

平成18年度 横浜国立大学法科大学院入学試験 (A日程)
小論文試験試験問題 (試験時間 13:00~16:00)

問題1 以下の文章を読み、設問に答えなさい。

(注)著作権法等の配慮により問題文は割愛します。

なお、問題文は、次の文献から引用しております。

『環境問題を哲学する』笹澤豊 著 (2003年 藤原書店)
26ページ1行目(表題除く) ~ 30ページ最終行

問1 「欲求の体系」を支配する原理を明らかにし、ヘーゲルの時代、現代のそれぞれにおいて、その原理がどのように働いているかを説明しなさい。(300字程度)

問2 空白部分を埋めるのにふさわしいように、国家のいかなるふるまいが、なぜ「墓穴を掘るふるまい」であるのかをわかりやすく説明しなさい。(200字程度)

(附記) 空白部分は以下のとおり。

30ページ12行目6文字目 ~ 13行目28文字目まで (句読点含む)

問3 著者が指摘するような状況を踏まえて「既に国家の役割は終了した、国家は消滅すべきである」と主張する見解がある。国家の消滅がもたらす具体的な影響に言及しながら、この主張に対する自らの考えを述べなさい。(300字程度)

問題2 以下のAからEの段落からなる文章を読み、質問に答えなさい。

私はまず法律の歴史の上に現れたいろいろの「嘘」を二、三例示したいと思う。そうしてその「嘘」が實際上いかなる働きをしたかを考えてみたいと思います。

(中略)

(A) 大岡越前守の裁判は、なにゆえに人情の機微をうがった名裁判だといわれるのであろうか。一言にしていうと、それは「嘘」を上手につきえたためだ、と私は答えると思います。嘘は善いことだとか、悪いことだとかいう論はしばらく別として、大岡越前守が嘘つきの名人であったことは事実です。そうして上手に嘘をつきえてほめられた人です。大岡政談を読んでごらんください。当時の法律は、いかにも厳格な動きのとれないやかましいものであった。それをピシピシ厳格に適用すれば、万人を戦慄せしめるに足るだけの法律であった。しかも当時の裁判官はお上の命令であるところの法律をみだりに伸縮して取り扱うことはできぬ。法律は動くべからざるもの、動かすべからざるものであった。この法律のもとで、人情に合致した人間味のある裁判をやることはきわめて困難な事柄です。しかも大岡越前守はそれをあえてしたのです。しかも免職にもならず、世の中の人々にも賞められながら、それをやりえたのです。

しからばどうしてそれをやりえたか。その方法は「嘘」です。当時の「法律」は厳格で動かすことができなかつた。法を動かして人情に適合することは不可能であった。そこで大岡越前守は、「事実」を動かすことを考えたのです。ある「事実」があつたということになれば「法律上」必ずこれを罰せねばならぬ。さらばといって罰すれば人情にはずれる。その際裁判官の採りうべき唯一の手段は「嘘」です。あつた「事実」をなかつたといい、なかつた「事実」をあつたというよりほかに方法はないのです。そうして大岡越前守は実にそれを上手にやりえた人です。

(中略)

(B) またわれわれは、徳川時代の御目付役は「見て見ぬふりをする」をもって大切な心得としていたということを聞きます。合理的にやかましくいえば、いやしくも犯罪を発見した以上、御目付役としてはすべてこれを起訴せねばならぬわけです。ところが、それを一々起訴すればかえって世人は承知しない。その結果「見て見ぬふりをする」すなわち「嘘をつく」をもって御目付役の美德(?)とされていたものです。ところがこの同じ事はひとり旧幕時代のみに限らず明治、大正の世の中にも行われている。刑事訴訟法が今年改正になりました。その以前には明らかな規定がなかつたにかかわらず、学者の多数はいわゆる「便宜主義」(Opportunitätsprinzip)と称して、犯罪を起訴するや否やは検事の自由裁量に一任されているものだと主張し、司法官もまたその考えを実行していたのです。「便宜主義」と名をつければいかにもいかめしくなるが、実

をいうと御目付役の見て「見ぬふりをする」のと同じことです。ところがこんどの新刑事訴訟法第二七九条ではついにこれを法文の上に現わして「犯人ノ性格、年齢及境遇並犯罪ノ情状及犯罪後ノ情況ニ因リ訴追ヲ必要トセザルトキハ公訴ヲ提起セザルコトヲ得」と規定するに至った。いわば「嘘」を公認した代りに「嘘つき」の規準を作り、その結果「嘘からまこと」ができたわけなのです。諸君は試みに司法統計のうち「嬰兒殺」の部をあけてごらん下さい。今の検事がこの点についていかに多く「見て見ぬふり」をしているかを発見されるでしょう。

(中略)

(C) 英米の法律には「名義上の損害賠償」(nominal damages)という制度があります。いったい損害賠償は、読んで字のごとく、実際生じた損害を賠償させることを目的とする制度ですから、たとえ権利侵害があっても、實際上なんらの損害もなければ、損害賠償の義務は発生しないわけです。そこで、例えばわが国においては、甲が乙の所有地内に無断で侵入した場合に、乙から損害賠償請求の訴えが起こされても、その無断侵入の結果、事実乙がなんらの損害もこうむっていないければ、不法行為の成立要件を欠くものとして乙は敗訴せざるえない。むしろただ合理的に考えれば、乙にはなんらの損害もないのだから、これが賠償を求むべきなんらの権利なきは当然である。けれども甲が乙の権利を侵害したという事実だけは確実です。その点において甲は悪いに違いないのです。ですから権利侵害はあったがなんらの損害もないからという理由で敗訴し、その結果、名目上とにかく敗けたということになり、また同時に、敗訴者として訴訟費用を負担せしめられることは、乙にとってきわめて不愉快なことに違いありません。乙は「賠償はとれずともいい。しかし敗けたくはない」と、こう考えるに違いないのです。この際もしも名目上だけでも乙を勝訴者たらしめることができたなら、彼はどれだけ喜ぶでしょう。

英米法の「名義上の損害賠償」は実にこの場合における乙を救う制度です。いやしくも権利侵害があった以上、そこに必ずやなんらかの損害がなければならぬ。その損害の象徴として裁判所は被害者に例えば金一銭を与えるとする。そうすれば被害者はたとえ金額は一銭でもとにかく勝訴したことになり、名目上はもちろん実利的にも訴訟費用の負担を免れるという利益がある。実際、損害の立証は立たぬ。しかし権利侵害があった以上必ず損害があったものとみなして、それを一銭という有形物の上に象徴するところがこの制度の妙味であって、「嘘」の効用のいちじるしい実例の一つです。

現在、我が国の法学者は一般に偏狭な合理主義にとらわれて「損害なければ賠償なし」という原則を絶対のものと考え、「名義上の損害賠償」のごときは英米独特の不合理的な制度、とうていわが国に移すべからざるものと考えています。けれども、もしもわが国にこの制度が行われることになったならば、法律を知らぬ一般人の裁判所に対する信頼はどれだけ増大するであろうか、また不法行為法がどれだけ道徳的になるであろうか、私は切にそういう時期の至らんことを希望しているのです。しかし、それにはまず一般法学者の頭脳から偏狭な合

理主義を駆逐して、もっと奥深い「合理によって合理の上に」出でる思想を植えつけねばなりません。

(D) 次に、欧米諸国の現行法はだいたいにおいて協議離婚を認めていません。離婚は法律で定めた一定の原因ある場合にのみ許さるべきもので、その原因が存在しない以上はたとえ夫婦相互の協議が成立しても離婚しえないことになっているのです。この点はわが国の法律と全く違ってきわめて窮屈なものです。しかし、いかな西洋でもお互いに別れ話の決まった夫婦が、そうおとなしくくっつきあってるわけがありません。いかにバイブルには「神の合わせ給える者は人これを離すべからず」と書いてあっても、お互いに別れたいものは別れたいに決まっています。そこで、夫婦の間に別れ話が決まると、お互いにしめしあわせて計画を立てた上、妻から夫に向かって離婚の訴えを起こします。裁判官が「なにゆえに？」ときく。妻は「夫は彼女を虐待せり、三度彼女を打てり」と答える。すると裁判官は被告たる夫に向かって「汝は原告妻のいうことを認むるや？」ときく。そこで、夫は「しかり」と答える。かくすることによって裁判官は欺かれて、離婚を言い渡す。もしくは事実の真相について疑念を抱きつつもなお離婚の判決をくださるのである。ですから、西洋でも実際においては当事者双方の協議によって離婚が行われている。そうしてその際使う道具は一種の「嘘」、一種の芝居です。

法律は人間のために存するものです。人間の思想、社会の経済的需要、その上に立ってこそ初めて法は真に行われるのです。かつては、社会の思想や経済状態と一致した法であっても、その後、社会事情が変わるとともに法は事実行われなくなる。また立法者が社会事情の真相を究めずしてむやみな法を作ったところが、それは事実とうてい行われぬ。離婚は悪いものだという思想が真実社会に現存している限り、協議離婚禁止の法律もまた厳然として行われる。しかしひとたび、その思想が行われなくなると、法文上にはいかに厳重な規定があっても、実際の需要に迫られた世人は「嘘」の武器によってどんどんとその法律をくぐる。そうしてことはなほだしきに至れば法あれども法なきと同じ結果におちいるのです。

(E) 同じことは官吏の責任の硬化現象からも生じます。役人といえども飯を食わねばなりません。妻子も養わねばなりません。やたらに免職になつては妻子とともに路頭に迷わなければなりません。ある下級官吏がたまたまある場所を警戒する任にあたっていた。その際一人の無法な男がおどり出て爆弾を懐中し爆発ついに自殺したと仮定する。なるほど、その男の場所がらをもわきまえない無法な所作は、非難すべきものだとしても、たまたま、その場所で警戒を命ぜられていた役人をして絶対的の責任を負わせる理由はないわけです。その役人が責任を負うや否やはその役人が具体的なその場合において、警備上実際に懈怠があったかどうかによって定まるので、偶然その場所にいわせたといいだけの事実をもって絶対的に定まるものではない。ところが現在わが国に行われつつある官吏責任問題の実際はこの点がきわめて形式的に取り扱われてはいないであろうか。停車場が雑踏した場合に、駅長がいかに気をつけても、

中には突き飛ばされて線路に落ちる人もあろう。その際駅長が最善の注意を怠らなかつたとすれば、彼にはなんらの責任もないわけです。責任はたまたまその突き飛ばした人ないしは雑踏の原因を作った人々にあるわけです。しかるに今の実際では、その際駅長なり駅員なりの中から、必ずいわゆる「責任者」を出さなければすまさないのではないのでしょうか。

責任は、自由の基礎の上に初めて存在する。規則によって人の自由を奪うとき、もはやその人の責任を問うことはできないのです。しかるに、万事を規則づくめに取り扱う役所なり大会社なりは、使用人の責任までも規則によって形式的に定めようとします。その結果、責任は硬化し形式化して全く道徳的根拠を失います。

ところが、役人も生きねばならぬ。妻子を養わねばならぬ。その役人が自由を与えられることなしに、責任のみ形式的にこれを負担せしめられるとき、彼らははたして黙してその責任に服するであろうか。否、この際、彼は必ずや形式的責任の発生原因たる「事実」をいつわり、「事実」を隠蔽して、責任問題の根源を断とうとするに決まっています。すなわち、彼は「嘘」をつくのです。

右の例を引いた私は、決して最近わが国に起こったなんらか具体的の事件について具体的の判断をくだしたわけではありません。しかし、現在われわれがしばしば「官吏の嘘つき」という事実を耳にするのは本当です。もし、それが事実とすれば、その根源のいずれにありやを考えることは重大問題ではないでしょうか。私はその原因を「責任の硬化」にあるのだと考えます。

親が全く子の要求をきかずに、親の考えのとおり嚴重に育てあげようとするれば、子は必ず「嘘つき」になります。

出典 末弘巖太郎「嘘の効用」(同『嘘の効用』末弘著作集IV所収・初出1922年)

(附記) 出典元著作権消滅

問1. Aは、例のあげ方がBからEの例と異なっている。どのような点で異なっているか、述べなさい。

問2. 以上の文章では「嘘」をキー・ワードとしていくつかの例を用いて説明しているが、それらの例はいくつかの類型に分類することができる。BからEを分類し、その分類の基準を説明しなさい。

問3. 段落Cの下線部分「偏狭な合理主義」と批判の対象とされている一般法学者はどのような思考に基づいていると思われるか、述べなさい。

問4. この文章の要旨をまとめ、かつ、著者の主張したいことを述べなさい(400字～500字程度)。