

試 訳 (1)

A. V. ダイシー

憲 法 研 究 序 説

(付 E. C. S. ウェイド教授序論)

A. V. Dicey

An Introduction to the Study of the Law
of the Constitution

(With an Introduction by E. C. S. Wade)

松 本 昌 悦
宮 本 忠

〔 訳 者 附 記 〕

公法研究者であれば、憲法研究者も行政法研究者も、必ず目を通しておかなければならない古典的基本書の一つが、A. V. Dicey の本書である。われわれは、幸いにも同じ時期にイギリスに滞在し、イギリス憲法、イギリス行政法をそれぞれ学ぶ過程で、今日においても、本書が極めて重要な意味を持つことを強く感じてきた。またダイシー伝統に立脚して、イギリス公法理論の展開を示される H. W. R. Wade 教授には、直接の指導をいただくことができたし、また、本書に Introduction を附されてきた E. C. S. Wade 教授も、今は高齢の為、Cambridge を離れ、Norfolk の Fakenham に静かに住われているが、書簡等によって御指導いただいたものである。このような恵まれた共通のわれわれの経緯から1975年冬在英中

に本書の翻訳を決意した。そして、出版社の Macmillan Education Ltd の諒解も得て、訳出の試みを始めたのであるが、何分膨大な量に及び、また本書の公刊された時代的背景等の研究の為、極めて困難な作業である。われわれはあくまでここにおいては試訳として、E. C. S. Wade 教授の Introduction も含め、その第10版(1959年)の全訳を試みたいと思う。なお附言するならば、E. C. S. Wade 教授は、本書に Introduction を附することによって、より広く評価されるに至った。すなわちそのことは、Introduction のみをとっても、ダイシー研究及びイギリス公法の研究に貴重な貢献を果していることを知ることができるのである。なお試訳完了の後、更にもう一度内容に示されてきた諸文献等にも出来るだけ当り、完全訳を果すつもりである。各方面からのご批判とご指導を特にお願いする次第である。

われわれは訳出に当って相互の担当部分を決め、試訳完了までに何度かの討議を重ねてきている。訳文全体は両者の責任において行われているので、あえて担当部分の明示はすべきでないと思うが、一応末尾に明示しておいた。なお本文脚注は、それぞれ各章節の末尾に一括して挙げるつもりである。

1977年8月 訳者

原著者序文（初版に際して）

書名が示すように、本書は憲法研究序説である。すなわち、それは単に概説を意図するものではないし、ましてや憲法についてのすべての説明を意図するものでもない。それは、イギリス近代憲法に広く侵透する二・三の指導的原理についてのみ説明しようと思う。本論文公刊の私の目的は、憲法学習者にこれらの指導原理を心奥に十分植つける指針を与えようとするものである。そしてこのような作業が、憲法学習者に対して、ブラックストーン注釈書における特徴点及びその本質を示唆する如きその他の論文とともに、イギリス憲法を形成（構築）するのに、ともにかかわりをもってきた法的時事問題（論争問題）を理解させることを容易ならしめるであろう。この構想を押し進めるに当って、私は、既成憲法の基礎を構成する諸原理（例えば、議会優位の原則の如きもの）のみを強調してきたものではなく、また、イギリス立憲主義と一方でアメリカ合衆国の立憲主義、他方でフランス共和国立憲主義との間の比較研究によって、イギリス立憲主義の説明を常に行ってきたつもりである。私が、如何様な方法で論述を進めていったとしても、私の意図は読者の判断にゆだねられねばならないであろう。実際に講演調でなされた講義を編集している書物は、例えそれが公刊のために補説がなされたとしても、口頭説明という性格からどうしても離れがたい性格を表わさざるを得ないということ、そしてもう一つ、憲法の諸原理についての理論が、その範囲、目的において、イギリス憲法史の観点から、（すなわち、バジヨットの比較ができない性質の『イギリス憲法』の如き作品からも同様のことがいえるが、）異っているということを読者に恐らく気づいていただき、諒解されることと思う。唯、ここで附言しておけば、バジヨットの「イギリス憲法」は、近代議会政治の我々の複雑な制度に関する実際上の作用を分析しているものである。

しかしながら、もしも私が、私のこの著書が、それ自身の特別の目的を

もっているという点をあえて主張するものとすれば、私が、イギリス憲法についての著作を表わしてきた法律実務家や歴史研究者に負うべくそれらの労作の範囲を一步も出るものではない。また、ブラックストン、ホーラム、ハーン、ガーディナー、それにフリーマンの如き著作者の不断の参照なしには、私の講述の一頁も執筆はできなかつたといえる。それら執筆者の著書は、すべての学習者の書架に収められているはずである。殊に、これら著作者のうち三氏に対しては、少なくとも私の義務の枠の中で、心を込めて特別の感謝をなすべき義務があるということを深く感ずるものである。ハーン教授の「イングランドの内閣」(Government of England)は、法律家達が初期の時点で、憲法の基礎を形成する基本原理を確立した方法について、いかなる他の作品に増してより多くの教示を与えてくれたものであった。ガーディナー氏の「イギリスの歴史」(History of England)は、チューダー王朝及びスチュアート王朝下の王室法律家によって維持(主張)された大権についての観念は、第三共和制下の現在なお、フランスの「行政法」を支持している法的かつ行政的理念に極めて類似しているということを、フランス行政法についての私が集め得られたすべての情報によって、(しばしば、後の文中においてその強調点は示されることになるが) 確証を得ることが出来た結論を私に示唆してくれたものであった。私の友人であり、かつ同僚でもあるフリーマン氏に対しては、私は若干異った性質の責務を負うものである。彼の「イギリス憲法の生成」(Growth of the English Constitution)は、私に次のような形態での模範を示してくれた(模倣することより称賛を述べているほうがはるかに容易なのであるが)。すなわち、無味乾燥でまた難解でさえある論争問題が、印象的でかつ一般的な説明の対象にされるであろうということである。その作業が、われわれのいわば「成文法」と「われわれの慣習(習律)憲法」との間における違いを含んでいるという明白な主張は、基本的に私をして、以下の質問に対する解答を求めさせることになるのである。すなわち憲法的取り決め(法律ではない)が、それらの拘束的力(拘束力)を引き出すと

ころの真の源は何であろうか、ということである。それに対して、憲法の生成発展が、それ自体、歴史家に提示してきた観点について同様の著作で示されている均しく力強い主張は、我々の制度に関する歴史的及び法的方法の両者の間に、基本的な違いがあることを我々に強いるものであったし、そしてまた、憲法が発展してきた各段階で、それぞれあまりにも排他的に見る習慣は、それが今実際に存在している如き憲法についての十分な関心を払うことから、憲法学習者を妨げるものではないかどうかを考えるべく私に強制したものであった。ともかく、諸制度の発達について示されてきた歴史的な方法についての弱点は、制度というものが、そもそも成立してきた、極めて多様な方向において人々に考えをしむけるということであり、また、彼等が、制度というものが確立していったことについて十分な配慮をもって考察する姿勢を放棄してしまうということである。

A. V. ダイシー

1885年 オックスフォード大学
オール・ソールズカレッジにて。

第十版の序文

ダイシー教授は、1908年の第七版まで（同版を含めて）、1885年以来生じていた「憲法の中の変化あるいは憲法に作用した変化を具体化するために」、彼の原文を修正した。というのはダイシーがこれを叙述しはじめたのが、1885年における憲法の主要な特徴であったからである。著者にとって最終版となった第七版を準備する1914年がやってきたとき、彼は異った方針を採用した。もはや原文を改訂しないで、二つの目的にかなう長い序文を書いたのである。すなわち、

(1) 著者がそれまで詳論してきた通りに、1885年から1914年の間の法の変化及び憲法の機能の変化について、憲法上の主要原理に対する影響を跡付け、かつ註解を加えるために。そして、(2) 1914年に、どちらかと

いえば新しいものということが出来た、憲法の主要な観念を研究し、かつ分析するために。その時期に、それらの観念が現われたか、もしくは新しい影響力を発揮し始めたからである。

私は、1939年の第九版の場合と同じように、この方法にしたがうべく努めた。ダイシーの影響力は、1914年の彼の序文に現われた、今日議論されている問題よりも、彼の本文に述べられている諸原理の中にある、彼の1914年の序で示されたように。こうした方法で、古典的である書物の原文を維持し、同時に、現代に照らして、ダイシーがつねにその原理を説明した、あの憲法の見地を再検討することも可能である。ダイシーは、彼が明らかにした憲法上の観念が、あらゆる時代に持続する自明の原理であるとは決して主張しなかった。実際、1885年をふりかえってみると、彼は当時次のことを強く感じていた。「憲法展開の道筋に目をもっぱら向け過ぎる習慣は、学生に、現に存在するままの憲法に十分な関心を向けさせることの妨げになっていないかどうかについて考察する」ことの必要性を。彼は、制度の成長に適用されるような、歴史的方法論の危険性に気付いていた。何故なら、歴史的方法論は、制度が成長してきた本質は何かを、十分な配慮で考察させない恐れがあるからである。

もし、ダイシーが現代憲法について書き続けているならば、彼がどの程度までその見解を変えたか、ということをおもひに思案しても無駄なことである。私の任務は、彼自ら暗示したいくつかの修正、とくに彼が、結局、行政法を受け容れたことを概括し、そして現代の条件の下で、彼の三つの原理の適用を議論することにある。ダイシーの批判者たちが、彼の三つの原理に殆んど関心を示さなかったことに注目していい。彼らは、それ以外の原理の存在可能性を促すよりも、ダイシーの原理が正しいか誤っているかを決める方に関心がある。ここ20年間、法の支配の概念によって喚起された関心の中に、ある種の蘇生がみられている。法の支配についての彼の概念が、議会主権や憲法習律についての彼の記述よりも、この国の公法の展開に影響を及ぼしてきたことについて殆んど疑う余地がない。また、法の支配にお

ける関心は、コモン・ローの世界に限定されていない。¹⁾ 今日、まさに議会主権の原理が、すべて自ら成文憲法を持つ英連邦内の独立国家の出現とともに、攻撃を受けている。それでも、ダイシーの批判者たちは、法律上の見地において議会が至高であるという、連合王国憲法の基本原理をゆさぶることに成功していない。ダイシーの書物に通じている誰も、その隠れた影響力——法の支配について彼の述べたものが、行政審判所及び公審問に関する委員会 (the Committee on Administrative Tribunals and Public Inquiries) に提出された証拠並びに (これは推測であるが) 同委員会の審議、に与えた影響力——を認めることなく、この委員会報告を読むことはできない。

御親切にもローソン (F. H. Lawson) 教授は、私に、彼の論文、「ダイシーの修正」(Dicey Revisited) の校正刷りを読ませてくれた。この論文は、1959年中に、政治研究協会 (Political Studies Association) の機関誌、『政治研究』(Political Studies) 誌上に発表される手筈になっている。ダイシーは、それが著述されたときに存在した条件と関連して読まれるべきであると、著者は主張する。同教授は、法の支配を歴史的背景の中に置けば、もっと認識が深まるものと確信している。ダイシーは、フランス行政法 (droit administratif) を理解し損ったために、しばしば批判されるけれども、行政法に関する課題が1885年から1908年の間に発展するに併って、通常、彼に帰せられる以上に、彼はその課題に多く気付いていたと、ロブソン教授は、説得力をもって論じる。1908年にいたってさえ、合法的に行為しているにもかかわらず、過失の結果損害を与える事件よりも、官吏によって犯された不正行為が、個人の自由あるいは財産を侵すこととなる典型的な事例であったことを、同教授は確証する。何故、ダイシーが移送命状を見落したかについて興味深い説明がある。すなわち、思うにダイシーは、官吏が不正行為者になることを思いとどまらせる研究に非常にこだわったために、違法行為——この行為の下で、責任ある官吏を相手どる損害賠償の判定について何の問題も起こりえなかった——の取消を得るため

の主要な手段を見落した。

以上は、法の支配について、ダイシーの説明を厳密に研究した同教授の分析の、ほんの二つのハイライトにすぎない。比較法学者としてローソン教授は、ダイシーの方法論、とくに第7章「法の支配とフランス行政法の比較」の内容を説明することに大きな業績をあげている。

1958年10月 ケンブリッジ大学

E. C. S. ウェイド

ガンビール アンド キュー カレッジにて。

E. C. S. Wade 教授による序論

(1) 総 論

「現在、現実に生きている憲法についての十分なる関心」を示そうとしない危険に対するダイシーの警告は、今日でさえなおかつ重要な意味をもつものである。1958年における憲法は、1885年の憲法とは異なる。連合王国の政府及び議会の両者についてその生成過程に適用されてきた如き歴史的方法は、著者（ダイシー）の言葉によれば、事実、多様な方法において、思策を展開すべきことを人々に要求してきたものであった。そして、ここでは、これら憲法にもとづく諸制度は、20世紀の後半において、彼等の背景に存在した第二次世界大戦でのあらゆる影響とともに、登場してきたところの事柄を、十分なる注意をもって思策(慮)してゆくことをやめるであろうということはいったい何を意味するかということに帰着した。それにもかかわらず、コモンウェールズを通じて、そしてまた、ある範囲に亘って諸外国においてでさえも、公法研究に対しての「憲法研究序説」によって示された印象は、以下のように示されてきたように思う。即ち、著者の存命以来、憲法やその実施の現状に対して、あまり十分な関心が払われなかったであろうという結論とともに、「憲法が発展を示してきた各段階にあまりにも集約されてきているように見える」¹⁾ という非常な危機感さえあっ

たのである。若干、ダイシーが理解した如き三原則を、現代の状況に適合せしめてみるのが、この序論の目的なのである。その詳細について記述してゆくというよりも、その諸原理の概念に立脚して、その憲法を描写していく方法は、当然のことながら、政治学者を引きつけるやり方である。しかしながら、憲法の現存する規則がそれらの原理の解明に必然的に伴って、その一般化（概念化）において失なわれないということが法律家にとって確保されねばならぬことである。連合王国の憲法は、法律上の権威の限界の究明にとって、その憲法理論の資料（素材）を研究者に対してほとんど提供するものではない、ということがいえる。しかし、常に、行政の議会主義的制度的下に基礎づけられ、時には、異った政治的背景において、基礎づけられてきたコモンウェールズにおける憲法上の発展は、議会議会主権（優位）の原則が、もはや連合王国の立法府に限定されるものではない、ということが確認されてきた。その議会優位の原則の（外国においての設定では）、その説明は、ウエストミンスター議会の歴史的展開との関係で、全く説明することができない政治的、法律の意味あいの両面を持っているのである。このような意味あいは、最近になって政治学分野の研究者によって究明されてきたし、そしてその結果は、ゲオフライ・マーシャル（Geoffrey Marshall）博士の「議会議会優位とコモンウェールズ」（Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth）²⁾ という著作の中に含まれてきた。

ダイシーについていえば、憲法研究についての彼の継続的な影響力は、もしも彼が、主として、法律家として書かなかったとするならば、長つづきするものではなかったであろうということがいわれるかもしれない。ダイシーの様に、われわれは、議会の優位という原則や法の支配という原則の現代的条件への適応を、まさに今日の状況に高めるに当って、何らかの努力で、憲法についての諸法則は何かについての観察を決して怠ってはならないのである。憲法習律の範囲の問題で、法律家は、彼が今日、著者（ダイシー）に対して、その存命の時期に、法律として制定してきた幾つ

かの重要な憲法習律を確認してきた（経験してきた）ことが否定されるといふ利益をもつけれども、しかし当然のことながらより用心深く（Warily）踏みにじってくるのである。

この書物において、編者が序論で取り上げることを望まなかったもう一つの観点がある。ダイシーは、その著述されてきた文言で、その説明をつくしてきた。読者のそれぞれの世代が、彼の主張の確かを確認してきたものであったし、そしてそこで、当時の彼の考え方は、自明のこととして観察されてきた若干の危険性の状況にあったことも、ほとんど疑い得ないことである。王立委員会あるいは重要な各省委員会に対する関係の観点から、著者が提議してきたあらゆる原則に立入って究明を行うべき方向を明らかにしてきた経験をもつ筆者は極めてまれである。しかしながら、ダイシー没後数年間のうちに、即ち1929年に、それは存在した。即ち、当時の大法官が、議会主権、法律の優位についての憲法上の原則を確保するために如何なる保護が要求され、必要とされるかを報告する³⁾ ために、大臣の権限に関する委員会を要請した時であった。委員会の報告は、「憲法研究序説」の権威は、それが最初に発刊されて以来、50年間も受け入れられてきたということを示した。

しかしながら、議会主権及び法の支配の原則の両原則は、行政府が、議会に立法を命じ、そして、公務員のサービス行政が、現代福祉国家の役割であろうと、あるいは外面的な政治経済上の圧迫の結果であろうとも、訴訟において個人的自由の損失の補償を要求されている公務員に、その実施を命じている紛争状態と、若干の困難さをもってのみ調和しようということが、ここ数年の間に、現代行政の作用を研究する人々に対して明白になってきたのであった。政府と議会の本当の諸機能は、この書物の初刊と時を一つにする自由放任主義に立脚したホイッグ党（whig）伝統の全盛期においては異っていた。1914年、ダイシーが「19世紀を通じてのイギリスにおける法と世論」（Law and Opinion in England during the Nineteenth Century）という彼の著書の第2巻が発刊された際に、ダイシーはそ

の序言で次のように記述している。「1900年までには、レセフェールの理論は、その内包する真理は極めて大なるにもかかわらず、多かれ少なかれ、イギリス国民によるその支持は失われてきた」と。彼は、後に至って、国民健康保険の出現、貸銀統制立法、それにある重要な産業における雇用条件などを、若干の不安をもってとらえてきたのであった。今日、行政法として受け入れられているところについての彼の最も近年において公けにされた見解は、附録にも掲載しておいたが、1915年のロー・クォーターリー・レビュー (the Law Quarterly Review)⁴⁾ における論説に含められているのである。初期の世代の著者が、如何ような見解を現代福祉国家について適用しうるかということを考えてのち、40年以上も思索がねられてきているのである。議会の主権や法の支配の如き十分に確立された原則が変化してくる社会的経済的条件と如何に調和しうるかということを試みかつ説明することはより有益なことからである。

議会在ここ70年間を超えて、その威信の失墜を一般国民の目前に示してきたことは否定できないことである。ここでは、古風な手続制度を近代化するためにどのような変化が必要とされているかを議論するための場所ではない。けれども、主権の行使は、手続上の規則から全く分離されてしまうことはできないのである。議会におけるこれまでの業績の魅力は、そしてとりわけ、下院議院において一層そうであるが、現代的状況の下において不明確であることを疑う余地はないのである。政党組織の働きは、とりわけ、政府与党と反対党との間の人数の違いが、ほとんどなくなってきた段階で、その議員の臨時的な性格をくづしてしまう傾向になってきたし、そしてそのことは、また、過去において、下院議員の間で、あらゆる事件に対峙して、めったに見い出すことのできなかつた専門的政治家を登場させてくる傾向が生れてきたのである。主権を行使する団体(機関)は、議会が普遍的関心を命じてきた時期における時以上に、安定性に対してより危険性をもつであろう。立法の分野において、議会の優位の必然的な結果が、下院における多数派の要請によって出現した政府によるその権力の無秩序

な行使を統制しえないということを忘れてはならない。それから反対に、議会主権がしばしば第二院の役割を廃止しようとしたり、ある政党が権力を把握すると直ちにその効果としての経済政策上の改革の目的の程度によって行政を遂行しようとしたりすべきであるとの示唆を、多数政治政党の指導者が行ってきてから、まだ30年足らずの歳月しかたっていない。我々は、革命に反対してきた憲法的展開にあまりに慣れすぎているので、生じてくるであろう危険が、議会の構成員に伴っている権威をより一層低下させてゆくであろうことを忘れがちである。その機関の性格は、その健全な作用、あるいは病的な作用に応じて、その権限の能力と等しく、一般大衆とともに、その権威に反影してくる。しかし議会の権威の変革の属性（本質）は、議会が制定してきた立法に対する裁判所の態度においての何らかの変化に応じて伴ってくるものではない。そしてここでは、法律家は、主権の本質概念に対してあまりにも深入って、さぐり出してゆくという誘惑に抵抗してゆかねばならぬということである。むしろ法律家は、以下の点を強調されねばならないのである。すなわち、国土の法があるべきところのものを、そしてたとえ、法律制定者の変遷する性格、そしてどのような法律を彼等は制定するかということを決める彼等の影響力などを含めて、決定することは、なお議会に委ねられていることであり、また最終的に議会にだけ存することである。下院議会は、かつて、その苦情が救済されてくるまでは、給付についての国王の要求に抵抗を行う機能を果してきたのであった。両院の開会の始まりに当って、彼等自身の選択の手段が、行政的事務に優先して考えられることができるので、古めかしいタイトルをもって法案が議会の両院へ上程された時、この歴史的伝統的な機能になおかつ社交辞礼が示されているのである。このような美事な伝統的残存制度が、いわば現代的下院制度は、両政党が政治的組織体の社会的・経済的病癥を回復治癒するために絶え間ない要求に対して置かれてきた公開討議場（Forum）であるという事実を不明瞭にするものではないのである。その救済措置は、必然的に、供給の為の政府の要求を増大してくるのであ

る。すなわち、政府が要請される場所の統制やサービスを実施してゆく上での必要とされる財源の如きである。変革の条件がすべて議会活動によって引き起されてきたのである。法における変革は、基本的なものであろうと、あるいはとるに足らないものであろうと、議会は、そして議会のみが、法を変更しうるのである。そして議会が例えどのような法たるべきものを公布したとしても、裁判所は受け入れねばならないのである。しかしその他の国々は、議会によって制定してきたものと比べて、社会的・経済的改革の同様の基準を示してきた。議会主権の原理は、それらの国々の全てではないかも知れないが、たいていの国において行われていないということは明らかである。なぜなら、それらの国々は、立法について、ある階層の利益に基づいて、立法府がなしうる能力に限界づけている成文憲法の下においてなされているからである。これらの国が、憲法の一構成部分として存在する議会主権の原則なしに全ての事柄を達成してきたということは、人の認めるところであろう。けれども、そのことは、連合王国において、議会が変更をなし得ない法は存在しないという、ダイシーによって熱心に説かれてきた命題を、変更するものではない。法の変革は、ほかの場合におけるよりも、この場合において、より容易になされてきたかも知れない。何故なら、何らかの法律制定作用の効力に支障となるものは存在し得ないからである。

また一方においては、人がもしも、議会主権の原理と、著者が法の支配によって理解してきた事柄とを調和させようとするものであるならば、立法作用は、公益のための奉仕の規定に個人の自由についての強調を一層強めてゆくものであることは否定できないであろう。それら二つの原理を調和させることは、ダイシーの目的であった。この点については、彼は裁判所が、憲法の下において与えられてきた独立の立場を強調することによって行ってきた。それは、裁判官の独立という背景に、法の支配の原理を保留するものであった。議会は、その独立を保障した。すなわち、彼等のやり方で、その議会を受け入れてきた裁判官達は、どのような法律が今行わ

れているかを宣言する上で最後の発言力を持っていた。1958年現在で、コモン・ローの作用の範囲が、くり返し制定法によって限界づけられてきたというだけの理由であるとすれば、それらの調和を試みることはより困難なことであるかも知れない。現代の法定されている職務の行政が、行政官に対して広い自由裁量を与えているということを、我々は承認するとすれば（また承認せざるを得ないのであろうが）、行政官は、個人の行為の自由についての侵害を行う立場に置かれているということとなる。すべての行政が、法律にもとづいて行われるということを確認することは重要な意義をもつことできえある。われわれは、もはや、コモン・ローについて、ある範囲において、個人の自由の保護者として見ることはできないのである。しかし、若干の範囲においては、それは、かつてと同様に重要性を持っているのである。殊に、人身の自由と言論の自由に関してである。他の方向において、制定法が、たとえ直接、議会によって制定されてきたものであろうと、あるいは議会の権限の下で行政府によって制定された法定上の手段によって制定されているものであろうと、個人の行為の方向が、いわば行政権の選択よりも個人自身の選択の余地が少ないものであるということの規定しているところにおいては、まさに、司法部（Judiciary）の独立は、議会によって、その代理機関に委任されてきているところの権限の行きすぎや濫用がなされるべきでない、ということを保証しているのである。もはや単に公的経費を規制することが、国家の課題ではないのである。今日ではまた、財産の使用を統制することも、そして租税の負担や、強制的な保険制度を通じて、生活の一般的水準を立法することも、行われているのである。広い行政府の活動範囲は、一層広がっているのである。そこでより重要なことは、すなわち、あらゆる行政が、法律に従ってなされるべきである、ということである。行政は、行政官の絶対的な自由裁量にもとづいてなされるべきであるということをも命じることは、主権を行使する議会にとって、勿論可能なことである。かくも広範な裁量行為が、めったに許容されてきたものではない、という事実は、歴史的設定の中におい

て、国王や女王達の暴政に抵抗するための権限を、初めは議会に対して、後には裁判官に対して武器として持たせていった法の支配の概念の影響に、少なからず帰属するのである。このごろでは、政治学者にとって、法律家には、それらすべてが、政治的というよりもむしろ法律的なものと思われる諸問題を、議論する傾向がある。殊にこの傾向は、議会の優位の原理に関していえるのである。政治学者の登場が必要であるというのは、厳格な意味において、それらの政治的背景の説明なしには、法律であるところの憲法のこれらの諸部分を、法律家は説明することはできないということが認められねばならないからである。著者（ダイシー）は、憲法的習律や理解に関連して次のように述べてきたのであった。即ち、問題は、「法律についての問題ではなく、政治学についてのそれである。そして法律家や法律にかかわる何らかの専門家の階層に骨おりを要求するといったものではない。」⁵⁾ と。しかしこのことは、議会主権の行使に際して置かれている内部的限界と外部的限界について、彼をして考察することを防げたものではなかったし、同時にかくの如き法的主権者と政治的主権者との間における区別の考察を行うことをやめさせてくるものではなかった。その上彼は、憲法に関しての彼の説明の中において、習律の政治的条項を含めているのであった。憲法と政治学とは、区別すべき堅固な一線によって区別されてきている。もしも法律家が自分の領域に侵入してくるということで、政治学者を非難するとしても、大して意味のあることではない。しかし、両者にとって、一方の側の研究の技術を学んでくるようになるということは、当然の義務である。この点については、ほとんど説明は必要とされないのである。すなわち、1911年の国会法、それに1949年の国会法、あるいは1931年のウェストミンスター制定法の如き法案は、それらの政治的背景に関係なく如何に理解されてきたというのであろうか。知りうるところであろうが、後の法案は、習律と法との区別についての説明で、最も困難性を呈示しているのである。政治学に対して負うべきところの法律家の責務は、連合王国における憲法的配慮は、理論的な主張に対して極めて容易に

影響を受けるものではないという事実を隠してはならないということである。科学的理論の作用する実際上の生活の中へ導入する努力を行っている成文憲法の分析は、至極当然の如く思われるかも知れない。殊に外国の読者に対してそうであろう。しかし、このやり方は、連合王国の憲法研究者に対しては否定されているのである。

本書本文の「憲法研究序説」(The Law of the Constitution)なる教材の研究を、現在の状況に対応させてゆくには、一体どのような接近方法が考えられるべきであろうか。およそ三つの方法が考えられるように思う。

(一)、ダイシー原則を受け入れてゆくということである。そしてより典型的には、議会主義の原理と法の支配の原理についてである。いわばダイシーが著述を行った時代に限定して描写した如くに、である。

(二)、これらの原則を批判的に観察してみるということである。将来の出来事に照してみても、それらは部分的に19世紀の事実にのみ限定して、恐らく今日では不適用なものであるという形で受けとめてみることである。

(三)、もし、後の時代の発展に応じて必要とされれば補って、これらの原則を受け入れてゆくことである。そしてそれらの原則が現代公法に如何に適應しうるものであるかを示すことである。

勿論、最初の方法というのは、最もやさしい方法である。というのは、それは、過去を現在に適合してゆく必要性を避けるからである。批判は、当然のことであろうが、第二の接近の方法に集中的に向けられてきたのである。第三の方法は、批判主義からの圧迫があったにもかかわらず、恐らく最も多くの支持がなされてきた。確かに、多くの世代の法律家や政治家は、公法の領域で、それらについての興味を持ってきたし、また行政は、最初に「憲法研究序説」の研究によって自覚することになったということは、誰れも否定する者はいないであろう。参照は、ダイシー伝統の下において訓練を受けた者によってのみ作成してきた大臣権限委員会 (the Co-

Committee on Minister's Powers) に対して、すでに与えてきている委任事項（権限）について行われた。もし、批判者が多かったとしても、ほとんどその弁護者はいなかったはずである。後の者の間では、ウィリアム・ホールド・ワース氏 (Sir William Holds Worth) がいた。また最近では、注目される論稿が、オックスフォード大学の比較法教授、F・H・ローソン (Lawson) 博士の執筆によってもたらされてきた。彼の「ダイシーの修正」⁶⁾ という著書の中で、彼は、その多くの再版の中で、移りゆく時代的背景に合わせてゆくもの」として彼が記述してきた事柄に、その書物を設定してゆくという試みを行ってきたのであった。ともかくとして、これまで、この作品は、法の支配とフランス行政法 (droit administratif) についてのダイシー見解に限定づけられていたのであるが、彼は、著者は、世紀の移行に当って、フランス行政法において示されてきた発展について十分自覚をもっていたということを示し続けてきた。

近年になって、オリヴァー・フランクス氏 (Oliver Franks)⁷⁾ によって主宰されていた行政裁判と公的尋問に関する委員会についての報告の中で、議論されてきた自由に対する挑戦に対して直接多くの注目がなされてきた。法の支配の原理を調査することがこの委員会の任務ではなかった。それらの委ねてきている任務は、その対象と権限が紛争を生じてきたところの行政裁判と公的尋問委員会へ提起することによって、論争を設定することに対する手段の限定づけられた範囲を、一つ一つ点検することが、彼等に要請されてきたのであった。この委員会が適用を決定してきた基準は、その資格による法の支配というものではなく、明白、公正、公平という単純な概念によるものであった。この報告書の一般的部分について読むことのできる人はいない。その報告は、新しい司法手続に対する裁判官の公平性を広げてゆくことを求めているのである。すなわち、ダイシーが人身の自由、討論の自由、そして公的会合における結社の自由の保障として見い出してきた法の手続というのは、今日より多くの批判が集中せしめられている紛争の分野、すなわち、公的利益が私的な所有者の要求と競

合するところの財産の統制された利用ということに対して適用されている委員会の見解に含められているということの確認はないままにである。法の支配における興味あるこの再注目も、第二次世界大戦にまでさかのぼって跡づけることができる。そして、それは、ダイシー批判に対する新しい挑戦である。委員会の提起してきた構想のすべては受け入れられてきたし、それは、1958年裁判及び尋問法によって、あるいは行政訴訟によって効力をもってくることとなったのである。

(2) 主題についての概要

憲法学の教授の役割に課してきているように、この著者が彼の主題の概略⁸⁾の中に示している制限を強調することは重要である。彼は彼自身に批判者あるいは弁解者あるいは称賛者の役割を成すことを求めるものではなく、唯解説者としての役割を果そうとした。彼は不文憲法の法規を解釈しようとする教師達に課された特別な困難さに鋭敏に気がついた。彼にとって連合国の憲法として記録されてきたものとして、彼の国の法についてその役割を与えられた部分は明確ではなかったのである。彼が自分の注意を集中させた3つの指導的原理のダイシーの選択を評価するに当って、裁判所によって認められた規則が、彼の唯一の直接に関係したものであることを強調しなければならない。しかしながら、我々は裁判以前に決定された問題において、その原因に関して、議会主権の原則を彼が説明していることを知ることができないのである。憲法習律が最後の切り札として裁判所に依存してきた論点は、彼自身の認めるところに従えば、疑わしいものであり、かつ危険を含んだものである。⁹⁾しかし読者は、英国憲法の原理が従っているところの裁判所に対して、そして裁判所のみに対してあるものとしての法の支配の説明において疑いもなくゆだねられているのである。

2つの問題が、この著者の概説を読むに当って近代政治組織についてのいくらかの知識を持っている読者の心を打つのである。

(i) ダイシーは彼の時代までの憲法に関するほとんどの学者たちの独占的注意を引きつけてきた組織機関にのみ関心を持ってきたのである。すな

わち、それは議会に関してでありまた内閣政治にかかわりをもつ大権事項に特別の関心を持ちながら、国王についてであり、また高等裁判所や、議会主権を確認し、またコモン・ローを執行する高等裁判所の義務についてである。そのような行政の問題とともに、身体的自由や言論の自由や公衆の集会に関する警察行動のような問題と関係する行政権の行きすぎを裁判所はどのように統制できるのかを指摘するために、全く否定的な方法においてのみ彼はかかわりを持ってきたのである。

(ii) 行政機関の実際的な仕事を調べるためにどのような試みもなされなかった。

最終版の序説で、これらの点は、近代制定法の立法者によってほとんど完全に無視されてきたために、その役割を考え始めたのであった。そこにおいて若干の批判者がその著書に弱点のあることを指摘した。しかしながら彼の後の著書「Law and Opinion during the 19th Century」における見解でそこにおいて、近時の立法の傾向について調査しているし、またその省略は十分に熟考されたものとならなければならなかった。疑いなく、彼は行政を詳述してきた機能と非常に多くかかわっているものだとみなし、そしてすなわち、それを憲法の役割に含めようとしなかったのである。これは彼の軍と収入の項の論述によって証明されているのである。彼はそれらが法をいかに従属しているかを見るためにだけ公共の福祉のこれらの問題を長々と論じているのである。すべてこれはまったく伝統的なやり方に従ったものである。今日でさえも、行政法において、後の方向で公共の福祉の作用についての調査を遅らせながら憲法の狭い見解を取ることは慣習的なのである。問題のより広い見解を主張したのは最初の提言者の1人であったメイトランド (Maitland) である。¹⁰⁾ この主張は憲法研究序説の初版の2~3年後、メイトランドの講義において現われたのである。¹¹⁾ しかしダイシー彼自身この分野は十分詳細に計画されてはいなかったと言った。オースチンは、主権を執行する組織機関の考察と言う課題を制限してきた。

法の支流が憲法と同様に広く拡大されたものではないと言うことを長い

間承認してきた。今日たとえ研究者たちが憲法に対するそれらの適用において裁判所によって認められた規則にだけ関連していると言うダイシー自身の制限を受け入れているとしても、彼は必然的に交通委員会、国民健康保健医療委員会、執行委員会及び補助委員会のような国家機関に、議会が委任したサービスと同様な中で政府や地方権力によっていずれにせよ、支配される法のいくらかを含むつもりなのであろう。法的な救済の領域において、彼は禁止、事件移送命令、指令、また人身保護令状すらない場合や、また申立てや禁止命令に対する訴訟、及び告発者訴訟などについて、より重要な行政裁判所の若干の機関とともにあわせて、彼は少なくとも、ある点において、英連邦の他の諸国や又植民直轄地と連合王国との憲法的関係を評価しなければならないとした。

(3) 議 会 主 権

南アフリカの領域を終えるにあたって、コーウェン教授は、議会記録 (the Parliament Roll) の終結性 (Conclusiveness) についていろんな疑問を提起した。しかし同教授は、ピルキングトン (Pylkington) 事件³⁷⁾ に頼らざるをえない。ピルキングトン事件では、議会記録に関して見出しえない特別法は無効であるという、最終判決をもたらさなかった。それ故、主権に関する議論において非常にしばしば行なわれるように、主権原理の仮定的例外的な適用を考察する必要があった。コーウェン教授はいう。1911年の議会法の下で、どのような制定法にも貴族院の同意が必要になったにもかかわらず、女王が議会の延命をはかるために彼女の同意を与える制定法を、庶民院だけで可決したと想像せよと。そうした法律の妥当性が、十分、高等法院で争われ得るだろうか。この際、次のことが想起される。裁判所は、法案が議会法の規定に従って同意を得るために女王に提出されたという議長証明の終結性を受け入れざるをえない。まぎれもなく、これに対する解答は次のようになる。すなわち、議会法は議長証明書をすべての点で終結的なものとし、かつ議会法はどの法延でも争われえないので裁判所はそうした制定法の妥当性を問うことが出来ないだろうと。これ

が、議会そのものがあらかじめ司法審査を禁じている場合である。異なった領域で仮定の制定法を持ち出す方が安全かもしれない。しかし今までの所、議会記録の終結性を争うどのような試みも、判例集をみるかぎり支持されていない。この困難性に活路を見出す方法は、終結性が議会主権と関係ないことを論じ、そして、終結性は、どの程度まで裁判所が法的諸通則の遵守の調査をしようのかと、いうことを決定するための、単なる証拠通則にすぎないということである。もし、議会が一定の通則に従って演説するならば、裁判所は、ただ「議会がすでに演説し終ったか？」という問いに、かかわるだけである。もし、証拠が議会記録に関して見出されるならば、この問いに対して、唯一つの解答だけがありうると言える。

議会特権という見出しの下に、コーウェン教授は、基本前提——「大英帝国議会両院に、自らの手続の合法性につき終結的な裁定者としての特権が与えられている」——を認める。Bradlaugh 対 Gossett 事件³⁸⁾で頂点に達した一連の事件についての高等法院の判決からみて、殆んど、他のどの観点も、主張することが出来ない。しかし、南アフリカ憲法においては、硬性諸条項 (entrenched sections) が実体的権利を保護しており、それ故、それらが遵守されているかどうかは、この解答——もし、裁判所が連邦議会で立法するための手続諸通則の審査をもとめるならば、同議会の特権が侵害されるという解答——を待つまでもなく、裁判所により調査される。ともかく南アフリカでは、議会特権の全問題が、制定法に起原を持っている。他方、連合王国においては、議会の、法と慣習が特権に由来するかぎり、それらは、制度的伝統の中で秘蔵されているのであり、ただ例外的に制定法によって枠づけされているにすぎない。

あの、議会に無限の立法権を与える議会主権の側面に関して、ウェストミンスター議会の年代記から発見できる議論の中に重要なものは殆んどない。しかし、コーウェン教授は、南アフリカ憲法の硬性諸条項の存在にかんがみ、議会の無限の立法権を次の3項目で検討できるとする。すなわち、

- (i) たとえどんな法律であれ策定することの出来る権限
- (ii) 立法作法
- (iii) 後の議会を拘束する権限がないこと

南アフリカ議会は、硬性諸条項を変えることが出来、それ故、それらの存在は、どのような法律を策定もしくは廃止しようと、議会の権限に矛盾しない。しかし、そこには、立法作法をこえるものが存在しうる。かくて、南アフリカでは、法律上の主権を分けることが出来る。というのは、上・下院協議会で特別の多数を必要とする硬性諸条項の変更以外、通常は、単独で行動する立法部の各々の役割分担にまかせられるからである。ここに、柔軟性と主権を同一視したダイシーが正しかったかどうかという点で疑問が起きる。何故なら、もし、南アフリカ連邦議会が主権を有するという結論が正しいとすれば、憲法に硬性諸条項が入っている限り、同憲法は、上下両院制の通常の立法過程によって変更できる憲法の場合（それらは多数を形成する）よりも、柔軟性を欠くからである。

議会権限の内、後任者を拘束するのは何か？確かに、南アフリカ議会は黒人投票の危機 (the coloured vote crisis) から生じた三つの事件において、1909年の南アフリカ法 (the South Africa Act) に拘束されているとみなされてきた。これは、必然的に、明示的にせよ暗黙の内にせよ、ウェストミンスター法が南アフリカ法を廃止もしくは修正しないという裁判所によって取られた見解に従ったものである。しかし、南アフリカ法そのものの規定する作法で連邦議会がそれを修正もしくは廃止しないならば、あるいは修正もしくは廃止するまで、連邦議会を拘束しているのはこの法律だけである。南アフリカでは、議会は憲法に基礎付けられ、そして、憲法は、基本的な制定法に基礎づけられるという説明が必要である。連邦議会の主権は、それとともに、後の各議会について前任者の法律を廃止もしくは変更するための権限をもっている。唯一の制約は、憲法に従って行動しなければならない立法作法にある。

南アフリカの憲法はさておき、主権を有する議会はその後任者を拘束で

きないという通則は、注意深い分析を必要とする。コーウェン教授は、それは、権限の全的放棄、部分的剝奪、剝奪なき権限の授与と関連して検討されなければならないと論じる。60—70ページ（後掲）の長い脚注でダイシーは、何故、議会在不変の法律を制定することができなかつたかを考察した。彼は、論理的にも事実の問題でも、主権が無制限に行使されても主権の放棄は可能であることを発見した。「議会は、法的に自ら解散し、かつ、その後の議会在召集されうる手段を何ら残さないことによって、自らの存在を終わらせることができる。」イングランドとスコットランドの連合のときに、この行動を、イングランド、スコットランド両議会在取った。³⁹⁾新しい主権体 (Sovereign Body) は、この共同行動、すなわち、大英帝国議会在から生じた。しかし、権限の放棄は、法的な事件同様少くとも政治的な事件である。裁判所が、新しい状況の合法性を認め得るのは、政治的な変化を受け入れるときだけである。

もし主権の全的放棄が可能であるなら、部分的剝奪——ウェストミンスター法第4節が顕著な例である——は、大して困難なことでない。前述したように、⁴⁰⁾ 法的立場がどうであれ、習律——ウェストミンスター議会在の方では他の英連邦諸国の立法権に干渉することを禁じているという習律——の力ゆえに、問題はおそらく生じないだろう。主権の部分的剝奪を、剝奪なき主権の授与と分離することは大変むづかしい。そして、ウェストミンスター法第4節を、後者の例とみなす人が多くいる。おそらく、この点において調整は可能であろう。ウェストミンスター議会在が、自治領のために、彼らの同意もしくは要求なくば法律を制定しないということを規定して以来、同議会在は、以前に権限を持っていた分野で権限を捨てるつもりでいる。しかし同時に、同議会在はこの条項を廃止する権限を維持し、その分野で立法する権限を明文で捨てていない。第4節は廃止できない。しかも、同節は十分すでに確立されている習律——廃止されれば破壊される習律——の履行を求めている。

枢密院議長が称したようなイギリス議会在主権の理論は、MacCormick 対

Lord Advocate 事件⁴¹⁾ においてスコットランド控訴裁判所で批判された。この事件において、グラスゴー大学の学長は、法学部の学生とともに、1947年の国王訴追手続法 (the Crown Proceedings Act) 第21節によって認められたとして、国王称号における数字「Ⅱ」の使用が歴史的事実及び政治的現実に矛盾するばかりか、1706年の連合法第1条に抵触するおそれがあるという、宣言的命令をもとめた。この条項は、イングランド及びスコットランド王国が一つの王国で永遠に統一されるということを宣言する条項であった。ここで、議会主権の問題が生じた。即位のときにエリザベス女王に採用された称号は、国王大権の下で、女王と女王顧問によって決定された。続いて、議会は、同女王の即位のときに起きた称号の変化を認めるために、1952年に開催された英連邦首相会議での詳論の結果、1953年の国王称号法 (The Royal Titles Act) を可決した。同法は、国王の名称に付けられた数字の問題に何ら言及しておらず、英連邦の地位の変化とアイルランドの領土の変化のみを扱った。クーパー (Cooper) 卿自身は、次の点で不満であった、すなわち、同法は裁判所に提出された数字の問題と正に何らかの関係があり、そして、事実、同法の下でなされた宣言は、女王が即位のときに採用したⅡという数字を変更しなかったという点で。もっとも、クーパー卿は、判決に加わった裁判官の中で唯一人、何故、大英帝国の新議会が1706年に旧スコットランド議会の特徴を引きつがず、主権の標象を含む旧イギリス議会のすべての特徴を継承しなければならなかったか分からないと述べた。彼は、連合法が修正権を議会にはっきり留保する諸条項を含む条約であっても、第1条はそうした条項ではないと指摘した。それ故、その議論は、連合以来、その名前の第一位である主権者が、国王称号においてⅠ以外の数字を採用すれば、それは二つの王国の連合のための条約規定に違反することになる、というものであった。もち論議会主権が認められるならば、国王称号の制定法上の変更は無効であるはずだということが真剣に論じられるはずがなかった。クーパー卿は、スコットランド法が議会主権を受け入れることを求めた学界論議と政治的

現実との間に区別をしようとした。彼は、連合法に何の規定もなく、あるいは、そのことに関して他のどこにも連合王国議会在絶対的な主権を有すべきであるという規定がないという明白な事実、あまりにもよりかかりすぎた。この議論に答えるために、次のような説明はどうだろう？ イギリス議会は、それがすでに持っていたもの、すなわち、主権の標象を1706年に放棄してしまったとは考えることができない。イナ・ハウス (the Inner House) において、クーパー卿と同席したラッセル (Russell) 卿は、連合に先立つ200年内で、すべてのスコットランド議会在挑戦できないほどの主権を享受していたかどうかを疑った。かくして、最初の、新しい連合王国議会在イギリスのパートナーの公然たる標象を承継すべきであり、その結果、イギリスの議会在主権は連合王国の主権になったということに十分な理由があるように見えるのだが。クーパー卿ですら、さらに次のように言う。⁴²⁾

「次のことは、少なくともはっきりしている、すなわち、スコットランドもしくはイングランドいずれかの国内裁判所は、ここで論議されている型の統治行為が、ある条約の諸規定に一致しているとか一致していないとかを決定する権限を持っている、という見解にたいしていかなる種類の先例もないし根拠もない、まして、当該条約の下で、スコットランド、イングランドともに独立国家たることをやめ、そして全く一つになったときにはなおさらそんなものはありえない。」

これは全く、クーパー卿が、連合法を憲法の基本部分とみなし、そして、彼は、法の状態があまりにひどいのに、基本的な規定すら議会在法——裁判所は受け入れざるをえない——による変更に服することを無念に思ったことを意味するにすぎない。実際のところ、偉大なスコットランドの判事の側で、理解可能な愛国主義的表現が連合王国内の議会在主権理論に対する真剣な挑戦に変えられてしまったとするならば、これはいささか驚くべきことである。⁴³⁾

法的主権に関する内部制限——

内部行政の領域に、外部行政の領域より少いが、1885年に殆んど予見され得なかった議会による主権行使の諸制限がある。まず、外部行政からみると、強国として国連に負っているいかなる国家義務も、外交上の行動の自由を制約する。この領域で、国王大権が、法令全書よりも重要であるというのは全く正しい。にもかかわらず、どの国連加盟国も、直接かつ公然と国際上の義務を侵犯する議会立法を促すことができない。内部領域における制約は、主として政府部省と民間の組織的利害を反映する団体との間で協議する慣行が、すみやかに成長してきたことに帰因する。今日、重要でない法律すら、利益団体——そのメンバーが提出される法律案の内容に大いに関係する——の見解を大臣が考慮するまで、大臣はめったに提出しない。もち論これは、重要な統治政策、あるいは租税に関して適用されない。しかし、事実上、他のどの立法形式においても、事前協議が通例になっている。ある場合には、実際に、事前の協議義務が制定法によって大臣に課せられる；この顕著な例は、国民保険諮問委員会 (the National Insurance Advisory Committee) に見出される。すなわち、制定法上の手段によって効果が付与される国民保険に関するどの提案も、同委員会に起草中に提出されねばならない。その結果、政府は、大体同意された議案について制定要求を付して議会に提出することになる。1929年をふりかえると、この事前協議の結果について興味ある証拠が、当時、地方自治体をその責任下においていた保健省 (the ministry of Health) から大臣の権限に関する委員会 (the Committee on Ministers' Powers)⁴⁴⁾ に提出された。これは、主として従属立法の内容に係わっていた。しかし、従属立法が、通常、議会法の一般規定を履行するようになってから、政府にせよ議会にせよ立法をおしすすめるにあたって組織的な世論を無視できないという見解を、その証拠が支えている。最近、議会による立法権の行使の制約に、世論の力があざかった興味深い事例が生じている。今日かかる力は、

時の政府によって規制される。その際、政府は、その提案が原理的変更なく庶民院によって可決されるという確固たる認識をもっている。けれども、論争中の論題、とりわけ道徳的な意味を持つ論題に関して、政府が外部筋の (outside sources) 権威ある助言をえたときでさえ、政府は議会にたいしその助言に立法効果を与えることをもとめないだろう。たとえば、婚姻及び離婚に関する法律 (the Marriage and Divorce Laws)、賭事及び賭博に関する法律 (the Betting and Gaming Laws) を扱った際のような最近の王立委員会の勧告や、同性愛罪と売春に関する委員会 (the Committee on Homosexual Offences and Prostitution) の重要な勧告に基づく議案を、議会に提出できなかったことは、権威ある方法で公平な機関が率直に述べたからといって、議会が必ずしも立法を強いるつもりのないことを示している。諮問委員会による通則がこうした支持をえていることが今日確実なのは、終局的に法律になるのは、——もしそれがいやしくも議会に提出されるならば——多かれ少なかれ同意された議案であるという形で事前協議が存在するからである。実に、婚姻及び離婚に関する法律のための王立委員会の場合、満場一致——それが勧告⁴⁵⁾ から生じるいくつかの、しかもささいな点で立法の見込みをくじいた——にしかならなかったことが同委員会のメンバーの完全な失敗となった。立法が見込まれていた、事前協議についての最近の事例は、同性愛罪に関する委員会報告⁴⁶⁾ に見出される。同委員会は、たった一つの異議があったばかりに、刑法から同意ある成人間の同性愛の慣行をはずすことを支持する報告をした。それまで政府は、弁明として、世論が好意的でないと表明し、その勧告のこの問題に関する法律の導入を拒否してきた。かくて、立法権の行使に関する制限——それが事前協議の要件をはるかに越え、かつ、それは、ともかくある種の立法上の論点の場合、専門的知識による調査すら留意されないこともあるということを示唆する——があるように思えるのだが。

以上のことは、何ら次の主張の妥当性を否定するものでない。すなわ

ち、その主張とは、諮問委員会による通則は、事前協議の義務に法的効力を与えることなく第一次大戦の終り以来、多くの支持を得てきた手段であるということである。この制限には法的な承認はない。しかし、前述したように、助言を求めることを立法行動に先き立つ明示的条件とするのが、今では全く普通のことになっている。⁴⁷⁾ その結果、次のようになる。議会主権が法律を作成若しくは廃止するために発動される前に、通常の過程では、ともかく内部的公行政の施行に関して大臣が適当な諮問委員会から助言をもとめることになる。大臣はまた、彼が協議するために選ぶ代表的性格をもつ多くの他の機関とも、同じように協議に入るかもしれない。これらの協議の結果出てくる法案が議会——議会でのみ法案が法的効力を与えられる——に提出されるとき、その法案は、通常、いくつかの細い点を除いて同意された議案——その手続により影響された大部分の人は、たとえ不承不承であってもそれを受け入れる覚悟ができてい——であることを証明するだろう。これが、一様に、多くの委任立法の真実である。この種の立法——それなくば主権を有する議会は、決して行政領域に拡大されえなかった——の結果権限が移譲される場合、一般的に議会統制を弱めることになった。しかしながら、ここに、次の点を保証するために裁判所は介入できることになる。すなわち、立法権の委任を、規則制定権を創設した法律諸規定の制限内におくという点で。

かくして、立法機関としての法的全能性とは別に、議会の政治的至高性は、ますます非現実的なものになってきた。すべて立法は、衝突する利益の妥協である。実に代議政治は、単独で行動する立法部によってただ不完全になし遂げられているにすぎない。しかし、立法の枠組をつくる前に協議を保証する習律は、政府が重要な政策問題について指示を受けなければならないということの意味するものではない。例えば、次のようなことを認めれば、それは危険な考えである。国家の外交政策が、政府の注文で、いわゆる軍需品をつくる規模は小さいが、強力な商業組織の拒否にあって統制されうるという考えは危険である。大臣による、立法に先立つ私益に

かかる協議は、實際上、政策の基本問題の決定に向けられるよりも、むしろ詳細な事項に向けられている。政府が王立委員会の勧告に注意を払わなかったところで見られたように、必ずしも、権威ある外部の意見が表明されたからといって議会は召集されない。

非主権的立法機関——

ダイシーが著述したとき、彼は、当時の植民地域の憲法と、彼が自治体の機関と呼んだもの——立法について制限的な権限を持つ鉄道会社、学校局、町評議会——を結びつけた。今日、英連邦のどの学生も、1885年に植民地になったニュージーランドの憲法と、ケンブリッジ市の規則を比較しようとはしない、ダイシーは、旧大西部鉄道会社の規則と比較するのが妥当と考えたが。にもかかわらず英連邦内に非主権的な立法部が存在する。しかし、それとイギリスの地方自治法の下にある制定法上の機関との比較は、過去にそうであったように、今日でも有効ではない。自治を得るために何らかの前進を遂げてきたすべての植民地領に存在する植民地領立法部は、その地域の「安寧、秩序、よき統治」のために立法権が与えられている。これらの文言が地方的立法部に十分な立法権を与える。そして、どの植民地の裁判所も、ある制定法を不必要なものとして、あるいは、例えば次のような規定——裁判所が秩序、よき統治に反するとみなす規定——を含んでいるとして無効と宣言できる。立法権は、ただ、憲法そのものに存在する制限のみに服するにすぎない。そうした憲法は、通常、国王が持つ大権から引き出される。しかし、例外的に、大権は主権を有する立法部に取り替わられている。そこでそうした憲法は大権をすでに克服した連合王国議会法の中に含まれている。かくて、植民地における立法部以外の機関への委任を含みつつも、植民地の立法部はどんな法律でも制定できる。もし、植民地の立法部が、その職務を放棄しようとしせず、または、法律に治外法権的な効果を与えようとしないならば（このことは疑しいけれど）、植民地の裁判所は植民地の立法部の法律を権限ゆ越と宣言しないだろう。

しかしながら、植民地の立法権について、一つの重要な制約がある。これは、1865年の植民地法の有効性に関する法律 (the Colonial Laws Validity Act) 第5節の中にある。同節は次のように規定する。すなわち、植民地の諸法律が、当分の間、植民地において効力を有する議会制定法、開封勅許状、枢密院令、あるいは植民地法によってときどき要求されるような作法と形式で可決されるならば、あらゆる植民地の代表議会は、自らの機関の構成、権限、手続を尊重しつつ法律を制定する権限を持つ。制定法上の代表議会の定義をすれば、それは立法部に選挙された過半数の議員が存在するか、あるいは、もし二院制ならば、下院に選挙された過半数の議員が存在する立法部となる。このことは、實際上、立法部で憲法を変更できるのはずっと進んだ植民地領だけであり、かつ、そうする場合、この種の立法のために憲法に規定された手続を遵守しなければならないことを意味する。この手続は、通常、ウェストミンスター議会制定法、あるいはもっと普通には、連合王国における政府の助言を得て女王によって発せられる開封勅許状の中に存在する。もし、前述の方法と形式を遵守することなく、憲法を変更しようとするのが植民地議会によってなされるならば、そうした立法行為は、植民地裁判所によって権限ゆ越として破棄されえよう。

Attorney-General for New South Wales 対 Trethowan 事件⁴⁸⁾ において、枢密院司法委員会は、オーストラリア高等法院の判決を認め、ニューサウス・ウェールズの立法評議会 (the Legislative Council) を廃止することを提案した法案を、無効であると判示した。枢密院は、廃止のために有権者の承認を要求した初期の法律が将来の議会の自由に足かせをはめ無効であるという議論を拒否した。この議論は、もち論、どんな法律を作るせよ廃止するにせよ、議会主権が各々次に続く議会の権利を含むというダイシーの前提を適用しようとしたものであった。しかし、ダイシーは、この理論が従属立法に適用されるとは決して示唆していなかった。それが植民地法の有効性に関する法律第5節に拘束される範囲において、ニ

ュー・サウスウェールズ立法部は非主権的である。この事例は、「法的主権」が自ら法的制約を課しようという前提を例示するものとして、幾人かの著者により批判的に引用されてきた。⁴⁹⁾ しかしながらわれわれは、Trethowan 事件を判示した裁判官の見解に同意できる。すなわち、同事件は、連合王国のどの法律にも関係のない権限ゆ越の原理の適用にすぎない。⁵⁰⁾

この点で、Harper 対 Home Secretary 事件⁵¹⁾ で議論された、議会と高等法院との関係を思い出すことが必要である。すなわち、この事件で、控訴院は、内相に、枢密院令草案を「枢密院に諮問して行動する女王」に提出させないための差止命令を発することを拒否した。Trethowan 事件において、ニュー・サウスウェールズ最高裁判所は、国会の官吏に、総督の同意をもとめる法案を提出させないための差止命令を与えた。枢密院は、差止命令が正しく与えられたかどうかを判示するために召集されなかった。何故なら、同院は、その法案が本質的に無効であるとわかったからである。

1911年の議会法以来、連合王国議会在が、立法の選択的な方式と形式を自ら準備したことがときどき示唆される。他に示唆されるのが、議会法の下での手続は、女王と庶民院に立法権を委任する形式であるということである。議会法そのものは、ただ、通常の立法過程によって修正されうるにすぎない。それ故、いかなる問題もそのような修正の方式と形式について生じない。しかし、ジェニングス (Sir Ivor Jennings) 卿が論じたように、⁵²⁾ 貴族院は有権者の過半数によって明示的に同意された後でなければ廃止されるべきでなく、かつ、当該法律を廃止する法律が同様のレフェレンダムの後でなければ可決されるべきでないと言議会在が規定したならば、有権者の過半数の承認を得ることなしに議会在が廃止法を可決することはありえない。レフェレンダムを要求する法律の真意は、レフェレンダムなきいかなる廃止もありえないという法律を可決することが議会在の意図であったということである。植民地法の有効性に関する法律を連合王国議会在に適

用するということはまじめな議論の対象でない。そして、前述したように、⁵³⁾ 熟練した立案者が議会制定法を固守しうる手段はない。Trethowan 事件は、議会主権の古い理論を論駁するために、また、そうした理論を著者の思い違いと捨てざるために使用できない。イギリスの裁判官はかなり古い専門家の意見——それにつきベーコン (Bacon) の意見がテキストで説明されている⁵⁴⁾——を支持する。もしそうでないならば、それはイギリス法の下での制定法上の法人に付随している。ダイシーは、代議政治と責任政治を持っている植民地の立法部を、鉄道会社のような組織体になぞらえた。そうした組織体は、それらが私的な経営の下で運営された時代でさえ、県評議会のような地方公共団体が持っているのと同様の規則制定権を、限定的であったが持っていた。しかしながら、そうした組織体は、不合理でかつ圧制的な規則を制定し得ず、かつ、してはならない。また、明示的な制定法上の根拠なく、立法権を委任できず、かつ、してはならない。他の言葉で言うと、植民地の立法権は、その範囲内で主権者であるといわれてよいが、他方、規則制定権を持つような地方公共団体、さらには商業法人の立法の妥当性は、裁判所による審査の道が開かれている。前者は絶対的な権限であり、後者は、厳格にその付与された形式によって制限される。

かくて、Hodge 対 The Queen 事件⁵⁵⁾ において、オンタリオ議会が、1877年の地方酒類免許法 (the Local Liquor Licence Act) に関する規則の制定をボード・オブ・コミッショナー (a board of Commissioners) に委任する権限を持つかどうかの問題が生じた。この規則により、その違反を罪としそれに罰則を加えた。そうした権限があると、枢密院司法委員会は判示した。州の立法部 (Provincial legislatures) は、いかなる意味でも、1867年のイギリス領北アメリカ法 (the British North America Act) 下での帝国議会の代表者でないし、また、その指示の下で行為するものでもない。同法は、一定の列挙された論点に関してその州のために立法する独占的な権限を持つオンタリオ議会を創設した。同法は、オンタリ

オ議會に帝国議會からの委任によって、あるいは代理機関として行使されるという意味で権限を与えたのではなく、連邦議會に対する州議會であると規定された制限内で、無条件かつ十分の権限を与えた、帝国議會が十全の権限を持ち、また利用できるように。⁵⁶⁾ かくて、そうした立法部の権限と、いわゆる特別の論点に関して規則を制定する市評議會の権限との間で法的視点からの比較はありえない。市評議會は、法的に、一般に市の財産のよき管理のため立法部として行動する権限は持っていないが、しかし、厳格にみて、議會からの委任によって規則制定権を行使する代表者である。いわんや、商業機関にそうしたことはない。

議會主権と連邦主義⁵⁷⁾——

連邦主義の最も重要な特徴は、「互に同格でかつ独立している諸機関に、制限的な行政、立法、司法各権を配分すること」である。憲法の至高性は、連邦国家の存在にとって基本的である。何故なら、それは、連邦議會あるいは州議會が連合を望みつつも統一でその個性をなくすつもりのない、各州の特殊な要求を充たすあの微妙な権力の分立を破壊もしくは害するのを防ぐからである。

その結果、国家的統一のために連邦政府に権力を付加するという仮定は、ただ、憲法改正という合法的手段によってのみ達成できるにすぎないということになる。それを確保するための規定形式がどんなものであれ、これは実際のところむつかしい。何故なら、それが、必然的に、連邦を形成している諸州の権力を、中央政府に明け渡すという問題につきあたるからである。経験の示すところによれば、連邦国家と各州との間の関係に急激な変化が必要であると連邦国家が感じるとき、連邦政府は、直接的な憲法修正によらず、憲法の明示的あるいは黙示的な条件を直接に侵害することなく、国家的統一の目的を達成するために構想された法律形式で手続をすすめるものである。この例は、1930年代にアメリカ合衆国政府により連邦議會に提出されたニューディール法 (the New Deal Legislation) の中

に見出されよう。連邦政府の行動が、たけり狂った経済的混乱を緩和するために必要であると考えられた。法律によって、国家的規模の貧窮を救うために通商を規制するいろいろな性格の規則が設けられ、失業を減らすために政府の仕事が規定された。憲法の範囲内にとどめるべく努められたこの立法の有効性が、連邦裁判所で争われた。憲法の創始者たちによって厳格に守られるよう要求された州の諸権利を、立法部が侵害したかどうかを判決することが裁判所にもとめられた。こうした問題に答えることがやさしいわけではない。連邦制度の時代に予見されえなかった現代の条件に照らして、異なった時代に読まれるべく構想された比較的簡潔な文書は一体何を意味するのか。この解釈をするにあたって、いくつかの方法があろう。その選択は、個々の裁判官にあり、その結果、裁判所は、ときにある方法に対し、またときには別の方法に好意を示すことになるかもしれない。言葉のあいまいさによって、裁判官が立法者になるようなことがあるかもしれない。また、彼らの独立の地位によって、必ずしも彼らの判決が政治的偏見の影響を免れるものでない。アメリカ合衆国最高裁判所は、九人の判事から構成されるけれども、それがつねに憲法上の争点に全員一致であるとは限らない、判例は、とにかく最近まで、通常、全員一致が、達成されてきたことを示しているにしても。万一、意見が異なる場合には、諸裁判所は、おそらく基本的変化が立法によってなし遂げられることを防止するだろう、それらが、結果的に、かなり暴力的な方法で変化を引き起こし、あるいは少なくとも憲法の修正を強いることになるかもしれないにしても。

裁判官は、ニューディールのようなものを、法的観点に基づく唯一の判断で、アメリカ合衆国、あるいはカナダのいずれかで妨害することができる。そうした職務が、上告審の資格で成立している貴族院に属することはありえない。⁵⁸⁾ 立法——ここにいう立法は、それが個人の財産や市民的諸権利を侵害することにおいて今までアメリカ合衆国やカナダで示唆されたどんなものよりも徹底した内容をもつ——は、裁判所で責任を問えない。何故なら、いかなる裁判所も、理由はどうであれ、議会制定法の規定を無効と宣言

できないからである。議会立法を違憲とするような理論は存在しない。第二次世界大戦に先立つカナダの社会立法プログラムは、連合王国で達成された社会サービスの展開と比較されるほど非常に適切であった。けれども、一連の判決で、それは、1867年のイギリス領北アメリカ法により、連邦カナダに留保された範囲を侵害するものとして無効にされた。国家群の独立メンバーとしてもカナダは、英連邦の構成員として享受することができる権限を否定された。この結果は次の理由から生じた。すなわち、1867年のイギリス領北アメリカ法132節が、連合王国内閣の助言に基づき、大英帝国の一部としてのカナダのために、国王によって締結される諸条約を履行する立法権をカナダ議会に、与えたからであった。同法は次の場合に同様の立法権を規定しなかった。すなわち、その場合とは、国王が、70年後に、国際法上の人格としてカナダを新しい地位におく国際協定を批准するカナダ政府 (Ministers) の条約制定権の行使に関して、助言を受ける場合である。条約作成権の植民地政府への委任は、1867年に考えられていなかった。それは、枢密院司法委員会が、the Attorney-General for Canada 対 Attorney-General for Ontario⁵⁹⁾ 事件において、1935年の産業法 (Industrial Undertakings Act) や同年の最低賃金法 (the Minimum Wages Act) の週休の合憲性を判断するために召集されたとき、数十年つづいていた既成事実であった。カナダ自治領 (the Dominion) と諸州 (the Provinces) の間の立法権の配分は、主題の種類に基いている。「州 (a Province) における財産と市民の権利」は、憲法によって州議会に割り当てられる。憲法改正の方法によるを除いて、もっと進んだ立法能力を、自治領は、その執行的職能の必然的な増加にもかかわらず、国際的な地位の承認よって獲得できなかった。条約義務の履行を含めて、カナダは、あらゆる点で立法できるよう十分に準備されている。しかし、立法権は分与されたままである。真の前進が立法のどの論点——州の範囲内に属する立法は、全体として自治領の行動のために熟しているとみなされるにしても——においてもなし遂げられるのは、自治領と州との間で協力が成立する場合だけであ

る。

この例は、二つの例外を持ちつつも、カナダ自治領のニューディール立法を有効でないと判示した一連の事件⁶⁰⁾から引きうる。それは、連邦憲法において、次のことを示せば足りる。すなわち、(1) 憲法を、変転する政治状況に適応させるのはむつかしい (2) 実際に変更不可能でありがちな憲法の限界内に関することだけは別にして、州の行為に対する国家的行為のための要請がどんなに緊急であっても、連邦政府は、中央集権化政策を採用する自由はない (3) もし、各州がすすんで立法能力の領域を放棄しないならば、統治について議会形式を持っているいかなる連邦国家も、憲法上の手段によって全体主義的国家に不可欠の、あの権力集中を達成することが不可能となる。それが別の状況で達成されうるということは、50年後、明確に、独裁権を維持しているソヴィエト社会主義共和国の展開で証明されている。

次に、連邦国家は、独裁権に対する防波堤を構成するということを論じよう。どの連邦国家も、二重の官僚制が存在する。しかし、それは憲法によって規制される官僚制である。一方が、他方を犠牲にしてその権限を拡大できない。司法的解釈は、連邦もしくは州政府のためにその均衡をくずすかもしれないが、しかし、どちらに転んでも権力の急激な増加は達成できない。他方、そうした状況で、近代文明にとって本質的とみなされる、あの自由の新概念を成就することは困難であるかもしれない。というのは、今日の自由は、経済的平等でないにしても政治的に市民の平等を達成した国々ですら、統治権による社会的経済的な条件の秩序化を含むからである。その権限——連邦国家は、連合王国のような単一政府国家以上にこの権限を達成することが困難であるとわかっているに違いない——の拡大がないならば、必然的に次のような危険性が存在することになる。すなわち、憲法は、憲法上の微細な考慮によっては制限されない力の前で分解してしまうかもしれない。

ダイシーは、単一政府制の下と同じく、連邦制の下で法的主権——その

主権を発見することは困難であり、まして訴訟を起すことはもっと困難であるけれども——が存在したことを示すことに関心があった。彼が行なおうとした比較は、連合王国の議会と、憲法の修正のために複雑な機構を持つアメリカ合衆国の主権との間にあった。しかし、憲法の厳格さは、単一政府国家の等しい特徴であるかもしれない。それを対比する真の理由は、憲法が単純な法律規定によって変えうる国家と、そうした変化を行なうために特別の機構が発動されなければならない国家との間にある。前者の場合、政治的主権がより強力である。何故なら、政治的主権は、当座の政府の政治的性格を決定することにより次のことを保障できるからである。すなわち、急激な変化が立法部の単純な行為によってなし遂げられる。後者の憲法の型の下では、とくに諸州の連邦制度では、いかなる改正も得ることは困難であり、裁判所において憲法問題を提起することになるかもしれない。

主権とウェストミンスター制定法——

連邦制の問題はさて置き、議会主権の法的通則は、英連邦内の諸関係と英連邦各国内の憲法について、ともにもっと困難な争点を提起する。ウェストミンスター議会における女王の統治は、女王が支配するどこでも拡大したというダイシーの叙述は、法でなくなってしまった。ずっと前の1931年に、英連邦のかなり古い構成国が承認を受けた。連合王国からの独立は、第一次世界大戦直後の数年に政治的現実となった。これは、地位の独立を認めた1926年の帝国会議 (the Imperial Conference) が出した有名な宣言で頂点に達した。1931年のウェストミンスター法に、独立——その独立は、もし、特別自治領が法案を明示的に要求しないならば、立法領域において自治領 (the Dominions) (当時こう呼ばれた) のために法律を可決することを慣行的に自制した連合王国議会によって達成された——のために法的効果を与えることがゆだねられた。かくして、カナダはウェストミンスターで議決された (しかしオタワで作成された) 立法形式において、

その変転する憲法に法的効果を得ようとしつづけた。自治領のために立法をもとめる発議権がウェストミンスターから出なくなって久しい。しかし、これは法律によったのではなかった。1967年のイギリス領北アメリカ法は、ただ、ウェストミンスターで修正されうるにすぎないというのが、法律上の必要条件であった。さらに、1865年の植民法の有効性に関する法律は、あらゆる植民地におよんだ。それ故、植民地の立場から、例えば以前に植民地であったカナダ自治領、ステイツ・オブ・オーストラリア等の、自治的立場への変化にかかわらず、すべての植民地が法案——かかる植民地に適用される連合王国の制定法と衝突する法案である——を制定することを禁じた法律の規定の拘束を受けた。立法分野非干渉の習律にもかかわらず、1930年近くですら、憲法上の地位にかかわりなく、国王の領土すべてに適用される多くのウェストミンスター議会法があった。例えば、1833年と1844年の司法委員会法 (the Judicial Committee Acts) は、司法上の訴えに関して立法するすべての自治領議会の能力に制限を加えた。1894年の商船法 (The Merchant Shipping Act) は、すべての大英帝国の船に適用された、植民地の立法部に、その地方で適用される場合の修正権を与えていたけれども。

それ故、ウェストミンスター法の最初の主な規定は、自治領——その当時、カナダ、オーストラリア、ニュージーランド、南アフリカ、アイルランド自由州、⁶¹⁾ ニューファウンドランド⁶²⁾ に制限された——に、植民法の有効性に関する法律を適用することを廃止することであった。この法律は、植民地立法の規定が、そうした植民地におよぶ連合王国議会のいかなる制定法とも矛盾してはならないが、しかしイギリスのコモンローとの不調和は認めた。同法は、連合の下にあるアイルランドには決して適用されず、したがってアイルランド自由州 (当時そうであった) に適用されなかった。同法を廃止するために、1865年以前に代表議会を持っていた植民地の二重の立場に再びもどらないようするための規定が必要であった。そこで、廃止条項は、次のように規定している。

「本法の開始後、自治領議会により作られたいかなる法律またはいかなる法律の規定も、それが、イングランド法（すなわち、コモンロー）、連合王国の既存または将来の法律のすべての規定、ならびにそうした法律の下で作られたいかなる命令、通則もしくは規則と抵触するという理由で、無効にならず、効力を有す。そして、以下の法律等と同じものが自治領の法律の一部となっている限り、自治領議会の権限には、すべてかかる法律、命令、通則もしくは規則を廃止もしくは修正する権限が含まれる。」(S. 2 (2).)

かくして、その款で次のように保証された。すなわち、矛盾する理論は自治領に適用されるべきでなく、かつ、どの自治領議会も、今後、当該自治領の法律の一部となるか、あるいは、なる可能性のある既存もしくは将来のすべてのウェストミンスター議会法を廃止もしくは改正する権限をもつ。自治領議会がこの権限を行使すべき方式に関して何の規定も存在しない。われわれは、すでに、いかにして南アフリカ裁判所が連邦における立法の定義あるいは様式を変えずにその節を解釈してきたかをみてきた。⁶³⁾ ウェストミンスター法自体は、第7, 8, 9節において次のように規定した。同法制定以前のカナダ、オーストラリア、ニュージーランドにおける憲法改正に関する法律は、当分の間、効力を維持すべきである。同節2(2)制定時の議会の意図と1931年後の英連邦において行使される立法的性質の意味について、多くの議論がなされてきた。⁶⁴⁾

Harris 対 Minister of the Interior 事件の判決に先き立ち、英連邦内の法的意見は、事実上、第2節を、自治領——同節は憲法改正に関するいくつかの既存の制約にかかわらず自治領に適用される——を解放するものとみなすことで一致していた。⁶⁵⁾ 南アフリカの判決は、それ自身の管轄権内でのみ拘束力をもつ。

しかし、今日の主権の行使は、ウェストミンスター法に関係するそれら自治領のみならず、ウェストミンスター法第2節(2)における規定と類似する特別の制定法上の規定によって、英連邦のアジアの構成国やガーナにお

いてもウェストミンスター法に基礎付けられる。かくて、各々の事例における意図は、主権を有するウェストミンスター議会の立法権の領域を制限することにあった。これについて、すでにみてきたようにダイシーは、全体的にせよ部分的にせよ、主権の放棄が彼の議会主権の概念と調和することを疑わなかった。彼は次のように論じた。主権は、二つの方法——それ自身の存在に終止符を打ち、かつ後の議会が合法的に召集される何の手段も残さないこと、あるいは、全体的にせよ部分的にせよ主権を新しい主権機関に移譲する方法によって——においてのみ権限を捨てることが出来たと。

主権は相かわらず、将来の立法分野において独立の地位を保証した。これは、次の同法第4節で達せられた。すなわち

「本法の制定後可決されたどの連合王国議会法も、もし、当該自治領が本法の規定を要求しかつその規定に同意したと当該議会法において明確に宣言されないならば、当該自治領の法律の一部として自治領におよばず、もしくはおよぶとみなされない。」

この規定は、連合王国議会の法的主権という通則への挑戦である。何故なら、この規定は、同法第4節を廃止もしくは改正するウェストミンスター議会法の効果は何か、という疑問を提起するからである。次のことが承認されるかもしれない。すなわち、この疑問は学問上のものであり、かつ、議会至高性の行使に関するダイシーの外的制限が、連合王国だけの発議権で何らかのそうした廃止もしくは改正を防ぐだろう。というのは、英連邦の存在が、そうした行為によってこなごなにこわれてしまうのは確かであるからである。

上にみたように、⁶⁶⁾ この点は、**British Coal Corporation 対 The King** 事件⁶⁷⁾ の判決の主題であった。司法委員会は、前任者の制定法を廃止する後の議会権限がアブストラクト・ロー (abstract law) の問題として普及するという、ダイシーによって提示された見解を受け入れた、この権限は実際に行使されえないことを認めなければならぬ。議会がウェストミンス

ター法第4節によって行動することをもとめていたのは、ある既存の習律——それは、事実、他の習律とともに第4節と同じ文言で同法そのものの前置まえおきに列挙されていた——に法的効力を与えることであつた。

政治的方便の問題として、議会在同節を廃止もしくは修正する見込みはない。しかしながら、次のことが注目されるべきである。すなわち自治領諸政府が、ただ一つの事件で、1936年エドワード8世退位に関する立法の必要に直面したとき、カナダ自治領は、本節の規定に従って連合王国議会によって制定された国王退位宣言法 (His Majesty's Declaration of Abdication Act) に一致することを要求し、同意条件とした。法的問題から厳密に言えば、枢密院司法委員会を含む連合王国の裁判所に関するかぎり、ウエストミンスター法が他の議会法と同様の効果を持っているということは否定できない。それ故、議会は、廃止もしくは改正が可能であつた。しかし、長きにわたって確立された憲法習律——例えば、英連邦の他の諸国のために立法することを、ウエストミンスター議会が自制する習律——の継続的な遵守において注目すべきものは何もない。さらに言わず語らずの多くの習律があるというのが、成文憲法型の憲法、とくに英連邦において効力を持つ憲法の特徴である。さらに特に、内閣責任の理論は、エールが1937年に憲法を制定するまで、どのような国家憲法にも規定されなかった。かくて、内閣の職能を果す実際の機構、例えばオーストラリア連邦行政評議会が憲法に規定されているのを除いて、連邦憲法を持つにもかかわらず、カナダやオーストラリアの内閣政治は連合王国と同じく習律に依拠している。そこで英連邦諸国に立法的自律性を与えることに関するかぎり、もし、ウエストミンスター法が憲法章典に等しい文書とみなされるならば、同節によって与えられる立法的自律性を恒久のものにするために、第4節を確立された非干渉の習律の意で読まなければならない。このことは、暗に、以下のことを宣言する同法前書まえがきの説明の中で示されている。すなわち、各構成国議会は王座もしくは国王称号や国王敬称の承継における変更変更に同意すべきであり、そして、ウエストミンスター議会による

立法に関する立場はすでに第4節に規定されている通りであるとするのが、確立された憲法上の立場である。

ウエストミンスター法が、議会は英連邦の他の国家のために立法すべきでないとして規定しなかったことに注意を払うべきである。事実、そうした立法が続いていた。カナダの要求になる第7節は、イギリス領北アメリカ法の修正権を除外した。そして、制限された範囲であるが、カナダ自治領憲法の改正は、今でもウエストミンスターで定められる。⁶⁸⁾ オーストラリア連邦議会も、また政府も、第9節(2)の下で、ステイツ・オブ・オーストラリア——ステイツ・オブ・オーストラリアでは、1931年以前、連合王国議会在従来通り連邦の同意なく法律を制定することができた——の、あの支配分野を侵害するための能力を与えられていない。この款の中に、オーストラリアン・ステイツの権限内の問題について、連合王国議会在立法する際の既存の憲法慣行に関して明確な言及がある。それ故、同款は、厳格な法的问题からみれば、既存の習律に承認を与えている。かくして、以下のことを論じることは可能である。すなわち、オーストラリアン・ステイツの諸憲法が1900年の連邦制度以前に制定された連合王国の法の中に含まれるかぎり、不干渉の憲法習律の遵守を条件にして、その法的主権は連合王国議会在に帰属する。これは、いかなる変化も、特別のステイトの要求がある場合を除いてなされないことを意味する。

1934年に、南アフリカ連邦議会在は、次の第2節によって、連邦の地位に関する法律 (the Status of the Union Act) を制定した。

「連邦議会在は、連邦の内外を問わず主権的立法権を有する。他のいかなる法律に含まれるものであっても、もし、連邦議会在法が次の地域におよばないならば、1931年12月11日以後に可決された連合王国と北アイルランドのいかなる議会在法も、連邦法の部分として連邦におよばず、もしくはおよぶとみなされない。」

本法によって、南アフリカは、一般的な適用のあるウエストミンスター法の節を、連邦法に偏入した。しかし、第2節の最後の言葉は、連合王国

法 (a United Kingdom Act) における自治領の要求と同意の宣言を規定するにすぎないウエストミンスター法第4節をはるかにこえている。南アフリカ法の問題として、その要求と同意が、提案された連合王国議会議法の諸内容について、南アフリカにおける事前もしくは同時の法律制定によって何故、与えられるべきでないのか、という理由はどこにも存在しない、これは実際に見苦しいし、かつ、ウエストミンスター法を構想した人々によって殆んど考えられなかったことであるけれども。他の観点からいえば、連邦法第2節は、ウエストミンスター法第4節を改正した。この観点は、直接、連合王国議会の法的主権と衝突する。というのは、同議会が、同法第4節の下で、連邦議会という代理機関を通してその法的権利を制限したとは仮定しえないからである。連合王国議会の諸法律が南アフリカ法の一部でありうるかぎり、1931年以来、連合王国議会は、連合王国議会の既存かつ将来の法律、つまりウエストミンスター法第2節を改正する権限を持っている、同議会にその権限を与えた法律を変更する権利は、ウエストミンスター法第2節に基礎を置いているように思えるのだが。他方で、南アフリカの裁判所は、次の見解を受け入れた。⁶⁹⁾ すなわち、連邦議会がそれ自身の領域で主権を持ち、かつ、議会にこの憲法を与えた1909年の南アフリカ法の改正権は本法に由来するのであって、ウエストミンスター法第2節に由来するものでない。

以下のことを誰も疑うことはできない。南アフリカ連邦自律の主張は広まらなければならない、そして、もし、ウエストミンスター法第4節の将来の改正もしくは廃止の問題が、不干渉という憲法習律によって制限されるとみなされるならば、この主張を受け入れることはもっと容易である。

たとえば、ウエストミンスター法が、英連邦の4つの既存の国家、すなわち、カナダ、オーストラリア、ニュージーランド、南アフリカにのみに適用されるにしても、同法第4節の効果を書き写している諸規定が、法律——その法律は英連邦内の独立の地位をインド、パキスタン、セイロン、ガーナ、マライ連邦に与える——の中に見出される。同様に、法的意味では決

して植民地でなかったインド、パキスタン、マライの場合を除いて、植民地法の有効性に関する法律は、これらの国ぐにが独立を装う以前にこれらに適用することを取消した。

ウェストミンスター法は、また、植民地地域の完全な主権的地位を減じたコモンロー支配を変更した。この支配は、植民地地域への植民地立法の適用を限定する趣旨であったので、植民地が自治的地位を獲得して以来、つねに論争の種となった。第3節によってウェストミンスター法は、次の宣言をした。すなわち、その支配は、もはや何ら自治領議会——それ以後、自治領議会は、治外法権上の作用を有する法律をつくる完全な権限を持った——に適用されないと。同節は、カナダ自治領あるいはステエイツ・オブ・オーストラリア、または既存の植民地に適用されない。そして、それは、1931年以来創設されたすべての英連邦国家に、明示の規定によって適用される。

1911年の議会法に関するダイシーの見解——

1914年の第8版の序文——それは著者が書いた最後のものではあった——の中で、彼は、議会主権に関して1911年の議会法 (the Parliament Act) の効果を論じた。この結論によれば、主権は依然として国王と二院の中にあるが、しかし、同法は、庶民院が持つ主権の杵を大いに拵げたというものであった。われわれは、貴族院に拒否される立法に関して、庶民院の権限が1914年以来ますます増大したことをみた。すなわち、1949年の議会法は、財政法案以外の法案の場合、同一の法案が二連続会期内に庶民院を通過するという条件で、貴族院の未決期間を12ヶ月以内に減じた。しかし、1911年法と同様、貴族院の同意がないならば、国王の同意を受け得ることになっている財政法案に関しては、何の変更も加えられなかった。次のことも注目されるべきである。すなわち、たった三議案——それらのすべては非財政法案であった——だけが、1911年の議会法制定以来、47年という長きにわたって議会諸法の諸規定の下で法律になった。1945—1951年の労

働党政府の6年の間に、ただ一つの議案、すなわち、1949年の議会法になった議案のみが、貴族院の同意なく制定されなければならなかったということをとくに注目すべきである。このことは、下院で過半数を有する大野党が次のように信じたことを意味する。すなわち、貴族院がある点で庶民院に譲歩すべきであるとする習律は、議会諸法にかんがみ、まず拒否なしに従う義務のあるものと解釈できると。

議会その他において、1958年の一代貴族爵位法 (the Life Peerages Act) の制定に先き立つ討論は、どの政党にも第二院を完全に省くことについて、明確な政策のないことを示している。⁷⁰⁾ 労働党には、世襲の原理は廃止されるべきとする明確な見解があり、そして、同法への反対論は、ともかくも議員の内の過半数という世襲的性格を変更することなしに、一代貴族の解釈を変えるのは正しくないという考えに大いに依存していた。その議案を導く際に政府によって用いられた議論は、終身貴族の指名権が労働党をしてもっと適切に貴族院において代表されることを可能にするだろうということであった。その反対者にたいするこの奇妙な政府の関心は、次のことを承認することによって説明される。貴族院は、修正議会として重要な任務を遂行する。修正は、もし議論が両院で比較考量されるときにもっと効果的になる。これに関して議会主権は、法律の変更——裁判所で争うことができない——のような重要任務については、庶民院の委員会手続により与えられるのと同様に、注意深い第二院の審議が優先すべきであるということにかかわっている。ひとたび主権を有する議会が法律をつくれれば、廃止法もしくは改正法以外に法律を変えることができない。かくして、すべての立法は、その制定に先き立ち議会両院で適切な審議を行なうことを保証することが大切である。これは、討議打ち切り、もしくは他の討議終結の形式によって、庶民院の討議が省略されがちであるときに、とくに必要である。これはもち論、強い第二院のための唯一つの議論でない。連邦国家の上院は、通常、その構成国間の意見の絶対的平等を維持するという観点で組織され、他方、下院は、各々の国で異なる人口を反

映する。そうした連邦国家の場合、中央議会は主権をもっていない。何故なら、中央議会に多くの権限を与えると、同議会が構成国の同意なくそれらの国の立法権を縮小することができるからである。

二つの議会法が、たった数カ月間しか使用できない未決拒否 (a suspensive veto) の立法を拒絶する貴族院の能力をせばめた。1945年から1951年の労働党政府の支配のときに、貴族院が採択した政策こそ、庶民院をしてその優越性を主張することを不必要にしたものであった。⁷¹⁾ 第一次大戦によって、庶民院において過半数を有する自由党と貴族院の間の衝突が多少なりとも緩和された1914年以来、貴族院と政府が衝突しているようにみえたのは、実際、6年間にすぎなかった。議案を議会に提出するときの、貴族院による拒否という恐怖が、アトリー (Mr. Attlee) 氏 (彼は当時 Mr. であった) とその同僚に大いにあったかもしれない。しかしながら、そうしたことがあったという直接の証拠は殆んどない。在野党貴族 (the Opposition Peers) は、彼らの圧倒的な数字上の優越にもかかわらず、次のことを承認する心づもりが出来ていた。すなわち、第二次大戦後に議会へ提出された立法計画にたいして政府は有権者の支持をえている。1947年の議会法案の意外な導入まで、労働党政府によってすすめられるどの法案についても拒否の問題は何もなかったというのが、事実のようである。貴族院には庶民院によって可決された法律を拒絶する資格はないという通則を貴族院が自然に受け入れるかぎり、ダイシーの結論——議会法は大いに庶民院の持つ主権の枠を拡大したという——の妥当性を主張することは困難である。しかし、両院間の関係が変わったと論ずることは可能である。貴族院は、自らを不承不承、庶民院と衝突する危険にさらし、そしてしぶしぶ、議会手続を発動することを示してきた。同院は、その重おもしろい権限を使用することによって自らの無力を強調するよりも、むしろその立法的意志を強いる庶民院の多数の権利を受け入れてきた。これらの権限の価値は、それらを使用しないことによりおそらく増大している。もし、庶民院において多数を用いる将来の政府が、ものすごい数の有権者の要求に明

らかに反するならば、未決拒否を行使するのにきわめて短い現在の期間ですら、不人気の法律の運用を防ぐに十分であろう。われわれが、革命的变化がヨーロッパ大陸で容易にもたらされてきたと考えて、上院に関係なく立法する庶民院の絶対的な権利を承認するならば、それは、実際、無分別と言うものだろう。

未 完

(翻訳担当部分は <松本> 原著V—Vii の A. V. Dicey の Preface 及び Introduction の XiX—liX まで。<宮本> 原著 iX—Xii の E. C. S. Wade の Preface 及び Introduction の liX—XCvi までである。なお原文 (3) The Sovereignty of Parliament の XXXiv—lix の部分については今回は省略し、次回において掲載する。)