

論  
説

アメリカにおける Statutory Rape Laws をめぐる  
平等保護論争とフェミニスト法学

中村秀次

目次

- 一 Statutory Rape Laws の沿革と論点
- 二 マイケルM判決に至るまでの注意すべき判例
- 三 マイケルM判決
- 四 マイケルM判決に対する一般的評価
- 五 Statutory Rape Laws をめぐる論争の検討

## 1 Statutory Rape Laws の沿革と論点

イギリスでは、statutory rape は、初期コモン・ローに起源を有する<sup>(1)</sup>。当時、forcible rape は犯罪とされていたが、所謂 statutory rape は犯罪とされていなかった<sup>(2)</sup>。有効な同意の上で性交渉をもった場合には、女性の年齢の如何に関係なくコモン・ロー上は rape (強姦) とされることはなかった<sup>(3)</sup>。

一三世紀末葉に、イングランド議会在制定したウェストミンスター<sup>(4)</sup>の制定法の中に最初の statutory rape law が含まれていた。その制定法は、同意の有無に関係なく、一二歳未満の女性との性行為を禁止するものであった。一六世紀に、その同意有効年齢は、一二歳から一〇歳に引き下げられた<sup>(6)</sup>。その制定法は、コモン・ローの一部として合衆国に継受された。その際、背景をなす哲学も概ね一緒に移入された。それは、法定年齢未満の女性は、性的行為というものの性質・内容を理解できないので、同意能力がないものとして保護されねばならない、というものであった<sup>(7)</sup>。継受当初一〇歳であった同意年齢は、個別の州によって徐々に引き上げられ、概して一八歳程度、更には二二歳に定められる所もあった<sup>(8)</sup>。若干の州では、その制定法に手を加えて、年齢を段階的に分けて、犯罪と刑罰の重さに変化をもたせたりした<sup>(9)</sup>。

この同意年齢の引き上げというものは、一般には年少の女性を男性の性的搾取・酷使から保護するものであり、若い女性の貞操を保護するものである、と考えられていたが、既に一九世紀の段階でも幾分錯綜した立場の交錯は存在していた。特に、「フェミニスト」は複雑な立場を表現することになった。例えば、一八八五年に同意年齢を一三歳から一六歳に引き上げる法案をめぐる論議の中に示されている<sup>(10)</sup>。

「ラディカル・フェミニスト」の一派は、強く法案を支持し、それに男性の性的攻撃批判並びに男性中心社会の性道徳二重規準批判の意味を担わせた。<sup>(11)</sup> この一派は、上院で、上流社会と下層社会の二重道徳規準を公然と支持する貴族の一群と対立した。この一群は、下層階級の若い女性が自分達にとって性的に自由な交流相手であり続けることを望んだもののようにであった。この両極の対立場面に幾つかの要因が加わって、法案をめぐる論議を複雑なものにした。一方では、厳格なモラリストも、性道徳の矯正を求めて、同意年齢の引き上げを支持したことであった。法案を支持するフェミニストは、性的自由の抑圧・規制を目論むようなモラリストの立場に同調するものではなかったはずである。因みに、フェミニズム運動というものも、国家的規制に対して売春女性を擁護することを出発点とした、と言われる。<sup>(12)</sup> 売春女性を抑圧・規制しようとする動きは、全女性に対して向けられる一般的な敵意の縮図に外ならない、とフェミニストは考えていたのだから。これらのフェミニストは、烈しく売春批判を展開した。売春批判と売春女性の汚名化、抑圧・規制とは違う、という認識に立つものである。他方では、リベラリストの中から法案に反対する見解が示されたことである。この人々は、同意年齢の引き上げによって、一定年齢層の若い女性の性的選択の自由が阻害されることになるので、その性的自由を保護する、という意図で法案に反対したのであった。これに対して、先のフェミニストは、その性的自由とはその社会状況の下では実際には主として男性のために搾取される自由を外ならぬ、という考え方に立った。<sup>(13)</sup> こうして、一九世紀イングランドにおいて、statutory rape law の適用拡張問題に関して、「ラディカル」・フェミニストと保守的モラリストは、同調的であった。

合衆国のフェミニストも、一九世紀において、男性の性的攻撃を容認する主張に対してイングランドのそれと同様の立場に立たされた。アメリカにおいては、保守的・抑圧的な売春反対の風潮が英国の場合よりも一層強力であり、社会の性的墮落の教化・矯正運動が支配的であった。それがフェミニストの権利拡張要求と協調関係をとることにな

説 <sup>(14)</sup> った。一九世紀アメリカのフェミニストは、時には、性に関して公の議論を組織することができたし、男性の性的地位に対する女性の怒りを喚起することもあった。併し、一般的に受容されるような性的行為の規準を設定するために

必要な社会的・政治的な力を糾合することはできなかった。そして、当時の社会状況の下で、女性の怒りは、男性の

悪徳、男性社会の性的悪習等に反対する抑圧的浄化運動といったものに変成されることになった。そのような運動は、本来のフェミニズムの目標・価値とは馴染まないものであろうが。

二〇世紀中葉になると、性の問題に関心をもつ人々の意識は、性に対する国家的規制・取締の問題性に向けられるようになった。一九世紀の関心が、男性主導型社会様式に向けられていたのが、方向を変えた、とも見られようか。<sup>(15)</sup>

兎も角、二〇世紀における女性の権利擁護者は、性的なもの社会統制といわれる事柄の実態は、女性に対する社会統制に外ならない、と受けとめた。statutory rape law <sup>(16)</sup> もそのような理解の下に批判されることになった。同法は、

その頃まで性に基づいて(男性加害者・女性被害者)構成されたものであった。男性と女性の能力について、通俗的なステレオタイプに便乗し、或いはそのような俗念を温存させることになる、と批判された。又、若い男性は、年長の女性と自立的な性交渉をもつ自由を認められるのに、若い女性は、同年代及び年長の男性との自由な性交渉を行うことが禁止され、その性的自立が抑制されることになる、と批判されることになった。他方で、憲法上の平等保護条項に基づく批判があった。このような事態の下で、殆どの州は、statutory rape law を改正して、「ジエンダー中立」の法にした。又、多くの州は、十代の少年少女の間で行われる性行為を非犯罪化することになった。結局、このように改正されたジエンダー中立法というものは、凡そ被害者より実質的に年長の者による性的搾取・酷使、或いは若者に対して様々の公式的権威を行使する者による性的強要・酷使から少女及び少年の双方を保護することになる。<sup>(17)</sup>

さて、所謂ジエンダーに基づく法定強姦法の典型的なものは、カリフォルニアの制定法である。ここでは、妻以外<sup>(18)</sup>

の一八歳未満の女性との性行為がすべて処罰される。<sup>(19)</sup>

フェミニストは、一般的に、このような制定法は、実際面とイデオロギー面（人々の觀念に一定の効果を及ぼすという局面）との両面で女性にとって有害である、と非難する。第一に、実際面（制度的側面）としてジェンダー差別的法定強姦法は、若い女性の私的生活面への不当な干渉であり、その行動の自由に対する抑圧的制約である。所謂権利分析論の言い方では、法定強姦法は、女性のプライバシーの権利を侵害すると共に、男性と同様に性的に自由であるべき権利を侵害する、ということになる。<sup>(20)</sup>

第二に、イデオロギー面の批判は、以下のようなものである。ジェンダーに基づく法定強姦法は、男性は攻撃的・能動的女性は受動的・受動的である、という性的ステレオタイプを強化・温存する。同法は、所謂性道德の二重規準というものを経統化することになる。男性にとって、性行為は達成であり、何ものかを獲得することであるが、女性にとって、性行為は何ものかの断念に相当する。男性の性的達成の神話が実在するためには、女性は、屈従するものでなければならぬ。二重規準の下では、女性は、貞淑さが保護に値する処女と罰を受けずに搾取されうる売春婦とに二分される、と。

若い女性は、通常強姦 (Torchie rape) 及び近親相姦を処罰する法による保護以上の保護を必要とするのではないか、との主張に対しても、一般的にフェミニストは、男性と女性とは等しく保護されるべきである、同法は、女性を男性より弱いものとして取り扱うことで女性に汚名をきせることになる、と論じた。これら両面は、相互補強的に関連し合うことが認められる。ジェンダーに基づく法定強姦法は、若い女性が貞淑であることを要求し、性的に自立性を欠くものとして取り扱う。そのような女性観は、国家的干渉の根拠を提供し、女性の自立を損なうようなステレオタイプを温存し、強化しさえする。若い男性は、法の保護を必要としない自立性を認められる。国家は、若い女性のも

説  
つ価値的なもののためにその自由を制約するのである。即ち、若い女性の性的なものをそれ自体として価値あるもの、防護されねばならないものとして取り扱う。こうして、女性の身体を、女性自身を客体として取り扱うことになる、<sup>(21)</sup> 論  
といった批判が烈しく展開されてきた。

## 二一 マイケルM判決に至るまでの注意すべき判例

(一) 裁判実務では、statutory rape law をめぐる論議はどのように展開されたであろうか。女性のみを保護客体とする法定強姦法が裁判所によって無効と判断されたものとしては、マイケルM判決以前に三つの判決が注目される。メローン判決<sup>(22)</sup>、ヒックス判決及びナベド判決<sup>(23)</sup>である。

ところで、歴史的にみると、法定強姦法の趣旨は、女性は男性に較べて知的能力において劣り、従って保護と道徳的指導を必要とする、ということであった。<sup>(25)</sup> 多分、最もよく主張されたのは、世慣れしていない若い女性の貞淑さと徳性を保護する、ということであったろう。併し、歴史を相当遡っても、女性の福利ということは、その貞淑さを保持するについて第一に考慮される事柄ではなかったのではないか、と思われる。というのも、古代においては、女性の法的地位は、動産と同一のものであったし、"statutory rape" は、第一次的には財産犯であった、と認められるからである。貞淑な若い女性は、結婚に当っては売り買ひされるといふ形をとるものであるから、そこで重大な罪とされる内実は、若い女性からその貞淑さを奪う男性は、その父親から結婚の対価物を奪うことになる、<sup>(26)</sup> ということである。

今日、ジェンダーに基づく法定強姦法を擁護する者は、概して二つの根拠をあげる。一つは、比較的に新しいもの

であり、十代の女性の婚姻外妊娠を予防するという目的の下に合理化される、というものである。<sup>(27)</sup> 今一つは、特に若い女性は、身体傷害及び感情的被害を受け易いから、というものである。身体傷害とは、未だ十分に発達していない女性器官に対するもので、感情的被害とは、学齢期に未婚の母親である、ということの社会的汚名からもたらされる、と言われる。<sup>(28)</sup> 又、男性の直面することのないような種々の不利益その他を受け易いことも主張された。<sup>(29)</sup>

評釈家は、このような理由づけには懐疑であることが多い。<sup>(30)</sup> 十代の未婚女性の妊娠予防目的というものは、近年になって苦し紛れに申し立てられた、という印象が強い。

さて、立法機関による法改正の場合を除いて、裁判所で平等保護条項に依って、ジェンダーに基づく法定強姦法を無効と申し立てた事案の大多数は、退けられてきた。<sup>(31)</sup> 州の裁判所では、所謂法定強姦法が無効と宣言されたことはなかったようである。<sup>(32)</sup> 連邦控訴裁判所段階では三つあった。

(一) 最初は、第一巡回のメローン判決<sup>(33)</sup>であった。当裁判所は、問題のニュー・ハンブシャーの制定法<sup>(34)</sup>を評価するに当って、法定強姦法に対して所謂合理的基礎基準を適用するというそれまでの伝統を破り、所謂中間審査基準を採用した。<sup>(35)</sup> メローンは、一九七四年に法定強姦の罪で起訴され、有罪を宣告された。平等保護条項違反を主張して上訴したが、ニュー・ハンブシャー最高裁によって退けられた。<sup>(36)</sup> ここでは、制定法の男女区別は、合理的なものである、と決定された。その際、如何なる審査基準が用いられたかは不分明である。裁判所は、女性には妊娠の潜在的可能性があること、年長の女性が未成年男性を誘惑して有害な結果をもたらすことは極めて偶然的事であることから、男性のみの処罰は正当化される、と説教しただけであった。<sup>(37)</sup>

一九七七年に、メローンは、連邦地裁に人身保護請求を行った。連邦地裁は、当該制定法は平等保護条項に違反する、として請求を認めた。<sup>(38)</sup> 連邦控訴裁判所も、一五歳未満の女性と同意の上で性行為を行う男性を重罪に問い、一五

説  
歳未満の男性と通常の性行為を行う女性を罪に問わない制定法は平等保護条項に違反する、とした。その際、審査基準としては、人種差別に対して適用される所謂厳格審査基準<sup>(39)</sup>は必要でないが、合理性基準よりも厳しく、しかも適用に当っては、対象が刑法法規であるから特別の注意を加えなくてはならない<sup>(40)</sup>。制定法の立法目的と男女差別との間に「公正且つ実体的関係」の存在が立証されねばならない<sup>(41)</sup>とした。

州当局は、若い女性を性的酷使から保護するという一般的立法目的のため、四つの理由を主張した。第一に、一五歳未満の男性の一部、前思春期の者は、生理学上同意性交罪の被害者となりえないので、男性被害者群は女性被害者群より小さいこと。第二に、成人男性には幼児愛 (pedophilia) 等として知られた心の障害が認められるので、成人女性よりも罪を犯す傾向が強く、従って潜在的犯罪者集団は男性の方が大きいこと。第三に、若い女性は、性行為から身体傷害を受ける危険性が高いこと。第四に、女性のみが妊娠の可能性にさらされること。裁判所は、第一、第二の理由は立法の一般目的と整合しないし、その前提そのものに重大な疑問がある、とする。先ず、男性器は没入 (penetration) であれば如何に軽度のものでもよい、と解釈されているから、被害者集団の数の開きは理由がない。次に、仮に男性に幼児愛と称される心の障害に苦しむ者がいるとしても、その比率については何の証拠も提出されていないし、成人女性の中にその種の症状に悩む者がいないかどうかについても同じである<sup>(42)</sup>。と。第三の理由について、身体傷害とは、結局端的に性行為から女性集団のみが被るような或る種の潜在的傷害がある、ということに帰するが、それが本当だとすると、不必要に処罰の範囲を拡張してしまふ。例えば一六歳男性と一四歳女性の場合、身体的危険の蓋然性は殆どないし、大人対子供の場合についてさえ、どれほどの一般性をもつか、何の証拠も示されていない<sup>(43)</sup>とした。第四の理由について、裁判所は、妊娠予防原理については特に用心しなくてはならない、とした上で、それが若干の立法の根拠たりうることは是認しつつも、本罪の場合この理由づけは、後からのこじつけにすぎず、何ら実



体的な証拠が提供されていない、とした。<sup>(45)</sup>

メロン判決が統治目的と男女差別との間の実体的関係の明認を求めたことは評価されるが、若干証拠ということに形式的にこだわりのすぎた、という印象が残らないではない。この時には既にニュー・ハンプシャーの法は、ジュンダー<sup>(46)</sup>に改められ、年齢も一三歳に設定されていた。

併し、二年後に第一巡回連邦控訴裁判所は、ランドレット事件において、メロン判決の意味内容を狭めることになった。<sup>(47)</sup>ランドレットは Junior high school の教師であった。一九七五年から翌年初めにかけて一四歳未満のその生徒と三回性交渉をもった、として起訴され、メイン州の裁判所で有罪の言渡を受けた。連邦地裁での人身保護請求も退けられて、上訴したものであった。メイン州の問題の制定法は、次のような内容のものであった。一四歳以上の女性を暴力その他その意思に反して姦淫した者、或いは一四歳未満の女性を姦淫した者は、自由刑に処せられる。<sup>(48)</sup>と。判決意見は Devine 判事によって書かれた。審査基準は、メロン判決と同じく中間審査基準であった。<sup>(49)</sup>本件では、メロン事件と違って、若い女性の身体傷害の蓋然性と妊娠予防目的を支持する立法史と若干の資料(統計的・医学的証拠)が提出され、それは先の審査基準を満たす、と決定された。医学文献を援用し、女性の初潮・性的成熟は、この一世紀の間に早まって、大体一三歳か一四歳であり、一四歳未満の女性に対する性行為の身体傷害の蓋然性は高い、と推断し、ニュー・ハンプシャーの場合は一五歳、メインの場合は一四歳であるから、その点でも立法目的により適う、とした。<sup>(50)</sup>そして、なお不安が残ったのか、若い男性がたとえ如何なる心的傷害を被らうとも、若い女性の被る身体傷害の程度に較べれば取るに足りないので、男性のみの処罰が正当化される、と付け加えた。<sup>(51)</sup>Campbell 判事は、賛成(補足)意見を書いて、特に女性の妊娠の問題を重視した。女性だけが妊娠しうるといふ事実、男性と違って女性性は、性行為の結果を免れることは困難である、という事実注目するのは合理的であって、この妊娠ということが

若い女性の保護目的を正当化する、と主張した。<sup>(52)</sup> *Bowman* 判事は反対意見を書いた。多数意見は、州当局が兎も角何らかの統計的及び医学的証拠を提供した、という事実で過大な信頼を置いてしまった、と苦言を述べる。そして、メロン判決の内容は聊かも変更される理由はないとして、補足意見の非難する歴史的解釈を展開した。以前一般に受け入れられてはいたが、決して立証されない神話—女性は、あらゆる点で男性より劣っており、男性によって保護され、男性の攻撃から守られねばならない—を助長していた一九世紀思想まで後退しようとは思わない、<sup>(53)</sup>と。自由主義的な権利分析、平等保護論を展開したものであった。

(三) ヒックス事件<sup>(54)</sup>において、第九巡回連邦控訴裁判所は、法定年齢未満の女性と性行為を行う男性を処罰する二つの連邦制定法条項の合憲性を判断することになった。<sup>(55)</sup>

被告人ら (*Hicks* と *Davis*) は、それらの制定法は同意の上での異性交渉に對して男性のみを処罰しているが故に、憲法修正第五条の平等保護条項を侵害するものである、と主張した。<sup>(56)</sup> 訴追側は、意欲されない妊娠の防止及び未成年女性の保護という目的によってその制定法の性差別が正当化される、と主張した。<sup>(57)</sup> 併し、その主張を支持すべき証拠は提出されなかった。公判裁判所は、被告人らの主張を認めた。控訴裁判所は、*Craig* 判決<sup>(58)</sup> の中間審査基準に依拠し、制定法の目的と男女差別との間の実体的関連性を示す負担は訴追側にあるのに、その責任は果たされなかった、と判断した。男性のみを処罰することによって、その法の目的が実質的に達せられる、という証拠は提出されなかった。男性は、性的接触を惹起したことに對して、必然的に女性より大きな責任がある、という証拠は提出されなかった。女性を処罰すること、或いは男女共に処罰することよりも男性のみを処罰することが何故に十代の妊娠をより効果的に抑止することになるのか、を説明する証拠は提出されなかった。一六歳未満の女性と任意の年齢の男性との間の性的接触において、何故に女性が常に被害者となり、或いは身体傷害を被り易いのか、を示す証拠は提出されな

った<sup>(60)</sup>、と。こうして、制定法の当該条項は憲法修正第五条の適正手続条項に違反する<sup>(61)</sup>、とした。この判決は、中間審査基準の二要素（重要な統治目的適合性、当該目的と差別手段との実体的関係性）を厳密に判断したものととして評価される<sup>(62)</sup>。

(四) 第八巡回連邦控訴裁判所は、Naweco 事件<sup>(63)</sup>でアイオワの法定強姦法の合憲性を審査した。被告人は、二五歳以上の男性であるが、一六歳の女性と性交渉をもったことで有罪決定された<sup>(64)</sup>。被告人の上訴は、州の控訴審・上告審でも退けられた。その後、被告人は、連邦地裁に人身保護令状による救済を求めた。連邦地裁は、男女不平等処遇は中間審査基準の下で正当化される、と判断した。同法のジェンダー差別は、重要な統治目的に実体的に関連づけられるからである、と。その目的として、妊娠の防止、性行為による身体傷害の防止、年長男性との性行為によって惹起される感情的損傷の防止、の三つをあげた<sup>(65)</sup>。連邦控訴裁判所は、ヒックス判決及びメロン判決に依拠して、問題の制定法は平等保護条項に違反する、と判断した。本件において、二五歳以上の男性との性交渉が一六歳の女性に対して及ぼす身体傷害の頻度並びに重さを示す証拠は提供されなかった。同じく、感情的傷痕の頻度と重さを論証する証拠も提供されなかった。又、若い女性は、若い男性との性交渉によってよりも、年長男性との性交渉によってより感情的傷害を被るであろう、ということを示す証拠も供されなかった。妊娠の防止についても、それが制定法の重要目的である、ということを示すための立法史、その他統計上、医学上の証拠は提供されなかった<sup>(66)</sup>、と。

(五) マイケルM事件が連邦最高裁判所に係属論議されている時に言い渡された興味ある判決（ニュー・ヨーク州最高裁の *Whitden* 判決）を見ておこう。これは、多数意見五対反対意見二に分かれているのである<sup>(67)</sup>。被告人は、所謂法定強姦の一種である第三級強姦（third degree rape）で有罪決定され、控訴も棄却されてきた<sup>(68)</sup>。被告人は、ニュー・ヨーク刑法当該条項は、男性に対して不法な差別を設けるものである、と主張した。ニュー・ヨーク刑法に依れば、一八歳以上の男性が一四歳未満の女性と性行為を行った場合には、第二級強姦の罪に問われ、二一歳以上の男性が一七歳未

満の女性と性行為を行った場合には、第三級強姦の罪に問われる。<sup>(68)</sup>

## 論

多数意見は、ジェンダー差別が存在していることを認め、中間審査基準を承認しつつ、それを大幅に弛緩させてもよい、と結論づけることになった。訴追側の主張する第一の根拠—情緒的に未熟な女性に対する心理的傷害の防止—については、適切でないとして退けた。それは、法定年齢未満の女性は男性より情緒的侵害にさらされ易い、という根拠のない仮定に依拠しており、そのような前提は古色蒼然たる性的ステレオタイプに依存しているのは明白である<sup>(71)</sup>とした。第二の、若い女性の身体傷害の防止という主張は、是認されたようである。第三の、妊娠防止目的は、積極的に受け入れられた。妊娠に因わる若い女性特有の傷つき易さは経験的論証を要しない自明のことであって、当該制定法は、未成熟の親のもたらす重大な社会経済的、心理的結果を予防する、という重要な統治目的に実体的に関連づけられる<sup>(72)</sup>、と。更に、多数意見は、訴追側に厳格な実体的関連性の証拠提出を要求するメローン判決に対して、それは無分別であり、危険なことである、と攻撃する。第一に、立法史の探究に熱中するのは全く粗雑な考え方である。第二に、普遍的に健全な基礎について、その歴史的由来を物語ることを求めるのは非論理的である、とする。結局多数意見は、当該制定法は、反駁の余地のない、説得的且つ合憲的な正当化根拠によって支持されている、と高唱するのみで、中間審査基準の最も肝要の実体的関連性の証拠立てというものを無視乃至回避した。そして、その動機は、「司法権の限界の健全な認知<sup>(73)</sup>」という耳当りのよい通念的文言で曖昧にぼかされている。

反対意見は、Meyer 判事によって書かれた。先ず、多数意見によるメローン判決の曲解的方策を正して、論点は、当該制定法の明白な立法史が存在するかどうかではなく、主張される目的と採用された手段との間に適切な関係があるかどうかである<sup>(74)</sup>、とする。反対意見も Craig v. Boren<sup>(75)</sup> 及び Califano v. Webster<sup>(76)</sup> の中間審査基準を念頭におくが、その理解の仕方には著しい隔たりがある。出発点は、実効的資料なしには実体的関係は見出せない、ということ

である。一七歳未満の女性の被る身体的、心理的傷害は、その相手方男性の被る害よりも大きい、と言われるかもしれないが、子供と性的関係を結ぼうとする大人の「非常軌的」欲求は、男性に特有のものではないし、専ら女兒に向けられる、というものでもない。<sup>(77)</sup> 信頼できる統計的資料が欠けているので、心理的侵害か身体傷害か何れかに対する関係が、その男女差別を支持するに十分に実体的であることが論証された、と結論づけることはできない。そのような中で肯認するのは、実際には、異性の大人と同意性交渉に入ろうとする自らの性向から女兒は保護される必要があるが、男児は保護の必要がない、という道徳的見解を擁護することに外ならない。併し、道徳的乃至神学的価値を法強制の媒体として利用することは刑法の機能ではない、<sup>(78)</sup> と。妊娠予防目的についても同様に推論され、退けられる。若い女性と十代男性との間の性関係からよりも若い女性と年長男性との間の性関係からの方が十代の妊娠を惹起する可能性が実質的に大きい、ということを示すような資料は示されていない。限られた年長男性にのみ重罪刑を加えることが「実体的関係性」の要件を満たす、という考え方を維持することはできない。そのような論証は必要でない、との多数意見の仮定こそは、道徳的見解を表明するものである、<sup>(79)</sup> と。これは、偽善・欺瞞を認容しない実証的立場として、相当地に評価される。

(六) 最高裁のマイケル M 判決に至る背景的事情をここにまとめておこう。<sup>(80)</sup> 連邦最高裁は、平等保護事件に対して伝統的に二つの異なった基準を適用してきた。簡単に言えば、経済立法及び社会立法の領域では、所謂合理的基礎基準を用いてきた。そこでは、立法府の決定に最大限の敬意が払われることになる。この基準の下で提起される問題は、端的に憲法上許容可能な立法目的とその目的達成のために選択された手段との間に合理的関係が存在するかどうか、ということである。<sup>(81)</sup> 合理的基礎基準が適用されるとき、当該差別が何ら合理的基礎に依拠するものではなく、基本的に恣意的なものである、ということを立て証する負担は、その法に異議を唱える者が負わねばならない。<sup>(82)</sup> 厳格審査基準は、

説  
立法府の決定に対する表敬の度合いがはるかに少ないものである。その適用領域は、基本的権利に負担を加える立法、或いは人種その他少数集団に偏見を醸成するような立法である。この基準の下では、訴追側は、当該差別が「緊要な国家利益」を補強するために必要である、ということを示さねばならない。<sup>(83)</sup> 厳格審査を生きのびる制定法は希である。<sup>(84)</sup> 論

ジェンダーに基づく法定強姦法が明確に厳格審査を受けたことはなかった、<sup>(85)</sup> と言えよう。それは、最近まで一般的に合理的基礎基準の下で評価され、支持されてきた。最高裁は、一九七〇年代初頭の諸判決、*Reed v. Reed* <sup>(86)</sup> 及び *Fiero v. Richardson* <sup>(87)</sup> において、ジェンダーに基づく差別法は、合理的基礎基準よりも厳しいが、厳格審査基準よりは幾分緩やかな基準によって審査されることを告知した。最高裁は、ジェンダー差別法として最初の刑事事件である *Craig v. Boren* <sup>(88)</sup> において、所謂中間審査基準が適用されることを明らかにした。<sup>(89)</sup> この基準がジェンダーに基づく法定強姦法に適用されたのは、先の *Molton* 判決が最初であった。<sup>(90)</sup> 最高裁は、*Craig* 判決以来大体その基準に従ってきた、とも言われる。その所謂二項基準を満足させるべき責任は、差別を立てようとする側に負わされる。二項と  
いうのは、単に当該制定法が「重要な統治目的」の達成のために制定されている、ということを示すだけでは足りず、更に、その目的達成のために採用された差別的措置がその目的の達成に実体的に因連つけられる、という証拠が示されねばならない、ということである。<sup>(91)</sup>

### 三 マイケル M 判決<sup>(92)</sup>

(一) カリフォルニア最高裁判所の判決

カリフォルニア最高裁判所は、四対三でカリフォルニアの法定強姦法の合憲性を肯定した。<sup>(93)</sup> 事件当時、被告人マイ

ケルは一七歳、所謂被害者シャロンは一六歳であつた。その夕刻、シャロンと姉(二二歳)は、ウィスキーをコーラで割って飲みながらバス停へ向う途中で、マイケル等三人の男性と出会つた。姉妹は、マイケル等の、酒でも飲まないか、との誘いを背って一緒に歩き出した。鉄道沿線の茂みでシャロンとマイケルは、半時間程キスしたり、戯れ合つた。姉は、他の一人の少年と立ち去つた。シャロンは、第三の少年と暫くキスし合っていたが、その少年も立ち去つた。その後、シャロンとマイケルは公園へ行き、ベンチで戯れ合つた。マイケルは、シャロンにパンツを脱ぐように言つた。シャロンが最初否定した際、マイケルは二度叩いた、と言われている。シャロンは、それから「忘れて」と言つて、彼に身を任せる決心をした、と証言している。その後二人は性交した。<sup>(94)</sup> 被告人は、カリフォルニア刑法二六一・五は<sup>(95)</sup>平等保護条項に違反する、と主張した。公判裁判所及び控訴裁判所で退けられ、上訴した。

カリフォルニア州最高裁の多数意見は、問題の法条が性に基づく差別を行っていることは認められたが、この差別は、州の重大な利害関心によって正当化される、とした。それは、単なる社会的因襲によって支えられているのではなく、妊娠できるのは女性のみである、という不易の生理学的事実によって支えられている。不道法な十代の妊娠のもたらす悲劇的な人的浪費、及びそれと一体となつたこの不変の物理法則こそが、その荒唐の結果を最小限に抑えるという緊要な州の関心を生み出す<sup>(96)</sup>。と。その審査基準について、多数意見は、先に用いたことのある「厳格審査基準」を用いる、と述べている。それによれば、法を正当化する緊要な利益の存在、その法の目的を達するために当該の差別手段が必要であること、の二点を立証する負担は訴追側にある、と説明されている。連邦最高裁多数意見は、これを単純に厳格審査基準として受けとめて<sup>(97)</sup>いるが、それは想像上のことにすぎない、と解釈するのが合理的であろう。結果的に見ると、中間審査基準の弛緩した適用に外ならない。さて、多数意見は若干の証拠を援用してはいる。一九七一年と一九七六年の間に、カリフォルニアで一五歳未満の女性から生れた四八六〇人の子供の八割強は婚姻外であつ

説 たこと。同期に一五歳から一七歳までの女性から生れた一一二六八二人の子供の五割は婚姻外の子であったこと。同

論 期の十代の母親の全出産の平均四割弱が婚姻外の子であったこと。対照的に、同期の全女性の出産のうち婚姻外の子

は約一割五分であったこと。十代の母親の出産の医学的危険性が高いこと。一八歳未満の母親の学業未了率が高いこと。こうして、十代の未婚女性に及ぼす妊娠の侵害的影響力は実質的であり、深刻であり、身体的、精神的、情緒的に重大な傷痕を生ぜしめることは十分ありうることであり、これに対して刑事制裁をもって対処することは立法者の責務に属する、とする。<sup>(98)</sup> 男性のみを処罰するのはどうか、との問いに対しては、妊娠を生理学的に惹起しうるものは男性のみであるから、立法者が男性に対してのみ刑事制裁を加えることも、その裁量権の範囲内にある。女性は、

男性には及ばない妊娠にまつわる様々の危険を直接に負うものであるから、刑事制裁で抑止しないことも立法者の大権に属する。<sup>(99)</sup> とする。年少男性の保護、年長女性の処罰については、男女を問わず、すべての未成年者は二七二条の性的酷使禁止条項で保護されうる、とするが、結局、立法者の判断でどうにでもなる、と主張しているふうである。

Mock 判事は、反対意見で時代の象徴的な流れに密着する論理を展開した。多数意見は、女性は弱く、劣っており、保護の必要がある、という暗黙の前提に依拠しているが、それに賛同することはできない。女性が平等へ向って著しい進歩をとげてきた社会においては、その考え方は時代錯誤である。ヴィクトリア時代の後、見症候群は、あらゆる職域において女性がその本領を発揮する新時代のあり方に席を譲ってきた。このような時代的狀況にあっては、カリフォルニア刑法二六一・五は平等保護の保障に抵触する。<sup>(100)</sup> と。反対意見は、次のように問題を立てる。多数意見は、女性のみが妊娠し、子供を産むことができる、という自明な事柄を復唱するばかりである。併し、性差別の分析に当たっては、その外観によって誤り導かれてはならない。判断すべきことは、制定法を支持するために主張される正当化理由がその現実目的と同一視されてよいか、それともその差別は、実際にはやはり伝統的な性的ステレオタイプの所産



であつて、平等保護条項に抵触するものなのか、ということである<sup>(10)</sup>。そして、訴追者も、多数意見も、妊娠予防目的が現実の制定法の目的である、ということを示す説得的な論拠を提示してはいないし、制定法の歴史を見ても、同法の文言を見ても、後の結論に導かれる外はない、とする。制定当初のカリフォルニアの法定強姦法は、十歳未満の女性と性交渉をもつ一四歳以上の者を可罰的としていたが、九歳以下の女性が妊娠する機会は、その生理的未成熟を考慮すれば、基本的に零に近いことは周知の事実である。時間の進行と共に、四年、二年、また二年と順次年齢が引き上げられたことで、カリフォルニア女性の思春期年齢も一〇歳から一八歳に高まった、との主張は信じられるものではない。多数意見の理論にとつて、九歳が低すぎるように一八歳は高すぎるのであつて、結局当該制定法は立法史的に見ても妊娠予防という根拠づけには適合しえない<sup>(11)</sup>、と。これまでの裁判所の理解もそうである。妊娠が生物学的に可能な年齢にまで同意年齢が引き上げられた後でさえ、カリフォルニアの裁判所は、依然として同法の目的は若い純真な女性の徳性を侵害から守ることによつて社会を保護することである、と述べてきた<sup>(12)</sup>。同意年齢が一八歳に引き上げられた後も、若い女性の徳性を守る、という同一目的が反復認知されてきた。法文の文章も、その歴史的理解の仕方と一致する。同法条は、妊娠の危険を生み出す性交渉という見地からは書かれていない<sup>(13)</sup>。仮に一步譲つて、妊娠予防が現実目的であるとしても、そのために男性のみが処罰される、という措置はやはり憲法上の審査を通過することはできない、とする。妊娠の危険を生み出す行為は、男女が参加する相互的行為なのである。同一の危険行為に対して男性のみを処罰することがどうしても必要であり、それで十分である、という正当根拠は提供されなかったが故に、その制定法はむしろ包括性が足りず、許容されないことになるはずだ<sup>(14)</sup>、と。女性は、妊娠そのもののもたらす苦痛及び社会的非難によつて抑止される、との主張に対しては、単に法制度の外にある事由から追加的制裁を被りうる、という理由から責任が軽いというようなことは、司法制度として認められない<sup>(15)</sup>、とする。女性は、二七二条ないし二

説 八八条の性中立的条文で処罰されるから不都合はない、との主張に対しては、それらの制定法がジエンダー中立的であるという事実は、それ以外の類似の法条に性差別立法を作る大権を立法者に与えるものではない、と批判する。女性をも処罰すれば、女性側の訴えが減少して訴追・立証に困難を来す、との主張に対しては、女性の証言のみが唯一の証拠源でもないし、検事裁量で女性側の事情を考慮する途もある<sup>(18)</sup>、と反論する。多くの州での性中立法定強姦法への移行は、司法の決定によってではなく、立法措置によって達せられた、との多数意見の強調の仕方、むしろ明白な事実を罵ることに外ならない、とする。立法的改革がそのように大規模に起こってきたという事実は、それ自体として有意義なことである。即ち、それらの州では、本件のような未成年女性も未成年男性と等しく処罰されうであらうし、ジエンダー差別法の目的と言われるものは、ジエンダー中立法によっても同様に効果的に達せられうる、との信念が多くの州の態度によって例証されているからである、と。

Moss 判事は、最後にステレオタイプ批判、イデオロギー批判を展開する。当該制定法は、多数意見が言うように、両性共に性的交渉に同意できる、と仮定するが、併し、女性は、そうすべき権利を否定される。それ故に、仮に制定法の目的が妊娠予防にあったとしても、それが實際的に結果するものは、古色蒼然たるステレオタイプ、即ち法定年齢未満の女性は、極めて無垢且つ純朴であるので自分の行為の意味内容を理解できない、という観念を温存させることである。問題の条項の下では、法定年齢未満の女性は、女性であるが故に固有にその男性当事者よりも事実を認識したり、自分の感情を統制したり、損失と利益を衡量したり、知的選択をする能力が劣り、自分の行動に対して責任が軽い、と見做される。こうして、カリフォルニアの法定強姦法は、法定年齢未満の女性は、単に男性に対してのみならず、性の問題について、自分自身の任意ではあるが無分別と推定される自己決定に対しても、特別に保護される必要がある程の存在なのである、との信念を反映する。そのような観念は、過去の時代の遺物であり、男性優位の神話

として暴露されたものの残滓である。それらは、因襲的な性的ステレオタイプの所産であり、女の役割についての時代遅れの教会訓話的見地の再来である。確かに、両性の未成年者の道徳的資質を保護するため、特に成熟した年長者による性的酷使から守るために制定法を作るとは許容されうることである。併し、その場合にも、特に緊要な理由もなしに、男性と女性とで社会的に受容可能な行為基準を異ならしめることは、平等保護原理によって禁止される。平等保護条項にとって中心的なのは、人は、性の如何に関係なく、平等な、十分に資格のある、有責な社会の構成員として取り扱われるべきである、という原理である。立法的差別は、性的ステレオタイプを温存させるとき、女性に汚名をきせ、それによって、市民平等の原理の根を掘り崩すことになる。と。

(二) 連邦最高裁判所は、五対四でカリフォルニアの法定強姦罪の合憲性を認めた。「多数意見」は、レーンキスト判事によって書かれた。パーガー長官、ポーウエル判事は、それに賛同した。スチューワート判事は、それに同調すると共に、個別の賛成意見を書いた。ブラックマン判事は、個別に賛成意見を書いた。ブレナン判事とステイヴンズ判事は、夫々個別に反対意見を書いた。ホワイト判事とマーシャル判事は、ブレナン判事の反対意見に賛同した。

レーンキスト判事の多数意見は、審査基準については不分明ながら、*Reasonable* 判決及び *Quintanilla* 判決に依拠する、という体裁をとってはいる。平等保護条項についての認識理解も、制定法はすべての者に等しく適用される必然性はなく、實際上相違する者には法律上も相違する取り扱いをしてもよい、という「包括処理的、棄却的」方向で考えられている。多数意見は、この場合州の立法・司法権能に対する最大の尊重を表明する。州当局によって提供され、州最高裁によって受け入れられた制定法の正当化理由、違法な十代の妊娠防止の目的が直ちに是認される。その目的は、どのような手続で正当化されるか。多数意見は、幾つかの統計を援用してはいる。十代の妊娠は、過去二〇年に亘って劇的に増大した。その事態は、母子にとって重大な社会経済的及び医学的問題を生み出す。十代の妊娠の約半数は墮胎

に終る。<sup>(10)</sup>このように不適法に生れた子供は、恐らく州の監護・援助を必要とすることになるから、不適法な十代の妊娠予防は州にとって重大な関心事である、と結論している。合意の上での同一行為に対して男性のみが処罰される根拠に関しては、性行為から生ずる危険の違いによって正当化できる、とする。女性だけが妊娠しうるものであり、女性性は性的活動から身体的、心理的、情緒的に深刻な影響を被るものである。この自然的状況は、男性と較べて女性に不釣合いに大きな負担となる。殊に十代の妊娠のもたらす有害な結果は、不可避的に女性に降りかかる、という事実に着目して、立法者が、その同一行為から殆ど苦痛を味うことのない当事者のみを選んで刑事制裁に服させることは、相当なことである。妊娠自体の危険が若い女性に対して実体的な抑止力を及ぼす。男性には、同様の自然的制裁が抑止力をもたない。男性のみを刑事制裁に服させることは、むしろ両性間で抑止物を平等化するのに役立つ、と。これによって男女差別と妊娠予防目的とは関連づけられたことになる、と結論する。<sup>(11)</sup>ジェンダー中立法と何れが効果的であるかについて、多数意見は、ジェンダー中立法の下では女性も訴追されることになるので、女性がその犯罪事実を告知し、協力することが期待薄となり、法強制に支障を来す、との訴追側の主張を是認する。但、反対意見の強力な批判を若干考慮して、目的・手段の関連性に不透明、不分明なものは残らざるをえない、と告白しつつ、そのように制定法の効果に関する見込みが異なっている場合には、むしろ州最高裁の決定に従うのが適切である、と巧みに論点を秘匿し、擦り替える。<sup>(12)</sup>男性は、裁判所が特段の配慮を必要とするような不当な差別を過去に被ったとか、不利益な地位に立たされてきた、という事実はない。<sup>(13)</sup>単に管理運営上の便宜のために性差別が行われる事例でもない。性差別が性的ステレオタイプに依拠する事例でもない。<sup>(14)</sup>本法は、性交渉と妊娠の影響は、女性に対してはるかに重い、という事実を直接に反映する合理的なものである、とする。多数意見の文言からは平等保護条項の本質に関するそれ以上の現実的分析は聞かれない。

スチュワート判事は、賛成意見の中で、平等保護の意味を少し展開して、ジェンダー差別の許容原理のための状況を判断すべき資料を追加提供している。ジェンダー差別の許容原理について、所謂不快な差別が必ずしも常に憲法に違反するわけではない。男性と女性との間には憲法が認知するような自然的相違がある。女性は妊娠しうるが男性は妊娠しえない、ということである。ジェンダー差別は、単に管理運用上の便宜とか、両性の役割についての古色蒼然たる仮定に基礎をおくことは許されないが、一定の限られた状況にあっては、男女は同様の事情にはないのであるから、その状況下のジェンダー差別は不快ではなく、その相違に現実的に基礎づけられた差別は違憲ではない、と通俗的信念が表白される。若い女性と男性は、性交渉と妊娠に結びついた諸問題及び危険に関して同様の状況にはなく、問題の制定法は、それらの問題と危険を減少せしめる、という正当な目的に現実的に関連づけられる、と形式論理的結論が自足的に述べられる。そして、若干の誂え向きの資料が追加される。若い女性の性的酷使は、若い男性の性的酷使よりも重大な問題である、という経験的証拠<sup>(9)</sup>。十代の女性の妊娠のもたらす社会的、教育的、情緒的悪影響の重大さを示すという証拠<sup>(10)</sup>、若い男性は若い女性よりも妊娠の可能性を無視する傾向がある、との経験的観察<sup>(11)</sup>が採用され、列記される。問題の焦点は表面的に合っているようで、ずれて、表面面を感傷的になぞっている、との印象を受ける。ブラックマン判事が別個独立に賛成意見を書いたのは、二点に亘って自己の見地を弁明するためであったように見える。審査基準については、多数意見と同じく、中間審査基準が用いられ、それによって本件のジェンダー差別法は支持される、とする。先ず、本件とユタ州の *Mutherson* 事件<sup>(12)</sup>との相違を弁明している。前者は、問題をその端緒において、言わば事前に抑制しようとするのに対し、後者は、既に妊娠が現実化した後で、それを未成年女性が処理するのを禁止しようとするものであって、両者はプライバシー上の関連性を異にするし、後者は、刑事制裁の性格として行<sup>(13)</sup>きすぎである、と。今一つの弁明事項は、事実認定とも関係し、法定「強姦」法の性格づけに対する懐疑が看取され

る点でもある。シャロンとマイケルは初対面であったこと、共に飲酒したこと、「前戯」に対してシャロンは有意的であり、自ら誘引したようにも思われること、二人の年齢は接近していたこと、これらの点は、本件を重罪として処罰することの適合性に疑問を感じさせることがないとは言えない<sup>(18)</sup>、というような趣旨のことを弁明している。

ブレナン判事の反対意見は、ある意味で単純明快である。先例によって提供された分析の枠組を適用すれば、この論点について唯一適切な解決策は、その差別は違憲と宣言されねばならない<sup>(19)</sup>、と。ブレナン判事の非難は、中間審査基準が真面目に、公正に適用されていない、ということである。ブレナン判事にとって、ジエンダー差別法の審査基準は、男性に対する差別であれ、女性に対する差別であれ、等しく適用されるものである。制定法の目的の重要性の立証、その目的とそれを達成する手段として用いられた差別との間の実体的関係の立証の責任は、訴追側にある。本件において、訴追側がその責任を果たすためには、ジエンダー中立立法はその目的達成の手段として効果が薄く、ということを示さねばならない<sup>(20)</sup>。そのための説得的な証拠は提出されなかったし、訴追側の主張には二点に亘って不十分なところがある、とする。第一は、他の州やカリフォルニア州自体での経験である。その時点で、三七州がジエンダー中立立法を有し、幾つかの州では、未成年者双方の訴追を許容していた<sup>(21)</sup>。なお、ジエンダー中立立法は訴追上の困難が大きい、との主張に対しては、それは論理的に成り立たない、と反論される。法定強姦法は合意性行為に適用されるのであって、暴力はこの犯罪の要素ではない。性行為に同意する女性は、自分の訴追可能性の有無に関係なく、その相手を警察に告発したからでないであろうから、当該制定法がジエンダー中立であるからといって事情が大きく変るとは考えられない<sup>(22)</sup>、と。又、カリフォルニアの立法者は、最近刑法典を改正し、法定強姦に類似する罪をジエンダー中立的なものにした<sup>(23)</sup>。その場合、例えば未成年同性愛者は、同意があっても、双方共刑事制裁に服せしめられる。第二に、州当局の主張する「抑止力」という点も疑問視されるべく、若干の統計資料等が示される。州側の提供した統計

によっても、実際の所当該条項は性活動に対して抑止的效果はない。カリフォルニアで一九七五年から七八年の間に法定強姦で逮捕された者は、年平均六一名の未成年男性と三五二名の成人男性にすぎなかった。同期の一三歳から一七歳までの女性は年平均約百万人であった。本件の記録の中には、その期間の性行為の数を指示する資料は存在しないけれども、州保健局によれば、一九七六年中、一三歳から一七歳までの女性の妊娠数は約五万件に達したものと評価されている。その法定強姦での逮捕者数を未成年女性との性行為数と比較すれば、未成年女性との性交渉で逮捕される機会は極めて低く、その効果は疑問である、と。常識からすれば、抑止効果という点だけからすればむしろ逆ではないか、とも論じている。単純に考えて、ジェンダー中立法は男女双方を刑事制裁に服させるものである。そうであれば、州側が言うように仮にジェンダー中立法の下で訴追される者の数が少なくなる場合があったとしても、逮捕される可能性のある対象群は二倍も多くなる。結局、ジェンダー中立法は強制困難である、との訴追側の主張は立証されない<sup>(10)</sup>。と。立法史から見ても、州側の主張は認められない、とする。ここでは、多数意見が無視した法の沿革が記述される。カリフォルニア法定強姦法は、主に若い女性は性行為に同意する法的能力はない、という前提の上に制定されていた。若い女性の貞淑さが殊の外貴重である、と考えられたが故に、州の特別の保護の必要がある、と感じられたものである<sup>(11)</sup>。多数意見は、もはや歴史に訴えることはできなかつた。そこで、新しい目標をとりあげてはみたものの、性差別との実体的関係性の論証もできないまま、曖昧に紋切型の資料に依拠してしまつた。

ブレナン判事の批判は、同意性交の当罰性自体にも向けられていた。本件では正面からは論じられておらず、注の中で展開されたにとどまる<sup>(12)</sup>。

ステイヴンス判事は、独自の観点から、多数意見に反対すると共に、ブレナン判事も違う立場を表明した。先ず、十代の未婚者の性交渉を禁止することの当否について、その立法の妥当性そのものについては疑いを有しない<sup>(13)</sup>。

とする。その妥当性は何によって根拠づけられるか。多数意見は、制定法の禁令にこだわり、そのための経験的証拠なるものを引用したりしているが、それは決して問題解決の有意義な方策ではない。古色蒼然とした制定法よりもむしろ地方の慣習とか信念が重要であり、未婚の十代の若者の性行為はそのようなものによって全般的に決定づけられる<sup>(10)</sup>とする。そして、十代の妊娠や性病を減らしたい、という社会の関心によって、未婚の十代の性行為禁止は正当化される<sup>(11)</sup>、と結論する。

次に、本件の争点となった問題、男女差別法の合憲性については、法定強姦罪の罪質に言及しつつ、違憲性を結論づけている。同法の対象から女性を排除することは合理的でない。ある集団の者がその法の回避しようとする危険に特にさらされ易い、という事実は、それらの者に対してその法を適用可能とするための理由となるものである。特別の保護に値するからその法の規制対象から排除される、という説明は合理性があるとは思われない。本件の場合、女性が男性よりも大きな侵害の危険に直面する、という事実は、その禁止を女性に及ぼすための理由となる。危険を生み出すような行為の発生を防止することに社会の利害関心がある、という観点からその問題を検討するとすれば、潜在的侵害者の半分を除外することは不合理なことであろう<sup>(12)</sup>、と。ステューヴンス判事にとって、刑事制裁の男女不平等処遇を正当化する唯一のものは、一方が他方より罪が重い、という判断に外ならない。本法が予防すると言われる危険を作り出す行為は、男女双方の参加を必要とする。多くの状況にあっては、一方が攻撃者であり、他方はその行為に対して有意的でないか、或いは有意性の少ない参加者である、ということとは多分本当であろう。仮にある制定法が、一方当事者のみを処罰し、訴追者に対してその者が攻撃者であったことを立証するよう求めたとすれば、その差別は妥当であろう。本件の場合においても、男性が攻撃者であったとか、或いは少なくとも何らかの点でその行為に対する責任の重い当事者であった、ということがその犯罪の一要素であったとすれば、男性のみを処罰することも許



容しうるであろう。併し、本件の問題の制定法は、そのような立証を求めていない。従って、男性のみの処罰は正当化できない。二人の等しく罪のある違法行為者のうち一方のみを処罰する刑罰法規は、憲法上の公正な統治権能の行使の要求の本旨に反する<sup>(18)</sup>と。

#### 四 マイケル M 判決に対する一般的評価

註釈家はマイケル判決をどう評価したであろうか。参照しえた限り、批判的なものであった。その判決は、ジェンダー差別の問題に関する合憲性判断の中間拘束テストの不適切な適用を代表する。平等保護理論における一変則を作り出す司法的不注意の一例である。悪くすると、男女の生物学的相違がジェンダー差別を正当化できる、という皮相な観念を生み出す可能性がある<sup>(19)</sup>。本件で、最高裁は、中間拘束テストに賛同しているが、それを適切に適用するのを怠った<sup>(20)</sup>。最高裁は、論点を回避しようとする余り、不快・恩惠的 (invidious-benefit) という二分法をもつ奇妙な例外を作り出したように思われる<sup>(21)</sup>。

反対意見の議論の方が多数意見の議論よりも説得的であるが、多数意見の薄弱な分析が支配した。最高裁は、中間審査基準よりはむしろ合理的基礎基準を採用した。多数意見は、不適法な妊娠を予防する、という目的から未成年者の性的活動を規制する州の権限を論じた。併し、その制定法が州の目的とどのような実体的関係をもつか、は論議されなかった。未成年女性に対する所謂自然的制裁がジェンダー中立法よりも抑止的であるかどうか、も論議されなかった。実際のところ、多数意見は、州側には立証の責任を課さなかった。州の目的は妥当だと決定した後で、制定法の合憲性が仮定された。その判決は、司法の潮流には沿うけれども、立法の潮流とは対立する<sup>(22)</sup>。

不適法な十代の妊娠を減らす、ということとは重要な州の目的であるとしても、マイケルM判決では、その目的と法定強姦に対して男性のみに刑罰を加えることとの間の実体的關係を示すための証拠は導入されなかった。ジェンダーに基づく法定強姦法が法定年齢未満の女性の性的活動を抑止する、という経験的証拠は導入されなかった以上、男性のみを処罰することは論理的でない。それ故、ジェンダーに基づく法定強姦法を有する法域は、ジェンダー中立の法に改めるべきである。正義によっても、常識によっても、この帰結が指令される。<sup>(19)</sup>

立法史と判例法をたどってみると、その制定法の目的は、妊娠予防にはなく、むしろ純真・無垢な若い女性の貞淑さ及び徳性の保護にある、ということが明らかとなる。それ故に、裁判所は、現実には組み込まれた立法目的に基づいて同法を審査すべきであった。法定年齢未満の女性は、男性から保護される必要があるが、同年齢の男性は、女性から保護される必要はない、との主張を受け入れることは、男性だけが性交渉に対して知的に同意できる、と仮定するものである。加うるに、男性は訴追するが女性は訴追しない、ということとは、男性はより罪の重い当事者である、との前提に依存するものである。併し、この仮説は、法定強姦罪の本質を無視するものである。それは男性と女性の役割に関する時代遅れの社会俗念を反映するものであり、平等保護条項に違反する。<sup>(15)</sup> 同法の目的は不適法な十代の妊娠を予防することである、という解釈が仮に正しいとしても、適用範囲が広すぎて許容できない。蓋し、妊娠することの不可能な思春期前の女性も保護されているからである。妊娠予防のために考案された制定法の保護対象の中に生殖不能の女性を含めることは、自己矛盾である。更に、合意性交の両当事者が効果的な出産調整法を用いた場合、射精が起きなかった場合にまで処罰するのは、非論理的である。<sup>(16)</sup> 同法は、適用範囲が狭すぎて許容されない。蓋し、女性性が処罰対象から排除されているからである。女性を訴追すると、報告される違反件数が減少するであろう、と多数意見は論ずるけれども、それは、ジェンダー中立法を制定した四二の州の経験を無視するものである。もしもそれら

の州がジェンダー中立法を強制することに困難を感じたとすれば、法務当局はその証拠を提出しえたはずである。<sup>(19)</sup> 最高裁内部にはコンセンサスが欠如しているので、現実の立法目的をどの程度調査するのが適当なのか、について明瞭な先例は残されていないであろう。ジェンダーに基づく制定法がジェンダー中立法よりも統治目的に実体的に関連づけられるであろう、ということを示す責任を州側が負うかどうかとも不明なままである。最高裁が、法の目的に関する州側の主張を盲目的に受け入れることがなかったとすれば、現実的目的是は伝統的な性的ステレオタイプを反映したものであり、そのジェンダー差別は主張された目的に実体的に関連づけられることはない、と決定したことであろう。<sup>(20)</sup> 最高裁は、ジェンダー差別の申し立てに対して平等保護審査を行うにつき、表面上は中間審査基準を採用したが、その基準の適正さに関しては一致は見られない。判決の中では五個の意見が述べられたが、最小合理性基準を適用して、立法府に敬意を表するレーンキスト判事の立場から、厳格な中間審査を正確に解釈するブレナン判事の立場まで、審査の度合は様々である。レーンキスト判事の多数意見は、女性に男性よりも法的保護を必要とするし、未成年者の権利は州の警察権によって厳しく制限されてよい、と想定する旧式のバターナリズムを復活させるものであった。この特殊の見地は、さすがにブレナン、ホワイト、マーシャル、スティーヴンス及びブラックマンの各判事によって共有されることはなかった。その結果として、多面的な見解が競合し、重なり合うことになり、この問題領域において、裁判所或いは立法者を有効に指導するようなのは殆ど残されないこととなった。<sup>(21)</sup>

## 五 Statutory Rape Laws をめぐる論争の検討

(一) 一九六〇年代以前には、平等保護条項は、人種差別が主張される場合を除いては、相対的に殆ど重要性を有し

説  
ていなかった。伝統的な合理性審査は、事実上盲目判を押すようなものであった。この審査基準の無拘束的性格は、一九三〇年代から六〇年代までの平等保護事件を通覧するとき、明白となる。その期間を通じて、不適切として効力が否定されたのはただ一例とされる。併し、平等保護請求事件に対する審査基準として、ウォレン・コートが所謂二層式審査方式を展開すると共に、平等保護条項は、特に所謂分離少数者・孤立少数者或いは基本権に関わる場合に、

大多数者支配の原則を抑制する有力な司法上の道具立てへと発展した。二層式審査方式の下で、もしも問題の差別が、例えば人種に基づくもののように、疑わしい、とされる場合、或いは基本権に直接的衝撃を与える、とされる場合には、最高裁は、問題の制定法の厳格な審査に着手した。そのような差別が支持されるのは、緊要な統治利益のため必要である、とされる場合だけであった。それ以外の場合には、有効な統治目的に合理的に関連づけられれば、差別は支持された。実際には、ウォレン・コートが何れの基準を選択するか、で裁判の結果が事実上左右されることになった。人種差別だけは厳格審査を要する、ということは争いがなかった。幾つかのウォレン・コートの判決は、例えば子の非嫡出性や富に関する差別を含むようなものはやはり強化された審査を受けるに値する、ということを示唆するものであった。併し、パーカー・コートは、富に基づく差別に高度の審査を行使することを一般的には拒絶した。パーカー・コートは、厳格審査を必要とする差別のリストを拡張することを拒んだが、多くの平等保護事件の中で適用された基準は、合理性基準と厳格審査基準との奇妙な混合物であった。

結局、パーカー・コートは、準嫌疑差別に対して新しい基準、中間拘束基準を展開した。これに依れば、例えばジエスターないし非嫡出性のような特性に基づく差別は、重要な統治目的に役立つものでなければならず、またそれらの目的の達成に実体的に関連づけられねばならない。以上の三層式の平等保護分析は、曖昧であり、論議の余地のあるものである、と批判されてきた。殊に、中間審査基準は広範に批判されてきた。併し、合理的審査基準は更に多く

の批判を浴びてきた。<sup>(16)</sup> 中間審査基準は、一個の妥協的産物であるとしても、それは、社会の限界的事案をむしろ裁判の場において実証的、根底的に問う機会を提供しうるものとして、むしろ評価されよう。

(二) 法定強姦法の提示する問題は、言わばプライバシーの権利と保護の権利との衝突の問題、法体系における個人の行動の自由と個人の安全との矛盾の問題と関連する。<sup>(17)</sup> 自由と安全との葛藤は、今日幾つかの重要な論争と関連するが、本論に関して二つのものが注意される。一つは、所謂権利分析をめぐるリベラル法学者と批判的法学者との間の論争である。今一つは、性的なものをめぐるフェミニスト間の論争である。後者の要点は、女性は二重に抑圧を受けている、という事実の認識とその対応に関するものである。女性の性的表現は、社会の加える道徳的統制によって抑圧され、女性自体は、社会が性的自由の名の下に許容する暴力と性的攻撃によって抑圧されている、という点に関わる。本論において、両者は密接に関連する。先ず、権利論争を少し概観した後、フェミニスト論争との絡みで全般的に検討しよう。諸々の制約上予備的なものに終らざるを得ないが。

権利論争といわれるものは、どのように現われてきたか。権利理論は、自由と安全という二つの価値の何れかを選択すべきである、とはいわれないことにおいて、この根本的価値対立を超えることができない。そのため、法の問題決定のための基礎を提供できない、と批判されることになった。<sup>(18)</sup> 権利分析論は、意思決定のための客観的且つ非政治的基礎を提供するものではない、ということを認識して、所謂批判的法学者は、権利分析論は曖昧であり、内的矛盾がある、と考えることになる。又、権利分析論は、非決定的である、<sup>(19)</sup> 理路一貫しない、<sup>(20)</sup> と非難された。それに対しては様々の異論が唱えられた。そのような批判は、ニヒリズムである。<sup>(21)</sup> 批判的法学者の批判は、全体主義を増長する。<sup>(22)</sup> 批判法学は、法が人々の特殊的、道徳的、政治的欲求から独立した明白な内容をもつ、<sup>(23)</sup> ということを否定する故に虚無的である。<sup>(24)</sup> それは、制度改革ないし社会変化の積極的綱領を構築する努力を挫く。<sup>(25)</sup> それは、次に何を為すべきか、

説を我々に告げることができない<sup>(四)</sup>。人權を保護するという企画は、我々の現在の自由主義社会の存意を超える<sup>(四)</sup>と。

論

性の問題を権利分析の方法で考察する立場は、部分的で不十分な分析に終る、と批判されることになった。権利分析は、性の問題をどこで社会統制が終るべきか、どこから性的自由が始まるべきか、という問題として枠組みを設定してしまふことになる。自由主義者の枠組みは、モラリストの枠組みと同様のものにならざるをえない。共に性というものを自然的な、前社会的な衝動である、ととらえることになる。その自然的衝動が社会によって許容され、抑制される、という図式が描かれがちである。そのような土俵の上では、両者はただ自由と統制の間の線を何処に引くべきかをめぐって対立する、ということになる。一方の端では、社会統制の側面は当事者の同意を必要とするまでに極限され、性的自由の領域は同意のある性的活動すべてにまで拡張されるべきことになる。他方の端では、性的自由の領域は極限され、単に婚姻関係内部での生殖的性活動に限定されることになる。このような既定の構図に対して、違和感を増長させる人々が存在するのは当然である。そして、フェミニストと称される人々が徹しく現実をつきつめることになったのも当然のような気がする。そのような人々は、自分らの主張が、公式の場において所謂線引き論争へと矮小化されることに苛立ちを覚えたであろう。そのような人々にとって重要な点は、どこに線を引くか、ということよりはむしろ性というものに対してどのような実体を付与するか、如何なる意味づけを行うか、にあったであろう<sup>(四)</sup>。併し、フェミニストと称される人々の見解にも、社会統制と自由の何れを重視するかも、相違はあった。性的なものとの社会統制とは、実際には女性の社会統制を意味する、という方向で思想形成していった人々もいた。性的自由とはむしろ男性による女性搾取の自由以外ならない、という方向で思想形成していった人々もいた。このような視点の違いからフェミニスト運動というものが相互に対立することになる。一方の側が他方を *antisocial* と告発すれば、他方の側は、虚偽意識を通して自分自身の抑圧に帰着する、と応酬した。一方が、性的暴力と性的支配に過敏である

とすれば、他方は、女性を犠牲にして男性優位性の擁護に陥るほどに鈍感である、ということになるであろうか。<sup>(15)</sup> 従って、マイケルM判決に対するフェミニストの評価が一樣でなかった、というのもうなずける。

(三) ここで、やや一般的なことを補説すれば、フェミニズムの歴史は、新しいものではないが、一九六〇年代に新たな興隆を示した。この時以来、アメリカの女性運動は、女性従属観を示す社会一般の実務に挑戦すると共に、この実務を支持しようとする自然主義的議論と戦ってきた。<sup>(16)</sup> 現代アメリカの社会改革において、訴訟、法律論争は特に重要性を帯びている。そこで、女性運動も権利平等の法理論を強調することになった。一九六〇年代から七〇年代にかけて、女性運動は、広範な政治的立場を包括するようになる。それには、ラディカル・フェミニストと自己規定する一群、社会主義或いはマルクス主義フェミニストを自称する一群、女性の権利改革のリベラルな綱領を奉ずる一群が含まれていた。これらの集団は、例えば子供を産む自由とか雇用機会の平等のような論点に関しては、一致するのが常であった。併し、例えば異性愛の望ましさの政治的次元と個人的次元の問題、分離主義は目標としてか戦術としてか、というような論点に関しては、必ずしも一致しない。フェミニズムの様々の立場の中で女性の間に広く受容されてきたのは、女性の権利についてのリベラルな理論であった。合衆国最大の女性運動機関と言われる National Organization for Women の政治的見解の中で主要な役割を演じたのも、そのリベラルな見解であった。<sup>(17)</sup> 兎も角、アメリカ女性運動の理論家たちが所謂性差別主義者の生物学的決定主義を批判して、社会的役割及び経歴選択に関するからとか男性であるからといった硬直且つ不正確な観念に基づいて、社会的役割、職業、経歴を担わされるべきではなく、その性向と才能に基づいて社会的役割等を選ぶ自由を有すべきである、ということである。この種の平等権利原理は、一九六〇年代初めから七〇年代末までの間に、様々の立法、裁判例の中に組み入れられ、多くの性差別を

説なくするために用いられた。<sup>(16)</sup> 一時は、平等保護条項の司法解釈を通じてか、或いは平等権利修正 (Equal Rights Amendment) の批准を通してか、何れかによって性に基づく法律が全般的に破毀されるであろう、ということが可能であるように思われたことであつた。<sup>(17)</sup> 併し、今日に至るまで、平等権利原理は、憲法修正過程の中で支配的となつたこと

はないし、最高裁によって熱誠に擁立されたこともなかつた。

マイケルM事件において、最高裁判所は、男性の平等処遇の権利という観点から、ジエンダーに基づく法定強姦法の問題をとらえ直そうと企てたもの、言わば逆差別の合理性という方式において見直そうとした、ということは本當であろう。この問題をめぐつては、未検証の分野においては如何に政治・政策的臆断が強力を振るおうとするか、という古来からの事象が現われた。併し、そのこと自体は非難したり、称賛したりすべき事柄ではなく、但問題のより実質的な検討への可能性、事態の理解への希望の一つとしては、十分評価に値することである。

リベラルなフェミニストと言われる人々が、一般的にマイケルM判決の多数意見を批判したことは、論理に適つたことであろう。その人々は、一般的に反対意見の観点をとつて、もしも男女が同様に訴追されるならば、法定強姦法を受け入れることも可能であろう、と判断したのである。これに対し、ラディカルと言われるフェミニストの一群は、そのような立場は権利分析の基本的枠組を受け入れるものであり、ここでは男性の平等処遇の権利に議論を集中することになり、この領域に固有に潜む現実的、政治的問題が無視されるであろう、と批判した。<sup>(18)</sup> そして、その特殊政治的判断から、戦術的には、性差別的 (男性差別的・女性保護的) 法定強姦法を支持する多数意見の結論は是認できないことではない、とする。<sup>(19)</sup>

カリフォルニア法定強姦法が完全に否定されるべきことは自明であるとしながら、少なくとも法定強姦法に賛成する議論がありうることを認めるフェミニストもいた。<sup>(20)</sup> その際、マイケルM判決多数意見は、女性に対して訴追されな



いという特別処遇を提供することによって、平等処遇対特別処遇論に焦点をあて直そうとした、と理解される。併し、その理由づけ、背後にある考え方を前提にすれば、それが女性に提供すると想像される利益（訴追からの自由）は、所謂女性に対する男性の圧迫を減少させることにはならないであろうし、衰弱してきたとはいえ、なお残存する性的ステレオタイプ化された観念を弱めることにはならないであろう。従って、単なる形式的平等には一般的に批判的な所謂ラディカル・フェミニストでさえ、多数意見の考え方自体を認めることにはならないであろう。まして、リベラル・フェミニストは、多数意見によって提供される特別処遇と反対意見によって主張された平等処遇との間で選択を迫られれば、恐らく後者を選ぶことになるであろう。こうして、大多数のフェミニスト注釈者が、マイケルM判決に關して、反対意見が正当である、という見地に固まるのは、不思議ではない。<sup>(iii)</sup>

ところで、近年の議論は、マイケルM判決についての、言わばリベラル・フェミニストの一般の見解と異なる理解の仕方をするフェミニストによってむしろ活発化された。その人々も細かく見れば様々で、本問題のとらえ方も一定してはいない。それでも、男女問題の形式的平等化、公式的平等宣言には飽き足らないし、それらの中にむしろ無知ないし無視を見てしまふ、という眼目においては共通のものがある。<sup>(iv)</sup>

マッキノン<sup>(v)</sup>は、マイケルM判決反対意見が正しい、とする立場には従わない一人である。性差別法定強姦法は、男性によって展開され、forcible rape 事件の中で適用される同意原則が女性に対してもたらす害悪の幾分かを救済できるともされない、ということが示唆される。マッキノンは、その「不平等」分析をマイケルM判決に対してどのように適用するであろうか。マイケルM判決は、男性の性と女性の性とは性交に關して類似の状況にはない、という観念を補強することによって、sexual harassment law に対して有効な意味をもつことができる、と示唆される。最高裁がその判決を意図的に生物学的土台の上に基礎づけたことに対しては、批判的である。同じ決定が、もしも社会

説  
論  
的地盤の上に基礎づけられたとすれば、女性の性を弱く傷つき易きものとし、妊娠を無能力状態とする背景を告発することができたであろう。女性、殊に弱く傷つき易きものとされる人々に向けられる男性の強制的な性的主導性という現実、若い女性を目標としている。これは、女性には有意義な同意へのアクセスを欠いている、という事実と共に、性的領分においては男女は同様の状況におかれていない、という批判に結びつく。それがジェンダー不平等の社会的背景の批判に相当する。<sup>(19)</sup>このような議論は、立法者や最高裁の議論とは異なる構想を強姦の侵害性に関して展開できると主張される。併し、その主張がどのような手続で検証されるのか、判断基準を支える根拠は何か、多くの無言の意識がどのように処理されたのか、明らかにすることが切望される。深い考察という自負は更にその奥へと思いを追い詰めないはずはあるまいから。法と道徳との癒着の批判が、法と政治との癒着に帰することの陥穽はどのように避けられるのか、という疑問も必ずしも解決されてはいないようである。

フリードマンは、マイケルM判決反対意見を批判する。<sup>(19)</sup>ブレナン判事は、どういう改正が行われるべきか、について何も述べていないし、性に基づく法定強姦法によって惹起される害とは何か、論じていない、と。ブレナン判事が男女の伝統的観念と制定法の関係をほめかしながら、それをただ通過点としてしかとらえておらず、制定法の不当性の独立の理由としてこの論点を重視していない、と非難する。<sup>(19)</sup>ブレナン判事は、多数意見に引きずられたのか、十代の妊娠予防という目的の説得力のなさとの関係で制定法を分析するにとどまる。その限りでは、その不合理性を論証することはできたけれども、結局もっと説得力があると考えられる正当化の根底にあるステレオタイプを暴き出す機会を失った、というのには理由のないことではない。併し、フリードマンは、大体の所では伝統的法分析の客観性の立場から、法定強姦法の議論を入念に仕上げることに腐心している。フリードマンは、法の目的は十代の妊娠予防である、との当局の「疑わしい」主張を多数意見が余りに容易に受け入れていることを難詰する。<sup>(19)</sup>又、多数意見は性差

別と法の目的との関係を殆ど審査していない、という反対意見の指摘を認めている<sup>(18)</sup>。更に、有効な証拠によれば妊娠の脅威は若い女性の性的活動を抑止しない、というステイヴンス判事の見解に賛同している<sup>(19)</sup>。そして、法の説明としては、男性が侵害者であり、女性はその被害者であると仮定されている、というのがもっと説得的である、とする<sup>(20)</sup>。フリードマンは、その法定強姦法の広がり過ぎを緩和するため訴追裁量に依拠すべきだ、とする当局の考え方は、不合理ではないが不正である、と示唆する。又、法と現実とのずれを指摘し、性的活動は十代の間では普通のことであり、政府がそれを防止しようとするのは望ましくなく、不可能であろう、と言う。最後に、その裁判所批判には示唆的などころがある。最高裁の中には党派性によって分れる立場というものが見られるが、共に性差別をめぐる意見においては現状を合法化することになる、と、それでも、反対意見の立場は、中立的ないし非政治的立場をとる批判家たちにとっては共感をもたれるであろう。最高裁の内側の論議では、前提をなす立場が間接的となり、その実体的検討内容が厳しい制約を被ることは避け難い<sup>(21)</sup>。

ウィリアムズの視点と推論過程は興味あるものである。法定強姦法をめぐる従来の公式的な議論の枠組みを超えて、自明的分析方法の欠落を指摘しつつ、しかもリベラルな解釈を選んでいる<sup>(22)</sup>。マイケルM判決と共に、兵役登録に関するRoker判決<sup>(23)</sup>がとりあげられる。両判決共、男性のみを把握する法を支持するが、それは、性的な事柄と戦争における攻撃者としての男性像を反映する<sup>(24)</sup>、と説明される。ただ、この心象は現実に対応するものではない、というのか、人々は男性が性と戦争における攻撃者でない、と装うべきだというのか鮮明ではない<sup>(25)</sup>。レーンキスト判事が、同法を forcible rape law に関連した保護立法として取り扱ったことを非難する。ウィリアムズにとって、法定強姦は、言わば被害者なき犯罪の例として扱われるものであった<sup>(26)</sup>。男性が度々性的攻撃者である、というのは事実として認められている。併し、直ちに性差別(女性保護)法の是認へとは向わない。むしろ、法定強姦法は、特別の注意を払わ

ねばならない問題であるとし、他の多くのフェミニストと同様に、ジェンダー中立法を支持する。ジェンダー中立法は、分離主義的性向を思いとどまらせると共に、共通の普遍的な人間性の肯定を援助することができる、と考えたからである<sup>(10)</sup>。この点に因して、「ラディカル」・フェミニストは厳しく批判する。ウィリアムズは、男性の性的攻撃に反対するためにはその現実を無視すればよい、と考えているとしか思えない<sup>(11)</sup>と。ウィリアムズがジェンダーに基づく法定強姦法に反対するのは、そのような立法は究極的には、女性を損なうことになる、と考えたからである<sup>(12)</sup>。開うべき次元は別様に構成されるべきである、と考えたからであろう。女性が身体的攻撃の被害者であった理由の一端は、女性が被害者以外の様式で行為することを許容されてこなかったからである、と認識される<sup>(13)</sup>。普遍的人間性という觀念の独自の意味を肯定する立場からは、性に基づく法は、女性保護の名の下に女性から個人責任を排除することである、というウィリアムズの主張は、十分理解できる。同一の理由で、徴兵登録法から女性を排除することにも異議を唱えられる<sup>(14)</sup>。但、ウィリアムズの個人責任の觀念が権力の領域にまで届かないのではないか、という点は、不充足感として残らざるをえないかもしれない。

オルセンは、マッキノンに従って、むしろ性に基づく法定強姦法を支持する立場を鮮明にした。レーンキスト判事の多数意見に対しては、殊に一点が批判されている。妊娠予防目的の法を強制する際、女性にまで訴追を拡張することは女性が当該犯罪を報告するのを抑止することになるのではないか、とした点である。若い女性が相手を法定強姦罪で告発するのを選ぶ理由がつきつめて考察されなかつた点が不十分である、とされる。オルセンにとって、その理由として重視されるのは、男性の性的攻撃に対して若い女性が身を守るため法定強姦法に訴えようと欲したかもしれない、という可能性であった。又、同法の目的は、若い女性を男性の性的攻撃から守ることである<sup>(15)</sup>、ということであった。スチュワート判事の賛成意見に対しては、女性も法定強姦罪の幫助や教唆で訴追されうるので別段男女を不公

平に取り扱っていない、と説示した点が批判される。それは、現実を認識しない空論であり、実際にはそのような措置は若い女性の自立を損なう、とする。それは、性行為を男女対等の行為としてとらえるものであり、攻撃的な男性から自己を守るために同法を利用しようという女性の選択の余地を奪うことになる、と。ブラックマン判事に対しては、その隠された本意が如上にあげられる。判事が表面的には妊娠予防目的を承認しつつ、シャロンが最初マイケルを誘った点で、本件の訴追に気乗りしないと云っている本意は、貞淑且つ純朴な乙女という同法の被害者像が暴き出されている、とする。ブラックマン判事は、性道德の二重規準を承認したことになる。それは、労働者階級の女性を性的に搾取る余地を残さんがために同意年齢引き上げの法案に反対したかつての英国貴族の立場と道德的には等価である、と批判される。判事は、男性の立場から事態を眺めている。マイケルとシャロンのキスを前戯と言っているが、それは男性の観点であり、女性は一般的にキスを前戯とはみないであろう、と。

反対意見に対するオルセンの批判は、時としてもっと厳しく、執拗でさえある。反対意見が主に批判されたのは、カリフォルニア法定強姦法は男性を罰し、女性を罰しない故に無効であり、女性も男性と同じく平等に性行為に対して責任があり、平等に罰せられるべきである、と推断したと見られたからである。ステイヴンス判事は、無差別に交わる女性を想定したとき、その女嫌いの傾向を表明したものである、と言われる。オルセンは、反対意見の想定するジェンダー中立法は不公正である、という。法定年齢未満の女性の性行為は依然として違法であり、同年齢の男性の性行為は依然として合法的であろう。中立性は、若い男性を等しく国家の保護を必要とするものとして、或いは性的対象として被害を被り易いものとして取り扱うことによつてではなく、女性に非難と刑事責任を加えることによつて達成されるであろう、と。この局面は、字面のみでは理解するのが困難である。敢えて反対意見を誤解する真意は、そこに十分には説明されていない。性中立法の下では、女性の男性に対する政策的、戦術的立場の基底が崩されてし

説  
まう。性中立法は、若い女性にとって、現在有していると思われる保護的側面を根こそぎ奪いとる最悪の法制である、  
と言われる。そこでは、女性は、男性の攻撃に対して法定強姦法を庇護物として援用することが困難となる、という  
危惧が強調される。男性は、女性の威嚇―法定強姦法に訴える―を真面目に受け取らなくなり、男性の攻撃性が増長  
され、性交渉場面の不平等さが倍加する、と主張される<sup>(12)</sup>。その判断の前提資料がもっと明確に表明され、その内容が

説得的に解説されるならば、このような女性の危惧も十分根拠をもつことであろう。更に、反対意見は、女嫌いであ  
り、退行的であり、現実逃避的であり、卑怯である、と非難されねばならなかった<sup>(13)</sup>。ここには、政治と非政治との対  
立というより、党派と非党派との対立が看取されよう。反対意見には、少なくとも悪意は感じられない。むしろ善意  
が端緒にあったことが看取される。これに対して、「ラディカル」・フェミニストの戦術は決して善意というもので  
はない。併し、ここに善意・悪意とは、少なくとも道徳的善悪の観念とは無縁の範疇である。善意は地獄に通じう  
る、ということ。「ラディカル」・フェミニストは実感したことがうかがい知れる。その「悪意」を理解しかねる  
と、嫌悪感をもって返報するのが公平である、ということになるであろう。オルセンは、反対意見の中に公然たる「  
女嫌い」の表徴を感じとったが、その女嫌いとは判断した理由を若干説明するであろう。反対意見の基底にある現状認  
識こそが嫌悪すべきものとされたのである。現代の「ラディカル」・フェミニズムの存立理由を無にしてしまうよう  
な認識だ、と見られたのである。反対意見は、女性の従属性を認めていない、ということである。女性の従属性は過  
去の問題だ、として処理している、と非難されているし、性差別は、現代社会において一般的なものというよりむしろ  
特異なものと暗示している、と非難されている。反対意見は、性行為は男女対等且つ合同の行為である、とみなし  
ているが、それは仮定にすぎず、不当な前提にすぎない、と。又、反対意見は、現代社会の性的関係・性的構造に根  
本的变化は必要でない、と判断しているのであるが、それは受け入れ難い臆断にすぎない<sup>(14)</sup>、と評される。

オルセンは、同じフェミニストと称される人々であっても、権利分析の枠組みにとどまる人々、マイケルM判決反對意見を是認する人々を批判する。それらの論者は、性行為が現代社会において決して男性と女性とで同一の行為とはいえない、という点を無視している、と。そして、男性のみを処罰する法定強姦法には意味がある、と説得しようとする。妊娠の恐れにも正当な理由がある。意欲されない妊娠が高い頻度で起こっている、ということは、若い女性が往々にして性行為を行う条件を選択できていない、ということを示唆する。従って、女性には、性的活動に対してそれ以上の抑止物(刑罰)を必要としない。むしろ、妊娠を防止するために男性に抗しうべき力を必要とする。それが男性のみを処罰する法定強姦法の存在理由である、と推論される。現実的力(reasonable force)こそが個人責任の前提なのである。女性は、性行為に際し、強制的な男性主導性を抗拒するに十分な力を有していない。それ故、その力を若い女性に提供する必要がある。それが男性のみを処罰する性差別法定強姦法の正当化理由である、と論じられる。<sup>(28)</sup>一方は、個人責任を負うためには現実的力が必要であるとし、他方は、保護することによって、現実個人責任が解除され、責任感はますます薄れるのではないか、と危惧する。個人責任とはどういう責任なのか、あまり明確にされていない。現実的力は何のように判断されるのであろうか。現実的力の備給がどのような経路で達成されるのであろうか。現実的力が現実的であるというのであれば、少なくとも一般的ではなく、具体的類型化の検証が実証的・説得的に為される必要がある。性行為において、男性は一般的に侵攻的である、とされるが、その侵攻性の意味・内容は何か。実感としては、或いは社会通念的に受容され易い紋切型であろうが、実証的に受け入れるのにためらいが生ずるのを禁じえない。批判が一方的であり、極めて信念に満ちたものであるとき、そこには党派・宗派の戦術が提出されているのが歴史的教訓であった。それは、意味のあることが多く、それなりの根拠も認められるけれども、手段選択において誤ることがある。或いは、故意に誤ることも戦術なのかもしれないが。兎も角、その内幕は外部からは不透明であ

説  
ることが、自己権力の問題を生ぜしめ、人間関係への不本意な圧迫、不必要な緊張・身体病因を生ぜしめ、本来のその人間の前提とも抵触するのではないか、と最も危惧する。それでもよいという方向は、むしろそのような「弱い」人間性を淘汰し、「強い」人種形成の前哨戦と考えられているのか、とも推量される。そのようなこともありうべきことと理解されるが、その絶対化は、美的世界理念に反する。

我々は、社会の中にある、特異ではなく一般的な男性の性的攻撃性という現実を認識すべきである。とすすめられる。それがどのように認識されたか、推定するのは困難ではないが、ここでは、その認識の意味・内容に疑問がつきまとう。それは、意識のことなのであろうか。ある一定の意識を有する者には、自らそのような現実が可視的になるのであろうか。というのも、歴史上には階級意識というものがはなはだしく論議されたことがある。階級意識をもつた者には階級対立が現実のものとして見えてくるのか、現実には階級対立が存するから、自らその事実を認識することから階級意識は育つのか、その他の道筋があるのか、と。又、愛国心とか民族意識とかいう抽象的觀念についても同じようである。事実としては、性的に「攻撃的」な男性もいるであろうし、性的に「攻撃的」でない男性もいるであろう。その他、ありとあらゆる度合、態様の存在形態が想像される、ということしかわからない。兎も角、検証することはむずかしい。多くの手掛りが確かに存するが、その資料の評価分析は極めて慎重な考察を要する作業である、としか言えない。そうすると、先の主張は、本質上所謂単なる主張であり、モラルの表白である、ということであるか。そうだとするのであれば、それなりに明瞭となり、それなりの手順で取り扱えばよい、ということになる。(31)

オルセンは、繰り返し男女の現実的同等性を多様に鋭く主張する。ジエンダーは現実に不平等である、という社会的事実を認めないのは、政治的にジエンダー差別に手をかすことになる、と批判する。マイケルM判決の場合、事実としてマイケルがシャロンを強姦した、というところに注目しなくてはならない。(32)とする。自由主義法学者は、性



交渉の神秘化に加担するものである。男女の性交渉は現実には対等な相互作用でないのに、恰もそれが対等であるかのように扱う点に落度がある。対等でないのに対等であると装うことは、女性から対抗措置への行動の理由を奪うものである、と痛罵する。早すぎる性的活動が男性に及ぼす害と女性に及ぼす害とが基本的に類似する、とみるのは不当である。両者は基本的に違う、とみるべきである。男性の強制的主導性は、異例とまではなく、一般的女性のあり方の規範とされるものとみるべきである。男性と女性との間の性行為は程度の差はあれ、不平等であり、強制されたものである、というのが現実である、と繰り返し主張される。<sup>(23)</sup> 異性愛行動は、現代社会において任意的であるのは希である。性行為は男性によって女性に加えられるのが通例である。集団としての女性は、集団としての男性によって組織的に支配されている。これは、エロティシズムとかセクシーといった民衆的観念の中に深く組み入れられている、<sup>(24)</sup>と。異性愛性交の中には、現実的な権力関係の不平等が存在する。男性が権力を行使し、女性は不本意ながらそれを受容するのが通例である、との主張は、一体誰を非難するものであろうか。公式的なラディカルを含めて、「進歩主義者」の陥り易い罠に落ち込んでいるのか。意図的に、言わば悪意で、あえて公正の理念を無視して一撃痛を加えることは有効性をもちえない、という情勢判断を下しているものであろう。それだけでも相当のエネルギーを要することである。相当の意識の集中力と、論理的尖鋭さ、事実の集約力が要求されることは必然的であろう。その一方の上昇には、同時に常人の意識よりの乖離が現われる。常人の意識への同調の手続が構想されていない思想というもの、全面的思想とは言い難い。そのような視点からすれば、声高く主張されるところには重要な点はない、と考えた方がよいであろう。併し、全く重要でない、というのではない。それなりの地平では全く重要な作用を及ぼすものである。フェミニストの権利分析は、一般的に男性と女性との間に相違は存在しない、と想定し、男性が有しているのと同じの権利を女性に提供することによって女性を發展させよう、と企図する。性的な事態についても、男性

説は必ずしも性的攻撃者ではないと想定し、男性と同様に女性に性的行為へ参加するのを許容することによって、女性を進歩させようと企図する。権利分析は、平等処遇を求める。これは、それなりに公正観を満足させる。これに対し、一群のフェミニストは、逆に女性の特別処遇を要求する。現実には性的場面で力を欠落しているから、法制度が

特別の保護を提供するのをむしろ援用し、それによって対等の力を確保しなければならない、と主張する。性的自由は、男性による女性の搾取の自由へと転化する。他方、性的なものへの社会統制は、先ず第一に女性にかぶさる。従って、これら両者を克服する戦術が要求される。というのは、推論として筋道は通っている。併し、事実の推移及び現実の意味変容の認識・評価は別である。

「リベラル・リーガリズム」は如何に超えられるか。抽象的な権利分析の議論へと自己目標を適合させようとする無駄な試みをやめて、現実<sup>(註)</sup>に欲するところのものがあるがままに欲すべきである、というのがマッキノンに続くフェミニスト法学者の構想である。性差別法定強姦法<sup>(註)</sup>についても、それを若い女性への権限の付与として、権力エネルギーの備給として、とらえるべきである<sup>(註)</sup>とする。批判的方法是、高く評価すべきであるが、実践的結論はそのまま受容することはできない。そして、その分だけブレナン判事の平等思想が高く評価されることになり、結果的に、性中立的 statutory rape law が法形式として承認されざるをえない、ということになる。

なお、以上の考察は、我が国の同種法制を検討する際にも、基本的に妥当するであろう。

#### 注

- (一) John Gallagher, "The Constitutionality of Gender-Based Statutory Rape Laws," 16 Suffolk U. L. Rev. 129, 131 (1982); Michael M. v. Superior Court of Sonoma County, 450 U. S. 462, 101S. Ct. 1200, 1217n.9 (1981); Frances Olsen, "Statutory Rape," 63 Texas L. Rev. 387, 403-04 (1981); Eidson, "The Constitutionality of Statutory Rape La-

- wa, "27 UCLA L. Rev. 757, 762 (1980) : Myers, "Reasonable Mistake of Age: A Needed Defense to Statutory Rape," 64 Mich. L. Rev. 105, 109 (1966).
- (2) Myers, supra. 以下「強姦 statutory rape を法定強姦と仮訳し」forcible rape を通姦強姦と仮訳する。
- (3) John Gallagher, supra note 1, at 131n. 16.
- (4) 101 S. Ct. 1200, at 1217n. 9 (1981).
- (5) Id. ノーマン・ストーンは「一三歳未満の女性との性交渉の処罰を (espousal (違背罪) と類別) する。4 W. Blackstone, Commentaries 212.
- (6) The Common Informers Act, 18 Eliz. 1, ch. 7 (1576) : 101 S. Ct. 1217n. 9.
- (7) Myers, supra note 1, at 110 ; Provost, "Statutory Rape : A Growing Liberalization," 18 S. C. L. Rev. 254, 255 (1966) ; J. Gallagher, supra note 1, at 131 n. 19.
- (8) 英国でも、その後同意年齢は一三歳に引き上げられ、更に一八八五年には一六歳に引き上げるための法案が議会で提案された。Olsen, supra note 1, at 402-03.
- (9) カリフォルニア州では、一八五〇年に一〇歳未満の女性との性交渉を禁止する法律が制定された。それは、一〇歳未満の女性は性交渉に同意する能力を有しない、という既定の原則を具体化したものであった。一八八九年に一四歳となり、一八九七年には一六歳、一九一三年に一八歳にまで引き上げられ、今日に至るまで、101 S. Ct. 1200, at 1217n. 9.
- (10) Olsen, supra note 1, at 402-03.
- (11) Gorham, "The Maiden Tribute of Modern Babylon" Re-examined : Child Prostitution and the Idea of Childhood in Late-Victorian England," 21 Victorian Stud. 353, 357 (1978) ; Olsen, supra note 1, at 403n. 72.
- (12) Olsen, supra note 1, at 403 n. 75.
- (13) Id. at 403.
- (14) Walkowitz, "The Politics of Prostitution," Women : Sex and Sexuality (Stimpson & Person eds. 1980) 145, 146-48, cited in Olsen, supra note 1, at 403.
- (15) Olsen, supra note 1, at 404.





- (32) 但「サキキローセン」の制定法が、同意の上で婚姻外子をいへたことに対して男性のみを処罰しているのは違憲である。と主張されたことはある。Commonwealth v. McKenzie, 334 N. E. 2d 613 (Mass. 1975).
- (33) Meloon v. Helgemoe, 564 F. 2d 602 (1st Cir. 1977), cert. denied, 436 U. S. 950 (1978).
- (34) この後、シモンダー中立法に変わった。それによれば、何人であれ一三歳未満の者と性交を行えば重罪に問われる。Id.
- (35) Eldson, supra note 1, at 791-92; Lawrence Lichman, supra note 25, at 763; Robert Lowe, infra note 92, at 778; Thomas Sisson (Note), "Meloon v. Helgemoe," 10 St. Mary's L. J. 320, 326 (1978).
- (36) State v. Meloon: 366 A. 2d 1176 (N. H. 1976).
- (37) Id. at 1177.
- (38) 564 F. 2d at 603.
- (39) Reed v. Reed, 92 S. Ct. 251 (1971); Frontiero v. Richardson, 93 S. Ct. 1764 (1973).
- (40) See Craig v. Boren, 97S. Ct. 451 (1976).
- (41) Meloon v. Helgemoe, 564 F. 2d 602, 604-05 (1977).
- (42) Id. at 605.
- (43) Id. at 606.
- (44) Id. at 608.
- (45) Id. at 607.
- (46) 同判決は、当時適用可能であった様々の基準を調和させようとする試みであった、と評される。Thomas Sisson supra note 35, at 327. それまで諸裁判所は、緩やかな合理的基礎基準を適用して、売春、通常強姦及び法定強姦に関するシモンダー差別法を支持して来た。売春については、例えば Sumpter v. State 306 N. E. 2d 95, 100-01 (Ind. 1974); Wilson v. State, 278 N. E. 2d 569, 571 (Ind. 1972); State v. Merita, 210 N. W. 2d 741, 743 (Wis. 1973) 參照。ハーヤンン事件では、De Bruler 判事は反対意見を書き、シモンダーに基づく差別のための正当根拠などはない、と述べた。278 N. E. 2d 569, 572-73. シモンダー中立的な売春制定法が存在する場合でさえ、裁判所は、女性のみを逮捕するような法強制の仕方をして合理的なものとして認められる、と決定するかもしれない。U. S. v. Wilson, 342 A. 2d 27, 30 (D. C. 1975).

- 侵害保護の「リブレ」および「ペイズ」 State v. Price, 529 P. 2d 85, 89 (Kan. 1974); Brooks v. State, 330A. 2d 670, 673 (Md. 1975); Finley v. State, 527 S. W. 2d 553, 556 (Tex. 1975) 参照。
- (47) Rundlett v. Oliver, 607 F. 2d 495 (1st Cir. 1979).
- (48) ジンクスニキ一差別法は「一九七六年にシンクスニキ一中央法に改めた。 Id. at 496 n. 1.
- (49) Id. at 498.
- (50) Id. at 501-02.
- (51) Id. at 503.
- (52) Id. at 504.
- (53) Id. at 506. 多数意見は「証拠提出の有無の問題の如くに言っているが、被告人の行為態様の相違によって両判決を説明しようとするべきである。 Eidsen, supra note 1, at 792-93.
- (54) U. S. v. Hicks, 625 F. 2d 216 (9th Cir. 1980).
- (55) 妻以外の十六歳未満の女性と性交接をもちた者を処罰する。 See Note, "Gender-Based Statutory Rape Provision Held Invalid: United States v. Hicks," 59 Washington U. L. Q. 310n. 2.
- (56) 修正第五条の適正手続条項は「連邦政府が法の平等な保護を否定する行為を禁止する。 See Vance v. Bradley, 98S. Ct. 939, 942n. 1 (1979); Weinberger v. Weisenfeld, 95S. Ct. 1225, 1228 n. 2 (1975). 修正第一四条は州の活動に対して同様の保護を規定する。
- (57) 625 F. 2d 216, 218.
- (58) Craig v. Boren, 97 S. Ct. 451 (1976).
- (59) 625 F. 2d 216, 218-19.
- (60) Id. at 220.
- (61) Id. at 221.
- (62) See Note, supra note 55, at 317. 多くの裁判所は「因襲的分析に慣れて、制定法の目的の重要性を考慮しはするが、そのために採用された差別的手段とその目的達成との間の実体的な関係の評価を無視ないし軽視することが多い。 Acosta

- v. State, 417 A. 2d 373, 375 (1980).
- (63) *Navedo v. Preisser*, 630 F. 2d 636 (8th Cir. 1980).
- (64) 問題の法は、二五歳以上の者が一七歳未満の女性と性交渉をもつことを処罰するものであるが、一九七八年に改正され、シモンキー中だけのものであった。Id. at 641 n. 12.
- (65) Id. at 638.
- (66) Id. at 640. 裁判所は、「この種の法律を弁護するために述べられたり得る妊娠原理は、本当に怪しいものがある、という。妊娠は、両性を区別する根本的特性であり、殆どあらゆるシモンキー差別立法の弁護のために利用可能なあと知恵の入れものとして用いられることがあからずかであるから、警戒すべきだ」と。
- (67) *People v. Whidden*, 434 N. Y. S. 2d 936 (1980).
- (68) 423 N. Y. S. 2d 512.
- (69) 434 N. Y. S. 2d at 937.
- (70) Id. at 938.
- (71) Id.
- (72) Id.
- (73) Id. at 939.
- (74) Id.
- (75) 97 S. Ct. 451.
- (76) 97 S. Ct. 1192.
- (77) Cf. *Edison*, supra note 1, at 774.
- (78) 434 N. Y. S. 2d at 940.
- (79) Id. at 940-41.
- (80) Cf. *Lawrence Lichtman*, supra note 25, at 765-67.
- (81) See *Williamson v. Lee Optical*, 75 S. Ct. 461, 465 (1955).





- (95) 同法典によれば、不法な性交渉とは、妻以外の一八歳未満の女性との間で行われる性行為をいふ。Srinol Rousseau, *supra* note 92, at 943n. 1; Leslie G. Landau, *supra* note 92, at 1109n. 7.
- (96) 601 P. 2d 572, 574.
- (97) 101 S. Ct. 1200, at 1203.
- (98) 601 P. 2d 572, at 575.
- (98) *Id.* at 575-76.
- (99) *Id.* at 577.
- (100) *Id.* at 577-78.
- (100) *Id.* at 579.
- (101) *People v. Verdegreen*, 39P. 607, 608 (1895); *People v. Lourintz*, 46 P. 613 (1896).
- (101) *People v. Hernandez*, 393P. 2d 673, 674 (1964).
- (101) 601 P. 2d 572, at 580.
- (101) *Id.* Also see *Tatro v. State*, 372 So. 2d 283 (Miss. 1979) (一四歳未満の者を性的に愛撫する行為が、男性よりも重罪であるが、女性よりも軽い罪である。よつて、制定法は平等保護条項に違反する。); *Commonwealth v. Mackenzie*, 334 N. E. 2d 613 (Mass. 1975) (婚姻外で子供をつくる行為が父親にとっては軽罪となるが、母親にとっては軽罪とならない。よつて、制定法は平等保護条項に違反する。).
- (101) 601 P. 2d, at 581.
- (101) *Id.*
- (101) *Id.* at 582.
- (111) *Id.* at 583. この見地から、それまでの進歩派の立場と同調するものである。シェンダー差別的法定強姦法は、不完全且つ不満足な保護しか提供しなかつたといふばかりでなく、それは有害で偽善的な二重の性道徳基準に支柱を提供する、とのカノヴァンの見解が引用される。Leo Kanowitz, *Women and The Law: The Unfinished Revolution* 25 (1969).
- (111) 601 P. 2d, at 583. Also see Kenneth Karst, "The Supreme Court 1976 Term Foreword: Equal Citizenship Under

- The Fourteenth Amendment," 91 Harv. L. Rev. 1 (1977); Linda Waits, *supra* note 25, (母子妊娠の提案)
- (112) 92 S. Ct. 251 (1971). (正新な州の目的との公正且つ実体的関係の存在)
- (113) 97 S. Ct. 451 (1976). (重課な経済的負担と実体的関係の存在)
- (114) 101 S. Ct. 1200, at 1204.
- (115) U. S. v. O' Brien, 88 S. Ct. 1673, 1682-83 (1968) (憲法の動機目的の介入審査は固有の事象である); Palmer v. Thompson, 91S. Ct. 1940, 1944(1971) (憲法の制限目的の介入審査は固有の事象である); Arlington Heights v. Metropolitan Housing Dev. Corp., 97 S. Ct. 555, 563 (1977); McGinnis v. Royster, 93 S. Ct. 1055, 1062-63 (1973).
- (116) 101 S. Ct. at 1205.
- (117) *Id.* at 1205 n. 3.
- (118) *Id.* at 1205 n. 4. Bennett & Bardon, "The Effects of a School Program on Teenager Mothers and Their Children," 47 Am. J. Orthopsychiatry 671 (1977); Phipps-Yonas, "Teenage Pregnancy and Motherhood," 50 Am. J. Orthopsychiatry 403, 414 (1980).
- (119) 101 S. Ct. at 1205 n. 5.
- (120) *Id.* at 1205-06.
- (121) *Id.*
- (122) *Id.* at 1206-07 n. 10.
- (123) この補償的経済観は「人種問題等について裁判所の採るべきの立場であった。」
- (124) Frontiero v. Richardson, 93 S. Ct. 1764, 1772 (1973).
- (125) Orr v. Orr, 93 S. Ct. at 1114.
- (126) 101 S. Ct. at 1208.
- (127) *Id.* at 1209. Also see Califano v. Webster, 97 S. Ct. 1192, 1194-95; Schlesinger v. Ballard, 95 S. Ct. 572.
- (128) 101 S. Ct. at 1209.

(22) Jaffe et al., "Sexual Abuse of Children," 129 Am. J. of Diseases of Children 689, 690 (1975) ; Orr & Prieto, "Emergency Management of Sexually Abused Children," 133 Am. J. of Diseases of Children 630 (1979) ; 101 S. Ct. at 1209 n. 8.

(30) 101 S. Ct. at 1210 n. 9.

(31) See e. g. Phipps-Yonns, supra note 118, at 412.

(32) H. L. v. Matheson, 101 S. Ct. 1164 (1981). 多数意見は、妊娠した未成年者の親に通知することなしに行われる医師の堕胎手術を禁止するミタ州の制定法は合憲である、とした。そこでは、ブラックマン判事は、ブレナン判事と共にパーソンナル判事の反対意見を同調した。

(33) 101 S. Ct. at 1211.

(34) Id. at 1212-13.

(35) Id. at 1214.

(36) Id. at 1214 n. 2.

(37) Id. at 1215.

(38) フリゾナ、フロリダ、イリノイは、合意性交に対して未成年男女の訴追を認めていた。カンサス、マサチューセッツ、ミシガン、モンタナ、ニュー・ハンプシャー、テネシー、ユタ、ヴァージニアは、合意性交者の一方が一六歳未満であると<sup>40</sup>両当事者が訴追されることを認めていた。101 S. Ct. at 1216 n. 6.

(39) 101 S. Ct. at 1216 n. 7.

(40) 例えば、一八歳未満者との鶏姦及び口唇性交を禁止する法条。

(41) 101 S. Ct. at 1216 n. 8.

(42) Id. at 1216-17.

(43) Id. at 1217-18.

(44) Id. at 1215 n. 5. 本件の場合がそのようなブライ・シー上の異議を締め出すものではない。See Eisenstadt v. Baird, 92 S. Ct. 1029, 1038 (1972) (子供を産むかどうかの決定の自由) ; Carey v. Population Services International, 97 S. Ct.

2010, 2020-25 (1977) (未成年者も生殖に影響を与えたる決定との関連でフライバシーの権利を享受する)。多数意見は反対のこの点を示唆するべきであろうけれども、未成年者間の合意上の性的交渉を犯罪とするために州当局が妊娠予防という根拠に依拠しうるかどうかは未解決の事柄である。』

- (14) 101 S. Ct. at 1218.
- (16) *Id.* at 1218 n. 1; 97 S. Ct. 2010, 2031.
- (17) 101 S. Ct. at 1218; 97 S. Ct. at 2030.
- (18) 101 S. Ct. at 1219-20.
- (19) *Id.* at 1220-21. Also see Note, "Justice Stevens' Equal Protection Jurisprudence," 100Harv. L. Rev. 1146(1987).
- (20) Leslie Landau, *supra* note 92, at 1109-10.
- (21) *Id.* at 1126.
- (22) *Id.* at 1127.
- (23) Srinoi Rousseau, *supra* note 92, at 947-48.
- (24) Lawrence Lichman, *supra* note 25, at 776-77.
- (25) John Gallagher, *supra* note 1, at 141.
- (26) *Id.*
- (27) *Id.* at 141-42.
- (28) *Id.* at 142-43.
- (29) Robert Lowe, *supra* note 92, at 793.
- (30) Brenda Swierenga, "Still Newer Equal Protection: Impermissible Purpose Review In The 1984 Term," 53 U. Chicago L. Rev. 1454, 1455 (1986); Gerald Gunther, "Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection," 86 Harv. L. Rev. 1, 8 (1972). 本論文は、従来の合理的差別禁止基準の適用に代わって、より厳格な平等保護の基準を適用するべきであるという主張を支持するものである。
- (31) *Morey v. Dowd*, 354 U. S. 457, 469, 77 S. Ct. 1344(1957); Brenda Swierenga, *supra* at 1455 n. 3.

- (12) Gunther, *supra* note 160, at 8.
- (13) Levy v. Louisiana, 88 S. Ct. 1509 (1968); Glona v. American Guarantee Co., 88 S. Ct. 1512 (1968); Harper v. Virginia Bd. of Elections, 86 S. Ct. 1079, 1082 (1966).
- (14) Dandridge v. Williams, 90 S. Ct. 1153, 1160-62 (1970).
- (15) Robert Bennett, "Mere Rationality in Constitutional Law: Judicial Review and Democratic Theory," 67 Cal. L. Rev. 1049, 1054-55 n. 31; Gunther, *supra* note 160, at 12-20; Brenda Swierenga, *supra* note 160, at 1457 n. 9.
- (16) Craig v. Boren, 429 U. S. 190, 197, 97 S. Ct. 451, 457 (1976).
- (17) Brenda Swierenga, *supra* note 160, at 1457.
- (18) Craig v. Boren, 429 U. S. at 221, 97 S. Ct. at 469. (Rehnquist, dissenting); Richard Seaburger, "The Middle of the Middle Tier: The Coming Crisis in Equal Protection," 48 Mo. L. Rev. 587, 615-16 (1983) (これを政策選擇として抑制が利かなく、最高裁判内分派を生み出す。最高裁は尊敬の念及び制度的獨立性を損なわれる。); E. A. Hull, "Sex Discrimination and the Equal Protection Clause," 30 Syracuse L. Rev. 639, 671 (1979) (この適用結果は半面が、この。所与の差別が重要な統治利益を増進するか、どうか、それに実体的に関連づけられるか、どうかは主観的決断に任される。); Note, "Refining the Methods of Middle-Tier Scrutiny: A New Proposal for Equal Protection," 76 Tex. L. Rev. 1501, 1504 (1983) (これを程度々限脱した、自ら矛盾した判決を生み出した。)
- (19) 制定法の差別が正当な目的に合理的に関連づけられることを要求する場合は二つの問題が指摘される。第一に、統治目的がどのように確認され、その目的の正当なものとどのように判断されるか、である。第二に、合理的関係とは何か、とどういふのである。Swierenga, *supra* note 160, at 1458 n. 13. 平等保護法における目的・手段関係を最初に包括的に分析したものである。Tusman & tenBroek, "The Equal Protection of the Laws," 37 Cal. L. Rev. 341 (1949). その中には立法目的の確認、評価する上での困難さが認識され、かつ、合理性の要求は可能であり、必要である、と結論づけられた。Id. at 365-80. 一九七〇年代初め頃から、合理性を要求する考え方を疑問視する見解がしきりに展開されるようになった。John Hart Ely, "Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law," 79 Yale L. J. 1205 (1970); Robert Bork, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems," 47 Ind. L. J. 1 (1971) (後

- 法問題と裁判所が個人の価値観を加えることに関する注(19)；Note, "Legislative Purpose, Rationality and Equal Protection," 82 Yale L. J. 123 (1972)；Richard Posner, "The DeFunis Case and the Constitutionality of Preferential Treatment of Racial Minorities," 1974 S. C. Rev. 1, 27-29 (憲法裁判所が種族問題の權力闘争をめぐって決定したその結果を論議する注(20)；Hans Linde, "Due Process of Lawmaking," 55 Neb. L. Rev. 197, 201-22 (1976) (憲法裁判所が種族問題の理由づけの困難さを懸念した注(21)；Frank Michelman, "Politics and Values or What's Really Wrong with Rationality Review," 13 Creighton L. Rev. 487 (1979) (憲法裁判所が種族問題の解決をめぐって Rationality Perry, "Modern Equal Protection: A Conceptualization and Appraisal," 79 Colum. L. Rev. 1023, 1067-74 (1979) (種族問題の解決をめぐって種族平等保護論争の注(22)；Michael Perry, "The Structure of Blackstone's Commentaries," 28 Buffalo L. Rev. 205, 211-13 (1979)；Singer, "The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld," 1982 Wis. L. Rev. 975, 980-84；Hines, "Privilege, Malice, and Intent," 8 Harv. L. Rev. 146 (1894).
- (19) Olsen, *supra* note 1, at 388.
- (20) Klare, "Labor Law as Ideology," 4 Indus. Rel. L. J. 450, 478 (1981).
- (21) Dalton, Book Review, 6 Harv. Women's L. J. 229, 235 (1983).
- (22) Kennedy, "Critical Labor Law Theory," 4 Indus. Rel. L. J. 503, 506 (1981).
- (23) Fiss, "Objectivity and Interpretation," 34 Stan. L. Rev. 739, 740-41 (1982)；Levinson, Book Review, 96 Harv. L. Rev. 1466, 1470 (1983).
- (24) Sparer, "Fundamental Human Rights, Legal Entitlements, and the Social Struggle," 36 Stan. L. Rev. 509 (1984).
- (25) Levinson, Book Review, 96 Harv. L. Rev. 1466, 1470.
- (26) *Id.* at 1469.
- (27) Kennedy, *supra* note 174, at 505.
- (28) Lynd, "Government Without Rights: The Labor Law Vision of Archibald Cox," 4 Indus. Rel. L. J. 483, 494

- (1981).
- (181) Frances Olsen, *supra* note 1, at 389-90.
- (182) その論争を弱々に見る立場もあつたし、むしろ強々を見る立場もあつた。
- (183) Olsen, *supra* note 1, at 390.
- (184) Ann E. Freedman, "Sex Equality, Sex Differences, and the Supreme Court," 92 *Yale L. J.* 913, 915 (1983).
- (185) *Id.* at 916 n. 10.
- (186) 周知の通り、立法・判例は広範にわたる。*Id.* at 916 n. 11, 12.
- (187) 厳格審査を獲得するに最高裁の努力の最高水位は *Frontiero v. Richardson*, 93 S. Ct. 1761 (1973) (plurality opinion) に思はれた。平等権利修正のこの部分のこの点。Brown, Emerson, Falk & Freedman, "The Equal Rights Amendment," 80 *Yale L. J.* 871 (1971).
- (188) Frances Olsen, *supra* note 1, at 421.
- (189) トイケルM最高裁判決以前にも、性差別的法定強姦法の利用価値を示唆するノヒュリスと持った。Nadine Taub, *Book Review*, 80 *Colum. L. Rev.* 1686 (1980).
- (190) *Id.* at 1691.
- (191) Frances Olsen, *supra* note 1, at 422.
- (192) Taubの「ヒューリス」の立場の可能性は、基本的にはリライアントな立場に終つた。Taub & Schneider, "Perspectives on Women's Subordination and the Role of Law," in *The Politics of Law* 117, 132-35 (D.Kairys ed. 1982) cited in Frances Olsen, *supra* note 1, at 422n. 163, 165.
- (193) Mackinnon, "Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence," 8 *Signs: J. Women in Culture & Soc'y* 635, 650 (1983).
- (194) Mackinnon, "Introduction," 10 *Cap. U. L. Rev.* i, vi n. 21 (1981) cited in Olsen, *supra* note 1, at 421n. 161.
- (195) Ann Freedman, *supra* note 184, at 955-57.
- (196) *Id.* at 957.



- (197) *Id.* at 931.
- (198) *Id.* at 932.
- (199) *Id.*
- (200) *Id.* at 932, 957.
- (201) *Id.* at 957.
- (202) *Id.* at 956.
- (203) *Id.* at 931-60.
- (204) Frances Olsen, *supra* note 1, at 426 n. 188.
- (205) Ann Freedman, *supra* note 184, at 959-60.
- (206) Wendy Williams, "The Equality Crisis: Some Reflections on Culture, Courts, and Feminism," 8 *Women's Res. J. Rep.* 175, 185-88 (1982).
- (207) Rostker v. Goldberg, 453 U. S. 57, 101 S. Ct. 2646 (1981).
- (208) Williams, *supra* note 206, at 185.
- (209) Frances Olsen, *supra* note 1, at 423 n. 168.
- (210) Williams, *supra* note 206, at 187.
- (211) *Id.*
- (212) Olsen, *supra* note 1, at 423-24.
- (213) Williams, *supra* note 206, at 189. Cf. Kenneth L. Karst, "Women's Constitution," 1984 *Duke L. J.* 447, 469n. 97.
- (214) Williams, *supra* note 206, at 190.
- (215) *Id.* at 189-90.
- (216) *Id.* の註(1)及び「オルセンは、ワイリアムスは正しい」と信するけれども、重要な点で異なっている」とする。Olsen, *supra* note 1, at 424 n. 176. 又、同法は女性に徴兵拒絶者となる機会を否定するから異議がある、というのではなく、女性を同法から排除する、又は、結局徴兵制度を肯定する不必要で破壊的な法の制定を容易にするから異議があるのだ、とする。

Olsen, "The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform," 96 Harv. L. Rev. 1497, 1557 n. 235 (1983).

(217) Olsen, *supra* note 1, at 414.

(218) *Id.* at 414-15.

(219) *Id.* at 416-17.

(220) *Id.* at 417 n. 139.

(221) *Id.* at 419.

(222) *Id.* at 419 n. 147.

(223) *Id.* at 419.

(224) *Id.* at 419-20.

(225) 絶対的平等主義のブレナン判事も、ラディカル・フェミニストからは、むしろ現実を糊塗する卑怯者と映らざるをえなかったであろうか。

(226) *Id.* at 420. ラディカル・フェミニストは、本来同盟していいものを最も酷評し、本来最も対立破壊すべきものと協和している、この印象を受ける。その際また想起されるのは、一般的に人は自分の意見の通り易い方になびき易いほどに外界の影響にさらされ易い、ということである。そこに多くのものが介入してきた、というのが歴史的事実である。そこに分派・党派も生まれよう。違和するものを無視し、排除し、半ば無知から、半ば使命感から心的攻撃も繰り返されよう。その際の名分が社会道徳であり、社会衛生であり、歴史の必然性であったりするかもしれない。本来これらの概念こそ迷惑であろう。現代に至るまで、真面目にそれらの真正さを信じてきたような者にとつて、充頓過剰で、腐敗し始めた、と感じられたとしても不思議なことではない。僅かに考えられうる対応は、暫時、泣かず、呪わず、ただ理解することである。これによって、少なくとも人間の可能性を抑圧することだけは避けられよう。しかも個人の想像力の自律的自由さが保障されうる。

(227) *Id.* at 422 n. 164.

(228) *Id.* at 424. マッキノンとは、「無力な人々は、特に自分の行動の結果に対して殆ど制御を有しない」と思う」と述べている。Mackinnon, "Feminist Discourse, Moral Values, and the Law: A Conversation," 34 Buffalo L. Rev. 11, 71 (1985).

- (229) Olsen, *supra* note 1, at 424.
- (230) 寡聞ながら、マッキノン氏は、若干の事実を提供している。その認識によると、少女の四割弱は、その家族単位の中で年長男性によって性的に酷使されたこと。少年の場合は一割であったこと。四割強の女性が、夫婦強姦を含め、通常の法律用語で「強姦されたか」、強姦未遂の被害者であったこと。全女性の八割以上が職場で性的に困った状態にいるか、そういう状態に陥った「ユカセ」か。Mackinnon, *supra* note 228, at 26. Cf. Russell, "The Incidence and Prevalence of Intrafamilial and Extrafamilial Sexual Abuse of Female Children," 7 *Child Abuse & Neglect* 137 (1983).
- (231) Olsen, *supra* note 1, at 425.
- (232) *Id.* at 426.
- (233) *Id.* at 427.
- (234) *Id.* at 427-28; Mackinnon, "Not a Moral Issue," 2 *Yale L. & Pol'y Rev.* 321, 342-45 (1984).
- (235) Olsen, *supra* note 1, at 430.
- (236) *Id.* at 431.