

金沢大学法学部

2009 年度「法思想史」小テスト

12 月 2 日 1 限実施 (45 分) / 出題: 足立英彦

解答

1. 法典論争について説明せよ (背景・当事者の主張・その後の影響を含む)。(分量は答案用紙半分から 1 枚程度)(15 点)

解答例

法典論争とは、1814 年にベルリン大学のサヴィニーと、ハイデルベルク大学のティボーとの間で起こった、ドイツにおける統一民法典編纂についての議論のことである。

1789 年、隣国フランスでは人権宣言が出され、また、その自然法思想に基づいて編纂された民法典が 1804 年に施行された。この民法典は、3 つの大きな特徴を持っていた。一つ目は近代私法の原則といわれる「人格の自由」「所有権の絶対性」「契約の自由」という三原則が初めて明文化されたこと、二つ目はユスティニアヌス法典の法学提要をモデルとした構成を採用したこと、そして三つ目は簡潔・明晰な文体で書かれたことである。

他方でドイツでは国家と法の分裂状態が続いていた。神聖ローマ帝国は 1806 年のライン同盟成立によって消滅し、それまでかろうじて帝国全土で通用していた帝国法も無効となった。旧帝国には約 40 の主権国家が乱立し、継受ローマ法の他に各領邦の法律・慣習法が並存していた。

法典論争の発端となったのは、ティボーの著した『ドイツにおける一般民法典の必要性について』であった。その中でティボーは、ドイツはすぐにでも統一した民法典を制定する必要があること、そしてその編纂の際にはフランス民法典を参考にすべきことを主張した。

これに対してサヴィニーは『立法および法学に対する現代の使命について』でティボーに反論を行った。その内容はつぎの通りである。第一に、ティボーらの主張は近代の自然法思想に基づき法典を編纂せよということの意味するが、それは結局、立法者の恣意によって法典を編纂することである。第二に、法というものは「民族の共通の確信」であり、言語や習慣のように徐々に成立するものである。したがって第三に、法学は歴史研究を主とすべきであるが、それが未熟な現段階での法典編纂は、未熟な法学を固定化することになる。このような理由からサヴィニーは、法典編纂は時期尚早であるとして反対した。

結果的に、この論争はサヴィニーの勝利で終わったが、それは彼が学問的に優れていたというよりは、ドイツの政治的分裂状態の下では統一法典を編纂することが不可能であったという事情による。以降、ドイツでは自然法思想は力を失い、サヴィニーを始祖とする歴史法学派がドイツの法学界の主流となった。(Tさんの解答を若干修正したものです。)

2. 次の文章の空白を埋めよ (人名は姓のみでよい)。(各 1 点・計 15 点)

(a) 近代法原理に現れる個人主義・自由主義は、近代私法の三大原則といわれる「人格の自

- 由・所有の自由（所有権の絶対）・（ 1 契約 ）の自由」の理念的基盤となっている。
- (b) 近代法システムと呼ばれるものの特長としては、まず法概念の（ 2 抽象性・普遍性（一般性））が挙げられる。すべての人間が自由な権利主体であるという近代法原理に基づく近代法典は、原則としてすべての人間を法の名宛人とし、具体性・個別性をもつ前近代法とは異なっている。
- (c)（ 2 抽象性・普遍性 ）の高い法概念を組み合わせると、（ 体系性 ）の高い法典ができあがる。近代法の構造的な特徴としてあげられるのが、この（ 体系性 ）である。
- (d) 19 世紀イギリスの法思想において、（ 4 法実証 ）主義の優位を確立したのは、ベンサム（ 5 J. オースティン ）であった。彼の法思想は、1832 年の『法理学領域論』や 1863 年の『法理学講義』からその内容を窺うことができるが、そこにおいては、実定法一元論、法と道徳の分離等、（ 4 法実証 ）主義に基づく法思想が極めて明確に述べられている。
- (e) 19 世紀イギリス法理学のもう一つの大きな流れは、（ 6 H. メイン ）に代表される歴史法学である。彼は、ドイツの歴史法学と、（ 7 ダーウィン ）の進化論から影響を受けつつ、原始期の法が成熟期の法体系へ発展するプロセスについて考察することこそ法学研究には必要であると主張した。
- (f) ドイツの（ 8 パンデクテン ）法学は、妥当な結論を直ちに正当化しうる法規（ローマ法源）が見出されない場合にもこれを間接的に法規によって基礎づけるための技術、すなわちいわゆる（ 9 法律構成 ）の技術を発展させた。この技術は、さまざまな結論を法律の下に包摂しえたかぎり、創造的な機能を果たした。しかし、概念の操作が自己目的となる逸脱現象も見られたので、「概念法学」として批判されることにもなった。
- (g) 裁判官の役割を可能な限り狭くして、法の機械的な適用を要求した概念法学を批判し、裁判官の自由な法発見、法創造により制定法の欠缺や不備を補うべきだと主張したが、H. カントロピッチや（ 10 E. エールリッヒ ）に代表される自由法運動である。
- (h) 裁判官による制定法の修正を認める自由法運動は、感情法学に陥る危険性も有していた。自由法運動のそのような側面を批判した（ 11 P. ヘック ）は、法に欠缺がある際には、裁判官にフリーハンドを与えるのではなく、立法者の法律制定時の（ 12 利益 ）衡量を採求すべきだとする（ 12 利益 ）法学を提唱し、法律への（ 13 思慮ある ）服従を説いた。
- (i) アメリカにおいては、20 世紀に入ると、先例を厳格に守る従来 of 裁判に対し、法も社会の変動に応じて発展させるべきだという（ 14 O. ホームズ ）のプラグマティズム法学が登場したが、それは、形式主義批判、経験論、実証研究、法の道具的観念を柱とし、後の社会学的法学や（ 15 リアリズム ）法学につながる法思想でもあった。

履修登録数	受験者数	平均点
41	32	24.4

30 点 2 名、29 点 1 名、28 点 2 名