

〔書 評〕

「差別」とは何か－差別法の哲学的考察

(Tarunabh Khaitan, *A Theory of Discrimination Law*,
Oxford: Oxford University Press, 2015)

新 村 と わ

「君にお守りの言葉 (*Talisman*) をあげよう。... 君が今までに出会ったなかで、もっとも貧しくて弱り切った人の顔を思い出してごらん。そして、自分に問いかけるのだ。自分がじっくり考えあげたその一つ一つが、その貧しき人にとって役に立つものなのかを。... 本当にその考えが、その貧しき人に自身の人生と運命を思いのままにできる力を取り戻させるものなのか、と。言い換えれば、その考えは『自由 (*swaraj*)』をもたらすなのか、と。」(ピエアロール・ネイヤー 著『マハトマ・ガンジー：晩年』より)

差別なき社会を構築することを目指して数多の差別撤廃のための法や政策が古今東西で生み出されてきている。

日本においても性別、部落、障害、人種、性的指向等に対する種々の差別を撤廃することをめぐり多くの議論と実践がなされている。国際的には女子差別撤廃条約等の各種差別是正条約が批准されており、国内法では、一般的な差別撤除法の制定は2003年に見送られたのち一般的差別禁止法の制定が現在も求められ続けてはいるが、労働法等の個別法レベルで分野ごとの差別を解消する試みや自治体による関連条例の制定がなされている。近年の国レベルの注目すべき動向としては、両者ともに罰則規定を持たない理念法ではあるが、ヘイトスピーチ解消法と部落差別解消法が2016年に制定されており、また自治体レベルでも各人の性的指向を尊重

「差別」とは何か－差別法の哲学的考察

するようなパートナーシップ条例を制定する自治体が増えてきたことに加え、共生社会の実現と多様性が尊重される都市をつくりあげ人権に対する不当な差別を許さないことを宣言する東京都人権条例（東京都オリンピック憲章にうたわれる人権尊重の理念の実現を目指す条例）が2018年10月に可決され、2019年に全面施行される。

本稿でその成果に言及する余裕はないが、日本ではこれまでも、性差別、雇用差別、障害者差別等の禁止をめぐる法学だけでなく社会科学全般の多方面からの研究が蓄積されてきている。しかしながら、具体的かつ一般的に、なぜ差別が禁止されるかについて、そしてなぜそれが正当化されるのかに関する徹底的な考究がなされているとはいえない状況にあるように思われる。

これは別に驚くべきことではない。日本が模範としている欧米諸国でも、すでに一般的差別撤廃法が制定されている国においてすら、差別を禁じる法規範についての根源的な考察がなされてきたとはいえないからである。さらにいうならば、差別のない社会を実現することは、法学だけでなく哲学の関心領域でもあるが、「差別法」に関する法学的研究と「差別」に対する哲学的考察の間には、大きな溝が存在していた。欧米諸国での近年の差別法に関する考究は、個別の差別撤廃法を詳細に検討するものや、差別撤廃に適合するような条文改正をも意図したうえでの対象国の憲法条文に対する学理的解釈を目的とした考察がなされることが多かった。また他方で、哲学者たちはここ数十年、何が差別であり、なぜ差別が不当なのかについて考究してはいたが、広範な法域を対象とした理論的体系化の取り組みがなされることはほとんどなかった。

このような差別法をめぐる暗澹たる状況下に燦然と射し照らしだされた光明が、2015年に刊行され、今回、本稿が紹介する“A Theory of Discrimination Law (『差別法論』)”である。本業績は、既存研究がなしえなかった領域に挑んでいる。すなわち、差別法を法哲学的ならびに法理論的観点から体系化を図り、かつ、英米法圏（あるいは判例法圏）のなかでの五国の広範な制定法、判例、実務を渉猟したうえで、差別（撤廃）法が正当であることの理論的実証を試みている。その実証的手法としても演繹法的、帰納法的、修辞法的にも卓越した作品として完成されており、稀に見る大著といえる。

本書の内容に踏み込む前に、著者の Tarunabh Khaitan（タルーナブ・

ケイタン)の出自を知ることこの本が大作たりえたことを理解するに不可欠と思われるので、ここに説明を加える。ケイタンは、インドに生まれ、インド国立法科大学を優秀な成績で卒業し、その後、世界で最も古い歴史をもつ奨学制度であるローズ奨学金を得てオックスフォードに学ぶ。協道にそれるようだが、ここでローズ奨学制度にも触れておこう。ローズ奨学金はアフリカの鉱山王であった Cecil Rhodes (セシル・ローズ)が残した莫大な遺産を原資として1903年から開始されたものであるが、奨学金制度設立の理由についてローズは遺書で次のように記している。「英国の大学において若き入植者たちを教育することは、彼等の生き方における視野を広げるだけでなく、帝国の団結を図る上で植民地と英国の双方にとって有益である。また、この制度が広く受け入れられ、英語を母国語とする世界の人々がより強い絆で結ばれてゆくことを希望する」。例外的に英語圏ではないドイツからもローズカラー(ローズ奨学生)が選ばれているが、現在ではアメリカの32名を筆頭にカナダ(11名)、南アフリカ(9名)、オーストラリア(7名)に比較的多くの奨学生枠が与えられるほか、ザンビアといった旧大英帝国植民地・海外領土諸国に1名から3名のローズ奨学生枠が16名分与えられており、ケイタンはそのうちインドの3名枠から選出されたことになる。

ケイタン自身の現在は、オックスフォード大学ワダム・カレッジに法学担当の准教授として籍を置きつつ、2016年から4年間の研究休暇を得て、メルボルン大学の Asian Law Centre にて南アジアにおける民主制度研究に携わる。それと同時に、メルボルン大学での学生指導のため同大学准教授としてゼミナールを主催し、後進の育成にも励んでいる。

この著作に関連する論文として彼は2013年に「Prelude to a Theory of Discrimination Law (「差別法論への前奏曲」)」等をすでに公にしていたが、2015年にこの著書が上梓されるや、学界からの好意的な反応を得て、両手に余る書評が彼の業績を概ね絶賛する形で出されている。さらに、ヨーロッパ人権裁判所の2017年10月25日判決(Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal (application no. 17484/15))にも本書が引用されており、また、ケイタンはインド議会に現在係属中のインド差別法制定の作成作業にかかわっており、彼の差別法理論が実務上も有効であることが認められている。かてて加えて、本書の学問上の功績は法律学分野に限定されない。2018年には、人間生活のあらゆる面での健康、発展、環境および

平等に寄与する研究業績をあげた45歳以下の若手研究者に贈られるノルウェーのラッテン賞を、理系も含めた他の学問分野の研究者らを抑えて受賞している。受賞に伴い副賞として与えられた賞金二百万クローネ（約二千六百万円）はインドでの差別解消のための組織を設立するために使用したいとのことである。以上からも、学実双方の意味においてケイタンの絢爛たる労作は、今後、古典となることが約束されている著作といえよう。

この著作が日本の同領域研究に活用されれば、日本の差別法領域の研究発展に大きく資することになる。しかしながら、さしあたって、この書評の射程は本書一冊の内容に限定し、日本における差別法をめぐる問題状況に本書の理論が適用可能かを検討する作業は別稿に譲りたい。また、多種多様な論点について緻密に計算、構成された本書のすべての内容を網羅することは不可能であり書評としての意味もなさないであろうから、そのうちでも特に、評者が興味深く感じた数種の論点への評価に加えて、著者とその作品の結合としての本書の有する意義について記すこととしたい。

本旨に戻ろう。以下、本書の構成を追いながらその概要の説明を試みる。

第一章の劈頭にて、2010年に英国で物議を醸した第103代カンタベリー大司教のジョージ・ケアリー（その在位時に英国教会で女性司祭の叙任が認められた一方で、同教会内における同性愛を厳しく批判した）による性犯罪を犯した司祭に対する叙任事件を素材に、法律専門家と俗衆（layperson）との間の「差別」意識の違いが提起される。聖俗の区別を含意するLayという語の有する語源の意味において、皮肉にもLay（「俗」）と対峙されるべき「聖」職者の代表の示した「差別」に対する認識が、法学者である裁判官の判じた「差別」の意義とかけ離れていたという事案を選択するケイタンの修辭的技量に、初端から読者は引き込まれる。この適切すぎるほどに適切な例を用いて、俗衆が「差別」という語を用いるときと、法学上の「差別」定義とに大きな懸隔があることの問題が読者に投げかけられる。さらに法学上においてさえも学者と実務家の間での「差別」の概念認識は多岐に渡ることも示される。かかる「差別」をめぐる定義上の錯綜に加え、法学ならびに（法）哲学領野の「差別法」に関する諸研究の現況の問題点として、抑制されたトーンで控えめながらも、ケイタンは差別法の理論的体系化の基盤を何処に見出すかについて、先行業績での「平等主義者（egalitarians）」「自由主義者（liberals）」「尊厳主義者（dig-

nitalians)」等の概念に結局のところ緊縛され、新しい次元での視野が広がらないことを指摘する。同時に差別法を考究するための新たな概念装置が必要であることが暗示される。この第一章で、それ以降の第一部、第二部、第三部で検討するすべての概念装置をあらかじめ登場させ、それらがどのように後の本書を彩っていくかの説明が加えられ、読者にはこれから赴く大航海の海図が示される。

ケイタンの企画は大きく三つに分けられ、それが本書の三部構成に呼応する。第一部において、差別法に対する概念上の説明が施される。いかなる法律が差別法にあたりどの法律が差別法に該当しないかを識別できるような、差別規範の持つ特徴とはどのようなものなのかが検討される。引き続き第二部では、第一部で検討した差別法に関連する法律群を規範的に正当化するために、差別法の目的を確定することが企図される。最後に第三部では、差別法がその目的を達成するために用いる手段を詳細にみることで、その正当性を確認し擁護する。その際にとられる考察手段は、差別法が誰に義務を要請し、その義務の履行によって誰が利益を得るのかという「義務」に焦点をあてることでなされる。以上のように、「差別」の定義→「差別法」の目的の確定→「差別法」の目的達成のための手段の検討→「差別法」の正当化の実証、という大要からも明らかなように、ケイタンの執筆方法は、あたかもその土台から無駄なく緻密にうち立てられる大伽藍のごとく、前章での検討結果が次章での考究課題として無理なく連続し最終的に差別法が正当化されることの結論に導かれように、構成自体が壮大かつ格調高く積み上げられていく。さらに終章の第九章（The Vindication of Discrimination Law）において、同様に三部を構成しない第一章とともに、第一章（The Problem）で開けられた「差別」問題の扉が「差別法」は擁護されるべきとの述懐で締められる。

次に、やや詳細に各章の内容に移ろう。前述のように差別法の定義を確定する第一部（Scope and Definition）は、第二章（The Essence of Discrimination Law）と第三章（The Architecture of Discrimination Law）とで構成されているが、第二章では、本論考での射程と定義が論じられる。

まず、広く社会一般で観察されうる「差別」に関連するとされることの多い8つの典型的事例を検討することで、どの事例が規範的に「差別法」に該当するかを判断するための四つの条件が提示される。冗漫になるのを

恐れつつも、ケイタンが選んだ8つの事例（26頁）も簡単に記そう。

- § 1 人種を理由とする賃貸拒否の禁止
- § 2 公的事業者に女性の一定割合就労を促す措置
- § 3 必要性が正当化されない限り、肥満な人に対して不利益となる措置の禁止
- § 4 目の色を理由として空港会社が採用差別をすることの禁止
- § 5 緊急医療をすべての人が受領できるような体制を整備することの国への義務付け
- § 6 最低賃金率を下回る賃金の禁止
- § 7 故意・無謀・過失ある行為によって他者を侵害してはならないとの防御規定の遵守
- § 8 移動が困難な障害者に対する自治体からの月額交通費の支給

これらの事例を梃子に、差別法としてカテゴライズされる基準は何か、その差別法たる規範的意義はいかなるものかの考察に移り、帰納法的に差別法を把握するための次の四条件が提示される。

- ①個人的根拠条件（the personal grounds condition）；ケイタンによれば、差別法規範に該当するような義務付け規範は、「その義務付け規範によって義務付けあるいは禁止される作為ないし不作為とその規範との間に何らかの関係がある一方で、他方で「根拠」と呼ぶような、当該私人のもつある種の属性ないし特性とも関係していることが必要とされる（29頁）。」
- ②同族集団条件（the cognate groups condition）；その規範が依拠する根拠（あるいは、私人の特質）は、性別といった「普遍的秩序」であるとともに、男か女かというように個別の秩序でもなければならぬ（30頁）。このような区別をすることで二番目の要件であるこの「同族集団条件」が明瞭に描きだされる。
- ③比較上劣位条件（the relative disadvantage condition）；この条件は、少なくとも、一定の普遍的性質で分類できる複数集団の中で少なくともひとつ以上の同じ分類条件による他の集団より劣位な状況に置かれていることを必要とする（31頁）。例えば、「性別」という分類で女性を男性より優遇するような措置はこの条件に該当するが、「目の色」の場合、青い目の人が他の黒や茶色の目の色よりも差別されるということが明らかにされない限りは、このような法規

範は、この条件を満たさないことになる。これは、非常に重要な指摘で、この条件によれば、今までに差別を経験してこなかった集団を対象とするような法規範は、差別法としての該当性を持たないことになる。

- ④異常配分条件 (the eccentric distribution condition)；義務付け規範は、便益が図られようとするグループに属する構成員全員ではなく、問題になっている何人かの構成員に対して配分されるよう定められなければならない(39頁)。この最後の条件は、例えば「アフリカ系アメリカ人全員が賠償金を受ける」という規範を想起すれば明らかになる。この規範は、①から③までの条件すべてを満たすことになろうが、その集団のなかの一部のものだけでなく、全員をその対象にするものであることから、この四つ目の条件を満たしていない。これら①から④の条件をクリアしたものが、差別法の規範として正当化されることになる。

これら四条件の検討に基づき、続く第三章では、どの規範が差別法に該当するものであり、どれが食事や福利厚生、住居等の供給といった社会保障規範なのかの区分けの検討がなされる。さらに、同章後半でケイタンは、アフーマティブ・アクションの検討に入り、アフーマティブ・アクションを差別法に分類することにつき現況では定説が構築されておらず諸説紛々としてはいるが、歴史的に差別されていたグループに差別是正のための便宜を与える法律自体がすでに差別法の一部をなしていると断じる。というのも、差別積極措置を一連の差別法としてカウントする理由は、「アフーマティブ・アクションと差別法の間には本質的にかかわり合いが存在すると誰もが推察するから(81頁)」と説明する。

第二部(Point and Purpose)の第四章(A Good Life)と第五章(The Point of Discrimination Law)では、第一部でのやや抽象的な差別法の定義付けに基づき、差別法の目的の考察が展開される。ここでは、差別法が正当化されるその目的とは、良き人生を歩むことであり、その目的に資するために、いかなることが差別法において重要かが問われる。第四章では、差別法が目的とする良い人生を送るための前提条件として四つの基本財(特に②から④の三基本財が次章で考察対象とされる)―その四つの財とは、①ひとの生物学的要求を十分に満たすような種々の財、②消極的自由―ひとの身体、計画、所有、人間関係ならびに関心事を阻害する不当な

干渉からの自由、③価値ある選択機会が適切に与えられること、④自尊：適度な自己尊重、である一に対するアクセスが保障されていることが肝要だとされる。この章ではこれらの基本財がいかに必須かについて、一時的に「差別法」の視座から離れ、アリストテレスやプラトンらのギリシア哲学の巨匠らの議論やミルやルソーらの近代の思想を渉猟し、現代の学識からはロールズやラズ、ドウォーキンらの知見を旅することになる。第五章では第二章で検討した四つの条件を再び登場させて、先の三つの基本財に対する検討があらたに行われ、良き人生をおくるために不可欠の基本財を得るには、「個人」が属する「集団」間に存在する優劣の差を遁滅していくことを差別法が企図していることへの考察が加えられる。というのも、ケイタンによれば、集団間での優劣の存在によって、比較上劣位集団に属するものがかかる基本財に自由に接近することが困難になっているからである（122頁）。このことから、「平等主義者」の観点よりも自由を重んじる「自由主義者」の観点が差別法を機能させるには相応しいというケイタンの意識が窺われるようにも見える。しかしながら、ケイタンは、従来の自由主義者の主張とは一線を画し、自由の質こそを問題にし、つまり、いかに自分の選択が満足するレベルでなされるかを問題とするようないわば「充足主義者 (sufficientarian)」や「優先主義者 (prioritarian)」等の立場が差別法には有効であることを提示する（132頁）。

さて、この章において評者の視点からケイタンの議論で革新的なことは、「個人」と「集団」に対する姿勢である。近代法の大原則は「集団」から「個人」を析出することであり、権利や法は個人に帰属するという、個人ベースの法概念が出発点になっている。「集団」と「個人」の分断（あるいは前者の否定）という問題意識とその原則が現代法においても貫徹可能か否かは評者が常に関心を持ち続けてきた思考モデルである。ケイタンの視座においては、差別法を検討する過程において、集団に関する問題は不可欠のもので度外視することはできず、劣位な立場にある「集団」に属していることが「個人」に大きな影響を与えるとの事実が所与のものとされる。差別法において「集団」か「個人」のどちらを保護すべきかという困難な問いに対して、ケイタンは、どちらも保護されなければならないという（賢明な？）対応をすることによって、その論議で紛争することを回避している。その対処がなぜ肯定されるかといえば、差別法は全体的に蔓延っている特定集団に対する劣位状況を根絶するべく差別法が集団

を保護するという手法を用いるが、なぜなら結局は、劣位集団に属しているということが個人の自律に大きな影響を与えているのは明白すぎるほどに明白だからである。このコペルニクス的転換ともいえる指摘は、従来からの「個人」か「集団」かという二者択一的観点を採択しようとする近代法の古典的概念から差別法を解放することを含意する。

第三部 (Designing the Duties) では、先にみた差別の定義に基づいて設定された「良き人生を歩む」という差別法の目的に沿う形で、差別法が正当化されるためには、具体的な差別 (撤廃) 法を実現するための義務を誰が負っているか、そして、その義務が果されることで誰が益を得るかが考察される。すなわち、第六章 (The Antidiscrimination Duty) では、差別をしてはいけないという義務に関して、直接・間接とも差別および嫌がらせをしない義務の規範的意味が問われる。そして、差別行為のもつ二つの誤りが指摘される。つまり、差別行為がその「集団」の劣位を悪化させるものであること。さらには、差別行為によって、規範的には無関係に、その「集団」に属する者ということで「個人」が被害を被ってしまうということである (194 頁)。次の第七章 (The Duty-Bearers) で義務者に対する詳細な検討が加えられる。つまり、普遍的に誰に対してもその非差別義務を課すことがよいのか、あるいは、優位集団に属する人にもみ義務を課すのが相応しいかが検討される。最終的には、公的性質を有するような人に対してのみ、劣位にある集団にそれなりの違いが見て取れるだけの最適な形態でのみ義務が課されることを差別法が要請していると結論づけられる。さらに、前章までにも幾度となく触れられていたアフーマティブ・アクションについて、次の第八章 (Affirmative Action) で、最終的な総まとめ的観点からの考察がなされ、その是非について検討されていく。

第九章がまとめの総括的役割を果たしていることから、以上の第八章までで「差別法」に対する法学的・哲学的考察がまとめ上げられている。本稿で取り上げた限定的な論点に対する検討だけからみても、本書で示された概念装置や差別法の正当化の論証には刺激的な示唆が数多くあり、本書の内容が総合的に検討されることでの差別法の領域における貢献は想像に余りある。ケイタンが提示した差別法の理論化モデルが今後の同領域研究の考察基準になるとの評価が多くみられるのもその証左といえる。

かかる挑戦的な企画の検討対象国として本書が採用した法域は、カナ

ダ、インド、南アフリカ共和国、英国（英国においては、EU法の影響を受けていることも忘れてはならない）さらに米国といった広範な英語圏の国々である。いずれの国も判例法と大別することができ、自由主義的民主主義を採用しており、さらには、差別法に関して各国が相互に輸出入しあい、影響し合っていることが看取できる（46頁）。この法域選別に卓見性があることは、先進国とされている国だけでなくその旧植民地諸国（歴史上差別を受けており、その克服によって国を作り上げていっている諸国）の差別法をめぐる状況を検討することが、差別法の意義を全体的かつ網羅的に把握することを可能にするとのケイタンの説明に一旦は譲ろう。確かに、従来、少なくとも日本の法律学が先行業績として採用してきたのは英語圏での先進諸国といわれる英米加諸国であったし、旧植民地諸国での差別問題は後発展国ゆえの問題として捉える多くの論調に倣うばかりで、それらを差別法の総体的把握のための素材として検討することは少なかったと思われる。とはいえ、二カ国の比較研究だけでも相当なものであるのに、五カ国という法域を共通の物差しを維持しつつ比較検討した上で、差別法の理論的総合研究をなすに必要とされる能力および労力たるや想像を超えるものといえよう。

ところで、ケイタンがこれら五つの法域を検討対象に選択したことは、彼のインド出自とローズカラーとしてオックスフォード人として過ごした経験によるところも少なくないと思われる。インド人として今からおよそ20年前に旧領主国たるイギリスの名門校のカレッジで学友らと寝食をともに学び続ける年月は、否が応でも自身の属性を意識させられ続ける時間でもあっただろう。だからこそ、差別してきた側の法実践と差別されてきた側の法実践を詳細に検討することを通じて、両者の側での差別に対する法実践に共通点が存在し、それゆえに「差別法」は「正当」であることが確認されてもくるのであろう。

最終章である第九章の冒頭は、インドの学童達は何世代にも亘って教科書で目にするマハトマ・ガンジーの碑文的言葉で飾られている（本書評の最初に引用したガンジーの伝記からの文章）。インドの反植民地闘争のキー・スローガンであった“swaraj”という文言―ケイタンの脚注によれば、この文言は訳出することが困難な複雑な観念だが、粗訳するならば、self-rule（自律）、freedom（自由）、あるいは autonomy（自治権）ということになろうという―を提示して、社会の負け犬ら（society's under-

dogs)に「swaraj (自由)」をもたらすためには、差別法はガンジーにも是認されるものでなければならないだろう、という。

かくして、イギリスから船出した差別法をめぐる旅路は、インドの偉人の言によって締めくくられる。

第一章で示された差別の定義をめぐる俗衆と法学者の間にある大きな溝について、ケイタンは彼なりの結論を得ている。法学者による「差別」に対する認識は、俗衆が通常、差別現象と把握するものと異なっており、そして、法学者による認識の方が俗衆のそれより優れている。仮にこの両者の認識の懸隔が収斂されるならば、それは、法の教導に社会が十分に対応することができることの実証になるだろうと。

世間で「差別」と叫ばれることが本当に「差別」に該当するものなのか、「差別」が存在する場合にそれを撤廃していく措置である「差別法」とはいかなるものなのかとの問いを経て、我々はケイタンの道案内により「差別法」は世間が糾弾するほど不当なものではなく正当で擁護されるべきものとの結論にまで到達した。「差別法」が正当であるならば、残された課題は、法学者による「差別」法の認識と世間 (=俗衆)との「差別」認識との差を埋め合わせることである。

ガンジーは、「差別法」を規定する「国家」に対してではなく、「差別」を認識する「個人」に向けてお守りの言葉 (Talisman) を発したはずだ、との本書の結語が胸に響く。

ケイタンの差別法の理論化という主題に底流しているこの問題意識は、ひとり差別に対する認識のみに限定されるものではなく、社会における法の役割をめぐる永遠の課題ともいえる。