

2022年度

大阪公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：200点)

### 注意事項

- 1 机上に各自の「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6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。
- 7 解答用紙には黒鉛筆（HBかB）、シャープペンシル（B）を使用すること。

次の文章（蟻川恒正「尊厳と身分」同『尊厳と身分—憲法的思惟と「日本」という問題』（岩波書店・2016年）を読んで、あと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現を変更した箇所がある。

世紀転換点を<sup>また</sup>跨いでこの方、アメリカの法思想・憲法思想の領域で、「尊厳」の観念をめぐる議論が<sup>きか</sup>熾んである。「尊厳」の観念をめぐる議論は、第二次世界大戦終結に至るナチスの蛮行に対する社会的総括への内発的要請、および、その要請を不可欠の契機として第二次世界大戦後に西ドイツのボン基本法が「人間の尊厳」の不可侵を<sup>また</sup>実定憲法上に書き込んだという歴史的事実を背景として、これまではとりわけドイツで熱心に議論がたたかわされてきた。だが、新たな世紀転換期を迎えるなかで、「尊厳」の観念をめぐる議論のくすぶりがドイツからアメリカに飛び火したとも評しうる事態が現出したのである。このことは注視に値する。そこで摸索されていた新しい思潮から養分を吸いながら、その思潮に自らも一石を投じ、そこに大きな思想的波紋を形成する高度の潜在的可能性を秘めているのが、**Dignity and Rank** と名づけられた主題を中核とするアメリカの法哲学者ジェレミー・ウォルドロンによる一連の論考である。

そこでのウォルドロンの主張を縮約すれば、大要次の如くとなる。

今日までに多くの国家社会あるいは国際社会は、大まかにいって、「人権」を活かす社会、「平等」な社会に近づいたといえる、このことは、それ以前の社会を覆っていた「身分」を廃棄したことによると解されることが多いけれども、そう解するのは実は妥当でない、なぜなら、「人権」を活かす社会、「平等」な社会とは、全ての成員が「尊厳」ある存在として扱われるべきであるとされる社会を意味するが、「尊厳」は元来において「高い身分」ないし「公職」と不可分に結びついた観念であるから、全ての成員が「尊厳」ある存在として扱われるべきであるとされる社会は、「身分」が廃棄された社会としてよりは、むしろ「高い身分」が普遍化した社会、つまり、その社会の全ての成員が敢えていえば「高い身分」になった社会として叙述するほうがより適当であると解されるからである。「平等」の実現に向けて努力し、「人権」を最も基底的な価値として標榜する今日の多くの社会は、漸的にいえば、その社会の全ての成員が「高い身分」になった社会というべきものである。

これが、ここでのウォルドロンの主張の骨子である。

このようなウォルドロンの主張の背後には、先に述べておいたように、ドイツからアメリカに飛び火した「尊厳」の観念をめぐる新しい思潮があった。

それは、横軸と縦軸から概説することができる。

横軸はアメリカとヨーロッパ特にドイツとの間の比較である。アメリカの憲法論は、ごく概括的にいえば、長らく外国法ないし外国法学との比較を重視した研究に乏しかったが、世紀転換期を前にして、比較法の必要性・重要性に対する意識が高まった。「尊厳」の観念が憲法上の権利の基底にあるとされる個人人格やその全一性の保障と無関係でありえない以上、比較法ないし比較法学への一般的関心の拡がり「尊厳」の観念を除外するとしたらむ

しろ不自然であろう。「尊厳」の観念をめぐるアメリカの新しい思潮は、こうした関心なしには成立しえなかった。エドワード・J・エバリーの2002年の著書“Dignity and Liberty: Constitutional Visions in Germany and the United States”は、この系統に立つ代表的著作である。

縦軸はドイツ史である。第二次世界大戦後の西ドイツについて統一ドイツで「人間の尊厳」が憲法上の権利の基底価値として「公定」されたとき、同時に、ナチス期は、ほぼ自動的に否定されるべき暗黒の時代として塗り込められた。以来、ナチス期をドイツにおける20世紀初頭に至るまでの脈々たる「尊厳」観念の形成史との切断においてではなく連続において捉えようとするのは、ドイツの歴史家にとってナチス期への歴史的反省を相対化するものとみなされかねなかった。だが、第二次世界大戦終結から半世紀を経過した世紀転換期にあって、ドイツ史に占めるナチス期の位置を再検証することは喫緊の課題であり続ける。アメリカの比較法学者・外国法学者であるジェイムズ・Q・ホイットマンの2003年の論文‘On Nazi ‘Honour’ and the New European ‘Dignity’は、この課題に挑んだ問題作である。

エバリーの2002年の著書（横軸）も、ホイットマンの2003年の論文（縦軸）も、ウォルドロンの一連の論考には登場しないが、ウォルドロンの主張の前提を形づくる思潮が形成されるに当たって、横軸と縦軸は相互に緊密に関連している。エバリーの著書に序文を寄せたドナルド・P・コマーズによれば、「アメリカの議論は人が人であること（personhood）を自由というレンズを通して眺める傾向があるのに対し、ドイツの議論は人が人であることを尊厳というレンズを通して眺める傾向がある」。些<sup>いさ</sup>か図式的にも見える対比であるが、エバリーも、また、ホイットマンも、この対比を基本的に受け入れている。その上で、「尊厳」を基本価値として標榜する個性的伝統（横軸）を有するドイツであるからこそナチス期をも含めた国家社会の連続性（縦軸）のなかに「尊厳」の観念のありうべき問題性をあぶり出すことができると考えたのがホイットマンである。

以下では、「尊厳」の観念に比較法学（横軸）と外国法学（縦軸）の知見を用いて接近したホイットマンの諸論考を概観し、世紀転換期においてウォルドロンの主張の前提を形づくった新たな思潮の相貌を大まかなりとも指し示すことに努めたい。

ウォルドロンは、Dignity and Rank と名づけられた主題を中核とする一連の論考のなかで、ホイットマンを引用している。それは、2005年のホイットマンの論文‘Human Dignity in Europe and the United States: The Social Foundations’に記された次の言明である。

「ヨーロッパ大陸諸国における「人間の尊厳」の核心的観念は、低い地位の者に対する処遇（low-status treatment）の古い諸形態は、もはや受け入れることができないということである。……今日ヨーロッパ大陸にわれわれが見出す「人間の尊厳」は、引き上げ（leveling up）、すなわち、かつての高い地位の者に対する処遇（high-status treatment）を人口の全ての部門に拡張すること、のひとつのパターンによって形成されてきたものである」。この言明における「引き上げ（leveling up）」、すなわち、「かつての高い地位の者に対する処遇を人口の全ての部門に拡張すること」とは、「今日の多くの社会は、漸近的に言えば、その

社会の全ての成員が「高い身分」になった社会というべきものである」という先に本稿が縮約したウォルドロンの主張の骨子にいう「その社会の全ての成員が「高い身分」にな[る]」ことと別のことではない。ウォルドロンの主張に直截に着想の源泉を提供したのは、ホイットマンの上記言明であった可能性がある。だが、ウォルドロンの主張の前提を形づくった「尊厳」の観念をめぐる新たな思潮をホイットマンの諸論考に代表させ、ホイットマンを通じて、その新たな思潮の輪郭を見定めようとするのは、ウォルドロンの主張をホイットマンの上記言明に還元するためではない。ウォルドロンの主張がホイットマンの諸論考から如何に切れているかを確認するためである。

ホイットマンに従えば、「アンシャン・レジームの「尊厳」は人間の尊厳ではなかった」（傍点引用者）ものの、「尊厳の現代的な社会的諸形式は、長い歴史、少なくとも18世紀にまで辿り戻される歴史の諸産物である」。「アンシャン・レジームの貴族政的＝君主政的諸秩序のなかに存在した「尊厳」の諸形式から始めるのでなければ、われわれは、今日のヨーロッパ大陸における「尊厳」のパターンを理解することはできない」。「今日ヨーロッパ大陸にわれわれが見出す「人間の尊厳」は、引き上げ（leveling up）、すなわち、かつての高い地位の者に対する処遇を人口の全ての部門に拡張すること、のひとつのパターンによって形成されてきたものである」。「[今日の]ヨーロッパ大陸は、かつての身分特権が一般化した世界である。実際のところ、ヨーロッパ大陸は、多くの意味で、諸権利の世界というよりは、一般化した諸特権の世界である。これに匹敵することはアメリカ合衆国では起らなかった」。

いうまでもなく、ここで「諸権利の世界」といわれているものの典型が、アメリカ合衆国である。アンシャン・レジームと呼称すべき歴史段階を自国史の裡に持たないアメリカには、「人口の全ての部門に拡張」されるべき「高い地位の者に対する処遇」の範型がそもそも存在しなかったというわけである。

ホイットマンによるひとつの説明——勿論さまざまな他の説明可能性からそれは独立でないというべきである——からすれば、プライバシーの概念に関するアメリカとヨーロッパ大陸とりわけドイツとの閑却し難い差違は、両国が辿ったとされるここに問題としつつある歴史の差違によって導出可能である。ホイットマンは、一方において「ヨーロッパ人は時にアメリカではプライバシーは全く保護されていないと主張する」と言い、他方において「アメリカ人の眼から見れば、[ヨーロッパ]大陸法は、プライバシーに対する諸保護を欠いているように思われる」と言う。なぜアメリカ人は自らの消費者情報をかくも無造作に提供するのか、とヨーロッパ人は訝り、なぜヨーロッパ人は赤ん坊に使用を許される名前のリストを国家が持つことに異議を唱えないのか、とアメリカ人は訝る。このようなねじれは、アメリカ人にとってプライバシーの名のもとに守るべきものとされるのが国家からの自由であるのに対して、ヨーロッパ人にとってプライバシーの名のもとに守るべきものとされるのは（自由ではなく）自己のイメージであり、守られるべき相手方も（国家というよりは）マス・メディアであり窮極的には一般公衆である、という対照に由来する、とホイットマンは言う。

①このねじれは、一見すると、アメリカとヨーロッパとの数多ある法文化的差異の単なる一例として片付けることもできそうである。だが、ホイットマンによれば、それは浅薄な見方である。2004年のホイットマンの論文 ‘The Two Western Cultures of Privacy : Dignity Versus Liberty’ は、次のように言う。「[ヨーロッパ] 大陸におけるプライバシーに対する保護は、その核心において、尊重と人格的尊厳への権利の保護の一形式である。大陸におけるプライバシーの諸権利の核心は、自己のイメージと名と評判への諸権利である」。大陸におけるプライバシーの権利の核心がかくの如きものとして同定されるならば、プライバシーの権利は名誉権と接着したものとなるに違いない。はたして、ヨーロッパにおけるプライバシーの権利の基底にあるものは、「19世紀初期にまで遡る歴史を持ったプライバシーの観念であり、それは、人格的名誉の諸観念と緊密かつ明白な連関を有するものである」とホイットマンは述べる。これと対照的に、アメリカは、他の数多くの事柄と同様、ここでも、自由、とりわけ、国家に対する関係での自由の諸価値を遙かに多く志向している。主要な危険は、プライバシーに関する重要な19世紀の連邦最高裁判決意見の言葉遣いを以ていえば、「[われわれの] 家の神聖性が政府の諸主体によって侵犯されることである。「一方で旧世界にあつては、体面 (public face) を失わないことが根本的に重要であると思われ、他方で新世界にあつては、個人の至高性 (sovereignty) の要塞としての家を保全することが根本的に重要であると思われる」。

アメリカ人が「自分の給料の話を人にする」のを見て理解できないと考えることが多い。「ヨーロッパ人が見てアメリカ人に欠けるとされるのは体面を維持することへの要求である」。「自己のイメージと名と評判」を気にするのは、元来、「高い地位」にある人々であろう。ホイットマンが言うように、「大陸的なプライバシーの保護は、当初、圧倒的に、上流社会の構成員に与えられた保護であった」。新世界には、維持を必要とする「体面」も、その基底に儼として横たわる旧世界的な「身分」も、上流社会もない。「身分」が厚く堆積した社会的組成物の複合体であるとしたら、それを欠くアメリカ社会が社会よりも国家(政府)を人格にとっての第一義的な障碍とみなすことには一理がある。顧客情報や消費者情報をどんなに自発的に提供しようとも、提供先が企業であつて国家でない限り、アメリカ人はこれを(自己情報の自己自身によるコントロールと見こそすれ) プライヴァシーの権利の放棄とは見ない。これとは対照的に、ヨーロッパ社会が伝統的に形成してきた「身分」社会においては、諸身分間の仕来りの累積としての「体面」が汚されることが人格にとってのこの上ない毀損となりうる。だからこそ、プライバシーの権利は「自らの公的イメージをコントロールする権利」として観念され、「自らの公的イメージをコントロールする権利」として観念されたプライバシーの権利は、文脈に応じて、「誇りをもってヌードを公然と見せる権利」ともなるから、街路で裸身を晒すことは、アメリカ人の直観とは異なり、プライバシーの権利の放棄とならない。

このように、プライバシーの観念をめぐるヨーロッパとアメリカとの対応の違いが身分制社会を自らの前史に持ったか否かに顕著な指標を見出すとすれば、身分制社会の趨勢

的衰微がヨーロッパ社会のプライバシー観念にもたらしたものは何であろうか。「ヨーロッパのプライバシーが高い地位を中核とする観念であると言うことは、それらの保護を全ての人に拡張しようとする〔ヨーロッパ〕大陸的な道徳的推進力を否定するものではない」。ヨーロッパ社会における身分制の一般的解体傾向は、むしろ元来「高い地位」にある人々に限られていた「自己のイメージと名と評判」に対する関心を文字通り「人口の全ての部門に拡張」し、地位の高低にかかわらず誰もが「自らの公的イメージをコントロールする権利」としてのプライバシーの権利の行使を認められる社会的可能性を開いたのである。

ところで、身分制社会の趨勢的衰微が「かつての高い地位の者に対する処遇を人口の全ての部門に拡張」しつつあると解釈されうる現象を随伴することは、プライバシーの権利の場合に限らない。

ドイツにおけるその最も象徴的な例は、ホイットマンの挙示するところによれば、決闘（duelling）である。

決闘は誰にでも許された行動様式ではない。初期近代へと向う歴史過程にあつて、裁判ではなく決闘に紛争解決を委ねる行動様式が無媒介に残存することは、君主権力によって遂行されようとしていた国家による合法的暴力独占の企てとは理論的に両立し難い。侮辱を受けた者のなかでも決闘による解決に訴えることを許されたのは、名誉規範が社会的にとりわけ強く要請され、他者による名誉の侵犯に対しては自力救済をも辞さないとする能動的精神性が定型的に求められる階層に属する者に限定された。ドイツ社会において、その典型は貴族と将校であった。

近代社会の進展はドイツ社会においても決闘文化を当然にも衰弱させ、第二次世界大戦後まで形式上は延命した決闘罪の法規定も1969年の刑法改正で遂に姿を没したが、ホイットマンによれば、決闘文化は、「‘du’ で呼ばれたり」、「控え目ではあれみだらな手の動作をされたり」すると「相手を刑事法的措置に訴えると言って脅す」ような、侮辱（insult）に関する法の今日のドイツ国民における「外国人がほとんど突飛だと考える」特異な受容を基礎づけている。このような「侮辱の大衆文化」をドイツの学者は余り問題にしないけれども、「日々の侮辱の法文化」はドイツ社会を深く知る上に逸することのできないものであり、そこには、「尊厳」の理論的法理の基底に横たわる「尊厳」の大衆文化が現象しているというのである。そうして、ホイットマンは、このような「ドイツにおける特異な侮辱の文化の歴史的起源」を尋ねると、「侮辱に関する現在の法の歴史的根源は、大部分」、「決闘に関する法」に遡ると言う。「侮辱に関する法は込み入った歴史を有するが、今日存在するところのそれは、決闘者を裁判所に召喚するために意図された法の原理的末裔である。19世紀初頭の法律家たちは決闘との偉大な社会的戦争に配備することのできる侮辱に関する法を制定することに熱心であった」。

ドイツにおける「侮辱に関する法は、19世紀に発展したところから従えば、決闘の規範の跡をぴったり追った」。「名誉ある者は自らの〔名誉に関する〕紛争を自力で解決する」という理念に始まる「ドイツにおける侮辱に関する法の歴史は、これらのより古い法規範、そして、

より古い行動規範が次第にドイツの人口全体に拡張するに至ったものである。自分は刑事法的な意味で侮辱されたと普通のドイツ人が今日思うとき、実のところ彼らは、決闘する貴族や将校たちがかつてそうしたのと同様に行動しているのである」。

これが、ホイットマンの言う「引き上げ」のもうひとつの例であることは、もはや断わるまでもあるまい。そうして、「引き上げ」のこの局面においてナチスの果たした積極的な歴史的役割を——ナチスの果たした歴史的役割はその全体を問題としなければならないからといって——無視すべきではないとするのが、ホイットマンの論争的主張である。「低い地位のドイツ人が侮辱に関する近代法の恩恵を得られるようになったのはナチス期である。その結果、ドイツにおける日々の尊厳に関する現在の文化の生成の物語は、ナチス期、殊に1930年代に割り振られた多くのページを抜きにしては語るができない」。「ナチス期は「引き上げ」の長期的物語、すなわち、決闘という高い地位の者の行動規範をドイツ社会のより低い階層に拡張するという物語にとって中心的な役割を果たした」。

ウォルドロン<sup>ウ</sup>の主張の前提をなす「尊厳」の観念をめぐる新たな思潮の幹となる部分は、アメリカとヨーロッパ大陸とりわけドイツとの比較（横軸）と②ドイツ史の連続と不連続（縦軸）との観点から「尊厳」の観念に肉薄するホイットマンによって提示された、以上の如き議論の裡に見出される。

問1 下線部①に関連して、ホイットマンは、プライヴァシー概念に関するアメリカとヨーロッパの間の「ねじれ」の原因について、どのような見方をしているか。「ねじれ」の内容を明らかにしながら、400字以内で答えなさい。

(配点：80点)

問2 下線部②に関連して、尊厳の観念に関してドイツ史を「連続」として捉える場合と、「不連続」として捉える場合において、ナチス期はそれぞれどのように位置付けられるか。本文の内容に即して、500字以内で答えなさい。

(配点：120点)

## <出題の趣旨等 2022年度 小論文>

### 〔出題の趣旨〕

問1・問2ともに、文意を的確に把握し、それを精密な論理によって表現する能力を試している。

なお、言うまでもないが、他の論述式試験科目と同じく、法科大学院で学ぶうえでの基本的学力として、文章の正確な読解力、論理的な推論、分析、判断を的確に行うことのできる能力、および思考のプロセスと結果とを明確に表現する能力があるかどうか、前提として問われている。

### 〔配点〕

問1	80点
問2	120点
合計	200点

### 〔採点基準〕

#### ・問1について

問題文の内容を、プライバシー概念に関するアメリカとヨーロッパの間の「ねじれ」とその原因を明らかにしながら、手際よく要約できるかどうかポイントとなる。

#### 「ねじれ」

- アメリカにおいて、プライバシーに対する保護は、自由、とりわけ国家に対する自由を意味する
- ヨーロッパにおいて、プライバシーの名のもとに守るべきは自己のイメージであり、守られるべき相手方も、マス・メディアであり究極的には一般公衆である

#### 「ねじれ」の原因

- ヨーロッパの身分制社会において、プライバシーの権利は「高い地位」にある人々に与えられた保護であり、諸身分間の仕来りの累積としての「体面」が汚されることが、人格にとってこの上ない毀損となる
- 身分制社会を自らの前史に持たないアメリカでは、社会よりも国家が人格にとっての第一義的な障碍とみなされる

これらの点を明確にしながらか適切に記述することが求められる。

#### ・問2について

問題文の内容を、尊厳の観念に関してドイツ史を「連続」として捉える場合と「不連続」



として捉える場合を対比しながら、手際よく要約できるかどうかのポイントとなる。

「不連続」として捉える場合

- 第二次世界大戦後に「人間の尊厳」が憲法上の権利の基底価値とされて以来、ナチス期は、否定されるべき暗黒の時代とされ、20世紀初頭に至るまでの「尊厳」観念の形成史との切断において捉えられてきた
- ナチス期を「尊厳」観念の連続において捉えようとするのは、ナチス期への歴史的反省を相対化するものとみなされかねなかった

「連続」として捉える場合

- ヨーロッパ社会における身分制の解体は、かつては「高い地位」にある人々に限られていたプライバシーの保護を、全ての人に拡張するという「引き上げ」の社会的可能性を開いた
- ホイトマンによれば、低い地位のドイツ人が侮辱に関する近代法の恩恵を得られるようになったのはナチス期であり、それは「引き上げ」において中心的役割を果たした

これらの点を明確にしながらか適切に記述することが求められる。

以上