

## 実定法学と啓蒙

嶋津 格

## 1 日本の近代化と法学——啓蒙の根拠

以前に「秩序の希少性について」という生煮えの論文を書いたことがある<sup>1</sup>。

大規模な社会改革を考える際のもっとも困難な論点の一つは、そこで検討されているプランが実行可能 (feasible) かどうか、という点にある (もちろんもう一方の論点は、それがどれほど望ましい (desirable) かだが)。マイケル・オークショットの「バベルの塔」<sup>2</sup>に象徴的な形で描かれているように、美しい壮大な社会的理想の追求が、悲惨な失敗に終わるといふ危険はどこにも存在する。理想が大規模であるほど、失敗も大規模になりがちである。そして理想追求プロジェクトの失敗に巻き込まれた多数の人々の個人的悲劇は、無謀な理想を追求しなければ発生しなかったはずのものだったというかぎり、まさに (ギリシャ的な意味で) 「(社会的) 悲劇」の名に値する。20 世紀に興隆して事実上廃れた共産主義プロジェクトなどは、この深刻な例といえるだろう<sup>3</sup>。

しかし明治期日本の近代化プロジェクトも大規模なものではあったが、悲劇の心配はほとんどなかった。なぜなら、近代化には西洋諸国のお手本があったからである。要するに、すでに実現してしまっていることについては、その実行可能性は自明であって、それをあらためて問う必要はない。後発優位の関係がそこにはあり、後を追う者には、開拓者の試行錯誤の結果のみを入手して探求のコストを省略することができるとともに、開拓者を悩ました実行可能性への懐疑・不安はないのである。もちろん、従来の社会を一部解体してそのお手本に習ったものに再構成すべきか、という判断については、価値観上の異論 (「民法出でて忠孝滅ぶ」など) がありうる。これは、政治的決断の問題であろう。しかし当時の日本のような後発国にとっては「近代化」が、決断さえすれば追求可能な、つまり実行可能な理想である点については、異論の余地は少ない。結局のところ明治政府はその決断を行った。そして「先進国」で実現している「進んだ社会」をめざしてそれに追いつくために実施される施策の一部、というかその中心部分となったのが、各種近代的立法とそれを社会に浸透させるための人材養成としての法学教育であった。

当時の法学部人気の理由としては、官尊民卑的な価値観に染まっていた若者たちが、官僚への登竜門として法学を学びたがった、という側面もあっただろう。しかしそれと別に法学教育には、

<sup>1</sup>拙著『問いとしての〈正しさ〉』(NTT 出版、2011 年、以下『〈正しさ〉』として言及する) 所収。以下の議論の一部はそこでのアイデアの再論である。「平成の法学」を論じるに当たって、平成元年は 1989 年、つまり天安門事件が起こり東欧社会主義圏の崩壊が始まった年である。これらを通して世界史の中で、自由主義への代替制度としての社会主義が、ほぼ完全に魅力を失ったことは、自由の法としての民法の理解にも、深いところで影響を与えていると私は考える。

<sup>2</sup>嶋津・森村他訳『増補版 政治における合理主義』(勁草書房、2013 年) 所収。保守主義者オークショットは、大胆な理想追求の実験は、個人レベルで行う場合には賞賛すべきだが、社会レベルで行うのは愚行だ、というのである。

<sup>3</sup>世界的なその被害者の規模について、Stephane Courtois *et al.*, *The Black Book of Communism: Crimes, Terror, Repression*, Translated by Jonathan Murphy *et al.*, Harvard UP, 1999 は、死者 (処刑、強制労働に伴う衰弱死、経済的失敗と過剰徴発による大量餓死を含む) だけで約 1 億人と見積もっている。同書は一部が和訳書として出版されており、〈ソ連篇〉と〈アジア篇〉は日本語で読める。

西洋人風の考え方や行動を人が採るための早道を教える、という側面があったのだと私は考えている。だからこそ、各種の官僚にも司法関係者にもならない若者たちにとっても、法学教育を受けてその基本を身につけることは、日本社会の中で自分を差異化して活躍するのに役だったのだと思う。既存の常識の中で進行する伝統的な日本社会の人間関係の中で、法学徒たちは、それと異なる何らかの意味で近代的な行動を理解しており、その一部を体現しうる人材だったのではないだろうか。そしてこの文脈では、法学が社会的啓蒙を任務とするという発想は、研究・教育・実務において、容易に普及するはずだし、実際にもしたのだと思う。

ちなみに啓蒙とは、蒙昧な旧来の社会と人の精神に理性の光を当てることである。そして啓蒙主義という場合は暗黙の内に、当面する様々な問題に「理性」を適用しさえすれば、数学の問題への解答のように、人は同じ正しい結論を得るはずだ、といった前提（理性の普遍性仮定）が置かれていることが多い。西洋哲学においては（そして理神論的な神学においても）、すくなくともある時期までこの発想は「理性」という語の中核的な意味の一部をなしていた。光と闇の関係は、正解を知っている人と知らない人の関係であって、前者が後者を導くのは当然のことだ、と考えられるのである。もちろんこの前提は、自然科学や医学・工学などでは現代でも依然として維持されているかもしれないが、昨今の哲学界、特に政治哲学界ではあまり支持者の多くない立場ではある<sup>4</sup>。理性には（そして哲学には）何ができて何ができないのかについて、現在の理論家たちは以前よりもずっと懐疑的または謙虚になっている、というのが私の印象である。そして、ヒューム、ハイエク、オークショットなどの理性懐疑主義を基本的に支持する私の立場からしても、これは正しい態度である。

## 2 民法の場合

伝統的には、西欧で中心的な「法」の概念は長らく、私法（≡ローマ法）をパラダイムとするそれであった。しかしその後、私法と公法の区別を無意味として廃止したことを自らの法理論の成果として誇る、ケルゼンのような法哲学者も登場した。これは独逸系の公法学者出身の法哲学に多い、私法の公法への包摂論である。民事法という私人に（法律行為や訴訟行為を行う）法的権限を与える法（それは立法によって創造される）があるから、私人はその資格で有効な私法上の行為が行えるのだ。だから、国家と社会の根本的なイデオロギーが変化して、私人にそのような権限を与えない（それを極度に制限する）ような立法（民法廃止法）が行われ、社会全体を一つの工場や軍隊のように扱うことになる、という事態も法的には十分可能だと考えられる。その場合には（すべての人は疑似公務員のようにして直接公法的な統制の対象となり）、法の中核と（誤って）考えられた「私法」はなくなる<sup>5</sup>。そうなるか否かは、法概念論の問題ではなく、民主主義的決定（もしくは暴力革命）の問題である。極論すれば、この立場はこんな見解へと行き着く。だから、将来ブルジョア法を廃止した社会主義国家の下に「法」が残り続けるか否かという論点について、パシュカーニス他の初期ソ連の法理論家たちは、エンゲルスとレーニンに従って「法の枯死」説を維持した

<sup>4</sup> 注2に挙げたオークショットの本の書名（そして最初の所収論文のタイトル）では、「合理主義」が否定的な意味合いで使われていることに注意されたい。

<sup>5</sup> この点については、拙稿『自生的秩序；ハイエクの法理論とその基礎』（木鐸社、1985年、以下『自生的秩序』として言及）、第4章第5節「法実証主義」参照。

が、ケルゼンは断固これを退けて、社会主義下の「法」の存在と必要性を主張したのである<sup>6</sup>。

私法をパラダイムとする法概念論は、これとちょうど逆の主張を行う。実際の西洋史を振り返っても、民法的關係はフランス民法（1804 年）成立よりずっと以前から行われており、それに従う裁判も運用されていた。そして人々は、そのような法と権利が存在すると信じて暮らしてきた。実際に民法的關係を社会で実現・確保するには、刑法も国家権力も裁判制度も（あるいは軍隊も）必要であるだろう。しかしそれらの法と制度の目的は、民法が（またはコモン・ローが）叙述するような、自由な法的主体が、平和の内に、自分の権利義務を自らの選択によって自由に形成してゆくことができる、という社会状態を維持し支えることにある<sup>7</sup>。もしこのような、立法にもはるかに先行すると信じられてきた、私法的な関係を可能にする法、または自由の法、を全面的に廃止するならばその体制は、民主主義であり続けるかもしれないが、「法」が支配しているとはいえない状態に陥り、本来の法はなくなる、と言うべきなのである。

距離をおいて見るなら、要するにこの対立は、「法」という語の使い方をめぐる差にすぎない。しかし一方の使い方をするか他方をとるかによって、一定のメッセージを表現することが困難になったり容易になったりする。極端な場合には、これまで当然のこととして表現できた一部のメッセージ（たとえば「法の支配」）は、語の使用法を変更することで、実質上伝達不可能にさえなるかもしれない。だからこの用語法上の差は、些末なものではないのである<sup>8</sup>。

### (1) 信条と行動

視点を変えてこの関係を叙述しなおしてみたい。人間はその精神の中にどのような世界理解や自己理解、価値観等々（後期ロールズなら「包括的信条 (comprehensive doctrines)」と呼ぶもの）をもっているかによって、行動が異なる。それは、同じ機種のコピューターであっても、使用するソフトが異なればまったく異なる動作をするのにも似ている。M・ウェーバーの理解社会学が描くように、宗教的信仰については、この差異の大きさが特に可視化される。一定の信仰をもつ人々は、他の人々にはできないことを平気で行うのである。それは資本主義の離陸を可能にするある種特異な商業活動であったり、ジハードと呼ばれる自殺的軍事行動であったり、異教徒に対する極端な残虐行為であったり、逆に自分の個人的利益に直接なるわけではない見ず知らずの相手に対する隣人愛の行動であったり、その現れは様々である。ただここでの要点は、それら信仰そのものの内容が、世界認識として真であるか偽であるか、そしてその信仰を動機とする行為が行為として見た場合に倫理的か否か、ではなく、それらの信仰によってはじめて可能になる行動を人々がとる場合、彼等が構成する集団は、現実の世界の中で（進化論的な意味で）適合的に存続する確率を高めるだろうか、である。もちろん進化論的過程においてはこの問いは、存続したか否かという事実によって解答される（「存続できたから存続したのだ」）はずのものである。

この文脈で信念としての「法＝権利」を考えてみよう。イエーリングの *Der Kampf ums Recht* という本のタイトルは一般に「権利のための闘争」と訳されるが、「法のための闘争」と訳す（私はこちらの方が好きである）ことも可能である。これを見てもわかるように、西欧語では法と権利は密接に関連づけられている。一方中国起源の思想と制度である「法」は、これと異なった垂直方

<sup>6</sup> 服部栄三・高橋悠訳『マルクス主義法理論の考察』ケルゼン選集 2（木鐸社、1975 年）参照。

<sup>7</sup> 拙稿「憲法を考える前に——法の権威はどこから生まれるか」（『〈正しさ〉』所収）参照。

<sup>8</sup> 拙稿「法の「認識」とイデオロギー」（『〈正しさ〉』所収）参照。

向の命令の体系であって、対応する権利の概念をとまわらないらしい<sup>9</sup>。中国法の専門家の説明では、中国の思想伝統の中では「私」はいつも否定的な意味合いを帯びてきたとのことである<sup>10</sup>。一方、ローマ法は基本的に「私」法であり、そこでは私人は法＝権利の主体である。もちろん、西欧的であろうと中国的であろうと、明確な「法」の概念によらないまま、一定の秩序ある社会を形成した文明・文化も歴史的・地理的には多く存在するだろう。

つまり、民法において体现されるような法＝権利の概念を中心にする社会は（政治思想史では自然状態とか自然権の問題として表象されることも多いが）、人間に必然的なものというより、歴史的には西欧文化（古代以来のローマの伝統）に特有のものと考えべきなのである<sup>11</sup>。

法＝権利の存在を各人が認識して行動する世界がもつ主要な特徴は、権利をもつ者以外の者が、権利者による権利行使の結果を受容し、これに対して干渉しない（すべきでないとする）、という点にある。これは、各権利者の個人的決定が、そのまま直接社会的決定となる制度だ、と言ってもよいだろう<sup>12</sup>。この世界では、無数の人々による無数の決定が日々行われており、それはそのまま、社会的決定となっている。個々の決定について、それを行う者の権限が問われることはあっても、内容上の正当化が求められることは、原理上ないのである。もちろん、当該の個々の決定を行うについては、その権限をもつ者は当然、自分の判断において最善と考えられる決定を行う。そしてその場合には、彼がもっている知識または情報がすべて利用される。もちろんそれは、誤りうる決定であるが、それ自体はすべての人間の決定において、避けられることではない。いずれにせよ、このルートを通して個々人がもつ情報は、分散した社会的決定の中に取り込まれ、他に波及するのである。社会的決定のシステムとしてこれは、きわめて柔軟かつ効率的である。

## (2) 民法と社会秩序

民法が可能にする社会とはどのような社会か。上記のようにそれは、人々が観念の中で、この世界には私法的な法＝権利のネットワークが成立しており、しかもその具体的内容を各人の限られた自由の領域の中で望む（意志表示の）通りに変更することができる、と信じていて、実際にその信念に従って行動する（そして他者はそれを受容する）ような世界である。それはこれと異なる他の世界と、事実としていかに異なるのか。ここで問われている問題は、規範や観念のレベルの差異ではなく、事実としての人々の行動からなる社会秩序のあり方に関連している。民法学者の中でも、このように問題を立てる者は多分多くはないはずである。

経済学から出発し、市場を中心とする社会における分散的知識の利用を問題にするハイエクは、これについて概略以下のようにいう<sup>13</sup>。

<sup>9</sup> 現在の共産党による中国政府が「法」に言及する場合、そこで想定されている法概念が、近代的西欧的な法＝権利なのか、それとも古代法家思想におけるそれなのか、を考えてみることに意義がありそうである。私は、前者を後者の用語で翻訳したこと自体がミスリーディング、あえていえば誤訳だったのでは、と考えている。

<sup>10</sup> 高見沢暦「中国近代における『私』の『法』制度化と『民』の『公』化」学術の動向 2007年8月号、参照。

<sup>11</sup> 明確にこのような主張を行っているわけではないが、オッコー・ベーレンツ、河上正二『歴史の中の民法——ローマ法との対話』（日本評論社、2001年）参照。

<sup>12</sup> 拙稿「〈私〉の生成」、『〈正しさ〉』所収、参照。

<sup>13</sup> 以下の叙述では、ハイエク「法秩序と行動秩序」、ハイエク全集Ⅱ-4（嶋津監訳）所収、から主要なアイデアを得ているが、例を含めてそれに忠実に従ってはいない。

法学者は一般に法秩序（Rechtsordnung）を問題にするが、これと区別すべきものとして行動秩序（Handelnsordnung）があることを無視しがちである。しかし前者、つまり法規範が規範体系の中で一貫しておりシステムの整合性が成立しているからといって、後者、つまり人々の行動相互間に事実上の整合性があって社会全体として変動する外的な条件に対応し続ける秩序を維持することができているとは限らない。それでも、行政や軍隊などにおいて、指揮官の下す命令などからなるある種の意図された規範的秩序によって、その下にある人々の行動が制御され、その結果一定の行動秩序が実現している場合（これは「組織」と呼ばれる）には、両者間の差を無視することの弊害は少ない。しかし、行動秩序が誰の命令や統制の結果でもなく、各構成員の自由な行動の結果成立する、いわゆる（組織と対置される意味での）「自生的秩序」である場合には、これを無視することによって理論上の困難が生じる。

まず、道路交通法を考えてみよう。自動車で道路を走行する場合に遵守すべき様々な交通ルールを規定している道路交通法は、強行法規ではあるが各走行者に、到達すべき場所と時間を指定することは一切しない。普通人々にとっては、いつどこへ行くかの方が関心事だが、これは各人が自由に決めているのである。しかし道路を走る他の自動車が交通ルールを守ることによって道路交通全体にある種の秩序が実現していることは、各人が自分の目的の場所に目的の時間に到着するための必要条件となる。カオス状態にある交通網の中では、どこにも予定どおりには行けないし、その計画を立てることも無意味だからである。

しかし、道路網は二次元的な地図の上に描かれる全選択肢を事前に提供している完全情報的で静的な世界である。これに対して社会における人々の自由な行動がなす秩序は、もっと動的かつ複雑である。どこにどのような選択肢が存在するのか、目的地として設定可能な地点がいかなる性質をもつのか、等々もまた、各人の試行錯誤と発見、選択に委ねられているとともに、各人の選択が他の者の選択肢に影響するからである。そこでは「発見過程としての競争」が問題となる。

### (3) 発見過程としての競争

注目されている映画のヒロイン役がオーディションで選ばれる場合を考えよう。それに応募するスター候補たちは（はじめてそれを試すような初心者を含めて）、自分のもつ可能性をオーディションの結果として知ることになる。落選した者たちがその後どうするかも自由だが、自分にとってそこにいかなる選択肢があるのかは、落選の事実を踏まえて新たに個々に模索されねばならない（次の同種のオーディションを狙うか、別のタイプの役柄を試すか、アイドルとは別の道に進むか・・・）。一般化された意味での市場とは、競争の結果によって日々の各人の行動を相互に均衡へと向かわせる機能を果たすメカニズムである。もちろん、完全競争のモデルは机上の空論であるから、単純にそれによって市場を理解することにも弊害が伴う。特に、実際の競争を省略して、理論上モデル内で算定される結果（均等賃金、コストと価格の均衡など）だけを無理に実現しようとする場合には、（競争の発見機能が阻害されて）大きなロスが発生する。

これに関連する論点として、民法解釈の方法についての素人的コメントを少し述べておきたい。たとえば貸家をめぐって家主Aと借り手Bが契約内容をめぐって交渉する場合を考えてみよう。A B間には情報格差も交渉力格差もあるから、必要な場合には裁判所が介入して、契約内容を公正なものにする必要がある、というのは正しい。ただこの場合、普通はA B両者の状況を考慮して「何が公正か（公序良俗か）」などの結論が出されるのかと思う。しかし実際にはこの交渉結果を「公

正な」ものにするのは、たとえばAの潜在的競争者である他の貸家業者たち（仮にCとする）の存在である。ただ、賃料などについては、地域の相場を考慮することで事実上それは果たせていると考えてよいかもしれない。しかしさらに進んで、種々の契約条項をも検討の対象にしようとするなら、現実には取引費用があるからCは交渉の場に登場しないが、モデル上ではCを登場させてAB間の交渉を考えることで、Aの要求する不当な契約条項をそれと指摘することができるのではないだろうか（これは、Bが実際に他の貸し主たちが提供する契約案とAのそれを比較するという労をとるなら実現するはずの条項のはずだが）。民法解釈の中で、仮想的な競争を利用する、といったアイデアも一考の価値があるのではないだろうか。

解釈の問題を離れても、労働者の労働条件を改善することは労働法の問題だが、ここでも労働者の最大の味方は、雇用者と競争関係にある他の企業の存在である。たとえば、スポーツ選手や技術者、研究者など、一部の特殊能力をもつ被用者は、「トレード」や「引き抜き」の可能性が示されることで、大幅な報酬増を獲得するからである。だから、現在の職場からの転職の可能性を広げて、それをより容易にすることが、労働条件改善に資するはずである。一方、企業間の競争を前提にしない社会主義経済の場合には、賃金を含む労働条件の妥当さをはかる物差しが、問題含みの旧来のデザートをめぐるもの<sup>14</sup>しか見当たらないのではないだろうか。

### 3 進歩的啓蒙について

本稿のテーマ設定では、法学者による「進歩的啓蒙」の有無およびその是非を論じることが期待されていた。以下ごく簡単に、これに関してコメントしておきたい。

亀本洋には、新カント派が法哲学界を席卷したことを、日本法哲学界の不幸だった、とする記述がある<sup>15</sup>。多分問題は、法哲学界に限られない。（授権と意志的規範定立からなる）規範的世界と（因果律が妥当する）事実的世界を截然と区別する立場からは、規範を社会に適用しながらその実行可能性を探る、という法実務のリアリティを理解することが難しい。私は裁判の現場における法解釈学は、このことを主にやっているのだと考えている。ある規範を社会に適用した場合に、それをめぐってどんな争いが、社会的不都合が、発生するのか、どのようなピースを既存の規範体系解釈に付け加えれば、上記の行動秩序は円滑化するのか、は基本的に事実問題である。ここでは、規範と事実の世界は交錯するのである。それを無視して、規範内部の整合性のみを追求することは、解釈学の誤った自己理解であるように思われる<sup>16</sup>。「進歩的啓蒙」が進歩的な価値観を表明する憲法または憲法解釈と、規範内部の階層秩序のみに着目する法学から生まれるとするなら、すくなくとも民法に関しては、それは誤りであると私は考える。

上記のように民法は、価値体系内の階層化の頂点にあってそれを言語化しようと試みる憲法とその下にある公法的関係から相対的に独立のものであり、歴史的にもそうであった。たとえばフラ

<sup>14</sup> ジョエル・ファインバーグ「正義と人のデザート」、『倫理学と法学の架橋——ファインバーグ論文選』（東信堂、2018年）所収、参照。

<sup>15</sup> 『法哲学』（成文堂、2011年）。「宮澤や新カント主義を信奉する法哲学者たち——幸いにして今では少数派である——にしかられそうだが・・・」同書15頁、「新カント派の哲学が、法哲学と実定法学ないし法実務の間の距離を広げるのに大いに貢献したことは否定できない。」同書17頁。

<sup>16</sup> 私は法実証主義者を、自分たちは空中を飛んでいるのだ、ということを知らずにマニュアルだけを見て飛行機を操縦しているパイロットになぞらえたこともある。『自生的秩序』191頁。

ンスの場合も、憲法は共和制 1－帝政－王制－共和制 2－帝政－共和性 3－共和制 4－共和制 5 と 8 回も変わったが、ナポレオン民法は根本的な変更を受けずに存続した。日本でも、日本国憲法が施行されても、民法の財産法は変化しなかった。憲法というものは、必然的にイデオロギー的なものである。国によっては、支配的政党や支配者家族を特定していたり、特定宗教の支配を規定していたりする。人権規定をもつ場合には、自由の体制を規定しているとも言えるが、その内容は、上記のように、個人的決定を直接社会的決定とするような対社会的な意味で自由を可能にするルールを保証しているといえるかは、心許ない（所有権保障に含まれると考えられるかもしれないが）。議論は尽くせていないが、結論として私は、私法の公法（憲法を含む）からの相対的独立性を確保することを重視すべきと考える。

もちろん、これと別に民主主義的決定がもつ権威があるから、必要と考えられる特別法（消費者保護法など）をこれに追加することは容認されるべきであろう。ボールの重心が、体積上の中心から外れた場合、全体のボールは重心が下になるところまで転がって止まる。民主主義または国民主権とはこのようなものであって、どこに重心が移動しても、政権担当者は変わってもこの関係は変わらない。民主主義にコミットするとは、このボールがどこに転がって行っても、その状態を支持する用意がある、ということであり、平和的政権交代を可能にする唯一の制度として、私もそれを支持している。

最後に蛇足かもしれないが、一言だけ憲法 9 条問題について、あまり論じられない点を一つコメントしておきたい。世界的に見て、前文の「平和を愛する諸国民・・・」と 9 条 2 項の武力不保持の文言が実行可能でありリアリスティックに見えた時代は、短いが存在する。それは、第 2 次大戦が終わってから米ソ冷戦が始まるまでの時期である。F・ルーズヴェルトの米政権は親ソ政権であって、大戦中米国は大量の武器をソ連に供給して援助し、中国でも、内戦が共産党の勝利に終わることが明白になる直前まで、むしろ共産党を政権に入れるよう（トルーマン政権は）国民党に圧力をかけ続けていた<sup>17</sup>。このような行動を取る際に米政権が想定していたように、もしソ連が戦後も米国の事実上の同盟者であって、この二つの超大国が世界平和の維持のために協力するというなら、世界平和を現実に維持することは比較的容易だったはずである（このことは 1945 年の国際連合創設においても、常任理事国制採用などの前提とされていた）。実際の世界史の流れをいったん忘れて、1946 年に憲法草案を作成したマッカーサー以下の米軍担当者が世界情勢についてそんな見通しをもっていると仮定して、日本国憲法の前文と 9 条 2 項を読んでみていただきたい。これらの条文が、ずっと理解可能なものに見えてくるのではないだろうか。二大国の力でこれからの世界は平和になるのだから、日本に武力はいらない・・・。もちろんこの前提は実現しなかった。第 2 次大戦は、東中欧、中国、北朝鮮、などの広大が地域がソ連の支配下に入ることで終わり、東西冷戦で日本を含む西側は、相対的にずっと不利な初期条件から「戦い」を始めることになってしまった。日本が米国との軍事同盟を破棄して東側で冷戦を戦うべきだと考える立場の論者も、国内にはかなりいたはずだが、そうでない人々がどうして、9 条 2 項改正に積極的にならなかったのか。そのために、短期的で姑息な政治判断以外の理由を見つけることは、私には困難である。9 条 2 項が前提している事実的な条件は、1947 年 5 月に憲法が発効して間なしにはすでに、根本的に崩壊していたのだから。

<sup>17</sup> H・フーバー著、渡辺惣樹訳『裏切られた自由 上・下』（草思社、2017 年）参照。