

家族法をめぐる新たな批判的言説

——イギリス法を中心として——

石 堂 典 秀

1 家族法をとりまく状況

ポスト近代、ポストモダニズム、脱構築主義など様々にラベリングされる近代に対する批判的言説が、ここ十数年の間に学際的に広がりを見せてきている。これら批判的言説を敢えて単純化し、法の世界に持ち込むならば、近代法が前提としてきた自由な個人という主体概念が根本から挑戦を受けているといえる。これらによれば、個人が主体的に思考し、活動し、決定しているという前提は実は「神話」であり、何らかの外部的影響を受けながら、無意識のう

ちに個人はその意識や活動を決定づけられているというのである。その結果、このような個人の構築する真実の主張や知の体系についても懐疑的な見解が寄せられている。¹⁾

そのため、最近、家族法の領域でも、婚姻の自由、夫婦の平等、親子関係、子どもの福祉、子どもの権利といったものの「神話性」を問題する議論が登場してきている。さらに、イギリスにおいては、アメリカの批判的法学研究(Critical Legal Studies; 以下 CLS と呼ぶ)の影響を受けたなかで、複雑な様相を呈している。²⁾ この CLS は、周知の通り、リアリズム法学による法の形式主義批判を継承し、さらにラディカルなものとされる。もっとも、各論者により主眼点が異なり、一貫した論調であるとはいえないが、自由主義のイデオロギー性を批判するなかで、法の確定性、法の中立性および客観性、非政治性をことごとく否定していくものといえる。イギリスにおける家族法研究者の一部においては、必ずしもこれら理論的立場や主義主張を踏襲しているわけではないが、これら批判的言説をいかに家族法研究に取り込み、展開していくのかという理論的・方法論的課題として認識されてきている。

このような理論的問題とともに、イギリス家族法の状況を複雑化させてきているのは、現実の家族形態の変容とこれにともなう深刻な諸問題の現出であろう。ところで、家族法の示す「家族」とは、いったいどのような家族なのであろうか。³⁾ 基本的には、婚姻関係から形成される家族を想定し、これをモデルに家族法が形成されてきた。そのため、このモデルに合致しない家族は、社会保障法、年金法、税法、労働法などの他の法領域で、さらには家族政策などで扱われてきたといえる。その意味では、各法領域ごとで「家族」(夫婦関係、親子関係などの)概念は異なり、法的救済の面で顕著にその問題が現われてきた。しかし、いまやイギリスでは、婚姻家族形態が一般的モデルとして機能を果たせない状況となっている。例えば同棲、別居、単親家庭、再婚による複合家族、同性家庭、養子家庭、さらには、人工生殖技術の発展による血縁関係の複雑化した家族形態、そして地方自治体による児童ケア(里親家庭)まで

様々である。したがって、現在のこのような多様化した家族形態の増大は、家族法という概念に変容を迫ってきているといえるのではないか。⁴⁾

このようななか、イギリスでは、一九八九年に児童法 (Children Act, 1989 (c:41)) が制定され、離婚後でも親は親であり続けるという「親責任」が導入され、これを受けた形で、親の扶養義務を国家 (行政) によって強制する目的で一九九一年に児童扶養法 (Child Support Act, 1991 (c:48)) が制定された。さらに、一九九六年家族法改正法 (Family Law Reform Act, 1996 (c:27)) では、離婚時における財産分与の権利を同棲者にも認めたりするように、「家族」概念に変化がみられはじめている。その一方で、このような一連の法改正の背後には、いわゆる脱法化の傾向がみられる。一九八九年の児童法では離婚時の親の合意を優先し、一九九一年の児童扶養法では子どもの扶養料算定の権限を裁判所から行政へ移行させており、また一九九六年の家族法改正法では、離婚当事者の調停とカウンセリングに力点がおかれている。そこには、従来、法の支配を担ってきた裁判所から当事者を引き離すコスト論や、また裁判所システムの対審制・形式主義に対する批判や、これまで裁判官に付与されてきた裁量システムによる法の不確定性の問題など、法のもつ問題性がそこに顕現化してきているともいえる。このような脱法化の試みのもつインパクトもまた家族法研究では検証する必要がある。

そして近年、イギリスにおける家族をめぐる問題としては、ドメスティック・バイオレンス、児童虐待、青少年犯罪、母子家庭の貧困、労働市場における女性の差別的処遇、家庭内での家事労働評価などの多岐にわたる。そこでは、特に、問題の原因を家族に帰因させる「家族の危機」とか「家族の失敗」という、論調もみられる。しかしながら、このような背景には、健全に機能している家族が問題のある家族に對置されて、ある特定の理想的な家族のイメージが介在しているともいえる。そのため、その理想ないしイメージに囚われることが家族をとりまく問題の源泉となっ

ているだとする主張もなされている。また、家族の問題といっても、その問題の位相は、個人によって異なっているのではなからうか。たとえば、女性にとっては、婚姻や出産による労働(社会)の断絶性が強いために、離婚というインパクト(自身の扶養の問題、子どものケアの問題、社会保障への依存)も相当な影響を与えることになる。このため、離婚訴訟を扱う裁判所は、子どもの居所、財産配分、扶養の問題は、解決することができても、女性の経済的自立(たとえば、労働市場への復帰)はその範疇外とならざるをえない。その結果、離婚後の母子家庭の社会保障への依存を防止することは、困難となる。そこでは、その後の経済的・社会的生活の問題が離婚という家族問題の解決のみでは解決に至らない場合があるということである。また、子どもにとっては、離婚時に自己決定権として、自己と暮らす親を意思表示することが求められるケースもあるが、そのどちらかを選択する権利というのは、相当なストレスを子どもに課すことになる。これは、自己決定権という法的権利のもつ予期されない効果の一つであろう。

現行の家族法(制定法、判例、実務を含めた)および家族法研究に対して、批判的な理論化を試みる何人かのイギリス家族法研究者の主張を題材にして、これら家族のもつ諸問題の源泉を探るとともに、家族法をめぐるこの新たな理論のもつ可能性と問題点を探ることが、本稿の目的である。

2 批判的家族法研究からのアプローチ

(1) 機能主義(Functionalism) 批判

イギリスでは、「批判的」家族法研究は、マイケル・フリーマン(Michael Freeman)の機能主義批判をきっかけに一九八〇年代後半から、展開されてきた。⁵⁾この背景には、先述のように、これまで主流とされてきた家族法研究のあり方に対する懐疑があったといえる。

ここで議論される、機能主義とは、「ある法」制度が設定する法の目的に焦点を当て、その定義付けや枠組みを明確にし、そこで想定された法の機能が社会にどのような影響を及ぼしているかについて経験的手法を用いて検証するものとされる。その結果、ある法(制定法や判例)が社会的に有効に機能しているかどうか、機能していないのであれば法改正を含めた法の修正の必要性を評価するという研究成果をもたらす。

したがって、機能主義は法が言明する目的を前提として、その目的の達成・不達成を経験的研究をもとに検証するわけであるが、そもそもそこで設定される法のもつ「機能」そのものが不明瞭ないし誤っていると批判される。キャサリン・オードノバン(Katherine O'Donovan)からは、機能主義の前提とする、ある法制度内においても、形式的な法の源泉は、内部的に一貫しているわけではないとし、それが主張する目的の定義や明確性は実は一貫しているわけではないと批判されている。⁶⁾さらに、フリーマンは、「家族法の機能を記述する人々の多くは、全社会・歴史を越えて家族法の機能を文化・歴史・構造・権力から孤立しているかのように考えている」と述べ、機能主義者によって想定された「法」の起源、利害関係や社会的・政治的意味を見失ってはならないとする。これら機能主義批判は、法の多元性を重視した研究の必要性を唱えているといえる。これに関連して、法、家族、社会的領域との相互作用を強調する家族主義(Familialism)の立場からは、機能主義者の想定する、ある法制度は、他の多くの制度と関連しているだけでなく、ボランティアな団体からソーシャルワーカー、調停者、セラピストなど専門家を含めた社会的領域とも関係している。そのため、法の目的性に焦点を合わせるだけでは、家族に対する社会的領域の複雑な網の目を見落とすことになり、複雑なそのメカニズムを解明したことにはならないと批判がなされている。⁸⁾したがって、これら機能主義に対する批判は、法の研究対象領域についての従来の立場からの飛躍ないし拡張を求める議論であるといえる。⁹⁾この点では、家族主義の批判は、機能主義の手法そのものを否定するのではなく、教育機関、医療関係機関、福

祉機関など法の外部にある機構の規制的側面を含めた研究の必要性を求めているといえる。

また、機能主義の方法論上の問題として、ジョン・デワー(John Dewar)は、まず機能主義には証明不可能な問題があるとする。たとえば、ある制度が何かに向けた機能を有しているということへの真偽について、そしてある制度が特定の機能を有し、それを達成しないし達成していないということについて、さらにある特定化された制度のみがその機能を果たしたということについて、証明することは困難ではないかと疑問を呈している。そして、そこには機能が前もって特定化されることが可能であり、それを科学的にモニターすることのできる単純なメカニズムとして法をとらえているとの指摘がなされている。また、デワーは、機能主義が、法を社会などから独立した単一の完全体としてとらえ、そこで公式に定義された目標にその調査範囲を限定しているために、法が意図しなかった結果や社会的効果の側面を適切に認識することができなくなり、機能主義者が行う評価そのものも、研究者自身の価値観や評価がその目的達成評価に加わることになり、決して客観的な評価ということはいえないのではないかと¹⁰⁾、これまでの機能主義の研究方法について転向を求めている。

家族法におけるこの機能主義的アプローチを支持するのは、ジョン・イーケラー(John Ekelaar)である。イーケラーは、データ利用の信憑性や機能主義のもつ機能の選別性に対する批判を認識しながらも、社会現象をとらえる際に、法の目標に言及することは避けられないとする。イーケラーにとって、法の目的は、その用語、形式性から明らかであり、家族法の議論に、その定義や明確性を与えることになる。さらに、法にとっての明白な目的の設定によって、形式的な源泉における変化が必要かどうかについての評価や、法の成功・不成功の評価を可能にする(ただ、真の意味での目標の認識については不可能かもしれないとする)。そして、イーケラーによれば、家族法には、調整(adjusting)・保護(protection)・支援(support)三つの機能があるとする。調整機能は、家族結合が崩壊すると

きに、家族のメンバー間の関係を調整する。保護機能は、家族内における身体的・情緒的・経済的害から家族構成員を保護することを提供する。支援機能は、個人の福祉に関係するだけでなく、家族関係の維持を支援する。¹¹⁾

しかし、このイークラーによる家族法の機能主義的理解についても、批判がよせられる。第一の調整機能については、フリーマンは、そもそも調整機能の捉え方には現実の歪曲があるとする。すなわち、その機能は、問題発生による法の対応を前提としているが、たとえば、監護事件における子どもの意思能力の問題などについては法が事前に年齢制限などの線引きを行い、紛争解決よりも早期の段階に登場するケースがあるとする。また、逆に、事後調整を前提とすることで、児童虐待事件のように保護機能を果たさないケースもあり、その使い分けには恣意性があることになる。そのため、デワーは、法には社会生活の構成要素としての側面があり、時としてそれ自体問題を作り出すものとしての法の役割が認識されなければならないとする。¹²⁾ さらに、フリーマンは、この調整機能を主張する論理には重大な欠陥があり、その主張は、物事が悪くなったときに、その法の作用を求めるのであるが、それは法の病理学的見解を前提としているとして批判する。¹³⁾ これについて、オードノバンは、「機能する家族」と「機能障害の家族」という二項対立関係を生み出し、理想的な家族の存在を暗黙の前提としている。そのため、福祉機関は、家族をこのような分類にもとづいて考える傾向があり、家族にとって有害な機能となると問題視している。¹⁴⁾

第二の保護機能について、フリーマンは、そこには別の論理ないしイデオロギーが歴史的に存在しており、法が必ずしも家族を保護してきたとはいえないと指摘する。たとえば、児童虐待の問題や女性の長時間労働・危険な労働環境からの保護は、保護という名の強制であって、保護機能ではないとする。また、保護が要請される場合にも、必ずしも法は保護機能を提供してはいないとする。¹⁵⁾ ここでは、フリーマンは、法の有する保護機能そのものを否定しているわけではなく、この保護機能を強調するで、無批判的な現状分析に陥ってしまうことへの警告を込めているといえ

る。

第三の機能については、制度として家族をとらえるイークラーの立場に批判が寄せられている。オードノバンは、これは家族を統一なものとして、すなわちこれを問題のない概念として扱うことには、根本的な問題があるとす。すなわち、法は、現実には、家族関係の定義や地位の配分を通じて、妻とか子どもの意味を構築しているのであって、これを統一的なものと扱うことで、家族内の人間関係の構築を曖昧なものにしてしまっている。むしろ問題とされなければならぬのは、家族内の権力配分(誰の利益に奉仕しているのか)の問題であるが、その分析において公式の見解、目標を優先する機能主義には、現実の問題を見ることは不可能であると、オードノバンは強く批判している¹⁶⁾。おそらく、そこには、「家族」の統一性というものについての視点の相違があるといえる。従来の家族法研究では、大枠としての「家族」を語ることができたわけであるが、批判的家族法研究にあっては、制定法上の家族のもつ意味は、それぞれの法領域において異なることが認識されるようになり、また、フェミニズムからは、私的家族のもつ社会的・経済的抑制が批判の対象とされるようになり、「家族」のもつ多元的な法的意味について説明が求められなければならないといえる。

このような機能主義批判を通じて窺えることは、これまで当然視されてきた法制度研究に転換を迫るものといえる。すなわち、家族法研究の前提とするある法制度そのものが、内部的に一貫性を有しているわけでもないということも認識する必要がある一方で、その法制度が従来の家族法の枠を越えむしろ広範な連結性を有していることも認識することが必要とされている(この点では、イークラーは先駆的な研究者となるが)。たとえば、その典型としては、ドメスティック・バイオレンスなどは、婚姻、離婚、親子関係、労働、社会保障、刑事法、家族政策に関する制定法や判例をはじめ、各地域での福祉機関、保護センターやカウンセラーなどが総合的に関係づけられながら、同時に各領

域ごとの歴史的展開も視野に入れなければならないということであろう。次項では、このような研究の必要性を示唆するフリーマンの批判的家族法研究の論点を整理してみる。

(2) 批判的家族法 (Critical Family Law) 研究

イギリスで、批判的家族研究の意義を説いたフリーマンは、この名称において、アメリカの批判的法学研究 (CLS) の流れを汲むものではあるが、その理論的立場や主義主張については、若干異なるスタンスをとる。¹⁷⁾

フリーマンは、イギリス家族法におけるこれまで法と家族についての理論化の不在によって、家族をめぐる諸問題が未解決のまま放置されてきたとともに、それが家族の問題の発生源にもなっていると指摘する。彼にとって、まず、家族法に携わる者の法や政策についての現状認識が問われなければならない。これまで、家族に関する理論は、存在してきたが、これらは法が歴史を越えて機能し、権力の兆候 (index) から保護膜を張っていることを前提とするならば、家族法は理解できないのであって、現行の家族法および家族政策、そしてこれらに関連する学説・判例のあり方は、大半が現状維持的であると批判する。

フリーマンのとらえる家族法とは、まず、その中立的な立場が否定される。家族法は、社会において主流を占める人たちの利益擁護としてのイデオロギーが法に内在しているために、国家による性や世代の調整として使われているのであると指摘する。そのため、利益擁護としてのイデオロギーが明からにされなければならないわけであるが、社会から別個独立したものとしてではなく、社会との関係性から法をとらえる必要があることになる。なぜなら、これまで家族法や家族政策をとりまく神話が存在しており、フリーマンは、真実の相対性 (真実が社会的に構築されるといふ) から、家族法を、文化、歴史、構造、権力から切り離された孤立した存在としてとらえてはならないとする。

そのため、重要なのは、現在の法的自覚形態を認識し、これを克服することであるという。そこには、広い意味での家族法研究者の現状認識に対する盲目性が問われているといえる。フリーマンによれば、まず着目すべきは、「家族法が何を行い、想定し、いかにして行い、何を表象しているのか」ということである。¹⁸⁾

フリーマンにとって家族法の批判的理論の必要性は、4つの理由から説明される。¹⁹⁾ まず、第一に、プラクティカル批判の前提条件としての理論の必要性がある。現在主流となっている経験的研究は、あるべき法と現実の実務の間のギャップを明らかにし、法の改正など改革への提言を行い、イニシアティブを握っている。しかし、この現在の研究方法には問題があり、研究者個人の利用するカテゴリー(関心をもつ特定領域)に限定されてしまい、研究対象領域の偏狭性のため、広い意味での家族法のもつ全体像がみえてこないという問題がある。さらに、これら研究方法には、往々にして、現行法制度を無批判的に受容し、法と現実とのギャップを提示しているにすぎない傾向がみられる。その結果として、婚姻女性のさらなる権利、同棲者の権利などさらなる平等を追求しているわけであるが、結局のところ、改革の成功とか失敗が語られているにすぎないのであり、根本的な問題解決には至らないのではないかとこれまでの方を問題視している。そこでは、そもそも国家活動がなぜ求められたり、逆になぜ制限されるのかといった根本的な法改革の合法性が問われていないため、フリーマンは、改革の動機、改革の現実、改革の効果、改革の望ましさを検討しなければならないとする。さらに、これら研究にとって重要なことは、法制度を広範な社会秩序や国家と関係させ、社会的現実を批判的に検討する理論である。注意すべきは、フリーマンは経験的研究そのものを否定するのではなく、フリーマンが批判の対象としたのは、この経験的研究が依拠した機能主義のその姿勢、視野のあり方である。²⁰⁾

そして、第二の理由として、現在の法理論において「不変の既知事実として長い間当然とされた政策や概念を暴露

する」ことである。たとえば、「子どもの福祉」、「同棲関係の保護」、「子どもの権利」といったこれら概念は、従来、理想とされるべきものとされてきたが、再検討する必要があるとする。なぜなら、その概念の基調となっていること（理想とされたこと）と、まさにその現実や表象との間には相違性が存在しているからである。たとえば、何が「子どもの福祉」であるかを判断する際に、その内容を理解・実現する能力において裁判所が適任といえるのか。また、そうだとしても、裁判所の決定には、特定の価値観について最低公約数としての「変えることのできない価値要素が存在している」²²として、標榜される概念の内容の正当性に疑念を抱いている。さらに、そこには経済的要因が働き、たとえば、地方当局による児童保護事件では、「子どもの福祉」という概念は歴史的に変転しているとす。当初は、地方当局のケアよりも血縁家庭が優先されたが、その後には地方当局の代替ケアが優先され、そして、この代替ケアから親が優先されるというように、変遷があったとする²³。そのため、「子どもの福祉」という標榜される用語そのものは変わらないのであるが、その内容や政策については時代とともに経済的要因によって新たなものに変容してきていると指摘している。

したがって、第三に、このように新たな提案された技術、実務、制度のもつ価値を探求する必要があるとする。これら新たな制度を必然的なものとして受け入れるのではなく、これを社会的に配置することで、当然視されてきた矛盾性が明らかになるという。たとえば、非形式主義・脱法化の試みとしての調停制度には、裁判官に代わり福祉関係者やソーシャルワーカーの役割が重視されるわけであるが、彼らが果たして中立的・公平な立場にあるのか、また彼らには法的主体としてではなく患者として依頼者を扱う傾向がみられるのではないかと、フリーマンは相当懐疑的である。そこには、特定の家族モデルが割り当てられ、それに該当しない家族は不適格なものとして、扱われる可能性がある。したがって、非形式主義によって理想と考えられたものが形式的な規格に陥っていくリスクがあることにな

る。さらに、フリーマンにとって問題なのは、脱法化によって権利が蹂躪されることである²⁴。したがって、その背景にある、法や政策に内在する固有の価値観（フリーマンはイデオロギーと呼ぶ）と家族をとりまく社会的・経済的現実を看取することが重要となってくる。

そこで、第四に、フリーマンはこれら価値観を隠す「神話」とその役割を明らかにすべきだとする。フリーマンによれば、家族政策や社会保障での特定家族モデルによって作り出してきた「神話」が存在しているという（国家非介入の神話、婚姻・離婚における不平等の神話、福祉国家の神話などをあげている）。そこでは、国家による社会保障（所得保障・年金・失業保険など）が充実しているいわれながらも、「稼ぎ手としての夫」と「家事分担者としての妻」という家族モデルが設定されており、そこから逸脱した場合には、特にそれが女性の場合には、経済的に不平等な結果がもたらされているとする。たとえば、職業年金での離婚した専業主婦の排除、社会保障を受ける際の単親の母親への要件、パートタイム労働者の国民保険制度からの排除などである。

そしてフリーマンが問題とするのが、なぜこのような隠された「神話」が登場してくるのかということである。そこには、公的私的区分に由来する問題があることになる。

(3) 公私区分法 (public and private dichotomy) 批判アプローチ

公私区分法に基づく批判的議論とは、国家、政治、市場などの活動の場を公的領域——ここでは個人主義の支配する男性の世界——として位置づけ、これに対して、家族などの活動領域を私的領域——利他主義と結びついた女性の世界——として、境界を画している公私区分法を問題にする。そして、その私的領域は「家族のプライバシー」が尊重される領域とされ、法的介入が行われないことになるが、この境界は法を通じて行われているため、家族と法との

関係を理解することにおいて、この公私区分法を、家族をめぐる問題の要因として認識しなければならないとする。²⁵

フリーマンによれば、このような区分は、アリストテレスに遡ることができ、公的生活の善 (good) が得られる公的領域 (ポリス) に参加できるのは男性だけであり、女性は非公的領域 (オイコス) で活動することに限定され、それは本性 (nature) によって正当化されていた。したがって、その当時からすでにこの区分法には、男性による女性の支配を正当化する性のイデオロギーが存在していたのであり、一九世紀には「ユートピアとしての家」という新たな概念がこれに付加されたとする。すなわち、家庭と仕事場が分離されるようになる、厳しい経済活動なかにある男性の逃避の場 (安息の地) としての家庭を築く責任が求められ、その結果、女性が家庭にとどまるような政策が展開されていく。これにより、労働と家庭における「性の役割」が形成されるわけであるが、問題となるのは、「性の役割」が、女性の行う家事労働を非生産的なものであって真の「労働」として評価していないことから、結果として女性の男性への経済的・社会的・精神的依存という構造が生み出されたことにある。しかも女性にはその理想とされる家庭を形成することが期待されるようになる。²⁶ フリーマンは、この公私区分法の形成史を辿ることで、これは、人為的なものであり、政治的・経済的なものであることを説く。²⁷

そこでフリーマンにとって、なぜ家族は「私的」と定義されなければならないのか、あるいはなぜ「私的」領域が設定されるのかが問われる。²⁸ 市場の経済世界と家庭の非経済領域とを区分するこの公的私的区分は、個人の私生活への国家の介入を抑制しようとする自由主義的思考によって支持される。そこでは、国家の活動範囲についての確定とその合法化が問題とされ、その対極にある個人の私生活を守るためのプライバシーが重要な概念となる。しかし、フリーマンは、決してプライバシーが各人にとって平等で絶対的に保障されているものではないと指摘する。彼によれば、たとえば、脱税容疑における財産捜索においては社会的・経済的地位によって警察の対応は異なるし、またド

メスティック・バイオレンスにおいても、被害者となる婚姻女性と同棲女性との取扱は異なっているとされている。なぜなら、警察は、婚姻女性に対してはまさに婚姻家庭のプライバシーの存在によって介入を控える傾向にあるのに対して、婚姻関係のない女性に対しては積極的な保護(介入)を与えてるように、ここではプライバシーの不平等が問題とされなければならない。²⁹⁾

また、家庭内のプライバシーを私的なものと位置づけることで、家族を危険な状態におくこともある。たとえば、先述のドメスティック・バイオレンスでは、そのプライバシーの存在により国家介入は控えられるため、そのプライバシーが保護されているのは加害者である男性であるということになる。そのため、家庭内のプライバシーはほとんど意味をなさないものとなると同時に、その問題の一端を担うことになる。さらに、女性を家庭にとどめ、女性が男性に経済的に依存してきた家族構造を前提とすると、女性はその問題状況から抜け出すことができず、家族のプライバシーとは、女性にとって「強制としてのプライバシー」にほかならない、とフリーマンはいう。³⁰⁾公私区分法によって枠が作られ、それが境界線上に障壁を作り、その障壁内の「私的」領域では、各人の自由が保障されるわけであるが、しかし、その自由の行使は、平等ではなく、男性によってのみ行使される場ではない。まさに、ここに自由主義的思考のもつ矛盾性が指摘されるわけである。もっともこの問題は、プライバシーⅡ家族Ⅱ私的領域という構造に由来する問題としてとらえることも可能であろう。すなわち、個人のプライバシーと家族のプライバシーが混成される、もしくは個人のそれが家族のプライバシーに統合されることにより、個々の家族のメンバーのプライバシーが消失してしまう点に問題があるといえよう。

さらに、自由主義的思考には「保護の否定」という重要な問題が関連づけられる。フリーマンによれば、保護とはそもそも問題のある概念であるとされる。たとえば、危険有害業務に就業することへの女性の制限は、労働上の女性

の保護という名目で行われているが、それは、「彼女の権利の保護ではなく、彼女と胎児の保護である。我々が個人を平等として扱う道徳的認識を受け入れるならば、我々は危険を引き受け、誤りを犯す個人の能力も尊重しなければならぬ。この事件は、保護と権利との本質的矛盾を示している」³¹と述べて、保護が権利を蹂躪する可能性を指摘している。またフリーマンは、女性や子どもを扶養する目的の家族賃金が全ての労働の領域に導入されてこなかった経緯を関連させながら、女性に対して保護が引き出される際には、経済的・家父長的要因が影響していると述べる。すなわち、特定の労働市場から女性を閉め出すことで、女性を家庭に留め置き、そこで安息の地としての家庭を築く役割を女性が担う、逆にいえば男性への女性の依存を確保するための「支配の保護」であったと指摘している。³²また、親子関係では、保護の問題性はさらに深刻である。フリーマンは、子どもの意思表示を認めない事件をとりあげ、子どもは法的主体ではなく、客体として扱われていると指摘している。子どもは弱い存在として保護の対象と構成されているが、実は、そこには真の子ども利益を保護するという観点はなく、子どもに対する親の自律性が強調されている。そのため、法は親子関係については、年齢にもとづく階層化(子どもの大人への依存)を構築していることになる。

フリーマンは、法が提供する保護機能そのものを否定しているわけではないが、個人の自由や尊厳を「保護」という形で蹂躪する、そこに内在する「価値観」を問題にしているといえる。そして、さらに問題となるのは、その価値観をもとに「保護の否定」が行われていることである。たとえば、国家は、家族間の私的扶養義務を規定しているが、家族の自律性が崩壊する離婚時には、扶養の義務とその内容について国家は介入するのに対して、婚姻時においては、妻や子どもに対する夫の扶養義務のあり方について介入しようとしていない(ひいては家事労働についての価値評価がみられないことになる)。

このような問題の背景には、家族の自律性を重視する公私区分に内在する矛盾性が現れてくることになる。すなわち、上述のように、国家はドメスティック・バイオレンスの被害者に対しても保護の提供が可能であるのに、婚姻関係の有無(私的領域にあるかないか)をその判断基準にしているということである。しかし、フリーマンによれば、「公的」「私的」の境界は自然によって固定されたのではなく、社会的・歴史的に構築されたのであり、その境界線を引いているのは国家である。そして、私的領域は国家の外に存在するものではなく、公的領域によって構築され、そして再構築されるのである。³⁴⁾

ではなぜ、国家は、家族に介入することが可能であるのに、ドメスティック・バイオレンスにみられるような家族への介入に対して躊躇するのかが問われなければならない。穿った見方をすれば、ある単位としての家族がなぜ守られなければならないのかである。フリーマンによれば、明確な解答はないとしながらも、この背景には、家族は女性の男性への依存、子どもの大人への依存からなり、それを通じて家族は安定しているというイデオロギーがあり、家族に具体化された権力構造が国家にとって機能的であるために、家族という一つの単位を損なわないように維持しようとする傾向がみられるとされる。³⁵⁾たとえば、家族とは、子どもが一定の想定された(従順、服従を身につけた)市民に向けて養育される場であり、そのために親(特に女性)の役割が自律性を与えられモデル化される必要がある。しかし、家族の単一性を維持することで、経済的・社会的・文化的な家族間の相違というものは無視されることになる。さらには、上述のように、個人の自由・権利を無視した形での家族のプライバシーが構成されることになるのであろう。その結果、公私区分法には二重の意味があり、女性や子どもの支配される場としての家族の構築、国家介入の拒否の正当化として用いられることになる。

さらに、重要なことは、われわれが公私区分法(自由主義的思考)にとらわれているというフリーマンの指摘であ

る。すなわち、フリーマンは、最近の家族をめぐる議論は、婚姻、離婚、同棲、ドメスティック・バイオレンス、扶養、児童ケア、教育、高齢者ケア、精神病者のケア、家庭内紛争解決などの問題との関係で、国家介入について述べているが、ここでは国家介入の要否という観点から問題解決を検討する姿勢が伺われ、その有効性には限界があると³⁶する。すなわち、家族をめぐる問題解決の糸口として私的領域への国家介入を求める、あるいは、否定するという³⁶とだけでは、単に境界線の移動を論じることになってしまうことになる。そのため、私的領域に隠された神話や問題点を見失ってしまうというのである。たとえば、家庭裁判所や調停制度などの設置の動きは、法のもつ形式主義から非形式主義への移行、あるいは個人の自由や意思に基づく紛争解決ととらえられているが、新たな統制形態の出現でしかない³⁷とフリーマンは述べている。これは、フリーマンによれば、個人が法の支配から逃れるようにみえるが、それは国家の支配の拡散であって、家族は福祉専門家によって統制されるにすぎない。しかも、この脱法化によって、同じように特定の家族モデルについてのイデオロギーが存在している。したがって、リベラルによって構成された「私的領域」が存在している以上、脱法化の現象は、公的私的思考の延長線上にしかないことになる。むしろ、リベラルにおける保護のあり方、すなわち「公的」「私的」という境界線の恣意性とそれにとまなう私的領域での自由放任性、が問題とされなければならない。この意味では、法が家族関係を前もって構築しているものを明らかにしなければならぬ。そして、フリーマンはこのような公的私的区分法では真の問題解決は望めないとして、公私区分法は越えられる必要があると結論する。³⁸

しかし、公私区分法を越えるということは、何を意味することになるのか。確かに、国家の作成する線引きによって問題が発生しているとしても、この線引きがなくなるこの意味することは、全ての事項が国家介入のもとにあることになるのであろうか(またその逆も可能であるが)。この点について、リチャード・クーリエ(Richard Collier)

は、まず、私的なものが法によって無規制にされたり、間接的に規制されるものであることを検証することは難しいのではない。また、特定の法が介入か非介入であるかを分類できるかどうかは明白ではない。さらに、何が「私的」であるのかを定義するのは、法を通じた国家であるとする見方には問題があるとする。国家と家族を対極化することは、理論的には、そこでの法改革は、法的介入の増加ないしは減少からとらえられ、すなわち、国家権力の増大は家族の権限の減少を意味するゼロサムの方程式から理解されることになる。そのため、法は、特定の集団によって勝利を目指して競われ、いずれの集団の利益を支持するかしないかの判定者となり、ここでは、競合する利益の中立な調停者としての法が想定されることになるのではないかとする。³⁹⁾

このような公私区分批判についてのクーリエの理解については、若干問題があるといえる。フリーマンは、自由主義国家における無規制の自由や恣意的な自由のあり方を問題としたのであり、その意味では、必ずしも国家介入による保護を必須なものとはしていないのである。もっとも、クーリエのフリーマンに対する法の中立性についての指摘は、重要である。フリーマン自身は「法」の中立性を否定しているわけであるが、問題となるのは、裁判所における紛争解決における「法」の役割である。ここでは、フリーマンの家族「法」理解が関係している。すなわち、フリーマンにおいては、「家族法」という名のもとで、「法」が纏められてしまっているのである。フリーマンが公私区分法に囚われているとして問題にしているのは、いわゆる「紙の上の法(Law on book)」(主として制定法)であろう。おそらく、フリーマンは、「家族法」の広域性を明らかにするために、制定法上(ある部分判例法)の連関性を示したわけであるが、公私区分に向けて制定法と判例法が渾然と一体化していると果たしていえるのであろうか。言い換えれば、「公私区分」にもとづく法が、完全なままで、判決や法実務に伝達されていると考えられてしまっていることである。クーリエが、公私区分批判には「国家と国家介入の概念に暗黙の単一性が付与されている」というように、⁴⁰⁾

制定法と司法、行政、その他の法実務もそこに混在なものとしてみとらえられているのである。そもそも家族「法」とは、いったいどのような構成物であるのか、あるいは何が「法」を構成しているといえるのかが問われる必要がある。フリーマンは、いわゆる「紙の上の法」を解体したわけであるが、家族法における「プラクティスとしての法」についても検証する必要があるといえる。そこではまず、家族法に携わる多元的なプラクティスを明らかにする必要があるように思われる。

(4) 批判的家族法への批判

イークラーは、前述のような批判的家族法研究に対して、このような研究を価値のないものであると指摘する。そこでまず扱うのが、批判的法学研究(CLS)の法における矛盾というテーマである。個人の自由は制限されたなかでの自由であり、自由の制限によって自由が促進されるという矛盾をダンカン・ケネディー(Duncan Kennedy)は問題とした⁴¹⁾。しかし、イークラーによれば、このような矛盾は、社会の至る所に存在する人間性や社会秩序の本質に由来する表面上のパラドックスにすぎない。すなわち、個人の自由は規律の制限を通じてのみ達成されるのであり、個人の自由とは、そのような社会的規制がないとしても最小限度のものであって、むしろ社会的規制の必要が求められなければならないとする。個人は仕事と遊び、規律と快楽といった対立項を価値評価しながら選択をしているが、重要なのはその選択の規則性である。その点で、このような矛盾は、選択の問題に転嫁され、自由主義社会ではその選択が保障され、選択に伴う紛争が発生するのは当然のことであり、その選択の価値決定を担うのが、法律問題の本質ということになる⁴²⁾。ここでは、イークラーは、明らかに、法が問題構築に参与するとするCLSの積極的な立場から、法の役割を後退させようとしている。

そして、イークラは、CISのこの「矛盾」から導かれる法システムにおける非一貫性について、二つの形態があるとする。第一は、いわゆる法と実務とのギャップの存在である。これは、いわゆるLaw on bookとLaw in actionの問題としてとらえられる。イークラは、このギャップ研究には、まさに経験的研究による検証が必要とされるが、批判的家族法研究にはこの方途を閉ざすことになる。フリーマンは、現状に対する無批判的な経験的手法によるそのギャップ研究のあり方を批判したが、しかし、法が社会的なものないし家族的なものを構築するという立場をとるならば、法とプラクティスの間にはギャップは、存在しないという信念が存在していることになるのではないかとその基本的立場の矛盾を指摘する。そして、そのギャップとは、公私区分法によって形成された価値（フリーマンによればイデオロギー）に由来しているのであれば、抜本的な法改革が必要とされなければならない⁴³。そのため、イークラが解する現状維持的な法の修正を目指す経験的研究では、このCISには馴染まないものということになる。その結果、このような法の構成員の問題は、経験的研究のない全体的な解説として提示されているにすぎないことになる⁴⁴。

そして第二に、イークラが問題とするのが、ロベルト・アンガー (Robert Unger) の指摘した、法についての発言における矛盾性である。これは、裁判などでは法的結論には非一貫性がみられ、そこでは、リベラルの原理が安定していないために、法システムの健全性にとって脅威となっているという問題提起である⁴⁵。このような指摘に対して、イークラは、これは、結局のところ、法の一貫性を達成する限定された範囲に着目することになるのであって、経験的調査の重視につながるのではないのかとする。また、非一貫性があるのであれば、この調査研究によって裁判官の見解における価値形成（判決に隠された個人的要因など）も問題とされなければならないことになるのではないかと反論する⁴⁶。その点から、CISおよび批判的家族法研究は、経験的研究の意義を評価していないことになる⁴⁷。そして、イークラは、CISが主張するような法の矛盾性・非一貫性に由来する法システムに対する脅威がある

ならば(イークラーによれば、それはむしろ自然であるとするが)、修正のメカニズムに焦点を当てなければならぬのではないかという。しかし、法が社会世界を構築し、その関係性を定義していると考えているCLSおよび批判的家族法研究にはこれは不可能なことであり、むしろそこに誤りがあるのである。なぜなら、法が社会を構築していることを前提とするならば、なぜそのような法と社会とのギャップが発生するのか、またそれが人為的に構築されるのであるならば、解消することができはるはずである。むしろ、イークラーは、法は社会的な問題や変化に対応しているものであって、法的なものと社会的なものとの間のギャップは、ある一定期間適用されてきた法システムが、社会のなかで新たな「社会的知覚」を生み出すことによって生まれてきているのであると説く⁴⁸⁾。そのため、イークラーによれば、法が一定期間通用してきたという事実に着目するならば、即座に法の矛盾性・非一貫性の問題は発生しないことになる。むしろ、自己矛盾や非一貫性の視点からとらえるのではなく、法システムは、競合する価値の選択過程であり、その紛争を一貫した枠組みで解決に向けているのであって、その結果、社会秩序の維持に貢献しているのである。したがって、法の恣意性の問題についても、ある制度内での一定期間、均一性のある規則性が認められるということは、紛争解決が決して恣意的ではないという証拠になるはずであるとする⁴⁹⁾。

したがって、イークラーによれば、このようなCLSは、リベラルの体系における選択の役割が無視されているため、彼らが批判したのは、実はリベラルと特徴づけられる体系ではないことになる。そして、この選択の過程には、矛盾(紛争)が内包されているのであり、ここでは、価値についての議論の自由性とシステムの修正の自由性が保障されているのであって、それは矛盾・非一貫性ではなく、法の相対的自律性の証にすぎない。法は、社会の変化に対する社会的な力を有しているが、必ずしも社会における価値形成に貢献するわけではなく、一定の距離を保ちながら、社会の価値紛争に対する柔軟な選択と選択制度における規則性を維持しているのである⁵⁰⁾。そして、CLSが主張する

ように、確かに法的結果には自己矛盾や非一貫性があるが、むしろ重要なのは、法システムが一貫した枠組みで紛争解決機能を有しているということであり、さらに法の一貫性を達成する範囲を明らかにする経験的研究をもとにして、修正のメカニズムを働かせることであるとする。⁵¹⁾

そして、イークラーによれば、このように理解するならば、批判的家族法研究が自由主義に関連づけた公私区分という概念も疑わしいものになる。なぜなら、そこでの公私区分法批判は、リベラルな法が社会的カテゴリー(私的領域)を設定し、法の埒外に私的領域を置くことで、家族内の権力関係を正当化し保護していると批判しているが、そもそもそのような公私の区分は存在するのかということが不明であるとする。⁵²⁾そこでは、第一に、「公的」とは何かを問う必要があることになろう。イークラーが言及するのが、フランセス・オルセン (Frances Olsen) である。オルセンは、国家対市民社会という区分と、市場対家族という区分から、女性の男性への従属化の歴史的過程を展開するのであるが、そのなかで、私的領域と、市場と政府をあわせた「公的な領域」を対比させることは誤解を招くとしている。⁵³⁾したがって、イークラーによれば、フリーマンがいう「公的」概念そのものもが意味するものは、単一的なものではなく、明らかではないと批判する。さらに、後述の家族主義の指摘をもとに、国家そのものの概念も多元性を含んでいる以上、公的私的という対比の前提は問題があるとする。

そして、イークラーは、オルセンを論拠に家族と市場との類似化傾向があるならば、公私区分批判そのものが無意味なものになるではないかとする。また、公私区分法批判が行うようにこの区分の解体作業が成功していけば、公私区分もなくなるであろうとする。ここで、オルセンの主張とは、家族はこれまで利他主義を基調とした法政策から、家族に市場の個人主義を浸透する政策に転換された結果、利己主義による家族の問題が生じるようになってきたというものである。⁵⁴⁾イークラーもオルセンのいうように、家族における利他主義と市場における個人主義の近似について

は同意しているが、その異同があることをもって、公私区分がされているといえないのではないかとする。すなわち、法規範がこのような価値の相違を家族に直接組み込んでいくのではなく、また法の場の変化がストレートな形で社会に伝わっていったわけではないとする。

逆に、イークラーは、法的前提は、社会が生みだしているものであって、社会が要求しない限り、法的なものは生み出されず、そのため法自らが生みだしているのではないという。そして、この法的対応を要求するものとして、イークラーは、公益 (public interests) 概念を提示する。この公益概念とは、コミュニティとか、社会的領域が国家、家族の間に介在しており、これらコミュニティがある場合に脅威にさらされるときに、国家に法的な対応を求めたいとするものである。⁵⁵

イークラーは、この公益概念の存在を示すために、家族間の扶養義務に関する歴史の変遷を辿る。⁵⁶ 農耕社会において子どもは労働力として収入をもたらす財産であり、成人になれば高齢の父親を扶養する潜在的な資源としてみなされ、子どもの扶養とそれを支える妻の扶養にはインセンティブが存在していた。このような家族のメカニズムの前提を社会ないしコミュニティが形成してきたのであり、その意味では、私的でもあり公的な機能がすでに存在していた。⁵⁷ しかし、一六世紀以降には、家族の崩壊や、子どもの有する経済的価値が低下ないし逆転していくと、そのシステムは崩壊した。そこで、法が家族の扶養義務を規定するようになっていく。この背景には、遺棄された妻や子どもが存在 (コミュニティへの依存) が、コミュニティさらには広範な社会の脅威になったからであり、家族システムがコミュニティ内での資源配分者としてのその役割を果たすことへの失敗の範囲に法的介入が関与してきたのだとする。したがって、家族は、コミュニティないし公益に奉仕する存在であり、あくまでも家族のその義務を生みだしたのはコミュニティである。そのため、イークラーは、家族システム内での適切な機能によって公益が果たされている

ると仮定されれば、法は公益の価値の定義や強制にほとんど関与しない(もっとも、この公益概念は、国家のノーマライゼーションの影響により、これまでのように家族内の行為が法を必要とすることなく、適切に公益を果たしてきたという認識から、公益が法的な対応を要求するものに変容してきたとする)。そして、この公益は、常に、その法的規制を受け入れる余地があるのである。その意味で、家族の義務は、家族システムの適切な機能を仮定する公法システムの不可欠な部分としてみられうるということになる。

このようなイークラーの公益概念によれば、批判的家族法研究のいう私的領域としての家族は、この公益性のうえに成り立っていることになり、言い換えれば、家族はこの公益性に包含されていることにもなる。そして、この公益性は公的領域に包含されているということになる。この公益概念にあっては、法規範として、家族の義務が常に明示されているわけではなく、すでに潜在的な形で公益として、明示的ないし黙示的に存在しており、いわゆる社会問題の発生を機に、公益が公的手段としての法を要求するという構図になるのである。⁵⁸⁾

しかしながら、イークラーによれば、法的対応を求めるのはコミュニティないし社会的領域であるが、必ずしもその請求全てが法的対応につながってはいかないという。たとえば、親の子どもに対する愛情とか、夫の妻に対する扶養義務などはそうである。前者に対する社会的期待とか社会的知見は存在するが、法的な義務に昇格しているわけではない。また、後者については、法は、これを法的義務としているが、実際には、婚姻関係にある夫婦の扶養義務の強制には介入しない。なぜなら、それが私的領域であるという理由からではなく、この義務は実体(substance)を有していないのである。すなわち、国家活動の必要性は、家族内の資源配分のメカニズムが壊れたときに問題とされるのであるが、批判的家族法研究が問題にした家族間の経済的公平をそもそも扱っていないのだとする。すなわち、そこには家族内の自然的な資源配分のメカニズムという経済性の論理があることになる。⁵⁹⁾

イークラーは、家族の正常な機能を前提にしており、むしろ、問題なのは、家族に対して過剰な法の関与を要求する批判的家族法研究であり、そこでは、「全ての男性と女性との間の経済的平等の達成、あるいは夫と妻、子をもつ親の間、子の中の平等の達成が、最終的的目的なのであろうか。あるいは、全ての男性と女性、あるいは全ての子をもつ親に対する労働力の平等な経済的機会を確保することが目的であろうか」と述べ、その理論的帰結を問題にし、それは法ではなく、政策プログラムへの回帰になるとする。この点は、重要な指摘であるが、ただ、批判的家族法研究は、まずは現状の批判的分析に終始することを旨としており、イークラーが批判するように、その最終的な結論は留保されている。

むしろ、イークラーにとっての問題は、総ての子供をもつ親ないし家庭への国家による経済的資源の投入であり、これらは家族の経済性を無視した政策にあることになる（同じことは、ソーシャルワーカーへの過度な権限強化にもいえるとする）。イークラーは、コミュニティにおいて、家族が適切な機能を果たしている以上、公的介入の必要性はないのであり、それが逆に家族の問題になっていると主張する。そして、すでに家族は公的領域に存在しているのであって、公私区分法批判は公的介入（法的対応）を要求しているけれども、重要なのは、上述のような競合する価値の選択であって、その価値選択の制度のメカニズムの一貫性が問題になるのである。

この点でも、批判的家族法研究の主張とイークラーの法の解釈には微妙なズレが存在していると言える。ここで、イークラーの論旨を検討してみる。

公私区分法批判では、個人の決定ないし選択が確保されている私的領域、すなわちプライバシーの設定による公的介入が問題とされるわけであるが、イークラーによれば、全てが公的領域であり、ここではこの問題は公益から判断されることになる。イークラーは、そもそもプライバシーで発生したこと（あるいは発生しなかったこと）への公

益は、法的手段によっては表明されていないとする⁶¹。とすると、公益に対して脅威にならないような、家族の出来事や問題は、法の関心事にはならないという結論に至ることになる。公私区分批判を否定するために設定された「公益」概念は、プライバシーと同様の批判の対象にさらされることになる。たとえば、オードノバンは、家族内の「下位のメンバーが沈黙していれば、家族は健全なのか。分からない暴力に対して法は保護を与えるのか。公益は個人の人権に存在しているのか⁶²」とその問題性を指摘する。そこには、私的領域を設定するにせよ、公益を設定するにせよ、家庭内の暴力については典型的に、法的非介入の正当化によって家族の問題が放置されることがまさに重大な問題とされているからである。そして、批判的家族法研究からすれば、家族の問題が未解決のまま放置されているとすると、イークラーのいう公益概念が問題の源泉とみられなければならないことになるであろう。

そのため、この公益概念の恣意性も問題なる。公益が法的規制を要求するということは、公益を判断する者とは、誰になるのか。この点について、イークラーは、コミュニティ内で一定期間通有する公益概念の性質と、コミュニティが有するイメージとそれに対する脅威となったもの、コミュニティ内での特定の利益団体の配置とその団体の法決定過程への影響を検証する必要があるとする⁶³。これにより、制定法へのコミュニティのもつ影響が認識されることになる。しかし、公益が法を通じて、家族関係を決定するというメカニズムには、公私区分法批判が提起した「介入」の恣意性という問題が生じてくる。公益概念が、コミュニティないし社会的団体から形成されるものだとすれば、そこには利害関係が存在する可能性があるわけで、家族にとって望ましくない結果を発生させる公益性が問題となってくるのではないか。ただ、この問題は、コミュニティをどのようにとらえるのかということによって、異なってくるであろう。そこには、公益の正当性を問う議論が必要とされくるのではなからうか（この点については、家族主義にも該当する）。

また、望ましい形で公益が実現されているとしても、イークラーが主張する法の相対的自律性と公益との関係はどうなるのか。そこでは、常にコミュニティと国家の利害は一致しているということになるのか。逆に、公益によって社会秩序が維持されており、国家が公益の保障機関として位置づけられるということなのか。さらに、個人や家族は公益を意識しながら行為しているのか。あるいは、現前として公益が存在しており、経験的研究によってそれが発見されるのかなど、この概念には不明な点が多い。

そして、批判的家族法研究とイークラーには、その立場や問題意識の相違があるものの、現在の法や公的介入そのもののあり方については懐疑的なのである。すなわち、イークラーは、その介入が家族の経済性のバランスを崩しているという問題にするのであるが、批判的家族法研究は、その介入の恣意性を問題にする。ただ、イークラーには、公益概念を用いることで、そして、ある範囲で、公益概念と経済的効率性が一体となっていることで、現状維持的な傾向が生まれることになる。ここでの経済的効率性は、国家の非介入の要因を分析する手段として重要なものであるが、イークラーはそれを、現状肯定として用いているのである。なぜなら、イークラーは、家族の健全な機能を前提とすることで、法システムの健全な機能をその連帯の維持性におくことになるのである。その結果、この機能を果たさない、家族内で発生する問題は、事後的な裁判所システムなどの紛争解決機能によって、問題解決するということになる。この意味で、その選択の決定が一貫したシステムで処理されているのである⁶⁴。しかし、この裁判所の紛争解決機能と公益との関係が問われることになる。たとえば、裁判官は公益である法に基づいて判決を下しているということになるのだろうか。そうであるならば、家族の問題が公益に合致しない限り、救済の道はないことになるであろう。この問題は、ドメスティック・バイオレンスなどについて、批判的家族法研究が批判した国家の非介入の問題に立ち返ることになる。

イークラアの批判的家族法研究の理解の仕方には、批判がよせられているが、むしろ私は、イークラアの主張には、ある種の含意があるように思われる。批判的家族法研究は、家族法の研究領域の拡大化を主張し、その家族「法」のなかに、判例、政策を混合した形での「公的」というものの構成するわけであるが、そこにある問題が内包している。イークラアは、このような主張に対して、制定法レベル、政策レベルの識別と、法システムにおけるおける紛争解決機能という裁判所システムの機能上の相違を留意すべきであると仄めかしているように思われる。

3 家族主義 (Familialism)

(1) 家族主義的アプローチ

イギリスにおける家族主義といわれる概念ないし研究方法に影響を与えたのは、ジャック・ドンズロ (Jacques Donzelot) の著作『家族に介入する社会 (La Police des Familles)⁽⁶⁶⁾』であり、これはミッシェル・フォーロー (Michel Foucault) の系譜学に由来すると考えられる。⁽⁶⁷⁾ ドンズロは、精緻な分析と多様な思考のエッセンスを提供しており、そのため彼の影響を受けた論者たちは、⁽⁶⁸⁾ それぞれの目的関心から「家族主義」を位置づけており、「家族主義」そのものを一括して梓づけることは難しいといえるが、ここではまずその概観を解読してみることとする。

自由主義国家のもとでは、家族に国家が介入する領域は限定されており、公私区分法批判は、国家ないし法が公的領域と私的領域を区分し、無規制の領域を設定することで、家父長制を残存させるとか、家族の保護に失敗してきたことを批判的にしたのであるが、そこには、たとえば出産規制、家庭の衛生、児童ケア、出産、公衆衛生、教育といった、家族形態に影響を及ぼす法以外の家族政策、社会プログラム(むしろ特定の家族形態を促進する)を生み出す多様な規制装置が無視されているという批判が家族主義からなされた。そのため、両者には自由主義国家のもつ内

在的な問題点については、共通したものがあがるが、家族主義は、公私区分法批判のもつ限界性を越える、ないしは、異なった角度から国家、法と家族との関係を捉えようとする試みであるともいわれる。⁶⁹ 家族主義においては、法的規制のもつ多様性だけでなく、家族改革を提唱し、積極的に家族に関わる政治的・社会的領域も含めて分析する必要性があり、そのためには、法を中心とした分析から家族を中心とした分析への転換が求められることになる。したがって、家族主義のアプローチは、公私区分法で批判された法領域の分析ではとらえきれない家族への広範な影響についての分析を提唱する。

そして、家族主義の採用する手法が、フーコーの系譜学であり、誰がどのように言説（ディスコース）を流布し、そのディスコースによって社会がカテゴライズされるなかで、なぜ個人が無意識のうちに主体を形成していくのかという歴史的問いである。自由主義国家では、その原理ゆえに、国家の家族への介入（保護も含めた）は、制限されるわけであるが、望まれない出産、親の育児放棄、児童虐待、ドメスティック・バイオレンス、子どもの非行、少年犯罪などの家族をとりまく多様な問題は存在しているわけで、これら問題を解決するために自然発生的（意図的・自発的にではあるが）に慈善的・博愛的な団体や医学・精神医学・精神分析・教育・福祉などの専門家が出現し、むしろこれら団体や専門家にその問題解決を委ねる傾向がみられるようになった。

これら団体や専門家は、それぞれ起源的にも目的的にも異なるわけであるが、問題の原因は家族にあると考え、問題の解決策として家族を機能させようとする点では共通しており、家族に対して様々な「改革プログラム」を提示するのである。ここに、家族をとりまく社会的領域が影響力をもつことになる。そのため、家族は、改革のためのプログラム（客体と構成され、家族を中心に網の目のように張りめぐらされた複雑な規制装置（監視の複雑なネットワーク）のなかにおかれることになる。この「家族に介入するもの」ないし「家族をとりまくネットワーク」というパー

スペクティブをとることで、国家や法もその複雑な規制装置の連続体のなかに位置づけられ、むしろその一部にすぎなくなる。この点で、家族主義は、国家および法の一貫性や統一性を否定するとともに、法の脱中心化を導く。その意味では、家族主義は、法の脱中心化を目指し、家族を中心に放射状に広がる多様な網としての規制的連続体 (Regulatory apparatuses) と家族の変容との関係を系譜学的に分析することを重視することになる。⁷⁰⁾

そして、これら規制的連続体の目的は、自由主義国家の秩序維持プログラムを構築することに向けられ(家族の社会化)、系譜学的には、これら規制装置の特徴は、強制ではなく、それらの提示するプログラムや言説(ディスコース)を通じて家族の自発性ないし主体性に訴えた形で社会化が行われるということである。そのため、なぜ家族はこのような社会化を受け入れていくのかということが問題とされるが、そこには権力関係の神秘性があり、規制的連続体によって流布される「理想的」家族・夫・妻・子ども(ないしは男性・女性)というイメージが個人を呪縛している。すなわち、権力とは、抑圧的・禁止的命令だけでなく、主体に訴えかけ、願望や信念を構築する力があるということである。そのため、規制的連続体の有する権力(流布するイメージ)が、主体形成、家族内の権力関係の形成に影響を与えており、分析されるべきは、この権力の源泉ということになる。それゆえ、家族主義は、法の分析よりもポリティカルなものや権力論からの分析を重視する傾向がある。また、そのような状況で構成される、家族の自律性、個人の主体性という「真実」についても懐疑的である。この点では、フリーマンの批判的家族法研究も同様であるが、家族主義は、法の構築力だけでなく、「社会的なもの」のそれをむしろ重視する。⁷¹⁾

このように家族主義は、法ではなく家族を中心に広がる、多様な規制形態を検証することを一つの分析の特徴としているが、女性の立場から特定の家族形態(家父長制)を促進する法の効果を捉えるイギリスの家族主義者に、キャロル・スマート (Carol Smart) がいる。

スマートは、家族よりもむしろ女性を中心としたパースペクティブを設定することで、ある共通の目的をもった種々の法のつながりを描いている。そこでは、「家族法が単純で直接的な形で女性に抑圧的であるともはや主張することはできない」として、⁷²⁾ 国家規制が必ずしも男性支配と一致しているわけではないという立場をとる。スマートは、「ドングロがいう、むしろ家族が「子ども中心」となっているという立場から、女性の抑圧についての問題を展開している。スマートは、非嫡出子制度と離婚制度をとりあげ、一九世紀から二〇世紀初頭の法は、女性にとって否定的で懲罰的であったとする。たとえば、非嫡出子制度は、相続権のない子どもの扶養義務を母親のみに課すものであり、その救済の道は婚姻しかなかった。そして、別居・離婚制度は有責な配偶者の懲罰という側面をもっていったが、妻が有責であれば、夫よりも過酷な扱いを受けることになる。たとえば、扶養の権利、財産権、子どもの監護権の剥奪といったものがその典型であった。この背後には、夫の浮気と妻の浮気は異なるという道徳のダブルスタンダードが働き、女性には家族の安定、社会的安定という重要な役割が期待されていたとする。そして、国家は徐々に子どもを価値のある国家の資産と認識するようになり、その結果、女性には子どもの養育者としての母親の役割が重視されるとともに、これを目指す政策が展開されていったとする。⁷³⁾ 第二次大戦後のイギリスには、離婚率の増大と同棲の増大による子どもの養育とそのコストの問題が発生してくる。そのため、有責主義から破綻主義へ移行する離婚法改革では、離婚の抑制から婚姻の促進へと転換を図るという思惑が働くことになる。すなわち、これは女性に対して再婚へのサイクルを容易にすることで、子どもの扶養者（男性）を発見することの重要性が国家・社会にとって認識されるようになった結果であるとする。また、社会保障法でも、同棲関係にある男性によって女性が扶養されていることが前提とされ、女性は、同棲にあっては家事労働者であり、子どもの養育者という理想に規制されている。その結果、スマートによれば、女性は、「子どもの福祉第一」というイデオロギーを通じて、また依存者／稼ぎ手という区分法の拡大

を通じて、さらに結婚(継続して巧みに操作されている)という一般性(popularity)を通して、規制を受けていることになる。⁷⁴⁾

デワーは、スマートに代表される家族主義の特徴を以下のように分析する。家族主義が、法の背景にある意思よりもその結果・効果を視点とすることで、法システムが幅広い規制の枠組みの一要素にすぎず、現代家族法における家長的家族の支援/依存関係を明らかにし、同時に、法の概念が必ずしも男性の利益に還元されるわけではないと、その研究成果を評する。すなわち、デワーにとっては、家族主義による結果主義的思考方法が、幅広い規制とそれの多様性を明らかにする一定の成果をもたらす可能性を認めているのである。また、「子どもの福祉」を中心とした法構造が女性に対して抑圧的に作用しており、女性の利益と子どもの利益が同一線上になく、子どもの利益を強調することが別の強制形態を生み出すということを明らかにしたとする。しかし、デワーによれば、これは、「法と家族についてのフェミニスト的思考のなかの新たな構成要素(strand)」⁷⁵⁾であり、結局のところ、あまりに女性に力点をおくことで、法的主体としての子どもの存在を無視することになる。そのため、このように固定化された視点での法分析のあり方には、懐疑的である。⁷⁶⁾

また、オードノバンによれば、家族主義とは、「家族の価値」ないし「家族に結びつけられる価値」をモデル化するイデオロギーを問題にしていると位置づけている。⁷⁷⁾そのため、家族主義は、家族の理想化したイデオロギーの普及を歴史的・経済的・社会的観点から説明するのであるが、そもそもドンズロには問題があり、その中には神話的な要素、典型的な家族形態の措定、家族の病理学、反フェミニズム的などがある⁷⁸⁾と指摘し、さらにデワーによって家族主義そのものに多様性が加えられ、法の結果ないし効果について力点がおかれていると批判する。むしろ、彼女は、フェミニストが家族のなかの権力、国家の代理人による性に基づく家族構成員の特権化と服従化の問題を明らかにし

てきたとして、家族主義とフェミニズムの明確な区分を主張している。⁷⁸⁾

ここでの議論は、やや錯綜しており、その一つは、家族主義とフェミニズムが混成されて評価されてしまった点にある。ここには、ドンズロの多様な分析のなかの一つである、結果主義的手法による研究が関係しているといえる。オードノバンがいうように、ドンズロは、女性が自ら主体的に特権化と服従化に加わったとする点で、反フェミニズム的だと評されている。⁷⁹⁾しかし、これがまさに「家族がどのように形成されてきたのか」という系譜学的な分析の特徴であるといえる。家族主義においては、家族、社会、法、国家を脱構築していくのであり、むしろ、この解体作業をもう少し検討する必要があるだろう。

(2) 家族主義からの公私区分法批判への批判

ドンズロの規制連続体という概念に依拠した多元主義を展開する、ニコラス・ローズ (Nikolas Rose) は、公私区分法批判が展開した、自由主義社会においては家族のように法の埒外におかれる領域が存在するようにみえるがこれは神話であるという点を認めながらも、その研究には基本的に欠陥があり、単純化した批判となってしまうと断ずる。なぜなら、それは私的家族と結びつく政治的合理性や個人の主体的動機を把握していないために、規制システムや、夫婦、家庭、子どもの養育制度、慣習の形態などの間の関係について我々の理解を制限することになるからである。そのため、まず、国家、法、社会、家族といったものが統一性をもったものと前提することに問題があることになる。⁸⁰⁾

そこで、ローズは、まず法についての細分化を行うが、統一性のある「法」は存在しないと結論する。第一に、法典、判決、制度、機関、判決技法などの複合体から「法」が形成されるが、そこには統一性がみられない。そして、

第二に、相続、婚姻、離婚、監護、児童保護などそれぞれの法が、お互いにそれぞれ別個の目的や権限を規定しており、そこには共通性はみられない。第三に、これらそれぞれ異なる領域の法的規制も、異なる時期に作成され、それぞれ異なる利害関心から生まれている。したがって、このように理解するならば、法とは統一性や一貫性のあるものとみなすことは妥当ではなく、むしろ法的多様性、異種性に焦点をあてなければならぬことになる。⁸¹ その意味では、公私区分という設定そのものも無意味なものとなるし、従来の法学教育で通常想定される「法」としての家族法概念そのものも誤ったものとなる。⁸² そして、ローズは、まず、歴史的な法の単独性ないしは異種性を認識した上で、統一性や一貫性は、起源やその意図よりもむしろ結果の観点から分析されるべきであり、⁸³ それぞれの法とその他の広範な「社会的規制」とのつながりを系譜学的にみななければ、家族の変容はみえてこないという。

そこで、ローズは、国家を細分化していく。ローズによれば、法的規制の母体である国家も、「統一された一貫性のある統一体ではなく、その起源や着想、権限が至る所に由来する、社会的経済的生活の規制に対する企てに様々な範囲で関係する複雑な一連の機関である」⁸⁴ ことになる。そこでは、国家を唯一の権力、問題解決の源泉とみるのではなく、規制や改革プログラムの結果としての「国家の統治された状態」から国家を考える必要があるという。したがって、この見解によれば、国家は、能動的な活動主体というよりむしろ、国家機関以外の様々な活動主体によっても統治されていることになる。そして、国家を統治するプログラムには、多くの提唱者、支持者、同盟者が存在するが、彼らはその改革を目指すある出来事をルール化するという点では共通かもしれないが、様々な問題関心からそのプログラムの実現に関与しているのであって、その追求する利益・目的は統一されたものではない。そのため改革のプログラムの実現は、多様な利益・目的の結晶であり、ここでもその改革の起源や意図よりもむしろ、その結果が重視される。⁸⁵

さらに、そのような改革のプログラムは、決して国家に働きかけた改革プログラム（たとえば、法的規制）という形態だけではなく、広く社会的な規制という形態もとることがある。その例として、ローズは、ドンズロに依拠しながら、一九世紀から二〇世紀にかけての売春、浮浪者、精神病者、犯罪といった社会的脅威に直面したなかでの慈善・博愛的団体を中心とした家族改革（家族の社会化）をとりあげている。そこでは、公的機関は何らかの形で関与するかもしれないが、必ずしもプログラムの発案者にはなっていない。また、その家族改革の特質は、社会問題の源泉は家族にあると同時に、その解決策も家族にあると考えられ、「そこで現在進行しているもの」を枠に嵌め込み、それを規制すると同時に、利用するという効率性が重視される一方で、その実効性を担う市民の主体性に訴えた家族の社会化のプログラムであった。⁸⁶ このようにローズは、社会的な領域を含めた規制的連続体の混在を主張することで、国家概念を解体し、多元的な国家像を描いている。

そして、ローズは、国家とは別個に、このように家族に覆い被さる社会を細分化する。ローズによれば、「現代社会は、多くのかけ離れた相違化された、決定の場 (Locis)、判断基準・知識集団・専門家集団をもつ、機関、連合体、企業、家庭単位の変化するネットワークである。この多元主義は、利益衝突、政治的優位性への闘争、不安定な問題を内包している。これらネットワークを通じた異なる問題との関係で家族化された関心が生じる」⁸⁷と述べ、これらを現代社会における多元的な法的政治的機構としての規制的連続体と位置づける。ここにおいて、ローズにあっては、法、国家、社会が解体され、この多元性とそれともなう複雑な権力のネットワークが構想される。

そして、重要なのはその権力のネットワークの流布するプログラム上の用語やディスコースのもつ家族、個人への影響である。ローズによれば、歴史的にみて、社会の形成は、個人が自らの生活を規制する個人の主体的関与を一定の条件に調整しているために機能している。そのため、社会による「家族化」とは、個人の能力や行為が、自由主義

社会の道徳的政治的原則に合致するような形で、形成され、社会化され、最大化されているのである。ここでは、家族についての用語が家族や個人についての新たな思考方法や行為を生みだしている。⁸⁸しかし、その家族生活についての思考方法や行為方法の源泉や機能は、統一性をもってきたわけではない。なぜなら、まさにその源泉は、個人、専門家、社会的領域などの多様な規制的連続体によって生み出されきたわけである。

ここで注意すべきは、これら多元的なネットワークを通じて、家族がそのプログラムの客体になっているということである。しかし、なぜ、家族はそのプログラムにしたがうのであろうか。

そして、ローズは、この特質を説明するために「権力」を再概念化する必要があるとする。ローズによれば、権力とは、「単に消極的で、抑圧的で、禁止的なものではない」と主張することは現在ではあまりに陳腐である」とし、「権力は、——他者に対する支配力を行使する能力、抵抗に対する目標を追求する能力、目標や野心・信念に自然の力、個人の力を個人的にあるいは集団的に結集する能力——ある単一の主体でもなければ反復的な形態でもない。権力は、一方によって得られることが他方の損失となるゼロサムの観点から測定することはできない。権力の源泉は、経済的、政治的、文化的、軍事的源泉に対する支配から、カリスマ、エロス、魅惑、願望におよぶ多種多様なものである」⁸⁹と述べ、むしろ規制的連続体のもつ権力の肯定的側面、その魅惑性に家族の社会化の誘因を求めている。ローズは、この権力の多元性や複雑性、柔軟性を指摘することで、家族の問題を次のようにとらえる。

家族の社会化といっても結局のところは、それが個人の身体的効率性の促進への個人の積極的関与を求めようとする範囲でのみ成功するにすぎないのであって、制裁や強制をとまなわれない以上、個人の自発性に委ねられる家族の社会化には限界性がある。しかし、その規制装置の巧妙さは、家族における個人の自責心、個人の不安、私的失望を通じて徐々に規制していくことである。これにより家族内部で夫と妻、母親と父親は、自らの感情、希望、望み、情緒

を自身で規制し、親性、性的快楽、生活の質についての潜在的イメージを通じて自身を考える。その結果、快楽と不安が、個人による生活の統治に重要な要素となる。そして、このメカニズムは、専門家によって装置化されるのである。それは任意的な関係に依拠するが、ここでは、父親、母親としての個人の希望を踏みにじらないように、子どもの養育、身体的・精神的福祉の増進をはかる機関として家族が指定されており、消費のメカニズム、主体性の促進、個人的生活のしきたりを通じた社会的用語の構築を通じて社会的、経済的、政治的目的と私的家族を深く結びつけるとローズは述べる。⁹⁰

しかし、ローズによれば、現代社会においては、家族の社会化ないし家族化は、困難であるとともに、家族問題の解決策にはならなくなってきているという。現代社会では、専門家といわれる集団がこのメカニズムの重要な働きをしているが、これまで問題ある家族をとりまく機関がいかに多様で協調的ではなく、また、その機関の価値や技法が多様であるために、いかに有効的ではないかという。専門家のディスコースの多様性、そのアドバイスの有効範囲や、圧力団体・法律家・心理学者・精神医学者・その他専門家の競合性や、その専門家の抱く家族イメージの多様性、そして個人的生活についてのあらゆる側面でのアドバイスの増殖は、多元主義による問題解決への限界となり、逆にそれが問題の原因になっているとする。⁹¹ 結局のところ、ローズによれば家族問題とは、家族の社会化を目指すと同時に、その多様な起源や目的性に由来する社会的な規制の連続体の多元性にあることになるのであろう。したがって、このような専門家集団のそれぞれの倫理的・政治的価値観や技術的な方向性を分析する必要があることになる。

ここで、ローズの家族主義および公私区分法批判への批判を検討してみる。まず、ローズにあっては、家族生活をとりまく多様な規制の連続体とそのディスコースの位置づけが重視され、「統治された国家」概念(フーコー)という多元的な国家観を採用することで、権力としてのこの社会的な規制の連続体の多元性を根拠に、フリーマンらによっ

て主張されてきた、無規制の私的領域は存在していないだとする。そのため、現代家族の性格(政治的役割)やディコースによるその形成過程および、これを原因とした家族の問題状況を見落としており、国家の介入・非介入を問題とするゼロサムゲームを求めているために、逆に、彼らが公私区分に囚われているとする。しかし、フリーマンは、家族(私的領域)が国家や法によって線引きされ、その都合に応じて、区分に変更が加えられており、この意味では、私的領域が幻想であることを主張しているのである。むしろ、フリーマンが問題としたのは、公私区分の恣意性であり、この問題は、イークラーや家族主義の主張にも該当するであろう。すなわち、規制的連続体と連鎖する「統治された国家」でも、この規制的連続体に接続される集団とそうではない集団が存在するはずであり、明らかに線引きの問題は残されているといえる。もっとも、ローズは法ではなく、ポリティカルなものとしてこの問題をとらえようとしているが、そのディコースを取捨選択するのは国家であろう。しかし、そもそも、なぜ国家以外の多様な規制的連続体が自由主義国家の秩序維持に貢献するのか、ローズは明らかにしていないように思われる⁹⁸。あるいはそうだとしても、実際には、総ての団体・専門家がそのような目的に奉仕しているわけではない。

第二の問題は、家族主義が結果主義的な手法を採用する点にある。すなわち、先述のように批判的家族法研究は、機能主義のように特定の法の目的や目標が実際に機能しているかどうかみただけでは分析の範囲が狭すぎるということから、家族、婚姻、離婚、扶養、児童虐待など特定の研究領域を設定することで、これらに対する幅広い様々な法の規制領域(従来の家族法の領域を越えた)の影響や効果そして問題点を明らかにすることを追求した。これに対し、家族主義は、公私区分法批判のように法のみ焦点をあてるだけでは、家族に対する法・規制・その他社会的領域の広範な影響がみえてこないということを克服するために、そのパースペクティブを「法から家族へ」と転換することで、家族への様々な規制的効果をみることできたとされる。そのため、家族主義を家族と法をつなぐ「架け橋理論

(over-arching theory)」として位置づける論者もいる。⁹³ しかし、オードノバンは、家族主義のこのような結論の出方には、問題があるとする。なぜなら、ある一定の目的性から結果が導かれているとする点で、結果主義と機能主義は本質的に変わらないことになる。そこには、結果からみるか、目標からみるかという立脚点の相違があるにすぎない。家族主義は、家族を中心とするような制度、機関、専門家が影響を与えているかという形で、広く機能的な側面を重視しているからである。しかし、オードノバンによれば、むしろ問題なのは家族主義のほうであり、法が特定の家族形態を促進しているとか規制しているということはありえないのであって、家族主義それ自体が一つの神話を生みだしていると批判している。⁹⁴

しかし、公私区分法批判と家族主義の決定的な違いは、社会的な規制の連続体の存在を強調することで、法の役割をその連続体の一要素に後退させる、家族主義の脱法化の傾向である。ローズによれば、公的私的領域のいずれにも属さない専門家の存在を公私区分では説明することができないと批判するが、⁹⁵ 両者とも専門家の役割については懐疑的である。そして、家族主義は、国家概念の変容からアプローチすることで、この専門家傾向をポリティカルなものとしてとらえている。

フリーマンは、ドンズロの指摘する、専門家の専門技術に対する信頼を通じた国家の間接的支配という傾向を認めるが、その傾向をまず、「脱政治」(社会的領域)ということではなく、再び法の場に議論を呼び戻そうとする。⁹⁶ フリーマンは、現代社会における脱法化、脱形式主義、脱中心化という傾向には問題があると指摘している。⁹⁷ それは、現代社会におけるこの国家の脱中心化した形での社会コントロールと専門家による介入が調和しており、法の支配がさらに瓦解されていくということである。フリーマンは、このような現象は社会管理 (social administration) の新たなパターンであり、国家の関与は少ないかもしれないが、介入は普及してきている。そこでは、対審システムのもつ、

法の非人格性、無感覺性 (insensitivity)、遠距離性 (remoteness) が問題とされ、家族のニーズに効率的で敏感なシステムが求められる。そのため、家庭裁判所をはじめ、調停的福祉システムが登場してきているが、法の支配の有する重要性は看過されてはならないとする。すなわち、法の支配のもつ意味は、無条件の善 (good)、無力な者に保護の手段を与え、権力を禁止することである。しかし、福祉指向の政策やプロセスにおいては、個別的正義がその目標とされ、法の支配以上に決定者の価値判断が重きをなすことになるが、その判断基準や性向が不鮮明なものとなる。そのため、法の支配は、多くの問題があるとしても、少なくとも弱者保護には重要な機能を果たすことができるのである。⁹⁸⁾

しかし、そもそも問題とされるべきは、家族主義が公的規制と社会的な規制を並置することにあるのではなからうか。確かに、精神分析、福祉専門家の影響力の増大は現代社会の特徴であるとしても、法の有する規範的価値までもこれら専門家が有しているといえるのであろうか。すなわち、法のもつ紛争解決能力 (正当性の付与) と、専門家の予防的・病理学的アプローチを同一視することはできないと考えるべきであらう。⁹⁹⁾

上述のように、ローズは、法の多元性を主張することで、公私区分法批判には根本的な問題があるとした。そして、ローズによれば、法や制定法上の義務、地位、責任を重要なものであるとはしながらも、これらは原始的でも本質的でもないものであって、むしろ、複雑な権力のネットワークのなかで法的規制を再配置しなければならないという。¹⁰⁰⁾ しかし、法の問題の単一性の崩壊と社会的な規制の連続体への転位の必然的關係性があるといえるのであろうか。さらに、ローズのいう規制の連続体の家族への影響をあまりに過大評価してしまうと、法のもつインパクトが正確に評価することが困難になるように思われる。¹⁰¹⁾

また、ローズのいう規制の連続体の家族ないし個人への価値形成への影響は、多大なるものがあるとしても、その

分析は、過去の出来事に対する家族ないし個人の価値形成の分析には有用なのであって、現在進行している家族の現象と今後の展開をどのように捉えるのか、ということには答えられるのであろうか。また、その連続体と法の位置づけについても、常にダイナミックな側面をもつ現実社会で、可変的なものとならざるをえないのではなからうか。

家族主義のもつ重要な側面として、家族ないし個人がこの規制的連続体に囚われていると描くことで、家族や個人の主体性が否定されることである。ローズの権力論からみえてくるものは、複雑な権力関係がどのように形成され、それがどのように移動してきているのかをその源泉を明らかにし、またその個人のプラクティスにおける価値形成への影響というきわめて倫理的側面が強調されることになる。その意味では、家族という場での主体形成のあり方が問われていると同時に、その価値形成への法を含めた、複雑な規制的連続体の倫理的価値形成のプロセスを分析していく重要性が見いだされる。

4 むすびにかえて

フリーマンは、家族の抱える問題を検討するにあたって、多様な法の連関性をみることの必要性を我々に語りかけているのであるが、その問題の源泉を全体的な法システムに還元する傾向があるように思われる。すなわち、公私区分法批判で展開するように、あたかも法全体が恣意的に私的領域を構成し、その問題解決に消極的な対応を示しているという構成がとられている。しかし、注意しなければならないのは、ここで用いられる家族「法」とは何かということである。フリーマンにおいては制定法、判例法がその「法」を構成することになるのであろうが、ローズが指摘するように「法」のもつ多元性がまず留意されなければならない。もっともローズは、法の歴史的異種性から、その統一性を否定しているわけであるが、フリーマンにしろローズにしろ、家族「法」を構成するものを根底から分析す

る必要が再度あるといえる。そのなかで、重視されなければならないのは、プラクティスとしての法の部分であろうと思われる。制定法(判例も含め)のもつ人々に対する指標として役割は、重要な部分であるが、実務を支えないしは運用していくプラクティスの多元性も明らかにしていく必要があると思われる。たとえば、公私区分法批判が批判したドメスティック・バイオレンスの問題が、法による私的領域化(脱法化)の問題と関係づけられるとき、それが公的領域の範疇に治められることで、ドメスティック・バイオレンスの問題は解決するのであるか。この問題が制定法で規定されても、実際にこの問題に携わる人たちの意識や行動、対応が重要なのであり、むしろそのプラクティスのあり方が問われなければならないのではなからうか。その意味では、婚姻、離婚、親子関係、に關わる「家族法」の領域は、刑事法、労働法、社会保障、社会福祉政策、住宅政策なども当然射程に入れなければならないが、法律扶助制度を含めた手続法における紛争解決の実体も考慮しなければならないであろう。また、それと同時に、これら法領域におけるプラクティスを分析することも重要となってくる。

これら「批判的」言説のもう一つの傾向は、家族の客体化である。フリーマンらに代表される、国家や法が社会を構築するとする説と、家族主義によって社会が家族を構築する(ただ、両者の相互的な影響を認めているが)という説に分かれるが、いずれも家族を客体としてみる点では共通している。しかし、本当に個人や家族は、このように客体化されているのであろうか。この点については、裁判所などの紛争の場(そこでは、裁判官、調停者、福祉専門家、ソーシャルワーカー、訴訟人を含めた)における価値の統一性が明らかにされなければならないであろう。

家族主義のアプローチには、二つの重要な側面があると思われる。一つのレベルでは、規制的連続体として国家活動に家族改革を求めていく社会的領域の存在である。これは、ある社会での価値形成が法の改革につながっていくと考えている点では、コミュニティアンの価値を主張するイークラーにも共通する。もう一つのレベルでは、家族に介

入する社会的領域の存在である。いわゆるある一定のイメージの流布が家族形成や個人の形成に影響を及ぼし、その結果、家族がそのイメージに囚われているということである。したがって、家族の問題とは実はそのイメージに囚われた社会全体の問題であることになる。イメージの流布とは、言い換えれば、ある一定の知識を意識的ないし無意識的に共有するという状態であろうが、これはある部分、説得的であるが、神話のようにも思われる。すなわち、この知識を共有する人もいれば、全くそれを拒絶、さらにはそれすら認識していないカテゴリーが存在するはずである。そのような人ですら、無意識的に価値形成の影響を受けているといえなくもないが、それはまさに実証の問題となる。ローズは、法の細分化、国家の細分化、社会の細分化まできて、家族や個人の細分化には至らないのである。家族のかかえる諸問題は、法制度をはじめとする家族の外部環境の問題だけでなく、諸個人の価値の多様性が大きなウエイトを占めているのである。ローズは、この点について、専門家のディスコースの多元性を個人の多様性に帰因させているが、そうであるならば、逆に、個人の主体性の埋没から抜け出る、あるいは新たな主体性の回帰を目指す、家族法理論が必要とされなければならないであろう。そして、この個人の価値の多様性が問題とされるのであれば、むしろその価値選択をめぐる法の紛争解決機能にその役割が迫られていることになるのではなからうか。

しかし、家族主義の問題は、専門家を介在させることで法の位置を社会のなかに後退させたことである。そのため、問題の源泉として、社会的領域の存在が強調され、その結果、価値の多様性が示されるのみで、価値判断の正否が問われていないのである。現代社会においては、多様化した状況での個人の価値選択に対する正否の判断が求められているのであって、法は、ゼロサムではない形で、これに応えなければならぬといえる。この点では、批判的家族法研究が、「紙の上の法」のもつ矛盾性を問題としたのであるが、この法の指標として役割は、単なる法とプラクティスのギャップとしてとらえるだけでなく、プラクティスそのもののインパクトとして解明されなければならないで

あろう。

注

- (1) このようなポストモダンリズムの主張や動向を一括することはできないとされるが、本稿では、主としてフォーコーやデリダのイギリス法への影響を重視している。なお、ポストモダンの動向を伝えるものとして、三上剛史『ポスト近代の社会学』世界思想史、一九九五年参照。また、法解釈におけるポストモダンの動向を詳細に伝える和田仁孝『法社会学の解体と再生』弘文堂、一九九六年、棚瀬孝雄「ポストモダンの法と社会」法社会学四六号三六頁参照。吉田邦彦「アメリカにおける批判法思想の展開とわが民法学の行方——民法解釈学方法論の思想的系譜——」(一)(二)「民商一一九卷二号一八五頁、一一九卷三号三五四頁参照。

- (2) わが国における批判的法学研究の動向を伝えるものとして、松井茂記「批判的法学研究の意義と課題(1)(2)」法時五九卷九号一二頁、一〇号七八頁、内田貴『契約の再生』弘文堂、一九九九年一八一頁、和田仁孝『法社会学の解体と再生』弘文堂、一九九六年、阿部昌樹「批判法学と法社会学」法雑四〇巻四号一二二頁、デヴィッド・ケアリス編(松浦好治・松井茂記編訳)『政治としての法』風行社、一九九一年。特に、松井論文においては、批判的法学研究のもつ問題点が指摘されている(法時五八巻一〇号八二頁〜八七頁)。また、イギリスにおける批判的法学研究の動向を伝えるものとして、ジョセフ・マカヘリ(戒能通厚・石田眞訳)「イギリスにおける批判法学」法の科学二〇号一三二頁(一九九二年)がある。またリアリズム法学については、モートン・J・モーウィッツ(樋口範雄訳)『現代アメリカ法の歴史』弘文堂、一九九六年参照。

- (3) 家族概念の不確定性を問題にするものとして、Richard Collier, *Masculinity, Law and the Family*, (Routledge, 1995) pp. 50-55) 参照。

- (4) たとえば、イギリスにおける婚姻件数は、約三〇九〇〇〇件(一九九七年)で減少傾向にあり、そのうち再婚者の婚姻が五分の二を占めている。これに対して、離婚件数は約一四七〇〇〇件(一九九七年)で、離婚の影響を受ける子ども(十六歳未満)は約一五〇〇〇〇人いるとされる。また、同棲者は約九〇〇〇〇〇人(一九九二年)と推定されており、単親世帯については世帯全体の約五分の一を占められているとされる。そのうち、所得支援給付を受ける単親家庭受給者は約七二二〇〇

- 人(一九八八年)であり、これが、一九九一年の児童扶養法の制定の要因となっている。そして、地方当局の施設や管轄下にある子どもは、施設に入る児童は約五三七〇〇人で、そのうち里親が約三五二〇〇人、チルドレン・ホームが約六五〇〇人、コミュニティ・ホームが約五二〇〇人となっている(このなかでケア命令によって地方当局の管轄下にある児童は三二二〇〇人(一九九八年)である)。Central Statistical Office, *Social Trends 29*, HMSO, 1999; *New ambitions for our country: A New Contract for Welfare*, Cmd. 3805, 1998 参照。
- (5) Freeman, "Toward a Critical Theory of Family Law" (1985) *Current Legal Problems*, p161. イギリスにおいて批判的家族法の立場にも見られるのは、Katherine O'Donovan, *Sexual Divisions in Law* (Widenfeld & Nicolson, 1985); Pamela Symes, "Property, Power and Dependence: Critical Family Law" (1987) 14 *J. Law and Society* 199; Nicolas Rose, "Beyond the Public/Private Division: Law, Power and Family" (1987) 14 *J. Law and Society* 61 なども。
- (6) Katherine O'Donovan, *Family Law Matters* (London Pluto, 1993) pp. 19-20.
- (7) See, Freeman, *supra* note 5, p. 155.
- (8) もっとも、このような理論的方向性は、イギリス独自というわけではなく、かなりグローバルなものといえる。この点で、先進的なフランス家族法におけるこのような傾向を扱うものとして、丸山茂『家族のレギュレーション』御茶の水書房、一九九九年がある。また、イギリスにおける家族主義の立場にも見られる論者として、D. Morgan, "The Family, Politics and Social Theory" (Routledge, 1985); Nicolas Rose, "Beyond the Public/Private Division: Law, Power and Family" (1987) 14 *J. Law and Society* 61; C. Smart, *Feminism and the Power of Law* (Routledge, 1989); Richard Collier, *Masculinity, Law and the Family*, (Routledge, 1995)。
- (9) John Dewar, *Law and Family* (Butterworth, 1992), pp. 4-5.
- (10) *Ibid* at p. 4.
- (11) John Eekelaar, *Family Law and Social Policy* (Widenfeld & Nicolson 2nd ed, 1984) pp. 15-16, pp. 24-26. ティーによれば、「イークラーは、法の機能についての異なる三部構成の分類を提示している(すなわち、抑圧的、規範的、手段的機能である)。それらは、法的機能の最も重要な部分を構成し、家庭生活に影響を与えるような法の性質は、抑圧から、

規範的、手段的機能に変転していると主張している。もっとも、彼の見解においては、法を通じた家庭生活の社会的統制は成功しないかもしれないが、法が、望ましい社会目的が達成される手段であり続けるといふ概念を放棄してはいない」とその機能的目的の変化を指摘している (See, Dewar, supra note 9, P.3.)

- (12) See, Dewar, supra note 9, P.4 この法の構成員については、デローは、フリーマンをもとにして (See, Freeman, supra note 5, p.158)。
- (13) See, Freeman, supra note 5, p.158
- (14) See, O'Dnovan, supra note 6, p.20.
- (15) See, Freeman, supra note 5, pp.156-158, p.168
- (16) See, O'Dnovan, supra note 6, p.23.
- (17) フリーマンが使用する「批判的」とは、批判的法学研究の流れを汲むものである。この批判的法学研究は、真実の相対性を明らかにし、現実とは自然の所産ではなく、社会的な構築物であり、社会的制度は問題のない普遍の既知の事実ではないことを明らかにした。したがって、法的ディスコースにおける特定の社会秩序が合法的で不可避的であるとみなされることへの法や法的理由付けの役割を認識することである。しかし、フリーマンは、法の形式主義を必ずしも、否定するものではなく、むしろ法の支配のもつ形式主義と権利論の弱者保護に視点をあわせるべきだとする (See, Freeman, supra note 5, pp.156-158, p.168)
- (18) See, Freeman, supra note 5, at p.155
- (19) この理由付けについては、Ibid. at pp.161-166.
- (20) フリーマンは、イークラーの研究成果を重要なものと考えている (Ibid. at p.155.)。
- (21) Ibid. at p.162.
- (22) Ibid. at p.162.
- (22) フリーマンが例示するのが、Painter v Bannister 事件 (Re D [1976] Fam.185) をあげ (Ibid. at p.162)。
- (23) フリーマンが例示するのが、O'Neill case (Monckton Report, Cmd 6636 (1945)) や Maria Colwell case (DHSS Report of Committee of Inquiry into Care and Supervision Provided in Relation to Maria Colwell (Field-

Fisher report (1974)) である。

- (24) この点では、フリーマンは、法上の権利とプラクティスの権利とのギャップが問題とされるなければならない。これを克服するには、敷衍するならば、形式主義に対抗するためには個人の主体の回復を権利論に求めなければならない。これが「Freeman, "Questioning the Delegalization Movement in Family Law: Do We Really Want a Family Court?" in John Eekelaar and Sanford Katz (eds.), *The Resolution of Family Conflict* (Butterworths, 1984), p.16; Freeman, "Taking Children's Rights More Seriously", *International Journal of Law and Family* (1992) pp.52-71 参照。
- (25) 公私区分問題のCLSの文脈については、Duncan Kennedy, "The Stages of The Decline of The Public/Private Distinction", (1982) 130 *University of Pennsylvania Law Review*, p.1349; Morton J. Horwitz, *The History of The Public/Private Distinction*, (1982) 130 *University of Pennsylvania Law Review*, p.1423; Robert H Mnookin, *The Public/Private Dichotomy: Political Disagreement and Academic Repudiation*, (1982) 130 *University of Pennsylvania Law Review*, p.1429。また、この公私区分法を展開したハッシュリスについては、Frances Olsen, "The Family and Market" (1983) 96 *Harvard Law Rev.* p.1497; O'Donovan, *Sexual Divisions in Law* (Widenfeld & Nicolson, 1985); N. Naffine, *Law and Sex: Explorations in Feminist Jurisprudence* (Allen & Unwin, 1990)。
- (26) See, Olsen, *supra* note 25, at p.1499; O'Donovan, *supra* note 6, at p.20.13。オクセンは、この点で対象を端的に「家庭は養育の対象でもあると同時に、嘲笑の対象でもある」として、女性の領域としての「家」の矛盾した位置づけを指摘する。
- (27) See, Freeman, *supra* note 5, at p.170。
- (28) *Ibid.* at pp.171-173。
- (29) このような傾向を、フリーマンは家族法が地位にもとづく関係性を扱っているとする (Ibid. at p.169)。
- (30) *Ibid.* at p.173。
- (31) *Ibid.* at p.158。フリーマンの問題としてこの点、Page v. Freight Hire Ltd. [1981] 1 All E. R. 394。参照。
- (32) *Ibid.* at p.156, 168。
- (33) キリック事件 [1985] 2 W.L.R. 413。フリーマン・コルウォール事件 (DHSS Report of Committee of Inquiry into Care

and Supervision Provided Relation to Maria Colwell (1974) Campbell and Cosans [1982] 4 E.H.H.R.293) をその典型としてみる。

(34) フリーマンは、そのため、公的領域の拡大への正当化論を見いだすために、自由主義的政治思考が用いられており、実は逆転化していると指摘する (Ibid. at p.168.)。

(35) Ibid. at p.163, p.168, p.171.

(36) Ibid. at p.162.

(37) See, Freeman, Questioning the Delegalization Movement in Family Law, supra note 24, at pp.8-9.

(38) See, Freeman, supra note 5, at p.174

(39) See, Collier supra note 3, at p.61

(40) Ibid. at p.62.

(41) Kennedy, The Structure of Blackstone's Commentaries" (1979) 28 Buffalo Law Rev. pp.209-221.

(42) Ekeelaar, "What is Critical Family Law?" (1989) 105 Law Quarterly Rev. p.248

しかし、イーカラーがいうように、自由の享受のためには、個人のある種の社会化が必要だとしても、批判的家族法研究は、自由主義の内包する抑圧構造に適合するような(神話化された)形での個人の「社会化」を問題としているのであって、イーカラーにおいてはその社会化の内実が無視されたままで、個人の社会化が許容されている。

(43) See, Ekeelaar, supra note 42, at p.274.

(44) もっとも、イーカラーが批判するフリーマンの主張と経験的研究の関係は、立場上の相違にすぎないと考えられる。フリーマンが行う法の問題構築の論証の仕方に疑問を提示するのは、パーカーである。パーカーは、「批判的考察の多くの経験的基礎は、全く乏しい。滑稽な感すらする、控訴審の裁判官の性差別的発言や、親の権限の時代遅れの保障、ネットを通じて漏れた性中立ではない制定法上の規定に依拠している。われわれが思うに、これらは容易な事件である。裁判官の面前にこない九〇%以上の事件において、これら残余の事件のなかでの家族法律家の日常の実践を考慮することは難しい。・・・ある種の理論と家族法の実務についての感覚との繋がりは、あまりにも稀薄である」と、その設定する問題点が表体にそぐわないと指摘している (Parker and Drahos, Closer to a Critical Theory of Family Law', Australian Journal of

- Family Law, p.169)。
- (45) Robert H. Unger, *The Critical Legal Studies Movement* (Harvard U.P., 1986) p.8
- (46) See, Eekelaar, *supra* note 42, at p.245, p.247.
- (47) この法の不確定性の問題については、家族法における不確定の問題として別途、稿を改めて検討する予定である。
- (48) イークラーは、フリーマンらは法が関係する社会を構成しているという立場をとっているために、結局、社会的なものやイデオロギーから説明するしか方法はないとする (See, Eekelaar, *supra* note 42, at p.245)。
- (49) *Ibid.* at, p. 246, p.248, p.252.
- (50) ここで、注目すべきは、批判的家族法研究とイークラーの法の捉え方である。すなわち、批判的家族法研究は、法の社会的な関係構築(価値形成)を認識すべきであるというのに対して、イークラーは、紛争機能解決としての事後的な法の社会的な力しか認めるべきではないとしている。
- (51) See, Eekelaar, *supra* note 42, at p.246. 法の相対性について、イークラーはハントを参考にしている。Alan Hunt, "The Theory of Critical Legal Studies" (1986) 6 *Oxford Journal of Legal Studies* pp.1-10. この点について、カー Donovan は、イークラーによれば法システムを矛盾のない一貫した体系としてとらえていると批判する (O'Donovan, *supra* note 6, at pp.25-26)。
- (52) イークラーは意思主義と決定論をもとに、批判的家族法研究の決定論的立場に批判を加えている (See, Eekelaar, *supra* note 42, at pp.249-250)。⁵⁰ しかし、おそらく、イークラーの公益概念も同様な決定論的な機能を有しているであろう。
- (53) See, Eekelaar, *supra* note 42, at p.251. もっとも、オルセンは、分析方法としての公私区分をとらないだけで、「公的な」市場と「私的な」家族、そして「公的な」国家と市場・家族を包摂する「私的な」市民社会という区分が成立するとするであろう。むしろ、その二項対立による世界の構築を問題にしている (See, Olsen, *supra* note 25, at pp.1498-1501)。⁵¹ そのため、結論的には、オルセンはフリーマンとはほぼ同旨である。
- (54) *Ibid.* at p. 1505, pp.1522-1526. オルセンは、この二項対立のもつ根本的問題を指摘する (*Ibid.* at p.1575)。
- (55) See, Eekelaar, *supra* note 42, at p.256. そのため、イークラーは、公的私的の区分は、家族法の理解のためには幻想であり、異なるストラテジーが必要であると述べている (*Ibid.* at p.254)。

- (56) *Ibid.* at pp.255-256.
- (57) もっとも、この扶養の内実についてのコミュニティの監視はなかったと見る (*Ibid.* at pp.255-256.)。
- (58) イークラーは公法のなかにすでに家族の義務が組み込まれているという (*Ibid.* at p.256.)。
- (59) イークラーは、「家族内の自然な資源配分のメカニズムが崩れた場合に、問題となるのであって、その問題の源泉が家族の私的領域化にあるということには直結してはいない」と述べている (*Ibid.* at p.254, p260)。⁶⁰ また、この観点から、子どもの保護に対する法の変遷を述べるものとして、Dingwall and Ekeelaar, *Families and The State: An Historical Perspective on the Public Regulation of Private Conduct*, 10 (4) *Law & Policy* p.341がある。
- (60) イークラーは、次のような例をあげる。たとえば、コミュニティが、女性の地位を引き上げるために、公的ファンドから子どもの養育費の支払いを女性に行うことを認めると仮定してみる。その結果は、裕福な家庭が貧困な家庭よりも豊かになるだけであろう。また、逆に、選別された養育費の支給は、雇用に対してペナルティとして機能することになるであろう。そのため、イークラーにとって批判的家族法研究は、女性の経済的自立を求める主張(ある種のフェミニズム)と変わらなうことになるであろう (See, Ekeelaar, *supra* note 42, at pp.258-260)。⁶¹
- (61) *Ibid.* at p.256.
- (62) O'Donovan, *supra* note 6, at p.25.
- (63) See, Ekeelaar, *supra* note 42, at p.257.
- (64) *Ibid.* at p.256. イークラーは、次のようなコミュニティアンの立場をとる。これは、家族関係における権利概念の適切性を問題とし、むしろ形式的な権利付与が家族の解体をもたらしており、個人の利益に社会的責任を優先させる必要があるという立場である。したがって、問題は、法に対してよりむしろ、権利の利用や形態であり、家族関係の指導性を強調すべきことになる。その意味では、イークラーによれば、一九九一年の児童扶養法は、個人に社会的責任を受け入れさせ、その遂行についての交渉の範囲をほとんど与えていないとして、コミュニティアンの価値の表明であると見る (Ekeelaar, *Family Justice: Ideal or Illusion? Family Law and Communitarian Values*, (1995) p191)。⁶⁵
- (65) このようなイークラーの理解の仕方を批判するものとして、See, Parker, *supra* note 44, at p.167.
- (66) ドンズロの著作に関しては、Jacques Donzelot, *La Police des Familles*, Editions de Minuit, 1977 のフランス語

版が原典であるが、イギリスでは、Robert Hurley Translated, *The policing of Families* (Hutchinson, 1980) があり、日本では、宇波彰訳『家族に介入する社会』新曜社、一九九一年と広範に普及している。また、丸山・前掲注(8)三八〜四〇頁において、ドンズロの論旨が紹介されている。日本におけるドンズロの影響については、『家族学のみかた』朝日新聞社、一九八八年参照。

(67) フーコーのディスクールは複雑で多様な解釈の展開をもたらしているが、ここで、歴史の目的論に由来する真理の形成に対する懐疑、その真理をもとに形成される主体性に対する懐疑が重要視されている。その結果、主体形成に関わる、権力とディスクールのもつ肯定的側面も家族主義に反映されているといえる。なお、フーコ(田村訳)『監獄の誕生』新潮社、一九七七年、フーコー(渡辺守章訳)『性の歴史Ⅰ 知への意志』新潮社、一九八六年参照。

(68) ここで、宇波彰訳『家族に介入する社会』新曜社、一九九一年をもとに、私なりのドンズロの要旨をまとめてみる。

ドンズロによれば、フランスでは一八世紀なかばには、子どもの健康管理を中心に医学の領域と社会的領域が合流するようになる。医学の領域では、子どもの健康に注目が集まるようになるが、その病根に都市部の腐敗(快楽を提供する遊び場娼婦、不衛生など)と養母制度があるとされるようになる。特に、問題なのは養母制度であり、都市部の人は農村に子どもを預ける習慣があり、彼らは子どもの養育を放棄しており、また子どもを預かる養母には、育児に対する無気力、育児放棄、金目当ての子どもの売買など子どもをとりまく環境は危険に満ちていた。さらに、ブルジョワ階級では、農村から召使いを雇い入れ、彼らはブルジョワ階級の子どもたちの養母となるが、子どもに不道徳を蔓延させる原因になっていた。そのため、養母に代わり、母親自身による子どもの養育・教育が重視されるようになる。ここでは、家庭の医学が召使いの管理、家庭の管理方法を普及させ、母親とその役割を賞賛・支持する開業医との家族をめぐる協力体制が生まれてくることになる。その結果、家庭は母親に管理・統制された「温室」というイメージが形成される。そして、医学はこの家庭(特に女性)を利用しながら、宗教との対抗、民間療法の駆逐、寄宿学校の改革に取り組んでいくことになる。このようにブルジョワ階級では、家庭における女性の地位向上が博愛主義やフェミニズムの運動に繋がっていったとされる。

このようななか問題は、貧困階級であり、捨て子とその高い死亡率、子どもの放浪と非行化・犯罪、そして彼らの同棲関係からの捨て子といった悪循環をどのように解決するかであった。従来、若い女性の保護と矯正のための修道院、娼婦たちを囲い込む家、捨て子の養育院などの家族に望まれない者を隔離するという施設(慣行)があった。しかし、このような隔

離施設の特徴は、抑圧と保護を基調としており、收容者される者は抑圧のためその施設からの逃亡・放浪によって、かえって危険な存在となる。また、保護という観点からは、かえって安心して捨て子をするのが可能となってしまう問題の解決にはならないことが明らかにした。ドンズロによれば、この問題の背景には財産承継者の決定と他の者の排除、資産のある者だけに許される婚姻と、その婚姻に由来する子どもの合法・非合法という差別を行う婚姻制度に原因があった。このような社会的排除者は、ブルジョワ家族にとっては子どもの誘惑の源泉であり、国家にとっては危険と損失の源泉であると認識されるようになった。そのため、家父長制度の崩壊が芽生えはじめた。すなわち、家父長制度は、家族の扶養と公の秩序維持という目的を達成している限りにおいて、その権威が国家から認められてきたわけであるが、公的な援助を求める貧民の増加、家庭から排除された略奪者の増加を前に、家父長制維持の理由は、徐々に喪失していくことになる(この意味では、有機体としての家族イメージも崩壊してくる)。

この貧困階層の家族の道徳化には、博愛団体が重要な役割を担い、捨て子をしないと、婚姻を行うという条件付きの援助がなされるようになる。しかし、夫はキャバレー通いをするなど家庭に給与を入れることはなく、家庭は不衛生な生活環境が維持されるというまさに墮落した結婚生活が現実であった。そのため、男性を不道徳な生活から救い、家庭の管理者として教育のある献身的な女性というモデル化が行われてくる。しかし、貧困階層にある女性には、労働市場における制限と低賃金から、持参金を作ることができないという結婚への障害が存在していた。そのため、このような女性たちが結婚しやすくなるように公共住宅の提供が行われるようになったが、これには道徳性や衛生状態を保つ構造上の配慮がなされ、さらに子どもの管理のため家庭を閉じた空間へ導くことになる。この時代に、女性と子どもの階層による二極化が生じることになる。ブルジョワ階級における女性は、資産の継承を支え、召使いを管理する家庭内の力を保有するようになり、外部には看護・教育の伝導という役割を有し、まさに女性のモデルとされるようになる。そして、子どもは、道徳・健康を外部者の悪影響から逃れるため、活動領域が限定される「保護された解放」を享受する。これに対して、庶民の女性は社会的領域から閉め出され、家庭の管理に専念することが奨励される。その子どもは非行に走らないように過度な自由は与えられないよう母親による「監視された自由」を享受するようになっていく。

そして、一九世紀に自由主義国家は重大な問題に直面することになる。貧民の増加とこれに対応する自由主義原理に由来する限界性である。従来の慈善活動は、裕福な者から貧民に対する物質的援助という形態をとってきたが、そこでは裕福な

者の優越性（抑圧と貧者の反発）と依存の関係が内在していた。そのため、貧民は国家からの援助と社会の再編を求める運動を起こしていた。そこで、自由主義を維持しながら貧民の道德化に対応していくのが新たな社会的領域としての博愛団体であった。博愛団体は、正しい道德的影響（儉約と貯蓄）が普及することを目的とした助言という方法を用いて、個人に自律的精神を与え、階層の平等性を意識させながら、扶助が行われる条件としてこの道德規準を守らせるといふ道德と経済を連動させた。さらに、扶助に値する貧民を調査するようになり、これにより、家族は監視のネットワークにおかれるようになる。

そして、博愛団体が注目したのが、子どもの労働と親による搾取である。早い段階からの労働には、子どもの放置・非行・反社会的行動など社会的腐敗の起因になると考え、義務教育の必要性を訴えていく。そこには、大人と子どもとの関係の正常化を求める動きがある一方で、徒弟制度に代表される古い共同体のつながりを断ち切るという面も有していた。そして、根本的には、子どもを施設に保護する際に障害になったのが家父長的権力（施設入所への父親の同意、親族の同意など）であった。そこで、法律によって父親の権威を掘り崩す必要があった。もっとも、そこには巧妙な仕掛けがあり、契約と保護の論理が機能していた。すなわち、経済的に自律した家族（道德的にも自律していることになる）では、逸脱する家族のメンバーは学校教育・施設など私的な契約のプロセス（自由）が認められる。しかし、道德的規範が守られていない貧困家庭の場合には、家父長的な権威は除去され、保護という名のもと介入が認められることになる。

このような博愛団体の活動は、助言による平等化と医学Ⅱ衛生による家族の再編と同時に、古い主従・依存関係や連帯のネットワークに対する闘いでもあったといえる。これは、家族を古い家父長制から抜け出させるものではあったかもしれないが、抵抗の拠点としての家族が解体されていくことになり。逆に、家族は新たな社会的規制装置に組み込まれることになる。そしてまた、家族とその構成員の利害の不一致を、むしろ個人のエゴイズムを煽りながら、家族が社会の規範にしたがって機能しているという（家族による管理が完成していくことになる）。

そして、ドンズロは、一九世紀末から、このような秩序を維持するものとして、新たな「保護複合体」の存在に着目する。そこでこの複合体の頂点に立つのは、少年裁判所である。少年裁判所には、処罰から矯正にわたる様々な審級の段階があるが、未成年者の管理と行動の予防的措置に重点がおかれ、処罰という性格から未成年者個人の審査に判決はむしろ後退することになる。それゆえ、危険な子どもについての調査活動や犯罪予防のための知識や教育活動が裁判所に求められることに

なるため、裁判所は、法律に基づく論理ではなく、未成年者に対する管理・教育を専門とする他の領域に依存するとともにそれを支持する機能に転換することになる。また従来のように、家族から子どもを引き離す強制措置や保護措置という形態では、事後的であるため介入が遅れてしまうことになるし、親の申請に基づく措置では恣意的となりかえって事態の悪化を招くことになってしまっていた。そこでまず、法廷に来る子どもにも影響する家族の心的部分的の解明が必要とされ、ソーシャルワーカーによる社会調査が重視されてくるようになる。この社会調査では、問題のある家族から情報を収集するために、道徳的評価をするのではなく、矯正への家族の可能性を評価する形で調査が行われるので、家族への介入の道が開かれることになり、その結果、彼らを通じた「司法の拡大」傾向がみられるようになる。さらに、法廷では、かつての家族が解体されるという現象が発生する。すなわち、法廷では、管理機関として裁判官や生活指導員が家族に助言をする結果、もはや父親の権威・存在は必要とされず（父親から国家の家父長制への移行）、嘆願と謙讓的な態度をとる母親が求められることになる。

また、少年裁判所では、未成年者の矯正の可能性を探る際に、その情報の補足や判断能力の確認の必要性から、精神医学にその判断を求めるようになる（とりわけ、非行少年の今後の矯正の観点から、教育可能な者と不可能な者との識別を求める）。しかし、未成年者の診断の要否については、裁判官の判断に委ねられているために、精神医学の領域は特異な事件に限定されていた。そのため、さらなる機会拡大を求める精神科医と裁判官はその領域をめぐるライバル関係に立つことになり、子ども時代の影響・要因が将来の浮浪者につながるということが明らかにされ、問題ある未成年者の行動について広範に精神科医の判断を求めるようになる。しかし、精神医学は病理学に基づいているために、病気がそうでないかの二者択一の選択しか行うことができず、そのような択一的判断と、病原を家族に帰することを調査者に求めることになるが、現実には彼ら調査者にはそのような厳しい選択は不可能であった。そこで必要とされたのは、道徳的評価（責任の所在）や家族と対立関係に立つことではなく、家族へのインセンティブであった。そこで精神医学が導入したのが精神分析である。精神分析は、精神医学と異なり、非行などの原因を家族に帰責するのではなく、子どもの改善の可能性について家族を再評価するものであった。また精神分析の特徴は、非合法的な婚姻による家族区分や道徳的評価を用いるのではなく、一律に「危機の家族」という表現が用いられ、共通のパスペクティブを有した同質性が重視されることになる。精神分析の導入により少年裁判所は、法律上のカテゴリーを放棄しながら、裁判所を超えた裁判機構として再編成されることになるのである（保護複合体）。

そして、この精神分析が活躍する理由にはさらに別の要因も存在していた。この精神分析がなぜ隆盛し、近代家族に影響力を有するようになったのかについてドンズロは性をめぐる争いに原因があったとみている（言い換えれば、「知」の領域の争い、階層間の争いといえるかもしれない）。すなわち、まず聖職者と医師、そして医師とブルジョワ階級との関係にそれがみられる。従来、性の問題は暗黙裡に教会の専属事項として医学では扱われてこなかったが、性病など生活衛生面への関心が増大してくる中で、医学はその原因の一端には性教育のあり方に問題の原因があると、娘には純潔を教え、息子には性的冒険を奨励する家族における二重道徳の存在を批判し、家族制度を支えてきた教会・修道院の矛盾性を明らかにする。そして、性教育による社会の改革を求めながら、避妊具による産児制限、人工中絶など性の解放を推し進めていく。しかし、このような動きには、博愛主義を代表するブルジョワ階級から強硬な反対論が出される。この立場からは、国内問題から植民地問題へと利害関心が移行するなかで、植民地に送り出す人間を確保するために人口増加論が唱えられ、むしろ多産を維持する家族構造の強化を支持するようになる（量の確保という視点）。しかし、その後、両者の立場に微妙な転換が生じ始めていく。すなわち、医学の領域では、精神分析の導入と心理学の影響である。そして、博愛主義的団体には、人口増加論とともに「幸福な家族」が重要なテーマとなってくる。子どもの問題には、実は親、夫婦の問題が密接に関連していることが発見され、偶然生まれた子ども（望まれない子ども）が、遺棄や非行の対象となるのは、それが「できごととしての子ども」であるからであり、一方、一見幸せそうにみえる家庭でも過保護な子どもにも問題があることが認識され、夫婦生活の問題に帰因する「徴候としての子ども」として現れてくる。両者の場合に共通していることは、親の欲望が原因となり、それが解放されなければならないが、それは同時に介入の正当な領域とみなされるようになることであった。

そのため、性生活・家族生活の質への視点が強調され、性教育の重要性が再認識されることになる。そこで、エコール・デ・パラン、児童神経Ⅱ精神科病院、医療Ⅱ精神Ⅱ教育センターが設立されるが、その名称の通り、それぞれ活動の領域は異なるが、実は博愛主義・家族主義を唱える人々が交互に交流しながら、精神分析という手法をいかに巧みに家族に適用しているかをドンズロは描いている。

そして、子どもの社会化をおこなう場として、学校が注目されるわけであるが、性教育を梃子にした学校教育の画一化にはエリート階層からの猛烈な反発がもたらされた。しかし、先の博愛主義者たちは、優秀性・学歴・出世を作り上げる仕事は学校ではなく、道徳・文化・感情の教育の場としての家族の役割を強調することで、「教えること」と「教育」との分離

という形で、この反対を回避する。そしてこの教育技術に精神分析が導入されるのである。それは、家族を社会的要求に応じられるようにし、人間関係の良き指導者にする家族の可能性を評価する、個人を完成する手段として家族を用いるのである。また、規範の導入には抵抗が伴うが、人間関係にかかわる技術(精神分析)は、家族に規範を何も押しつけないことに依存している。この技術は、規範や規則を自由に浮遊させて、均衡点に達するまでそうしておくのである。すなわち、家族に問題がある場合に、主体の意向にしたがいながら、主体自身の問題を自らに明らかにさせ(自己による鑑定)、自身の転向を促していくという手法である(通常、家族の問題は、成員間のコミュニケーションの欠落と関連していることを示しく)。これは、実は、子ども、親、夫婦についての一定の「イメージ」が強く主体に働きかけているのであって、その結果として自発的に社会的規範が植え込まれるという技術なのである。そして、この精神分析の手法は、費用のかからない経済的技術でもあり、すぐれた管理技術であるとされる。ドンズロによれば、精神分析は、身体や管理と人間集団の管理とのあいだの体制の差異を解決する技術であるということになる。すなわち、規範に対する家族の抵抗を内的な方向(家族内部の問題)に転換し、家族を内向的にする一方で、子どもの養育・教育という家族の積極的な活動を促進するのである(もっとも、このような家族の形成は女性が担うことになろう)。

しかし、ドンズロによれば、これがまさに現代の家族の病理であり、そこには二つの次元があるとされる。第一は、家族強化の方向である。子どもは、親の野心ないし投資の道具ではなく、子どもの失敗は親の責任であるということから、子どもの教育に集中するように向けられ、家族の強化が図られる(政治的な領域から私的な領域に目を向けさせる)。第二は、これとは反対に家族の不安定化の方向である。人間関係の規範化が進み、精神分析による操作により家族機能は危険なほど弱くなり、無力化しているということである。近代家族の病理がまさにここに存在することになる。家族の内的な生活態度により、家族内の自律の幅が少なくなり、家族内の支配関係が維持される可能性が高まり、心理学的・教育学的な規範で家族が満たされると、家族は規律装置と化すことになるからである。

その結果、ドンズロによれば、「家族は、社会的なもの女王であると同時に、その囚人である。家族の変形のプロセスの全体は、われわれの社会に特に秩序維持がなされた特徴を与える、現代的なかたちの統合を位置づけるプロセスでもある。また、家族は解放されることによって危機に陥ったとよく言われるが、そうするとこの有名な危機は、現存する社会秩序に対立する内在的なものとして現れるのではなく、この社会秩序の可能性の条件として現れる。家族は破壊されるものではな

く、またうやうやしく保護されるものでもなく、ひとつの決定機関であって、社会的要求に対するその異質性は、社会的規範と、家族のさまざまな価値とを浮遊させる手続を確立することによって、小さくされたり、機能化されたりすることがありうる」(七頁)とて言葉に顕れてくると言えよう。

(69) このように位置づけるのは、クーリエである。クーリエは、法がある一定のディスコースを排除している観点から、考察する必要があるとする (See, Collier supra note 3, at p.68)。また、デワーは、ある点では家族主義は公私分法を越えるものであるとする (See, Dewar, supra note 9, at p.7)。

(70) 家族主義は、幅広いコンテクストのなかで、法や社会的プラクティスを評価することになるが、国家や法を複雑な監視のネットワークの一部に組み込んだとしても、フリーマンが指摘した「法」による性や年齢にもとづく階層性の問題は残されるのではないかと考える。

(71) 批判的家族法研究も家族主義も法をポリティカルなものにとらえる共通性があるが、フリーマンは、法制定過程における政治的利害関係を問題とするのに対して、家族主義は、ディスコースによる社会全体の構築の要因に政治的なものを分析する。

(72) Carol Smart, "Regulating Families or Legitimizing Patriarchy? : Family in Britain" (1982) 10 International Journal of Law, p.144.

(73) Ibid. at p. 134.

(74) Ibid. at p. 145.

(75) See, Dewar, supra note 9, at p.7.

(76) この問題をデワーはむしろ裁量的・福祉的介入の問題としてとらえる。この問題を展開したものとして、John Dewar, Reducing Discretion in Family Law, 11 Australian Journal of Family Law (1997) p.309.

(77) O'Donovan, supra note 6, p.21. そのため、オードノバンにとって問題とすべきは、家族主義者と言われる論者には様々な目的性を有しており、たとえば、アンシャンレジームやブルジョア家族の憧憬があったり、マルクス主義の立場からのブルジョア家族批判の分析として、監視対象としての労働者家族への同情として、社会に対する砦としての家族として、家族主義を用いているそのイデオロギー性を問題にしているように思われる。家族主義とは、「物質的快適さ、経済的保障、家

父長的権威、規制者による介入、性、個人の自由、愛情について語るのか」(Ibid. at p. 22)と指摘するように、その論者の立場から多様な言説が生まれる可能性について危惧している。いずれにせよ、デワーとオードノバンの「家族主義」批判は、主としてスマートらの著作に対する批判であり、この点で、的確な「家族主義」批判といえるかどうか疑問である。ポストモダンを支持する家族主義は、イデオロギーの問題ではなく、むしろ、ディスコースの問題として評価すべきだとする。すなわち、ドンズロの描いた、規制的連続体のなかで特定の家族形態が生み出されているという「家族主義」そのものは、神話であるということ認めながら、問題とすべきは、家父長制とか女性の抑圧といったイデオロギーによって形成された結果の認識ではなく、家族に関する知識や経験を正当なものと認めたり、排除したりするその規制的連続体やディスコースの存在である(See, Collier, supra note 42, at p. 68)。そして、法ないし規制的連続体は、統一された目的性や結果を招来するのではなく、それ自体、ダイナミックであって、矛盾した結果をも将来することになる。その意味では、法は統一されたものとはいえなくなる。

(78) See, O'Donovan, supra note 6, at p. 21.

(79) See, O'Donovan, supra note 6, at pp. 21-23.

(80) See, Rose, supra note 8, at p. 61. もっとも、ローズは、その家族主義の立場から、法ではなく、基本概念としての国家、利益、イデオロギー、権力を再考する必要があるとする(Ibid. at, p. 62)。

(81) フリーマンも法源の多様性については認識しているが、そのイデオロギー批判のため、異種性については否定する。

(82) ローズは「家族法はテキストの著者や法学教育の創造物である。」(See, Rose, supra note 8, at p. 66)と断言している。

(83) Ibid. at p. 67.

(84) Ibid. at p. 71. ローズの使用する規制的連続体は、イデオロギーを有する国家の社会的統制組織ではない。なぜなら、その連続体は様々な目的を持って自然発生的に出現するのであって、イデオロギーという広範な枠に納めることはできない。そのため、「社会統制はある種貧弱な説明装置であって、社会改革者の様々な倫理的、政治的、技術的動きだけでなく、個人を支配する価値やプラクティスに関係する個人の主体的関与も言い逃れるにちがいない」(Ibid. at p. 72)ということになる。もっとも、国家のストラテジーと、支配における利害、規制制度の確立と機能とのつながりに対する経験的証拠はほとんどない。

この意味で、ローズはフリーマンらの用いるイデオロギー概念を否定する。ローズは、フリーマンのイデオロギー批判について、以下のような議論を展開し、イデオロギー解釈の問題性を指摘している。まず、批判的家族法研究が抑圧の場として家族をみることを問題としている。ローズは、公私区分法が上記のような神話を生みだしているという点については、同意するが、公私区分法に対する批判は、その分析上のストラテジーのために欠陥があるとみる。ローズによれば、法への批判的アプローチは、規制のストラテジーを理解しようとする場合、多くの場合、法の分析が誤ったスタート地点にあるというパラドックスに直面すると述べている。家族の私的領域における個人の選択や自由といったイデオロギーが一定の場所・活動・関係への公的機関による介入の拒否を合法化し、当然の事実として法の範囲外におくための非介入の正当化としてプライベートを用いているとしても (See, Rose, *supra* note 2, at p.64)、プライベートの領域としての家族というイデオロギーによって国家の目的が偽装されているということは、果たして証明可能なのか、また家族の意識や行動形成に働きかけるそのイデオロギーを明らかにしなければならないが、ある特定のイデオロギーを否定し、他の価値観をそれに置き換えるだけでは、新たなイデオロギーの問題を発生させるだけであり、むしろそれを超える必要があるとする。また、従来の権力闘争のような権力の勝敗は必ずしもないということが明らかになったとして、統一的なイデオロギーや利益集団の探求は不可能であることになる。そのため、そもそも国家がイデオロギーを有しているという前提は、壮大なストーリーでもあり、問題の源泉を統一されたイデオロギーに転換すること自体が安易でもあり、問題があるともいえる。さらに、家族関係の内容が無規制で夫に委ねられていると主張することは、公私区分法を超えるのではなく、その区分に囚われることになる。そのため、イデオロギーではこの家族をめぐる問題は説明することができないとする (See, Rose, *supra* note 2, at 70)。ローズによれば、そこでの批判の目的は、プライベートや自由選択の表面に入り込み、隠された支配のメカニズムを明らかにし、その目的を暴露することであると述べている (See, Rose, *supra* note 2, at 71)。このようにローズは、社会的領域のディスコース分析に移行するわけであるが、ローズらの支持する規制的連統体の探求もそもそも可能であるのかという問題は残されているように思われる。イデオロギーをディスコースに置き換えるポストモダンの問題性を指摘するのは、テリー・イーグルトン (大橋洋一訳) 『イデオロギーとは何か』平凡社、一九九九年である。

(85) See, Rose, *supra* note 8, at p.74. このため、ローズによれば、法制定の背後にある利益の観点からの考察では、説明できないことすらあることになる (Ibid. at p.71)。

- (86) ローズは、この社会化は人類学的に普遍なもの (anthropological universal) であると主張する (Ibid. at p.70.)。
- (87) ローズによれば、そのなかには、権力の拡大を意図しないセクターや領域もあると特徴づけられている (Ibid. at p.68.)。
- (88) Ibid. at p.66, p.73.
- (89) Ibid. at p.68.
- (90) Ibid. at p.73.
- (91) Ibid. at pp.73-74. そのため、ローズは、「特に、家族生活、子どもの養育、性的快楽、健康、衛生、幸福や安らぎに関する知識への要求から生じる権力形態を評価する必要がある」(Ibid. at p.74) とする。
- (92) ローズは、このような規制的連続体が形成される要因として、「自己」と他者の利益をつなぐ新たな方法であり、その方法に権威が集中していくことになる」(Ibid. at, p.72) と、その自然な政治的形態を強調している。
- (93) この点について、クーリエは、「家族内での多様な抑圧の場を発見する」という点に注目する。そのアプローチは、抑圧についての橋渡しをする理論という点から、「全体論的な権力関係の解説から逃れる。経験的な次元(主体的な関与、希望、野心、信念の活動)が法と家族の分析にまとめられるのであれば、ある範囲の規制的装置やディスコースが法と家族関係についての知識を主張し、また法が一定のディスコースをその実務から排除することができるということを認める必要がある」と述べている (See, Collier supra note 3, at p.68)。
- (94) See, O'Dnovan, supra note 6, at p.23.
- (95) See, Rose, supra note 8, at p.74.
- (96) フリーマンは自由主義国家では、専門家の監督というアーチ構造のなかで、家族は私的イニシアティブを保持しながら、間接的なコントロールが敷かれているとしている See, Freeman, Questioning the Delegalization Movement in Family Law, supra note 24, at p.12)。
- (97) フリーマンによれば、問題は、経済構造の変化を受けた法構造の深遠な変化に目を向けるべきであるとする。フリーマンによれば、市場システムが機能していた古典的資本主義においては、現実性、安定性、計算可能性、予見可能性、抽象性が求められ、これを形式主義が促進してきた。しかし、高度化した資本主義は、優位性を確保するために国家による配分を求めるようになり、官僚的行政規制にシフトするようになる。そこで、独占資本主義における経済力の拡大に対し、弱者保護

を提供してきた法の支配が障害となってくるために、一般的ルールから曖昧なスタンダードに転換されることになる。そのため、市場システムを支えた法のもつ形式主義が批判の対象とされ、非形式主義、脱法化が求められると同時に、官僚的行政規制の脱中心化が生じることになる。したがって、フリーマンは、家族主義の主張するような、多元的な政治的・社会的領域の拡散ではなく、福祉国家と法の関係から考えるべきだとする (Ibid. at p. 9, pp. 17-18)。

(98) フリーマンによれば、このような形式主義としての法の問題点は、循環的な問題であるとする。すなわち、個々の弱者を保護をするなかで、ルール化が行われ、それが形式主義へと変異していくという。したがって、福祉指向の改革のような脱法化、脱形式主義も結果は同じことになる (Ibid. at pp. 15-16, p. 19)。

(99) おそらく、訴訟当事者においては、裁判官の言明と、調停者やカウンセラーの言明には明らかに受けとめ方が異なるのではないか。この問題については、家族法のオートポイエーシスを論ずる Michael King and Christine Piper, *How the Law thinks About Children* (2 ed.) Arena (1995) が参考となる。

(100) ローズは、「法が家族に機能しているとはいえない」という結論を導き出している (See, Rose, supra note 8, at p. 74.)。

(101) デワーは、家族主義を「法への独占的な焦点が全体像の一部にすぎないことを明らかにしているにすぎない」 (See, Dewar, supra note 9, at p. 7.) と評しているように、家族主義のもつ法の軽視という側面を認識していると思われる。