129) McCord 事件第一審判決である。(130)

他方、スコットランドの Cherry 事件 (控訴審) 民事上級裁判所判決は、(131) 一定の場合には国会閉会行為も司法審査になじむと判断した。同裁判所によれば、政治行為が司法審査になじむかどうかは、その行為の性質次第である。一般に高度に政治的な判断を伴う行為は、司法審査になじまない。しかし同じ政治的行為であっても、憲法原則に照らして不適切な目的や動機によるものは司法審査ができ、またすべきである。国会の政府に対する憲法上の役割は、政府の行為を精査し政治的答責性・説明責任を追及することである。これはコモン・ローの法の支配の原則および健全統治の原則に裏付けられている。今回の政府による国会閉会行為は、まずその時期について、脱退協定を批准もせずまた再交渉の見込みもなく何もせず10月末の脱退日を迎えば自動的に脱退の法的効果が生じる最後の重要な時期に採られた。しかも前例のない5週間という長期の閉会とした。そのような長期閉会となれば、脱退日前の重要期に、国会が脱退に関する政府の行為の精査と審議の時間を致命的に奪われる。さらに、首相とその側近が秘密裡にこの閉会戦略を練り、対外的な説明では脱退と無関係な目的であることを強調する口裏あわせをしたと推測できる証拠がある。また首相側は、脱退以外に、国会を5週間の長きにわたり閉会にしなければならない理由を何ら説得的に示せなかった。以上から、今回の国会閉会行為は国会の審議妨害目的と推定でき、それを覆す反証もない。かかる国王大権行使は司法審査可能であり、憲法原則を害する不適切なもので正統ではないので、違法であり国会閉会は無効である、と判断した。

Miller (No.2) 事件と Cherry 事件について上訴が認められ、最高裁は

(128) R (Miller) v. Prime Minister [2019] EWHC 2381 (Miller No.2).

(129) Cherry v. Advocate General [2019] CSOH 70.

(130) McCord v. Prime Minister [2019] NIQB 78.

(131) Cherry v. Advocate General [2019] CSIH 49.

緊急の口頭弁論ののち、9月24日に国会閉会を違憲とする判決を11名の判事全員一致で下した。⁽¹³²⁾

最高裁によれば、国会閉会という国王大権の行使は政治判断にもとづくとしても、その権限の行使が憲法原則に反するならば違法である。その意味で権限行使の限界を憲法原則に照らして司法審査することはでき、裁判所がそれをする正統な機関であるから、権力分立も害さない。本件に関わる憲法原則は、国会主権の原則と政府の国会への政治的答責性の原理である。人民の意思の民主的代表者は国会であり、国会が政治的には民主的討論の場であり、法的には主権者である。政府は国会に責任を負い国会に政治的に統制されるべき機関であるから、その機関が国会の民主的討論を封じることは憲法上許されない。今回の大権行使による国会閉会は、EU 脱退交渉期限まで8週間を残すだけの時期に5週間も一切の国会業務を終了するもので、その結果、審議中の法案はすべて流れ、国家の憲法体制を根本的に変更することになる EU 脱退についての国会での討論も全面的に封じられる。このように国会での民主的討論を封殺する効果が甚大である。そのような甚大な効果を払ってまで5週間閉会にする合理的な理由を政府は何ら提出しなかった。ゆえに国王大権の行使は正当な限界を超えた違憲なものであり、無効である。この結果、国会は遑って閉会しておらず、国会の召集行為を要せずに直ちに両院の議長はしかるべき対応ができると宣言する。最高裁はこのように述べた。判決を受けて、翌日、国会は再開された。

これらの国会閉会違憲訴訟では、(i) 政府と裁判所の関係、そして (ii) 政府と国会の関係の二面について不文憲法の原則とその具体的適用が問われた。(i) については権力分立の原則を念頭において、政治行為に司法審査を及ぼすべきかという論点として現れ、(ii) については、国会が政府に対して政治的統制を及ぼすべきとの憲法原則は認めつつも、具体的な事案

(132) R (Miller) v Prime Minister; Cherry v Advocate General for Scotland [2019] UKSC 41 (24 Sep. 2019).

において裁判所がその憲法原則を実効的に保障できるか・すべきかという論点として現れた。

(i) については、国会閉会の大権行使に対しては、その存在と範囲は裁判所が決定する事項であるから司法審査可能であると答え、(ii) については、今回の大権行使は、通常の数日の閉会を大幅に超え、かつ英国憲法の根本的変更が迫る重要な最後の 8 週間のうちの 5 週間にもわたる閉会という行為で、国会の民主的な討議（国会主権）と庶民院による政府の政治責任監視統制（政府は庶民院の信任と監視を受ける法的関係にたつ、政治統制原則）を封殺する効果があまりに甚大であること、にもかかわらず政府は 5 週間の閉会行為の正当理由を何ら提示できなかったことから、大権の正当な範囲を超えた行使であると評価した。

ここでは、人民の代表民主制の機関としての国会、そして国会が内閣を政治的に監視統制する関係にたつことが憲法原則として語られており、その憲法原則をジョンソン政権の武断的権力行使に対して優越させ「法の支配」を貫徹したこと自体は、まさにコモン・ロー不文憲法の二大伝統を駆使した確固たる判断といえる。とくに国会の政府の監視統制＝政府の答責性の原理は、憲法習律として語られていたものが、今回の判決では、司法審査の根拠となる憲法規範に昇格されて用いられている点にコモン・ロー憲法の発展を見出すことができる。

しかし問題は、英国憲法の基礎は代表民主制であるとしてもなお、2010年代の現実政治の実務は、人民主権に親和的なレファレンダムの連続であったから、その憲法的評価や代表民主制との体系的な位置づけをまったく論じずに説得力のある憲法秩序が示せるのかという根本問題は残る。Brexit 政治の文脈でいえば、〈人民こそ脱退の民主的多数意思を示したのだ、それを実行する政府の何が悪い〉式の議論への反論として、伝統的なコモン・ロー憲法原則を繰り返すことで果たして十分に説得的な憲法秩序を示したことになるのかという問題が残ろう。たとえばスコットランドの Cherry 事件控訴審判決に対しては、あるジョンソン内閣閣僚が「有権者

は判事の中立性に疑問をもちはじめると論評した⁽¹³³⁾ (司法の独立を軽視した発言ではないと政府は釈明に追われたが⁽¹³⁴⁾)。また、最高裁違憲判決を受けたジョンソン首相は、判決をうけても辞職せず判決批判を繰り返し、Brexit 政治は混迷を深めていった⁽¹³⁵⁾。

むすび

EU 加盟から脱退までの英国での主権の議論のされ方の特徴を、最後にまとめよう。

第一に、対外主権 (国際局面でのいわゆる「国家主権」) については、EU 加盟前・中・脱退時いずれも、一貫して国際条約などにより法的に制限可能なものとして理解されている。この点では EU は特段の扱いをうけていない。

第二に、国際法と国内法を二元的に別の法秩序として語る点も一貫している。そこで加盟時の Blackburn 事件判決から、加盟中の Factortame 事件、メートル法殉教者事件、脱退時の Miller (No.1) 事件すべてが、英国法における法的効力と効果を1972年法が EU 法に与えていると理解している。また2011年 EU 監視法もその旨の明文をおいた (法18条)。

第三に、最も変化したのが、EU との関係での英国の対内主権の捉え方である。これには2つの面がある。

(133) “Cabinet minister says public see courts as ‘biased’ after judges rule proroguing Parliament was ‘unlawful’” (ビジネス大臣 Kwasi Kwarteng の発言) Telegraph 11 Sep. 2019. <https://www.telegraph.co.uk/politics/2019/09/11/cabinet-minister-says-public-see-courts-biased-judges-rule-proroguing/>

(134) “Downing Street denies it views Scottish judges as politically biased following prorogation ruling” iNews 11 Sep. 2019. <https://inews.co.uk/news/politics/downing-street-denies-it-views-scottish-judges-as-politically-biased-following-prorogation-ruling/>

(135) “Boris Johnson says Supreme Court ‘wrong’ to rule on Parliament suspension” BBC 26 Sep. 2019. <https://www.bbc.com/news/uk-politics-49827803>

①国会と後の国会の関係 19世紀の憲法学者ダイシーは、「議会のなかの国王」（国王・貴族院・庶民院の三者で構成する国会）に主権が宿り、国会はつねに全面的で絶対的な立法権をもつと定式化した。ここから、「前の国会は後の国会を拘束できない」「後法は（抵触する）前法を明示的にも黙示的にも覆す」の法理が導かれていた。EC加盟時の議論では前法と後法の抵触時の解決については曖昧なままであったが、1990年代のFactortame事件で、少なくとも後の国会が明示的に1972年法（前の国会の法）を覆さない限り、1972年法が求めるEU法の直接適用または国内法の適合解釈が義務づけられる、つまり1972年法は後法による黙示的改廃を受けない、という理解に変更された。メートル法殉教者事件のローズ裁判官は、そこで1972年法は通常の制定法ではなく、「憲法的」制定法であり、後の法により黙示的には覆されないものだとして整理した。Miller (No.1) 事件はその論理を暗黙裡に取り入れて、1972年法はEU加盟による立法権の配分を行い英国法の一部にEU法という新たな法源を加える憲法変更をした特殊な制定法であると評価した。かくして英国では、EUから脱退する段になって初めて、1972年法とそれを通して国内に導入されるEU法は、英国法において上位法の地位にあり、国会が明示的な明確な意思でそれらを改廃しない限り、裁判所は当該上位法を優先適用する、という憲法体制に変化していたことが明らかにされたのであった。明示的な意思でEUを脱退し、また1972年法を廃止できるという「究極の」国会主権は残るとも表現できるが、現実には経済活動の自由や規制を中心に広範囲の立法事項がEU法の影響を受けていたから、EU加盟による立法権力の配分は重大なもので、権力の配分事実からすれば、国会は多くの立法事項について究極の決定力はもちえなかった。しかし、英国法上はあくまでも直接効果のあるEU法を含め、それを「正統の」法として承認する権威は国会にあり続けたといえる。

②国会と裁判所の関係 ダイシーは、国会を主権者とするものの論理的帰結として、国会以外の何人も、国会の正式の法を拒否し、覆し、ある

いは修正することはできないとも定式化した。そこでたとえば裁判所は、国会の正式の法（制定法）の適用拒否はできないとされていた。ところが、EC加盟後、上位法として働き始めたEC/EU法に照らして制定法を審査し、EC/EU法と適合しない国会制定法の規定の適用を「排除」する裁判例が重なった。Factortame事件の漁船登録資格の国籍要件規定やMarshall事件の労働審判所の管轄権（賠償額）の限界規定は、EU法に反するものとされ、適用が「排除」された。EOC事件ではEU法にもとづき国会制定法の審査が行われ一部規定を違法と宣言した。かくしてEU法の適用範囲にある事柄については、裁判所は国会に対する優位な関係をもつにいたっていた。裁判所はそれを1972年法の帰結として、ふたたび1972年の国会の意思として正統化した。その点はMiller (No.1) 事件もEU法を受容する1972年法が英国法上の最上位法であるという言い方で確認している。今後、2018年EU脱退法が施行されることになるなら、脱退日以後、「保持EU法」（脱退時にあったEU法が英国法に変態されたもの）の優位性は、脱退日以前につくられた国内立法との関係では適用されるが、脱退日以後につくられる国内立法との関係では原則として適用されないことになり（法5条2項）、おそらく裁判所もこの国会の意思に従うであろう。

第四に、2000年代以降、とくに2010年代の referendum の多用により、人民の意思と国会の意思のどちらが民主的に正統かという論点があらわになった。とくにEU脱退のように国論をほぼ均等に二分するような問題で、人民多数意思と国会多数意思が異なる場合に、最終的にだれが正統な民主的意思を表すものかについて、従来 of 国会主権論のもとでの論究の欠如が露呈した。そのため、裁判所が不文憲法の大部分をなすコモン・ロー（判例）が認めてきた従来 of 国会主権（民主的な代表で構成する庶民院をもつ国会が民意の正統な代表であるという評価を内在する）の法理にもとづいて、国民投票を経たEU脱退プロセスで生じた諸問題を解いて国会を擁護すると、「人民の敵」扱いされることにもなった。これは扇動的なタブロイ

ド紙の見出しと片づけられる問題ではない。英国において各種の民主主義の制度（代表制、直接制など）を政治的実践で導入しつつ、それらを憲法論において体系的に整理してこなかったところに、つまり不文憲法のまま経験的に対処するに任せてきたところに問題がある。国会閉会違憲訴訟の Cherry 事件控訴審判決も、Cherry および Miller (No.2) 事件の最高裁判決も、旧来の国会主権、法の支配や健全統治といったコモン・ロー憲法原則を根拠に国王大権の行使目的の不正や正当な行使範囲の踰越を違法と評価したにすぎず、2010年代以降に頻出している代表民主主義以外の民主主義の実務については、法的にまったく認知も評価もしない立場で終わっている。

第五に、従来の国会主権論では、政府と国会の法的関係が、特定の論点について制定法や明確な判例法があれば格別、さもなくば憲法習律または政治的実践に任されて法的強制力が十分には確保されないものであった。憲法習律はその実践者たる議員と政府閣僚がそれを守る限り守られるものにすぎず、そのためそこからの逸脱を当事者が意図すれば、政治的実践を規律する法規範としての力はなくなる。そのため、Brexit 政治では、脱退通知を政府一存でできるか否か、また交渉期限目前に異例に長い5週間の国会閉会を政府がすることは違憲なのか否かといった重要な論点が、すべて裁判所に持ち込まれることになった。だが裁判所はすべての論点を法的に解けるわけでもなく（閉会が司法審査になじまないと判断する可能性がある）、また解くために用いる法が必要かつ十分とも限らない（たとえば従来の国会主権論での各種民主主義の体系的位置づけの欠如）。そのため、訴訟による憲法の解明という経験的不文憲法の手法が、現代の人民につねに納得のいく解決となるわけでもない。かくして脱退政治の渦中で庶民院議長を務めたバーコウ（Bercow）議員が、政府の専横を防ぐためにも成文憲法典が必要だと近時の〔故貴族院上訴委員会裁判官〕ビンガム卿記念「法の支配」講演で訴えたのも、⁽¹³⁶⁾経験のもたらす一つの帰結といえよう。⁽¹³⁷⁾

(136) “John Bercow: I’ll stop Boris Johnson breaking the law on Brexit” Guardian

このようにみても、Brexit は、経験的かつ良識的に運用されることを前提とする不文憲法体制の弱点を露呈する功績があったといえよう。とくに対内的な統治権力の配分と相互関係（とくに政府と国会の関係、国会と裁判所の関係）、そして国会が体現すべき憲法的価値、権力配分または正統化における人民の位置づけ、それら近代成文憲法典での初歩的論点がすべて英国では、超時代的な判例や憲法習律や錯綜する断片的・非体系的な制定法群の集積のなかに埋もれていることが、（とくに目的のために手段を選ばないジョンソン首相の武断的 Brexit 政治により）あらわになった。国会閉会に関する Miller (No.2) 事件最高裁判決は、不文憲法体制での憲法規範として確立していた国会主権の原則と、従来は憲法習律であった議院内閣制での政府の国会への政治的答責性の原理を憲法原則に昇格させて、国会閉会行為を違憲として国会審議を回復させ、最終的には政治に対する法の支配を貫徹させた。しかし、それでも不文憲法体制の構造的脆弱性は残るのであり、その点は遠からず人民の間に広く認識されていくであろう。一部では成文憲法典の制定を求める声もでてきている。

最後に、Brexit により英国人民は take back control をはたして実現したのかについて考えておきたい。脱退後も EU 法は「保持 EU 法」として当面維持されるが、これは次第に後の国会の立法により変更も可能となる。その意味では、立法権力については、EU から国会へと奪還できるといえるだろう。だが取り戻した立法権を、国内的にはウェストミンスター国

12 Sep. 2019. (Bingham lecture 2019) <https://www.theguardian.com/politics/2019/sep/12/bercow-warns-pm-not-to-defy-law-on-no-deal-brexit> See also, “Hopes of clean break with EU are nonsense, says ex-Brexit official” Guardian 14 Sep. 2019. <https://www.theguardian.com/politics/2019/sep/14/hopes-of-clean-break-with-eu-are-nonsense-says-ex-brexit-official> (EU 脱退省元高官も最小限は成文憲法化すべきと発言); Allister Heath, “We need a new Brexit constitution to replace the shattered old order” Telegraph 18 Sep. 2019. <https://www.telegraph.co.uk/politics/2019/09/18/need-new-brexit-constitution-replace-shattered-old-order/>

(137) 成文憲法典の制定を展望するものとして、Vernon Bogdanor, *Beyond Brexit: Britain's Unprotected Constitution* (I B Tauris & Co Ltd, 2019).

会と分権議会にどう配分するかという問題に再び直面することになる。だがなにより今後の最大の問題は、立法権力の正統化をどうするかである。これまで通り主権は国会にあり、人民にはないという説明に復旧することで、referendum を何度も経験した人民は納得するだろうか。しかもその国会の主権なるものは、伝統的には「革命」を認知しそれに従う裁判官の胸の内にある根底原則だと理解されるような憲法原則である。これは人民にとって、透明で民主的で公平な憲法をなすものに映り、誇れるか。それが問われるだろう。

また、EU 加盟により、裁判所と国会の関係は、EU 法の適用範囲において裁判所の優位へと変化していた。これが脱退後は完全に国会優位に復旧するか。そうとは断言できない。裁判所は、EU 法を手がかりにしなくても、コモン・ローを内在的に発展させ、限定的ながら、国会の行為に対して法の支配を守るために司法審査等の統制を及ぼすような判例法理を創造する可能性もある。現にその趣旨の傍論は、メートル法殉教者事件の高等法院ローズ裁判官の傍論だけでなく、貴族院上訴委員会や最高裁の判決にもすでに存在している⁽¹³⁸⁾。そしてその方向に展開する場合、ここでもやは

(138) *E.g.*, Jackson v Her Majesty's Attorney General [2005] UKHL 56, para. 102 (per Lord Steyn) [行政行為の違法性審査手続や裁判所の裁判権を国会が廃止しようとしたときは、それらは主権者たる国会といえども廃止できない憲法上の基礎だと裁判所が判断できるのではないかと述べる]; paras. 104-107 (per Lord Hope) [ステイン裁判官と同旨]; AXA General Insurance Limited v. The Lord Advocate [2011] UKSC 46, paras. 49-50 (per Lord Hope) [分権議会も分権された立法事項についての民主代表議会ゆえに一定の自律性は認められるべきであり、裁判所は原則としてその立法の効力について審査を行うべきではないが、法の支配や基本権の侵害を認めるときは例外的に審査ができるという。ただしウェストミンスタの国会について同様にいえるかは裁判官の意見が分かれていると述べるにとどめた。]; Moohan v The Lord Advocate [2014] UKSC 67; [2015] 1 AC 901, [2015] 2 All ER 361, para. 35 (per Lord Hodge) [AXA 事件の Hope 傍論を引用しつつ、国会多数派が自分の勢力を維持するために選挙法立法をするような実際には起こりそうにもない事態が万一起きたなら、裁判所はコモン・ローにもとづいてかかる立法を違法と宣言することができるだろうと述べる。]

り裁判所と国会の関係、そして人民と裁判所の関係でその展開が正統といえるかどうかが問われるだろう。

いずれにせよ、英国の今後の憲法では人民を正面から法的に、憲法的に、位置づけることが問われるだろう。そのときスコットランドの人民主権論も英国全土に持ち込まれるかもしれない。古来言う。覆水は盆に返らない。

(2019.9.26脱稿)

※本研究は、科学研究費補助金基盤 (C) 一般 (課題番号18K01227) の研究成果の一部である。