慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	イギリス貴族院のバンクール判決にみる国王大権と司法審査
Sub Title	The royal prerogative "constituent" power and judicial review in Bancoult (no 2) (UK)
Author	岩切, 大地(Iwakiri, Daichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2014
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.87, No.2 (2014. 2) ,p.161- 196
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	小林節教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20140228-0161

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

イギリス貴族院のバンクール判決にみる国王大権と司法審査

岩切大地

一　はじめに
二　本判決の背景
三　本判決の概要
四　若干の検討
五　結びにかえて

一　はじめに

イギリスでは議会主権原則により、裁判所による議会制定法の違法・無効判断は排除されている。しかし特に一九九八年人権法の施行以降、この原則は維持されつつも、裁判所による議会制定法の人権適合性の審査は活発となり、見方によっては裁判所はある種の違憲審査権を行使するようになっている。(1)

イギリス司法部は、議会制定法以外にも、国王大権の行使に司法審査手続を適用しないという傾向があった。しかしこの傾向も、裁判所による司法審査手続の適用が拡大されるにつれて縮小してゆき、[2] 本稿の扱うバンクール第二次訴訟貴族院判決（以下「本判決」）により、国王大権も司法審査に服すると示された。[3]

さて、従来の司法判断抑制的傾向にクラウン概念が形式的に関係していると言うことができるのではないかと思われる。すなわち、議会主権は「議会におけるクラウン（女王）」の主権であり、国王大権はクラウン自身ないし「枢密院におけるクラウン（女王）」によって行使される権限である（さらに司法審査手続で発給される命令ももともとは移送命令や職務執行命令などの大権命令であり、これらはクラウン（女王）の裁判所によって発給される）が、そのような主体による行為であるという形式的属性が司法判断の可能性や密度を決定する要素になっている。

近年はかかる形式性の効力が薄まっているように思われるが、他方で、とりわけ国王大権に関しては、それら権限の扱う領域が（結果的に）政治的である、といった実質的属性が、なおも司法審査の可能性ないし審査の厳格さを決定する要素として効力を有するようになっているように思われる。[4] したがって、裁判所と政治的事項との関係は、現在のイギリス憲法における裁判所の位置付けを検討する上で非常に重要な問題である。と同時に、このような問題は日本の統治行為論における問題意識とも多少の共通性を有しているように思われる。[5]

そこで本稿は、以下で、過去の貴族院の憲法判例を凝縮したものとも評される[6] 本判決を分析し、イギリス裁判所と政治との関係について検討したい。

二　本判決の背景

本判決は、直接的には二〇〇四年ＢＩＯＴ憲法命令（British Indian Ocean Territories（Constitution）Order 2004、

以下「本件命令」）九条を争うものであるが、まずここでは事件の背景を確認しておきたい。[7]

㈠ 住民の強制排除

チャゴス諸島はインド洋の中心に位置する、環礁の島々から成り立っている。諸島のうち最大の島はディエゴ・ガルシア島で、現在は米軍基地として使用されている。その他、サロモン島、ペロス・バンホス島などの小島（以下「外島」）があるが、現在無人島である。

一五三五年にディエゴ・ガルシア島がスペイン船ポルトガル人によって発見されてから、諸島が歴史の舞台に登場する。[8] 一七六九年から諸島はフランス領となり、その後ナポレオン戦争を経て一八一四年パリ条約によりイギリスに割譲（cede）された。イギリスはその後、諸島をモーリシャス植民地の一部として統治してきた。

島の唯一の産業はココナッツのプランテーションだった。一八三三年に奴隷制が廃止された後に解放された人々の子孫（イロワまたはチャゴス人と呼ばれる）やプランテーションに出稼ぎに出てくる者が諸島の住民であった。プランテーション経営会社は、「幾分封建的な様式」で島の統治も行っていた。[9] 島の土地所有はすべてプランテーション会社であり、住民は土地の面でも雇用の面でも契約者という地位にあった。

「一九六〇年代、この無実の世界に国際政治の冷酷な現実が侵入してきた。[10]」アメリカ軍は一九五五年ごろからインド洋に軍事拠点を求め、ディエゴ・ガルシア島に注目していた。[11] 六四年には英米両政府で交渉が開始され、軍事基地建設に関する合意文書が両国間で交わされた。他方で、六四年から植民地モーリシャスは一定程度の自治を認められており、六八年には独立をする予定となっていた。そこで、基地建設が新たに独立する国の意思決定から影響を受けないようにするため、イギリス政府はモーリシャスからチャゴス諸島を切り離す方針を固めた。六五年四月にイギリス政府はモーリシャスと交渉の上、同年一一月八日にＢＩＯＴ枢密院令（British Indian

Ocean Territories Order 1965）を制定することで、チャゴス諸島ほかから成るＢＩＯＴを新設した。[12]

六六年一二月には英米合意文書「ＢＩＯＴの防衛目的利用について」が取り交わされた。ここでは米軍基地の建設の際には住民の移住という「行政的措置」が取られる旨が規定されていた。その準備として、六七年にはイギリス政府（クラウン）がチャゴス諸島の土地を買い上げている。七〇年にアメリカ軍が基地建設予算を議会から獲得し翌七一年に基地建設を開始したのを受け、七一年にＢＩＯＴ長官（Commissioner）は移民布告（Immigration Ordinance 1971）を制定し、チャゴス諸島から住民を移住させた。[13] 移民布告四条は「何人も領域内に立ち入ることができない」旨規定していた。

なお、七一年移民布告の制定は、ＢＩＯＴ枢密院令が長官に対し付与する「ＢＩＯＴの平和、秩序及び良き統治」のための立法権に基づくものであった。

ＢＩＯＴの設置から住民の移住までについて、イギリス政府は国際法上の問題を認識していた。すなわち、国連総会決議一五一四（植民地独立付与宣言）六項「国民の統一性と領土の一体性への、部分的又は全体的な分裂のための試みは、国連憲章の目的と原理に反する」に違反する可能性である。また国連総会決議二〇六六はイギリスによるモーリシャス領土の分割に反対するものであった。これに対するイギリス政府の法的立論は次の通りであった。チャゴス諸島には永住民（permanent inhabitants）は存在しない。現在島に住んでいる人々はモーリシャス人又はセイシェル人であり、プランテーション会社に契約で雇われている者及びその家族である。会社経営が続けられなくなれば、関係者はモーリシャス又はセイシェルに移住することになる、と。[14]

強制移住の後、チャゴス人の大部分はモーリシャスに移住し、その他はセイシェルやアルダブラ島に移住した。彼らには雇用も技能もなく、「その生活はミゼラブルであった。」[15] 七二年にイギリス政府はモーリシャス政府と合意し、一一五一名のチャゴス人の援助・移転費用として六五万ポンドを支払うこととなった。ただし、実際の支

払いは翌年となり、さらに住民に実際に配分されたのはその五年後のことであった。[16] この対応を不服として、チャゴス人から七五年に訴訟が提起された。この訴訟につき八二年に、イギリス政府が四〇〇万ポンドの補償金を支払うのと引き換えにチャゴス人は帰島の権利を放棄するという内容の和解が合意された。この補償金は、チャゴス人の選挙で選ばれる委員によって運営される基金からそれぞれの住民に配分された。ただし配分を受け取るためには権利放棄条項に署名をしなければならず、この署名を拒否する人々も存在した。

(二) 第一次バンクール訴訟

チャゴス難民グループ（Chagos Refugee Group）のリーダーであるバンクール氏は、七一年移民布告が違法であるとして、この取消しを求めて九八年に司法審査を申請した。二〇〇〇年一一月三日、高等法院はこの訴えを認容した（以下「第一次判決」）。判決の同日、政府は上訴を断念する等の内容の声明を発表した。

高等法院合議法廷（Laws LJ, Gibbs J）による第一次訴訟判決の概要は以下の通りである。[17] 七一年移民布告四条による住民排除は、六五年ＢＩＯＴ枢密院令による「ＢＩＯＴの平和、秩序及び良き統治」のための立法権付与に基づいてなされている。「平和……」の文言は、古来から、完全な立法権を付与することを意味する定式であり、そこには非常に広範な裁量権が認められる。しかし現在であれば、この裁量権行使はウェンズベリ合理性の審査が適用されるべきである。そこで検討すると、「平和……」は幅広い意味を持つが、少なくとも領域の住民に関して述べているはずである。「住民らは統治されるべきであって、排除されるべきではない。」政府は「砂漠を作り、それを平和と呼ぶ」ということをやっているようなものである。住民排除は「高度に政治的な理由」によってなされたかもしれないが、これは「ＢＩＯＴの平和、秩序及び良き統治に関係すると合理的に言える理由ではない。」したがって、本件移民布告四条は違法である。

この判決を受けて、ロビン・クック外務大臣は次のような声明を発表した（以下「本件大臣声明」）。同時に、外島への立入りを可能とする移民命令が制定された。

「私は裁判所の判決を受け入れることを決めた。政府は上告しないであろう。イロワの再移住の可能性について現在我々が行っている調査は、今や新たな重要性を得ることとなった。我々は再移住可能性調査を一年前に開始し、現在その第二段階を実施中である。さらに、我々は、条約上の義務を尊重しつつ、イロワが外島へ戻ることを許容するための新たな移民布告を制定するであろう。現在の政府は、三〇年前に行われ言われたことを擁護してこなかった。ローズ裁判官が認めたように、我々は起こったことの重大性を隠そうと試みなかった。裁判所への証拠の開示を完全に望ましい行動だと彼が賞賛し、現在の外務省の公開性をほめてくれたことに、私は満足している。」

㈢ 第一次判決のあと

第一次判決の結果を受け、二〇〇二年、バンクール氏らはイギリス政府に対し損害賠償請求訴訟を提起した。第一審[18]も第二審[19]も訴えを棄却している。第二審では、コモンロー上「国家」は存在しないこと、司法審査手続という行政事件ではクラウンのために行為する大臣に対する司法命令が可能であるが、不法行為法では国家が不法行為の行為主体にはならないこと、そして公職における失当行為（misfeasance）については時の大臣において違法性の認識があったとは言えないこと、等を理由に訴えを退けている。

バンクール氏らは、二〇〇一年にアメリカ政府に対しても損害賠償を請求している。第一審[20]も第二審[21]も、政治問題の法理により請求を棄却している。第二審は、外交・安保問題はすぐれて政治問題の要因であること、政策そのものではなく政策の実施方法や人権に関わる場合は司法判断可能であることを確認した上で、本件では政策そのものと政策の実施方法が不可分であり、本件の政策を実施する際に何を優先させるかを裁判所が執行府に指

示することはできず、したがって政府においてチャゴス人への注意義務があったか否かを判断することは司法の限界を超えることになると述べられている。

さて本件大臣声明の中で言及された再移住可能性調査であるが、二〇〇三年にその報告書がまとめられた。その内容は、外島への再移住には莫大な費用がかかることや、地球温暖化の影響で島が海面に沈むおそれを指摘するものであった。

その後、二〇〇四年六月一〇日に本件命令が制定された。これは六五年枢密院令を廃止し、新たにＢＩＯＴを再構成するための枢密院令である。重要なのは、今回は現地立法府によってではなく、枢密院における国王によって、チャゴス諸島への立入りが再び禁止されたことである。

本件命令の関連条文は以下の通りである。

九条一項　本領域が連合王国政府とアメリカ合衆国政府の防衛目的に資するよう、構成され設置されたことに鑑み、何人も領域内に居住する権利を有さない。

同二項　したがって、本命令その他領域で適用される法によって、又はそれらに基づき許可される場合を除いては、何人も領域内に立入り又は在留することができない。

一〇条一項　この命令の規定するところに従い、長官は、本領域の平和、秩序及び良き統治のために立法することができる。

一五条一項　女王（Her Majesty）には、本領域の平和、秩序及び良き統治のための完全なる立法権が留保される。

また本件命令と同日に、枢密院により、二〇〇四年移民枢密院令が制定され、ここでも島への立入りが禁止されている。

バンクール氏は、本件命令九条その他が違法であるとして、再度、司法審査を請求した。これがバンクール第二次訴訟である。

㈣ バンクール第二次訴訟第一審・第二審判決

高等法院合議法廷（Hooper LJ, Cresswell J）の判決は本件命令の不合理性審査の検討から始める。[22] 不合理であるか否かの審査は、UKの国防の利益の観点からではなく、BIOTとその住民の利益から審査されるべきであるとした上で、本件命令九条は住民の利益に適うものではないとする〔パラグラフ一二二。以下同様〕。これが結論であるが、その前提問題について、割譲植民地に対する国王の立法権には限界があり、したがって司法審査に服すること〔一四二〕、不合理性審査は政策適否の評価ではないこと〔一六二〕、本件命令の制定主体は枢密院における女王であるが現実には大臣であるからこそ司法審査が可能であること〔一六三〕、そして本件では執行府の行為が審査対象となっているのであるから、一八六五年植民地法効力法は事案には無関係であること〔一六九〕、が確認された。このようにして、高等法院はバンクール氏による司法審査申請を認容した。

第二審の控訴院も、高等法院の判断を支持している。[23] 判旨は次の通りである。まず一八六五年法の論点について。この法律の制定当時には、まだ現在のような司法審査制度は存在していない。本件で問われているのは、制定法と制定法の不一致（repugnancy）ではなく、そもそも本件命令が法であるかどうか、有効に成立しているかどうかの問題であるから、一八六五年法は関係ない〔Sedley LJ、三〇〕。

次に政府は大権命令が君主によるものであるから司法審査に服さないとするが、これはクラウンの主権的行為ではなく執行府の行為であるため、潜在的に司法判断可能（justiciable）である〔Sedley LJ、三六〕。また、枢密院令は議会で審査されることもなく、また大臣はクラウンの影に隠れて一切の制約から免れることになるので、

裁判所はこれを司法審査すべきである〔Walker LJ、一〇六〕。今や、枢密院令の全てが審査可能である〔Clarke MR、一一一〕。

国王大権に対する司法審査可能性は、その権限の源ではなく、それが扱う主題に依拠する。その主題が裁定に適していれば、その権限を濫用する行為は司法判断可能である〔Sedley LJ、四三〕。植民地ガバナンスの国王大権についても、そもそも植民地立法には「平和……」という法的限界があるので、司法審査に服する〔Sedley LJ、四七〕。

そこで本件命令につき権限濫用の観点から審査するに、ここではチャゴス人の利益よりはUKの納税者やアメリカの利益が考慮されており、権限濫用がある。本件命令がやっていることは「ガバナンスではなく住民全体の排除」である。「集団的福祉とつながらない理由で全住民を故郷から排除することは〔ガバナンスとしての行為という〕性格を持たない」〔Sedley LJ、六七〕。

さらに本件命令はバンクール氏らの正当な期待（legitimate expectation）も侵害している。本件大臣声明の後に状況の変化が存在したわけでもなく、また方針変更の理由も示されておらず、さらにチャゴス人との協議もなされていない〔Sedley LJ、七六；Walker LJ、九九；Clarke MR、一一五〕。

三　本判決の概要

ところが貴族院は、三対二で上告を認容した（多数意見はホフマン・ロジャー・カーズエル卿、少数意見はビンガム・マンス卿）。以下、多数意見と少数意見の順に判示の概要を確認する。

(一) ホフマン卿

まず、割譲植民地に対して枢密院における女王（Her Majesty in Council）の立法権が議会制定法に反しない限りで認められる、というのが法である（ホールズベリ引用）〔三一〕。本件ではその立法権の限界の決定が求められているが、これについて両当事者はともに「極端な主張」を行っている。すなわち大臣側は、①植民地に対する枢密院令は第一次立法であり議会制定法に準ずるものであるという理由で、又は②一八六五年植民地効力法により植民地立法への審査は排除されているという理由で、裁判所はその効力の審査権を有さないと主張し、他方で原告側は、③居住権（right of abode）はクラウンがいかなる理由によっても奪うことのできないほどの基本的権利である、及び④本件命令はＢＩＯＴ住民の「平和、秩序及び良き統治」のためにはなっていないので違法である、と主張する。「私はこれらの両方の主張を退ける」〔三三〕。

①まず大臣側の主張について。確かに大権枢密院令は、それが始原的な立法であるという意味で、第一次的立法である。しかし、議会の代表的性格（representative character）という特有の権威のゆえにこそ、裁判所は三五〇年にわたり議会主権原則を認めてきたのに対し、国王大権の行使はそのような特質を欠き、結局のところ執行府の単独の権限行使にすぎない。ＧＣＨＱ判決[24]により国王大権に基づく権限行使は司法審査の対象となり、今や国王大権そのものの行使も通常の司法審査手続による合法性・合理性・手続的適正性の審査に服すると見るべきである。また、ディエゴ・ガルシア島の基地が特別移送（extra rendition）のために用いられ、拷問が行われたとの証言があることも踏まえれば、「連合王国の名誉に関わるようなかかる行為がイギリス領域内で執行府の命令により正当化されるかもしれないということは、私が認められるようなことではない」〔三五〕。

②大臣側のもう一つの主張である一八六五年法について。控訴院判決は、本件命令が他の法律と矛盾するかどうかではなく、そもそも本件命令が枢密院の女王の権力の範囲内であるかどうかが問題である、として政府の主

張を退けた。「私は、一八六五年法に基づく主張を、別の理由で退けたい。」一八六五年法は植民地法の観点から植民地立法の効力を見た場合について規定したものである。本件命令はＢＩＯＴ法という側面のみならず、連合王国と非自治領という不可分の王国（realm）の利益の観点から制定された帝国立法という側面を持つのであり、後者の側面をイングランド裁判所が扱うことは、一八六五年法の対象外である〔四一〕。

③次に原告側の主張について。原告側は居住権がマグナカルタ二九条にも書かれた基本的権利であると主張するが、この条文には「国法によらない限り」という文言がある。したがって、確かに、クラウンは臣民の入国の自由というコモンローを制限することはできないが、クラウンが全面的立法権を持つ割譲植民地では別である。つまり居住権は法の創造物であり、法が与え、法が奪うことのできるものである。ＢＩＯＴ憲法はこの権利を明確に否定している。確かにクラウンは立法に際してこの権利を適切に考慮すべきであるが、クラウンの立法権がこの権利に触れることができないほどこの権利が基本的なものとは言えない〔四五〕。また、本件での居住権の主張は、今となっては、むしろ抵抗のシンボルとして援用されているにすぎない〔五三〕。

④原告は、クラウンの立法権が住民の「平和、秩序及び良き統治」のためのものと限定されると主張するが、これも退ける。第一に、女王（Her Majesty）は非自治領に対し、ＵＫと植民地との不可分の王国（realm）の利益において、ＵＫの大臣の助言により、立法権を行使することができるのであるから、枢密院における女王は、植民地の利益ではなくＵＫの利益を選択した上で、それに基づく植民地立法を制定する権限を有する（第一審を破棄）〔四九〕。第二に、「平和……」の文言は、その領域内につき完全な立法権を付与する文言であるから、裁判所としては大権立法がこの文言に反するか否かを審査することはできない（第一次判決の判示は誤りである）〔五〇〕（なお以上の①～④の番号は引用者による）。

続いて、「私には本件上訴の主要なポイントと思われる」通常の司法審査の適用問題について。原告は本件が

基本的権利に関わる問題であるから司法介入は厳密（anxious）であるべきだとするが、本件での居住権の主張は、もはや行使することが現実的には困難である二〇〇四年の時点の権利に関する主張であって、「単にシンボル」「ジェスチャー」「抵抗」の表明の手段にすぎないから、立法府が他の考慮事由とこの権利を衡量しても不合理ではない〔五三〕。大臣側の主張するように、本件命令の制定の背景には、もしチャゴス人の移住を認めると移住後を含めた費用がかかるという財政上の事情[25]、アメリカがチャゴス諸島への人の立入りにつき安全保障上の懸念を示しているという安全保障・外交上の事情がある。「公費の支出やクラウンの安全保障上・外交上の利益に関わる政策は特に執行府の権能の範囲内のものである」ことを踏まえると、本件決定に不合理性や権限濫用は見当たらない〔五八〕。

正当な期待に基づく主張については、本件大臣声明が再度立入の全面禁止を判断するかどうかについて触れていないから、この声明が「明確かつ無条件の」約束であるとは言えず、またもし明確な約束だったと言えたとしても、本件決定が「マクロ政治の分野」に関わることに鑑み、新たな政策を採用することには十分に公的な正当性がある〔六三〕。

最後に、人権法は本件に適用されない。すなわち、一九五三年モーリシャスに欧州人権条約が及ぶとのイギリス政府の宣言は、モーリシャスが独立した時点で満了し、他方で政治的実体（political entity）としてのＢＩＯＴにはこのような宣言はなされていないのであるから、「バーミンガム条例と同じくらい、ＢＩＯＴには人権法は関係ない」〔六五〕。

㈡　ロジャー卿

まず、入植植民地（settled colony）と征服・割譲植民地（conquered or ceded colony）とを区別するのは古い法

であるが、議会がこれを変更していない以上、裁判所は法の支配の原則によりこれに依拠すべきである。そうすると、割譲植民地では国王の立法による変更がない限り従来の法が適用されることになる。ただし、ＢＩＯＴでは一九八四年の布告によりイングランド法が適用されることとなっているので、チャゴス諸島でもマグナカルタ二九条は法である。また、いかなる臣民もブリテンの植民地から外国へ追放されないことがイングランド法の基本原則である。

そこで、「国王（King）の立法は従属的である、すなわち議会における国王の権威に従属し、基本原則に反する変更を立法することはできない」とするキャンベル判決[26]の本件への適用が問題となる。この判決の中でマンスフィールド卿が「基本原則」と述べたのは、本来、実は、名誉革命で確認された議会制定法の優位についてであった。しかし歴史的事実として、一九世紀には、この判旨は、植民地立法がコモンロー基本原則に反してはならないという意味として理解された。そうすると、そもそも植民地立法は現地に応じて制定されるのであるからイングランド法との抵触は生じるわけであり、何が基本原則に該当するかによって植民地法が無効になるという不安定性が生じてしまった。これを解決するための立法が一八六五年法であった〔九一～六〕。

つまり、一八六五年法は、イングランド法基本原則との抵触の有無の観点からの植民地立法の審査を廃止するという目的を持っていた。したがって、一八六五年法の下では、植民地に適用の及ぶ議会制定法がない限り、たとえば拷問を許容する植民地立法さえも許容される。要するに、本件命令がイングランド法の基本原則に抵触するとの主張は、一八六五年法により排除される〔九七～一〇二〕。

とはいえ、一八六五年法は植民地立法が権限踰越であるとの主張を排除しない。この点で、枢密院における女王が「平和……」に反して権限踰越に行為した、あるいは女王がチャゴス人の利益を考慮せず、正当な期待に反して行為したとする原告の主張は、検討する余地がある[27]〔一〇四〕。

これに対し大臣側は、枢密院立法という国王大権は裁判所によって審査されるべきではないと主張するが、これは退けられるべきである。キャンベル事件ではすでに国王の勅許状（letters patent）が審査されたのであり、本件命令は枢密院令ではあるが、立法の形式の違いはもはや重要性を持たない。そしてＧＣＨＱ事件により国王大権行為への審査は確立されたのであり、国王大権立法もまた、司法判断適合的（justiciable）である限り、通常の司法審査手続による合法性・合理性・手続的適正性の審査を受けると見るべきである〔一〇五〕。また、枢密院令は現実には大臣らによって決定されるのであり、司法審査手続による大権命令はクラウンではなく大臣職に向けて発せられる〔一〇六〕。

そこで、本件命令が「平和……」に反するか否かについて。「平和……」の文言は女王（Her Majesty）の留保的立法権を表現する慣習的文言であり、そのような女王の構成的権力（Her Majesty's constituent power）は議会の立法権と同じくらい広範である。何が「平和……」に適うかの問題は司法判断適合性を欠くので、裁判所は大臣の判断を代置することができない。確かに枢密院令の制定に当たり議会の承認や政治的コントロールがないことは望ましくないが、しかしその矯正は裁判所ではなく議会が行うべきである〔一〇七～九〕。

次に、本件命令の合理性について。そもそも議会やクラウンは帝国全体のために立法を行うことが可能であり、したがってクラウンはチャゴス人の利益のみならず、ＵＫの財政・外交・安全保障を考慮することができる。本件命令に際しても、移住と移住後の費用、移住後の環境問題、第一次訴訟以来の安全保障状況の変化、そして基地の機能保全の必要性が考慮され、そこではチャゴス人の利益も考慮に入れられているのであり、裁判所としてはここに不合理性を見出せない〔一一〇～四〕。

正当な期待に基づく主張について。第一次訴訟後に大臣が約束したのは再移住可能性調査に過ぎないので、原告の主張は退けられるべきである〔一一五〕。その他、人権法の適用の問題はホフマン卿に同意する。

㈢ カーズエル卿

まず本件命令の制定の背景には、再移住が現実的に不可能である、という事情があり、これが本件の判断には大きく関連する。

割譲植民地における枢密院令は、ＵＫにおける議会制定法と同様の効力を持つ。かかる枢密院令が居住権の尊重というイングランド法基本原則に反するか否かの審査は、一八六五年法によって排除される（一八六五年法の解釈はロジャー卿と同旨）〔一二四～五〕。

植民地に対する枢密院令は「平和……」のために制定されるべきではあるが、そもそも「平和……」の文言は完全なる立法権を表現するための文言であるため、枢密院令ないし大臣の判断が「平和……」に反するかどうかの判断につき、裁判所は自制（abstinence）すべきである〔一二八～三〇〕。

本件命令への不合理性審査については、まずＢＩＯＴには人権法の適用がないため、比例原則という厳格な審査基準ではなく、ウェンズベリ審査基準で、大臣の判断の不合理性を審査すべきである。本件では、再移住の費用負担、アメリカの防衛利益の確保についてのＵＫの外交的利益という、幅広く情報にアクセスでき議会に責任を負う大臣こそが判断すべき事項が関わっているので、裁判所が判断を行うべきではない（court should be more than a little slow to pin that butterfly to the wheel）。不合理性はない〔一三一～二〕。

正当な期待については、本件大臣声明は再移住可能性調査の結果に左右されるものであったこと、大臣声明が個人ではなく集団に向けられていることから正当な期待を生じさせるものではなく、さらに帰島の実施は財政のみならずアメリカとの関係にも影響するため、政策変更には十分に公的な理由があり正当化される〔一三四～五〕。

「チャゴス人への同情なしには」以上のような判断はできないが、「しかし、法的権利について裁定するのが裁

判所の役割であり、過去にひどく扱われた当事者に対していかに同情したとしても、裁判所には現行法を適切かつ不偏的に適用することが求められるのである」〔一三六〕。

㈣ ビンガム卿

私は上告を棄却する。まず、国王大権は時々の法の下でクラウンに合法的に残された残余的な裁量的権限であるので（ダイシーを引用）、国王大権の存在は裁判所が決定し、また国王大権の範囲は拡大されることはない。そもそも議会の根拠なく執行府が大権的枢密院令により立法を行うことは「実に時代遅れな残存物」であり、国王大権の存在及び効果については、それが歴史的根拠を有するものでなければならない。

ところで、先住民を故郷から追放するという歴史的根拠は存在しない。というのも、市民とクラウンとは忠誠と保護の相互的義務によって関係付けられており、保護の義務は追放によっては通常は果たされないからである。議会のみ、追放を行うことが可能であろうが、それは公開の議論と民主的決定なしにはなされない。したがって、そもそも、国王大権は本件命令九条を制定することができない〔七一〕。

以上の議論が否定されたとしても、本件命令九条は司法審査の下で違法である。二〇〇〇年一一月に外島への立入りが認められたことに照らせば外島への再移住が基地又は国家の安全保障に影響を与えるものではないことが明らかであること、外島で基地を建設する権利をアメリカは行使していないこと、安全保障をめぐる状況の変化が生じておらず、インド洋中央でのテロの計画があるとはされていないこと、本件命令の制定にあたりチャゴス人の利益がほとんど顧みられていないこと、などから、本件命令九条は不合理である。また居住権の現実的行使が困難であればあるほど、それをあえて排除する理由はないはずである〔七二〕。

第二に、本条は正当な期待に反する。本件大臣声明は明確かつ無条件という要件を満たすものであり、原告ら

は予見可能な将来に帰島は確実であると考えるに至ったのであり、かかる約束を覆すほどのやむを得ない事情も存在しない〔七三〕。

㈤ マンス卿

まず、事案の前提として、一九七一年移民布告が、チャゴス島から「野蛮な人たち」を排除するというロンドンでの決定を受けて制定されたこと、原告は一九七一年法が離島の法的根拠であるかどうかを争っているのではないこと、そしてバンクール訴訟は予算獲得のためのキャンペーンなどではないのであり、本件での居住権の主張は単なるシンボル的なものではない。また、チャゴス諸島の外島では、多数のヨットマンが、アメリカ軍の行動を邪魔することなく、数か月間滞在しているという事実もある。

ホフマン卿の判示には、以下の点で同意する。第一に、国王大権に基づく枢密院令は、その立法の判断主体は大臣であることから、司法審査に服すること。「枢密院立法が、その制定に責任を負う大臣に向けられた本件のような訴訟の判決によって無効であると認めることは、国王（Sovereign）の名においてなされる他の大権行為の違法判決と同様に、国王（Sovereign）に対する許されざる司法命令発出となんら関係ない」〔一四一〕。第二に、一八六五年法が本件審査の障害とはならないこと、第三に人権法ないし欧州人権条約は本件では何らの役割を有しないこと、第四に国際法上の論点については言及しないこと、である。

次に、割譲植民地に対するクラウンの大権立法権には限界がある。第一に、割譲植民地に対する国王の立法権も「平和、秩序及び良き統治」のためのものと定義することができ、そのためこの文言による拘束を受けること。第二に、枢密院におけるクラウンの立法権には、議会におけるクラウンの立法権に与えられている主権性・不可譲性を有していないので、一度自らの権限を制限すれば、それを回復することができないこと。第三に、キャン

ベル判決による制限に服すること。第四に、大権立法権の行使の範囲は純粋にコモンロー上の問題であるから裁判所による制約に服し、そしてその際裁判所は過去の事例からかかる制約を検討することになること。

本件命令については、まず、過去に土地からの排除を規定する例は存在しない。一九六五年にＢＩＯＴを設置した時には、固有の住民たるチャゴス人が千人程いたのであり、この時点で彼らは「国王の保護の下」にあるべき臣民になる〔一五〇〕。臣民の居住権は、ＵＫでは基本的・憲法的権利であり、かつてリチャード二世がボリングブルックらを追放して以来、かかる権限は廃れた。そしてＢＩＯＴにおいては、割譲植民地であっても公法についてはＵＫと同様の法が適用されるのであり、したがって、チャゴス人も居住権という憲法的権利を有する〔一五五〕。そしていかなる植民地もその人民から構成され、本国とのつながりを持っているのであり、「割譲地に対するクラウンの「構成的」権力は、その領域の適切なガバナンスを可能にするため、少なくとも特にそこに住む住民の利益のための権力」であるから、住民を排除する憲法というのはそれ自体で矛盾している〔一五六〕。ＢＩＯＴに対する大権立法権は、住民の立入りを禁止するまでの範囲を有さない。また本件ではチャゴス人の公法上の権利が問題となっているのであり、帰島の現実性や島の所有がクラウンになっていることには左右されない〔一六〇〕。本件命令九条は大権立法権の範囲を逸脱している〔一六一〕。

仮に以上の判示が受け入れられないとしても、本件命令は司法審査基準（不合理性）によっても違法とされるべきである。本件では、帰島による安全保障上の懸念を示すアメリカ政府からの書簡が提出されているが、これらはむしろＵＫ政府が一定の時期まで外島の帰島を認める方針だったことをうかがわせる資料である。次に政府は財政上の問題を挙げるが、原告が主張しているのは一時立入りの権利であり、財政は問題にならない。そしてチャゴス人集団が外島に上陸する動きを見せていたため政府がこれを阻止しようとしたという背景も、居住権という基本的権利を永久に失わせるための正当な理由とは言えない〔一六二〜一七一〕。本件では、人間が故郷に帰

るという本能的・基本的自由が関わっているから、より厳密な司法審査が求められる。また本件大臣声明は帰島の権利を認めるものであった。再移住可能性調査もこの約束の条件ではなく、経済的費用の算出のための調査である。以上を踏まえると、本件命令において、政府は居住権やチャゴス人の利益を正しく考慮しておらず、大臣声明による正当な期待を侵害するものである〔一八三～五〕。

四　若干の検討

㈠　判旨の確認

1　国王大権と司法審査

本判決の判示事項を確認しておきたい。第一に、本件は初めて、国王大権全般が司法審査に服すると全員一致で示した。一九八四年のＧＣＨＱ判決では、国王大権を根拠とする権限行使と国王大権そのものとを区別した上で、前者にのみ司法審査が及ぶという解釈の余地も残されていたが[28]、本判決はこれを否定した。さらにＧＣＨＱ判決では、司法審査から初めから除外されるであろう国家行為のリストも示されたが、本判決では国王大権がすべて、まずは司法審査に服することが示された。もっとも、国王大権の存在と限界を決定するのは裁判所の役割であるというのは一七世紀以来の原則であるが[29]、八〇年代までは国王大権の行使に対する司法審査がなされなかったことからすれば[30]、本判決には大きな意義がある。そしてこの判示の理由として示されているのが、国王大権を行使するのが実質的には大臣であるという憲法習律に基づく実態である。

なおこの点に関して、本判決のマンス卿は、枢密院における国王による立法である枢密院令に対して取消命令等の裁判所命令を発出することは、あくまで国王個人ではなくその制定につき助言した大臣の判断に向けられる

ものであると説明している。この判示には、法的に免責されるものとしての「クラウン」の意味を国王個人に限定することでクラウンの権限を行使する大臣の行為が裁判所侮辱罪に当たるとしたM判決の発想に通ずるものがあるといえる。[31] M判決に対しては、実質的には大臣の行為に他ならないものに対し司法統制を及ぼした法の支配に資する判決であるとの評価がある一方で、結局のところクラウンには法的統制が及ばないという限界を示した判決であるとの批判があるが、[32] 本判決の評価にもこの議論がそのまま当てはまろう。そして、たとえば議会解散に関する首相による誤った助言を拒否するという国王個人の大権も存在するとする説を是認する場合、[33] M判決・本判決のような論法は、依然として司法審査から除外される権限が存在する、ということを含意する。

2　枢密院令の法的地位

第二に、国王大権に基づく枢密院令の法的地位について、本判決は全員一致で、これが議会制定法並みの地位を持つものではないとした。法形式的には、大権立法は上位の法規範の委任によって制定されるわけではないので、議会制定法と同様、大権立法も第一次立法である。一九九八年人権法においても、大権立法は第一次立法として扱われ、裁判所による無効判断の対象から除外されている。[34] 政府側は大権命令のこのような法形式を理由に裁判所の無審査を主張したが、本判決はこれを退けた。

これを判断する際に、本判決は議会主権原則の実質的理由を議会の代表的性格に求めている。そしてこれに対して大権立法は、結局のところ執行府単独の行為であり、さらに公開の審査を受けるものではない。以上を理由として、本判決は大権立法の無効判断ができるとした。

3　割譲植民地に対する枢密院令の範囲とその審査

第三に、植民地に対する枢密院令の範囲とその審査については、本判決では判断が分かれたポイントである。多数意見も少数意見も、割譲植民地への大権立法権が「平和、秩序及び良き統治」のためのものであることを是

認するが、そこからの帰結がロジャー・カーズエル卿と、ホフマン卿と、そして少数意見とで異なっている。

多数意見のうちロジャー・カーズエル卿は、「平和……」の定式を全面的な立法権を意味するものと捉えた。彼らによれば、割譲植民地に対する国王大権に基づく立法権は、UKにおける議会制定法並みに無制限なものであり（植民地に対する「構成的権力」）、したがって本件命令など具体的な枢密院令が「平和……」に適合するかどうかの問題は、司法判断適合性を欠くか、あるいは裁判所に判断の自制を求めるという。つまり、ロジャー・カーズエル卿は、議会制定法と植民地枢密院令とを一応区別するにもかかわらず、しかし後者に広範な権限を認めている。[35] このような捉え方は、彼らの一八六五年法解釈にも一致している。彼らによれば、植民地への大権立法権は、当該植民地に適用が及ぶ議会制定法に違反しない限り、何でも許される――拷問すらも。

拷問に関して、これを許容することは大権立法権の限界を超えると示唆するのはホフマン卿である。ホフマン卿の判示においては、大権立法権が無制限であるとは述べられていないが、その限界として判決中に例示するのは拷問の禁止くらいである。居住権が大権立法権の限界を画すものであるかどうかは、明らかではない――ホフマン卿にとって、本件にいうところの居住権は、政治的キャンペーンのシンボルにすぎず、重みを持たない。

これに対し、少数意見は、割譲植民地に対する大権立法権に様々な限界があると見ている。まず、「平和……」の定式が示す通り、植民地への大権立法権は住民の統治のためという目的の範囲内になければならない。そしてクラウンと臣民との保護・忠誠の関係に内在するものとしての居住権を制限することはできない。[36] マンス卿の明示するように、植民地に対する構成的権力に内在する限界は存在する、というのである。

以上のように、大権立法権の限界に関して本判決では見解に相違が生じることとなった。この相違は、大権立法権の限界の有無をめぐってだけではない。大権立法権の限界の問題をどこに位置付けるか――判決文の論理構成の冒頭部分に来るのか、中間部分に来るのか――をめぐっての相違も見られる。これについては後述する。

4　司法審査の適用と帰結

司法審査（すなわち合法性・手続的適正性・合理性の三項目の審査）が国王大権の行使に対してもなされうることは全員一致であったが、多数意見はこれが本判決のメインの審査と位置付けたのに対し、少数意見は司法審査を予備的な審査と位置付けた、という相違が見られる。なお、本判決において具体的に司法審査としてなされたのは、本件命令の合理性の審査と、正当な期待の侵害の有無の審査である。

次に、ロジャー・カーズエル卿にとって割譲植民地への大権立法権は無制約であったにも関わらず、それでも大権立法権が司法審査に服するとされているが、その理由は明確には述べられていない。(37)

さて合理性審査であるが、本判決では、本件命令がチャゴス人の利益に適ったものであるか否か（その前提として、本件命令がそもそもチャゴス人の利益しか考慮してはならないのか）、または、再移住の費用・国防・アメリカとの外交関係を考慮にいれた大臣の判断に合理性があるか、が問題となっている。多数意見は、クラウンは王国全体の利益を考慮することができるとし、その上で、財政・国防・外交という問題に対する大臣の判断に敬譲を払っている。財政・国防・外交に関する大臣の政策判断に対するこのような敬譲は、多数意見による正当な期待の主張の棄却にも現れている。なお、ホフマン卿は、大臣の判断と衡量にかけるべきもう一方の考慮事由としてチャゴス人の居住権を挙げているものの、本件の事案の背景に照らし、この権利の現実的価値は低いという理由で、審査を緩やかにしている。

これに対して少数意見は、居住権の重要性に応じた厳格な審査を行い、財政・国防・外交にかかる政府側の主張の合理性を事実に照らして判断し、これを否定している。

(二)　若干の検討

1　判決の帰結とそれへの批判

本判決は、国王大権に対する司法審査を包括的に認めた上で、財政・国防・外交問題に関する政府の広範な裁量を認めて、結局のところＢＩＯＴからの住民排除を合法とした。このように、司法審査可能性があるとの法原則を立てつつ、その後すぐに政府利益に配慮してこの法原則を不安定なものにするという裁判所の手法は、近年見られる傾向である、との指摘がなされている。[38]

本判決に関して言えば、海外領土（コモンロー上は「割譲植民地」）に対する枢密院におけるクラウンの権限が、事実上無限であると示されたわけであり、「ブリテン憲法をCalvin事件やジェイムズ一世時代に戻してしまった」との批判や、[39]ＢＩＯＴは「簡易版イギリス法（British law lite）」しか適用されない、法のブラックホールならぬグレイホールの土地となったという批判、[40]あるいは人々が「臣民」ではなくただの「身体」としてしか扱われないアガンベン的な境界線となった、[41]という批判にはもっともなところがある。

法がこのような閾地帯を作ったその遠因は、やはり主権権力にあるのだろうか。ある論者は、原因をクラウン＝君主の存在に求める。コモンローは国家を知らずクラウンのみを認識し、そしてそのクラウンは悪をなしえない。したがってコモンローは小物を捕えることができてもクラウンという大物は捕えられない。法の中心にはクラウンが存在するため、法を用いて政府を統制しようとする法的憲法論は成功し得ない、と。[42]

しかし、コモンロー上クラウンの意味が様々あること（公的活動をする場合の君主という単一法人／政府全体という集合法人）や、より古くは国王の公的身体と私的身体が区別された上でなお国王の一人格が両者を担うという議論が存在したことを踏まえれば、[43]クラウンの廃止がこの問題の解決になるわけではないだろう。むしろbody politic（あるいはイギリスという「国家」）の法的扱い方こそが問われるべきであろう。

そこで本稿は、本判決の多数意見と少数意見のどこに違いがあるのかを以下で検討することで、body politic

の扱い方ないし「高度に政治的な」大権[44]に対する法的対応についての示唆を得たいと思う。

2　「通常審査」対「特別審査」

本判決に対しては、国王大権を裁判所による審査に服させたものの具体的な審査の方法が不明確である、との批判がある[45]。本稿も、本判決における多数意見と少数意見の違いが、それぞれ「通常審査」と「特別審査」という、審査方法の違いに由来すると見る[46]。すなわち、多数意見は、本件命令の制定という国王大権の行使を通常の行政行為と同じように捉え、そして通常の司法審査手続を当てはめた。これに対し、少数意見は、本件における国王大権の行使を特別な政治的行為と捉え、司法審査に先立ち、特別な法的基準からこの行為を審査した。一見すると、前者のアプローチの方が法の支配に適うようにも思われるが、本判決の帰結を見る限り、そうではなさそうである。

なお、補足をすると、本稿のこのような捉え方からすれば、少数意見が司法審査に先立つ問題として扱った「平和……」の審査は、通常の司法審査の三項目の一つである「合法性審査」とは似て非なるものである。そして多数意見のうちロジャー・カーズエル卿が司法判断適合的でないとか自制すべきとした争点もまさに、少数意見が行った特別審査のことであった、ということになる。ともあれ以下では、本判決の中から、「通常審査」対「特別審査」の対抗図式の根拠を探したい。

第一に、本件命令を制定する際、クラウンないし大臣はチャゴス人の利益ではなくＵＫの利益のために行為してもよいのか、という争点があった。これについて、多数意見は不可分の王国全体に対する立法がクラウンに可能であるとする。ホフマン卿にとっては特に、これが前提になるからこそ、一八六五年法のハードルがクリアできるのであった（そしてクアーク判決で示したクラウンの分割論を自ら撤回し[47]、本件命令をＢＩＯＴのクラウンではなくＵＫのクラウンの行為とした）。これを前提とした上で、多数意見は、合理的な大臣であれば行わないであろう

判断を行ったか否かという、司法審査手続で通常用いられる合理性審査を行ったのである。

これに対して少数意見は、ＢＩＯＴに対する大権立法権の行使は少なくともチャゴス人の統治のために用いられるべきであると述べ、そもそもの大権立法権の権限範囲（vires）の問題として扱っている。少数意見にとって植民地立法権の定義「平和、秩序及び良き統治のための立法権」というのは内実を持ったものであった。では、この「平和……」のための立法権は誰から授権されたのであろうか。これは第二の点に関わってくる。

第二に、本判決における司法判断の根拠ないし基礎付けも、多数意見（特にロジャー卿）と少数意見とで異なっている。ロジャー卿は、一八六五年法は議会制定法との抵触のない限り裁判所による植民地立法への審査を排除するものと判示したにも関わらず、その後に司法審査手続に入っていくのであった。このような判断ができるのはなぜか、明確ではないものの、本稿としてはここに、司法審査基礎付け論のうちの「権限踰越説」があるのではないかと見たい[48]。すなわち、ロジャー卿のキャンベル事件及び一八六五年法解釈の中でキーになっているのが議会制定法の優位性である。議会制定法に反する植民地立法は無効であるが、これは換言すれば議会意思が明示的又は黙示的に与えた権限を逸脱する行為が無効になるということを意味する。そして議会意思としては、枢密院令によるＢＩＯＴの領域外の立法を許容しないということになり、このような枠組みの中でこそ、チャゴス人の利益ではないか否かが判断できる、という理路である。

これに対し、少数意見が司法審査手続に先立つ問題として行った判断は、議会制定法なりの成文法（ないし実定法にすら）に依拠していない、という特徴があるように思われる。少数意見にとって、「平和……」の定義による権限の限界画定はコモンロー上のものである。あるいは、「統治」という活動そのものに内在する本質的限界である。いずれにしても、少数意見はこのような判断の基礎を議会制定法等の権威に求めていない。せいぜい「コモンロー上過去に例がない」という、権威ある先例の欠如のみが、少数意見による判断の実定法上の基礎に

なっているように思われる。

第三に、「居住権（right of abode）」の捉え方である。多数意見において、居住権は、人権法上の権利であり、あるいはマグナカルタ上の権利であり、いずれにしても実定法上の権利にすぎず、これがいかに重要な権利であっても、他の実定法による制限に服する。[49] 本判決において、せいぜいのところ居住権は、大臣が判断する際に考慮すべき一要素（それもあまり重くない）にすぎない、という扱いである。

これに対して少数意見では、居住権は単なる法律上の権利としては示されていない。少数意見も人権法の適用が本件にないことは確認している。少数意見が言及する居住権は、マグナカルタ上の権利あるいはコモンロー上の権利である以上に、「統治」に内在する一要素である。すなわち、イギリス国籍法の依拠するところとされるクラウンと臣民の「忠誠と保護」の関係、あるいは近世の国王大権による合法的支配における「奉仕と愛」の関係、[50] といったものに触れるものとしての「居住権」である。

以上のさしあたりの考察から、多数意見が通常法に基づく通常の審査を行ったのに対し、少数意見は通常法を支える法（いわば憲法）に基づく審査を行った、と言えるように思われる。このような読み方が誤っていたとしても、本判決では国王大権をどのように位置付けるか（通常の行政行為か特別の政治的行為か）が結論を大きく左右したと言えよう。

3　法と政治

本判決における通常審査は、通常の司法審査による判断基準を適用することで本件命令に切り込み、しかし政府による財政・国防・外交問題の援用の前でストップした。このような通常審査の背後にあるのは、法と政治の峻別であるとの評価がある。[51] これによれば、上告審の段階になって政府が財政・国防・外交問題であるとの証拠を提出したという経緯があったことが、このことを明確に示す。[52] しかし、そもそも政治的な訴訟の中で裁判所が

法的であろうと徹すること自体が非中立的であり、さらにこのことによって政治に汚染された法の領域からも裁判所は撤退することになった、という。[53]

確かに多数意見は財政・国防・外交問題に関する政府の主張を丸飲みしている。このことには、やはり国王大権の影響があるとの指摘がある。「もし〔本件〕措置が枢密院令ではなく議会制定法の下で制定された従位的立法であれば、貴族院判事がここまでの自制を行使するとは考え難い。大権に対する、それが大権であるという理由のみでの敬譲」が示されているとか、[54]「国王大権に触れることは、カリスマ的権威の源に触れることだとの警告、としての国王大権」は「政治的言明」「言語行為とりわけ間接的発語内行為」として機能する、[55]という指摘である。おそらく、国王大権であるか否かという形式ではなく、ある権限行使の扱う領域（subject matter）の性質により司法判断可能性の有無を判断する、というＧＣＨＱ事件以来の傾向は、法と政治の峻別思考を後押ししているが、その上で、しかしなおも国王大権という形式の神通力が残っている、というのが、本判決の示唆するところであろう。

では、国王大権をどのように考えるべきか。ある論者は次のように指摘する。大権は例外権力というイメージで捉えられることが多いが、歴史的には大権には通常大権と非常大権が存在した。スチュアート時代になって初めて緊急的な性質が付け加えられたのであり、国王の様々な性質・地位に応じた大権の種類がある、と。[56]これはマキルワインの「グベルナクルム gubernaculum」「ユリスディクチオ jurisdictio」の区別にも照応するとも言える。[57]このような指摘は、まさに国家権力の本質と例外が同居するのが国王大権であるということを示していると見ることができる。

さらに今日では、実質的な意味での、あるいは「広義」の意味での大権が重要になってきている、と指摘される。[58]確かに、形式的には、海岸に漂着するクジラは国王の所有となるという国王大権も存在するが、やはりこれ

に特段の重要性は見受けられない。問題になるのは「高度の政治（high-level politics）」と絡み合う大権である。[59] もちろん、「広義の大権」と名付けること自体が恣意的かもしれない。大権の意味について、大きくブラックストーン説とダイシー説が対立しているとされる。ブラックストーン説からすれば大権はクラウンのみが行使できる法的効果を有する行為であるのに対し、ダイシー説ではクラウンに合法的に残された裁量権である。[60] このうち、厳格なブラックストーン説によれば、条約の締結や公務員の任用など従来国王大権とされていたものはことごとく大権のリストから外され、しかし真に大権であるものは司法審査から外されることになるので、[61] 政府の政治的な裁量権を大権と呼ぶことは、この説からすれば許されないことになる。この点、何が大権であるかについて、裁判所による大権の認定事例と、どんな原則をもって大権を正当化するかと、そして大権の要件的定義のミスマッチがあるとの指摘は示唆的である。[62] この指摘によれば、大権論はそれ自体、「法的事実の問題であると同時に政治的言説である」という。[63] これに従うならば、何を大権と名付けるか、あるいはこれは大権かもしれないという段階からすでにそこでは法と政治が絡まっており、したがって法と政治の峻別論ではこれを取扱いきれない、ということになろう。

ではどうすればいいのか。ある論者によれば、歴史的に国王大権とされたものが法律化されるものもあるという今日、法と大権との関係は、例外状況というあいまいな境界線で接していると見るのではなく、両者を統べる政治法（droit politique）の下にあるものと見るべきである、という。[64] 本稿では、論者の政治法の内容を検討する余裕はないが、統治という活動の内在的本質から判断を行ったとみられる本判決の少数意見は、この観点から評価することができるのではないか、と思われる。

4　特別審査の帰結

最後に、特別審査アプローチの意味について考えてみたい。国王大権に基づく枢密院令は議会制定法と質的に

全く異なるという判示に際して、ホフマン卿は議会の代表性という特質をキーにした。またビンガム卿が議会制定法によってのみチャゴス人の強制移住は実施しうると述べたのも、それが民主的決定であるという理由に基づくものであった。

しかしウェストミンスター議会がチャゴス人の代表、あるいはチャゴス人を含んだ全UKを代表すると言えるのだろうか。さらに、ウェストミンスター議会の決定を正統化する民主主義がチャゴス人を包摂したものであると言えるだろうか。つまり、もしウェストミンスター議会が法律によってチャゴス人を強制排除する場合、その決定には統治の正統性に触れる問題が含まれることになるように思われる。

本判決では、執行府の行為に関してではあるが、権限の源ないし形式が司法判断の可能性を決定するわけではないことが、全員一致で示された。もし、この考え方を議会制定法にあてはめることができるならば、議会制定法であるがゆえの違法・無効判断の排除というルールは、否定されることとなる。さらに、本判決で議会主権原則の実質的根拠とされた代表性・民主性についても、特別審査の方式で議会の代表性・民主性が審査されることになれば、議会主権原則は崩壊することになる。したがって、本判決における少数意見は、実は議会主権原則に対する挑戦をも含意していると言えるのではないだろうか。(65)

五　結びにかえて

以上、本稿はバンクール事件貴族院判決を読み、そこに国王大権に対する二種類のアプローチ、すなわち通常審査と特別審査があるのを見た。これらのアプローチの相違は、本件における国王大権の行使を普通の行政行為と捉えるか、それとも統治の本質的事項に触れるものと捉えるか、という点にあると考えた。そして、法と政治

の境界線で生じる問題に対しては、法と政治を峻別して法の領域の限りでこれを判断しようとする通常審査のアプローチではなく、法と政治の両方を統べる根本法の観点から判断を行う特別審査アプローチの方が適しているということを本判決は示唆している、と考えた。

もちろん、本判決は非常に特殊な背景を前提にしているので、仮に本判決の上記のような読み方が正しいとしても、これを一般化することはできないかもしれない[66]。また、本稿のいう特別審査は、そもそも裁判所が担うべきものであるかについても検討の余地があろう。しかし、本判決から、裁判所は政治の前で撤退すべきだとは言えない、という教訓を引き出すことも、あながち誤りではないだろう。

さて、日本の統治行為論について、本判決から何か得るものはあるだろうか。最後に雑駁ながら検討してみたい。近年の統治行為論否定説によれば、最高裁は苫米地型の内在的制約方式の統治行為論と、砂川型の緩やかな審査方式の統治行為論という二種類を示しているが、後者は結局のところ裁量統制の問題に他ならず、前者を示した苫米地事件は内閣の自律的判断の尊重を示したものと捉えるべきであるから、もはや統治行為論は不要である、とされている[67]。このような指摘が、統治行為というカテゴリーを設定することそれ自体に（司法権立入禁止という）言語行為的な効果があるからこそこの用語の消去が必要であり、その上で司法部は法と政治をまたぐ判断を行うべきである、と述べているものとすれば、このような統治行為論否定説と似たものを、本判決の少数意見の中に見出すことも許されるのではなかろうか。

もちろん、日本の統治行為論（学説）は、統治行為という一定の形式的カテゴリーを設定した上で司法判断をここから排除する、という論理構造になっていない。むしろ、司法権の性質などを衡量した上で、結果的に司法判断がやむなく及ばない事項がある、と考えるかどうかという論点であろう。そして統治行為論が「人権を保障するための一時的な「権力統合」の論理」であるとするならば[68]、統治行為論が司法判断を排除しようとする事項

にも本質的に「人権保障」という究極目的が内在しているはずであるから、そのような究極目的の観点からの審査を、裁判所も行うことができるのだ、というのがバンクール貴族院判決の少数意見が示すところであろう。

（1）ごく一例として、*A v Secretary of State for Home Department* [2004] UKHL 56 では、テロ対策立法が欧州人権条約の掲げる権利に違反するとの宣言がなされた。

（2）*Halsbury's Laws of England* (4th edn reissue, 1996) vol 8(2), [380].

（3）*R (Bancoult) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No 2)* [2009] UKHL 61.

（4）ホールズベリによれば、国王大権の司法審査は、当該権限の扱う事項が司法審査可能な限りでなされるが、何が司法判断可能であるかは事案ごとに判断され、たとえばその事案を裁判所が扱うにふさわしい特質を有しているか否か、裁判所に判断できないような政策問題を含んでいるか、によって決定される。*Halsbury* (5th edn, 2010) vol 61, [608]. なおホールズベリの別の箇所では、法的基準のない政治的問題はそもそも司法判断可能性の以前に司法管轄の対象外である、と述べている。*Halsbury* (5th edn, 2010) vol 61, [24]. そうすると、あらゆる国家行為がとりあえず司法管轄に服するという前提の下で司法判断可能性を判定するにあたり、当該行為の政治性の要素も考慮されることとなるのではないだろうか。

（5）なお、日本の統治行為論のイギリスの対応物は act of state であるとの議論には批判もなされてきた。奥平康弘「「統治行為」理論の批判的検討」法律時報四五巻一〇号（一九七三年）。ホールズベリは act of state を次のように説明する。「act of state は、外国又は外国人との関係の中でクラウンによって実施される、外交領域の政策の大権行為である。典型的な act of state は、条約の締結・実施、外国領土の併合、征服に際しての土地や動産の接収、宣戦布告、及び軍事封鎖の宣言である。戦時における敵性外国人の収容又はその退去強制も act of state とみなされうる。」「act of state は本質的に主権的行為なので」国内裁判所の管轄外である。基本的に不法行為事件で政府側の抗弁として提出されるものであり、しかも原則としてブリテン国民または友好国の国民が原告となる訴訟では用いられない。*Halsbury* (4th edn Supplement 2013), [370A]. ただしここでの説明はほとんど二〇世紀前半までの判例に依拠してい

る。

（6） Brigid Hadfield, ‘Constitutional Law’ in Louis Blom-Cooper, Brice Dickson and Gavin Drewry (eds), *The Judicial House of Lords, 1876-2009* (Oxford University Press, 2009), 523.

（7） チャゴス諸島の紛争全般については、Jon Lunn, ‘Disputes over the British Indian Ocean Territory: a survey’ House of Commons Library Research Paper 13/31 (22 May 2013) 参照。

（8） Peter H Sand, *United States and Britain in Diego Garcia: The Future of a Controversial Base* (Palgrave Macmillan, 2009), 2.

（9） *Chagos Islanders v AG* [2003] EWHC 2222 (QB), [4].

（10） *Bancoult (No 2)* (HL), [6] (Lord Hoffmann).

（11） Sand, *Diego Garcia* (2009), 2.

（12） 当初、ＢＩＯＴにはチャゴス諸島のほか、セイシェルとモーリシャスの中間あたりに位置するアルダブラ島など三島も含まれていたが（立入禁止措置対象外）、これらは一九七六年にセイシェルへ返還された。

（13） アメリカの基地建設計画が七〇年に決定されるまで、ＢＩＯＴをどのくらいの範囲を防衛施設として使うのかは明らかではなかった。英米の協定上、外島は防衛施設として用いられうることになっているが、現在まではそのようになっていない。外島からの移住には、プランテーション経営が困難になったという要因が挙げられている。*Chagos Islanders v AG* [2003] EWHC 2222 (QB), [45]- [47].

（14） たとえば一九六六年二月二五日付植民地大臣パケナムからＢＩＯＴ長官アスキスへの秘密メモ。*R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p Bancoult (No 1)* [2000] EWHC 413 (Admin), [13]; Sand, *Diego Garcia* (2009), 16.

（15） *Bancoult (no 2)* (HL), [11] (Lord Hoffmann).

（16） Sand, *Diego Garcia* (2009), 10.

（17） *Bancoult (No 1)* [2000] EWHC 413 (Admin).

（18） *Chagos Islanders v AG* [2003] EWHC 2222 (QB).

(19) *Chagos Islanders v AG* [2004] EWCA Civ 997.
(20) *Bancoult v McNamara*, 370 F Supp. 2d 1.
(21) *Bancoult v McNamara*, 445 F. 3d 427.
(22) *R (Bancoult) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No 2)* [2006] EWHC 1038 (Admin).
(23) *R (Bancoult) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No 2)* [2007] EWCA Civ 498.
(24) *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374.
(25) 第二審が財政上の考慮を無関係な事項と位置付けたのに対し、ホフマン卿は、本件が「財政支援を受けた移住を達成するためのキャンペーンの一段階」であるからこそ、政府が財政上の考慮をすることは正当である、としている〔五五〕。
(26) *Campbell v Hall* [1558-1774] All ER Rep 252, 255 (1774).
(27) ロジャー卿は、この判示〔一〇四〕の中で、考慮すべきことを考慮しない「不合理性の審査」をも、議会制定法が与えた権限の範囲を逸脱したか否かの「権限踰越の審査」の一つに位置付けているように思われる。
(28) *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374 (Lord Fraser).
(29) Mark Elliott and Amanda Perreau-Saussine, 'Pyrrhic Public Law: Bancoult and the Sources, Status and Content of Common Law Limitations on Prerogative Power' [2009] Public Law 697, 705.
(30) Brigid Hadfield, 'Judicial Review and the Prerogative Powers of the Crown' in M Sunkin and S Payne, *The Nature of the Crown* (Oxford University Press, 1999), 208.
(31) *M v Home Office* [1994] 1 AC 377.
(32) Adam Tomkins, *Our Republican Constitution* (Hart Publishing, 2005), 124
(33) この考え方を批判するものとして、Robert Blackburn, 'Monarchy and the Personal Prerogative' [2004] Public Law 546.
(34) Peter Billings and Ben Pontin, 'Prerogative powers and the Human Rights Act: elevating the status of Orders in Council' [2001] Public Law 21.

(35) Elliott and Perreau-Saussine (2009), 707.

(36) チャゴス人の国籍については、宮内紀子「1981年イギリス国籍法制定以後の国籍関連法について――帝国的構造と国籍概念の観点から――」法と政治六四巻一号（二〇一三年）参照。

(37) このように指摘するものとして、Elliott and Perreau-Saussine (2009), 703.

(38) Thomas Poole, 'Judicial Review at the Margins: Law, Power, and Prerogative' (2010) 60 University of Toronto Law Journal 81, 105 は「おなじみの二段階思考」と表現する。

(39) TT Arvind, "Though it Shocks One Very Much': Formalism and Pragmatism in the *Zong* and *Bancoult*' (2012) 32 Oxford Journal of Legal Studies 113, 132.

(40) Peter H Sand, 'International Decisions' (2009) 103 American Journal of International Law 317, 320.

(41) Poole (2010), 93.

(42) Tomkins (2005), 124.

(43) メイトランドの集合法人論や「王の二つの身体」の現代憲法的意義について、Martin Loughlin, 'The State, the Crown and the Law' in M Sunkin and S Payne (1999), 33.

(44) Rebecca Moosavian, 'Judges and High Prerogative: The Enduring Influence of Expertise and Legal Purity' [2012] Public Law 724.

(45) Richard Moules, 'Judicial Review of Prerogative Orders in Council: Recognising the Constitutional Reality of Executive Legislation' [2009] Cambridge Law Journal 14, 17. また本判決ロジャー卿の判示につき審査根拠を打ち立てられなかったと見るものとして Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law: Basis, Application and Scope* (Cambridge University Press, 2012), 271.

(46) Margit Cohn, 'Judicial Review of Non-Statutory Executive Powers after *Bancoult*: a Unified Anxious Model' [2009] Public Law 260, 262 は多数意見の審査を「通常の（run-of-the-mill）」と表現している。

(47) *R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p Quark Fishing Ltd* [2005] UKHL 57. この判決では、UKの大臣の指示に基づく南ジョージア総督によるQuark社への漁業不許可処分に対してUK法たる人権

法が適用されるか否かが争われたが、この場合の大臣は、「南ジョージアにおける女王」の「マウス・ピース」にすぎず、UKの公的機関としての行為ではないので、人権法の適用がないとされた（ホフマン卿ほかによる理由付け）。See, Anne Twomey, 'Responsible Government and the Divisibility of the Crown' [2008] Public Law 742.

(48) 司法審査基礎付け論における権限踰越説とコモンロー説とについては、ごくさしあたり、岩切大地「イギリスにおける議会意思と憲法モデルに関する一試論」東洋英和大学院紀要五号（二〇〇九年）。

(49) この点を「正義に対するリーガリズムの勝利」と批判するものとして、Julie McBride, '"The Law Gives and the Law May Take It away": The Repercussions of *Bancoult (No. 2)*' [2009] Cambridge Student Law Review 190, 197.

(50) Poole (2010), 97.

(51) Moosavian (2012), 737.

(52) Moosavian (2012), 738.

(53) Moosavian (2012), 739.

(54) Elliott and Perreau-Saussine (2009), 710.

(55) Poole (2010), 105.

(56) Poole (2010), 97; Martin Loughlin, *Foundation of Public Law* (Oxford University Press, 2010), 378.

(57) Loughlin (1999), 50.

(58) Poole (2010), 85.

(59) Cohn (2009), 263.

(60) Sebastian Payne, 'The Royal Prerogative' in Sunkin and Payne (1999), 82ff.

(61) HWR Wade, *Constitutional Fundamentals* (Stevens, 1980), 46-7.

(62) Payne (1999), 110.

(63) Payne (1999), 80.

(64) Loughlin (2010), 402.

(65) 議会主権原則に対する疑義が示されたジャクソン事件貴族院判決については、ごくさしあたり岩切大地「憲法の

危機・仮定・対話：イギリス貴族院のジャクソン判決に関する一考察」総合政策論集〔東北文化学園大学〕七巻一号（二〇〇八年）。

(66) Thomas Poole, 'United Kingdom: The Royal Prerogative' (2010) 8 International Journal of Constitutional Law 146, 153 は、本判決の対象が一九七一年ではなく二〇〇四年であることから「多数意見が明白に誤っているとは言えない」とする。

(67) 宍戸常寿「統治行為論について」浦田一郎ほか（編）『立憲平和主義と憲法理論』（法律文化社、二〇一〇年）。

(68) 小林節『政治問題の法理』（日本評論社、一九八八年）、二〇八頁。

【追記】本稿は、科学研究費補助金（基盤研究(B)）「ポスト・デモクラシー状況下のウェストミンスター・モデル憲法の理論的・実証的研究」（課題番号 23330012）の研究分担による研究成果の一部である。