

2026年度大学院博士前期課程一般入学試験（第Ⅲ期）問題

研 究 科 名	科 目 名
法学研究科 法律学専攻	法 学 （総論）

次の2問とも解答しなさい。

問 1

出典：我妻栄『法学概論』、有斐閣、1974年、第2章。穂積重遠『法源論』、有斐閣、1912年、第1章。
「法源」を論じる意義について説明してください。

解答例

法源の定義には種々あり、たとえば、法の発生する源のことであるとか法の拘束性の由来を指すなどがあり、これらの定義のほかに、裁判官が法的判断を下す際に依拠すべき法の存在形式ととらえる考え方もある。法の存在形式とは、法がどのような形、つまりどのような形式で存在しているかということであって、たとえば、民法として存在するとか刑法として存在するという意味である。法源の定義を法の存在形式と捉えるのがもっともわかりやいであろう。法源をこの意味で捉えた場合、これを論じる意義ないし理由としては、次のようなものが考えられる。第一に、法源を論じることで、何が法として妥当するかの基準を明らかにすることができる。つまり、社会に存在する多様な規範のうち、いずれが裁判規範として拘束力をもつのかを画定することができる。画定しなければ、裁判官が法を適用する作業そのものが成り立たなくなるから、なにを裁判規範とするかは重要である。第二に、法源を論じることにより、法が妥当する根拠と妥当することの正統を問うことができる。制定法を中心とする大陸法系においては、慣習法・判例・条理といった制定法以外の法をどこまで承認するかは極めて重要となる。第三に、法源を理解することは法を解釈する方法に関わる。つまり、法源の範囲と序列をどう捉えるかによって、法の欠缺の処理や解釈の許容範囲が変わるのである。したがって、法源論は、法学を学ぶ上での最初の問いとなると同時に、法とは何かということを考える上での基礎的で本質的な問題なのである。

出題の意図

本問は、特定の実定法科目の知識ではなく、法学の基礎的枠組みを自らの言葉で説明できるか否かを測るための問題である。法学部以外の出身者や社会人受験者も想定しているため、暗記した定義の再現ではなく、「なぜ法源が問題になるのか」という問いを自らが捉えられているかが評価の主眼となる。具体的には、①法源の多様な定義を知っているか、中でも法の存在形式として捉えることができるか、②慣習法・判例・条理等の制定法以外の法源に言及できているか、③法源を法の存在形式と捉えた場合、法の妥当性やその根拠あるいは正統性の問題と結びつけることができているか、の三点が採点の主軸となる。他方、定義の記述のみで意義に触れない答案や、個別分野の法源の列举に終始して、一般的な意義が明瞭に表現できない答案は評価が下がることになる。

問 2

以下の文章を読んで、末弘博士が主張されている法の本来的な性格について、何か具体的な事例を用いて説明してください。



出典：末弘巖太郎『嘘の効用』改造社出版、1923 年、33～34 頁。

問 2 の出題の意図と望ましい解答の方向性：

今日、「多様性（Diversity）」を求める主張や要求が強く叫ばれている。このこと自体は、多文化の共生、全世界的なレベルでの相互理解の推進という視点からは望ましい動きであることは間違いない。しかしながら、その「多様性」とはそもそもなにを指すのか、具体的にどのようなことに対して・どのような目的で・どの程度認めることが必要なのか、既存の社会秩序の維持と多様性の受容をどのような関係性のもとで理解すべきかなどの根本的な考察や検討ががいまだ十分になされていないようである。それどころか、「多様性」の名の下に、むしろエキセントリックな思想や運動が過度に目立ち、あたかも、性別や年齢、人種や国籍、宗教や思想、性自認や性的指向、障がいの有無など、どのようなことでも一律に受け入れなければならないかのような、そしてそのような主張に少しでも疑問を投げかければ「差別だ」「傷ついた」というヒステリックな反論やバッシングに遭遇する事態となっている。しかし、さまざまな事情、状況、環境、適性、能力に違いのある個々人が機械的にすべて平等にすべきであるという主張は、オーストリアの法学者アントン・メンガー（Menger, Anton）が述べているように、「不平等なものを平等に取り扱うことは不平等であり、むしろそのような機械的な平等または形式的な意味での結果的な平等の観念は、公平な社会秩序を構築することを使命とする法の世界では厳しく排除されるべき考え方である。法の世界では、各人の違いを意識しつつその状況を冷静に認識し、その違いを現在の社会システムにどの程度・どのように・なにを目的として・どのようなやり方とスピードで組み入れていくか、そのうえで各人が真に「公平」かつ「平等」に取り扱われるように「合理的な差別（近年は「差別」とは「不当な取り扱い」を意味するとして「区別」や「配慮」という表現が多く使われているが、合理的な意味での「差別」も「区別」も目的は同じである）」をどうとらえることが「衡平」な取り扱いであるかを考えることが重要である。そして、そのとき最も重要な視点は、社会とはジェレミー・ベンサム（Jeremy Bentham）が主張する「最大多数の最大幸福」が土台に据えられなければならない、そこに少数者の利益をどう衡平に取り扱っていくことが社会自体を強化させる方向に進ませることになるのかを慎重に判断することこそが重要であり、そのために法の尺度をさまざまな場合や状況に応じて弾力的に運用することも智恵であることを末弘巖太郎博士が大正時代に『嘘の効用』で明確に述べておられる。今回の出題の問2では、まさにその『嘘の効用』の一節から、今日の多様性の下で主張される「平等」や「差別」について、受験者が最も関心のある多様性の具体的な事例を取り上げて、その状況や動きを批判的に分析・検討・考察することを期待するものであった。