

憲法の分類に関する一考察 —硬性憲法と軟性憲法—

石澤 淳好

目次

- I はじめに
- II 硬性憲法と軟性憲法について
- III まとめ—おわりに代えて

I はじめに

憲法の基礎理論においては、憲法の分類というものがなされ、いくつかのものが取り上げられている。たとえば、成文憲法と不文憲法という分類がある。本稿で検討を加えようとしている硬性憲法と軟性憲法もそのうちの一つである。ところが、硬性憲法・軟性憲法という分類の実際の内容を見てみると、論者の間で必ずしも一致を見ているわけではないように思える。例えば宮澤俊義博士は、戦前の論文の中で、両者について次のように述べている。

「ジェイムス・ブライスのいふところによれば、すべての憲法は形式的に見て硬性及び軟性に分つことができる。即ち普通の立法手段を以て変更し得る憲法は軟性であり、普通の立法手段を以てしては変更し得ざる憲法は硬性である。

この区別は又同時に実質的に見てその憲法の固定性の有無を表はすものと見られ易い。がそれは必ずしも正確ではない。ブライス自身もいふとおり「憲法のスタビリティは形式に存するものではなく、之を支持する社会力に存する」のであるから、軟性憲法と雖も一英国のそれが示すやうに一ある程度まで固定的であるし、又硬性憲法と雖も著しい変遷を直接又は間接に蒙る。すでに法が流転定めなき人間社会の規範である以上社会生活の変転に表裏してその変遷をすること、もとより当

然といはねばならない。厳然たる法典の形式をそなへた硬い「千古不易の大典」においても一いふまでもなく実質的に見て一又これと異なるところはない。憲法は、生きた憲法は、その軟性たると硬性たるをとはず等しく推移の対象とならねばならないのである。

いま軟性憲法の最も極端な例として英国憲法をあげるならば之に対立する極端をなすものは米国憲法である。……」⁽¹⁾

宮澤博士は、憲法の形式性と実質性という二つの側面で両者の区別をしている。このような両者の区別のもつ多義性は、このような区別の意味をより困難にしているように思えるのである。

それではこの硬性憲法と軟性憲法について、わが国ではどのような議論が展開されて来たのであろうか。日本における軟性憲法と硬性憲法をめぐる学説について見ていくことにする。

II 硬性憲法と軟性憲法について

硬性憲法と軟性憲法について、日本においてはどのようにとらえられてきたのであろうか。

1) 宮澤俊義博士の見解

宮澤博士は、『憲法』(有斐閣全書)において、次のように述べておられる。

それは、憲法特に成文憲法の改正について述べるところで両者の区別をしている。

「通常の立法手続きによって改正できる成文憲法は、しなやかな憲法または軟性憲法と呼ばれ、これに対して、通常の立法手続きよりも鄭重な手続きによってのみ改正される成文憲法は、かたい憲法または硬性憲法と呼ばれる。

成文憲法は、どこでも、かたい憲法であるのが、普通である。成文憲法をかような意味で「かたく」することは、一方において、国の根本法を軽率に変えることを防ぐ効果はあるが、同時にまた、他方において、国民の正当な要望に応ずる諸改革を、少数の現状維持論者の利益にまで、阻止する効果をもつ場合もあり、その結果として、憲法の規定が実際の運用において軽視ないし無視されるようになる危険すらあることは、注意を要する。」⁽²⁾

宮澤博士は、前掲の論文のなかでは、硬性憲法・軟性憲法の区別を単に形式的なものだけではないとされていたのだが、ここでは憲法改正の手続きという形式的なものだけに注目しているように思える。そして、「しなやかな憲法または軟性憲法」、「かたい憲法または硬性憲法」と表現されているものの、ブライスの名前は出されてはいないのである。

また、硬性憲法と軟性憲法の区別は、成文憲法についての分類だともしているように読める。論理的には一貫しているものの、不文憲法については、ここでは述べられてはいない。

また、別のところでは、次のように述べてもいる。

「ブライスは、憲法をかたい憲法と弾力的な憲法とに区別した。前者は、通常の立法手続きでは改正できない憲法をいい、後者は、通常の立法手続きで改正できる憲法をいう。これによると、イギリスの憲法は、通常の手続きで自由に改正できるから、弾力的な憲法という

ことになる。しかし、イギリスの憲法はだいたいにおいて不文憲法であるから、それを成文憲法とくらべて弾力的と呼ぶことはかならずしも適切ではない。むしろ成文憲法のうちでかたい憲法と弾力的な憲法とを分けるほうがいい。……1814年のフランス憲法や、1848年のイタリア憲法は、この意味の弾力的な憲法である。」⁽³⁾

硬性憲法・軟性憲法という表現を直接はされていないが、原語をふさげられているので、この区別をされているということができよう。

2) 芦部信喜博士の見解

芦部博士は、『憲法学 I 憲法総論』において、憲法の実質的意味と形式的意味について述べる中で、カール・シュミットの形式的憲法概念についての見解をとりあげ、次のように述べる。

「困難にされた可変性とは、憲法の改正は特別多数決など法律の場合よりも難しい手続きによる必要があることを言う。したがって、この標識は、軟性と対比して用いられる硬性ということと同義である……。」

「[「困難にされた可変性」を標識として考える立場は、……寧ろ硬性憲法軟性憲法の名称が穏当であるという発想に基づいている。]」⁽⁴⁾

そして、硬性憲法・軟性憲法についてブライスの見解を紹介している。

「ブライスは『法律を制定する権力および制定された法律の性質と効力』に着目して二つの概念が区別されるとし、軟性憲法とは『通常の法律—それが制定法の形式で存在するにしろ、慣習を明らかにし確認した判決の形式で存在するにしろ—ここで制定法と判決が並記されているのはイギリスがコモン・ローの国だからである—同じレベルにある』もので、そういう憲法は、『通常の法律を作

る権力と同一の権力から生れ、通常法律と同じ方法で発布または廃止される』が、硬性憲法は、ほとんど成文化されており、『それが規制する他の国法よりも上位にある』もの、すなわち、『通常立法権より高い権力または特別の権力をもった人または団体によって制定され、かつ、それらによってのみ変更することのできる』ものだ。』⁽⁵⁾

そしてその前提として、ブライスは「軟性と硬性の区別は一部政治的、一部法的だと述べている。」とも指摘しているのである。

また、ブライスがこの区別を提唱した理由として、美濃部達吉の指摘を次のように引用して次のように述べている。

「『成文憲法と言っても不文法の要素を多く含んで居ると共に、不文憲法と言っても成文の法律命令で規定せられて居るものが少なくないのであるから、成文憲法又は不文憲法の名称は必ずしも正確ではなく、寧ろ硬性憲法軟性憲法の名称が穩当である。』という発想に基づいている。」

そして、硬性憲法と軟性憲法の区別を「形式的」憲法概念の一つの標識であるとしている。続けて、

「このことを考えると、『内容』のいかんを基準とする実質的概念に対して、『成文』か否かを標識とする形式的概念だけでなく、制定ないし変更の際に『特別手続』を必要とするか否かを標識として形式的概念を構成することにも、十分の理由と意義があると言える。』⁽⁶⁾

また、芦部博士は、『憲法』において、「立憲的憲法の特色」を述べているが、その「形式と性質」について、次のように述べる。

「立憲的憲法は、その形式の面では成文法であり、その性質においては硬性（通常法律よりも難しい手続によらなければ改正できないこと）であるのが普通である……。」

としている。続けて、硬性憲法について次のように述べている。

「硬性憲法 立憲的憲法が硬性であることの理由も、近代自然法学の主張した自然権および社会契約説の思想の大きな影響による。つまり、……憲法によってつくられた権力である立法権は根本法たる憲法を改正する資格をもつことはできず（それは国民のみに許される）、立法権は憲法に拘束される、したがって憲法の改正は特別の手続によって行われなければならない、と考えられたのである。」

軟性憲法 世界のほとんどすべての国の憲法は硬性である。しかしイギリスには憲法典が存在せず（その点で不文憲法の国と言われる）、種々の歴史的な理由から、実質的意味の憲法は憲法慣習を除き法律で定められているので、国会の単純多数決で改正することができる。このように通常の立法手続と同じ要件で改正できる憲法を軟性憲法と言う。』⁽⁷⁾

ここで、芦部博士は、硬性憲法・軟性憲法の区別は、立憲的憲法の性質による区別であり、単なる形式による区別ではないとされている。もちろん両者は、すなわち形式と性質は切り離すこともできるが、広い意味での形式の中に含まれていると考えることもできるように思える。

また、「憲法改正の手続と限界」のところで、「硬性憲法の意義」と題して次のように述べている。

「憲法には、高度の安定性が求められるが、反面において、政治・経済・社会の動きに適應する可変性も不可欠である。この安定性と

可変性という相互に矛盾する要請に応えるために考案されたのが、硬性憲法の技術、すなわち、憲法の改正手続を定めつつ、その改正の要件を厳格にするという方法である。

これは、最高法規たる憲法を保障する制度として、重要な意義を有する。ただ、国によって事情は異なるが、あまり改正を難しくすると、可変性がなくなり、憲法が違憲的に運用されるおそれが大きくなるし、反対に、あまり改正を容易にすると、憲法を保障する機能が失われてしまう。日本国憲法は、……他国に比べて、硬性の度合いが強い。』⁽⁸⁾

ここで、芦部博士は、「安定性と可変性」という「憲法」に求められている性質に注目して硬性憲法の存在の意義について述べておられるが、ここでは軟性憲法の存在の意義については触れてはいない。

3) 小林直樹教授の見解

小林教授は、『新版 憲法講義』のなかで、「憲法の諸分類」について述べ、「(ハ)硬性憲法と軟性憲法—改正手続による分類」として次のように述べている。

「改正手続からみて、通常の立法手続で改正できる憲法を一ブライス以来—軟らかい憲法または軟性憲法といい、改正にはとくに厳格な要件と手続を必要とするものを、硬い憲法または硬性憲法と呼ぶ。……立憲諸国家の大部分の成文憲法は硬性である。硬性憲法のねらいは、制定憲法を普通の法律のうえにおき、その変更を困難にし、改正を慎重ならしめることにある。……

ただし、硬性と軟性の区分は、そのままに憲法の現実的な安定性と弾力性を意味するものではない。一般に、憲法改正の手続や要件を困難にしておけば、国の根本法を安易な政策的考慮で軽率に動かしえないようにする効果をもつであろうが、その反面、硬すぎる憲法は、現実の不可避的要求に即応することが

できないという欠陥をまぬがれない。……だから、この分類も形式的な意味しかないといってもよいだろう。』⁽⁹⁾

小林教授は、硬性憲法と軟性憲法の分類については、形式的な分類それは憲法改正手続によるものとされ、憲法の性質を中心とした分類ではないと断定されている。

4) 伊藤正巳博士の見解

伊藤博士は、『憲法 第三版』において、「近代憲法の分類」の(2)として「硬性憲法と軟性憲法」について次のように述べている。

「近代憲法がこのように成文化された場合、その改正には、通常の立法手続よりも厳格な手続を要求するのが普通である。これを硬性憲法と呼ぶ。これに対して、憲法が通常の手続で改正できるとするものが軟性憲法といわれる……。しかし、ほとんどすべての近代憲法は、硬性の成文憲法である。

……近代憲法一般について、それが硬性とされるのは、近代憲法が権力の行使に厳しい枠をおいている最高の法である以上、国民やその代表者の有力な反対をおしきって改正すべきではなく、国の根本法に対する安易で軽率な変更を避けようとするところにあるといえよう。近代憲法が成文とされる理由は、また同時にそれを硬性とする理由とつながっているといってもよい。……

憲法が硬性であるか軟性であるかは、改正手続の難易の問題であって、実際に改正が行われやすいかどうかとは別問題である。』⁽¹⁰⁾

また、注) のところで次のように述べる。

「憲法の硬性か軟性かは、形式上の改正手続によるよりも、実質上の改正の難易によってきめるのが、實際上意義があると思われるが、この難易は、手続の問題よりも、むしろその他の要因、すなわち憲法の規定が詳細か簡潔か、憲法を政府や国がどのような規範と

して意識しているか、政治的・社会的変化により憲法と実際に厳しい隔離が生じているかどうか、その空隙を埋める方法として、解釈運用の果たす役割をどう考えるか、改正を実現するに足る政治力が存在しているかどうかなどによって決まるものであるから、きわめて総合的な角度から判断されねばならない。」⁽¹¹⁾

伊藤博士は、改正手続を基準として、硬性憲法・軟性憲法の分類をするという、形式的な主張のように読むことができたのであるが、後半の部分では、単なる改正手続ではなく、「実質上の改正の難易」とされている。しかしその具体的なものはわかりにくいものになっているのである。

5) 鵜飼信成博士の見解

鵜飼博士は、『憲法』(岩波全書)において、「憲法の意味」について述べ、そこで、近代的意義の憲法の形式上の特徴について次のように述べている。

「近代的憲法の形式の中で、重要なものが二つある。その一は、成文憲法の形式であり、その二は、硬性憲法の形式である。……

硬性憲法主義 形式的特徴の第二は、それが硬性憲法であることである。硬性憲法と軟性憲法との区別は、ブライスによって、憲法の重要な性質として指摘された。元来、上に述べた成文不文の区別だけからいっても、成文の憲法であれば、それは容易に変わらない、硬い、……不文の憲法であれば、それは容易に変わる、軟らかな……ものであるといえないことはない。しかしそれだけのことであれば、成文憲法の問題の一つの側面に過ぎないことになり、ここでとくに取上げる必要はないであろう。ここで硬性憲法というのは、その改正に通常法律よりも一層厳格な手続を必要とする憲法をいい、軟性憲法とは、通常立法手続で改正することができる

憲法をいう。……特別の手続を必要とすることによって、憲法は一層改正しにくい、硬いものとなる。それを硬いものにする意味は、……要するに、それが権力者の権力行使について要求される根拠規範である以上、国民なり、その代表者なりの一定の数のものが反対している場合には、決してそれを改正すべきではない、という観念に基づくのである。」⁽¹²⁾

鵜飼博士は、硬性・軟性の区別は憲法改正の手続という形式的な基準によることでその意味があると考えておられるようである。また、『要説 憲法』において、「硬性憲法と軟性憲法」について、次のように述べている。

「成文の憲法典は、これを通常法律と區別して、その改正にとくべつの厳重な手続を必要とするものと定めるのが普通である。このような形で存在している憲法を、硬性憲法、あるいは変えにくい憲法という。これに対してこのような特別の改正手続を必要としないで、普通の法律改正手続で変えられる憲法を、軟性憲法、変え易い憲法という。

(これを一石澤)はじめて區別したのはブライス卿である。この区別の標準は、まず成文であるかどうかにおくことができる。いいかえれば成文憲法は、すなわち硬性憲法であり、不文憲法はすなわち軟性憲法であるとするのである。成文であるかどうかということは、……約束したことを明白にするという意味の外に、成文に書き現わした以上、かんたんには変えないという意味をも含んでいることは疑ない。けれどもそれは必ずしも必然的にそうであるべき本質をもっているものではない。それであるから、憲法が硬性であるかどうかということは、憲法が成文であるかどうかという形式とは區別して規定するのが正しい。そこでもしそれを、他の形式的な要素に着眼して定めるといふことになれば、上に述べたように、憲法改正手続が、通常法律

改正手続より嚴重である場合を、硬性憲法と呼ぶのが正しいであろう。

もっとも実質的な見地からいうならば、形式のいかんを問わず、實際上極めて改正しにくい憲法を、硬性憲法と呼ぶべきである。⁽¹³⁾

鶴飼博士は、硬性憲法・軟性憲法の区別は、憲法改正手続を基準とするという考えをここでも示している。ちなみに、同様な見解を、鶴飼博士は、『新版 憲法』でもされている。

6) 佐藤功博士の見解

佐藤功博士は、『日本国憲法概説』において、「改正手続による分類」の中で、硬性憲法・軟性憲法について、次のように述べている

「硬性憲法 その改正には通常法律の改正の場合とは異なり、特に慎重・嚴重な手続を必要とする憲法を硬性憲法という。……改正手続を嚴重にするのは、いうまでもなく、改正を困難にすることによって憲法の安定性と継続性とを保障するためである。

軟性憲法 その改正には通常法律の場合と同じ手続で足りるとする憲法を軟性憲法という。……軟性憲法は、改正を容易にすることによって憲法を事情の変化や時代の要求に適応せしめようとするのに役立つ。

改正手続による分類としては、このような硬性憲法・軟性憲法の区別を挙げることができるが、しかしこの硬性・軟性の区別も、形式的な区別にすぎないことを注意する必要がある。……すなわち、硬性憲法・軟性憲法の区別が直ちにそれぞれの憲法の実際における安定性の強弱すなわちその改正・変更の難易を意味するものではない。⁽¹⁴⁾

佐藤博士は、硬性憲法・軟性憲法の区別を憲法改正手続のみに注目した区別であるとしている。そしてその根拠として諸々の理由を

指摘しているのである。

7) 小嶋和司博士の見解

小嶋博士は、『憲法概観』で、「憲法秩序」の中で、硬性憲法・軟性憲法を「硬憲法と軟憲法」として取り上げ、次のように述べている。

「成文憲法の国において、その基本となる制定法に他の制定法にまさる権威をみとめて、他の制定法はこれに抵触しえないとしたり、その変更には通常立法とは異なる特別の手続を要求したりすることは多い。この場合、一般にプライスの用法をかりて、この基本秩序を硬憲法と呼び、そうでない成文憲法および不文憲法を軟憲法と呼んでいる。

軟憲法は、事態に柔軟に適合しうることを長所とするが、他面、基本秩序が通常立法に対してもつ規範性は乏しい。一方の硬憲法は、基本秩序の安定性や規範性を重視する体制である。けれども、その変更手続が、慎重さを確保することのみを目的としてではなく、基本秩序を恒久的に維持することまでを目的として、安定的世論によっても変更しえないものとされたりすると、基本秩序そのものの社会的定着性が失われることもある。⁽¹⁵⁾

小嶋博士は、多くの論者たちが用いている硬性憲法・軟性憲法という用語を用いず、「硬憲法と軟憲法」という表現をここであえて用いていることは注目に値すると思われる。憲法改正手続だけが硬性・軟性憲法の分類の基準としているわけではないということである。

また、『憲法学講話』において、小嶋博士は、プライスの見解を軸にして、次のように述べている。少し長くなるが引用する。

「さて、プライスが提唱した flexible constitution rigid constitution という分類は、成

文憲法・不文憲法という伝統的な分類を ill-expressed で confusing あると評して、それに代替させようとするものであったから、彼が分類対象とした『憲法』は実質的意味のそれである。ブライスは明確に、その分類対象たる「憲法」を説いて「政治組織の形態と調整を決定するような、国家の制定法と慣習の多く」を意味すると述べている（8頁）。けれども、日本の昭和期の憲法学は、ここでも『憲法』の多義性に思いをいたさず、その関心が実質的憲法にないことを示して、この分類の意味を変貌させてしまう。制定法たる『憲法』の分類であると説かれたり、制定法たる『憲法』の分類と概念すべきであると説かれたりするるのである。⁽¹⁶⁾

さらに、

「確かに、rigid constitution といわれるものにおいて、rigid 性をもつのは制定憲法と、それをめぐって成立する解釈上の効果のみである。けれども、その故に、彼（ブライス—石澤）の分類が形式的憲法と実質的憲法との混用でないことは……」認められている。⁽¹⁷⁾

続けて、

「このような分類対象の変更は、分類基準をも変更するものであった。すなわち、ブライスが分類基準としたのは『constitution が国家の通常法律、および、それを制定する通常権威に対してもつ関係』であった（7頁）。『成文・不文』憲法といった外形的で、しかも正確でない基準よりは、『憲法』が他の法に対してもつ効果に着目して分類することが、法の考察にとって『本質的』意味をもつと考えたのである。そこでは、伝統的分類において『不文憲法』とされるイギリス憲法が『通常法律、およびそれを制定する通常権威に対してもつ関係』は flexible である

とされる。いうまでもなく、flexible とは、……柔軟ということで、たんに軟らかいか、変更容易ということではない。イギリスの憲法が、目前の必要に柔軟に対応するのみならず、その必要が非常のものであった場合、それが去れば旧態に復する性質をもつことをも示し、それが、その憲法の本質にかかわる特徴とされたわけである。これに対して、『通常法律、および、それを制定する通常権威に対してもつ関係』が厳格に優越的で、規制的效果さえもつ場合に、ブライスは rigid constitution の名をあたえた。それは規制効果を示しての語で変更手続を示しての話ではない。……

ともあれ、日本の憲法学は、こうして、この分類の主唱者の母国でもあるイギリスの憲法を、分類の対象から逐い出したばかりか、分類の基準も、憲法の規制的效果という本質的なものを外して、改変手続という別局面の形式的なものとしてしまった。⁽¹⁸⁾

小嶋博士は、ブライスの主張に依拠して、硬性憲法と軟性憲法の分類をおこなっているのである。そこでは実質的意味の憲法を分類の対象に加えるという仕方で区分していることになる。

8) 長谷部恭男教授の見解

長谷部教授は、『憲法』の中で、「硬性憲法」という項目を立てて、次のように述べる。

「改正手続による区分 憲法が通常法律よりも厳格な手続によらなければ改正できない場合、それを硬性憲法と呼び、通常法律と同様の手続で改正しうる場合、軟性憲法と呼ぶ。

硬性憲法と軟性憲法の区別は、ブライスによってなされたもので、彼は、成典か否かの区別を前提とせず、憲法一般にこの分類をあてはめた。一国における実質的意味の憲法がすべて成典化されることは実際上ありえ

ず、したがって、それがすべて硬性化されることもありえない。硬性憲法の国か軟性憲法の国かの区別は、その国に硬性の憲法典があるか否かの区別としてとらえられるべきである。」⁽¹⁹⁾

長谷部教授も、憲法改正手続を前提にして硬性憲法・軟性憲法の分類をしている。しかし、長谷部教授の「区別」については、成文の憲法典しかも硬性の性質を有することが硬性憲法のしるしであると述べるのである。そして、「硬性憲法の特長」として、「近代立憲主義は、一般に憲法の成典化とその硬性化を推し進めた。」⁽²⁰⁾としている。

9) 井口文男教授の見解

井口教授は、『憲法の硬性と軟性』という翻訳書のあとがきのところで、次のように述べている。

「硬性憲法と軟性憲法の区別の基準は、憲法と通常法律との関係にあることが分かる。すなわち、通常法律より位階において上位にあり、それを規制するのが硬性憲法であり、特別の権威によって制定される。これに対し、通常法律と同位にあり、通常立法権により制定されるのが軟性憲法である。

留意すべきは改正の問題、この区別の基準とはなっていないということである。……すなわち、特別の改正規定の有無は硬性憲法と軟性憲法の区別においては何らの意味を有していないのである。ただし、改正規定を有しない硬性憲法は、政治的には軟性憲法へと転じることはある。

そうすると、〈憲法改正の特別な手続が規定されていることが憲法の硬性の根拠ではなく、すべての成文化された憲法はそれ自体で改正手続の有無を問わず硬性である〉というパーチエ教授の命題は首肯できよう。すなわち、〈特別な改正手続を必要とする憲法が硬性憲法である〉という従来の通説は、〈硬性

憲法であるから—もしそれが改正される場合には—特別な改正手続を必要とする〉というプライスの見解を誤解したものであり、原因と結果を取り違えたものといえよう。」⁽²¹⁾

井口教授は、硬性憲法・軟性憲法の区別の基準に法の相互関係を置いているのである。また、プライスの見解の誤解に決定的な影響を及ぼしたのが、プライスの親友でもあるダイシーであるとパーチエ教授が指摘しているとも述べている。⁽²²⁾

10) 大石眞教授の見解

大石教授は、『憲法講義 I』の中で、「硬性憲法・軟性憲法」について、次のように述べている。

「しばしば『成文憲法』と『不文憲法』、『硬性憲法』と『軟性憲法』と区別されるが、これは憲法秩序について説かれるものである。

……

また、『硬性憲法・軟性憲法』という対比は、既存の憲法秩序の変更が緩やかに行われるかどうかを基準とするものである。したがって、特定の憲法典や制定法について、その改正手続が難しいかどうかを問題とするものではない。ただ、イギリスのような古来の伝統をもち、ほとんど断絶のない緩やかな発展を遂げてきた不文憲法体制の国を除けば、現代諸国家では成文かつ硬性の秩序が多い。しかも、この場合、『憲法典』という形の制定法が特別な意義を持っている……。」⁽²³⁾

大石教授は、硬性・軟性の基準として「既存の憲法秩序の変更」を据えているのである。

III まとめ—おわりに代えて

前章では、日本における学説の検討を進めてきた。そこには、いくつかの特色があるように思える。それは次の通りである。

① 硬性憲法と軟性憲法という分類を、

もっぱら形式的にとらえること、つまり、憲法改正の手續を基準として分類を行なおうとする考え方である。ここでは、憲法の形式的意味が問題となる。

- ② 硬性憲法と軟性憲法という分類を、憲法の性質からとらえる、つまり憲法の実質の意味を問題とするものである。
- ③ これは、①と②の両者の性質を併せ持つという考え方である。
- ④ 硬性憲法と軟性憲法の分類をおこなう場合に、プライスの考え方を提示しているかどうかということである。具体的に名前を出してある場合もある。
- ⑤ プライスの名前を出しているものの、実際には触れていない例もある。

以上が、硬性憲法と軟性憲法という分類であるが、それは次のように言えないであろうか。

i 成文憲法 = 硬性憲法という命題は必ずしも絶対に正しいとはいえない。

しかし、多くの国家では成文憲法 = 硬性憲法となっている。

ii 不文憲法 = 軟性憲法という命題も必ずしも絶対に正しいとはいえない。

しかし、多くの見解は、不文憲法 = 軟性憲法と述べている。

iii 硬性憲法・軟性憲法という分類は、成文憲法のもとでは分類する意味があると思えるが、不文憲法のもとでは、そもそも憲法典が存在しないのであるから、あまり意味があるとは思えない。

iv 硬性憲法・軟性憲法という概念は、プライスから始まったといわれているが、イギリスは、不文憲法の国であり、憲法典は存在しないので、形式ではなく実質の中に不文憲法の論理の正当性をみいだすことが必要になる。硬さ・軟らかさを問題にするのは、そこなのではなからうか。

硬性憲法と軟性憲法の分類について以上のように考えられないだろうか。なお、プライ

スやダイシーの見解等がこの分類の検討には必要になるが、別稿で検討することにした。また、イギリスの憲法学では、近年成文憲法への期待が高まっている。ボグダナーも、その論文集の中で「成文憲法へ向けて」について述べている。この点についても注目する必要があると考えられる。

注

- (1) 宮澤俊義「硬性憲法の変遷」国家学会雑誌38巻8号31～32頁（1938）
- (2) 宮澤俊義『憲法』〔有斐閣全書〕17頁（有斐閣、1975）
- (3) 宮澤俊義『世界憲法集』（岩波文庫）24頁（1984）
- (4) 芦部信喜『憲法学Ⅰ 憲法総論』12頁（有斐閣、1994）
- (5) 芦部・前掲書 14頁。
- (6) 芦部・前掲書 13頁。
- (7) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法 第4版』6-7頁（岩波書店、2008）
- (8) 芦部・高橋・前掲書 375頁。
- (9) 小林直樹『新版』憲法講義 上』23頁（東京大学出版会、1980）
- (10) 伊藤正巳『憲法 第三版』17-8頁（弘文堂、1995）
- (11) 伊藤・前掲書 18-9頁。
- (12) 鶴飼信成『憲法』19頁（岩波書店、1975）
- (13) 鶴飼『要説 憲法』14-5頁（弘文堂、1977）
- (14) 佐藤功『日本国憲法概説〈全訂第5版〉』13-4頁（学陽書房、1996）
- (15) 小嶋和司『憲法概観〔第6版〕』11-2頁（有斐閣、2001）
- (16) 小嶋和司『憲法学講話』12頁（有斐閣、1982）
- (17) 小嶋・前掲書 13-4頁。
- (18) 小嶋・前掲書 14頁。
- (19) 長谷部恭男『憲法』22-3頁（新生社、2000）
- (20) 長谷部・前掲書 23頁。
- (21) 井口文男『憲法の硬性と軟性』175-6頁（有信堂高文社、2003）
- (22) プライスとダイシーの検討については、稿を改めて論じることとする。
- (23) 大石眞『憲法講義Ⅰ』5-6頁（有斐閣、2004）