

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 28 年 6 月 7 日現在

機関番号：14301

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2012～2015

課題番号：24530006

研究課題名(和文) ポストモダンの法的思考 批判法学の実用化

研究課題名(英文) Postmodern Legal Thought: The Practical Application of Critical Legal Studies

研究代表者

船越 資晶 (Funakoshi, Motoaki)

京都大学・法学(政治学)研究科(研究院)・教授

研究者番号：70362548

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 3,600,000円

研究成果の概要(和文)：批判法学の実用化に向けて、その代表的理論家ダンカン・ケネディが提出している法的思考の発展図式「古典派(演繹) 社会派(目的論的解釈) 現代派(政策分析)」を参照しつつ、わが国の法的思考(とりわけ錯誤論)の史的展開の再記述を行った。また、その前提として、批判法学の他の理論 ロベルト・アンガーの歴史社会学、カール・クレアらのネオ・マルクス主義的法社会学理論、フランシス・オルセンのフェミニズム法学 との比較検討を通じて、当該図式がもつ意義を確認する作業も行っている。

研究成果の概要(英文)：This research, whose goal is to investigate the practical application of Critical Legal Studies (CLS) within Japanese legal academia, focuses on its major proponent Duncan Kennedy's approach to historical transformations of legal thought: Classical Legal Thought (deduction) the social (teleological reasoning) contemporary mode of legal thought (policy analysis). Using a comparison with Kennedy's approach, this research reexamines historical transformations in Japanese legal thought (in particular, theories of mistake). As well, and as a precondition, this research confirms the meaning of Kennedy's approach by comparing it with other CLS theories: historical sociology by Roberto Unger, neo-Marxist socio-legal theory by Karl Klare et al., and feminist jurisprudence by Frances Olsen.

研究分野：法社会学

キーワード：批判法学 法的思考 ポストモダニズム

1. 研究開始当初の背景

ポストモダニズムを摂取して法的思考論の新たな地平を開いた批判法学 (Critical Legal Studies) は、その母国アメリカ合衆国の法実践に定着するに至った。批判法学に与しない論者でさえ、その「法の不確定性」などのラディカルなテーゼが常識化したことを認めているほどである (例えば、Robert A. Kagan, *Adversarial Legalism: The American Way of Law* (2001))。ところが、わが国においては、批判法学について本格的な検討がほとんどなされていない状況が長く続いていた。

研究代表者は、そのような状況を打開すべく、本研究開始時まで、批判法学の代表的理論家ダンカン・ケネディの仕事の体系的な全体像を構成する著作 (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)) を発表している。そこで試みたことのひとつは、ケネディ理論をリベラリズムの延長線上に位置づけることにより、それがまさに実用化可能であることを示すことであった。とはいえ、批判法学の実用化を進めるためには、法実践に定位しつつそれを捉え返す作業も行わねばならないと考え、本研究を計画するに至った。

研究代表者は、この作業の手がかりを、ケネディが提出している法的思考の普遍史的発展図式 (以下「図式」という) に見出した：「古典派 (Classical Legal Thought) = 演繹」「社会派 (the social) = 目的論的解釈」「現代派 (contemporary mode of legal thought) = 政策分析」 (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,” 55 *Hastings Law Journal* 1031 (2004); 前掲『批判法学の構図』第3章)。すなわち、この「図式」の説得性を高めつつ、これに即する仕方でわが国の法的思考の史的展開を再記述することができれば、批判法学の実用化を進めることができるであろうということであり、これが本研究の基本方針となった。

2. 研究の目的

本研究では、古典派 (概念法学) から社会派 (社会法学) を経て現代派 (批判法学) に至る法的思考の普遍史的発展「図式」を法解釈学内面的に捉え返すことにより、批判法学を法実践に定着させるための理論的基盤を構築するとともに、「図式」に即する仕方でわが国の法的思考の史的展開を再記述することにより、現代日本の法的思考をポストモダンな政策分析に組み換えることを目指した。

(1) そこで当初は、まず、各段階の法的思考論を再検討することにより「図式」を肉

付けし、その説得性を高めることを試みようとした。

すなわち、19世紀後期にヘゲモニーを確立した古典派について、「図式」は、個人主義的理念 (個人の自由意思の保護) から具体的な裁決規範を演繹的に導出することによって、あらゆる法的紛争に対して正解を与えることが可能であるとする法的思考であると把握しているが、これを精神的に根拠づけるべく、クリストファー・ランゲデルらの法的思考論を跡づける。

次に、20世紀前期にヘゲモニーを確立した社会派について、「図式」は、産業化・都市化の進展とともに発生した相互依存性を特徴とする新しい社会状況に対応すべく、目的論的解釈によって創造的な法的解決を提出すべきことを説く法的思考であると把握しているが、これを精神的に根拠づけるべく、ロスコー・パウンドらの法的思考論を跡づける。

最後に、「図式」によれば、社会派が社会を実体化していることなどを批判したリアリズム法学の後を受けて、20世紀後期にヘゲモニーを確立した現代派の (主要な) 法的思考が、批判法学の「リベラル/保守の二系列の政策的議論を比較衡量しつつ行われる政策分析である」ということになる (Duncan Kennedy, “Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000,” in David M. Trubek & Alvaro Santos eds., *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal* 19 (2006))。このような現代派理解を精神的に根拠づけるべく、政策的議論の役割を広く認めるメルヴィン・アイゼンバークら主流派の法的思考論と批判法学のそれとを突き合わせる。

(2) 以上のように「図式」を鍛えたうえで、これに照らしてわが国の法的思考の史的展開の再記述を試みることになるが、その際、研究代表者がかつて発表した錯誤論 (船越資晶「意思表示理論の脱物神化—批判法学による錯誤法解釈論」法学論叢 149 巻4号 (2001)・150 巻4号 (2002)) を手がかりとして利用することができる。すなわち、そこで再記述したわが国錯誤論の史的展開「意思主義 表示主義 判例分析派」を、「図式」を用いて普遍史的パースペクティブの下で再・再記述することにより、現代日本のあるべき法的思考の様式を提示することを目指す。

3. 研究の方法

(1) まず、「図式」を肉付けすべく、各段階の法的思考論について再検討を行った。

すなわち、古典派については、ランゲデルの「科学としての法」 (Christopher Columbus Langdell, *A Selection of Cases on the Law of Contracts* (1871)) などにつき再検討を行った。

次に、社会派については、パウンドの

関係理論 (Roscoe Pound, *Interpretations of Legal History* (1923)) などにつき再検討を行った。

最後に、現代派については、検討対象を当初予定していたもの以外にも広げて、その淵源とみなされるロン・フルーの契約法理論 (Lon L. Fuller, "Consideration and Form," 41 *Columbia Law Review* 799 (1941)) に遡って再検討を行った。

(2) 研究開始当初は、このように各段階の法的思考論を用いて「図式」を詳細に描き出せば、その説得性を高めることができると考えていた。しかし、研究を遂行する過程で、それに加えて、批判法学派の他の理論との比較検討を行うことが有効であり、なおかつ、研究成果としてはむしろこちらのほうが新規性・インパクトが大きいと考えるに至った。具体的な検討対象は以下のとおりである。

ロベルト・アンガーの歴史社会学 (Roberto Mangabeira Unger, *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory* (1976))。

カール・クレアのネオ・マルクス主義的法社会学理論 (Karl E. Klare, "Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941," 62 *Minnesota Law Review* 265 (1978) など)。

フランシス・オルセンのフェミニズム法学 (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))。

(3) 以上のように「図式」を鍛える過程では、国外の研究者と対話を重ねることにより、「図式」理解の正確性を確保するよう努めた。

「図式」の定礎者ケネディと、本研究期間中複数回にわたって個別に意見交換を行った。その際、わが国の法的思考の史的展開の特色についても、貴重なコメントを得ることができた。

ケネディの仕事をテーマとする IGLP Conference 「Global Legal Thought: The Legacies of Heterodoxy」(2014年6月3日、Harvard Law School)での討論に参加し、「図式」を含めたケネディ理解をめぐって世界各国の研究者と有益な意見交換を行うことができた。

(4) 以上の作業と並行して、わが国の法的思考の史的展開の再記述を行った。

すなわち、古典派については、富井政章『民法原論』有斐閣 (1903) などにつき再検討を行った。

次に、社会派については、末弘徹太郎『民法講話(上)』岩波書店 (1926) などにつき再検討を行った。

最後に、現代派だが、これは未だわが国には登場していない。そこで、その淵源となり得る利益衡量論 (星野英一『民法論集第1巻』有斐閣 (1970) など) に遡って、現

在あるべき法的思考の様式について模索することにした。

なお、以上の再記述方針の説得性を高めるべく、上記 IGLP と連動する国内の研究会「グローバル化による法の変容」と、IGLP 主要メンバーを招いて開催されたワークショップ「Transformations of Law in the Age of Globalization」において研究報告を行い、参加者から貴重なコメントを得ることができた。

4. 研究成果

(1) 初期アンガーの著作・前掲 *Law in Modern Society* を、法的思考の史的展開を社会のそれと連動させて描いた「法の支配」の歴史社会学の書として再解釈することにより、「図式」の歴史社会学的正当化を行った。

すなわち、アンガーが描いた法的思考の史的展開「慣習法 官権法 自由主義法 ポスト自由主義法」は、「利他主義的道德 前古典派 古典派 社会派」と読み換えることができることを示し、また、アンガーが描いた社会の史的展開「部族社会 貴族社会 自由主義社会 ポスト自由主義社会」は、研究代表者が「図式」解釈の際に使用したオンティック・ロゴス崩壊史とパラレルに解釈することができることを示した (Charles Taylor, *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity* (1989); 前掲『批判法学の構図』第3章)。

なお、この作業は、初期アンガーを社会派法理論として、つまり、ポストモダンではなくモダンの法理論として描くことにより、ケネディとアンガーを区別しないことの多いわが国における批判法学理解に一石を投じる意義を有するものになっている。

(2) さらに本研究は、批判法学派内部のネオ・マルクス主義的法社会学理論について体系的な考察を行い、それとの対比でケネディ法社会学理論「ピンク・セオリー」(Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication {fin de siècle}* ch.11 (1997)) の意義をより鮮明にすることを試みた。

具体的には、ピンク・セオリーを導くための踏み台として研究代表者がすでに構成していたネオ・マルクス主義的法モデル (前掲『批判法学の構図』第4章第4節) を、ネオ・マルクス主義者 (クレアのほか、アイザック・バルバス、ピーター・ゲイブル、マーク・タシュネット) 自身の議論によって肉付けするという作業を行った。これが明らかにしたのは、ネオ・マルクス主義的法モデルは、マルクス主義的法モデルの決定論・本質論を乗り越えるべく、法の相対的自律性・正統化機能という論点を提出しながら、下部構造の法則性 (価値法則)・上部構造の一体性 (法意識の整合性) を唱えることにより、脱決定論化・脱本質論化の歩みを途中でやめてしまっている、ということであった。

なお、次に見るように、ネオ・マルクス主

義的法モデルは、ラディカル・フェミニズムなど、法を外部から批判するタイプの法社会学理論を分析する際に有用である。

(3) 現在、法的空間に大きなプレゼンスを占めているフェミニズム法学について検討し、そこに「図式」の応用例・応用可能性を見出すことができた。

すなわち、フォーマリズムと自由市場(夜警国家)、リアリズムと規制市場(福祉国家)の対応関係を説くオルセンの公私二元論批判は、19世紀以降の法の発展段階論に基づく議論になっており(前掲『法の性別』第2章)、まさに「図式」を応用したものであることができる。また、法が女性/男性(のみならず両者内部の各立場)の物質的利害(分配)とアイデンティティ(承認)を規定しており、しかもそれが(各立場からの主張を正当化することのできる)諸断片へと解体されている

ラディカル・フェミニズムの主張に反して、家長長制は全能ではなく、法も一枚岩的ではないことを説くケネディの「性的衣装」論は、ジェンダー関連分野における法的思考=政策分析の範型を提示するものになっており(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)) 「図式」が大きな応用可能性を有していることを示してくれている。

なお、この作業の過程で、批判法学が実践論としても有用であることを示すべく、ケネディの「職場政治」論(Duncan Kennedy, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic against the System* (2004); 前掲『批判法学の構図』第5章)について再検討し、それを「ポストモダンの法戦略」として再定式化した。これは、法の外部が消滅したポストモダン状況の下でもなお可能な変容志向の法実践のあり方を指し示すものとして、今後の研究においてさらに発展させることのできる知見であると考えられる。

(4) 本研究の総まとめとして、以上のように鍛えられた「図式」を下敷きに、わが国の民法的思考(とりわけ錯誤論)の史的展開を再記述した。

すなわち、研究代表者がかつて再記述した錯誤論の史的展開「意思主義 表示主義 判例分析派」を、より一般的な民法解釈方法論の史的展開(富井 未弘 星野)と重ね合わせることにより、「古典派 社会派 プレ現代派」と再・再記述し、その先に来るべき現代派錯誤論のかたちを構想した。

本研究は、批判法学を日本法解釈論として実用化するための道筋のひとつを示した、わが国初の成果であると考えられる。それは、わが国の法的思考の現代化を成し遂げることのできなかつた、いわゆる戦後日本の法解釈論争の「続き」を構想するものとして、わが国

の法学界に一定のインパクトをもたらすことが期待される。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

〔雑誌論文〕(計3件)

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、掲載予定、査読なし

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、82 号、2016、40-57、査読なし

船越 資晶、初期アンガールの再活用 「法の支配」の歴史社会学、法学論叢、172 巻 4=5=6 号、2013、331-354、査読なし

〔学会発表〕(計3件)

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?、日本法社会学学会学術大会、2015年5月10日、首都大学東京(東京都・八王子市)

Motoaki Funakoshi、A Genealogy of Japanese Legal Thought、Workshop "Transformations of Law in the Age of Globalization"、2014年12月13日、同志社大学(京都府・京都市)

船越 資晶、法的思考の現代〔グローバル〕化/批判法学の実用化、第3回「グローバル化による法の変容」研究会ワークショップ、2014年3月29日、びわこ楽園ホテル井筒(滋賀県・大津市)

〔図書〕(計1件)

和田 仁孝・櫻村 志郎・阿部 昌樹・船越 資晶編、法の観察 法と社会の批判的再構築に向けて、法律文化社、2014、3-18 (船越 資晶「ネオ・マルクス主義的法モデル再論」)

6. 研究組織

(1) 研究代表者

船越 資晶 (FUNAKOSHI, Motoaki)
京都大学・大学院法学研究科・教授
研究者番号: 70362548