

法思想史 (水曜3限)

試験問題

津野 義堂
Guido Tsuno

中央大学
Chuo University
<http://www.chuo.net/>

keywords: 後期試験 (試験期間中に実施)

Summary

できるだけ多く答えなさい。
書き易い順番で解答してよいが、解りやすく番号 (例: 問6) を付けること。
教科書『コンセンサスの法理』(国際書院) だけ参照できる。
配布物 (資料などのコピー) や自筆複写にかかわらず講義ノートその他はいっさい参照不可。

書き込みはさしつかえないが、紙を挟み込むなどは しおり 菜を含めて禁止
Copyright ©MMVIII 2008 Guido Tsuno. All rights reserved. Alle Rechte vorbehalten.
SUM EX BIBLIOTHECA TSUNONIS
file://cicerone12//Users/tsuno/kolleg/2008/ig07/_20080118-ig07-Prfg-07.tex

1. 合意 PACTUM の定義について

- 問1 どのような論点が含まれているか纏めなさい。
問2 このうち古典期の二つの箇所をトピック Topik (トピカ) の観点で比較しなさい。

Ad Herennium 2.13.20

[...] Sunt item pacta, quae sine legibus observantur ex conventio, quae iure? iuri? praestare? praestari? dicuntur [...]

いっぽう合意には、法律の規定によらず同意によって遵守されるものがある。それらは、法権利を表わしている [法的効力をもつ] といわれる。

CICERO De inventione 2.22.68

Pactum est quod inter quos convenit ita iustum putantur, ut iure? iuri? praestare? praestari? dicatur.

合意は同意した人たちにとっては正しいと考えられ、法権利の効力をもつ [法権利に優先する] と考えられる。

Inst Inst 1.2.9

Ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.

不文であっても、それが慣行により認められていることで、法権利となる。すなわち、いままで続いてきた慣習は、それを用いている人たちのコンセンサス合意によって承認され、法律に等しい。

2. 第2章田中論文について

- 問3 人文主義らしい特徴を著者はどのように捉えているか説明しなさい。
問4 「訴権を与えないが、抗弁を与えるとはどういうことか」完結に要約しなさい。

3. 形式主義と目的主義

- 問5 カントローヴィッチ HERMANN KANTROVICZ の形式主義 Formalismus と目的主義 Finalismus について、法思想史上の例を上げて論じなさい。

4. 「契約」の意味にかんする La notion du contrat

—ミシェル・ヴィレー MICHEL VILLEY が東京でおこなった講演 [?, p.10] からの引用—

アテネにおける私共の同僚の一人であるデスポトブウロス氏 (ΔΕΣΠΟΤΟΠΟΥΛΟΣ DESPOTOPOULOS) は、私共の共同作業に参加しに来られました。氏は私共に、アリストテレスにおいてそのニコマコス倫理学の第五編に叙述されているところの「シナラグマ συνάλλαγμα (synallagma)」の観念について話しました。ディゲスタにおける契約 (コントラクトゥス) についてのローマ的な二つの定義^{*1} は、まさにシナラグマの同義語であります。シナラグマもまたビジネス・取引 (ネゴチウム) の関係です。より厳密にいうと、それは、われわれが都市の生活において行われているのを見ているところの交換 です。アリストテレスは、交換が正常に行われるがままに観察します。

彼の交換についての叙述の中で、彼は合意 を第一におきません。私が東京の道路でぶつけてしまった自動車については、あなたが私に貸してくれたものであろうと、私があなたにことわることを忘れて勝手に使ってしまったものであろうと、どちらでもよいことです。この二つの場合において、私はあなたに対し、ほとんど同じしかたで賠償しなければなりません。

契約上の権利義務、アリストテレスの観察に従えば通常は交換的な権利義務を創造するもの は、まず第一に、私共がいわゆる交換的 正義・衡平・財産と財産との間に維持すべき調和 について有する観念であります。疑いもなく、合意も亦ビジネスに介入することができます。私共は自由に交換に入ってゆく のが正常です。そして、私共はビジネスの成行について合意し、予め措置しておくことができ、またそれがよりよいことです。私共の合意は、少なくとも一定の限界の中で、補助的な役割に止まることができるならば、よりよく対価を決めるのに役立つでしょう。それは、裁判官を困難な 評価 から免れさせることに役立ちます。それは、同じ学説において、実定法が自然法に関して有するとされている、補助的・補充的な役割を営むのです。

以上が、現実の姿 において、交換活動 として、また 正常に行われた取引 として 眺められたところの、契約の観念 です。それは個人主義の神話によって 人為的に作られた契約観 ではなく、私共がそれによって教育された観念 とは著しく

異なっています。それを理解するためには、まず近代の観念論とノミナリスムとから自由になり、哲学を経る必要があります。それが私共にとって難しいことです。なぜなら、私共は、別の哲学によって支配されているからです。多くの法律家達は、複数の契約の観念が存在するなどということを確認することに困難を覚えるでしょう。

問 6 私たちの現代的な契約というものの考え方とは違うとヴィレーの言う契約の観念は、どのような特徴を持っているだろうか?

問 7 契約の内容に衡平を重視する交換契約に対して、合意次第で拘束 (履行強制) をもつ契約を締結できるという考え方はどのように特徴づけることができるだろうか?

5. 第 5 章 HABITATIO について

問 8 この事例 (法源史料の箇所) は「有名契約」(典型的な型に嵌るコントラクトゥス) と「*無名契約」の議論とどのように関連しているだろうか。

問 9 (古典期) ローマ法の贈与 DONATIO と現代法 (民法) の贈与という概念に違いがあるだろうか。著者の考えを読み取ってみよう。

6. 第 7 章 オントロジー法学 (Ontology of Law) について

問 10 比較法研究のためになぜオントロジーが必要になるか、またオントロジーをどのように理解することができるか述べなさい。教科書が「コンセンサスのオントロジー」を目指していることを示しなさい。

謝 辞

一緒に勉強できて良かった。皆さん、ありがとう。

Literaturverzeichnis

[1] 津野 義堂：コンセンサスの法理 (2007)。

〔出題者：津野義堂〕

2008年01月09日 受理

*4 もしかすると、D 5.1.20 (PAULUS) Paulus libro quinquagesimo octavo ad edictum. Omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est, ut ubicumque aliquis obligetur, et contrahi videatur, quamvis non ex crediti causa debeatur.
ディーゲスタ
学説彙纂5巻1章20法文 (パウルス 告示註解 58巻) すべての
オブリガティオ コントラクトゥス
債務は契約によって成立する。[...] かもしれない。

Anhang