

平成22年度 法科大学院入学者選抜試験問題

小 論 文

1. 試験開始の合図があるまで、この問題用紙の中を見てはいけません。
2. 試験時間は、80分です。
3. 試験中に問題用紙の印刷不鮮明や解答用紙の汚れ等に気付いた場合は、手を挙げて監督者に知らせてください。
4. 解答にあたっては、必ず黒か青のペン（鉛筆は不可）またはボールペンを使用してください。
5. 解答用紙に記入するときには、下記の点に注意してください。
 - (1) 受験番号・氏名を所定欄に記入してください。
 - (2) 訂正する場合は、＝線で消すなどして、分かりやすく訂正してください。
 - (3) 解答用紙は、折り曲げたり汚したりしないでください。
6. 問題用紙の余白等は適宜利用してかまいません。
7. 試験終了後、問題用紙は持ち帰ってください。

以下の文章は、碧海純一『法と社会』（中公新書125、1967年初版）の一部を引用したものです。この文章を読み、後ろにある設問1から設問5に答えなさい。解答は、横書き、句読点・括弧等も1字分として計算します。文中にある註*1～*4については、文末を参照のこと。

文化の一部としての法

社会組織の問題

……第二次世界大戦は、単にその規模とサンカ①とが第一次大戦よりもはるかに大きかったことだけでなく、その末期において核兵器の登場をみたという点においても、世界機構確立への要請を一層切実なものとするに至った。この要請に応じて、国際連合が発足したわけであるが、その後二十余年を経た今日、この組織が、かぎられた方面では大きな業績を示しながらも、カンジン②の平和維持目的に関しては、当初の期待からはなおほど遠い実情にあることは、残念ながら認めざるをえない。

いま一例として国際組織の問題をとりあげてみたのであるが、国内組織の面においても、もちろん、大は一国の国家体制の問題から、小は交通規制の問題などにいたるまで、解決すべき難問が山積している。巨視的に見るならば、国際社会についてもまた国内社会についても、社会組織技術の発展が、科学技術の急速な発達に対して、著しくおくれをとっている、というところに、現代人類の最大の問題があるといってよいであろう。このことは、いいかえれば、人類全体が国際的規模において、そして各国民がそれぞれ国内的規模において、新しい「社会づくり」の課題を負わされている、ということにほかならない。

「法」の定義

この「社会づくり」という問題を考えるばあいに、もっとも重要な役割を期待されるのが、本書の主題たる法である。

「法」というかわりに、「法律」ということばもしばしば用いられるが、後者には広狭二つの意味があり、広義の「法律」は「法」と同義であるが、狭義においては、このことばは、議会立法の一形態としての法律の意味に用いられる。そこで、現代の法学文献では、混乱を避けるために、「法律」ということばを狭義に用い、広いほうの概念をあらわすのに「法」という語を使うのがふつうである。

「法」の正確な定義を与えることは非常にむずかしいが、このことばの意味を曖昧なままにしておくと、今後の論述にさしつかえるので、本書では、一応、つぎのような用語上の約束をしておこう。「〈法〉とは、〈政治的に組織された社会の——その成員によって一般的に承認され、かつ究極においては物理的強制力に支えられた——支配機構によって定立または承認され、かつ強行される規範の総体〉である」。この意味での「法」の中には、憲法、法律、命令、地方公共団体の条例などのような立法が入ることはもちろんであるが、そのほか、いわば自然発生的に生成する慣習法*¹や裁判所の作る判例法*²などもやはりその中にふくまれる。

未開社会や非常に古い時代の社会にはたして法があるかどうか、またあったかどうかということは、ある程度までは「法」という——論者によって用法のまちまちな——ことばをどう解するかに依存する問題であるので、客観的な事実の問題と用語上の約束の問題とを注意ぶかく分けたうえで議論しないと、思わぬ混乱の生ずるおそれがある。

たとえば、イギリスの著名な文化人類学者マリノフスキー（Bronislaw Malinowski 1884-1942）は、南太平洋のトロブリアンド諸島の原住民の慣習規範の中にも、かれのいわゆる「相互性」（reciprocity）のゆえに他の規範から区別されうる特殊なものが存在することを指摘した。このような規範を「法」とよんでもさしつかえないが、われわれの定義に従うかぎり、トロブリアンド島民の社会のように、組織された権力機構が分化していないところでは、「法」と称すべきものは存在しないといわざるをえない。しかし、これはあくまで名称上の、したがって議論の実質にとってはむしろ副次的な問題であって、この種の慣習規範も、われわれの意味での「法」の萌芽的^③な形態として、非常に大きな意義をもっている。

法と他の文化領域

法は、いうまでもなく、文化の一部である。法は通常、言語、宗教、道徳、政治、経済などとならぶ文化現象としてとらえられるが、実は、このような分類はあくまでも便宜的なものにすぎず、これらの文化領域相互のあいだでも、またそれらと法とのあいだでも、非常に複雑な交錯関係が存在する。ここでは、後者を、すなわち、法と他の文化領域との交錯関係を考えてみよう。

法と言語

法は、まず、それ自体が言語的な存在である。憲法や諸法典や重要な法令を一冊にまとめたものをわが国では「六法全書」と通称するが、この六法全書に収録してあるようなものが、日本の法の中心的部分であるといつてよいであろう。「六法」とはがらんらい、憲法、民法、商法、刑法、民事訴訟法、刑事訴訟法の六部門を指すが、実際は、このほかにも、行政法、労働法、経済法などをはじめいろいろな分野の法令がふくまれている。）

六法全書に載っているような言語的表現それ自体が法である、という考えかたに対しては、おそらく異論もあろう。たとえば、言語的表現それ自体は法ではなくて、単に法の「現象形態」にすぎず、むしろ、それが表わしているところの無形の実体が法なのである、という考えかた(A)も多くの人によって支持されている。しかし、このような主張をする人々も、実際問題としては、経験的・感覚的にたしかめることのできる言語的表現を無視して、法を論ずることが可能であると考えerわけではなからうから、法が少なくとも言語的表現を離れては存在しえないことは、結局のところ認めざるをえないであろう。ここで論じたような意味で、法が言語的存在であるということは、法の社会的作用を考えるばあいにも、また、法の解釈という問題との関連においても、きわめて重要な点である。

法と宗教

ついで、法は、宗教とも深いつながりをもっている。未開社会や非常に古い社会では、原始的な宗教や魔術がきわめて強い統制力をもっており、法的な統制がそこからまだ十分に分化していないことが多い。また、法規範がすでに宗教からはっきり分化している社会においても、僧侶や神官が法律家としての職務を兼ねていることがある。たとえば、共和制初期のローマでは、神祇官④ (pontifex) とよばれる人々が法の知識を独占していた。一方、カトリックの教会法 (Canon law) において典型的に見られるように、宗教上の組織が高度の発達をとげると、法的な技術を取り入れざるをえなくなってくる。

法と道徳

法と道徳とのあいだには、常識で考えても、非常に密接な関連が存在する。法規範の中でも重要なものは、しばしば道徳的な内容をもっている。特に、窃盗、詐欺、放

火、殺人のような反道徳的な行為に対する刑罰を規定する刑法や、市民として当然なすべき行為（たとえば、商品の買主が代金を払う、工事を請負った建築業者が期日までに工事を完成する、親が幼い子を扶養するなど）、またはしてはならない行為（たとえば、過失によって他人に損害を与える、かくれた欠点のある品物をひとに売りつける、夫が妻を虐待するなど）、についての規定をふくむ民法などにおいては、その背後にある道徳的な価値判断が、だれにでもよくわかるばあいが多い。

法と道徳とのこのような結合は、双方にとって有益である。まず、法の側から眺めてみよう。法は、究極においては国家権力による物理的な強制を背景とするものであるが、単なる力だけで人々に法を守らせることはむずかしい。法が大多数の人によって遵守されているばあいには、大抵、社会一般に通用する道徳的な観念がそれをいわばうらうちしているのであり、逆にいえば、このようないちがうちが欠けているときには、法が現実には多くの人によって破られていることが多い。

實際上ほとんど守られていない法を、「実効性のない法」とよぶが、このような法の例として特に著名なのは、アメリカ合衆国の禁酒法や、第二次大戦中から戦後にかけてわが国で施行された食糧管理法*³などであろう。前者はあまり守られないまま廃止され、後者も、戦後いちじるしく空文化してしまった。特に食糧管理法のばあい、敗戦によって、戦時中の「欲しがりません、勝つまでは」という、緊張した道義感が一挙に崩壊してから、急に実効性が低下したということは、法と道徳との関係の一端を示すケースとして興味ふかいところである。

道徳の立場から見ても、法とのむすびつきは非常に役に立つ。道徳規範は、その実効性（つまり、実際に守られること）をいろいろな社会的因子に負っている。その中でもっとも基本的なのは、正常な人間が子供のときから道徳規範を守るようにしつけられるということである。（これが、社会心理学や文化人類学でいうところの「社会化」の過程である。）

しかし、これだけでは必ずしも十分ではなく、「心の欲するところに従いて矩を踰えず⑤」という孔子のような人物は、そうざらにいるものではない。そこで、いろいろな制裁によって、人々が道徳規範から逸脱することを防止する必要がある。（この過程が、「社会統制」である。）こういう制裁としては、社会的嘲笑、非難、社交的および経済的ボイコット（「村八分」もその一種である）など、いろいろなものがある

が、やはりいざというときにもっとも頼りになるのは国家権力の強制的介入であり、これは法の領域である。

国家権力による強制は、「切り札」として、最後のぎりぎりのところで出てくるのが普通であるが、このことは、法と道德とのむすびつきが、全面的なものでなく、部分的なものであることを示す。すなわち、道德規範の中にも、法による（つまり国家権力による）強制にいわば「なじむ」ものと、そうでないものがある。「殺すなかれ」、「盗むなかれ」、「借金のかえせ」などは前者であり、「屋漏に恥じざれ」*4、「汝の隣人を愛せよ」などは後者に属する。また、「他人の悪口をいうな」という道德規範などは、現代の各国の法において、部分的に強制とむすびつけられている。（すなわち、「公然と」人の悪口をいえば、侮辱罪や名誉毀損罪として罰せられるが、内輪で悪くいうぶんには、法律上の規制はない。）また、「姦淫するなかれ」という規範は、各国の法制度によって、あつかいがことなる道德規範の例であり、日本でも、以前は妻の姦通が刑法上罰せられたが、戦後の改正で、姦通は刑罰の対象とはならなくなった。ただし、民法では裁判上の離婚原因としての意味をやはりもっている。

右に述べたように、法も道德も、それぞれの実効性を高めるために、たがいに結合するが、両者の性格上の差異のゆえに、この結合は全面的なものとはなりえない。「法は (1) の (2) である」といわれるのは、この意味においてである。

- * 1 「慣習法」 社会のある種の慣行が一つの社会的規範として人々の生活を規律するようになり、次第に尊重し、遵守すべきものと認識され、確信され、支持される程度に達した不文律としての法的規範のこと。
- * 2 「判例法」 裁判所が具体的な事件を解決した判決に含まれる法律解釈の合理性が承認され、類似の事件について、同一の解決が幾度も繰り返されることによって形成された実質的な紛争解決規範のこと。
- * 3 「食糧管理法」 米穀、麦などの主要食糧を国家管理下に置き、需要・供給および価格の調整を行い、その配給（流通）を統制することを目的として1942（昭和17）年に制定され、1995（平成7）年に廃止された法律（略称、食管法）のこと。
- * 4 「屋漏に恥じざれ」 人の見ていないところでも恥ずかしい行いをしないこと。

以下の設問はいずれも法的専門知識を要求するものではありません。

【設問 1】 文中下線部①, ②を「漢字」で記し, ③から⑤の用語の読みを「ひらがな」で記しなさい (配点各 2 点, 10 点)。

- ①サンカ ②カンジン
③萌芽的 ④神祇官 ⑤矩を踰えず

【設問 2】 文中最後の文章にある(1), (2)の空欄を適切な用語で埋めなさい。(1)は漢字 2 文字, (2)は漢字 3 文字の言葉である (配点 5 点)。

【設問 3】 文中下線部(A)の箇所に出てくる「言語的表現それ自体は法ではなくて, 単に法の『現象形態』にすぎず, むしろ, それが表わしているところの無形の実体が法なのである, という考えかた」について, どのような主張だと考えるべきか, あなたの意見を 300 字以内で述べなさい (配点 25 点)。

【設問 4】 筆者は, 法と言語との関係について, 法が言語的存在であるということは, きわめて重要な点であると述べている。その意味について, あなたの考えを 300 字以内で述べなさい (配点 30 点)。

【設問 5】 筆者は上記引用文に引き続き, 「(ア)法と政治」, 「(イ)法と経済」の 2 つの他の領域との関係について述べている。(ア)または(イ)のどちらかを選択し, あなたの見解を 330 字以内で述べなさい (配点 30 点)。