

イギリス憲法の慣行について

G・マーシャル、G・C・ムーディー共著

『憲法の諸問題』

堀 田 文 吉

一

イギリス憲法の慣行について

ここで紹介する『憲法の諸問題』(Some Problems of the constitution) (初版)は、一九五九年に出版されたものであるから、新刊紹介というわけにはいかない。しかし、この著書の重要性を考慮すれば、ここで紹介することは許されるであろう。「小論文からなるこの著作は、憲法の学生にとって、絶対に必要なものである。基本的問題——法務官 (law officer) の地位、議会の質問を答弁する大臣の義務、内閣と政党の関係、総理大臣代理 (the Deputy Prime Minister) と圧力団体——(これはほとんど憲法のテキストでは扱われていない) が検討されている。この検討が純粋な法に及ぶ時にも、著者の取り上げ方は確かであ

り、そして、このテキストは、憲法に関して典拠となる著作において、まれにしか見えない出されない活力・新鮮さと率直さがある。」とモダン・ロー・レビューが論評しているように、この著書はイギリス憲法を理解する上で欠くことのできないものである。この意味において、この著書をここで紹介したわけである。この著書は、ジェフリー・マーシャル (Geoffrey Marshall) とグリーム・C・ムーディー (Graeme C. Moodie) の共著である。この本が書かれた時、前者は、クイーン・カレッジの特別研究員 (Fellow of The Queen's College, Oxford) であり、後者はヨーク大学の政治学の教授 (Professor of Politics in the University of York) であった。現在の両者の地位等については、後で調べて明らかにしたいと考えている。

本書の目次は、第一章「憲法の記述について」(On Describing the Constitution)、第二章「慣行」(Conventions)、第三章「大臣責任と国王」(Ministerial Responsibility and the Crown)、第四章「大臣責任と議会」(Ministerial Responsibility and Parliament)、第五章「大臣責任と裁判所」(Ministerial Responsibility and Courts)、第六章「ダイシー以降の大臣の権限についての熟慮」(The Debate on Ministers' Powers Since Dicey)、第七章「議員と大臣責任に関するいくつかの脚注」(Some Footnotes on Ministers and Ministerial Responsibility)である。ここでは、第二章の「慣行」についてのみ紹介することにする。

憲法という用語は、オックスフォード辞典によれば、『国民国家あるいは政治的統一体が構成され、そして規制される基本的諸原則の体系』(the system or body of fundamental principles according to which, nation, state or body politic is constituted and governed.)を意味する。⁽¹⁾『言論の自由』(freedom of speech)と『結社の自由』(freedom of association)は、憲法にとって本質的なものである。自由な選挙なくして、国民は政策の選択をすることはできない。⁽²⁾『言論の自由』なくして、民主制の基礎である理性に訴えることも実行されえない。⁽³⁾『結社の自由』なくして、選挙民と選ばれた代表者は、共通の政策の明確な説述と共通の目的の達成のために、政党に団結することはできない。選挙権の拡大、言論の自由の大幅な達成と政党の組織化は、近代憲法を築き上げた。⁽⁴⁾とジュニンクスが指摘しているように、

憲法は国民生活に不可欠のものである。「憲法」という言葉は、密接な関係はあるが、しかし異なった二つの意味で用いられる。最初により正確な意味において、それは主要な統治制度の構成、権限とその運用方法に関する規範と、市民とその制度の關係に適用される一般的な原理を規定している文書を意味する⁽²⁾。と
ころで共和制——一六四九年チャールズ一世の死刑執行から一六六〇年の王制復古まで——の経験を除くすれば、イングラドは成文憲法をもったことはなかった。それでは、そこには憲法が存在しないのであろうか。「この点において、『憲法』の第二の意味がある。もし憲法が法典を意味するのであれば、明らかに大ブリテン島は憲法をもっていない。このような法典が存在する国々においては、(憲法という)言葉は、この意味をもっている。しかし、法典それ自体、統治制度の創設と運用に関する規範を単に規定しているにすぎない。大ブリテン島は、明らかに、そのような制度と規範をもっている。『イギリス憲法』という言葉は、これらの規範を記述するのに用いられる⁽³⁾。このようにイギリスでは形式的意味における憲法、すなわち、成文憲法が存在しないということが、憲法とそれ以外の法との区別を困難にしている。メイトランドは、「選挙が行われる時間は、制定法により、王位継承も制定法によって確定する。前者も、後者も、制定法以外によって、変更することはできないが、しかし同じ制定法によって前者も後者も同様に変更できる⁽⁴⁾」と述べている。「憲法と抵触した法律は、實際上憲法を修正する法

律であるので、憲法と法律の区別は存在しない。それ故に、軟性憲法 (une constitution souple) は、通常法よりすぐれた効力をもっていない⁽⁵⁾。」とデュヴェルジュは叙述し、またこの意味において、「イギリスでは、憲法的法 (constitutional law) は特別な尊厳 (special sanctity) をもっていない⁽⁶⁾」とメイトランドは指摘している。「イギリスにおいては、議会が憲法を修正することが承認されている。それ故に、イギリスにおいては憲法はたえず変化することができる。もっと正確に言えば、憲法は存在しないのである。議会は、立法機関 (corps législatif) であると同時に、憲法制定機関 (corps constituant) でもある。」とトクヴィルは記述している⁽⁷⁾。憲法の非公式、伸縮性、または軟性 (the informality, or elasticity, or flexibility of the constitution) は、しばしばこのトクヴィルの見解に結びついている⁽⁸⁾。軟性という言葉は、ブライス卿の創意によるものである。憲法を改正するのに、特別の手続でなく、通常の手続を用いるところでは、憲法は《軟性》憲法と呼ばれ、そのために特別の手続を用いるところでは、それは《硬性》憲法と呼ばれている。このような議会の優位は《軟性》憲法を意味し、《軟性》という言葉は、少なくとも次に述べる三つの意味で用いられる。「第一に、それは立法に対する単純な手続 (simple process) の存在を示すのに用いられる。第二にそれは単純多数決による立法手続 (a simple-majority legislative process)」、そして、第三に、それは、歴史的事実として、法改正を行うことが、全く容易であ

る憲法制度を示すのに用いられる。形式的意味において、改正することが認められない、困難な憲法は、事実、なんらの困難をともしないことなしに、事実上、改正されえたかも知れない。これに反し、法改正に対して形式的に複雑でない手続をもっているという意味において、軟性がある憲法制度は、政治的または社会的理由によって、基本的改正を行うことが極端に困難になるかも知れない。イギリス憲法は、全く、この実際の、歴史的意味において、明らかに、《軟性》をもっていない。しかし、《軟性》という用語法には、別の用語法がある。それは、憲法上の行為規範 (rules of constitutional behavior) 「これは憲法の慣行と呼ばれている――筆者注」は全く正式の法によって規制されているのではなく、正式でない手続によって変更できるということの意味⁽⁹⁾している。」

ところで「何が憲法的法 (constitutional law) で、そしてそれが、わたくしたちの憲法においてどんな役割を果しているか」という疑問に対しメイトランドは「《憲法的法》という用語は、もちろん通常用いられる用語であるが、しかし、これは、イギリス法の専門語ではない。それが制定法集 (statute book) で以前に用いられたこと、またある裁判官が以前にそれを定義したこと⁽¹⁰⁾に気づいていない」と答えている。「もし、わたくしたちが、憲法典 (a code of constitutional law) と呼ばれている法典をもっているならば、その時、その定義は、典拠の問題になるであろう。そしてそれは立法部によってわたくしたちに押

しつけられるのであろう。しかしながら、この種のものを何ももっていない。それ故に、わたくしたちは、どんな定義がことの用語の普通の用法に便宜で、かつ適しているかを考えることは自由である。」つまり、憲法典のあるところでは、「憲法に規定されているものが憲法であり、憲法に規定されていないものが憲法でない」といえるが、イギリスにおいては、「憲法についてぐらつかない、しっかりとした定義は存在しないのである」⁽¹²⁾。そしてイギリスにおいては、諸外国の憲法に規定されているような基本法は存在しない。「事実上、諸権力は、女王、議會、行政機関と裁判所によって行使されている。しかし、それはいかなる基本法からも生ずるものでない。唯一の基本法は、議會が最高であるということである。その他の法は立法 (legislation)、または立法によって廃止されていない裁判官作成法 (judge-made law) の部分から生ずる。それ故に、厳格に言えば大ブリテン島には、全く憲法 (constitution) が存在しない。そこに存在するのは、議會の専断的な権力 (the arbitrary power of parliament) だけである」⁽¹³⁾。

このようなイギリス憲法をフランスの公法学者であるデュヴエルジェは次のように叙述している。「イギリスの公権力の組織は、通常の法律よりもすぐれた効力を与えるような法典 (une texte écrit)、すなわち憲法典 (une constitution) に含まれていない。それは、法典化されていない一連の通常法律 (loi ordinaire)、規則 (règlement)、慣例 (pratiques)、慣習 (coutumes)

習慣 (usages) の中において、その意味を明らかにしている。二二五年の大憲章がジョン王に義務を課して以来、数世紀にわたって、次から次へとつけ加えられた規定のいかなるものも、法的には、憲法的価値 (valeur constitutionnelle) をもっていないのである。すなわち、それは、立法者に対しては、何も課していないのである。議會は、全ての規定を自由に修正できる。この意味において、イギリス議會は、しばしば次のようにいわれている。それは《男を女にする以外のことは何でもできる》と。しかし、實際上、イギリス国民の伝統的な精神 (l'esprit traditionaliste du peuple britannique) は非常に深遠なので、その習慣 (ces usages) は正式の憲法典 (valeur constitutions formelles) に含まれている多くの書かれた規定よりも、より堅固に、そしてよりよく尊重されている。同様に、イギリス憲法——憲法の実質的意味における公権力の組織と機能についての全ての規範——の意味を明らかにしている全ての規範をイギリス人の規範——次の二つのカテゴリーに区別している。すなわち、それは、次の二つのカテゴリーに区別している。すなわち、それは、法的規範——憲法的法 (law of constitution)——であり、その違反は裁判官によって強要できるものである。他の一つは《憲法的慣行》(conventions de la constitution)——単なる政治的慣行 (simples usages politiques)——であり、そして、それは全ての人たちにとって義務的 (obligatoire) であると考えられるが、しかし、その違反は、裁判官によって強要できないものである。イギリスの(政治)制度に関する多くの基本的規範——た

たとえば、多数党の党首を総理大臣として選ぶべきであるという国王の義務 (obligation)——は単なる《慣行》に依存しているのである。法的規範と慣行との区別は、法と慣習 (la loi et la coutume) との区別とは一致しないものである。なぜなら、法的規範については、次の二つのカテゴリーがあるからである。つまり憲法的慣行と混同しないように、法は議会によって確立した法——制定法または法 (statute on law)——と前の判決によって確立した慣習法 (des règles coutumières)——コモン・ロー (common law)——を意味するのである。⁽¹⁵⁾

本書の著者のひとりであるムーディは、かれの著書で、イギリス憲法における慣行の重要性を次のように指摘している。「イギリスにおいては、アメリカの憲法——これは主要な憲法規範の法典の形成によって、研究者に信頼できる輪郭図 (reliable outlines) を提供しうる——と一致するような一つの憲法典 (constitutional document) は存在しない。たとえば。制定法は、ある領域においては、重要な憲法的規範を含んでいる。判決はこの描写を完全なものにするために役立つ。しかし、アメリカ合衆国で最高裁判所の判決が果たすべき役割の範囲のようなものは何もない。三色のうち一色が印刷工によって忘れられた三色の複製物のように、イギリスの統治についてのいかなる描写も、もしそれが憲法の非法的規範 (the non legal rules of the constitution) を含んでいないとしたら、はなはだしい誤解を招くようになる。それが通常アメリカ合衆国で呼ばれている

ような拘束力をもった習慣 (usages) は、イギリスにおいては、憲法の慣行 (the conventions of the constitution) として言及されている。慣行の正確な内容を確定する簡単な、あるいは決定的な方法、また慣行が特殊な状況にどのように正確に適用されるかという簡単な、また決定的な方法は存在しないといわれるであろう。しかしながら、慣行はアメリカ憲法よりもイギリス憲法においてより広範囲な基本的な部分を形成している。⁽¹⁶⁾ ウォルター・バジモット (Walter Bagehot) は、一八六七年、イギリス憲法 (The English Constitution) の著書において、「古くて、絶えず変化している憲法 (an ancient and ever-altering constitution) は、老人がかれの青年時代のはやりの型で趣味に合った洋服を今でも着ているのに似ている。あなたがみるかれは、同じであつても、あなたがみることできないかれは、全く変化している」と述べている。⁽¹⁷⁾ この意味において、「イギリスの憲法上の慣例 (British constitutional practice) の正確な記述をすることはいつも困難である。その一つの理由は、単に伝統を記述することは難しいということである。伝統は同一視されているが、伝統によって影響を受けている行為形態は変化することができる。その上、内面の変化は、ある程度、伝統的形式の持続によって隠されている」⁽¹⁸⁾ 特に伝統的法形式は、今日の憲法上の行為の事実にとって誤解を招く材料になるかも知れない。ブラックストーンの法釈義では、「学生たちは、憲法が全ての行政権を国王の手に集中しているものと理解するかも知

れない。」とダイシーは憲法研究序説で述べ、「この一節の言回しは、印象的である。……それはただ一つの欠点をもっている。それに含まれている陳述は、全く真実とは正反対のものである」といっている。⁽¹⁹⁾たとえば、ダイシーが、主権の概念を議会における国王 (the King in Parliament) によって行使される《法的主権》(legal sovereignty) と、選挙民によって行使される《政治的主権》(political sovereignty) に区別していることは、法的なものと慣行的なものとの区別していることを意味している。イギリスには統治機構の組織と運用に関する憲法規定が存在しないが、しかしそれに代りうる実質的、基本的非法的規範すなわち憲法的慣行が存在する。「憲法の多くの最も重要な原則、特に、国王、総理大臣、内閣と議会に関する諸原則は、決して裁判所によって承認されなかった。このような諸原則は、今もなお憲法的慣例、または憲法的慣行である」。⁽²⁰⁾イギリス憲法は、法的規範 (legal rule) と非法的規範 (non-legal rule) あるいは、成文と不文の規範とが混合して成り立っている。ウィアーが指摘しているように、⁽²¹⁾成文憲法 (written constitution) と不文憲法 (unwritten constitution) の区別ではなく、むしろ憲法典の有無、あるいは、統治を規制する法的規範と非法的規範の有無が重要である。本稿では特にイギリス憲法の慣行に的をしぼって考えてみることにする。

- (1) Ivor Jennings, *Cabinet Government*, 3rd ed., p. 14.
 (2) Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, 5th ed.,

- p. 33.
 (3) *ibid.*, p. 36.
 (4) F. W. Maitland, *The Constitutional History of England*, 1965, p. 536.
 (5) Maurice Duverger, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Dixième édition, p. 235.
 (6) F. W. Maitland, *ibid.*, p. 536.
 (7) Allier De Tocqueville, *De La Democratie En Amérique*, 1864, Tom I, pp. 66—7.
 (8) 「トリスミス氏が憲法を軟性憲法 (flexible constitution) と硬性憲法 (rigid constitution) とに区別する」を基礎として修正の特別手続 (the peculiar process of amendment) — つまり憲法制定権 (the constituent power) — と法作成権 (the law-making power) の分離」(Lowrence Lowell, *the Government of England*, 1926, Vol. I p. 2) に着眼すれば、イギリス憲法の特質を「憲法制定権」と「法作成権」の区別のない軟性憲法として把握できよう。
 (9) Geoffrey Marshall and Graeme C. Moodie, *Some Problems of the Constitution*, 3rd. ed., pp. 20—1.
 (10) F. W. Maitland, *ibid.*, p. 527.
 (11) *ibid.*, p. 527.
 (12) Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, p. 38.
 (13) E. C. S. Wade and A. W. Bradley, *Wade and Phillips' Constitutional Law* 1th ed., p. 3.
 つまり、「イギリス憲法は特定のひとびとの集団、または特定の祖先の政治的理論を反映している書かれた文書には規定されなかった。それは、マグナ・カルタから、ウェストミンスター条例までの、その歴史的発展の重大な宣言的、制定法上の画期的事件を含んでいる。しかし、その最も重要な特徴のあるものは、憲法の形式的、法的構造の一部ではなく、

- それは習慣と先例よりすぐれた制裁をほとんどたない。わたくしたちの立法部の用語は、内閣、総理大臣のような重大な、長い間かかって確立した根本的な要素の存在でさえ、ごく近年になって承認したにすぎない。国土の法が憲法の一部であるように、それは、正式の法、先例と伝統の混合物である。それは変化する外部の情況、個人的目的と集団本能との相互作用によって形造られる生きた構造である。それは、それ自体の成長の法則に従っているが、しかしそれはその成長を抑制し、制限するために設計され、前もって考えられた知的計画に従っているのではない。憲法の継続に完全な断絶は決してなかった。……他方憲法は、変化する情況と変化する考え方に一致するようにたえず修正されてきた。」L.S. Amery, *Thoughts on the Constitution*, 2nd ed., pp.1—2.
- (14) Ivor Jennings, *ibid.*, pp.64—5.
- (15) Maurice Duverger, *ibid.*, pp. 279—80.
- (16) Graeme C. Moodie, *The Government of Great Britain*, 1967, p.2.
- (17) Walter Bagehot, *The British Constitution*, p.1.
- (18) Geoffrey Marshall and Graeme C. Moodie, *ibid.*, p.13.
- (19) A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9th ed., pp.7—9.
- (20) Ivor Jennings, *ibid.*, p.39.
- 「二十世紀の間において、法的組織 (a legal organization) でない組織が成長してきた。もちろん、わたくしはこれが違法の組織 (an illegal organization) であるというつもりはない。むしろわたくしは、それが法外的組織 (an extra-legal organization) であるというべきであろう。法はそれを非難してはいないし、承認もしていない。法はそれについて何も知らないのである。この組織とは『内閣』、『大臣』、『政府』、『グラッドストーン氏の第二次内閣』、『ソールズベリ卿の政府』のような言葉を用いる時に、わたくしが指摘す

- る組織を意味している。」F.W. Maitland, *The Constitutional History of England*, p.387.
- (21) K.C. Wheare, *Modern Constitutions* 1951, p.21.

二

イギリス憲法における法と慣行の共存と相互作用をどのように把握するかがイギリス憲法の一つの課題である。ジュニグスが指摘しているように、イギリス憲法における法と「法という乾燥しきった骨をつつむ筋肉を提供している」憲法的慣行によって、憲法は、運用されている。「憲法的慣行は、法的憲法構造 (legal constitution) を動かし、そして、それは考え方の発展にともなうように、法的憲法構造を維持するものである」⁽²⁾。

「発明の能力は制限されている。ある制度がある方法でうまく作用している時、それが別の方法で同様にうまく作用するかどうかを調べるために、それを変える必要がないと思われる。実際に、国民は慣例が従われるべきであると考え始める。それは、過去においてなされたようにいつも行われた。なぜ今もそのようになされるべきでないのかと国民は尋ねる。こうして、法のわく組の範囲内において、慣例という規範——これは、法規範と同様に堅実に従われる可能性があり、そしてそれは、統治に関係しているひとびとが従わなければならない手続を確定している——の発展の余地がある」⁽³⁾。という性質を憲法的慣行 (constitutional convention) はもっている。ジョン・スチュ

ワト・ミル (John Stuart Mill) は「この規範を『憲法の不文の格言』(the unwritten maxims of the constitution) として言及し、二〇年後、ダイシーは、これを『憲法の慣行』(The convention of the constitution) と呼び、そしてアンソン (William Anson) は、それを『憲法の慣習』(the custom of the constitution) として言及している。『これらのどの用語も、それが意味していることを正確に表現していない。コモン・ローの格言は、法の範囲外の格言と同様に不文である。『慣行』は、明示的に、あるいは、暗に示されているように、ある同意の形態を包含している。そして、『慣習』は、第一に裁判所で強要される法は慣習である必要はないこと、第二に法外の規範 (an extra-legal rule) は明白な同意によって作り出すことはできないということを仮定している。』」

また「憲法それ自体では作用しない。なぜなら、それはひとびとによって運用されなければならないからである。憲法は国民的な協力的手段 (an instrument of national co-operation) であり、そして協力の精神は、手段と同様に必要である。憲法的慣行は、この協力を成就するために念入りに作り上げられた規範である。同様に、憲法の効力は、国民生活の変化する情況に応じて変化しなければならない。法が確立している時でさえ、新しい要求は、新たな重要性と新たな方向を求める。ひとびとは新たな要求を満たすために古い法を運用しなければならない。憲法的慣行はひとびとが念入りに作り上げた規範である。』」

そして「必然的に、憲法的慣行は、憲法構造のさまざまな部分の作用、その相互関係とそれと臣民との関係を規制するために生ずるのである。そして、慣行はこのような情況において生ずるのみならず、それは、いつも二つの共通の特徴を有するであろう。第一に、憲法が実際に作用している方法を見い出せるかどうかについて、これらの慣行を調べなければならない。慣行はそれが必要条件としている法規範が適用される方法を確定するので、事実それは、憲法の原動力 (the motive power of the constitution) である。第二にこれらの慣行は、常にその時代に普及している憲法上の理論に依拠して、憲法が実際に作用することを確実にするように方向づけられている。このように、一般的にいえば、慣行は法を必要条件としていることは、全く真実である。

「憲法の法的規範と非法的規範とは密接な関係がある。アメリカ合衆国において、合憲あるいは違憲という言葉は、ある行為が最高裁判所によって解釈、適用される憲法典に含まれている基本法と一致するかしないかということを表わすのに用いられる。他方……国王が、一九一三年のアイルランドの自治に関する法律案に同意することを拒否する法的権利をもっていることは全ての政党によって同意された。しかし、激しい議論が、そうするかれの憲法的権利に関して続いた。その時の問題点は……憲法の非法的規範によって国王に対して許されている権力の性質と範囲であった。これをダイシーは、慣行 (conven-

trons)と呼んでいる。何がイギリス憲法の慣行であるかという疑問に答える一つの方法は、特別な実例を言及することである。たとえば、「君主が通常内閣が辞職する際には、反対党の首長に新しい内閣を組閣することを要請すべきであること、あるいは一九一一年以前においては、貴族院は庶民院によって正式に可決された金銭法案に反対すべきでないこと、あるいは(一九三一年のウェストミンスター条例の前文から引用すれば)王位継承に関する法あるいは国王の称号に関する法のいかなる変更も、連合王国の議会と同様全ての自治領の同意を必要とするものとする⁽¹⁰⁾ということ」がこの慣行の実例である。「憲法の慣行は、憲法を運用する人びとによって拘束力あるものと考えられ、(しかし裁判所によってその存在が認められているかも知れないけれども)、裁判所、あるいは両院の議長によっても強要されない憲法的行為に関する確かな規範」を意味する。議会議事手続きのほとんどを定義し、そしてたとえば庶民院の議長によって適用され、解釈されている《議会の法と慣習》(the law and custom of parliament)は慣行のカテゴリーから除外される⁽¹²⁾。「多くの憲法は、主要な規定の意味と適用を明白にするために多くの付加された法的規範を含んでいる。しかし変化する世界において、これらの点についての全ての疑いを、制定法あるいは判決によって、めったに、根絶したり、妨げたりすることができない。この結果、しばしば権利を行使するひとびと、あるいは法的に授与され、定義され、あるいは許されている権力を揮うひ

とにかなりの程度の自由裁量を任せている⁽¹³⁾」。ダイシーが指摘しているように「慣行が発展することは、このような自由裁量権の行使を規制することである⁽¹⁴⁾」。「このようにして、総理大臣の選出において、君主によって従われる手続を規定している規範は、かれが助言者を任命する国王大権を行使すべき方法を規制している。法的国王大権は、そのままであり、総理大臣の役職——それ自体は慣行上の地位である——の任命は、今もなお君主によってなされている。同様にいかなる法律案も国王の同意を受けるまでは、制定法にはなりえない。しかし、署名をするかどうかを決定する君主の自由裁量は、両院によって正式に可決された法律案にかれはいつも署名すべきであるという規範「非法的規範——筆者注」によって規制されている。この場合において、国王の自由裁量は、事実上廃止されていると同様に制限されている。しかし、法的地位はそのままである⁽¹⁵⁾」。「慣行の目的は憲法的自由裁量(constitutional discretion)の行使を定義することである⁽¹⁶⁾」、換言すれば、「慣行は法的規範が適用される方法を規制する非法的規範である⁽¹⁷⁾」。国王大権をこのような慣行によって制限したことがイギリスの近代的な統治構造を作り上げた。

ウィアーが指摘しているように、イギリスの近代的統治制度は「本質的特性(the essential characteristic)を有する憲法構造⁽¹⁸⁾の範囲内において、法と慣行とが提携したものである⁽¹⁸⁾」。このことが、単に法の状態(the state of the law)を言及することに

よってだけでは、憲法論争を解決することが不可能である理由である。⁽¹⁹⁾「この慣行が正確には何を言い表わしているか」、また「イギリス憲法を研究している学生は、それが言い表わしているものをどのようにして見出すのか」⁽²⁰⁾という疑問が生ずる。イギリスでは、憲法的 (constitutional) と法的 (legal) という用語は対照的なものである。「たとえば、大臣の行為は合法的であるが、しかし、合憲的でない」とわたくしたちがいう場合がそうである。公的な事柄 (public affairs) に関係しているわたくしたちの法規範は、公的な事柄に関係している、法規範でない規範に非常に密接に関連している。そしてそれは、時々、憲法的道徳 (constitutional morality) あるいは憲法的慣例 (constitutional practice) の規範、憲法の慣習 (the customs of the constitution) 憲法の慣行 (the conventions of the constitution) またさらに憲法上の了解 (constitutional understandings) と呼ばれる規範である。あるひとの行為は合法的であるが、合憲的ではないとわたくしたちがいう時に言及するのは後者の種類の規範——すなわち法的規範ではない規範——に違反しているのである。かれは法的規範を破っていないが、ある憲法的慣習 (constitutional usage) の規範——ある憲法の慣行——を破っている。裁判所は、かれを罰したり、かれが悪事を行ったことを認知することはないであろう。しかしながら、かれは一般的に遵守され、そして一般的に、ひとびとの意見によって破られてはならない規範を破っている。しかし、この言葉の用語法は、

われわれの (さしあたりの) 目的である法のどの部分が憲法的と呼ばれるかということを確認する場合において、わたくしたちには何の役にもたたないのである。つまり、共通の意見 (common opinion) に従えば、この言葉の用語法は、特定の規範は、法的規範ではない憲法的規範であると、単にわたくしたちに教えてくれるのみである。⁽²¹⁾

たとえば、君主が議会によって可決された法律案に同意することを通常拒否すべきではないという一般的な合意が存在するが、「もし国王ジョージ五世が自由党のイルランド自治法案を拒否したならば、かれは、合憲的に (constitutionally) 行爲したことになるだろうか。たとえば、一九一一年の制定法によって、貴族院の同意を得る必要があるにもかかわらず、その時にかれに多くの新貴族を創設する権限が与えられていたであろうか。一体いかなる慣行が自由裁量のどの分野に存在するかという疑問に議論が集中するかも知れない」。⁽²²⁾

ところで非法的規範は慣行 (conventions) と慣習 (usages) に分類できるが、しかし、ウィアーが指摘しているように「個々の行為が義務的 (obligatory) なものであるか、あるいは説得的 (persuasive) なものにすぎないのかを区別することは、しばしば困難なものである」。⁽²³⁾「君主は、両院によって、正式に可決されたいかなる法律案に同意すべきであるということが、慣行であるが、しかし、総理大臣によって庶民院を解散することが要請される時には、そうすることに對する君主の同意は、

慣習の問題 (a matter of usages) であるということに含まれて
いる常識的区別には困難がある。この場合におけるかれの同意
は、いかなる情況においても義務的なものではない。……規範
が行為を導き、義務について陳述している場合、それは何かを
規定しなければならぬ。これに反して、ここで議論されてい
る定義によれば、慣習は現実の行為を記述しているにすぎない
であらう。しかし、個々の行為が義務的なものでないという理
由は、それに関するいかなる陳述も《記述にすぎない》という
事実には存在しない。記述は一種の弱い規定ではない。慣習
は全く、定められた言葉ではないので、説得力のある慣習につ
いて語ることは少しばかり奇妙である。もし慣習が行為に関連
しているとすれば、それは、例外を、疑う余地もなく、正確に
記述しえない規範のようなものでなければならない。しかし、
例外——たとえば、君主は、X・YとZの情況を除いて、解散
を容認しようという例外——が正確に明記されるならば、この
規範はこの方式で適用され、そしてそれは慣行であらう。(慣
行と慣習を区別する) 困難さは、署名、解散のような行為を取り
上げること、そしてその義務性を問うことから生ずる。しかし
解散についての規範は慣行である。正確に陳述すれば、それは、
義務的なものにならざるをえない⁽²⁴⁾。

慣行と慣習 (convention and usage) の相違は、それ程明確な
ものではない。たとえば一九四〇年に、ルーズベルトが三期目
の大統領に選出された時に、——明白に、このことを禁止して

いる確立した規範があるにもかかわらず——起ったような慣行
の違反 (a breach of convention) について、ウィアーはその状
態の奇行を次のように指摘している。「これは、一九四〇年まで、
アメリカ合衆国で慣行として考えられていたものが、実際は慣
習にすぎなかったことを意味しているのであらうか。あるいは、
慣行はその時まで存在し、そして改正され、あるいは廃止され、
あるいは正に破られてしまったという方がより正確であらう
か⁽²⁵⁾。たぶん「この規範は実際に破られたともいえるし、あるい
はそれが破られたようにみえる」としかいえないかも知れない。
後者の場合、変化した慣行を黙認したかどうか、あるいは判決
が前の判決をくつがえしたり、あるいはそれと区別した結果で
あるように、単にもとの慣行の範囲内から、合法的に引き出さ
れた区別が存在するかどうかの議論の問題となるであらう⁽²⁶⁾」。

憲法問題に直面した時に、「第一にこの情況にどちらの規範
を適用するか、第二にその正確な内容、あるいは意味は何であ
るか、第三に、この情況に関して、どんな重要な事実が規範の
適用に影響を及ぼし、あるいは決定するかということを探ねる
ことは適切なことである⁽²⁷⁾」。これらの質問に答えることは、慣
行と慣習の区別を明確にすることではない。このことが、慣行
と慣習を区別することに対する異議である。

「もし社会的立法 (social legislation) を立案するために、諸利
益を考慮することについての規範が存在するというジェニング
スの示唆に戻れば、この異議は、より明白なものになるかも知

(28) れない。この実例において、わたくしたちは、慣習あるいは一組の慣習に直面していると主張しうるだろう。しかし、これが同意によって支配しなければならぬという義務に関する一般的な(拘束力ある)規範の実例であるか、あるいは行政的慣例に関する正確な一般化であるか、それともイギリスの政治家の通常の政治的応答 (political response)——しかし、これは唯一の可能な応答ではない——についての真実の記述であるのか。もし、ある慣例上の規範 (some prescriptive rule) が適用されることに同意するならば、国民健康 (法) を定めるために、イギリス医師会の意見を聞かないことは、違憲 (unconstitutional) であったであろうか、あるいは、議院外の諮問の完全な欠如が違憲であったであろうか。これらは尋ねられなければならない質問である。しかし、慣行と慣習の区別は(この質問に対して) さんの助力も提供していない⁽²⁹⁾。また、非法的規範の分野において正式の司法機関が存在しないことは、「慣行の公式化、適用と確証 (the formation, application, and identification of conventions) についての疑問を裁決することが困難であることを意味している」⁽³⁰⁾。「ダイシーはこの困難さと同じに直面していないが、しかし、かれの理論は、第三者のための規程——すなわち多くの承認された非法的規範(この違反が正式の法的規範との衝突を招くであろう)——を示唆している。たぶんこれと同一の規程は、同様にその規範の公式化と適用を助けるだろう。このことは整然としたものであるが、しかし、ジェニンクスや他のも

のが指摘しているように、それは、精々ある慣行にのみ適用されたものであった。それは違反の結果に対して十分な根拠も、また論争の解決のための十分な規程を提供していない⁽³¹⁾。しかしダイシーが慣行の効力に留意する必要性を強調したことは正しかったといえる。

ジェニンクス自身の慣行の説明はより信頼できるけれども、しかし、それは、疑うことができないものではない。個々の慣行が存在するかどうかを決定する規程は、ジェニンクスによれば、「第一に何が先例 (precedents) か。第二に先例において、行為者が規程によって拘束されていると信じたか。第三に規程のための理由が存在するか。良き理由をもった一つの先例は規程を確立するのに十分であるかも知れない。このような理由をもたない一連の先例は、関係者がそれを拘束力あるものとみなすことが完全に確かなものでない限り、利用されうるものとはならないであろう」⁽³²⁾。

慣行が存在し、機能するためには、「行為者が、はっきりと慣行(特にその義務的な性質——もしかれが、事実上、自意識的な徳以外の理由によって、慣行に順応するとしても——)に気づかなければならない」⁽³³⁾。そして、「この義務に気づくことは、慣行になくてはならない特性である。しかし、この義務が一般的に憲法を運用しているひとびと、すなわち当局者の間で感じられる場合のみ、それは、確かな指標である。その欠如は決定的なものであるが、その存在は決定的なものではないかも知れない。本

質的にも、本来的にも、それは十分な試金石でもないし、また、そうではありえない。なぜなら行為者は、かれらの意見によって分裂し、そして、かれらはかれらの義務について誤解するかも知れないからである⁽³⁴⁾。

一九二四年ジョージ五世がボールドウィンを総理大臣に任命する義務があると考えていたとしても、「かれはかれ自身そうする義務があると考えることによって誤解しているかも知れない」という根拠に基づいてジェニングスは論破している⁽³⁵⁾。換言すれば「義務に気づいているかどうかの考査 (test) は、どのような意味深長な疑いも、あるいは論争をも解決する助けにはならないが、それは、このような論争が存在しない時、精々定義によって、明白に確立した慣行の存在を証明する助けになりうる。しかし、もちろんジェニングスは、この考査は《先例》(precedent) と《よき理由》(good reason) によってのみ用いられると提案している。さまざまな考査が互いにどのように関連し合っているかは全く明白ではない。また、この場合の《よき理由》が査定を行うこと (the making of an appraisal) あるいは、単に査定を報告すること (the mere reporting of appraisal) を意味しているかどうかも全く明らかではない。そして、もしよき理由をもつ一つの先例が規範を確立できるならば、《理由》(reason) と《確立する》(establish) という二つの言葉のもつある意味において、悪い理由をもつ一つの先例が規範を確立するのに十分でありうる。更に、いかなる先例なしに、

合意によって確立された規範が明白に可能であり、また、《全ての一連の先例》(whole string of precedents) でさえ、どのような規範も確立できないので、《先例》は明白に、決定的なものではない。また、ジェニングスは、慣行が義務感をとまなう先例に基づいてのみ生じうる——よき理由なしでは、このような慣行は《刑罰を受けることなしに、破られうる》⁽³⁶⁾とかれは示唆しているけれども——と示唆している⁽³⁷⁾。

ところで、慣行上の規範はどのように先例と関連しているのであろうか。「イギリスの法制度において司法の階級組織の最高の裁判所で決定された全ての判例——これらの判決は、他の類似した事件を扱う他の全ての裁判を拘束する——先例である。このようにして、判決あるいは先例が法準則 (rules of law) を確立するといわれている。その後の事件において、もちろん裁判官は、どんな法準則が確立されたか、そして、それがかれらのかかわっている情況に適用されるかどうかを決定しなければならぬ。……けれども慣行に関する場合は、以前の一連の類似の行為でさえ、いつでも慣行上の規範を確立するのに十分ではないようにみえる⁽³⁸⁾」。このようなわけで、ジェニングスは、規範を確立する先例とそうでない先例、つまり、《規範的》(normative) 先例と《単純な》(simple) 先例の区別を設けた⁽³⁹⁾。イギリス人は、将来の行為のために適切で、望ましい、そして認められうるひな型として考えられる実例を言及するために《先例》という言葉を用いる。しかし、《規範的》先例と《単純な》先

例との区別は、それ程明りょうなものではない。

「一九二五年の実例は、教訓的なものである。ジョージ五世がカーズン卿 (Lord Curzon) の代りに、ボールドウィン氏 (Mr Baldwin) を任命した時、新しい規範「非法的規範—筆者注」——総理大臣は常に庶民院議員であるべきであるという規範——をかれが確立したという意見の真偽をたすことは、理由のあることである。他方、今では、ある政党が非常に少数の議員しかもたない議院、そして、主要な議論、決定がほとんど行われない議院に総理大臣が属すべきでないという一般的な見解が存在しているように見える。このような理由によって、一九二四年の国王の行為が今では先例として言及されうる⁽⁴⁰⁾。「先例は確かに、それが規範を形づくるための示唆を与える限り、役立つ指標になりうる。しかし、このようなものでさえ、その使用は制限されている。先例が証拠として認めている規範の正確な内容に関する意見の相違が、しばしば存在し続けるだろう。規範が適用される正確な情況に関する意見の相違も、また存在し続けるかも知れない。そしてさらに、状態が変化し、それにともなつて規範が変化する⁽⁴¹⁾」。たとえば、ジェニングスは、「一八三二年以前に生じた先例は、まれな場合にのみ、用いられなければならない。なぜなら選挙法は、憲法の基本的な仮定 (the fundamental assumption of the constitution) を変更したからである⁽⁴²⁾」と記述している。「それ故に当局者間における一般的な義務感も、また先例も、規範を確立するために、あるいは

その存在と正確な内容を明確に論証するためにも、十分ではない。他方、特にイギリスのように伝統が尊重されている社会においては、これらのどちらの考査も重要な役割を果たしている。典拠と先例の重要性を査定するために、あるいは、新しい状態を評価するために、論争がある場合、その状態に含まれている諸原則にいつも訴える必要がある⁽⁴³⁾」。

これらの諸原則の一般的な目的について、ダイシーも、ジェニングスも同意している。ダイシーにとって、《慣行》は外国で国民主権 (the sovereignty of the people) と呼ばれているものを確保するものであり、ジェニングスにとって、《慣行》が憲法の諸原則に一致し、そしてそれに含まれるからそれは存在しているのである。ジェニングスはイギリス憲法は、民主制 (democratic)、議会制 (parliamentary)、君主制 (monarchical) であり、そして内閣制度 (a cabinet system) であると指摘している⁽⁴⁴⁾。そしてこれらの諸原則は、それ自体慣行として考えられるべきであると主張されうる。「たとえば君主制と民主制との理念の疑う余地のない衝突に直面することは理解しがたいことではない。それ故に、これらの諸原則がどのようにしてまたなぜ承認されるようになったか——すなわち慣行がなぜ存在し、そして、従われるようになったか——を尋ねなければならぬ⁽⁴⁵⁾」この質問に対する回答の最も重要な点は、「慣行が従われなければ、政治的困難が生じるからそれは従われる⁽⁴⁶⁾。」というジェニングスの示唆に含まれている。「この回答を完全なものに

するためには、その政治的困難はどんな種類のものであるかを尋ねなければならない。なぜなら、政治的困難は、どのような慣行の違反にも含まれていない多くの行為から生じうるからである。政府が貸貸料を引き上げることにより、あるいは、ロバット・バーンズの誕生を記念する切手を発行することを拒否することによって、共同社会のある部分を不快にさせる時はいつでも、政府は、政治的困難に陥る。しかしいづれの決定も、いかなる意味においても、《違憲》であるとはじめに主張されない。それにもかかわらず、慣行の違反の結果を検討することによって、その存在理由が見い出される。連合王国政府は、一九三一年以前には自治領のための法律を制定し、あるいは、それ以降関係当事国の同意を得ることなしに、国王の地位に影響を及ぼす法律を提案したならば、コモンウェルスの一つあるいはそれ以上の構成国は、それとの関係を断つであろうし、あるいは、少なくともコモンウェルスのきずなは危うくされるであろう。一九〇九年に起った貴族院の権限を制限している慣行の重大な違反は、ちょうど、第三期目、第四期目のルーズベルトの再選が、法的には第三期目の任期を認めていないアメリカ憲法の修正第二十二条の採用に至ったように、やがて一九一一年の制定法を可決する結果をもたらした⁽⁴⁷⁾。もし君主の権限を制限している慣行の実例を取り上げれば、(慣行の)違反は、君主制の地位あるいは存在をも危険にさらすであろうと主張される⁽⁴⁸⁾。「これらの実例は、もしある法的権限がその影響を受け

るひとびとによって黙認されているとすれば、その権限が行使されなければならない方法を慣行が描写していることを指摘している。統治する君主の法的権限、庶民院によって可決された法律案を拒否する貴族院の法的権限、英帝国の法律を可決する連合王国の法的権限——これら全ての権限は、今までに確立された慣行に従って、行使され、(あるいは行使されない)限り、維持されてきた⁽⁴⁹⁾」。

法と慣行についてのこのような考察は、ダイシーによって主張されているものと似ているが、しかし重要な点において、それとは異なる。「ダイシーによれば、慣行の違反は、結果として、法に違反する蓋然性を意味する。しかし、真実は、むしろ慣行の違反が、法における変化、あるいは、全ての憲法構造(the whole constitutional structure)における変化さえ引き起す可能性があるということである⁽⁵⁰⁾」。一般的にいえば、慣行が存在する理由は次のようなことである。「ある特定の状態において、異なる、より明確な理由——たとえば円滑で、効果的な行政の要請、良い統治の性質についての一般的な信念、あるいはある有力な社会的集団の要求——がただちにより明白になりうる。そして、これらの理由は、慣行を無視することによって法的な現状(the legal status *quo*)がひどく危険にさらされる場合においてのみ、いわゆる行政的慣例(administrative practices)ではなく、むしろ、慣行を産み出す。《理由》の第三の規準は、慣行に関する基本的な論争——ここでは、特に、規範は何である

かということについての議論と、規範は何でなければならぬかということについての議論を区別することは、しばしば困難である——の場合においては、あぶなっかしい規範である。けれども異なる規範を簡単に、不要にすることはできないし、またそうすることは望ましいことでもない。たとえば先例に言及することは、過去においてうまくやりとげられたこと、あるいは試みることさえ望ましくないと信じられていたこと、あるいはある情況においてなされなければならなかったことを指摘しているので、有用でありうる。以前の実例は、これらのことを明らかにしているので先例となる。望ましくない結果をとまなう行為は——もしその結果がその当時望ましくないと考えられていなかったとしても——これらの理由によって、悪い先例として考えられる。他方、行為の政治的結果は必然的に明確な情況、特に一般的な政治的信念、社会における権力の分配、内閣が直面する政治問題の性質と急務 (the nature and urgency of political problems) のようなものに依存しているので、先例それ自体は、一般的規範の継続的存在 (the continuing existence of a general rule) のための、決定的な正当化を決して提供しえない。憲法を運用するひとびとの権威ある確信は、規範がかれらを拘束していると思うひとびとによって、それが認められない限り、規範は明白に存在するといわれえない事実からのみならず、指導者が事実上政治的情況が何を必要としているかを特によく知ることができるような地位におかれている事実

からも、その効力を引き出している。その上当局者でさえ、情況とその可能性に関して誤った評価をするかも知れないので、かれらがかれらの信念に基づいて誤解するかも知れないという概念にわかりやすい意味をつけ加えることができる。たいていの情況において憲法の諸原則に訴えることは、その効力を維持することである。憲法的諸原則の概念は、明白に、いくつかの解釈が可能である。なぜなら、それは憲法を運用提起するひとびとの基本的な仮定と考え方 (the basic assumption and ideas) 憲法の運用を観察することから引き出される憲法の一般的性格についての大きな一般化、あるいは、単に訴えを提起するひとびとが一般的性格として信じているものが何であり、あるいは、何であるべきかということの意味すかも知れないからである。比較的安定した時代においては、これらの中から選ばれる解釈は一致する傾向があり、従ってそれは有用な道標を提供するのである。その他の時代においては、《原則》に訴えることは憲法論争で用いられる一方のみの武器 (an ex-parte weapon) にすぎないものになるだろう⁽⁵¹⁾。

次に「慣行の制定」(the Enactment of Conventions) について考えてみることにする。制定法、ウェストミンスター条例のような法律で例証されている慣行の制定は、たとえば、国王の解散権についてのあいまいさをなくすために、他の分野にも拡大されるべきであるか。この疑問に対して、次のように答えることができる。「このことが、規範のより正確な公式化を導き、

規範の意味と適用についての權威のある決定をするために、裁判所を利用するようになる限り、あるいは国民が非法的規範よりも法的規範に従いたい気持ちになる限り、この利益は明白で、重要である。それにもかかわらず、あるひとによってこの不利益はより重大であると主張された⁽⁵²⁾。こうして、ウェストミンスター条例は貴族院において次に述べる理由に基づいて反対された。イギリスは「決していかなる種類の成文憲法をもったことがなかった。その結果は、いかなる重大な誤り、あるいは災難もなく、この国家の構成部分の間のさまざまな関係と権限を適応させることが可能であったということであった。……あなたがたはできる限り、制定法という動きのとれない形式でこの関係を定義することは避けるべきである⁽⁵³⁾」。とバクスター卿は主張した。しかしこの見解は認めがたい。制定法は断固とした政府によって比較的容易に廃止され、修正されうる事実、あるいは、ある国において慣行であるものが、いかなる悲惨な結果をとまなうことなく、他の国では、法として存在しうる事実を全く度外視しても、この異議は、新しい慣行がどのような法的規範をも制限するようになりうる事実を無視している⁽⁵⁴⁾。また同様に、「慣行の制定」が達成できることを余り過大に評価することも誤っている。「慣行と同様に憲法的法の背後にある制裁は、規範を守ろうとする欲望——つまり合憲的でありたいという欲望——と不服従の政治的不利益との混合物である。究極的には、アメリカの立法の歴史、南部の黒人の

権利に対するアメリカの判決の歴史によって、十分明らかにされているように、服従を⁽⁵⁵⁾獲得するためには、革命、あるいは、内乱が必要なのかも知れない。立法と同様に、「慣行は社会における相反する政治的勢力と憲法上の信念との間の戦場であると記述しうる⁽⁵⁶⁾」。また「いかなる時代においても、裁判所の地位は、ある程度、その解釈がその時代の社会における最も有力な勢力の願望と信念と相反するかどうかに依存するであろう。逆にいえば、少なくとも、イギリスの裁判所の高い地位は、多くの最も重要な憲法的規範が今でも非法的性格(a non-legal character)をもっている事実を負っていると主張されうる。もちろん他の重要な要素は、議会優位の原則(the doctrine of parliamentary supremacy)がイギリス裁判所を法的項目(legal points)についての最終的な言葉を宣言しなければならいことから救っていることである。もし裁判所がいつも、全ての一連の憲法論争を裁判するように求められるならば(たとえそれが議会によって破棄されたとしても)、このことが、裁判所を威信の失墜から守るかどうかは疑しい⁽⁵⁷⁾」。以上述べたことからわかるように、慣行上の規範(conventional rules)を制定することそれ自体を正当化することは困難である。しかし、「共同社会のある部分によって、要望される行為のある方針が、単に慣行として容認されることにより、非常に重要な正統性と權威を獲得するように、慣行は、それを法に変えることによって、偉大な正統性と權威を獲得しうる⁽⁵⁸⁾」。イギリスのコモンウェルスの

諸憲法に、イギリス本国の「慣行の制定」がみられる。換言すれば、イギリス本国の憲法的慣行がコモンウェルスに輸出される場合、そのままの形でなく、制定された形でコモンウェルスの成文憲法に規定される。「新しい憲法構造を創設する時には、最も本質的な規範——たとえば、議院内閣制(筆者注)——が正確に公式化され、そして、それが法と共同することが望ましいことである」⁽⁵⁹⁾。

この慣行と法の共同は、第三章「大臣責任と国王」に詳しく説明されているが、ここでは簡単にふれておきたい。「法的には、大臣は他の国王の召使いと同じである。かれらは、君主によって任命され、君主によって解任される。こうして、かれらは、仮定上、かれらの行為に対して、君主に責任を負う。しかし、このことは、法的にのみ正しい。慣行上、君主と大臣の關係は大臣責任の慣行上の原則 (the conventional doctrine of ministerial responsibility) によって規制されている。この言い回しは、大臣が政府の一般的な行為——これは君主に法的にかかされている多くの権限の行使を含んでいる——に対して責任を負うこと、そしてかれらは、直接には議会に対して、最終的には議会と政党を通じて、選挙民に対して責任を負うことを意味している。イギリスの統治制度が責任内閣制として記述される時、最初に言及されることは大臣責任の原則である」⁽⁶⁰⁾。「通常の日々の君主の憲法的権限についていかなる論争もない。なぜなら女王は責任のある大臣の助言に基づいて、かの女の恐しく大

きな法的権限を行使し、そして、かれらがなした助言を拒むことができないからである。政治的に、女王は公的生活においては公平で、私的生活においては思慮分別を持たなければならぬ。女王は政府の行為に対して影響を与えようと試みるかも知れないが、しかし、決定は、女王陛下の政府によって行われる。わたくしたちの立憲君主制 (our constitutional monarchy) においては、外国の他のそれと同様に、基本的原則は、通常君主が統治しないということ、そして君主は、政治的活動においては、統治するひとびと——かの女の公職上の助言者——に従わなければならないということである」⁽⁶¹⁾。このように、法的責任と慣行上の責任 (legal and conventional responsibility) の分離によって、立憲君主制が維持されたのである⁽⁶²⁾。

(1) Ivor Jennings, *The Law and the constitution* 5th ed., p. 81.

(2) *ibid.*, pp. 81—2.

(3) Ivor Jennings, *ibid.*, p. 80.

(4) John Stuart Mill, *Representative Government*, 2nd ed., p. 87.

(5) 「わたくしたちの憲法におけるこれらの少しずつ起った変化の成果は、多くの重要な事柄において、法と慣習 (laws and custom) の相違、理論と実際 (theory and practice) の相違を生じたことである。事実上、決して権限を行使しないが、法によってそれがゆだねられているひとびとを見出すこと、法的には権限が認められていないが、事実上、それを行使しているひとびとを見出すことによって困惑するだろう」。

William Anson, *Law and Custom of the Constitu-*

- (6) tion, 2nd ed., Part 1, p.32.
 - (7) Ivor Jennings, *ibid.*, p.81.
 - (8) *ibid.*, p.82.
 - (9) William Holdworth, "the Convention of Eighteenth Century Constitution" 71 Iowa Law Review, p.162.
 - (10) Geoffrey Marshall and Graeme C. Moodie, Some Problems of the Constitution p.28.
 - (11) *ibid.*, p.29.
 - (12) *ibid.*, p.29.
 - (13) *ibid.*, pp.29—30.
 - (14) A.V Dicey. An Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 9th ed, pp.426—9.
 - (15) Geoffrey Marshall and Graeme C. Moodie, *ibid.*, p.30.
 - (16) *ibid.*, p.30.
 - (17) *ibid.*, p.30.
 - (18) K.C. Wheare, The Statute of Westminster and Dominion Status 5th ed., p.4.
 - (19) Geoffrey Marshall and Graeme C. Moodie, *ibid.*, p.31.
 - (20) *ibid.*, p.31.
 - (21) F.W. Maitland, *ibid.*, pp.527—8.
- 「その國民が、かかる憲法問題の解決も喜んで引き受けるならば、憲法に關係してゐる法律家は適切な草案を作ることによつて、それを解決できる。もし國民が概念闘争をするようではあれば、いかなる解決もありえない。イギリス憲法發展の特徴は基本的な問題が自然に解決するような傾向をもちつてゐる」。Ivor Jennings, The Queens' Government, 1961. p.35.
- (22) Geoffrey Marshall and Graeme C. Moodie, *ibid.*, p.31.
 - (23) K.C. Wheare, Modern Constitutions, 1951, p.179.
 - (24) Geoffrey Marshall and Graeme C. Moodie *ibid.*, pp.

- (25) 32—3.
- (25) K. C. Wheare, *ibid.*, p. 185.
- (26) Geoffrey Marshall and Graeme C. Moodie, *ibid.*, p. 34.
- (27) *ibid.*, p. 34.
- (28) 「社会立法 (social legislation) 及び憲法の地位」 櫻田
大輔氏講演記録 昭和 27 年 12 月 24 日 1952 年 12 月 24 日
ings, The Law and the constitution, 3rd ed., pp. 98—9.
- (29) *ibid.*, pp. 34—5.
- (30) *ibid.*, p. 35.
- (31) *ibid.*, p. 35.
- (32) Ivor Jennings, The Law and the Constitution 5th ed.,
p. 136.
- (33) Geoffrey Marshall and Graeme C. Moodie, *ibid.*, pp.
35—6.
- (34) *ibid.*, p. 36.
- (35) Ivor Jennings, *ibid.*, p. 136.
- (36) *ibid.*, p. 136.
- (37) Geoffrey Marshall and Graeme C. Moodie, *ibid.*, p. 36.
- (38) *ibid.*, p. 37.
- (39) Ivor Jennings, Cabinet Government, 2nd ed., p. 7.
- (40) Geoffrey Marshall and Graeme C. Moodie, *ibid.*, pp.
37—8.
- (41) *ibid.*, p. 38.
- (42) Ivor Jennings, *ibid.*, p. 8.
- (43) Geoffrey Marshall and Graeme C. Moodie, *ibid.*, pp.
38—9.
- (44) Ivor Jennings Cabinet Government, 3rd ed., p. 13.
- (45) Geoffrey Marshall and Graeme C. Moodie *ibid.*, p. 39.
- (46) Ivor Jennings, The Law and the Constitution, 3rd ed.,
p. 129.
- (47) Geoffrey Marshall and Graeme C. Moodie, *ibid.*, pp. 39

—40.

- (48) Graeme C. Moodie, "The Crown and Parliament." X Parliamentary Affairs 3 pp.256—64.
- (49) Geoffrey Marshall and Graeme C. Moodie, p.40.
- (50) *ibid.*, p.41.
- (51) *ibid.*, pp.41—2.
- (52) *ibid.*, p.43.
- (53) K.C. Wheate, The Statute of Westminster and Dominion Status, pp.5—6.
- (54) Geoffrey Marshall and Graeme C. Moodie, p.43.
- (55) *ibid.*, p.44.
- (56) *ibid.*, p.44.
- (57) *ibid.*, p.45.
- (58) *ibid.*, p.46.
- (59) *ibid.*, p.46.
- (60) *ibid.*, p.47.
- (61) *ibid.*, p.48.
- (62) このようなイギリスの君主の地位、権能を法と慣行の側面から考察する必要があると、黒田覚教授は指摘し、次のように叙述していることは興味深い。「君主はコモン・ローの上では、すなわち憲法慣習法上は大権 (Prerogatives) とよばれる多くの権能を持っているが、これらの権能はコンヴェンションをおして見ると単なる名目的存在である。権能の多くは、君主自身の意見によってでなく、首相や内閣の意思によって行使され、事実上——*de facto*——首相や内閣の権能である。しかし、法上は——*de jure*——やはり君主の権能であり、コンヴェンションによって消滅したものとは考えられない」黒田覚「象徴天皇制の意義と機能」憲法講座第一巻一八六頁。ジェニングスは、国王の機能は、明確なものでないことを次のように述べている。「法尊重主義的態度 (legalistic attitude) の採用により、また憲法理論において

国王の果す役割を強調することによって、国王の機能を過大視することは容易である。他方、内閣、議会、国民の偉大な三部曲を主張することによって、国王の機能を過小視することも容易である。真理は、双方のどこかに存在するのであるが、これを証明することは困難であり、またこの内容は恒久的なものではない」Ivor Jennings, *the British Constitution*, 3rd ed., p.108

三

イギリス憲法が軟性憲法である理由は、ブライスが指摘しているように、それが弾力 (elasticity) を有し、その主要な特徴を保持しながら、それは、形式上、曲げられ、変更されうることにある。⁽¹⁾ ヒューム (David Hume) は、人間の制度 (human institution) について次のように述べている。「人間社会は、一時間おきにあるものは生まれ、あるものは死んでいくという変遷の中に存在するので、統治における安定性を確保するために、新しく生まれたひとは、確立した憲法 (the established constitution) に従うべきであり、そして、祖先の足跡をたどるために、かれらの祖先が定めてくれた道——そのままではなくとも、ほぼそれと同じような道——に従う必要がある。ある改革は、必然的に、全ての人間の制度に起るにちがいない」。⁽²⁾ イギリスにおいては、憲法についての考え方 (idea of constitution) は、時代とともに変化してきた。「イギリス憲法は、いつも変化し続けている古いものと新しいものとの混合物である。その強さ

の二つは、長い間、政府に専制的で、無責任な方法によって支配することを認めていないこと、さらに、少なくとも被支配者のより明確で、勢力のある部分の願望 (the wishes of the more powerful and articulate sections of the governed) を無視しないで、イギリス憲法は、全体的に、政府が効果的に統治するのに必要な権力を揮うことを許していることである。その強さの他の源泉は、一方、憲法上、政治上のどのような硬直した正統派の学説も、統治制度を骨化することはできなかったためであり、そして、他方、ある程度この理由によるが、思想、行動と感情の確立した習慣 (established habits of thought, behavior, and sentiment) を破壊するという犠牲を払ってまで、統治制度を全面にわたって、すばやく再組織化する必要がなかったということである⁽³⁾。

本稿はこのようなイギリスの統治制度について、イギリス人がどのように考えているかを、G・マッシュル、G・C・ムデュー共著『憲法の諸問題』の第二章「慣行」を紹介することによって、明らかにしようとする試みにすぎない。本書は、イギリス憲法の慣行的側面から叙述されている意味において、重要である。このことは、次の序文からわかる。

「イギリスの統治について (研究している) 外国の研究者を不便にさせているにもかかわらず、連合王国は、憲法を制定することを拒否しているので、憲法問題は、しばしば一般的諸原理または政治的先例の解釈 (the interpretation of general principles or political precedents) についての議論の問題である。一九世紀末にダイシーは、二つの原則——議会の優位と法の支配——を認識し、公表した。二〇世紀における日々の統治作用では、大臣責任の原則 (principle of ministerial responsibility)——これに対して、ダイシーの憲法の著作は、詳細な注意をわずかに払っていたにすぎない——は前述の二つの原理と同様に明白な重要性を帯びてきた。ある意味において、今世紀の憲法史の大部分は、大臣責任の原則と前の二つの原則との衝突として叙述されうるかも知れない。それ故に、わたくしたちは、憲法的行為の諸規範に関する議論がなされている方法を例証し、そして大臣と国王、議会、裁判所、内閣と国民との諸関係を順番に考察しながら、大臣責任の原則によって提出された諸問題を説明することを試みた⁽⁴⁾。

以上叙述してきたことから理解できるように、イギリス憲法の継続性と変遷、またイギリスの統治機構の運用の実際について考察する時には、法的側面より、むしろ慣行的側面からみなければならぬ。そしてイギリス憲法が諸外国に輸出される時には、その憲法の慣行が形を変えて、諸外国の成文憲法に規定される。この意味において、イギリス憲法の慣行を考えることは、成文憲法の運用にとっても必要なことのようにみえる。

(1) James Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, 1901, Vol. I, p. 154.

(2) David Hume, "Of Original Contract," *Social Contract* 1966, pp. 223-4.

(3)

Graeme C. Moodie, *The Government of the Great Britain* 1967, p.14. イギリス憲法の性格である本質的に実用的な性格は理論の方針 (departures of theory) からではなく政治的感情 (political feeling) から生ずるのである。「法と慣行の差違は、まさにいくつかの慣行——たとえば、君主は両院によって可決された法律案を拒否すべきでないこと、総理大臣は、庶民院において、重大な問題で打ち負かされた場合辞職すべきであること——が、他の法律と同様に、重要であり、そして、それを変更することが、たぶん、より困難であるけれども、慣行を制定し、強要する手続が存在しない」といふことにある。」 John P. Mackintosh, *The British Cabinet*, 1962, p. 12.

「イギリス憲法のかなり多くの規範と慣習 (rules and usages) は性質上、法的ではない。それらは、制定法集 (statute-book) にも、判例集 (the reports of judicial decisions) にも書かれていない。それらは、法的には権威がないが、学者、法律家、政治評論家などによって記述された純粹に学問的な解説を除外すれば、全く書かれていない。これらの多くの規範と慣習は極めて、重要である。もし、それらが存在しなかったり、一般的に遵守されていなかったとしたら、憲法は、事実、それがそうであるものとは全く異なるものになるであらう。」 S.B. Chrimes, *English Constitutional History*, 2nd ed., p. 7.

「イギリス憲法は漸進主義 (gradualism) の顕著な例である。その過程は、いつある制度が最初に確立したが、あるいは、いつある政治的慣例が最初に承認されたかということとは、通常困難であると同様に不可能である。……制度は、計画されたものでもなく、意識的に、前もって論ぜられたものでもない。それ故に、制度は決して、権威的に規定されなかった。それは中世の時代から、継続的に、ある時機の実際的な必要に……適応してきたのである。しばしばいわれてきたように、

(4)

それはつくられたものでなく成長してきたものである。その最も目立つ特質は、憲法的、政治的成長の長い、ゆるやかな継続的な過程という第一の事実から生ずるのである。成文憲法の不存在、憲法改正のための特別の手続の不存在、あるいは、慣行に基づく広範囲に及ぶ基礎は、わたくしたちの政治制度を著しく適応しやすいものにした。この伸縮性はいくつもの重要な利点として認められてきた。」 Reginald Bassett, *The Essentials of Parliamentary Democracy*, 2nd ed., p. 4.

Geoffrey Marshall and Graeme C. Moodie, *Some Problems of the Constitution* p.11.