

ジェンダーと法

フェミニズム法学の課題にかんする予備的研究*

江口聡、澤敬子、藤本亮、南野佳代、望月清世**
(五十音順)

要 旨

科学研究費補助金基盤研究(C)(2)「ジェンダー理論の法学教育への統合的モデル構築にむけた現状と課題の実践的研究」の2002年度研究経過報告である本稿は、米国フェミニズム法学のケースブックに基づき、以下の分野を扱う。第1章は、マイノリティの観点である批判的人種フェミニズムからの法学およびフェミニズム法学への批判と貢献を検討し、第2章はアフーマティヴ・アクション導入以来の批判派对擁護派の論争を整理し、平等概念、能力主義基準自体の歴史性を指摘する。第3章は、ポルノグラフィにかんして自由論者と規制論者の論点と、ポルノ規制条例にかんする判決を取り上げる。第4章は、なぜ法と女性とのかかわりにおいて「親密な関係」を統制する法が重視されるのか、婚姻関係内部の権力関係と婚姻可能性の権力性を検討し、第5章は、他者のケアを引き受ける者が置かれがちな経済的依存状態について、平等の観点から、ありうべき社会保障モデルを検討する。

キーワード ジェンダー、法、アフーマティヴ・アクション、ケア・テイカー、親密な関係、批判的人種理論、ポルノグラフィ

はじめに

本共同研究は、ジェンダー理論が広く学際的に研究され、法学研究及び教育においても広範な影響力をもつ米国の、法学専門教育において、どのようにフェミニズム法学は位置づけられ、カリキュラムに組み込まれているのか、それは日本の法学教育の現状にどのような示唆を与えるのかという問題に取り組んでいる。2002年度においては、本共同研究は、米国フェミニズム法学の現状を、

*本稿は科学研究費補助金基盤研究(C)(2)「ジェンダー理論の法学教育への統合にむけた現状と課題の実践的研究」(14594024)による研究の2002年度研究経過報告である。

**本共同研究の2002年度研究組織は以下のようである。(所属は2002年3月時点)。

岡野八代	立命館大学	法学部	助教授
藤本亮	活水女子大学	健康生活学部	助教授
望月清世	九州大学	法学研究院	助教授
江口聡	京都女子大学	現代社会学部	講師
澤敬子	京都女子大学	現代社会学部	講師
南野佳代	京都女子大学	現代社会学部	講師 (研究代表者)

法学教育に適用されているという意味で一般的にとらえうる範囲で把握し、法学教育における水準の知見をえることを当面の課題とした。その方法として、各種リーディングス、ケースブックなどを中心として各種のフェミニズム法学文献を渉猟した結果、現にその目的のために編纂され法学専門教育に資するという点から、Becker, Bowman & Torrey による『フェミニズム法学：女性を真剣に考える』¹⁾を検討対象として採用した。米国では法曹教育課程のカリキュラムにフェミニズム法学があり、法律専門教育の教科書であるケースブックシリーズにも、各社がフェミニズム法学(またはジェンダーと法)に一冊を充てている。それらケースブックのなかでも本書は、総論において理論の歴史的背景、フェミニズム/ジェンダー理論とフェミニズム法理論との関係を押さえている。また、法理論におけるフェミニズム法理論の位置づけを行い、各論においても、各論のとりあげる論点について法学以外からのフェミニズム研究、ジェンダー研究からの知見を広く紹介し、それらフェミニズム法理論と法理論とのかかわりの理解を重視している点、最新の議論までカバーしている点、理論的/実践的問題考察のための豊富な材料と論点を提起している点において優れている。本稿の目的は、第一に、このケースブックに基づき、米国フェミニズム法学の議論における具体的諸問題の論点整理を行い、フェミニズム法学の関心と課題、問題提起の広さと深さへの認識を深めることである。第二に、それをふまえて、提起された諸問題を受け止め、日本の現状と課題に取り組むための手がかりを探ることである。研究分担者の関心と、課題の重要性の点から、各章を次のように決定した。以下、Ⅰ. アメリカフェミニズム法学におけるマイノリティ論、Ⅱ. アファーマティヴ・アクションをめぐって、Ⅲ. ポルノグラフィとフェミニズム法学、Ⅳ. 親密な関係と女性、Ⅴ. ケアと平等をめぐって、順に議論していく。(南野)

Ⅰ. アメリカフェミニズム法学におけるマイノリティ論

1. 批判的人種フェミニズム(Critical Race Feminism)

アメリカのフェミニズム法学は、アフリカ系アメリカ人を中心としたマイノリティをめぐる議論に、時には先導されながら、時にその中に組み込まれながら、また時には互いの違いを強調したり批判し合いながら、今日に至っている。このようななか、とりわけ近年におけるマイノリティ論のひとつに「批判的人種フェミニズム」の諸議論があるが、その論考の紹介はその孕む示唆に比してまだ十分とは言えない。そこで本章ではベッカー他編のケースブックにおける批判的人種フェミニズム法学を紹介することで、フェミニズム法学におけるこの問題の現地点の簡略な提示を試みる¹⁾。

80年代アメリカの法学思潮に、従来の法理論に見られる法の客観性・中立性・确实性を否定しそ

1) Becker, M., Bowman, C. G., & Torrey, M. (eds.) (2001) *CASES AND MATERIALS ON FEMINIST JURISPRUDENCE: TAKING WOMEN SERIOUSLY*, 2nd ed. West.

1) Becker, M., Bowman, C. G., & Torrey, M. (eds.) (2001) *CASES AND MATERIALS ON FEMINIST JURISPRUDENCE: TAKING WOMEN SERIOUSLY*, 2nd ed. West.

の政治性を指摘した「批判法学」(Critical Legal Studies)が生まれるが、理論的にはこの批判法学の思潮を汲みながらもその方向やあり方に対し批判や不満を持ったマイノリティに属する法学者達を中心に、80年代半ば以降、「批判的人種理論」(Critical Legal Theory)が形作られる²⁾。批判的人種フェミニズムはそのフェミニズム版である³⁾。

2. ジェンダー本質主義(gender essentialism)とその批判

批判的人種フェミニズムを通底して流れているのは、批判的人種理論同様、従来のようなあからさまな差別に注目するだけではなく人々の意識のあり方や社会の構造に人種差別が深く埋め込まれてしまっている「人種づけられた社会(racialized society)」⁴⁾として現代アメリカ社会を見る見方である。そして、そのような社会における従来の法のあり方を、メインストリームのみのための法であるとして多様に批判するのである。

アンジェラ・ハリスは、キャサリン・マッキノンやロビン・ウェストの理論をはじめとしたそれまでのフェミニズム理論を、ジェンダー本質主義的な考え方に依拠するものとして批判する。ジェンダー本質主義とは、「ある『本質的な』女性的経験が、単一かつ統一的なものとして、私たちの人種的、階級的、性的指向的な諸経験のリアリティから独立して存在しており、またそれを切り離して別々に記述することが可能である、とする考え方」である⁵⁾。

ハリスは、このような本質主義の問題点として、本質主義的に想定された女性の経験を特権的に語る語り手として「白人女性」を想像させ、その中で黒人女性は、賞賛されつつ無視され周辺化される存在であり、沈黙を余儀なくされてきたことをあげている。その結果、法において黒人の女性達の経験はほとんど見過ごされてきた、とする⁶⁾。

また、ハリスは女性のリアリティについてのこのような一枚岩的な想定は、一枚岩的な「黒人としての経験」の想定や「チカーノとしての経験」の想定とあいまって、複合的な抑圧を経験してい

2) 木下は、批判人種理論のテーマとして以下の10のテーマを挙げている。リベラリズム批判、物語の活用、アメリカ公民権法とその発展へのリビジョニスト的解釈、人種と人種差別を支えるものへのより深い理解、構造決定主義、人種、性、階級とその交錯、人種本質主義とその批判、文化的民族主義/分離主義、法制度・法学教育批判、批判と自己批判。木下智史「批判的人種理論(Critical Race Theory)に関する覚書」207-210頁、『神戸学院法学』26巻1号、190-230頁、1996年。

3) ベッカーら編者は、80年代以降の理論的展開を、70年代までにとられてきた形式的平等論を中心としたリベラルアプローチの時期に比べはるかに豊富に理論が生み出された時期として3章の「フェミニズム理論」の章で扱っている。そこでは、キャロル・ギリガンの『もう一つの声』に代表される80年代における「差異」の問題を見たあと、「(不)平等に対する理論的アプローチ」としてフェミニズムの理論的蓄積の紹介を行っているが、批判的人種理論は其中で、キャサリン・マッキノンのドミナンス理論、ルース・B・ギンズバーグ判事の形式的平等論の正当化、ロビン・ウェストをはじめとした関係派フェミニズム、プラグマティズム・フェミニズム、社会主義フェミニズム、ポストモダン・フェミニズムの後、レズビアン・フェミニズムの前の位置を占めている。

4) 「人種づけられた社会」については、植木淳「人種平等と批判的人種理論」『六甲台論集 法学政治学篇』44巻3号、19-59頁、1998年。

5) Harris, A. P. "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory" in Wings, A. K. (eds.) (2003) CRITICAL RACE FEMINISM, 2nd ed. New York U. P. 34.

6) Id.

る人々の生を、Aの抑圧+Bの抑圧という単なる足し算の問題に還元してしまう点も批判する。ヘテロセクシャルな黒人女性の経験は、「人種差別+性差別」という理解をなされるだけになってしまうのである⁷⁾。

たとえば、ハリスは、1988年のアメリカ西海岸での「フェミニスト批判法学」の学術大会において、研究者らが女性参加者達に自分たちが何者であるかを表す言葉を二、三記すように求めた際に、白人女性の中で自分の人種を挙げた者は一人もいなかったのに対しカラード（有色）の女性はみな人種を挙げた逸話を紹介し、この社会で『肌の色を持たない』という贅沢を享受できるのは白人だけである⁸⁾ことを強調する。人種差別を経験することのない白人女性のみが性差別と人種差別が別々の経験であると想像できるのであって、黒人女性には人種とジェンダーの網の目は解きほぐすことができず、よって黒人と白人にとって人種差別と性差別が持つ意味は全く異なっているのだ。

ワイルドマンらは「人種の重要性の曖昧化：人種差別主義と性差別主義（またはその他の差別主義）の比較が示唆する事柄⁹⁾」という論文で、人種差別を性差別に喩えることを取り上げて同様の問題を別の角度から論じている。ワイルドマンは、性差別と人種差別を類似点から考えることは従来創造的で連帯的な過程だと思われてきたが、実際にはこの二つのもののアナロジーは、白人の生活とカラードの人々の生活とにおいて人種差別が持つ重要性や意味の違いを曖昧にし、人種差別がもたらす衝撃を極小化してしまう、とする。癌を患う人にとって世界の意味が癌を通して癌との関わりの中でしか目にみえてこないのと同様、人種差別の被害者であるカラードの人々にとって人種は世界を見るときフィルタであるが、しかし、白人はこのような形での人種というものを日常的にはまったく意識する必要がない。¹⁰⁾

ワイルドマンは、アナロジーによって生じるより具体的な問題として、次の三点を指摘している。①人種差別の議論においてさえ白人が主になって発言しており、白人は常にカラードの人たちを追い出して中心の位置についてしまっていること、②ジェンダーと人種を比較するには、これらのカテゴリーを互いに別のはっきりと異なったカテゴリーとして仮定しなければならないが、カテゴリーの「交差」部分に位置し複合的な抑圧を受けるカラードの女性は、自らの経験を二つに分かつことができなないのであり、カテゴリーに入りきらない彼女らのリアリティは見えないものとされてしまうこと、③他の抑圧を人種差別に喩える白人が、自分たちが人種差別の経験を理解できていると信じこんで、カラードの人々が感じる痛みを自分のものとして語ること、である。¹¹⁾

7) Id.

8) Id.

9) Grillo, T. & Wildman, S., "Obscuring the Importance of Race: the Implications of Making Comparisons between racism and sexism (or other-isms)" in Wildman, S. (1996) PRIVILEGE REVEALED: HOW INVISIBLE PREFERENCE UNDERMINES AMERICA 85-102 in Becker, et. al. supra at 188-193.

10) Id.

11) Id.

3. 批判的人種フェミニズムの法

それではこのような批判を行うフェミニズムが構想する法はどのようなものであろうか。ベッカーが選んでいる先のハリスの論文、ヘルナンデス＝トゥルーヨの「忘れられた女性たち——正義におけるジェンダー化/ジェンダー化された不正義：ラテン系女性、境界、法」¹²⁾、そしてマツダの論考から特に法について触れている部分を見てみよう。

まず、ハリスは、先のようなジェンダー本質主義と従来の法理論及び法学研究者達のあり方によって、黒人女性の経験や問題があまりにも無視されてきたこと、ジェンダー本質主義が白人女性を範型とし黒人女性を排除することで現代法理論の抽象性を担保してきたことを批判し、法は、法と切り離せないものである抽象的で「凍結した(frozen)」カテゴリーを、より暫定的・相対的・不安定なものとして創出すべきであると示唆する¹³⁾。

また、「忘れられた女性たち」では、先に取り上げられた交差性(intersection)の問題をラテン系女性について指摘し、ジェンダー、人種/エスニシティー、文化による不正義という複合的抑圧を受ける存在としてのラテン系女性を描き出している。そのうえで、基本的な哲学パラダイムとして<黒人—白人>パラダイムを持つ現在のアメリカ法システムが、ラテン系女性が持つニーズと権利に取り組むのに不十分なものであることを指摘する。

それでは、そのような批判を受けた従来の法学は、どのように新しく創られるべきなのであろうか。それに答えたのが、マツダの論考である。彼女は、「われわれ人民:(白黒でなくて)色のある法学(Jurisprudence in color)」という論文において、従来のメインストリームではなく有色の人々(people of color)が展開しうる法学論を描き出す¹⁴⁾。

マツダが描く法学の特徴は、「歴史的記憶、二元性、批判、人種意識、プラグマティズム、ユートピアニズム」であり、その方法論は、これらの人々の経験と社会的リアリティの詳細に基づくものである。このような方法論は、「法の政治性」を視野に入れたうえで、社会変動の道具としての法利用と、平和に生きたいと望む人間の夢として希求される法、という異なる法観をともに受け入れたものである。これらの法学研究者が描き出す世界には人種差別が広く浸透しており、そこでは法は、人種差別が生み出したものであると同時に人種差別を推進するものとして立ち現れるのであり、人種差別はフェミニズムにとっての家父長制のように、個別の現象として理解されねばならないとされる。

しかし、一方マツダは、これら研究者が人種差別的構造の脆弱性も指摘してくれるだろうとしたうえで、たとえばアフターマティヴ・アクション、補償¹⁵⁾、人種差別的プロパガンダの犯罪化などをフォーマルな法的ルールにのせていく法運動を構想し、法により改革されうる希望に満ちた未来

12) Hernandez-Truyol, B. E. (1998) "Las Olvidadas-Gendered in Justice/Gendered Injustice: Latinas, Fronteras and the Law," 1 J. GENDER RACE & JUST. 354, 355-376, 378-385 in Becker, et al. supra at 193-201.

13) Harris, supra.

14) Matsuda, Mari J., "We the People: Jurisprudence in Color" in Matsuda (1996) WHERE IS YOUR BODY? Beacon Press, 21-27.

15) 補償について、詳しくは、木下204頁参照。

像を描く。有色の人々は批判法学者達のように脱構築にふけっている暇はないのであり、その時、フェミニストたちとの連携が最も実りあるものとなるろう、と述べるのである。

その上でマツダは、自分たちの法学、有色の法学を展開する為に三点の指摘を行っている。記述的研究の重要性、教学的な研究と批判の重要性、そして、正義を探究する理論構築の展開の要請である。¹⁶⁾

以上、限られた紙面のなかで批判的人種フェミニズムを見てきたが、これらは第三世界フェミニズムによる批判とあいまって、現在、従来からのフェミニズム及びフェミニズム理論に対して厳しい批判を繰り広げている。その批判の射程はフェミニズムに留まらず、従来のマイノリティ観、人種観、差別観に、そして従来の法理論、法思考に及ぶきわめて巾広いものである。批判的人種フェミニズムに対しては、先のマッキノンやウェストをはじめとしたフェミニズム内部からも厳しい反批判が寄せられていることもあり、批判的人種フェミニズムの行う批判や示唆が、従来の法制度、法理論、法思考に何らかの具体的なインパクトを与え得るのか否か、そしてそれらはどのような形を取り得るのかは、まさに現在展開中の課題である。 (澤敬子)

II. アファーマティヴ・アクションをめぐって

1. アファーマティヴ・アクションの出発点

アファーマティヴ・アクションは「積極的差別是正政策」とも訳される。人種差別や女性差別は社会構造に由来するゆえに、単に人種や性別を無視して一律の基準で選択しただけでは差別がなくなる。したがって、その差別をなくすために積極的な対応策をとるという論理にもとづく。具体的には、差別を受けている有色マイノリティや女性に、大学入学や就職試験での別枠や別基準を設け、それまで閉ざされていた進学先や職場に、彼女/彼らを受入れようとする政策につながる。

この政策はもともと1965年のケネディ＝ジョンソン政権のもとの行政命令第11246号が出発点であるとされる¹⁾。例えば、同命令のSec. 202(1)は、政府機関との契約者たる雇用者は次のような条項を契約書に含めなければならないとしている。「契約者は、被雇用者ならびに求職者に対して、人種、皮膚の色、宗教、性別、出身国を理由とした差別をしない。契約者は、求職者の人種、皮膚の色、宗教、性別、出身国を考慮することなく、彼らが雇用され、また雇用されている間に取り扱われることを確実にするためのアファーマティヴ・アクションをとる。そのようなアクションは以下のような場合にとられるべきであるが、これらに限られるわけではない。雇用・昇進・降格・または転勤、求人または求人広告、レイオフや雇用止、給与率や他の形態の給付、徒弟制度を含むトレーニングへの選抜である。」²⁾

アファーマティヴ・アクション政策はその後、さまざまな面で女性や有色マイノリティの社会進

16) Matsuda, *supra*.

1) Sadler, A. E. (ed.) (1996) *AFFIRMATIVE ACTION*, Greenhaven Press, 6 (Introduction).

2) EXECUTIVE ORDER No. 11246. September 28, 1965, 30 F. R. 12319.

出を拡大してきたのである。

2. アファーマティヴ・アクションへの批判

しかし、アファーマティヴ・アクションに対する強い批判が1980年代後半以降強まってきた³⁾。男性と白人、つまりマジョリティに対する逆差別となっているという批判である。さらにアファーマティヴ・アクションによって職を得た、あるいは大学に入学を許可された人々に対するスティグマ(ネガティブなラベリング)があるため、この制度によって助けようとしている人々自身が現実には傷つけられているという指摘もなされている。

1995年4月に行われた合衆国下院憲法小委員会での公聴会で、アファーマティヴ・アクションの継続に反対する立場からの証言者は、アファーマティヴ・アクションが女性の社会進出にとって大きな役割を果たしたことを認め⁴⁾、また「反差別」政策は継続すべきとしつつも⁵⁾、アファーマティヴ・アクションの現状は、ケネディ＝ジョンソンの行政命令で意味されたそれとは大きく異なっていると指摘する⁶⁾。また、「真のフェミニストがもともと擁護した大義、すなわち平等な機会を危機に陥れている」とし、女性が望むのは「社会学によるのではなく、公正な競争機会が与えられた上で女性の忍耐力と能力により成功すること」⁷⁾だと主張するのである。

このような反アファーマティヴ・アクションの動きは、けっして一部の保守的な立場からなされているだけではない。二つの代表的事例をみてみよう。ひとつは1996年にカリフォルニア州州民投票で可決された州憲法改正提案(Proposition 209)である。「州は、公的雇用、公教育、または公的契約において、人種、性別、皮膚の色、民族、あるいは出身国にもとづいて、あらゆる個人やグループに対しての差別、あるいは優遇的な取扱いをしてはならない。」ここでは、差別と並び優遇的取扱いも禁止しているのである⁸⁾。

他方で、各地の大学で入学選抜が逆差別であるという訴訟も多数おこっている⁹⁾。これは女性差別よりも人種差別の文脈で起こされているケースが多い。アメリカの大学入学試験は SAT(大学入学適性試験)の成績がその判定基準の一つとされている。もちろん単純にその成績だけで判断されるのではなく、高校の成績や社会的諸活動やクラブ活動の履歴も記した推薦状や自己推薦状を総合して判定される。アファーマティヴ・アクションにより、女性が、あるいは有色マイノリティが入学許可を受けたことで、男性/白人が十分に合格に達する成績等をとっていても不合格になることがありえる。これについては多くの訴訟が起こされている。ある判決では合否判定に際して、人

3) Becker, Bowman & Torrey (eds.) (2001) *CASES AND MATERIALS ON FEMINIST JURISPRUDENCE*, 2nd ed. West, Text Note 805-806.

4) Ingraham, L. A. (1996) "Women Do Not Need Affirmative Action" in Sadler, *supra* note (1) at 66-69.

5) *Id.*

6) *Id.*

7) *Id.*

8) 反差別と差別是正の間にグレーゾーンは存在するので、必ずしもアファーマティヴ・アクション等価のすべての政策が否定されるわけではない。

9) Becker, *supra* note (3).

種によって合格基準を変える二重基準が違憲であるとされている¹⁰⁾。が、別の裁判では人種を考慮することは違憲ではないとされている¹¹⁾。また近時のミシガン州立大学の事件につき連邦最高裁は、有色マイノリティであることによるのみ一定の加点を行い、学部入学の合否判定の基準とすることは違憲であるとした。しかし、ロースクールの合否判定に際し、有色マイノリティであることを「考慮に入れる」こと自体は合憲とされている。¹²⁾

3. 特権者へのアファーマティヴ・アクション？

このように差別されている女性や有色マイノリティに枠を設けて優先的な公立大学への入学を認めることは逆差別になるという考え方がけっして一部のものでないことは、これらの例からもわかる。さらに、このような「アファーマティヴ・アクション」と類似する事例は女性や有色マイノリティに限らず現実に存在することも忘れてはならない。例えば、ハーバード大学では数十年にわたり、新入生の約20パーセントがいわゆる卒業生指定枠で入学許可を受けているとされる。この枠の合格基準は通常の入学志願者に対するそれとは異なるのであるから通常の入学志願をした場合には不合格になる場合でも合格することがありえる。しかし、これに対してはアファーマティヴ・アクションのような批判や訴訟は起こっていない¹²⁾。もちろんハーバードが私立大学であり、他の公立大学とは条件が異なる。しかし他の多くの公立大学でもスポーツ推薦などの二重基準が適用されていることも確かである。したがって、公正な競争という観点からみてここには同じ問題が含まれていると考えられるのだが、アファーマティヴ・アクションのように問題はとされていないのである。

4. アファーマティヴ・アクションの擁護

先に触れた下院公聴会での、アファーマティヴ・アクションを擁護する立場からの証言では、女性差別が各方面に多く残っていることを具体的数値をあげながら紹介し¹³⁾、行政命令第11246号が「目標は、厳格で不変な達成しなければならない割当て目標であってはならず、アファーマティヴ・アクションプログラム全体を機能させるようなあらゆる善意の努力をなすことで合理的に達成しうる目標でなければならない」と明示的に述べていることを指摘した上で、アファーマティヴ・アクションが、選抜過程に忍び込むバイアス、ステレオタイプや偏見を取除くのに効果的であることを強調する¹⁴⁾。教育機関では、女性や人種マイノリティが増えることで得られる学生の多様性が、すべての学生にとってより豊かな教育機会を提供したり、医学部（合衆国では大学院レベルの

10) *Wooden v. Board of regents of the Univ. of Ga.*, 32 F. Supp. 2d 1370 (1990).

11) *Smith v. Univ. of Washington Law School*, 233 F.3d 1188 (9th Cir. 2000).

12) *Gratz et al. v. Bollinger et al.*, No. 02-516 (June 23, 2003).

Grutter v. Bollinger et al., No. 02-241 (June 23, 2003).

12) *Becker*, supra note (3).

13) *Greenberger*, M. D. (1996) "Women Need Affirmative Action" in *Sadler*, supra note (1) at 14-21.

14) *Id.*

教育課程) が女性を多く受入れることで女性医学者が増え、女性特有の疾病、たとえば乳がんなどに対する学問的ならびに公共の関心が増大した例のように、アフーマティヴ・アクションは公共の利益にも貢献することも指摘される¹⁵⁾。

5. 「平等な機会」と「能力主義」の歴史性

この他にも多くの論点があふーマティヴ・アクションをめぐるには存在する。これまでの施策の積重ねにより女性や有色マイノリティがかなり社会進出をしたと考えるか、まだまだ差別による進出の遅れが大きく残っているかという現状認識の違いの問題もあるし、また、女性の内部での、また有色マイノリティの内部で、さらには男性や白人の内部でも、厳然と存在する経済的な経済階級間格差にむしろ注目すべきであるという議論もある¹⁶⁾。

アフーマティヴ・アクションめぐる議論は、一律的な競争方法のもとの、二重の基準による選択が妥当かどうかという議論になってしまう傾向がみられるが、一般的にいつてこの議論は、特定のグループをひいきするものにすぎないと受取られてもしかたがない側面がある。これに対しては、人々の能力は与えられた機会によって変わりうるのだということを論じて、過去の能力判定による選抜=排除の仕方に焦点を当てて議論するのではなく、参加機会の提供が能力発達につながるのだという選抜後のプロセスに議論の焦点を移すことが重要だとする考え方もある¹⁷⁾。

このようにアフーマティヴ・アクションの妥当性について考えることは、平等な機会とは何かということだけでなく、客観的基準による能力主義の問題も問いなおすことになることを最後に指摘しておこう。平等な機会という観念やそれに基づく政策が歴史的なものであるのと同様、客観的基準による能力主義もまた歴史的なものなのである¹⁸⁾。 (藤本亮)

III. ポルノグラフィとフェミニズム法学

本節では、80年代から現在に至るまで、フェミニスト陣営を二分することになった米国でのポルノグラフィ規制の問題を概観する。

1. 米国における「猥褻」規制と表現の自由

まず、米国の法的伝統における「猥褻」について確かめておく。米国では言論の自由は市民権の筆頭として非常に重んじられており、それは米国憲法修正第一条として明示されている。そこでは「連邦議会は、国境の樹立を規定し、もしくは信教上の自由な行為を禁止する法律、また言論および出版の自由を制限し、あるいは人民の平穏な集会をし、また苦痛事の救済に関し政府に対して請

15) Id.

16) Becker, supra note (3).

17) Becker, supra note (3) 807-810.

18) Becker, supra note (3) 806.

願をする権利を侵す法律を制定することはできない。」とされている。ここでは、言論と出版の自由が、政教分離や信教の自由その他の権利とともにはっきりと認められている。

しかし米国法の伝統では、「猥褻」な文書は憲法の保護の範囲外であるとみなされてきた。米国では(1) 平均的なひとが、現に適用している社会の水準に照らして、その表現物が全体として見て卑猥な興味に訴えるものであることを認め、(2) その表現物が、適用法条が具体的に定めている性行動を、きわめていやらしい仕方でも描写または叙述しており、(3) その表現物が、全体として見た場合、真面目な文学的、芸術的、政治的に科学的な価値を欠いているという基準を満たす場合、その表現は猥褻であり規制の対象とすることができる。そしてこのような規制は、善良なる風俗・社会公共の秩序といった公益を保全するために認められるとされる。¹⁾

しかしこのような規制は、近代的な言論の自由の擁護の流れとは必ずしも相性がよくない。近年では、子どもが必然的にモデルを務めねばならないチャイルドポルノ等を除いては、販売地域を限定するゾーニング等の規制にとどめられるにすぎず、ポルノグラフィは米国の一大産業となっている。

2. 反ポルノグラフィ運動と反ポルノグラフィ公民権モデル条例

80年代に、フェミニスト法学者キャサリン・マッキノンとアンドレア・ドウォーキンらは、活発な反ポルノグラフィ運動を開始した。マッキノンらによれば、ポルノグラフィはそれ自体女性差別的な制度であり、レイプ、ドメスティックバイオレンス、セクシャルハラスメント、児童に対する性的虐待など、女性へのさまざまな暴力の原因であるのみならず、女性は支配されることに快感を覚え、従属することに喜びを感じるといった女性の性の神話を強化するものである。

マッキノンらの運動は、先の「猥褻」規制のように、社会の道徳的秩序を維持することを目的としたものではなく、むしろ、女性の権利保護、女性に対する差別撤廃というフェミニスト的観点からのものであり、すでに巨大な市場を持つ現代のポルノ産業における犠牲者としての女性たちの救済を目的としたものである。彼女らによる反ポルノグラフィ公民権条例のモデル案によれば、ポルノグラフィとは、「図画および/または文書を通じて、性的にあからさまな形で女性を従属される写実的なもの」であり、かつ次の状態の一つまたはそれ以上を含むものを言う。(a) 女性が人間性を奪われた形で、性的な対象物、物品、または商品として提示されている、(b) 女性が辱めや苦痛を快楽とする性的対象物として提示されている、(c) 女性が強姦、近親姦その他の性的な暴行において性的快楽を経験する性的対象物として提示されている、(d) 女性が縛られ、切りつけられ、損傷を加えられ、殴られ、または身体を傷つけられて性的対象物として提示されている、(e) 女性が性的服従、奴隷または見せ物の姿勢ないし状態で提示されている、(f) 女性の身体の部位(膣、胸、尻を含むが、それに限定されない)が提示されており、それによって、女性がその部位に還元されてしまう場合、(g) 女性が物や動物によって挿入された状態で提示されている、(h) 女性が、貶められたり、傷つけられたり、拷問されたりする筋書きにおいて提示されており、女性が汚れた

1) 邦語でのわかりやすい解説は奥平康弘(1999)、『「表現の自由」を求めて：アメリカにおける権利獲得の軌跡』、岩波書店、を参照。

もの、もしくは劣ったものとして描かれ、または出血したり、殴られたり、傷つけられたりし、かつそれらの状態を性的なものとする文脈の中で提示されている。²⁾

モデル条例では、このようなポルノグラフィに対して、ポルノグラフィに強制的に出演させること、ポルノグラフィの押しつけ、ポルノグラフィを原因とする暴行脅迫、ポルノグラフィを通じた名誉棄損、そしてポルノグラフィの取引行為を訴訟原因として民事訴訟を起すことができる。損害賠償と差止命令、その他の救済手段を裁判所に訴え出ることができることとされる。

3. モデル条例への批判

このようなマッキノン＝ドウォーキンモデル条例案には次のようなさまざまな批判が加えられている。³⁾

- (1) たしかに条例は刑事的ではなく民事的であり、国家が直接検閲を行なうわけではない。しかし、実質的なポルノグラフィの出版抑止の効果は刑事的な法と変わらない。条例による「萎縮効果 chilling effect」の影響は極めて重大なものになりうる。
- (2) 条例のポルノグラフィの定義はあまりにも漠然としている。特に、「従属」という言葉の定義には問題が多い。たとえば、ほとんどすべての性的表現が女性を従属的に描写しているとみなすひともいれば、避妊をともなった性行為は女性を従属させるものだとみなすひともいるだろう。
- (3) 条例の「ポルノグラフィ」の定義は、女性に対する暴力を含んでいない性表現までポルノグラフィとしてしまう。
- (4) また、条例の定義は、性的にあからさまかつ性差別的なものを対象としているが、暴力的で性差別的なもの、暴力的で性的にあからさまなもの、単に暴力的なもの、単に性差別的なものなどはポルノグラフィとはされない。女性に対する暴力と性差別が問題であるならば、そのようなものも訴訟の対象とすることができてしかるべきである。
- (5) 条例は性行為・性表現に関する特定の規範をおしつけてしまっている。
- (6) 条例は、セックスは「女性の品位を下げる」という因襲的な見解に依存している。
- (7) ポルノグラフィが女性に対する暴力を引き起こすことを証明していない。また歴史的に、ポルノグラフィが現在ほど入手しやすくなかった過去の時代にも女性に対する暴力は多数存在していた。
- (8) 実際にマゾヒスティックな欲望や快楽を味わっている女性も存在するかもしれない。もしそうであるならば、「サドマゾヒズムは嘘だ」という主張は、フェミニストが戦うべき対象であるかもしれない。

2) Becker, Bowman & Torrey (eds.) (2001) *CASES AND MATERIALS ON FEMINIST JURISPRUDENCE: TAKING WOMEN SERIOUSLY*, 2nd ed. West, 467-470. キャサリン、マッキノン、マンドレア、ドウォーキン(2002)『ポルノグラフィと性差別』中里見博、森田成也訳、青木書店、40-84頁を参照せよ。

3) Becker et al. *supra*, 480-483 および Strossen, Nadine, *DEFENDING PORNOGRAPHY: FREE SPEECH, SEX, AND THE FIGHT FOR WOMEN'S RIGHTS*, New York University Press in Becker, et al. *supra*.

- (9) ポルノグラフィは、因襲的な性的規範を破壊し、性的な偽善や性的な必要性の無視を揶揄することによって、女性の利益となることもあるかもしれない。
- (10) 条例は自由な言論を制限することによって、極右など保守的勢力を利することになる。
- (11) 女性に対するエンパワーメントのためには、アファーマティブ・アクションや男女同一賃金原則などの他の立法措置の方がむしろ役に立つだろう。

4. 「アメリカ書籍商協会」判決

マッキノンらは地方公共団体にはたらきかけて、ポルノグラフィ規制条例の制定を目指した。ミネソタ州ミネアポリスではポルノグラフィの被害についての公聴会が開かれ、市議会で反ポルノグラフィ公民権条例改正案が可決されたが、市長が拒否権を行使し施行されることはなかった。また、インディアナ州インディアナポリス市議会が、米国ではじめてこのタイプの規制条例を成立させた。しかしこの条例はアメリカ書籍商協会によって裁判に訴えられ、第7巡回区控訴裁判所はこの条例を違憲と認め、さらに最高裁も市の上告を棄却した。控訴裁判所の判決理由は以下のようである。⁴⁾

- (1) インディアナポリスの条例の最大の問題は、条例が言論や表現の内容にもとづいて扱いを変えていることにある。憲法修正第一条は、国にそのような価値判断を行なうことを許していない。国は思想の評価を国民にまかせねばならないと主張している。
- (2) 市条例は女性を「辱めや苦痛を快樂とする」「強姦、近親姦その他の性的暴行において性的快樂を覚える」ものとして描写するもの、女性を「性的服従、奴隷、または見せ物の姿勢ないし状態で提示」するものをポルノグラフィとしている。一方、いかに性的にあからさまであっても女性を平等な立場として描写するものは合法である。このような表現の内容にもとづいた区別は、思想コントロールである。
- (3) ポルノグラフィへの強制的な出演のような身体的な被害については、女性の「従属」を伴わないような表現についても起こりえる。そしてそのような被害は、すでに既存の刑事・民事的な法制度によってカバーされている。
- (4) 控訴裁判所は、ポルノグラフィが男性の行動に影響を与え、女性の従属を永続化する働きもっているという主張を認める。しかしこのようにポルノグラフィが人びとの行動や社会制度に影響を与えることは、ポルノグラフィだけではなく、言論一般が持つ性質である。そして、J. S. ミルの『自由論』などに代表される自由な言論を擁護する伝統的ななかでは、言論はそれがいかに間違っただのもであっても、直接差しせまった危害が予測されるときを除いては、自由に流通されるべきであるとされている。
- (5) ポルノグラフィが(米国法における)「猥褻」な表現と同じように「価値の低い」言論であるとする議論があるが、インディアナポリスの条例は、表現の文学的・芸術的・政治的・科

4) Becker et al. supra 449-499.

学的な価値にまったく言及していないので、この議論を用いることはできない。

このような判決に対して、マッキノンらの陣営は、「ポルノグラフィを保護し擁護することが国の公式の立場」であり、「言論の自由と呼ばれるものを男性が持つことができるよう、女性という階級の全体」が「二級市民」として取りあつかわれることを認めたのだと、さらに批判を加えている。⁵⁾ (江口聡)

IV. 親密な関係と女性

1. はじめに

本章では、ベッカーの『フェミニズム法学』第7章「法・女性・親密な関係性」¹⁾について、ごく簡単な報告をしていきたいと思う。本書では、この分野に一つの見通しを与えるために、大まかに三つの法的問題を採り上げている。すなわち、①婚姻関係および離婚、②同居(ないし同棲)とその解消、③同性結婚の法的認知をめぐる論争、についてである。本書を通じて一貫している特色であるが、この第7章においても、法がいわゆる「親密な関係性 intimate relationships」に対してどのような解釈を与え、どのように処遇してきたかを示す判例や法律資料のみが呈示されているわけではない。むしろ、現実のアメリカ社会におけるこれら「親密な諸関係」——最も明るみに出ないように見えるものでありながら、個々人の日常的実践をじかに構築している関係——の実態をさまざまなアプローチから理解するために、社会科学の諸研究や調査が法律的パースペクティブを補完するためのリーディングとして用意され、法律学習者のより深い理解や法曹プロフェッションの現場的实践に資するようという配慮が生かされた編集となっている。それらの資料の一つ一つが非常に興味深く、また重要なものでもあるのだが、本論では概略的な報告に留め、むしろまず本書の編者たちが、「親密な関係性」を扱う法律や裁判が女性にとっての重要な関心事であると考えるのはなぜであるのか、という点から検討を開始したいと考える。したがって以下では、まず前半部において、法と女性との関わりにおいて愛情関係や家族的愛着によって結ばれた関係——「親密な関係性」——を統制する法がなぜ非常に重要なものと見なされてきたのかに関する編者の問題意識を紹介し(第2節)、その後、後半部において、第七章の内容に関して全体的に概説し(第3節)、本章の報告に代えさせていただきたい。

2. 「親密な関係性」はなぜ法的領域として重要なのか(7章:A)

従来、愛情や家族的愛着によって結ばれた関係——いわゆる「親密な関係」——は私人間関係で

5) Mackinnon, "Porography as Sex Discrimination", in LAW AND EQUALITY, vol. 4. no. 1 in Becker, et al. supra. 邦訳は前出『ポルノグラフィと性差別』223-247頁。

1) Becker, Bowman & Torrey (eds.) (2001) CASES AND MATERIALS ON FEMINIST JURISPRUDENCE: TAKING WOMEN SERIOUSLY, 2nd ed. West. 615-673.

あるのみならず、私的領域の中でも最もプライベートな領域に属するものとされてきたために、法ないし公的権力による介入をできるかぎり避けるべきであるという考え方が根強く存在してきた。しかし、本章であつかう事例——婚姻および離婚、同居およびその解消、同性結婚の法的認知請求をめぐる社会的・法的論争について——はそういった考え方を覆し、むしろ私たちの生の基盤となる関係の内に法の理念がより明確に宿ることを願って生起しているものにも見える。この折り合わない二つの考え方をめぐって、この分野の法的解釈もさまざまに対立してきたのである。

本書においてもこの相容れなさは一貫して重要なテーマであり、幾度となく反復されるが、ではこの「親密な関係」が法の文脈に置き直され、より公正な観点から再検討されることの必要性を、編者たちはいかに説得的に主張しようとするのだろうか。彼女たちは(いかにもフェミニスト的な、また本書においては頻繁に援用される所作において)逆に一つの問いを読者に対して発することによってこれに答えようとする。問いは読者の手がかりとなって、本章の問題意識を共有するための導入となる。そしてここで編者を取り上げるのは、かつて政治哲学者スーザン・オーキンが提起した問いである²⁾。

オーキンは、子どもたちは最も身近な「親密な関係」——たとえば両親同士の関係——を見て、そこから公正さや正義やあるべき市民の精神の基盤を学んで成長するという。逆に言えば、子どもがその中で成長する家庭の内部に不正な従属や虐待が存在しているとき、結果としてそこで養育された子供はまともな民主的感覚を宿した市民には育たないし、ゆえにそういった親密な関係の中に潜む不正を看過する社会は、やはりまともな公正な社会になりえないと考える。それゆえ彼女は、(例えば家族的関係を含む様々な)親密な関係性と法・政治的理念との間の整合性が、社会的な道徳にとって究極的に重要であると結論するのである。自由で対等な関係、不正のない関係を家庭や愛情関係の中に実現していくことは、社会全体が公正なものであるための、第一の条件であるの

2)「公正な社会において、家族の構造と実践は、女性に対して男性と同じだけ機会を与えるものでなければならない。このことは彼女たちが自分の潜在的な諸能力 *capacities* を発展させ、政治権力に参入し、社会選択に影響を与え、経済的な保護をうけるために必要である。しかしこれに加えて、家族は公正なものでなくてはならない。なぜならそれは子供たちの道徳的成長に対して膨大な影響力を有しているからである。家族は道徳的成長の形成期における第一義的な制度である。また家族の構造と実践は、もし正義の感覚がそれによって養育され維持されるものだとすれば、より広い意味での社会のそれと平行しているのである。・・・(したがって)メンバー全員に対する平等な尊厳にコミットするような、また利益と責任の社会的分配における公正にコミットするような社会であれば、家族というものを無視することは出来ないし、現行のジェンダーに規定された家族構造および慣行のような、これらの規範を侵害するような家族構造や実践を容認することも出来ないはずである。強靱な正義の感覚と公正な制度へのコミットメントを抱いて大人へと成長する子供たちにとっては、彼女たちの最も早期の、最もその後の形成に関わる時期を、彼女たちが愛されて養育されるような環境の中で過ごすことが本質的に重要である。(しかし)いずれの性別の子供たちであっても、その子供たちにとって、共稼ぎの二親と一緒に平均的な世帯において公正について学ぶこととはいかなることであろうか。そこでは母親が最小に見積もっても父親の二倍の家事をこなしており、父親は自分の立場を用いていうことをきかせたり、妻を虐待するために、自分が賃金獲得者であるという事実を微妙ないし明確に利用する。また自分と自分の子供の生計を立てるといふ課題に直面している女性——それは自分の人生を夫と子供の要求に合わせて組み替えてきた何年間かの後に、自分がそのような人生を歩むことに同意し、それを歩んできて、それを歩み続けるのだと予想していた人生によって、ほぼ完全に遂行困難となった役割を担うことである——の家庭にいる子供たちは、他者に対する責任について、一体何を学ぶことになるのであろうか」 Okin, Susan Moller (1989) in Becker, et al. *supra*, JUSTICE, GENDER AND THE FAMILY, 22-23.

だ。このように、親密な関係を道徳的で公正な場として確立することから、真に民主的な社会の実現が開始されるべきだという思想が存在する。すなわちそれはかつてギデンズが彼独自の仕方です「親密な関係」を概念化した際に、「個人生活の民主化と、最も広範な次元での全地球規模の政治秩序における民主化の実現可能性との間には、対称性を見出すことができる」²⁾と述べたこと、また近代においては、人々が親密な関係性を日々日常生き抜き、再帰的に自己投入し続けることこそが、社会全体の改革を推進する原動力になってきたと考察したことと無関係ではない。しかし、そのような感情的秩序のプロジェクトに、愛情や愛着が媒体となる再帰的構造化に、法律や裁判はどのように関わりうる（あるいは関わらない）のだろうか。これが本章を貫く読者への問いかけであるかと思われる。

3. オーキンの問いと親密性の法 laws of intimate relationships

本章は、上のオーキンの問いの三つの文脈、すなわち伝統的婚姻、同居（事実婚）、同性結婚という三つの「親密な関係性」から語りなおし、また応答しようとする内容となっている。オーキンは「公正な社会」の基礎ユニットとして親密な関係における民主的な法の理念の実現を重視していた。編者たちは、さまざまな資料と質問を交えて、アメリカの法廷があるいは私たちがこのプロジェクトにどこまで貢献することができるのか、読者自身の思考を喚起しようとしている。編者たちはまず「親密な関係」の社会的実態を多角的な視点から明らかにする資料を紹介し、その後それに対して判例の法律的議論はどのように展開されるのかを示すというアプローチを採っている。以下、順に見ていこう。

(1) 結婚——その権力と幸福——

結婚において、両性の権力資源と幸福の実態はどのようなものだろうか。このことを社会学的意識調査から解明する二つの社会科学的研究として、ロバータ・シーゲルの『野心と適応——女性はジェンダー関係をどう見ているか？——』³⁾とジャニス・ステイル『婚姻的平等——夫と妻の幸福と結婚の関係』⁴⁾からの抜粋が紹介される。シーゲルは電話調査とグループ討議の聞き取りから得られたデータを元に、特に家事をめぐる夫婦のもの見方とそれぞれの感じる幸福度に注目し、夫側と妻側のパースペクティブを摘出している。ステイルは、共働き夫婦における①家事・育児の分業、②家庭での意思決定権力の分配の相関性、を調べるが、そのとき妻から母への立場の移行をもたらす微妙な変化を特に重要視している点が興味深い。これらの社会科学的知見を紹介する編者の狙いのひとつは、結婚とは、収入や社会的地位、ジェンダー役割や母性・父性の既成概念等の複雑に織り成す権力構造と見なすことができ、権力の分配は夫婦それぞれの幸福度を左右するという

2) アンソニー・ギデンズ著(1995)『親密性の変容——現代社会におけるセクシュアリティ、愛情、エロティシズム』松雄精文・松川昭子訳、而立書房、287頁。

3) Sigel, Roberta S. (1996) *AMBITION & ACCOMMODATION: HOW WOMEN VIEW GENDER RELATIONS*, 96–98, 167–68 in Becker et al. *supra*.

4) Steil, Janice M. (1997) *MARITAL EQUALITY: ITS RELATIONSHIP TO THE WELL-BEING OF HUSBANDS AND WIVES*, 24, 29–30, 32–35, 39–42 in Becker et al. *supra*.

視点を共有することであろう。

(2) 離婚——親密な関係の解消とその経済的インパクト——

次に紹介されるのは、ホールデンとスモックによる論考「婚姻解消にともなう経済的コスト：女性たちはなぜ不公平な負担に耐えるのか」⁵⁾である。この論文が興味深いのは、Aで見たような心理学的、社会学的観点よりも、経済的なコストから見た公正性を重要視している点であり、また①時間的経緯による変化(短期的影響/長期的影響)や②婚姻解消の原因による相違(死別/協議離婚/その他)を重視して緻密な分析を行っている点である。彼女たちもまた、離婚にともなう育児の責任分配、年金・租税等の法律整備の不備、そしてなによりも離婚後の経済状況を占う女性の労働条件における法的負担の大きさを指摘している。ここまでの三つの社会科学的アプローチは、「親密な関係」と言われるものの内実と実態をより深い視点から汲み上げる方法を法律家に示すことで、この後に取り上げられる法解釈をより多様な視点から読み解くツールとする狙いを持っていると思われる。

(3) 親密な関係性の改革は法的になされうるか？

ここでは「婚姻」制度の内部を変革するための多様な提案について考えて見ることによって、親密な関係性に対する法の改革力が検討される。まず著名なマーサ・ファインマンによる『母親業の中性化：性的家族観と二十世紀的な諸悲劇』⁶⁾からの抜粋において、夫婦と子を中心とした近代家族から、母子を中核とした家族観への法的改革の可能性が模索される。またその他の様々な改革案、たとえば契約観念やパートナーシップや共同経営に基づいた結婚概念や、離婚後賠償補償の実質的微調整、また家事の税徴収や結婚に伴う全ての法的優遇の完全撤廃の可否などに対する法的争点が紹介されている。

(4) 同棲をめぐる判例——法的概念としての「婚姻」の定義の動揺——

「親密な関係性」という観点から見たとき、婚姻関係と同居(同棲)関係の相違が法的に問題となる。婚姻が法的概念であるかぎり、法は何らかの明確な定義をする必要であるからである。この点について検討を迫られたのが、15年間の同居の解消後に、三人の子供の処遇と公平な利益と所有権の分配を求めたヘウィット事件である⁷⁾。本節はまずこの判例の判決文を紹介して基本的な法的争点を抑え、ノートと読者への質問を通じて、その後の関連判例の移行を紹介しながら、親密な関係を統制する法のあり方の一面を検討していく。

(5) 同性結婚をめぐる諸判例——親密な関係性と法的・社会的理念のせめぎあい——

同性結婚においては、婚姻の法的定義を再検討すると同時に、法的な婚姻制度を破棄する可能性とが表裏の主張として検討されねばならない点において、また他の「親密な関係」においては最も

5) Holden, Karen & Smock, Pamela (1991) "The Economic Costs of Marital Dissolution: Why Do Women Bear a Disproportionate Cost?" 17 ANN. REV. SOC. in Becker, et al supra.

6) Fineman, Martha Albertson (1995) THE NEUTERED MOTHER: THE SEXUAL FAMILY AND OTHER TWENTIETH CENTURY TRAGEDIES, in Becker, et al supra.

7) Hewitt v. Hewitt, Supreme Court of Illinois, 1979, 77 Ill. 2d 49, 31 Ill. Dec. 827, 394 N.E.2d 1204.

8) Baker v. Vermont, Supreme Court of Vermont, 1999, 170 Vt. 194, 744, A 2d 864.

重要なファクターとなってくる出産と育児の問題が全く別の扱いを必要とする点で幾重にも複雑な争点を孕んでいる。本節では、ベイカー事件を中心に、州法における婚姻の定義、憲法的争点、賠償の問題、性差別事件としての同性結婚の不認定、など多様な争点を紹介し、読者に検討を求め、次いで州法レベルにおける結婚防衛法⁹⁾ およびヴァーモント州における Civil Union のための法令¹⁰⁾を検討し、その後の推移を紹介している。編者たちは法律家としても法改革者としても、意識的に考えるように促すとともに、同性結婚の問題が、女性問題やフェミニズムとどのように関連するか考えることを重要視している。(望月清世)

V. ケアと平等をめぐる

1. セーフティネットとケア負担者

本章は、Becker 他『フェミニズム法学』の第12章¹⁾「女性と国家」の一部分である、ケアと平等についてのフェミニズムからの議論の論点を紹介する。第12章は、女性は国家に何を求めるか、期待すべきことは何か、という問を出発点とする。英米法においては、女性は婚姻により無能力者となり、夫から妻への暴力・強姦は、夫の権利であった時代もあった。現代米国においては、社会保障やその他の法制度において、やはり男性は女性よりも優遇されているという。以下でも論じられているが、諸制度や法がモデルとする自律した個人は、現実には男性(労働者)であるという批判がフェミニズムの規範理論・政治理論からなされて久しい。²⁾ その一方で、女性は社会的・経済的に未だ弱者であり続けているのが実情である。有権者としてはマジョリティである女性は、政府の介入が、女性たち自身の努力によるよりも効率よく「私的領域」(家族から学校、企業、市場まで)の組織を改革してきたことを認めるならば、どのように政府とむきあうべきか、が問題となる。第12章は、社会保障、政治参加、グローバル・フェミニズムからの政治改革、という3部構成をとっている。本章は、その中でも、特に社会保障のあり方についての議論を紹介する。

米国における社会保障、つまりセーフティネットの問題点として、フェミニズムから提起されてきたことは、社会保障という社会の構成員の生存にかかわる制度もまた、ジェンダー秩序の一部分をなしてきているということである。社会保障制度の想定する個人モデルが、勤続年数と収入を基準としているために、労働者としての女性は、男性と較べて給付の面で不利な立場に立たされるの

9) DOMA (Defense of Marriage Acts) in Becker et al. supra. 668-70.

10) The Vermont Act Relating to Civil Unions in Id. 670-72.

1) Becker, Bowman & Torrey (eds.) (2001) CASES AND MATERIALS ON FEMINIST JURISPRUDENCE: TAKING WOMEN SERIOUSLY 2nd, West 1024-1076.

2) たとえば、Fraser, Nancy (1989) UNRULY PRACTICES: POWER, DISCOURSE AND GENDER IN CONTEMPORARY SOCIAL THEORY, University of Minnesota Press.

Benhabib, Seyla (1992) SITUATING THE SELF: GENDER, COMMUNITY AND POSTMODERNISM IN CONTEMPORARY ETHICS, Routledge.

社会保障の考え方について日本語でこれらの論点をとりあげたものとして、山森亮(1998)「福祉国家の規範理論に向けて—再配分と承認—」『大原社会問題研究所雑誌』No. 437.

である。すなわち、ジェンダーによる賃金格差が社会保障給付に反映されるのだ。また、家事・育児のためにキャリアを中断せざるをえなかった女性たちにたいして、勤続年数という基準は、給付水準に大きなマイナスの影響を与えることになる。つまり、いわゆる「大黒柱」として成功を収めた者にたいする補償が、ケアを担ってきた者、その他の者にたいする補償よりも有利になっているのである。このことによって、退職後の年金に格差が生じるのはもちろんであるが、離婚によって元妻と子どもが経済的に逼迫するリスクが高くなるのである³⁾。

米国の離婚率と、18歳未満の子どもの監護権者、ひきとって養育する親が多くの場合母親であることは、子どもと養育者との生活に社会保障が行き届かないことを示唆する。実際、米国の世帯収入の実質的伸びは、共働き夫婦の妻の労働時間が延びたことに多くを負っている。現実の問題として、シングルマザー世帯（離婚と非婚とを問わず）は、米国の低所得者層を形成しているのである。離婚に際しては、夫は勤続によってえた社会保障を（分割も可能なのだが）「独り占め」し、元妻は社会保障からの給付を受けていない。子どもを養育する母親は、ケアを担ってきたことによりキャリアを中断したり、勤務を調整してきたために、困窮状態になっても、母子が生活していくに十分な社会保障を受給することが困難なのである。女性と男性との貧困層に占める割合の格差は他の先進諸国よりも大きい。また、他の先進国と比較して、米国の子どもたちのおかれている経済状況は厳しいといわざるを得ない⁴⁾。米国の社会保障は、重要なケア責任を負わない労働者を基準としているのであり、セーフティネットは、女性（と子ども）よりも男性をよりよく保護しているのである⁵⁾。

上述のような現状認識のもとで、多様な領域のフェミニズム研究から、ケアする者とケアされる者にとってよりよい援助制度を国家は提供すべきであるという観点から、社会保障制度にたいする改革案が提案されてきている。それらは、大きく二つのアプローチに分けられるだろう。ひとつは、道徳性と平等に基づく議論であり、もうひとつは、女性は公共財を生み出しているということに基づく議論である。

2. 道徳性と平等アプローチ

社会的依存者と、ケア担当者に対しては社会全体が責任をもって配慮すべきであり、それがジェンダーの平等には必要不可欠であるという議論である。たとえば、フェミニズム法学からは、ロビン・ウェストが、女性は主として出産と授乳（あるいはその可能性）によって、他者へのケアを重視するような倫理観を習得する（させられる）。その女性の感覚からは、ケアは極めて重要な価値をもつがゆえに、依存者に対するケア提供を女性は進んで引き受けるのである。しかし、そのことが、形式的平等のもつ自律的個人という人間像とは相容れず、依存者にケアを提供する役割を担うことによって他者に依存せざるをえない状況におかれがちな女性には、平等は手が届かないものに

3) Becker, et al. supra.

4) ただし、この比較における先進諸国には、日本は含まれていないことに注意。

5) Becker, et al. supra 1028-1032.

なっているのである。したがって、自律と孤立ではなく、ケアと共感をモデルとする人間像を基礎として、平等、自由を再構築しなければ、女性（あるいはケアに積極的価値を見出し、担う者）にとって、幸福感をもたらさうような、真の平等はえられないと主張する⁶⁾。

哲学者エヴァ・キッティは、依存の承認は、一方でケアへの価値付与とつながっており、他方で女性の平等につながっているということを強調する。ラディカルな主張は依存関係のもつ意味を尊重しないがために、多くの女性をとりこしてきた。依存を揺籃する社会観に基づけば、社会は、機能するためのあらゆる手段を提供するよう構成されるのであり、すべての市民の自由と関係性（relatedness）を尊重するのである。わたしたちは依存者であり依存労働者でもあるという立場から社会的政治的コミットメントを修正しなければならない⁷⁾。

政治学者モナ・ハリントンは、ケアは「国民的政治価値」であるべきだとして、次のように主張する。ケアを国民的社会価値に位置づけるというのは、全社会構成員に十分なケアを補償することは、自由、平等、正義を保障することと並んで、わたしたちの日常生活の主要原理となるべきであるということだ。それは、十分なケアが人間の健康、バランスのよい発育とともに、積極的なつながり（connection）の感覚が道徳的可能性の開花には枢要であるからである。この感覚こそが、協働のための相互責任を可能にするのだ。ひとは時により、ケアの受け手にも与え手にもなるということが相互依存性を強調し、それが民主的シティズンシップという責任へのコミットメントを高めるのである⁸⁾。

これらの主張は、アマルティア・センとマーサ・ヌスバウムの政府の第一義的目標はひとりひとりが他者とのつながり、自律、能力（competency）への可能性（capabilities）を開花させる能力（ability）を付与される環境の創造であるという著作に基礎をおいている。⁹⁾ この類に属する主張としては、他に、子どもたちの可能性の開花への投資は公共善であり、公共の援助が必要であるという主張がある¹⁰⁾。

3. 女性の公共善生産アプローチ

フェミニズム法学とフェミニズム経済学からの議論のひとつである女性の公共善生産アプローチは、女性が男性に較べて不均衡に貧困であるのは、女性が担う生産的ケア労働が低賃金あるいは無償であるからだが、女性が担う育児によって育成される次世代からの受益者は、社会全体であると位置づける¹¹⁾。

経済学者ポーラ・イングランドとナンシー・フォルブルは、女性の方が男性よりも多くの時間と

6) West, Robin (1987) "The Difference in Women's Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory," 3 WIS. WOMEN'S L. J. 81 in Id. 122-131.

7) Kittay, Eva (1999) LOVE'S LABOR: ESSAYS ON WOMEN, EQUALITY, AND DEPENDENCY p. 188 in Id. 1034.

8) Harrington, Mona (1999) CARE AND EQUALITY: INVENTING A NEW FAMILY POLITICS 48-49; Tronto, Joan (1993) MORAL BOUNDARIES: A POLITICAL ARGUMENT FOR AN ETHIC OF CARE in Becker et al. supra at 1034-35.

9) Sen, Amartya (1993) "Capability and Well Being," Nussbaum, Martha C. & Sen, Amartya eds., THE QUALITY OF LIFE; Nussbaum, Martha C. (1999) SEX AND SOCIAL JUSTICE 39-47 in Becker et al. supra at 1035 note 37.

10) Id. 1035.

お金を子どもに投資しているという命題から始める。女性の賃労働時間は家族の扶養のために伸びているが、男性の育児家事労働時間は増えていない。子どもたちが十分な教育をうけるためのコストは高騰しており、伝統的障害の多くが廃止されてきた現代においては、女性の経済的困難の多くは親としての責任が原因である。子どもを〔養育者の〕消費財とみてきた伝統的な経済学を、イングランドたちは「ペットとしての子どもアプローチ」と呼び(子どもの「効用」を親との関係、つまり家庭内に限定する点を)、批判する。ケア提供者の個人的コスト-ベネフィットの問題を超えて、子どもが能力を存分に発揮できる環境を整えることによって、社会全体が受益すると主張する¹²⁾。たとえば、将来の納税者、社会保障負担者としてだけではなく、友人・配偶者・同僚など、他者のケア労働の結果としての他者から、わたしたちは個人的にも受益するのである¹³⁾。子どもは、社会一般が受益する、いわば「公共財」であるにもかかわらず、社会はそのコストを38%しか負担していない——代わりに個人の女性が負担しているのである。社会が育児を支援することは長期的に見れば経済的に効率的であり、子どもとケア負担者に十分な援助をすることは、将来への長期的投資であって、フリーライダーを防止するには公共の援助が必要なのである。以上のように述べて、イングランドらは、育児コストを分散するために全労働人口に〔米国よりも〕重い課税をする EU の一国として、フランスの制度を参照する。このような政策は、現役世代から次世代への成人後に税金として返還されるべき長期貸付(ローン)であるという¹⁴⁾。

以上、米国における社会保障制度と育児負担についての議論を見てきたが、ジェンダーの平等を前提とする男女共同参画社会を実現するためには、子どものケア負担への考慮が必要不可欠であることは日本においても重要な論点であろう。また、これらの米国の議論の基礎にある、平等観、人間の福祉の概念と経済的分析概念へのフェミニズムからの大胆な挑戦にも、学ぶべきところは多いと思われる。

(南野佳代)

おわりに

米国のフェミニズム法学がジェンダーと法、平等、人間について深めてきた考察のみによって、歴史的・文化的諸条件が異なる日本の現状を解明することは、もとより適切ではないだろう。しかしながら、両国の抱えるジェンダー問題には、近代社会としての、法治国家としての、あるいはジェンダー秩序が貫徹する社会としての共通点が多くあることもまた、事実である。今後の研究課題は、フェミニズム法学については学問的/実践的に先達である米国の議論を、日本において、とく

11) 法学者の議論としては、Fineman, Martha A. (2000) "Cracking the Foundational Myths: Independence, Autonomy, and Self-Sufficiency," 8 AM. U. J. GENDER, SOC. POL'Y, & L. 13 in Id at 1035 note 38.

12) England, Paula & Folbre, Nancy (1999) "The Silent Crisis in U. S. Child Care: Who Should Pay for the Kids," 563 ANNALS AM. ACAD. POLIT. & SOC. SCI. 194, 197-201; 参照 Folbre, Nancy (1994) WHO PAYS FOR THE KIDS?: GENDER AND THE STRUCTURE OF CONSTRAINT in Id. at 1035-36.

13) Folbre, Nancy (1994) "Children as Public Goods," 84 AM. ECON. REV. 86, 87-88 in Id. at 1036.

14) England & Folbre supra note (2) 195 in Id. at 1035-36.

に法学教育において、どのように活かしていくことができるかということである¹⁾。(南野)

文献一覧

- 植木淳(1996)「人種平等と批判的人種理論」『六甲台論集 法学政治学篇』44巻3号、19-59頁。
- 江原由美子編(1995)『性の商品化』勁草書房。
- 奥平康弘(1999)『「表現の自由」を求めて：アメリカにおける権利獲得の軌跡』岩波書店。
- アンソニー・ギデنز(1995)『親密性の変容——現代社会におけるセクシュアリティ、愛情、エロティシズム』松雄精文・松川昭子訳、而立書房。
- 木下智史(1996)「批判的人種理論(Critical Race Theory)に関する覚書」『神戸学院法学』26巻1号、199-230頁。
- キャサリン・マッキノン(1995)『ポルノグラフィ：「平等権」と「表現の自由」の間で』柿木和代訳、明石書店。
- キャサリン・マッキノン、アンドレア・ドウォーキン(2002)『ポルノグラフィと性差別』中里見博、森田成也訳、青木書店。
- 杉田聡(1999)『男権主義的セクシャリティ：ポルノ・買春擁護論批判』青木書店。
- 山森亮(1998)「福祉国家の規範理論に向けて—再配分と承認—」『大原社会問題研究所雑誌』No. 437。
- Becker, M., Bowman, C. G. & Torrey, M. (eds.) (2001) *CASES AND MATERIALS ON FEMINIST JURISPRUDENCE: TAKING WOMEN SERIOUSLY*. 2nd ed. West.
- Benhabib, Seyla. (1992) *SITUATING THE SELF: GENDER, COMMUNITY AND POSTMODERNISM IN CONTEMPORARY ETHICS*. Routledge.
- England, Paula & Folbre, Nancy. (1999) "The Silent Crisis in U.S. Child Care: Who Should Pay for the Kids," 563 *ANNALS AM. ACAD. POLIT. & SOC. SCI* 194. 197-201 in Becker, et al. at 1035-1036.
- Fineman, Martha Albertson. (1995) *THE NEUTERED MOTHER: THE SEXUAL FAMILY AND OTHER TWENTIETH CENTURY TRAGEDIES*. 228-35 in Becker, et al at 637-641.
- Fineman, Martha A. (2000) "Cracking the foundational Myths: Independence, Autonomy, and Self-Sufficiency," 8 *Am. U. J. GENDER, SOC. POL'Y, & L.* 13. in Becker, et al. at 1035 note 38.
- Folbre, Nancy. (1994) "Children as Public Goods," 84 *AM. ECON. REV.* 86. 87-88 in Becker, et al. at 1036.
- Fraser, Nancy. (1989) *UNRULY PRACTICES: POWER, DISCOURSE AND GENDER IN CONTEMPORARY SOCIAL THEORY*. University of Minnesota Press.
- Greenberger, M. D. (1996) "Women Need Affirmative Action", in Sadler, A. E. (ed.) *AFFIRMATIVE ACTION*. Greenhaven Press.
- Grillo, T. & Wildman, S. (1996) "Obscuring the Importance of Race: the Implications of Making Comparisons between racism and sexism (or other-isms)" in Wildman, S. *PRIVILEGE REVEALED: HOW INVISIBLE PREFERENCE UNDERMINE AMERICA*. 85-102 in Becker, et al. at 188-193.
- Harrington, Mona. (1999) *CARE AND EQUALITY: INVENTING A NEW FAMILY POLITICS*. 48-49 in Becker, et al. at 1034-35.
- Harris, A. P. "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory", *CRITICAL RACE FEMINISM*, 2nd ed. A. K. Wing. (ed.) (2003) New York U. P.
- Hernandez-Truyol, B. E. (1998) "Las Olvidadas—Gendered in Justice/Gendered Injustice: Latinas, Fronteras and the Law" 1 *J. GENDER RACE & JUST.* 354, 355-376, 378-385 in Becker, et al at 193-201.
- Holden, Karen & Smock, Pamela. (1991) "The Economic Costs of Marital Dissolution: Why Do Women Bear a Disproportionate Cost?" 17 *ANN. REV. SOC.* 52-53, 57-63, 68-70, 72-74 in Becker, et al. at 628-9.
- Ingraham, L. A. (1996) "Women Do Not Need Affirmative Action", in Sadler, A. E. (ed.) (1996) *AFFIRMATIVE ACTION*. Greenhaven Press.
- Kittay, Eva. (1999) *LOVE'S LABOR: ESSAYS ON WOMEN, EQUALITY, AND DEPENDENCY*. p. 188 in Becker, et al. at 1034.
- Matsuda, Mari J. (1996) "We the People: Jurisprudence in Color" in *WHERE IS YOUR BODY?* 21-27 in Becker, et al. at

1) 日本の法学教育については、今年度の研究課題である。

203-206.

Nussbaum, Martha C. (1999) *SEX AND SOCIAL JUSTICE*. 39-47 in Becker, et al. at 1035.

Okin, Susan Moller. (1989) *JUSTICE, GENDER AND THE FAMILY*. 22-23 in Becker, et al. at 615-616.

Sadler, A. E. (ed.) (1996) *AFFIRMATIVE ACTION*. Greenhaven Press.

Sen, Amartya. (1993) "Capability and Well Being," Martha C. Nussbaum & Amartya Sen (eds). *THE QUALITY OF LIFE*.

Sigel, Roberta S. (1996) *AMBITION & ACCOMMODATION: HOW WOMEN VIEW GENDER RELATIONS*. 167-168 in Becker, et al. at 616-620.

Strossen, Nadine (2000). *DEFENDING PORNOGRAPHY: FREE SPEECH, SEX, AND THE FIGHT FOR WOMEN'S RIGHTS*. New York University Press.

Tronto, Joan. (1993) *MORAL BOUNDARIES: A POLITICAL ARGUMENT FOR AN ETHIC OF CARE*. in Becker, et al at 1035.

West, Robin. "The Difference in Women's Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory," 3 *WIS L. WOMEN'S L. J.* 81, 85-90, 93-94, 98, 101-02, 104, 111-18, 129, 139-42 in Becker, et al. at 122-131.