

令和 3 年 6 月 14 日現在

機関番号：14301

研究種目：基盤研究(C)（一般）

研究期間：2017～2020

課題番号：17K03504

研究課題名（和文）ジェンダー法学の実用化 批判法学の汎用性

研究課題名（英文）The Practical Application of Gender Jurisprudence: The Versatility of Critical Legal Studies

研究代表者

船越 資晶（Funakoshi, Motoaki）

京都大学・法学研究科・教授

研究者番号：70362548

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 3,000,000円

研究成果の概要（和文）：ジェンダー法理論を、批判法学の代表的理論家ダンカン・ケネディの法理論に照らして再記述することにより、包括的な法構想として具体化した。すなわち、法的思考は、政策論拠を用いて分配判断を正当化する作業として、裁判制度は、富の再分配とアイデンティティの承認の是非が争われる政策論争のフォーラムとして、そして、法実践は、男性と女性の集団間利害対立に介入する営みとして、それぞれ再記述された。また、その前提となる基礎理論的な作業として、初期「法と経済学」とマルクス主義法学の再検討も行っている。

研究成果の学術的意義や社会的意義

本研究の学術的意義は、次の3点にある。第1に、ジェンダー法理論を法学の伝統と接続し、その知的基盤を強固にしたことである。第2に、伝統法学を現代的＝ポストモダンに構想し直すことで、その現実対応力を強化したことである。第3に、これらの成果を実現すべく批判法学を使いこなすことにより、批判法学ひいては法理論一般と実定法学とを架橋する学際的研究に貢献したことである。

本研究の社会的意義は、ジェンダーを語るうえでも「法が重要である」（富とアイデンティティを規定しているのは法である）ことを明確にしたことにある。

研究成果の概要（英文）： This study, through the use of Critical Legal Studies in general and Duncan Kennedy's legal theory in particular, reconceives gender legal theory as a comprehensive vision of the law. Legal thinking is redescribed as interpretive work to justify distributive judgements by way of policy argumentation, judicial process as an arena of policy debate over the (re-)distribution of wealth and the recognition of identity, and legal practice as intervention in the conflict of collective interests between men and women. In addition, to establish theoretical preconditions, this study reexamines early "Law and Economics" and Marxist jurisprudence.

研究分野：法社会学

キーワード：批判法学 ジェンダー法学

1. 研究開始当初の背景

本研究の開始を促した背景的な事情のうち、重要なものは次の2点である。

本研究開始時まで、研究代表者は、一方で、批判法学とりわけその代表者ダンカン・ケネディの法理論に関する研究を蓄積してきた。すなわち、Motoaki Funakoshi, "Taking Duncan Kennedy Seriously: Ironic Liberal Legalism," 15 *Widener Law Review* 231 (2009) や船越資晶『批判法学の構図—ダンカン・ケネディのアイロニカル・リベラル・リーガリズム』(勁草書房、2011年)などにおいては、それまで法学を破壊する理論としてしか理解されてこなかった批判法学が、実はむしろ法学を高度化する理論であることを、また、ワークショップ(Transmutations of Law in the Age of Globalization)報告「A Genealogy of Japanese Legal Thought」(2014年12月13日、同志社大学)や船越資晶「批判法学の実用化のために—錯誤論再論」法学論叢 180 巻5=6号(2017年)などにおいては、このような批判法学理解が実際の契約法解釈論においても成立することを、それぞれ示している。

他方で、この間、研究代表者は、日本法社会学会全体シンポジウムにおいて、ジェンダー法学と批判法学の関係に関する報告(2015年5月10日、首都大学東京)を行う機会を得た。その準備に際して、わが国におけるジェンダー法学に関する研究をサーベイしたところ、ジェンダー法理論のもつ実際の法解釈論としての可能性がまだ十分には汲み尽くされていないという印象とともに、批判法学の成果を活用すれば、そのような可能性を実現する道が拓けるであろうという見通しを得た。

以上の理由から、伝統法学とジェンダー法学の両者を批判法学を介して再記述することにより架橋することが必要かつ可能であると考え、本研究を開始するに至った。

2. 研究の目的

本研究の目的は、ジェンダー法理論を実用化することにあるが、その内容は、大きく2つに分けられる。

第1に、ジェンダー法理論の再記述である。すなわち、現代的な法的思考スタイルは政策分析(policy analysis)および分配分析(distributional analysis)であるとする批判法学の成果に照らして、ジェンダー法理論の成果を捉え直すことにより、これを実際の法解釈論に接続するための基盤を形成することを目指す。

第2に、伝統法学の再記述である。すなわち、批判法学が提出している法的思考スタイルの普遍史的発展図式「法的思考の系譜学」(Duncan Kennedy, "The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought," 53 *Hastings Law Journal* 1031 (2004); 前掲『批判法学の構図』第3章)古典派(一般に概念法学)社会派(一般に社会法学)リアリズム法学現代派(政策分析・分配分析)に照らして、伝統法学の思考・制度・実践を書き替えることにより、法学をしてジェンダー法理論を受け止めせしめるための基盤を形成することを目指す。

3. 研究の方法

本研究の方法は、大きく4つに分けられる。

第1に、ジェンダー法理論の再記述である。まず、その前提として、ジェンダー法理論そのものの分析・整理が必要である。とりわけ、フェミニズム批判法学を代表するフランシス・オルセンが提出している、フェミニズム各派のジェンダー理解とフェミニズム法学各派の法理解との対応関係を示したマップ(フランシス・オルセン、寺尾美子編訳『法の性別—近代法公私二元論を超えて』(東京大学出版会、2009年)第1章)を手がかりに、その内容を充実させていく。そのうえで、ジェンダー法理論の主要な成果とりわけ公私二元論批判について、法理論との関係を明確にしながら再構成していく。

第2に、伝統法学の再記述である。思考面については、これまでの批判法学研究の成果をブラッシュアップすれば足りる。制度面については、裁判理論をジェンダー法理論にも対応できるものを書き替えることが必要である。そのために、批判法学が提出している、政治的観点からする裁判理解「陣地戦」モデル(Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication {fin de siècle}*, ch.3 (1997); 前掲『批判法学の構図』第4章第1節)を、関連する実証研究も踏まえてさらに具体化していく。実践面については、ケネディが提出している性的虐待論(Duncan Kennedy, "Sexual Abuse, Sexy Dressing, and the Eroticization of Domination," in Duncan Kennedy, *Sexy Dressing Etc.: Essays on the Power and Politics of Cultural Identity* (1993); 船越資晶「批判法学はジェンダーの法理論に何をもたらすか?」法社会学会 82号(2016年))を、本研究の関心に沿って再構成していくことが有用である。

第3に、批判法学の基礎理論の再確認である。本研究は、法的思考をとりわけ分配分析に関くことによって、ジェンダー法理論を実用化することを目指すものであるが、このプロジェクトを成功させるためには、それがそもそも可能なのか、そして、それを可能とする理路はどの

ような性質のものでなければならぬかについて原理的に検討しておく必要がある。そのためには、このプロジェクトに反対する2つの対極的な経済学的法理解、すなわち、初期「法と経済学」とマルクス主義的法理解とに回答しなければならない。

第4に、以上の成果を、一貫した「富・権力・知の「再分配」を軸とする 理路の下に収めることで、全体の総まとめを行う。

4. 研究成果

本研究の成果は、大きく4つに分けられる。

第1に、ジェンダー法理論の再記述に関して、船越資晶「フェミニズムと現代法学 フランシス・オルセンをめぐって(1)」法学論叢 187 巻3号(2020年)を公表した。その意義は以下のとおり。フェミニズムの主要テーゼでありオルセン理論の出発点でもある公私二元論批判を、批判法学の「法的思考の系譜学」の中に位置づけ、それがリアリズム法学による自由市場(市場の自然性)批判に由来するものであることを示した。これにより、フェミニズムの法学化に向けた理論的基盤を強固なものにするとともに、「系譜学」の内容をより充実したものにすることができたと考える。さらに、行論中、F・A・ハイエクなどのオーソドックスな「法の支配」論との関係にも言及することにより、本研究(ひいてはジェンダー法学)の射程を拡張するとともに、一般的な法理論研究がこれまであまり重視してこなかった「法の支配」の特徴(例えば、「中心/周辺」構造)を指摘することができたと考える。

第2に、伝統法学の再記述に関して、船越資晶「裁判理論の熟議/闘技民主主義 新制度論研究ノート」法学論叢 184 巻1号(2018年)を公表した。その意義は以下のとおり。近時、アメリカにおける司法政治学のアプローチとして有力となっている新制度論は、裁判の政治化に関する多数の経験的研究を蓄積してきているが(例えば、ロバート・A・ケイガン、北村喜宜ほか訳『アメリカ社会の法動態 多元社会アメリカと当事者対抗的リーガリズム』(慈学社出版、2007年))、これらの研究から導かれる裁判過程の解釈は2つの方向に分岐している。すなわち、政治化した裁判過程に、法の確定性と政策的合意の達成を見出す多元主義=熟議民主主義的解釈と、法の不確定性と政策的対立の永続を見出す超多元主義的解釈である(Jeb Barnes, Overruled?: Legislative Overrides, Pluralism, and Contemporary Court-Congress Relations (2004))。このうち後者は、批判法学の闘技民主主義的裁判理論「陣地戦モデル」と接続することが可能であり、それによって裁判過程は、アイデンティティの承認と富の再分配の是非をめぐる政策論争の場として立ち現れることになる。この研究成果は、ジェンダー法学の実用化のために必要な法制度の書き替えを実現するものであり、ひいては一般的な裁判理論研究の発展につながる意義を有するものと考えられる。

第3に、批判法学の基礎理論の再確認に関して、船越資晶「初期「法と経済学」再訪」法学論叢 188 巻4=5=6号(2021年)を公表した。その意義は以下のとおり。「法と経済学」を批判法学の観点からする法学史の上に位置づけてみると(Duncan Kennedy, "Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies," in Peter Newman, ed., The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law (1998))、一般的な理解に反し、それはリアリズム法学(がもたらした法的思考の政策分析化)を拒絶することによって成立したものであることが判明する。むしろ効率性基準の適用による正解導出を謳う初期「法と経済学」の思考様式は内在的批判を免れておらず(例えば、富効果)現代の法律家が実践している分配判断をそれは理論的にも実務的にも否定し切れていない。この研究成果により、法的思考を分配分析に開く際の最大の障害のひとつを除去することができたと考える。また、船越資晶「批判法学のマルクス」法学論叢 182 巻4=5=6号(2018年)においては、法批判の原点とも言えるマルクスのテキストおよびその批判法学による解釈(Duncan Kennedy, "The Role of Law in Economic Thought: Essays on the Fetishism of Commodities" 34 American University Law Review 939 (1985))について確認した。その意義は以下のとおり。ケネディによれば、マルクスの商品物神論は虚偽必然性批判論として積極的に評価することができるものの、その法理解はリアリズム法学の洗礼を経ていない(古典的なものにとどまる)ため消極的にしか評価することができない。このようなマルクス解釈は、テキスト解釈に対する法律家的態度と、批判技法として内在的批判を重視する姿勢とによって、言葉の真の意味で批判法学的なものになっていると言える。この研究成果により、法的思考を分配分析に開く際の理路が備えなければならない性質(例えば、基礎づけ主義の排除)を確認することができたと考えられる。

第4に、以上の研究成果を批判法学の思考・制度・実践に関する法構想という形で総合し、船越資晶「法的なるものと再分配 批判法学の法構想」法律時報 1163号(2021年)として公表した。その主な意義は以下のとおり。批判法学によれば、法的思考は政策分析として、裁判所は政策論争のフォーラムとして、それぞれ現代的=ポストモダンに再記述することができる。すると、これらを背景として営まれるジェンダー法実践は、男性一般/女性一般の「集団的」利害対立に係わるものとなる。このように、本研究は全体として、集団間の富の再分配とアイデンティティの承認の是非を「法学内部で」主題化する批判法学の理路がジェンダー法領域においても妥当することを示しており、ジェンダー法学の実用化 しかも、経済学的知見との接続が可能な形での のための理論的基盤を形成するものになっていると考える。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計5件（うち査読付論文 0件 / うち国際共著 0件 / うちオープンアクセス 0件）

1. 著者名 船越資晶	4. 巻 1163号
2. 論文標題 法的なるものと再分配 批判法学の法構想	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 法律時報	6. 最初と最後の頁 35-41頁
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 船越資晶	4. 巻 188巻4=5=6号
2. 論文標題 初期「法と経済学」再訪	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 法学論叢	6. 最初と最後の頁 183-218頁
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 船越資晶	4. 巻 187巻3号
2. 論文標題 フェミニズムと現代法学 フランシス・オルセンをめぐって（1）	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 法学論叢	6. 最初と最後の頁 1-25頁
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 船越資晶	4. 巻 184巻1号
2. 論文標題 裁判理論の熟議 / 闘技民主主義 新制度論研究ノート	5. 発行年 2018年
3. 雑誌名 法学論叢	6. 最初と最後の頁 1-53頁
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 船越資晶	4. 巻 182巻4=5=6号
2. 論文標題 批判法学のマルクス	5. 発行年 2018年
3. 雑誌名 法学論叢	6. 最初と最後の頁 128-154頁
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

〔学会発表〕 計0件

〔図書〕 計0件

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
---------------------------	-----------------------	----

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8. 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関
---------	---------