



Title	民法学と脱構築 : 吉田「民法理論研究」の意義
Author(s)	今野, 正規
Citation	年報 公共政策学, 18, 151-164
Issue Date	2024-03-31
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/91833">http://hdl.handle.net/2115/91833</a>
Type	bulletin (article)
File Information	18-10_Konno.pdf



[Instructions for use](#)

## 【特集 民法学と公共政策学】

## 民法学と脱構築——吉田「民法理論研究」の意義

今野 正規\*

## 1. 序

1.1 吉田邦彦教授は、2冊目以降のモノグラフを「民法理論研究」として刊行している<sup>1)</sup>。教授は、自身の研究が「理論」研究であることに強いこだわりを持っていたように思われる<sup>2)</sup>。教授のいう「理論」は、民法学で一般に用いられる「いわゆる法理（法ドグマ）を上位概念的にまとめあげるもの——一種の類型化ないし体系的整序の問題」という意味での「理論」ではない<sup>3)</sup>。教授は、それよりもメタの「ものの考え方（思想）のレベル」の問題として「理論」という語を用いている<sup>4)</sup>。すなわち、法理・法命題の立て方、社会の捉え方（社会編成原理）、制度論としての裁判所（司法）の役割、思考様式・推論（リーズニング）の仕方、法現象・法価値の認識論といった総論的観点から、具体的法解釈に引き直して考えるのが教授の「民法理論研究」である<sup>5)</sup>。

教授は、キャリアの比較的早い段階で、以上の意味での「理論」研究に取り組むこととなった。教授自身の述懐するところによると、「リアリズム法学的系譜の継承としての批判法学に立脚点を求めることに、三〇歳台までのかなりを費やすことになった」のであり、それは、「学際的な議論が満ちあふれるアメリカ法学の中に屢々身を置くことになり…、どうしても自身の行っている民法学は何をやっているのか。他分野と比べてどういう特殊性があるのか。自身の法解釈の立脚点、政策論的立場をどこにおくのか。そのように、どうしてもそうした基礎固めをしておくことを余儀なくされた」ためである<sup>6)</sup>。

それゆえ、教授の「民法理論研究」の意義を振り返ることは、教授の民法学を総括する上で重要な位置を占める作業である。もっとも、教授の「民法理論研究」の軌跡

---

\* 関西大学法学部教授 E-mail : konno@kansai-u.ac.jp

1) 吉田（2000）以降、現段階（2023年5月）で第7巻まで刊行されている。

2) ちなみに、教授が1992年に創設した研究会も「民法理論研究会」という名称であり、それ以前からあった「民事法研究会」が判例研究中心となっていることから、「ヨリ広い理論研究の受け皿として発足した」という。吉田（2019）、313頁（[2]頁）。

3) 吉田（1999）（吉田（2000）、3-70頁に所収。以下、同書の頁数で引用する）。

4) 吉田（2000）、4-5頁。

5) 吉田（2000）、5-6頁。

6) 吉田（2019）、309頁（[6]頁）。

については、教授自身によって既に語られている<sup>7)</sup>。したがって、以下では、教授の「民法理論研究」の意義をあくまで筆者の観点から筆者に割り振られたいくつもの各論的テーマに即して試みていくことにしたい。

1.2 ところで、近年の講演の中で、教授は、自身の「民法理論研究」を述懐する際に、「脱構築」という術語を好んで用いている<sup>8)</sup>。周知のように、「脱構築」はフランスの思想家ジャック・デリダに由来する思考様式である。「差延」や「痕跡」といった難解な操作子を伴う「脱構築」という術語に明確な定義を与えることは困難であるが、教授のいう——そして、すぐ後に述べるように若干の幅のある——「脱構築」を教授自身の表現によって要約するならば、「自己の内に異物（痕跡）・『他なるもの』（l'autre）——抑圧された周縁化された視角——を見出し、それに光を当てて、支配的な法価値論に再考を促すもの」である<sup>9)</sup>。教授の「民法理論研究」を理解するにあたっては、これを軸とするのが有用である。以下では、筆者の理解の及ぶ範囲で、教授による「脱構築」の実践に言及しつつ、教授の「民法理論研究」にアプローチしてみることにしよう。

1.3 具体的な検討に入る前に、若干検討対象を限定しておきたい。

先にも述べたように、教授は「脱構築」という術語を比較的広い意味で用いている。たとえば、教授は、比較的初期の論稿において、わが国の契約責任論が、ドイツ法（とりわけ過失責任主義）の強い影響を受けていること、そして、そうした解釈が母法であるフランス法や旧民法、さらには起草者意思から乖離していることを指摘し、わが国の解釈論としては、フランス法ないし英米法からの示唆をもとにした契約責任論（無過失責任化）を推し進めるべきであると主張した<sup>10)</sup>。近年の講演の中で、教授は、こうした研究手法——すなわち、伝統的通説がドイツ法的思考様式の影響を強く受けていることを告発し、それを起草者意思に遡って相対化しつつ、それまで十分に省みられていなかった比較法（フランス法、英米法）の枠組みを取り入れるというも

7) 吉田（2019）、314-283頁（[1]-[32]頁）。吉田（2020）、1008-978頁（[1]-[32]頁）。

8) 吉田（2019）、301-297頁（[14]-[18]頁）の筆者とのやり取りを参照。なお、教授が方法論として「脱構築」を明確に打ち出したのは、吉田（1998a～b）（吉田（2000）、71-164頁に所収。以下、同書の頁数で引用する）であり、それよりも前に方法論を意識して書かれたものにはフランス現代思想よりも分析哲学の影響が強くみられる。吉田（1992a～c）（吉田（2000）、197-251頁所収）、吉田（1992d～e）（吉田（2000）、253-296頁に所収）。したがって、厳密に言えば、教授は初期の方法論に関する論稿から若干の試行錯誤を経て「脱構築」にたどり着いた、という方が教授の方法論の理解については正確かもしれない。その際の試行錯誤がいかなるものであったのかはそれ自体関心事であるが、以下では立ち入る余裕がない。

9) 吉田（2000）、125頁。また、吉田（2000）、86頁も参照。

10) 吉田（1990）（吉田（2003）、2-67頁に所収）。

の——をも「脱構築」の一環として位置づけている<sup>11)</sup>。

しかし、こうした研究手法を「脱構築」と呼ぶのであれば、戦後の民法学のかんりの業績が伝統的通説の「脱構築」であったということになり<sup>12)</sup>、教授の「民法理論研究」の特徴が見えにくくなってしまう<sup>13)</sup>。また、教授自身が述べているように、こうした研究手法そのものは、当時（1990年代）としてもそれほど新しいものではなく<sup>14)</sup>、むしろ、教授は、法解釈が起草者意思、学説史の系譜的研究、あるいは母法の分析とパターン化していったことに対して持った「閉塞感」を方法論探求の動機の一つとして挙げている<sup>15)</sup>。

したがって、以下では、こうした意味での「脱構築」については、あえて考察の対象から外すことにし、その上で、教授の議論の特徴を最もよく示していると思われる関係的契約理論と人格的所有理論を取り上げて、教授の「民法理論研究」の意義をみていくことにしたい。

## 2. 関係的契約理論

2.1 まず、法解釈学方法論の実践として教授が注目したのは、アメリカにおける契約法の動向、とりわけイアン・R・マクニール博士の関係的契約理論であった。

もともと、教授が当初同理論に接近したのは、方法論的関心からというよりも、助手論文以来の「不法行為法による契約侵害からの対第三者的保護」という問題関心からであった<sup>16)</sup>。すなわち、第1契約を締結した後で、当該契約を破棄することによってもたらされる損害を填補してもなお利益のある条件を提示する第三者が現れた場合には、売主は、第1契約を破棄し、後から現れた第三者と新たに第2契約を締結する方を選択するのが自己ないし社会の利益の最大化という観点から合理的であるとする「契約を破る自由」に対して、教授は、機会主義的行動によって不利益を負わされる者の保護を図る見解の1つとして、関係的契約理論に着目している<sup>17)</sup>。

しかし、その後の論稿で、教授は、関係的契約理論を、古典的契約法（ないしその前提となっているイデオロギー）を批判する議論として位置づけるようになる<sup>18)</sup>。す

11) 吉田（2019）、299頁（[16]頁）。

12) 実際、教授自身は、そうした意味でも「脱構築」という語を用いている。たとえば、平井宜雄博士の損害賠償法学（同（1971））も「概念法学（とくに我妻法学）の脱構築である」とする。吉田（2019）、311頁（[4]頁）。

13) 教授自身も吉田（1990）の論稿については、「考察のスタイルも——アメリカ法学の影響を受ける前のもので——伝統的なものである」としていることにも留意すべきである。吉田（2003）の「はしがき」iv頁。

14) 吉田（2019）、311頁（[4]頁）。

15) 吉田（2000）、14頁。

16) 吉田（1988）（吉田（1991）、681-712頁に所収。以下、同書の頁数で引用する）。

17) 吉田（1991）、706頁、吉田（1989）、吉田（2016）、18-21頁、吉田（2018）、41-42頁。

18) 教授の関係的契約理論の理解については、吉田（1992f）（吉田（2003）、68-113頁に所収）、

なわち、古典的契約法は、自由主義、個人主義、市場主義を背景に、個人が拘束される根拠を自立した個人間の意思のみに求めることで前近代的な諸関係から個人を解放する反面<sup>19)</sup>、当事者の意思以外の（前近代的）要素を徹底的に排除し、契約が本来持つ多くの側面を覆い隠すことで、契約概念を当事者の意思の合致のみに純化する「現前の形而上学」に陥っている。教授は、そうした「現前の形而上学」を批判し、契約の持つ多面性を示す議論として關係的契約を位置づける。すなわち、契約は、当事者の意思の合致のみに還元することができない何ものか（たとえば、連帯性、利他性等の諸要素）に基づいて秩序形成するように機能しており、古典的契約法によって周縁化されたそれらの要素を再評価する必要がある。その結果として、「従来の個別的契約規範では、計画・合意の実現の規範への偏りが見られたが、關係的契約においては、当事者間の連帯性——従って、關係維持、柔軟性、役割の統一性、相互性の確保、社会的背景との調和、権力のコントロールおよび手段の適切さなどの各規範——がクローズアップされてくる」<sup>20)</sup>のである。

**2.2** 以上の議論は、それまでの近代法批判の一般的な構図——すなわち、契約自由の原則とその限界を指摘するというもの——とは一線を画すものであったといえる。というのも、關係的契約理論は、古典的契約法によって周縁化された諸要素を、当事者の關係として取り戻すことで、契約概念そのものを再定義する試みにほかならないからである。そこでは、古典的契約法が、その前提をなすイデオロギー——自由主義、個人主義、市場主義——と一体的に相対化される。それでは、關係性は、どのようにして契約に取り込まれるのであろうか。ここでは、厳密な意味での契約からはやや離れるが、教授の關係理論の特徴がよく表れているように思われるインフォームド・コンセント法理に関する議論を取り上げることにしよう。

周知のように、インフォームド・コンセント法理は、医療行為に関する医師からの適切な説明ないし情報提供のもとになされた患者の同意を意味し、もともとは、關係上強い立場にある医師が弱い立場にある患者に権威的・一方的に医療行為を押し付けるという意味でのパターンリズムを是正するために主張された法理である。その意味で、インフォームド・コンセント法理は、医療行為に関する患者の自己決定権を尊重する法理として位置づけられており、その重要性については一般的には異論がない。

しかしながら、教授は、このインフォームド・コンセント法理ないし患者の自己決定権を一面的に強調することに疑問を呈した<sup>21)</sup>。すなわち、わが国の医師は、国民皆

---

吉田 (2010b) (吉田 (2011)、345-364頁に補筆のうえで所収)。

19) 近代的契約法の形成とその思想については、星野 (1983)、3頁 (星野 (1986)、201-276頁に所収)。

20) 吉田 (2011)、98頁。

21) 吉田 (1994a~b) (吉田 (2003)、278-328頁に所収。以下、同書の頁数で引用する)。

保険制度や診療報酬点数制度のもとで「薄利多売」方式の診療を余儀なくされており、インフォームド・コンセントに割く十分な時間的余裕がなく<sup>22)</sup>、また、インフォームド・コンセント法理は、医師・患者関係を訴訟における対立関係として——そして、その帰結として後者を「強く賢い、自律的人間像」のもとに——理解するが、現実の医師・患者関係は対立関係というよりも信頼関係によって成り立っており、それゆえに、医師のパターンリズムを求める患者もいる<sup>23)</sup>。したがって、抽象的な医師・患者関係を念頭に患者の自己決定を一面的に強調するのではなく、医師の置かれている具体的状況や患者の人間像等に応じて、インフォームド・コンセントが求められる場合を類型化することで折り合いをつける方向性を示すのである<sup>24)</sup>。

このようなインフォームド・コンセント法理ないし患者の自己決定権の評価にみられるように、教授は、医師・患者関係を考える際に、医師や患者を固有のコンテキストに位置する存在として捉えることで、当事者の意思以外の様々な要素を考慮すべきであると主張し、同時に、当事者の関係性次第によって妥当する規範（あるいは「生ける法」として現実に妥当している規範）が変化しうることを示した。そこにおいて関係的契約理論は、具体的な関係性から切り離された抽象的な主体をモデルとした従来の議論への批判理論であると同時に、コンテキストに即して様々な規範が形成され、妥当する価値が多様化されること、そして、それらを包摂し、基礎づけるものとして関係性をクローズアップする理論として位置づけられる。

### 3. 人格的所有理論

3.1 次に、教授の「民法理論研究」のもう1つの軸である人格的所有理論を取り上げよう。

教授は、1990年代半ばのアメリカ留学において、マーガレット・J・レイディン教授の人格的所有理論に接した。教授は、この留学経験を「スタンフォード体験」と呼び、「ある意味で革命的だった」とまで述べている<sup>25)</sup>。

レイディン教授の人格的所有理論は、人と物との関係（すなわち所有）の多様性に着目し、それを人格的・個人的なものと代替的なものとに区別した上で、従来は後者が過度に強調されてきたことの反省から前者に着目し、商品化の限界を意識することで、市場における商品の譲渡性の射程を狭めようとするものである<sup>26)</sup>。教授は、この人格的所有理論の研究を通して「川島所有権理論の限界を…まざまざと見せつけられ

22) その点で、インフォームド・コンセント法理の母国ともいべきアメリカとは制度的前提を異にしているとする。吉田（2003）、306-309頁。

23) 吉田（2003）、318-319頁、吉田（2018）、69頁。

24) 吉田（2003）、319-321頁、吉田（2018）、68頁。

25) 吉田（2019）、308頁（[7]頁）。

26) 吉田（1996a～b）（吉田（2000）、337-420頁に所収。以下、同書の頁数で引用する）。

た」としている<sup>27)</sup>。どういうことであろうか。

教授が人格的所有理論に見出したのは、わが国の近代的所有権論——とりわけ近代的所有権を規定する「物の商品性」——の「脱構築」の契機である。すなわち、戦後わが国の近代的所有権論をリードした川島武宜博士によれば、近代的所有権は、「所有者にとっては、ある物に対する所有権はやがて交換価値に転換しまたさらに交換価値に転換する等々という宿命をもっており」、したがって「所有者にとっては本質的には何の感情も情緒をも含むものではない」<sup>28)</sup>。それゆえ、物は、固定された関係性から解放され、市場を商品として自由に流通することになる。

しかしながら、一言で人と物との関係といっても、それは必ずしも一様ではない。このことは、既に川島博士においても意識されていた。川島博士は、先に引用した箇所続けて、「非近代的所有権たるところの、わが国農村における、家族労働による経営の基礎たる農地の所有権ないし利用権は、…農家族の生活感情と不可欠に結びついて」おり、「農家族と農地所有権ないし利用権との結合は、強い愛情と執着をもって貫かれて」<sup>29)</sup>いるとし、農村社会においては人と物との間に強い結合関係があったことを意識していた。しかし、その上で川島博士は、そうした人と物との関係を前近代的なものとし、「無色なる近代的所有権とは比すべくもないのである」<sup>30)</sup>として斥けている。その意味で、川島博士の近代的所有権論は、人から完全に切り離された物(=商品)を、人から不完全に切り離された物よりも価値的に優位するものとして意識的に位置づけ、その帰結として純粋な近代的所有権概念を現前させる試みであったといえる。

教授は、人格的所有理論に依拠することで、こうした「現前の形而上学」を批判し、「脱構築」する。すなわち、近代的所有権論のもとでは、人と物が徹底的に切り離され、あらゆる物が個人の合意によって自由に譲渡できる商品として純化されるが、そうした「物の商品性」は、人と物との多様な関係を覆い隠している。むしろ、今日では、個人の人格と密接な関係にある物もあり、人格的所有権なるものを再評価する必要がある。かくして教授は、近代的所有権論によって周縁化された観点から所有の問題へアプローチする。

教授が最初に取り上げたのは、代理母問題であった。教授は、アメリカにおける代理母問題に関する議論にいち早く着目し、人格的所有理論の観点から同問題にアプローチした。すなわち、教授は、人格的所有理論に依拠して「物の商品性」の論理によって周縁化されてきた人と物との関係を再評価する観点から、代理母問題について

27) 吉田 (2020)、1002頁 ([7]頁)。また、吉田 (2010a)、33-34頁、吉田 (2018)、93頁も参照。

28) 川島 (1987)、157頁。

29) 川島 (1987)、157-158頁。

30) 川島 (1987)、158頁。

は、「人格との近接性、物との関係性・個人性ゆえに、譲渡性は制限されると解すべき」であり、「商品化は、性、赤ん坊との人間的結びつき、愛情関係あるいは親子関係の価値それ自体を害するから、その譲渡性につき否定的に捉えられるべきだ」<sup>31)</sup>とするレイディン教授の議論を好意的に取り上げる。もっとも、この問題に関する教授の立ち位置は、妊娠・出産能力や子どもとの人格的紐帯を理由としてその商品化を否定するという単純なものではない。教授は、代理母問題と人格的所有理論との関係を論じた上で、フェミニズム法学、批判的人種理論、さらにそれらに対する伝統的リベラリズムによる応答を紹介し、代理母問題に関する複雑な議論状況に検討を加えている。その理由を教授は次のように説明している。すなわち、「何故このような基礎理論的あるいは法哲学（法理論）的な考察を、この問題で企てたかと言えば、従来わが国では、一般的に消極論が述べられるものの、単に『公序良俗違反』と言うだけの簡単な指摘に止まるところが多く、この問題の複雑さが十分に理論的に明らかにされることなく、ともすると『代理母』の法規範的評価の問題は『素通り』されていたよう思われるからである」<sup>32)</sup>。つまり、教授の議論は、自由な合意によってあらゆる物が商品化される現代社会において、単に商品として扱われることが認められない物があるということ論じるだけでなく、それを決するには我々がいかなる価値を重視し、尊重するかを議論しなければならないという問題提起をも含むものであった。

かくして教授は、人格的所有理論の観点から、「物の商品性」の論理によって周縁化されてきた人と物との関係を再評価し、近代的所有権論の論理に外延を設けようとするのである。ここでも、従来型の近代法批判の一般的な構図——すなわち、所有権の絶対性とその限界を指摘するというもの——とは異なる形で近代法批判が試みられていることは興味深い。

**3.2** ところで、教授は、この「スタンフォード体験」以降の研究について、「当初は民法解釈中心主義的な捉え方が強かったが、二度目の留学辺りから、もっと自由度を高めて、立法学・政策学も取り込み、民法的な社会問題を広く『民法問題』として捉え直す、ヨリアメリカ法学的な立場にシフトした」<sup>33)</sup>と述べている。教授によれば、この立場のシフトによって、「レイディン所有権論（そしてそこにおける市場主義的な『商品化』（commodification）批判）の軸の下に、——川島所有権理論批判という形で——身体所有論、環境法学、（日本）住宅法学の欠陥、知的所有論、更には先住民民族論が見えてきた」<sup>34)</sup>という。実際、教授は、1990年代後半以降、様々な問題を所有法の問題として位置づけ、検討を加えている。

31) 吉田（2000）、358頁。

32) 吉田（2000）、404頁。

33) 吉田（2019）、309頁（[6]頁）。

34) 吉田（2019）、310頁（[5]頁）。



もっとも、このうち先住民族論が所有法の一環として位置づけられていることには違和感を覚えるかもしれない。実際、わが国では、先住民族問題は、従来、主として憲法学や国際（人権）法学の問題として論じられており、民法学の問題として扱われることはほとんどなかった。しかし、教授は、先住民族問題を民法学の問題として、しかも所有法の問題として位置づけている。それでは、先住民族問題は、いかなる意味で所有法の問題なのであろうか。

教授は、アイヌ民族について執筆された論文の冒頭で「一番根幹の所有の問題については、アメリカではフロンティア開拓にフィットするロック的な『労働理論』という所有論〔無主地に対する労働投下の見返りとして所有権を基礎付ける〕が支配的であったが、近年は先住民族であるインディアンの所有権との関係ないし『征服』という側面について多くの議論が出ている」としている<sup>35)</sup>。すなわち、ジョン・ロックを嚆矢とする労働所有論は、身体の自己所有の延長に労働投下による所有権の取得を認めるものであるが、土地については土地を生活に役立つように改良する農業労働のみが所有権を成立させるとし、それ以外の労働（狩猟・採集・漁撈）による所有権の成立を制限した<sup>36)</sup>。このような土地所有権の根拠づけは、農業労働をそれ以外の労働に優位するものとして位置づけ、農業労働以外の労働による土地所有権の成立を排除することで、土地所有権の基礎づけを農業労働に純化するものである。そして、それは、ともすれば先住民族の土地の収奪を正当化する論理に転化する。なぜなら、こうした基礎づけによれば、狩猟・採集・漁撈を中心とした生活を営んでいる——それゆえ、ロックによれば、土地を生活に役立つように改良しない——先住民族の土地は無主地であることになり、それを新たに開墾し、土地を生活に役立つように改良した植民者に土地所有権を認めることになるからである<sup>37)</sup>。

教授は、こうした所有権の基礎づけにみられる暴力と同じものを明治政府によるアイヌ民族の土地政策に看取した。すなわち、明治政府による近代的土地所有権の導入は、北海道におけるアイヌ民族の狩猟・漁撈中心の土地利用を完全に無視し、アイヌ民族が利用してきた土地の収奪を正当化する論理として機能した。それゆえ、「アイヌ民族の従来所有権（それは、今日の個人主義的な私的所有権ではないにしても、団体的な狩猟・漁労・居住のための土地利用権・漁業権である）を考えると、わが明治以降の近代所有権システムの基底には、先住民族の権限の『侵蝕』『征服』（conquest）の側面が否定できず、まさにそうした所有の問題の延長で、『補償』（reparations）論を考えることが、原理的に求められている」<sup>38)</sup>とする。つまり、土地

35) 吉田（2005a～b）（吉田（2006）、343-394頁に所収。以下、同書の頁数で引用する）。

36) ロック（1968）、37-38頁。

37) ロックの労働所有論の以上の帰結については、平子（2007）、6-13頁を参照。

38) 吉田（2006）、352頁。また、吉田（2010a）、19頁では、「狩猟・漁労を主たる生活様式としていた先住民族に農耕を前提とする所有権システムを押し付けることの問題である」と

所有権の基礎づけの「脱構築」を通して近代的土地所有権概念の暴力性を告発し、人（先住民族）と物（土地）との関係（すなわち、所有）を重視する立場から、明治政府によってなされた収奪に対する「補償」を導出するのである。かくして導出された「補償」理論は、教授の中心的な研究テーマの1つを形成することになるが、同理論についてはこれ以上立ち入らない。ここでは、先住民族論においても「脱構築」が議論の契機となっていることのみを確認するにとどめることにしたい。

#### 4. 結びに代えて——プラグマティズムとしての「民法理論研究」

4.1 以上のように、教授の「民法理論研究」は、関係理論を軸として従来議論の一面性を暴露し、それによって抑圧され、周縁化されてきた側面を浮かび上がらせるという「脱構築」の歩みであったといえる。

抑圧され、周縁化された視角から支配的な法価値に再考を促す教授の思考様式は、極めて多様な帰結を導く。実際に、教授は、关系的契約理論と人格的所有理論の共通性を関係の多様性に求めている。すなわち、「人格（personhood）の観点からのレイディン理論は、要するに、人と物との関係（person-thing relationships）の多様性に留意することにより、伝統的な所有の把握・規制の仕方に反省を迫る批判理論であり、この点でまず、契約法の場面で契約当事者間の関係に即して多面的に捉えて、市場的な経済分析に批判を投じた関係契約理論〔マクニール理論〕と相通ずるところがあるように私には思われる」<sup>39)</sup>。あるいは人と人との単発的・継続的關係、あるいは人と物との代替的・人格的關係をできるだけ多様なままで捉えようとするのが関係理論（关系的契約理論、人格的所有理論）であるとすれば、法解釈は、おそらく個別のコンテクストに即した徹底した利益考量に行き着くであろう。たとえば、教授は、既にみた医師・患者関係においては、コンテクストに応じて医師のパターナリズムにも一定の評価を与え<sup>40)</sup>、また、代理母問題についても、それを一律に否定するのではなく、無償の場合には契約を有効とする立場に与しているが<sup>41)</sup>、こうしたコンテクストに即した、あるいはケース・バイ・ケースの「一筋縄ではいかない」<sup>42)</sup>議論にこそ教授の「民法理論研究」の特徴があるといえるのではなかろうか<sup>43)</sup>。

---

する。

39) 吉田（2000）、351頁。

40) 吉田（2003）、327頁。「パターナリズムという用語には、医事法学（医の倫理）の領域では、ある種消極的な非難の意味あいがあるが、本来は医療側の負担・責任を強める概念ではないか」とする。

41) 吉田（2000）、405頁。

42) なお、この点につき、窪田（2003）、86頁を参照。

43) そのため、「価値のヒエラルヒア」のような価値の序列化による一元的な秩序は断念される。というのも、現実には価値はコンフリクトし合っており、それらの諸価値を客観的に序列化することは不可能であるからである。吉田（2019）、310頁（[5]頁）、吉田（2020）、

しかし、そうであるからといって、教授の議論は、対立する価値の共約不可能性をいたずらに強調するだけのものでは決してない。教授は、『脱構築』することを強調したからといって、ただ潰していればよいというものではなく、拮抗する法的議論の説得的批判のためにも、何らかの超越的な法的正義論は必要であろう<sup>44)</sup>とし、また「法的議論においては、何らかの形で法制度的にオーソライズされる法律論が、その時その時にある」<sup>45)</sup>としている。もちろん、これは、真理や正義として特権的な法的議論があるということではない。おそらく教授にとって法的議論は、常に可謬性を帯びており、流動的であるため、ある時代にある場所において「正しい」とされた議論も、時代や場所が変化すればそうでなくなるものとして理解されている。したがって、真理や正義として普遍的に正当化されるような法的議論は存在しない。むしろ、教授にとって目指されるべきは、絶対的な真理・正義によって一元的に統治される秩序ではなく、「絶えず異質で拮抗する価値原理、考量ファクターが緊張・相剋関係（「差延」的關係）をもって存在しており、そのようなディレンマを内包しながら形成される『秩序』なのである」<sup>46)</sup>。

このように、教授の「民法理論研究」においては、複数の異なる価値判断に基づく見解を突き合わせ、仮想的・暫定的なコンセンサス（たとえば判例・通説）を確認しつつ、「脱構築」を通してそれを不断に改定し続ける作業こそが法的議論のあるべき姿として措定されている<sup>47)</sup>。ここにみられるのは、アメリカ由来のプラグマティズムの「ものの考え方（思想）」である<sup>48)</sup>。

---

1004頁（[5]頁）。何より、「価値のヒエラルヒア」を重視するという立場は、一定の価値を優位とし、別の価値を劣位とするもの——あるいは優位にある価値を前景化し、劣位にある価値を後景化するもの——であり、「現前の形而上学」を批判し、「脱構築」する教授の方法論からは受け入れることはできないであろう。吉田（2000）、125-126頁。

44) 吉田（2000）、125頁。

45) 吉田（2000）、126頁。

46) 吉田（2000）、150頁。

47) 吉田（2000）、398頁、412-415頁、吉田（2019）、310頁（[5]頁）。吉田（2020）、1004頁（[5]頁）。

48) なお、教授のプラグマティズムの思考は、近年の債権法改正に対する姿勢にも明確に表れている。教授は、債権法改正について、「判例・通説として、コンセンサスが得られていることだけを実定化するという地味な法改正に留める」という意味でのオーバーホール的な作業については一定の評価を与えつつ、解釈論が分かれている問題について、特定の立場に基づいた解釈を立法によってオーソライズする「解釈論的立法」を多元的な価値判断や考量の緊張・拮抗による秩序を崩すことにつながるとして強く批判している。吉田（2015）、6頁（吉田（2017）、270-271頁）。また、吉田（2008b）、106-112頁（吉田（2017）、249-262頁に所収）、吉田（2010c）、76-87頁（吉田（2011）、379-409頁に所収）、吉田（2020）、988-980頁（[21]-[29]頁）をも参照。

4.2 そしてまた、複数の異なる価値判断が突き合わせられて形成される法的議論においては、自説も特権的な位置を占めることはできない。教授は、自説を絶対視せず、自らの価値判断を議論によって洗練していくことが重要であるとする<sup>49)</sup>。では、教授自身は、いかなる価値を重視したのであろうか。

教授の立場を一言で要約するのは困難であるが<sup>50)</sup>、教授は、価値の問題に言及する際に、しばしばレイディン教授の——アレストテレスに由来する——「人間的充実」や「良き生」という考え方を導きの糸としている。もっとも、「人間的充実」や「良き生」が何かについては、「状況・コンテキストにより評価が異なったり、また同一場面でも異なったりする評価視角により緊張関係を孕むもの」<sup>51)</sup>ともしており、おそらくそれに対する応答は際限のないものとなる。ただし、いかなる価値を重視すべきかについて序列をつけることは困難であるとしても、尊重されるべき価値があること自体を否定しているわけではない。たとえば、確かに「契約を破る自由」や代理母契約を自由に認めることによってもたらされる利益はあるのかもしれないが、それによって達成される財の適正な配分はありうるのかもしれないが、人と人との関係や人と物との関係を無条件に個人や市場に委ねることが我々の社会にいかなる影響をもたらすのか、それによって我々が保護してきた価値（たとえば、公正、信頼、連帯、愛情など）が損なわれる恐れはないのか。教授は、このような各論的な問題を通して、我々にとって好ましい価値とはいかなるものかという根本的な問いに絶えず思考を及ぼしていたように思われる<sup>52)</sup>。もちろん、価値の問題について究極的な答え——すなわち、普遍的に正当化される真理や正義——を付与することは、教授のプラグマティズムと

49) 吉田 (2019)、290頁 ([25]頁)。

50) 概して言えば、教授は、自由（放任ないし尊重）主義、（利己主義的）個人主義、市場（原理）主義に対して批判的な立場を示し、被害者やマイノリティー等の社会的弱者の側から議論を展開した。こうした立場は、「脱構築」の帰結でもあった。というのも、「脱構築」という作業を通してクローズアップされるのは、従来の議論において抑圧され、周縁化されてきた側⇨社会的弱者であるからである。もっとも、教授のこうした立ち位置を考える際には、教授がフィールドワークを通してかなりの数の紛争当事者・利害関係者に接していたことも考慮されるべきである。教授の「現場主義」は、その価値判断にも多くの影響を与えたように思われる。詳細は、本企画の他の論稿に委ねる。

51) 吉田 (2000)、125頁。

52) たとえば、第三者の債権侵害については、わが国の伝統的な議論においては「競争に関する秩序・倫理・公平さへの関心が欠落していた」とし、教授自身は「契約の対第三者保護——関係的利益（取引関係）の不法行為法上の利益の保護——を強調して、『自由競争』における取引倫理、公平さ（フェアプレイのあり方）をクローズアップさせた」とし、効率性とは異なる価値を重視する。吉田 (2008a)、96頁、吉田 (2012)、95-96頁。また、代理母問題については、「人工生殖医療関係者の自由意思の結びつきでなされている限りでは、他者に損害をもたらさない『ウィン・ウィン・ゲーム』のように見える」としつつも、身体の不可譲渡性という義務論的な問題や代理母を認めることによって生じる帰結論的な問題との調整を要求する。吉田 (2018) 95-97頁。いずれの場合にも、明確に価値の問題を意識している。

相容れないであろう。しかし、そうであるとしても、我々は価値についての問いを回避するのではなく、議論し続けなければならない。その試みこそが教授の「民法理論研究」なのであり、同時に、我々へ向けられたメッセージであるように思われるのである。

### <参考文献>

- 川島武宜 (1987) 『新版所有権法の理論』岩波書店 (初出、1947)
- 窪田充見 (2003) 「(書評) 吉田邦彦著『契約法・医事法の関係の展開』(有斐閣、2003年)」『法律時報』第75巻8号、83-88頁
- 平子友長 (2007) 「西洋近代思想史の批判的再検討」川越治=植村邦彦=野村真理編『思想史と社会史の弁証法 (良知力追悼論集)』お茶の水書房、5-30頁
- 平井宜雄 (1971) 『損害賠償法の理論』東京大学出版会
- 星野英一 (1983) 「契約思想・契約法の歴史と比較法」芦部信喜ほか編『基本法学4——契約』岩波書店、3-79頁
- (1986) 『民法論集第6巻』有斐閣
- 吉田邦彦 (1988) 「契約侵害 (債権侵害) に関するアメリカ法の近時の動向」『北大法学論集』38巻5号、1605-1636頁
- (1989) 「(論文紹介) Ian R.Macneil: Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a “Rich Classificatory Apparatus”, 75 Nw.U.L.Rev. 1081-63 (1981)」『アメリカ法』1989-1号、80-87頁
- (1990) 「債権の各種」星野英一編代『民法講座別巻2』有斐閣、1-44頁
- (1991) 『債権侵害論再考』有斐閣
- (1992a) 「法的思考・実践的推論と不法行為『訴訟』(上)」『ジュリスト』997号、58-64頁
- (1992b) 「法的思考・実践的推論と不法行為『訴訟』(中)」『ジュリスト』998号、87-95頁
- (1992c) 「法的思考・実践的推論と不法行為『訴訟』(下)」『ジュリスト』999号、87-92頁
- (1992d) 「『債権侵害と法解釈論』再論 (上)」『法律時報』64巻12号、40-47頁
- (1992e) 「『債権侵害と法解釈論』再論 (下)」『法律時報』64巻13号、234-243頁
- (1992f) 「アメリカ契約法学における損害賠償利益論」『アメリカ法』1992-2号、246-281頁
- (1994a) 「近時のインフォームド・コンセント論への一疑問 (1)」『民商法雑誌』110巻2号、254-272頁
- (1994b) 「近時のインフォームド・コンセント論への一疑問 (2・完)」『民商法雑誌』110巻3号、399-428頁

- (1996a) 「アメリカ法における『所有権法の理論』と代理母問題（前編）」中川良延ほか編『日本民法学の形成と課題（下）』有斐閣、1165-1208頁
- (1996b) 「アメリカ法における『所有権法の理論』と代理母問題（後編）」山島正男=五十嵐清=藪重夫先生古稀記念論文集刊行発起人編『民法学と比較法学の諸相 I』信山社、189-222頁
- (1998a) 「アメリカにおける批判法思想の展開とわが民法学の行方（1）」『民商法雑誌』119巻2号、185-232頁
- (1998b) 「アメリカにおける批判法思想の展開とわが民法学の行方（2・完）」『民商法雑誌』119巻3号、354-389頁
- (1999) 「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』北大図書刊行会、81-144頁
- (2000) 『民法解釈と揺れ動く所有論（民法理論研究第1巻）』有斐閣
- (2003) 『契約法・医事法の关系的展開（民法理論研究第2巻）』有斐閣
- (2005a) 「アイヌ民族の民法問題（上）」『ジュリスト』1302号、62-71頁
- (2005b) 「アイヌ民族の民法問題（下）」『ジュリスト』1303号、48-62頁
- (2006) 『多文化時代と所有・居住福祉・補償問題（民法理論研究第3巻）』有斐閣
- (2008a) 『不法行為等講義録』信山社
- (2008b) 「近時の『民法改正』論議における方法論的・理論的問題」『ジュリスト』1368、106-112頁
- (2010a) 『所有法（物権法）・担保物権法講義録』信山社
- (2010b) 「マクニール先生のご逝去を悼む」『ジュリスト』1406号、112-116頁
- (2010c) 「近時の『民法（債権法）改正』目的・趣旨の再検討と法解釈方法論」『法律時報』82巻12号、76-87頁
- (2011) 『都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」（民法理論研究第4巻）』有斐閣
- (2012) 『債権総論講義録（契約法I）』信山社
- (2015) 「民法（債権法（契約法））改正について」『判例時報』2270号、3-16頁
- (2016) 『契約各論講義録（契約法II）』信山社
- (2017) 『東アジア民法学と災害・居住・民族補償（中編）（民法理論研究第6巻）』信山社
- (2018) 『民法学と公共政策講義録』信山社
- (2019) 「日本民法学の近時の変貌の回顧と将来の方途」『北大法学論集』70巻2号、314-283頁（[1]-[32]頁）
- (2020) 「民法学と公共政策」『北大法学論集』70巻5号、1008-977頁（[1]-[32]頁）
- ロック、ジョン（鶴飼信成訳）（1968）『市民政府論』岩波書店（岩波文庫）

# **Deconstruction of Civil Law Scholarship: The Meaning of Civil Law Theories**

**KONNO Masanori**

## **Abstract**

The meaning of Professor Yoshida's civil law theories can be conceived as deconstructive critical theoretical practice regarding still dominant classical legal doctrines. His deconstructive legal practice has been typically performed as multifaceted relational contract theories as opposed to classical/neo-classical contract doctrines, influenced by Professor Macneil. He also develops this deconstructive theory in the field of health law, especially with regard to the classical "informed consent" notion of doctor-patient relationship, and thus introduces neo-institutional economics into the health care financing field. His Derridian critique based on his 'differance' idea could also be noticed in his critique of Professor Kawashima's over-commodified property theory, in accordance with Professor Radin's personality theory. His critical theoretical deconstructive practice, covering business torts, artificial medicine, housing, environment, and informational property etc., depends on concrete and empirical situational analysis, and thus, can be named "pragmatic" critical interpretative civil law theory.

## **Keywords**

Deconstruction of civil law interpretation, differance theory, relational contract theory, personal property theory, pragmatism