

法女性学入門

第一章 法律への女性参加……法女性学の課題

〈法律学は男性の学問?〉

これまで法律の分野では、その制定、運用そして研究など、統計的事実(表1)が物語るように、主として男性の参加のもとにおこなわれてきている。その意味で、法律学は男性の学問であった。

そして少数ではあれ、法学の研究に携わってきた女性たちも、参加していくためには、男性の論理を身につけざるをえなかった。鳥居淳子氏は、つぎのように書いている。

表1 法律の分野への女性参加の現状

	合体(人)	女性(人)	割合(%)
国会議員・衆議院	512	12	2.3
国会議員・参議院	252	37	14.7
裁判官	2,823	141	5.0
検察官	1,187	45	3.8
弁護士	14,186	810	5.7
大学法学部 国立	706	79	11.2
公立	92	9	9.7
私立	1980	78	3.9
全体	2778	166	6.0

(注：大学法学部は1986年5月現在，国会議員は1992年現在，法曹は1990年7月現在)

金城清子

……法学は男の学問であったのである。この男性の支配した法学の世界に女性が足を踏み入れたとき、彼女らを指導したのが男性であり、彼女らの学んだのは男性の法学であったのは言うまでもない。「女性はリーガルマインドがない」とか、「どうも女は論理的思考に向かない」などと批判されながら、彼女らは法学を学ぶべく、男の論理を一心に身につけていったのである。そして、もっともよくこの論理を身につけた女性達が法学者としてこの世界に受け入れられていったと言っている⁽¹⁾であらう。

〈男女の特性と法律学〉

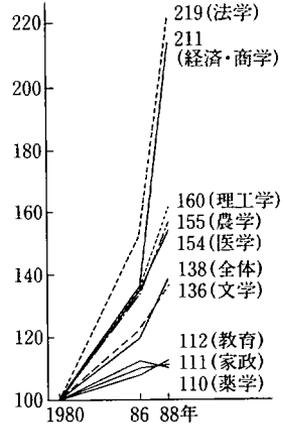
法律学は、論理性や客観性が強く求められる学問であり、女性は、そのような素質を欠いているから、法律学は女性には向かないのだといわれてきた。つまり、法律学への女性参加がネグリジブルなのは、生まれながらの男女の性差という自然の摂理にすぎないというわけである。確かに公的な障害が取り除かれた後も、女性の法律の分野への進出は少なかった。そのことが

ら、法律学は女性に適さないとか、女性自身が法律学を選択することを好まないといわれてきたのである。しかし性による分業と、法律の世界への女性の参加を排除してきたことが、女性の法律の分野への参加を妨げてきた真の原因である。

アメリカでは、一九六〇年代後半からの女性解放運動によって、女性もその適性や能力に応じて社会的に活動していくべきであるという社会的雰囲気形成され、立法などによって差別が取り除かれていくと、女性の法律の分野への参加は急速に進んだ。今世紀はじめには、女性法律家は、わずか五〇〇人、全法律家の一%にすぎなかった。それが今世紀の中頃になってもやっと三%だったのが、一九八〇年には一二%となった。最近の女性法律家の増加率は著しく高まり、今世紀末までには、三分の一を超えるものと予想されている⁽²⁾。

女性には法律家としての適性がないという命題は、神話にすぎないことが実証されつつある。一九六〇年代の後半からの大きな社会変化の中で、女性法律家の

図1 女性の大学学部進学者の変化



実像を継続的に調査してきた社会学者エプスタインは、その成果に基づいて、つぎのように結論づけている。

- 1・ 女性はあらゆる種類の法的活動をする能力があることを証明しており、性による特性とされてきたものが、その活動にあたってまったく障害になっていない。
- 2・ 法律の世界での女性に対する差別が次第に取り除かれていくにしたがって、女性の選択が著しく変化し、法律家となることを希望する女性が増加している。
- 3・ 女性は有能な法律家となるのに必要な能力がな

いとされてきたが、このような能力は仕事に従事しながら獲得されるものであることが明らかになった。⁽³⁾

日本でも、最近、大学の法学部への女性の進学者が著しく増え、女性は家政学部や文学部というこれまでのパターンが変化しつつある(図1)。

〈法女性学の課題〉

産業社会において、女性を公的世界から排除してきたことの結果、政治・経済・文化・学問研究などが、分析的、論理的、競争的、能動的といわれる男性的な価値観によっておこなわれてきた。女性が家庭を守る、子供を育てるという役割をはたすなかで育んできた総合的、直感的、協動的、受動的というような価値観は、これらの場では、低いものとされ、無視されてきたのである。そのことが現在、環境問題、平和への威嚇、教育問題、生活の破壊などとして、さまざま矛盾を顕在化させてきている。⁽⁴⁾

男女が役割を特化してきたことは、なるほど産業社会を効率的・能率的に発展させていくために、これまでは意味のあったことかもしれない。しかしさまざまな問題が顕在化してきている今日、女性がこれまで割当てられた役割を果たすなかで育んできた価値観を取り入れて、調和のある社会発展をめざすことが求められているのではなからうか。

性による分業によって営まれてきたこれまでの社会では、女性であることによって持つ経験は、男性の経験とは異なっている。したがって女性の視点からの主張や判断は、男性のそれとは全く異なるものである。⁽⁵⁾

にもかかわらず法律学が主として男性の参加によって行なわれてきたことは、この女性の視点を欠落させてきたことを物語るものといわなければならない。法律学が人間の学として、社会の半分を構成する女性をふくめて、すべての人々のものとなっていくためには、女性の視点からの法律学の再検討が不可欠であろう。女性的とされてきた価値観を大切にしながら、女性の視点から問題を提起し、現状変革の展望を探ること、

これが法女性学に課された第一の課題である。第二に、法と性の関係を理論づけ、女性の抑圧と差別の原因を明らかにし、男女平等実現のために必要な社会変革の方向、すなわち性による分業を変革して女性の社会参加、男性の家庭参加を進めるための法や制度のあり方を明らかにしていくことである。

だが法女性学は、あくまでも過渡的な学問であろう。法律学をはじめとして女性の社会参加が進み、さらに性による分業の変革され、男性の家庭参加が進むことによって、男性も女性も、人間としての価値観を共有するようになるならば、法女性学はそのその使命をおえることとなるらう。

〈法女性学を正式なカリキュラムとして〉

諸外国では、既存の学問を女性の視点から再検討する女性学は正規の学問としてすでに市民権を確立している。そして法律学の分野でも、ニューヨーク大学ロー・スクールにおいて、「女性と法律 (Women and the Law)」という名称で、一九六九年に講座が開講さ

れて以来、全米のほとんどのロー・スクールで、同様な講座が法学部の正式なカリキュラムとなっている。ヨーロッパ諸国でも、タイ、韓国などアジアの国々でも、同様な状況である。そしてこのような観点からの研究が、単に女性の地位の向上のためばかりでなく、より公平な、かつ多様な価値観の共存を可能にする社会の形成という方向を探りつつある。大学法学部には、正式にこのような講座がほとんど存在していない点で、日本は際立った特色を示しているといえよう。各研究者が個人的に可能な範囲で、講義をし、研究を続けている現状である。しかし法学部への女性の入学者も増加し、法律学に関心をもつ女性も次第に増えてきている。さらに男女雇用機会均等法など、男女平等の実現のために制定された法律を最大限に活用するとともに、不十分な点を検討し、その改正の方向が明らかにされなければならない。日本でも法女性学の講座を、正式なものとして開設することが緊急な課題となってきたといえよう。

(1) 鳥居淳子「紅いオルフェ」ジュリスト六五四号一

二頁。

- (2) A. Castillo, *Women at Bar Parley Seek Rise as Lawyer and Judges*, *New York Times*, Feb. 10, 1980.
- (3) C. F. Epstein, *Women in Law* (Basic Books, 1981) p. 381.
- (4) F・カブラ、吉福他訳『陰・陽バランス』(工作社、一九八四年)
- (5) S. Atkins & B. Hoggett, *Women and the Law* (Basil Blackwell, 1984) p. 1.

第二章 男女の平等とは何か

〈日本における平等権の現状〉

日本では、憲法の「法の下での平等」の保障にかかわらず、平等論はきわめて未開拓な分野であった。人々が均質的で、しばしば一つの価値観を共有する傾向が強く、明治以来極度に中央集権的な政治体制のもとにおかれ続けてきたために、個人としての価値観、そして性・国籍・生まれなど、さまざまな相違を尊重し、そのような相違にもかかわらず、人はみな人として尊重されなければならないという思想は、十分に展開さ

れてこなかった。同質化して異質なものを排除し、排除されたものの痛みには、きわめて鈍感な社会だったのである。このことが多数者と異なる価値観や特性をもつ少数者に対する峻烈な差別の根源に存在する。女性に対してばかりでなく、部落出身者、アイヌ出身者、在日韓国・朝鮮人、外国人、非嫡出子、障害者などに對する、いわれない差別が今もって存在し、有効な措置がほとんどとられないまま放置されてきたのである。国際化時代を迎えようとしている今日、そして人々の価値観も多様化しつつある現在、あらためて平等とはなにかを探索することが重要であろう。平等論のなかでも、最近活発な展開をみせており、かつその重要な分野をしめる男女平等論の体系化を試みることは、平等論発展の一石となり、日本社会に毅然として存在するさまざまな差別を撤廃していくために、有用な法理論を形成することとなる。

へ女性法律家としての経験から

筆者は、長らく弁護士として実務とかかわってきた

が、法律や法学の限界を感じることも、しばしばあった。その一つが、当時アメリカの施政権下にあった沖縄での無国籍児問題であった。日本女性の子供でありながら日本国籍を取得できないという矛盾を解決するには、母親からの日本国籍取得を認めていない旧国籍法の改正以外にはなかった。しかし日本の法学教育を受け、日本の法曹界で仕事をしてきた私は、二重国籍防止のために父系血統優先主義の採用は不可避的であるとすると、当時の日本の通説に挑むことには、躊躇を感じざるをえなかった。それに勇気を与えてくれたのが、西ドイツでの法改正の動きや、まだ草案だった女子差別撤廃条約の規定である。それまでの日本の法学の視点をこえて、法制度を考察していくことの重要性を悟ったのである。当時は、日本の女性たちが抱えている問題について、公正な法律的解答を引き出すのに、日本の法学では不十分だった。男女平等論を考察していくにあたり、国連や諸外国での動きを参考とせざるを得なかった事情がここにある。しばしば誤解されているように、日本の男女平等論が、日本の独

自性や主導性のない、外からの動きに触発されたものではない。少なくとも女性たちにとっては、日常生活のなかで、不公正だと感じてきた問題の解決に、外国の動向が理論的根拠を提供してくれたのである。

〈男女の差異を前提とした平等論……機能平等論〉

すべての人の人権の保障をめざした近代人権思想にとって、女性からの平等の主張を拒否することは、自己否定につながる。そこで登場したのが、男女の特性や役割が異なることを前提とした平等論であった。西ドイツの例にならない機能平等論と呼んでおこう。

機能平等論は、男女は異なった特性や役割をもっていて、異なる男女の協力によって社会は営まれているという。そして男女はそれぞれ社会において必要不可欠な任務を果たしており、人間としての価値は同じなのだから、男女の平等は結論づける。女性の特性論、役割論を前提とした平等論である。

日本では、法の下の平等の定めた憲法が制定され、法律上男女平等は日本の公序良俗としての地位を獲得

した。私的にはともかく、公的立場からの差別的発言は稀である。そして女性のみに対する労働保護など、法律上存在する男女異なった取扱いは、女性の特性や役割に基づく合理的区別であるとして、肯定されてきた。しかし雇用機会均等法制定の過程で、女性に対する労働保護をめぐっての論議は、日本でも、男女平等とは何かをあらためて問うものであった。

〈男女の特性〉

男女の特性について最近の研究は、生物学的に定められた永久不変の性差は、「男性のみが妊娠させることができ、月経、妊娠、授乳が可能なのは女性」ということだけであり、「その他のあらゆる性差は、これらの基本的な四つの原則に密接に関連している乳房やひげのような違いも含めて、変化しうる可能性をはらんでいる⁽¹⁾」という。「四つの基本的な生殖機能」という生物学的に不変な性差以外は、男女の役割についても、いわゆる男女の特性についても、いずれもその社会にとって、文化にとって都合のようように、慣習や教育、

社会の期待などによって、人為的にも作りあげられてきたものである。アルビン・トフラーは、『第三の波』のなかで、産業社会において形成されてきた男は生産労働、女は家事・育児という性による分業によって、男らしさ・女らしさが形成・強化されていった経緯を、次のように述べている。

男女の役割分担は、人びとの人格と内面生活に、分裂を引き起こした。工場や事務所は本来、大勢の人間の集まる公共の場であり、調整や統合を必要とする性格をもっていた。そのため、工場労働やオフィスワークが一般化すると、客観的分析や客観的人間関係が一般化した。男性はこどもの時から、将来相互依存の世界である企業内の役割を果たすように育てられ、「客観的」であることが期待された。これに対して、生まれた時から社会的にはかなり孤立した仕事である出産、育児、そのほかもろもろの単調な家事を分担するようにしつけられた女性は、「主観的」にならざるをえなかった。したがって女性は、

多くの場合、合理的、分析的な思考が苦手であると
思われてきた。なぜなら、合理的思考、分析的思考
は、本来、客観性がなくては不可能だと考えられて
いたからである。⁽²⁾

役割を果たすなから育まれてきた特性は、男女の
生得のものではない。家庭をでて生産活動に従事した
女性は、客観性を身につけていったが、しばしば彼女
達は、「女性らしさを失い、冷徹でしぶとくなったと非
難された⁽²⁾」のである。

究極のところ男女は同じなのか、違うのかと論議し
ても、明確な解答はでてきそうもない。これまでのよ
うに出生の時から、異なった期待をかけられ、異なっ
た躰、養育、教育を受けるといふ現状では、男女の差
異を生物学的なものを超えて、科学的に規定すること
が不可能だからである。

〈機能平等論の問題点〉

ところでこれまでも、男と女は違うことを前提とし

ながら、平等の実現がはかられなかったわけではない。むしろ憲法によって法の下の平等、男女の平等権を保障している日本の戦後において、男女平等論は、まさに男女の違い、とくに男女の役割の違いを前提とした平等論だったといえよう。少なくとも正義・公平を論ずる法律家が、公の立場から男女平等を否定し、男女の不平等が当然であるとは発言しなかった。現状における男女の格差は、男と女の役割の差、男女の特性の差に帰せられてきたのである。

しかしながら機能平等論は、1・これからの時代にマッチしたものとはいえないこと、2・完全な男女平等の実現が元可能なこと、3・個人の自由な選択を阻害するという問題を、必然的にはらむものである。機能平等論は、男女不平等が自然の摂理とされた時代から、現代的平等論の其盤がととのう脱産業社会への過渡期に存在理由をもち、今、その使命を終えようとしているのではないだろうか。

〈脱産業社会と男女のかかわり方……性による分業の

変革〉

産業社会においては効率的・能率的であった性による分業という男女の協力形態が、今、大きく変化しつつある。基本的には、科学や技術の発展によって、労働はかつてのような力という要素を失い、重労働や単純労働は機械が肩代りしていくようになってきた。そしてこれから人間に求められる労働は、人間にしかできない労働として、判断力、企画力、情報収集力などを中心とするものになりつつある。このような労働の質の変化こそ、新しい男女の協力のあり方⁽³⁾求められるようになってきた第一の基盤である。

さらに科学や技術の発達は、かつては家庭内で、女性の労働によって処理されてきた家事を商品化、外部化していきつつある。円滑に家庭を営んでいくために、女性が家になくならない状況ではなくなっている。高度に科学や技術が発達した現代において、はじめて人間の自由な生き方の選択が可能になってきたとともに、社会は新しい男女の生き方、かかわり方を必要としてきている。西欧における女性解放運動や、国連

での女子差別撤廃条約採択の背後には、以上のような人類の歴史における「第三の波」(第三の変革)⁽⁴⁾が存在するといえよう。脱産業社会にあっては、男女の違いを前提とした、性による分業という形態でなく、性による分業を変革した、自由な、柔軟な男女の協力形態が求められている。

〈男女の平等を実現できなかった機能平等論〉

戦後四〇余年にわたり、日本でも、男女平等の実現は、社会的課題の一つだったといつてよい。そして性による分業を前提として、男女平等の実現がはかられてきた。男女は異なるものであり、社会的に異なった役割を担っている。しかし人間としての価値は同じなのだから、男女平等は実現されなければならないと考えられてきたのである。しかし機能平等論によっては、残念ながら、男女平等は実現しないというのが、戦後の経験の物語るところである。アメリカにおいて、ERA (男女平等権修正条項) の理論的支柱となり、その後の男女平等論に多大な影響をもたらした、エマー

ソンらによる論文は、つぎのように指摘している。

男女を異なったものとして扱うことの動機がどうであれ、結果として、男女それぞれが異なった価値体系に支配されるような権利と責任の二元的システムをつくりだすことになる。歴史と経験は、そのような二元的システムのもとでは、必ず一方のグループが支配し、他方が服従してきたということを教えている。⁽⁵⁾

〈抑圧的な性による分業〉

男女は異なることを前提としながら、一方の性が支配し、他方の性が従属するのではない平等な関係が仮に可能だとしても、男女がことなるを前提として、異なって扱うことそのことが、個人にとって抑圧的なのである。人は男に生まれるか、女に生まれるかを選択することはできない。ところが男と女は異なるとの前提の下では、男に生まれたか、女に生まれたかによって、人の生き方の選択に関する重要な問題に、本質的

永久的を意思とは無関係な制限が課されることになる。男女の潜在的な才能、能力、興味などは、男だから、女だからといって規定してしまえないほど、多様多彩に、付与されているという事実からみるならば、男女がグループとして異なるという前提の下では、男女の自由な生き方の選択を保障することは不可能なのである。

- (1) J・マナー、朝山訳『性の署名』(人文書院、一九七九年)五一頁。
- (2) A・トフラ、鈴木他訳『第三の波』(NHK出版、一九八〇年)六九頁。
- (3) 氏原正治郎「総括報告」雇用職業総合研究所編『女子労働の時代』(東京出版会、一九八七年)三二〇頁。
- (4) トフラ、前掲書。トフラは、「人類はこれまで、大変革の波を二度経験している。それぞれの波は、変革以前の文化あるいは文明を大幅に時代おくれにしてしまい、前の時代に生きていた人間には想像すらできなかつた生活様式を一般化した。」(二〇頁)として、第一の波によって農業社会が、第二の波によって産業社会が到来したが、現在は、第三の波による脱産業社

会への社会変革が進行中であるという。

- (5) B. A. Brown, T. I. Emerson, G. Falk, and A. E. Freedman, *The Equal Right Amendment: A Constitutional Basis for Equal Rights for Women*. 80 *Yale Law Journal* 871 p. 873.

第三章 女子差別撤廃条約にみる男女平等実現の法理

〈平和な国際社会の建設と男女平等の実現は相互に関連する〉

国際連合憲章は、前文で、「われらの一生のうちに二度まで言語に絶する悲哀を人題に与えた戦争の惨害から将来の世代を救い、基本的人権と人間の尊厳及び価値と男女及び小各国の同権とに関する信念を確認」している。男女平等の実現と平和な国際社会の建設とは、相互に関連するものであるとして、国際的規模で、その実現のために真摯な努力をつづけてきた。その集大成が、女子差別撤廃条約である。

〈機能平等論の克服〉

女子差別撤廃条約は、「社会及び家庭における男女の伝統的役割を女子の役割とともに変更することが男女の完全な平等の達成に必要である」(前文)とし、女性に対する労働保護、すなわち女性に対する雇用上の異なった取り扱い、男女の生物学的性差に基づく「出産保護 (maternity protection)」⁽¹⁾だけに限り(一条二項)、「作業条件に係る健康・安全についての権利」は男女平等を基礎として保障しなければならぬ(一一一条一項f)として、無差別の原則を明らかにした。女性がか弱いという特性論や、家庭を守り、子供を育てるのは女性の役割とする役割論に立脚して、女性を異なって扱うことは許されないとしたのである。労働者の健康と安全をまもるための労働保護は、男女平等なものでなければならぬとして、保護と平等をめぐる論議に、一応の終止符を打っている。

条約は、「女性に有害な労働条件は、男性にとっても有害である」という認識に基づいて、男女を問わず働く人々が、健康で文化的な生活を営むことのできる労働

条件を確立し、女性のみに対する保護が必要のない労働環境を形成していくことこそ、雇用における男女平等を達成していくための重要な基盤の一つであるとしている。

〈平等達成のための国の責任の強調……平等権の社会権としての保障〉

条約は、法律上の平等に加えて、事実上の男女平等達成のための、国の責任を明確にした。条約は、法律によって差別しない、すなわち平等権を自由権として保障していくだけでなく、女性が男性と平等に人権及び基本的自由を行使し、享有できるように、積極的に必要なあらゆる措置・施策を導入することによって、平等権を、いわば社会権として保障することを、国の責任としたのである(三条)。男女平等権実現のための国家の積極的な責任が明確に規定されたのである。そして具体的措置として、条約は、第一に、女性に対して差別となる「法律、規則」(二条f)「刑罰規定」(同g)などを廃止しなければならないとした。法の

レベルでの、形式上の男女平等の保障である。しかしそれだけではない。

第二に条約は、「差別を禁止する立法その他の措置」(二条b)、「個人、団体又は企業による差別を撤廃するための措置」(同e)、「女性に対して差別となる慣習、慣行の修正、廃止のための措置」(同f)をとることを、締約国の義務とした。国は男女平等の実現のために、私的領域にまで進んで介入し、差別的な慣習、慣行や、私人間での性差別を撤廃していく義務を負うことになった。ところで憲法の人権保障規定が、私人間にも適用されるかという、いわゆる第三者効力の問題は、日本で、さまざまな論議を呼び、裁判上も争われてきた。条約は、人種差別撤廃条約にならない、この問題に「一つの解答を与えたものであって、人権の尊重に関する条約の形式としては、一歩進んだもの⁽²⁾」といえよう。国が私人間の性による差別を撤廃するための措置をとる義務を負うことになった。さらには条約は、特性論や役割論に基づいて形成されてきた、人々の心の中での観念、認識、偏見や、さらに行動様式や慣習を

変革していくために、国は「すべての適当な措置」とらなければならぬとしているのである。「社会の成員に対して、行動上のあらゆる性差が解消されるような訓練をほどこすこと」⁽³⁾によって、男女平等を達成しようとしているのである。女性に対する差別の根源を取り除かなければならないとの認識に基づくものであろう。

第四に条約は、保育施設を充実させるなど、親(母ではない)が、家庭責任と職業上の責任、社会的活動への参加を両立させるための社会サービスの提供(一条2e)を目的として、適当な措置をとることを義務づけている。

最後に条約は、事実上の平等実現のために、過去の差別の結果を解消し、男女を同一のレベルにおくための暫定的特別措置(positive action, affirmative action)は、一時的に女性を優遇するものであっても、差別ではないことを明らかにしたのである(四条一項)。

〈日本の現状〉

女子差別撤廃条約が明確にした男女平等実現の法理をふまえて、日本でも、憲法をはじめとして、社会保障法、家族法、戸籍法、労働法などあらゆる分野の法律の規定や制度、そして施策の現状を点検し、条約に沿ったものとしていくことが期待されよう。詳細については、拙著『法女性学——その構築と課題』（日本評論社、一九九二年）を参照されたい。

(1) 日本の公式訳は、「母性保護」としているが、条約の審議経過からみて、明らかに誤訳である。国際的文書に母性保護という言葉がでてきたら、「出産保護保」と読み替えて理解する必要がある。

(2) 田畑茂二郎「女性差別撤廃条約とその問題点」法学セミナー増刊『女性と法』一九八四年二月「一四頁」

(3) E・O・ウィルソン、岸訳『人間の本性について』（思索社、一九八〇年）。

（津田塾大学教授）