

平成28年度

大阪市立大学大学院法学研究科法曹養成専攻入学者選抜試験

【3年標準型】

小論文試験問題 (配点：100点)

注意事項

- 1 机上に各自の「受験票」と「法科大学院全国統一適性試験受験票」を出しておくこと。
- 2 問題冊子は、監督者が「解答始め」の指示をするまで開かないこと。
- 3 問題冊子は、全部で10ページである。
解答用紙は、全部で3ページである。
問題冊子、解答用紙に脱落のあった場合には申し出ること。
解答用紙は切り離さないこと。
- 4 解答用紙の上部所定欄に、1ページには受験番号及び氏名を、2ページ以降は各ページに氏名を忘れずに記入すること。
- 5 解答は、すべて解答用紙の所定欄に記入すること。
- 6 解答以外のことを書いたときは無効とすることがある。

次の文章は長谷部恭男『憲法と平和を問いなおす』（ちくま新書、2004年）、第3章「比較不能な価値の共存」である。この文章を読んで、あとの2つの問いに答えなさい。なお、出題に際し、原文の小見出しを省略し、第1節～第9節とした。その他、原文の表記を変更した箇所がある。

第1節

立憲主義は西欧起源の思想である。この思想を支えるものとして、自然権を思い浮かべる人は多いだろう。人は、人であるということ自体で、生まれながらにして自由かつ平等の権利を享有している。この自然権を確実に保障するために、人々は社会契約を結び、立憲主義にもとづく国家を建設したという考え方である。

「自然権」という言い回しにもかかわらず、この考え方は決して「自然」な考え方ではない。功利主義哲学者のジェレミー・ベンサムによれば、自然権なるものは「大げさなナンセンス」にすぎない。人は生まれながらにして自由で平等であるどころか、人は生まれてただちに親に絶対的に服従せざるをえない。また、人の支配従属関係は社会のいたるところに見られるものである。人がつねに自由で自分の思いどおりに行動できることとなれば、契約や法律で人の行動を規制することもままなくなり、社会生活がそもそも成り立たない。

道徳および立法に関する唯一の基準が社会の幸福の最大化だと考えたベンサムにとって、自然権という観念が明晰な思考をさまたげるナンセンスにすぎなかったことは当然である。彼からすれば、国家の役割も社会の幸福の最大化であり、あるかないかもはっきりしない自然権の保障などではなかった。

もっとも、こうした外在的な批判はおくとしても、人が人であること自体によって、自由で平等だと考えることが、人のありのままの自然の傾向であるかも、おおいに疑わしい。つまり、人であれば誰もが自然と、こうした考え方をとるわけではない。むしろ、ありのままの自然に任せておいたのでは、人はそうは考えないからこそ、「自然権」という考え方が重要な意味を持つ。

すべての人は平等だと宣言したアメリカ建国の父たちの多くは奴隷主であった。すべての人に生来、平等の権利があるとナチスの支配下のすべての人々が考えていたら、ユダヤ人を強制収容所に送って大量に虐殺することもなかっただろう。また、生物学的に見れば明らかに人であるにもかかわらず、人間扱いしないで殺戮や抑圧の対象とする事件は、20世紀の終わりになっても、アフリカや旧ユーゴスラヴィア、インドネシア等、いたるところで発生している。

以下では、なぜ、人は自然に「自然権」がすべての人にあるとは考えないのか、それにもかかわらず、なぜ「自然権」がすべての人にあると考えることが必要となるのかを考えていこう。

第2節

2002年11月に逝去した政治哲学者のジョン・ロールズによって広められた概念の一つに「正義の状況 *circumstances of justice*」というものがある。この言い回しは、少々ミスリーディングである。「正義の状況」というと、あたかも正義が実現されている理想の状況のことを指しているように思われるかもしれない。しかし、この概念は、正義なるものを人間が必要とするのはなぜかを、人間が通常、置かれているいくつかの条件に照らして説明しようとするものである。つまり、人間が正義を必要とするにいたる状況が、「正義の状況」である。

ロールズのいう「正義の状況」を構成する条件は、大きく、客観的条件と主観的条件とに分かれる。客観的条件は、多くの人間が集まって生活していること、人々の肉体的・知的能力がほぼ同等であること、人間の必要とする資源はあり余っているわけではなく、稀少であることである。人は通常、寄り集まって社会生活を送るし、多少の長短はあれ、人の能力は著しく異なるわけではない。人一倍腕力の強い人間や飛びぬけて知恵の働く人間でも、睡眠はとる必要があるし、しょせん一人では大勢にはかなわない。

他方、主観的条件として彼が挙げるのは、人々の関心や必要の対象が互いに重なり合うこと、それにもかかわらず、一人ひとり独自のライフ・プランを持ち、何が善い生き方であるかについて異なる考え方を持つこと。また、人が持つ知識や理解や判断の能力は、十全なものとはいいがたいことである。

もし、人がばらばらに孤立して生活するのであれば、彼らに共通する正義の理念は必要ないであろうし、人の必要とする資源が、すべての人の必要や関心を満たしてなお余るほど満ち溢れているのであれば、やはり社会生活における正義は必要ではない。正義という理念の主な役割は、希少な資源を正しく人々の間に配分することだからである（各人のもとの「所有物」をそのまま維持するというのも正義の一つの考え方である）。

マルクスが、生産力の発展がいずれ、権力や法を利用せずとも、各人があり余る資源を利用し、その能力を開花させる状況を生み出すと予想したことはよく知られている。つまり、「正義の状況」の客観的条件が消失する結果、正義も不要となるというのがマルクスの想定である。

また、何が善い生き方であるかについて人々の見解が対立することがなければ、その生き方に資源を集中して注ぎ込めばよいし、人間の他人を思いやる能力が現実よりはるかにすぐれたものであれば、やはり資源の配分の仕方をまとまって考える必要性は薄れる。個々人の善意に任せておけば、多くの問題は解決するであろう。

「正義の状況」のうち、客観的条件については、マルクスのような例外はあるにしても、古今を通じてたいいの人がある存在を認めてきた。これに対して、主観的条件、なかでも何が人としての善き生き方であるかに関する考え方が多様であるという事実については、古今東西を通じて、人間の共通理解であったとはいいいにくい。そうした認識が明確に打ち出され、しかもそれを社会の構成原理である正義の前提条件とする考え方が成立したのは、

宗教戦争を経た後の近代ヨーロッパでのことである。

第3節

この間の経緯については、政治思想史家であるリチャード・タックの説明がわかりやすい。宗教改革後の争乱は、カトリック、プロテスタントのいずれの側も決定的な勝利を収めることのできないまま膠着状態に陥り、人々は互いに相いれない——それどころかお互いを悪魔の手先とみなす——価値観・宇宙観が対峙する社会で生きていかざるをえなくなった。

こうした状況で人々の心をとらえるのは懐疑主義である。モンテーニュの『エッセー』（とくにその第12章）は、国が違い時代が違えば、社会慣習も道徳観も全く変わり、何が正義で何が善であるかも見定めがたいという諦念に貫かれている。

……習慣や法律におけるほど、人々の意見がまちまちなものはない。ある事柄がここでは忌まわしいものとされるが、別のところでは立派なこととされる。たとえば、ラケダイモンでは盗みの巧みさが称賛される。近親結婚はわれわれの間では死刑で禁じられているが、よその国では名誉とされる。……子殺し、父殺し、密通、盗品の取引、あらゆる種類の放埒な快樂等、要するにどんな極端なことでも、どこかの国民の習慣で認められないものはない。

しかし、何が正義であるかが全く不確定であれば、人々が共同して社会生活を営み、人間らしく暮らすことも不可能となる。勝手気ままに他人を傷つけたり、他人の財産を奪ったりしても、何が正義かわからないのであれば、そうした蛮行もその人から見れば正義だったのであろうと諦めるしかなさそうである。

タックによれば、この問題を解決する鍵は懐疑主義者たちの主張のなかに隠されていた。モンテーニュ等の懐疑主義者も、正義や善について見解を異にする人々自身、自分の命を守ろうとする点では一致することを指摘していたからである。根底的に相対立する価値観を奉ずる人々も、各自にとって自己保存が何より肝要であることについては意見が一致する。そうである以上は、自己保存のために不可欠な自分の財産（固有の資源）の保全が必要である点についても、意見は一致するであろう。

このいわば、人間の見解の最低限の一致を梃子として局面の打開をはかったのが、グロティウスやホブズをはじめとする社会契約論者である。彼らは、すべての人が生まれながらにして自己保存への権利、つまり自然権を持つという考え方をベースに、異なる価値観の共存しうる社会の枠組みを構築しようとした。立憲主義のはじまりである。

第4節

この時代の精神状況を端的に示す人物像の一つは、ハムレットである。『ハムレット』は

1600年から1604年にかけて、つまりエリザベス朝末期からジェームズ一世治世の初年にかけて上演された。

エリザベス女王は、国教会を再編成することでカトリックとプロテスタントの対立に揺れるイングランドに、可能なかぎり広汎な信徒を確保しうる宗教を確立しようとした。一方のジェームズ・スチュアートは、カトリックであったスコットランド女王メアリ・スチュアートの子でありながら、プロテスタントとして育てられ、謀叛の疑いで母親メア리를処刑したエリザベスの死後、後をついで国教会の首長たるイングランド王となった人物である。

父王の死後、その後を襲い、母后と再婚した叔父を殺害するハムレットに、ジェームズ・スチュアートの影を見るカール・シュミットの解釈には、相応の説得力がある。メアリ・スチュアートの夫でジェームズの父であるヘンリー・ダーンリ卿は、1567年2月、ボスウェル伯に殺害され、3カ月後の同年5月、メアリ・スチュアートは、このボスウェルと結婚している。

異なる信仰の対立は、個人に良心の存在を意識させる。既存の教会への盲従ではなく、自らの良心の選ぶ宗教への帰依が求められる。父の亡霊に復讐を促されながらも逡巡し、地獄から現れた悪魔ではないかとの懷疑に身を苛^{さいな}まれて、なかなか復讐を実行に移そうとしないハムレットの姿は、宗教改革とともに新たに現れた個人の良心を象徴している。ここでは、個人は生き方を自ら選ばねばならない。

どちらがりっぱな生き方か、このまま心のうちに暴虐な運命の矢弾をじっと耐えしのぶことか、それとも寄せ来る怒濤の苦難に敢然と立ちむかい、闘ってそれに終止符をうつことか。

「それが問題だ」(『ハムレット』第3幕第1場)。それは、宗教改革以降の世界を生きるあらゆる個人にとっての問題である。

近代小説の嚆矢とされる『ドン・キホーテ』も同じ時代(1605年)に著されている。セルヴァンテスを近代世界の確立者の一人とするミラン・クンデラは、この小説の誕生について、次のように解説する。

かつて神は高い地位から宇宙とその価値を統べ、善と悪とを区別し、ものにはそれぞれひとつの意味を与えていましたが、この地位からいまや神は徐々に立ち去ってゆこうとしていました。ドン・キホーテが自分の家を後にしたのはこのときでしたが、彼にはもう世界を識別することはできませんでした。至高の「審判者」の不在のなかで、世界は突然おそるべき両義性のなかに姿をあらわしました。神の唯一の「真理」はおびただしい数の相対的真理に解体され、人々はこれらの相対的真理を共有することになりました。こうして近代世界が誕生し、と同時に、近代世界の^{イメージ}像でもあれば

モデルでもある小説が誕生したのでした。

それは、「人間は、善と悪とが明確に区別されうるような世界を望んでいる」にもかかわらず生じたことであった。

第5節

タックの描く近代的な自然権論成立の経緯は、いろいろな点で意味深い。まず肝心なのは、世界観・宇宙観の対立が殺し合いにいたる争いを招いたことである。

人にとって、自分の人生の意味は何か、この宇宙はなぜ存在するのかといった根底的な価値観は、きわめて大切なものである。それは各自の人生の意味を決める。これこそが正しい価値観だと思えば、それは自分にとって正しいだけではなく、人一般にとって正しいと考えるのが、人の自然の傾向であろう。異なる価値観を持っている人がいれば、そうした人に抑圧や強制を加えてでも、「正しい」価値観へと立ち直らせるのが、「正しい」人のつとめだというのが、自然な思考のおもむくところである。

しかし、ロールズが指摘するように（そして、モンテーニュが描いたように）、そうした根底的な価値観は一つではない。そして、それらは両立しない。一人の人間が、一国の有能な宰相であると同時に、バレリーナとして世界的に活躍することがありえないという意味で両立しないというだけではない。異なる価値観は、比較不能でさえある。

比較不能（*incommensurable*）という関係については、オクスフォードの法哲学教授であるジョゼフ・ラズの分析がよく知られている。彼によれば、AとBとは、いずれかが他方よりすぐれているとはいえず、かつ、両方が同価値であるともいえないとき、比較不能である。有能な政治家として一国の政治を指導することと、すぐれたバレリーナとして活動することと、どちらがどちらより善いとはいえず、かつ、両方が同じ価値を持つともいえない。

もし両方が同じ価値を持つのであれば、いずれかの価値を増すことで、そちらの方が善いといえるようになるはずである。たとえば、すぐれたバレリーナであるだけでなく、すぐれた舞台演出家としても活動するというように。単にすぐれたバレリーナであるよりは、同時にすぐれた舞台演出家でもある方がより善いことといえるだろう。しかし、それと有能な政治家として一国の政治を指導することとを比べたとしても、やはり、どちらが善いとはいえない。つまり、芸術家としての生き方と政治家としての生き方とは、両方を比べる共通の物差しが欠けている。

ミラン・クンデラの小説『存在の耐えられない軽さ』の冒頭部分で、主人公のトーマスが、田舎町でたまたま出会ったテレザと結婚すべきか、それとも、独身のプレーボーイの生活をつづけるべきかを迷う場面がある。トーマスは考える。

テレザと共に生きる方が善いのか、それとも独りで生きるべきか。いずれが善いか

を知るすべはない。比べる基準が欠けているからだ。

トーマスはテレザとともに生きることを選ぶ。その選択は物語の展開が示すように、二人の将来にとって致命的なものであった。しかし、それより善い選択があったわけではない。ハムレットの選択と同様である。

同じように、人生の意義にかかわる二つの根底的な価値観、たとえば二つの異なる宗教は、両方を比べる物差しが欠けているという意味で、比較不能である。それぞれの宗教は、それを信奉することではじめてその信者の人生に意義を与えることができる。その人自身にとっては、自らの宗教が最善の宗教であろう。しかし、他の宗教を信奉する人にとっては、その宗教こそが最善の宗教である。二つの宗教の価値を比べる物差しはない。

第6節

多様な価値の比較不能性という、以上で描いた事実からは、政治思想史家のアイザア・バーリンが指摘するように、すべての人にとっての理想の社会なるものは決して到来しないであろうし、また、そもそもそうした社会を考えつくことも不可能だという結論が導かれる。人によって究極の理想とするものが異なり、しかもそれらが両立しえず、さらに両立しえない理想を相互に順序づけることもできないのであれば、すべての人にとっての理想の社会という観念自体、四角い円という観念と同様、筋の通らない、ありえないものだということになる。すべての人にとっての理想の社会を実現するという人が現れたとき、眉につばをつけて用心すべき理由もそこにある。

比較する客観的な物差しのないところで、複数の究極的な価値観が優劣をかけて争えば、ことは自然と血みどろの争いに陥りがちである。それぞれの人生の意義、宇宙の意味がかかっている以上、たやすく相手に譲歩するわけにはいかない。しかも、人の能力はさほど異なるものではなく、一方の陣営が必ずしも圧倒的な優位に立ちうるわけではない。宗教の対立が戦争を生み出しがちなのは、自然なことである。

哲学者のリチャード・ローティは、旧ユーゴスラヴィア等で民族や文化の対立が内乱を引き起こすとき、対立する者同士は、相手をそもそも「人間」とみなさない傾向があると指摘する。ボスニアのセルビア人にとって、ムスリムはもはや「人間」とはいえない。自分たちが人間として生きる上でこの上なく大切だと思う文化や価値を重んじない人間が現れば、それを自分たちと同じ「人間」として扱わないということも生じうるであろう。

1999年はじめ、ボルネオ島でダヤク（Dayak）族がマドゥラ人（Madurese）に対して行った殺戮と人肉食を報告する新聞記事は、ダヤク族のある教師の次のような談話を伝えている。

ダヤク族からすれば、われわれの掟を守らない者はもはや人間ではなく動物にすぎない。つまり、ダヤク族は動物を食べているわけだ。

実際、あるダヤク族の男は、人肉は「チキンとちょうど同じ味がする。とくに肝臓、本当にチキンと同じだ」といったと伝えられている。

対立する、比較不能でさえある究極的な価値観が相互に対立し、せめぎ合っているという事実の認識自体からは、何をどうすべきかという実践的結論がただちに導かれるわけではない。

何が正しいかはわからないのだから、人はみな自分が正しいと信ずることを信ずるとおりに行うべきだという相対主義の結論を出す人もいるだろう。しかし、それは論理の必然ではない。何が正しいかはわからないのだから、世間を避けて（あるいは世間の中で目立たないように）ひっそりと生きるべきだという結論を出す人もいるだろうが、それもまた論理の必然ではない。異なる価値観が公正に共存しうる——そういう意味で正義にかなった——社会生活の枠組みを構築するという途、つまり立憲主義という途（1）もありうる。

第7節

究極的な価値観の対立が戦争を生み出す経緯については、前節までで説明したとおりである。こうした人間の傾向は、「万人の万人に対する闘争」から抜け出すべきことを説いたホブズだけではなく、人間の「非社会的社交性」という本性を指摘したカントによっても見抜かれていたものである。

しかし、いずれ人々はこの破壊的メカニズムに気づく。人生の意義、宇宙の存在意義をかけて血みどろの争いをつづけるよりは、この世で平和な社会を築き、人間らしい社会生活を送ることを、よりましな選択として選ぶようになる。そのためには、人々の深刻な対立をもたらしかねない根底的な価値観の対立が、社会生活の枠組み設定（とくに人々の自己保存を支える社会システムの枠組み）のなかに侵入しないようにする必要がある。

たとえば、特定の宗教を信じていること（あるいはともかく宗教を信じていること）が、社会生活を送るうえで有利な地位（有利な資源配分）を意味するような枠組みが設定されていたり、そうした枠組みを設定しようとする試みがなされたりすると、人が生きていくうえで必要な資源配分の対立が根底的な価値観の対立と結びつけられることになる。

差別された側にとっては、自分が心から大切だと思う価値観に結びつけられた差別であって、きわめて不公正な扱いだと受け止めるであろう。そうした扱いを受けるぐらいなら、共同して社会生活を送ること自体を放棄しようとする動きや、逆に相手の価値観こそを不利に扱うような枠組みを設定すべきだという動きが現れても不思議ではない。それは、社会の分裂を招きかねない深刻な対立の火種となる。

人々の抱く価値観が根底的なレベルで対立しており、しかも、各人が自分の奉ずる価値観を心底大切だと考えているような状況で、人々が平和に社会生活を送ることのできるような枠組みを作ろうとすれば、まず、人々の抱く価値観の対立が社会生活の枠組みを設定する政治の舞台に入り込まないようにする必要がある。公と私の区分、より狭くいえば、政治と宗教との区分が、こうして要請される。

自分が自分にとって真に大切だと考える価値観、たとえば宗教については、自分自身が、あるいは自分の家庭で、さらには志を共にする仲間同士でそれについて語り合い、信仰を確かめ合うことで足りるであろう。しかし、どんな価値観を抱いている人であれ、人が生きるうえで必要な資源を社会のなかでいかに配分し、どう使用するかについて考える際には、そうした各自にとってこの上なく大切な価値観は脇に置いて、いかなる価値観を奉じている人にも共通するような物差しで議論をし、最終的な判断を下す必要がある。

もちろん、そうした審議や決定に参加するとき、事実上、自分の奉ずる宗教が全く自分の判断に影響を与えないことは考えにくい。しかし、公の場で社会全体にあてはまる政策の善し悪しについて議論するときは、同じ宗教を奉ずる人にしか理解できない理屈にもとづいて政策の当否を論じたり評価したりすべきではない。どんな人でも理解し、共感できるような議論を提示することで、はじめて社会全体の利益に関する冷静な判断が可能となる。

自然権論も、それにもとづく立憲主義も、何か特定の宗教や哲学によって基礎づけられているわけではないことには注意が必要である。立憲主義の底を掘っていくと、たとえば、人間だけが平等な権利を生来与えられたものとして万物の創造主によって創造された、というテーゼに行き当たるわけではない。そうした特定のテーゼに寄り掛かったのでは、そのテーゼを信奉する人しか、立憲主義を支持することはできない。それでは、根底的に異なる価値観を抱く人々の間に、公正な社会生活の枠組みを打ち立てることはできない。

第8節

民主主義にもとづいて解決できる問題のなかに、各自が心から大切だと思う、しかし相互にせめぎあう価値観にかかわる問題を含ませるべきでない理由は、以上に描いたような人間の置かれた状況にある。人の生き方や人生の意味づけなど、個々人の自律的判断に任せられるべき事項について社会全体として統一した結論を出そうとすると、その決定の手續がいかに民主的なものであれ、その手續自体に過重な負担をかけることになる。

民主的手續が、本来、使われるべきでない目的のために使われれば、きしみを生ずることは明らかである。その結果、民主的な決定のプロセスは、その本来の目的のためにもうまく機能しなくなりがちである。

少数派は、多数派が真摯に社会全体の利益を考えて提案する場合も、自分たちが大切に思うことを理由に自分たちを不当に扱うつもりではないかと疑ってかかることになる。すべての人に平等にあてはまるはずの法に対する忠誠心は薄れ、政治のプロセスは異なる党派同士のあからさまな資源の分捕り合戦に陥る。いったん不倶戴天の「敵」と「友」に分かれてしまった亀裂を修復して、社会としての融和とまとまりを回復することは容易ではない。そして、少数派の人々は、自分たちが大切だと信ずることのために不当に扱われないで生きるには、社会を割って出ていくしかない、あるいは多数派の統治に対して暴力的に抵抗し、その統治組織をくつがえすしかないと考えるかもしれない。

現代の立憲主義諸国で広く採用されている制度、つまり、民主的な手続を通じてさえ侵すことのできない権利を硬性の憲法典で規定し、それを保障する任務を、民主政治のプロセスから独立した地位を持つ裁判所に委ねるという制度（違憲審査制）は、民主的な手続に過重な負担をかけて社会生活の枠組み自体を壊してしまわないようにするための工夫でもある。

第9節

ジョン・ロックの語る社会契約論および抵抗権論は、こうした考え方（2）の筋道を典型的に示している。人々が自然状態における困難を解決するために社会契約を結び、政治社会を建設するにいたることは、ロックも他の社会契約論者と変わらない。

人々は、各自の固有のもの（property）のより確実な保障を求めて政治社会を構成し、共通の立法者と裁判官に自分たちの政治権力を委ねる。こうして成立した政府の権力は、当然のことながら、人々の同意にもとづいて信託された権力の範囲に限定される。この範囲を踏み越えて、政府が人々の財産を侵害したり、生命や自由を危うくしたりするようなことがあれば、政府への権力の信託は解消され、そもそもの保有者である各個人へと復帰する。

ロックによれば、政府による権限逸脱の典型例は、特定の信仰を人々に押しつけることである。政府の設立目的は、人々の固有のものをよりよく保障することにあるが、そこに含まれるのは人々の世俗的利益、つまり生命、自由、財産の保護に限定される。来世のこと、各人の信仰にかかわることはその範囲に入らない。信仰は各人の内心の問題であり、強制された信仰によって魂が救済されるはずはない。そうである以上、政府に信託される権限には、宗教にかかわる事項はありえず、したがって、何人もその信仰を理由として現世における生命、自由、財産を奪われる理由はない。

そうした圧政を政府が行う場合は、政府への権力の信託は解消し、人民と政府とは戦争状態に入る。人民は自己に復帰した政治権力を用いて、政府との紛争を「天に訴えること」、つまり反乱を起こし、圧政を行う政府に抵抗する権利を持つ。

ロックが、代表議会や権力の分立と均衡など、立憲主義にもとづく統治のさまざまなシステムを提案したことはよく知られている（ロックは裁判所による違憲審査制度は提案しなかった）。しかし、ロックは、こうしたさまざまな制度装置を通じて、圧政の危険性を完全に除去することは難しいと考えていた。彼が最後の手段としての抵抗権に論及したのも、そのためである。

問1 文章中の下線部(1)にある「立憲主義という途」が必要となる理由を著者はどのように考えているか。600字以内で説明しなさい。

(配点：60点)

問2 文章中の下線部(2)にある「こうした考え方」とはどのような考え方か。また、ジョン・ロックの議論のいかなる点が、「こうした考え方の筋道」を典型的に示していると著者は考えているのか。400字以内で説明しなさい。

(配点：40点)