

日本の憲法学におけるカール・シュミットの継受 (2)
——黒田覚と大西芳雄——

古賀敬太*

**The Reception of Carl Schmitt in the Japanese
Constitutional Theory (2)**
——Satoru Kuroda and Yoshio Onishi——

Keita Koga*

Abstract

This article intends to analyze how Yoshio Onishi (1909–1975), interpreted Carl Schmitt's constitutional theory (Verfassungslehre) and adapted it to the analysis of both the Meiji Constitution and the postwar constitution. Especially we pay attention to Onishi's theory of constituent power and constitutional emergency power. He regarded constituent power as not unlimited, but limited by concrete order, especially its idea and practical norm. And Onishi attempted to limit the enormous and unlimited legal power of Emperor by consulting Schmitt's views on constitutional emergency power in the Weimar Republic. 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 departed from his former position.

After the world war II, he returned to his original position and appealed to the importance of constitutional emergency power, which is not stipulated in the postwar Japanese Constitution. He also tried to legitimize the radical transformation from imperial sovereignty to the sovereignty of people by appealing to the theory of Schmitt's constituent power. Especially he emphasized the legitimacy of constituent power and insisted that constituent power of people itself is not actual will, but is constrained by the legitimacy of 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、具体的秩序、国體、佐々木惣一

*こが けいた：大阪国際大学基幹教育機構教授 (2019.12.4受理)

I 大西芳雄（1909—1975）のプロフィール

黒田覚に対する関心の強さに反して、大西芳雄を扱った研究論文は皆無である。しかし彼は、黒田以上にシュミットから影響を受け、その憲法思想を受容しつつ、時代と真摯に向き合った憲法学者であった。大西は、黒田覚と共に京都帝国大学の憲法講座の担当者であり、黒田にも勝るとも劣らないほどにシュミットを自らの憲法学の土台に据えていた。もちろん、シュミットを無批判的に継受したのではなく、シュミットと悪戦苦闘しながら、自らの憲法理論を打ち立てていった。シュミットの憲法制定権力論、緊急権理論、国家に対する防衛権としての自由概念、具体的秩序思想を大西がいかに継受し、批判することによって、大日本帝国憲法や日本国憲法を解釈し、時代と向き合ったかを考察することは、シュミットの日本受容の問題点を知る上では不可欠な課題である。

大西芳雄は、1909年に兵庫県明石市に生まれ、1929年に第三高等学校を卒業、1932年に京都帝国大学法学部を卒業した。1935年京都帝国大学大学専任講師、1936年京都帝国大学助教授、1943年に教授に就任、1940年から1947年まで憲法学の講座を担当した。黒田覚は京都大学の同僚で、1940年から1943年まで大西と憲法学の講義を分担している。

大西は概念法学・法実証主義を批判し、黒田覚と同様に国法学の森口繁治に師事し、京都学派と言われる佐々木惣一の憲法学と異なる学風を形成した。大西は、黒田と同様、佐々木惣一の法実証主義や概念法学に対して批判的であったが、それには、比較法的研究を好み、法規範の根底にあるものを考察し続けた森口繁治（1890—1940）の影響があったと思われる。¹⁾

1947年大西は京都大学を追放された。彼は、1946年GHQの方針による教職・公職追放に基づき、京大の教員資格審査委員会にかけられ、追放が決定した。松尾尊兌によれば、大西の追放の理由は、『国家と法律学』（1944年）の「権力の究極の根拠が現人神たる天皇の権威にあり、しかもその天皇が『神ながら』に統治し給うという国民信念に支担された権威であるということが、我が国体の万国の冠絶する理由である」という文言にあった。²⁾しかし、大西の基本的関心はファナテイクな神権主義的国体論を排して、普遍的な国体秩序を構築することにあり、文言の多少の行き過ぎはあったとしても、公職追放の基準に合致していたか疑問である。

大西は、1951年追放解除となり、立命館大学教授として、日本国憲法論を講義した。彼は、戦後『憲法の基礎理論』（有斐閣、1975年）、『憲法要論』（1975年）を公刊し、憲法学者としての確固たる地位を築いていったのである。

本稿は、大西芳雄の業績を、「シュミットをどのように読んだか」という視点から考察することにする。結論を先取りすれば、大西がシュミットから継承した理論として、緊急権理論、主権論＝憲法制定権力論、そして具体的秩序思考の三つがあった。以下シュミットとの関係を中心として、時代を追って彼の憲法思想を概観することにする。

第一に、シュミットが「非常事態」における緊急権の意義を一貫して強調したように、大西は、戦前・戦後一貫して「緊急権」の研究に情熱を傾けた。彼は、1935年に『法学論叢』（33巻、3号、5号）に「緊急命令権」（1）（2）を寄稿したのをきっかけに、「国家緊急権の限界」（『佐々木博士還暦記念論文集』、1938年）、「イギリスの国家緊急権の限界」

（『法学論叢』、39巻6号）、「国家緊急権の問題」（『立命館法学』1号、1952年）、「緊急権について」（『公法研究』17号、1957年）、「国家緊急権の濫用」（『末川先生古希記念論文集（上）』、1962年）「旧憲法下の国家緊急権」（『立命館法学』68号、1967年）を執筆した。なお大西は、「国家緊急権の比較法的研究」で1953年に京都大学から博士号を取得している。緊急権に関する大西の研究は、今日においても参照されるに値する彼の主要な業績である。

第二点は主権＝憲法制定権力論である。大西は、『国家と法律学』（1941年）、『憲法要論』（1964年）、『憲法の基礎理論』（1975年）、「国民主権について」（『立命館法学』、16号、1956年）や「国民主権の概念」（『立命館法学』、114号、1976年）において主権＝憲法制定権力論を展開した。なお大西は、1968年発行のシュミットの記念論文集に「主権について」と題する論考をドイツ語で寄稿している。³⁾ 第三のシュミットからの影響は「具体的秩序思考」である。後に述べるように、大西は主権＝憲法制定権力が具体的な秩序に拘束されていることを強調し、シュミットの制度保障論に着目し、「基本権と制度的保障－所謂制度的保障の理論の発展を中心として」（1）（2）（『法学論叢』40巻6号、41巻1号、1940年）を書いた。弟子の山下健次は、「先生はカール・シュミットの影響を強く受けておられたが、『国家と法律学』は、シュミットの具体的秩序思考に触発されて執筆されたものである。」⁴⁾ と評している。大西の弟子の覚道豊治は、「大西先生を偲ぶ」の中で大西の憲法解釈論を佐々木惣一の方法論や法実証主義に対立するものとして次のように両者の相違について述べている。

「当時、京大の公法学には、二つの大きな流れというものがあったと思います。一つの流れの中心は今いった森口範次先生であり、もう一つの流れの中心は佐々木惣一先生であったといえます。森口先生はどちらかというと比較法学的な研究をなされ、外国法制度をていねいに御紹介になりまして、そして、その上に立って政策論を展開されました。——これに対しまして、もう一方の佐々木先生の学問は、いわゆる論理法学派、あるいは概念法学派に属し、当時にも『日本憲法論』や行政法に関するこれまた立派な諸著書がありました。この佐々木先生の方法は、憲法の非常に緻密な解釈論を展開するもので、個々の条文中に用いられている概念を一つ一つ明らかにし、その法体系の中で、統一的に憲法の原理を把握していくというものであり、実定法を非常に尊重し、かつそれに対象を限定するという学問でした。緻密な論理で、論理学の法則にのっとり、実定法の客観的意味を明らかにしようという、まさに解釈学の神髄のような研究だったといえます。——大西先生は、森口先生に師事なさいましたから、どちらかという、そういう概念法学、法実証主義に対しては批判的であり、それとは異なった方法を目指しておられたと思います。実定法のみに対象を限定せず、形而上学的な法律の基礎にあるものを研究し、真の法についての認識に到達すべきだというお考えだったと考えられます。」⁵⁾

II 憲法制定権力論

ところで大西は、シュミットの制定権力論をどのように評価したのであろうか。大西

は、黒田と同様、憲法制定権力を事実的な意思にのみ基礎づけることに反対した。ただ大西は黒田と異なり、シュミットの憲法制定権力の中にすでに正統性の契機が含まれていると考えたのである。彼は、『国家と法律学』において「単なる力からは憲法は生まれてこない」と述べ、以下の様に理念的・価値的要素を強調した。この点において、大西の憲法論は戦前も戦後も一貫している。

「およそ人間の主体的な意思的行動には、何らかの意味で、価値的な、すなわち理念を持ち、思想を背後に持った力が働くのであって、野獣の如き純粋な物理力というようなものが何らか歴史的な意味を持つということはありません。——シュミットは実在的な力に法の絶対的始源を求めたが、彼の所説を子細に検討すれば、赤裸々な実力ではなくて、これがある種の品質づけられた力を意味し、力を有する者に対して法を作りだすところの資格を与えるある種の秩序を前提としていたことが知られる。彼が主権者の決断について語る時、主権者という概念そのものは既に、単なる実力的優越者ではなくて、ある種の秩序——すなわち主権者が主権者として成り立っているところの地盤たる秩序——が予想されているのではなからうか。」⁶⁾

大西によれば、この具体的秩序が政治的統一体であるという。それは、現実的な実在であると同時に、倫理的な規範を含んでいるものであった。憲法制定権力の主体である国民は、シュミットによれば、「自己の政治的特性の意識と政治の実存たらんとする意志とをもった政治的・行動能力ある統一体としての民族」なので、すでに具体的秩序を構成しているのである。

「憲法制定権力の主体としての国民は、単に人種的あるいは習俗的、文化的に共通の縁由を持つにすぎない人間の集団——したがって形態を欠いた無限定の集団——ではなくて、既に主体的な意思を持ち、その故に他の民族から区別された統一体としての形態を持ち、基本的な結合秩序を持った『民族』である。」⁷⁾

大西はこの具体的・基本的秩序を戦前の日本の文脈においては国體に求めたのである。いや正確に言えば、国體という視点からシュミットの具体的秩序を考察したのである。

「我々は、ここで、基本的秩序という生硬な表現の代わりに、『國體』という用語を用いたいと思う。國體なる概念は、われわれの理解するところによれば、国家の個人的実体として、歴史的変遷を通して一貫して変わらざる中心である。しかる時に國體なる用語は、今までわれわれが基本的秩序なる用語を以て表現しようとしてきたものを、まさに適切に表現しているのではないか。」⁸⁾

それでは、大西にとって憲法制定権力を縛る国體とは一体何であろうか。大西は、憲法制定権力の恣意的な発動に対して警戒を示し、それが、具体的秩序によって制約されなければならないことを強調し続けた。

「政治は基體の秩序に拘束されざるを得ず、基體の秩序に対する自覚的遵守に基づかざるを得ない。この基體の秩序を無視し、逸脱する実力行使は、国家に対する反逆であり、国家の同一性を中断する革命的行動であって、もはや政治の名に値しない。実力行使はそれが基體の基本的秩序に基づくことによって政治になり得ると共に、政治はこの基本的秩序に従わなければならないのである。」⁹⁾

こうした認識において大西はシュミットの決断主義よりは、彼の具体的秩序思考に接近した。大西はシュミットの「法学的思考の三形態」におけるシュミットの具体的秩序・形成の思考が自らの基本的秩序の考察に理論的根拠を与えたと述べている。¹⁰⁾ また大西はカール・ラレンツの『現代ドイツ哲学』（1935年）や『現代の法・国家哲学』の具体的秩序思考から影響を受けていて、大西自身『現代ドイツ哲学』を訳し、詳細な解説を書いている。¹¹⁾

大西にとって具体的秩序には、二つの特徴があった。一つは具体的秩序が、実践的規範を内にもっていることである。それは自然法のように具体的秩序を越えたところから規範的要求をなすのではなく、具体的秩序に内在しているものである。彼は、この点に於いて以下のように述べている。

「法の理念というのは、現実の法に超越的な彼岸にある所の観念的な価値や理想ではなく、現実の実定法に内在し、それを意味あらしめ、法秩序の統一を成立たらしめているものである。むしろ法はこの理念の実現であり、法秩序はこの理念の具体化の体系であると考えられる。」¹²⁾

かくして、「理念は、現実の外にあるのではなく、現実の中にあり、現実と一つになっている。現実が理念によって規整されたり、理念と関係したりするのではなく、自己の中に理念を含み、理念を表現するものである。」¹³⁾

ゾレンはザインに対立するものではなく、ゾレンはザインの中に含まれているのである。

もう一つは、大西にとって具体的秩序が日々形成されていく動的なものであることである。彼はこの点について以下のように述べている。

「法はかくの如くして民族精神のあらわれた現実である。すなわち法は、観念的な規範の集合ではなく、具体的な秩序であり、民族精神の現実である。しかもそれは、静止・固定せる秩序ではなく、常に形成＝生成の過程にある。」¹⁴⁾

大西が動的な憲法観をどのように理解していたかについては、後に触れることとする。

Ⅲ 緊急権理論

次に私たちは、大西が1938年の『佐々木惣一記念論文集』に寄稿した「国家緊急権の限界」を通して、彼がシュミットの緊急権論をどのように読み、またその知見をどのように大日本帝国憲法の解釈に適用したかについて考察することにする。

まず大西は立憲国家における「国家緊急権」について以下のように述べている。

「この国家緊急権の制度は、平常的な国家権力行使の方法ではなく、異常な場合における国家秩序の維持回復のための異常な国家権力の行使の方法である。換言すれば、法治国家制度の下における一時的独裁であり、而も立憲主義的憲法自身が之を規定しているという点で共通の性質を有するのである。」¹⁵⁾

国家秩序の維持の回復のために発動される国家緊急権は、いかなる限界を持ちうるのだろうか。大西は、この問題をワイマール憲法第48条の緊急権条項におけるシュミットの

解釈に依拠して、議論している。

シュミットの憲法論の特徴は、憲法制定権力の決断である「憲法」と個々の憲法規定を峻別することである。ワイマール憲法における憲法制定権力の決断は、民主制、法治国家、人権、連邦制といった憲法の基本的な諸原理である。

彼は、1924年のドイツ国法学者大会におけるシュミットの報告「大統領の独裁」に着目しつつ、第48条第2項に関する国法学者の相異なる解釈について以下のように述べている。

「この規定はいうまでもなく、国家秩序の非常事態において、平常の国家権力行使を排除して大統領に一種の独裁を付与した規定であるが、この独裁権が措置という方法によって行われるという事自体より生じる制限を別として、概括的に言って、この独裁権の限界に関して二つの学説が対立する。すなわち『憲法不可侵説』(Untastbarkeitslehre)と称せられる学説と、シュミット並びにヤコービによって代表せられた学説がこれである。」¹⁶⁾

「不可侵説」は、アンシュッツやグラウに代表されるように、第48条第2項に列挙されている7つの基本権以外の憲法規定は侵害されないと考えるのに対して、シュミットやヤコービの見解は他の憲法規定も破毀(durchbrechen)されうるというものであった。つまり、憲法の基本原理は侵害されえないけれども、個々の憲法規定は破毀されうるという拡大解釈である。シュミットに言わせれば「憲法不可侵説」は実際には「憲法規定不可侵説」なのである。

大西は、シュミットの憲法論に依拠することによって、緊急権の限界を通説よりは拡大しているといえるが、しかし大西は、シュミットが1924年のドイツ国法学者大会での報告において、「組織の最小限度の不可侵性」を主張していたことを強調する。つまり大統領、議会、政府、裁判所の組織は不可侵である。それらは、憲法規定によってのみならず、法律によっても不可侵である。シュミットは、「大統領は、第48条によって新しい議会が憲法に規定された期間に選挙され、集会するのを防ぐことはできない。また彼は、第25条第2項に規定された新しい選挙のための60日の規定を廃止し、その行使を措置によって妨害することはできないし、また第125条に保証された『選挙の自由権』をおかしえない。」と述べていたのである。こうしたシュミットの発言に依拠して、大西は緊急権の限界について以下のように結論づけている。

「国家緊急権による保護防衛の対象は、公共の安寧秩序であり、公共の安寧秩序、すなわち既存の国家秩序は、国家の政治的活動に関する根本的な決断によってのみならず、これを基礎としてその妥当性を保有する国家組織に関する規定の全体によって規定される。——したがって国家緊急権の保護の対象は、形式的憲法ではなく、実質的憲法、国家組織に関する憲法的な規定およびそれを具体化する比較的技術的な法律の規定の全体である。——例えば形式的憲法の規定の中、国民の基本権に関する規定を除き、国家の統治組織に関する規定のみならず、形式的には法律・命令をもって規定せられるものでも、議会の構成原理に関する規定(議員法、議員選挙法)、裁判所の構成に関する規定、財政に関する規定などはこれを廃止・停止・侵害

することはできないのである。——国家緊急権の目的は、現存のあるいは既存の国家秩序を確保するにあたって、進んで新しい国家秩序を定立するに非ざるはもちろんであるから、基本権に関する規定を永久的に廃止し変更しえないということはいうまでもない。」¹⁷⁾

ところでシュミットは、『憲法論』においては、個々の組織の不可侵性ではなく、憲法制定権力の決断である民主制、連邦制、基本的人権、法治国家を緊急権の限界として定めており、基本的人権は、一時的に破毀されうるが、これを永久的に廃止したり変更したりすることはできないと主張した。

総じて大西は、シュミットに倣って『憲法論』における実定的決断としての憲法以外に、「大統領の独裁」において示した「組織の最小限度の不可侵性」を国家緊急権の限界として設定していたといえよう。

ところで、大西が念頭においている大日本帝国憲法の緊急権規定には、非常大権、緊急命令、緊急財政処分、戒厳令がある。それでは緊急権行使の限界は一体どこにあるのであろうか。大日本帝国憲法における緊急権行使の主体は天皇であるのに対して、ワイマール憲法における第48条の緊急権行使の主体は大統領にすぎない。大西は、たしかに天皇の地位と民主制における大統領の地位が根本的に異なっていることを認める。日本の君主は憲法制定権者であり、ワイマール憲法の大統領は憲法によって構成された機関にすぎない。それでは、天皇の緊急権規定は無制限であり、緊急権に制限を設けることは、君主の主権に対する侵害であるのか。大西はそうは考えない。大西は黒田と同様に、第一条の「大日本帝国憲法は、万世一系の天皇これを統治する」を天皇の憲法制定権力を規定した国体的規定とし、第四条の「天皇は国の元首にして統治権を総攬し、この憲法の条規に依り、これを行う。」を政体的規定とし、天皇の統治権の内容である緊急権も立憲的制約を受けると主張する。

「君主と大統領のかかる国家組織における地位の差異は、君主および大統領によって担当される国家緊急権に本質的な差別を加えるものではない。ただしいずれの場合においても、国家緊急権は与えられた国家秩序を防衛するという使命を持ち、それ自身憲法的に規定された権限に他ならない。——君主国における国家緊急権もその担当者が君主であるという理由によって、憲法的に組織された制度たる本質を超えて、論理的に法以前な国家非常権になりうるものではない。しかし憲法に於いて規定された国家緊急権が君主国においても、その本質的な限界を有することこそ、まさに立憲主義の本質がある。」¹⁸⁾

ここで大西が、国家緊急権と国家非常権 (Staatsnotrecht) を区別していることが重要である。大西にとって「国家非常権」とは、「憲法制定権力のいわば派生物として主権者のみがこれを有する」のであり、「憲法制定権力の存在自体には触れないで、新しい国家秩序を作り出すものであり、——ただ新しい憲法秩序によってのみその合法性が問題とされ得るのである。従ってこれはシュミットの云う如く、謂わば「潜在的に」存在するものであって、本来憲法の中には規定され得べき性質のものではない。」¹⁹⁾

国家非常権は、シュミットの言う「主権独裁」に近いものであり、その権限を用いて既

存の憲法を擁護するものではなく、新しい憲法を制定するものである。したがって大西が、限界を有する「国家緊急権」を擁護し、憲法制定権力が保有する「国家非常権」を否定していることは重要である。

大西によれば、大日本帝国憲法の緊急権規定には、第8条の緊急勅令権、第14条の戒厳令、第31条の非常大権そして第70条の「緊急財政措置」が規定されていて、第二章の「臣民の自由と権利」の制限が明記されているのは、非常大権だけである。

大西によれば、大日本帝国憲法の緊急権の内、非常大権を除く三つの権限は、憲法的に規定された権限として当然、憲法の制約を受けるものである。それでは、第31条の非常大権は憲法を破棄して新しい憲法を作成しうる無制限な権力であるのか、それとも制限を受けるものなのか。大西は、「国家非常権」であれば全部の憲法規定を破棄しうるが、第31条の「非常大権」は、第二章の臣民の権利・義務に関する規定のみを侵害しうると規定されているので、他の三つの権限と同様に、憲法的に規定された国家緊急権として理解している。しかし後になると大西は「非常大権」に解する解釈を変更するようになる。

総じて大西はシュミットの緊急権規定の解釈に注目し、その解釈を大日本帝国憲法の緊急権解釈に適用し、天皇の緊急権行使に幅広い制約を課したといえよう。つまりシュミットの第48条第2項の解釈は、大西において天皇の緊急権行使を縛るために適用されたのである。

しかし、憲法学者の中には、この第31条の非常大権に無制限な権力を付与し、この非常大権を用いて、帝国憲法の権力分立や人権規定を廃止し、天皇親政を実現するために憲法を変更することを主張する論者もいた。まさに「例外状態」において天皇の憲法制定権力が突如発動されて、新たな憲法がつくられるという議論である。

大西は、その代表的な憲法学者として、山崎又次郎を挙げている。山崎は、『天皇機関説の憲法学的批判』（洋々会、1935年）、『国体明徴を中心として帝国憲法を論ず』、『憲法学』、『憲法と国体の本義』（1936年、全国神職会）を書いて、第31条の「非常大権」が、「憲法的に規定された緊急勅令、戒厳等と性質的に区別せられる」ものであり、「直接に憲法制定権力と結ぶ、憲法制定権力の派生、或いは流出物」であり、「国家の存立それ自体を保護防衛するために、それに基づいて妥当していた法的秩序を侵害し得る所の権力」とみなしたのである。²⁰⁾それは、大西の表現をもってすれば「国家非常権」であった。

第31条の「非常大権」を強調することは、大串兎代夫（1903-1967）の主張でもあった。大串は、第31条を非常事態において発動される例外的措置としてではなく、天皇親政を実現する超法規的な憲法制定権力の決断として位置づけたのである。大串もシュミットの議論に精通していた国法学者のひとりであり、東京帝国大学の上杉慎吉（1878-1929）の弟子で、30年代にはイェナ大学のケルロイターの下で勉強したこともあった。²¹⁾彼は、イェナに滞在していた時に、上杉の記念論文集の中に、「カール・シュミットの主権論」という短い論稿を寄稿している。彼は、1828年から33年までのドイツ滞在中にシュミットと会い、親しくなり、シュミットに心酔していた。²²⁾

以上見てきたように、大西は、基本的に「非常大権」を他の三つの緊急権と同様に立憲的な「国家緊急権」とみなすことによって、大日本帝国憲法の緊急権行使に制限を課そう

と試みたのである。

Ⅳ 国家総動員法と緊急権

大西の緊急権に対する解釈は、国家総動員法との関係で変化するようになる。まず国家総動員法に対する大西の見解をフォローすることにする。彼は大隅・佐伯編『新法学の展開』（日本評論社、1941年）に「国家総動員法と憲法」を寄稿し、黒田と同様に国家総動員法を正当化している。基本的に論調は黒田と同じで、国家総動員法は緊急事態の常態化を目指していると主張する。

「国家総動員法の戦時・事变的な国民統制の法則は、憲法の平時的な国家組織の上に組み立てられたものである。国家総動員法は国家組織上の構造そのものには、全然手を触れておらず、ただ国家権力の運用の仕方について、今までとは異なったやり方を可能にしたのである。即ちそれは、平常的な国家組織をそのまま非常時的に運営するのであり、憲法の平常時態勢がそのまま非常時態勢をとったのであり、逆に言えば、非常事態勢が憲法の平常時態勢の中に組み入れられた、ということもできるであろう。」²³⁾

大西は、国家総動員法は戦時・事変の場合に発動される権力を規定しているが、それは緊急勅令、戒厳令とは全く関係がないと主張する。というのも、緊急権は一時的なもので、危機克服の後はその憲法秩序に復帰することを前提としているのに反して、国家総動員法は憲法秩序の恒常的な構造的変化の産物であるからである。

この国家総動員法の衆議院の議論においては、憲法第二章の臣民の権利や自由の制限を広範囲な委任立法である政府の勅令に委ねる国家総動員法は、戦争などにおいて憲法第二章の臣民の権利を侵害できる天皇の大権である「非常大権」を侵害するもので、違憲あるという批判が展開された。大西は、憲法第二章の臣民の自由の制限を説く国家総動員法と「非常大権」は、例外状態の常態化という点で共通点を有していると主張する。

大西にとって、「非常大権」は戒厳令や緊急勅令のように立憲的な緊急権として危機克服の一時的な措置ではなく、日本独特の規定である。彼は、「非常大権」と「戒厳令」ないし「緊急勅令」との相違を以下のように述べている。

「我帝国憲法の起草に際して参考させられた十九世紀ヨーロッパ立憲諸国の憲法は、国家の非常権として戒厳と緊急命令とだけしか認めていない。しかもこれらの緊急権は、平常時的な『法律の支配』の原則の例外であるから、できるだけその発動と効果とを制限しようと意図せられている。戒厳の要件及び効果を法律を以てあらかじめ限界づけておくことがこれであり、又緊急命令の制定の条件を厳密に規定し、その効力は後に議会の承諾に依存せしめるという制度がこれである。我帝国憲法もこの戒厳と緊急勅令の制度をヨーロッパにならって採用した。だがこの第三十一条の非常大権の規定はヨーロッパ立憲主義の何処にもその『原型』を見出さないのである。この第三十一条の規定は、第一条の規定と共に、我帝国憲法がヨーロッパの立憲主義的憲法を参考にして起草せられたにもかかわらず、我帝国憲法独自の規定である。第三十一条は、その大権発動の範囲を第二章の規定に限る以外には、何ら

の条件も制約も被らない『圓滿無碍』なる天皇の独裁権を規定している。」²⁴⁾

大西は、第31条の「非常大権」が、19世紀の立憲主義に特徴的な国家に対する個人という消極的な自由の擁護ではなく、国家への個人の統合という積極的な自由概念を持っていることを指摘する。非常大権は、戦時・または国家事変の場合、国家の存立が直接危険にさらされた場合、天皇が発動して、臣民の権利や自由をなんの制約も受けずに勅令によって侵害できる点において、反立憲主義であった。大西にとって「非常大権」は伝家の宝刀であるが、その宝刀を抜く前に第二章の臣民の自由を侵害できる国家総動員法が制定されたのであり、国家総動員法は天皇の「非常大権」と何ら矛盾するものでない。非常大権や国家総動員法は、戒厳令や緊急勅令とは異なり、既存の立憲的憲法への復帰を目指す一時的措置ではなく、新たな憲法秩序を目指すものである。もちろん、第一条の国体的規定を維持したままの政体的規定の変更である。

大西は1938年論文では非常権を含む緊急権の立憲主義的解釈を主張していたが、1941年の論文では、非常大権の意義が強調され、国家総動員法と第31条の非常大権の中に自由主義的な国家と個人との関係とは全く異なる関係が体现されていると主張する。それは国家対個人という対立軸ではなく、国家と個人、天皇と臣民の一体的関係であり、国家権力に対抗する非政治的な自由の概念ではなく、国家のために積極的にコミットする積極的な自由の概念である。それこそが「天皇統治」という帝国憲法の独自の基本的原理である。自由概念が国家からの自由ではなく、国家への自由と意義転化をしている。

「十九世紀の立憲主義の憲法は、国家によっても侵されない個人の絶対的領域としての自由観と、他方にはルソー的な全体意思の中に自由を発見する自由観との、二つの相異なる原理の上に両足を置いて、できあがったものであることは、前に述べた。そこにおける自由の保障は、特に前者の原理に基づくものであり、国家に対する自由の保障とせられた。我が帝国憲法もまた、この立憲主義的憲法の形式を採用した。そして第二章は臣民の自由を保障している。だが我国の国民社会の構造は、——それは我が国の個性であり、国體とってよい——『君民一体』というような言葉で表現されているように一元的構造を示している。したがって、この地盤を異にする我が国に移し替えられた立憲主義は、第二章の規定も異なる意味を持つものと理解しなければならない。すなわち西欧においては、国家以前の観点から見られたこの同じような規定が、今や我が国において、全体の、国家の中の個人の観点から見られなければならない。」²⁵⁾

こうした大西の自由観の転換は、シュミットの自由権と制度的保障との関係を扱った「基本権と制度保障 (一) (二)」(『法学論叢』、1939年)において顕著にみられる。この中で大西は、シュミットが『憲法論』で展開した前国家的な自由権の概念を批判し、E. フーバーの「基本権の意義転化」を高く評価し、「国家からの自由」(Freiheit vom Staat)ではなく、「国家への自由」(Freiheit zum Staat)の必要性を訴えている。²⁶⁾

大西にとっても黒田と同様に、国家総動員法によって臣民の権利や自由が大幅に制約される状況に際して、国家からの自由という立憲主義ではなく、国家への自由によって、個人を国家へと不断に統合することが重要であった。黒田や大西の動態的憲法学にとって、

立憲主義や自由主義は克服されたものとみなされ、非常事態の常態化による個人や社会の統合が第一義的な課題となったのである。ただ大西は山崎又次郎や大串兎代夫の様に、天皇の無制限な権限である「非常大権」に訴えようとはしなかった。それは天皇親政への道であるからである。大西が天皇親政を最後まで斥けたことは重要である。

大西は、戦後になると再び「例外状態」の常態化から、立憲主義的な自由観や緊急権理解に戻っていくことになる。国家総動員法から敗戦までの期間を除けば、彼の「例外状態」における緊急権への関心は一貫しているのである。

V 大政翼賛会

すでに国家総動員法に関する論考において大西は、概念法学批判と憲法の動態的な変遷を主張し、国家総動員法を「例外状態」の常態化として位置づけていた。しかし、大西はこうした憲法の動態論的把握が有する問題点をも認識していた。大西は自らの憲法解釈の方法論を、1941年に『法律時報』（13巻6号）に寄稿した「大政翼賛会をめぐる憲法論——憲法解釈学の方法の問題」で展開した。これは、大西自身の大政翼賛会に対する政治的態度を示しているというよりは、大政翼賛会の合憲性・違憲性をめぐって戦わされた憲法論争を支えていた解釈学の方法論をめぐる問題であった。つまり法実証主義の側に立つ佐々木惣一は、憲法に規定がないとして大政翼賛会に批判的であったのに対して、反法実証主義の側に立つ黒田覚（「大政翼賛運動の合憲性」、『改造』、1月号）、宮沢俊儀（「大政翼賛会の法理的な性格」、『改造』、1月号）、大串兎代夫（「大政翼賛会運動と憲法」、『文芸春秋』1月号）は、憲法の理念や憲法の動態的な変化を憲法解釈の中に取り込み、大政翼賛会の合憲論を展開したのである。前者の方法論は「現実の具体的事実とは無関係に、むしろ法規的な価値判断以外の判断、特に政治的な価値判断を排斥して、法規を形式論理的に意味統一体として把握する。これに対して後者の方法論は、「法規は具体的秩序の表現であるから、——個々の法規を具体的秩序の精神的・若しくは社会的中核たる或る種の根本原理によって意味づける」のである。²⁷⁾ 大西が、方法論に関して後者の立場に立っていることは疑いえない。法は静態的・固定的な統一体ではなく、現実の歴史過程の中で発展していくので、法規の意味も変化していくのである。憲法解釈においては、理念や動態的变化が大きな役割を果たすのである。しかし、大西は同時に具体的秩序思考が陥りやすい危険性をも指摘している。

「生きた歴史的現実の国家秩序の中から憲法の基本的精神並びにその具体化である政治的原理を抽出し、之を以つて憲法法規の意味を充実せしめると云う具体的秩序思想は、しかしながら一方においてはかつての歴史法学的思想に、又他方に於てはその時々的事实を全て合法的と考えるオポチュニズムに墮する危険に常に直面しているといわなければならない。」²⁸⁾

この危険性は、日本の戦時体制や国防国家が進み、国家総動員法や既成の諸政党の解体や「大政翼賛会運動」の抗しがたい流れの中で、時代の流れに抵抗する立脚点を失っていくことに顕著である。それは、シュミットに投げかけられた「状況法学」に類似した危険性でもあり、憲法の「規範力」が著しく失われていくプロセスである。大西は、そのこと

を強く意識していた。

「この考えは、法規よりもむしろ具体的現実重点を置く所から、次々に生起する現象についての合秩序性、反秩序性の判断を欠き、現実をすべて具体的な秩序として之を合法化せんとし、法規の意味を曲げるといふ誤りを犯す危険をも含んでいるのである。正しい意味に於いての具体的秩序思想は、国家社会構造の精密な分析によって裏づけられたその国家の主体的性格とも言うべき根本精神を把握し、その特殊性格を持った主体たる国家が歴史を生きていく過程に於て、現在の諸条件の下において採るところの秩序原理、憲法にあっては政治原理を理論的に認識することに依つて、初めて個々の規定の整序原理を獲得し得るものであろう。」²⁹⁾

このように、大西は法や国家の動態的把握が、実践的な理念を見失い、日々の変化する政治的現実流されてしまう危険性を主張した。それは、スメントの「統合理論」に見出されるものであった。彼は、1941年に出版された『国家と法律学』において統合理論の二律背反を以下のように指摘している。

「たしかに国家はこのような統合の契機のあることを否定することはできないであろう。国家が単なる観念的な静止的秩序ではなく、現実的存在として歴史を生き、形成してゆくものと見る限りにおいては、国家を構成し、これを支担していく個人の自由なる意思活動の、常に新たな統一過程が存在しなければならぬ。しかし他方においてスメントの統合理論は、国家の統一を主観的・偶然的な意思統一の結果とみなす危険を含んでいる。すなわち時々刻々に作り出されてゆく精神的意味内容は、それだけではやはり時々刻々に変化する動揺常ならざるものであり得るわけであり、そこに作り出される意味内容の、すなわち国家の時間的統一性、連続性と一貫性はみることができないわけである。」³⁰⁾

大西は日本の國體を基本的な具体的秩序、ないし根本規範とみなしているが、國體は彼にとって単なる抽象的概念ではなく、具体的・現実的概念であり、しかも一時的なものではなく、我が国の歴史を一貫して存在し、「歴史的過程を経過しながらも、変質しない不動のものとして、国民によって確信されるもの」であった。³¹⁾

我が国の國體の中心にあるのが、天皇の權威である。大西はこの点に触れるときに、記紀神話に基づく非合理的な國體イデオロギーを持ち出している。戦後彼の教職追放の根拠となる箇所でもある。

「我が国における国家權威の體現者は言うまでもなく、天皇である。我が国における基體の秩序は、天皇中心にする秩序である。天皇が最高絶対的な御存在であらせられるということは、肇国以来変わらざる国民的信念である。それは合理的に説明しえられるが故に、国民的信念の対象となつてあるのではなく、合理・非合理を問わざる絶対的確信である。しかも天皇は神の後として、御自ら現人神であらせられ、神意を御一身に対して、『神ながら』統治し給うという国民的信念が存在する。国家權力は天皇の權威から発するがゆえに、国家權力として認められる。種々の実力者や政治力が国家權力の掌握者となるためには、いつでもいつでも天皇の勅許を請い祭り奉り、或いは院宣をお受け申し上げたのであり、またそうしなければならぬ

かった事實は、わが国史上度々見られる所である。」³²⁾

大西の「具体的秩序思想」はシュミットから影響をうけているものの、明らかにシュミットの静態的・伝統的な思考と比較して、動態的であった。しかし日本の国體を具体的秩序と考える大西は、政体的部分の動態的な変化を強調しつつも、国體的な部分の首尾一貫性と永続性を強調したのである。

Ⅵ 大西の戦後憲法論

(1) 憲法制定権力論

ところで大西は戦後日本国憲法論との関係で主権論ないし憲法制定権力の問題をどのように考えたのであろうか。彼は戦後「国民主権について」（立命館法学16号）においてこの問題をとりあげた。しかしここでは大西の主著『憲法の基礎理論』（有斐閣、1975年）を中心に大西の見解を見てみよう。

大西は、すでにみたようにシュミットの憲法制定権力論の事實的意志を否定し、それを憲法の正統性の根拠に求めた。

「憲法の正当性の根拠は国民主権国家にあつては国民にある。憲法制定権力とは、かような憲法の国民的正当性を示す概念に他ならない。それは事實的な権力、または事實的な決断作用を示すものではなくて、憲法の妥当性の根拠が国民的正当性にある事、すなわち憲法が国民に帰属することをあらわす構成的概念として理解しなければならない。」³³⁾（下線部引用者）

こうした解釈からすれば憲法制定権力は、構成概念であるので、かならずしも事実と一致する必要はなく、そのように信じ、確信しておればよいという結論が産み出される。

「日本国民は、『そもそも国政は国民の厳粛な信託によるものであつて、その権威は国民に由来する』ものと信じ、主権は国民にあると確信している。この確信や進行が憲法の妥当性の根拠となり、国家権力に対する義務感の根源となっている。つまり憲法作成者への確信、国家権力の淵源への確信が、憲法と国家権力の『正当性』の根拠である。」³⁴⁾

したがって、日本国憲法は、「国民が新憲法の基本的性格または基本的原理に対して暗黙のうちに承認していた」ので正当性を持つのである。大西は、憲法制定権力が事實的な意思を表明するからではなく、また特定の価値や理念を体現しているからではなく、国民的正当性があるからだと主張し、「シュミットの憲法制定権力の概念はことば通り単なる事実上の権力と理解すべきではなくて、事実上の憲法制定行為を正当化する概念、国民の権威として理解すべきであろう」³⁵⁾と述べている。

宮沢の弟子芦部信喜は、『憲法制定権力論』の中で、シュミットを批判し、憲法制定権力は、赤裸々な権力的意志ではなく、「人間の価値の尊厳」によって制約されると主張する。憲法制定権力は、人間人格の自由と尊厳と民主主義の根本規範に拘束されているのである。同時に芦部は大西の憲法制定権力があまりにも事實的行為を無視し、正当化に終始しているとして、次の様に批判している。

「大西芳雄は、制憲権を憲法の妥当性を根拠づける正当性すなわち『憲法の国民的正

当化を示す概念』だとし、『それは事実的な権力、または事実的な決断作用を示すものではなくて、憲法の妥当性の根拠が国民的正当性にあること——をあらわす構成的概念として理解しなければならない』と説く。私も、はしがきで述べたとおり、制憲権はイデオロギー的概念であること、法治国家的合法性の支配が要求され代表民主制が支配的な政治形態となっている現在、制憲権の権力的契機は限定的に解すべきことは認める。しかし、制憲権を単に一つの構成的概念だと見ることは、その本質を誤るものであると思う。』³⁶⁾

(2) 緊急権

大西が戦後も緊急権について発言し続けたことは注目に値する。彼は、緊急権規定を欠いた日本国憲法に緊急権規定を加えるように提案し続けたのである。彼は1941年の「国家総動員法と憲法」に見られた「非常事態の常態化」や反立憲主義の立場から、一時的な危機克服としての立憲主義的緊急権理解に立ち戻るのである。

大西は、1957年に日本公法学会の発行する『公法研究』に、「緊急権について」を寄稿している。この中で大西は、「立憲主義の一時的停止がなお立憲主義憲法の枠内にとどまるためには、どのような条件が必要か、緊急権が立憲的緊急権になるための条件は何か」を問うている。³⁷⁾

ここでも大西は「国家非常権」(Staatsnotrecht)を退ける。これは、主権者が権力に対する制約をかなぐりすて、超憲法的な権力をもって統治することである。こうした超憲法的な権力行使は望ましくなく、緊急権を立憲的な制度として規定し、予測可能性と責任政治を担保することが必要である。この論考の中で大西は、緊急権を行政府が立法権を吸収する緊急命令と、行政権を軍司令官に集中させ、行政権は法律上の制約から解放し、人権の一時的停止などをおこなう戒厳令(État de siège)との二種類を区別して、緊急権の持つ二律背反的性格を指摘する。

「緊急権は、行政府に権力の集中と拡大をもたらす。それは立憲主義の一時的停止であり、一時的独裁ですらある。それは国家的危機克服のための有効な手段になりうると同時に、独裁それ自体の持つ立憲主義壊滅の危険性を包蔵する。——緊急権の一時的独裁はその一時性の制約をふりすてて、永久的独裁に移行し、立憲主義の反対物に転化する絶好の足場を提供することができる。」³⁸⁾

こうした指摘には、大西が緊急権の危険性をよく認識していたことを示している。大西は、第48条の緊急権の乱用によるワイマール憲法体制の崩壊に対する反省を踏まえつつ、緊急権乱用を阻止するための5つの制約を提言している。³⁹⁾

1. 国家緊急権の条件および効果は憲法もしくは法律によって定められるべきであること。特に緊急権の目的、発動の条件とその効力が及ぶ範囲を定めること。この提案の背景には、ワイマール憲法第48条の規定が濫用され、ワイマール憲法の崩壊に繋がったという認識があった。彼は言う。

「あまりに漠然としてルーズな規定をおくことの弊害は、ワイマール憲法第48条の経

験がこれを示している。この規定は極めて概括的な条件と、きわめて廣汎かつあいまいな権力の効果を定めていた。そのためこの規定について解釈上多くの論争が行われたが、結局最も拡張的な解釈が採用され、遂にその制度の本来の目的を逸脱して、恒常的な立法方法となり、ナチス独裁に道を開いたことは人のよくしるところである。」⁴⁰⁾

2. 緊急権の発動の決定権を議会に留保すべきこと。緊急権の発動の要件の認定は、つまり何が緊急事態であるかの判定は、立法府がある議会が持つべきである。
3. 緊急権の終期はその発動の際に規定すべきこと。
4. 緊急権の行使は必要最小限度を超えてはならず、また永久的であってはならない。例えば選挙法を改正したり、経済秩序を変革することは、緊急権の範囲を超えるものである。
5. 緊急権の行使についての責任を追及する制度を設ける。これは議会の追求と裁判所による違法性の確定——たとえば権力発動の形式的手続きに違反して緊急権が発動されたとか、内容的に法定の限度を超えて権限が行使されたなどが考えられる。

同じことを大西は、『憲法の基礎理論』（有斐閣、1975年）においても主張している。そこには、上述した「緊急権について」（『公法研究』以外に、「国家緊急の問題」（『立命館法学』（第1号、1952年）、「国家緊急権の乱用」（末川先生古希記念『権利の濫用』上、1962年）が収録されている。

大西は、「国家緊急権の問題」において、明治憲法と日本国憲法を緊急権の観点から比較して、次のように述べている。

「旧帝国憲法の国家緊急制度は、国民の生活領域の保障の要請は十分に考慮されなかったうらみはあったが、権力の拡大集中の点については十分すぎるほどであったといわなければならない。ところが日本国憲法は非常事態に関してはまったく無関心の態度をとっているごとくに見える。これはあるいは、非常事態における異常な権力行使を否認する趣旨であろうか、それとも法の欠陥であるのか。」⁴¹⁾

大西は、非常事態において、実定法を超越し、その規定を無視した法外の「国家非常権」の実力行使に頼ることは、国家の危険を救うという美名に隠れて革命や憲法の変更も行われるので危険であり、立憲主義の放棄であるとみなした。したがって大西の答えは、憲法に非常事態を想定した緊急権がないことは「法の欠陥」なのである。緊急権の規定がないことは逆説的ではあるが、「法的安定性」や「予測可能性」という立憲主義の要請に矛盾するものなのである。

また大西は「国家緊急権の濫用」において、緊急権の内在的制約として、第一に実際に緊急事態が存在すること、第二は危機克服のために発動されるべきであって、個人的野望や特定の政治的目的のために発動されてはならないこと、第三に克服の緊急的手段が、比例性の原則をこえてはならないことを指摘した。

同様に大西は、ワイマール憲法の第48条の緊急権の失敗の原因を、議会の無気力と無能力、国民の反民主主義的態度、そして第48条の規定の欠陥に求めた。たしかに緊急権の発動によって国民の基本的な人権の一部が停止される可能性が高いが、それに関して大西は

「台風圏内にまきこまれ難破した船が自己の積荷を投棄してともかくも船体の安全をはかるにもかくせられる」⁴²⁾と肯定している。

これに対して小林直樹は、大西の緊急権論に反論し、緊急権の危機克服よりは、緊急権の乱用による憲法破棄の危険性の方を強調し、国民の憲法を守るという精神、そして乱用された場合における国民の抵抗権の必要性を強調する。

「緊急権の内在的『限界』の認識を踏まえて、制度化を通じてその条件づけを行うことは、それなりに有益である。ただし、一定の社会の歴史的条件と無関係に、制度を作ったり、真似たりしても、期待された効果を発揮しないだけでなく、反対にその制度の予期しない逆効果によって、重大な禍害を受けることになるであろう。制度を信奉するフェティシズムは、とりわけ緊急権については、厳しく戒められなければならない。国が非常の危急に最も良く対処しうするためには、単なる緊急権制度を整えることよりも、それに先行して国としてとりうる予防策や対策を十分に講じておくとともに、国民の憲法的良心と自由を平常時から最大限に育成・強化しなければならない。——これが、緊急権の歴史的経験と現実的論理の教える真実である。」⁴³⁾

小林のこうした主張を認めるにしても、そのことが緊急権を憲法に規定することに対する直接的な反論とはならず、緊急権の創設の前提条件を整備する必要性を述べたものとも解することもできるであろう。

緊急権創設の議論は、戦後日本においてはタブーに近く、緊急権の議論そのものが深まりを示してこなかった。こうした状況を踏まえて、大西自身も戦後、緊急権の諸論稿を『憲法の基礎理論』に収載することを躊躇していた。しかし、彼の緊急権論こそ、大西の憲法論的遺産であり、論議されるに値するものではないだろうか。この点、大西の弟子の山下健次は、以下のように述べている。

「『緊急権について』、『国家緊急権の問題』、『国家緊急権の濫用』の三論文について、実は、これをあらためて発表すべきかどうか、先生は迷っておられた。緊急権のデモニッシュな本質を理解しておられたが故の迷いであったと思う。緊急権の問題は、先生の博士論文のテーマであり、その民主的統制を追求されたことを知る者として、やはり発表されるべきだと申し上げた所、先生は『そうか』と一言述べられただけであった。」⁴⁴⁾

終わりに

以上、大西芳雄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、彼の憲法学説、とりわけ憲法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。しかし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や大西芳雄の対立は、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) 山下健次「大西芳雄－憲法原理の矛盾を自覚して」（『法学教室、No.170、1994. 11月』）、60頁。
- 2) 松尾尊兌「滝川事件以後－京都大学法学部再建問題」（『京都大学文書館研究紀要』（2004年2月）15頁。
- 3) Yoshio Onishi, *Über Volkssouveränität*, in: *Epirrhpos, Festgabe für Carl Schmitt*, Erster Teilband, Dunker & Humblot, 1968, S.312
- 4) 大西芳雄『憲法の基礎理論』、287頁。
- 5) 覚道豊治「大西先生を偲ぶ」（『立命館法学』、第119・120号、No.1・2、1975年）、194-205頁。
- 6) 大西芳雄『国家と法律学』（秋田屋、1944年）、40-41頁。
- 7) 同、43頁。
- 8) 同、71頁。
- 9) 同、80頁。
- 10) 同、128頁。
- 11) カール・ラレンツ『現代ドイツ法哲学』（大西芳雄・伊藤満訳、有斐閣、1942年）。大西は、訳者序文において、ラレンツの根本的態度を、法を民族の全体的秩序の一環として捉える具体的秩序思想に求めている。大西は訳書の後記において「ラレンツの立場を一言にして言えば、カール・シュミットの所謂『具体的秩序・形成の思考』の部類に入る」（293頁）と述べている。また大西芳雄「政治と法・法学」（1）（『法学論叢』、第48巻第3号、1943年）、495頁を参照。
- 12) 『国家と法律学』、238頁。
- 13) 同、255頁。
- 14) 同、256-257頁。
- 15) 大西芳雄「緊急権」（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）、84頁。
- 16) 同、86頁。ワイマール憲法第48条第2項の解釈に関する1924年のドイツ国法学者大会に関するシュミットの報告「大統領の独裁」に関しては拙書『カール・シュミットとその時代』（みすず書房、2019年）、73-90頁を参照のこと。
- 17) 同、95頁。
- 18) 同、99頁。
- 19) 同、97-98頁。
- 20) 同、100頁。
- 21) 大串については、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）を参照のこと。また宮本盛太郎『知識人と西欧』（1981年）の第5章「大串兎代夫と彼の日本国家学」を参照。
- 22) Masanori Shiyake, "Zur Lage der Carl-Schmitt-Forschung in Japan", in: *Complexio Oppositorium*, S.494. 初宿によれば大串は、1966年にフライブルクでシュミットと再会したが、1968年に大串が急死したことを聞き、シュミットは大串の息子に追悼の手紙を送っている。
- 23) 大西芳雄「国家総動員法憲法」（大隅・佐伯編『新法学の展開』（日本評論社、1941年）、3頁。
- 24) 同、42頁。同じことを、大西は以下のように述べている。
「わが国においては、国家危急の非常事態に面する時には、非常大権が発動される。而して第三十一条の規定は、わが帝国憲法独特の規定であって、国民生活の統制の殆ど全部が、天皇の独裁によって規律させられるのである。若しも我が国の国民社会の地盤が君民対立的な二元論

的社会であれば、この第三十一条は、天皇をして専制君主たらしめるであろう。さればこそ十九世紀の西欧立憲主義の諸憲法は、専制君主を容認するような規定をおかなかったのである。しかしもし我が国如き昆明一体的な一元的な構造をもつ国家においては、天皇をして専制君主たらしめる可能性を開いたのではない。即ち逆に言えば、立憲的憲法たる帝国憲法がその中で、西欧的立憲主義においては絶対に許されないような規定を設けていることは、天皇の殆ど完全な独裁を受け入れる地盤が、既に国民社会において前提せられ、用意されていることを意味する。国家の究極的な非常時においては、天皇の大権が勅令の方式で殆ど何らの制約をうけず、『円満無碍』に発動する。」(63-64頁)。

- 25) 同、61頁。「君民一体」を特徴とする日本的『立憲主義』の特徴については、大西芳雄「日本立憲主義の把握」(『法学論叢』、第47巻第4号、1942年)、74頁を参照。
- 26) 大西芳雄「基本権と制度保障」(二)、(『法学論叢』、第41巻第1巻)、123-124頁。フーバーの文献は、Ernst Rudolf Huber, "Bedeutungswandel der Grundrechte", in: *AöR*23, 1933, S1-98. 大西は、同論文において自由概念の「国家からの自由」から「国家への自由」の意義転化に関して、以下のように述べている。
「今日の国家における個人の自由、換言すれば国家法秩序と関係づけられた自由権は、国家を構成するものとしての個人に与えられた権利であり、国家がその上に成立する所の国民的共同社会の秩序のあり方の一種である。国家はこの国民的共同社会の地盤の上に成り立つと共に、自己の基盤たる社会のあり方を統制し、鞏固にしていく。かかる国民的共同社会の内にあって個人の自発性が尊重され、又統制される所に、今日の国家における自由権の観念が成り立つのである。そして自由権の憲法的保障というのは、かかる国民的共同社会における個人の自発性の尊重とこれに対する統制との調和を以って出来上がる秩序を、あるいはその秩序の原則を、国家が自己の存立の基盤として保護し服従することを意味すると考えられる。従ってそこにはもはや、国家から独立に、国家から対立するものとしての個人は考えられないし、またかかる個人が自然的に有した不可侵の権利、国家に対する防衛権、と云う意味における自由権の観念を入れる余地は存しない。」(139頁)。
なお大西がシュミットの「防衛権」としての自由概念ではなく、メントの統合的な共通価値としての自由や権利概念を支持している点に関して、『公法学の諸問題－渡邊宗太郎博士還暦記念』(大西芳雄編、有斐閣、1956年)を参照のこと。
「したがってメントにとっては、基本的人権の保障は、シュミットの考えるように、単に非政治的なもの、国家権力に対する個人の防衛権というようなものではない。統合過程は単に機能的なものにとどまらず、同時に価値関係的なものであって、統一形成に共同するものは共通の価値である。」(226頁)。
- 27) 大西芳雄「大政翼賛会をめぐる憲法論－憲法解釈学の方法の問題」(『法律時報』(13巻6号、1941年)、14頁。なお大西の憲法解釈論については、大西俊雄「憲法解釈学の方法雑感」(『法学論叢』、第46巻第2号、1942年)も参照のこと。
- 28) 大西芳雄「大政翼賛会をめぐる憲法論」、15頁。
- 29) 同、15-16頁。
- 30) 大西芳雄『国家と法律学』、65頁。
- 31) 同、272-275頁。
- 32) 同、283頁。
- 33) 大西芳雄『憲法の基礎理論』(有斐閣、1975年)、29頁。
- 34) 同、47頁。
- 35) 同、58頁。
- 36) 芦部信喜『憲法制定権力論』(東京大学出版会、2013年)、48頁。
- 37) 大西芳雄「緊急権について」(『公法研究』、1957年)、3頁。
- 38) 同、10頁。
- 39) 同、11-15頁。
- 40) 同11-12頁。なおワイマール憲法の緊急権行使によるワイマール憲法崩壊についての大西の評価

は、大西芳雄「ワイマール憲法の崩壊」（『法律時報』29巻1号、1957年）を参照。この中で大西は、「憲法の予想した大統領の緊急権は、真の非常事態、すなわち原則的な議会による立法の不可能な事態に、応急的に対置するところの例外的な非常手段であった。ところがワイマール憲法の歴史は、むしろ逆に、この非常手段を原則的な、恒常的な立法手続きとした。」（51頁）と述べている。この転機は、大西によると大統領内閣の成立である。しかし、非常事態の常態化を国家総動員法の成立の際に主張していたのは、大西本人ではなかったのか。

- 41) 大西芳雄『憲法の基礎理論』、222頁。
- 42) 同、232頁。
- 43) 小林直樹『国家緊急権』（学陽書房、1979年）、117頁。
- 44) 大西芳雄『憲法の基礎理論』288頁。

参考文献

- 大西芳雄「緊急命令権」（１）（２）（『法学論叢』（第33巻、第3、5号、1935年）
- 大西芳雄「国家緊急権の限界」（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）
- 大西芳雄「イギリスの国家緊急権の限界」（『法学論叢』、第39巻第6号、1938年）
- 大西芳雄「基本権と制度保障」（１）（２）（『法学論叢』、第40巻第6号、第41巻第1号、1939年）
- 大西芳雄「自由権の概念」（『法学論叢』、第42巻第5号、1940年）
- 大西芳雄「国家総動員法憲法」（大隅・佐伯編『新法学の展開』（日本評論社、1941年）
- 大西芳雄「大政翼賛会をめぐる憲法論－憲法解釈学の方法の問題」（『法律時報』（第13巻第6号、1941年）
- 大西芳雄「日本立憲主義の把握」（『法学論叢』、第47巻第4号、1942年）
- 大西芳雄「政治と法・法学」（１）（２）（『法学論叢』、第48巻第3号・4号、1943年）
- 大西芳雄『国家と法律学』（秋田屋、1944年）
- 大西芳雄「国家緊急権の問題」（『立命館法学』第1号、1952年）
- 大西芳雄「憲法改正の限界」（『公法学の諸問題－渡邊宗太郎博士還暦記念』（大西芳雄編、有斐閣、1956年）
- 大西芳雄「国民主権について」（『立命館法学』、第16号、1956年）
- 大西芳雄「緊急権について」（『公法研究』、1957年）
- 大西芳雄「国家緊急権の濫用」（『末川先生古希記念論文集（上）』、1962年）
- 大西芳雄「ワイマール憲法の崩壊」（『法律時報』、第29巻第1号、1957年）
- 大西芳雄『憲法要論』（有斐閣、1964年）
- 大西芳雄「旧憲法下の国家緊急権」（『立命館法学』第68号、1967年）
- 大西芳雄“Über Volkssouveränität”, in: *Epirrhosis: Festgabe für Carl Schmitt, Erster Teilband*, Dunker & Humblot, 1968.
- 大西芳雄『憲法の基礎理論』（有斐閣、1975年）
- 大西芳雄「国民主権の概念」（『立命館法学』、第114号、1975年）

