

平成29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8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。

次の文章はハンス・ケルゼン『民主主義の本質と価値』（長尾龍一・植田俊太郎訳、岩波文庫、2015年；原著1929年）第6章「多数決原理」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、一部省略した箇所および表記を変更した箇所がある。

議会制の多数決原理は、まさにこの階級支配〔一つの階級が他の諸階級に対して独裁的な支配を行うこと―出題者注〕を阻止するためにこそ適している。そのことは、この原理が経験上少数者保護と親和的であることにすでに示されている。なぜなら、多数派ということは概念上少数派の存在を前提としており、それゆえ多数者の権利は少数者の存在権を前提としているからである。そこから、多数者から少数者を保護することの（「必然性」とまでは言えないかもしれないが）「可能性」が帰結される。いわゆる基本権・自由権・人権・市民権の本質的役割はこの少数者保護である。これらの権利は、近代のすべての議会制民主主義憲法において保障されている。元来これらの権利は、執行権に対し個人を保護するものであった。当時はなお執行権は絶対君主制の法原理に依拠し、「公共の利益」の名のもとで、法律が明示的に禁止していない個人の領域に介入する権限をもっていた。しかしやがて立憲君主制・民主共和制において、行政も司法も法律の特別な授權を基礎としてのみ可能となり、執行の合法律性の原則はいよいよ明確に意識されるに至って、基本権や自由権の立法化は、特定の憲法形式に従って行なわれるという前提でのみ意味をもつに至った。ということは基本権・自由権として個々の規定された領域への執行権の介入は、通常の手続で創造された法律ではなく、特別な手続で創造された法律を基礎としてのみ可能だということである。単純法律に対する憲法法律の相違の典型的な形式は、高められた定足数と三分の二、四分の三というような特別多数決である。理論的には直接民主制においても、そのような単純法律と憲法法律の区別は可能であろうが、実際上は議会制的立法手続においてのみ、この区別は問題となる。全民集会においては、腕力で押し切れるという意識がまだ強すぎ、過半数の票を得た勢力が、特別多数決制度に保護された少数者に対して、意志の貫徹を断念する〔たとえば六割の票を得たのに採択されなくて我慢する〕忍耐力を長期的に保ち続けることは難しいだろう。そのような理性的自制が憲法上の制度として可能となるのは、議会手続においてのみである。ということは、基本権・自由権のカタログは、個人を国家に対して保護する制度から、一定以上の票数を得た少数者を単純多数決から保護する制度へと変化したということである。すなわちある民族的・宗教的・経済的領域、あるいは（一般の）精神的利害領域への介入は、一定以上の票数を得た少数者の合意を得てのみ可能であり、その意志に反して、すなわち多数者と少数者の間の了解なしには不可能だということである。最初は、民主主義の原則を実現するに当って、その観念に最も適合するのは単純多数決の原理のように見えた。ところが今や、ある場合には特別多数決原理の方が自由の理念にいつそう接近することが明らかになった。すなわちその方が、団体意志形成における全員一致への方向性を示すものだからである。

このことこそ議会制手続が我々に教えることである。我々は多数決原理においても、イデオロギーと現実を区別しなければならない。イデオロギー上は、すなわち民主的自由思想の体系における議会制手続の意味は、被治者の意志と最大限一致する団体意志を形成することである。自由とは自律であると前提するならば、団体意志と個人意志との間の対立部分よりも一致部分の方を大きくすること（前述したように、多数決原理だとそうなるのであるが）、これが可能な自由の価値の最大限の実現である。「多数者が少数者をも代表する」「多数者の意志が全体の意志である」という擬制を受け容れないならば、多数決原理は多数者が少数者を支配するという形をとるはずである。ところが現実はいわゆる「算術の偶然」といううまい言い方があるが、社会の現実はずっとこれに反抗する。実際に重要なのは数字上の多数ではない。いわゆる多数決原理をきちんと守りながら、実際には数字上の少数者が数字上の多数者を支配することがある。あるいは隠微な仕方で、たとえば選挙技術上の何らかの作為によって、政権担当集団が外見上多数派とみなされていることもあり、あるいは公然と、いわゆる少数派政権が、イデオロギーとしては多数決原理にも民主主義にも反しながら、民主主義の現実型には立派に適合しているという場合もある。社会的現実を直視する考察にとって、多数決原理の意義は、数字上の多数者の意志が勝利することではなくて、多数決原理という思想が受け容れられ、このイデオロギーの実効的支配の下で、社会共同体を形成する諸個人が、基本的に二集団に分類されるところにある。重要なことは、多数を形成し、獲得しようとして、社会内に存在する相違・対立への無数の衝動を、唯一の基本的な対立点に従属させ、結局は支配権を争う二集団の対立に集約することである。両集団は、数字上の優劣はともかく、その政治的重要性、社会的影響力においてはそれほどの相違はない。多数決原理を社会的に特色づけるのは、さしあたって社会的統合力である。

多数決原理の現実化における重要事が、数字上の多数ではないということは、社会的現実においては多数者の少数者に対する絶対的支配などは存在しないという事実と密接に関係している。なぜ存在しないかと言えば、いわゆる多数決原理によって形成された団体意志は、多数者の少数者に対する一方的支配としてではなく、両集団の相互的影響の結果として、相対立する政治的意志方向の合成力として生ずるものだからである。多数の少数に対する一方的支配は、永続的には決して可能でない。第一、全く影響力のない状態に置かれた少数派は、団体意志形成への形だけの参与、自分たちにとって無価値であるばかりか有害な参与は放棄するであろうからである。そうなれば、多数派は多数派としての性格そのものを失うことになる。そもそも概念上、多数派というものは、少数派なしにはあり得ないはずであるから。少数派には、まさしくこの脱退可能性が、多数者の決定に影響を与える手段となる。これは議会制民主主義に特に当てはまることである。なぜなら、議会制手続というものは、主張と反主張、議論と反論の弁証法的・対論的技術から成り立っており、それによって妥協をもたらすことを目標としているからである。ここにこそ、現実の民主主義の本来の意義がある。それゆえ多数決原理は、むしろ多数-少数原理と呼ばれて

いる。この原理は、規範服従者の全体を多数者と少数者という二つの集団に基本的に分類し、全体意志の形成に際して妥協の可能性を創り出す。多数派集団と少数派集団が形成されるのは、他ならぬこの妥協によるものであり、この原理は、妥協への強制によって、この最終的な統合を実現するのである。妥協とは、分離力を抑制し、結合力を促進することである。すべての交換、すべての契約は妥協である。妥協とは折り合うことに他ならない。議会制における多数決原理が政治的対立の妥協の原理、調整の原理であることは、議会慣行を一瞥するのみでも明らかである。対立する利害の中間線を引くこと、対立方向に向かっている社会力の合成力を作り出すこと、これこそが議会手続の全体が目指していることである。この手続は、議会に代表を送る諸集団の多様な利害に発言の場を与え、公開の手続で主張することを保障する。議会手続の特殊弁証法的・対論的過程がいつそう深い意味をもつとすれば、それは政治的利害の主張と反主張の対立から、何らかの総合をもたらすこと以外にはあり得ない。一部の論者は、現実とイデオロギーを混同して、議会制がもたらそうとする総合は、「高次の」真理、絶対的真理、諸集団の利害を超えた絶対的価値であるとすが、そうではなく、ここでの総合とは妥協である。

「議会はいかなる選挙制度を基礎として形成さるべきか」「議会制民主主義の観点から見、多数代表制と比例代表制のいずれがすぐれているか」という問題も、この見地から判断すべきである。結論は結局後者の方が良いということになるだろう。これは比例代表制の隠れた政治的意義を明るみに出すような分析から生ずる結論である。比例代表制においては、各政党は、議席配分において、その得票に比例する議席を獲得する、すなわち「固有」の比例的な議席を与えられる。そうすると「統一体としての議会を設定するのは全体としての「国民」だ」という思想を放棄しなければならなくなる。各政党がその得票数に比例した発言力をもつように技術的に構成された選挙制度を求めるということは、選挙行為の主体を全有権者ではなく、部分有権者集団としようとしていることを意味する。この部分集団は、選挙区を単位とする選挙制度と異なり、不自然な属地主義ではなく、属人主義に従って形成される。恣意的に境界線が引かれた地域住民ではなく、党员たち、共通の政治的信念をもつ者の全員が団体を形成し、その団体を基礎として議席が分配され、その意志によって議員が指名される。この選挙母体は、共通の政治的信念をもつ人々によって構成されているから、その内部に争いは存在しない。もともと比例代表制にもいろいろな可能性があって、党へのすべての投票が名簿上の候補者たちに均等に配分されない場合もあり得るが、その場合でも、(同一政党の候補者の得票数がまちまちになることはあり得ても)多数決原理の支配下にある有権者集団における場合とは意味が異なっている。比例代表制において、一政党员の投じた票の合計は、他の政党に投じられた票の合計に敵対するものではなく、それと並存するものである。それと同様に、同一政党の個々の候補者に投じられた票は、相互に対立的でなく並存的である。それらは全体の結果に向かって補強しあう。比例代表制の理想状態においては、多数対少数ということが存在しないから、敗者も存在しない。そこでは、当選するためには過半数の票を獲得する必要はなく、「最低限」

で足りる。この最低限を計算することが、比例代表選挙特有の技術となっている。選挙の全体的結果から判断し、比例代表制によって成立した議会を統一体として、それと全体としての有権者集団を対比するならば、ある意味において（しばしばこれこそが比例代表制の本質だと主張される）、「この議会は有権者全員によって選ばれたもので、反対の選挙民はいない。すなわち全員一致で選ばれたものだ」と言われる。もとよりこれは、理想状態の場合にのみ当てはまることである。なぜなら実際には、議席獲得に要する得票の最低限に達せず、代表を出せない少数党も存在するであろうから。比例制という思想は、得票数と選ばれた議員数が比例すればするほどよく実現される。極限においては、選ばれる議員がたった一人という場合が考えられる。「このような場合には比例の理念はそもそも実現不可能なのだ」と言うのは誤っている。そこではすべての選挙民が一人の候補者に投票するならば、その理念は実現されている。この場合こそが、本来の意味での全員一致である。他方の極限としては、一票のみを投じられた、考えられる限り最小の政党も、比例代表を認められるかという問題がある。これはまさしく代表制度の否定であり、選挙人の数と同数の被選挙人が存在すべきだということになる。これすなわち直接民主制の状態である。比例代表制の理念をこの極限まで突き詰めて考えなければならぬのは、その不条理性を明らかにするためではなく、この理念に内在する窮極目的の深い意味を明るみに出すためである。それこそが比例代表制を「正義」であると多くの人々に思わせる核心的原則を明るみに出すゆえんである。これこそが自由の原理であり、根源的民主主義の原理だからである。「私は、自分自身がその決定に参加した法律にしか屈従する意志をもたない。そしてまた、仮に私が国家意志形成に関して誰かを代表者として承認するとすれば、それは私がその地位に就けた者、私の意志に反しない者でしかあり得ない」というわけである。

こうして比例の理念は民主主義のイデオロギーと接合する。他方、この理念を現実化しようとする時にとる形態は議会主義である。この結論は以下の考察から帰結される。

もし議会選挙において多数決制度が、選挙区幾何学の偶然に左右されず、純粋に適用されたとすると、議会には多数派のみが代表を送り、少数派代表は存在しないことになる。比例代表手続の意義は、基本的には、多数決選挙制と選挙区制を結合し、議会に反対派をも存在させる工夫の合理化に他ならない。反対派がいなければ、議会手続は、その本来の意義を達成できないであろう。この意義が正当に認識されるならば、肝心なことはもはや、議会に少数派が登場するか否かというようなことではない。最大の重要事は、すべての政治集団がその勢力に比例して議会に代表されていることであり、何よりも、それによって実際上の利害状況が議会に表現されていることである。これこそが妥協を可能にする原理的前提である。したがって、比例代表制に対してしばしば提出される批判、「比例代表制においてはすべての少数派が比例に応じて代表されるが、結局のところ、本会議の議決では多数決原理が支配するのだから、無意味だ」という反論も正当性を失う。なぜなら、少数派が多数意志形成に作用し得る電気感応のような影響力は、議会における（単数または複数）少数派の勢力が大きいほど重要性を増すからである。疑いもなく、比例代表制は、

自由への^{すうせい}趨勢、多数派の意志が無制限に少数派の意志を支配することを阻止する趨勢を強化する。

「比例代表制は少数党、否、極小政党形成の誘因となり、小党分立の危険をもたらす」という批判がある。この議論は不当ではない。確かに、議会に絶対多数をもつ政党がなく、議会手続に不可欠な多数派形成を極めて困難にする可能性があるだろう。しかし、さらに立ち入って考察すると、比例代表制は、この点に関して、政党間の協力を不可避とし、小異を抑えて最重要の共通関心事において結合する必要性を、選挙民の領域から議会の領域に移すという意味をもつ。こうして多数決原理によって否応なしにもたらされる、政党間協力を基礎とする政治的統合は、社会技術的に見て決してマイナスではなく、かえって進歩である。この統合の促進が、選挙民大衆の間におけるよりも、議会内において円滑に行なわれるだろうことを、まともな論者が否定することはあり得ない。政治的利害諸集団への分化は、比例代表制によっていっそう促進されるが、それは多数決原理によって保障された有効な統合の他ならぬ必然的前提をなすものと見るべきである。比例代表制は、他のあらゆる選挙制度以上に、有権者が政党に分岐していることを前提しており、政党への組織化が不十分であるところでは、明らかにその組織化を加速し、強化する傾向を有している。そればかりでなく、比例代表制がこのような作用をもたらさないところでも、我々が、民主的多党国家の本質をなすものと見たあの結果、そこでの角逐がもたらすあの効果の実現を期待することができる。ここでは単一集団の利害が国家意志になるのではない。ここでは国家意志は、政党へと組織された複数集団の利害が、一つの手続を通じて互いに角逐し、やがて妥協的決着を見るのである。国家意志が一つの党派利害の表現であるべきでないとするれば、可能な限りあらゆる党派利害が自己主張し、相互に競争することの保障が必要である。その結果、最終的には諸利害間の妥協に至る。まさしくこの保障こそが、比例代表制を基礎とする議会手続のもたらすものである。

こうして我々が議会手続を支配する多数決原理の本来の意味を理解するならば、議会主義において最も困難で危険な問題の一つ、すなわち議事妨害の問題をも正しく判断することができる。議会手続を規律する諸規則、特に少数派に認められた権利は、少数派が議会の仕組みを一時的に麻痺させることにより、その意に沿わない決定がなされることを困難にし、さらには不可能にするために濫用される可能性をもっている。議事妨害にも、いわゆる「技術的」議事妨害と「物理的」議事妨害が区別される。前者は、長時間演説、記名投票要求の濫発、本来の議事に先立って審議すべき緊急動議の提出など、議事規則に違反しない形でのもので、後者は、騒ぎ立てたり、器物を損壊するなど直接・間接の実力行使により議会手続を麻痺させるものである。後者は形式的に違法であることからしても、何の正当性ももたない。前者も、議会の意志形成をそもそも不可能にするものであれば、議会の議事規則の意義や精神に反するものと判断される。しかし議事妨害を多数決原理に反するものとして絶対的に否定することは、多数決原理を多数派支配と同一視しない限り不可能であり、その同一視は正当でない。實際上議事妨害は、議会意志形成をそもそも不可

能にする手段としてではなく、多数派と少数派の間の妥協をもたらそうとして遂行されることも稀でない。

ここに民主主義の現実型と専制支配の現実型との明確な対立が現れている。後者においては、支配的国家意志の形成に際して、相対立する政治的意志方向を調整する可能性が全く、あるいはほとんどない。なぜならそこでは、政治的潮流とそれに対する逆流の存在可能性がそもそも欠けているからである。それゆえ民主主義と専制支配とは、政治心理の状態が異なっている。民主的制度のメカニズムは、大衆の政治的情念を社会意識の領域に引き上げ、相互作用によって相殺させることを目指しているのに対し、専制支配における社会的均衡は、それと正反対に、政治的情念を、個人心理学における潜在意識にも^{たと}喩えられるような領域に押し込んでしまうことにより図られる。これに現代精神分析の抑圧理論を応用すれば、当然「革命的心情の増大」という結論となる。それゆえにまた、専制支配においては、支配意志に対する個人の服従は、民主主義の場合とは異なった意味をもっている、というよりも、一般的にそれに伴う情調が異なっている。「私が屈従すべき法律は、私の選んだ人物の参加の下で制定されたものだ」という意識、「その人物が同意して、あるいは少なくとも、内容決定に一定程度参与して、成立したものだ」という意識は、それへの服従を受け容れる態度をある程度作り出すのではあるまいか。確かに独裁制においても服従を受け容れる心理は存在するに相違ないが、その心理的源泉は異なっているであろう。民主主義の社会契約論・国家契約論は、イデオロギー的擬制には相違ないが、しかし民主主義の前提する社会的均衡状態は、心理学的現実において、実際に「お互いに折り合っていく」態度に基づくものではないか。それに対し、独裁制の専制支配の現実において支配しているのは、「ともに支配の重みに堪える」ことのみである。

多数決原理を現実に応用するに当たっては、いわば自然的な限界とも言うべき一定の限界がある。多数派と少数派が相互に折り合うためには、相互に了解し合う必要がある。社会的意志形成参加者の相互的了解のために必要な実際上の条件としては、ある程度の社会的文化的同質性、特に言語の共通性がある。国民というものが、何よりも文化的・言語的共同体であるならば、多数決原理も一つの国民的統一体の内部においてのみ充分な意味をもつ。したがって少なくとも、超国民的・国際的共同体、特に諸国民混住のいわゆる多民族国家においては、民族文化に関する問題の決定は中央議会の権限外に置かれ、自治に、すなわち属人原理によって組織された民族共同体（部分集団）を代表する議会の決定に委ねられざるを得ない。「多数決原理を現代の全人類集団に応用すれば馬鹿げた結果になる」とはしばしば言われることであるが、それは多数決原理そのものの問題なのではなく、〔実際には集権的でない〕世界秩序に無理にこの原理を当てはめようとしたところに問題がある。

マルクス主義者の側からは、「多数決原理は、副次的な、いわば単に技術的な意見対立の克服には適合するが、死活の利害対立の調整には不適當であるから、成員の完全な利害共通性のある社会においてのみ適用され得るもので、階級対立により分裂した社会には適用不可能である」と主張されている。この主張も上述したところから判断され得る。それへ

の反論として、「そもそもあらゆる方向において本質的に利害が調和する人間社会などは存在しない。利害の調和は、永続的に更新されてゆく妥協によってのみ達成される。なぜなら、枝葉末節の意見対立も死活の利害対立となり得るのだから」などという議論にはここでは立ち入らないことにしよう。階級分裂社会において、民主主義的議会制の基本形式である多数決原理を否認する彼らの議論は、この原理がその社会に適合しないという認識よりも、むしろ階級対立を平和的調整によってではなく、革命的暴力によって、民主的ではなく、専制的・独裁的に克服しようとする意志を基礎としている。だがその意志は合理的には正当化されない。多数決原理の否定は、(正当か否かは別として) 彼らの妥協否定の帰結である。多数決原理はその妥協の前提を創造するものであるから。自由の理念は、社会秩序服従者の全員一致によってこの秩序を創造することを要請するが、妥協はまさにこの理念に基づく全員一致への現実的な近似であるから、多数決原理もまた同一方向を志向する政治的自由の理念であることが判明する。もし唯物史観の教えるように「社会の発展は必然的に、利害対立する二大階級への分裂へと導かれる」のがその通りであるとすれば、(またあるマルクス主義的理論家が最近論証したように)「この両階級間関係はある種の力の均衡状態に到達し得る(否、必ずそうなりそうだ)、もうすでにそこここでそれが現実化している」というのがその通りであるとすれば、そして「その均衡状態の攪乱^{かくらん}や廃棄は、経済の側からは当分期待できない」とすれば、社会主義理論にとっての問題はもはや、かつて繰り返し設定された「形式的民主主義か独裁か」ではない。なぜなら、その場合、民主主義こそが事実上の権力状況に適合した唯一の表現形態である。民主主義は(ひょっとして一時的に成功するかもしれない)独裁の試みに対抗しつつ、たゆまず求められるべきものの政治的表現形態だからであり、その場合、民主主義こそが、左右に揺れる政治的振り子が最後に戻っていくはずの静止点だからである。いわゆるブルジョワ民主主義に対するマルクス主義的批判者たちが強調したように、「重要なのは現実の社会的力関係である」とすれば、議会制民主主義の国家形態、およびそれと結びついた多数一少数原理の基本的二大政党制こそが、基本的に二大階級に分かれた現代社会の「真の」表現ではないか。慨嘆することはできても否定することはできないこの激しい対立を、流血革命によって破局に導くのではなく、平和的・漸進的に調整することのできる形式があり得るとすれば、それは議会制民主主義という形式である。そのイデオロギーは、社会的現実においては到達できない自由であるが、その現実は平和である。

問1 文章中の下線部について、著者が議会制民主主義において比例代表制を優れた制度であると評価する理由を400字以内で説明しなさい。

(配点：40点)

問2 文章全体を通して、著者は、多数決原理が社会の中に存在する対立や相違を統合していくことに役立つと主張しているが、そのように主張する理由を600字以内で説明しなさい。

(配点：60点)