

|         |                                |
|---------|--------------------------------|
| 氏 名     | ふな こともと あき<br>船 越 資 晶          |
| 学位の種類   | 博士 (法 学)                       |
| 学位記番号   | 法 博 第 41 号                     |
| 学位授与の日付 | 平成 16 年 3 月 23 日               |
| 学位授与の要件 | 学位規則第 4 条第 1 項該当               |
| 研究科・専攻  | 法学研究科基礎法学専攻                    |
| 学位論文題目  | 批判法学の契約法理論<br>—— 依頼者主権の法的思考 —— |

論文調査委員 (主 査) 教授 棚 瀬 孝 雄 教授 田 中 成 明 教授 亀 本 洋

### 論 文 内 容 の 要 旨

本論文は、ダンカン・ケネディの業績を中心に、批判法学を、契約法解釈に関する法的議論の内在的批判理論として確定し、その問題点を指摘しつつポスト・批判法学の契約法理論の可能性を探究するものである。また、これを日本法分析に応用し、それが日本の法解釈実践に対しても積極的な含意を有することを明らかにする。

第Ⅰ部「批判法学の契約法理論—ダンカン・ケネディを中心に—」では、法実証主義論争を導きの糸としつつケネディの契約法理論を読解し、それが「依頼者主権の法的思考」を要請するものであることを論じる。

従来、批判法学は、「法は政治だ」と決めつけるものとして、法解釈実践とは相容れないものと理解されてきた。しかし、ケネディは、「リベラリズムの根本的矛盾」、あるいは「法の不確定性」といったテーゼに見られる哲学的議論に対して、プラグマティックな法解釈実践の立場から批判を行っており、むしろ法的議論の内在的批判を志向している。ケネディは、法形式主義を批判しつつ、法的推論を狭義の法適用と司法的立法の中間項に位置付けようとしており、その業績全体は、実践的に法解釈のモデルを探究しようとした「法実証主義論争」と同一の枠組みで理解することができる。また、法を個人主義的前提からの演繹の体系に純化しようとした「古典的个人主義」が、リアリズムの批判によって解体された後、現在の契約法解釈論は、「ルール／スタンダード」、「個人主義／利他主義」の調停不可能な二系列の論理を前提とするものになっている、という議論も行っている。

このようにケネディの議論は法解釈実践と密接に結びついて行われてきたものであるが、現在の契約法解釈論が置かれている状況ともその議論は対応している。たとえば、関係の契約論によれば、現実の契約関係はルールと合意という、それぞれ古典的自由主義法に対応する客観主義、意思自律に純化し得ない多様性を有しており、反古典主義的な社会規範の存在が契約法解釈をめぐる論争にも反映している。こうした状況を打開し、法的議論を再び「唯一正しい解釈」を導けるものへと回帰させようとする「法と経済学」やドゥオーキンの試みも成功せず、現在の批判法学によってすでにその基礎が掘り崩されてしまっている。

このように、契約法解釈におけるフォーミリズムはもはや妥当しないことが明らかであるが、ケネディは、ここからアンガーのように法を政治に還元するのではなく、その矛盾を含んだ法的議論の総体を「政策的議論」として捉え直し、構造主義的観点から整理しようとする。具体的に、当事者が繰り返し援用することのできる定型的な議論、すなわち「断片」(例えば、契約自由 (Rights as Freedom of Action)) は、「操作」(例えば、契約自由 (RFA) と保護される権利 (RS: Rights as Security) とのホーフエルト的対置) と呼ばれる機械的法則によって相互に結合しあう、といった形で整理されるのである。これは、どのようなルール選択に直面したときでも、必ず自己の主張に有利な法解釈を提供する、すなわち党派性に貫かれた議論を可能にする形式的な規則である。そのようなものを明らかにしつつ、法的議論のモデルを提供することは、弁護士の党派的弁護を中核として組み立てられている自由主義的な法秩序に適合した、「依頼者主権の法的思考」に他ならない。

第Ⅱ部「日本法分析への応用—錯誤法解釈論の脱物神化—」では、以上のように再構成されたケネディの批判法学を日本法の分析に応用している。

依頼者主権の法的思考においては、法の解釈は、先に結果が意欲される帰結主義的解釈論たらざるを得ず、ルールの精緻な定義ではなく、取引安全等の政策的議論、断片の精緻化に向かわねばならない。この観点から従来の錯誤論を見ると、意思主義・表示主義の対立は未だ表意者の心理を定義することに囚われており、当事者の勝訴関心を満たすための議論という点では未だ概念主義的な解釈論に留まっていると言わざるを得ない。現実の裁判例に即して分析を進めるリアリズム派の議論を徹底し、実質的利益配分のための機能的正当化論を提出しなくてはならない。

従来の錯誤論に欠けていた効率性の断片を補充しつつ、ケネディの図式に従って議論状況の整理を行うと、日本でもこれまで、例えば「静的安全(RS)/動的安全(RFA)」のような権利論が行われてきたし、道德論においては、批判法学派のカタログに劣らぬ断片の蓄積が行われてきている。今後これらを有効活用できる錯誤論を構築しなくてはならない。それは、法解釈がルールと正解への囚われを脱し、法的議論を当事者の主体性、すなわち党派性に根付かせることにより、法による社会の組織化という課題に応えられるようになるためのものでもある。

しかし、こうした法的議論を断片とその結合の束に還元してしまう構造主義的見方は、論者が誠実に法的発話を遂行することを妨げ、むしろ法的議論という構造が先にあって、主体は、たんにそれを語られるにすぎないという、「疎外された法的思考」に陥りかねない。この問題点を克服するポスト・批判法学の契約法理論への地平を開示することが、第Ⅲ部「ポスト・批判法学の契約法理論—『開かれた共同体』を目指して—」の課題である。

その手がかりを得る上で、関係契約論が参考にされる。それは、システム化された契約法と社会共同体との接点を探ろうとする点をその中核に置いており、構造主義における主体の不在という問題の解決への正しい方向性を示しているように思われるからである。しかし、ここでも、科学主義的な認識論を採用しているために秩序問題(ホップズ問題)のアポリアに陥り、単なる役割関係にすぎない「自己化」された「他者」との関係を間主観的な生活世界と錯覚するなど、その本来の理論のもつ射程を十分に生かし得ていない。

それゆえ批判法学を経た後の契約法理論においては、「他者としての他者」に出会えるような共同体が構想されなくてはならない。その一つの手がかりが、ケネディの「アド・ホックなパターンリズム」という共同体論的解釈理論の中に求められる。それは、解釈者が他者の親密な語りに共感し、これを議論に取り込んでいくような解釈理論である。ここには、法や共同体を「物在」としてみる知から、「用在」としてみる知への転換が存在している。関係的契約論のように、共同体を物在として対象化し、実体化すると、その括弧付きの共同体をあるべきものとして現出させる超越的な視点が導かれ、他者の視点が結局消去されることになる。ポスト・批判法学の契約法理論を目指すためには、自らを共同体内部に位置付けられた一人の聞き手として、他者と出会い、その語る物語を聞く、法の高みから解釈する作業とは異質なものを法律家にも要求することになるのである。

## 論文審査の結果の要旨

本論文は二つの大きな内容を有する。一つは、ダンカン・ケネディの業績を中心として、批判法学の契約法理論を法的議論の内在的批判理論として再構成し、その先にポスト批判法学の契約法理論を構想することである。もう一つは、この理論的枠組をわが国の契約法解釈論に応用し、わが国固有の文脈におけるその有用性を示すことである。

前者に関する著者の主張は、次の三点にまとめられる。

第一に、批判法学理論とリベラルな法理論の連続性である。従来、批判法学は、言語の不確定性を説く哲学的議論を法的議論に直輸入することで、法は不確定であり、従って「法は政治だ」と決めつけるものである、と理解されてきた。しかし、著者は、ケネディ理論を詳細に検討することを通じて、それが法実証主義論争の枠内で展開されてきていることを指摘する。すなわち、現代のリベラルな法理論同様、ケネディもまた、法解釈実践を前提とするプラグマティックな立場から、原理・政策といったルール外の諸基準が法的推論において果たす役割に着目し、法的推論を「法適用と司法的立法の中間項」に位置づけようとしているのである。さらに、ケネディは、法実証主義的な「古典的契約法理論」の成立と解体に関する議論を丹念に跡付けることにより、現在の契約法解釈論が「ルール/スタンダード」、「個人主義/利他主義」の二系列の論理に分

裂していることを説いているが、これも、著者が強行条項問題に即して整理しているように、あくまでも具体的な法的問題において援用される議論の対立に着目してのものであり、ケネディ理論は法的議論の内在的批判理論であることが示されている。

第二に、依頼者主権性という観点である。内在的批判戦略にコミットするケネディは、二系列に分裂した法的議論の総体を、構造主義的観点から整理している。それによると、法的議論は、当事者が繰り返し援用することのできる定型な「断片」が、「操作」と呼ばれる機械的法則によって相互に結合するものであるとされる。著者は、ケネディ理論が提出するような法的思考のモデルを依頼者主権の法的思考として特徴付けている。というのは、このモデルが描く裁判過程は、一つの正しいルールを裁判官が発見する過程そのものよりも、両当事者がそれぞれ勝訴関心に導かれて自己に有利なルールを提出しあったうえで、その自分の望むルールを既製の断片とその操作によって正当化しあう弁論過程の方に、その主眼が置かれているからである。ここで想定されている法的思考の主体は、相手方のいかなる断片に対しても対抗断片を対置し、説得的な議論ができる弁護士である。構造主義的な法的議論のモデルを、このように弁護士の党派的弁論を志向したものとして定式化しようと、著者は主張するのである。

第三に、共同体論的解釈論との接合である。構造主義的に把握された法的思考においては、論者の規範的観点から独立した断片と操作の体系が先に存在し、論者はあたかもそれに従って語られるだけの疎外された存在へと転落してしまう。著者は、このような法解釈の正統性の危機に対して、ケネディの「アド・ホックなパターンリズム」による応答を試みている。それは、システム化された法的議論の相において当事者の営みを語るのではなく、当事者の親密な物語を聴き、そこで得た共感によって法解釈を根拠づける法解釈論である。それは、構造主義における主体の解体を、具体的な他者との関わりの中で浮かび上がる共同体によって補完しようとするものである。ただ、ここでも、この共同体が実体化されれば、再び、それが法的議論の定型な断片として、疎外された形の議論を生むことになる。著者は、ここで関係の契約論を取り上げ、そこにある取引費用の経済学からする正当化と、共同体的な連帯性による正当化とをともにこの第三者的視点による関係の実体化として捉え、批判を加えていく。その上で、あくまでも当事者の語りの中から、その世界の中での関係性の構築として契約法学を再構成していく可能性を示唆し、ポスト批判法学の契約法理論を展望しようとしている。

以上のように再構成されたケネディ理論の日本法分析への応用が本論文のもうひとつの大きなテーマである。具体的に、錯誤論が取り上げられ、まず従来の意思主義と表示主義の論争はいずれも錯誤概念の定義をめぐる概念主義的なものであり、依頼者の勝訴関心に対応した法的議論となっていないとした上で、政策的議論を駆使して望ましい結論を正当化しあう帰結主義的な思考へと、錯誤論がリアリズムの転回を遂げていった過程が検証されている。こうした法的空間へのリアリズムの思考の導入によって、法が実際に社会の中で働いていくその過程に焦点を当てた政策論が活性化されるとともに、市民もまたその関心と経験から、好ましい司法的立法のために法を主体的に援用することが可能となる。著者は、最後に、こうした法による社会の組織化を追求するような法的思考こそが現代という時代が求めるものであると結んでいる。

以上のように、著者は、その難解さゆえにこれまでまとまった研究がなされてこなかったケネディの批判法学理論を一貫した形に再構成しており、それだけでも本論文の学術的価値は高いと言える。とくに、批判法学はこれまで自律的な法の可能性を否定するものとして、法実践と対立するものと捉えられてきたが、それを構造主義的に理解することによって、法的思考と結びつけた功績は大きく、この点は、弁論のための法的推論という新たなジャンルを切り開くものとして、議論を呼んでいくものと思われる。また、著者の考察の背後には、その依頼者主権性というアイデアにもあるように、裁判過程論・弁護士論・法的空間論等の法社会学的分析があり、それゆえまた、それらに接合されていくものを持っている。法理論、法解釈論、そして法社会学的分析と三つを架橋する野心的な試みとしても積極的に評価すべきものである。

もちろん、本論文に対しては、批判法学を法的議論に切りつめて理解し、その社会批判としての側面を捨象しているという批判が可能である。また、錯誤論の分析もきわめて鮮やかではあるが、図式的に整理しすぎているという批判も可能かも知れない。さらに、政策的議論を実際に法の機能と関連づけたり、また著者がポスト批判法学として展望的に語る、当事者の語りに寄り添いながら契約法理を展開する作業は未完のままである。しかし、それらは、著者の次なる仕事として期待されるべきであり、本論文の価値をいささかも弱めるものではない。

以上、本論文は、学術的な意義がきわめて高い研究であり、博士（法学）の学位を授与するにふさわしいものと認められ

る。

なお、平成16年1月22日に調査委員3名が論文内容とそれに関連した試問を行った結果、合格と認めた。