

1 ドイツにおける概念法学批判の展開

- ・ 19 世紀半ばから既に教義学的な法学（概念法学）への批判が起こる
- ・ 1871 年にドイツ帝国が成立し、1874 年から民法典の編纂作業が具体的に始まり、1896 年に公布される（草案段階で日本民法にも強い影響を与えた）。新しい法の創造ではなく、既存の法を集大成するようなものであり、パンデクテン法学の影響のもとで成立した。
- ・ この時期のドイツは農業国から工業国への移行期で、民法が成立した頃には、既に時代・実態と乖離したものになっていた。これに対し、今日の立法の使命はその時代の倫理的・政治的理想を実現することにあるという声が高まり、特に社会法の提唱者 O.ギールケ (1841－1921) はこの民法の経済自由主義的性格を批判する。

2 J.キルヒマンと R.イェーリング

◎J.キルヒマン (1802－1884)

- ・ ベルリンでの講演『法律学の科学としての無価値性』（1847 年、翌年出版される）は、概念法学だけでなく、法律学一般に対する根本的な批判を展開した。
 - ・ 「立法者の三つの言葉の訂正によって、大半の文庫が反古になる」・「法律家は、実定法規を通じて、朽ちた木によってのみ生きる虫になってしまっている」、キルヒマンが考える法律学の対象は「自然的法」（民衆の中に生きている法）であり、自然科学と比較しても、法律学は本来的に科学であり得ない（非科学）とする。
 - ・ 「自然的法」...①自然現象は不変的だが、「自然的法」は可変的なものなので、法律学は対象の進歩や発展からいつも立ち遅れて展開することになる。②法は知識の中だけでなく、感情の中にも存在すると言えるが、感情は偶然によるものであり、真理の標識とはならない。③「自然的法」と法律学のあいだをつなぐのが実定法律（成文法）であるが、実体法律は固定的・抽象的・純然たる恣意・立法者の道具という特徴を持つものなので、「自然的法」の実現に有害な影響を及ぼすものと言える。④実定法律が「自然的法」の真の表現である場合、法律学は無用になり、法律学が実際に関わり合うのは、実定法律の欠陥や曖昧さ、矛盾、古くなったもの、恣意的なものなどである
- ⇒パンデクテン法学（概念法学）や裁判官の側の対応として、法律解釈をする際に法律意思を重視する傾向が生まれたり、裁判官によって形成される法の地位向上を求める運動などが起きてきた

◎R.イェーリング (1818－1892)

- ・ もともと概念法学的主張を展開し『ローマ法の精神』第 1 部 (1852 年) などを執筆し、機械的な論理を展開（化学をモデルに、既存の法規を様々な基本概念—化学における原子に相当する—に分解し、それを再び組み合わせることによって新たな概念と法規が生まれ、法は自己増殖していく）
- ⇒1850 年代末より概念法学に対する疑いを見せ始め、『ローマ法の精神』第 3 部 (1865 年) で生活が概念のためにあるのではなく、概念が生活のためにあるとして、概念法学から決別。

さらに『法における目的』第 1 巻（1877 年）では「目的こそが法の創造者」として、法の目的が時代や状況によって変化する相対的なものであることを強調（法律意思説の強調）

3 E・エールリッヒ（1862－1922）

◎自由な法発見

- ・チェロノビッツ大学教授としてローマ法を教えつつ、法史や慣習法の研究も進め、ウィーンでの講演『自由な法発見と自由な法学』（1903 年、翌年出版）で法律学と裁判の現状を批判
- ・パンデクテン法学（概念法学）では、判決は全て現行法の確定している諸原則を事件の事実

に適用するという仕方で演繹的に導かれなければならないというものではない。これはローマ法の世界に特有の考え方で、裁判官は制定法や過去の判決、あるいはそれが一般化されたものに拘束されつつも、個々の事件の実情に合った公正な判決を自由に発見すべきである。現在は、類推・擬制などの法律学的技術によって法体系の無欠缺性を装うせいで、自由な法発見が阻害されているが、無欠缺性を装う必要はない。

- ・裁判規範はもともと、様々な社会規範のあり方の中から生まれたものであり、それを含む判決が口伝され、記録され、編集され、一般化されて法曹法が生まれた。この法曹法は、社会発展に応じて自由な法発見をしながら修正されるべきものである。

- ・近代法治国家・官僚国家の形成が、法の観念に与えた影響は大きい。法治国家・官僚国家では、法＝国家制定法であり、制定法は「国家の命令」を官僚としての裁判官に与えている。裁判官は、その地位や受けてきた法学教育のせいで、法規範を「国家の命令」としか考えられなくなっている。

- ・制定法に明白な規定が含まれていない場合まで、法律学的技術によって制定法を適用する必要はない。裁判官の人格以外に司法を保証するものはない。もともと、技術的な法発見から、裁判官による自由な法発見に移っても、近代的法典の諸規定の意味を探究する仕事が失われるわけではない（制定法の優位と自由法の補助的効力）。

- ・エールリッヒは、H.カントロヴィッツ（1877－1940）が牽引した「自由法運動」の先駆者と位置付けられる（カントロヴィッツの運動は『法学のための闘争』（1906 年）の出版がそのスタートとされる）。

◎法社会学の形成

- ・「生ける法」（社会で現に働いている法）を重視する立場を、エールリッヒはさらに深化させ、『法社会学の基礎理論』（1913 年）などを発表する。

- ・ドイツでは自由法学や法社会学は法学界の主流にはならなかったが、アメリカや日本には大きな影響を与える⇒日本では末弘厳太郎（1888－1951）、川島武宜（1909－1992）などが継承。