

定期試験 解答・解説

授業科目名	法思想史	2009年度：後期	
		定期試験期間内	
担当教員名	足立英彦	試験日・時間	2月3日(水)
			8:45 ~ 10:15

1. 刑法に関するリスト (Franz v. Liszt) の主張について説明せよ。(分量は答案用紙半分から1枚程度)(25点)

解答例 リストは、マールブルク大学での講演をまとめた『刑法における目的思考』(1882年)において、目的思考に基づく刑法改正の必要性を主張した。これは、応報刑主義を基本とする当時のドイツ帝国の刑法典が、19世紀後半の社会情勢と合わなくなってきていたことを背景としている。

彼はこの主張を、すべての刑罰制度は刑罰の目的の実現に向かって発展してきた、ということでもって理由づける。これは、ダーウィンの進化論とイエーリングの目的思考を結びつけることによって生まれた考え方である。

彼によれば、刑は元来、個人や集団の生活条件の侵害に対する、衝動的・本能的な反応であった。この衝動的・本能的反応は、人間精神の発展とともに、目的の想像を伴う意識的行為へと進化していく。とりわけこの進化は、刑の客観化(科刑主体が当事者から第三者に移行すること)によって促進される。すなわち、法益(個人や社会の生活条件)に対する認識が促進され、それを侵害する行為が犯罪として法律で規定されるようになり、また、法益保護という刑の目的に適した刑を科すことの必要性も明らかになるという。

リストによれば、法益の保護のためには、犯罪行為の類型ではなく、犯罪行為の行為者類型に応じて異なった刑を科すことが合目的である。すなわち、たまたま犯罪を犯した(したがって改善不要な)「機会犯」には威嚇のための有期自由刑や財産刑が、そうではないもののうち、改善可能な少年犯には教育等の改善刑が、そして改善不可能な「慣習犯」には終身刑または死刑が科されるべきであるという。

このような考察に基づき、リストは、本能的反応としての刑から目的に適った刑法へ、というこれまでの発展をさらに推し進めることが刑法改正の際に求められると主張した。

以上のようなリストの主張は、刑事政策の重要性を指摘した点では意義があるといえよう。しかし、行為ではなく行為者を処罰の対象とすることは、同じ犯罪を犯した者に対して異なった刑罰を科すことを容認することとなり、また、法益侵害の可能性が認められれば、犯罪を犯す前の予防的な拘束すら正当化しかねないという点で、平等や自由という近代法の大原則を侵害する可能性をはらむものである。

解説 講義で説明したように、リストの『刑法における目的思考』の内容の要約が書けていれば満点とした。文章の前後のつながりが分かりにくい等、説明不足の箇所があれば各2点減、答えの分量が少なすぎる場合は5点減。

2. ラートブルフ「法の創造としての法学」『ラートブルフ著作集第5巻 法における人間』(東京大学出版会, 1962年) 27-52頁を要約せよ。(分量は答案用紙半分から1枚程度)(25点)

解答例 裁判官による法創造を認めるべきである。なぜなら、裁判拒絶の禁と三権分立論は矛盾するからである。

裁判拒絶の禁とは、裁判官は、法律が存在しない、不明瞭、不十分であるということを理由に裁判を拒否してはならないということである。他方、三権分立論によれば、法の形成と適用を同一人が行うことは禁じられる。その結果、裁判官の役割は立法者の定めた法律を機械的に事実適用することだけに限定され、裁判官による法創造は認められない。しかしながら、この二つは法秩序の完全性を前提する場合にのみ成立する。ところが、立法者が起こりうるすべての事実をあらかじめ認識することは決してできない、つまり、法秩序は常に不完全でしかありえない。

法秩序は不完全であるというこの主張に対して、「機関説」を唱える者は次のように反論する。法解釈の対象は立法者の意思ではなく国家の意思である。立法者は国家の機関に過ぎず、不完全でありうるが、国家そのものは誤りえず、完全である。法解釈学の任務は、不完全な法律の文言から完全な国家意思を「論理的に」構成することである、と。しかしながら、不完全なものから完全なものを、真に論理的な方法で導き出すことは不可能であるので、やはり、法秩序の完全性を前提することはできない。

以上のことから、裁判拒絶の禁と三権分立論は矛盾する。裁判拒絶の禁は不可欠であるので、三権分立論を修正すべきである。すなわち、裁判官が個々の事件において法を創造することを認めるべきである。その際には、裁判官はその全人格をあげて、「正しき法」を適用しなければならない。

解説 1 と同様、文脈が不鮮明であったり説明が不十分な場合、各 2 点減。ただし、全体的に上記解答例よりも詳細な要旨であれば、減点をしていない場合もある。

### 3. つぎの文章の空白を埋めよ。(各 1 点、計 15 点)

解答

- (a) 新カント学派とは、19 世紀後半より 20 世紀初頭にかけて、カント哲学の精神を復興しようとした哲学学派の総称である。その代表的な学派は、マールブルク学派と(1 西南ドイツ)学派である。
- (b) G. ラートブルフによれば、法は学問や芸術作品など、一般に(2 文化)と呼ばれるものの一種であり、学問が真実を、芸術が美を実現しようとする試みであるのと同様、法は(3 法の理念)を実現しようとする試みである。
- (c) ラートブルフによれば、(3 法の理念)は正義である。この正義は、法の形式にのみかわり、法の内容にはかかわらないつぎの三つの要素、すなわち(4 平等)・(5 合目的性)・(6 法的安定性)から構成される。
- (d) ラートブルフは、1946 年の論文「制定法の不法と制定法を越える法」において、後に「ラートブルフ定式」と呼ばれるようになった主張をした。この主張は、(7 受忍不能定式)と呼ばれる前半部分と、(8 否認定式)と呼ばれる後半部分に分けることができる。
- (e) J. ハーバーマスは、言葉とそれが叙述する対象の関係を扱う(9 意味論)の意義を認めつつも、言葉とその話し手・聞き手の関係を扱う(10 語用論)に取り組むことの重要性を指摘した。
- (f) ハーバーマスは、現代において普遍的な正当性を認めることができるのは、特定の具体的内容を有する規範ではなく、その規範が正当であるか否かを決定するための(11 手続き)のみであるとする。彼によれば、ある規範は、それが一般的に遵守された場合に生じる帰結に利害関係を有するすべての関係者が参加する(12 討議)において、その参加者すべてが当該規範に(13 合意)する場合に正当であると認められる。
- (g) 法的議論の理論には多様な傾向があるが、イギリスの N. マコーミックとドイツの(14 R. アレクシー)が特に注目を集めている。彼らはともに、法的議論を一般的道徳的議論の(15 特殊事例)として位置づけている。

4. 講義の感想，ご意見，ご要望等を書いてください。(5点)

解説 記入のない答案も散見されたが，記入なしも回答の一種とみなし，全員に5点を与えた。

参考

- 履修登録 41 名，定期試験受験者 29 名，定期試験平均点 55.3 点 (70 点満点)

- 総合評価 (小テスト 30 点 + 定期試験 70 点)

S(100-90)	A(89-80)	B(79-70)	C(69-60)	不可 (59-0)	放棄
9 人 (22%)	8 (20%)	6 (15%)	4 (10%)	2 (5%)	12 (29%)

97 点 1 名，94 点 1 名，93 点 3 名。

2010 年 2 月 26 日現在