

憲法71条の立憲的含意

——イギリス憲法との比較を通じて

成 澤 孝 人*

目 次

はじめに

第一章 日英の「暫定内閣」の比較

1 憲法71条の構造

2 イギリスの暫定 (caretaker) 内閣との比較

第二章 イギリス憲法における首相任命

1 国王大権とその統制

2 ハング・パラメントにおける首相任命

第三章 憲法71条の立憲的含意

1 問 題

2 日本国憲法71条と内閣総理大臣の任命

3 最後のどんでん返し

おわりに

はじめに

憲法70条は、「内閣総理大臣が欠けたとき、又は衆議院議員総選挙の後に初めて国会の召集があつたときは、内閣は、総辞職をしなければならない」、71条は「前二条の場合には、内閣は、あらたに内閣総理大臣が任命されるまで引き続きその職務を行ふ」と規定する。内閣総理大臣を欠いた内閣が総辞職しなければならないのは当然として、問題は、もう一つの類型である。内閣は、衆議院議員総選挙の後の国会召集で総辞職し、内閣総理大臣

* なりさわ・たかと 信州大学経法学部教授

が任命されるまで、総辞職内閣が職務をおこなうというが、この期間は、「行政の空白期間を作らない」ための期間¹⁾としては相当に短いのではないか²⁾。もちろん、その目的を否定するわけではない。しかし、総辞職内閣の目的はほかにもあるのではないか³⁾。これが、本稿で明らかにしたいことである。

第一章 日英の「暫定内閣」の比較

1 憲法71条の構造

まず、条文の構造を確認しよう。69条では、内閣不信任案が可決されるか、信任案が否決される時に、内閣が解散を選択しない場合には、内閣は総辞職をし、71条が適用されることとなる。解散が選択されたときには、衆議院議員総選挙となり、70条をいったん経由して71条の問題となる。

70条での総辞職は、まず、内閣総理大臣が欠けたときである。これには、死亡した場合だけでなく、自発的辞任も含まれる⁴⁾。次に、「衆議院議員総

-
- 1) 岡田信弘は「行政事務の継続性の確保の観点からいって当然のこと」と述べる。杉原泰雄編集代表『新版 体系憲法辞典』（青林書院、2008）703頁。
 - 2) 参議院のHPに、「衆参選挙、国会回次、歴代内閣対応表」があり、内閣総辞職および内閣成立の日が記されている。https://www.sangiin.go.jp/japanese/san60/s60_shiryuu/naikaku_kokkai.htm これをみると、戦後すぐの芦田内閣成立の際に29日、1980年の鈴木内閣成立の際に35日の総辞職内閣があった。前者は、戦後すぐの多党制を背景にしており、後者は、大平首相が、選挙戦の最中に亡くなったことによるもので、いずれも例外的状況である。1979年の第二次大平内閣の際に、10日かかっているのは、自民党の党内抗争が原因である。55年体制成立後は、総辞職内閣の日数は最長で5日、特に、1964年の第三次池田内閣以降、非自民・非共産連立内閣が成立した1993年までは0日または1日である。1993年から94年にかけての連立の組み換え時は、3日～5日かかっているが、2008年以降は、野田内閣成立の際に3日かかっているほかは、すべて、0日である。
 - 3) 71条の内閣について、首相官邸のHPによる内閣制度の説明では、「職務執行内閣」と記されている。https://www.kantei.go.jp/jp/seido/seido_2_1.html 本稿では、職務執行の方ではなく、総辞職後も職務をおこなうという点に注目して、総辞職内閣と表記する。総辞職内閣とする見解として、例えば、樋口陽一、佐藤幸治、中村睦夫、浦部法徳『註解法律学全集③ 憲法Ⅲ [第41条～第75条]』（青林書院、1998）230～231頁〔中村睦夫執筆〕。
 - 4) 自発的辞任を70条に含めないという少数説もあるが、実際上の差異は生じない。木下智

選挙の後に初めて国会が召集されたとき」である。

こうみると、71条の「前二条の場合」（69条および70条）は、両条にまたがって二つの類型があることになる。

まず、総選挙によらず内閣総理大臣が交代する場合である（類型Ⅰ）。この類型には、a 69条での総辞職、b 死亡などで「内閣総理大臣が欠けた」場合、また、c 個人的な意思で辞任する場合がある。

次に、総選挙後の総辞職である（類型Ⅱ）。類型Ⅱの内閣は、総選挙を戦った後、内閣総理大臣の指名のための国会が召集されたときに総辞職する。

類型Ⅰについて検討する。日本国憲法下においてこれまで不信任案が通過したときには、内閣はすべてのケースで解散を選択しており（1948年吉田内閣、1953年吉田内閣、1980年大平内閣、1993年宮澤内閣）、Ⅰ a の事例は確認できない。

Ⅰ b については、2000年の小渕内閣の事例がある。4月2日、小渕首相が脳梗塞で倒れた後、青木幹雄官房長官が首相臨時代理となった。小渕内閣は、4月4日に総辞職をおこなう。翌4月5日、自民党は両院議員総会で森喜朗を総裁に選出し、その日の午後国会において森が内閣総理大臣に指名された⁵⁾。

また、Ⅰ c については、イギリスでもみられるように、現実政治の中で、政権を担う同一政党において党首を変更することで内閣総理大臣が交代する事例がある。日本においては、政権を長らく担ってきた自由民主党の総裁に任期があり、総裁選が内閣総理大臣の交代につながってきた。たとえば、総裁選予備選で敗北し、総裁選に出馬しなかった事例（1978年の福田赳夫）、政治的理由で出馬できなかった事例（2021年の菅義偉）がある。さらに、

史、只野雅人『新・コメンタール 憲法（第2版）』（有斐閣、2019）589頁。

5) 同上、590頁。このプロセスの事実関係およびその問題点については、鈴木宜則「森喜朗内閣の成立過程再考——日本政治の民主化・透明化のために」鹿児島大学教育学部研究紀要。人文・社会科学編53巻（2002）61-73頁参照。もう一件の事例である1980年の大平内閣について、樋口ほか・前掲（3）227頁。また、このときの総辞職内閣について、前掲注2。

病気などを理由に総裁を辞任すること(2020年の安倍晋三)、参議院選挙敗北の責任をとって総裁を辞任すること(1998年の橋本龍太郎)もある。これらの場合には、総裁選を終えた後、内閣は総辞職をして、新たな内閣総理大臣の任命を待つことになる。

類型Ⅱについて、イギリス憲法との決定的な違いは、内閣総理大臣の選定について、日本では国会による指名が憲法上必須である点である(憲法67条)。他方で、総選挙の結果として下院(英国:庶民院/日本:衆議院)で多数の議席を得た勢力が首相人事を左右し、最終的に国王/天皇が任命するという構造には機能的な類似がみられる(憲法6条)。

総辞職内閣は、内閣は総辞職したけれども、そのために行政の空白期間があってはならないという理由で存続する。総辞職内閣がなしうる業務について、法的には内閣が可能な業務はすべてできるという学説と法的にも限界があるという学説の対立がある⁶⁾。ただ、「法的か政治的かを別にすれば、議院内閣制の論理から総辞職内閣は基本的に日常的事務の処理を職務とすべきであるとする点で、上記見解の間での理解に相違があるわけではない⁷⁾。

2 イギリスの暫定(caretaker)内閣との比較

総辞職内閣が、「行政の継続」のための仕組みであるとすれば、イギリスにも同様の仕組みがある。それが、暫定(caretaker)政府または暫定習律と呼ばれるものである。

イギリスの憲法の仕組みを文書化した内閣執務提要(キャビネット・マニュアル)パラグラフ2.27は、次のように規定する。

「総選挙の直前の期間、総選挙の直後でその結果が明らかでない期間及

6) 非限界説は、佐藤功『ポケット注釈全書 憲法(下)〔新版〕(有斐閣、1984)866-867頁。限界説は、宮沢俊義(芦部信喜補訂)『全訂日本国憲法』(日本評論社、1978)549頁。

7) 芹沢斉・市川正人・阪口正二郎編『新基本法コメンタール 憲法』(日本評論社、2011)382-383頁〔今関源成執筆〕。

び信任に関する表決により信任を失った後の期間は、引き続き政府は統治の責任を負い、大臣は自らの省庁に責任を負うが、習律により、継続的又は長期的な性格の新たな措置を開始することについて慎重さを保つことが求められる。これらの三つの状況においては、必要不可欠な業務の継続が認められなければならない⁸⁾

イギリスでは、i 総選挙の直前の期間、ii 総選挙の直後でその結果が明らかでない期間、iii 不信任の決議を受けた後の期間について、現職内閣は引き続き職務を担い、必要不可欠な業務を継続するが、継続的・長期的な政策を開始すべきではないというのである（以下、暫定原理 i～iii と表記⁹⁾）。

それでは、イギリスでいう暫定内閣と憲法71条の総辞職内閣との類似性について検討しよう。

暫定原理 iii の不信任の決議を受けた後の期間は、不信任決議が可決された場合に衆議院が解散されない場合（類型 I a）と一致する。日本の場合には、不信任が可決した場合、解散を選択しない限り、義務的に総辞職をし、次の内閣総理大臣が任命されるまでの間、総辞職内閣が業務を行う。イギリスの場合には、総辞職は義務ではなく、自らが辞めると決めるまでは、その職にとどまるのであり、そのため、暫定原理が適用されるのである¹⁰⁾。下院で支持を受けていない内閣には正当性がないというのが暫定原理の核心

8) Cabinet Office, *The Cabinet Manual: A guide to laws, conventions and rules on the operation of government* (2011), p. 17, <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a79d5d7e5274a18ba50f2b6/cabinet-manual.pdf>. (邦訳：国立国会図書館調査及び立法考査局『英国の内閣執務提要』2013、49頁、https://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_8091534_po_201204.pdf?contentNo=1). 訳については邦訳を参照したが、従っていない箇所もある。内閣執務提要について、邦訳における高安健将による解説「『内閣執務提要』と英国政治」及び田中嘉彦「英国における内閣の機能と補佐機構」レファレンス731号（2011）136-141頁を参照。

9) 本文では、日本の総辞職内閣との比較のために、あえて暫定内閣というとらえ方をしたが、この点については争いがある。後掲注12を参照。内閣執務提要においては、暫定 (caretaker) ではなく、「政府の活動の制限」と表現されている。

10) Cabinet Office, *supra* note 8, para 2.8.

であるので、議院内閣制を採用する日英でこの点で一致するのは当然ともいえる。

内閣総理大臣が欠けた場合(類型I b・c)について、内閣執務提要は、暫定として扱っていない。しかし、有力な学説には、特に党首交代による首相交代については、暫定原理が適用されるべきという議論がある¹¹⁾。

暫定期間*i*については、一見、不一致である。日本国憲法では、内閣は総選挙中も正式に存在する点で、イギリスとは異なる。イギリスでは、総選挙の直前から新しい政権が生み出されるまでの間、暫定原理が適用されると考えられているのである。

総選挙に際して内閣の活動に限定を課すのは、以前から、*purdah* (“veil/curtain”由来の比喩で、選挙前の政府自制期間を指す)という憲法習律として考えられてきた¹²⁾。

この点、日本の総辞職内閣は、内閣総理大臣の任命のための国会召集があったときから内閣総理大臣任命までの間の話であり、イギリスの憲法習律として語られてきた *purdah* とは異なる。しかし、内閣総理大臣は国会議員であることが要件であるから、総選挙によって国会議員の資格を失っているはずであり、憲法70条がなければ、内閣は存続しえないように思われる¹³⁾。そう考えると、日本でも、総辞職内閣とは別に、憲法70条から暫

11) この議論に大きな影響を与えている Constitution Unit のヘイゼルは、退陣表明から党首選を経て次の党首＝首相が決まるまでの間を暫定期間ととらえるよう提言する。Robert Hazell, 'Must a caretaker government be a zombie government?', The Constitution Unit Blog, <https://constitution-unit.com/2022/09/26/must-a-caretaker-government-be-a-zombie-government/>.

12) 下院の司法委員会は、総選挙後の内閣の活動の制限(本文での暫定原理*i*)を、それまでの *purdah* ではなく暫定として捉えることは適切だとする。House of Commons Justice Committee, *Constitutional processes following a general election*, HC 396 (2009-10), para 13. それに対して、政治・憲法改革委員会は、*purdah* は選挙期間中の制限であり暫定はそれ以外の制限であるので、両者を暫定という概念でまとめるのは混乱を招くと指摘している。House of Commons Political and Constitutional Reform Committee, *Lessons from the Process of Government Formation after the 2010 General Election*, HC 528 (2010-11), para 63.

13) 佐藤・前掲(6) 827頁。なお、本文の議論は、内閣総理大臣が衆議院議員である場合を

定原理 i を導き出すことは可能なのかもしれない。

以上のように、イギリスの暫定原理と日本の総辞職内閣の制度には、類似性がある。その中でも本稿が目にするのは、憲法71条の類型Ⅱ（総選挙後の総辞職）と内閣執務提要の暫定期間 ii（総選挙の直後でその結果が明らかでない期間）との類似性である。両者は、どちらも総選挙後における内閣に対する行動制約である点において共通している。

イギリス憲法の暫定期間 ii（総選挙の直後でその結果が明らかでない期間）とは、どういう状態を指しているのだろうか。執務提要のパラグラフ2.30をみると、暫定原理 ii が、どこの政党も過半数を得ることができないハング・パーラメントのことを指しているということがわかる¹⁴⁾。

ここで結論を先取りする形で問題を提示しよう。本稿でわたしが明らかにしたいことは、イギリス憲法のハング・パーラメントにおける首相任命のプロセスと日本国憲法における天皇による任命プロセスに共通する特徴である。それは、単に「行政の空白期間を埋める」という目的とは異なる、憲法原理から導かれる共通性である可能性がある。

したがって、次章において、イギリスにおける内閣の形成プロセス、特に内閣の中心たる内閣総理大臣の任命過程について検討する。

第二章 イギリス憲法における首相任命

1 国王大権とその統制¹⁵⁾

(1) 問題の所在

イギリスの統治構造における中心的な存在である内閣総理大臣＝首相（以

前提とする。

14) パラグラフ2.30は、「総選挙の直後、単独過半数を得〔た政党が〕ない場合」に制限がかかることを規定する。制限が終了するのは、「新首相が国王により任命された時または政府が庶民院の信任を得られることが庶民院において確認された時のいずれか」である。Cabinet Office, *supra* note 8, para 2.30.

15) イギリス憲法における国王大権について、岩切大地「大権の改革——「憲法改革議会」

下、イギリスの文脈では首相と表記する)を選定する権限を有しているのは、現在でも国王である¹⁶⁾。

法的な説明をするとこうなる。17世紀の革命によって、コモン・ローに優位する国王大権は否定されたが、コモン・ローの下での国王大権は承認された。成文憲法をもたないイギリスにおいて、王冠(crown)は、国家概念の代わりに使用されてきた。この王冠に国王大権が付着しているのである¹⁷⁾。

国王大権は、大臣が国王の名前で行使するものが大半であるが、例外的に、国王自身が行使するものがあるとされている。これを個人的大権(personal prerogative: 国王が自ら行使する大権)という。この個人的大権として、首相の任命、議会の解散、立法に対する裁可(royal assent)が挙げられる¹⁸⁾。

もちろん、これらの権限は、全く自由に使えるわけではない。イギリス憲法においては、憲法習律という規範があり、国王は習律に従わなければならない。しかし、たとえば、解散の後、総選挙で過半数の議席を失った首相がさらに解散を要請するような権限の濫用に対して、国王が、その要請を拒否し得ると考えられているのである¹⁹⁾。

国王の立憲的な権限行使の可能性は、本稿の関心の外にある。わたしは、イギリス憲法の本質は、国王大権を国会によって民主的にコントロールしてきたところにあると考えている。この視点からすれば、首相任命の国王大権を国会が奪ってきた歴史こそが重要である。本稿の問題関心は、首相任命について、国王大権の裁量的行使の可能性が残っていること、これで

——倉持孝司、松井幸夫、元山健編『憲法の現代化——ウェストミンスター型憲法の変動——』(敬文堂、2016) 234-236頁。

16) Alison L. Young, *Turpin & Tomkins' British Government and the Constitution* (Cambridge U. P., 2021), p. 458.

17) A W Bradley, K D Ewing and C J S Knight, *Constitutional and Administrative Law*, 18th ed. (Pearson, 2022), ch. 10, esp. pp. 272 and 288.

18) Robert Blackburn, 'Monarchy and the Personal Prerogatives' [2004] PL 546, p. 548.

19) イギリス憲法における解散権について、柴田竜太郎『議会議散権の研究——「政府の創出」と議院内閣制』(弘文堂、2026) 第2章を参照。

ある²⁰⁾。

(2) 憲法習律の形成

① 二大政党制成立以前

議院内閣制は、18世紀を通じて、ゆっくりと形成されてきた²¹⁾。この歴史的展開における要の役職が首相（当時は第一大蔵卿）であることは、言うまでもない。「最初の首相」と言われているウォルポールがその典型であるように、国王は、庶民院での支持を獲得し得る人物を首相として任命していた²²⁾。

19世紀前半には、首相と閣僚から構成される内閣が国会に責任を負う統治制度が確立する。しかし、1832年の選挙権拡大後も、国王の首相任命権は残される。ビクトリア女王は、長老政治家の助言を得て、首相を任命していた²³⁾。

しかし、この時代においても、庶民院の支持を失ったことが明らかな場合には、首相は退陣せざるを得なかった。19世紀半ばは、組織的な全国政党が確立しておらず、国会議員が相対的に自律していた時代であった。したがって、国王が選任した首相による内閣の提案が、庶民院における投票で敗れるということは、おおいにありえたのである²⁴⁾。

② 二大政党制による憲法習律の形成

A 政権交代による首相交代

この状況が劇的に変化したのは、1867年の選挙権拡大を契機として、自由党・保守党による全国的政党組織の形成が進み、有権者の支持を求める

20) この問題については、以前、簡単に検討したことがある。成澤孝人「イギリス型議院内閣制の憲法的基盤と連立内閣」倉持孝司ほか編・前掲（15）168-172頁。

21) 同上、163-164頁。

22) John P. Mackintosh, *The British Cabinet*, 3rd ed. (Stevens & Sons Ltd, 1977), pp. 56-57.

23) 君塚直隆『イギリス二大政党制への道』（有斐閣、1998）3-4章。

24) Mackintosh, *supra* note 22, p. 80.

という状況に至ったことである。こうなると、個々の議員の自律は失われ、政党の一員であることが候補者の当落を左右することとなる²⁵⁾。

このような背景において、1868年に憲法上重要な事件が起きる。11月に行われた総選挙で、グラッドストーン率いる自由党に100議席以上の差をつけられて敗北したディズレーリ首相が、女王演説を待たずに辞任したのである。首相の席が空いたので、ビクトリアは、グラッドストーンを呼び、組閣を要請したのである²⁶⁾。

1874年の選挙で敗北したグラッドストーンも、ディズレーリと同様に、女王演説を待たずに辞任した²⁷⁾。こうして、現職首相は、庶民院議員総選挙において自党が敗れた場合には辞任し、国王は、過半数の議席を獲得した野党の党首を呼んで組閣させるという憲法習律が成立するのである²⁸⁾。

B 同一政党において党首が変わる場合

19世紀までは、内閣が重要法案で敗れるなどした場合に総辞職をし、野党の党首が暫定内閣を作り、その内閣のもとで解散が行われるという慣行があった²⁹⁾。

しかし、国会を通じた政党政治が確立すると、明確な不信任決議が可決された場合(過去の二例〔1924年2月・1979年〕では、いずれも解散が選択された)は別として、内閣は、野党に政権を渡すことなく、党首を変えて政権を維持するようになる。ウィルソンからキャラハン、サッチャーからメージャー、ブレアからブラウン、キャメロンからメイ、メイからジョンソン、ジョンソンからトラス、スナクという風に、イギリスでは党首を交代させ

25) 君塚・前掲(23)159-161頁。

26) 同上、162頁。

27) 同上、164-165頁。

28) A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. (London: Macmillan, 1915), pp. 420-421 (邦訳: A・V・ダイシー『憲法序説』伊藤正己=田島裕共訳(学陽書房、1983)399-400頁)。

29) Ivor Jennings, *Cabinet Government*, 3rd ed. (Cambridge University Press, 1959), p. 32.

て、政権を維持するということが行われてきた³⁰⁾。

この場合、首相の辞任表明があり、その後、党首選挙がおこなわれ、その結果をまって、首相が辞任し、次の党首が国王に招かれて首相に任命される、という流れになる³¹⁾。

③ 小 括

以上のように、イギリス憲法においては、首相の任命権が国王の個人裁量の大権であることを前提に、二大政党制の成立によって、国王の首相任命権が実質的に形式化されたのである。

しかし、現在においてもなお、国王の首相任命権が問題になりうる局面がある。それが、ハング・パーラメントにおける首相任命という問題である。

2 ハング・パーラメントにおける首相任命

(1) ハング・パーラメントとイギリス憲法

以上のように、イギリスでは、国王大権としての首相任命権が、19世紀後半の二大政党制の成立によって形式化されたのである。したがって、ハング・パーラメントという形で二大政党制が崩れるならば、（もちろん、誰を選んでもよいというわけではないが）、国王の首相任命における裁量権が復活してしまうのである。たとえば、野党第一党であった A 党が300議席、政権党である B 党が200議席、C 党が150議席を獲得したとする。この場合、国王は、誰に組閣を命じればよいのだろうか。

考慮しなければならないのは、国王は、政治的に中立でなければならないということである。

この点、20世紀に入っても、国王が政治に介入することは続いていた。有名なのは、1931年の危機で、労働党党首マクドナルドが総辞職をするつも

30) Rodney Brazier, *Choosing a Prime Minister; The Transfer of Power in Britain* (Oxford U. P., 2020), pp. 113-129.

31) *Ibid.*, p. 128.

りで宮廷に向かったところ、ジョージ五世が、保守党・自由党との挙国一致内閣の形成を促した事例である³²⁾。

また、保守党で党首選が行われるようになる前のことであるが、1957年にイーデンからマクミランに、1963年にマクミランからダグラス＝ヒュームに、党首および首相が変わった際、エリザベス女王は一定の関与をしている³³⁾。

しかし、時代は変わった。現在では、王政の維持のためにも、国王は政党政治に一切関与してはならないという議論が支配的である³⁴⁾。ましてや、首相の任命という民主主義の根幹にかかわる事柄に国王の裁量が働くようなことがあれば、立憲君主制の基盤が揺らぐだろう。

したがって、ハング・パーラメントにおける首相選定は、国王が政治に関与したように受け取られない形で行われなければならない。そのためには、以下の問題を片付けなければならない。

- ① ハング・パーラメントにおいて、国王は誰に組閣を命ずるべきなのか。
- ② 選挙で比較第二党となった現職首相は、政権維持に失敗した場合、いつ辞任すべきなのか。

(2) 先例の検討

政党政治成立後、これまで、ハング・パーラメントが深刻な問題となったのは、以下の5つの事例である³⁵⁾。まず、20世紀の3例を検討しよう。

1923年、保守党政権の下でおこなわれた総選挙の結果は、保守党258議席、労働党191議席、自由党158議席であった。ポールドウィンは、直ちには辞

32) Rodney Brazier, *Constitutional Practice; The Foundations of British Government*, 3rd ed. (Oxford U. P., 1999), pp. 20-21.

33) Brazier, *supra* note 30, pp. 92-95.

34) Cabinet Office, *supra* note 8, para 2.9; House of Commons Justice Committee, *supra* note 12, para 19.

35) 1910年の二回の選挙もハング・パーラメントであったが、政府の形成に支障はなかった。Brazier, *supra* note 30, p. 145.

職せず、国王演説への返答において不信任をつきつけられ辞職した。国王は、労働党に組閣を命じ、労働党の少数内閣が成立した³⁶⁾。

1929年もボールドウィン内閣であり、結果は、労働党288議席、保守党260議席、自由党59議席であった。ボールドウィンは、すぐに辞任し、労働党の少数内閣となった³⁷⁾。

1974年2月の選挙は、保守党ヒース内閣の下で行われ、結果は、労働党301議席、保守党297議席、自由党14議席であった。ヒースは、すぐには辞任せず、自由党との連立政権を模索する。しかし、自由党は連立を断つたため、ヒースは退陣し、労働党の少数内閣となった³⁸⁾。

以上のように、20世紀の例では、政権が比較第二党となった場合、すぐ辞任する場合（1929年）としない場合（1974年）のどちらのケースもあったということになる。また、比較第一党のまま政権を維持しても、女王演説への返答の議決で支持を得られず、政権を失うことがあった（1923年）。

1979年-1997年の保守党政権、1997年-2010年の労働党政権と、比較的長期にわたる二大政党制の時代を経て、イギリス政治は、多党制の状況にいたり、2010年のハング・パラメントになる。結果は、保守党が306議席、労働党が258議席、自由民主党が57議席、その他が29議席であった。詳しい検討は後ほど行うことにする³⁹⁾。

最後に、2017年のメイ内閣の総選挙である。メイはブレグジットを円滑に進めるため、議席を増やすことを目論んだのであるが、逆の結果になってしまった。結果は、保守党317議席、労働党262議席、スコットランド国民党35議席、自由民主党12議席、民主的統一党10議席であった。ハング・パラメントにおいて、現職内閣が比較第一党を獲得した1923年のボール

36) *Ibid.*, pp. 145-146.

37) *Ibid.*, p. 147.

38) *Ibid.*, pp. 147-148.

39) ボグドナーは、2010年の総選挙の結果を題材に、ハング・パラメントと連立内閣の可能性がイギリス憲法に与えるさまざまな変化について分析する。Vernon Bogdanor, *The Coalition and the Constitution* (Hart Publishing, 2011).

ドウィン内閣と同じ類型である。メイは、ポールドウィンにならって女王演説まで辞任せず、彼とは異なり演説への返答においても信任されたので、政権を維持することができたのである（民主統一党の閣外協力⁴⁰⁾。

(3) 2010年のハング・パーラメント

2010年のハング・パーラメントにおいて、上記(1)①、②が問われた。すなわち、過半数の議席を獲得できなかっただけでなく、比較第二党に甘んじてしまった現職首相がどうふるまうべきかが、ここでの問題である。

自由民主党は、選挙の結果を受けて、最も多くの議席を獲得した政党が政権樹立を試みることができると主張した⁴¹⁾。しかし、日本のように、一度、内閣が総辞職し、改めて首相を選定する憲法構造であればともかく、イギリスでは、現職首相と内閣がその地位にとどまっている。もちろん、国王は、首相を罷免できない⁴²⁾。したがって、現職首相が辞任をしなければ新首相を任命する余地はないのである。

しかし、ハング・パーラメントにおいて、現職首相が直ちに辞任をしてしまえば、国王の政治的中立性の要請にこたえられなくなる。ハング・パーラメントにおいて、政権が成立する可能性は、①連立内閣、②閣外協力を得た少数内閣、③閣外協力を得ない少数内閣、の三つのパターンがある。比較第二党となった現職首相が直ちに辞任をする場合、比較第一党の党首が首相に任命されることになる。しかし、比較第二党と第三党との連立の可能性があるにもかかわらず、国王が比較第一党の党首に組閣を命ずることになれば、結果として、国王自身が政党政治に関与したと受け取られかねない。

もちろん、ブラウンが自民党とその他の野党の協力を得ることができれば、政権を維持できたのである。したがって、自民党の主張とは異なり、イ

40) Brazier, *supra* note 30, pp. 154-156.

41) <https://www.theguardian.com/politics/2010/may/07/uk-election-results-clegg-deal>

42) 国王が内閣を罷免したのは、1834年が最後である。Cabinet Office, *supra* note 8, para 2.9.

ギリス憲法においては、現職首相がまず政権獲得のための働きかけをすべきということとなる⁴³⁾。

注目すべきことに、ブラウンは、ハング・パーラメントを見越して、内閣官房長ガス・オドンネルに内閣執務提要（キャビネット・マニュアル）の作成を依頼していた⁴⁴⁾。オドンネルは、総選挙前の2月に、選挙および政府の形成に関する章を庶民院司法特別委員会に提出していたのである。そこには、現職の首相は、ハング・パーラメントの場合に、「君主に辞任を申し出ない限り、また申し出るまで、在職する」と書かれていた⁴⁵⁾。ブラウンは、この提言に従い、すぐには辞めず、政権を維持するべく他党と交渉したのである⁴⁶⁾。

ブラウンの辞任のタイミングについては、二つの方向からの批判がある。まず、ブラウンはすぐやめるべきだったという、主にタブロイド紙からの批判である⁴⁷⁾。しかし、すでにみたように、ハング・パーラメントの場合に、現職首相がすぐやめてしまえば、国王の政治的中立性の要請にこたえられない。

次に、現職首相は、次の政権の枠組み（連立なのか、閣外協力なのか、少数内閣なのか）が明確になるまで政権にとどまるべきだとする立場がある⁴⁸⁾。

43) 2010年12月に出された内閣執務提要のドラフトには、クレグの発言が注記されていた。
<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a790bfced915d0422067601/cabinetdraftmanual.pdf>, p. 26. n. 8. それを庶民院の憲法・政治改革委員会の報告書が批判した。House of Commons Political and Constitutional Reform Committee, *Constitutional implications of the Cabinet Manual*, HC 734 (2010–11), para 77. そういうこともあって、この注記は内閣執務提要から削除された。

44) 高安・前掲 (8) 14–15頁、田中・前掲 (8) 137頁。

45) <https://publications.parliament.uk/pa/cm200910/cmselect/cmjust/396/396we02.htm>
Annex B, para 16.

46) Bogdanor, *supra* note 39, pp. 14–15.

47) Brazier, *supra* note 30, p. 153.

48) Constitution Unit のヘイゼルとヨンの見解である。Robert Hazell and Ben Yong, Written evidence to House of Commons in Political and Constitutional Reform Committee, *supra* note 12, para 4.2.1.

この立場に立つと、ブラウン辞任は早すぎたということになる。ブラウンは、自民党との連立の可能性がないことがはっきりした段階で辞任した。次の政権を担うのはキャメロンであることは明らかであったが、それが保守党少数内閣になるのか、自民党の閣外協力による内閣になるのか、連立内閣になるのかは、まだはっきりしていなかったのである。

(4) 現職首相の職務維持義務？

それではどう考えるべきなのか。

まず、確認しておかなければならないことは、首相は「職にとどまることができる」なのか、「職にとどまらなければならない」のか、である⁴⁹⁾。内閣執務提要2.12は、次のように書く。

選挙の結果、単独の政党が過半数を得ることができなかった場合には、現政府は、首相が本人及び政府の辞任を国王に申し出ない限り、また、それを申し出るまで存続する。現政府は、新議会が開会し、庶民院の信任を得られるかどうかを確認するまで存続することができるが、信任が得られる見込みがなく、代わりとなる政府が明らかである場合には、総辞職することが求められる⁵⁰⁾。

ここでは、「首相が本人及び政府の辞任を国王に申し出ない限り、また、それを申し出るまで存続する」と書かれている。執務提要が述べているのは、職にとどまることができるということであって、首相が自ら総辞職することについては、妨げられていないのである。

しかし、これまで検討してきたことから明らかなように、ハンゲ・パラメントにおいて国王の首相任命における裁量権が復活してしまうことを避けようというのが、内閣執務提要のこの箇所目的なのであるから、本来であれば、職にとどまることが求められているはずである。

49) Brazier, *supra* note 30, p. 153.

50) Cabinet Office, *supra* note 8, para 2.12.

この点、2010年12月に発表された執務提要の草案50条には、「現職の首相は、庶民院の信任を得るのにより適切な立場にあり、そのため政府の形成を要請されるべき別の人物がいることが明らかになり、かつその情報が君主に伝達されるまでは、辞任することが期待されていない（not expected）」と規定されていた⁵¹⁾。すなわち、草案の段階では、政府を担うべき人物がはっきりするまでは、職にとどまることが期待されていたのである。

しかし、その後、2011年3月に公表された貴族院憲法委員会の報告書は、首相が職にとどまることが権利なのか義務なのかについて議論があることを踏まえ、執務提要は両者を明確に区別すべきであり、また、この点について曖昧さが残っていることを執務提要において明示するよう求めた⁵²⁾。

この報告書およびパブリックコメントを受けた政府の回答（11月）では、上の議論を踏まえ、「Cabinet Manualは、在任し続けることが権利なのか、あるいは義務なのかという点について、行政府（Executive）自身の理解を示している。また、辞任するかどうか、いつ辞任するかは首相個人が決めるべきことも明確である。そしてCabinet Manualは、何らかの義務を課すのではなく、過去にそれらの決定がどのように行われてきたかの例を示している」とされた⁵³⁾。いわば、この点については、政府は意図的にぼかしたのである。

しかし、執務提要の全体の構造をみると、やはり、現職首相には、次の首相が明らかになるまで在職することが求められているといえるだろう。

パラグラフ2.8は、「首相は、辞任しない限り、かつ辞任するまで在任する。首相が政府を代表して辞任した場合には、国王は、庶民院の信任を最

51) Cabinet Office, *The Cabinet Manual – Draft: A guide to laws, conventions, and rules on the operation of government* (2010), para 50, <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a790bfced915d0422067601/cabinetdraftmanual.pdf>.

52) House of Lords Select Committee on the Constitution, *The Cabinet Manual*, HL 107 (2010–11), para 59.

53) HM Government, *Government response to comments received on the Draft Cabinet Manual* (2011), p. 15.

も得られるであろうと認められる者に、首相に就任し、政府を組織するよう要請する」と憲法原理を確認する。

そのうえで、パラグラフ2.9において、国王の首相罷免権が1834年以来行使されていないことを指摘し、次のように記す。

「現代においては、国王は政党政治に関与すべきでないという習律があり、庶民院の信任を最も得られる立場にある者について疑義がある場合には、これを決定し、国王に明確に伝えようとする責任を負うのは、政治過程に関与する者、特に議会に議席を有する政党である。」

国王に政党政治に関与させないために、政党がイニシアティブをとって、誰が庶民院で過半数の支持を獲得できるのか明らかにする努力をせよということである。

そして、パラグラフ2.10において、次のように記す。

「これらの原則の適用は、個別の状況により異なるとともに、首相個人が辞任し、又は政府を代表して辞任する適切な時期を判断することは、国王の主な助言者としての首相の所管事項であることに変わりはない。最近の例は、歴代の首相が、政府を組織するよう要請すべき者について国王に明確な助言ができるような状況になるまでは、辞任を申し出ないことを示している。これらの例が今後、憲法習律を確立したものとみなされるか否かは、まだ明らかではない。」⁵⁴⁾

内閣執務提要は、こう記した上で、注(12)において、庶民院政治・憲法改革委員会の報告書に言及し、「特別委員会に提出された証拠において、現職の首相の責任には、後継首相に任命されるべき者が明らかになるまで引き続き在任する責務が含まれることが示された」ことを指摘した。さらに、貴族院憲法委員会の報告書が、現職首相には「次の政府の組織形態が明らかになるまで在任する責務はないと結論づけた」ことにも言及してい

54) Cabinet Office, *supra* note 8, para 2.10.

る。以上を踏まえるならば、「これらの例が今後、憲法習律を確立したものとみなされるか否かは、まだ明らかではない」とはしているけれども、このような憲法習律の確立を期待しているものと考えてよいだろう⁵⁵⁾。すなわち、ハング・パーラメントにおいて、現職首相は、次の政権を担う人物が明らかになるまで、職にとどまることが期待されるのである。ただし、政府の形態が明らかになるまで、職にとどまることまでは要請されない。

このような習律は、国王の政治的中立性を確保するために要請されている。こうして、この問題は、第一章で検討した「暫定内閣」の議論に戻っていくことになる。

第三章 憲法71条の立憲的含意

1 問 題

第一章で確認したのは、憲法70条にいう「衆議院議員総選挙の後に初めて国会の召集があったとき」の総辞職内閣と内閣執務提要の「総選挙の直後でその結果が明らかでない期間」の内閣とが、同じ性質をもっているのではないかということである。

そして、第二章において、イギリス憲法上、ハング・パーラメントにおいて、国王の首相任命権が「復活」という憲法上の問題に対処するために、現職首相は、総選挙において負けたにもかかわらず、次の政権を担うべき人物が明らかになるまで辞任せず、職にとどまることが期待される、という憲法習律が形成されつつあることをみた。この習律は、総辞職したにもかかわらず、「引き続きその職務を行ふ」憲法71条の総辞職内閣と規範構造が似ていないだろうか。

イギリス憲法の暫定期間の目的は、内閣が存続することによって政府の空白期間を避けるだけでなく、国王の政治的中立性を確保するところにも

55) *Ibid.*, n 12.

あった。日本の総辞職内閣も同じ目的をもつのではないか。

2 日本国憲法71条と内閣総理大臣の任命

(1) 総辞職内閣の目的

改めて、問題を確認しよう。憲法71条による総辞職内閣は、総選挙による場合とよらない場合があり、イギリス憲法との比較のために重要なのは、総選挙による場合である。総選挙による場合、現内閣は、国会が召集されたとき総辞職となる。しかし、総辞職内閣は、「あらたに内閣総理大臣が任命されるまで」引き続き職務を行うというのである。この場合、国会では、すべての案件に先立って内閣総理大臣の指名が行われるはずであり(67条1項)、国会召集から内閣総理大臣の任命まで、それほど期間を要するとは思われない⁵⁶⁾。

その期間に内閣は、いったい何を行うのだろうか。実例がどうなっているのか、芦部信喜が整理するところをみてみよう。「総辞職の決定→その旨の衆参両院への通知(国会法64条)→国会による新内閣総理大臣の指名(憲法67条)→組閣→その旨の旧内閣総理大臣への通告→旧内閣の閣議(これにより新内閣総理大臣の任命についての助言と承認)→新内閣総理大臣・新国務大臣の任命および認証(……)→これにより旧内閣総理大臣・旧国務大臣は当然に地位を喪失→新内閣の成立の国会への通告」⁵⁷⁾(傍点は筆者による)。これをみれば、答えは一目瞭然である。新しい内閣総理大臣の天皇による任命に助言と承認を行うこと、これが、総辞職内閣の主たる業務だといってよい。

総辞職にもかかわらず、内閣総理大臣の任命のために仕事を続ける内閣と、総選挙で敗北したにもかかわらず、次の政権を担うことができる人物

56) 前掲注2参照。

57) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法 第八版』(岩波書店、2023)354-355頁。なお、この手続整理の由来として、片山内閣の法務総裁鈴木義男の意見(1948年3月1日 法務総裁意見「内閣総辞職の際の手続ならびに慣行について」法務総裁意見年報1)がある。

が明らかになるまで職にとどまることが要請される内閣は、立場が同じなのではないだろうか。いずれも、国王または天皇を政治に関与させないために、職にとどまるのである。

(2) 日英憲法の構造の違い

しかし、イギリスにおいては、国王は、まさに、政治そのものに関わる（そもそも首相の任命権が国王大権である以上、それは避けられない）のに対し、日本国憲法の場合、内閣総理大臣の任命は、すでに国会で指名されている人物を任命するという形式的な行為であるので、政治に関わるとはいえないのではないか、という疑問がありうる。

この論点は、憲法6条の天皇による内閣総理大臣の任命についての学説の対立に関係している。宮沢俊義は、天皇の行為に対して助言と承認が必要なのは、天皇の単独行動を避けるためであり、国会が内閣総理大臣を指名しているのであるから、天皇による内閣総理大臣の任命について内閣の助言と承認をおこなうのは無意味であるという立場に立った⁵⁸⁾。それに対して、通説的見解は、そのような形式的な権限であっても、天皇の公的行為については、あらためて内閣の助言と承認の下でおこなうことが必要である⁵⁹⁾。大日本帝国憲法における天皇制の利用のされ方の反省に立つならば、通説が支持されることとなろう⁶⁰⁾。

本稿が得た結論は、通説的見解を補強するものである。つまり、天皇は、国会が指名した人物を内閣総理大臣に任命しなければならないが、そのような裁量の余地がない形式的な行為であるとしても、天皇が単独でなしうるのではなく、前の内閣による助言と承認が必要なのである。それを制度的に担保するのが、憲法71条ということになる。

58) 宮沢・前掲(6) 62-63頁。

59) 法学協会『註解 日本国憲法 上巻(1)』(有斐閣、1953) 96、154頁、清宮四郎『憲法 I 〔第三版〕』(有斐閣、1979) 169-170頁。

60) 樋口陽一『憲法 I』(青林書院、1998) 116-119頁。

憲法71条が「あらたに内閣総理大臣が任命されるまで」と規定した主たる目的は、天皇の行為を二重に縛ることにある。この意義をもって、「憲法71条の立憲的含意」と評価してよいだろう。

3 最後のどんでん返し

本稿で縷々述べてきたように、憲法71条があつてはじめて、日本の天皇は一切の国事行為について必ず内閣の助言と承認を必要とし、単独で行動する局面がありえないことが明確に確保される。そういう意味では、単独行動がありうるイギリス国王とは全く異なるのである。大日本帝国における天皇の大権が軍部に利用されて悲惨な戦争に至った日本の歴史からすれば、天皇の単独行動の余地を一切認めなかったことは、立憲主義の観点から高く評価できよう。

ただ、最後に衝撃的な事実を指摘しなければならない。わたしは、当初、この構造を準備したGHQの面々がイギリス憲法を理解していたからこそこの71条だと考えていた。国王大権による首相任命というイギリス憲法の構造を理解しながら、天皇の権力を無化するという、容易には調整しがたい二つの要請を、天皇の単独の国事行為を一切否定することで解決しようとしたと思ったのである。

しかしながら、わたしの予想は見事にはずれていた。

1946年2月13日に日本側に伝えられた総司令部案の63条は、こうなっていた。

Whenever a vacancy occurs in the office of Prime Minister or upon the convening of a new Diet, the Cabinet shall collectively resign and a new Prime Minister shall be designated.

Pending such designation, the Cabinet shall continue to perform its duties.⁶¹⁾

61) 高柳賢三、大友一郎、田中英夫編著『日本国憲法制定の過程 I 原文と翻訳——連合

ここでは、総辞職内閣は、新しい内閣総理大臣が指名（designate）されるまで、その職務を行うことになっており、任命（appoint）ではないのである。

また、同5条は次のように規定されていた⁶²⁾。天皇は、国会の指名する人物を内閣総理大臣に任命するのである。

The Emperor appoints as Prime Minister the person designated by the Diet.

55条では、国会は、出席議員の多数決で首相を指名することになっている⁶³⁾。

The Diet by a majority vote of those present shall designate the Prime Minister.

総司令部案では、総辞職内閣は国会による首相指名（designate）が終わったときに仕事を終えるとしていた。これを条文の文言に即して理解するならば、総辞職内閣は、天皇の任命行為に助言と承認を与えることを制度上予定されていないこととなる。この点において、総司令部案は、宮沢の憲法6条論と整合的であるといつてよい。

しかし、日本国憲法71条には、明らかに「任命」と記されている（日本国憲法の英語訳も until the time when a new Prime Minister is appointed. となっている）⁶⁴⁾。

「指名」が「任命」にいつ変更されたのだろうか。1946年2月13日に、日本側が草案を受け取ったのち、2月26日の閣議で、総司令部案を基礎にして、政府提出の憲法改正案の具体的な作成に入ることが決定される。その役目を担うことになったのは、松本烝治であった⁶⁵⁾。

国総司令部側の記録による——』（有斐閣、1972）288-289頁。

62) 同上、270-271頁。

63) 同上、286-287頁。

64) 同上、466頁。

65) 高柳賢三、大友一郎、田中英夫編著『日本国憲法制定の過程Ⅱ 解説——連合国総司令部側の記録による』（有斐閣、1972）100-101頁。

松本は、法制局第一部長佐藤達夫と手分けして、総司令部案を基礎に日本案(3月2日案)を起案した。その第73条は次のようになっている。

前二条ノ場合ニ於テハ内閣ハ新ニ内閣総理大臣ノ任命セラルル迄ノ間仍其ノ職務ヲ行フベシ⁶⁶⁾。

松本が1章、2章、4章、5章を担当することになっていたのであるから、この条文を起案したのは松本ということになる⁶⁷⁾。

これは、いったいどういうことであろうか。幣原内閣において憲法制定作業を任せられ、大日本帝国憲法とあまり変わらない草案を書いた松本が、天皇大権の二重ロックを支持するような条文にしたのはいったいなぜか。

この疑問に答えるためには、松本が起草した3月2日案の全体構造をみる必要がある。松本は、1条で「日本国民至高ノ総意ニ基キ」と書き、「主権」という文言を避けようとした。次に、2条の皇室典範について、総司令部案にあった「国会の制定する」という文言を削除した。また、3条の天皇の国事行為について、「内閣の助言と承認」ではなく、「内閣ノ輔弼」に変更しようとした。また、天皇は、国会の「指名」ではなく、「国会ノ決議ヲ経テ」内閣総理大臣を任命することになっていた(6条)。また、国会召集の際の内閣総辞職から、衆議院解散の場合を除こうとした(72条)⁶⁸⁾。

このように、松本は、国民主権の意義をぼかし、天皇による政府形成という外観を少しでも残そうと最後の抵抗を試みていたのである。特に「輔弼」は大日本帝国憲法55条の文言を引き継ぐものであり、天皇の統治権を前提にした文言である。この条文をめぐる松本とケーディスとの間に激しい論争があったことは、よく知られている⁶⁹⁾。

周知のように、松本の試みは実を結ばず、そのほとんどが総司令部の考

66) 佐藤達夫(佐藤功補訂)『日本国憲法成立史 第三巻』(有斐閣、1994)100頁。

67) 憲法調査会事務局『松本丞治氏に聞く』(1960年6月)国立公文書館デジタルアーカイブ、<https://www.digital.archives.go.jp/file/607448.html>、30-31頁。

68) 佐藤・前掲(66)93-94、100頁。

69) 憲法調査会事務局・前掲(67)38-40頁。

えた元の線に戻された。しかし、松本が考案した73条は、そのまま見過ごされ、日本国憲法71条に引き継がれたのである。

以上のように、松本は、意図せずに、天皇大権の二重ロックの成立に重要な役割を果たしたのである。これは歴史の皮肉であろうか。わたしはそうは思わない。

松本も当然熟知していたはずの帝国憲法の立憲的解釈・運用からすれば、天皇は単独で行動することはできない⁷⁰⁾。それは、内閣総理大臣の任命においても同様であった。天皇の内閣総理大臣の任命の際、前の内閣総理大臣はすでに辞任しており、天皇を輔弼するために副署することはできないので、慣例として、「内閣総辞職の場合でも、国务大臣中の一人だけは後任の総理大臣任命せらるるまで免官を延ばし、その副署を以て後任の総理大臣の任命が行はれ」という運用がとられていたのである⁷¹⁾。松本が、「指名」を「任命」に変更する際、帝国憲法のこの立憲主義的解釈が念頭にあったのではないだろうか。

もし、わたしの想像が当たっており、大日本帝国憲法の立憲的解釈がこの条文に反映しているとすれば、これは、歴史の皮肉では決してなく、日本の立憲主義の歴史的な連続性を示すものと評価すべきであろう。

おわりに

本稿は、総司令部案を受けて日本案を作成する役目を担った松本烝治が、総司令部案の「指名」を「任命」に変更した可能性が高いことを指摘した。しかし、総司令部案の変更であることは明らかであるから、多くの人がこの変更が気がついていなかったはずはないと思う。それにも拘らず、この事実が指摘されてこなかったのは、この変更がもつ「立憲的含意」につい

70) 美濃部達吉『逐条憲法精義』（有斐閣、1927）512-513頁。

71) 同上、517-518頁。

で十分に理解されてこなかったからではないだろうか⁷²⁾。

しかし、わたしは、この変更は、日本国憲法の原理に関わる重要なことだったと考える。

イギリス憲法と比較してみよう。イギリスでは、前首相が辞任してから次の首相が任命されるまで、行政権の活動は、制度上、必ず断絶する。首相の任命権が国王にあるからこそ、首相の交代の時には、統治権は一旦国王に戻されるのである。こうして、内閣はあくまでも「国王の政府」という建前が維持される。

それに対し、日本では、71条の総辞職内閣は、新内閣総理大臣の任命(指名ではない!)まで、引き続き職務を行う。内閣総理大臣を任命するのは天皇であり、天皇に助言と承認をするのは、総辞職した前の内閣である。総辞職内閣は、この助言と承認に続く内閣総理大臣の任命をもってその役目を終え、行政権の活動は、次の内閣総理大臣と内閣に引き継がれる。

このように、日本国憲法においては、内閣総理大臣の任命を含めて、天皇が内閣から独立して行動する余地は一切ありえない。その結果、イギリスのように内閣の存在が断絶することはない。日本国憲法は、戦前国家の反省に立ち、天皇の権限を徹底的に無化した。憲法71条は、そのことを確保する重要な条文である。

72) 憲法案の確定に関与した佐藤達夫も、高柳賢三らの制定史叙述も、この変更の立憲的含意(憲法上の重要性)には注目していない。佐藤・前掲(66)129-130頁、高柳、大友、田中編・前掲(65)224頁参照。