

民法技術学の構想について（三）

高 嶋 平 蔵

一 序論

さまざまな学問的性格と多様な思考の類型を複合させているいわゆる「民法学」（実用民法学）のなかから、ひとつの独自の領域を与えることを適当とする要素を析出し、かりに「民法技術学」と名付けた法学分野を形成する構想を試み、いままで三編の論文を本誌に発表してきた。「民法技術学の構想について」・「民法技術学の構想について（二）」・「民法技術学の再考」がこれである（以下、それぞれ第一論文・第二論文・第三論文として引用する^{（一）}）。

論文にも指摘してきたとおり、このような試みは、民法学、ひいては法学そのものについて当面してきた多くの疑問や迷いを契機として、次第に育まれたものであった。しかし現在においても、これら疑問や迷いからすべて解放されたわけではなく、かえって、つぎつぎと生じてくる新たな問題への対応に苦しんでいるのが実状である。

だが、このような構想において目指した法学の科学化という方向は、きわめて古い起源をもつ課題であると同時に、現代の大きな潮流として、法と経済学、法政策学、紛争解決学などの名のもとに形成された新しい学問分野によって、

具体的に推進されつつある。⁽²⁾ しかもこれらの学問は、すべて、「民法技術学」という名称のなかで用いられた「技術学」という性格をもつものといえることができる。それゆえ、ここに描かれた民法技術学の見取り図は、たしかに多くの点で新しい学問分野と重複しているし、またそこから多くのものを学んでいる。しかし一方では、構想のプロセスや問題に対処する態度などにおいて、これらおのおのと異なるところもある。したがって、こういう異同を確認してみるのは、いままで試みてきた構想を再検討し、推進していくために必要であろう。またこの作業は、あるいは、民法技術学の構想という別個の視点から、これら学問分野を位置づけることになるかもしれない。

以下、このような考慮のもとに、すでに論じてきたところを確認しながら、さらに補修を加え、不明のままにとどまっていた問題にも一応の決着をつけ、ある程度の体系的な整理をおこなって、これを新たな出発点にしたいと思う。

(1) 第一論文は、国士館法学二八号三一五頁以下、第二論文は、同誌二九号一六五頁以下、第三論文は、同誌三二号八五頁以下。

(2) 法学の科学化への志向は、たしかにひとつの潮流であったが、その具体的なプランや試みは、必ずしも順調に実現してきただとはいえない。一方で、伝統的な法学観念を土台とし、科学化に抵抗を示しながらの再構築の態度も強く、またポストモダン思想からの科学信仰への批判もおこなわれ、近代社会科学の実効性への疑問、科学知の技術知への転化・転用の望ましさからぬ意味も指摘されている(たとえば、和田仁孝「法社会学の解体と再生」など)。しかし、科学批判は思想の問題であって、それ自体現代の科学的成果を抹消できるものではなく、新たな方法を提示できるものでもない。また成果の未成熟は、それによって科学化の努力を無意味にするものでもない。現代の社会科学的技术学の開拓は、思想的な批判にもかかわらず存在しつづける、社会問題の科学的処理に対する現実の要求を示すものであろう。さらに、科学化への志向は、いずれにしても、法学という学問をあらためて見直すための、ひとつの重要な視点としての意味をもつことに注意すべきであろう。

二 民法技術学の目的

1 目的の確定

まず、民法技術学が、どのような目的をもつ法学分野として構想されてきたか、その役割はどこにあるのか、どのようなやり方で何に奉仕するのか等について確認してみる。

この問題は、前論文の中でもとりあげてきたが、それをあらためて要約、整理すると、つぎようになる。すなわち、「民法技術学は、民法に関する諸実務行為(立法・解釈による民法規範の定立、その他、民法に関する実務行為)に対し、民法規範による規制とその反応として生起する諸現象の関係を法的に認識し、その成果を利用可能のものとして提示し、民法に関する技術を科学的なものにすることを目的とする学問分野である」⁽³⁾。

民法技術学のこのような目的設定のうちには、すでに、現在新たに形成されてきている諸技術学と重複する部分が見とめられるであろう。たとえば、法政策学等は、いずれもある目的を実現するための手段の提供者という性格をもつこと、その方法として、法則を認識してその成果を提供すること、したがって、それ自体、科学的技術学としての性質をみとめられることなどである。⁽⁴⁾

しかし、社会科学的技术学に属する学問分野においても、それぞれの間に目的や方法について差異があるし、右に示した民法技術学の目的とのずれを示す諸点が見とめられる。したがって、そういう諸点について考えることは、民法技術学として構想してきた学問の特徴を、多少なりとも浮かび上がらせるために役立つであろう。

以下に、民法技術学の目的についての右の叙述に含まれたいくつかの問題点をとりあげ、もう少し詳細な説明をお

こなってみることにする。

(3) 第三論文では、つぎのように述べた。「民法技術学は、民法に関する規範定立（立法のみでなく、解釈によるものも含めて）の技術についての学問である。しかしそれは、従来の実用法学の場合とちがい、法的な人間行動の認識の基礎のうえに、それを利用し、操作することによって、のぞましいとされる規制の実現のために法規範を定立する技術を研究することを内容とする」(前掲誌三二号八六頁)。

(4) 平井宜雄教授は、法政策学をつぎのように定義している。「法政策学とは、意思決定理論を法的に再構成し、……これを現在のわが国の実定法体系と結びつけ、法制度またはルール（実定法のような公式的性格をもたないが、なお多かれ少なかれ「法」的性格をもつ私的な規則の類を一括してこう呼ぶ）の体系を設計することにより、現在の日本社会の直面する公共的ないし社会的問題をコントロールし、または解決するための諸方策について法的意思決定者に助言し、またはそれを提供する一般的な理論枠組みおよび技法である」(平井「法政策学」(二版)五頁)。

宮川公男教授によると、政策科学は、「政策問題の解明と合理的解決のために政策プロセスおよび政策決定の方法とシステムを研究する科学」である(宮川「政策科学入門」四一頁)。

大淵憲一教授の説明の中から、紛争解決の社会心理学の性格、役割についての概略を求めると、つぎようになる。紛争解決にかかわる社会心理学以外の社会科学分野は、政治学・法学・経済学・社会学などであり、「これらの分野では、民族紛争、政治的交渉、裁判、労使紛争、環境問題など現実の葛藤・紛争を分析し、解決策を探るという実践的課題を持つ研究がおこなわれて」おり、紛争解決の社会心理学もそのひとつであるが、「これに比べると、社会心理学における紛争解決研究はそれほど実践的でなく、紛争の心理・社会過程の分析に焦点をあてた基礎的性格が強い」(大淵編「紛争解決の社会心理学」三頁)。また広田尚久弁護士は、その構想する「紛争解決学」をつぎのように定義している。「紛争解決学とは紛争解決規範を解明するとともに、その紛争解決規範を使って紛争解決をはかる、当事者の諸現象を解明する学である」(広田「紛争解決学」二五頁)。

2 技術の科学化と法学の科学化

民法技術学の目的の最後にあげた「技術の科学化」は、この学問分野を構想する出発点をなすものであった。そしてこのことは、法学、ここでは民法学の科学化をもたすためのプロセスとして考えられていた。つまり、実用法学をそのままとして、新たに、これとは別に、独自の科学を形成するのではなく、このような学問分野の形成によって、民法学全体を科学のうちに位置づけることが、そのひとつの目的であった。

右の意図は、つぎのような事情にもとづいている。古くはキルヒマンが法学の科学性を否定したとき、そこで考えられていたのは実用法学であった。またエールリッヒが法学の将来を展望したとき、科学化されるべきものとしたのは、法学における技術の領域、したがってやはり実用法学であった。こうして、法学の科学化にとってもっとも重要な問題点、克服すべき障害は、皮肉なことに、従来から法学の中核をなしてきた実用法学そのものだったのである。いいかえれば、この実用法学を取り込んで科学的法学を構想することの困難さこそ、科学化を阻む障壁となっていたのだ。実用法学を科学化の外に放置し、あるいはあいまいな基準によってその科学性を容認している以上、法学の科学化の実現は望みうすであろう。こういう問題を抱えている点で、法についての技術学は、自然科学的技術学はもちろん、経済学的技術学（経済政策学）や心理学的技術学に比べて特異な性格をもち、また特異な役割を担っていたのである。

法学は、本来、実用の学として発達した。もちろん法の理論的な研究を目的とする学問分野も成立し、それが科学的性格をもつことはありえたが、法学の中心をなし、必要欠くべからざる重要な地位を占めて、研究、教育の対象となってきたのは、なお依然として実用法学である。だとすれば、法学の科学化の構想は、当然に、この実用法学を含めてのものでなければならぬはずであった。

また、自然科学や経済学などの発達を振り返ってみると、基礎的な科学の生成を促したのは、むしろ実用上の必要であった。実用上の必要が理論的な学問発達の原動力となり、このような基礎学の成果を実用に適用すべく、そこに科学的な技術学を成立させていった。こうして実用的な技術の学は、基礎学との関係において、明確に科学のなかに位置づけられることになった。

これに対して法学においては、周辺の科学的法学分野の発達にもかかわらず、実用法学がかえって科学化の障害として取り残されるという、特異な状況を呈していたのである。そこで民法技術学の構想においては、実用法学のなかでおこなわれていた技術的な部分をまず確認し、この技術をできるだけ科学的なものにしていくという目的をうちだしたのであった。だからそこでは、新たな技術学的分野を形成する場合においても、実用法学のとりあつかいや、技術学と実用法学との関係を重視することが、とくに必要となるのである。

(5) 科学的技術学の構想については、拙著「思想の中の民法学」一九七頁以下。

3 対象範囲の拡張

右の目的のなかで述べられているように、民法技術学がその認識成果を提供して奉仕する対象は、かなり広い範囲にわたっており、これが構想のひとつの特徴をなしているといつてよい。

対象の範囲は、ある技術学が、どのような技術のために利用されるかによってきまってくる。たとえば、法的な技術学においても、立法やルールの作成を目的とする場合は、おのずからここに対象が限定されてくるし、紛争解決を目的とするときには、対象範囲は拡張される。また範囲の違いは、その学問の内容、方法の差異をもたらすことになる。

しかし、一般的な方向として、法学関係においては、実定法や裁判などの枠を超えて、その関心が次第に広がっていく傾向がみとめられる。それは、ひとつには、弁護士活動範囲の拡張とか、裁判外の法的実務の重要性の増大などの現象に対応しており、またひとつには、法現象を広く研究しようとする法学の態度の変化によるものであった。⁽⁶⁾

民法技術学での対象の拡大も、基本的にその方向に沿うものといつてよい。すなわち、ここにいる民法的実務行為には、民法に関する立法、解釈による規範定立のほか、紛争予防の措置、契約の締結、取引や紛争における交渉なども含まれる。したがってまた、ここでは、裁判の予測や相手方の行動の判断等が、これらを有効におこなうための行為として問題とされてくることになる。いわば法的実務行為が広く対象とされるのである。そしてこの場合実務というのは、法的問題を実際目的のもとに処理する行為を意味する。さらに、このような関心からして、実務行為をおこなう者についても、特別な限定がない。立法担当者、裁判官、弁護士、会社法務部のメンバー、税理士、司法書士などのいわゆる専門家にかぎらず、一般の、非専門家である私人の行為も、すべて含まれる。⁽⁷⁾ また、民法技術学の内容、方法も、これに依じて構想されるが、逆に、技術学的構想が対象の範囲の拡張をみちびいたという事情もみとめられる。

民法技術学の構想における対象範囲の拡張は、つぎのような問題関心と結びついている。

そのひとつは、技術学のモデルとしての自然科学的技術学との対応である。たとえば機械工学にしても、臨床医学にしても、実際にその認識成果が利用されるのは、それぞれの専門家による特別な作業においてであろう。しかし、そこで利用される諸科学の認識成果は、本来、普遍的なものでなければ意味がない。誰の行為についても、どんな状況下の行為であっても、さらには、どんな目的や意図をもって行動する場合にも、それらすべてを支配する法則の存

在が想定されているはずである。⁽⁸⁾

法的技術の場合においても、認識された法則の適用によって実務がおこなわれるとすれば、この法則は、やはり普遍性をもってすべてのケースを支配していなければならない。そうすると、ここでも、広く法則の適用可能な範囲がみとめられ、立法や裁判は、ここに含まれるひとつの場合として考えられることになる。それゆえ、対象を限定した法政策学の場合にも、そこで認識される法則自体は、限定されたものといえないのである。また、民法技術学において、価値的要素や当為性の要素を排除していることも、このような構想からみちびかれているのである。

さらに、立法や解釈とともに、その他の実務行為をも含め、一括して民法の科学化のなかに取り入れたことには、特別な意味があった。それは、これら実務行為が、それ自体として、実用法学のなかに、しかるべき地位を与えられていなかったことである。立法論や解釈論は、たしかにこの学問の内容として承認されていたが、その他の実務行為自体は、実用民法学という、まさしく実用に奉仕するはずの学問のなかに、正当な比重をもって登場してこなかった。民法技術学の構想では、これら実務行為を、なんらかの形で民法学のうちに取り入れ、それを技術として学問の対象にすることを考えたわけである。

実務行為のこのようなとりあつかいは、法学教育の問題とも深く関わっている。実用法学というものは、不思議な性格を帯びていた。それが実用法学である以上、当然実務的なものを内容とし、またその教育においては、実務教育が重要な地位をもつはずであった。しかし、少なくともはじめの段階において、この学問は、むしろ理論的な体系構築への方向に傾き、実務との乖離を示してきた。そして実用法学の教育においても、実務の問題は軽視されていた。極端に言えば、実用法学も、むしろ実務から離れた形で学問体系の完成の方に目をむけていたように思われる。⁽⁹⁾

ではこのように軽視された実務的なものがどうなったかという点、それは、法学の教育のうちに辛うじてその地位

を与えられることになる。この場合、実務教育も、一律に法学教育としてあつかわれるのだが、実用法学が本来実務行為を正當に学問のなかに取り入れていないとすると、ここでは、「学問としての法学」と「教育される法学」とが、十分自覚されないままに分裂していたことになる。そうしてこの「教育される法学」のうちには、実務行為のほか、さらに、法運用に従事する者の技巧の訓練や、人格の陶冶までが入り込んできたのである。⁽¹⁰⁾

もちろん、これら訓練や教育の重要性を否定するわけではない。ただ、法学教育はやはりひとつの学問の教育であるはずだ。したがって学問の対象としてふさわしくないものは、法学教育とは別の場所に移されなければならない。そうでないと、法学、とくに実用法学の学問的性格は、依然として不明確なままに放置され、法学科学化の方向は、相変わず実用法学の障害によって遮られることになるだろう。

これに対して、民法技術学の構想のなかでは、右にみてきたような事情によって、実務行為が、立法や解釈による規範定立とともに、法学の対象としてのいわば市民権を与えられる。したがってその教育・学習は、まさしく学問の教育・学習となることができる。こうして、学問としての実用法学と教育の対象としての実用法学との分裂が修正され、両者の融合が実現するであろう。してみると民法技術学は、実用民法学が学問として当面してきた問題の調整について、特別な役割を担うことを期待されるのである。⁽¹¹⁾

(6) 棚瀬孝雄教授はつぎのように述べている。「このように非常に広汎な紛争が、しかも本来裁判になじむ紛争が、裁判以外の場で解決されているのが事実とすれば、われわれ法学を学ぶ者は、裁判のみにその視野を限定せず、より広く裁判外での紛争解決にも注意を向けるべきであろう」(棚瀬「紛争と裁判の法社会学」五頁)。なお、弁護士活動範囲の拡張について、第三論文(前掲誌三二号九〇頁以下)。また吉田邦彦教授は、法と経済学における視野の拡大につき、ウイスコンシン学派と法と経済学の間には、法廷外の紛争・取引活動にも視野を拡げるという共通項があることを指摘する(吉田『リアリ

ズム法学と利益考量論に関する「基礎理論」的考察」瀬川信久編・私法学の再構築一二四頁）。

(7) 民法技術学でとりあつかわれる対象を、立法・解釈による規範定立行為に限定した態度をあらため、このような拡張をおこなったのは、第三論文においてである。その理由、拡張された範囲の詳細については、前掲誌三十一号九〇頁以下。

(8) この点について、第三論文（前掲誌三十二号九二―九三頁）。

(9) 拙著・前掲一二二頁以下。

(10) 拙稿「末弘民法学とリアリズム」（比較法制研究二二号一五頁以下）。

(11) 第三論文（前掲誌三十一号一〇四―一〇六頁）。

4 法則認識と成果の利用

右に述べてきたとおり、民法技術学は、法則を認識し、その認識成果を、実務行為のために利用することを目的としている。そしてこれは、科学的技術学にとって、共通の目的であるといつてよい。

ただ、この点についても、ここで若干の説明を付け加えておく必要がある。

まず、民法学の科学化については、かつてこれ以外の考え方もあったことが想起されるべきである。たとえば、民法諸制度の歴史的な研究や、社会経済的状况との対応の分析や、制度の変化、展開の法則的把握などによって、なんらか科学的な性格を与えようという発想がこれである。⁽¹²⁾しかし、民法技術学の構想した目的のなかで要求される法則認識の成果の利用は、この認識成果の「適用」というように、厳格に理解されなければならないし、またこの学問は、認識成果の適用による実際の目的の実現に寄与する手段的な性格のものでなければならぬ。逆に、それ以外の認識を内容とすることによって、もし科学的な法学が形成されるとしても、それはけっして「実用」民法学の科学化ではありえないことに注意すべきである。法社会学の成果を参考にするとしても、やはりそれは実用民法学を科学化する

ものではない。エールリッヒの構想の問題点も、ここに横たわっていたのである。⁽¹³⁾このような問題は、やはり、実用法学という特異な基盤をもった法学的技術学に特有のものであるろう。

つぎに、民法技術学は、たとえば解釈による規範定立の場合、いつでもその認識成果を適用して解釈すべきことを要求しているわけではない。それはいかに解釈すべきかという方法論ではない。認識成果の適用によって規範定立をすれば効果的だとか、紛争処理において有利だとかをアドヴァイスしてはいるが、そういう処理をすればいつでも効果的な結果が生じたり、有利な地位に立ったりするわけではない。それは適用の結果を提示するにとどまり、さまざまな事情をも考慮して判断をし、行動することは、各人に委ねられているのである。これはまた、技術学が本来もっている限界というべきであろう。自然科学的な技術学、たとえば臨床医学や機械工学でさえ、その例外ではないが、これは、必ずしも、法則認識の無用につながるものではない。また技術学の種類によって、認識成果の適用の実際的な必要性に差異があることを否定するものでもないと考えられる。

(12) たとえば、山中康雄「市民社会と民法」など。

(13) 拙著・前掲二〇一―二〇二頁。

5 非公的、非当為的性格

平井教授は、法政策学の目的として、「公共的ないし社会問題」のコントロールあるいは解決をあげているし、また法制度設計の一般的評価基準として、効率性ととともに、正義性基準をとりあげている。⁽¹⁴⁾しかし民法技術学の構想においては、目的としてこのような公的、当為的要素が排除されている。この学問は、もちろん立法や裁判のためにも

奉仕し、そこではなんらかの形でこういう要素が現れるだろうが、全体として、とくにこの性格を要求していない。技術学のうちでは、紛争解決学も、同様であるといってよい。民法技術学のこの特徴は、つぎのような事情によるものである。

先に指摘したとおり、民法技術学は、奉仕すべき対象をかなり広範囲のものとして構想している。そこには一般私人の法の実務行為も取り込まれているが、このような行為において当事者は、立法担当者や裁判官の場合と違い、いつも公的な配慮をもって行為するとはいえず、また行為のあるべき方向をとくに要求されてもいない。したがって民法技術学としては、その目的のうちに公的、当為的なものを設定することが不適当とされるのである。

法学の特徴と考えられてきたこれら公的、当為的性格は、一般に、実務行為の要求と必ずしも一致せず、法学を学ぶことは、実定法を知ること以外、実務には役立たないと考えられている事実がある。民法技術学が公的、当為性格を排除するのは、この事実に当面しながらも、なお実務行為を法学分野のうちに取り込もうとする態度の現れといつてよい。したがってこれは、法学的技術学のもつひとつの重要な問題を示しているのである。この点については、経済学において、政策のために奉仕する法則認識が、そのまま私人の経済行為のための判断材料としても機能していることを想起すべきであろう。

(14) 平井・前掲五頁、九三頁以下。

三 民法技術学の内容

1 内容についての諸問題

前章では、民法技術学が、どのような目的をもつものかについての構想、これに関連して、この学問の、他の政策的な技術学の中での位置づけ、その特徴などを概観したが、ここでは、右の目的を実現するため、民法技術学が、その内容として、なにを、どのように認識するか等に関する問題をとりあげることになる。そしてこの場合にも、やはり、他の学問分野との重複点や、この問題についてみとめられる特徴などがあきらかにされなければならない。

こういう問題としては、つぎのような諸点が浮かび上がるであろう。さきにも指摘したように、民法技術学が、法の実務行為において、適用によって利用することの可能な法則の認識を内容とすべきことには、格別問題がない。しかし、この法則とはどんなものなのか、他の技術学分野とそれは共通なものなのか、あるいは、ここでの法則にはなにか独自性がみとめられるのか、法則認識の基礎となる人間の行動動機についてはどうか、これらが社会科学全般のうちにどのように位置づけられるのか等については、検討すべき多くの課題に当面しなければならない。

本来、技術に奉仕する法則認識という基礎構造にはめ込むことは、ある学問を科学的な技術学にするためにどうしても必要であり、この試みは、他の技術学においても、共通におこなわれてきたところであった。もっともこの作業は、社会科学的な技術学において、けっして容易な仕事でなかったし、とりわけ、対象範囲を拡大された民法技術学においての困難は大きかった。だが、民法技術学における特別の困難は、特異なものではなく、他の技術学についてもみとめられる問題を誇張した形で現しているともいえるだろう。そしてさらに、このことは、もしかすると、社会

科学がモデルとした、自然科学的な技術学に潜む問題をも露呈させるかもしれないのである。

2 民法技術学における法則認識

a 科学的技術学の析出

民法技術学の構想のひとつの重要な契機は、実用民法学のなかでおこなわれてきた独自の作業への着目であった。それは、法制度について、結果としてもたらされる事実的效果の予見、この予見にもとづく解釈などの規範定立の作業である。この作業での思考の型は、たしかにひとつの独自性をもっていた。法制度における価値判断とか、意味の理解とかあるべき規範の発見とかいう思考とは、異なる性格のものであった。そこでは、利益追求などを動機とする行為によって、因果の関係として結びつけられる現象の没価値的な認識がおこなわれていた。そしてこの思考は、實際上、他の性格の思考と複合していたとしても、なおその独自性を失わないものであった。またこの思考による処理は、他の思考の場合に比べて、技術という名にふさわしいものでもあった。

後でもとりあげるように、実用民法学の学問としての性格はかなり不明確であり、それが民法学の科学化の障害をなしていた。そしてこの不明確さの源は、結局、民法学の中でおこなわれるさまざまな思考の多様性、その複合性にあった。つまり、実用民法学は、多様な思考を混在させているために、全体としてその性格を確定することが困難であり、それぞれの思考に應ずる多様な性格づけを可能にしているのである。だとすれば、実用法学の科学化を考える場合、むしろ思考、作業の独自性によってこれを分解し、科学化に耐えるものを析出して、精錬を加えていくほかないであろう。このように考えてくると、前記の思考によっておこなわれる作業は、予見を必要とし、その予見は斉一的な継起性の認識によって効果的となり、しかもその認識は価値や恣意を排するものである等の事情から、まさしく

この科学化に適するものといえる。しかもこの作業は、技術性をもつために、ここで要求されるものは、科学的技術学となる。こうして、この種の作業を析出して、技術とすることは、あの技術の科学化による、実用民法学を取り込んだの科学化という方向に適合することになるのである。

b 法則認識の問題

民法技術学の構想においては、この学問の内容として、法則の認識ということがきわめて重要な意味を与えられている。しかし同時に、この点は、もっとも困難な問題を含み、この構想のなかでも、現在のところ、明確な見取り図が描けないでいるのが実状である。したがってこの部分については、ひとまず、問題の概観と一応の展望をおこなうにとどめざるをえない。

以下にとりあげられるのは、つぎのような諸事項である。第一、社会科学的技術学になるための要件としての法則認識、第二、民法技術学の場合に考えられる「法則」の具体的内容、第三、法則を承認させるための人間行動の把握、第四、法則認識についてみとめられる困難さ、第五、困難な事情のもとで、技術学の要件をみたす可能性等がこれである。

社会科学は、社会現象に関する法則（社会法則）の体系であるとされる。そしてこの場合の法則は、ある現象間の関係が、斉一的、反復的に継起することとして理解される。しかしこれが法則としてみとめられるためには、この関係が、因果の関係として生起することが検証されなければならない。すなわち、社会の究極の要素である個々の人間が、ある現象に対する反応として、自己を動かす力によって行動することにより、別の現象をひき起こすことが説明され、確認されることが必要である。⁽¹⁵⁾こうして、民法技術学がひとつの科学として承認されるためには、このような法則の認識を内容とすべきであるし、事実、他の社会科学的技術学もまた、一樣に、なんらかの法則を認識し、その

成果を技術的行為のために提供する学問として形成されてきたのである。

だが、基礎的な学問においては、法則の認識をもって足りるのに対し、技術学はその目的を異にしており、また各技術学の具体的な役割も同一でないので、法則認識にも差異があり、したがってそれぞれに特有の問題を生ずることになる。

民法技術学の場合、認識される法則は、ある民法規範による規制と、その反応として生起する現象との関係についてまとめられるものである。またその検証は、民法規範による規制に反応する人間行動によって、当該の現象がみちびかれることの検証にはかならない。

民法技術学における法則認識は、少なくとも理論的に、こういう型にあてはめることができる。しかもこのようななんらかの法則が存在し、それを認識することは可能だと考えられる。法と経済学などでは、経済学の理論を用いてこの法則を認識しようとしているが、問題は、民法技術学において、この可能性を、学問的体系にまで構築することにさまざまな困難があるということであった。

まず、民法技術学では、前述のように、民法規範による規制とその反応として生起する現象との関係を法則的に把握することが内容となる。ところが、この関係は、純経済的行為のように単一性をもたない。もちろん法と経済学のような理論によって、説明、予測することが可能な場合もあるが、法規制に対する反応は、経済行為の場合に比べてかなり多様である。⁽¹⁶⁾ また、個人を動かす力についても、どこまで統一的なものに還元できるか疑問である。⁽¹⁷⁾ 立法や裁判その他の法的実務行為というヴァリエティに富んだ対象を考えると、たとえ広義に解したとしても、一元的に利己心に絞ることも不適當である。ここではやはり、結局のところ、欲求の満足とか効用の極大化とかを用いるほかないと思われるが、この場合、いずれにしても、具体的な効能は乏しいものにならざるをえないであろう。⁽¹⁸⁾

しかし、このような問題があるとしても、法則認識を内容とする民法技術学の形成が不可能となるわけではない。たしかに、右のような事情が、法規制と反応的な現象の關係の法則性をまったく否定するものであり、斉一性や反復性や継起性による予見をまったく不能にし、各個人の自由な意思や価値判断や意識的な選択による、予測しえない行動を許すことになれば、法則認識を断念しなければならないが、少なくともそういうことは考えられないといっている。

法規制に対する反応行動の多様性や不確定性がまとめられるとしても、そのことは、これらの行動が、単に意欲や価値判断や意識的、任意的な行為の産物でなく、その背後にあって、一定の方向に向けて人を動かす力によってみちびかれていることまでも否定するわけではない、むしろこういう力によって生起する行動の類型が複数考えられること、これに働きかける諸要素が複雑、多様だということにすぎない。つまり、少なくともこの程度の法則性の認識は、困難ではあっても、不可能とはいえないのである。

また、このような行動の源となる力を、統一的なものに絞り込むことは望ましいが、それがむずかしいとしても、本来、この力を認識することの意味は、法規制と反応的な現象の關係をこれによって説明し、因果關係としての結びつきを検証するところにある、実際の機能はそれほど大きいものではないと考えられる。たとえ可能性にとどまるにせよ、独自の原因にみちびかれた行動を介して、民法規範とそれに対する反応的現象とが、因果關係として結びつけられ、願望や価値や意識とは別個に生起してくるものとして理解されること、そのことのもつ意味がとくに重要なのである。この場合、なお埋められるべき構想の空白部分が多いとしても、このことによって、少なくとも実用法学を取り込んだの法学の科学化の道が開かれ、さらなる進展を期待することができるからである。

(15) 高田保馬「社会科学通論」六四―六五頁。

(16) 林雄二郎・片方善治「社会工学」は、「社会現象というような、その中に個々の人間の意識・価値観を含み込んだ現象を対象にして、そこに究極的な一つの因果関係を追及することが果して可能であろうか。ここに探求の学問としての社会工学の大きな問題があると言わなければならない」とし(同書二四四頁)、「錯綜する社会現象をさまざまな指標によって認識し、それらを積み上げ、総合して一つの因果関係にまで追究していく」ことが課題であるとしている(同書二五〇頁)。

(17) 紛争解決の社会心理学においても、ホモ・エコノミクスのように利己的、合理的な把握に対する疑問が提起され、「人々が単なる利己主義者ではなく、他者の状態を比較して、損をしてでも勝ちたいと望む」場合があることが指摘されている(竹村和久「紛争における意思決定」大淵編・前掲書一〇―一一頁)。また、対人葛藤の場面において、金銭や時間の確保を目指す資源目標のほかに、対人関係の維持、相手方への罰など、多様な目的達成に向けて葛藤解決がはかられ、解決方略の選択がこれと密接に関係する旨の指摘もある(福島治・大淵憲一「紛争解決の方略」同書五三頁)。

(18) ラムザイヤー教授は、効用極大化の仮説を、不正確であるより同語反復であると批判する(J・マーク・ラムザイヤー「法と経済学」九頁)。

四 実用民法学との関係

1 民法技術学の形成と実用民法学

民法技術学と実用民法学との併存の関係については、前論文で概観を試みたが、ここではさらに、これに関する問題をとりあげ、もう少し立ちいった検討をおこなうことにしたい。⁽¹⁹⁾

いままでも繰り返し述べてきたように、民法技術学の発想は、実用民法学の思考のなかに、法規範による規制とその反応的効果とを因果関係として把握し、これを適用して法的現象の生起を予測するというような要素が含まれてお

り、その思考が独自性をもつことの認識から始まった。そして、これを析出してひとつの学問分野として形成することが、実用法学を含めての民法学の科学化を可能にする道であると考えたのであった。しかし、そうだとすると、こうして析出され、精錬された民法技術学と、従来の実用民法学との関係がどのようなものになるかが、あらためて問題とされることになる。

民法技術学が独立な学問分野として析出されたとしても、実用民法学は、これと対立する伝統的法学の名のもとに放置されていいわけではない。析出、精錬された技術学的思考と同様の思考活動がそこから消え去ってしまうことなく、それが立法論や解釈論のなかで、依然としておこなわれていることに変わりはない。しかしこれは、単なる重複を意味するものではない。両者の関係は、たとえば法政策学の成立にもかかわらず、実用民法学のなかでなお立法論がおこなわれるのと同様な関係といってよい。

民法技術学におけると同様の思考が、実用民法学のなかでおこなわれる場合、両者の思考方法は、同様の性格のものである。ただ、前者がより意識的、体系的にこの種の思考を独立させ、組織化しているという差があるにすぎない。そしてここには、実用民法学というものの学問的性格の問題が浮かび上がるのである。

さきにも述べたように、実用民法学は、ひとつの独自の領域をもった統一的な学問分野というよりも、さまざまな領域にまたがり、性格を異にする学問的思考の混合物としての性格をもつものというべきである。たとえば、そこには、法のあるべき姿、法の本質を追究する価値的な思考がある。だがこれは、法哲学の領域において本格的に究明されるべき問題であった。また諸制度の歴史の説明のように、法史学を専門領域とする問題もある。法社会学の領域において研究されるべき、民法に関する諸現象もとらえられている。この場合、民法学の研究に従事する者は、自らこれらの問題を考えることもあったし、あるいはそれぞれの専門領域の成果に学び、これを利用することもあった。

しかしいずれにしても、そこでとりあげられる問題やそれについての思考方法は共通であった。ただ、実用民法学のなかでの究明のほかに、それを専門の対象とする学問領域が別に独立して存在しているということにすぎなかったのである。実用民法学が混合物としての性格をもつというのは、この意味である。⁽²⁰⁾

たしかに実用民法学は、たとえば望ましい民法規範の定立というような、ひとつの目的に向けて、さまざまな思考類型を合わせ利用するのであるが、そのおのおのは学問的性格を異にするものであるために、この学問での作業は、いわば学際的であり、十分に統一的な性格をもった独立性のある学問とはなっていない。したがってこれら諸作業が、解釈論の名のもとに包括されているからといって、そこに多様な思考類型が存在していることを無視すべきではない。法的技術学と実用法学との特異な関係は、ここに見いだされるのである。

さらに、実用民法学のなかに混在する学的思考類型のうちには、ある種の独立性がみとめられるにもかかわらず、それに応ずる専門領域が確立されていないものもあった。そしてこの場合、これを析出して、新たに専門的な学問分野を形成することもおこなわれてきた。立法学や法政策学はその例である。また、実用民法学のなかで、対象としての独自性を十分自覚されなかったものを取り出し、別個の視点から、独自の処理をするための学問領域が作られることもあった。紛争解決学はその例に属するであろう。民法技術学もこれらの場合のひとつといってよい。

なお、右の他にも、実用民法学のうちに混在する要素ではあるが、それがかつてもっていた独自性を失ってしまったものもある。あの論理的体系整序の作業がこれである。この作業は、法学が独立の学問として独り立ちしようとするとき、もっとも重要な要素であっただけでなく、実用法学固有の、他に専門領域をもたない作業であった。いわゆる概念法学として批判されている論理的体系整序は、こうして、実用法学に、独立した統一的な学問としての性格を与えたのであった。⁽²¹⁾しかしその後、こういう状況は、この学問が複合的性格を強くすることによって変化し、かつて

の意味を喪失した。そうすると今度は、この作業の位置づけが問題となる。民法解釈に関しておこなわれたさまざまな論議は、この問題のひとつの現れということが出来る。それゆえ、民法技術学としても、これを自らの課題として処理すべきことになる。⁽²²⁾このような考察が必要となることも、法的技術学における特異な問題ということができる。

(19) 第二論文(前掲誌二九号一七六頁以下)。

(20) 水本浩教授は、現代民法学の分野として、法社会学(民事認識論)・法政策学(民事政策論)・立法学(民事立法論)・法解釈学(民事法解釈論)をあげている(水本「現代民法学の方法と体系」三八頁)。しかしこれと実用民法学との関係、実用民法学の混合的性格との関係はあきらかでない。

(21) 拙著・前掲三三頁。

(22) 第二論文でこれを検討している(前掲誌二九号一七九頁以下)。

2 民法技術学における民法規範の位置づけ

a 民法規範のとりあつかいに関する問題

法学は「制度」を対象とする唯一の社会科学であるといわれる。しかし同時に、制度をあつかうことが、法学の科学性に対する疑問にもつながっていた。ところでここにいる制度は、具体的には、実定法規範として考えることができる。そうすると、民法技術学として、この実定法規範をどのように位置づけるかが、実用民法学との関係の問題として提起されてくることになる。だからこのような法規範との関係のとりあつかいは、やはり法的技術学特有の課題に属するのである。

これについては、実用民法学のなかで、技術的手段としての民法規範を認識する作業がすでにおこなわれていたか

どうか、民法技術学でとりあげる民法規範は、技術学の科学性とどう関わってくるのか、具体的に、この学問のなかで、民法規範はどのようなものとして把握されるのかなどが問題となるであろう。

b 装置としての民法規範の意味

ある現象の生起をもたらしべき装置としての民法規範を、技術的な視点から認識するという作業は、すでに実用民法学のなかでもおこなわれていた。一般に、民法上の諸規定等を論ずるとき、それらはすべて解釈論のなかに包含され、解釈行為のひとつとしてあつかわれた。しかしこの行為のうちには、当該規定の意味を探り、あるべき姿を求めてその内容を具体化することのほかに、ある文言をもって表現された存在たる法規定を事実として認識するという、別個の思考方法による、解釈以前の作業もみとめられる。この思考においては、解釈について論議される主観性、客観性、価値判断などの問題が入り込む余地がなく、これをも解釈行為のうちに含めるのは適当でない⁽²³⁾。

民法技術学では、このような認識行為を実用民法学のなかから析出し、これに、たとえば機械工学における機械そのものの認識に似たような意味を与えようとするのである。そのうえで、これら民法規範による規制とその反応として生起する現象との関係を考えることになる。

なお、ここで問題とされるのは実定法であり、それには法規のほか、慣習法、判例法なども含まれるが、民法技術学においては、なにが法かという問題は、とくにとりあつかわれることがない。

c 法規範を対象とする学問の科学性

いわゆるリアリズムの法思想においては、実定法が意外に不確定であり、それによる法的根拠づけが恣意的であることを暴露することによって、法学の対象を人為の産物たるルールから人間行動に移行させ、法学科学化の方向を推進しようとした⁽²⁴⁾。たしかにキルヒマンが指摘したように、実用法学の科学性への絶望は、この学問が、人間によって

意識的に作られ、また変更可能とされたものを対象にもつことを理由としていた。したがって、このような対象の転換は、十分に意味をもったのである。だが、実用法学をそのまま認識の学に変質させることは、この学問のもつ実用性という存在意義を失わせることであった。実用性を維持しながらこれを科学化する道は、技術学の形成以外に求められないのである。

法技術の視点に立てば、実定法という人為、可変の対象は、異なった様相をもって現れることになる。法制度は、それに対する反応としての現象と、法則的に結びつけられることによって、科学的研究の対象となる。人為、可変の製造物たる機械が、物理的法則に結びつけられることによって、機械工学という科学的技術学になるのと同様である⁽²⁵⁾。これは制度に関する技術学についてみとめられる共通の現象だが、民法規範も、法制度として、確定的存在たる装置という視点からみて、その反応たる現象生起の法則的認識につなげられる。したがって、このような位置づけを受ける、装置としての民法規範が問題とされなければならない。

d 民法規範の確定性と不確定性

かつてケルゼンは、法学から思想的、価値的、政策的なものを排除するために、法規の拘束力を強調し、解釈をもって、解釈される法規が表現する枠の確定であるべきことを主張した⁽²⁶⁾。視点は異なるが、実証的な技術学の側からしても、存在する法規範は、まさに実在する枠として機能するものということができる。民法の規定をみても、その文言のうちには、解釈的操作の余地のない部分がある。これは、反応を確定的に生起させる部分である。しかし大部分は文言が不明確であり、または、問題についての文言が欠けている場合もある。これらの場合には、解釈の操作によって意味が確定されたり、規制内容が補充されたりする。しかしそれは、法規に対する人の反応行動という点からみると、別の様相を呈してくる。すなわち、これらの場合は、当事者が自己に有利な主張をすることができる枠が拡張

されている状態を意味するのである。当事者は、この不明確さや、規定の欠如のゆえに、ぎりぎりのところまで、有利な主張をすることのできる枠を与えられていることになる。したがってこの場合には、それぞれの当事者の利害の判断によって、多様な反応が生ずることが予測される。つまりその法規は、多様な反応を生起させる可能性を示す枠にはかならない。民法技術学としては、民法規範をこのようなものとして把握したうえで、これに対する反応を認識しようとするのであり、その認識を利用しての、実務行為上の予見、判断を可能にしようとするのである。

(23) 拙著・前掲二〇二―二〇三頁。

(24) リアリズム法学の系譜について、吉田邦彦・前掲論文（瀬川編・前掲書八一頁以下）。なお、リアリズム法思想の性格について、前掲拙稿（比較法制研究二二号二頁以下）。

(25) 拙著・前掲一九九頁・二〇五頁。

(26) ケルゼン「純粋法学」横田喜三郎訳一四七頁以下。なお、ケルゼンが、当事者の利害の観点からのみ法を考察することを弁護士的見解としたのに対し、むしろ弁護士のおくは、法と人間との間に存する距離、その客観的な枠としての意味を自覚していることを指摘するものとして、大塚滋「イデオロギー批判としての法解釈」（長尾龍一他編・新ケルゼン研究一〇四―一〇五頁）。

五 民法技術学の体系

学問の体系構築は、単なる形式の問題ではなく、その実質、内容、方法などと密接に結びついている。同時にそれはまた、さまざまな事情によって左右され、いつでも実質を映し出しているとはかぎらない。法が、個別的な規制の集合として考えられるにすぎなかった初期のローマでは、体系構築の主要な目的は、教育の便宜にあったといわれる⁽²⁷⁾。

また現代の実用法学の体系は、与えられた民法典の体系に拠っている。では民法技術学のような学問の体系は、どのように構築されることが適当だろうか。ここではひとまず問題点を指摘するにとどめたい。

順序は逆になるが、まず各論から考えてみる。民法技術学では、民法規範とその反応たる現象の生起が問題とされ、民法に関する個々の規定は、いわば機械とかその部分とかと同様に、装置として検討されるべきこと、前述のとおりである。したがって各論的に、個々の民法規定等が網羅的にとりあげられる必要がある。これはやはり、法的技術学のひとつの特徴といってよい。そしてこの場合は、法社会学などとは異なり、社会的関心の対象となるものに範囲を限定すべきでない。また、解釈上とくに問題のあるものにかぎるべきでもない。装置として制作されたすべての法規範をとりあげて、法規制と反応的現象の関係という視点から検討すべきである。この場合、諸制度の配列は、実用民法学と同様でよいが、技術学に即した体系的整理が適切か、もしそれが適切だとしたらどんな体系を考えたらいいかが問題となる⁽²⁸⁾。

つぎに、民法技術学がその総論としてあつかうべき事項についても、検討が必要となる。そこには、本稿でとりあげたような基本的問題が配置されるべきこと、当然であろう。法規制から反応的に事実的效果が生起する関係、この関係の法則性、要素としての人間行動への還元などがそれである。さらに、法規制への反応が多様性をもつ事情の分析、整理、そのための反応行動の類型化も、やはり総論的課題となる。一方、民法規範による規制においては、さまざまな装置（効果の異なる権利の利用、対抗関係の採用など）が用意されるが、それぞれの場合における反応についての一般的な検討をおこない、法規制とこれに対する反応としての現象の関係を、この角度から認識することも、総論であつたべき問題となるだろう。

これらのことを考慮しながら、民法技術学の体系を構想していくことは、やはり今後の課題である。

(27) マックス・カーザー「ローマ私法概説」柴田光蔵訳三八頁。なお、法学の体系については、拙著・前掲一頁以下。

(28) 林田清明教授は、その著「法と経済学」において、民法に関する説明につき、所有権の経済学、何を私的に所有するか、物権変動の経済理論、所有権の救済と濫用、法律行為の経済理論、公序良俗をエコノミックスする、効率的な契約違反、不法行為の経済理論、誰が事故の安価回避者か、共同不法行為、過失責任と無過失責任というような項目を設けている。

六 総括と展望

以上、本誌に発表した諸論文に続けて、民法技術学の構想を描いてきた。ここでは、序論でも述べておいたように、前の論文でとりあげたところを総括しながら、そのなかでなお十分に考察されなかったいくつかの問題を再考し、論議に補修を加えて、この構想に一応のまとまりをつけることを試みた。しかし結果としては、やはりこの学問の出発点を探ることに終始したようである。ただ、このような試みは、新たに形成されつつある諸学問領域によって推進されてきた社会科学的技術学の展開のなかに、民法技術学を位置づけるために不可欠の段階であり、そのいっそうの具体化は、なお今後に残された作業ということになる。

このような作業としては、さらにすすんで、民法技術学の構想と民法学以外の法学分野との関係の検討ということが考えられる。⁽²⁹⁾ いままで、もっぱら民法学の領域に限定して考察をおこなってきたが、この構想は、民法学にとどまるものでなく、広く法学上のさまざまな問題に関連してくることが予想される。たとえばそのひとつは、民法学に関するこの構想が、その他の法学領域にどの程度あてはまり、共通の技術学を成立させる可能性があるかということである。⁽³⁰⁾ このように構想の視野を広げていくことも、やはりこれからの課題といわねばならない。

(29) すでにデュヴェルジェは、法学と社会学との相互交流の程度が、法の分野によって異なることを指摘し、最大限それがおこなわれているのは憲法においてであり、また刑法も犯罪学から分離することが不可能だとし、これに対して私法では、ある分野にかぎって両学問の密接な連携がみとめられるにすぎないものとしている(M・デュヴェルジェ「社会科学の諸方法」深瀬忠一・樋口陽一訳五六頁)。

(30) 法と経済学の分析が憲法の領域にも適用されることにつき、林田・前掲二五八頁以下。