

平成 27 年度

慶應義塾大学大学院入学試験問題

法務研究科

小論文試験

- 注 意
1. 指示があるまで開かないこと。
 2. この冊子は、問題用紙・メモ用紙を含めて16頁ある。試験開始後ただちに落丁，乱丁等の有無を確認し，異常がある場合にはただちに監督者に申し出ること。14～16頁はメモ用紙である。
 3. 受験番号（2箇所）と氏名は，解答用紙（表）上のそれぞれ指定された箇所に必ず記入すること。
 4. 解答用紙の※を記した空欄内には何も書いてはいけない。
 5. 答えは横書きとし，解答用紙（表）の左上から，小問ごとに順次，1マスに1字ずつ書き進めること。
 6. 答えは，黒インクの万年筆またはボールペンで書くこと。下書きの必要があれば，メモ用紙を利用し，解答用紙を下書きに用いてはならない。
 7. 注意に従わずに書かれた答え，乱雑に書かれた答え，解答者の特定が可能な答えはこれを無効とすることがある。

問 題

- (1) 課題文 A の筆者は、「悪法には従わなくてよいか？」という命題について、二つの対立する立場の言い分を紹介している。筆者が紹介する「悪法であっても従うべきだ」とする立場の言い分について、問題点・疑問点があるかどうかを検討のうえ、これに対するあなたの見解を述べなさい (1200字以内)。
- (2) 課題文 B の筆者は、「悪法には従わなくてよいか？」という命題についてどのような見解を持っていると考えられるかを推測し、その理由を説明しなさい (800字以内)。

【課題文A】

そもそも法は（そして一般に社会のさまざまなルールは）何のためにあるのだろう。法はわれわれの生活を規制し束縛する。われわれが自由でありたいと思うとき、法はわれわれにとってじゃまなものと感じられる。なぜ法などというものが存在するのか。

では、世の中におよそ法やルールがいっさい存在しないとしたらどうだろう。盗むも殺すもやりたいほうだい、世の中の秩序と平和は失われ、混乱状態に陥るのではないか。ホブズという「万人の万人に対する闘争の状態」である。あるいは、力の強い者がわがもの顔にふるまう世の中、正義が滅び悪が栄える世の中となるのではないか。だから、世の中に法やルールがいっさい存在しないのは困る。世の中には、何らかの法やルールが必要だ。

これはよく聞かれる議論である。この場合、法は、われわれはある行為をしてよいかどうかを定める指針となる。法に触れる行為はしてはならず、法に触れない行為はしてもよいとされる。つまり、法は、ある行為が正しいか正しくないかを区別する基準の役割を果たす。ただし、法が存在していても、それを守らない人がいて野放しにされているならば、不正な行為、悪辣な行為が蔓延し、社会の秩序は正しく維持されない。法が周知徹底、遵守されることによって社会の正しい秩序、正義が保たれる。この意味で、法と正義は不可分に結びついているといえる。

なお、ここでは法を広い意味で用いることにしよう。すなわち、刑法や民法などのような国家における法律、中学校や高校における校則だけでなく、世間のならわしやしきたり、さらには社会通念、エチケット、マナー、モラルとされていることから、これらも含むことにしよう。これらはかならずしも明文化されておらず、しばしばあいまいである。しかし、それに触れる行為はしてはならない行為とされ、われわれがある行為をしてもよいかどうかを定める指針となっている。

しかしながら、そのような法や社会規範が、ときとして疑問に感じられること、それどころかあえて無視されることがある。次の例をみてほしい。

- 例1 北海道のたいへん見晴らしのよい直線道路でも法定速度は時速60キロとなっている。守らねばならないのか。
- 例2 ある学校の規則では、ソックスは白の無地と決められている。少しぐらいだったら柄がついていてもよいのではないか。
- 例3 徴兵制度のある国がある。自らの反戦主義を貫くために兵役を拒否したいのだがどうか。
- 例4 かつて人種隔離制度をもつ国があった。その制度に反することにはなるが、黒人を白人専用のバスに同乗させてあげるといえるのはどうか。
- 例5 反体制派の者がいたら通報せよという法律をもつ国があった。通報せず、かくまってあげるといえるのはどうか。
- 例6 かつて禁酒法をもつ国があった。こっそり飲酒する人が絶えなかったというがどうか。(また、未成年の大学生の飲酒はどうか。)
- 例7 世間のならわしに反するが、仏滅の日に結婚式をするといえるのはどうか。
- 例8 これまでの社会通念に反するが、不倫をするといえるのはどうか。
- 例9 ドナーカードに一部記載漏れがあり、法律上は臓器提供できないが、本人の意を酌んで臓器を摘出して移植手術に供するといえるのはどうか。
- 例10 少年法の規定に反するが、事件の社会的重大さを理由に容疑者の少年の顔写真を掲載したメディアがあったが、これはどうか。

ここで、二つの対立する立場が出てくる。

(A) どんな法であれ、すでに決まってお守り継がれている以上は、従わなければならない。

(B) たとえすでに決まってお守り継がれている法であっても、かならずしも従わなくてよい。

Bの立場は、なぜ従わなくてよいというのだろうか。それは、その法がよくない法、正しくない法だからだとされる。いわゆる「悪法は法にあらず」である。これに対して、Aの立場は、「悪法も法なり」「郷に入れば郷に従え」である。そこで、以下において、二つの立場のそれぞれを、もう少しくわしく検討していくことにしたい。まずは、Bの言い分を聞いてみよう。

正しくない法、正義に反する法には従わなくてよい。では、どんな法が正しくない法、正義に反する法とされるのか。二とおりのものが考えられる。一つは、こんな法は意味がないというもの。実際に違反している人はいるし、違反したからといって特にこれといった実害はない。もう一つは、その法に従うことが実害をもたらす、それどころか人道に反するもの。そんな法は非人道的な法だから、従わないことのほうがむしろ人道的であり、正しい。もっとも、前者を後者に含めて考えることもできる。「守ることにメリットも必要もないのに、そのような法に無理やり従わせるのは自由の侵害だ。他人に危害を与えないかぎり、自由は制限すべきではない（ミルの危害原理）。そうした自由の侵害は人の道に外れている」、と。人の道、いいかえれば道徳、これこそが正しさの基準、正義である。法と正義が一致しないとき、われわれが従うべきなのは法ではなく正義、人の道である。なお、ここで言う人の道とは、単に世間でならわしやしきたり、常識、モラルとされているもののことではない。それは、単に世間で道徳とされているものではなく、道徳そのものの、本当の道徳である。

世の中を現実支配する法やルールは、しばしば、時の権力保持者（武力で優位に立つものであれ、数の上で優位に立つものであれ）が自分の都合のいいように勝手に定めて、力づくで（あるいは巧みに誘導して）おしつけたものにすぎない。そのような法は本当の正しさの基準とはなりえない。そのような勝手な好みの反映である法を超えた本当の正し

さの基準，それが道徳だ。

現実存在する法は、権力保持者の好みに応じて、それぞれの時代と社会によって異なってくる。すなわち、ある社会において正しいとされていたことが、権力保持者が変わったとたんに正しくないとされてしまう。しかし、これでは、従わされるほうはたまったものではない。正しさの基準は（絶対に、とまではいわないまでも、少なくともある程度は）一定してくれないと、われわれはどのように行動してよいかわからなくなってしまう。これに対して、人の道とは、人が人であるかぎり従わねばならないもの、すべての人にあてはまるもの、時代や社会によって変わることはない正しさの基準である。

では、現実にある法について、それが正しくないということはどうやってわかるのか。現実にある法を超えた人の道はどうやってわかるのか。どうやってもこうやってもない。だれでもがおのずとわかっていることだ。あるいは、胸に手をあててよく考えてみればすぐにわかることだ。それは、人間の良心とも表現される。この良心は、人間の理性だとされることもあれば、理性ではなく感情、道徳感情だとされることもあるが、ここではその問題には立ち入らず、単に良心としておく。理性にせよ道徳感情にせよ、これはすべての人間に生まれながらに備わっているとされ、人間の自然本性とされることもある。人間の自然本性が告げ知らせる正しさの基準としての人の道。これは、権力保持者による人為の法に対するものとしての自然の法、事実的に世の中を支配している法である実定法に対するものとしての自然法とよばれることもある。実定法に対する自然法の優位。法に対する人の道、道徳の優位。法は外的な権力をたのみとするが、道徳は良心という心の内面に訴えかける。これらは、いかにも倫理学の教科書に出てきそうなフレーズではある。しかし、これにはじゅうぶんに警戒して当たらなければならない。その点について、次に、これに反対する A の立場の言い分を聞いてみることにしよう。

「悪法も法なり」、「法に従うべきだ」という主張は、古くは、友人からの脱獄の勧めを拒否し、あえて毒杯を仰ぐことを選んだソクラテスの獄中対話『クリトン』において見られ、またのちには自然法思想を批判する法実証主義において見られる。その論拠は、論争の切り口にに応じて多岐にわたっている。ここでは、そのいくつかを（当否の検討は後回しにして）列挙していこう。

まず、たしかに人類の歴史をふりかえるならば、先に述べたような自然法思想は、時の権力者によって恣意的に定められた法に対する抵抗運動の理論的基盤として要請され、じっさいまた大きな成果をあげてきた。しかしながら、その自然法とは、そしてまた良心が示す人の道とは、いったいどのようなものなのか。それは、特定の宗教的教義に支配された単なる信念の寄せ集めではなかったか。自然法は神によって与えられたものだとされることすらあるではないか。自然法思想は権力保持者の恣意的な立法に対する抵抗の理論だと言われるが、自然法とされるものそれ自身もまた、ひとつの恣意的な構築物ではないのか。そして、こうしたものが唱える正義はしばしば熱狂に陥りやすく、正義の名のもとでこれまでいかに多くの悲劇がくりかえされてきたことか。自然法、神の法は空想の産物にすぎず、その現実の存在を証明することはできない。法と認められるのは、現実の存在を証明できるもの（実証できるもの）だけ、つまり実定法だけなのだ。

そもそも、本当の道徳、人の道など存在しないのではないか。すべては、単に世間で道徳とされていることがらにすぎないのではないか。すべての人が生まれながらにもっていると言われる良心にしても、実際はそうではなく、教育やしつけをとおして植えつけられてきたものなのではないか。その教育やしつけをおこなうのは既存の社会の人々だ。したがって、その良心が下す決断とは、けっきょくのところ、単に世間で道徳とされていることがらにすぎない。そして、その世間というものもまた一つの権力装置にすぎない。むしろ、そのことを隠蔽して、各人が自分自身の良心に従って判断したかのように思わせてしまうぶんだけ、なおタチが悪い。良心道徳には警戒が必要だ。

別の面から言おう。すべての人がもれなく良心、理性、道徳感情をもつと言われるが、はたしてそうだろうか。かりに良心、理性、道徳感情といわれるものをもつことを認めるとしても、はたしてそれらはすべての人において同じように働くといえるのだろうか。すべての人間に共通な自然本性などというものは、本当にあるのだろうか。良心が命じるとされることがらがお互いに対立するというのも現実にはよくあるのではないか。

そこで、もしも各人がそれぞれ「自分の良心」なるものを楯にとって社会のルールに従わないとしたら、どうなるだろう。けっきょくは無法状態、万人の万人に対する闘争を招くことになるだろう。これでは、弱者の抵抗運動を許すだけでなく、強者のやりたい

ほうだいをも許すことになってしまう。だとすると、少なくともさしあたっては、現にある法やルールには、その内容にかかわらず従わねばならないとしておいたほうがよいのではないか。悪法も法なり。無法状態よりは悪法に従うほうがまだましだ。秩序と平和を維持するためには、やはりどんな法であれ法に従うべきだ。それに、もしも従わなくてよいということになると、これまで悪法だと思いながらもしぶしぶ従ってきた人々が丸損する、つまり正直者がバカを見るということになるのではないか（これは、校則問題をめぐってしばしば述べられることである）。正直者がバカを見るというのは、まさしく正義に反することだ。かりにその法が不正な法であると認めるとしても、それに対して違反・不服従という不正でもって報いることは許されない。その法が不正であるという理由で却下されるのなら、違反・不服従という行為も同じく不正であるという理由で却下されねばならない。その意味でも、どんな法であれ、すでに決まっておき守り継がれている以上は、従わなければならない。その法があることによって、そしてその法が遵守されることによって、秩序と平和が維持されるのなら（逆にその法がないために、あるいはその法が遵守されないために秩序と平和が維持されないのなら）、そもそもその法は悪法とはいえないのではないか。

さらにいうと、そもそも法に悪法も善法もない。法は法であって、善悪、とりわけ道徳的善悪とは関係がない。道徳的な善悪は、ひとそれぞれのものであって、社会のルールである法とは別である。法の目的は、道徳的な意味での正義を守ることではなく、秩序と平和を維持することだ。どうしても正義ということばを使いたいのなら、秩序と平和を維持することこそが正義である。

法の目的は共同体を維持することである。ところで、あらゆる人間は共同体（歴史的共同体）において生を授けられ、養育されて今日にいたっている。今後も、共同体を離れて生きていくことができないであろう。共同体あつての個人であり、その意味で、共同体は個人の存立基盤である。にもかかわらず、個人が自らの信念にもとづいて法に従わないとなると、共同体の維持は危機にさらされる。このことは、個人が自らの存立基盤を自ら揺さぶることであり、自己矛盾である。人間は、共同体の伝統を体現する法を守り継ぐことによって歴史的共同体を維持し、それをとおして自己の生を展開していくのだ。だから、

これまで守り継がれている法には従わなければならない。

また、法律に関して言えば、少なくとも現代の多くの社会では、法の体系の中に法の変更可能性、廃止可能性が含まれている。現存する法律を改変あるいは廃止するためには、どのような手続きを踏み、どのような要件を満たせばよいか規定されている。したがって、正しくない法、悪法は、その手続きにのっとって改変あるいは廃止すればよいのだ。どうしてもやりたいことがあり、それが現行の法に反している場合には、法を無視してそれをおこなうのではなく、まず先にその法を改廃することを試み、改廃に成功したのちに晴れて正々堂々とおこなえばよいのだ。そして、その改廃は、暴力的・超法規的になされるべきではなく、現存する法に従いながら既定の手続きにのっとっておこなわれるべきである。そうすることによってこそ、正しい秩序が保たれる。また、改廃がうまくいかず、どうしても耐えられない場合には、その共同体から離脱するという方法もある。

さらにもう一步進んで言えば、正しくない法は、もしもそれが本当に正しくない法であったならば、そのような手続きにしたがってすでに改廃されているはずである。逆に言うと、そのような手続きがあるにもかかわらず改廃されずに残っているということは、その法を改廃する必要がないと人々が認めていることを意味する。したがって、その法は悪法でも何でもなく、それゆえ従うことは悪ではない。むしろ、従うのが当然だ。このことは法律だけではなく、世間のならわしやしきたり、常識、モラルとされていることについても同じである。そういったものについても、人類の歴史をふりかえるならば、けっして一定不変であるわけではなく、数多くのものがすでにすたれ、消滅してしまっている。消滅してしまったのは、それらが理不尽なもの、無意味なものだったからであろう。逆に言うと、それらが現に残っているということは、そこに何らかの理由や意味があるということであり、改廃する必要がないと人々が認めていることになる。だから従わなければならない。また、その共同体から離脱するという方法があるにもかかわらず、その共同体にとどまっているということは、その共同体を是認しているということであり、その共同体を存立させている法を是認しているということである。自らは是認している法に従わないというのは自己矛盾である。

あるいは、次のような考え方から既存の法に従うよう説かれることもある。法は何も

人間生活のすべてを支配するわけではない。人間生活のごく一部分を支配しているだけだ。人間の生活は多面的で、法という規範が支配する領域、経済合理性という規範が支配する領域、愛が根本原理となって支配する領域などなど、さまざまな領域（いいかえればシステム）から複合的に成り立っている。それらの規範はそれぞれのシステムを支配するだけで、他のシステムでは他の規範が支配する。したがって、人間の生活には法の支配できない部分がたくさんある。だから、法には一応従っておけ。従ったとしても、それは生活のごく一部分のことにすぎない。そんなことのために逆らうのはエネルギーのムダだ。表面的に従っておけばよい。不本意な法に従ったからといって、心の中まで売り渡すわけではない。心の中でアッカンベーをしながら表面的には従っておき、別の領域で自分らしさを発揮すればいいではないか。じっさい、学校に対して真正面から校則改正運動を起してエネルギーをすりへらす人よりも、クラブ活動に打ち込む人、受験勉強に励む人、アルバイトに精を出す人のほうが楽しい生き方、得な生き方ができるのではあるまいか。

〔出典〕北尾宏之「法と正義」（有福孝岳編「エチカとは何か 現代倫理学入門」ナカニシヤ出版, 1999年）
212頁乃至222頁（なお、原文の一部を省略し、縦書きの原文を横書きに変えている。）

【課題文B】

人は、どうして、他人の邪魔を排し、且つは他人との協力に道をつけるのでしょうか。それこそ、各個人が自己の「幸福」をえようとするからで、それ以外に、人が「道徳」を樹てる理由は見出されません。「道徳」は、各個人の周囲に、個人の「幸福の要件」として定立されるルールである、と言わなければなりません。

ところで……，と、先に進む前に、繰返して置きましょう。社会があって人間（個人）がその中に産まれるのではありません。人間（個人）があって始めて社会は存在するに至るのです（存在論）。だが、個人は、社会を作らなければ幸福に生きることが出来ません。社会は個人のための絶対の必要です（価値論）。その「社会」が、存立を許されるのは、「個人」の幸福を、可能にし・維持し・増進する限りにおいてのみです。そうして、社会は、個人と個人との集合ですから、社会が幸福のために具えなければならない要件とは、個人と個人との間の行動の準則です。個人の幸福の創出・維持・増進のための社会のルールが道徳ですが、社会自身に判断力や構想力はありません。だから、道徳は、個人が作るのです。存在についても、価値についても、個人が前にあって、社会はこれに奉仕するのです。社会あっての個人ではありません。個人あっての社会です。私どもは、決して、この前後関係を倒錯してはなりません。

それなら、と、ここで話を進めますが、個人は、どのようにして道徳を作るのでしょうか。「俺が道徳と考えるもの」・「私が道徳であってほしいと思うもの」・「自分の好き勝手」、それが道徳だということなののでしょうか。馬鹿げた話です。貴方が社会に先立つ尊厳者なら、私も、彼も、社会に先立つ尊厳者でしょう。「俺が道徳と考えるもの」・「私が道徳であってほしいと思うもの」・「自分の好き勝手」、それが道徳だと、貴方がそう言ってよいのなら、私も、彼も、「俺が道徳だと考えるもの」・「私が道徳であってほしいと思うもの」・「自分の好き勝手」、それが道徳だと、言ってよいわけです。これで道徳が決まりますか。にも拘らず、弱肉強食の「力の論理」が、人間らしさの喪失に繋がるという歴史の教訓から、今日・現代の人間（個人）は、力で自分の希望を実現しようとする姿勢を、逆に不道徳として排斥することこそ、むしろ最初の道徳律であることを知りました。サア、どうし

たらよいでしょう。

どうしたらよいかと言って、ほかに方策がありますか。考えられる唯一の方法は、各自が銘々の意見をつき合わせる、ということではありえません。他人の所見を聞いてみれば、成程と肯けることもあります。肯けなければ、自分の意見を理由づけて相手を説得することに努めるのです。説得しようとして自説の理由づけに努力することによって、却って自説の誤りに気づくこともあります。相手も同様でしょう。話し合いが実れば、実った人数内では道徳が決まりますし、その人数が多くなれば道徳の決まる範囲も広がります。人は、誰も、一人ひとり、顔が違うように、考え方もクセも好みも、一々に違うものですし、話し合いの相手も一人や二人ではないのですから、社会全体に一つの道徳律が確立するまでの過程は大変で、それこそ、不可能に近い夢物語でしかない、と一蹴するのは早過ぎます。既に見たように、人の構成要素は悉くが同一なのですし、決着をつけなければならないのは結論的な命題だけ、従って、それは、イエースかノーか決め兼ねるかの三者択一に過ぎず、理由はどうでもよい（理由の相違は将来の「変更」に通じるだけで、当面の「決着」には無関係な）のですから、実践的には、決着も、決して困難ではありません。どうしても話し合いに決着がつかない場合の暫定措置を定めておき、且つは、何度でもやり直しができることを約束して置きさえすれば、現実生活を停滞させるような「無規律状態」が生じることはありません。主な規律群が一致すれば、従たる規律群において一致がなくても、当該個人集団は「一つの社会」になりますし、主な規律群において一致のない個人集団は、互いに「別個の社会」になるだけのことです。このようにして道徳規範を決めようとする考え方を、「対論方式」と申します。

そうして対論方式が成り立つためには、かくて、先ず、各人が、かくあれかしと望む道徳規範「案」を、誠実に、表明・提示しなければなりません。其処から総てが始まります。それは、生きることを権利と考える人の、当然の義務だ、と言わなければなりません。道徳は自分自身の幸福の要件なのですから、幸福なんぞイラナイと言うのでないかぎり、生きるとは即ち幸福を願うに他ならないのですから、生きる権利の反面には、幸福要件の確立に関与する義務が伴うのです。だが、と仰言る向きが、多分あることでしょう。乳幼児とか、精神障害者とか、道徳案の表明・提示が、全くもしくは適切には出来ない者もあ

るのではないかと。その通りです。しかし、貴方ご自身、乳幼児ではなかったのですか。そしてまた、御自分が、或いは、貴方の大事な人が、精神に障害を受けることは全くないのでしょうか。そうでなくても、乳幼児や精神障害者は、貴方と同じ構成要素を持ち、一挙手一投足によって時々刻々これを改変しているわけですから、その幸福がないとき、貴方の幸福もないのです。成人・健常者が、乳幼児や精神障害者のために、代言すべきは当然のことなのではないでしょうか。いずれにしても、「対論方式」によれば、発言できる者が、発言を封じられることはないのです。ですから「対論方式」は個人の「尊厳」に相応しいと言わなければなりません。

対論方式が成り立つためには、また、対論が実らない場合のために、暫定対処の方策を用意しなければなりません。たとえば、一時、誰かの主張を尊重しておくとかするわけで、これもまた対論によって決めるのです。暫定対処の方策さえ決まらない場合は、一おう現状を維持するべきが「存在」の論理でしたらう。いずれの場合にも、力づくの解決を許さないという意味で、「対論方式」には、無理押しはないのです。

そうして、更に、対論方式が成り立つためには、道徳の定律・維持の過程のすべてを、常に、「やり直し」の利くものにして置く必要があります。「やり直し」が出来ないと、一たん決めた道徳がその後適切でなかったということの分かった場合にも、その是正は出来ないこととなります。「試行錯誤」という言葉もありますように、人は、常に、迷いながら進むものです。誤りが誤りとされず、やり直しの利かないところには、進歩はありません。仮に「進歩」とは何か、そんなものは疑問だ、と説をなす場合でも、やり直しを排除すれば、「動く」者としての人間が「動かなくなって」しまうことは認めざるをえないでしょう。常に「やり直し」の余地を残しておくという智慧こそ、実は、人間最高の智慧というべきものなのです。対論方式はそうした最高・重要な智慧をも満足させる方式です。

このようにして、道徳の発見・確定は、各個人の「道徳案」の主張ないし提示から始まります。みずから主張・提示をしない者に、道徳を批議する資格はないのです。もし、現行の道徳によくないものがあるなら、それは、私が、または、貴方が、それをよくないと言わなかったためでしょう。言ったけれども押し切られたと言うなら、何故、よくない

と言いつづけなかったのかが、問われなければなりません。

〔出典〕伊東乾「法学の底の底」（慈学社出版，2006年）127頁乃至133頁（なお，原文の一部を省略し，縦書きの原文を横書きに変えている。）

