

日本の憲法学におけるカール・シュミットの継受 (1)  
—黒田覚と大西芳雄—

古賀敬太\*

**The Reception of Carl Schmitt in the Japanese  
Constitutional Theory (1)**  
— Satoru Kuroda and Yoshio Onishi —

Keita Koga\*

**Abstract**

This article intends to analyze how Satoru Kuroda, a distinguished constitutional scholar, interpreted Carl Schmitt's constitutional theory (Verfassungslehre) and adopted it to the diagnosis of the Meiji Constitution and Japanese Constitution.

Especially in Carl Schmitt's constitutional theory, we pay attention to Carl Schmitt's superlegal constituent power and constitutional emergency power.

From the late 1930's, he began to lecture constitutional theory at Kyoto Imperial University. He at first attempted to limit the enormous and unlimited legal power of Emperor. But in the process of wartime system and total mobilization, which was seen in the National Mobilization Act (1938) and the movement of Great Politics Party (1940), he regarded Japan's critical condition as the normalization of exception and legitimized the interference in the liberty and rights of subjects. Moreover he criticized the liberal and constitutional thought as old-fashioned ideology and attempted to absorb the rights of subjects into the integration of state.

But after the world war II, he accepted and legitimized the radical transformation from imperial sovereignty to the sovereignty of people by appealing to the theory of Schmitt's constituent power.

He emphasized the legitimacy of constituent power and insisted that constituent power itself is not factual will, but is restrained by the legitimacy or the concrete order.

**キーワード**

カール・シュミット、憲法制定権力、緊急権、国体、佐々木惣一、宮沢俊義

---

\* こが けいた : 大阪国際大学基幹教育機構教授 (2019. 9. 19 受理)

本研究は、シュミットの憲法論の影響を受けて独自の憲法学を打ち立てた黒田覚（1900-1990）と大西芳雄（1900-1975）の憲法思想を当時の日本の政治的状况を踏まえて、彼らがシュミットをどのように継承していったか、特にシュミットの「憲法定権力論」と「緊急権理論」に焦点をあてて論じることとする。まず本稿では、黒田のシュミットの憲法論の継受を取り扱い、次号において大西のシュミット継受を考察することとする。

## I 黒田覚のプロフィール

黒田覚は、1923年に森口範治（1890-1940）を指導教授として大学院で研究し、1925年に京都帝国大学法学部の助教授となり、1927年から1930年まで文部省在外研究員として渡欧した。彼は留学以前からケルゼンの純粋法学に惹かれ、留学中もケルゼンと個人的な親交を結んでいるが、同時に留学中にシュミットの一連の著作に触れている。『独裁』（1921年）、『政治神学』（1922年）、『現代議会主義の精神的状況』（1923年第一版、1926年第二版）、『政治的なものの概念』（1927年、第一版）、『憲法論』（1928年）などである。黒田は帰国後、ケルゼンの純粋法学から離れ、自らの憲法学の理論的支柱をシュミットに求めるようになる。

黒田は、1933年滝川事件によって京都大学法学部助教授を辞職し、立命館大学教授になった。この時、文部省の措置に抗議して佐々木惣一初め7名の教授、黒田を含む5名の助教授が辞職した。彼は当時のことを回想して、『中央公論』に「京大事件に際して」を寄稿し、京大法学部の学問の自由、大学の自治に対する信念について次のように述べている。

「法学部の諸教授は多く自由主義者であり、国家主義者もある。法学部澤柳事件以後の伝統に従って、大学の自治、学問の自由のために起とうとしたのだ。此事は、森戸事件の際にも敢然として立って、同教授の弁護のために尽くし、また、学連事件の際にも長論文を発表して、大学における自治、自由の本義を鮮明にした佐々木博士の態度を見ただけで、十分に納得の行くことだ。学問の自由、大学の自治の問題に関しては、京大法学部は恐らく他の何れよりも最も良心的である。哲学の田辺博士は、法学部は京大の良心だと云われたとのことだが、この言葉は、何等の割引も必要としない。これは、その学問が法律学であるという故もあろうが、それにもまして、学問の自由、大学の自由を尊重するという伝統の然らしむ所である。」<sup>1)</sup>と述べている。

黒田は一年後の1934年に佐々木惣一の説得を受けて、京大に復帰し、京都帝大で憲法学を講じた。黒田は、日本が日中戦争の勃発により、戦時体制に移行していくなかで、1938年の国家総動員法を支持・正当化したり、1940年の大政翼賛会運動にコミットするようになる。そのこともあり、1946年には、GHQの教職・公職追放の圧力を受け、京都大学を退職している。しかし彼は、日本国憲法の制定過程において、また新憲法が制定された後も、公に自らの意見を発信し、著作を執筆し続けたのである。

黒田のカール・シュミットに関する論考は、「議会主義の社会的限界」（京大決別記念論文集、1933年）、「主権の独裁と主権」（『法学論叢』、1935年）、「主権概念の正当性」（『法学論叢』、1936年）、「憲法定権力論」（『佐々木惣一記念論文集』、1938年）、「カール・シュミット」（『二十世紀思想八巻一全体主義』、1939年）などである。<sup>2)</sup>

須賀によれば、黒田がシュミットに取り組んだのは1933年から1939年までの7年間で、そのテーマは議会制論、政治的なものの概念、主権・憲法制定権力論の三つの問題領域であった。<sup>3)</sup> 宮本は、シュミットと黒田との関係において、以下のように述べている。

「シュミットと黒田は、世界レベルで見ると相似た側面を持っている。概念法学に対する方法的自覚をもってする対決、自由主義的議会主義の同時代における無力性の認識と強力な国家体制の要請、対外的に一定の広域内における指導的国家の必要性の主張、1940年代中葉に崩壊する日・独国家体制の形成過程における権力集中と同質性の創出の法的正当化をなしていることである。」<sup>4)</sup>

しかし本報告で取り扱う黒田の著作は、彼のシュミット論に触れることはあるものの、基本的に彼の主要な著作や論考、例えば、「憲法制定権力論」、『日本国憲法論（上）（中）』（弘文堂、1937年）、『国防国家の理論』（弘文堂、1941年）、そして戦後の『新憲法解説』（1947年）である。<sup>5)</sup>

こうした書物を通して、黒田覚がシュミットの重要な憲法学説である憲法制定権力論をどのように継承し、戦前のファシズムの時代において大日本帝国憲法とどのように向き合い、憲法学者として生きてきたのか、また彼が、戦後日本国憲法をどのように受け止めたかを考察することにする。

## Ⅱ 黒田の憲法制定権力論

### （1）憲法制定権力論

ここでは、黒田がシュミットをどのように読んだかを、特に彼の憲法制定権力論を中心に議論することにする。

黒田は、1938年に『佐佐木博士還暦記念一憲法及び行政法の諸問題』に「憲法制定権力論」を寄稿している。この論考の中で黒田は、19世紀の国家法人説が憲法制定権力を抹殺してきたことを批判する。畢竟、国家法人説は、君主主権と国民主権の対立を調停するために案出されたものである。黒田は、この国家法人説を批判し、憲法制定権力論を導入した点でシュミットを高く評価する。

この点で、黒田の憲法学のスタンスが、自由主義的立憲主義のパイオニアであった美濃部達吉や佐々木惣一の国家法人説と決別していることは明らかである。

しかし、黒田はシュミットの憲法制定権力論に対して留保を付していた。彼は、シュミットの憲法制定権力が事実的意思に基づいており、正統性の契機が欠如していることを批判するのである。

「最近の国法学において憲法改正権力を復活させたのが、シュミットである。私の『日本憲法論』は、このカール・シュミットの憲法制定権力の観念から重大な影響を受けている。『日本憲法論』においても、憲法制定権力の観念は、全体としての理論体系の礎石となるものである。しかし、私の憲法制定権力論は、次の点において、カール・シュミットのそれと異なっている。カール・シュミットの憲法制定権力の観念は、なんらの正当性の基礎をもたない『存在的意思』である。これは規範の体系を存在の中

に解消したものである。」<sup>6)</sup>

つまり黒田にとって、憲法制定権力は、事実的意思であると同時に、正統性の契機を含んでいるものであり、法規範体系の妥当性の根拠は、事実的意思ではなく、それによって担われる正統性でなければならなかった。

また黒田は、憲法制定権力の発動の形式が「歓呼」(Akklamation)であることに違和感を覚えた。

「カール・シュミットは、憲法制定権力の主体としての国民の概念においては、別個の疑問を持つ。彼に従えば国民の直接の意思表示の自然的形式は、群衆の肯定ないし否定の歓呼である」<sup>7)</sup>と述べている。

ここで大日本帝国憲法における憲法制定権力の主体とその正統性の問題に触れておく。

黒田は、『政治神学』の中でシュミットが、「主権者は例外状況について決断するもの」であるとする主権の定義と『独裁』における主権の定義が異なっていることを批判した。『独裁』では、主権者と独裁者が区別されているが、『政治神学』においては区別されていないというのである。黒田は、『独裁』における主権の定義を採用し、主権と憲法制定権力は同一であると主張する。君主制において主権者＝憲法制定権力の担い手は君主であり、民主制においては国民である。黒田が主権と憲法制定権力を同一視したことは、大日本帝国憲法の解釈において、重要な意義を持つに至った。

大日本帝国憲法第1条の規定「大日本帝国は、万世一系の天皇、これを統治す。」は、黒田によれば、憲法制定権力の担い手としての天皇に関する規定であり、国体的規定である。これは、変化しないものである。それに対して、憲法第4条の「天皇は国の元首にして統治権を総攬し、この上記の規定により、これを行う。」は、「憲法によって構成された権力」としての天皇に関する規定であり、政体的規定である。このように黒田は、国体と政体を区別し、国体は変化しないが、政体は変更可能と解釈することによって、天皇主権を認めつつも、政体的規定、つまり「憲法によって構成された権力」としての天皇の権限に対する立憲的制約を試みた。第73条の憲法改正によって「国体的規定」は変更できないが、「政体的規定」は変更可能である。黒田は自らの解釈の意図を次のように説明している。

「憲法制定権力の観念は、憲法制定権力と組織化された権力を分離せしめることによって、立憲主義政治機構の君主の権力行使に対して与える制約性は、決して君主主権そのものの侵害ではなく、この制約自体が君主の憲法制定権力に基づくものであり、したがって一方において政治的統一の究極の基礎が君主自体に存し、他方政治的統一の最後の決断者が君主であることを明らかにしうるからである。」<sup>8)</sup>

## (2) 憲法改正の限界

それでは、4条以下の政体的規定のすべては、憲法改正によって変更可能であるのか。通説はそうであると考えますが、黒田はそうは考えない。黒田にとって憲法の立憲主義的部分は、改正に限界があるのである。彼は、第1条から3条の国体的規定のみならず、第4条以下の立憲主義的規定は憲法改正に限界があると主張する。

「帝国憲法制定の精神から見ても、また帝国憲法上諭中の文言から見ても、立憲主義的憲法の根本原則を破壊するような改正が予想されていると解釈することはできない。

---- けだし、第73条の方法によって、第4条以下の規定の全部的廃止の場合を想定すれば、それは実質的には憲法の廃止（Verfassungsbeseitigung）と異なる所がないからである。---- 憲法上諭は、帝国憲法の立憲主義的憲法としての根本的性格を変更せしめるような改正を許さないものと見なければならぬ。---- 帝国憲法第二章中の臣民の権利義務に関する諸規定に就いては、その改正は予想されるが、唯全体として、国民の自由の保障・保護を全然否認するような立場からの改正は許されないものと見ねばならぬ。けだし国民の自由の保障・保護は、立憲主義的憲法の一大眼目を構成する者だからである。」<sup>9)</sup>

憲法の上諭の第三段には、「朕は我が臣民の権利及財産の安全を貴重し及び之を保護し此の憲法及法律の範囲内に於いて其の享有を完全ならしむべきことを宣言す」とあるのである。<sup>10)</sup>

### （3）非常事態と緊急権

黒田は、大日本帝国憲法における「憲法の廃絶」（憲法制定権力の変更、Vernichtung）も「憲法の除去」（同一の憲法制定権力による新憲法の制定、Beseitigung）も共に否定し、憲法改正の限界を指摘した。それでは黒田は緊急権による「憲法の破毀」（Durchbrechung）についてはどのように考えていたのであろうか。この点に関して黒田は、『日本国憲法論』の第一章第五節「帝国憲法の構造」において詳細に論じている。

緊急事態において、帝国憲法のどの条項が破毀ないし停止を受けるのであろうか。

帝国憲法の「緊急事態」を定めた条項は、第8条の緊急勅令、第70条の緊急財政処分、第14条の戒厳令、そして第31条の非常大権である。以下、その条項を列挙しておく。第8条「天皇は公共の安全を保持し又は其の災厄を避ける為に緊急の必要に由り帝国議会議閉会の場合に於いて法律に代わるべき勅令を発す。（第一項）この勅令は次の会期に於いて帝国議会議に提出すべし。若し議会議において承諾せざる時は政府は将来に向て其の効力を失うことを公布すべし。（第二項）」

第70条「公共の安全を保持する為緊急の需用ある場合に於いて内外の情形に因り政府は帝国議会議を招集すること能わざるときは、勅令により財政上必要の処分を為すことを得。（第一項）前項の場合に於いては次の会期に於いて帝国議会議に提出しその承諾を求むるを要す。（第二項）」

第14条「天皇は戒厳を宣告す。（第一項）戒厳の要件及効力は法律を以て之を定む。（第二項）」

第31条「本章（第二章）に掲げたる条規は戦時又は国家事変の場合に於いて天皇大権の施行を妨げることなし。」

黒田は、以上の4つの緊急権を二つのジャンルに区別している。つまり第8条と第70条は、帝国議会議が閉会中ないし招集できない場合であり、第14条と第31条は、議会議が開会中であっても発動される緊急権規定である。それでは、第14条の「戒厳令」と第31条の違いはどこにあるのだろうか。

黒田によれば、戒厳令は主に治安維持の軍事的行動で、行政権や司法権の軍事司令官への移管が行われ、臣民の自由の制限が法律によらずして行われる緊急権である。それに対

して第31条の非常大権は、今まで挙げた三つの緊急権では解決できない「高度の国家的危機を予想し、その克服のための方法を規定しているとみられ、従ってその危機は戦争・内乱を契機として生じる一切の危機」を克服するものとして規定されてある。その際単に第二章の自由権の規定が停止されるのではなく、第二章中のその他の立法事項も停止され、行政的措置のみならず立法的機能も行政の権限に移行することによって、幅広い憲法の破壊が行われるのである。この第31条の非常大権を説明する際に黒田はワイマール憲法第48条2項を持ち出している。この条項の解釈における通説は、大統領の措置(Maßnahme)のみならず法律に代わる「緊急命令」(Notverordnung)を認めることであった。問題は、どこまで憲法条項が破壊されるかである。黒田は、ワイマール憲法第48条第2項に列挙されている7つの基本権しか停止されえないとして、「憲法の不可侵性」の教説(Untastbarkeitslehre)に立つアンシュツツやグラウに対して、第2項の自由権規定のみならず、他の憲法条項も破壊されると説くシュミットに依拠して、非常大権を解釈している。<sup>11)</sup>

しかし、黒田は「非常大権」も法的制度であるので、「国家緊急権」のように無制限ではありえないと結論づけているが、その範囲は明らかではない。後に黒田は、国家総動員法との関係において「非常大権」の特質に再度言及することになる。

#### (4) 国体イデオロギー

ここで問題になるのは、第3条の「天皇は神聖にして犯すべからず」の黒田の解釈である。この条項の解釈は、美濃部達吉のように天皇の法的無答責性と解釈する憲法学者と文字通り、天皇の神性を肯定する憲法学者に分かれている。<sup>9)</sup>

黒田はこの問題に関しては折衷的で、「第一条との関連では、国家権力の正当性の基礎としての万世一系の天皇の絶対的神的性格が表現されて、第四条との関係では、立憲君主国家における同種の規定と同じく天皇無答責の原則を宣言したもの」と述べている。そこには1935年の美濃部達吉の天皇機関説事件、そしてその後続く「国体明徴運動」において、第3条解釈を天皇の無答責の意味のみに解釈することは困難となった事情が背景にある。黒田としては、一方において天皇の不可侵性を認めつつも、無答責性の解釈を残すことによって、当時の超国家主義的な国体イデオロギーに対する精一杯の抵抗を行ったと言えよう。

この点、須賀博志は、憲法制定権力の正当性を主張しつつも、その正統性を記紀神話に求めない黒田の憲法学について、次のように述べている。

「黒田は、万世一系の天皇に国家権力の正統性の根拠があるという天皇制イデオロギーの最大公約数的見解を受け入れることにしたが、正統性の本質に関する言及を避けることで、そのイデオロギーに積極的にコミットして天皇権力をひたすらに正当化するという役割は演じなかった。この意味で黒田は、憲法制定権力の正当性の契機を論じたとしても、それが国家権力を絶対化することにはならなかった。」<sup>12)</sup>

それでは、黒田は憲法制定権力の正統性をどこに求めたのか。須賀は、そこに世襲君主制という具体的秩序思考が現れているという。

「黒田は、世襲君主制における君主の憲法制定権力の地盤は、世襲的秩序であるとし、

日本についても天皇の万世一系の天皇の憲法制定権力が前提としていることだと述べているので、具体的秩序によって問題を解決しているようである。」<sup>13)</sup>

ここには、シュミットの決断主義よりは、彼の「具体的秩序思考」の影響の痕跡を見ることが出来る。この点は後に見るように大西芳雄にも見られる特徴であるが、国体概念の制約を受ける日本の国法学者にとって純粋な決断主義は疎遠であり、具体的秩序思考によって大日本帝国憲法の解釈を試みたといえよう。ただ国体と政体の区別によって、立憲主義を担保し、天皇の権力を相対化しようとした反面、実定的な法的統一体の根底に動態的な政治の変遷を見、それを憲法解釈に生かそうとする黒田憲法学は、時代の激流に抵抗できず、飲み込まれてしまうという弱点を呈するようになる。そのことは、次に述べる国家総動員法と大政翼賛会に対する黒田の見解に如実に示されている。

### Ⅲ 国家総動員法と大政翼賛体制

#### （1）国家総動員法

1937年の日中戦争の勃発によって戦時体制に突入した日本は、1938年の国家総動員法、1940年の大政翼賛会の試みによって、国防国家を強化しようと試みる。こうした政治の流れに対して、黒田はどのように対応したのであろうか。彼は立憲主義や自由主義を守り通すことができたのであろうか。黒田の憲法論は、美濃部達吉以降の立憲主義の流れを引き継いでいるといえるのか、それとも明確な断絶を示しているのか。黒田の憲法論においては、1927年の『日本憲法論』や1928年の「憲法制定権力論」と、国家総動員法や大政翼賛会に関する論稿を納めた『国防国家の理論』（1941年）を比較した場合、大きな修正がなされている。

国家総動員法は、第一次近衛内閣の時の1938年4月1日に公布された。それは、戦争の目的達成のために、国家の全力を統合し、あらゆる人的・物的資源を総動員する法律であった。この法律の具体的内容は、勅令にゆだねられ、議会の権限外に置かれた。

この法律に対しては、衆議院で主に二点において憲法上の異議が出された。第一点は、国家総動員法が憲法第31条の非常大権を侵犯していないかという疑義であり、第二点は、総動員法が本来法律によってなされるべき第二章の臣民の自由や権利の制限を一括して勅令という形式で行政府に白紙委任することの疑義である。<sup>14)</sup>

黒田は、この法案に賛成したが、どのような憲法論的な立場から賛成したのであろうか。黒田が『法学論叢』に発表した「国家総動員法と非常大権」（1938年6月）に依拠して見ていきたい。

黒田は、私権を制限する国家総動員法の法源を、一時的に危機を克服する第31条の「非常大権」には求めなかった。この点シュミットと異なる点である。黒田にとって「非常大権」は、一時的・緊急的な措置であり、恒常的なものではなかった。黒田は、総動員体制を恒常的なものにするために、憲法自体の動態的な統合に求めたのである。それはある意味において緊急事態の永続化であった。彼は、この点に関して次のように述べている。

「第31条の規定は、すでに述べたように、憲法上の『非常的事態』に関する規定であるに反して、国家総動員法は『正常の状態』における帝国憲法の構造の上に築かれて

いる。国家総動員法は、『正常的事態』における帝国憲法の構造の中に、戦時法の体系を確立しようとするものである。この故に国家総動員法は、決して非常大権の発動の要件及び効力を法律によって規定しようとしているものではない。」<sup>15)</sup>

また彼は、革新政治の目指す国家総動員法が、ワイマール憲法第48条の緊急権規定と異なるとして、以下のように述べている。

「1919年のドイツ憲法の第48条は、非常事態を戦時に限定せず、公共の安全秩序に重大な障害を生じ、また障害を生じる虞ある時は、大統領は公共の安全秩序を回復するに必要な措置をなし、必要ある時には兵力を用いることができ、かつその目的のために自由権の保障の全部的または一時的停止が可能であることを規定したのである。しかしこれらの立憲的構造のいずれも一時的経過的のものであり、非常事態の経過によって現状に復帰することが要請されている。」<sup>16)</sup>

この点において黒田の憲法論は、憲法規範の「例外」を主張し、緊急権による秩序の回復を目指すシュミットよりも、憲法を絶えざる更新のプロセスとみなすR・スメントの統合論に近かった。また黒田は、国家と社会を二元論的に分離するシュミットよりも国家と社会の融合や統合を説くスメントに共鳴した。

というのも黒田が支持するいわゆる革新政治は戦時体制化を意味し、したがってその目的のための社会生活の各部門に対する統制の巨大化を意味するが、それは憲法上の非常事態に関する諸措置のように一時的・経過的手段ではない。

「すなわち革新政治は非常事態を憲法上のいわゆる『非常的事態』(Ausnahmestand)に関する諸措置によって克服しようとするのではなく、革新政治は憲法内に見ればむしろ憲法上のいわゆる『正常の状態』(Normalzustand)における諸措置の運用において、またはその諸機構・諸制度の改革において非常事態を克服しようとするものである。」<sup>17)</sup>

黒田は、一時的な危機克服を行う第31条の非常大権と国家総動員法との直接的な関係は否定したが、危機克服のための臣民の自由や権利の制限を定めた第31条は、同じく臣民の自由や権利の制限を求める国家総動員法とその精神において共通するものがあると主張する。<sup>18)</sup>

黒田覚に対する疑問は、人権の制限を可能とする総動員体制や国防国家体制が、単なる「非常事態」ではなく「常態」になった時、いわば緊急状態が恒常的になる場合に、なお「立憲主義」を守ることが可能なのかという問いである。

この点において彼は「興亜政治の原理—国防国家への道」(『中央公論』、1939年4月)において次のように述べている。

「多くの立憲主義的憲法も戦時における国民の自由や権利の一時的停止を予想している。かような国防国家化は、単に一時的なものであり、現実には発生した危機を克服するための応急的手段としてのみ存するのである。しかし革新政治としての国防国家化は、単に現実の一時的危機の発生の場合に成立するのみでなく、むしろ将来発生することあるべき危機を予想することによって、平時的機構そのものの戦時体制化として存するともいえるし、またあるいは現実の危機そのものが比較的恒久性を持つので



あり、これに対応するものだといいうるのである。」<sup>19)</sup>

こう述べて黒田は、国防国家の確立は、ドイツやイタリアのように立憲主義的機構の破壊を行うことによってではなく、日本では「立憲主義的憲法としての帝国憲法の限界内において、帝国憲法制定の本旨に沿うて実現」すべきと主張する。しかし自由や権利の侵害が議会の同意を得ないで不断に勅令によって行われる臨戦体制下において、立憲主義の確保がいかんして可能であるか疑問とせざるをえない。

## （2）大政翼賛会

黒田の体制翼賛会に対する態度は、「大政翼賛運動の合憲性」（『改造』、1941年1月）に示されている。黒田によれば、憲法を固定したものとして静態的にみるのではなく、絶えず変化するものとして解釈すれば、諸政党の解消と一国一党組織を目指す「体制翼賛運動」は合憲的なものである。もともと政党自体が憲法規定になく、議院内閣制の「憲政の常道」も慣行にすぎない。動態的な構造変化に従って憲法規範を解釈すべきなのである。

「憲法条文のなかに、それぞれの時代的要請が盛り込まれていると見る場合に、憲法に対する動態的把握が成立する。そうでなく、憲法条文の具体化とは憲法条文の形式論理的な展開だけだと見るのが、憲法に対する静態的把握である。憲法の動態的把握は、憲法のそれぞれの時代における機能の仕方の相違の必然性を承認する。」<sup>20)</sup>

黒田によれば、憲法の動態的な変化、つまり国防国家体制への変化の最たるものは、臣民の自由や権利を保障する自由主義の没落であり、自由や権利を公益のために制限、ないし動員することにあった。大日本帝国憲法の第二章の「臣民の権利や義務」は、自由主義や立憲主義の産物であるが、不断の「非常事態」において、大幅に侵害されることになる。かかる視点から、彼は国家総動員や大政翼賛会の正当化をおこなったが、憲法の動態的把握の名のもとに、個人の権利が大幅に制限され、議会の機能が削減されていく事態は、立憲主義の崩壊である。もはや憲法は現実を制御し、秩序づける規範力を失ってしまうのである。<sup>21)</sup>黒田の憲法解釈論の中にその問題点がはっきりと示されている。逆に法実証主義の側に立ち法規範の忠実な解釈に依拠する佐々木惣一の方が、立憲主義を守り通したといえよう。佐々木は、黒田の大政翼賛会の合憲論を念頭において、『改造』（23巻3号、1941年）において、大政翼賛会を正当化する議論にみられる「帝国憲法軽視の思想」を慨嘆し、特に憲法の規範性の維持について以下のように述べている。

「我国に於いては、社会の動きに応じるためであっても、帝国憲法を離れて、政治の革新することを考える、の余地は存在しない。——帝国憲法を離れて政治の革新を考えることは、それが社会の動きに応じるためであっても、許されない。」<sup>22)</sup>

より具体的には、黒田が法律や勅令によって憲法の規定の解釈を変えていくと述べたことに対して、佐々木は明確に批判する。

「政治の革新を為す場合に於いても、これがために必要なりと考えられる個々の行為、例えば新たなる法令を発し新たなる行政行為を為すことは、帝国憲法と一致する範囲において、存在すべきものである。逆に帝国憲法が、これらの個々の行為と一致する範囲に於いて、存在すべきものである、のではない。」<sup>23)</sup>

したがって、「帝国憲法を、特に政治の革新を為すに便利なるように解釈するということは許されない」のであり、「帝国憲法を発展的に見ざるもの、これを動的に見ざるもの、などという言葉をもって、非難するの言説」は、「事物の正確なる考え方を誤らしめる危険があるのである。」<sup>24)</sup>

佐々木はこう述べて、「世人は、帝国憲法を発展的に見るとか、動的に見るとか、という言葉に、わけなく魅せられて、正確に考えることを忘れてはならぬ。」と警告したのである。<sup>25)</sup> 佐々木の黒田の動的な憲法論に対する批判は、激烈なものであった。佐々木と同じ京都帝国大学で憲法を講じ、滝川事件で佐々木が示した言論の自由をめぐる戦いに賛同していた黒田であったが、この時点でもはや埋めることのできない溝が二人にはあった。

#### IV. 黒田の日本国憲法観

##### (1) 黒田覚の憲法制定権力論

戦前日本の国体を永続的なものとみなし、政体の動態的变化を説いた黒田は、戦後の日本国憲法をどのように評価したのだろうか。日本国憲法はGHQを中心に憲法改正の草案が作られ、帝国議会や貴族院での審議を経て、1946年10月に成立し、11月3日に公布され、1947年5月3日に施行された。佐々木惣一が貴族院議員として国体の変更であるとして新憲法に異議を唱えたのに対して、黒田は、佐々木とは異なり、国体の変更を認め、新憲法を積極的に受け入れた。それでは、黒田は、宮沢俊義のように憲法制定権力論を用いながら、八月革命説を肯定したのだろうか。この点に関して、林尚之は、「戦時国体論の中の憲法制定権力と改憲思想」において、「戦時に憲法制定権力を展開した黒田は、八月革命説の立場で、日本国憲法の正統性を認めていた。」<sup>26)</sup>と述べている。

まず黒田の日本国憲法観を、『新憲法解説』（京都新聞社、1946年）に依拠して、考察することにする。

黒田によれば日本国憲法は、手続き的に見れば、大日本帝国憲法の第73条による憲法改正手続きによって誕生したが、実質的には、日本国民が制定した新憲法であった。

「今回、明治憲法の規定する憲法改正手続きによって、新憲法が成立した。これは、国民みずからの制定した民主主義的憲法である。」<sup>27)</sup>

黒田にとって日本国憲法における国民主権の性格はすでに日本が8月15日にポツダム宣言を受け入れたときに決まっていた。ポツダム宣言によって、「政府は日本国民の間における民主主義的傾向の再生及び変化を遂げる一切の障壁を除去し、言論、宗教、及び思想の自由並びに基本的人権の尊重を確立すべき義務を負うことになった。それと同時にまた、日本の終局の政治形態は自由に表明された日本国民の意思によって決定さるべきことが要請されたのである。」<sup>28)</sup>

また黒田は、GHQによる既存の制度の廃止が憲法の根本的変革を必然的なものにしたと考えた。特に1945年12月15日の「神道指令」による国家神道の廃止によって、「天皇制度の支柱となっていたものの最後の邪悪の根が引き出され、これが破壊されることとなった。」また1946年1月1日の天皇の人間宣言によって天皇の現人神的性格が否定され、皇位を基礎づける神勅の観念が否認された。新憲法制定の前にこうした大きな政治的・

精神的変化が起こっていたのである。

しかし、黒田は、新憲法が外側から押し付けられたものであるとする意見に反論した。「しかし、我々がこれによって、新憲法の成立が単にポツダム宣言の履行という外部から日本に課せられた要請の実現だとのみ考えてはいけない。民主主義的な平和国家として再生することは、日本の生きるただひとつの途であり、また国民自信の幸福と自由の獲得のためにも欠くことのできないものであった。日本国民はこういう場合でなければ、永久に遂行しえない機会をとらえて、その自由な意思に基づいて新憲法を制定したのである。」<sup>29)</sup>

日本国憲法が明治憲法の単なる改正でないことは、明治憲法の根幹をなしていた第1条から第4条までが廃棄されたことから明らかである。天皇主権から国民主権への転換である。黒田は、貴族院において宮沢俊義によって革命論ないし国体変革論が議論されたことに触れ、それを支持している。

「新憲法は、もし改正という言葉を用いるなら、明治憲法の改正の限界点を越えた改正によって成立したのである。これが貴族院における憲法改正草案の審議において、革命前ないし国体変革論の誕生した理由である。」<sup>30)</sup>

宮沢俊義は、1946年8月26日における政府の憲法改正草案に関する貴族院の質問において、国体の変更と八月革命説を次のように主張していたのである。

「私はこの度の憲法改正草案は、その前提として、ポツダム宣言受諾によってもたらされた、わが国の政治体制上の根本的な変革、—この変革は、学問の意味において、これを革命と呼んでいいと思いますが、その言葉がもし誤解を招くおそれがあるとするならば、これを一つの超憲法的な、憲法を超えた変革と呼んでよしいと思いますが、—そういう変革を考えなくては、それが憲法上許される所以を説明することができないと思います。すなわち、この度の憲法改正は、単純な明治憲法第73条による憲法改正ではなくて、終戦によって行われた超憲法的な変革に基づき、その根拠の上に、しかし、同時にそれを超えて行われる憲法改正だと思うのでありますが、いかがでありますでしょうか。」<sup>31)</sup>

黒田はまた新憲法が人権と権力分立を定めた立憲主義的憲法であると述べているが、ここに彼の立憲主義に関する理解が表明されている。黒田が国体の変更の根拠としたポツダム宣言は第10条において、「言論・宗教及び思想の自由並びに基本的人権の尊重は確立すべきである」と明記しているのである。黒田にとって人民主権と立憲主義（権力分立と人権）の理念は、憲法制定権力に体现されているものであった。彼は、大日本帝国憲法も立憲主義的憲法であることを認めるが、大日本帝国憲法は国民の意思が自由に反映されず、人権の保障も不十分であった。立憲主義と民主主義が結合した所に日本国憲法の基本的性格があった。黒田は新憲法の由来、方法、目的を明らかにしている前文の重要性を強調し、それが憲法規範としての性格を有していることを強調した。黒田は、前文の「日本国民は、正当に選挙された国会における代表者を通じて行動し、——ここに主権が国民に損することを宣言し、この憲法を確定する」という言葉が憲法制定権力の担い手が国民であることを表明していると考えたのである。<sup>32)</sup>

黒田は『新憲法解説』の序文において新憲法がワイマール憲法の二の舞にならないように、国民が憲法の精神を理解し、実践することを訴えている。憲法の規範力は、国民の憲法の理念に対する尊重とコミットメントを前提としているからである。黒田は、以前にも述べた様に、憲法制定権力の事実性よりも正統性を強調したが、今回その正統性とは、民主主義であり立憲主義であった。

## (2) 宮沢俊義の憲法制定権力論

なお周知のごとく、日本において八月革命説を採用したのは美濃部達吉の高弟宮沢俊義である。宮沢は、1946年5月号に「八月革命と国民主権主義」を『世界文化』(1946年5月号)に発表した。すでにGHQの意向を反映した政府の憲法改正草案が3月6日に発表されていた。宮沢は、天皇の神権主義から国民主権への転換を新憲法の基本原理とみなし、それは法的には革命であるとみなした。

「昨年の八月、日本は刀折れ矢盡きて敵陣に降伏し、ポツダム宣言を受託した。その宣言の中に『日本の最終的な政治形態は自由に表明された人民の意思にもとづいて決せられる』という趣旨の言葉がある。ここに注目する必要がある。この言葉は一体何を意味するのであろうか。いうまでもなく、日本の政治の最終的な権威が人民の意思にあることを意味する。ほかの言葉で言えば、人民が主権者だという意味である。」<sup>33)</sup>

宮沢は、国際法が国内法に優越をするという立場に立って、日本政府がポツダム宣言の受け入れを決めた時点で、日本は天皇主権から国民主権への転換を受け入れたと考えたのである。それだけではない。こうした転換が大日本帝国憲法の第73条の憲法改正によってはなしえなかったのが、宮沢はそれは革命であり、人民の憲法制定権力の発動とみなしたのである。彼は言う。

「かような改革はもとより日本政府が合法的に為し得るかぎりではない。天皇の意思を以つてしても合法的には成し得ぬ筈である。従つてこの変革は、憲法上からいえば、一つの革命だといわなくてはならぬ。もちろん、まづ平穩裡に行われた変革である。しかし、憲法の予想する範囲内においてその定める改正手続によって為されることのできぬ改革であるという意味で、それは憲法的には、革命を以て目すべきものであると思う。終戦によって、つまり、一つの革命が行われたのである。それまでの神権主義が棄てられ、新たに国民主権主義が採用されたのである。この事実に着目しなければならぬ。」<sup>34)</sup>(下線部引用者)

つまり、憲法的に見た宮沢の革命説を支えているのは、ポツダム宣言の受諾と憲法改正限界論であった。美濃部達吉や佐々木惣一のような憲法改正無限界論の立場に立つ限り、法的な「革命」は起こりえないのである。八月革命とは、シュミットの言葉を用いれば、憲法制定権力の変更を伴う「憲法の廃絶」(Vernichtung)なのである。

八月革命説を構成するにあたって、宮沢にとってシュミットの憲法制定権力論の影響はあったのだろうか。この点に関して、石川健司は説得力のある証言をしている。石川は、『法律時報』(2015年87巻7号)に「八月革命—宮沢俊義の8・15」を寄稿し、宮沢がシュミットの『憲法理論』を読み、シェイエスの憲法制定権力を復権させた「革命の憲法

学」に魅了された」と述べている。<sup>35)</sup>つまり、宮沢はシュミットの憲法制定権力論を意識して、八月革命説を説明したのである。石川は、尾高朝雄と宮沢俊義の「ノモス主権論争」を引きあいに出し、シュミットの「憲法の廃絶」と「憲法の除去」(Beseitigung)の相違に着目して、次のように述べている。

「彼[尾高]は、ケルゼンを脇に置き、シュミットの『憲法理論』を手にとった。93頁には、憲法制定権力が同一である限り、憲法の廃止や破毀によっても国家の連続性は喪われぬ、と書いてある。尾高はここに「Identität des Staates (国家の同一性)」と書き込んだのだが(東京大学教養学部尾高文庫所蔵の手沢本)、宮沢はそこを素通りして、94頁に眼を止めた。「憲法制定権力の主体の変更(憲法廃棄)における連続性の問題」とある。彼は、万年筆で「Kontinuität (連続性の問題)」と書き込み、フランス革命とロシア革命に際して、憲法制定権力の交替と完全な廃棄が行われた、という文章に、鉛筆で乱暴に下線を引いた。革命の段階で、すでに憲法の連続性は喪われた、というのである。」<sup>36)</sup>

黒田もまた八月革命説に立つ限り、「憲法の廃棄=廃絶」の側に立ったのであろう。黒田にとって大日本帝国憲法の第1条から第4条の規定が存続する限りにおいて、「憲法の廃絶」を考えることはできなかった。彼は、『日本国憲法』(中)で次のように述べていたのである。

「カール・シュミットの用語に於いては、憲法の破壊[廃絶,Vernichtung]は、単に成文憲法の廃除[除去 Beseitigung]のみでなく、その憲法の基礎に存する憲法制定権力の破壊である。この意味の憲法の破壊は、國體の変更を意味する。我国においては、このことは夢想することをも断じて許さない所である故に論外に置く。憲法の廃止[除去]は、上述の憲法の破壊と異なり、現在の憲法制定権力の基礎の上に置ける成文憲法の廃除である。従て、憲法の廃止は國體の変更を伴わない。」<sup>37)</sup>

しかし、大きな政治的変動によって、天皇主権を支える神権主義や統治権の総攬者としての天皇の地位も崩壊した。國體は変更したのである。

黒田もまた、ポツダム宣言受諾と憲法改正限界論に立脚し、「夢想することさえ断じて許さない」憲法の廃絶を受け入れたのである。このようにシュミットの憲法制定権力論は、日本の転換期において、黒田や宮沢に影響を及ぼし、新憲法の国民主権を確立する決定的な理論的影響を及ぼしたのである。

ところで、黒田覚は、宮沢に影響を受けて八月革命説を提唱したのだろうか。その関係は定かではない。政府の憲法改正草案要綱が公にされたのが1946年3月6日、宮沢が初めて八月革命説を公にしたのが1946年5月号の『世界文化』であった。しかし黒田は、1946年2月20日に京都帝国大学の公開「法学講座」で、「国家と主権」という講演を行い、その梗概が『憲法における象徴と主権』(1946年、有斐閣)として公表されている。そのはしがきで、黒田は次のように述べている。

「かような考察の中で、私は天皇制の問題については、天皇の象徴的機能を重視すべき、従来の天皇の君主主権の観念はポツダム宣言の受諾や元旦の天皇の詔勅—天皇は自ら自己の神格を否定し、また神勅思想を放棄された—によって動揺を受け、維持するこ

とが困難であること、したがって天皇制は、国民主権の基礎の上のみ考えることを明らかにした。」<sup>38)</sup>

なお宮沢が「八月革命と国民主権主義」を寄稿した『世界文化』(1946年5月号)には、美濃部達吉も「憲法改正の基本問題」を寄稿し、人民主権への転換を否定して、以下のよう述べている。

「実質に於いて我が国が上古以来連綿たる世襲君主国であり、天皇を君主として奉戴し、国家の統治権は天皇に其の最高の源を発することの主義のみは、飽くまで之を支持しなければならぬことを信じる。」<sup>39)</sup>

美濃部や佐々木と言った自由主義的立憲主義者は、時代の急激な流れについていけず、当初は国體の変革を認めることができず、大日本帝国憲法の改正によっても立憲主義や民主主義は達成可能であると信じていたのである。<sup>40)</sup>

## 終わりに

以上、黒田覚がシュミットをどのように読み、どのように継承し、また批判したかの観点から、彼らの憲法学説、とりわけ憲法制定権力論と緊急権を時代の文脈の中で考察してきた。彼は基本的に「決断主義時代」のシュミットに着目したのではなく、「具体的秩序思考」に惹かれ、その視点から憲法制定権力論を理解し、継受した。それは、「国體」という枠組みの中で思考せざるをえなかったことの必然的な結果であった。彼は当初は大日本帝国憲法の立憲主義的解釈を目指したが、彼の動的な憲法解釈は政治的・社会的な構造的変化を憲法解釈に適用しようとするあまり、憲法の規範力を喪失し、日本の国防国家化や国家総動員への怒涛の如きうねりに流されてしまった。しかし今度は、戦後の新憲法による国家体制の転換に際して、動的な変化の把握を通して、天皇主権から人民主権に転換することができたのである。そこが大日本帝国憲法の法規にこだわり、新たな転換を否定した法実証主義者佐々木惣一との相違点であった。一方における佐々木惣一と他方における黒田覚の対立は、世代間の対立であると同様に、憲法解釈学の対立の結果であったといえよう。

## 注

- 1) 黒田覚 「京大事件に際して」(『中央公論』1933.7)、454頁。
- 2) 黒田覚 「シュミットとの出会い」(長尾龍一『カール・シュミット著作集1』、慈学社出版、2007年)、404-405頁。なお黒田の略歴と業績については、『東京都立大学法学会雑誌』(1、2号合併号、1963年)を参照。
- 3) 須賀博志 「憲法制定権力論の日本の変容(一) - 黒田覚に即して」(『法学論叢』(144巻3号)、26頁)。
- 4) 宮本盛太郎 「黒田覚におけるケルゼン・マンハイム・シュミット」(『近代日本政治思想史発掘』、風行社、1933年)、177-178頁。

- 5) 黒田は、自らの著作について次のように述べている。「ところで昭和十年四月から私は京大法学部の憲法講義をやらされる羽目となった。まるで火中の栗をひろうような仕事だったが、昭和十二年の『日本国憲法論』（上・下）は、そのモニュメントである。これは、憲法論の前論的部門だが、一般国法学スタイルで、新しい憲法理論を展開しようと試みたものである。ケルゼンやカール・シュミットからの影響が大きい。昭和十一年の「主権概念と正当性」（法学論叢）と「国家の人格性」（法学論叢）は、その準備作業であった。昭和十三年の「憲法制定権力論」（佐々木博士記念論文集）は、憲法制定権力の觀念の発達史におけるシュミットの地位を考察しながら、この觀念についての彼と私の相違点を明確化しようとしたもので、これは『日本国憲法論』における私のこの觀念の若干の飛球であった。」（黒田覚「シュミットとの“出会い”」（長尾龍一編『カール・シュミット著作集Ⅰ』（慈学社出版、2007年）、404-405頁。
- 6) 黒田覚「憲法制定権力論」（田村徳治他編 佐佐木博士還暦記念『憲法及行政法の諸問題』、有斐閣、1938年）、30-31頁 なお高見勝利は『宮沢俊儀の憲法学的研究』（有斐閣、2000年）、340-341頁において、戦前黒田が憲法制定権力の権力的契機とともに正統性的、理念的契機を強調したことが、主権の理念的要素に注目し、主権を規範的にとらえようとする戦後の憲法制定権力論の議論に影響を及ぼしたと述べている。
- 7) 同上、35頁。
- 8) 同上、41頁。
- 9) 黒田覚『日本国憲法論』、267-269頁。
- 10) 黒田は、上論が憲法本文と同様の拘束力を持ち、上論において、憲法制定権力の所在が宣言され、立憲主義的憲法としての帝国憲法の根本的性質が示されていると主張する。同、333頁。
- 11) 同、376頁伊藤博文は、『憲法義解』において、第3条の意味は、天皇の神聖性と政治上の無答責性の双方を示したものと考えた。（『憲法義解』、岩波文庫、1940年）、25頁。また民法学者の穂積八東（1860-1938）は、この条項を「天皇は、天縦惟神、至神至聖であり、天皇の神聖性は絶対的なもの」とみなした。（『憲法撮要』、上巻、有斐閣、1910年）、204頁。
- 12) 須賀博志「憲法制定権力論の日本の変容（二）—黒田覚に即して」（『法学論叢』（145巻4号）、51頁。
- 13) 同上、52頁。
- 14) 長谷川正安『昭和憲法史』（岩波書店、1961年）、12-121頁。
- 15) 黒田覚『国防国家の理論』（弘文堂、1941年）、176頁。
- 16) 同上、150頁。
- 17) 同上、62-63頁。
- 18) 長谷川正安は、『昭和憲法史』（岩波書店、1961年）において「非常大権」と「国家総動員法」との関係についての黒田の見解に触れ、「同じ非常大権を持ち出しても、その条文ではなく、その「精神」を強調し、総動員法を積極的・恒久的の意味でもって正当化しているものに、ケルゼンから転向した黒田覚の説がある」（131頁）と述べている。
- 19) 黒田覚『国防国家の理論』、95頁。
- 20) 同上、13頁。
- 21) 天皇機関説から国家総動員法に至るまでの憲法の規範力の衰退について長谷川は次のように述べている。  
「昭和一〇年には、支配的な憲法の理論が弾圧された。十三年には、弾圧に値する憲法の理論はどこにも残っていなかった。弾圧されたのは、憲法そのものである。天皇制は疑似立憲制といわれながらも、明治以来保持してきた憲法的レヴェルを、ここではほとんど脱ぎ捨て始めたのである。憲法の理論も規範もなくなるとすれば、残るのは、明治憲法の政治的実体だけである。」（長谷川正安、前掲書）、134頁。

- 22) 佐々木惣一著「大政翼賛会と憲法上の争点」(大石眞編『憲政時論集Ⅱ』信山社、1998年)、213頁。なお佐々木惣一の黒田の『日本国憲法論』に対する批判は、佐々木惣一『我が国憲法の独自性』(岩波書店、1943年) また盛秀雄『佐々木惣一博士の憲法学』(成文堂、1978年)、23-29頁を参照。
- 23) 同、213頁。
- 24) 同、214頁。
- 25) 同、216頁。
- 26) 林尚之「戦時国体論の中の憲法制定権力と改憲思想」(『立命館文学』、2015年7月)、11頁。
- 27) 黒田覚『新憲法解説』(京都新聞社、1946年)、3頁。
- 28) 同上、4頁。
- 29) 同上、7頁。
- 30) 同上、8頁。
- 31) 宮沢俊義『憲法の原理』(岩波書店、1967年)、352-353頁。
- 32) 黒田覚、前掲書 13頁。なお黒田は大日本帝国憲法に規定されていた4種類の緊急権が日本国憲法に規定がないことの原因について、国会の立法権限を強化するためと述べている。102-104頁。
- 33) 宮沢「八月革命と国民主権主義」(『世界文化』、1946年5月号)、68頁。
- 34) 同上、68頁。
- 35) 石川健司「八月革命・七〇年後—宮沢俊儀の八・一五」(『法律時報』第87巻第7号、2015年6月)、85頁。
- 36) 同上、85頁。なお尾高朝雄の憲法制定権力論に関しては、尾高朝雄『国民主権と天皇制』(講談社学術文庫、2019年)、第二章「主権概念の批判」を参照。
- 37) 黒田覚『日本国憲法論(中)』、264-265頁。
- 38) 黒田覚『憲法における象徴と主権』(1946年、有斐閣)、2頁。
- 39) 美濃部達吉「憲法改正の基本問題」(『世界文化』、1946年5月号)、62頁。
- 40) 佐々木惣一の日本国憲法に対する見解については、盛秀雄『佐々木惣一博士の憲法学』(成文堂、1978年)、37-44頁。

#### 参考文献

- 黒田覚『日本国憲法論(上)(中)』(弘文堂、1937年)
- 黒田覚「憲法制定権力論」(田村徳治他編 佐佐木博士還暦記念『憲法及行政法の諸問題』(有斐閣、1938年)
- 黒田覚『国防国家の理論』(弘文堂、1941年)
- 黒田覚『新憲法解説』(京都新聞社、1946年)
- 須賀博志「憲法制定権力論の日本の変容(一)(二) — 黒田覚に即して」(『法学論叢』(144巻第3号、145巻第4号、1998,12,1999,7)
- 源川真希「天皇機関説後の立憲主義—黒田覚の国防国家論」(『ヒストリア』、第183号、2003.1)
- 岡本寛「憲法制定権力論の系譜—黒田覚と戦後憲法理論」(『島大法学』、第58巻、第4号、2015.3)
- 林尚之「戦時国体論の中の憲法制定権力と改憲思想」(『立命館文学』、2015.7)
- 宮田光史「非常事態と帝国憲法—大串兎代夫の非常大権発動論」(『史学雑誌』、第120編第2号、2011.2)
- 長谷川正安『昭和憲法史』(岩波書店、1961年)