

〈研究ノート〉

## ダイシーの「硬性憲法・軟性憲法」論について

石澤 淳好

### 目次

- I はじめに
- II ダイシーの「硬性憲法と軟性憲法」論について
- III ダイシーの誤解?
- IV おわりに

### I はじめに

憲法学の基礎理論においては、憲法の性質等を基準として憲法を分類することが行なわれている。その分類方法の一つに「硬性憲法と軟性憲法」というものがある。

「硬性憲法・軟性憲法」という分類については、J、ブライス (James Bryce, 1838-1922) によって最初になされ、はじめはオックスフォード大学の講義において、後に著書において主張されたものである。<sup>(1)</sup>ブライスは、オックスフォード大学の「ローマ法および民法」の欽定講座の教授 (Regius Professor) であり、従って、今日的な意味では必ずしも専門の憲法研究者とはいえない立場にあったといえよう。<sup>(2)</sup>しかし、ブライスの無二の親友に、イギリス憲法学の泰斗と言われているA、V、ダイシーがいたのである。そのことはダイシー自身認めており、その著『憲法研究序説』<sup>(3)</sup>において「硬性憲法・軟性憲法」について述べていることから、二人の間には何らかの影響があったという事が容易に想像することが出来るのではないだろうか。

そこで、本稿では、イギリス憲法学においてこの問題がいかに取り扱われていたのかということについて、ダイシーの主張する「硬性憲法・軟性憲法」論を通して、憲法学的に「硬性憲法と軟性憲法」という分類の意味および意義について明らかにしていくことにす

る。

### II ダイシーの「硬性憲法・軟性憲法」論について

ダイシーは、「硬性憲法・軟性憲法」について、『憲法研究序説』の第1編第2章において述べている。

#### 1. 軟性憲法について

「『軟性』憲法とは、その憲法下ではどのような種類であれ、あらゆる法が、法的に、一つの同じ機関によって、同じ容易さで、同じやり方で変更できるものをいう。われわれの憲法の『軟性』は、国王と両院がどのような法であれ、それを修正し廃止する権利をもつことにある。」<sup>(4)</sup>

ここでダイシーは、軟性憲法の特徴として、①憲法と他のあらゆる法を同等なものみなすことができること、②その改正 (変更) について、同一の機関で同様な方法及び容易さで行なう事ができること、③そのような廃止・変更する権利を、国会と国王が持ち得ることをあげている。続けて次のように述べる。

「われわれにあっては、法が憲法的な法と呼ばれるのは、それが国の基本的制度に関係すると考えられる主題にかかわるからであって、それが法的にみて、他の法に比べ

てより神聖であったり、変更が困難であったりするからではない。そして、事実の問題として、イギリスでは、『憲法的』という言葉の意味はきわめて漠然としているために『憲法的法とか憲法的立法』とかいう言葉は、イギリスの制定法に対し、その性格について明確な説明を与えるものとして適用されることはめったにない。』<sup>(5)</sup>

つまり、憲法とあらゆる法（通常法）とが同等であるから、それらの法の中で国の基本的制度に関係するものを全体として憲法と呼んでいると指摘し、その概念の漠然性を示唆している。また、憲法的な法であるかどうかについては、法の中味が神聖であるとか、変更が困難であるということではなく、法の主題という形式的な点から判断されるとも指摘している。

## 2. 硬性憲法について

「『硬性』憲法とは、そのもとの、一般に憲法ないし基本法として知られる法が、通常法と同じやり方では変更できないものをいう。……憲法の『硬性』は、……国会の側に、それが通常資格で行動する場合に、憲法ないし基本法と呼ばれる特定の法を変更し廃止する権利がないことに存する。硬性憲法のもとでは、『憲法的』という言葉は、法に適用されるとき、まったく特定の意味をもっている。それは、特定の法規が憲法の条項に属し、それは通常法と同じ容易さで、また同じやり方では、法的に変更できないことを意味している。』<sup>(6)</sup>

硬性憲法とは、軟性憲法とは異なり、憲法が一般の法律と同じ方法では改正・変更ができないものであるとし、さらに、憲法とよばれる法の改廃の権利が国会にはないという事であると指摘する。

そして硬性憲法のもとでの「憲法」一般の

性質について、次のように述べる。

「憲法の条項は、疑いもなく、一般に、決して絶対にそうであるというのではないけれども、国家のもっとも重要で基本的な法のすべてを含むものと認められるであろう。しかし、憲法が硬性である場合に、その条項のすべてが最高の重要性をもつことがらに関連していると主張できないことはたしかである。フランスの国会はベルサイユで開会しなければならないという規範は、かつてフランス共和国の憲法の一部であった。このような法規は、實際上いかに重要であるとしても、その性質からみて、憲法的とは決して呼べないであろう。それは、ただそれが憲法の条項の中に含まれているという理由でのみ、憲法的な規定であった。』<sup>(7)</sup>

「憲法」の内容として、国家の基本的な法であることについては、軟性憲法と硬性憲法との間に違いはない。したがって、硬性憲法の場合は、憲法と通常法は性質上異なっている存在であるということをも前提としているということになる。

## 3. 「硬性」・「軟性」という用語について

ダイシーは、「軟性」と「硬性」という用語について、「注」において次のように述べている。

「『軟性』や『硬性』という用語（著者の友人であるブライス卿によってはじめて使われたものである）は、賞讃もしくは非難のいずれの意味も含めることなく、本書全体にわたって使われている。イギリス憲法の軟性と包容力、あるいは、たとえば合衆国憲法のような憲法の硬性と不変性は、それぞれ、種々の批評家の判断に従って、感嘆または非難のいずれかに値する特質であり

えよう。そのような評価には、この著者はまったくかわりをもたない。著者の全体の目的は、軟性憲法と硬性憲法との正確な相違を明瞭にすることにある。一定の政治形態の軟性または硬性が長所であるか短所であるかという問題について、いかなる意見を表明することも著者の目的ではない。」<sup>(8)</sup>

ここで、ダイシーは「硬性と不変性」、「軟性と包容力」を対比させており、それぞれの例として合衆国憲法とイギリス憲法をとりあげ、その特質であるとしている。

#### 4. 軟性憲法と硬性憲法を対比することの二つの問題点

ダイシーは両者を対比することから「二つの興味ある問題」が示唆されるとしている。

「第一に、憲法の硬性はその永続性を確保し、国家の基本的な諸制度に実際的な不変性を付与するであろうか。」という問題である。

この問いに対して、ダイシーは、「歴史的経験はどちらつかずの解答を与えている。」としている。実際はどうだったのであろうか。

「1848年の政治家たちが憲法に与えた不変性によってフランスがかかわることとなった危険は、例外的なものとみられるべきではない。それは、あらゆる硬性憲法に内在する欠陥から生じたものである。変更できない法を作り出す努力は、主権の行使を制約しようとする試みである。したがって、それは、法の文言を国家における真に至高の権力の意思と抵触させがちである。」<sup>(9)</sup>

「憲法に与えた不変性」と「硬性憲法に内在する欠陥」の中味は明示されていない。結論的に、ダイシーは次のように述べている。

「要するに、憲法の硬性は、漸進的な改革を抑える傾向をもつ。しかし、まさにそれが変化を阻止するという理由で、好ましくない状況のもとで、革命を起こさせ、あるいはそれをうながすことがありうるのである。」<sup>(10)</sup>

「第二に、硬性憲法のもとで、違憲な立法に対してとりうる保障は何であるか。」という問題である。この問題に対しては、「違憲の立法を不可能もしくは失効せしめるという観点から憲法制定者によって」<sup>(11)</sup>二つの方法がとられてきたとしている。

一つは、「立法部が違憲な立法を制定することを抑止するために世論の力および政治権力の巧妙な均衡をたよりにすることができる」ということであり、それは「民衆の感情の力へと変形していく道徳的制裁によって違憲の立法に対抗するものである。」<sup>(12)</sup>もう一つは、「裁判所に、立法行為の合憲性を判断し、それが憲法の明文や精神に反するとき、無効として扱う権能を与える」<sup>(13)</sup>ことであるというものである。

第二の問題を解決する場合の方法の最初のものについては、「道徳的」ということであるので感情に訴えることになり、その効果としては実際的なものであるかは期待できそうもないので、解決方法としては十分ではないと思える。したがって、解決方法としては第二のもの、つまり、裁判所による審査というものが、実効的であるのではなからうか。

#### 5. 憲法の優越性について

ダイシーは、『憲法研究序説』第3章で「連邦制」について述べるが、連邦制の本質的特徴の第1に、憲法の優越性をあげている。それは、連邦国家の存在を、憲法から導き出すというものである。次のように述べている。

「行政、立法、司法のすべての権限は、……憲法に従属し、それによって支配されることとなる。」<sup>(14)</sup>

これが、憲法の優越性の原理というのであるが、この原理は、アメリカ人にとっては親しみやすいかもしれないが、イギリス人にとっては必ずしもそうではないとして、次のように述べる。

「イギリスの憲法のもとでは、憲法は『国の最高の法』を構成するものであるという原理（これは連邦制にとって必須のものである）に何らかの現実に類似したところのある原則が認められないという事実からである。われわれは、……基本的とか憲法的とか呼んでもよい法をもってはいるが、われわれにあっては、最高の法、ないしは他の法の効力を審査するような法のごときものは存在しないのである。」<sup>(15)</sup>

この憲法の優越性というものから導き出されるものとして、①「成文憲法」、②「硬性憲法」性、③「憲法は、法的に不変のものであるか、連邦の立法部であれ州の立法部であれ、憲法のもとに存在する通常の立法機関の上に、それをこえるある機関によってのみ修正できるものであるか、そのいずれかでなければならない。」があり、その第二番目が「硬性憲法」性なのである。その内容は、「憲法は、わたくしが『硬性』ないし『非拡張的』憲法と名付けたもの」として前に述べた観念を用いている。<sup>(16)</sup>

また、連邦制の特色として、その保守主義を生み出す傾向があるとしたうえで、その原因の一つに「硬性憲法」性があると指摘する。

「連邦国家の憲法は、……一般に、成文で

あるのみでなく、硬性の憲法、つまり通常の立法の過程では変更できない憲法である。さて、この連邦制度の本質的な硬性は、市民の心のなかに、憲法に含まれている規定はどれも不変であり、いわば神聖なものであるという観念を、ほとんど確実にうえつける。」「憲法を変更することの困難さは、保守的な感情を生み出し、国民の保守主義は、さらに憲法の変更の困難を倍加する。」

さらに加えて、

「連邦憲法はつねに一般的な諸原則を定立し、その原則は、憲法のなかにおかれることから、漸時、迷信的な尊敬を勝ち得るようになり、そこで、理論上はそうではないが、実際上は、変更や批判をうけないよう保護されるということをつけ加えねばならない。」<sup>(17)</sup>

## 6. 憲法の柔軟性について

ダイシーは、「軟性憲法」という用語を直接用いずに、「柔軟性」という用語を用いてイギリス憲法のの特色を指摘しているのである。それは、イギリスの国会主権についてのまとめを検討している部分であるが、次のように述べている。

「イギリスに存在する国会主権には三つの特徴があるといえる。第一に、立法部が、基本的なものであれ他のものであれ、どのような法も、自由に、他の法と同じやり方で変更する権限をもつこと、第二に、憲法と他の法との間に何らかの法的区別が存在しないこと、第三に、国会の法律を無効にしたり、あるいはそれを無効または違憲なものとして扱う権利をもつ、司法的またはその他の権威が存在しないことである。

これらの特徴はすべて、わたくしの友人であるブライス氏が巧みにイギリス憲法の『柔軟性』と名づけた性質を例証するもの

である。そのあらゆる部分が、同程度の容易さでもって、拡大され、縮小され、修正され、廃止されうる。それはこの世におけるもっとも柔軟な政治形態であり、したがって、性質上、その全部もしくはある部分が、ある特別の立法手段によってのみ変更できる『硬性』憲法（ブライス氏の別の表現を用いるならば）とは全く異なっているのである。』<sup>(18)</sup>

この指摘からもわかるように、ダイシーは、イギリス憲法のもつこの「柔軟性」のゆえに、イギリス憲法を「軟性憲法」であるとしているのである。

ダイシーは、イギリスの国会主権について、ド・トクヴィルが「国会は、同時に、立法議会であり、かつ憲法議会である」との指摘から、上記の特徴を導き出している。ちなみに、この指摘についてダイシーは、次のように述べ評価している。

「国会がいかなる法をも変更できるという事実を要約するための便利な方式を提供する。』<sup>(19)</sup>

このことから発生する結果として、国会主権について次の三つの項目が分けられるとする。①「国会が変更しえない法は存在しない。……基本法すなわち憲法的法も、わが憲法のもとでは、他の法律と同じ機関により、同じやり方で、つまり、通常立法部の性格で行動する国会によって、変更されるのである。」②「イギリス憲法のもとでは、基本的もしくは憲法的でない法と、基本的もしくは憲法的である法との間にめだつたまたは明確な区別が存在しない。」（憲法と通常の法律との間に区別はない。）③「イギリスの国会の制定した立法を、それが憲法に反するという理由で……無効であると宣言できる者や機関は、行政部であるか、立法部であるか、司法

部であるかを問わず、存在しないのである。』<sup>(20)</sup>

これらの結果が、イギリス憲法の柔軟性を示しているということであるとすれば、その中心は、すべての部分が特別の仕方ではなく、一般的な仕方に変更可能なのであるから柔軟である即ち軟性憲法ということになる。

### Ⅲ ダイシーの誤解？

Ⅱにおいて、ダイシーの「軟性憲法・硬性憲法」論をみてきたが、いくつか問題になるところがあるように思える。

① ダイシーは、「憲法と通常法との間に区別がないことは、イギリスに成文もしくは制定された憲法的制定法または憲章が存在しないことと密接な関係をもっている。」ということを前提にしている。

ダイシーは、トクヴィルが、「明らかにイギリス憲法の不文性をその本質であるとしている。」としたうえで、「彼は、憲法の形式をその実質的な属性の原因として扱っており、原因と結果を逆転させたのである。彼は、憲法が成文ないし制定法的形式にまとめられていないから、それは変わりやすいと考えたように思われる。』<sup>(21)</sup>

しかし、ダイシーは、「憲法は、そのそれぞれの部分およびすべての部分が国会の意思に従って変わりうるから、決して成文ないし制定法的形式にまとめられることがなかった、と主張する方がはるかに真実に近いのである。」続けて、「国が、変更することができないか、またはともかく特別な困難なしかたではじめて変更できるかのいずれかにすることを意図する憲法のもとで統治されている場合、その憲法は、永久性または不変性という性格をもつよう意図された法にほかならないのであって、それは必然的に、成文をもつて表現され、イギリス的用語を用いると、制定法として制定されるのである。』<sup>(22)</sup>

しかし、この議論は、実質的に、余り実の

ある議論では無いように思える。単なる議論の論証の方法の違いになっているといえよう。

続けて、述べる。

「他方で、すべての法が、法的には等しい容易さまたは等しい困難さをもって変更できる場合、憲法を成文の形式でまとめる絶対的必要性は生じてこないし、さらにははっきりした一連の法をとくに憲法を組成するものとする必要性すらでてこないのである。そこで、イギリスで憲法的諸法律が憲法という名で認められてこなかったこと、また多くの場合、それらが制定法の形式をとらなかつたことの一つの主要な理由は、ある法がいかに重要であっても、あらゆる他の法とまったく同じ方法で制定され、変更されうることになる。」<sup>(23)</sup>

ここにおいても、「絶対的必要性」「必要性」というような漠然としたものであれば、まとめて特に問題はないという事も出来るのではないだろうか。イギリス憲法の硬性化ということがしばしば主張されているのである。1997年のブレアの憲法改革でも裏にはこのような考え方があったのではないかと思えるのである。

② ①と同じようにいうこともできるかと思われるが、成文憲法と不文憲法という分類と、軟性憲法と硬性憲法という分類の関係である。ダイシーの場合、この関係が比較的にあいまいに使われているように読めるのである。従って、両者を厳密に区分する意味については、あまり明確ではないようである。

③ 「軟性憲法・硬性憲法」の分類は、特別の憲法典が存在するのか、しないのか、という点と、憲法の改正が容易であるのか、慎重であるのかという点の二つのポイントになるのかどうかというところの違いであるといえることができる。

④ これらの点について、井口文男教授は、ダイシーがブライスの理解を誤解したのではないかと述べておられるが、はたしてそうなのであろうか。「軟性憲法・硬性憲法」の違いは、特別の権威によって制定される憲法が存在するかどうかだけであるとすれば、それは、「成文憲法」「不文憲法」という分類でよいのであり、別に「軟性憲法・硬性憲法」をとりあげる必要はないのではないだろうか。ブライスがそのように述べているようには思えないのであるが、ブライスの見解については、別に論じることとする。<sup>(24)</sup>

たゞダイシーはブライスの「軟性憲法・硬性憲法」そのまま引用する形でとり入れているのではなく、ダイシーの視点から「軟性憲法・硬性憲法」論を組み立てているのである。

#### IV おわりに

これまで「軟性憲法・硬性憲法」について、ダイシーの観念を通して検討してきた。ダイシーは、イギリス憲法を起点に据えて、外国の憲法状況についてまで言及している。その点では比較憲法の考え方をもっているといえる。そして、その比較をするときの基準の一つとして「軟性憲法・硬性憲法」というものを用いているのである。

しかし、外国の憲法についての分析には、硬性憲法であることによって「厳格性」を採っているのではあるが、イギリスの場合には「柔軟さ」が出ているのであり、「軟性憲法」の「あいまいさ」が「柔軟性」として強調されている。しかし、「軟性憲法」の観念についてもある程度の厳密さが求められているのではないだろうか。

一般的に、憲法の性格を述べる場合、最高法規性、授權法規性、制限法規性などが挙げられているが、それは硬性憲法の場合は当てはまるが、軟性憲法には当てはまらないことは、当然のことではあるのだが、その点の

認識は不十分ではなかったのかと、改めて問われているのである。

前でも述べたが、「軟性憲法・硬性憲法」どちらが良いということではなく、ここではその相違を指摘することが目的である。その際に、ダイシーの見解を通して見たのである。

ただ、憲法改正の容易さ・難しさと、不文憲法・成文憲法とは、相互に固定的に結びつくとは限らないことは、鵜飼信成博士の主張されている通りであることは十分認識しておく必要があるのではあるまいか。<sup>(25)</sup>

また、伊藤正巳博士は、「硬性憲法・軟性憲法」の分類について「成文憲法」の中での細分的な取り扱いをされている。そこにおいてイギリスは「軟性憲法の一つとってよい」と述べておられる。注目できる考え方であろう。<sup>(26)</sup>

- (7) *Ib.*, p. 128.
- (8) *Ib.*, p. 128.
- (9) *Ib.*, p. 130.
- (10)~(13) *Ib.*, p. 130~132.
- (14) *Ib.*, p. 144.
- (15) *Ib.*, p. 145.
- (16) *Ib.*, p. 146.
- (17) *Ib.*, p. 173~4.
- (18) *Ib.*, p. 91.
- (19) *Ib.*, p. 88.
- (20) *Ib.*, p. 88~9.
- (21) *Ib.*, p. 89~90.
- (22) *Ib.*, p. 89~90.
- (23) *Ib.*, p. 90.
- (24) A、パーチエ著、井口文男訳『憲法の硬性と軟性』(2003・有信堂)「訳者あとがき」169~181頁。特に、171、175、177頁。
- (25) 鵜飼信成『要説 憲法』14~5頁(1977)、同『新版 憲法』14~6頁(1980)
- (26) 伊藤正巳『憲法』第3版(1995,2007)(弘文堂)16-19頁。

注

- (1) J・Bryce, "Studies in History & Jurisprudence, (1901), (1968)
- (2) プライスローマ法の教授(英米法辞典)であるとか、民法の教授であるとか邦訳されている。
- (3) A.V.Dicey, "An Intriduction to the Study of the Law of the Constitution "10th, ed (1960)、邦訳伊藤正巳・田島裕共訳『憲法序説』(1983)本稿では多くはこの訳によっているが、一部は筆者が訳し直している。以下、原書のみ注で記載する。  
 なお、ダイシーに関する研究については膨大な先行研究が存在するが、「硬性憲法・軟性憲法」について正面から取り扱っている先行研究はほとんど見出すことができなかったため、本稿では省略する。比較的最近の研究には、たとえば、内野広大准教授の「憲法習律」に関する一連の論文があるし、倉持孝司教授の「イギリス憲法における『憲法上の変更』とそのプロセス」『法律時報』85巻5号86-90頁(2013)、等があるが、正面から「硬性憲法・軟性憲法」を取り上げられてはおられない。
- (4) *Ibid.*, p. 127.
- (5) *Ibid.*
- (6) *Ibid.*, p. 127-8.