

民法技術学の構想について

高 嶋 平 蔵

一 序論

かつて、エールリッヒは、その著「法社会学の基礎理論」において、技術と科学の関係をとりあげ、つぎのように指摘した。「医者がその将来の職業のために大学で養成される場合に、各種の病気の診断的症候（徴候）とそれに対して知られている薬剤とを暗記しなければならない、という方法が主としておこなわれていた時代があったが、それは実際我々を去ることあまり遠いことではない。〔だが〕かかる時代はすぎ去った。現代の医者は、研究の領域として人間の病体をえらんだ自然科学者である。そして、これと同様に、機械技師も、百年そこそこ前には、機械を作ることを親方から教えてもらった機械作りと、まだほとんどことなるものではなかった。このことも今日では全く変ってしまっている。今日の機械技師は、自分の使用すべき材料の性質と・種々の外部的作用のもとにおけるその材料の状態の合法性と・を研究する物理学者である。医者と技師は、自分の職業に必要な熟練をもちや純手工業的に学ぶのではなくて、とくにその熟練の科学的基礎を学ぶのである。同様な発展は、無数の他の領域においても、すでに古

くなしとげられている」。「これに反して、法律学 Jurisprudenz においては、実用的な法律学たる実用法学 praktische Rechtslehre からの法の科学 Rechtswissenschaft の分離が、ようやく今日において、しかも、それにたずさわっている者がさしあたりまだ知らないうちに、進行しつつある有様である」⁽¹⁾。

これは、法学について、従来からおこなわれてきた作業を「技術」としてとらえ、この法技術と、その基礎となるべき法の科学的研究との関係を描きだし、ここに、法学を自覚的に構築する将来の方向があることを示唆した、まことに重要な提言であった。さらに、そればかりではなく、法学におけるこのような変化が、医学などの自然科学的な技術の発展と同視され、全体としての学問の科学化の方向のなかに位置づけられていることが、とくに興味をそそるのである。

ここに見られる発想は、多分、系譜的に、キルヒマンの法学観にまで遡ることができるといってよい。彼のあの有名な講演、「科学としての法学の無価値性」は、今日、一般に、概念法学の批判という実践的な意味においてうけとられているが、同時に、そのうちには、たとえば研究対象の恣意的な性格を、自然科学の場合と比較するというような、自然科学と法学を対比させて、その本質を究明する態度、法学の学的思考としての位置づけをこころみようとする意向が、すでに明白に現れており、これがエールリッヒの構想につながることもみとめられるのである⁽²⁾。

もちろん、法学について描かれる構想は、これにとどまるわけではない。従来の実用法学においておこなわれてきた作業に、なお大きな意義をみとめていこうとする考え方もありうる。さらにすすんで、科学批判の趣旨をふくめ、体系的思考に対する反省から、科学的作業じたいについて疑問を提示する発想も主張される⁽³⁾。法学を賢慮の学として性格づけようとする態度も、根強く存在する⁽⁴⁾。

戦後、法解釈についての論議の契機になったとされる来栖教授の問題提起も、百年以前に、同じく法学への疑問を

投げかけたキルヒマンが、自然科学を範型としてその無価値性を裁断したのに比べて、直接に科学論の展開をこころみているわけではなかった。そこではむしろ、問題は「法律家」にあり、その行為や責任に重点がおかれていた⁽⁵⁾。

科学への接近を意図するエールリッヒ的な方向と、これとは別のところに法学のあるべき姿を求めようとする方向とは、こうして、戦後の法学論の多彩な展開と錯綜をもたらし、いまなお、その収束の見通しは立たない状況にある。しかし、われわれは、この問題の安易な決着を急ぐべきではないし、共通の認識への到達というような判断を軽々しく下すべきでもない。法学の領域を分割して、ふたつの性格をそれぞれに割り振ることにより、和解的な解決に逃れることも、学問的追究の放棄を意味するであろう。残された道は、むしろ妥協を排して、それぞれの方向をつきつめていく以外にないであろう。

このような状況のもとで、私は、とくに自分の専攻する民法学につき、この学問、とりわけ実用的な民法学（通常、民法解釈学の名でよばれる）が、自然科学的な意味での科学、もしくはこれに類似する思考の型をもった学問になりうるとしたら、どのような内容、構造、方法をもつことによってこのことが可能となるかを考えてきた。そうしてこの可能性を、実用民法学が、自然科学的な技術学に対応するような地位と機能を与えられることのうちに求めた。すなわち、基礎的な科学によって認識された法則を適用して、のぞましいとされる実際的な目的を実現することを内容とする学問としてみとめられれば、またそのことによってのみ、実用民法学は、自然科学的な技術学に対応するものとして、科学的なものになると考えたのである⁽⁶⁾。

しかし、これはなお、おおまかな見取り図の段階に止まっており、論じつくさなかったところ、考えの及ばなかった問題もあり、詳論を留保した点もあった。さらに、その後、自身の見解に疑問を生じた部分もある。また、私見に對しては、いろいろとご批判、ご教示をいただいた。そこで、この小論では、現在までの検討にもとづき、いままで

とりあげてきた問題の一部について、多少なりとも追究をすすめてみたいと思う。なお、従来と同様、問題を民法学に限定して論じていくことにする。

前掲の諸論文で、民法学の科学化という観念を用いたが、その具体的内容は、十分に確認されていなかった。とくに、従来の民法学が、この方向においてどのように変化していくのかについても、なおつきつめた考察がなされていなかった。しかし、現在、このような民法学の変化の方向は、従来の実用民法学全体の変質ではなく、これと並んで、またこれをそのうちに包含しながら、もうひとつの民法学の体系が形成されていくことであると考えようになった。そして、いわゆる科学化の方向として、この民法学は、社会規制の「技術」を中心とし、価値判断にもとづく規範定立と、その効果を結ぶ、なんらか法則的なものを要素として体系づけられることになる。ここでは、このような民法学の領域を、民法技術学とよんでおくことにする。この民法技術学は、さきに述べた価値の学としての民法学に対立するものとして位置づけられる。こうして、今後の課題は、このような学問領域が成立する可能性をたしかめ、そのありかたを構想することだといわねばならない。

本稿では、そのうち、とくに、民法技術学の中心となる、価値判断から独立した要素、いまとりあえず、「なんらか法則的なもの」とよんだ要素、それを用いてこの学問領域がひとつの技術学として成立する可能性に問題をしばって考えていくことにする。

エールリッヒの構想は、このような問題を考える場合、きわめて重要な手がかりを与えてくれる。しかし、ここで注意しなければならないのは、彼の提言が、当時の学問状況のもとでの限界もあり、かなり漠然とした問題提起に⁽⁷⁾おわっていることである。いいかえれば、それは、われわれ自身の発想を刺激する出発点にすぎないのである。

二 「科学化」の構想

まず、エールリッヒの構想の中の問題点を、もう一度確認したうえで、検討をすすめることにしたい。

エールリッヒは、あきらかに、自然科学的な技術の発達と、法学の場合とを同様なものとしてとりあつかっており、法学にとってモデルとなるべき自然科学的な技術について、つぎのように考える。すなわち、それまで、暗記や熟練や、こつ⁽⁸⁾の伝授などによって、医療や機械の制作を習得してきた医者や機械づくりは、人間の病体や材料の性質などについての基礎的な学問、つまり科学を学ぶことによって、科学者になるというのである。これはつぎのように言い換えることができる。この病気や金属の性質などは、もちろん価値判断とは絶縁されており、人間の意志や願望によって左右されるようなものではない。これから独立した法則によって支配されている。したがって彼らは、このように、価値判断から切り離され、意志や願望によってどうにもならないものを学ぶことによって科学者となり、その結果として、彼らの用いる技術を、より効果の大きいものにするのである。人が、「善い」と価値判断し、かくありたいと望むところが、これによってよりよく実現することになるわけである。しかし、彼らは、いうまでもなく、ただこれらの法則を知っているだけでは足りない。彼らは、その技術的作業において、科学によって認識された法則を「適用」し、ある操作とある効果とが、この法則によって結びつけられることを予測し、この予測にしたがって行為することが当然に前提されており、これこそが彼らを科学者にするのである。

ところが、エールリッヒは、法の技術について、このような具体的な説明をしていない。「実用法学」からの「法の科学」の分離をいうだけである。しかし、もし、自然科学と技術との関係をこれにあてはめれば、つぎのようにな

るであろう。法律家が、この「法の科学」を学ぶことにより、彼らの技術、たとえば法の解釈のような仕事は、科学的な法則（価値判断や願望から独立した）の認識を基礎とし、これを適用しておこなわれるものとなり、したがって法律家は科学者となる。

しかし、医師や機械技師の場合と法律家の場合との対応は、それほど単純、明快なものとはいえないであろう。たとえば、エールリッヒのいう「法の科学」は、いったいどのような法則を認識し、法律家の利用に供するのだろうか。法律家は、これをどのように適用して、法的な技術を科学的なものにするのだろうか。すべて不明のままにとどまっているのである。さらに、ここでの問題は、彼のいう「法の科学」と「実用法学」の関係である。自然科学の場合の図式は、非科学的な技術と科学との対比、そして両者の結合による技術の科学化だったのに対し、法技術の場合には、科学化されていない実用「法学」と「法の科学」との対比がなされており、したがって両者の結合によってもたらされるのは、実用法学というひとつの学問の科学化ということになる。それゆえ、ここには微妙な違いが読みとれるのである。

だが、いずれにしても、自然科学的な技術の科学化を推進したのは、科学的な認識によって獲得された、価値判断から切り離された法則の自覚とその利用であった。そうだとすると、法学の場合においても、同様の変化を考えようとすれば、法技術についてのこのような要素を求め、その利用によって実用法学を変質させていく方向が確かめられなければならないであろう。それがエールリッヒの構想と合致するかどうかは別として。

この場合、漠然と「法の科学」と考えられている学問は、その具体的な様相がどのようなものであろうとも、自然科学と同様の意味での「科学」を名乗る以上、当然に、価値判断から絶縁され、これから独立した認識を内容としているはずであった。したがって、没価値的な認識の対象となるような要素は、もっぱら、実用法学とよばれる領域に

おいて問題とされることになる。そして法技術は、結局、法規範の定立の技術である。またこの技術は、解釈にとどまらず、立法をもふくむものである。通常、立法と解釈は厳格に区別されるが、それは法に関する権限の問題であり、規範定立という法技術としては、実質に差異がないといってよい。それゆえ、この規範定立という技術と、価値判断から独立し、没価値的に認識される要素とがどのようにかかわっているかを検討することが必要となるであろう。

三 非価値的要素とその機能

以上述べたような視点から、実用民法学に関する作業や、それが当面した問題などを振り返ってみると、価値判断にもとづき、のぞましいとされる状態を実現させようとしてなされる規範定立と、この規範定立を原因として発生する効果とを繋ぐ部分に、前提となった価値判断から独立した要素が作用していることを見いだすであろう。そしてこれは、民法技術学が、自覚的にとりだし、体系化していくべき重要な素材となるものであった。つぎに、従来の「法則」論についての私見を再検討することを考慮しながら、二、三の例をとりあげ、若干の整理を試みよう。なお、このような要素の存在は、もちろんいままです分に意識されてきたところであるが、ここでは、それが民法学においてもつ意味、その位置づけ、民法技術学の素材としての適性という関心において、問題とされるのである⁽⁸⁾。

立法上の問題として、あの葬式費用の先取特権や日用品供給の先取特権についての規範定立は、この要素のひとつの典型的な機能を示している。これらの担保物権を付与する直接の目的は、債権者に法定担保物権を与えてこれを保護することであるが、その究極の目的は、債務者の保護にあった。この場合には、債務者側が、葬式を容易に営めるようにするのが善いとか、日用品の取得を容易にするのが善いとかいう価値判断が前提となっている。したがって、

これらの規制とこの究極の目的実現とを繋ぐものとして、先取特権の保護をうける期待により、債権者が容易に信用を与えるようになるというプロセスが予測されているのである。そしてこのプロセスは、それが善いと評価されるから生ずるのでもなく、立法者の願望によってもたらされるわけでもない。債権者の利害の判断による行動という、それらから独立したプロセスとして実現するのである。さらにこれは、人が、経済的な利害に応じて、行為したり、行為をやめたりするという、没価値的に認識される事実にはかならないのである。もっとも、これらの規制が、はたして予測どおりの効果を実際に発生させたかどうかは疑わしいが、それは、このような事実認識の反省、立法的な修正の問題にすぎず、事柄の性格に変化を生ずるわけではない。⁽⁹⁾ いずれにしても、この場合の価値から独立した要素の利用は、自然科学的な技術に近いタイプといってよいであろう。

また、同じく担保法の領域の例として、よく知られているあの権利移転型担保についての問題がある。たとえば、民法の約定担保物権の規制の不備が、権利移転型担保のさかんな利用をもたらしたこと、解釈によるこの種の担保のいわゆる担保的構成が、逃げ水現象として、別の担保形態の利用を招いたりするのがそれである。短期貸借の保護が、抵当権者自身による貸借権の設定という現象をもたらしたのも、この例といってよい。

これらの結果は、先にあげた例と違い、立法者がのぞましいと価値判断したものでもなく、解釈において、十分に予測されたものでもない。しかし、こういう現象が、ある規範定立を原因とし、そこから、経済的な利害によるプロセスとして、価値判断とは関わりなく、ある結果をもたらしたという事実は、かえって、民法的な規制において、このような要素が強力に作用していること、またこれを認識することが、立法や解釈の技術にとって重要な意義をもつことを示すものといえるだろう。⁽¹⁰⁾

しかし、このように、ある規範定立によって、意識的に、間接的なプロセスで、意図された効果を発生させるとか、

逆に、ある規範定立から、意図しない効果がみちびかれるとかいう場合に対して、より一般的な場合、すなわち、規範定立が、ストレートに、意図した効果を発生させるような場合、価値判断から独立した要素は、どんな意味をもつのだろうか。ここでは、一見、この種の要素は無視されていいようにも思われる。なぜなら、法規とか、裁判による規範の定立は、本来、それ自身、価値判断によって善いとされた効果を、そのまま実現させる特別の力を、制度上与えられているからである。もちろん、法に依じて、人が一定の方向にむけて行為し、あるいは行為しないようになることについては、利害の判断など、それなりの要素が働くが、これは格別問題とするに値しないであろう。

たとえば、民法四三条で、法人の権利能力の範囲が限定されているが、これにつき、裁判で、限定の基準である「目的の範囲」を拡張する解釈をすれば、法人は、自ずから、目的の範囲外であることを理由に、不当にその責任を免れることがなくなるであろう。この場合、こういう規範定立とこういう効果の繋がり自体を、事実的なプロセスで予測する必要はみとめられないだろう。

それにもかかわらず、この規範定立は、実は、別のところで、プロセスの認識や予測と関わっている。すなわち、ここでは、従来のように目的の範囲を限定した場合、法人は、利害の判断にみちびかれて、この規定を利用し、不当な責任回避をおこなうという、一般的、大量的、反復的な行動パターンがみとめられるのである。したがって、法人の目的の範囲の拡張という規範定立は、法の力によってこのような現象を阻止する、技術的手段として作用することになる。いわばマイナスの方向で、この規範定立と価値判断から独立したプロセスとが結びつけられるわけである。これは、たとえば、医学において、発病の過程が法則的に認識され、このプロセスを阻止する処置（たとえば患部の切除や予防的措置）がとられたり、ある機械の危険な運動を予測して、その防止のための装置がつけられたりすると似ているといってよい。つまりこの場合、価値判断から独立した要素は、こういうかたちで、やはり法技術にとっ

て重要な意味をもっているのである。

さらに、このような理解は、一見きわめて技巧的で、恣意的とさえうけとられるような法規制をも、価値や願望から独立したプロセスとの繋がりの中に引き入れることを可能にする。たとえば、期間についての規制を考えてみる。ここでも、期間の計算法が法定されていない場合を想定してみると、各自は自分に有利な計算法を主張し、このために争いを生じ、円滑な取引を妨げるとの予測がなされる。したがって、期間の規制は、このようなのぞましからぬ現象の発生を阻止するものとしての、技術的性格をもつことになるのである。

これはあらためてとりあげるまでもない事実であるが、この事実を確認しておくことは、規範定立を、特別な場合だけでなく、全体として、一般的な問題として、価値判断から独立したプロセスに結びつけて把握し、価値の学に対する学問の体系としての民法技術学を構想するために、重要な意味をもつものといえるだろう。

以上、いくつかの例について考えてきたが、この問題を追究するためには、さらに多くの例をとりあげ、それぞれの型、民法学における意義を分析してみる必要がある。そしてこの作業は、単純に「法則」として把握されてきた要素の性格や機能を再検討するという意義をもつであろう。

しかし、いずれにしても、ここできとりあげた、価値判断から独立した、いわば事実的プロセスは、共通の性格と意義をもつもの、価値判断にもとづく規範定立と、のぞましいとされた効果を結びつける、共通の行動パターンを内容とするものであることが了解される。そうだとすると、これを中心として、エールリッヒが構想したような、自然科学の場合に対応する民法学、ここでの民法技術学が成立する可能性がみとめられてくることになる。そこでつぎに、もう一度彼の構想に立ち戻って、この点を検討しなければならない。

四 民法技術学成立の可能性

まず、さきにも指摘したように、「法の科学」に対立するものとしてとりあげられた、「実用法学」について考える必要がある。前述のとおり、エールリッヒは、医者や機械づくりが、基礎的な科学を学ぶことによって、ただちに科学者になるかのような記述をしている。ところが、法技術については、「法の科学」を学ぶことによって、「実用法学」が科学化するような書き方をしている。したがって、もし法学の場合、それが自然科学におけるとは違った構造をもっているとする、はじめから、同一の科学化のプロセスを考慮することはできなくなってしまうだろう。それゆえ、これについての確認は、実用民法学の科学化の安易な承認を、再検討するという意味をもつことになるだろう。

ところで、「法の科学」を学んで、立法や解釈をおこなうことそれ自体は、ひとつの実践であり、したがって、こういう実践に指針を与える学問が、これとは別に要求されることになる。エールリッヒが「法の科学」に対立させたのは、まさしくこのような学問としての実用法学であった。そして現に、実用民法学は、民法についての実践に指針を与える学問として機能してきたのである。してみると彼は、このような実用民法学が、より科学的なものになっていくことを構想したとも考えられる。

一方彼は、自然科学に関して、これまたさきに指摘したように、基礎的な科学を、いきなり医師や機械技師の実践に結びつけている。だが彼の構想においても、やはり、基礎的な科学と実践を媒介する学問が想定されていたものと思われる。現に、臨床医学とか機械工学とかいう学問領域が存在して、この役割を果しているのである。事実、医師

や機械技師は、病理学や力学を学んだだけでは、その技術的業務を全うすることができないであろう。病気の種類やその治療法を、科学的な根拠にもとづいて体系的に教示する学問、力学や材料の性質などの科学的な認識にもとづいて、機械の制作を体系的に指示する学問なしには、医師や機械技師の養成、彼らの科学的な活動は不可能であろう。こうして、ここに、臨床医学や機械工学のような学問、すなわち自然科学的な「技術学」が成立することになる。そしてこれが、法学の場合の実用法学、民法の場合でいうと、実用民法学に対応すると考えられるのである。

自然科学的技術学は、基礎的な科学によって認識された法則を適用して、のぞましいとされる実際的目的を実現する方法を、体系的に構成することによって成立する学問であること、いま述べたとおりである。一般に、この技術学も科学としてうけとられているが、それは、科学的法則の適用という作業によってであろう。そこで、エールリッヒが構想したような、民法学の科学化、ここでは民法技術学成立の方向を検証するためには、このような自然科学的技術学と対比させながら、そこに同様の方向が可能であるかどうかを考えてみなければならないのである。

価値判断から独立した、願望によってどうにもならない要素という視点から、民法技術学の場合を、いまみてきた自然科学的技術学と比較してみると、そこにはたしかに類似点もあるが、同時にまた、重要な相違点も浮かび上がってくる。

まず、自然科学的技術学に法則を提供していた基礎科学に対応する「法の科学」が問題になる。エールリッヒのいう「法の科学」も、法則の提供者になるはずだが、その内容はあきらかでない。彼は、法社会学をこれにあてていると思われるが、そうだとすると、ここに疑問がでてくる。ひとくちに法社会学といっても、その内容は多様である。しかし、社会のうちに生成する生きた法を重視し、これと国家法との関係をあきらかにしていくというような認識がその内容であるとする、それがこの意味での法則提供者といえるかどうか問題とされることになる。

民法的技術は、繰り返し述べてきたように、規範定立の技術である。したがって、なんらか「法則」的なものは、もっぱら、規範定立とのぞましいとされる効果の発生との関係において利用されるべきものである。そこで、たとえば、ある「生きた法」が認識され、それに適合するように、立法や解釈などの規範定立をしたり、社会現象の認識にもとづいて、のぞましい方向を判断し、それに向けて規範定立をするというだけでは、この意味での「法則」的なものの利用とはいえない。従来、このような場合をもふくめて、民法学の科学化とか、社会科学としての民法学とかいわれることがあったが、ここでは、こういう厳格な基準で問題をとりあげなければならない。そうすると、この「法の科学」を、単純に、自然科学的技術学の場合の基礎学と同様に理解することは、困難だといわねばならないだろう。しかし、エールリッヒのいう「法の科学」を、「法則」提供者として認定することに問題があるとしても、それだけで、ただちに、自然科学的技術学と民法技術学との対応が否定されてしまうわけではない。技術学は、かならずしもそれ専用の基礎学をもつ必要はないからである。たとえば、細菌学や薬学は、臨床医学専用の基礎科学ではないし、また力学も、機械工学のほか、建築学や土質工学など、さまざまな技術学の基礎学となっている。それゆえ、法規範の定立とその効果を結ぶ要素についての認識を提供するのは、経済学・心理学など、いろいろな学問であっていいわけである。

自然科学的技術学と民法技術学とを対比させる場合、もっとも問題になるのは、規範定立と効果を結ぶ要素の性格である。いまかりに、「法則」的なものという言葉を使ってきたが、これを「法則」として理解していいかどうかは疑問である。この点で、拙稿において、特別の検証なしに「法則」の観念を用いたことは、なお不正確な理解であったと考えるにいたっている。

しかし、いままで展開してきた問題意識からすれば、これが厳密な意味での法則かどうかは、それほど重要な問題

ではないと思われる。ここでの課題は、自然科学的技術学と民法技術学の同一性を発見することではなく、両者が類似の構造のうちに位置づけられており、類似の学的思考の型をもつかどうか、それによって、価値の学としての民法学に対立するものとしての民法技術学が、自然科学的技術学の方向にそって展開する可能性があるかどうかの検討なのである。そうだとすると、ここに厳格な、自然科学的意味での法則をみとめることは、検討のための不可欠の前提とはいえないことになるであろう。

こういう観点から、さきにもとりあげたような、規範定立と効果を結ぶプロセスをみると、それらは、たしかに価値判断や願望から独立したものであった。また、主として利害の判断にみちびかれた、共通の行動パターンを示し、大量的、反復的な現象として、一般化に耐えるものであった。またそれゆえにかなりの程度までの予測が可能であった。そうだとすれば、これを用いて、予測的に、価値判断によってのぞましいとされる結果をみちびき、あるいは予測された、のぞましくない結果を阻止することができた。したがって、これを利用する思考の型は、自然科学的技術学に類似し、これを前面に押し出すことによって、価値の学に対する民法技術学を成立させる可能性もまた、承認されるというてよいであろう。しかしなお問題は残る。それは、民法技術学の中心となるべきこの要素は、専門的な学習によってはじめて可能になるわけではないということである。この点で、医師や機械技師が科学者になるという場合と、大きな隔たりがみとめられるのである。これは、法律家の専門性についての問題であり、別に詳論されるべきテーマだが、ひとまずつぎのように考えてよいであろう。すなわち、法律家は、このプロセス自体の認識によって専門家になっているのではなく、おそらく、これをもふくめた、規範定立などの技術的手段や、法的な視点における効果の把握など、つまり法的技術としての全体について、その専門性をみとめられるものといえるだろう。

なお、規範定立と効果を結ぶ要素は、将来において、より法則的なものにちかづいていく可能性をもたないわけではない。

さらに、現在、いわゆる「法と経済学」が、社会制御の手段としての法の機能を自覚的に利用し、積極的に経済法則を導入して、その理論を形成していることは、注目すべき現象である。この方法の評価は、まだ定まっているとはいえないが、そこに明確に法則の適用という技術学的思考をうちだしていることは、大変興味深い⁽¹⁾。そして、もしこの経済法則のところに、いま検討してきた、規範定立と効果を結ぶ要素をはめ込めば、「法と経済学」の方法は、その範囲を拡大することになり、われわれはそこに、民法技術学の将来像の一部を思い描くことができるかもしれない。

五 民法技術学と実用法学

価値の学と対立する民法技術学が、価値判断から独立した要素を中心として形成される可能性があること、そしてそれは、自然科学的技術学とまったく同視はできないが、少なくとも、それに類似する方向において展開されると考えられること、いまみてきたとおりである。しかしここには、さらにむずかしい問題がある。それは、このような民法技術学と、従来の実用民法学の関係である。

この点についてのエールリッヒの構想は、さきにも指摘したように、実用法学が、「法の科学」の分離によって、それ自体科学的な技術学になるというところにあったとも解される。もし、実用法学が、「法の科学」の分離にかかわらず、旧態依然であるとしたら、自然科学の領域で、技術が科学になることを引き合いにだしたことが、まったく無意味になってしまうからである。では、実用法学は、どのようにして「科学的」になっていくのだろうか。この点では、従来の民法学の科学性とか、その科学化とかについてなされてきた論議の中で、必ずしも十分明確にされたとは

いえなかった。これは私見においても同様であった。しかし、そこで一般に考えられてきたのは、制度の理解や規定の解釈における思考法の部分的な転換だったといつてよい。法の科学的な認識を強調する一方、実用法学の科学性を否定したまま放置するという態度は、ここでははじめから問題にならない。問題は実用法学の科学化であり、これによってのみ、民法学全体としての科学化を、正面からとりあげることになるのである。この点についても、詳論は別の機会に譲り、問題の概観だけをこころみておくことにする。

ここで構想している民法技術学は、技術に重点をおき、価値判断から独立した要素を中心とし、価値判断によってのぞましいとされる社会状態を、没価値的に認識されるプロセスを用いて実現する技術を体系的に組織した学問である。したがってそれは、この技術という観点において、従来の実用民法学と重複する。たとえば、実用民法学の対象である民法典は、技術的構築物として、技術的な視点から、やはり民法技術学の対象となる。そこで構成された制度、理論なども同様である。しかし民法技術学は、立法技術をも対象とし、したがってその範囲はより広範になる。また、対象の重複はありながらも、視点の違いから、その全体として、思考法についての特殊性をもっている。すなわち、価値判断や論理的整序とか根拠づけなどのかわりに、ストレートに実際的実目的を実現する技術そのものが中心となり、これにもとづいた体系化がおこなわれることになる。この点では、ふたつの体系の併存がみとめられるわけである。

要するに、民法技術学は、従来の実用民法学を部分的に変質させたにすぎないものではない。しかし民法技術学で思考法は、従来の実用民法学にも影響を及ぼし、その思考法を変化させることはみとめられる。一方、民法技術学は、一種の政策的な性格をもつが、それはなお、実用民法学の全体と重複するものであり、政策学として、これから独立に存立すべきものではない。⁽¹²⁾ 結局、ここにも将来検討されるべき多くの問題が残されており、民法学の科学化は、共通の認識として解決されたなどとはとうていいえないのである。

六 民法技術学と価値判断

こうして構想される民法技術学は、ひとつの技術学として、当然に価値判断をそのうちにもつことになる。そこで、価値判断によってのぞましいとされる効果を、規範定立によって実現する技術が内容になっているからである。したがって、この点で、たしかに、純粋な認識だけを内容とする基礎的な科学とは異なっており、ここから、民法技術学の科学性、いままで検討してきたところによれば、価値判断から絶縁された性格についての疑問も生ずることになる。

民法学の科学性について考えてきた拙稿につき、松坂佐一博士は、私見に理解を示されながらも、この点について、重要な疑問を提示されている。すなわち、拙稿においては、価値判断の選択そのものについての学問が、科学として成立することはみとめないが、このことと、民法解釈学のうちに価値判断が存在することとの関係について問題を提起される。つまり、私見においては、「価値判断は科学的実用法学の領域として純化されても、なお民法解釈学の前提として、その領域の中に存在することになるが、それでは、『科学は社会現象の客観的・没価値的な認識を内容とする』旨を主張する私見「との間になお問題が残される」ことを指摘される⁽¹³⁾。これは、技術学の科学性についての貴重なご教示であった。そこで、博士のご指摘に触発されながら、以上述べてきたことと関連させて、この点を再考してみたいと思う。なお、私見は、民法技術学の位置づけや、その厳格な意味での科学性の承認などにつき、若干の変化を示してきてはいるが、この問題には、とくに影響がないので、これを技術学全般の問題として論じていくことにする。

自然科学的技術学も、やはり技術学として、当然に価値判断を前提とし、これにもとづいてのぞましいとされる効果を実現しようとする技術が、その内容となっていること、いままでみてきたとおりである。しかし一般に、臨床医学や機械工学等の科学性については疑問がないようである。その理由は、ふたつ考えられる。第一は、そこでおこなわれている価値判断、病気を治療したり予防したりすること、効能の大きい、安全な機械をつくること、またこの方向にむけての処理を「善い」とする価値判断などは、あまりに当然で、問題がないために、これらの学問を考えると、考慮の外におかれてしまうことである。そして第二に、これはより重要だが、さきにも述べたように、これらの学問においては、明白に科学として承認されている基礎学の法則が適用されていることがあげられる。そしてこの科学性は、目的実現の手段として適用される法則自体が、価値判断から絶縁され、没価値的に認識されているところに求められるのである。つまりこれらの技術学においては、ある技術的操作と、のぞましいとされる結果との間を結ぶ、いわば具体化された法則（ある病気はある薬品により、これこれのプロセスで治癒するというような）が、没価値的に認識されているのである。

このような事情は、民法技術学においても、同様にみとめられる。たしかにそこでは、価値判断自体についての論議が重要な地位を占めている。しかし、それにもかかわらず、技術学として、やはり、このような価値判断にもとづいてのぞましいとされる結果と規範定立の間を結ぶプロセスとして考慮されるのは、いままでみてきたように、価値判断から独立したものであり（それが法則としてみとめられるかどうかには関係なく）、しかもそれは没価値的に認識されるべきものである。したがって、ここに重点をおいた、技術学としての民法技術学は、やはり価値の学と対立する性格のものであり、その中で価値判断がとりあげられていることは、この性格に影響をおよぼすことがないといわねばならない。

七 将来の問題

民法学において、その前提となる価値判断から切り離された要素、没価値的に認識される法則類似のものの利用によって、実際的な目的を実現することが、自然科学的な技術学に対応する作業として位置づけられること、また、この技術的作業を中心とし、これを整理し、体系化していくことによって、価値の学としての民法学に対立する、もうひとつの実用的民法学、すなわち民法技術学の形成が展望されることを概観してきた。しかし、この方向を具体的に推進していくためには、なお、さまざまな問題に当面しなければならない。

そのひとつとして、民法技術学の構想を具体化していくために、あらたな視角から、自然科学的技術学を見直していくことが必要となるであろう。民法技術学は、一方において、これから多くのものを学ばなければならないが、それだけにまた、安易に両者の同一性をみとめることなく、これとの差異をも、徹底的に追究する必要がある。しかし、同時に、このような差異の認識は、民法学を価値の学の方角にみちびくものではなく、逆に、あくまでも、価値の学に対立する民法学形成の方角においておこなわなければならない。

また、漠然としたイメージを離れて、自然科学的技術学をみつめるとき、その意外な素顔を見いだすことにもなるだろう。一例として、民法技術学は、その独自の体系構築のために、これをモデルとすることになるが、予想に反して、この自然科学的技術学が、かならずしも十分に整理された体系を構築していないことを発見するのである。⁽¹⁴⁾したがって、民法技術学は、もしかすると、技術学としての独自の体系を模索しながら、孤独な歩みをつづけていくことになるかもしれない。これらは、われわれが克服していくべき将来の課題である。

注

- (1) エールリッヒ「法社会学の基礎理論（改訳版）」川島武宜訳一・二頁。
- (2) キルヒマン「法律学無価値論」田村五郎訳「概念法学への挑戦一頁以下」。
- (3) ファーヴェク「トピックと法律学」植松秀雄訳。
- (4) たとえば、田中成明「現代法理論」の随所にこの思想がとりあげられている。
- (5) 来栖三郎「法律家」〔末川還暦記念・民事法の諸問題二五二頁以下〕。
- (6) 拙稿「民法解釈学の性格と方法」〔早稲田法学四六巻二号一頁以下〕・「科学的民法解釈学の形成について」〔早稲田法学四七巻一号一二三頁以下〕・「取引安全観念の機能について」〔早稲田法学四九巻一号三頁以下〕・「法学と自然科学との交渉について」〔早稲田法学五八巻二号一六九頁以下〕・「民法解釈学について」〔早稲田法学五八巻二号一頁以下〕など。
- (7) 甲斐道太郎教授は、法解釈学が、臨床医学や工学に類似した実用学であることはつとにエールリッヒが指摘したところであるとして、前掲の拙稿を批判されたが〔甲斐「民法学のあゆみ」〔法律時報四四巻一三号一五〇頁〕、実は、エールリッヒの指摘は、なお不明確で多くの問題をふくみ、これを手がかりとして検討をすすめることが、拙稿の目的だったのである。〕
- (8) この点についても、甲斐教授は、「一定の規範定立と一定の社会関係形成との関係を予測することが、法解釈にとって必要なことはいうまでもないことであり、今日の民法解釈者の大部分はそれを十分に意識している」とし、そういう事実の認識が不十分であるとして、拙稿を批判された〔甲斐・前掲一五一頁〕。しかし拙稿では、もちろんこのことを認識したうえで、このような予測が民法学の科学化のためにもつ意義を論じたのである。問題意識の相違であろう。
- (9) 拙著「物的担保法論Ⅰ」一五七・一五九頁。
- (10) 甲斐教授は、このような現象につき、予測がきわめて困難であるとされるが〔甲斐・前掲一五一頁〕、予測の困難さは、予測されるべきプロセスのもつ学問的な意義とは無関係である。自然科学においても、多くの現象が、なお予測困難であるが、それは科学の発達の問題であって、予測の重要性の問題ではない。
- (11) 法の社会制御的機能と「法と経済」アプローチの関係につき、松浦好治「社会制御の裁判理論の可能性」〔法哲学的思考一三四頁以下〕など。
- (12) 法政策学については、平井宜雄「法政策学」。

- (13) 松坂佐一「民法解釈学の基本問題」七八頁。
- (14) たとえば、臨床医学や機械工学なども、きわめて細分化された領域をもっており、それぞれ多様な体系を構築している。また、医学においては、医学概論の講義がおこなわれている大学は、きわめて少数だといわれているが〔沢瀉久敬「医学の哲学」二六五頁〕、これも、医学における体系の特異性を示すものといえるだろう。