

平成25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 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。
- 2 問題冊子は、全部で6ページである。  
解答用紙は、全部で4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。
- 3 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。
- 4 解答は、すべて解答用紙の所定欄に記入すること。
- 5 解答以外のことを書いたときは無効とすることがある。
- 6 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。

次の文章（フリードリヒ・ハイエク著、田総恵子訳、山中優監訳「民主主義はどこへゆく」『ハイエク全集Ⅱ-5 政治学論集』春秋社・2009年）を読んで、次の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。

民主主義の概念がもっている意味は一つである。私はそれこそが、民主主義本来の正しい意味であると信じており、それを守るためには闘う価値があると考えている。民主主義はかつて暴政や圧制にたいする防護という役割を期待されたが、そのたしかな防壁であるということがまだ示されたわけではない。にもかかわらず、多数派が快く思わない政府を追いはらうための申し合わせとしては、民主主義には計り知れない意義がある。

だからこそ、私は心ある人びとのあいだで民主主義への信頼が失われていくのを見て、不安が募るのである。これ以上見過ごすことはできない。民主主義という魔法の言葉があまりにも万能になってしまった。政府権力にたいしてはこれまでずっと制限が課せられてきたが、そうして継承されてきた政府権力にたいする制限は、その民主主義という万能の言葉の前にすべて崩れおちつつある。それとまさに時を同じくして、民主主義への信頼が失われつつあるという事態が深刻になってきた。またそうした信頼喪失の深刻化は、民主主義という万能の言葉の前に政府権力にたいする制限が崩れおちつつあるからこそでもあるだろう。民主主義の名においてだされる要求の多さに公正で理性的な人びとですら大いに不安を感じているので、民主主義にたいする深刻な反発が一つでもあれば、それだけでも本当に危険なものであるかのように時には思ってしまうほどである。しかし、民主主義の正しさにたいする信念を現在危うくしているのは、その基本概念ではない。意思決定の手続きについての民主主義のそもそもの定義が時代を経るうちにさまざまな意味を暗に含むようになってしまった。現在信頼を失っているのは、そのように拡大した意味をもってしまった民主主義である。民主主義の基本理念が不信の原因ではなく、後から加えられてしまった要素が問題なのである。現在起きている事態については、すでに一九世紀において懸念する向きもあった。広く受け入れられることが可能な政治的決定にいたるためにもちいられていた健全な方法が、その内実としては平等主義的な目的を押しとおすための口実となってしまったのである。

一九世紀に民主主義が登場したことで、政府権力の及ぶ範囲に決定的な変化がもたらされた。それまで数世紀にわたって行われてきた努力は、政府権力を制限することに向けられてきた。憲法が徐々に発展してきたことは、まさにこの政府権力の制限という目的に役立つことだったのである。それが突然、多数派を代表するものとして選挙で選ばれた者たちが政府をコントロールすればそれ以外の歯止めは必要ないという話になり、それまで憲法によって確立されてきたさまざまな予防措置はなくてもよいということになってしまった。

こうして無制限の民主主義が生まれた。今日問題であるのは、適正な民主主義ではなく、この無制限の民主主義なのである。今日西側諸国で見られるのは、多かれ少なかれ無制限の民主主義である。たとえ無制限の民主主義に特有な現行制度が失敗であることが結局は判明するとしても、それで民主主義それ自体が失敗したことにはならない。私たちが誤った試みをしたというだけのことだ。このことを覚えておくことが重要である。私としては、

政府の行動が必要だと広く合意された事柄については、すべて民主的な決定を下すことが平和的な変革には不可欠だと考えている。しかし、時の多数派が勝手に選んだ事柄であれば、どんなものでもそれを「共通の問題」として政府が取りあげるといったような政府形態は、忌まわしいことだとも感じるのである。

民主主義の権力に課される最大かつ最重要な制限となってきたのが、「権力分立」という原則である。ところが、その原則は万能の代表制議会の登場で一掃されてしまった。問題の根源はいわゆる「立法府」にある。代表制政体の初期の理論家（とりわけジョン・ロックなど）は、狭く限定された意味での立法にのみ携わるものとして立法府を規定していた。ところが、後述するように、その立法府が全能の政府機関となってしまったのである。古典的な「法の支配」や「法の下政府」という概念は破壊されてしまった。「主権」を有する議会は、多数派の代表者が多数者の支持を確保するには得策だとわかったことを、何でもすることができるのである。

しかし、多数派の代表として選挙で選ばれた者たちの議決をすべて「法」と呼び、たとえそれがある集団の人びとをどんなに優遇あるいは冷遇するものであろうとも、多数派の指示はすべて「法の下政府」のしたことだとするのは、悪い冗談としかいいようがない。それは実際には無法政府である。多数派が政府の行動を承認するがぎり法の支配は維持されていると主張するのは、言葉の遊びにすぎない。法の支配は個人の自由を保障する予防措置だとかつてはみなされていた。というのも、法の支配が意味していたのは、今後起こりうるさまざまな事例にも等しく適用可能な、個人の行為の一般的ルールを施行するためにのみ、強制力の行使が許されるということだったからである。ルールによって規定されていない強制力をもちいるのは恣意的な圧制である。たとえそれが多数派の代表者によって行使されるものであろうとも、それは他のいかなる支配者による恣意的な行為ともなんら変わりはないのである。憎らしい人物を釜茹でにして四つ裂きにすることを命令しようと、あるいは、その人物の財産を没収することを命令しようと、恣意的という点ではどちらも同じことである。たしかに制限された民主主義政府を非民主主義的な政府と比べるのであれば、制限された民主主義政府のほうを選ぶのはもっともだろう。しかし、たとえ非民主主義的ではあれ法の下には置かれている政府を、無制限の（したがって本質的には無法の）民主主義と比べるのであれば、実をいうと、私は前者のほうを選びたいのである。法の下での政府のほうが私にとっては価値が高い。民主主義的な監視機関は、その法の下での政府を守ることを、かつては期待されていたのである。

現在の民主主義制度への私の批判は、つまるところ、ある改革の提案にいたりつくことになる。現在の仕組みは個別の利益集団の意志を満足させるためのものであり、その個々別々の利益集団の寄せ集めが多数派を形成している。しかし、私の提案する改革が行われれば、市民の多数派の共通意見がもっと正確に実現されることになると思うのである。

民主主義の主張としては、一方で、選挙で選ばれた代表が政府の方針についての決定権をもつべきだという主張があり、他方で、なにが法となるべきかを選挙で選ばれた代表が決めるべきだという主張があるが、ここで前者の主張が後者の主張よりもその有力さにおいて劣るということが示唆されているわけではない。その歴史的展開における最大の悲劇は、この明らかに区別されるべき二つの権限が同じ一つの議院の手に委ねられてしまい、その結果として政府が法に従うことをやめてしまったということなのである。イギリス議

会が高らかに主権を宣言し、法に縛られることなく統治できるようになったとき、個人の自由と民主主義を弔う鐘が鳴ったのかもしれない。

このような発展は歴史的には不可避であったのかもしれない。とはいえ、論理的にも納得できるというわけではないことはたしかである。異なる方向の発展がありえたであろうことは容易に想像できる。一八世紀にイギリスの庶民院は公共の財源にたいする権限を独占することに成功した。それによって事実上、政府にたいする独占的な支配権も手にしたのである。このときもし貴族院が、庶民院にそれを認める代わりに、真の意味での法（すべての政府の権力を制限する民法および刑法）を発展させるという問題は貴族院のみの管轄であるということができていたとしたら、行政院と立法院の分割が実現し、法による政府の抑制も可能であったかもしれない。貴族院は、コモンローの最高裁判所だったのだから、そうした条件をだすことも不自然ではなかったはずだ。しかし、政治的には、そのような立法の権限を、特権階級の代表に与えるわけにはいかなかったのである。

現行形態の民主主義では、主権を有する代表機関が法を作ると同時に行政の方向も決めているが、そのような民主主義が威信をもっているのは幻想のせいである。そのような民主主義政府が国民の意志を実現すると信じこんでしまっているのである。民主的に選ばれた立法府が厳密な意味で立法者であるとするれば、そう信じていても正しいかもしれない。すなわち、選挙で選ばれた議院の権限が正しい行為の一般的ルールの制定に限定され、そのルールによって個々人の私的領域を画定し、そのルールを将来の予測不可能な事例にも等しく適用するのであれば、ということである。個々人の私的領域が互いに接しあうところでは紛争が生じる場合がほとんどかもしれないが、個人の行為を律するそのようなルールは、そうした紛争を防ぐのである。そうしたルールについては、支配的な意見がコミュニティにおいて形成されるだろうし、多数派の代表のあいだでは合意が存在するだろう。したがって、このように明確で限定的な任務を託された議院は多数の意見を反映するだろう。そうした議院は一般的ルールにのみ関心を払うので、特殊利益の具体的な事項についての意志を汲みとる機会ほとんどないのである。

だが、古典的な意味での法の制定は、現在でも私たちが立法府と呼ぶ議院の任務ではなくなってしまった。現在の主たる関心は行政である。イギリス議会の鋭い観察者が七〇年以上も前に書いた言葉によれば、「議会には “法律家の法” にかかわっている時間に関心もないのである」。代表機関の活動や特徴、それにその手続きが、行政にかかわる任務によって、いたるところで規定される以上、「立法府」という名前はその立法行為に由来するものではなくなった。その関係は今では逆転してしまっている。このような立法府が決められたものを、立法府から生まれたという理由だけで、私たちはすべて法と呼んでしまう。それが正しい行為の一般的ルールへの関与という性質をもっていなくてもかまわない。自由な社会では政府の強制力はそうした一般的ルールの施行にかぎられることになっていたのに、そんなことにはお構いなく、立法府から生まれたという理由だけで、それに法という名を与えているのである。

しかし、主権者たる政府当局の行う決定がすべて「法としての効力」をもつとき、その政府の行為も法には拘束されないことになる。しかも、こちらの方がもっと深刻な問題なのだが、その行為は多数派の人びとの意見によって正当化されるわけではないのである。多数派というのは真の意味での立法府が行動する際の根拠となるものだが、その多数派が

全能である場合、その多数派に属する個々の成員たちが支持される理由は、真の意味での立法府の行動根拠としての多数派が支持される理由とは、実はまったく違うものである。行動に制限を加えられた立法者に投票するということは、自由な諸個人の決定から秩序全体が形成されることを確実にするものとして提示されている何通りかの方法から、一つの方法を選択するということである。特殊な便益を与える権限を有しており、それ自身は一般的ルールに縛られることのない機関のメンバーに投票することとはまったく意味の違うことである。民主的に選ばれた議会が無制限の権力をもっていれば、ある特定の集団にたいして、特殊利益を与えたり特別な負担を課したりすることができるのだが、そのような場合において多数派を形成するには、そのような便益の供与を少数派の犠牲のもとに行うことをつうじて、数多くの特殊利益の関係者から支持を買収するほかはないのである。

一般的な法を是認していても、その是認と引き換えに自分の会派にたいして特別の便益が与えられないかぎり、一般的な法への是認すら差し控えるという脅しをかけることは簡単である。したがって、全能の議会では脅しと腐敗の過程が容認されてしまい、そこでの決定はそうした脅しと腐敗の過程にもとづくことになる。これがこのシステムの構成要素として長らく認められており、最良の人物でさえ、そこから逃れることはできなくなっているのである。

特定の集団にたいして便宜をはかるといふ決定が下される場合、その決定は、政府行動の中身についての多数派の合意とはほとんどなんの関係もない。というのも、不明瞭に定義された目的を達成するため、明確な限界のない権力のある機関に与えてしまったということ以上の理解は、たいていの場合、多数派を構成するメンバーにはほとんどないからである。法案にかんしては、たいていの場合、大多数の有権者にはそれに賛成したり反対したりする理由はなにもないだろう。ただ、その法案を唱道している人びとを支持すれば、その見返りとして、今度は自分自身の望みがかなえられることが約束されるということ、大多数の有権者は理解しているだけのことである。このようなことが起こってしまうのは、こうした交渉の過程が「多数者の意志」などと誇称されてしまうからなのである。

私たちが「立法府」と呼ぶものは、実際には、具体的な法案について決定しつづけ、それを実行するための強制力の行使を公認する機関である。それについて、多数派の合意は本当の意味では存在していない。多数派の支持が取引によって作りあげられているだけである。全能の議会が原則にではなく具体的事項にとらわれる場合には、多数派は意見の一致を基盤にしているのではなく、相互に手を貸しあう特殊利益の寄せ集めによって作りあげられているのである。

名目上は万能であるはずの議会は、その権限が一般的ルールに限定されず、また一般的ルールに縛られることにその権限が依拠してもいない場合、きわめて弱い存在になることは必然である。この事実は一見すると理屈に合わないように思える。政府が利益供与を自由に行うことができる場合、名目上は万能であるはずの議会在、政府からの利益供与を断固として要求するために団結している団体からの支持に、全面的に依存してしまうのが必然なのであるが、そうした事態が逆説的に思えるのは外見上のことだけである。そのような議会の多数派が共通の道徳観で統一されており、特定の集団の要求の是非を判断できると思うのは、もちろん幻想である。彼らが多数派でいられるのは、原則を守ることを誓ったからでなく、特殊な要求に応えることを誓っているからである。主権者たる議会は、そ

の無制限の権力を使用するにあたっては、決して主権者ではないのである。「すべての近代民主主義政体」がそうした要求にあれこれ応えることを必要とみなしてきたということが、そうした措置が妥当であり公平であることの証拠だといわれてきたが、それはかなり奇妙なことである。多数派を構成するメンバーは、実際はそのほとんどが、その措置がばかばかしくて不公平なことは承知のうえで、多数派でありつづけるために、それに同意せざるをえなかつただけなのだ。

権力に制限を加えられていない立法府は、関税・税金・補助金など、個別の目的をもった不公平な政策を強制することを慣例や憲法の規定などによって妨げられていないため、どうしても、そのように原則を無視した行動にでることになる。本当は支援を金で買う行為であるのに、それを援助に値する人たちにたいする有益な支援だといいくるめようとする試みが幾度となく行われている。そのような試みは決まって行われるのだが、そうした買収行為をどれだけ道徳的に見せようとしたところで、そのような論理をまともに受けとることはできない。異議を唱えている少数派から脅しとることのできる略奪品をどのように分配するかについて多数派が同意していても、その手続きに道義的裏付けがあるなどとはいえない。たとえ「社会正義」などという想像の産物を持ちだしたとしても、とても擁護できるものではない。既存の制度的な仕組みによって政治的な必然性が作りだされてしまい、その政治的必然性によって、社会を経済的に存立させないような道德観が生みだされてしまっている。それは社会を破滅させる道德観ですらある。現在起こっているのはまさにそのような事態なのである。

多数派が、少数派の市民を打ち負かしてどれだけ奪いとるか、そして、そうして手に入れた戦利品の分配をどうするかについて同意したとしても、それは民主主義ではない。少なくとも、道徳的に正当化できる民主主義ではない。民主主義それ自体は平等主義ではないのである。だが、無制限の民主主義は平等主義にならざるをえない。

すべての平等主義に共通する根本的な非道徳性については、次の事実だけをここでは指摘しておこう。すなわち、われわれは人びとがどのように振舞っているかにしたがってさまざまな評価を下すのであるが、われわれの道德はそのさまざまな評価を元にして成りたっているということである。法の前の平等、すなわち政府がすべての人を同じルールに従って扱うことは、個人の自由のために必要不可欠な条件であると私には思われる。しかし、互いに異なる人びとを物質面で同じ境遇にするために、人によって異なる扱いをすることは、個人の自由と矛盾するだけでなく、道德にも著しく反することだ。だが、無制限の民主主義が向かっているのは、このような非道徳的な方向なのである。

繰り返すが、私が他の無制限政府となんら変わらないといっているのは、無制限の民主主義であって、民主主義そのものではない。選挙で選ばれた代表制議会に無制限の権力を与えるという致命的な過ちを起こさせたのは、最高権威は本来無制限であるべきだという迷信である。制限があるということは、それより上にまた別の意志があるからで、その場合最高権力ではなくなってしまうというわけだ。だが、これは、フランシス・ベーコンやトマス・ホッブズの全体主義的・実証主義的概念や、デカルト的設計主義からくる誤解である。幸運にもアングロ・サクソンの世界では、エドワード・コーク、マシュー・ヘイル、ジョン・ロックなどの人びとや、さらには昔のホイッグ党の深遠なる思想によって、長いあいだこの誤解を抑えることができていた。

この点、昔の人びとは近代の設計主義の思想家より賢明であった。最高権力が無制限である必要はない。世論によって承認された一般的ルールへの献身的な関与がその権威の基盤となるものである。初期の審判王の場合、王に選ばれた以上、彼のいうことはすべて正しいとなったわけではなく、その宣告したことがみんなにとっても正しいと思われたからこそ選ばれたのであり、そうでなければその立場にとどまることもできなかった。王は法を作るものではなく、それを単に解釈するだけであった。その法は広く行きわたった意見に立脚してはいたが、是認された権威によって明文化されてはじめて、実施にいたることができたのである。最高権威だけがその実施を命ずることができたとしても、その命令が及ぶのは、その最高権威の行動原理にたいして人びとの支持があるかぎりにおいてのみだった。全員にかかわる行動について決定権をもつ唯一かつ最高の権威は、限定的な権威であるのが当然だった。それは、世論が是認していた一般的ルールにそくした決定にかぎられた権威であるのが当然だったのである。

まともな政府であるための秘訣は、その最高権力が限定されていなければならないということである。それこそがまさに秘訣である。その権力は、他の権力を律するルールを決定することはできるが、それによって市民を規制することができるだけであり、市民に命令することはできない。それ以外の権威も、市民が認めたルールに献身的に関与することにその基盤を置く。一つのコミュニティが形成されるのは、同じルールを共通に認めたところにおいてなのである。

したがって、選挙で選ばれる最高権力機関は、個人の行為を導く一般的ルールという意味での法の制定についての権力以外、他になんの権力も必要ない。また、そのようにして制定されたルールを守らせるため以外、市民にたいして強制力を行使する権限は必要ない。選挙による行政院も含めて他の政府機関は、真の立法に任務を限定された議院が制定する法に拘束され、制限されるべきである。

問1 無制限の民主主義が問題だとはどういうことなのか。著者の見解を 600 字以内で説明しなさい。

(配点 = 50 点)

問2 交渉の過程が「多数者の意志」と誇称される(下線部)とはどういうことか。600 字以内で説明しなさい

(配点 = 50 点)