

原著論文

軟性憲法と硬性憲法についての再検討 憲法典と憲法秩序の生成(上)

真次 宏典

A Review on the Concept of Flexible and Rigid Constitution in Japan

MATSUGU Hironori

要 旨

軟性憲法と硬性憲法という概念は日本の憲法学においても基礎概念となっている。まず、この概念について、実質的意味の憲法、近代的意味の憲法、立憲的意味の憲法という憲法の諸概念の検討と確認を行う。そして、軟性憲法と硬性憲法という概念が日本憲法学でどのように受容されてきたかを検討し、日本の憲法秩序は、制定後60年以上にわたって「憲法改正」を経験していない憲法典（日本国憲法）と国会の制定する法律以下の憲法附属法によって形成されていることを分析するための理論的基礎作業を行う。

キーワード

軟性憲法 硬性憲法 憲法の概念 憲法秩序

目 次

- I. はじめに
- II. 憲法の諸概念
- III. 日本憲法学における軟性憲法と硬性憲法
- IV. 小結

I. はじめに

軟性憲法と硬性憲法という二つの概念は、日本の憲法学においても基礎概念となっている。近年はマスメディアにおいても、憲法改正論議との関連で、特に硬性憲法がよく用いられている。これら二つの概念については、「憲法改正に法律の制定より困難な重い手続を必要とする憲法を『硬性憲法』、法律の制定と同じ手続でよいものを『軟性憲法』という¹⁾」という定式化が一般的であろう。

ところで、現在の日本国憲法は1946年に制定され、1947年に施行されて以来、2013年の今日まで一度も憲法改正（憲法典所定の手続による憲法典の変更）を経験していない。その意味で極めて硬い憲法（硬性憲法）といえることができる。しかし、国の統治組織の基本的あり方（組織や運営方法）については、憲法典だけでなく、それらを規制する法律によっても規制されている。その具体例としては、国会法、内閣法、裁判所法、国家行政組織法、地方自治法などがあげられる。これらの法律は、国の基本的なあり方についての規制を含む法律である。その限りにおいて、これらの法律は実質的意味の憲法を構成する法規範・法ルールである。実際には、さらに命令、規則、慣行などを加えて、これらを憲法附属法と呼ぶ²⁾。

このように見ると、一口に「憲法」といっても、日本国憲法という成文の一まとまりの法典（憲法典）だけでなく、諸々の法律や命令などの憲法附属法もあわせて一つの法システムとしての日本国憲法体系・憲法秩序が構成されていることがわかる。そのような法システムとしてとらえてみると、日本の憲法秩序は、憲法典（形式的意味の憲法）は全く変わらないが、憲法附属法の制定改廃によって全体としての憲法秩序（実質的意味の憲法）が成立し、かつ生成し続けているといえる³⁾。

この状況は、一方においては憲法96条の手続による憲法典の変更が約70年にわたって一度もないという意味で極めて硬い憲法典が存在し、他方においては憲法附属法の制定により大きな変更を受けている柔軟な憲法が形成されてきているという組み合わせである。いずれにせよ、これは極めて

硬い憲法典をコアとして、生成変化する一つの法システムとなっている。これを「日本国憲法秩序の二層性」と呼ぶことができるだろう。

本論文は、このような状況についての問題整理を試みるために、戦後憲法学の代表的体系書・教科書などの議論を中心に検討を加え、さらに軟性憲法と硬性憲法という概念の提唱者であるJ.ブライスの議論について検討するものである。

II. 憲法の諸概念

「憲法」という語は欧米語のconstitution, Verfassungの訳語である。憲法の意味・分類には多様な種類のものがあるが、ここでは実質的意味の憲法（固有の意味の憲法）、近代的意味の憲法（立憲的意味の憲法）、形式的意味の憲法という三つの基礎概念・分類について検討する。軟性憲法と硬性憲法について論じる議論の前提として、「憲法」という語の用法について確認するためである⁴⁾。

1. 実質的意味の憲法（固有の意味の憲法）

国家や政府の組織原理・組織規範。成文、不文を問わない。「国家あるところ憲法あり」という場合の憲法の意味がこの意味の憲法概念である。この意味の憲法は、憲法典だけに限定されるわけではない。憲法典より下位の憲法附属法と呼ばれる多くの法令のなかにも、実質的意味の憲法といえるべき法規範・法ルールが見出される⁵⁾。

2. 近代的意味の憲法（立憲的意味の憲法）

実質的意味の憲法のうち、近代立憲主義型の組織原理・組織規範を含むもの。成文・不文を問わない。「英国は憲法の母国である」という場合の憲法の意味がこれである。また、近年脚光を浴びている「立憲主義」の基本的意味はこの意味である⁶⁾。なお、「立憲主義」という語は多義的であるが、ここでは、フランス人権宣言（人及び市民の権利宣言）第16条「権利の保障が確かだけでなく、権力分立も定められていないような社会はすべて、憲法をもつものではない⁷⁾。」という定式に示されている意味で

¹⁾ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第3版〕』有斐閣、p.13（2013）

²⁾ 憲法附属法に関しては、大石真『憲法典と憲法附属法』『憲法秩序への展望』有斐閣、pp.3-32（2008）

³⁾ 大石前掲書、p.3

⁴⁾ 小嶋和司『憲法学講話』有斐閣、pp.2-4（1982）

⁵⁾ 大石真『憲法講義I〔第2版〕』有斐閣、p.5（2009）。大石は、『行政改革会議最終報告』（平成9年12月9日）の「この国のかたち」（司馬遼太郎）ということばは、実質的意味の憲法に相当する用法としている。これは妥当な評価だと思われる。

用いる。

3. 形式的意味の憲法

特定の種類の制定法。この意味の「憲法」は成文法に限定される。不文法を含まない。「英国に憲法なし」という場合の憲法の概念がこれである。日常生活での一般的な用語としての「憲法」であり、専門家以外の人々が「憲法」ということばでイメージするものはこの意味の憲法概念であることが大変多いと思われる。

この種類の「憲法」の基準として、小嶋和司は以下のものをあげている⁸。

- (a) 制定法が「憲法 (constitution)」という表題をもつひとまとまりの成文法典 (憲法典) であること。
- (b) 制定法の内容が、国の政治組織の大綱を網羅的・組織的に規定するものであること。
- (c) 制定法の法的権威が他の諸法令よりも高い権威をもつものであること。その制定法の改正手続が通常の立法よりも困難な手続になっているものや、それと抵触する他の制定法の法的効力を否定するもの (以上傍点ママ)。

形式的意味の憲法概念との関連でいえば、戦後ドイツの「ボン基本法」は東西ドイツ分裂という政治状況から、「憲法」という名称を避けたため、

(a) の意味では憲法に当たらない。しかし、その規制内容である (b)、および基本法改正の手続が通常の立法手続よりも困難であることという (c) の意味では形式的意味の憲法である。このように形式的意味の憲法といっても、それ自体が多義的であるから、この意味の憲法という語を一概に語ることはできない⁹。

一個の法典としての「日本国憲法」は、まず国家組織の基本的事項について定めているという意味で1. の「実質的意味の憲法」である。また、その第

三章が「国民の権利及び義務」という表題をもち、基本的人権の保障を定めていること、国の統治権を国会、内閣、裁判所に分割している権力分立型の政府組織を定めていることから2. の「近代的意味の憲法」でもある。そして、3. の基準をあてはめると、(a) 「日本国憲法」という表題をもつ成文の憲法典であり、(b) その内容が国の政治組織の基本を定めていること、(c) さらに憲法98条1項が最高法規性を明確にしていること、81条が裁判所の違憲審査権を確認していることなどから、特別の法的権威をもっている。以上のことから、日本国憲法は「形式的意味の憲法」である。それゆえ、日本国憲法は上記すべての意味の「憲法」である。

ただし、上記3. において述べたように、一般的用語法の「憲法」ということばのイメージとは異なり、上記1.、2. の「憲法」の意味においては、憲法典以外の成文法 (憲法附属法) および不文法が「憲法」を構成する。その意味で日常生活用語と専門用語の間には「ずれ」が存在する。

ところで、実質的意味の憲法の規制事項について大石眞は、英国憲法学における「憲法の範囲」についての議論を参照しながら、下記の12項目を挙げている¹⁰。

- ① 国家元首の選出方法及びその権限
- ② 立法部の構成とその権限及び議員の特権
- ③ 両院の相互関係
- ④ 国务大臣の地位・権限及び国家公務員の身分
- ⑤ 軍隊及びその統制権
- ⑥ 中央政府と地方自治体の関係
- ⑦ 国籍・公民権
- ⑧ 国費の徴収・支出
- ⑨ 裁判所制度、裁判官の身分・職務
- ⑩ 国民の権利保障と限界
- ⑪ 選挙制度

⁶ 立憲主義の概念についての近年の整理として、南野森「立憲主義」南野森編『憲法学の世界』日本評論社、pp.2-14 (2013) 南野論文p.4は、「立憲主義」の語の多義性に着目して、①最広義の立憲主義「政治権力を制限し、正義を実現しようとする思想」。②「最も常識的な、少なくとも日本の多くの論者が用いる意味においては、立憲主義とは、近代主権国家の成立を前提として——したがって公私の領域の区別をも前提として——、その国家権力を憲法 (とくに形式的意味の憲法) によって制限し、そうすることで国民の権利・自由を確保しようとする思想」。③最も狭い意味 (最狭義) においては、上記②の思想に基づいて、それを実効的に担保するために、とくに違憲立法審査の制度・機関を設けるべきであるという思想」と整理している。本論文で用いる「立憲主義」の語はもっぱら②の意味である。

⁷ 訳文は、高橋和之編『[新版] 世界憲法集 [第2版]』岩波書店、p.341 (2012) (高橋和之訳) によった。

⁸ 小嶋前掲書pp.3-4

⁹ 小嶋前掲書pp.4-5は、1848年サルジニア「憲法」(内容は憲法に該当するが、表題と法的権威は該当しない)、1809年スウェーデン「憲法」(憲法典以外の法律として国会法、王位継承法、出版の自由に関する法律を「基本法」としたが、これらの法律に通常の立法とは異なる法的権威を認めた。それゆえ、それらの法律は表題と内容に関しては憲法ではないが、法的権威においては形式的意味の憲法となる) を具体例としてあげている。

¹⁰ 大石前掲書pp.4-5

⑫憲法改正手続など

成文の憲法典を持たない英国憲法学においては、学問の対象としての「憲法」の範囲(規制事項)が問題とならざるをえない。上記の規制事項は、「統治機能の分配及び行使と統治諸機関の相互関係又はそれらの個人に対する関係を規律する規範¹¹⁾」という基準によってまとめられる。ここで示された憲法の規制事項は、これまでに述べた実質的意味の憲法概念の規制事項に該当し、権利の保障と権力の分立を定めた近代的意味の憲法概念も包含している。

また、憲法の規制事項に何が含まれるかも国によって若干の違いがある。例えば、現在の西側諸国を見ると、フランス憲法典においては、その第1条は共和国という政体、第2条では国語、国旗国歌、標語、原理が規定されている。また、スペイン憲法典では、第3条が公用語、第4条が国旗、第5条は首都が規定されている。しかし、これらはいずれも日本国憲法には規定されていない事項である。わが国では、例えば国旗国歌法のような法律によって規定されているか、あるいは明文の法令による規定をもたず、慣習的に定まっているものもある。このような事項を規定する憲法規範・ルールを憲法の主要法源の問題として大石は、①憲法典、②憲法判例、③憲法附属法、④自律的規則、⑤条約、⑥条理などをあげている¹²⁾。

このように、実質的意味憲法の規制事項については、わが国の憲法典である日本国憲法が直接規定している事項もあれば、憲法附属法によって規制している事項もあるという差異が存在する。しかし、実質的意味の憲法として憲法典と憲法附属法をとらえれば、日本の「憲法」は西側諸国と基本的に同じ規制内容をもっている。

Ⅲ. 日本憲法学における軟性憲法と硬性憲法

軟性憲法と硬性憲法という概念は、20世紀初めの英国において、J.ブライスが提唱したものである¹³⁾。これは本来、成文憲法と不文憲法という伝統的な

分類法が不正確で混同を招きやすいとして、それらに代わる分類用の概念装置であった。その際、ブライスは、成文法か不文法かについては不問とし、実質的意味の憲法を前提として、この軟性憲法と硬性憲法という区別を構築した¹⁴⁾。諸国の憲法を分類し、憲法のあり方を分析するためには有用性をもつ概念である。

ところで、この概念の使用法と意味内容について、わが国では大別して二つの傾向が存在する。一つは、ブライスとは異なり、成文憲法、特に憲法典を前提として、その改正手続が通常の立法よりも困難であること(困難にされた可変性)にその意義を見出していくものである。もう一つは、ブライスによりながら、成文および不文の実質的意味の憲法を前提として、その憲法の特性に言及するものである。言い換えるならば、ブライス提唱の概念について、ブライスの用語法を意識的、あるいは無意識的に捨象するものと、ブライスの用語法についての意識を保つものとの二つの傾向に大別されると言ってもよい。以下では、わが国の代表的論者について検討していくこととする。

まず前者の傾向から検討していきたい。これらの概念について、芦部信喜は、「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)が普通¹⁵⁾」として、成文の憲法典を前提として、改正手続がより困難にされていることを特質とするという意味で硬性憲法の語を用いている。その上で、この硬性憲法が立憲主義の憲法の常態ととらえている。さらに、軟性憲法については「通常の立法手続と同じ要件で改正できる憲法を軟性(flexible)憲法という¹⁶⁾」としている。ここでは、軟性憲法と硬性憲法の差異は改正手続の要件の差異に還元されているのである。次に、佐藤幸治は「制定された憲法典に他の成文法に優る権威を認め、通常の立法とは異なる特別の手続によるのではなければ変更できないとされるものを硬性憲法といい、そうではない憲法は軟性憲法と呼ばれる(軟性憲法は、元来不文憲法も含めた

¹¹⁾ 大石前掲書p.4

¹²⁾ 大石眞『憲法講義I〔第2版〕』有斐閣、(2009) p.7さらに、同書pp.8-14の記述も参照されたい。

¹³⁾ James Bryce, "Flexible and Rigid Constitutions," *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press, 1901. pp.124-213.

¹⁴⁾ Bryce, Ibid., pp.127-128.

¹⁵⁾ 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔第5版〕』岩波書店、p.6 (2012)

¹⁶⁾ 芦部前掲書p.7

¹⁷⁾ 佐藤幸治『日本国憲法論』成文堂、p.22 (2011)

観念とされる)¹⁷⁾としている。ここでの概念の用い方は、芦部と基本的に同じである。ただし、佐藤の場合、不文憲法も視野に入れていること、そして上記引用部のあとにJ.ブライスの軟性憲法と硬性憲法概念についての言及があるので、注意が必要である。この点については後述する。

そして、高橋和之は、「実質・形式の区別のより重要な意義は、形式的意味の憲法が国法体系の中で最高位の、最も強い効力を持つことにある。これは憲法という形式に与えられる効力であり、『形式的効力』と呼ばれる¹⁸⁾とした上で、「憲法を憲法典として制定する大きな理由は、この形式的効力の最高性にある¹⁹⁾としている。「形式的効力」に着目し、それを強調した議論である。ここでは「憲法改正に法律の制定により困難な重い手続を必要とする憲法を『硬性憲法』、法律の手続と同じ手続でよいものを『軟性憲法』と言うが、……人権保障のような国の政治の重要なルールは、形式的意味の憲法に規定し、安易な改正から保護しようとする²⁰⁾という用語法が採られている。この議論は、人権保障の重要性を憲法典の「形式的効力」に接合させて、憲法典と人権保障を法律の手続による可変性、そして立法者である国会から遠ざけて保護しようとするところに特徴がある。さらに、長谷部恭男も「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、通常法律同様の手続で改正する場合、軟性憲法と呼ぶ²¹⁾と、この部分に関しては基本的に高橋と同様の定義である。ただし、先の佐藤幸治と同様にブライスへの言及があるので目配りは効いてい

るが、それは「硬性憲法」の項目で、「改正手続による区分」の見出しの箇所、二つの概念の起源としてあげられているにとどまる。

ここまでみた用語法は、軟性憲法と硬性憲法という概念を、憲法典の改正手続の困難性から規定して用いるものである。これはブライスの分類基準としての用語法である「憲法が国家の通常法律、および、それを制定する通常の権威に対して持つ関係²²⁾というものから離れてしまっている。

このような用語法の成立には、いくつかの背景があるのだろう。まずひとつには、戦前からのドイツ公法学の影響が考えられる。代表的な論者としてのゲオルグ・イエリネックは両概念の差異を改正手続の困難性から定義した²³⁾。戦前からのイエリネックを含むドイツ公法学の影響は大きく、戦後の憲法学にとっても大変親しみやすいものであった。また、戦前の大日本帝国憲法(明治憲法)以来の伝統として、憲法=成文憲法(憲法典)という堅固な意識からも、憲法の分類として成文憲法を前提とした用語法に接近しやすい土壌があったともいえる。しかし、ここで特筆すべきは、戦後の大家であった宮沢俊義の影響である。宮沢は、『憲法[第5版改訂版]』の「成文憲法」の「改正」の部分において、形式的意味の憲法を前提としながら、「通常立法手続によって改正できる成文憲法は、flexible constitution(しなやかな憲法または軟性憲法)と呼ばれ、これに対して、通常立法手続よりも鄭重な手続によってのみ改正される成文憲法は、rigid constitution(かたい憲法または硬性憲法)と呼ばれる²⁴⁾とした。宮沢の転用は意図的意識的なも

¹⁸⁾ 高橋『立憲主義と日本国憲法』p.12

¹⁹⁾ 高橋前掲書p.13

²⁰⁾ 高橋前掲書p.13

²¹⁾ 長谷部恭男『憲法[第5版]』新世社、p.21(2011)

²²⁾ Bryce, Ibid., p.7.

²³⁾ ゲオルグ・イエリネック(芦部信喜・阿部照哉ほか訳)『一般国家学』学陽書房、pp.431-434(1976)

²⁴⁾ 宮沢俊義『憲法[第5版改訂版]』有斐閣、p.17(1973)

²⁵⁾ 小嶋前掲書pp.13-15

²⁶⁾ 宮沢におけるこのような転用の例は他の場面にもある。それは、1791年のフランス人権宣言に関連しての「憲法」の概念規定についてのものである。宮沢は、「ここで、成文憲法は、かならず権利宣言を伴うという慣行が成立した。右に引かれた1791年のフランスの『宣言』が、『すべて権利の保障が確保されず、権力分立が定められていない社会は、憲法をもつということができない』(同16条)といっているのは、これを示す。」(小嶋前掲書p.6)としている。これは、フランス人権宣言16条のいう「憲法」が近代的意味の憲法(立憲の意味の憲法)であるのに、これを成文憲法(憲法典)と解釈を加え、さらにその規制事項(内容)についての要求として規定するという技巧である。これが戦後の憲法学に大きな影響を与えたことは否定できないであろう。小嶋は、この宮沢の記述を「見事な誤解と混用が、以後の教科書作者たちによってどれほど多く追従されたことか」(小嶋前掲書p.6)と嘆じているが、この宮沢の記述の背景には日本国憲法と立憲主義を戦後日本社会に定着させたいという一つの意図が存在していると見ることができるとは思われる。過度の一般化は避けねばならないが、意図的意識的な読みかえが存在していると見ることが確かであろう。そして、このような意識は軟性憲法と硬性憲法の概念の使用における硬性憲法への偏重とその前提としての成文憲法典(日本国憲法)への無意識レベルでの執着に基づいていると思われる。

のであったが、これが戦後の憲法を巡る議論に与えた影響は大変大きなものであった^{25, 26}。

これに対して、ブライスによりながら軟性憲法と硬性憲法という概念を使用する例も少数であるが存在する。小嶋和司は『憲法概説』において、ブライス提唱のこの分類が、ブライス以後四種類の異なる意味をもつことを整理している(同書において小嶋はflexible constitutionの訳語として「軟憲法」、rigid constitutionの訳語として「硬憲法」という語を使っているので、以下の標記はそれによる)。彼によれば、第一の用法はブライス説であり、古代ローマや英国など古いタイプの憲法は自然的生成の結果としてとらえられる。これらは、形式的に見れば成文、不文の両方を含み、法的権威が通常法律と同じで、通常の立法手続によって変更される。このタイプの憲法は「その時々々の国政の必要に柔軟に適応するところに特色を持ち、緊急時に曲げられたり変えられたりすることもあるが、やがて正常に復するから、これを『柔軟な憲法(flexible constitution)』と呼ぶを適当とする²⁷。」と明確に説明されている。これに対して、アメリカ合衆国など新しいタイプの憲法は、意識的な制定行為の所産であり、成文法の形式を取る。この場合、その制定者は通常の立法者より高次の存在であり、その制定法としての憲法は通常法律より高い権威を有しているため、通常法律がこれに抵触、違反することは許されない²⁸。この新しいタイプの憲法は「通常の立法では撓めることもできず、変更は恒久的となる。その規制の境界線(line)が、hard and fixedであることに特色があるとして、『たわめ得ない憲法(rigid constitution)』と名づけた²⁹。」とこれもまた明確に説明している。

小嶋によれば、ブライス以降、軟性憲法と硬性憲法の概念の使用は、変化を被ることとなった。第二の用法として、変更手続(憲法改正手続)のみを取り出して、通常の立法手続で変更しうるものを「通常の立法手続によって変更しうるものを『軟憲法』、それによっては変更しえないものを『硬憲法』とす

る論者³⁰」としてG.イェリネックをあげている。そして、第三、第四の用法は日本憲法学の例があげられている。第三の用法は、先に見た宮沢俊義『憲法略説』の、分類対象を憲法典とし、分類基準を形式的効力とした例をあげている。第四の用法はこれも宮沢の『憲法[第5版]』の改説(?)後の表現である、先に引いた「通常の立法手続で改正できる成文憲法は、flexible constitution(しなやかな憲法または軟性憲法)と呼ばれ、これに対して、通常の立法手続よりも鄭重な手続によってのみ改正されうる成文憲法は、rigid constitutionと呼ばれる」という例をあげている。ここにおいて、日本憲法学の軟性憲法と硬性憲法の用法の基本型を構築したのは宮沢俊義であることが明らかにされている。

このようなブライスについての意識は先に見た、佐藤幸治にも見られる。佐藤は、ブライスが軟性憲法と硬性憲法という概念において問題にしようとしたのは、「国家が時代環境の変化に柔軟に対応しうる能力に富んでいるかどうかであった³¹。」として一国の安定性・永続性に作用する要因、「この国のかたち」の変化と安定性・永続性についての政治的な意識が念頭にあるようである。

以上に見てきたように、日本での軟性憲法と硬性憲法の差異は、成文憲法(憲法典)を前提として、その「困難にされた可変性」に還元されるのが一般的なのであろう。わが国においては、一般的な憲法論としてはそれで十分だったのだと思われる。その背景には、明治憲法以来の憲法典そのものへの固執と憲法典の安定性への希求があったと思われる³²。憲法イコール憲法典であり、ひとたび成立した憲法典については、その不可変更性がイコール安定性であること。そして、それが当然のこととされる見方は、戦前からわが国の憲法についての基本的なイメージとして存在している。

²⁷ 小嶋和司『憲法概説』良書普及会、pp.14-15(1987) なお、成文憲法典にもこのタイプに属するものとして、1848年サルジニア憲法、1854年南アフリカ連邦憲法の例をあげている。

²⁸ アメリカ合衆国憲法は、日本国憲法のような違憲審査制を定めた条文はもっていない。1801年のマーベリー対マディソン事件における連邦最高裁判所判決によって司法裁判所に違憲審査権(法令の合憲性審査権)が存すると判示された。

²⁹ 小嶋前掲書、p.15

³⁰ 小嶋前掲書、p.15

³¹ 佐藤前掲書、p.22

³² 小嶋、前掲書pp.288-289は戦前からの憲法学が憲法典そのもの、そしてその安定性に固執したことを論じている。

IV. 小結

これまで日本憲法学の代表的な体系書・教科書などの中から憲法の諸概念について確認し、さらに軟性憲法と硬性憲法という二つの概念についての言及例について検討してきた。そこでは、様々な要因から成文の憲法典を基礎に考える思考法が成立してきたこと、軟性憲法と硬性憲法という二つの概念を提唱したブライズ説の受容の影が薄いことなどをみてきた。さらに、成文憲法としての憲法典中心の思考は、どうしても硬性憲法への志向を強めてしまう。反面、憲法附属法などによる実質的意味の憲法とそれによる憲法秩序の生成についての意識が希薄になってしまうことは、問題点として意識されるべきである。

現実の戦後日本の憲法体系・憲法秩序は、コアとしての憲法典である日本国憲法とその他の憲法附属法によって生成されてきた。これを「日本国憲法秩序の二層性」と呼ぶこともできよう。そのような「日本国憲法秩序の二層性」は、一方においては日本国憲法96条1項の定める憲法改正国民発議の要件の困難性（衆参各議院の総議員の3分の2以上の賛成）による「極めて硬い憲法典」があり、他方においては56条、59条が定める各議院の過半数によって成立する法律以下の憲法附属法による「大変軟らかい憲法秩序」が生成しているものとして位置づけることができる。

このような状況は「解釈改憲」としてネガティブに受け止められてきた。しかし、終戦直後の荒廃状況からの復興と発展は、それを支えた日本国民の大きな努力の賜物・成果であるが、その環境を提供したのは日本国憲法とその下の憲法秩序であるといつてよい。そうみるならば、「解釈改憲」も、立憲主義的な要素の維持などの留保は必要であるが、相対的にはポジティブにとらえ直されて良いのではないだろうか。

また、このようなアプローチは実質的意味の憲法概念を中心におくものであるから、「憲法典の相対化」とも受け取られよう。それは解釈改憲による日本国憲法の空洞化を正当化するものとも受け取られるかもしれない。しかしながら、憲法的秩序を成文の憲法典に集中しすぎて考察することは、憲法理論的には視野が狭すぎる。また、現実の憲法秩序に関する現象を考え、分析する際には偏りすぎているのではないか。

次では、軟性憲法と硬性憲法という概念の提唱

者であるブライズの議論を検討しながら、「日本国憲法秩序の二層性」について探求していくための基礎理論を明らかにしていきたい。