

定 期 試 験 解 答 ・ 解 説

授業科目名	法思想史	2016 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 7 日 ( 火 )
			10 : 30 ~ 12 : 00

注意：問 1, 2 あわせて解答は試験用紙 1 枚（表裏 2 頁）以内とする。

1. 次の文章の空白を埋めなさい\*1。

- (a) 本書（イェーリング『権利のための闘争』）の要約は以下のとおりである。（…）法および権利の実現にとって闘争は本質的なものである。（…）したがって、法が（1 言語）と同様に、知らず知らずのうちに形成されるという（2 歴史法学）派の見解は否定される。ところで、この権利闘争は、利益という低い次元にとどまるものではなく、人格のための闘いでもある。人間は肉体的存在であるばかりでなく、（3 倫理的）存在でもあり、権利は人格の（3 倫理的）生存条件であるから、不法な権利侵害を座視するならば、それは自己の人格を放棄することに他ならないからである。（…）
- (b) 法史学・法思想の上では、イェーリングが権利利益説を唱え、また「目的はすべての法の創造者である」と主張したことから、彼は、後のヘックの（1 利益法）学やカントロビッチなどの（2 自由法）学の祖と見なされ、また、『法における目的』における（3 社会学）的な考察は後のエールリッヒに代表される法（3 社会学）の先駆けとなるなど、大きな影響を後世に及ぼした人物であったことは否めない。
- (c) この論考（リスト「刑法における目的思想」）においてとりわけ重要なのは、目的意識に支配された法益保護としての刑罰のありかたを、犯罪問題の解決策として提示した部分である。ここでリストが示したものは、改善の必要性と可能性という基準による（1 行為者（犯罪者））の 3 分類と、それぞれに対して科すべき刑罰の提案であった。具体的には、（1）（2 機会）犯罪者など改善不要な犯罪者に対する、警告・訓戒を目的とした短期自由刑や財産刑などの威嚇刑。（2）少年犯罪者など改善が必要かつ可能な犯罪者に対する、作業や教育を義務づける一年以上の自由刑などの（3 改善）刑。（3）一定の重大犯罪について三度の有罪判決を受けたような改善不能な犯罪者に対する、厳しい労働義務ときわめて低い釈放可能性を伴う長期不定刑などの（4 無害化）刑が提案された。科刑の前提として（1 行為者）類型の特定を要求するリストの考え方は、行為よりも（1 行為者）を指向したものであり、また刑罰の機能として当該行為者による再犯防止を重視していた点において特別予防を指向したものであった。

解説 各 1 点、合計 10 点。(c)(1) は、『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』371 頁では「犯罪者」となっているが、作問の際に誤って「行為者」と思い込んでいた。そのため、「犯罪者」「行為者」のどちらでも正解とする。

\*1 勝田有恒・山内進編『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』（ミネルヴァ書房、2008 年）344, 346, 371 頁より引用。

2. 法と絶対的価値の関係に関するラートブルフの考えを説明しなさい。

解答例

ラートブルフの「法」は概念 (Begriff) の一種である。ラートブルフはリッケルトに依拠して、概念を、所与 (現実) の世界の一部を指し示す言葉の意味であるとし、この概念によって有限の認識能力しかもたない我々は無限の所与を、その多様性を縮減しつつ把握する (begreifen) ことができるようになるとする。

「文化」も上記のような概念の一種である。リッケルトは絶対的な理念＝価値に関係しているという意味を有する所与を文化と呼んだが、ラートブルフはさらにこの「価値に関係している」を、その所与が価値を実現しようとしている、または価値に奉仕しようとしているとみなせることであると解する。このような文化の例としてラートブルフは、学問 (的業績)、芸術 (作品)、道徳 (道徳的な行為・人格) を挙げる。学問は真理に、芸術は美に、道徳は善に奉仕するという意味を有する所与である。これらは、真・善・美という絶対的価値そのものではなく、それらを実現していないかもしれないが、少なくともそれらを実現しようとしているものとして把握される。

法も文化の一種であり、正義という絶対的な法理念に奉仕するという意味を有する現実であるとされる。正義にかなっているものが法なのではない。立法者や法適用者が、自身が「正義にかなっている」と思う内容を定めた法律や解釈は、その内容が実際に正義にかなっているかどうかにかかわらず法である、ということである。

では、法が実現すべき正義とはどのような絶対的価値であるのか。ラートブルフはアリストテレスの正義論に依拠してこれを説明する。すなわち、正義とは平等 (Gleichheit = 同じこと、等しいこと) である。平等には、平均的正義 (平均的平等) と配分的正義 (配分的平等) がある。平均的正義とは、二者間で利益や負担が等しいことである。これに対して配分的正義とは、「等しき者は等しく扱え」という標語で表される原理であり、同じ性質を有する者に、同じ利益や負担を配ることを意味する。ラートブルフによれば、平均的平等は、当事者を「等しい者」とみなす配分的正義の作用を前提とするので、平均的正義よりも配分的正義の方がより根源的であるとみなされる。

ところで、等しき者を等しく扱うことを要求する配分的正義の原理は、人々が有するどのような性質に着目して、「等しい者」を決めるべきなのか、また、そのようにして選ばれた「等しい者」の集団をどのように扱うべきなのかについては、何も語らない。ラートブルフは、この「性質」と「扱い方」は、その法がどのような目的を実現しようとするのかによって決まると考える。しかし彼によれば、法は、絶対的価値である真・善・美を直接に実現することはできない。法は、個人の人格または個人の集合の人格に奉仕することを通して、間接的に絶対的価値に奉仕する。法は、個々人または集合の人格に「権利」を与えることによって、すなわち、道徳的義務を果たそうとする者に、その義務履行を妨害しないよう他者に求める権利を与えることによって、個々人または集合の人格が、それぞれの義務履行をよりよく果たせるようにすることができる。そしてラートブルフは、個人の人格を法が最も奉仕すべき対象とみなす「個人主義的見解」と、集合人格 (現代であれば法人や国家) をその対象とみなす「超個人主義的見解」をまず区別する。

善は、個々人または集合人格が道徳的な義務を自らに課し、それに従うことによって実現される価値である。したがって、法は、個人人格または集合人格に権利を与え、それぞれが道徳的義務をよりよく果たすことを助けることによって、善という絶対的価値に間接的に奉仕することができる。では、個々人または人々の集合は、どのような義務を自らに課すべきであろうか? ラートブルフは、真または美という絶対的価値の実現を目指すこと、すなわち学問や芸術といった文化的な活動に従事することを

義務とすべきとする見解を、すなわち、そのような義務に奉仕するための権利を個人または集団に与えることを法の最大の目的とみなす「超人格的見解」が第三の見解としてありうることを指摘している。

ラートブルフは上記の3つの見解のうち、第三の超人格的見解が最も適切であると考えていたが、同時に彼は価値相対主義者であり、3つの見解のどれが最も正しいかについては、学問的に「確認」することはできない、しかし法は共同生活の規律であって、最終的には誰かが「確定」することによって、少なくとも法的安定性（法令やその解釈が安定していること）という価値を実現しなければならないと主張する。また、この考えに基づき、すべての法曹、とくに裁判官は、実定法が自分の見解に照らして正しいか否かを問題にしてはならず、つねに時の権力が定めた実定法に従って判決を下さなければならないとする。

ナチスが政権を握って以降の裁判実務をふまえ、戦後のラートブルフは上記の主張を修正した。1945年に公表された「五分間の法哲学」の第三分でラートブルフは、法律が特定の人々の人権を否定するならば、法律家はその法律の「法としての性格」を否定すべきであると主張した。ラートブルフ自身は、戦後も彼の法概念を維持したが、個人々の基本的人権は絶対的な価値であるとする立場は、法の目的に関する上記の3つの見解の一つである個人主義的見解の優位性を主張するものであり、この点でラートブルフの考えが修正されていることは否定できない。

## 解説

以下の点にそれぞれ10点ずつ配分した。

- 絶対的価値と関係する所与を文化と呼ぶこと。
- 法は文化の一種で、法が実現すべき絶対的価値は正義であること。
- 正義は平等であり、平等は交換的正義と配分的正義（等しき者を等しく扱う）に分けられるが、配分的正義がより基底的事であること。
- 誰を等し者とみなすか、等しい者をどのように扱うかは、法の目的によって異なり、それについて3種類の見解があること。
- その見解のどれが正しいかは学問的に確定できず、どれかに決定することによって法的安定性を実現することがとくに裁判官には求められること。
- 法に対する裁判官の絶対的服従の要請を第二次大戦後に修正したこと。

以上

## 参考（2017年2月9日現在）

- 履修登録17名、定期試験受験者12名
- 総合評価

S(100-90)	A(89-80)	B(79-70)	C(69-60)	不可(59-0)	放棄
6	2	1	0	3	5

- 定期試験（70点満点）：68点1名、67点2名
- 総合（100点満点）：98点1名、97点1名。

2月10日（金）10:30-12:30に研究室で答案を返却します。それ以降は事前にメール（hadachi@staff.kanazawa-u.ac.jp）でご連絡をいただければ、在室日時をお知らせします。