

定期試験 解答・解説

授業科目名	法思想史	2022年度 : 1Q	
		定期試験期間内	
担当教員名	足立英彦	試験日・時間	6月2日(木)
			8:45 ~ 10:15

1. つぎの選択肢のうち、誤っているものを一つ選べ。(5点)

- (a) ナポレオンが失脚した1814年に、ドイツでは「法典論争」と呼ばれる争いが起こった。きっかけを作ったのはサヴィニーが書いた小冊子『ドイツにおける一般民法典の必要性について』である。
- (b) サヴィニーは1815年に「歴史法学雑誌」を創刊し、「歴史法学派」を旗揚げした。彼の歴史法学の特徴は、歴史的方法と体系的方法を結合させるところにある。
- (c) サヴィニーを含むロマニステンにとっての直接の研究対象は、古典期ローマの純粋なローマ法、すなわちユスティニアヌス帝が編纂した市民法大全であった。
- (d) ゲルマニステンとはドイツ固有法の歴史を遡ることによってドイツ的法制度の本質を把握しようとした。たとえばグリムは、歴史法学派の綱領に忠実に従い、言語と法の歴史性を重んじ、言語学者としては『ドイツ語文法』によってドイツ語学を学問として基礎づけた。他方彼は、法学者としては『ドイツ法古事誌』においてゲルマン古来の慣習法や裁判記録を収集した。

解答 (a)

解説 小冊子「ドイツにおける一般民法典の必要性について」の著者はティボー。

2. つぎの選択肢のうち、誤っているものを一つ選べ。(5点)

- (a) プフタは1842年にサヴィニーの後任としてベルリン大学に赴任した。
- (b) プフタは慣習法、制定法規、法曹法の三つを法源とみなした。
- (c) プフタの法体系のイメージはのちに「概念ピラミッド」と呼ばれた。すなわち、個々の法的ルールから共通の概念が抽出され、徐々に少数の普遍的な概念が形成される。そして次に、その普遍的な概念に具体的なメルクマール(条件)が付加されることによって、より特殊な多数の概念や法規範が導き出される。
- (d) 概念ピラミッド的なプフタの方法は、のちにヘックによって「倒置法」として称賛された。

解答 (d)

解説 賞賛でなく批判。

3. つぎの選択肢のうち、誤っているものを一つ選べ。(5点)

- (a) ヴィントシャイトは1862年から1891年まで、彼の主著『パンデクテン法教科書』を7回にわたって改訂し、それは最終的にはパンデクテン学(学説彙纂(Digesta)の研究)の「中央集積所」と呼ばれるまでに至った。この教科書は、ドイツ帝国の成立(1871年)以降、ドイツ民法典が施行されるまでの19世紀の終わりの約30年の間、帝国内の諸裁判所において法律と同様の権威を有した。
- (b) ヴィントシャイトは1880年から1883年までライプチヒ大学での授業を中断してドイツ民法典第一委員会の任務を遂行した。1888年には第一草案が公表されるが、この案はヴィントシャイトのパンデクテン法教科書が法律の条文の形をとったものと称されるほど、ヴィントシャイトの影響を

強く受けたものであった。

- (c) ゲルマン古法では、自分の利益を侵害された市民が訴訟によってその利益を回復する手段を「訴権」(actio、アクチオ)と呼んだ。ヴィントシャイトはこの訴権から実体的な権利を抽出し、それを「請求権」と呼び独立させた
- (d) 概念法学者は一般的に次のような主張をするとされる。(1) 実定法秩序の自己完結性・無欠缺。(2) 目的論的考慮の排除。(3) 裁判官の法創造の否定(裁判官=自動包摂機械)。

**解答** (c)

**解説** ゲルマン古法でなくローマ法。

4. つぎの選択肢のうち、誤っているものを一つ選べ。(5点)

- (a) イェーリングは当初、サヴィニーやプフタに忠実な歴史法学者であった。『ローマ法の精神』(第1巻、初版1852年)において、彼は歴史法学派の綱領に従い、ローマ法の歴史を叙述することを通じて、西欧を一つに括ることができたローマ法の「精神」を明らかにしようとした
- (b) イェーリングはウィーン大学を去る際に「権利(法)のための闘争」と題する講演を行った。そこでの彼は、歴史法学を批判し、法は無意識的・有機的に生成・発展するのではなく、闘争という人間の意思的行為の産物なのであるとした
- (c) イェーリングは「権利(法)のための闘争」において、権利主張を放棄する者は自らの道徳的生存を諦めること、すなわち自己を奴隷に貶めることを意味すると主張した。
- (d) イェーリングは、法は一人一人の具体的な権利の主張によって実現され発展するものであるので、権利の主張は単なる自己中心的な利益追求であるとした。

**解答** (d)

**解説** 正しくは「権利の主張は単なる自己中心的な利益追求ではない」。

5. つぎの選択肢のうち、誤っているものを一つ選べ。(5点)

- (a) ヘックは当初法学を学んでいたが、イェーリングの『ローマ法の精神』第2巻第2部に感銘を受け、法学に転向した。
- (b) ヘックによれば、利益とは、人や人の集団がもつ欲求(関心)のことであり、生活に必要な物質的な財(物や貨幣)だけでなく、理念的・精神的なものに対する欲求も含まれる。これらの諸利益は無関係に並存しているのではなく、相互に関係し、対立している。法律は、そのような対立する諸利益の境界を画定するための立法者の命令である。
- (c) ヘックによれば、裁判官は法律の表現から、立法者の意図を、すなわち立法者がなした、諸利益に対する評価と衡量を確認し、これに沿って法を解釈すべきである。これをヘックは「立法者への思慮ある服従」と呼び、法律に対する盲目的服従と、法律から離れる自由な決定から区別した。
- (d) ヘックによれば、「立法者への思慮ある服従」は、法がない場合には、すなわち法に欠缺がある場合には行われてはならない。

**解答** (d)

**解説** ヘックによれば、「立法者への思慮ある服従」は、法に欠缺がある場合にもなされなければならない。そのような場合でも裁判官は立法者の価値判断に拘束されるとし、これをヘックは「法律の遠隔作用」と呼んだ。

6. つぎの選択肢のうち、誤っているものを一つ選べ。(5点)

- (a) 近代刑法の父と呼ばれるフォイエルバッハが編纂したバイエルン刑法典(1813年公布)、その影響のもとで成立したプロイセン刑法典(1851年)、そしてそれを基に編纂され1871年に成立したドイツの刑法典(修正されてはいるが現在でも有効)は応報刑主義に基づいている。
- (b) リストはマールブルク大学に就任した際に行った記念講演「刑法における目的思考」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。
- (c) リストは科刑の前提として行為者類型の特定を要求した。このようなリストの考え方は、行為よりも行為者を指向しており、また犯罪の予防(一般予防や特別予防)を重視するものである。
- (d) リストの目的刑思想は、ドイツ刑法の改正という形で実現した。

**解答** (d)

**解説** リストの主張に基づく刑法改正は実現せず、ドイツでは少年裁判所法(1932年)、慣習犯罪人法(1933年、保安・改善処分の導入)など、一部の改正のみが実現した。

7. つぎの選択肢のうち、誤っているものを一つ選べ。(5点)

- (a) カントロビッチはベルリン大学でリストの民法法ゼミナール(研究所)に属し、そこでラートブルフと知り合った。
- (b) カントロヴィッチは、実名では主流派法学者の関心をひけないと考え、グナウエス・フラヴィウス(Gnaeus Flavius)というペンネームで『法学のための闘争』を公表した。
- (c) カントロヴィッチによれば、法律実証主義者は、形式的「論理」にのみこだわり、自室にこもり、人々の生活に無関心で世間知らずな裁判官を理想とする。しかしながら、裁判官は実際には自分で判断を下しているのであり、それが概念法学的な、外見的には「論理的」な方法によって隠蔽されてしまっていると考えた。
- (d) カントロビッチは、概念法学的な方法の代わりに、法発見における裁判官の自由を重視した。彼によれば、まず、裁判の対象となっている事実に対して法律が一義的な判決を命じている場合は、裁判官は「原則として」法律に従った判断を下さなければならない。しかし例外もあり、現在の国家権力が法律に従った判決を望んでいないと裁判官が判断する場合は、「自由法」に従った判断をしなければならない。もし法律が多義的で、複数の法的判断が導けたり、法に欠缺があり法的判断を導けない場合も、裁判官は自由法に従って判断をすべきである。

**解答** (a)

**解説** 民法法ゼミナールではなく刑法法ゼミナール。

8. つぎの文章の空欄を埋めなさい。(各1点)

- (a) ラートブルフは、法の理念は正義であり、正義の本質は( 1 )であるとする。そしてアリストテレスに倣い、この正義を( 2 )的正義と( 3 )的正義に分類する。( 2 )的正義は二者間の関係の正しさの基準であり、両者が互いに与える利益(労働力と賃金、商品の価値とその支払金額など)や両者が負う負担(損害と賠償、被害と刑罰など)が等しい場合、両者の関係は正しいとされる。( 3 )的正義は利益や負担を配分する者と配分される者(2人以上)の間の関係の正しさの基準であり、配分される者の属性(労働時間、所得、責任など)に対する利益や負担(給与、税金、刑罰など)の配分が比例的である場合、配分する者とされる者の関係は正しいとされる。

- (b) ラートブルフによれば、配分的正義は「( 4 )」ことを求めるが、次の二つの問いには答えない。第一に、誰が等しく、誰が等しくないのか？ 第二に、等しい、とみなされた者達をどのように取り扱うべきか？
- (c) ラートブルフによれば、法の究極的な目的は真、善、美という絶対的価値でなければならないが、法がそれらを直接的には実現できず、ただ絶対的価値の担い手がその価値を実現できるよう手助けすることだけができる。善の担い手は個人または集団の( 5 )であり、真と美の担い手は( 6 )である。しかし法はこれら三つの価値の担い手にすべて同じ程度に仕えることはできず、いずれを優先するかを決めなければならない。このことから、法の目的についての三つの見解が分かれる。
- (d) 法の目的に対する3種類の見解の争いをそのまま放置しておくことはできない。「法は共同生活の秩序であって、各個人の見解の相違に委ねられたままであることができず、すべての者の上に位する一つの秩序とならなければならない」。したがって、法を安定させ、その安定している法によって、法の見解の相違から生じる日々の争いに一つの決着をつけることが必要となる。このためラートブルフは( 7 )が法理念の第3の要素であるという。

**解答** 1 平等、2 平均、3 配分、4 等しきものを等しく、等しからざるものを等しくなく扱う扱う、5 人格、6 文化作品、7 法的安定性

9. ハンス・ケルゼンの「純粋法学」について論じなさい。(50点)

**解答例**

● 授業の要約部分

ケルゼンは一方で法の因果法則的考察を、他方で法の評価的考察を否定し、純粋な科学としての法学を確立することを目指した。彼は自身のその法学を「純粋法学」と呼んだ。

ケルゼンはカントに倣って、我々の認識は受動的に外界から与えられるのではなく、我々が構成するものであると考えた。我々は諸事実を「因果性」という秩序原理によって結び付け、一方に原因、他方に結果という意味を与える。また我々は諸事実「帰属性」という秩序原理によって一方に法律要件、他方に法律効果という意味を与える。たとえばある人の行為は、前者によって他人の死と結び付けられ、一方は原因、他方は結果とみなされる。他方、後者によって、同じ殺人行為は刑罰と結び付けられ、前者は法律要件、後者は法律効果とみなされる。「一定の要件の下で一定の効果が生ずるべきである」という文をケルゼンは法命題と呼び、この命題を認識＝構成することが科学としての法学の任務であるとした。ケルゼンによれば、因果性によって結び付けられた諸事実の集合が存在(Sein)の世界または自然の世界であり、帰属性によって結び付けられた諸事実の集合が当為(Sollen)の世界である。したがって両者の世界は全く異なる世界であり、一方から他方を導くことはできず、当然、存在から当為を導くこともできない。これがケルゼンの存在と当為の二元論である。

ケルゼンは上記の二元論に基づき、法命題を存在の記述から区別し、法学を自然科学から区別した。さらにケルゼンは法学を倫理学からも区別した。ケルゼンは法規範以外の社会規範を道徳と呼び、その記述・認識を目的とする学問を倫理学と呼んだ。ケルゼンによれば、科学は絶対的な道徳を認識することができない。時代や場所が異なれば人々の善悪・正邪の見方も異なる。価値判断は相対的でしかあり得ないので、道徳によって法を正当化することはできないと主張した。

ケルゼンは法規範と法命題を区別した。法規範は法機関(国会等)が指令するものである。これ

に対して法命題は、一定の要件の下で一定の効果が生ずべきことを述べる文であり、科学としての法学が記述するものである。真なる法命題を記述するためには、有効な法規範を認識しなければならない。では、どのような法規範が有効であると認識されるのか。このための理論がケルゼンの法段階説である。ケルゼンによれば、規範 ( $N_1$  とする) の効力の根拠は、それより上位の規範  $N_2$  に求めざるを得ない。その上位規範  $N_2$  は、規範設定者 ( $A_1$ ) に規範 ( $N_1$ ) を設定する権威を賦与する。規範  $N_2$  の効力根拠は、さらに上位の規範  $N_3$  に求めざるを得ない。最終的には、最上位の、それより上位の規範のない規範にたどり着く。この規範は最上位の規範であるので、その効力は権威によって設定されたものではあり得ず、前提されたものでしかあり得ない。この最上位の規範をケルゼンは根本規範と呼んだ。ケルゼンはこの根本規範を、有効な法規範を認識し、それに基づき真なる法命題を認識しようとする純粋法学の最も基本的な仮説であり、数学の公理に相当するものと考えた。

- 追加部分：たとえば以下の論点があります。
  - － ケルゼンの相対主義の問題点：相対主義をどうやって根拠付けるか。
  - － 存在と当為の二元論をケルゼンが徹底できていない点：強制力を法の効力の前提にしていること。
  - － 純粋法学は形式的な理論であるため、法解釈の実質的な指針を一切提供できない点。したがって、法曹、行政官、一般市民にとっては役に立たない理論であること。

**解説** 事前に問題を予告しました。授業の内容を要約できていれば 40 点、さらに自分でケルゼンの著作やケルゼンについての論文等を読んで要約以上の内容を書けていれば最大 10 点加点。

10. 授業の感想、印象に残った点、改善提案等を記入して下さい。(一文字でも記入があれば 8 点)

**回答** テキストを読んでその内容について議論する回を数回設けましたが、それに対する肯定的評価や、ラートブルフの回でもそのような議論の機会を設けてほしかったというご提案がありました。また、授業で扱った近代ドイツの法学者の思想と日本の現行法の関係についてももう少し知りたかったという意見もありました。次の授業 (2 年後ですが) では、これらのご意見、ご提案を考慮しつつ授業を行いたいと思います。ご意見ありがとうございました。

参考情報 (2022 年 6 月 2 現在)

- 定期試験結果

履修登録数	定期試験受験者数	放棄	定期試験平均点
8	8	0	88.0

定期試験上位得点者: 98 点 2 名。