

2021年度  
関西学院大学ロースクール  
B日程

一般入試（法学未修者）

論文問題

《10:00～11:30》

○開始の指示があるまで内容を見てはいけません。

## 【論 文 問 題】

次の問題文を読んで、〔設問 1〕 および〔設問 2〕 に答えなさい。なお、問題は  
その用語に関わらず、法的知識や法的素養を問うものではない。

### 〔設問 1〕

道徳的正しさの根拠としての下線部の「根源的な規範原理」とは何を意味する  
のか、「ここでの根源的な規範原理とは……を意味する」という文章形式  
にして 50 字以内で簡潔に述べなさい。

### 〔設問 2〕

「人を殺してはいけない」ということは社会生活において究極的かつ根本的  
な道徳であり、社会的にも共通の認識として受け容れられているものとする。  
ところで、死刑は、凶悪な犯罪者に対する刑罰だとはいえ、国家により人の命  
を強制的に奪う制度である。そのため、賛成派と反対派に分かれるが、反対派  
はもちろんのこと、賛成派もしばしば自己の見解が道徳に適っていると考えて  
いる。

以上を前提として、

(1) 筆者は、死刑の是非を道徳から確定することができるかと考えているか。  
死刑賛成派・反対派の道徳論から見た対立点および共通点に触れつつ論じなさい  
(600 字程度)。

(2) 次に筆者が言う「道徳的正しさ」の観点に沿って、死刑に賛成するか、  
反対するかについてあなたの考えを簡潔に述べなさい (350 字程度)。

なお、死刑に賛成・反対のいずれの立場に依拠しても、評価は変わらない。

## 問題文

ここまで来てようやく私たちは、道徳ははたして無条件的で普遍的なものなのか、それとも時と場合によって左右される相対的なものにすぎないのか、という問題に答えることができる。

まず、道徳はその判断の“内容”のレベルでいえば、時と場合によって左右される相対的なものである。

私たちは「絶対に人を殺してはいけない」と考えながらも、その一方で「死刑は必要だ」「あんな凶悪な犯罪をおかしたやつは死刑にしろ」「安楽死は認めるべきだ」「女性の権利を考えれば人工妊娠中絶もやむをえない」などと、状況に応じて「人を殺すこともやむをえない（もしくは必要だ）」と考える。

しかし、そうしたさまざまな——たがいに矛盾さえする——道徳判断がそれでもなお一つの道徳としてなりたつためには、より根源的な規範原理がそこになくしてはならない。

その規範原理は、あらゆる道徳判断に通底し、かつそれがなくてはいかなる道徳判断も「正しいもの」としてなりたちえないという意味で、普遍的なものだ。カントが定言命法の概念をつうじて示そうとしたのは、そうした根源的で普遍的な規範原理の存在にほかならない。

その規範原理は広い意味での応報論として「他人にされたくないことは自分もするな」「自分がされたくないことを他人にしたら、それが自分に跳ね返ってくることを覚悟しろ」ということを命じる。そしてそれによって個々の道徳判断を説得的なものとする。

たとえば「ウソをついてはならない」という道徳命題でいえば、「おまえだってウソをつかれたくないだろう（だからおまえもウソをつくな）」「ウソばかりついていたら（それが自分に跳ね返ってきて）人から信用されなくなるぞ」「ウソをつくようなやつは他人にウソをつかれても仕方ない」といったかたちで、その道徳命題を説得的なものにするのである。

たしかに個々の道徳判断は状況によって左右される相対的なものにすぎない。しかし、その個々の道徳判断をそれぞれ説得的なものにしている根源的な規範原理は、個々の道徳判断をこえた普遍的なものなのだ。

言い換えるなら、「何が道徳的に正しいことなのか」という判断はそれぞれの状況に応じて異なるが、「道徳的に正しいとはどのようなことなのか」をさだめる原理はそれぞれの道徳判断のあいだに通底しているのである。

私たちは先に次のことを確認した。道徳にはそれを正当化する究極的な根拠はなく、したがって道徳とは相対的なものにすぎない、と。

しかしここから、相対的なものにすぎない道徳をなぜ私たちは正しいこととし

て守ろうとするのか、という問いがどうしても生じてくる。

時と場合によって判断の中身が変わるようなものなら、私たちは道徳をそれほど尊重しなくたっていいはずだ。にもかかわらず、私たちはものごとが道徳的に「正しいか、正しくないか」ということにこだわらずにはいられない。それはなぜなのだろうか。

道徳にはそれを正当化する究極的な根拠はない。にもかかわらず、道徳にはそれを「正しいこと」だと納得させる力がある。その力はどこからくるのだろうか。

その力こそ、道徳を道徳たらしめている普遍的な原理として思考しなくてはならないものなのだ。

繰り返そう。

私たちは一般的なレベルでは「人を殺してはいけない」という道徳を「正しいこと」だと考えつつも、死刑や安楽死など、場合によっては「人の命を奪うこともやむをえない」と考える。死刑や安楽死に賛成するとき、私たちは決して道徳そのものを否定しているわけではないだろう。それどころか、死刑や安楽死への賛成自体、道徳的な判断としてだされている。

つまり、一般的なレベルで「人を殺してはいけない」と考えるときも、「場合によっては人を殺すこともやむをえない」と考えるときも、ともに私たちは道徳的に考えているのである。

どちらの場合にも、その「道徳的に考える」ということそのものを可能にし、かつ人びとを「道徳的に考える」よう駆り立てる力は、決して「時と場合によって左右される相対的なもの」ではありえない。たとえ相反する道徳判断を私たちはなすことがあっても、そこには共通して作動している「道徳なるもの」がたしかにあるのだ。

カントの道徳論の読解から導きだされたのは、そうした根源的な「道徳なるもの」としての応報論である。

一見矛盾する道徳の判断をまえに「道徳とは相対的なものにすぎない」と涼しい顔で述べることはじつはそれほど難しいことではない。哲学的にいえば、それはむしろ安易な考えですらある。

しかしそれでは、なぜ道徳というものがそれでもなお説得的なものとして成立しているのかを理解することはできない。道徳の根源をとらえるには安易な相対主義にとどまることはできないのだ。

とはいえ疑問は残る。

なぜ応報論なのか、という疑問だ。

たしかに個々の——たがいに矛盾さえする——道徳判断の根底には、それを道徳としてなりたたせている根源的な規範原理があることは疑いえない。その規範原理は個々の道徳判断をこえた普遍的なものであるということも納得できる。し

かしなぜそれは応報論のかたちをとるのだろうか。

私たちはその応報論をカントの道德論の読解から導きだしてきた。では、根源的な規範原理が応報論のかたちをとるのは、たまたまカントの道德論がそういうものだったからにすぎないのだろうか。

そうではない、というべきだろう。

なぜならその応報論は、道德的に「正しい」という判断がなりたつためには二つのものごとの「価値」が釣り合わなくてはならない、ということを示しているからである。

根源的な規範原理が応報論のかたちをとるのにはちゃんとした理由があるのだ。

根源的な応報論は私たちに「他人にされたくないことは自分もするな」「自分がされたくないことを他人にしたら、それが自分に跳ね返ってくることを覚悟しろ」ということを命じる。つまり応報論とは、「私が人にすること」と「人が私にすること」が釣り合わなくてはならないと命じる規範原理なのである。

もちろんその場合、「私が人にすること」と「人が私にすること」がまったく同一でなくてもかまわない。

たとえば私たちは親切なことを他人にしたときに相手からまったく感謝をされないと、自分がした親切が無駄になったような気持ちになる。内心怒る人もいるかもしれない。「親切にしたのに、あいつは感謝すらしない」と。

要するにそこでは「(人に) 親切にすること」は「(親切にされた相手がこちらに) 感謝すること」と釣り合うべきだと考えられているのである。それが、人に親切にされたらちゃんと感謝するべき、という道德としてあらわれるのである。

応報論で釣り合うべきだとされるのはかならずしも同一の行為ではない。あくまでも行為の「価値」なのだ。

その価値が釣り合うと思われるときに私たちは道德的に「正しい」と考え、反対に釣り合わないと思われるときは「おかしい」「不正だ」と考えるのである。

応報論が道德をなりたせる根源的な規範原理である理由がここにある。

道德的な正しさの源泉となるのは、二つのものごとの価値が釣り合う、ということなのだ。だからこそ、根源的で普遍的な規範原理は応報論のかたちをとるのである。

歴史的にみても、応報論は私たち人間がもっとも長く慣れ親しんできた道德的な原理である。

たとえば応報論といえば「目には目を、歯には歯を」ということばを思い浮かべる人も多いだろう。

これは、古代メソポタミア文明に伝わる慣習を成文化した「ハンムラビ法典」の第一九六条にあるとされることばである。ハンムラビ法典が成文化されたのは、推定で紀元前一八世紀のことだ。

もともとその条文は「目を傷つけられたら、相手の目を傷つける以上の報復はしてはならない」ということをさだめたものだった。それだけ人はやられたこと以上の報復をしてしまいがちだということだ。いわゆる「倍返し」である。目を傷つけられたら、相手の目を傷つけるだけではあきたらず、耳や鼻も傷つけようとする。すると相手のほうもさらにこちらの腕や足を傷つけようとしてくる。こうして報復がエスカレートし、際限のないものになってしまいかねない。それを抑えようとしたのがハンムラビ法典のその条文の意図だった。

ただ、現代ではその意図が単純化されて、シンプルに報復を認めたことばだと一般的には理解されている。どちらにせよ含意されているのは、「やられたら（同じ分だけ）やりかえす」「他人に危害をあたえた者は同じ分の危害を受けることでそれをつぐなう」ということが正義である、ということだ。応報論的な規範原理は人類社会においてそれだけ古くまでさかのぼることができるということである。

(中略)

こうした根源的な規範原理としての応報論は天秤の比喩であらわすことができるだろう。

ここでいう天秤とはもちろん「価値の天秤」である。

その天秤のそれぞれの皿には道徳的に判断されるべきものごとが置かれる。そしてそれらのものごとの価値が釣り合えば道徳的に「正しい」と判断されるし、釣り合わなければ「正しくない」と判断されるのである。

たとえばカントも依拠した応報刑論では、「他人に与えた危害」が片方の皿にのせられて、もう片方の皿には「刑罰としての不利益」がのせられる。そして両者の価値が釣り合い、「刑罰としての不利益」が「他人に与えた危害」と価値的に等しいと思われたときに、その不利益を処罰として与えることが道徳的に「正しい」とされるのである。

あるいは先の例でいうと、「人に親切にすること」が片方の天秤にかけられ、「(親切にされた人が)感謝すること」がもう片方の天秤にかけられる。親切にされても感謝しなければこの天秤は釣り合わない。だからそれは道徳的に「正しくない」とされるのである。

カントにおける定言命法の根本法則(「汝の意志の格率が、つねに同時に普遍的立法の原理として妥当することができるように行為せよ」)が——無自覚的にせよ——前提としているのも、こうした「天秤の釣り合い」にほかならない。

というのも、そこで道徳的に「正しい」とされるのは、「自分がおこなおうと思っていること(汝の意志の格率)」と「誰もがおこなっていいと思えること(普遍的立法の原理)」が一致することであるからだ。

この両者の釣り合いから「自分がされたくないようなことは他人にしてはならない」という応報的な原則がでてくるのである。

応報論にはさまざまな表現のバリエーションがある。「やられたら、やりかえせ」「目には目を、歯には歯を」「己の欲せざるところ人に施すことなかれ」「人にせられんと欲することは、人にもまたその如くせよ」など。

こうした応報論のバリエーションは、「ふたつ（以上）のことがらの価値が釣り合うことが道徳的に正しいことである」という原理をわかりやすい表現で言い換えたものだ。

こうした価値の天秤こそ、あらゆる道徳判断に内在している普遍的な原理にはかならない。その価値の天秤が釣り合うか釣り合わないかによって、あることが道徳的に「正しい」か「正しくない」かが判断されるのである。

古代ギリシアやローマの神話にでてくる「正義の女神」はしばしば片手に天秤をもった姿で描かれる。その天秤は、まさにここで「価値の天秤」と呼んでいるものをあらわしている。その天秤が釣り合うかどうかによって、あることが「正しい」か「正しくない」かが判定されるのだ。

価値の天秤は、それがなければそもそも道徳判断がなりたないものだ。その意味で、価値の天秤は普遍的で根源的なものなのである。

ただし、価値の天秤において何と何が釣り合うのかという判断は、それぞれの人間や文化、時代などによって異なってくる。

それが、道徳の判断内容は相対的である、ということの意味だ。

たとえば、カントは殺人という犯罪には死刑という刑罰を対置しなくては価値の天秤は釣り合わないと考えた。死刑を肯定する多くの人もそう考えるだろう。

これに対して、死刑に反対する人たちは、殺人という犯罪に対して死刑という刑罰は重すぎる（または軽すぎる）と考える。価値の天秤の片方の皿に殺人という犯罪がのっているとき、もう片方の皿に死刑という刑罰をのせても、両者は釣り合わないと考えるのである。

中国で麻薬を密輸しようとした日本人が死刑に処されるのをまえにして、多くの日本人は「死刑は重すぎる」と考えるだろう。でも、中国では多くの人が両者は釣り合うと考えるかもしれない。

言い換えるなら、死刑賛成派と死刑反対派の違いとは、価値の天秤に何をのせたら釣り合うのかという判断をめぐる違いなのである。

死刑賛成派は「あんなひどいことをした以上、死刑になるのは当然だ」と考える。あるいは「遺族の気持ちを考えたら、犯罪者を生かしておくことはできない」と考える。どちらにおいても、犯罪者の命によってでなければその行為はつぐなえない、と判断されているのである。

これに対して、死刑反対論ではしばしば「犯罪者が自分のおかした罪を心から

反省して、更生にむけた努力をしているのに、なぜ死刑をするのか？」といわれることがある。「死刑は犯罪者から反省し更生する機会を永遠にうばう刑罰だから、無意味で残酷だ」という主張がなされるときも同じである。そこでは「死によるつぐない」ではなく「心からの反省と更生の努力」こそが、犯罪者のおかした行為と釣り合うと考えられているのである。

ほかにも、死刑反対論ではこういわれることがある。「犯罪者の育った環境が劣悪だったことを考えるなら、死刑は重すぎる」と。

そこでは「誰も生まれながらにして犯罪者であるのではない、育った環境のせいで犯罪にむかってしまうのだ、だから本人だけに罪をすべて負わせて死刑にするのは残酷であり、社会の責任放棄だ」というかたちで、「犯罪者のおかした行為」と「死刑」が釣り合わないと観念されているのである。

もちろん死刑賛成派の人たちはこうした価値判断には反対するだろう。「あんな凶悪な犯罪をおかした以上、いくら心から反省したとしても、それで罪がつぐなえるわけではない」と。あるいは「育った環境が劣悪だった人でもまじめに生きている人はいる、だから育った環境を理由に刑罰を軽くすることはできない」と。

犯罪者のおかした行為に対して、何が価値的に釣り合うのか、死刑賛成派と反対派では判断がまったく異なるのである。

ただし、死刑賛成派においても反対派においても「価値の天秤が釣り合うこと」によって道徳的正しさを考えていることには変わりがない。どちらにおいても「道徳的に正しい刑罰であるためには、犯罪と処罰が価値的に釣り合わなくてはならない」ということが前提とされ、その前提のもとで「何と何が釣り合うのか」という点で意見が異なっているのである。

(以下略)

萱野 稔人『死刑 その哲学的考察』（ちくま新書、2017年）178～193頁より抜粋。  
（出題にあたって、一部、原文（縦書き、小見出し、注釈等）を省略したり、年代、数字の表記を改めた箇所がある。）



2021年度入学試験 出題趣旨・解説・講評

【B日程：論文】

《出題趣旨》

---

日本弁護士連合会は平成28年の人権大会で死刑廃止宣言を採択したが、様々な立場から決議に反対する会員も多く、現在も激しい論争が続いている。法律家を目指す者としては「死刑」への賛否は逃げることのできない重いテーマであり、受験生であれば一度は考えたことがある身近な問題であるはずという点が出題の第一の理由である。

第二に、本書は、一般読者を対象として、賛成・反対の特定の立場を前提とせずに、論点を整理し、なぜ死刑が維持されるべきなのか（賛成論）、あるいは廃止されるべきなのか（反対論）の根拠について、哲学的に深く考察を進めている。未修者試験として、法的知識を前提とせず、あくまで論理的な思考力を測定することができるということが第二の理由である。

さて、設問として抜粋した部分の流れは以下のようになっている。

①人を殺すなという道徳の一般性→②しかし中絶や死刑などでは例外を認める人が多いという道徳内容の相対性→③とはいえその場合に①②のいずれについても道徳的正しさを信じているのは、相対的道徳の根源に、もう1つ根本的な規範原理があるはず→④その根本原理とは、広義の応報原理である→⑤道徳的正しさとしての応報原理は、価値のバランスにその本質がある→⑥（犯罪者の）行為（罪）と（国家が対応すべき）行為（罰）とを均衡させるべきだ、という根本原理はすべての道徳の基本として共通している→⑦しかし、均衡させる対象の選択と価値判断は人によって異なるというものである。

このような論理の流れを大きく把握できることを前提に、設問1は、一種の定義問題として出題した。定義には、その要素を欠くとその概念が成り立たない不可欠の本質的要素が含まれている。法律学では要件と呼ばれるものであり、その抽出力を測る問題である。

設問2（1）は、筆者の論理を前提に、筆者であれば「死刑の是非を道徳から確定することができるかと考えているか」を問うもので、論理的な推理力と文章構成力を観ようとする問題である。

設問2（2）は、自説を説得力ある根拠をもって展開する力を観ようとする問題であるが、あくまで筆者の論理の文脈という特定の「枠」内での主張の展開を求めている。死刑の賛否は道徳論以外のさまざまな観点から論じることができる。ここではあくまで「道徳的正しさ」の観点からの死刑の賛否が問われて

いるのである。逆にいえば、刑事政策的な犯罪者の更生論や「司法制度のえん罪リスク」といった論は、道徳論と離れた議論としては求められていない。その意味では、求められた問いに応答できるかどうかも試されている。

《解説・講評》

---

設問 1

(解答例)

ここでの根本的規範原理とは、複数の行為の「価値」が応報的に均衡すべきことを意味する。(43字)

(解説・講評)

筆者が道徳的正しさの根本原理として「応報」という原理を挙げていることは明らかであるので、この点の指摘はまず不可欠である。しかし、筆者が文脈の中で述べている「ここでの」根本的規範原理は、応報論の価値判断をするうえで行為の「価値」が均衡しているかどうかによって正しさを測るというものである。この「価値」の均衡という要素も「ここで」は不可欠な本質的要素である。短い字数の中で、この両方にきっちり触れている答えは多くはなかった。「応報論」を挙げるだけでは、道徳的に何が正しいとするのかの中味が不明であるし、単に「価値」の均衡というだけでは、死刑の是非をめぐって罪と罰という「応報」をめぐっての議論であることが抜けてしまう。いずれの要素も指摘してはじめて的確な解答になり得る。

設問 2

(1)

(解答例)

「人を殺してはならない」という当たり前の道徳についてすら、死刑については例外を認める見解が有力であるように、時と場合によるという相対性がある。

しかし、例外を認める立場は道徳を恣意的に否定しているのではなく、その相対性の根源には、より普遍的な原理である「人の命を奪ったことに対しては自分の命をもって償うほかない」という「応報論」が存在し、この原理が例外を認める道徳的「正しさ」の根拠となっている。

応報論をさらに突き詰めると、ある行為とそれに対する報いとの間に価値の均衡があることが道徳的正しさの根源にあることがわかる。

ここでは死刑賛成派も反対派も道徳的価値の均衡に置いている点では共通しつつも、奪った命に対置する価値の選択と評価について大きく対立している。死刑

反対派は、たとえば犯罪者による「心からの反省と更生」、あるいは仮釈放のない終身刑による「死ぬまで自由が与えられない苦しみ」こそが均衡し、犯罪者の命では不均衡（後者が重すぎるか軽すぎる）だとする。他方、死刑賛成者は、奪った命に対しては、犯罪者の命以外に均衡はありえないとする。

このように、バランスさせる対象の選択とその重みの価値判断は、人によって異なるものであり、その判断のいずれが正しいかを決定することはできない。

よって、筆者は死刑の是非は道徳からは決せられないと考えている。(577字)

#### (解説・講評)

この設問では、筆者が「死刑の是非を道徳から確定することができるか」との結論を示すことと、その点を論じる際に、死刑賛成派・反対派の道徳論から見た「対立点」と「共通点」に触れることが求められている。それらを600字程度の字数の中で明確に、かつバランスよく構成することも試されている。

死刑賛成派・反対派の道徳論から見た「共通点」は、設問1で指摘したところの、応報という視点で道徳的価値が均衡していることを論拠にしているという点を敷衍して述べればよく、ここは比較的よくできていた。「対立点」は、「価値の均衡」として、何と何が均衡しているか考えるかの選択肢をめぐって、死刑賛成派と反対派で対立していることを、解答例のように具体的に明らかにする必要がある。問題文がわかりやすく書かれていることもあって、この部分も、まとめ方の巧拙はあるものの、的外れな解答は少なかった。

しかし、以上のような筆者の論旨からすれば、価値が均衡すべき対象として何を選択し、その重みをどう価値判断するかは人によって異なっており、したがって、死刑賛成派・反対派のいずれもが異なる対象選択を前提として道徳的な価値の均衡を正当性の論拠にしている以上、筆者が、死刑の是非は道徳からは決せられないと考えていることは明らかであるにもかかわらず、この点を逆の結論にしている答案が多かったのは意外だった。「道徳」という点を持ち出しても、その中身として何を重視するのかが違えば決着がつかないテーマである、ということを、素直に捉えてほしいところである。

#### (2)

##### (解答例：反対論)

私は道徳的正しさという観点から死刑制度に反対する。死刑賛成論は、犯罪で人を殺したことに対して、犯罪者の命を国家が強制的に奪うことが価値的に均衡すると考えているが、奪われた「命」のかけがえのなさを尊重すればするほど、犯罪者の「命」もまたかけがえのないものであり、命をもって命に報いることは結局のところ命の普遍的価値を否定することにつながる。

奪われた命が重ければ重いほど、犯罪者に対しては、生涯をかけて反省を続け、遺族らに対して償いをさせ続けることこそが相ふさわしいと考える。そのためには、死刑ではなく、仮釈放のない終身刑と労役を組み合わせ、稼働可能な限り懲役を科してそこから得られる収入の一部を遺族等に補償を行う基金に納める仕組みを作るべきである。

(324字)

(解答例：賛成論)

私は道徳的正しさという観点から死刑制度に賛成する。死刑反対論は、被害者と加害者の命をともにかげがえのない命だとして、命をもって償うことを論理矛盾だと批判する。しかし、この議論は、犯罪者の命が他人の命を奪った命であることをあえて無視している。また、反対論は、命を奪ったことに対しては一生の苦しみと償いをもって均衡させるべきだとする。しかし、犯罪者は苦しみの中にも生きる意味を見出すことができるが、死者はその機会すら無理やり奪われたのだから、全く均衡はとれていない。

命には命をもって贖う以外に価値の究極的な均衡はあり得ない。両者ともかけがえのない命であるからこそ、それをあえて奪った者は自らの命を本来自らの意思で差し出すべきところ、それを国家が制度的に代替しているのが死刑制度なのである。(342字)

(解説・講評)

「道徳的正しさ」の観点から死刑の賛否を論ずることを求めている設問であり、問題文自体がその点に徹した文章であったこともあって、刑事政策的な視点といった的外れなことを記述した答案はなく、答案の大勢は、「道徳的正しさ」を論じようとしていた。しかし、論争的なテーマを論じる際には、自説の反対論にもそれなりの根拠があることを意識すること、本問では特に「価値の均衡」ということをめぐって、自説と逆の立場の立論が述べている内容の内在的な限界を指摘することが重要であり、それによってこそ論述に説得性が出てくる。しかし、そのように一歩突っ込んだ記述をした答案は残念ながら少なく、問題文の記述を借りてきて通り一片の自説を述べて終わるだけの答案が多かった。このあたりは、平素から論争的なテーマについて一方的な議論に終わらないように考察する訓練をしておいてほしいところである。

なお、賛成論・反対論のいずれに立っても評価は変わらず、実際にも答案は両論で拮抗していたのであるが、「道徳的正しさ」を論理的に論じるのではなく、感情的に死刑に賛成するといった内容の答案は当然ながら低く評価せざるを得なかった。