
翻 訳

マイケル・ゴードン (リヴァプール大学法学部)

「憲法上の流動化の時代における 連合王国の国会主権

——挑戦, 中心的な位置および自己満足——」(2・完)

訳: 倉 持 孝 司

はじめに

第 1 節 政治上の展開

- (1) 2016 年 EU レファレンダムおよび国会主権のスローガン化

第 2 節 司法上の展開

- (1) 国会主権の一つの (空虚な?) 再主張としての *Miller* 事件
(2) 国会主権の司法部による再配置
——主流化する疑念と安定化する例外 (以上, 前号)

第 3 節 立法上の展開

- (1) 権限移譲への埋め込み
——制定法上の恒久条項およびシーウェル憲法習律の
制定法上の承認
(2) ‘Brexit’ のための立法化 (その 1) ——EU 離脱法案
(3) ‘Brexit’ のための立法化 (その 2) ——離脱協定および実施法案
(4) 2011 年 EU 法
——「レファレンダムの鍵」および第二次 EU レファレンダム

結 論 (以上, 本号)

第 3 節 立法上の展開

UK の憲法において, 立法上の主権は UK の国会に位置し, その権限の範囲は法的に無制限である。すなわち, 国会主権の原理は, 国会はどのような法でも制定し

廃止することができることを意味する。しかし、この国会の権限の範囲についての説明の正確な含意はいくつかの点でさらなる熟考の余地があり、とくに実体的問題と手続的問題との間の区別について考えようとする場合にそうである。国会はどのような実体的な問題、事項、項目あるいは主題に関しても立法することができるということは明白であるに違いないが、国会はまた、将来の国会がそれによって新たな実体的な法的準則を制定しなければならないプロセスを変更するために、その法的に無制限な立法権能を利用することもできるのであろうか。「国会における女王 (Queen in Parliament)」という概念は、それ自体が法的および憲法習律上の諸規範を通して確立されかつそれに従って行動する法的構築物であるので、ある至高の存在は「その後継者を拘束する」ことができるのかどうかに関する抽象的な論理的考察を通してこの概念上の難問に対して解答を与えることは不可能である⁹⁴⁾。というのは、この表面的な題目は、主権的な立法権限の潜在的な範囲についてのありふれたかつ過度に大雑把な主張だからであり、そのような主張は、国会の立法上の権能を制限することに仕え、同時に、現行の立法を行う制度的配置を法的に変更不可能なものであり、何らかの(曖昧に定義された)司法部の是認する「革命」を通してのみ変更に服するものとして確固たるものとするのに仕えるであろう⁹⁵⁾。結果として、UK国会の立法権限の潜在的範囲を理解するためには、いかなる種類の「拘束」が可能であるのかないのかに関してより識別力のある問いを発し、そしていかに異なる種類の立法上の制限あるいは条件が国会主権に対して影響力を持ちうるのかを検討する必要がある。

国会主権についてのもう一つ別の理論的理解が、国会は後の国会を拘束することはできないとするダイシーによって提出されたアプローチと競合するアプローチを提供する。すなわち、ダイシーの通説に対するより一般的な異議申立ての一部として、ジェニングス (Jennings) によって概略が述べられた立法権限についての「方法と形式」理論 (the 'manner and form' theory) が、立法部が将来の立法プロセスに対して法的に実効的な変更を行うことを可能にする国会主権についての説明を提供する。ジェニングスは、手続的な立法上の必要条件 (それはまた、しばしば「方法と形式」と記述され、それに従って将来の立法が完遂されることが必要とされることになる) に対する変更を (なお容認されていない) 後の国会に対して絶対的な実体的な制限を付加することから区別することによって、将来の立法プロセスを変更することを主権的な立法権限の正当な行使であると認めた。国会の権限は法的に無制限であり、そして、ジェニングスの解釈によれば、「法を変更する国会の権限

〔翻訳〕 マイケル・ゴードン「憲法上の流動化の時代における連合王国の国会主権」(2・完)

は、国会自身に影響を与える法を変更する権限を含んでいる」のである⁹⁶)。「方法と形式」アプローチによれば、将来の立法プロセスに対して拘束力ある制定法上の変更を行う国会という考えは、憲法上許容され、かつ国会主権の概念の拒絶ではなく現れとみることができる。

国会主権に対するダイシー的アプローチあるいは「方法と形式」アプローチのどちらがUKの国会の権限についての正しい解釈を提供するのかについて、注目に値する論争が存する。長年、この論争は、UKの国会は確立された通説に対してその立法活動を通して異議申立てをするようなことはほとんど行わなかったので、主に純理論的なものにとどまっていた。EUの構成員であること、およびその結果生じる、UKの法システムにおける直接効果とそれと抵触する国内法に対する至高性をEU諸規範に対して付与するために立法する国内的義務は、立法上の主権を行使しうるか、およびどのような仕方でも権限は新たな諸機関に配分され、新たな(しかし、最終的には暫定的な)法的階層秩序に従って組織化されるかについての、立法を通しての、実験の増加の今日的出発点を示す結果となった。この変化しつつある環境において、法的に無制限な立法権限の境界についての疑問は新たな勢いを得ており、国会が古い通説の限界を試す仕方での立法権限を行使する新たな例がみられる。立法の利用についてのこの変化しつつある実践は、主権的な国会のそれ自身の主権性についての理解が変化しつつあることを示しているが故に、真剣に検討されなくてはならない重要問題である。本節では、国会がその主権性の限界を定義する仕方についての疑問を誘発する近年の立法(あるいは、提案された立法)の四つの例を検討することにする。第一は、権限移譲の恒久条項(permanence clauses)およびシーウェル憲法習律(the Sewel convention)の制定法上の承認であり、第二は、2017-18年EU(離脱)法案(European Union (Withdrawal) Bill 2017-18)であり、第三は、離脱協定および実施法案(Withdrawal Agreement and Implementation Bill)であり、そして第四は、2011年EU法(European Union Act 2011)の含意である。

(1) 権限移譲への埋め込み——制定法上の恒久条項およびシーウェル憲法習律の制定法上の承認

UKの動的な権限移譲制度に対する近年の変更の繰り返しは、国会主権に対する潜在的に根本的な挑戦を示す立法上の諸規定を導入した。とくに、2016年スコットランド法(Scotland Act 2016)によって、1998年スコットランド法(Scotland Act 1998)は修正され、第一に、スコットランド議会および政府の恒久性に対する言質

を組み入れ、続いて、これら諸機関はレファレンダムの際のスコットランドの人民の承認によってのみ廃止可能であると「宣言」し⁹⁷⁾、第二に、1998年スコットランド法はシーウェル憲法習律の作用について制定法上の承認を含むよう修正され、それによって、「UKの国会は、通常は、スコットランド議会の同意なしには権限移譲事項に関して立法を行わないものとする」ことが「認められる」とされた⁹⁸⁾。同一の規定は、2017年ウェールズ法 (Wales Act 2017) にも含まれ、同様に、2006年ウェールズ統治法 (Government of Wales Act 2006) は修正された⁹⁹⁾。これらの諸規定の法的効果は、とくにそれらが「認められる (recognised)」、 「宣言される (declared)」および「言質を表明する」というような意識的に不確かな言葉遣いで作り上げられているので、大いに議論の余地のあるものになっている。重要な争点は、第一に、国会は、立法プロセスの性質を変更すると思われるような法的に実効的な規定を制定することができるのかどうかであり、第二に、国会は、これら個別の諸規定を通して将来の立法プロセスを確かに変更しようとしたのかどうかである。

以上、二つの権限移譲に関する条項は、微妙に異なる争点を示している。すなわち、第一に、「恒久条項」は、実体的制限と手続的制限の混合であるように思われる。このことが重要なのは、スコットランドの諸機関の恒久性に関する単なる「宣言」は、象徴的な影響力を有するとしても、それだけでは法的には実効性がないからである。つまり、それは将来の主権的な国会の権限に対する法的に強行しえない絶対的な制約なのであって、その制約は後の矛盾する制定法の制定に基づいて黙示的に廃止されることになるものに過ぎないのである¹⁰⁰⁾。しかし、もし、国会主権についての「方法と形式」理論が受け入れられるならば、手続的構成要素（権限移譲された諸機関を廃止するには、スコットランドのレファレンダムでの承認を条件とすること）は、当該条項に現実的な効力を与えるために必要不可欠なものとなり、それによって立法権限の実体的行使についての強力であるが法的には（無効にできるという）解除条件付きの要求を、立法プロセスを支配する将来の法的諸準則に対する権威ある（そして、廃止されなければ、拘束力のある）変更へと変えることになる。このような手続的条件を制定する場合、国会は、違憲的に (unconstitutionally) 「後の国会を拘束」し、将来の主権を減少させているとみるべきではない。そうではなく、「方法と形式」アプローチによると、現在の国会は、それに従って将来の国会がそのなお実質的に無制限の立法権限を行使しなければならない仕方を変更したことになるのである。スコットランドあるいはウェールズの権限移譲を廃止するというような想像しえない措置がともかくも検討されるという場合には、UKの

国会は、現在それによって拘束されているレファレンダムという必要条件を廃止する必要があるか、または、(この新たな制定法上の規定の基礎にある基本的な民主的命を受け入れる場合には) スコットランドあるいはウェールズの人民のレファレンダムにおいて廃止が承認されたという条件に従って立法する必要があるかのいずれかである。このようにして、国会主権についての「方法と形式」理論によれば、これらの諸規定は、制定法と民主的現実との間の提携を確立するものとみることが許されるのである。

第二に、恒久条項の複雑な混合的性質と比較した場合、シーウェル憲法習律の制定法上の承認は、その野心の点においてより基本的なものともみることができる。同意という必要条件を立法プロセスに組み入れようとする試みはUKの国会が自由になしうることであろうが、この規定の書き方は、それが立法部の意図であると確信することを困難にしている。シーウェル憲法習律は、単に「認められる」だけであり、「通常は」作用するといわれているに過ぎないのであって、その曖昧さは、これらの規範を政治的には流動的なものにし、法的には実行不可能なものにしている。(権限移譲された諸機関を解体することに関するレファレンダムの見込みが薄いとは異なって) 頻繁に利用されそして利用され続けることになるであろうプロセスの作用を定義しあるいは制度化するようないかなる現実の試みも存在しない¹⁰¹⁾。

この規定の効果は、すぐに *Miller* 事件において試され、そこでは、前述のように¹⁰²⁾、最高裁判所は、全員一致で、裁判所はこの種の政治的な憲法習律を強行することはできず、それ故、権限移譲された諸機関の同意はEU条約50条発動以前に法的には必要とされてはいないと判示した¹⁰³⁾。シーウェル憲法習律の制定法上の承認はこの立場を変更しなかったのであり、裁判所は、「もし、UKの国会が憲法習律を裁判所による司法審査可能な法的準則へと変換しようとしたのであれば、UKの国会は他の文言を使用することが期待されたであろう」が¹⁰⁴⁾、当該規定はそうではなく「それを憲法習律として確固たるものとする」¹⁰⁵⁾ことを意図したと判示したのである。重要なことは、ここでの司法部の分析は、そもそも立法部はその立法権限に対して手続的制約を課すことが憲法上許容されるかどうかという以前からの問題ではなく、国会がこれらの諸規定を制定する際に何を意図したかということに(はっきりと)焦点が当てられたということである。裁判所は、権限移譲された諸機関の同意という実効的な制定法上の必要条件は創設されうるという考えを退けるために、立法部は後の立法部を拘束することを禁じられているというダイシーの教義に頼ることはしなかったのである。代わりに、*Miller* 事件において最高裁判所

によって採られたアプローチは、そのような制定法上の条件は創設されえたであろうが、それは本件においては達成されてはいなかったという考えを基礎にしている¹⁰⁶⁾。そうすることは、シーウェル憲法習律の制定法上の承認の重要性を弱めることではなく、あるいは、そうした規定を制定する国会の主権性を削減することでもないのである¹⁰⁷⁾。というのは、法的に強行可能な効力ではなく、政治的な効力を有することを意図した立法部の制定法という考えに固有の矛盾は存しないからである。実際、そうした制定法は、政治的な憲法 (the political constitution) の重要な諸要素の重大さに関して権威ある見解を表明することを主権的な国会に対して許容する点で、一つの重要な憲法上の道具となることができる。そのような象徴的な立法が積極的な効果、消極的な効果あるいは両者が混合した効果を有するかどうかは、国会が正式に承認し結果として強固なものにしようと試みている規範あるいは原則によって多くが決定されるであろう¹⁰⁸⁾。しかし、なお疑いもなく、背景にある法的文脈についての理解に関連するのではあるが、何らかの影響力は主に政治的領域において感じられるであろうし、そこではそのような立法上の合図の含意が評価され利用されることになるはずである。

最終的に、国会主権は、制定法上の権限の潜在的に急進的な行使ではあるが、これらの諸規定を通して明白なものにされる。一方で、恒久条項は、実体的願望に対して法的効力を付与するために手続的条件を利用する点で、「方法と形式」による推論への関与を示している。他方で、シーウェル憲法習律の承認は、権限移譲された諸機関の同意という必要条件を法的に強行可能なものにするのではなく、主に政治的影響力を有するような仕方起草された。しかし、双方の規定が示しているのは、法的に無制限な立法権限という考えは、主権的な立法部は決して後の立法部を拘束することはできないという古い粗削りの通説によって示唆された以上の、より一層大きな立法上の柔軟性を UK の国会に対して与えているということである。

(2) ‘Brexit’ のための立法化(その1) — EU 離脱法案

EU からの離脱を実現するための立法上の挑戦は、UK の国会が長年にわたって従事する最重要な作業となるであろう。それが、UK の法システムへの EU 法の広範囲にわたる統合ということであれば、EU 準則に対して UK における直接効果および至高性を与えていた枠組みの転換とともに、大量の実体的な法的規範が再授権されあるいは再定式化される必要があるであろう。十分に皮肉なことであるが、レファレンダム・キャンペーンにおける国会主権を回復することの単純な強調は、権

限がEU諸機関から戻される場合に国会に正当に期待することができることに關して誤った期待を抱かせるかもしれない。‘Brexit’に備えてUKの法システムを整備するための最初の措置は、2017-18年EU(離脱)法案を通して、1972年ECに關する法律を廃止し、同法が確立した法的枠組みを置き換えることである。このことは、驚くことではないが、複雑かつ時間のかかる作業であることがすでに明らかになっており、多くの点で国会主権にとって潜在的な含意を有している¹⁰⁹⁾。次の四つの点が強調するに値する。第一は、立法権限の委任、第二は、「維持されるEU法(retained EU law)」の至高性、第三は、司法部の権限、そして、第四は、権限移譲された立法部の権限に対する含意である。

上の第一について、EU(離脱)法案は、EU法に由来する準則の国内的権限を除去することによって必然化されることとして、環境法、消費者法および雇用法のような領域において関連の変更を行うことを執行府に許容するために、信じがたいほどに広範囲にわたる委任立法権限の体制を確立するであろう。ある者にとっては、そのような広範囲にわたる委任権限は、国会がその主権性を放棄することを表しているが¹¹⁰⁾、他の者にとっては、執行府が第一次的立法の文言を変更することさえ許容するいわゆる「ヘンリー8世」条項(そして、これはEU(離脱)法案の目立った特徴なのである)というような特殊な種類の委任権限のみが国会主権の侵害となるであろう¹¹¹⁾。しかし、委任権限の過度の付与、そしてその濫用が限定的な審査にしか服さないという可能性について関心をもつべき多くの十分な理由が存するが、原則的には、主権的国会は、もしそうすることを選択するならば、第一次的制定法の文言を修正する立法でさえ制定するための撤回可能な権限を執行府のために確立できるはずはないとする理由は存しない。多くの法的変更が短期間のうちに必要とされるかもしれない時期には、確立されるべき執行府の権限は、明確に定義された目的のためのものであり、かつ適切な制限に服することを条件とするものであることが必要であり、その際、国会は、執行府の権限が不適切な目標を遂行するためあるいは異議申立てに服することなく論争的決定を行うためには利用されないことを確実にするために、新たなおよび現行の審査機能を行使することになるのである¹¹²⁾。しかし、国会主権と国会の能力との間の区別について明確にすることもまた必要である。立法部はあらゆる特定の問題に關して決定する時間も資源も有していないという事実を承認して、より一層洗練された政策決定体系が確立されている場合には、国会の究極的な立法権限は侵害されていないわけではない。実際、とくに国会が政府に説明責任を負わせることおよび人民を代表することを含めて、立法に加えて

実行すべき他の憲法上の責任を有している場合には、複雑な福祉国家の運用は行政上の政策決定の体系なしには不可能なことであろう。国会の立法上の主権の重大性は、UKの立法部は排他的な立法者でありあるいは排他的に立法者であると推量し¹¹³⁾、結果的に、一般的にはその多面的な憲法上の役割あるいは個別的には‘Brexit’プロセスにおけるその役割を誤解すべきことを意味するわけではないのである。

上の第二について、「維持されるEU法」(EU離脱後、UKの法システムの一部であり続けることになろう、EU法に由来する規範)の地位に関する制度配置もまた、国会主権に関わり合いを有するであろう。「維持されるEU法」に対して残余の至高性を規定するというEU(離脱)法案における提案は、統治構造に関する貴族院特別委員会(House of Lords Committee on the Constitution)からの批判を呼び、特定の範疇の規範に対して優先権を付与することは国内的な憲法上の原則と一致しないと論じられた。というのは、EU離脱後は、そのような優先権を付与することは、矛盾する国内法に対するEU法の至高性という対外的原理によってもはや必要とされないことになるのだからである。同特別委員会によると、『至高性の原理(supremacy principle)』は、UKの憲法上のシステムにとって異質なものであり、それは、当該システムの外部で生じたものというだけでなく、確立された憲法上の諸原則、とりわけ国会主権の原理とは居心地の悪い状態にある¹¹⁴⁾。しかし、「維持されるEU法」について至高性を維持することは、その地位は除去可能でありかつ国内の立法に依存するのであり、何らかの曖昧な意味においても違憲ではないが、しかし確実性および継続性という要求を満たすことが必要とされよう。というのは、それら維持されるEU諸規範は、UKがEUの構成員である間、後の矛盾する国内法準則に対して優先権を有してきたのであり、EU離脱の時点で当該優先権を即時に除去することは、国内法システムにおける現行の準則の階層秩序を変更することになろうからである。

統治構造に関する貴族院特別委員会が認めるように、上の継続性はおそらく他の方法で達成されうるだろうし、「至高性の原理」は修正されてしまった「維持されるEU法」にはもはや付随しないことになる状況について曖昧さが存している。しかし、諸規範の既存の階層秩序を維持するさまざまな方法の間の相違をこれら体系と国会主権の原理との適合性あるいは不適合性に基づくものとして示すことは、不必要であり、かつ制定法によって確立されたEU諸準則の至高性は国会主権という国内の概念と「基本的に調和しない」「異質な」考案物であったという誤解を招く考

えを永続化することとなる¹¹⁵⁾。というのは、UKにおけるEU法の至高性という概念の法的効力は、疑いもなく一つの新機軸であったが、何らかの自律的な外部的権限に基づいたものであるのではなく、国会による立法からのみ生じたものなのだからである。国会がその主権的な立法権限を行使してEUの構成員であることによって要求される国内の法的制度的配置を確立したのであり、何らかの国内的な諸規範の階層秩序が暫定的に維持されたからといって国会主権の侵害となるわけではない。他のことを示唆することは、UKが今や変更しようとする憲法上の地位を不正確に述べることであり、不適切にも国会主権の概念を将来の立法部による政策決定に対する制約として持ち出すことになるのである。

上の第三について、EU(離脱)法案は、離脱日以降、UKの裁判所をEU司法裁判所の判決に従う義務から解放するが、関連する離脱前の判例法は、維持され、「維持されるEU法」に関して判決を下す場合に下級裁判所を拘束し続けるであろう¹¹⁶⁾。UKの裁判所は、'Brexit'以降に判決が下されたEU判例法に「関心を払う必要はない」が、国会は、裁判所が「そうすることが適当である」と判断する場合には、そうした判断材料について配慮することを授權するであろう¹¹⁷⁾。さらに、最高裁判所は、自身の以前の先例から離れることができるのと同様の状況において、離脱前の維持されるEU判例法でさえ離れることが許されるであろう¹¹⁸⁾。この司法権能についての新たな体制は、離脱後のEU判例法が考慮されることが「適当である」場合はいつなのかを決し、および、(最高裁判所が)維持されるEU判例法を離れるべきなのはいつなのかを決する重大な裁量権を裁判所に委ねるものとみることができ¹¹⁹⁾。ここでは、たとえば、(すべてのUKの裁判所を拘束する¹²⁰⁾)EU司法裁判所の判決に関する現行の地位に関しての指示、あるいは国内裁判所はヨーロッパ人権裁判所(European Court of Human Rights)の判例を「考慮しなければならない」¹²¹⁾とされる1998年人権法の下での指示と比べて、明らかにより少しの指示しか与えられていない。これら広範囲にわたる裁量権限の存在は、執行府に対して委任されるべき広範な二次的立法権限に関して論じられたのとちょうど同じように、国会は、制限された監視に服することを条件としてではあるが、裁判所に対して過度な政策決定上の自律性を委任しつつあるのかどうかについての問題を提起しているのかもしれない。しかし、多くの点で、これら広範囲にわたる権限に対する主要な異議申立ては、重大な政策決定についてのコントロールされない委任に関心をもつ者からでなく、その潜在的な受取人からのものなのである。とくに、上級司法部の裁判官たちは、裁判所がEU諸規範の将来の地位についての政治的に論争

的な決定を行うことに引き込まれないようにするために、国会はこれら裁量権の行使を構造化するためのより一層明確な指示を提供すべきであると論じた¹²²⁾。主権の観点からすれば、最大の関心事は、それらの裁量権限は立法によってより厳格に定義されるべきだとするこうした司法部の要求であり、それはおそらく、第2節で論じられた国内の判例法の方向性において明白なコモン・ロー上の自己強化の強調が増大していることと対照的である¹²³⁾。これがコモン・ロー上の原則の奥行きに欠如に由来するのか、あるいは政治的な自己保存の必要性についての司法部の認識に由来するのかはともかくとして、上のことは、裁判所が国会によって確立された立法上の体系に服するであろうことを承認していることを示している。そして、たとえどのような最終的な体系が創設されとしても、より指令的であるかあるいはより裁量的であるかにかかわらず、それは、必然的に、国会によるその編成に影響を及ぼそうとする司法部の試みによって例証されるように、そこにおいて裁判所が活動しなくてはならない枠組みを提供するであろう。

上の第四について、権限移譲された諸機関に関して、UKの国会は、権限移譲された立法権能に対するEU法に由来する既存の制定法上の制限¹²⁴⁾を「維持されるEU法」に基づく制限¹²⁵⁾に置き換えることを提案している。しかし、スコットランド議会 (Scottish Parliament)、ウェールズ国民会議 (National Assembly for Wales) あるいは北アイルランド議会 (Northern Ireland Assembly) が「維持されるEU法」と抵触するいずれかの方法で立法することを禁じるUKの立法は、明確かつ受け入れがたい中央集権化の効果を有することとなろう。というのは、EU法が国内で維持するのに適当なものとするためにいかに修正されなくてはならないのかを決するのは、UKの諸機関であろうからである¹²⁶⁾。その意味で、この変更の効果というのは、UKの国会および政府が、既存の制定法上の権限移譲の構造がもつ精神と一致しない仕方で権限移譲された諸機関の権能に対する新たな権限を一方向的に獲得することになるであろうということかもしれない。問題は、それ故、次第に多元的になっているUKの領域的憲法 (territorial constitution) は、当該システムがUKの国会の主権性に基礎付けられている場合に機能し続けることができるかどうかであるのかもしれない。

このジレンマは、国会主権を持続することと政策決定権能を中央主権化することとの間には重要な相違があることをUKの諸機関が承認することの重要性を示している。一方が他方を伴うわけでもなく、伴うべきでもないものであり、UKの国会がナショナルな民主的マニフェストに基づいて確立した権限移譲制度の憲法上の重要

性は、たとえそれが権限の配分についてどのような形式的な法的特別保障 (legal entrenchment) を確立していないとしても、立法権限はいかに行使されるべきかに関して強力な政治的影響力を及ぼしている。国会主権は、UK の究極的な憲法上の規範であるが、かなりの程度国会が作り上げた、国会の法的権限が行使されるべき仕方をまったく正当に形作る広範囲にわたる政治的憲法的文脈において作用しているのである。1997 年選出のニュー・レイバー政府によって開始された憲法改革の時期は、明らかに、国会主権は、UK の中央の政治的行為者からの広範囲な権限の分散、影響力ある競争相手となる諸機関の創設、および、上述のように、立法の中にそれら諸機関の恒久性を埋め込むこと（ただし、レファレンダムに従う場合にのみ廃止に服する）と両立することを示している。立法部の主権性の原理は、EU から回復される権限の中央集権化が必要とされることを意味するわけではない。そうではなく、権限の中央集権化は、EU（離脱）法案の初期の草案において行われた特定の（そして、不必要な）選択であり、それは、いずれにせよ、以前はEU 法の事項として作用していた枠組みに代わる UK 規模の枠組みがどこで必要とされるであろうか、あるいは差異化はどこで可能であるのかに関する UK 政府と権限移譲された政府との間の合意によって今なお軽減することができる¹²⁷。国会主権は、表面的には、UK のより一層の憲法上の多元主義に対する障壁であるかのように思われるかもしれないが、無制限の法的可能性を提供する原理として理解される場合には、憲法上の諸原則よりむしろ政治的な選択こそが、EU 離脱以降拡大した立法権能を獲得しつつある権限移譲された諸機関にとっての真の障壁であることが理解されるのである。

これら四つの問題を検討するとき、EU（離脱）法案は、国会主権の点からすべての憲法上の諸問題を分析するためには、いかにそれが過大包摂でもあり過小包摂でもあるかについての事例研究を提供するとみることができる。国会主権という用語がその確立された意味を超えて拡大解釈されるならば、余りに多くのことがこの基本原理の用語の中に取り込まれ、より直接的に関連するかもしれない他の重大な憲法上の諸価値を見逃す一方で、真の憲法上の諸問題を誤って特徴付け誤解する危険性がある。この規範に関わり合う憲法学者は、国会主権を減少させるかもしれない挑戦に心を奪われる傾向があり（それは、理解できることであるが）、それ故、国会主権の原理の中心的な位置は、もし正確にアプローチされず、より広範囲にわたる政治的および法的枠組みの一部として理解されないのであれば、困難を提示することになる。これは、大部分、国内の立法部によるコントロール権を回復するこ

とについての‘Brexit’レトリックの無意味さの結果であり、そのレトリックは、どのような最終的な立法者が、いかにそしていつ権限を委任するのかそれとも維持するのか、いかに変化と継続を管理するのか、何を回避することができるのか、および何を他の諸機関の裁量に委ねることができるのかについての複雑な選択を行わなければならないであろうという憲法的現実を見逃しているのである。そして、EU（離脱）法案が示すように、これらの選択の多くは、不備のあるものになり、政治システム内の国会および他の諸機関の役割に対してインパクトを与えるであろう。しかし、憲法における国会の役割に対してインパクトを有するということは、その立法上の主権性に対して挑戦するということと同義ではないのであり、国会は、法的制限を免れたまま立法権限と完全に適合するさまざまな仕方、その立法権限を行使して権限を維持あるいは再配分し、法的階層秩序を再構築することができることは明らかなのである。そして、関心に対して重要性をもたせる仕方として憲法上の問題を国会主権に対する何らかの脅威として示すというようなレトリック上の工夫は避けられるべきである。すなわち、このレトリック上の工夫は、‘Brexit’に対する適切な国会による応答の焦点となるべき確実性、説明責任および協調性という問題に直面することから目をそらせる潜在性を有しているに過ぎないのである。結局、EU（離脱）法案は、より広範囲にわたる立法部の描く像の一部に過ぎない。

(3) ‘Brexit’のための立法化(その2) — 離脱協定および実施法案

EU（離脱）法案は、最終的には、国会主権の原理に対してどのような基本的な挑戦も提出しないかもしれないが、‘Brexit’によって誘発される立法上の計画は、この憲法上の原理についての理解にとってより直接的な他の問題を提起するであろう。とくに、政府は、暫定的にEUと合意した過渡的な取り決めおよび離脱協定に規定されるであろう過渡的な取り決めの諸側面を保護するために立法するという言質を与えて来ている。2017年12月に合意されたEUおよびUKの交渉者の「共同報告書」において、UK政府は、EU市民に対してポスト‘Brexit’の諸権利を確立するために第一次的立法を制定するという約束をしたが、それは、国内法において直接効果を有し、それと抵触するいかなる国家の法的諸準則に対しても優先権を有することになるであろう¹²⁸⁾。これは、UKの法システムにおけるEUの法的規範の地位に関してほとんど現状を維持するものであるが、「共同報告書」の条項には新機軸もまた存し、上記の言質を果たすために提出されるであろう「離脱協定および

実施法案 (Withdrawal Agreement and Implementation Bill) は、離脱協定の市民の権利条項を UK 法に「完全に編入する」し、そして、立法上の保護についての追加的な層を確立することになる。すなわち、「本法案がいったん可決されたなら、市民の権利の章の諸規定は、第一次的立法において効力を有し、国会が将来に本法を明示的に廃止しない限り、それと矛盾するあるいは適合しない立法に対して優先するものとなるであろう」とされるのである¹²⁹⁾。このような趣旨で明示的な制定法上の規定を制定することは、現状を超えた動きとなるであろう。というのは、1972年 EC に関する法律の黙示的効果というのは、もし、EU 法と矛盾する将来の法が完全な法的効力を有するという意図を有するというのであれば、1972年 EC に関する法律は、EU 法と矛盾するいずれかの後続の立法によって明示的に覆されることが必要であるということなのであるが、このようなことは 1972年 EC に関する法律の条項において明確に述べられているわけではないというのが現状なのだからである。そのようなものとして、離脱協定および実施法案は、現在は黙示的なものに過ぎないことを明示的なものにするることになり、そして、そうする際に、国会はそのような条項を制定することが法的に可能かどうかについての疑問を潜在的に提起することになるのである。

上記の 2017年 12月の「共同報告書」における言質に基づいてそのような条項を制定することは、それが後の国会を拘束しようとする国会による不法な試みとみなされうる限りは、国会主権についての伝統的なダイシー的理解に挑戦することになる。上記のことは絶対的制限とはならないであろうが、立法上の形式についての新たな法的に拘束力のある必要条件となり、離脱協定および実施法案の市民の権利の要素は、黙示的廃止を許さずおそらくは部分的廃止でさえ許さないであろう。代わりに、「共同報告書」は、国会は、同法案の関連規定は明示的にかつ全部廃止することのみ可能であるということを確実にするための立法をすることになると示唆している。そのような言質は、大変な努力が必要な 'Brexit' 交渉における UK と EU との間の信頼を生み出し、そして、過渡期において EU 市民に対してある程度の確実性を提供することを企図しているように思われる点で、明白な政治的重要性を有している。しかし、ダイシーの通説的意見がそうすべきだと指し示すように、そのような政府による企ては憲法的に実施不可能なものとして拒絶されるべきなのであるか。

他の代替的アプローチは、こうした言質について、ダイシーの伝統的アプローチから外れて、国会主権についての「方法および形式」理論の方向へと向かう UK

における憲法的活動の一つの明確な傾向のさらなる証拠とみることになる。国会は、その立法上の主権についての「方法および形式」理解（法的に無制限な立法権限を、立法の条件自体に対する変更を授権するものとみなすアプローチ）に依拠していると思われる広範囲にわたる諸規定を制定した。すでにみたように、スコットランドおよびウェールズの諸機関の恒久性を承認する権限移譲制度に対する近年の変更は、国会主権の意味および含意について類似の理解に依拠しているが、これは、ほぼ間違いなくそうした2016年および2017年の改正に対して刺激を与えている1998年北アイルランド法(Northern Ireland Act 1998)におけるレファレンダムの必要条件の場合と同様である¹³⁰⁾。これらのごく最近の変更以前には、2011年EU法がUKからEUへの権限あるいは権能の将来的に潜在的な広範囲の移転の際に適用される、一連の法的に拘束力のある「レファレンダムの鍵(referendum locks)」を確立したが、同法は、国会がその権限を「方法および形式」という新たな必要条件の創設を可能とするものとして理解したという証拠を示すものであった。そして、ダイシーの通説は古典的な判例法においていくつか支持を見出すが¹³¹⁾、国会主権についての「方法および形式」理解はほぼ間違いなくUKの国会の立法権限に関する今日の指導的判例である*Jackson*事件における貴族院判決の基礎となっており、そこでは、1949年国会法(Parliament Act 1949)において行われた立法プロセスに対する変更が法的に有効なものとして支持されたのである¹³²⁾。

しかしながら、最も重要なことは、国会がこれらの諸規定を制定しているというだけでなく、国会が自らに課した手続的必要条件を固守しており、その遵守の事実を明白に述べていることもまたみてとれるということである。このことは、2011年EU法に関して最も明白である。2011年EU法において確立された急進的な「レファレンダムの鍵」は一度も発動されていないが、本立法はまた、EUレベルでの一定の種類の政策決定を授権するための他の手続的必要条件も含んでいた。これには、一定の範疇の決定は国会制定法によって授権されなければならないという必要条件が含まれた。そして、そうした手続的条件が関わり合う多くの場合に、国会は、その必要条件に従うとともに、授権する制定法において遵守の必要性を明示的文言によって述べた。この傾向が維持されていることは、2012年EU(条約修正決定の承認)法(European Union (Approval of Treaty Amendment Decision) Act 2012)、2013年EU(クロアチア加盟およびアイルランド議定書)法(European Union (Croatian Accession and Irish Protocol) Act 2013)、2013年EU(承認)法(European Union (Approvals) Act 2013)、2014年EU(承認)法(European Union (Approvals) Act 2014)、

〔翻訳〕 マイケル・ゴードン「憲法上の流動化の時代における連合王国の国会主権」(2・完)

2015年EU(財政)法(European Union(Finance) Act 2015), 2015年EU(承認)法(European Union(Approvals) Act 2015)および2017年EU(承認)法(European Union(Approvals) Act 2017)から明らかである。

これに基づいて、国会は、その主権性を将来の立法プロセスに対する法的に拘束力ある変更を行うための権限を含むものと解釈し、そうすることが要求されている場合には、制定法上の立法条件を遵守して来たと解することができる。そして、この行動の傾向は、もし、国会主権の概念について真剣に考えられるべきだとしたら、その立法権限の範囲および立法権限を行使することのできる正当な目的についての国会自身の理解に対して十分な重みを与えられる必要があるが故に、基本的な重要性を有している。この観点からすると、確かに疑いもなく一つのさらなる憲法上の新機軸ではあるが、離脱協定および実施法案への包含が予想される種類の明示的な廃止必要条件は、現行の立法活動の一つの明確な傾向と一致しているとともに、この行動の傾向が前提とする国会主権についての理解における変遷の追加的確認であるとみることもできる。計画された離脱協定および実施法案における明示的な廃止必要条件の制定は、憲法上容認できないあるいは法的に実行不可能であるどころか、憲法上の通説がダイシーを離れて国会主権についての「方法および形式」理解へと変遷していることの新たな証拠を提供しているのである。

(4) 2011年EU法——「レファレンダムの鍵」および第二次EUレファレンダム

もし、離脱協定および実施法案が政治的行為者の国会の法的に無制限な立法権限の範囲を解釈しつつある仕方の変遷のさらなる証拠を提供するものだとしたら、制定法によって確立されたいずれかの手続的諸条件の法的効力についての新たな問題に直面することが予想される。前述のように、2011年EU法は、立法部による「方法と形式」条項の利用についての問題をUKの憲法における今日的議論の前面へと強く押し出す前例のない憲法上の実験であった。しかし、同法は、国会は立法権限の将来の行使に対して適用される手続的条件を創設することができるかどうかという問題に関連して重大なレガシーを有しているだけでなく、そのような規定がいったん確立されるとどのような含意を有するかについての議論を引き起こすことにもなった。一つの初期の例は失敗した法的異議申立てであったが、そこでは、2011年EU法の「レファレンダムの鍵」の範囲をヨーロッパ逮捕状制度(European Arrest Warrant scheme)へ参加するというUKの決定に関してレファレンダムを要求することにまで拡大することが求められた¹³³⁾。しかし、近年では、'Brexit'に関する第二

次レファレンダムを支持する者による2011年EU法のやや奇妙な復権もみられる。

EUレベルでのささいな展開であってもそれにUKが関与することを妨害しようとする2011年EU法の野心に照らすと、同法は厳しい非難的となる制定法であったが、それ故、同法は、それを通して‘Brexit’の最終条件を受け入れるあるいは拒絶するための第二次EUレファレンダムを支持する論拠にテコ入れする手段に転換されるべき一つの奇妙な候補になっている。前述のように、2011年EU法は、制定後、この点について目立った重要性を有しておらず、国民による投票なしにEUに対してさらなる権限あるいは権能の移転を制限することを企図した、ニュースになるようないかなる「レファレンダムの鍵」も発動されたことはない。しかし、よりありふれた制定法上の諸条件が法的に課されかつ遵守されてきたのであり、その際、国会は、以前の立法が適用される場合、それが廃止されない限りあるいは廃止されるまでは、当該以前の立法に含まれた手続的な必要条件を遵守するよう法的に要求されている（そして、国会は、それが法的に要求されていることを明白に承認している）とする見解が支持されている。こうした法的効果を背景にして、2011年EU法によって確立された「レファレンダムの鍵」は、それがEU条約を「修正しあるいは置き換える」¹³⁴⁾ことになろうということを根拠として、離脱協定(Withdrawal Agreement)を包含するところまで及んでいると理解することができる¹³⁵⁾と論じられてきたのである。

EU離脱のための協定は国会制定法および全国的レファレンダムによって承認された場合のみ批准に服するものとするという法的必要条件を確立することは、明らかに2011年EU法の目的ではなかった。しかし、それが当該立法を推進する政府の政策目標あるいは当該立法を制定する国会の目的であったかどうかというようなことは、関連する文脈の一部に過ぎない。主権的な国会によって制定された文言が、(意図的であれその他の方法であれ)関連の法的条件が確立されたかどうかを確定するための鍵となる。そういうものとして、議論は、離脱協定がEU諸条約を「修正しあるいは置き換える」一つの条約として理解されるべきかどうかにかかっている。しかし、EU諸条約は、明らかにUKの離脱以後も現在の形式で存在し続けるのであり、そのことは、上の「修正しあるいは置き換える」ということが「UKに対してのみ、適用の全体について修正しあるいは置き換える」ということを意味すると理解されるのでなければ、離脱協定はこの「修正しあるいは置き換える」という判断基準によってはとらえられないと強く主張させることになる。しかし、そのような解釈は、2011年EU法の文言にその文字通りの意味を超えた負担

を強いることになっているように思われ、しかもそうしたより推測的な解釈は当該制定法の目的によって支持されていない。EU 諸条約から UK への言及を除去することと結びついた何らかのさらなる複雑性が存するかもしれない¹³⁶⁾。しかし、いずれかそうした条文上の変更が、50 条によって EU 条約において確立された離脱プロセスの最終的な(かつ必然的な)結果と対立するものとして、離脱協定によって直接的に実行されることになるのか、あるいは UK 法によって確立された妥当な意味での EU 諸条約の「修正」となるのかは明確ではない。その他の点では存続する EU の法的秩序から一つの締約国を除去するのに過ぎない離脱協定というのは、2011 年 EU 法が適用を企図された EU の法的秩序を実質的に作り変える種類の条約とは性格の点で基本的に異なるように思われる¹³⁷⁾。

いずれにせよ、EU 離脱法案は、2011 年 EU 法は明白に廃止されるであろうことを示しており¹³⁸⁾、そのことは、2011 年 EU 法の諸条件は後の離脱協定に適用できると論じることの可能性が除去されるであろうことを意味する。もし、関連のレファレンダムの条件が現時点でまさに存在しているのであれば(それは、上述のように、論争的な出発点であるように思われるが)、この拘束力ある条件は単刀直入な廃止によっては除去されることはできないと主張されるかもしれない¹³⁹⁾。このアプローチに対して何らかの支持を提供すると思われるかもしれない、*Jackson* 事件における傍論が存する。というのは、本件において裁判官の多数は、国会の存続期間を 5 年を超えて延長するために二つの国会法 (Parliament Acts 1911 & 1949) を利用することに関する明示的な制定法上の制限は黙示の保護 (implied protection) に服し、それはその制約を除去するために加速された立法プロセスの利用を妨げると考えたからである¹⁴⁰⁾。しかしながら、よりすぐれた見解は、*Jackson* 事件において Bingham 卿によって採用されたものである¹⁴¹⁾。もし、主権の国会が後の国会を制限する立法上の条件を確立しようとしているのであれば、何らか付加的な黙示の制約を読み込むのではなく、それらの条件に対して断固とした文言アプローチが採られる必要がある。さらに、2011 年 EU 法は、1911 年および 1949 年の国会法について見出された *Jackson* 事件において争点となった制限とはまったく異なる文脈を規定する。すなわち、貴族院の同意を必要としない立法プロセスを通してその存続期間を 5 年を超えて延長しようとする国会に対する制限というのは、定期的選挙が政権にいる者を選出するために実施されなければならないという UK の議会制民主主義にとって重要な単一の原則を表現しているのである。それと対照的に、2011 年 EU 法は、最高度の憲法的な重要性を有する原則によってではなく、特定の種類の

政治的な便宜主義によって下支えされているきわめて広範囲にわたる技術的な立法上の制限を創設したのである。この論争的な制度の複雑性故に、(それと反対の明白な文言がまったくないときには) レファレンダムに関する規定を黙示的に特別保障されたものと解釈しようとするのではなく、「レファレンダムの鍵」の配列を変更する(あるいは、実際に完全に除去する)柔軟性を保つものとして当該立法を解釈することが重要となろう。「方法と形式」理論によれば、制定法上のレファレンダムの条件を将来の立法プロセスに対する法的に実効的な変更とみることが許されるが、国会主権は、これらの規定は立法部が意図した仕方でのみ作用することを要求しているのである。

上述の推測的挑戦は、成功する見込みがあるとはとても思われないが、それにもかかわらず、将来の立法プロセスを変更する制定法上の条件の法的含意についての理解の変更の証拠を提出することができる。すなわち、2011年EU法は、政治的に異議のある珍しい存在から潜在的な法的義務の重大な源へと転換されたように思われる。2011年EU法に含まれた「レファレンダムの鍵」は、EU離脱協定に影響を与える可能性はないが、法的効力を有する制定法上の「レファレンダムの鍵」は存在しうはずであるという考えは、「後の国会を拘束」しようと試みる点で無益かつ禁止された権限行使としてみるのではなく、国会が有する主権的権力の範囲に関する議論のための憲法上の出発点とみなされようとしている。このことは、国会主権についての「方法と形式」理論が標準化しており、UKの憲法における立法権限についての新たな通説としての地位を有していることを示している。

本節で検討された近年の立法上の展開のすべてを横断してみた場合、憲法におけるUKの国会の権限および地位が変遷しているのを見とることができる。明らかに、立法権限の行使、制度的な相互作用と連携、諸規範の階層秩序および権限の分散について、今日のUKの憲法において提起された一連の憲法上の問題において明白な複雑さが増加している。このことは、今やポスト国会主権の時代にいる¹⁴²⁾ということの意味するわけではなく、法的に無制限な立法権限という概念の周辺に組み立てられた憲法における利用できる可能性を示している。現時点での憲法上の環境は、その実体的な立法と手続的な変更への関与を通して、UKの主権的な国会の活動によって決定的に形作られたものである。これらの問題についての考察はまた、‘Brexit’によって、UKの憲法は、国会が主権的であり、それが好むように行動することができたという単純な1972年前の地位へと復帰するであろうということが作り話であるということを示すことを明らかにすることにもなる。そのような作り話は、

国会主権の概念を根本的に誤って伝えるものである。立法権限は、法によって制限されていない場合であっても、より広範な憲法上のシステムを下支えする諸原則によって情報を提供される仕方、さまざまな範囲の他の法的、政治的あるいは民主的に権限を付与された行為者および諸機関の立場を承認しつつ、複雑化した文脈において行使されなければならないのである。国会主権は、依然としてUKの憲法上のシステムの中心部に位置しているが、同原理は法を通して変更を達成するための一つ的手段であるとしたら、今日のUKの憲法は、国会主権の概念の周辺でかつそれを通して変化しているということは驚くべきことではないはずである。そのような変化は、必然的に継続するであろう。何故ならば、それがUKの憲法的モデルの性質なのだからである。

結 論

本稿は、2015年以降の政治上、司法上および立法上の展開から生じる国会主権に対する潜在的に重大な挑戦を検討した。これらの挑戦は、性質上まったく異なるものであることが明らかになった。政治上では、国会主権についての政治的な誤解やスローガン化が存在するが、その将来の結果を予測することはできない。司法上では、国会主権の原理に対する司法部による言質の形式的再主張が存するようにみえるが、このことは、裁判所はその憲法上の権限を拡大しようとし続けているので、実際には広範囲にわたって弱体化している。そして、立法上では、国会の法的に無制限な権限の限界についての立法上の実験が存するが、そこにおいて立法権限が行使されうる環境が次第に多様化しており、かつ立法権限の行使の仕方も次第に多様化して来ていることが示されている。こうした挑戦のさまざまな性質は、国会主権がこの憲法上の流動化の時代において生じつつある（あるいは、少なくとも予期することが可能な）より広範な変化に巻き込まれているという全般的な感覚の形成に寄与している。

しかし、挑戦的な政治上、司法上および立法上の展開に直面した国会主権の原理の弾力性は、同原理がUKの憲法において中心的な位置を占め続けていることを示してもいる。現時点での重要な憲法上の論争は、UKにおける主権的な立法機関としての国会という概念に影響を与え、それを利用し、そして、それと関わり合っている。しばしば、これには十分な理由があり、また、時には、それは誤りであるが、この憲法上の流動化の時代はまた、多くの点で、国会主権の時代でもあるということが注目される。実際、国会主権の原理に対する挑戦を招き入れるのはおそら

く国会主権の中心的な位置および永続性であるだろうが、挑戦は国会主権を強化することができるはずだし実際に強化して来たという逆説的な結果を伴っている。それ故、この時期の一つのレガシーは、国会主権に対する挑戦についての支配的な今日的物語を変更し、あるいは少なくとも修正する必要性を示していることなのかもしれない。これら憲法上の論争の最も重要な特徴としての国会主権の永続する中心的な位置は、UKの憲法の基本的概念としての同原理の相対的安全性を示している。代わりに、この中心的な位置を受け入れる場合には、論争は、国会はなお主権的であるか否かであるはずはなく、いかにこの中心的原理の意味および含意は理解されるべきかであり、そして同原理が憲法的な実践において促進することができるのは何であるのかである。

しかし、もし、今日、国会主権の物語を変更することがほぼ間違いなく必要とされているというのだとすれば、国会主権に対する挑戦を概念化する他の仕方があることに気付かれなければならない。一つには、憲法上の流動化という概念は、とくに熱のこもったその瞬間での現状を表すことができ、ここでは、政治上、司法上および立法上の展開は相互に影響し合ってますますより大きくかつより複雑になっている問題を提出している。そのような変化の時期から生じるさまざまな憲法上の挑戦を分析し、包括的な含意に関して考察することは、本稿の主要な目的である。もう一つは、しかしながら、憲法上の流動化の時代は、そこにおいてUKの政治システムが再調整される特殊に重大な時期であるかもしれないだけでなく、それはまた、憲法自身に対する一つの態度であるのかもしれないということである。もしそうであれば、単に進行中の変化の規模および性質（すなわち、流動化の程度）を強調するより、変化が理解されそしてそれに応答がなされつつある仕方（換言すると、その憲法上の性格）に焦点を当てる必要もあるのかもしれない。もし、憲法上の流動化の時代が、特定の（そして、なお進行中の）時期におけるUKの政治システムに対する変更についてのものであるだけでなく、変化しつつある憲法を有することが何を意味するのかに対する異なる態度についてのものでもあるならば、その場合は、おそらく、国会主権の将来の地位はそう容易に当然視されることはできない。というのは、国会主権という概念のまさにその性質を不正確に伝えることなく、国会主権の原理を順応させようと努力する憲法上の理解の異種が存在するからである。法的に無制限な国会による立法プロセスを通してフィルターをかけられかつ表明されるものとしての民主的な政治的政策決定に対して絶対的な憲法上の優先権を付与するものとして国会主権をみるよりはむしろ、代わりに、国会主権の原理

は、憲法上の諸原則の多元的枠組みの中に吸収されかつ希釈されることができる。国会主権は、法システムの頂点に立って、UKにおける憲法を方向付けるよりはむしろ、UKの政治システムにおける立法部の一般的重要性を反映するとみなされることができるが、それは、その立法が法の支配、司法部の独立性あるいは制限政府のような他の重要な（しかしきわめて論争的な）諸規範あるいは諸価値に反対するような場合にも当該立法が無条件に受け取られ、適用されるべきであるということを容認することでは必ずしもない。

結果として、今日のUKの憲法における国会主権についての物語を、同原理に対する挑戦に焦点を当てたものから、同原理の確立されかつ永続する中心的な位置の含意に焦点を当てたものへと新たに方向付けをしようとする時、自己満足の余地はほとんど存しない。今、国会主権という概念から即座に離脱するようなことを想像するのは困難であるが、それにもかかわらず、同原理の限界内でのより急進的な再構成は起こりうることである。国会主権の立憲主義化は、UKの政治的な憲法の形式的構造を保持するように思われるかもしれないが、実質的には、それは、立法の地位、裁判所の立場を変遷させ、かつ国会に対して割り当てられた権限を参照することによって組織されている広範囲にわたる一連の制度的配列を不安定にするかも知れない。結果として、もし、この民主的原理が徹底的に再構成されることがないのであれば、UKの憲法の基本的規範の意味および含意についての明確化が必要とされる。

国会主権についての存在をめぐる論争から、その意味および含意についての正確な分析に焦点を当てることへと移動する他の理由が存する。‘Brexit’へ導く出来事が示すように、国会はなお主権的であるかどうかについてのためらいは、ほぼ間違いなくより広範囲にわたる予期しえない社会的および政治的結果を伴う重要な不確実性の原因であった。以前よりまして、今や、UKの国会主権についてのより例外主義的な見解が刺激しようとするように思われる種類の憲法への後退に気をとられるよりはむしろ、主権的な立法権限の十分に道具として役立つ能力が理解される必要がある。注目する必要があるかもしれないが、また、本稿の主要部で用いられた政治上、司法上および立法上の区別を横断した問題のいくつかには、次のものが含まれる。すなわち、いかにしたら実質的に無制限な立法権限がより形式的な連邦主義的なUKのシステムに適応しうるだろうか、いかに国会主権と超国家的システムとの適合性がより明確に国内の構造において確立されるだろうか、いかに国会が、一般的にも、特定の判例あるいは司法部の傾向に対する応答においても、その

主権性を裁判所に対して効果的に伝えることができるか、そして、いかに国会主権と民主的な政策決定の非代表制的 (non-representative) 形体との間の関係に変化が生じつつあるかである。

しかしおそらく、憲法上の流動化という現時点での最大の問題の一つは、憲法上の流動化がUKの政治的構築物における広範な不十分性を強調しつつあるということであり、それは、一方で、逆説的に、より深い改革のための活力を枯渇させ、基礎にある（そして、疑いもなく複雑な）市民の政治的疎外から注意をそらすことになる。何が、これに対する憲法上の解決策となりうるのだろうか。それを述べるのは本来的に困難であるが、憲法上の解決策は、制度上の現状を固定化するのに仕える障壁を打ち立てることではなく、UKの政治システムを横断して民主主義的インプットを拡大し、その機能を高めることに焦点を当てるものでなければならない。国会主権に反対するものとして憲法の既存の諸原則の壮大な再編成に焦点を当てた形でUKの憲法上の態度を変更させることは、これらの困難に対する応答としてほとんど何もすることはないであろう。あからさまな憲法上の合理化プロセスが速度を増すのを許容するのではなく、国会主権は、権限の再編成および再配分に基づいて、そうした実質的な憲法上の変更の遠大なプログラムを実現させることのできる原則であることが承認されるべきである。国会主権は、かつてそうであったように、その中心的な位置を伴って、意味深い憲法上の挑戦の時期から抜け出そうとしているのかもしれない。しかし、UKの憲法上の将来がどのようなものになるかについて自己満足すべきではなく、それを通してその将来を形成することができる道具としての国会主権の原理の関連性および潜在性を過小評価すべきではないのである。

原注

94) See Gordon (n 9), ch 2.

95) See HWR Wade, 'The Basis of Legal Sovereignty' (1955) 13 *Cambridge Law Journal* 172.

96) Jennings (n 2), 153.

97) Scotland Act 1998, s 63A, as amended by the Scotland Act 2016, s 1.

98) Scotland Act 1998, s 28(8), as amended by the Scotland Act 2016, s 2.

99) Government of Wales Act 2006, s A1 and s 107(6), as amended by the Wales Act 2017, ss 1–2.

100) *Ellen Street Estates v Minister of Health* [1934] 1 KB 590.

101) Institute for Government によって収集された立法に関する同意を求める動議の利

〔翻訳〕 マイケル・ゴードン「憲法上の流動化の時代における連合王国の国会主権」(2・完)

用頻度に関するデータについて, 'Brexit and the Sewel (legislative consent) Convention', *Institute for Government* (16 January 2018): <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/brexit-sewel-legislative-consent-convention>.

- 102) 本稿第2節参照。
- 103) [2017] UKSC 5, [2017] 2 WLR 583, [141]–[146].
- 104) Ibid, [148].
- 105) Ibid, [149].
- 106) さらに, これは *Wheeler v The Office of the Prime Minister* [2014] EWHC 3815 (Admin) における合議法廷のより初期のアプローチと一致しているが, その際, 2011年EU法によって創設された「レファレンダムの鍵」の強行可能性に基づいた主張が判断された。
- 107) 反対の議論について, see eg C McCrudden and D Halberstam, 'Northern Ireland's Supreme Court Brexit Problem (and the UK's too)', *UK Constitutional Law Association Blog* (21 November 2017): <https://ukconstitutionallaw.org/2017/11/21/christopher-mccrudden-and-daniel-halberstam-northern-irelands-supreme-court-brexit-problem-and-the-uks-too/>.
- 108) これら権限移譲に関する条項は類がないわけではなく, 象徴的な立法上の諸規定の他の例には次のものが含まれる。2011年EU法 (European Union Act 2011) 18条 (UKにおけるEU法の権威について国内的制定法上の基礎を再主張), 2015年憲法改革法 (Constitutional Reform Act 2005) 1条 (法の支配の継続的地位を確認)。
- 109) See eg Dominic Grieve, 'Brexit and the sovereignty of Parliament: a backbencher's view', *LSE Brexit Blog* (16 February 2018): <http://blogs.lse.ac.uk/brexit/2018/02/16/long-read-brexit-and-the-sovereignty-of-parliament-a-backbenchers-view/>.
- 110) See eg Lord Judge, 'Ceding Power to the Executive; the Resurrection of Henry VIII', Lecture at King's College London (12 April 2016): <http://www.kcl.ac.uk/law/newsevents/newsrecords/2015-16/Ceding-Power-to-the-Executive---Lord-Judge---130416.pdf>.
- 111) See eg A Tucker, 'Parliamentary Scrutiny of Delegated Legislation' in A Horne and G Drewry (eds), *Parliament and the Law*, 2nd ed (Oxford, Hart Publishing, 2018), 358–360.
- 112) 元々の提案についての批判的評価について, see eg House of Commons Procedure Committee, *Scrutiny of Delegated Legislation under the European Union (Withdrawal) Bill: Interim Report* (HC 386, 6 November 2017).
- 113) See Tucker (n 111), 347.
- 114) House of Lords Select Committee on the Constitution, *European Union (Withdrawal) Bill* (HL Paper 69, 29 January 2018), [91].

- 115) Ibid, [96].
- 116) European Union (Withdrawal) Bill, cl. 6(1) & (3).
- 117) Ibid, cl. 6(2).
- 118) Ibid, cl. 6(4) & (5).
- 119) See eg T Horsley, 'In (Domestic) Courts We Trust: The European Union (Withdrawal) Bill and The Interpretation of Retained EU Law', *UK Constitutional Law Association Blog* (27 November 2017): <https://ukconstitutionallaw.org/2017/11/27/thomas-horsley-in-domestic-courts-we-trust-the-european-union-withdrawal-bill-and-the-interpretation-of-retained-eu-law/>.
- 120) European Communities Act 1972, s 3.
- 121) Human Rights Act 1998, s 2.
- 122) 前最高裁判所長官の広く報じられたコメントについて, 'UK judges need more clarity after Brexit—Lord Neuberger', *BBC News* (8 August 2017): <http://www.bbc.co.uk/news/uk-40855526>. 統治構造に関する貴族院特別委員会への証言について, Baroness Hale and Lord Mance; 'Uncorrected Oral Evidence: President and Deputy President of the Supreme Court' (21 March 2018), 1–5: <http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/constitution-committee/president-and-deputy-president-of-the-supreme-court/oral/80805.pdf>.
- 123) See above p. 13–16.
- 124) See above n 39.
- 125) European Union (Withdrawal) Bill, cl. 11.
- 126) 批判について, see eg Scottish Parliament Finance and Constitution Committee, *European Union (Withdrawal) Bill Legislative Consent Motion—Interim Report* (SP Paper 255, 9 January 2018).
- 127) 2018年4月末の時点で, UK政府とウェールズ政府との間で協定が成立したが, スコットランド政府との間にはまだない。協定は, 現在はEU法によって支配されているが, UK枠組みが必要とされるであろう領域および権限移譲された権限に対する制限が, 権限移譲された立法部の同意に服することを条件として, UKレベルで確立される関連の規則に時限的に置き換えられる領域に関するものである。現在, この協定に加わる在職中の北アイルランド執行府は存在していないが, 将来的に合意に加わる可能性はある。See *Intergovernmental Agreement on the European Union (Withdrawal) Bill and the Establishment of Common Frameworks* (24 April 2018): https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/702623/2018-04-24_UKG-DA_IGA_and_Memorandum.pdf.
- 128) *Joint Report from the Negotiators of the European Union and the United Kingdom Government on Progress During Phase 1 of Negotiations under Article 50 TEU on the*

〔翻訳〕 マイケル・ゴードン「憲法上の流動化の時代における連合王国の国会主権」(2・完)

United Kingdom's Orderly Withdrawal from the European Union, TF50 (2017) 19—
Commission to EU 27 (8 December 2017), [34]–[35].

- 129) Ibid, [36].
- 130) Northern Ireland Act 1998, s 1.
- 131) 最も明確なのは, Maugham 控訴院裁判官の傍論である (*Ellen Street Estates v Minister of Health* [1934] 1 KB 590, 597)。
- 132) [2005] UKHL 56, [2006] 1 AC 262.
- 133) *Wheeler v The Office of the Prime Minister* [2014] EWHC 3815 (Admin).
- 134) EU Act 2011, s 2.
- 135) See eg P Eleftheriadis, 'A New Referendum is a Constitutional Requirement', *Oxford Business Law Blog* (4 July 2016): <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2016/07/new-referendum-constitutional-requirement>.
- 136) See eg D Coffey, 'Does UK Law Require a Referendum on the EU Withdrawal Agreement?', *European Futures* (14 February 2018): <http://www.europeanfutures.ed.ac.uk/article-6071>.
- 137) この主張が第一段階で行われる場合, 関連の条約は一連の実質的効果の一つを有する必要があるとする 2011 年 EU 法 4 条の下での第二次の必要条件は無関係となろう。離脱協定は, UK に対して必要条件, 義務あるいは制裁を課す権限を EU 機関に確実に付与するであろうから, そうした基準は, とくに EU 条約 4 条 1 項 i 号または j 号における条件の一つを満たすことによって満たされることになる可能性があるように思われる。
- 138) EU (W) Bill, cl. 17(7) & Schedule 9.
- 139) こうした法的主張を行っているわけではないが, Eleftheriadis (n 135) は, 「レファレンダム実施後, 第二次レファレンダムの法的義務を妨げるためにこれらの条件を遡及的に変更することは, 当然だが, 憲法上不適切であるとみなされるであろう」という関連した規範的論議を行っている。
- 140) [2005] UKHL 56, [2006] 1 AC 262; see eg [59] (Lord Nicholls). この立場は, Lords Steyn, Hope, Carswell, Brown and Baroness Hale によって支持された。
- 141) Ibid, [32].
- 142) 反対の趣旨を示唆するものとして, see eg NW Barber, 'The Afterlife of Parliamentary Sovereignty' (2011) *International Journal of Constitutional Law* 144; F Davis, 'Brexit, the Statute of Westminster 1931 and Zombie Parliamentary Sovereignty' (2016) *King's Law Journal* 344.

〔付記〕前号の訂正

- (1) 151 頁下から 7 行目:「のであるから。国王大権」→「のであるから, 国王大権」

- (2) 152 頁上から 5 行目・14 行目, 154 頁下から 12 行目 :
「高等裁判所」→「高等法院」