



司法とジェンダー

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2021-03-09 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 南野, 佳代 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10466/00017241

女性と人権——ジェンダーの視点からの再考——
第2回 講演1

司法とジェンダー

南野 佳代

はじめに

皆さん、こんにちは。京都女子大学法学部の南野と申します。本日はこのような機会を頂戴しましてありがとうございます。また、絶好の行楽日和にもかかわらずご参加くださいました会場の皆さま、ありがとうございます。

私は大学の法学部におきましては、「司法制度入門」「ジェンダー法Ⅰ」と「法社会学」を教えております。専門としては法社会学ですので法学なんですけど、実定法とは違ってまして、法学そのものがよって立つ基盤のところを研究するようなものになるかと思えます。ですので、もし今日、法学関係で学んでいらっしゃる学生さんがいらして、実定法の解釈学の先生に今日の内容をもとに議論を挑むと、「ちょっと何言ってるか分かんない」と言われるかもしれないということだけ、先にお断りをさせていただきます。

私は、法学部の専門科目の「司法制度入門」と教養科目の中で司法の役割みたいなこととお話ししていますが、学生さんに対して司法の話をする時にまず最初にお話しするのは憲法です。そこが一応出発点である。今日お話しすることは、全部現行の日本国憲法を前提にしています。憲法が基盤であって、その上に統治機構があり、そのなかで三権の一翼を担う司法

という制度がありますので、現行憲法が変わると、何と言いますか全部卓袱台ひっくり返す感じになりえます。ここのところは確認しておくことが必要です。

はじめに

・本日のお話は現行日本国憲法を前提としている

日本国民は、正当に選挙された国会における代表者を通じて行動し、われらとわれらの子孫のために、諸国民との協和による成果と、わが国全土にわたつて自由のもたらす恵沢を確保し、政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起ることのないやうにすることを決意し、ここに**主権が国民に存する**ことを宣言し、この憲法を確定する。そもそも国政は、国民の厳肅な信託によるものであつて、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する。**これは人類普遍の原理であり、この憲法は、かかる原理に基くものである**。われらは、これに反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する。

日本国民は、恒久の平和を念願し、人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚するのであつて、平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持しようと決意した。われらは、平和を維持し、専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しようと努めてゐる国際社会において、名誉ある地位を占めたいと思ふ。われらは、全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、**平和のうちに生存する権利を有する**ことを確認する。

われらは、いづれの国家も、自国のことのみに専念して他国を無視してはならないのであつて、政治道徳の法則は、普遍的なものであり、この法則に従ふことは、自国の主権を維持し、他国と対等関係に立たうとする各国の責務であると信ずる。

日本国民は、国家の名誉にかけ、全力をあげてこの崇高な理想と目的を達成することを誓ふ。

これは日本国憲法の前文です。4行目の真ん中あたり、「主権が国民に存する」。それからその下3行目あたり、「人類普遍の原理であり、この憲法は、かかる原理に基くものである」となっておりまして、主権が国民に

あって、それから政府の力というものは国民から発したものであって、それを預けているんです、ということです。それは代表者、公務員ですね、いろんなタイプの公務員がいますが、代表者にそれを実施してもらって、国民がその福利を受けるものです、ということが書いてあります。

続く段落の最後の方に「平和のうちに生存する権利を有することを確認する」とあります。平和的生存権と言われます。

このような前文があってその次ですが、全部ではなく人権のところから抜き出してきたものになります。だいたい学部の教養とか教職課程で習うような憲法の場合には、13条、14条とあと教育関係のものがあったりしますので、13条、14条というのはよく目にされるものだと思います。13条は、いわゆる「個人の尊厳」と「幸福追求権」というフレーズがつくものになります。14条の方は「法の下での平等」と紹介されるものです。

第十一条 国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない。この憲法が国民に保障する基本的人権は、**侵すことのできない永久の権利**として、現在及び将来の国民に与えられる。

第十二条 この憲法が国民に保障する自由及び権利は、**国民の不断的努力によつて、これを保持しなければならない**。又、国民は、これを濫用してはならないのであつて、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ。

第十三条 すべて国民は、**個人として尊重される**。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、**公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする**。

第十四条 すべて国民は、**法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない**。

ここでは11条と12条も挙げています。11条の方は、「すべての基本的人権の享有を妨げられない」というふうに始まっていて、「基本的人権は、侵すことのできない永久の権利として、現在及び将来の国民に与えられる」。これが憲法の基本的な考え方です。憲法が変わったらどうなるかはわかりませんが、一応今この憲法である限りにおいては、人権というのは

「侵すことのできない永久の権利」であって、今だけではなくて将来の国民にも保障していくということです。

それから12条ですけれども、「この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によつて、これを保持しなければならない」。不断の努力によって何を頑張るのかということなのですが、自由とか権利とかそういうものを狭めてこようとされてきた時には、それを全力で押し戻すということをやっているかと削られちゃってなくなるかもしれないよ、ということです。生まれた時からこの憲法があって、しかも今の学生さんたちというのは、特に私は女子大です。女の子ばかりですけれども、日本の女性に対する差別的な構造というのを学生さんの間ではほとんど気がつかないで生きてこれることが多いんです。社会に出て初めて「あれっ」と思うようなあり方をしていますので、特に学生さんに対しては、「自分で押し返すということをやっていくというのは大事だよ」と言っています。どちらかというとなんか大人しくしすぎだと思うので。

第二十四条 婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。

配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。

* 民法2条 この法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等を旨として、解釈しなければならない。

第九十七条 この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であつて、これらの権利は、過去幾多の試練に堪へ、現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである。

それから第24条、これは夫婦関係の話になりますが、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない」という規定、これは戦前

戦中の合意のみに基づいては成り立たない婚姻関係だとか全然同等の権利のない婚姻関係というのがあって作られたものです。今日いらっしゃっている皆さんはよくご存じの方が多いかと思います。

それから97条にとびまして、これも先ほど見たのと同じようなことが書いてあるわけですが、「(この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、……) 侵すことのできない永久の権利として信託されたもの」なので、守っていかないといけないわけですが、「自由獲得の努力の成果」であるということですので、生まれた時からこの憲法で成長はしているんですけども、最初からそうだったわけではなく、すごくたくさんのいろいろなことをやってきて今のものになっている、というのは忘れてはいけないということになります。

それで、民法第2条ですけれども、何年か前までは民法第1条の2となっていました、第2条に変わっております。「この法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等を旨として、解釈しなければならない」。戦争に負けて占領されている時に、憲法を現行の日本国憲法にするというのに合わせる形で民法も家制度にあからさまに関係するようなものは削られ、あともう一つ、これが挿入されました。ですので、民法全体の解釈の指針というものになっています。一応基礎知識的なことと言っておきますと、民法というのは私法、私のことに関わるものすべての一般法になっています。これに対して、特別法としてたとえば労働法とかそういうものがあります。一般法の民法がありまして、その上に特別法が乗っかっているということになりますので、民法の一般原則を定めているところのこの第2条に書いてあるようなことというのは、特別法においてもこれを無視して法律を作ったり解釈したりすることはなされてはならないということになります。ただ、これがなかなか使われませんね。

ようやく司法の話に入るわけですが、何か問題があって初めて裁判のお世話にならざるをえなくなってしまうということがありますので、裁判なんて御縁がない方がいいに決まっているわけですね。ですが、「なぜ裁判所があるのでしょうか？」ということになりますと、憲法の第32条に「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない」と書いてありま

第三十二条 何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない。

第七十六条 すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。

3 すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される。

第八十一条 最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。

す。これは権利なのです。人権の中に含まれています。人権条項がたくさん並んでいる中に「裁判を受ける権利」。他の場所ではなく「裁判所において」です。その「裁判所において」という時にどういうことが前提として考えられているかということ、裁判所における裁判というのは原則公開されますので誰でも見ることができます。何かわからない密室で勝手に何か決まってしまったということがないわけです。そして、法の専門家が証拠に基づいて、証拠と法律を使って立証したことに基づいて結論を出すということになりますので、主観が入りにくいということは言っていると思います。が、全然入らないという意味ではありません。いろんなところで入り込むんですけれども、それでもやはり、他の統治機構のプロセスに比べれば入りづらはずだと言っていると思います。

その次に「では司法権はどこが持っているか？」ということですが、これは社会常識としてご存じだと思いますが、第76条「最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」。どうしてこれがわざわざ書いてあるのかということなのですが、この憲法になる前までは裁判は他の所でもできました。行政機関でも行っていたりして、行政裁判所というのがとても大きな権限を持っていて、よくわからない間にとんでもない結果が出るようなことがあったものですから、それに対する反省として、日本では司法権は裁判所が独占するという形にしています。

それから76条の第2項はとばしまして第3項ですが、「すべて裁判官は、

その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」と決まっています。ではこの「良心」って何ですか？ということなんですが、どちらかというところ、個人としての良心というよりは、裁判官という法の専門家であり、人の権利、大きい場合は生き死にに対して最終的な決定をするという責任を持っている人の良心というふうには、憲法の先生たちは考えられています。これがなかなか問題なんです。またのちほどお話の中に出てきますので、問題なんだということだけちょっと心の片隅に置いておいていただければと思います。

その次、81条「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」とあります。これが違憲法令審査権の根拠になっておりまして、この条文があるので、裁判所は「この法律は憲法に反しているので無効です」と言うことができることになります。最高裁判所を「終審」と言っていて、最高裁判所しかできないとは書いていませんので、下級裁判所も全部その審査をすることができるという、そういう分担になっています。

ここまでは憲法の話で、ここまで押さえたうえで、司法の役割です。

司法の役割

(1) 統治機構の一部門として

司法は統治機構の一部門です。一応三権分立というのは少なくとも中学校では習っているものですが、統治権能全体を一箇所に集めるとんでもなく恐ろしいことが起こりえるので、分割をして相互に監視をする。抑制と均衡というような言葉を使って教科書——法学の教科書というよりは公民とか社会科の教科書ですね——には書いてあるかと思います。三権を分けるということは、もしかしたらもっといいやり方もあるのかもしれませんが、歴史的に人間が考えてきた統治機構のあり方として、たぶん完璧ではないにしろ今のところこれよりいいのは思いつかないというものだと思います。立法と行政と司法とに分けてお互いにチェックをしあう。暴走しないようにするということです。

法律を作るのが立法、実施するのが行政、必要な場合に最終的な内容を決定するというのが司法の役割になります。必要な場合というのは、その法律の解釈について争いが起こってきた場合ということになります。まあ一個一個どの裁判でも法律の解釈は行っていますが。行政府の長の方が国会において「私は立法府の長ですから」とおっしゃったりして、三権分立あやしいなという感じはするわけですが、とりあえず憲法上分かれております。

裁判所、司法というのは、争いが起こって初めて起動する機関ということになります。いくら世の中にたくさん揉め事があるといっても、裁判所の方から「裁判どうですか」とは来ないわけで、揉め事をかかえて困っていて、どこに解決を頼みに行くかいくつか選択肢のあるなかで、たいていの場合はどうしようもなくなって仕方なく裁判所を頼るという、そういう位置にあります。抽象的違憲法令審査権というのは、日本の裁判所は持っていません。日本の場合は、具体的な事件に付随してこの法律が憲法に違反しているかどうかというのを審査することができるというものですので、付随的違憲法令審査権という言い方をします。

司法のいいところは、1人でも申し立てることができるということです。裁判を起す理由が何かあれば、ちゃんと法律に適用していないといけなわけですが、それでも1人でも「裁判をしてください」ということができるということになります。法律を作る国会とかに何か働きかけようと1人で乗り込んで行って現実的に効果があるのかと言われると、甚だ疑問なわけですが、裁判所の場合は、きちんと書式を作っていないといけません、受理する要件が整っていれば、1人で行っても裁判所は受理して審査をして結論を出すということになります。そこがとても大きいと言っていいと思います。というのは、少数派にとっては、他の行政だとか立法に対して何か働きかけをするというのはハードルが高いかもしれないけれども、裁判所は1人ででも言うことを聞いてもらうことができるということです。一応政治の仕組みというのは、民主主義イコール多数決では全然ないはずですが、最終的なところではどちらかといえば多数派の意見が反映されて法律ができるという状況にあるなかでは、少数派の意見と

いうものはなかなか顧みられることが難しい。その時に1人でも使えるというのは、潜在的な力を与えるエンパワメントの一翼を司法が担っていると言えます。

(2) 法制度の中心としての役割

法制度の中心としての役割とあえて書いていますが、法律は制定時の一般意思として国会で作って、解釈に開かれているものになります。それを実行するのは行政ですので、行政はまったく解釈しないで実行できるかという、できないです。特に日本の法律の作り方は、わりと抽象的に一般的に決めて、あとは任せたという感じになっていることが多いので、行政が法律に従って何か行動しようとする、行政による解釈というのはかなりたくさん必要になり、行政が法を解釈して運用して実施をしていくということになります。ですので、省庁という行政の「専門機関」による解釈が行われることになります。

それから、司法による解釈と決定ですけれども、本人訴訟というのもあるわけですが一応裁判所で法の専門家による解釈と適用が行われるのが司法です。法律の意味内容の最終的な決定権は司法にあります。ですので、行政が何を言ってもそれは争いの余地のある決定であるということになります。

裁判することの意味ですが、人生において裁判所で法廷に立つなどということはない方がいいに決まっているわけです。しかし何かいざという時には1人からでも使える裁判所というものがある。では裁判をするからには勝たないと意味がないのかというと、勝たなくてももちろん意味はあるのです。それが裁判の大事なところと言いますか、もちろん勝たないと賠償金が取れないとか責任をとらせられなかったとかいろいろあるわけですが、一個一個の裁判を行うごとに法律の内容を具体的事例に当てはめ解釈をしていく、法を更新していくということは、法制度にとっての、裁判をやっていく意味になります。刑法が一昨年(2017年)に改正された時、「110年ぶりの改正」とものすごく話題になっていたと思いますが、110年も改正せずに使えてきたというのは、要するに司法が解釈をしてアップ

デートをしているからです。もちろん細かい改正は行われているわけですが。

(3) 現代的役割

現代的な司法の役割としましては、統治機構において、行政府の役割と重みが非常に大きくなっている中で、司法の判断が重みをもつということがあります。それから、社会の変動が早く、多様な問題が複雑に絡み合っていて、のちほど三輪さんがお話しくくださるようなグローバル化の中で司法の対応はどうなっていくのかというような話もあります。

司法は、少数者による問題提起を公的に受け止めて、立法と行政だけでなく社会に影響を与える決定をすることができる。「これは違憲です」という結論が出れば、立法府はその条文を改正するなり、廃止するなり、削除するなりしないといけないですし、行政はその条文に基づいて今までやってきた仕事はできなくなりますので、もちろん立法と行政という他の統治機構の部門に対しても大きな影響があるわけですが、もう一つとても大きなことは、社会に影響を与える決定をすることができるということです。この頃わりと皆さんメディアを使うのが上手になっておられるので、訴訟を起こすことに踏み切った時には記者会見をして、こんな問題があったので仕方なしに裁判をしました、ということをおっしゃいますけれども、そういうふうメディアを使うきっかけにすることもできますし、そこに挙げている公害病訴訟ですとか薬害訴訟、大阪空港騒音訴訟、たばこ訴訟、これらは勝ったかと言われれば、負けたものの方がずっと多いのです。大阪空港の騒音訴訟なんかも負けています。別に全然住民側は勝っていないけれども、今伊丹空港の発着時間は限定されていますよね。あれは、訴訟になったので、その後の国側の対応それから空港側、飛行機会社の対応として、「じゃあここぐらいまでは我慢してください」というギリギリのところを決めるということをしているわけです。ですので、そういう交渉ですとかの梃子として使うこともできるということです。

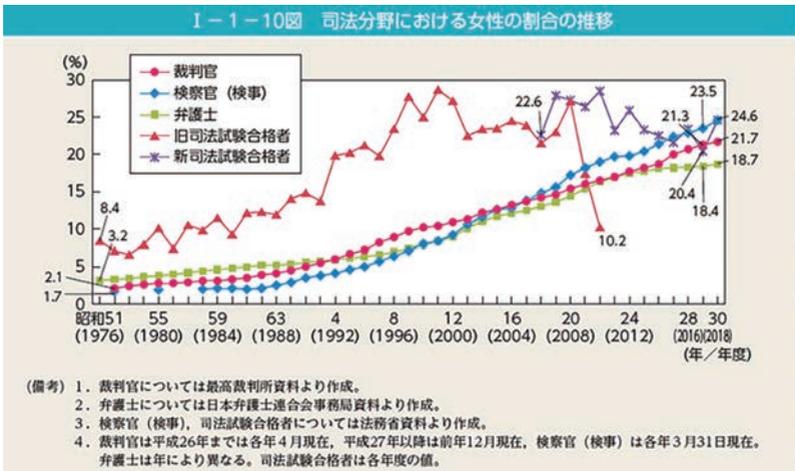
それからあともう一つは、司法改革というのも長い間言われていて、ニュースとかでも、「今年裁判員制度が10年経ちました」と話題になって

いたかと思うのですが、司法改革で裁判員制度ができたり、ロースクールができたりしたのがとても大きかったりするのですけれど、なぜ司法をそうやって改革してロースクールを作って、即戦力になりうる法曹を、しかもわりとたくさん増やさないといけないか。司法改革までは年500人とか600人だった合格者を、今年（2019年）は1500人くらいでしたかと思うのですが、本当は3000人と言っていたんですけども、そこまですごく増やさないといけないというふうにいったん決定はしたわけです。どうしてそうなのかというと、「事前規制から事後救済へ」とキャッチフレーズ的に言われていたことですが、司法を改革しないといけないという認識に至ったのは、それまではたくさん行政で規制をして、いろいろなことを事前に許認可制度というのを作って、言ってみたらすごく狭い範囲でもってしか活動をしないで、なるべく事故とか問題が起こらないように事前に徹底的に調べて、「いいよ」とか「だめ」とかやっていたのを変えるということになったからです。端的に言うとグローバル化の中で、とか言われますが、経済界からの要請などもあって、ということになります。それで事後救済、要するに何か問題が起こったら法的に救済をするのでそっち側で頑張る、という方向に変えたということです。ですので、行政が事前に規制をするのから司法が何か問題が起こった時に救済しますから、と変更することになりました。そうすると全然法曹の数が足りない。法曹というのは、弁護士、裁判官、検察官ですが、この人たちが全然足りないのどうしようかということになって、増やそうと。だけどそんなに増やしたら、それまでのように司法試験というとっても難しいテストを通過して、その後は司法研修所というところでお給料を払って、研修して、そのあと実務についてもらうというのだけでは足りない、となったんですね。ですので、法科大学院というところでまずちゃんと実力をつけてもらって、その後テストを受けてもらって、合格した人たちには修習を司法研修所でするんですけども、それは短くていいよね、という考え方になったわけです。というようなこともありまして、本来であれば司法の役割というのは、この司法改革以後、すごく日本では大きくなっているはず——はずという言い方をしますが——だったのです。

司法への女性の参画

(1) 参画の現状：司法分野における女性の割合

司法への女性の参画の現状ですが、これは「司法分野における女性の割合の推移」のグラフです。授業などでも確認する時に言うのですが、このカーブだけ見ていると、なにかすごく増えているように見えるんです。だけどこれはてっぺんで30%なんです。一瞬ごまかされるけれど、それはごまかされないで、と言っているのですが。増えてはいるんです。増えてはいるんですが、びっくりするほど増えているわけでもないのです。割合としては、検察官の24.6%、弁護士さんは18.7%、裁判官が21.7%です。では、検察庁とか裁判所の方が女の人がどんどん増えていって、公的機関のなでしこマークなのかということ、そもそもの母数がめちゃくちゃ少ないので、三千何百人とか1700人とかのところにちょっと入ったらポンと割合が跳ね上がるということがありますので、なでしこマークと言っていいのかどうかはわかりません。ただ、海外においても女性の法曹が実務をする時には裁判官とか検察官がまず増えます。というのは、公務員なので身分保障があり、それからいわゆるファミリーフレンドリーといいますが、産休とか育休とかそういうものが充実しているはずと考えられているからです。



弁護士さんの方は、母数が多いのでなかなか進んでいきません。

女性の参画はまあまあ進んできてはいるけれども、まだまだ3割までいかない。

(2) 参画の現状：司法試験合格率

司法試験の最終合格率、これは2019年の最終試験の合格率ですが、全体の合格率は、最終合格者/受験予定者で、実際の受験者の男女別人数というのは公表されていないんです。弁護士さんが日弁連を通じて詳細につき開示請求をしているけれども法務省は応じていない、そういう状況なのでちょっと誤差はありえるわけですが、司法試験を受験すると申し込んだ人たちの中でということになりますと、全体合格率が30.66%、男性の合格率が32.36%、女性の合格率が26.35%になります。ちなみに2018年にすぐ話題になった東京医大の最終合格率は男性8.8%、女性2.9%です。6%の違いです。これが何によって起こっているのかというのはいろいろデータを開示してもらえないことには調べようがないのですが、まったく何もないと思っていい数字なのかというと、どうでしょうか。

(3) なぜ少ないのか——「女の子は向いてない」？

では、なぜ少ないのか。よく言われるのは「女の子は向いてないんだよ。法学みたいな堅いものは」。このようなことを昔は言われていたかもしれないです。「女の子なんて大学行かなくていいよ」と言っていた昔にわざわざ大学に行く女の子がいたら、「文学部だったらいいけど」という感じだったというのはよく聞く話です。

では女の子は向いてないのか、ということなんですが、いわゆる主要先進国の法学部進学者の女性比率は少ないところで40%以上、多いところは60%を超えます。ですので、学部に入る時点で女の子は向いてないとは思えません。それらの国においては、司法試験合格者の比率は単年度においては女性が過半数になります。ただ、全体の割合の中では、それまで男性しか法曹になれなかった時期が日本と同様に長いので、全体が入れ替わるにはまだ暇がかかります。

たとえばフランスであれば、法官養成校というのは裁判官と検察官を養成する学校で、卒業後ほぼ確実に裁判官や検察官になりますが、合格者はこの15年ぐらいの間は女性が70%から80%です。ただ全体が入れ替わるにはまだまだ少し時間がかかりそうです。そういう状況で、法官養成校の行政官、責任のある立場の方は、「だって女の子の方ができるんだから、仕方がない」とおっしゃっていました。ですので、向いてないということはないはずなんです。

あとイギリスは、一番最近になってぐーんと伸びた国なんです。イギリスでは法曹養成は「ロースクール方式」にはなっていないのですが、大学において法曹の養成をするという「ロースクール方式」にシフトしたところ、この10年で激増して、今過半数まではいかないのですが半分に近いところにまで届こうかという伸びを示しています。日本もロースクール方式にしたのですが、そうになっていない。

主要先進国で実際にお話を聞いたのは先ほどのフランス、あとアメリカ、オーストラリア、このイギリスです。あとドイツもそうです。カナダもそうですけれど、それらの国で法学部で教えている先生方が言うには、法学部で成績優秀で表彰してもらって卒業していくのは女の子の方がずっとずっと多いから、「女の子は法学に向いてるのよ」とおっしゃるんです。男の子が向いてないとは言っていません。だけど、女の子が向いてないということは絶対なくて、「女の子は向いてると思う」と言っている。ではどうして先ほど見たように日本の伸びはこんなふうなのか、というのが不思議だということになります。女の子が向いてないというわけではありません。何かがあって、まだまだ30%までいかないという今のような状態になっているのではないかということです。

(4) なぜ参画が必要なのか

司法への女性の参画がなぜ必要なのかということですが、司法は直接の民主的な統制というのはありません。国会議員はあります。内閣はちょっと微妙なところですが、でも内閣総理大臣は国会議員でないと成り立たないので、そういう意味では制度上の統制があるといっているのかなと思

司法への女性の参画

(4)なぜ参画が必要なのか

司法は直接の民主的統制がない—公平さへの信頼のみが存立基盤
社会の一定の反映—誰が法廷に立っても公平に扱われる期待
パリテ、ダイバーシティ、国民の人口構成反映が信頼獲得に繋がる
制度的には裁判官のジェンダー研修、市民からの苦情受付完備
ジェンダーバイアスは司法の公平らしさに疑念を生じ、司法への信頼を
毀損する—存立基盤の危機
女性比率の向上はジェンダーバイアス軽減への一歩

います。そうすると、では司法は民主的な国家において何を基盤にして立つのかと言いますと、「公平さ」とそこに書いていますが、司法は公正な判断をしてくれると国民が信頼しているという、それだけしか存立基盤を持っていないのです。

そういうところで、ではどうやってその信頼というのを獲得していくか。皆さんに盤石の信頼を得ないと司法は思い切った判決もできないわけです。そういうようなことをやるために何を行っているか。一つには、「社会の一定の反映」と書いていますが、社会の中の状況というのを一定程度反映しているということによって、誰が、どういう立場の人が法廷に立っても、その人は公平に扱われるという期待をきちんと保障する。「社会の一定の反映」というのは何を言っているかということ、パリテとまではなかなかいかないかもしれませんが、ただフランスにおいては裁判官はそのうち女性が圧倒的多数派になるのはもう目にみえているので、男女半々（パリテ）であったり、多様性（ダイバーシティ）であったり、ある程度国民の人口構成が反映されるということが信頼獲得に繋がるというふうに多くの国の司法は考えています。

逆に言うと、人口構成とかけ離れている、たとえばアメリカであれば人口構成というのは、あと10年もすればアフリカ系の人の方が多数派になる

とされています。けれども、司法部は圧倒的にやはり白人の、しかも男性の方が多数派になっている。そういうなかにおいて、国民の人口構成が必ずしも反映されていないにもかかわらず、司法は公正であると国民に信じてもらうためには何をすればいいかということを実際に真剣に考えて、あとの方で出てきますがアンコンシャスバイアス、そういうものまで研修に取り入れて努力をしているわけです。そういうふうにして信頼を獲得する時に、裁判官の構成は、日本の場合でしたら性別とかその他いろいろあると思いますけれど、必ずしも国民の構成を反映したものにならない。選挙で選ばれるわけではないとなるとなおさら難しい。選挙で選ばれていても日本の場合は、国会をみると、なかなか難しいみたいですが。そういう時に制度として何を作っているかという、裁判官に研修を行う。ジェンダー研修というのは必ず受けるようにする。ジェンダーだけではなくてダイバーシティということであれば、マイノリティの人たちの話を聞きに行くとか、たとえば先住民の住んでいるところに実際に泊まり込みで見学に行くとか、裁判官にさせるんです。そうすることによって、その人たちが、政治的多数派を占めている人たちと何が違って、どこが同じでどこが違ってというようなことを自分の目で実際に確かめることができる。そうすると、少数民族の人が法廷に立った時に、その所作が多数派の期待するものと違うからといって、信用できないとする判断はされないのです。

また、「市民からの苦情受付完備」と書いてありますが、苦情受付をホームページからできるようにしています。裁判をやって裁判所に苦情を言うなんて、「それってどう？」となんとなく日本人の感覚では思うのですが、たとえば、「これはどう見てもマイノリティに対して差別的な判決じゃない？」ということが起これば苦情を言うんだよ」と他の国の研究者たちは言うんです。「裁判所がこんなひどい判決をする」と言うと、「なんで苦情言わないの？」と言われ、「苦情って何？」と。そうやって市民が自分たちの意見を直接に言う窓口を作っているということです。ではその後どうなるのかという、たとえば特定の裁判についていろいろ意見が付いたからといって、「裁判所がそれやり直します」ということに直結するの

かという、そういうわけではないですが、「こういう苦情がありました」ということはまとめて裁判官に伝えるということはするわけです。ですので、閉ざされた中で頭の良い人たちが自分たちだけで何かこそと決めていっているようなことは言われにくいということになります。それもやはり信頼というのをどうやって確保していくかという努力の一環として行われています。

ジェンダーバイアスというのもあとで出てきますが、ジェンダーに基づく思い込みだとか偏見だとか決めつけだとかといったものですよね。そういうものが判決の中に現れる、あるいは法廷の中でそういう弁論を弁護士が行うことを容認するというのはやってはいけないことになっています。それが結局司法の公正、公平さに疑いを持たせてしまい、司法の信頼全体を毀損してしまうことになりかねない。そうすると、他によって立つ基盤のない司法にとっては危機的な状況になるわけです。そのぐらいの危機感を持って、私たちが調査できた他の国ではいろいろと研修をやったり、あるいは苦情を受け付けたり、裁判官に対してマニュアルを作ったりということをして徹底しようとしているということです。

「女性比率の向上はジェンダーバイアス軽減への一歩」と書いていますが、男だったら誰でもいいのと違うのと同じことで、女性だったら誰でもいいというわけではありません。しかし、目の前に毎日女性の同僚がいるのといないのでは必ず変わってくるだろうと言われてますし、法廷の中に男性しかいない、代理権を持っている弁護士さんも男性ばかりというよりは、女性も混じっている方が、いろんな意味で——女性が被告人になっていたり、被害者としてそこにいる場合はとくに——、信頼できるのではないだろうかと言われてます。

この参考のところは日本とは直接関係はありませんが、アメリカン・バー・アソシエーション（American Bar Association：アメリカ法曹協会）の行動規範です。アメリカは一応法曹は、弁護士から検察官になる、弁護士から裁判官になるという仕組みの国なので、バー・アソシエーションが出している行動規範というのは、すべての法曹資格者が守らないといけないものになっています。いろいろと細かい説明は省きまして、この「ハラ

参考: ABA法曹行動模範規程

8. 4(G)人種・性別・宗教・出身国・民族・身体障がい・年齢・性的指向・性自認・配偶関係・または社会的地位に基づくハラスメントまたは差別の禁止

⇒法専門家は一般人以上にバイアスや差別に敏感でなければならない。なぜなら、弁護士による差別及びハラスメントは、法専門職および法制度に対する信頼を損なわせる。弁護士の行動は、法への敬意を反映するものでなければならない。差別的行動は、法への敬意の欠如を表明するものであり……。

弁護士法1条 基本的人権の擁護と社会正義の実現を使命とする

「ハラスメントまたは差別の禁止」という条項が入ったのが数年前になります。これを入れるにあたっていろいろ議論がなされたところを少しだけ紹介しておきます。法専門家は一般人以上にバイアスや差別に敏感でなければならない。なぜなら、弁護士による差別及びハラスメントは、法専門職及び法制度に対する信頼を損なわせる。弁護士の行動は法への敬意を反映するものでなければならない。差別的行動は法への敬意の欠如を表明するものである。ですので、この条文を入れるのだという議論がなされました。

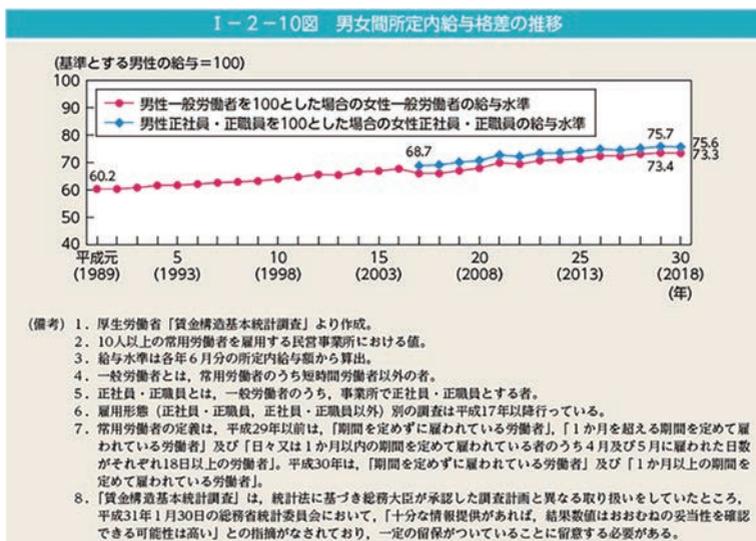
次の弁護士法第1条、これは日本の弁護士法の第1条です。「基本的人権を擁護し、社会正義を実現することを使命とする」と決まっています。弁護士さんはそれをやらないといけないんです、お仕事として。

ですので、司法の中においては日本はまだまだこれからジェンダーバイアスを制度としてなくしていくためにやれることがたくさんあるということです。何をやっていいかわからないという状況ではなく、よその国はこんなことをやっているというのがいくらでもありますので、やる気さえ起こせば変えていくことはいくらでもできるし、参考にできるものはたくさんある。やる気になるだけ、ということになります。

女性の人権と司法

(1) 現状

これがお給料の格差です。「男女間所定内給与格差の推移」となっておりますが、このくらいの格差があるということで、女性は男性の75%あるかないかです。男性を100とした場合、女性が75だと4分の3です。



次に「階級別役職者に占める女性の割合の推移」。これも企業の話、労働の話になりますが、役職者はすごく少ないです。上場企業の部長級とかになるともう少し少なくて5%くらいです。経済における参画というのはまだこんな程度しか進んでいないと言えます。

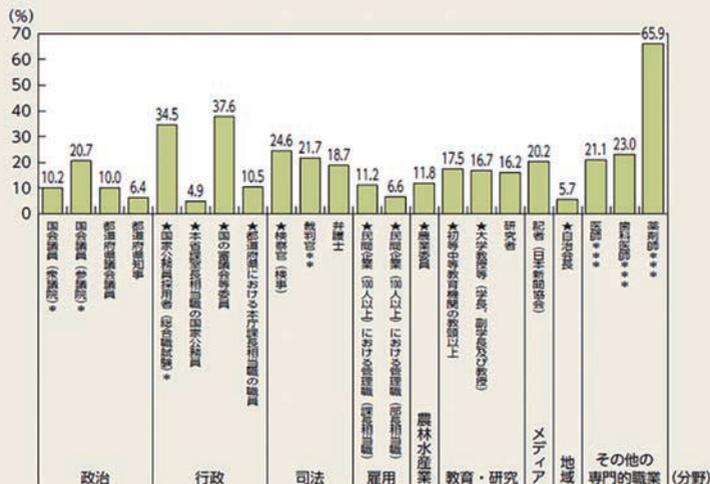
それから、「各分野における主な「指導的地位」に女性が占める割合」というのもこのくらいで、とてもじゃないけれど多いとは言えません。薬剤師さんだけ突出して多いですけども、他は公務員が30%を超えて40%近いかというところがありますが、他のところは非常に少ないです。

1-2-12図 階級別役職者に占める女性の割合の推移



- (備考) 1. 厚生労働省「賃金構造基本統計調査」より作成。
 2. 100人以上の常用労働者を雇用する企業に属する労働者のうち、雇用期間の定めがない者について集計。
 3. 常用労働者の定義は、平成29年以前は、「期間を定めずに雇われている労働者」、「1か月を超える期間を定めて雇われている労働者」及び「日々又は1か月以内の期間を定めて雇われている者のうち4月及び5月に雇われた日数がそれぞれ18日以上労働者」。平成30年は、「期間を定めずに雇われている労働者」及び「1か月以上の期間を定めて雇われている労働者」。
 4. 「賃金構造基本統計調査」は、統計法に基づき総務大臣が承認した調査計画と異なる取り扱いをしていたところ、平成31年1月30日の総務省統計委員会において、「十分な情報提供があれば、結果数値はおおむねの妥当性を確認できる可能性は高い」との指摘がなされており、一定の留保がついていることに留意する必要がある。

1-1-14図 各分野における主な「指導的地位」に女性が占める割合



- (備考) 1. 内閣府「女性の政策・方針決定参画状況調べ」(平成30年度)より一部情報を更新。
 2. 原則として平成30年値。ただし、★は平成31年値、**は平成29年値、***は平成28年値。
 なお、★印は、第4次男女共同参画基本計画において当該項目が成果目標として掲げられているもの。
 また、「国家公務員採用者 (総合職試験)」は、直接的に指導的地位を示す指標ではないが、将来的に指導的地位に就く可能性の高いもの。

(2) 労働における平等

〈直接差別〉

こういう状況の中で労働における平等を実現するために、女性は裁判で戦ってきました。司法はそれをはねつけてきたかという、どちらかと言えば一定程度までは推進役割を果たしてきたと評価していいと思います。

どのようなものがあるかという、結婚退職制。これは結婚する権利を女性に対してだけ否定する効果があるので違憲、という判決が昔ありました。それから定年差別に関しても、男性と女性との間で大きな定年年齢の格差があったわけですが、それは差別であるので無効としました。

それから、性別を明示したコース別の採用、雇用管理。賃金もですが、男性コース／女性コース、あるいは男性賃金／女性賃金と明示されている場合は差別なので無効という判決を出しています。それから、正規と非正規の賃金格差についても、女性の間で比べて、一日30分程度就労時間が違うだけで女性の正規社員と女性の非正規社員の間にお給料の格差があり過ぎるのは違法と言っています。ただこれは男性と比べたわけではないので、男性が入ってきた時にどうなるのかはちょっとわからないです。

セクシュアル・ハラスメントも「日本初の」と言われているのはいわゆる福岡裁判と呼ばれているものですが、判決文において、これは女性に対する性差別的行為であり、人権を侵害するものであって、不法行為を構成する、とはっきり言っています。あとマタニティ・ハラスメントはわりと最近のものになります。

もう一つ労災保険算定基準、これも違憲という判決になりますが、これは、労災で外見にひどい傷あとが残った時に、女性の場合はものすごく良い等級で年金としてずっとお金がもらえるにもかかわらず、男性が同じような傷を負ってしまった場合には一時金しかもらえないという等級の格付けの男女差があったんです。それに対して、労災で大変な目に遭われた男性が裁判を起こして違憲というのを勝ち取ったものになります。これは男性に対する差別なのかと言われれば、一見そうですが、その背後にあるのは、「女性の顔って大事よね」という発想です。女性の場合外見にとっても酷い傷を負ってしまったら、もしかしたらもうお嫁に行けないとか働けな

いかそういう考慮があって作られていたものですので、陰には女性差別があって、結果として男性が不利益を被ったというものとも言えます。これは、男性はこう、女性はこうと性別がしっかり明示されていたものだったので、これも違憲であると言われて変えることができます。今はそれに関しては男性も女性も同じ年金がもらえる等級に算定基準が変わっております。

ただ、この辺は全部直接差別の事例と言っていいと思います。マタニティ・ハラスメントだって女性が産休を取って戻ってきたときの処遇です。女性に対して不当な扱いをしているというのがはっきりわかるんです。一目瞭然なんです。その場合には、裁判所はきちんとした判断をして女性の人権を進める方に役割を果たしてきたと言っていいと思います。違憲と判決が出たものを2件挙げましたが、日本の裁判所は違憲の判決などほとんど出さないんです。そういうなかで性差別だといって争ったものに対して2件も違憲判決が出ているというのは、裁判所はものすごく頑張っていると言っていいです。

〈間接差別〉

ですが、どうも間接差別は裁判所はご理解いただけません。すごくいやらしい言い方をしましたが、ご理解いただけません。性別を特定しない形での賃金差別とか昇進差別に関しては認められないことの方が多いです。ものすごく丁寧に立証をして、男性も女性も同じ仕事をしていたんです、と裁判所を説得できた場合には認定はされるのですけれども、男性と女性とでそもそも仕事を分けてかためられていて、その間の行き来がないというような場合は負けてきているというのが現状です。どうも間接差別になるとわかってもらえない。

直接差別と間接差別というのは、直接差別で性差別の場合は、男性と女性と性別を指定して一方に対して不利益な取り扱いを正当性なくやるということです。間接差別というのは、性別は指定してはいないけれども、たとえば蓋を開けてみたら女性ばかりが給料の安い仕事にかたまっていて、そこに男性もいるけれど1人か2人、男性ばかりの方はすごくお給料とか待

遇が良くて、そこに女性がいなくはないけれど1人か2人というような状況です。そのように男性とか女性という区別を明示にはしていないけれども、効果として一方の性別に対して一方的に不利益を与えるような仕組みがあるという時に、間接差別がそこにはあります。

なかなか間接差別を認定するのは難しそうにしている。それが裁判官のせいなのかどうなのかというのはこれから先話がまだ少し続きます。差異の認定をするのがとても難しいと感じているらしい。らしいというのは何なのかということなのですが、格差というのを見て取るというのを、どういふように捉えるかということです。統計的に見たら、こんな格差のあり方というのは人為的な何かがない限り絶対に起こらないくらいの確率だと専門家に言われるものであったとしても、認定しないんです。男性と女性との賃金の格差というのを、賃金のグラフで男性と女性と全部並べてみると高いところは男性がほとんどで、たまに女性が1人とか2人ポツンと入っていて、低いところは女性ばかりというグラフを見た時に裁判官は、「女性が1人2人入っているから、集団として截然と分かれていないからここには格差はない」と言うんです。ちなみに、ジェンダー法研究をしている私が偏っているのかと思って、今年とある地方国立大学の法学部で授業をした時に「これどう思う？」とみんなにプリントを配って見せたんです。「差別あるやん」と全員（男性がクラスの70%）が言いましたので、私がおかしいわけではないと思うんです。ですので、それを見て「格差がある」と認定しないというのは、何が働いているんだろうかというのはとても難しいというか、判決文からだけでははっきりとはわからないので、「何かあるんだろう」としか言えません。

遺族年金の差別に関しても、男性が訴えているものなので男性に対する差別なのかというと、これは働く女性に対する差別ですよ。男性と同じように働いていて、亡くなってしまった時に家族を守るものを女性は残せないということになるので、女性に対する恐ろしい差別だと思うんですけど、これもちょっとわかっただけじゃない。間接差別全体を認定することが難しいようであるということです。

間接差別ではないとの認定に使われてきたのが、民法90条（「公序良

俗)と言われている規定です。その使われ方ですが、だいたいこの条文はどちらにも使えます。現状が公序良俗の範囲だと思えば、新しいことを言っている人に対して否定することになるし、これはおかしいから直してください、と言っている方が公序に適うと思えば、新しい方を認定するということに、どちらにも転びうるんですけど、間接差別の裁判においては、どちらかと言うと女性たちの訴えを認めない方に使われてきていると言っていると思います。何件かで「憲法14条の趣旨には反するが、民法90条の公序良俗違反とまでは言えない」ので負け、という使われ方をしてきました。そういう時にどうして民法2条（「両性の本質的平等」）の解釈の指針というのをきちんと使わないのかわからないのですが、この辺は法解釈の先生方のものを見ても、90条に関しては裁判の中で使われるので立派な本があったりするのですが、2条は使われないので、先生方もものを書けないのだと思うのですが、わからないといっていると思います。あと90条は昔からあってずっと使われてきているものなので裁判官にしてみれば使いやすいですね。ただ昔から使われてきているその使われ方ideいいのかどうなのかというのは考えていってもらわないといけないと思います。

〈ジェンダーバイアスの作用するところ〉

ジェンダーバイアスが司法において作用しうるところとしては、法解釈というよりは事実認定において裁判官個人が持っているバイアスが働きえます。職場において女性はこういうものである、またはこうすべきものである、こういうはずだという思い込みを「社会通念」という形で取り入れて、それを基準として、個人としての女性の生き方にあてはめて判断をする。女性はこういうものだといういわばジェンダー役割が基準であって、「あなたはそれに違背したから救済には値しない」、そういう考え方をしているところがあるのではないか。これは個人のバイアスだと思いますので、そこは他の国であれば研修でなんとか直そうとトライするところだろうと思います。

それから、アンコンシャスバイアスの未認知ですが、無意識のバイアス

というものがあるんです。女性というのはこうだよねと思い浮かべなくても働いてしまうものがある。先ほど言いましたように、アフリカ系の方が人口構成は多いけれど司法は白人の方が多い、どうしようという時に、アフリカ系の人たちに対して私たちが知らない間に使ってしまった判断のバイアスというのがあって、という研究や実験を裁判官に突き付けて研修をするということをしているのですが、これはまだまだ日本では遠いところだろうと思います。ジェンダー規範を受容しているからこそ起こっているわけですが、ただ未認知ですので、そもそもそれが社会通念というところまで具体的に自分では知覚されていないものなので、社会通念以前に働くものとなります。たとえば、「あなたが昇任しないのは評価が低いからです」という答えを出したとします。この評価の中に働いている評価者のバイアスというのはやはりあるわけです。たとえば、わりとはきはきものを言ってリーダーシップを取ろうとする人が職場にいた時に、男性に対しては「あいつはやる気がある。見どころがある」というふうに考えるのに、女性が同じことをやったら「生意気だし、ちょっと協調性がないよね。だから点数は低くていいや」となるわけです。ですので、これは裁判官に限らずですが、海外で研修をやっているのであれば、日本でもやってもいいのではないかと思うわけです。他の普通の人たちより特に裁判官、法律の専門家はバイアスだとか差別だとかに関してはより敏感であるべきなので、この辺も取り組んでいくべきだと思います。

〈司法制度上の問題からの説明〉

・裁判官への組織的統制

司法制度上の問題から説明すると、先ほどの個人のバイアスというのではなく、「裁判官への組織的統制というのが行われているのではないですか？」というのが、法学をやっている人たちの中である程度、司法制度ですとかそういうものに関心のある人たちには共有されているものです。組織の側にバイアスがある。統制する側のバイアスなのでなかなか検証対象にはあがってこないため、再生産され続けます。では、この組織の側のバイアスはどうしたら直っていくのかということなのですが、やはりこれを

意識化して直していかないといけないんですけれども、一つの契機としては司法の中、裁判官の女性の割合が4割ぐらいになれば変わってくる部分もあるだろうと言えます。

それからもう一つ、この組織的統制というのはジェンダーバイアスに限らないもっといろいろなものが行われているわけですが、それが働いているのではないかというのは、先ほど申し上げました「憲法14条の趣旨には反するけれども公序良俗違反ではない」という裁判ですが、それは裁判所の担当判事がそういう結論を最高裁判所の中で行われている勉強会で示されて、それに従って判決を書いただけにすぎないと見える部分があるんです。そういう形でたくさん同じような裁判が起こってくると、全国どこで起こすかで判断が全然違うとなるとそれはそれで法的安定性というのがなくて不公平になるので良くないというのはわかるんです。けれども、それを安定させる、要するに同じような裁判に関しては同じような結果が出るように統一をするのは、本来上級審の役割だと思います。それも先ほど言った「憲法14条の趣旨には反するけれども公序良俗には違反していないから」というその論理に関しては開示請求をしてようやく開示してもらったというものになりますので、勉強会としてであれ、わからないところで先にこういう結論のようなものを最高裁判所の行政組織が準備して、担当判事に示す、ということだとすれば、それが憲法に書いてあった良心と法律にのみ基づいて裁判を行うというのと両立するのかどうか。

・個々の裁判官のバイアス

個々の裁判官のバイアスに関しては先ほど申し上げましたけれども、是正には不断の自己反省が必要になります。海外で裁判官に対してジェンダー研修を行う時にはこれが中核になっています。絶えず自己チェックをしてください、「もしかしたら違う見方もあるかもしれない」「もしかしたら自分は偏っているかもしれない」と常に自分に問うてください、ということを研修で行っています。ですので、もしかしたら研修で変わるかもしれないし、もしかしたら女性が半分ぐらいになれば変わるかもしれないし、

もしかしたら個々人が変われば組織のバイアスというのは変わっていくかもしれない。もどかしいかもしれませんが、これが裁判官の独立とおりあいをつける工夫なのです。

・法（解釈）学的な問題

基礎法とかをやっていない人はあまりそんなことを言っちゃだめという感じになるかもしれないのですが、法（解釈）学的な問題としては、少なくとも企業と労働者の関係においては、裁判所は企業の経済的自由を優先して尊重してきたという歴史があります。その判例は変更されていませんので生きています。ですので、個人の自由とか人権よりも組織（企業）の経済的自由つまり所有権を優先する、そういう考え方が裁判所の基本的な態度なのだろうと思います。

・基礎法学的考察

近代法継受以来、というのは明治の頃からの話になりますが、日本の法解釈と法改正（立法）は基底においては更新されていなくて、所有権というのはとても大事。これは前回の内藤先生のお話の時にもあったかと思うのですが、そもそもが近代法を作った時の人権宣言で「絶対」と言っていたものは所有権なんです。ブルジョワ階級の人たちが革命を起こして認めさせてきたものですので、所有権というのは大変尊重する。その尊重のやり方というのが日本の場合ですと、労働の場面においても所有権の尊重、個人の所有権ではなくて企業の所有権を尊重する方向に傾いてしまっているのではないかと。しかもその判例が全然変更されていない。裁判で一回判例が出れば、同じようなことが争われて前のがだめと言われなくなる限りは、ずっと残って影響を与えるものなので、そこが直されないと難しいと思います。

法曹間の法の共同体の構成員としての相互認識の相対的な弱さというのが、性暴力事件においては顕著に観察できます。

(3) 家族関係におけるバイアス

ちょっと時間が押しているのですが、すみませんがいきなりまとめの言葉を書きますが、今回お配りしている資料に「家族関係におけるバイアス」というのも入れていたと思います。家族関係のところはいろいろ直って来てはいて、もう少しというところまで来ているとは思いますが、結局のところ、民法の900条の婚外子差別、あんなものが残っていたというのは、明治時代に民法ができた時、既婚女性は無能力だったんです。無能力とはどういうことかということ、私権の享有という言い方をしますが、生まれた時からできるものと成年に達したらできるものがあります。契約を結んだり、それから自分の所有権・所有物を処分する、人にあげるとか売りはらうとかそういうことをするのを行為能力というのですが、そちらの方は法的に婚姻すると、成人していても女性だけなくなるという仕組みだったんです。そのことが基本にあって、既婚女性は自分の財産はもてない。じゃあもともともっていた財産、働いてえた賃金は誰が管理するのか。夫です。法的には夫が管理する。管理するということは、貯金しておいてあげたよとか、金庫に入れといてあげたからとか、値上がりしそうな株買っといたからとか、そういうことではなくて、好きに処分していいということなんです。夫は奥さんのお金を何か買うのに使っても、博打に使ってもかまわない。そういう状況で、母親の財産を相続するということはあまり考えられないわけです。つまり財産相続は父から子となります。母から子はない。家を継いでいる女の子は別として。このようなことを前提として、その上に積み上げられているのが民法の財産法関係なので、そのところをほったらかしにして諸規定を直したところで平等にはならない。それがまだまだ残っていると思います。

(4) 性暴力をめぐる問題点

〈刑法の問題点を考える〉

性暴力に関しても、これも結局のところ、女性というのは主体ではなかった。特にセクハラというよりは性暴力事件、今は強制性交等罪になっていますが、もともと強姦と呼ばれていたものです。それに関しては家族

は男性の所有物、父と夫の所有物であって、所有の対象だったのが女性・子どもです。ですので、女性の決定権、女性には自己決定ができるんだよということが、刑法が作られた時には考えられてなかったと言っていると思います。もちろん、刑法の177条の強制性交等罪の前の強姦罪の時の条文は「女性に対して」と書いていますけれども、女性は意思決定ができる力がある人だと社会的に認められていなかったですし、強姦罪はそもそもそういうものを前提としてでき上がってきた罪ではないので、女性の意思決定、つまり「女性が嫌だと言っているのなら嫌なんですよ」というようなものの考え方が入ってきていないということができると思います。ですので、自律的個人の意思決定による行為であることが責任を問う前提となっているわけですが、この自律的個人というのはすなわち男性のことであったわけなので、女性を入れていくということがまだまだできていないということになります。

112年前に民法が制定された時に（既婚）女性は所有権を持っていなかった、意思決定主体ではなかった。女性は意思決定主体ではないというのは、それが「グローバルスタンダード」でしたので、日本だけがそうだったというわけではないです。当時アメリカでもイギリスでもフランスでもそうでした。プロイセンでもそうです。1980年代の議論を経て、女性は意思決定主体になって、それが世界標準になったのですけれども、そのことが反映されないままの2017年の刑法改正になっているということになります。このYouTube ([HTTPS://WWW.YOUTUBE.COM/WATCH?V=KXGAD-0ARA8](https://www.youtube.com/watch?v=KXGAD-0ARA8)) の方はご覧になってください。

〈刑法の規定の仕方〉

刑法の規定の仕方なんですけど、自由と財産とでは財産犯の方をものすごく手厚くといいますか、罪ももちろん重いですし、ものすごく丁寧に丁寧に仕分けをして規定をしています。性暴力は今大きく分けて二種類、強制性交等罪（準強制性交等罪）、強制わいせつ罪（準強制わいせつ罪）しかないのですが、財産に対する罪に関しては、相手の不同意で成立する犯罪（不法侵入）もありますし、怖いと思わせれば被害者が自分からどうぞと

差し出しても成立する犯罪（恐喝）もあります。暴行脅迫を要件とするものは強盗になります。性暴力で暴行脅迫を要件とするのは強制性交等罪ですよね。強制わいせつ罪というのも暴行脅迫の強制性交等罪とはまた違う犯罪にはなりますが、恐喝とも違います。

刑法では、被害者の不同意とかあるいは畏怖によって自分から差し出したという場合でも罪が成立します。たとえば、一週間前に脅かしておいて一週間後にお金を持ってきたのを受け取ったというのは犯罪として成立します。だけど、性犯罪においては一切そういうことは言わない。一週間前に強姦して、もう一回したら、「それだったら合意があったんじゃないの？」と逆に言われるほうですよ。

強制性交等罪とかの「同意が」という時に必ず、「だってそんなことすると冤罪が起きるから」とか、または刑法である以上は刑罰を受ける行為者の意図、その人の意思、「犯罪をやっているんだ」という意思が大事だから、相手がいいと思っていると誤解したにしても、「悪いことをしていると思っていなかったんだったら処罰できない」というような言い方をされるわけです。ですけれど、怖いと思わせておいて後でものを差し出させても犯罪は成立するんです。財産に対してはそれを全部保護しているにもかかわらず、性的自由に対しては保護がすごく薄いと言っていいと思うんです。「なんでなの？」ということなんですが、結局のところ、守る対象が財産中心であって、それから——少なくとも19世紀から——更新されていないということです。こここのところ、裁判官は今ある条文の中でしか判断できないので、これは立法の責任ということになります。

(5) 刑法特有の(?)問題

あと「刑法特有の(?)問題」としては、刑事裁判の場合、個人対国家の対立図式になります。「犯罪をやったのではないか」と個人を国が訴えて、国が勝訴したら有罪、個人が勝てば無罪となる枠組みですので、弁護士さんは弁護人として個人の人権を守るために頑張るわけです。ですので弁護士さんの自己認識としては、強大な国（検察＝公権力）を相手にか弱い個人（被告人）を守って戦っているというものになります。弁護士が

この国において創設した時以後ずっと在野法曹として考えるという自己規定なんです。在野というのは何と対立しているのかと言うと官（検事と判事）です。明治以来、検事と判事は法官、テクノクラートです。エリートの法律技術専門の官僚で官の側。その人たちに対抗して、弱い民衆個人を守るんだとずっとやってきたのです。そのこと自体はすごく意味があることで、弁護士さんのやってきた仕事はものすごくものすごく大事だし、これからもその立場でどんどん頑張ってもらわないといけない。

それはもう間違いないのですけれど、ただ、社会正義の実現には被害者たる女性個人も含まれているはずなんです。その人たちに二次加害をしない、不公平な扱いをしないということも含まれるはずなので、裁判においては、ジェンダーバイアスを利用した立証方法あるいは弁護方法が有効となることはあってはならないと思うんです。法に奉仕する者としての法曹の一体感よりも官と在野の対立の方が前面にあることが、弁護人に被害者への正義を考慮することを妨げていないか。具体的裁判の中で直していく権限を持っているのは裁判官なんです。裁判の中でやってはいけない弁論をしたら、検事にも弁護人にも「今の弁論は無効です」ということができるのは裁判官だけだし、海外だと陪審員・参審員、日本だと裁判員に対して、「今やった弁論は無効だからこれを考慮に入れないで審議をしてください」ということができるのも裁判官なのです。ですので、やはり裁判官によるバイアスの共有あるいは容認というのは、公平に裁判するには許されてはいけないことで、諸外国では研修でそれをどうにかしようとしています。日本でもそれが鍵となりうるということです。

すみません、かなり粗雑になってしまいましたけれども、今日の報告を終わらせていただきます。ご清聴ありがとうございます。