The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	法と主体の可能性 : フェミニズムの主体像を手がかりに (一)
Author(s)	若林, 翼
Citation	阪大法学. 2005, 54(5), p. 49-72
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55318
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

法と主体の可能性

――フェミニズムの主体像を手がかりに（一）――

若林　翼

はじめに
第一章　性別を越えた個人―リベラル・フェミニズム
（一）フェミニズムとリベラリズム―形式的平等の達成
（二）私的領域における正義の貫徹―個人の自由な選択
（三）自律を尊重する法
第二章　身に染みついた女性性―ラディカル・フェミニズム
（一）男性の視点によって構築される女性
（二）公私二元論批判再考
（三）構造的差別との闘い―フェミニストの法
第三章　パフォーマティヴなアイデンティティ―ポストモダン・フェミニズム
（一）主体の不在　（以上本号）
（二）法規制の回避と反復という戦略

（阪大法学）54（5-49）1225〔2005.1〕

（三）二つのフェミニズムへの示唆
第四章　主体の再構成と法の可能性
おわりに

はじめに

近代市民革命以来、権利の担い手である「人間」というカテゴリーが広げられ、今やすべての人間はその人種や性別にかかわりなく、個人として尊重され、自由と権利が法のもとで平等に保障されるようになった。このようなリベラルな法のもとでは、すべての人が自由に自己の才能を伸ばし、幸福を追求することができるはずである。しかし日本において、結婚や出産を契機に仕事を辞め、家事に専念するのは男性ではなく女性であり、また夫婦共働きであっても、育児休業を取得するほとんどが女性であるのはなぜだろうか。またアメリカでは、都市の中心部には黒人が集まり、郊外には白人が集まって住むのはなぜだろうか。そしてもしもこのような家庭での役割分担や職業選択、居住地域の選択が人びとによってある程度「自発的に」なされ、それが男女の賃金格差や人種による教育の格差など社会的な差別構造につながるものであるとするならば、これをどう理解すればいいのだろうか。このことはリベラルな法が保障した「自由」を人々が行使した結果であり、まさにこのリベラルな法システムのもとで、差別構造が温存されているということなのであろうか。(1) もしもそうであるとすれば、リベラルな法システムの何が社会的な差別構造を温存してしまうのであろうか。また、リベラルな法システム自身の中に差別構造を維持する要素があるとすれば、それは変容可能なものなのであろうか。そして、差別構造を解体するために法の役割をどのように考えればよいのであろうか。

これらの問いを解く一つの鍵は、リベラルな法が基礎とする主体概念にあるように思われる。本稿では、リベラルな法と法理論を批判してきた大きく分けて三つのフェミニズムの主体概念を考察することによって、これらの問いを考えてみたい。この三つのフェミニズムの主張は互いに重なり合うが、それぞれの仕方でリベラリズムとリベラルな法システムを批判すると共に、互いの立場に対しても批判を展開してきた。この三つのフェミニズムによる主体概念を考察することによって、法が根源的に有する権力とまた法を使うフェミニズム自身が陥ってしまう社会における権力構造―ジェンダー・システム―をより深く理解することができると思われる。

第一章から第三章までこの三つのフェミニズムの主体概念と性差別と闘うための戦略を法とのかかわりにおいて論じる。第一章ではリベラル・フェミニズム、第二章ではラディカル・フェミニズム、そして第三章ではポストモダン・フェミニズムに検討を加える。この過程で、主体はもはや行為の前にある自律的主体ではなく、その欲望でさえ構築された、ジェンダー・システムを反復する主体として描かれていくことになるだろう。そして最終章では、意図していないにもかかわらず差別的構造を日々生み出し、強化している我々がこの構造を変える契機はあるのか、またあるとすれば、法はこの契機と共に、ジェンダー・システムの解体に何ができるのかということについて考えてみたい。

第一章　性別を超えた個人―リベラル・フェミニズム

（一）フェミニズムとリベラリズム―形式的平等の達成

フェミニズムは女性による近代自由主義理念の実現を課題としたリベラル・フェミニズムとして生まれた。[2] 一九六〇年代半ばから始まる現在の様々なフェミニズムが第二派フェミニズムと呼ばれるのと対照に、フランス革命

（一七八九年）の思想的変動に由来し、二〇世紀の初頭まで続いたフェミニズムは第一波フェミニズムと呼ばれる。この第一波フェミニズムは、啓蒙思想をその理論的支柱とし、女性は男性と同様理性を有する存在として自然で不可譲の権利を有すると主張し、参政権や財産権、女子高等教育を求める運動として発展した。

特に当時の参政権獲得運動を理論的に支えたのがジョン・S・ミルである。ミルは『女性の隷従』[3]において、当時の両性の関係を規制する原理、つまり女性の男性への法的従属はそれ自体誤りであり、両性の完全な平等の原理によって取って代わられるべきであると主張する。ミルは男性による女性の抑圧が、男女が平等に生きるということに耐えられない男性の利己的な感情とその男性に対して権力を与えている法によって維持されているということを指摘する。例えば婚姻法が妻を無権利・無能力状態に置いていることによって、夫は意のままに振舞うことができ、家庭の外では許されない暴力を夫は妻に対してふるっていても、法的な介入は、努力はされているものの実際上不可能に近い。

このような男性に対する女性の従属について、ミルは近代社会の制度的理念を持ち出す。つまり、「人は生まれながらにして一定の身分をもつということがないこと、その身分に、容赦なくしばりつけられて動けないということはないこと、自由にその能力を用いて、目の前の好機をとらえ、もっとも望ましく思う運命をためしてよいこと」[4]である。これまで女性が能力を発揮する機会がほとんどなかったことから、何が男女の本性かということについては何人も、女性自身ですらわからない。よって女性がどの職業に適しどの職業に適さないかということについて決めるだけの知識を持つことは不可能である。問題はひとえに女性自身にかかっており、できるかできないかはその人にやらせてみなければわからない。よって、女性が他のことよりもあることを好む傾向がある場合にも、法律や社会教育をもって大多数の女性をそうさせる必要はない。適しているか適していないかは男性も含めた自由競

争の中で自ずと明らかになるからである。そうすることによって、女性は最も適したところに必要とされ、両性の結合した能力が、全体から見て非常に大きな価値ある結果を伴って使用され得るのである。[5]

以上のようなミルの主張の中心にあるのは、個人としての女性が自己の選択によって自由にその能力を発揮できなくてはならず、国家や法はそのことに干渉してはならないということである。法的な不平等と女性に対する社会的な期待や教育によって女性の本性はゆがめられている。これを取り除いて、女性が自由に職業を選択し、男性との競争に参加し、自らの才能を開花させることが正義に適ったことである。このような考え方を共有した第一波フェミニズムは多くの「先進諸国」において、女性の参政権や財産権獲得をはじめとする様々な法的平等を達成したのである。

（二）私的領域における正義の貫徹―個人の自由な選択

家庭という私的領域と対比される国家や社会といった公的領域[6]において女性の法的平等を獲得した第一波フェミニズムであったが、一九六〇年代後半に出現した第二派フェミニズムの端緒となったラディカル・フェミニズムによって、リベラル・フェミニズムの限界が指摘されることになる。[7]「個人的なことは政治的である」というスローガンに端的に現われているように、ラディカル・フェミニズムは、私的領域での男性による女性支配、特にそれまで最も個人的なこととして扱われていた性的な場における男女の権力関係を、政治的なものとして問題化した。このラディカル・フェミニズムによって、リベラル・フェミニズムはリベラリズムの理論前提である公私二元論を受け入れ、私的領域における女性の抑圧を見過ごしているとして批判されたのである。

このような批判を受け、リベラル・フェミニズムは私的領域における女性抑圧に目を向け、家庭内での正義の貫徹が必要であることを説く。スーザン・モラー・オーキンはリベラリズムの代表的論者、ジョン・ロールズの『正

義論』[8]を他のリベラリズムの代表的論者と共に性差別的伝統に盲目であるとして批判した。[9]特にロールズが正義の二原理を導き出すための理論装置である原初状態において当事者たちを家族の長としていることについて、家長は男性とは限らないものの、アメリカでは女性が家長である家族は特に female-headed household と呼ばれていることから、家長は男性と想定されていると分析する。原初状態の当事者を個人とせず男性家長としているということにより、ロールズの正義論は家族を正義にかなったものと前提し、家族内の正義については問題としていないことを示している。これについてオーキンは、家族は男女間の権力格差のあるジェンダー化された領域であると指摘する。特に結婚している女性が職業選択の自由をジェンダーによって制約されていることを見逃してはならない。正義を考えるためには、ジェンダー構造が強化された家庭におけるこのような男性支配を問題化しなければならないのである。

しかしオーキンは、フェミニスト批判にとってのロールズの正義論の潜在力を高く評価する。原初状態という理論装置は、我々にそれまでの伝統、慣習、制度をあらゆる視点から見ることを余儀なくし、社会においてどのような地位を得ることになってもすべての人に受け入れられるという正義の原理を確実なものにするからである。[10]このような原初状態の潜在力をフェミニスト批判の道具とするために、オーキンは性別を無知のベールによって制限される情報として強調する。[11]ただし、性別が全く偶然的で道徳的にイレレヴァントなものとして取り扱うことを否定する。社会がジェンダーによって構造化されている限り、「人間社会に関する一般的な事実」[12]の中に、女性がこれまで、そしてこれからも不利な立場にあるという知識が含まれていなければならず、原初状態の当事者たちは女性の視点を考慮に入れなければならないのである。以上のオーキンの議論に従えば、原初状態の当事者たちは自らが女性である可能性を考慮に入れて正義の原理を決めることになる。そして社会に男女の不平等がある限り、そのよ

うな正義の原理に基づく法は両性に関する形式的平等以上のものを含むことになるのである。[13]

以上のような正義によって実現される社会とは、男女が有償労働と無償労働を同等に担い、家庭の内外でジェンダーが、役割や地位に関する正当な区分とならない社会である。そのようなジェンダー構造のない家庭で育てられた子供だけが、心理的・道徳的能力を伸ばすことができる。男女が家庭での役割を平等に担い、また社会や政治に平等に参加することによって、両性がより完全な「人間としての人格（*human* personality）」[14]を発展させることができるのである。ジェンダーや性別役割のない社会においてのみ、真の意味での選択が可能になる。ジェンダーを超えた人間主義的な正義がオーキンが提示する正義の理論である。

ラディカル・フェミニズムの洗礼を受けたリベラル・フェミニズムは、オーキンの議論に見られるように、公的領域における平等な法的権利の実現だけでなく、女性抑圧の原因が私的領域における男女の権力格差にあると分析し、家庭における正義の実現が緊急課題であることを示した。このように従来のリベラリズムの公私二元論を批判するリベラル・フェミニズムであるが、公私の境界線を全くなくし、個人的なことを全面的に政治的なことにしてしまうことには強い警戒心を抱いている。リベラル・フェミニズムはプライバシーの概念と政府の介入が制約される個人的な領域が女性にとって非常に重要であると考えており、この認識は様々な立場のフェミニストたちによって共有されている。[15]ただしこのプライバシーは家族・家庭全体に与えられるものではない。あくまで個人を単位とするものであることが重要である。[16]

ここでリベラル・フェミニズムが想定する女性像、人間像がより明らかになる。リベラル・フェミニズムは女性が社会的に女性の役割とされるものを押し付けられているだけでなく、女性自身もジェンダー化プロセスの循環構造の中で「合理的な選択」として「女性的な役割」を選んでいることを的確に捉えている。[17]しかし、このことは次

章で見るラディカル・フェミニズムの主張のように、ジェンダーイデオロギーに染められた女性の自己決定そのものを、あるいは自己決定を行う主体としての地位を疑うということにはならない。なぜなら、女性は女性である前にまず「人間」であり、自律的な存在であるとみなされているからである。よって、本来の意味での女性の自律と選択を可能にするには、女性が統一体としての家族のプライバシーから自由になることであり、また女性が集団としてジェンダー役割を担うことから解放されることである。ミルが目指した女性の才能の自由な開花という理想がここに息づいている。女性は「選択者（chooser）」として同等の価値ある人間として取り扱われなくてはならないのである。[18]

（三）自律を尊重する法

公的領域においても私的領域においても女性がジェンダーにかかわらず、選択する個人として平等に扱われなくてはならないとするリベラル・フェミニズムが想定する法とは、どのようなものであろうか。第一波フェミニズムは前述したように、女性に対する偏見を取り除き、法的な平等を達成してきた。女性の参政権の獲得、婚姻法・財産法の改正、高等教育へのアクセス、職業選択の自由などは今日までに多くの「先進諸国」において法的に実現されている。しかしこのような形式的平等の実現は何も過去の古い話ではない。日本において、企業における女性の結婚退職制や男女の定年年齢差が、性別のみによる不合理な差別として判断されてからまだ半世紀にも満たない[19]し、また賃金や昇進における男女格差も依然として問題とされている。

私的領域における正義の実現の問題については、オーキンの提案によれば、両性に対する平等な子育ての枠組みを作るような政策、例えば質のよいデイ・ケアの提供や企業が出産後の育児休業を男女共に整備することが、両性が育児を分担することに必要であるとしている。また、婚姻中は、企業が賃金を、被雇用者と家庭で無償労働を引

き受けているそのパートナーに対して平等に分けて支払い、離婚に関しては、しばしば子供を引き取るシングルマザーが経済的に困窮することに対して、離婚後の男性の生活と女性の生活が同じになるように、扶養料と養育費の支払いを義務づけるべきであるとしている。[20]

家族関係への法的アプローチとしては、野崎綾子が、マーサ・ミノウとメアリー・リンドン・シャンリーが類型化した三つのアプローチ[21]の中から主に権利アプローチと契約アプローチに検討を加えている。[22]公私の境界線を個人単位のプライバシーないし「親密な人的結合の自由」に置くことを主張する野崎は権利アプローチを否定し、契約アプローチをとることを論じているが、この二つのアプローチは個人の自由・権利を家族関係の法的把握の基礎としている点で共通している。[23]

第二章　身に染みついた女性性―ラディカル・フェミニズム

（一）男性の視点によって構築される女性

ラディカル・フェミニズムの代表的論者キャサリン・マッキノンは、リベラリズムと比較する形でラディカル・フェミニズムの主体像を説明している。彼女はミルから現代に至るまでのリベラリズムにおける人間像の特徴を、人間を集団から独立したものと捉える個人主義（individualism）、自然は固定されていて、究極的には知ることができる現実であるとする自然主義（naturalism）、社会生活は自律的で意志的な行為によって成り立ち、国家や社会による制約は例外的なものであるとする主意主義（voluntarism）であるとしている。これに対してラディカル・フェミニズムは個人は必然的に社会的に構成されるとして個人主義の立場をとらず、自然主義に対しては、両性の条件や集団としての女性の定義は生物学的性によるのではなく、身体のレベルにまで至る社会的なものであるとす

る。そして主意主義に対しては、記述的にも規範的にも、社会行為のモデルを自由に行為する個人の総計としてみるリベラリズムの見方に代えて、より複雑な政治的決定主義を主張する。すなわち、女性と女性の行為は、彼女たちが作り上げたり、コントロールすることのできなかった状況に対する複雑な応答なのである。彼女たちは文脈化され、そして状況づけられているのである。[24]

マッキノンは社会を「ファックする者」＝男性、「ファックされる者」＝女性として二分割する。[25]換言すれば、男性の性が客体である女性に押し付けられるという構図であり、ここに支配と従属の関係が凝縮されている。性的差異とされるものは、男性による女性の客体化の結果であり、これによって女性はセクシュアリティに還元され、男性にとっての性的存在として従属させられる。差異は男性の権力によって定義され、女性の従属の理由となる。[26]女性は男性の視点によって作り出され、[27]そしてこの男性の視点は、客観性・中立性を有するものとして法に反映され、強化されているのである。[28]よって、現在家父長制のもと、女性が望むもの、女性らしくあることは男性によって押し付けられた視点を女性が内面化し、それを価値づけていることにほかならない。性差を認めることは、無力さ（powerlessness）を女性の属性として肯定することになる。[29]このような男性による女性支配の構造に立ち向かうためにまずすべきことは、コンシャスネス・レイジング（consciousness raising）などの方法によって、女性は、最も私的な関係において社会全体に蔓延している支配と従属の構造を再生産していることを認識することである。[30]したがって、リベラル・フェミニズムが女性に対する不合理な（irrational）な介入や抑圧の是正を目標とするのに対し、ラディカル・フェミニズムは今現在合理的である（rational）と考えられている慣行や性差の取り扱いを問題とするのである。

リベラル・フェミニズムは女性を個人からなる集団として見るのに対し、ラディカル・フェミニズムは一人一人

の女性にすべての女性を見る。女性は社会において現在あるような女性に作られ、歴史的な文脈から切り離すことはできないからである。女性は「自由に」選択ができる個人ではない。「自由」自体の意味が社会の男性至上主義的な伝統の枠内で規定されているのである。社会が女性に対してある役割を期待し、そして女性自身もそうすることを「自由に」「自発的に」、あるいは当然のものとして望むとき、リベラリズムは一体何ができるというのか。このことがマッキノンの理論の根底にあることである。[31]

（二）公私二元論批判再考

「個人的なことは政治的なことである」というスローガンを掲げるラディカル・フェミニズムは、性差別の根源が私的領域における男性による女性の抑圧にあるということを主張する。家族という私的領域と国家や社会といった公的領域を分離し、国家は私的領域に介入しないという立場は、私的領域における既存の権力関係と財の配分を維持するのみである。[32]

ラディカル・フェミニズムは特に親密な関係における女性に対する暴力を問題化してきた。[33] 例えばこれまで「プライベートなこと」「個人の恋愛や性愛の領域」とされ、被害者救済や加害者への処罰など、政府の介入がなされないままに放置されてきた家庭における女性への暴力は、現在ではドメスティック・バイオレンス（DV）として認識され、政府の不介入は政府自体の女性に対する人権侵害であると理解されている。[34] これは、ラディカル・フェミニストたちが全米各地におけるシェルターやホットラインなどの設立と並行して、警察による対応の改善や法改正を求めてきたことによるものである。[35] 彼女たちは法理論の中で、心理学的な見地からも虐待された女性の実態を描き出し、法がいかに女性を私的領域における暴力の中に見放してきたか、そして法がいかにバイアスをもってDVに対処してきたかを明らかにしてきた。[36]

DVのようにこれまで政府の介入が避けられてきた私的領域に対して、女性の権利保護のため、積極的な公的介入の必要性を主張するというのがラディカル・フェミニズムの一つの特徴である。しかし公私二元論批判はこのような私的領域への公的介入というある意味単純な批判に留まらない。例えばレイプについてマッキノンは興味深い議論を展開している。[37] レイプは刑法において罪が規定されている性犯罪であり、この意味ですでに国家が介入している親密な領域である。

刑法においてある行為がレイプとして法的に認められるには、セックスの際に女性の同意があったかどうかが問題となる。通常のセックスは男性と女性の自由な性的選択に基づいて行われると想定されているからである。しかしこのことは同時に、同意があればたとえそれが力によって行使されていようとレイプとして認められないことを意味している。マッキノンはこの同意の中身をより詳細に検討する。社会的に受身なものとして形成される女性は、本当はセックスをしたくなくても暴力を受けるぐらいなら黙従する方がよく、それ以外の選択肢がないと考えている。[38] さらに、このような意味での「同意」はポルノグラフィが蔓延している世界で行われているということを忘れてはならない。ポルノグラフィが公的領域において表現の自由として、私的領域において所持・閲覧の対象として許されている世界においては、男性は私的領域において女性をモノとして扱い、女性のノーはイエスとして意味されるのである。[39] ポルノグラフィ的な男性至上主義の機制において、男性支配とエロティシズムは暴力という要素によって結びついている。[40] セックスの不可分の要素となっている暴力を前にしたとき、より大きな暴力を防ぐため、あるいは死を免れるために女性は抵抗しない。[41] また、女性の中にさえこのような支配と従属をエロティックなものと感じる者もあるのである。

また実際にどのような意味での同意があろうと、法的な意味での同意の有無は、被害女性がどのような立場にあ

り、また加害男性とどのような関係にあったかによって決まる。例えば未成年の少女たちは、彼女たちが何を言おうと同意できず、セックスは強制されたものとみなされるのに対し、妻や売春婦は常に同意しているとみなされ、それゆえ彼女たちをレイプすることはできない。[42] 両者が夫婦や恋人同士という関係にあればそれはレイプではなく、単に個人的な事柄となるのである。[43] また、何を同意とするかは女性の視点ではなく、男性の視点によって解釈される。例えば初めて出会った男性の車に乗ったり、男性のところに泊まったりすることなどは、セックスに対して同意があったと認定される傾向が強い。[44] この男性の視点は社会的に通常である(reasonable)とみなされるものである。

以上のようなマッキノンの視点からは、法が私的領域に介入するかどうかだけが問題なのではない。より問題なのは、セックスにおける同意が不平等の中で行われ、法もまた男性の「通常の」視点によって制定され、適用されることなのである。特に重大なのは、リベラルな法が、男女の不平等によって生み出される異なる現実があることに目を向けず、たった一つの客観的な現実を想定し、そしてそれを（客観的であるとされる）男性の視点から判断することである。男女は平等に性的な自己決定権を有することを前提とする法は、レイプする「意図」のなかった「無実」の男性の視点から、たった一つの「現実」を判断することによって、両者が精神的・物理的な意味で権力の格差はなかったか、女性は本当に同意していたのか、ということに目を向けることはないのである。

このように私的領域は選択の場という社会的な意味が付与されているが、[45] その選択自体が誰によってどのように決定されているかについては、リベラリズムは検討を加えないし、また影響を与えようとすることもない。なぜなら法は中立であり、私的領域における個人の自己決定には介入しないという建前をとるからである。しかし、例えばプライバシーの権利としての子供を産む／産まない権利は、実際に金銭的に余裕があり、さらに夫や恋人、両親の期待や関係を振り切ることができるような女性だけに可能なものではないだろうか。[46] また、日本のような、結婚

あるいは出産を機に少なくともしばらくは専業主婦になることが期待され、賃金を得ることよりも家庭役割を重視することが求められているような社会において、経済的条件のため、子供のため、または自信の欠如のため、どれだけの女性が離婚という選択肢を選ぶことができるであろうか。自己主張よりも他者への思いやりを重視するよう育てられ、私の選択が私のものであると同時に他者の意向でもある場合、どれだけの女性が人工妊娠中絶を、妊娠を、あるいは離婚を、本当の自己決定として選択することができるだろうか。(47)

マッキノンが公私二元論批判の中で主張していることは、単純に私的領域に政府の介入を認めるべきだということではない。彼女は私的領域の中で自己決定する個人という想定それ自体に対して疑問を投げかけ、リベラルな法における自己決定、中立性、責任という概念では集団としての女性が集団としての男性に抑圧されている状況を変えることはできないと主張しているのである。女性差別が目に見える形で存在しているときには、形式的平等と法の支配というリベラリズムの戦略は、それまで排除されてきた参政権や市民権、教育や職業への平等のアクセスを主張するために極めて有効であった。(48) しかし、目に見える差別が取り除かれ、法的権利が達成された現在において、単に自己決定を尊重するための私的領域への介入だけでは何も解決しない。自己決定自体が権力格差の中で行われ、選択肢の範囲も社会によって限定され、また法も男性の視点によって構成、解釈、適用されているからである。抽象的な自律的個人を想定し、基本的に自己決定を達成させるための法介入では、社会的に深く構築されると同時にその社会的構築にも荷担している女性を取り巻く性差別の構造を変えることはできないのである。

(三) 構造的差別との闘い—フェミニストの法 (feminist law)

マッキノンによって描かれる女性は、現在の家父長制下で男性の視点によって作り上げられ、その欲望すらも構築されている存在である。このような男性支配が成り立っているのは、男性の視点を反映し、中立性を装っている

国家や法が男性権力を支えているからである。[49] ジェンダーにかかわらず人格は平等であるとし、社会は政府が介入しなくても自由で平等であるという法の中立性は、憲法において抑制の規約として機能している。しかし政府の干渉から自由なのは、すでに社会的平等、自由、プライバシー、言論等の自由を合法的に維持している人びとのみである。抑制的な法では、これらを持っていない人びとに対して与えることはできない。リベラル・リーガリズムは男性の視点を採用することによって男性支配を不可視化・正当化する手段であり、同時に男性の見方を社会に強制するものである。[50]

しかし、以上のことは法自体の使用を避けるということにはならない。マッキノンは女性の社会的不平等を是正するには、国家が実際的に介入することが必要であると示唆し、現行法を女性の視点から改正して使用することを主張する。[51] まず、コンシャスネス・レイジングによって女性の具体的な現実（DV、女性の貧困、強制された依存、社会的評価や賃金の低い仕事、少女への性的虐待、レイプ、売春、ポルノグラフィ等）を見極め、そして女性に対する男性権力が法における権利として肯定され、具体化されていることを認識することが必要である。女性の犠牲の上に擁護されているポルノグラフィの表現の自由、セックスを同意のものとして定義しているようなプライバシーの権利などがその例である。このように男性の権力を見極め、女性の視点を具体化したフェミニストの法は、中立ではありえない。しかし、現行法が中立でもないことを考えれば、このことが法システムの正当性を損なうことにはならない。[52]

マッキノンによるこのフェミニストの法構想は、例えば反ポルノグラフィ条例[53]やセクシュアル・ハラスメントの概念化と法理形成に見られる。マッキノンによれば、ポルノグラフィは女性は何であるかを定義し、女性を沈黙させる。ゆえに、女性の表現の自由のためには、男性による表現の自由の濫用を止めるための積極的な法介入が必要

となる。[54] またマッキノンは、セクシュアル・ハラスメントの文脈で、女性のステレオタイプが偽りなものでなく社会的現実であり、それにそって職業が割り当てられ、富や権力が男女で不平等に分配されている現状を指摘する。セクシュアル・ハラスメントは経済的不平等と性的不平等が交差する地点で、男性が女性の希望に反する性的要求を押し付けることなのである。[55] このような構造的な差別を是正するためには、富と権力を再分配するしかない。[56] その際に、男性当事者が意識・意図していようがいまいが問題ではないのである。

女性が男性の視点によってその欲望でさえも構築され、知らない間にこの社会の構造的差別を強化しているという説明からは、この抑圧の状況をまず顕にした上で女性の視点を法に取り込み、これをもってこの差別的構造の支配者である男性から権力を奪い取るしか道はない。私的な関係において最もよく現われるこの権力構造を分解するためには、当事者の意図や意識を考慮に入れる必要はない。なぜなら、すべての者がこの男性支配と女性の従属という世界において構築されているからである。ラディカル・フェミニズムの戦略において差別的な社会構造を解体するためには、法という統治権力(sovereign power)を持った道具が必要なのである。

第三章　パフォーマティヴなアイデンティティ—ポストモダン・フェミニズム

(一) 主体の不在

おそらく「ポストモダン」という名前である立場をカテゴリー化すること自体が、その中の様々な立場を概念によって支配するものだとして、名づけられた論者—これから考察しようとするジュディス・バトラーも含め—は反論すると思われるが、[57] ここではひとまず金井淑子に従い、自己、主体、アイデンティティといった近代思想の基本概念の自明性を疑い、階級、ジェンダー、人種等の一般カテゴリーを用いる社会理論を排除し、個人はどこまでも

言説実践の交錯する結び目にあることを前提とするような理論的立場であると理解しておく。[58]

それでは、フェミニズムにおけるポストモダン的な立場とはどのようなものであろうか。ジュディス・バトラーは『ジェンダー・トラブル』[59]において、フェミニズムが想定する「女性」というカテゴリーに対して根本的な疑問を投げかけた。バトラーは行為に先立ってその行為の前に自由意志を有する主体は存在しないと主張する。このような能動的で自律的な主体を政治の基礎とすることは、その基礎そのものがどのようにして構築されてきたかを問う機会を政治的な領域から排除してしまうことになる。[60]ミシェル・フーコーは、権力／知に従属することで自己が与えられるような主体概念を描き出したが、フェミニズムにおける主体概念を考える場合も、重要なのはどのように「女性」という主体が法的権力[61]によって構成されているかということを問う問いかけである。法的主体は常に排除的実践をとおして生み出される。[62]法的権力はそれが単に表象／代表しているにすぎないと言っているものを実は不可避的に生み出しているのである。法は「法の前の主体」[63]という概念を生み出すが、後にこれを隠蔽する。その目的は、言説による形成物である「法の前の主体」を自然な前提とし、そして法の規制的な支配を正当化するものとして引き合いに出すためである。法的権力のこのような産出機能と法制機能によって、主体は事後的に、意志をもった主体として構成されるのである。

さらに「女性」という主体概念は、「具体的な種々の『女たち』が構築される際の文化的、社会的、政治的な交錯の多様性を、結果的に無視し」[64]、規範化された「女性」のアイデンティティの共有を強制することとなる。つまり、女性の抑圧は家父長制や男性支配による単一の形態を有するというフェミニズムが想定してきた普遍的基礎は、女性の解放や連帯を求めるはずの政治的行為に排除や強制という結果をもたらすことになるのである。「フェミニズムの主体というアイデンティティなど、けっしてフェミニズムの政治の基盤としてはならない」[65]とバトラーは主

張する。

行為の起源としての主体、つまり「女性」という主体が存在しないのであれば、バトラーはどのように主体・アイデンティティ概念を説明するのであろうか。バトラーはジェンダーが、セックス、ジェンダー、性的欲望を首尾一貫した関係として維持していく実践によってパフォーマティヴに生み出され、強制されているものであるとする。ジェンダーの表出の背後にジェンダー・アイデンティティは存在しない。そのアイデンティティは、その結果であるとされるところの表出そのものによってパフォーマティヴに構築されるのである。[66] このジェンダーのパフォーマティヴィティという説明は、セックスとジェンダーは自然と文化の対応関係にあるのではなく、ジェンダーがセックスを自然の事実、つまり言説以前の問題として構築していることを明らかにする。自然の法則として作り上げられた（もう一つのジェンダーであるはずの）セックスは、男女の異なった性的欲望の基礎として、強制的異性愛の制度を維持しているのである。このように「自然」「女性」と同系列に置かれる受動的な「身体」が、「文化」「男性」「精神」といった能動的なものによって意味づけられ、支配されるという観念自体が近代的主体の思考にほかならない。「自然」「女性」「身体」は権力を逃れたものとして存在するのではなく、これらが権力を逃れた存在であるという観念自体が、権力の言説によって構築されているのである。[67]

バトラーの理論において、行為に先立ち、自由意志を行使するような主体は存在しない。言語行為を通じてあたかも主体が行為に先立って存在していたかのように、主体はパフォーマティヴに作り出される。パフォーマティヴィティとは主体が構築されるプロセスである。文化的に是認された行為がパフォーマティヴに反復されることを基礎にジェンダー・アイデンティティは遡及的に構築される。そしてそれは自由な選択ではなく、半ば強制的な反復・引用なのである。[68]

（1） リベラルな法のイデオロギー性を指摘した先駆的な研究として批判的法学研究（CLS）の仕事が重要である。CLSの論文集、THE POLITICS OF LAW : A PROGRESSIVE CRITIQUE (David Kairys ed., 1982),（松浦好治・松井茂記編訳［この論文集の一〇篇が訳出されている］）『政治としての法―批判的法学入門―』（風行社、一九九一年）、特にアラン・D・フリーマンによる差別禁止法に関する論考を参照。

（2） 大越愛子『フェミニズム入門』（ちくま新書、一九九六年）三三頁、細谷実「リベラル・フェミニズム」江原由美子＝金井淑子編『ワードマップ フェミニズム』（新曜社、一九九七年）三七―六〇頁。フランス人権宣言に由来するフランスのフェミニズムの動きについては、辻村みよ子＝金城清子『女性の権利の歴史』（岩波書店、一九九二年）三〇―五二頁。

（3） JOHN STUART MILL, *The Subjection of Women* in ON LIBERTY AND THE SUBJECTION OF WOMEN (Wordsworth Editions Limited 1996) (1869),（大内兵衛＝大内節子訳）『女性の解放』（岩波文庫、一九五七年）。

（4） *Id*. at 132（邦訳六〇頁）.

（5） *Id*. at 142（邦訳七七頁）.

（6） 公私の区分にはもう一つ「国家と市民社会」という位相があるがここでは扱わない。この二つの二元論については Frances E. Olsen, *The Family and the Market : A Study of Ideology and Legal Reform*, 96 HARV.L.REV. 1497 (1983) を参照。

（7） 野崎綾子『正義・家族・法の構造変換 リベラル・フェミニズムの再定位』（勁草書房、二〇〇三年）六頁。

（8） JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971),（矢島鈞次監訳）『正義論』（紀伊國屋書店、一九七九年）。

（9） SUSAN MOLLER OKIN, JUSTICE, GENDER AND THE FAMILY, ch. 5 (1989).

（10） *Id*. at 101.

（11） *Id*. at 91. オーキンはロールズによる同趣旨の主張について言及している。John Rawls, *Fairness to Goodness*, in 84 PHIL.REV. 536, 537 (1975).

（12） RAWLS, A THEORY OF JUSTICE, *supra* note 8, at 137（邦訳一〇六頁）.

（13） 妊娠を休業保険の保障対象から排除することは「性別による」差別にあたらないと判断した最高裁の判例（General

Electric v. Gilbert, 429 U.S. 125, 136 (1976)) を例にとり、オーキンは妊娠する人間になるかもしれないという考慮によって生み出される正義とそれに基づく法の必要性を説いている。OKIN, *supra* note 9, at 102.

(14) *Id*. at 107（強調は原著者）.

(15) *Id*. at 128 ; NICOLA LACEY, *Theory into Practice? Pornography and the Public/Private Dichotomy*, in UNSPEAKABLE SUBJECTS : FEMINIST ESSAYS IN LEGAL AND SOCIAL THEORY 81–82, 86 (1998) ; IRIS MARION YOUNG, JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE 119–120 (1990) ; CAROL PATEMAN, THE DISORDER OF WOMEN 121–122 (1989).

(16) 野崎・前掲注（7）・六五―六六頁。

(17) 女性の選択が成長の早い時期から社会的な期待や条件によって影響を受けていることについて、MILL, *supra* note 3, at 130–131（邦訳五七―五九頁）; OKIN, *supra* note 9, at 142–143 を参照。また家庭における無償労働を引き受ける女性の選択がしばしば合理的に行われることについて *Id*. at 132.

(18) MARTHA C. NUSSBAUM, SEX AND SOCIAL JUSTICE 57 (1999).

(19) 住友セメント結婚退職制事件判決（東京地判一九六六・一二・二〇判時四六七号二六頁）、日産自動車男女別定年制事件判決（最判一九八一・三・二四民集三五巻二号三〇〇頁）。

(20) OKIN, *supra* note 9, at 175–183.

(21) Martha Minow & Mary Lyndon Shanley, *Revisioning the Family : Relational Rights and Responsibilities*, in RECONSTRUCTING POLITICAL THEORY : FEMINIST PERSPECTIVES (Mary Lyndon Shanley and Uma Narayan eds., 1997).

(22) 野崎・前掲注（7）・一〇七―一四二頁。

(23) 野崎・前掲注（7）・一一一頁。

(24) CATHARINE A. MACKINNON, TOWARD A FEMINIST THEORY OF THE STATE 45–47 (1989) [hereinafter cited as TF].

(25) マッキノンはこのことを「男が女をファックする：主語、動詞、目的語 (Man fucks woman ; subject verb object)」という挑発的な表現で語っている。*Id*. at 124.

(26) *Id*. at 219.

(27) *Id*. at 125.

(28) *Id*. at 162–163.

(29) *Id*. at 51.

(30) *Id*. at 94.

(31) ラディカル・フェミニズムの主体像は、その政治的帰結はともかく、コミュニタリアニズムの描く主体像に近い。MICHAEL J. SANDEL, LIBERALISM AND THE LIMITS OF JUSTICE (2 d ed. 1998),（菊池理夫訳）『自由主義と正義の限界』（三嶺書房、一九九二年）; ALASDAIR MACINTYRE, AFTER VIRTUE (2 d ed. 1984),（篠崎榮訳）『美徳なき時代』（みすず書房、一九九三年）。マイケル・サンデルはロールズの主体をそのアイデンティティが所有しているもの、すなわち利益、目的、他者との関係から独立した「負荷なき自己（unencumbered self）」として批判したが、そのような所有物の中にジェンダーが含まれているとすれば、ロールズの主体はジェンダーから切り離されうる主体である。サンデルは、主体はこれらの属性から切り離し得ないと主張したが、マッキノンも主体をジェンダーから切り離し得ないことを指摘している。また、アラスデア・マッキンタイアが自己の物語は諸共同体の大きな物語の中に埋め込まれていると言うとき、この自己は共同体の歴史の中で意味づけされてきた性別に基づく役割、すなわちジェンダーの意味を背負っているということである。つまり「善き生を生きる」ということはどういうことかがその伝統の中に埋め込まれているとすれば、「女性として」の善き生はその社会の伝統の中で少なからず決められていることを示している。ここではこれ以上言及できないが、フェミニズムとコミュニタリアニズムの関係を論じた文献としてELIZABETH FRAZER & NICOLA LACEY, THE POLITICS OF COMMUNITY: A FEMINIST CRITIQUE OF THE LIBERAL-COMMUNITARIAN DEBATE, esp. chs.4, 5 (1993)を挙げておく。

(32) LACEY, *supra* note 15, at 77.

(33) 異性愛、同性愛を問わず、親密な関係において男性が被害者に、また女性が加害者になる場合もあるが、ここではラディカル・フェミニズムの議論に焦点を当て、この問題には触れない。

(34) ラディカ・クマラスワミ（VAWW-NETジャパン翻訳チーム訳）『国連人権委員会特別報告者クマラスワミ最終報告書　女性に対する暴力をめぐる一〇年』（明石書店、二〇〇三年）二八頁。

(35) 「夫（恋人）からの暴力」調査研究会『ドメスティック・バイオレンス〔新装版〕』（有斐閣、一九九八年）一二—

一三頁。日本においても二〇〇一年四月に「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律」が公布、同年一〇月に施行され、二〇〇四年に改正されている。改正前のものであるが同法については、戒能民江編『ドメスティック・バイオレンス防止法』（尚学社、二〇〇一年）を参照。

(36) DVと法に関する文献は枚挙にいとまがないが、さしあたってMartha Mahoney, *Legal Images of Battered Women: Redefining the Issue of Separation*, 90 MICH.L.REV. 1 (1991); Linda Mills, *Killing Her Softly: Intimate Abuse and the Violence of State Intervention*, 113 HARV.L.REV. 550 (1999) の二つを挙げておく。

(37) MACKINNON, TF, *supra* note 24, ch.9.

(38) *Id*. at 177.

(39) CATHARINE A. MACKINNON, ONLY WORDS 5, 9 (1993), （柿本和代訳）『ポルノグラフィ「平等権」と「表現の自由」の間で』（明石書店、一九九五年）二二、二六頁。

(40) CATHARINE A. MACKINNON, *Not a Moral Issue*, in FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW 148 (1987), （奥田暁子他訳）『フェミニズムと表現の自由』（明石書店、一九九三年）二四七頁; Andrea Dworkin, *Against Male Flood*, 8 HARV. WOMEN'S L.J. 1, 12 (1985).

(41) 日本の刑法第一七七条の強姦罪規定において、「暴行又は脅迫」は強姦罪の成立要件だと考えられている。その程度については、「相手方の反抗をいちじるしく困難にする程度のものであることを要し、かつそれで足りる」とした一九四九年の最高裁判決がリーディングケースとなっている（最判一九四九・五・一〇刑集三巻六号七一一頁）。ただし、この基準は、恐怖のあまり抵抗できなかった被害者は「同意した」ことになり、「同意した」とみなされないためには身体に相当の傷を受けなければならないという矛盾を引き起こすことになるとして批判されている。第二東京弁護士会司法改革推進二弁本部ジェンダー部会司法におけるジェンダー問題諮問会議編『事例で学ぶ司法におけるジェンダー・バイアス』（明石書店、二〇〇三年）二八一頁。

(42) 筆者は別稿で、年齢と「貞淑さ（chastity）」によって女性の取り扱いが法的に区分されていることについて援助交際を題材に論じたことがある。Tsubasa Wakabayashi, *Enjokosai in Japan: Rethinking the Dual Image of Prostitutes in Japanese and American Law*, 13 UCLA WOMEN'S L.J. 143 (2003). 援助交際を取り締まるために一九九九年に

制定、施行された「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律」において、一八歳未満の児童はたとえ自発的に援助交際を行っていても処罰の対象とはなっていない。園田寿『解説　児童買春・児童ポルノ処罰法』（日本評論社、一九九九年）参照。

（43）日本において、法律上有効な結婚が成立していれば、夫は妻に対し性交を要求する権利があるので、夫婦間の強姦は成立しないというのが通説であるとされてきた。一九八七年に広島高裁が夫婦間の強姦罪を認めて以来（ただしこのケースは婚姻関係が事実上破綻していた状態で夫が友人とともに妻を輪姦したという特殊な事例として扱われている。広島高松江支判一九八七・六・一八高刑集四〇巻一号七一頁）、刑法において夫婦間強姦についての議論が活発になるが、通説はいまだに力を持っているようである。高島智世「国家による性規制の論理と性的自己決定権―夫婦間強姦にかんする議論をめぐって」江原由美子編『性・暴力・ネーション』（勁草書房、一九九八年）一七四―一七五頁、第二東京弁護士会・前掲注（41）・一四三頁。

（44）東京地判一九九四・一二・一六判時一五六二号一四一頁、東京地判一九六〇・一二・二二判決特報一一七号六五五頁等。

（45）MacKinnon, TF, *supra* note 24, at 191.

（46）江原由美子『自己決定権とジェンダー』（岩波書店、二〇〇二年）。江原は自己決定ということで人工妊娠中絶や不妊治療が、男性や周囲の人々、社会や国家から切り離されてしまうことの問題性を指摘している。同六〇―六一頁。

（47）柘植あづみ「生殖医学と女・からだ」竹村和子編『〝ポスト〟フェミニズム』（作品社、二〇〇三年）五九頁。

（48）Frazer & Lacey, *supra* note 31, at 79.

（49）MacKinnon, TF, *supra* note 24, at 162–163.

（50）*Id*. at 237.

（51）*Id*. at 244.

（52）*Id*. at 249.

（53）筆者は別稿で、反ポルノグラフィ条例とその法理論について詳しく検討した。拙稿「言葉の力―差別的表現・法・法理論　―批判的人種理論・フェミニズム法理論と法実践（一）（二・完）」阪大法学五二巻六号・五三巻二号（二〇〇三年）参照。

(54) MacKinnon, TF, *supra* note 24, at 247 ; MacKinnon, *Not a Moral Issue*, *supra* note 40, at 158（邦訳二六五頁）.

(55) Catharine A. MacKinnon, Sexual Harassment of Working Women 1 (1979),（志田昇他訳）『セクシャル・ハラスメント　オブ　ワーキング・ウィメン』（こうち書房、一九九九年）二六頁。

(56) *Id*. at 127（邦訳二〇三頁）.

(57) Judith Butler, *Contingent Foundations : Feminism and the Question of "Postmodernism,"* in Seyla Benhabib et al., Feminist Contentions : A Philosophical Exchange 35, 38 (1995).

(58) 金井淑子「ポストモダン・フェミニズム」・前掲注（2）『ワードマップ　フェミニズム』・一七五頁。

(59) Judith Butler, Gender Trouble : Feminism and the Subversion of Identity (1999) (1990) [hereinafter cited as GT],（竹村和子訳）『ジェンダー・トラブル　フェミニズムとアイデンティティの攪乱』（青土社、一九九九年）。

(60) 岡野八代「主体なきフェミニズムは可能か」現代思想二八巻一四号［特集＝ジュディス・バトラー］（二〇〇〇年）一七六頁。

(61) ここでのバトラーの法を、岡野による説明に従って、実定法だけでなく、言語、社会慣習等を含んだ広い意味での法、すなわち文化の法・規範であると理解したい。岡野・前掲注（60）・一七二頁。

(62) Butler, GT, *supra* note 59, at 5（邦訳二一頁）.

(63) この「法の前の主体」という概念について、バトラーはデリダによるカフカの『掟の門前』を引用している。ジャック・デリダ（三浦信孝訳）『カフカ論「掟の門前」をめぐって』（朝日新聞社、一九八六年）。またバトラーにおける「法の前の主体」について、岡野・前掲注（60）・一七九―一八二頁。

(64) Butler, GT, *supra* note 59, at 19–20（邦訳四一頁）.

(65) *Id*. at 9（邦訳二六頁）.

(66) *Id*. at 33（邦訳五八―五九頁）.

(67) 大貫敦子「名づけ／パフォーマティヴィティ／パフォーマンス　批判の特権性と独断性を切り崩すストラテジー」・前掲注（60）書・一六六頁。

(68) 伊野真一「主体・アイデンティティ・エイジェンシー　バトラー理論の再検討」・前掲注（60）書・二四八頁。