



Title	副報告 現代思想から見た民法解釈方法論 ー平井教授の研究を中心として
Author(s)	吉田, 邦彦; YOSHIDA, Kunihiko
Citation	北大法学論集, 47(6), 155-181
Issue Date	1997-04-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15706
Type	departmental bulletin paper
File Information	47(6)_p155-181.pdf



現代思想から見た民法解釈方法論

——平井教授の研究を中心として——

- 一 はじめに——若干の弁明
- 二 平井論文の方法論的意義——「議論」論の思想的背景
批判のエンジン——「現代社会」の解釈・意味づけ、規範への反映のさせ方
——私法体系のゆらぎとミニ理論の「デパート化」
- 三 (1) 序論・プラグマティックな批判理論（ミニ理論）の可能性
「共同体」「関係」的視角
(2) 「(厚い)人格」論及び所有論
(3) 「権力」の問題
(4)

吉田邦彦

- (5) 「非合理」「情緒」「生」の問題
 (6) 「目的」の設定のしにくさ
- 四 制度的問題——「法的思考」・「裁判」・「立法」
- (1) 「法的思考」の役割
 (2) ルール・v・スタンダードの問題
 (3) 二つの思考様式の関係
- 五 欧米の思想・理論と日本法——日本における「意思決定」「法意識」のあり方

一 はじめに——若干の弁明

瀬川教授を主宰者として、この夏から来年（一九九七年）の私法学会の準備会を進めてまいりまして、本日の平井宜雄先生のお話のコメントをするように命ぜられました。しかしどう考えてみても力量不足で、広範囲の御報告内容にコメントし尽くすことなど不可能ですので、結局自身の民法学方法論上の悩みをお話しし、その中で平井法学とのかかわりを述べるといふやり方をせざるを得ません。

また、先程「外来知識の摂取」について警告されましたが——おそらくそれは、欧米におけるコンテキストに留意して、その直輸入には慎重であれということなのでしょう⁽¹⁾——、昨年アメリカ留学から帰国した私にとっては、話のネタは外国法、とくにアメリカ法学に求めるほかはなく、その点は御了承願いたいと思います。但し、できるだけコンテクスチュアルに語りたいのです。それはこういうことです。数年前に設定した私の課題として、「現代思想から民法

学は何を学べるか」という問題がありまして、⁽²⁾「批判的法学研究（CLS）」について検討を進めることが必要であり、私は、その西と東の拠点である、スタンフォードとハーバードに滞在しました。ところが、これが中々難しく、包括的に書き進めることは大変なことだと思ふようになりました。⁽³⁾例えば、最近フランクフルト学派の中心論客のアドルノの翻訳が出されました（『否定弁証法』）が、これを理解するにはヘーゲルを知らねばなりませんし、さらには、ヘーゲルがカント・フイヒテ——さらにはユダヤ・クリスト教思想と申せましょう——と対峙しつつ着目したギリシア思想、とくにアリストテレスにまで遡る必要があるのです（そして同様のことは、ヘーゲル以降のニーチェ、ハイデガーなどについても言えるのです）。そういう具合ですから、これから述べることも自ずと中間報告、いや序盤報告とならざるを得ません。それでは始めます。

二 平井論文の方法論的意義——「議論」論の思想的背景

まず、平井論文——とくにここでは『法律学基礎論覚書』、『続・法律学基礎論覚書』〔以下、正・続で引用する〕を念頭においていますが——の方法論的意義を検討します。しばしば、平井教授の立場は「議論のアプローチ」として整理されていますが、⁽⁴⁾それだけでは何故そのようなアプローチが採られたのがよく理解できません。それを知るためには、思想的バックグラウンドを視野に入れる必要があります、そうすると、いわゆる「第二次法解釈論争」⁽⁵⁾の哲学的意義としては、言語論的転回（これは、平井教授がハーバードの言語行為論やポパーの後期の「世界3」の議論に触れられる（続・八頁以下、六〇頁以下）ことにも示されています）を踏まえた上で、「議論」ないし「法的構成」、あるいは法的議論の空間の理論的意義を明らかにされたところにありまして、これは教授の元来の出発点であった（論理）

実証主義ないし基礎づけ主義 (foundationalism) を批判する結果をもたらしているように私には思われるのです (さらに、第二の意義は、日本の法思想において、法律論の意義を論ずることにはアンチ・テーゼ的な意味があるということでありまして、これについては後に述べます)。具体的な説かれ方として例えば、『マクロ正当化』が確実な基礎づけによって究極的に『正当化』されなければならないという考え方はこれを棄てるべきである」とされる (五五頁) ところに端的に示されており、さらに、決め手は、「経験的事実による実証」ではなく、「相互主観的な批判的討論」を保証する社会制度 (制度的枠組) ないしそれを支える規範を維持発展させることだとされ (二一八―二一九頁)、多種多様な法律論を提供することが重要で (四四頁)、価値のヒエラルヒアではなく、コンフリクトの状況にあると述べられておられます (四五頁)。ここには従来の考え方を突き抜けるものがあり、プラグマティズムの精神に充ちているように私は思われ、認識論 (epistemology) 上の転回が見られるのです。

このことを敷衍するために、私自身の「この問題群への入り方」⁽⁶⁾を話してみます。「法とは何か」に関心を持ちつつ渡米した私は——恰度平井論文が日本で出されていた頃——実践的法学研究ないしプラグマティズム法学と呼ばれる潮流に関心を持ちました。これは多義的なのですが、その第一の系譜として、リアリズム法学への批判としての法実証主義ないし形式主義の復権現象だと思いました (平井論文で挙げられているワッサーストロームの他、バートン、シャウアー、ドウオーキン、ラズ、パターソン、スティック、ワインリブ等)。そしてこの哲学的バックグラウンドは、オックスフォードの「日常言語学派 (ordinary language school)」があると見て、ハート (『法の概念』) や J・L・オーステイン (『言語と行為』) などを勉強し、その淵源には後期ヴィトゲンシュタインの言語ゲーム論的考え方 (『哲学探究』) (周知のように、前期の『トラクタトゥス (論理哲学論考)』の頃は、世界と言葉との関係についての写像理論を採り、論理実証主義の中心人物でしたが、その後大きく転回を遂げたのです) ⁽⁷⁾があることもわかりました (実証主義的な設計

主義批判としてのハイエクの議論（とくに『法と自由と立法』も連続的に捉えることができます）。そして、大陸に目を転ずると、客観的・超越的真理が実在することを疑う現象学及び解釈学の潮流がありまして、純粹意識からの働きかけ（意味づけ）として対象が構築されるというフッサールの「内在・超越」「これは、可疑なもの意です」⁽⁸⁾ないし「ノエシス・ノエマ」論及びそれを継承するハイデガールの「（現）存在・存在者」の考え方が代表的ですが（フランスへは、メルロポンティに、アメリカ社会学へは、シュッツ、バーガー・ラックマン、さらにはガーフィンケルらのエスノメソドロロジーに波及します⁽⁹⁾）、古くは、アリストテレス（『形而上学（第一哲学）』のプラトン批判——プラトンは、超越的イデアを真実とするのに対し、アリストテレスは、個物（これを第一実在とします）から出発し、形相（エイドス）を述語化し、個物はエイドスでは汲み尽せない実体（ウーシア）で、それらの秩序の問題を扱うのが存在論⁽¹⁰⁾神学（テオロギケ）だとするので⁽¹⁰⁾——にまで遡るのでありまして、ここには、経験主義・感覚主義、そして自然（ピュシス）との融合という色彩があるのです。自然の魂としての神「第一動者」（可能態「デユナミス」）は、個物たる実体に現実態「エネルゲイア」として体現し、規定し、意味づけるものであり、後世（新プラトン主義以降）のようなピュシスを越える——その意味で宙に浮いた——超越的存在論は採られていないことが重要でありまして、この点で経験的・直観的内在たる生活世界に戻って、「客観（客体）的」世界を現象学的に還元しようとする考え方と通ずるものがあるのです（それゆえに、アリストテレスを志向したハイデガーは、（本来の）「存在忘却の歴史」と述べたのです）。こうした、ヨーロッパの哲学的潮流は、アメリカにおいては、昨今のプラグマティズムの再解釈、復権現象という形で呼応して現われているようであり、ローティ、パトナムらが中心となり、しばらく前までは見向きもされなかったJ・デューイの哲学——その民主主義論、共同体志向、自然主義等——が脚光を浴びるに至っております⁽¹¹⁾。そして、その法学版が、冒頭に述べたプラグマティズム法学の第二の系譜であり（クロンマン、レイディン、ミノウ、ファーバー、C・ウエス

ト等)、これらの論者は、近代の合理主義、理性中心主義、個人主義を批判・克服するために(ネオ)プラグマティズムを使うとするのです(ポズナー流の道具主義的・科学主義的プラグマティズムは、孤立的位置を占めています)。従って、この系譜のネオリプラグマティズムは、——第一の系譜ともオーバーラップするのですが——批判的方法論として位置づけられ、いわゆるレフトの論者によって説かれることが多いのです。

やや長くなりましたが、平井論文の問題提起はこうした思想史的転回につながるのではないかと考えて前に論文を書きました(注(6)参照)。平井教授は、議論・討論の「実践」に立ち返り、超越的な価値の実在化——そして基礎づきの(foundational)な「マクロ正当化」——を、先に引用したように拒否されるわけでありまして、そのコロラリ——として、星野教授の「価値のヒエラルヒア論」を批判されます。しかしだからと言って、それを価値相対主義(ニヒリズム)ないし価値不問主義だと言って反論するのは、⁽¹²⁾転回前の実証主義的な立場にたつことになります(誤解を避けるため申しますが、私は、利益考量論が、議論の場で法命題(法律論)として用いられることには、問題はないと考えるのです。ただ従来は、「利益考量」の射程は広く——それが悪いことだとも思いません——、法命題たりうるそれか、そうでないそれかを、⁽¹³⁾区別する意識が弱かった。その点を、法言語空間の強調とタイアップして、衝いたところに平井論文の意義があるのだと思います)。むしろ現実には、多元的な——そして場合によっては非通約的(incommensurable)な——「意味づけ」(フッサール)の林立状況があるわけでした。価値論については進展的な(evolutionary)捉え方がなされ(続・二八頁以下)、絶えざる批判の繰り返し⁽¹³⁾の所産としての遂行的な(performative)法秩序と言うイメージになるわけです。

具体例な民法の例を出します。(1)先週の瀬川教授の本準備会の報告の中で、利息制限法一条をめぐる判例法理の展開
[[元本充当法理(民四九一条)による法一条二項の空文化]]に言及されて、星野評釈(注(13)参照)を援用して、や

はり背後には裁判官の「勸」が作用し、このような規制を加えても金融梗塞にならないという社会的実態によって根拠づけられる旨指摘されました。⁽¹⁴⁾しかし、前にも書きましたように、⁽¹⁵⁾第一に、それは確かに有益な示唆ないし見方(perspective)かも知れませんが、もしそれを法社会学的に見て唯一客観的な「金融秩序」の規制のあり方だとされるのならば、実証主義的なフアラシーがあり、方法的に見て「第二次解釈論争」以前のリアリズム法学的前提が見え隠れしています。望ましい金融秩序という意味づけは多元的なものであり、他方では、厳格な利息制限法の規制には反対されて、「中利貸し」の必要性を説く竹内博士(金融法研究三号)のような見方もあるのです。また第二に、利息制限法上の規制と金融梗塞の有無との法社会学的因果関係論を——これは従来の「利益考量論」の一環で説かれていたようですが——果して「法命題」として法的議論の場に出せるのか、という見地からの検討も必要でしょう(そういう議論をもししたら、すぐ反論されてしまうのではないのでしょうか。もっとも、学者の社会学的知見としては貴重であることを否定するわけではないことは、言うまでもありません)。⁽²⁾また、借地借家法の「正当事由」論(同法六条、二八条)による法規制に対しては、周知のように、経済学者より、効率性ないし借地借家市場への参入拡大の見地からの批判があります⁽¹⁶⁾、「居住秩序」(住まいの意味)⁽¹⁷⁾についての別の意味づけがありますから、そう簡単にはいきません。⁽³⁾さらに、過失責任主義(民七〇九条)についても、法原理的に必然のものではないのですが、他方で、「不運」との線引きはどこかでしなくてはなりません。⁽¹⁷⁾そしてそれは、個別具体的に——例えば、交通事故、医療過誤、製造物責任、薬害責任、国賠責任、近隣訴訟等——遂行的に「生活秩序」を形成するほかないものだと見ることができのです。また、過失相殺(民七二二条)につきましても、寄与度減責の見方が唯一のものではなく、別の被害者保護の意味づけの余地があることも示されています。⁽¹⁸⁾

説 ましたが、それだけでは決着しないのです。と言うのは、解釈者との関係での語用論、あるいは「意味づけ」が重要だと言ってみても、それだけでは済まされず——遂行的秩序は、右（現状維持的）にも左（批判的）にも捉えられるのです——、これから先、どう意味づけて「実践」するか、（私の場合批判的実践に魅かれますので）それを次にお話します。

三 批判のエンジン——「現代社会」の解釈・意味づけ、規範への反映のさせ方

——私法体系のゆらぎとミニ理論の「デパート化」

(1) 序論・プラグマティックな法社会学的批判理論（ミニ理論）の可能性

そこで、既存の法秩序に批判的な意味づけ、議論をするための、具体的問題に即しての幾つかの視座（*Perspectives*）——その意味での「ミニ理論」としての批判理論——の必要性を感じ、以下にさしあたり思いついた（トポイ）カタログを述べてみます。これがどのように平井教授の議論とかわるのかを一言しますと、第一に、おそらくこうしたこととは、『法政策学』のスキームでは、「プリズム」としての正義論（同書（以下では『法政』と略す）九四頁、一一〇頁）がその役割をするのでしようが、やや理論として一般的にすぎる感じがしますので、⁽¹⁹⁾もう少し具体的にトポスを示してみたいと思います。そしてそのためには、結局社会をどう見るか、解釈するか、という法社会学的考察を余儀なくされます。また第二に、法命題の開拓、彫琢のための「発見のプロセス」として従来ともすれば定石化されていた利益考量的方法に対して、平井教授は異を唱えられたわけですが、ここではそれを意識しつつ種々の態様の批判的議論をお示ししようと思っております。⁽²¹⁾

レジメに示した私のカタログ「(三)(2) (6)の見出し」をご覧になると、非体系的、相互分裂的であると訝しく思われる向きもあろうかと思いますが、その際ターゲットとして絶えず念頭にあったのは、川島博士の私法理論（『所有権法の理論』『債権法総則講義』等）、そしてさらにヨリ一般的理論としては、個人主義・リベラリズム・合理主義・理性中心主義などと言ったものであります。それでは、何故今日では川島理論のようなものが説かれなくなったのか、を考えてみるのは興味深いことです。私は考えますに、川島博士のような構想力のある民法学者がいなくなったというよりも、現代の社会実態がそれを許さなくなったのではないのでしょうか。⁽²²⁾考慮すべき観点が多元化し、相互に相克する状況を呈し、自ずとプルーラルな理論を示さざるをえなくなった（しかし相互に全く関連しないわけではないことは、後に示します）のです（これを、ポストモダン⁽²³⁾的狀況と言えるかも知れません。「デパート」というのは村上教授の言葉です）。

しかし、かと言って、ただ個々の判例研究などに没入しさえすれば済まされるものではなく、社会学などの法教義学以外の他領域にも目配りをして、何らかの「ミニ理論」を考案していくことは必要だと、私は思うのです。かくして、エッセンシャルないしファウンデイショナルな議論ではなく、状況や問題に適合的な、プラグマティックな議論をせざるを得なくなっているということが、社会背景としてあると思います。

(2) 「共同体」「関係」的視角

そこで批判理論の中味に入りますが、まず「個人」に対して、「共同体」をどう捉えるか、どう位置づけるかという問題があります。平井理論の思想的バックボーンとしてヴェーバー（ないし方法論的個人主義（これについては、『法政』四八―五〇頁））がありますが（ついでに、それ以外のバックボーンとしては、カント、ポパー、そして丸山眞男を挙げる事ができるのではないかと、私は見ております）、それを意識してというわけでもないですが、私はデュルケムの社会理論に魅かれるようになり⁽²⁴⁾（とくに『社会分業論』）、それを——昆虫学なども踏まえて——契約法に応用して、

伝統的（古典的）契約理論の一面性を批判する関係契約理論を提唱したI・マクニール教授の⁽²⁵⁾仕事に着目し、同教授の下へ、最初の留学先として参りました（一九八九―一九九一年）。具体的には、継続的契約の扱い方について特色が出て、その場合に連帯性（関係維持）、柔軟性、社会的背景との調和、権力コントロールなどを強調されるのですが、この点はその後内田貴教授も力説されるところですから、⁽²⁷⁾皆さん御存知でしょう。

より広く、個人主義ないし資本主義社会における「疎外」の問題及び「類的存在」（Gattungswesen）の確保のあり方は、初期マルクスも説いたところですし（『経済学・哲学草稿』『ドイツ・イデオロギー』）、今日の批判的な論者には、マクニールの関係志向的契約理論ないし官僚制権力に見られるような道具的合理主義の批判（非官僚的な共同体を強調します）と同様の問題意識は共有されていると言えるでしょう（例えば、R・ベラーらの社会学的著作は注目されるところでしようし、現代社会の多元的・多文化的状況においては、アイデンティティの拠点としてのローカルな集団（分権的共同体）への帰属の意義が説かれている（C・テイラー）ことも逸⁽²⁸⁾することができません）。さらに、大陸に目を転じますと、N・ルーマン等のシステム社会論が耳目を引きます。彼のオートポエシス論は多分に比喩的であつて中々法理論としては使えないのではないかと思います（平井教授も批判的です（『法政』三八―四〇頁））、これは一種のギールケ流の社会有機体論の復権現象でありまして、トイブナーの議論などはマクニール理論と共通する面もあるのです。⁽²⁹⁾なお、この点で触れておかなければいけませんことは、平井教授の近時の『法政策学』の第二版では、組織論にも分析が及んで、それに法政策学上の一定の理論的地位が与えられるに至っている（一五六頁以下）⁽³⁰⁾ということですが、

(3) 「(厚い) 人格」論及び所有論

次に、「人格」の捉え方、意味づけの問題があります。従来はカント的な（薄い）人格論が一般に措定されていたようですが、近年はアリストテレスの復権もありまして、しばしば「人間的充実（human flourishing）」ないし「良き人生」

ということが説かれます⁽³¹⁾（そして最近では、このような捉え方を「厚い人格」論などと言われたりします⁽³²⁾）（ナスバウム、シャーマン、レイディン等）。そして、こうした視角は、例えば所有論において新たな展望を与えるように思います。私の今回の留学で、とくにお世話になったM・J・レイディン教授がヘーゲリアンだったこともあって、この点に関心を持ったのですが、カントの理論を「脱構築」しロマン化させたヘーゲルは、例えば『精神現象学』での「自己意識」のところで、物を製作し労働するという自己陶冶をした奴隷は、自己意識が形成されて、主人との形勢は逆転する旨指摘する有名な部分がありますが、こうした人格と物と労働を一体として見る捉え方が、『法哲学綱要・法論』六六節の人格の構成部分をなす（所有）物の譲渡性の否定という議論につながっていくのでしょうか。そしてこのことは、川島博士の『所有権法の理論』——すなわち、商品交換法としての所有法——の再検討を促すわけでした、「市場」の限界をいかに画定していくかという視角を与えてくれるのです⁽³³⁾。

このような、コンテクスチュアルな自我論は、当然のことながら先に述べた「共同体論」とも関係しますし、そうすると伝統的個人主義（ないし人権の保障）との間に相克関係も生じかねません。例えば、近隣コミュニティやマンションにおける団体的規制は、微妙な問題を提供しています⁽³⁴⁾。またさらに、この問題は、「法化」の限界問題——すなわち「共同体」内部の紛争にどこまで法は進出できるのか、また、法的紛争処理にはそれだけ意味があるのかという問題——にも関係しまして、現代的な紛争解決のあり方の再検討が余儀なくされるのではないか、と思います。具体的には監護紛争がよい例です⁽³⁵⁾。

(4) 「権力」の問題

さらには、「権力」の問題があります。これは、現代において遍在する権力による抑圧現象をいかに察知して、法規範論に汲み上げることとして、CLS、さらには批判的フェミニズム、批判的人種理論が提起しているところ

です。思想的には、まず挙がるのが、マルクスの階級的権力論ですが、今世紀にそれをジェネラライズさせたフーコーの議論が重要でして⁽³⁶⁾（権力的関係として、マルクスのように労働契約に限局せず、その他の制度——例えば、病院、学校、監獄、収容所、軍隊、会社、家庭等のあらゆるものに見るわけです）（とくに『監視と処罰』『知への意志』（ニーチェ（『力への意志』）との関わりも看取できます）、これとの対比というわけでもありませんが、大嶽教授が、川島法社会学においては、「権力現象」を前近代的なものに矮小化し、近代法の下での権力作用を等閑視しているとの指摘が興味深いのです。

具体的には、セクシャル・ハラスメント及びポルノ規制に関してアメリカ憲法上多くの議論があるところですし、民法上の問題としては、例えば、継続的契約の解消におけるフランチャイジーの保護、⁽³⁸⁾あるいは、下請負契約における転用物法理による下請業者の保護⁽³⁹⁾の問題は、権力分析（これは、取引当事者間の格差、取引の態様など、個別具体的（アド・ホック）な検討もありましょうし、社会的圧力と言ったある程度一般的なものもあるかと思えます）を加えることにより、バックアップできるのではないかと思えます（もとより、これは実証的データとはなりにくいですが、法命題にもなりにくいのですが、批判的法規範生成のための「発見のプロセス」としては作用するでしょう）。

(5) 「非合理」「情緒」「生」の問題

さらには、こういうタイプの批判もできます。近代法の拠って立つ合理主義、理性中心主義では、「非合理」「情緒」「生」などと言った問題が抜け落ちていると説かれるのです（例えば、クロンマンは、こうした見地から、同情（compassion）、共感（fellow-feeling）と言った「想像力」を強調するのです⁽⁴⁰⁾）。これは思想的には、ユダヤ・クリスト教的伝統よりもむしろギリシア思想に目を向ける系譜と見ることができまして、アポロに対するディオニソス的なものに注目して、ニーチェが理性批判を行った⁽⁴¹⁾（『悲劇の誕生』）ことに端を発しますし、さらにそれはハイデガー、また

フランクフルト学派、いなそれよりもフランスのポスト構造主義（デリダ、バルト等）に強く見られる流れです。⁽⁴²⁾

少しわかりにくいかも知れませんが、昨今議論の多いフェミニズム理論に即して申し上げます。⁽⁴³⁾ フェミニズムと聞くと、今尚実存主義的・リベラリズム的な——あるいはアンドロセントリック「男性志向的」と言えるでしょう——それを思い浮かべる方がいらつしやるかも知れませんが、フェミニズムはそれほど一枚岩ではありません。むしろ、先に少し触れた（4）参照）フリーコー的な権力批判のラディカルフェミニズムもかなり有力であり（C・マッキノン、A・ドゥオーキン等）、しかし他方で男女の相違を強調するガイノセントリック「女性志向的」なフェミニズムもかなり根強いのです（中心人物はC・ギリガンで、彼女はフロイト、ピアジェ、コールバークの精神分析ないし道徳発達論に対する批判から出発しています。チョドロウも社会学的見地からフロイトを批判します。⁽⁴⁴⁾ その他、ノディングス、法学者としてはR・ウェストなどがこの部類です）（また後二種のフェミニズムは部分的にオーバラップしていることもあります）。そこでは、「配慮（caring）」が、ガイノセントリックな視点のキーワードとなっていますが、例えば、監護紛争におきましても、母子の情緒的、精神的ふれあいの価値を重視して、親子関係の特殊性が強調されることになるのだと思いますし、親子関係の決定に際しましてもわが国で根強い血縁主義よりも「妊娠・出産、養育という共同生活」などの関係的視角が重視されるのであります。⁽⁴⁵⁾ 別の例として、昨今のホット・イシューである老人介護の問題を考えてみましょう。近い将来に導入が予想されています公的介護保険につきましては、数多くの議論がありますが、費用・便益の効率性分析や地方自治の問題を捨象して、ここでは原理的問題だけ考えてみましょう。すなわち、公的介護保険構想を推し進めることは、従来家族共同体内部で担われていた親族扶養に市場の論理を拡充することを意味していますし、それは「扶養」を外部的、社会化するということでありまして、そうなると、近親者間の介護に見られる「愛情」「情緒的な心の交流」、「共同体的団契」の価値が軽視されていくことは否めないのではないかと思います（しかし、他

方で、「ふれあい」「団欒」の美名の下に、現実には「嫁」に対する抑圧状況があることも事実でして、そうした相克状況を直視することが必要でしょう。こういうことを言うと、近代合理主義・個人主義の論者からはアナクロと言われかねませんが、しかし毎日の生活に不安な高齢者、あるいは死に直面した高齢患者に対して、近代法原理である「自己決定原理」をふりかざすことの現実的抑圧状況にも、思いを致してみるべきではないでしょうか（ですから、目下検討中の成年後見などによる高齢者のサポート体制を進めることは望ましいことです）。

平井教授の議論から、少し横道に逸れた感じもいたしますが、教授は「技術的合理主義批判」の問題に対しては、「正義論」のレベルで受け止められると、前に書いておられます。⁽⁴⁷⁾しかし、ニーチェは、「正義」「平等」（「神」）などと言う背後に、生の抑圧（ルサンチマン）があると説いております（『道徳の系譜』）ように、「正義」論だけで状況を汲みつくせるのかという問題を出しうるのです。

(6) 「目的」の設定のしにくさ

色々申しましたが、最後に、現代社会においては、そもそも「目的」自体見えにくくなっているとも言えます。この点は、自己目的的な消費社会（ホードリヤール、ベル等）という問題とも関係するでしょうし、また近年は社会の自己組織性、自己言及性ということもしばしば語られるところだす⁽⁴⁸⁾（ドイツにおけるポスト・モダン論でも、まま説かれるところだす）。

具体的問題としては、例えば、未来は必ずしも予測することが容易ではなく、環境規制の基準を実証主義的に示せなくなり、決定をプロセス化せざるをえなくなったことは、既に指摘されているところだす⁽⁴⁹⁾（K・H・ラデアア）、またそもそも過失主義の基準自体もゆらいでいることは先に述べたとおりです。

四 制度的問題——「法的思考」・「裁判」・「立法」

(1) 「法的思考」の役割

ところで、「法的思考」とは何かを考える上で、裁判制度に注目されたところ（正・六五頁など）も秀れた指摘だと私は思ひまして、それを採り入れた論文も書きました（注（6）参照）。しかしその後私の関心は、立法ないし政策論の議論の場での「法律家」ないし「法的思考」の役割は何なのか、という点にも及ぶようになりました。そうなりますと、第一に、政策問題に関するいわゆる「司法消極主義」⁽⁵⁰⁾に対していかなる態度で臨むのか（この点については、平井教授の立場は必ずしも明らかではありません）、あるいは、第二に、法形成における「司法」の位置づけ——熟慮ある民主政（deliberative democracy）における司法的推論の意義——をどう考えるのか、についても一定の立場を持つ必要があるように思われました。

あまり練れてもいないのですが、私は、第一の問題については、あまりに立法に追隨的に信頼をおくのもどうかかと考えまして（とくにアメリカの場合には、公共選択論のリアリストイックな分析にも見られるように、立法過程に制度的障害が多すぎてその非効率性も指摘されておりまして⁽⁵¹⁾、その分、裁判所における「実践的」法解釈が重要だとされるのです（例えば、エスクリッジ⁽⁵²⁾）。もともと、この点につきましては、日米の立法過程の異同も斟酌する必要もありましょう）、故 R・コウヴァ教授の「矯正的憲法体制（redemptive constitutionalism）」⁽⁵³⁾と言った考え方にも教えられました。そして、プリンシプルに依拠した法的推論の今以上の必要性を感じております（その意味で、積極司法志向があります）。しかし、先の第二の問題にかかわりますが、あまりにラジスケールの法的推論をするのも、議論の收拾をはかるといふ観点からは望ましくなく、ミドルレベルの「実践的」法的推論をすることに實際上の法的議論の意味を認め

うるのではないか、と思います（この点は、C・サンスティン教授に示唆を得ました⁽⁵⁴⁾）。

(2) ルール v スタンダードの問題

このことは、ひいては、ルールとスタンダードの問題にも関わります。そしてこの点で、『法律学基礎論覚書』における平井教授の立場は、ルール志向、演繹志向が——おそらく私以上に——強いようにも見受けられます（もともと、一般条項のようなスタンダードを拒否されるわけではなく、それをできるだけルール化することを説かれるのです）（正・一〇〇頁以下、続・三四頁以下）。

そして、ここで注意しなければならないのは、このことが、日本の法思想においてはアンチテーゼの意味があったということですが、何となれば、私は考えますに、わが国におきましては、しばしば「概念法学」が攻撃の的となったのは裏腹に、法実証主義的考え方「法概念と法的理論によつて議論を決着させるというものです」は、少なくとも日本の「生ける」法思想としては定着してはなかつたのではないかと、つまり社会実証主義的な見方が元来強かつたのではないかと、という仮説を持っております。それだからこそ、戦前から社会学的研究が盛んであり、戦後はアメリカのリアリズム法学が、何なく受け入れられて、また、利益考量論がこれだけ持て囃され、他方で、経済還元主義的なマルクス主義法学が一頻り流行し、さらに一九七〇年代後半以降は「法と経済学」研究が好意的に受け止められたのだ⁽⁵⁵⁾、と考えるのです。

(3) 二つの思考様式の関係

また、付随的問題として、法解釈論と法政策論との関係はどうなるのかということがありましようし、また、二つの思考様式——すなわち、「目的手段思考様式」と「法的（法正義）思考様式」——の関係はどうなのか⁽⁵⁶⁾、両者はあまりに対蹠的に扱われすぎていないか、というようにも私は思うのです。実はこの点は、私もかつては相容れないもの

の如く考えていたのですが、現代のプラグマティズム論から学ぶところがありません。最近のホームズの再解釈（とくにグレイ論文⁽⁵⁷⁾）に教えられたのですが、簡略化して申しますと、ある行為の目的が定まりますと、道具主義的な目的・手段の関係となりますが、目的が自己目的化すると義務論的な思考をせざるをえず、帰結主義的思考と融合するといふもので、この背後には、「目的」は暫定的、プラグマティックにしか指定できないという現代的問題状況があるように思われます（もつとも、既にJ・デューイが同様の発想を採っていたようです）。

五 欧米の思想・理論と日本法——日本における「意思決定」「法意識」のあり方

最後に、日本における「法意識」「意思決定」論について述べてみます。実はこの部分——日本の組織における「根回し」的・手続的決定を、ジンメルやキャプロウのモデルを用いて説いておられます箇所（『法政』二二頁以下、一五七頁以下）——は、第二版で新しく加えられたもので本書の特色の一つとなっております。本日の話は、日本の社会構造（国制）史の観点から、さらにそれを発展させたものでありますが、私には現在のところそれを論評することはできません。オリジナルな学者の常として、次々と関心を移していかれることに感銘を受けました。

ただ、若干の疑問をあえて申しますと、『法律学基礎論覚書』では、先述しましたように、言挙げしないわが国の文化への警鐘として「法律論」「議論」論の意義を説かれました（正・四七―四八頁）。しかしこれに対して、『法政策学』では、日本の組織における「根回し」的意識決定を容認されるかの如くです（わが国では、規範の共有がなされており、手続的正義論で足りるとされているようです（『法政』一五八―一六一頁））。だがそうだとすると、現状追認的に作用しないのか、日本社会においては、ともすると法原理的思考が軽視される嫌いがあるという印象を拭えないだけに、

——また、法解釈論のレベルでの「議論」の強調との整合性という点でも——果してこれでよいのかな、と思いました。また第二に、従来の「日本人の法意識」論に関わることとして、日本の組織の権力（ヒエラルキー）分析の視点から「弱いヒエラルヒーア」論を介してわが国に多く見られる手続的「根回し」的意思決定を基礎づけておられ、それを歴史実証分析で補強されていることが、「法政」一二頁以下、一五六頁以下）、注目されるのですが、このような新しい実証主義的パラダイムを提示される要因となったのは、おそらくは、川島法意識論に対する反発であるようです⁽⁵⁸⁾。そして、川島博士の分析に対して断片的、印象批評的、エピソード風だとして批判されており（同書二三頁）、確かに「法意識」に対する分析、アプローチの仕方は全く違いますし、いわばパラダイム・シフトとしての意義は大きいでしょう。ただ、私には両者の「非通約的 (incommensurable)」な研究は多元的に併存してもよいようにも思われます（先の「批判」で、川島博士の研究スタイルを全く否定し尽くせるのか、よくわかりませんが）、法意識、法文化、法規範」という解釈次元を含んだ法の問題は、社会・経済構造と直結できないことは、近時しばしば言われることとして（逆に基礎づけ主義的に直結させたのが、マルクス主義の陥穽だと言われています⁽⁵⁹⁾）、そうなること、ローカルな「語り (narrative)」ないし個別の実践を通じた法へのアプローチもありうるように思われるのです。さらに、川島博士を離れても、例えば、エンゲル心理学（フロイト批判という意味では、前に述べましたガイノセントリック・フェミニズムとも通ずるものがあります）を、日本における人間関係・家族関係に応用し、母性的な包含原理、「場」の倫理が支配するとされる河合隼雄教授の所説⁽⁶⁰⁾に関しても、私はこういう精神分析的スタイルのアプローチも、平井教授の歴史的権力ヒエラルキー分析とともに併存してよいのではないかと思うのです。また、川島博士の「前近代」への消極的スタンスを捨象すれば、どちらとも考察対象は、中間団体（経済学者は、中間組織・内部組織と言いますが、平井教授も、第二版で、個人主義（市場主義）からこちらにシフトされたのです）でありますし、またそこでの規範現象も、権利義務規範に明示化されない

「根回し」なり「手続」ということとなりますと、「法意識」それ自体の捉え方にはそれほど隔たりがないと考えてよいものかという点も教えていただきたいところです。なお、付随的なこととして第三に、先に申しましたように、権力状況と規範のあり方との連関の御指摘には示唆を受けましたが、法的思考様式との関連では単中心的 (Monocentric) か多中心的 (polycentric) かの方に、最近の研究の関心の力点に移り、かつての *Andena* 的な二者紛争、三者紛争の図式 (これは、利益紛争、価値紛争に対応するものとされ、後者の方が法正義思考が強くなるとされてきました⁽⁶²⁾) の影が薄らいでおり、同じく二者関係 (dyad)、三者関係 (triad) と言っても権力関係の観点から見たそれであって (だから、アメリカ社会は、—— 価値紛争があるはずなのに—— dyadic だとされるのです)、かつての用法とは少し異なるように思いました。少々長くなりましたが、以上です。

註

- (1) ヨーロッパ的伝統は、コンテクストを捨象して日本へ移入すると、いわゆる概念の「機能転換」の問題 (これについては、丸山眞男・日本の思想 (岩波新書) (一九六二) 一六一—七頁「丸山眞男集第七卷一九五七—五八 (一九九六) 二〇三—二〇四頁) が生じかねない。従って、例えば、ハーバーマースの (フッサールに由来する) 「生活世界」論やハイデガーやガタマーの解釈学的存在了解を、日本の法思想・法文化にも適用して、「納得の合理性」を説かれる (内田貴「現代契約法の思想的基礎」私法五四号 (一九九二) 五九一—六〇頁、「現代契約法の新たな展開と一般条項(4)」NBL五一七号 (一九九三) 三七—三八頁) 際には、その種の問題があることに注意されるべきであろう。

(2) 拙稿「債権侵害と法解釈論」再論 (下) —— 私の近時の問題関心の覚え書」法時六四卷一—三号 (一九九二) 二四—三頁参照。

(3) CLS については、松井茂記「批判的法学研究の意義と課題 (一) (二) (完)」法時五九卷九号、一〇号 (一九八六)、内田貴・契約の再生 (一九九〇) 一八一頁以下、阿部昌樹「批判法学と法社会学 —— 法意識研究をめぐる ——」大阪市大

法学雑誌四〇巻四号（一九九四）、和田仁孝・法社会学の解体と再生（一九九六）三二頁以下などあるが、必ずしもその全貌を伝えていない。

(4) 例えば、瀬川信久「民法の解釈」民法講座別巻Ⅰ（一九九〇）七六頁以下。

(5) 碧海純一「合理主義と法解釈論——平井宜雄教授の論文に触発されて」ジュリ九四〇号（一九八九）六一頁の言葉。

(6) その貧しい成果を圧縮してまとめたのが、拙稿「法的思考・実践的推論と不法行為」訴訟——アメリカ法解釈論の新たな動きを求めて——（上）（中）（下）ジュリ九九七—九九九号（一九九二）とくに（中）である。

(7) この系譜を概観する上で有益な近著としては、FREDERICK SCHAUER, *PLAYING BY THE RULES* (1991)（議論の場を限定し、決定資源の浪費を回避するため、「権力の配分」——立法と司法の分立などの決定主体の分化——に、ルールの意義を認め、また、協調行為（coordination: collective action）の問題との関連では、個人ではなく共同体という制度に権力配分するところにもルールの役割があるとする（158-166, 171-174, 229-233）；DENNIS PATTERSON, *LAW AND TRUTH* (1996)（法的言明の真理を、言語と離れて理解するのではなく、後期 Wittgenstein また近時の H. Putnam の如く、法的言語の「実践」の場、法的正当化のグラマー——意味作りの法的文法としての議論の形式——を説明することを強調する（19, 21, 152, 158-179）。Patterson 教授は、自身の立場をポストモダン法学と呼ぶが、Toulmin を引きつつ法的議論の形式を分析するところなどは、平井・法学基礎論覚書（一九八九）一六頁以下とも類似する）がある。なお、Wittgenstein の思想を知る上で、参考になったのは、HANNA PITKIN, *WITTGENSTEIN AND JUSTICE: ON THE SIGNIFICANCE OF LUDWIG WITTGENSTEIN FOR SOCIAL AND POLITICAL THOUGHT* (1972) (new edition 1993)；SAUL KRIPKE, *WITTGENSTEIN ON RULES AND PRIVATE LANGUAGE* (1982) であり、邦語文献としては、橋爪大三郎・言語ゲームの社会理論（一九八五）、同・仏教の言説戦略（一九八六）、落合仁司・保守主義の社会理論——ハイエク・ハート・オースティン（一九八七）、さらに、P・ウィンチ（森川真規雄訳）社会科学の理念——Wittgenstein 哲学と社会研究（一九七七）も参照。

(8) PITKIN, *supra* note 7, at 317 では、Wittgenstein シュタイン哲学は、大陸の実存主義、現象学の哲学的潮流及び初期のアメリカのプラグマティズムと共通するところが多いと説き、ハイデガーの流れを引くアレントの「公共空間」論にも言及している（329-332）。現象学については、木田元・現象学（岩波新書）（一九七〇）、同・ハイデガーの思想（岩波新書）（一九九三）など定評があり、竹田青嗣・現代思想の冒険（一九八七）、現象学入門（一九八九）も有益である。

- (9) PETER BERGER & THOMAS LUCKMANN, THE SOCIAL CONSTRUCTION OF REALITY (1966) (山口節郎訳・日常世界の構成 (一九七七)) は、今日では現象学的社会学の古典である。
- (10) 今道友信・アリストテレス (人類の知的遺産8) (一九八〇) 三一四—三二八頁には、アリストテレスの個物主義を現象学と類比させて論じている。落合仁司・トマス・アクイナスの言語ゲーム (一九九二) は、アリストテレスを復権させるトマスの神学に言語ゲーム論を応用しようとするが (八四頁以下)、アリストテレスの神学 (第一哲学) の対象たる実体存在の全体としての秩序 (今道・前掲書三二二頁参照) は、言語ゲームの問題だと思われる。
- (11) 例えば、ALAN RYAN, JOHN DEWEY AND THE HIGH TIDE OF AMERICAN LIBERALISM (1995) 352頁は、デューイ復権の背景を的確に伝えてくれる。
- (12) 「ミニ・シンポジウム法解釈論と法学教育」ジュリ九四〇号 (一九八九) 四六一—四八頁 (田中成明発言)——星野教授の立場からは個対相対主義云々が問題になるとされる (四九頁 (星野発言))。また、星野教授は、自身の立場を真、善、美、聖、正義といった客観的価値を求める「価値客観主義」であり、それに対して平井教授の立場が「実質的価値不問主義」「議論絶対主義」だと説かれる (『議論』と法学教育 (4・完)ジュリ九四三号 (一九八九) 五六—五七頁) が、その前提として、本文に述べた認識論的転回以前の「対応説」的発想がある。
- (13) この点で、最近星野教授は、——近時の議論を踏まえてか——自身の立場は、ハートの「内的視点」に立つことを力説されており (『民法学 (法学) 以前』千葉大学法学論集六卷三—四合併号 (一九九二) 二四頁以下 (民法論集八卷 (一九九六) 二四頁以下)、法学入門 (一九九五) 一四頁以下)、それ自体はある意味で当然であろう。しかし、例えば、後述する利息制限法や金銭債権の増額評価の可否に関する判例評釈 (各々法協八七卷一—二合併号一—一四—一—一五頁、法協八〇卷二号二七一頁。前者については、後に触れるが、後者においては大所高所からの社会の金融体系、現代の社会における金融の構造・地位と社会における裁判所の役割・能力を問題とされている) では、通常理解されるところの「外的視点」からの分析であると思われる。そして私は、法学者は両視点を持つことはおかしくないし、持つべきであろうとも考える。むしろ、問題は、両視点が従来必ずしも意識して区別されていなかったところにあるのである。
- (14) 『平井宜雄・法学基礎論』再考——社会学的法律学の可能性について——と題する報告 (一九九六・九・一—三)。
- 瀬川教授は別稿で、七〇年代以降のサラリーマン金融においては、問題状況が変化し、消費者金融重視、そして「超高利

少売」から「高利多売」、さらには「薄利多売」へ変化したという社会認識を示されており（『豊かな』社会の出現と私法
学の課題」法の科学一九号（一九九一）一〇〇頁）、そのことも念頭にあるのであろう。

(15) 拙稿・前掲（注（6））（上）ジュリ九九七号（一九九二）六四頁注（38）参照。

(16) 例えば、野口悠紀雄「日本の都市における土地利用と借地・借家法」宇沢崑内編・最適都市を考える（一九九二）一三
六一―一三七頁、一四六頁以下、福井秀夫「借地借家の法と経済分析（上）（下）」ジュリ一〇三九号七九頁以下、一〇四〇
号八九―九一頁（一九九四）（八田八代編・東京問題の経済学（一九九五）に所収）、八田達夫「ニューヨークの家賃規制
と日本の借家法」住宅土地経済一九九四年秋季号（一九九四）六頁など。

(17) これについては、嶋津格「不法行為法における『不運』の位置について」棚瀬編・現代の不法行為法（一九九四）一四
九頁以下。

(18) 窪田充見・過失相殺の法理（一九九四）参照。

(19) 言うまでもなく、T. VIEHWEG, TOPK UND JURISPRUDENZ (1963) S. 23 の用語である。

(20) 例えば、平井宜雄・債権総論（第二版）（一九九四）六頁〔初版（一九八五）五頁〕では、現代社会における市場機構へ
の国家ないし権力の増大は、債権と物権とに変化をもたらし、より具体的には、法定担保物権（先取特権）の拡大、不動
産利用権の保護、債権債務概念の拡大等がそれであるとされているが、『法政策学』の理論枠組を用いて、そうした法現象
を示していただきたい気もする。

(21) 平井・法律学基礎論覚書（一九八九）五一頁では、「言明『発見』」のプロセスにおいては、「利益考量・価値判断」は
もとより、考え方・議論・勘・ひらめき・直観・バランス感覚・洞察・迷信・偏見など、ありとあらゆる知識の源泉がい
ずれも等しい価値をもって存在しており、『発見』はこれらからの思考の自由な創造と飛躍とによって行われる」と述べら
れる。

(22) 村上淳一・現代法の透視図（一九九六）一七四頁では、「近代を近代たらしめるために仮定の秩序が必要であった」とさ
れているが、今日ではもはや近代法理論のフィクション性が無視できない綻びを示していると言えないだろうか。

(23) 一九九三年度の法社会学会での村上教授の報告（『ポストモダンの法秩序』法秩序の近代と現代・法社会学四六号（一九
九四）の前に、学会の企画を評してこう言われた。

- (24) STEVEN LUKES & ANDREW SCULL, DURKHEIM AND THE LAW (1983) からは、示唆を得た。邦語文献としては、宮島喬・デュルケム社会理論の研究(一九七七)、同・デュルケム理論と現代(一九八七)参照。
- (25) R・ゴードン教授は、かつてマクニール理論について論文を書かれているが(Macaulay, Macneil, and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law, 1985 WIS. L. REV. 565)、同教授と昨年対談した折に、マクニール教授は、戦後の最もオリジナルな契約理論家だと言われたことが、強く印象に残っている。
- (26) *The Many Futures of Contracts*, 47 S. CAL. L. REV. 691 (1974) に始まる一連の研究がある。私なりのささやかな成果としては、拙著・債権侵害論再考(一九九二)七〇六頁、七〇九―七一〇頁(初出、北法三八卷五十六合併号(一九八八))、拙稿「論文紹介」I. R. Macneil, *Economic Analysis of Contractual Relations*「アメリカ法」[一九八九―二〇〇〇]八〇頁以下、同「アメリカ契約法学における損害賠償利益論——『法と社会』批判研究瞥見——」アメリカ法[一九九二―二〇〇〇]一九九三―二四六頁以下参照。
- (27) 内田・前掲書(注(3))五五頁以下、一四五頁以下、二二六―二二八頁など。
- (28) I. R. Macneil, *Bureaucracy, Liberalism, and Community*——*American Style*, 79 NW. U. L. REV. 900, at 917 (1984-85) に「自説(共同体ビジョン)と『法と経済学』ビジョン、O. L. S. のビジョン、リベラル主流のビジョンとの対比がなされつつ、興味深々。See also, ROBERT BELLAH ET AL., *HABITS OF THE HEART: INDIVIDUALISM AND COMMITMENT IN AMERICAN LIFE* (1985) 266, 271, 275 (島田中村訳・心の習慣(一九九二))(脱産業社会、ポストモダン社会、「限界の時代(era of limits)」における共同善のあり方が模索され、人々の公的モラレス、公共的政治言説の喚起ないし共同体的・倫理的コミットメントにより、疎外感や管理的専制を克服し、人間相互の社会的エコロジを修復すべきことを説いている)」。CHARLES TAYLOR, *HEGEL AND MODERN SOCIETY* (1979) 116-118, 129-133 (渡辺訳・ヘーゲルと近代社会(一九八二))は誤訳が多し。do., *The Politics of Recognition*, in AMY GUTMANN ED., *MULTICULTURALISM AND "THE POLITICS OF RECOGNITION"* (1992) 36 (辻康夫訳・佐々木他・マルチカルチュラリズム(一九九六)五一頁以下)(同質化の波に対して、活力ある共同体による分化・多元化の承認、そして、差異の政治を論ずる)。
- (29) See, GUNTHER TEUBNER, *LAW AS AN AUTOPOLITIC SYSTEM* (1993) 116-117.
- (30) その延長線上の実定法学的問題として、継続的契約論が位置づけられることは、平井宜雄「いわゆる継続的契約に関する

- る一考察——『市場と組織の法理論』の観点から——」星野古稀・日本民法学の形成と課題下（一九九六）参照。
- (31) E. g. MARTHA NUSSBAUM, THE FRAGILITY OF GOODNESS (1986) 237 ~; do., LOVE'S KNOWLEDGE (1990) 54 ~; NANCY SHEWMAN, THE FABRIC OF CHARACTER (1989). xiv, vii; HILARY PUTNAM, WORDS AND LIFE (1994) 3 ~も参照。
- (32) MARGARET JANE RADIN, CONTESTED COMMODITIES (1996) 60-62. See also, MICHAEL WALZER, THICK AND THIN: MORAL ARGUMENT AT HOME AND ABROAD (1994).
- (33) この点については、拙稿「アメリカ法における『所有権法の理論』と代理母問題（前編）」星野古稀・日本民法学の形成と課題下（一九九六）、同「日本版リバタリアニズム所有権論に関する一考察——とくにヘーゲルの人格的所有論を手がかりとして」民商一一五巻一号（一九九六）参照。
- (34) 寺尾美子「アメリカにおける所有形式集合住宅の増加と多数派支配の問題——コンドミニウムを中心として——」田中（英）還暦・英米法論集（一九八七）が、この問題を扱っている。その後のすぐれた文献としては、Gregory Alexander, *Dilemmas of Group Autonomy: Residential Associations and Community*, 75 CORNELL L. REV. 1 (1989) がある。また、共同体論の消極面一般については、例えば、井上達夫「リベラリズムと正統性」岩波講座現代思想16（一九九五）九二頁以下参照。
- (35) 私もこういう観点から、かつて監護問題を扱った（拙稿「子の監護紛争をめぐる日米の法状況（上）（下）——現代的紛争解決論から見た理論的考察」ジュリー一〇四八号、一〇四九号（一九九四））。
- (36) Marx と対比しつつ、このような形で Foucault を論ずるすぐれたものとして、JEAN COHEN & ANDREW ARATO, CIVIL SOCIETY AND POLITICAL THEORY (1992) 256 ~ を挙げておく。邦語文献としては、杉田敦「ミッシェル・フーコーと政治理論」思想七八二号（一九八九）、同「政治における『近代』と『脱近代』」岩波講座社会科学の方法Ⅵ政治空間の変容（一九九三）、早川誠「ミッシェル・フーコーと権力論」国家学会雑誌一〇七巻一―二合併号（一九九四）参照。
- (37) 大嶽秀夫・戦後政治と政治学（一九九四）四七―四八頁。
- (38) これについては、中田裕康「継続的売買の解消（一九九四）一六頁以下、四四四頁以下が包括的であり、その他、行澤一人「継続的取引関係の終了に関する法的考察（一）―（六）完」神戸法学雑誌四一巻一―三号、四二巻一号、三号、四三巻一号（一九九一―一九九三）、川越憲治「継続的取引契約の終了——販売店契約・下請契約・継続的供給契約をめぐる（別冊NBL一九号）（一九八八）、同「継続的取引契約の終了に伴う諸問題」現代法律実務の諸問題（上）平成五年

- 度版（日弁連研修叢書）（一九九四）なども参照。
- (39) これについては、さしあたり、藤原正則「建築請負人の債権担保に関する考察（一）」（三・定）——スイス法、ドイツ法を手掛りに、転用物の視角から——」商学討究四六卷二二三合併号、四号、四七卷一号（一九九六）（同・不当利得法と担保物権法の交錯（一九九七）に所収）を参照。
- (40) E. g. Anthony Kronman, *Living in the Law*, 54 U. CHI. L. REV. 835 (1987); do., *THE LOST LAWYER: FAILING IDEALS OF THE LEGAL PROFESSION* (1993) chap. 1, 2.
- (41) ニーチェのこのような議論を概観するには、三島憲一・ニーチェ（岩波新書）（一九八七）とくに第四章、同・ニーチェとその影——芸術と批判のあいだ（一九九〇）など参照。
- (42) この点については、C・ノリス・デリダ——もうひとつの西洋哲学史——（一九九五）第八章参照。
- (43) アメリカのフェミニズム理論の分布状況についての私なりの整理は、拙稿・前掲（注（33））（前編）（一九九六）一一九三頁以下参照。以下の説明は、これによっている。
- (44) See: CAROL GULLIGAN, *IN A DIFFERENT VOICE: PSYCHOLOGICAL THEORY AND WOMEN'S DEVELOPMENT* (1982, new edition 1993) 19; NANCY CHODOROW, *THE REPRODUCTION OF MOTHERING: PSYCHOANALYSIS AND THE SOCIOLOGY OF GENDER* (1978) 150, 166-167. なお、コールバークの道徳発達心理学については、松村良之「個人の法的発達」碧海還暦・上原長尾編・自由と規範（一九八五）参照。
- (45) 日本の遺伝的血縁重視に対する私の批判は、拙稿「アメリカ法における『所有権法の理論』と代理母問題（後編）」山島五十嵐「敦古稀・民法学と比較法学の諸相Ⅰ」（一九九六）二二四—二二五頁参照。日仏の比較法研究を通じて同様の批判をするものとして、水野紀子「実親子関係と血縁主義に関する一考察——フランス法を中心に——」星野古稀・日本民法学の形成と課題下（一九九六）一一三三頁以下がある。
- (46) 例えば、里見賢治「二木立」伊東敬文・公的介護保険に異議あり（一九九六）、ジュリスト一〇九四号（一九九六）（公的介護保険制度の特集号）の各論文、岡本祐三編・論争高齢者福祉——公的介護保険でなにが変わるか（からの科学臨増）（一九九六）、同・高齢者医療と福祉（岩波新書）（一九九六）、本沢巳代子・公的介護保険——ドイツの先例に学ぶ（一九九六）、新藤宗幸・福祉行政と官僚制（一九九六）とくにⅣ章、京極高宣・介護革命（一九九六）など参照。なお、本文

に述べたことも含めて、私なりの検討については、さしあたり、拙稿「アメリカにおける老人医療（長期ケア）保障と家族責任（老親扶養）」石川・吉田（克・江口編・高齢者介護と家族——民法と社会保障法の接点——（一九九七近刊）の後記（これは、実質的には、拙稿「在宅ケアに関する民法上の諸問題」ジュリ増刊・高齢社会と在宅ケア（一九九三）の補論である）に譲る。

(47) 平井宜雄「法政策学序説・再論」ジュリ六六八号（一九七八）九四頁、九五頁注（19）。D・ベルの『資本主義の文化的矛盾』を引かれている。

(48) 例えば、村上泰亮・産業社会の病理（一九七五）、同・新中間大衆の時代（一九八四）、また、今田高俊・自己組織性（一九八五）、吉田民人・情報と自己組織性の理論（一九九〇）など参照。

(49) K・H・ラデア（村上訳）「規制主義と経済分析主義を超えて——環境法の新しい課題」岩波講座社会科学の方法論（一九九三）、また、村上淳一・前掲（注（23））（一九九四）六四頁以下。

(50) 平井宜雄・現代不法行為理論の一展望（一九八〇）一九七頁によれば、司法消極主義に必ずしも批判的ではなさそうである。

(51) この点は、平井教授も指摘する（「座談会・立法のあり方を考える」NBL六〇〇号（一九九六）一八頁では、アメリカの立法は、社会的資源の無駄使いという気もするとされている）。

(52) WILLIAM ESKRIDGE. DYNAMIC STATUTORY INTERPRETATION (1994).

(53) Robert Cover. *Nomos and Narrative*. 97 HARV. L. REV. 4 (1983). now in: M. MINOW ET AL. ED. NARRATIVE, VIOLENCE AND THE LAW (1992).

(54) See CASS SUNSTEIN. LEGAL REASONING AND POLITICAL CONFLICT (1996). 本書のもととなった、スタンフォード大学でのレクチャーには、私も出席した。

(55) 確かに、平井教授は、「法と経済学」研究を紹介する当初から、経済学的思考と法思考の不連続面を指摘されている（「アメリカにおける『法と経済学』研究の動向」アメリカ法「一九七六—一九九一—一九二頁」、『法律学と経済学——その連続と不連続』季刊現代経済24（一九七六））ところは、流石であるが、それでも、例えば、カラブレイジの事故法理論と結びつけた解釈論を説かれるところ（前掲書（注（50））（一九八〇）第四章）は、本稿で述べた、言語論的・解釈的転

回以前の——社会の効率性に志向した——実証主義的色彩があるのではなからうか。

(56) この点については、既に、瀬川教授も質問されている(前掲ミニシンポ(注(12))ジュリ九四〇号(一九八九)五一—五二頁参照)。

(57) Thomas Grey, *Holmes and Legal Pragmatism*, 41 STAN. L. REV. 787, at 851-861 (1989).

(58) 『法政策学(第二版)』が出る前のもので、平井教授は「法意識に関する川島テーゼを、「権力の在り方」の見地から再検討する必要があることを力説されていた(「デイスカッション」) 厳しい規律、緩やかな運用と国民性」新堂幸司編・社会人のための法学入門(一九九三)二五一頁以下)。

(59) 例えば、MARK KELMAN, *A GUIDE TO CRITICAL LEGAL STUDIES* (1987) 249-250では、「法の相対的自律性を説き、法とは結局法的サブカルチャーの理解と先例から導かれる「実践」であり、外在的ファクターから説明し尽くせず、また外在的ファクターも、法的実践の内在的特徴に依存すると述べている(法を機能主義的、物質主義的に説明できず、法それ自体の意義があるとする Tushnet, Gordon の見解を引いている) のが参考になる。

(60) 著作は多数あるが、例えば、河合隼雄・母性社会日本の病理(中公叢書)(一九七六)(本書三〇頁で、日本とは対照的に、アメリカでは「今まであまりにも切り棄ててきた母性をいかに取り戻すかという点で、大きい問題をもっている」とされるところは、文中でも触れたフェミニズムの隆盛にも対応しており、正鵠を得ているように思われる)の他に、同・家族関係を考える(講談社現代新書)(一九八〇)、日本人とアイデンティティ——心理療法師の着想——(一九八四)など参照。なお、ユングのすぐれた入門書としては、林道義・ユング(一九八二)が参考になる。

(61) 因に、川島武宜・日本人の法意識(岩波新書)(一九六七)九四頁、一一七頁、一四〇頁などでは、問題が起つたら、権利義務を主張しないで、その時に「話し合い」をして解決し、「誠意をもって協議し」、そうして、権利義務が明確・確定でないことによる当事者間の友好的な或いは「協同体」的な関係が成立しまた維持されているという件がある。

(62) それが強く出ている頃のものとして、例えば、平井宜雄「現代法律学の課題」平井編・法律学(一九八〇)一五頁以下、二五頁以下参照。そしてこの理解は、同・法律学基礎論覚書(一九八九)六〇—六二頁でも維持されている。