

憲法制定権力論の系譜

—黒田覚と戦後憲法理論

岡 本 寛

目次

はしがき

- 1 ケルゼン研究からのあゆみ
- 2 帰国後の黒田
- 3 憲法制定権力論の構築
- 4 正統性論と黒田制憲権論の構築
- 5 戦後憲法学における黒田理論の受容

はしがき

本稿は、戦前・戦中期において、おもに憲法理論の分野で卓越した業績を残した憲法学者である黒田覚^{*1}の憲法制定権力（以下、「制憲権」と表記）論が戦後憲法学に与えた影響について考察を加えることを目的とする。日本においては戦後憲法制定後の主権論争から1950年代の改憲問題状況下の制憲権論の展開を通じて、主権＝国民の憲法制定権力論が戦後日本憲法学において幅広い学説に受容されてきた。制憲権論は、その後の主権論争の中でも活発に議論がおこなわれ、現在では通説として君臨している。しかし、1930年代に黒田が卓越した理論水準の制憲権論を体系化し、戦後の芦部信喜らに影響を与えた事実は一部の研究者を除き、必ずしも広くは知られてはいないようである^{*2}。

本稿では黒田覚を素材に、日本憲法学における制憲権論の「原型」ともいえる黒田制憲権論が誕生するまでの過程を概観するとともに、黒田制憲権論の持つ特色—とりわけその「正当性的契機」論—が戦後憲法学に受容された経緯とその背景を考察することとする。まずは1920年代の黒田憲法学の足跡

をたどりつつ、黒田制憲権論が誕生する「前史」の流れを確認してみたい。

1 ケルゼン研究からのあゆみ

1900年生まれ黒田覚^{*3}は1923年3月に京都帝国大学法学部を卒業するとともに、同年4月に京都帝国大学大学院に進み、研究者の道を歩むこととなった。黒田は研究者としてのキャリアををハンス・ケルゼンの純粋法学に取り込むことからはじめた。当時の憲法学において黒田は「純粋法学の輸入にもっとも早く、かつ熱心であった」^{*4}存在であり、事実、1920年代前半から1930年代初頭までの黒田業績の大半は、ウィーン学派ならびにケルゼンへの没入を示すものとなっている。

黒田が研究者の道を歩み始めた1920年代の日本の憲法学をとりまく状況は立憲学派優位の下、国家法人説が既に確固たる理論的基盤を固めていたが、他方で、徹底した方法二元論の立場から法学に革新的視座をもたらしつつあったウィーン学派—とりわけハンス・ケルゼンのそれ—の業績が次々と紹介されている状況であった。また、政治学分野においては国家の主権性に猜疑の目を向ける多元的国家論が日本においても紹介されつつあった。

このような状況下にあって1927年から1930年にかけて黒田はヨーロッパへ在外研究に赴いたが、ここで黒田はケルゼンの講義を聴講し個人的にも親交を深めている^{*5}。同時に、黒田はこの在外研究を契機に多元的国家論や現象学などの当時、欧州で最先端の社会科学の知見を摂取していった。

1930年に在外研究を終えた黒田は日本へ帰国し、まもなく矢継ぎ早にその成果を学界に問うことになる。1920年代にはケルゼンに関する論攷・翻訳を数多く発表し代表的なケルゼニストの一人と目されていた黒田であるが、在外研究が「ケルゼニスト黒田」に与えた影響は少なくなく、帰国後の黒田は当時の日本の学界における「ケルゼン流行の渦中で、ケルゼンの影響から急速に離脱して行く」^{*6}こととなる^{*7}。

この在外研究を境に黒田の学風は大きな変貌を遂げたのであるが、この転回はやがてあらわれる黒田制憲権論への接続までどのような道を辿ってゆ

くのであろうか。

2 帰国後の黒田

ここでまず注目すべきは、黒田の多元的国家論と「政治」概念への関心である。1934年に発表された「多元的国家論と政治概念」*⁸において黒田は次のように記している。

本稿の目的とする所は、英国の多元的國家論（ラスキ、コール）が、我國及びドイツの学界に於ける政治（Politik）又は政治的なるもの（das Politische）の概念規定に及ぼした影響を考察し、この影響の下に成立した政治又は政治的なるもの、概念に対して若干の批判を加えようとする點に存する*⁹。

黒田が研究者の道に入った1920年代には、主に政治学の分野において日本においても主権概念の絶対性、単一性を前提とする伝統的な国家学・国法学に対する批判が、多元的国家論の移入という形で登場していた。伝統的な国家学・国法学においては主権の単一性・絶対性が主張されるとともに、国家概念の中に政治概念は吸収され、政治概念の独立性は等閑視される傾向にあった。しかし当時、日本でも紹介されつつあった多元的国家論はここにおいて国家外における政治現象に対する考察という視座を導入し、政治学の国家学に対する自立を促す結果となった。

またこの時期の日本では政治学分野において多元的国家論と関連する形で蠟山政道、恒藤恭、戸澤鉄彦らにより「新カント派の方法論の影響の下に政治の先験的概念を確立することによって、政治学を従来の国家学、あるいは国法学への従属から解放しようという動向」*¹⁰が生じた。この潮流は国家概念に対して政治の先験的な価値を措定し、従来の国家学・国法学から政治学を解放しようとした。

黒田はこのような状況下で従来の国法学からは放逐されていた「政治」概念に対する関心を強め独自の考察を進めてゆく。

黒田は上記の論攷において政治又は政治的なるものを国家生活との関連に於て規定しようとする傾向は日独に共通するものだとしている。そして日本に於ては近年、政治概念を国家の政治の局面に限定することを批判する学説が提唱されており、またドイツに於てはカール・シュミットが政治又は政治的なるものの概念の規定にあたり国家の概念がその論理的先行をなすものではないことを主張していることを紹介^{*11}している。ここで黒田は両者がともに英国の多元的国家論から影響を受けていることに注意を促している。

黒田によれば、カール・シュミットが政治的統一の内部的関係において政治的なるものの本質として示している事実と、多元的国家論が国家による調整の活動として示している事実は本質的に同じものである。多元的国家論は国家主権論に対して華々しい批判を繰り広げたにも関わらず、実は国家の他の団体に対する社会的・道徳的優勝性を否認しているにとどまり、国家が他の団体に対して持つ法的優勝性については承認せざるを得ない。各種団体相互間、国家と各団体相互間の関係の規律について、これを黒田は調整的機能と呼び、国家の他団体に対する法的優勝性の根拠とする。この調整的機能—国家の法的優勝性実現のための国家と他団体、または他団体相互の対立的な経過の間に見出されるもの—に政治または政治的なるもの本質が存する。

他方、シュミットにおける政治的なるものの概念の本質をなすのは友敵の分類であり、「集團對集團の或種の對立・抗争を意味してゐる。この對立・抗争は、國際關係に於ては、國家對國家の關係に於て存するし、國內的には、國內の各種の集團相互の間、又は國家と此等の各種の集團との間の關係について考へられる。従て、政治的なるものは、何れにしても各種の集團の多元性 (Pluralität) を前提するものと云わねばならぬ」^{*12}。

黒田はここでシュミット理論が多元的国家論から多大な影響を受けていることを指摘している。ただ、シュミットが多元的国家論の主張する忠誠の多元性の中から政治的なるもの本質的なものとして友敵の觀念を引き出しているが、これは國際間の國家間對立についての政治的なるものの概念については妥当しうるものの、国内的にはある種の矛盾を免れない。すなわち政治

的統一は友敵の対立を克服するものとして成立するはずであるが、友敵の対立の消滅によって政治的なるものがなくなるとすれば、政治的統一はいかなる意味で政治的たりうるのか、との反問を提起し、国内政治に関する限り、「シュミットが政治的統一ととの関聯に就て、其の内部的な關係に於て言ふ所の政治的なるものの本質として示してゐる事實は、多元的國家論が、國家の調整（co-ordination）の活動として示して居る事實に該當するのではないか」*¹³と指摘している。

この黒田の「政治」への関心はやがて制憲権論にはどのように接続していくのであろうか。

3 憲法制定権力論の構築

黒田の政治、または政治的なるものの概念への関心は、政治的なるものを公法学の考察外としてきた当時の支配的国法学体系への批判とシュミット制憲権理論への関心となってあらわれていく*¹⁴。

周知のとおり、制憲権を理論的に体系化した先駆けともいえるのはアベ・シエスのそれだとされる。シエスの制憲権論は実定法の外にあって、手続的にも内容的にも法的制約に服しない文字通りの万能の権力とされた。国民の制憲権は憲法制定、変更の際に、いかなる憲法をつくり出すことができる。

ところが日本の公法学に大きな影響を与えたゲルバー、ラーバント、イエリネク等の名で代表される19世紀ドイツの公法学は、憲法の本質的性格を、高められた形式的法律的効力に見出していた。すなわち、これら伝統的学派の立場に立てば、憲法の本質的性格は、法律より高い形式的効力を持つ法規定の集合*¹⁵であるという点—すなわち硬性憲法としての性格—にあり、その内容（実質）にあるのではない。この伝統的学説は制憲権論に関しても、法の外に存在する制憲権は法外の問題であるとし、制憲権を学問的考察対象から除外してきた。

この点、20世紀において制憲権理論を復活させたカール・シュミットはこ

の形式的憲法理論に対峙し、実質的憲法理論を主張する。

シュミットは憲法改正手続を定めたワイマール憲法第76条に即して次のように述べている。「76条についてのこの通説的見解〔改正権者を法的全能者と見て、改正無限界説を唱える見解〕は、ワイマール憲法からその政治的実態とその『基盤』とを奪い去り、ワイマール憲法をして、如何なる内容にも無関心で中立的な改正手続、とりわけ、その時々存在する国家型態に対してすら中立的であるような改正手続に化せしめるものである」*16。

また制憲権についてシュミットは次の如き定義を与えている。「憲法定権力とは、その力または権威が、自己の政治的実存の態様と形式に関する具体的な全体決定を下すことができる、すなわち、政治的統一体の実存を全体として規定することができる政治的意思である」*17。このシュミット制憲権理論は決断主義の色彩に満ちている。法的に規定されていない場合を誰が決断するのかが主権に関する問題であり、また「非常事態を決断するのが主権者である」*18。

シュミットの制憲権理論については、既にすぐれた業績の蓄積があるのでここで詳説することは省略するが、本稿との関連で重要なのは次の諸点である。まず、シュミットは制憲権を憲法学の考察対象に組み入れ「政治的憲法論」として理論化したことである。第二に、前述の如きシュミット制憲権理論は彼自身の決断主義的傾向に規定され、規範的色彩が希薄であり、「実力」へと傾斜したものとして把握されていることである。第三に、制憲権 (*pouvoir constituant*) と組織化された権力 (*pouvoir constitué*) は明確に峻別され、憲法改正権は後者に属するとされていることである。第四に、制憲権と組織化された権力の峻別から憲法改正権には限界があるとする帰結が導かれる。

このシュミット制憲権理論に対して黒田はどのように応接したのだろうか。この点を次に検討していきたい。

4 正統性論と黒田制憲権論の構築

黒田覚が、自らの主権＝制憲権論を展開したのは1936年から1938年にかけての時期である。黒田はシュミットが主権の主体に関する設問、ならびに憲法の基本的政治的性格を公法学の理論体系に導入した点を高く評価している。しかし、同時に、黒田はシュミットの決断主義の立場が一貫しておらず、理論的混乱と矛盾を招いていることを指摘し、自らの制憲権理論では一シュミット制憲権理論では希薄と見られた一正当性的契機を自覚的に導入した。

1936年に公表された論文「主権概念と正当性」*¹⁹において、黒田は主権概念を歴史的な文脈で検証しつつ、主権概念が近代国家の成立に伴い重要な意味を持つことになったことを指摘した上で「主権概念は最初に於ては君主の権力の正当性（Legitimität）の基礎」*²⁰に関わる問題であったとし、この概念が単なる実力ではなく国家権力の正統性の問題として把握されてきたことを強調している。

この主権概念の正統性を強調する点こそ、後の黒田制憲権論の大きな特徴となるのであるが、この正統性論は黒田憲法学史のなかでどのようにして形作られてきたのだろうか。その手がかりは、欧州在外研究直前期に著されたケルゼンに関する著作に見出すことができる。1937年に公表された「法的段階説と自然法」*²¹において黒田はケルゼンの法段階説を評価しつつも、根本規範の概念については矛盾が見出されることを指摘している。

すなわち、ケルゼンの純粋法学は、自然法論からの法律学の独立を指向しているにもかかわらず、その根本規範（黒田は「基本規範」と表記）は先験的性格ではなく、経験的性格を有するがゆえの矛盾が存するのだという。

原始契約の概念が絶體的法的イデーの表現であるに反して、ケルゼンの基本規範は自ら自律的秩序として、実証性の基礎に関するものであり、基本規範の任務は、所謂憲法制定機関を任命する一或る場合には絶體君主を、他の場合には國民議會を此の如きものとして任命する一のであるから、特定の内容を一自然法の如

く絶體的内容ではないが—もたねばならぬ。而してこの如き内容は、數學の公理が何らの経験より帰納せられず、唯先驗的に思惟せられる如く、法的論理の純粹思惟から獲得せられ、經驗的者から自由であるとは考えられない。基本規範の内容を決定するものは、絶えず事實の勢力關係から採用された事實であるからである。^{*22}

かくしてケルゼンの根本規範の觀念に対しては「法内容的な經驗的一般概念に過ぎずして、而も法秩序の認識の前提として実証法規の妥當性の根拠たる、ア・プリオリたらんとするのである。此の兩者を同一視することによりてケルゼンの基本規範は、一種の自然法であると云い得るであろう」^{*23}との評価が下される。ケルゼン理論の問題点は「当為と実有との対立を法律学的方法と社会学的方法との対立に一致せしめ、本来經驗的規範に過ぎざる法を、先驗的規範と同様に取扱はんとせること」^{*24}から生じたものであるとされる。この問題点については、すでにウィーン学派内部においてザンダーがケルゼンに対して的確な批判を加えていることに黒田は注意を促しつつ論を閉じている。

黒田は、上記の如く、すでにケルゼン理論に見出されていた問題点を、「法の經驗的規範性の承認」^{*25}を認める方向に動き出していた。そしてこの当時ケルゼンの採用していた方法二元論を現象学的方法—既にザンダー等によって試みていた—によって克服する方向性に期待をかける黒田は、当時、このケルゼンを現象学的方法によって克服しようとしていた尾高朝雄に対するエールを送っている。この点を石川健治は次のように解説している。

尾高では、単なる自然の平面にかかわる直接経験たる「感性知覚」の上層に、もうひとつ重要な経験形態としての「範疇直観」を認め、範疇直観によって展示される「意味」の世界＝「精神」の世界＝「觀念」の世界もまた、客觀的—正確には相互主觀的ということになろうが—存在形象として捉えられている。他方で、それらは、すべてその独自の「意味」において成立しつつも、その「意味」と呼ぶる自然的「事実」を地盤とすることで（つまり自然に定礎されて）はじめて、客觀的實在性を獲得する。この立場からすれば、ケルゼンはこの相互主觀

的な「意味」の世界の出来事たる国家の考察から、その客観的实在性の定礎となる自然をまったく視野の外においた点で多くの問題を残したが、国家が予め形而上学的实在としてあるのではなく（それ自体単位としてのまとまりを持つ）法秩序を通じた意味付与を介して漸くに把握可能な存在であるという、透徹した理解を備えていた点で卓れていた。それゆえ、ケルゼンの強制「秩序」という捉え方に代え、国家権力の定礎となる物理的実力の問題を改めてクローズアップさせなくてはならないにしても、尾高は、「意味」の世界への着目を忘れなかった。すなわち、客観的全体としての国家の「意味」がまずもって存在し、個人の意思作用をこの全体に帰属せしめる「意味」の連関をくぐってはじめて、物理力が正統な権力と認められる、という視座を*²⁶。

欧州在外研究前に既に自覚されていたケルゼンへの内在的批判はケルゼンを現象学的方法により乗り越えようとする尾高への接近へとつながった。この接近はやがて憲法制定権力の「正当性的契機」という形で日本憲法理論史に重要な足跡を刻むこととなる。

黒田は1937年には『日本憲法論』において、独自の憲法理論に依拠する体系書を世に問うた。この著書は国家法人説が通説化していた当時の日本憲法学界において制憲権に依拠した憲法理論を構築した点において傑出した業績であった。さらに黒田は1938年に発表された「憲法制定権力論」において学界からの批判を踏まえて自らの制憲権論を再展開している。まずは黒田制憲権論の特徴を黒田の筆致に沿って見ていこう。

私の憲法制定権力の観念は次の點に於てカール・シュミットのそれと異なつてゐる。カール・シュミットの憲法制定権力の観念は、何らの正當性の基礎(Legitimitätsgrundlage)をもたない「存在的意思」(existenzielle Wille)である。かれに従へば、規範と意思とは相互的に相對立するものである。かれが法秩序の窮極的の妥當性の根據を、規範そのものに求めないで、これを「存在的意思」に發見したことは、當為と存在との二元的對立を弁証法的に統一したかのように見えるが、しかしこれは單に、規範の體系を存在の中に解消せしめたものに外ならない。規範の體系が規範たるの性格を失ふことなしに、存在と結合することは不可能なのである。この意味で規範主義が當為と存在との二元的對立を揚棄し得なかつたと同様に、決斷主義もこの對立を揚棄し得ないのである。(中略)私は法

規範の妥當性の窮極の基礎としての憲法制定權力を、単なる力とは考へない。憲法制定權力の觀念はそれ自體力的契機 (Machtsmoment) と同時に正當性的契機 (Legitimitätsmoment) を含んで居り、この正當性の觀念の媒介によつて、法的なものが事實的なものと結合する。即ち、合法性 (Legitimität) の關聯としての法規範の體系が、その最後の妥當性の根據を、憲法制定權力に發見し得ることは、この憲法制定權力の中に含まれた正當性的契機を通じて初めて可能であると考へられるのである^{*27}。

このようにして、シュミット理論を大幅に受容しつつ、「正當性的契機」を媒介させることで公法秩序の基礎にある政治的なものを制憲権理論の枠組みで憲法理論的に把握できることが明らかにされた。

また、この黒田理論のもう一つの特徴として制憲権論と国家型態論を結合させている点にあげられる。黒田はいわゆる「国体憲法学」とは一線を画し、国体を徹底して合理化した正當性の源泉とした上で、政体・国体二元論の立場から憲法制定權力論を理論構成した^{*28}。

この黒田の国家型態論は帝國憲法下においては次のような解釈として帰結する。

國體と政體との區別は、立憲主義的體制をもつ國家に於て特に重要な意味をもつてゐる。この區別を明確にすることによつて、立憲主義を君主國と相容れないとする所の、屢々主張せられた通俗的見解の誤謬をも認識し得るからである。この區別が帝國憲法の理解に對してもつ意味は、本論に於て述べるが、帝國憲法第一條の「大日本帝國ハ万世一系ノ天皇之ヲ統治ス」との規程は、國體的規程であり、第四條の「天皇ハ國の元首ニシテ統治家權ヲ總攬シ此ノ憲法ノ條規ニ依リ之ヲ行フ」との規程は、政體的規程である。前者は「憲法制定權力」(pouvoir constituant) に關して規定し、後者は「組織化された權力」(pouvoir constitué) に關して規定してゐると理解されるからである^{*29}。

このようにして、シュミット流の憲法制定權力論に修正を加えた黒田制憲権論を帝國憲法下において体系化する作業は、伝統的學説が公法学の考察対象から放逐した正統性の所在を、合理化された国體論に依拠しつつ憲法制定

権力論という枠組みで解きほぐす形で一応の完成を見ることとなった^{*30}。

黒田制憲権論の特徴はカール・シュミットの制憲権論を基本的に受容している点にある。ただし、シュミット理論が決断主義に傾斜するがゆえに主権＝制憲権に含まれる正統性の軽視していることを黒田は問題視し、自らの理論においては「正当性的契機」を明確にした形で理論的修正をおこなった。ケルゼン理論への内在的批判から尾高に接近した黒田は、決断主義的系色彩の濃厚なシュミットの憲法制定権力理論を「正当性的契機」という形で乗り越えようとしたのである。

5 戦後憲法学における黒田理論の受容

この黒田理論は戦後においてどのように受容されたのだろうか。まずは、戦後初期に繰り広げた論争を手がかりに、この点を検証していこう。

戦後の国民主権をめぐる代表的な論争としては宮沢俊義と尾高朝雄との間でくりひろげられた「尾高・宮沢論争」あげられよう。周知のとおり、この論争では宮沢が憲法制定権力説の立場にくみして国民主権論における主権を「国の政治のありかたを最終的に決める力」^{*31}と定義し主権の具体的な担い手が誰なのかを争点化しようとした。これに対して尾高はノモス主権論を提唱し、主権の理念的側面を強調し宮沢の立論は「ソフィスト的实力主義」^{*32}であるとしてこれを批判した。

この論争は、当時の政治・社会状況—戦後憲法制定権いにおいて天皇制をどのように扱うのが課題となっていた状況—に照らして宮沢の争点設定の法が適切であると多くの研究者に受けとめられたこともあり、一般に宮沢の立論を支持する声が多い。

しかし、この宮沢の立論がその後の学説によって全面的には継承されなかったのも事実である。東京大学において宮沢の後継的地位を譲り受けることとなった芦部信喜は主権＝制憲権を「国の政治のあり方を最終的にきめる力」と定式化する宮沢の立論を引用しつつ次のようなコメントを残している。

…尾高朝雄先生の主張された「ノモス主権」をめぐって宮沢俊義先生との間で展開された主権論争はいまでもよく引かれる有名な論争ですが、そのとき宮沢先生はこう書いておられます。

「国民主権を問題とする場合の主権とは、国の政治のあり方を最終的にきめる力を云う。これを、『國家における最高の意志』といってもいいし、『最高の権力』といってもいいし、また、『最高の決定権』といってもいいだろう。あるいは、シエイエス流『憲法制定権力』といってもいいかも知れない。国家法人説の言葉で言えば、『国家意志を構成する最高の原動力たる機関意志』である。たとえば、いまの日本で、天皇制を存置すべきや否やが、問題となったとする。その場合、それを最終的に決める権力あるいは権威が、ここにいう主権である。」（『国民主権と天皇制』勁草書房、1957年、15頁）

…（中略）…この主権と憲法制定権力との関係をもう少し立ち入って考えてみますと、そこには大変重要ないくつかの問題点があります。

憲法制定権力の概念は、特に近代市民革命期にフランスやアメリカの近代憲法制定の際、国民の憲法を作る力（*pouvoir constituant, constituent power*）として説かれ、憲法制定の推進力となったものですけれども、法秩序を創造する権力ですから、これは純粋に法的な権力とは言えないわけです。それでこれを完全に社会的な事実の力だと解する考え方も有力です。特に法実証主義の立場をとる学説では、ほとんどすべて制憲権を社会的実力と考え、法学の対象にはならないとしています。

しかし、私は1983年に刊行された『憲法制定権力』（東京大学出版会）という本の中でも述べたのですが、主権は法的権力、制憲権は法外的権力、つまり社会的権力というふうに截然と区別することが可能かどうか、また妥当かどうか、疑問に思うのです。むしろ主権も憲法制定権力もいろいろ変遷はありましたが、とにも実定法的にも超実定法的にも用いられた概念ではなかろうかと思うのです。…（中略）…主権というのは、国の政治の在り方を最終的に決める権力または権威と定義されますが、これは主権の権力的契機と正当性的契機に対応していると言うこともできると思います。要するに私は主として憲法制定権力との関係から主権概念の持つ二面性ということをいままで説いてきたわけです。

このように芦部は、宮沢が尾高との論争の中で修正を加えた後の制憲権の定式「国の政治の在り方を最終的に決める権力または権威」を権力的契機と正当性的契機として組立て直し、みずからの制憲権理論の中に組み込んだのである。

この二つの契機は、芦部が黒田制憲権論を読み込むことにより自家薬籠中のものとしたのであるが、では、なぜ芦部は黒田を再読する必要があったのだろうか。

この点、宮沢没後に発刊されたジュリスト臨時増刊号において芦部は宮沢憲法学における法と力の関係について次のように述べていることが注目される。

先生は、法をそういう裸の力（世論も力であるが）の関係と相去ること紙一重のところにあるものとして捉えた。したがって「勝てば官軍」はいかにも非情だけれども真理であるという立場をとられた^{*33}。

宮沢が、正義の認識可能性について極めて懐疑的であることは多くの論者が指摘^{*34}するところである。宮沢は法の理念に大きな信頼を寄せることには懐疑的であり、結果として必然的に法と力の関係の関係を紙一重と捉えざるを得なかった。

ところで、宮沢憲法学がハンス・ケルゼンの純粹法学から多大な影響を受けてきたことは現在では広く知られている。ケルゼンは新カント派の立場を徹底すべく、宗教的規範、政治的規範、倫理的規範といった超法的な要素を一切排除した法的規範体系を構築し、法秩序の根源に「根本規範」を措定した。

ケルゼンの徹底した規範主義に多大な影響を受けた宮沢が、上述の通り、法と力の関係において実力主義に紙一重の立場に立つと批判されるのはどうしてだろうか。

この点、かねてからケルゼンの規範主義とシュミットの決断主義の相似性が指摘されてきたことに注意が必要である。ホルスト・エームケは、シュミットの制憲権理論は「シュミットの把握におけるケルゼン流の根本規範^{*35}」であるとしている。ケルゼンの根本規範理論とシュミット制憲権理論に相似性が見出されるというのは一見すると奇異な感を抱かせる。し

かし、ケルゼンの規範体系において、この根本規範は法体系を認識するためのいわば仮説の眼鏡であり、その内容はまったくの真空であると言って良い。他方、シュミット理論における制憲権は正当性の所在と位置づけられてはいるものの、その内容は『憲法理論』においてほとんど展開されておらず、シュミット自身の決断主義的傾向もあり、そこでいう制憲権理論の内実は、あらわな実力主義として立ちあらわれてくる。

このシュミットとケルゼンの相似関係については実は芦部自身が自覚的であった。宮沢の還暦記念として著された「憲法定権力」（1961年）の中で、尾高朝雄の著作を引きつつ芦部は脚注中で次のような注目すべき叙述を残している。

シュミットの制憲権がこのように赤裸々な純然たる事实力、「強者の権利」の無条件な承認に外ならないことは（尾高・前掲^{*36}92頁）、一見ケルゼンの規範論理主義と著しい対照をなしているようにみえる。しかし、根本規範は「力より法への転化」を意味すると説いたケルゼンは「結局全面的に事実の規範力説の上に立っているということにならざるを得ない」（尾高朝雄『実定法秩序論』^{*37}164頁）のであって、そのかぎり、規範主義も決断主義も同じに属する^{*38}。

この叙述において芦部が、尾高朝雄—かつて黒田が「正当性的契機」を導入する際に影響を受け、かつ宮沢の「実力主義」を批判した—の著作を引用していることが注目されるが、それに加え、ケルゼンの根本規範理論とシュミットの制憲権理論の相似性を的確に指摘し、ケルゼンの「事実の規範力」的性格を批判していることに留意しておきたい。

既述のとおり尾高・宮沢論争において宮沢はその制憲権論について尾高から「ソフィストの実力主義」と批判された。この論点に関し、芦部は宮沢憲法学における「事実の規範力」的性格に自覚的であったのであり、芦部のこの叙述はシュミット、ケルゼンの「事実の規範力」的傾向に対する批判という形をとりつつ、実は宮沢理論に対する婉曲な批判であると理解はできないだろうか。

そしてこのことは芦部が、宮沢俊義の制憲権理論一尾高・宮沢論争において尾高に「ソフィスト的実力主義」と批判されたそれ—をそのままの形で受容することを拒み、黒田覚の制憲権論を再読し「正当性的契機」と「権力的契機」を自らの制憲権論へ自覚的に導入した背景を示していると筆者は考えている。

本稿は、戦後憲法学の発展のなかに見られた黒田制憲権論の受容の一側面を示したものにすぎない。黒田制憲権論と戦後学説の関係については、正当性的契機論の受容のありかたや、国体論など、検討すべき諸論点が残っているが本稿では検討することができなかった。これらの論点の検討については別の機会に譲ることとしたい。

本研究はJSPS科研費22730014, 25780015の助成を受けたものである。

-
- * 1 黒田覚（1900-1990）は京都市生まれ。旧制三高卒業後、京都帝国大学法学部、同学大学院を経て、1925年京都帝国大学助教授、1927年から1930年まで文部省在外研究員として在欧研究。1933年に京大滝川事件に連座し立命館大へ移籍するも、翌1934年に京都帝国大学復帰。1935年に渡辺宗太郎の後継として京都帝国大学法学部憲法初講義。戦後は1946年に公職追放により京都大学を依願免官。その後は、京都新聞論説委員、弁護士を経て、東京都立大学、専修大学、神奈川大学において教鞭をとった。その詳しい略歴と業績については東京都立大学法学会雑誌第1, 2合併号（1963年）参照。
 - * 2 黒田覚についての先行研究として、山下威士「黒田覚とケルゼン」同『憲法学と憲法』（南窓社、1987年）、石川健治「国家・国民主権と多元的社会」樋口陽一編『講座・憲法学 第2巻 主権と国際社会』（日本評論社、1994年）。
 - * 3 黒田とほぼ同世代の憲法学者として宮沢俊義（1899-1976）、清宮四郎（1898-1989）の存在があげられる。
 - * 4 長谷川正安「憲法学史（下）」鶴飼信成責任編集『講座 日本法発達史9』（勁草書房、1964年）220頁。
 - * 5 黒田覚「ケルゼンと私」鶴飼信成・長尾龍一編『ハンス・ケルゼン』（東京大学出版会、1974年）。

- * 6 山下・前掲書（注2）145頁。
- * 7 既に留学前において黒田はケルゼンの法段階説が「本来経験的規範に過ぎざる法を、先験的規範と同様に取り扱う点の問題点を指摘しており、ケルゼンから離脱する兆しはすでに見えていたともいえよう。この離脱の要因の一つは現象学への接近である。黒田覚「法段階説と自然法」法学論叢第17巻第3号（1927年）442頁。
- * 8 黒田覚「多元的国家論と政治概念」法学論叢第31巻第6号（1934年）
- * 9 黒田・前掲（注8）931頁。
- * 10 丸山眞男「現代政治学の課題」同『丸山眞男集 別集 第一巻』（岩波書店、2014年）256頁。
- * 11 黒田・前掲（注8）黒田はここでマックス・ウェーバーの政治概念（権力の分前を獲得しようとし、又は権力分配に影響を与えようとする努力）、と国家概念（特定の地域内に於て正統化された物理的強制力の独占を自己のために要求するところの人的団体）をも検討している。黒田は、戸澤、恒藤らの主張を待たずとも政治の概念を国家との関連において規定してはならないとの主張は既にウェーバーにおいて実現されていることを指摘している。
- * 12 黒田・前掲948-949頁。
- * 13 黒田・前掲957頁。
- * 14 なお、黒田覚と丸山眞男の関係について付言しておきたい。丸山は東大法学部助手時代にカール・シュミットの著作を深く読み込んでいたことは知られている。丸山はシュミットに関連する黒田覚の業績についても高い評価を与えている。また丸山自身、東大法学部助手時代に黒田とは一定の親交もあったようである。この点につき丸山眞男『丸山眞男座談』（岩波書店、1998年）248頁参照。『日本憲法論』で展開された黒田制憲権理論への丸山の言及として丸山眞男手帳の会編『丸山眞男話文集 続1』（みすず書房、2014年）218頁所収の記述参照。また、丸山はシュミットの政治概念が国際政治モデルであり、国内における調整問題を軽視していることを度々指摘している。前掲・『丸山眞男話文集 続1』13頁、同『丸山眞男講義録〔第三冊〕』（東京大学出版会、1998年）150頁。同様の指摘はすでに黒田が「多元的国家論と政治概念」953頁以下でなしている。
- * 15 G.Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2Auffl., S.534.
- * 16 C.Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, S.113.
- * 17 C.Schmitt, *Verfassungslehre*, 1954, S.75. 訳文は尾吹善人訳『憲法理論』（創文社、1972年）96頁に依った。
- * 18 C.Schmitt, *Politische Theologie*, 1922
- * 19 黒田覚「主権概念と正当性」法学論叢第35巻第1号（1936年）

- *20 黒田・前掲5頁。
- *21 黒田覚「法的段階説と自然法論」法学論叢第17巻第3号（1937年）
- *22 黒田・前掲437頁。
- *23 黒田・前掲440頁。
- *24 黒田・前掲443頁。
- *25 山下・前掲書（注2）146頁。
- *26 石川・前掲書（注2）81頁以下。
- *27 黒田覚「憲法制定権力論」田村徳治編『憲法及び行政法の諸問題』（有斐閣、1938年）30頁以下。
- *28 現在の日本憲法学においては、ほとんど消失してしまった論点であるが、かつての日本憲法学においては国家型態論（あるいは政体論）が講学上の大きな論点の一つであった。ここでは講学上の対象として政体のみを扱うのか（政体一元論）、政体と区別された国体を観念しこれも学問上の考察対象とするのか（政体・国体二元論）が大きな争点の一つであった。この点、東京学派においては美濃部達吉がイェリネクに依拠しつつ国体を歴史的・倫理的観念であるとして法学的概念としては国体と政体の区別を否認した（政体一元論）。他方、いわゆる神権学派の系譜（穂積八束・上杉慎吉）が政体と区別された国体の観念を承認している。他方、京都学派においては国家法人説に依拠しつつも政体・国体二元論を唱える有力な流れが存してきた（佐々木惣一など）。なお、黒田が『日本憲法論』で展開した国体論に対する佐々木惣一の批判として、佐々木惣一『我が国憲法の独自性』（岩波書店、1943年）238頁以下参照。
- *29 黒田覚『日本憲法論』（弘文堂、1937年）236頁。
- *30 日本の憲法学にとって不幸だったのは、黒田制憲権理論が1935年の天皇機関説事件の直後に公にされたため、その国体論や正統性論も含めて伝統的学説との間で十分に論争がたたかわされなかったことである。その意味で黒田制憲権論は孤立した業績となってしまった。このことは戦後憲法学における黒田理論の受容と断絶を検証する際に十分検討すべき論点であると思われる。
- *31 宮沢俊義「国民主権と天皇制」（勁草書房、1957年）、同『憲法の原理』（岩波書店、1967年）所収。
- *32 尾高朝雄「事実としての主権と当為しての主権」国家学会雑誌64巻5号210頁以下。
- *33 ジュリスト634号43頁
- *34 長谷部恭男「討議民主主義とその敵対者たち」法學協會雑誌118巻12号（2001年）、同『憲法の理性』（東京大学出版会、2006年）所収。清宮士郎・鈴木竹雄・田中次郎・辻清明・林茂・丸山真男・柳瀬良幹「宮沢俊義を語

る」ジュリスト634号94頁以下の丸山眞男と柳瀬良幹の応答は相対主義を徹底しようとするケルゼンのジレンマと宮沢を対比する意味で貴重である。

- * 35 H.Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, S43. 黒田覚「憲法改正の限界」法学セミナー62号（1961年）17頁、菅野喜八郎『国権の限界問題』（木鐸社、1978年）84頁。
- * 36 尾高朝雄『法の窮極に在るもの』（有斐閣、1947年）
- * 37 尾高朝雄『実定法秩序論』（岩波書店、1942年）
- * 38 芦部信喜『憲法制定権力』（東京大学出版会、1983年）38頁、初出；田中二郎ほか編『日本国憲法体系』第1巻（有斐閣、1961年）