

〔論 説〕

批判法学制度派の課題…

制度法経済学の祖としてのリアリズム法学への回帰

——障害法学に供するために——（二）

吾 妻 聡

序

〈合理的配慮論は、より積極的に論究されねばならない。〉

本論攷は、この主張を前景的なテーマに据え、批判法学制度派の立場からこれを論ずる。

〈制度の不確定性論としてのリアリズム法学は、右テーマを論じるにあたって有用である。〉

本論攷は、この主張を後景的なテーマに据え、批判法学制度派の立場からリアリズム法学の意義を再考する。

本小論の論究対象である「合理的配慮」^{reasonable accommodation}とは、周知のように、障害者の社会参画の実現を目指す知的運動（「障害学」）や法学・法政策論（「障害法学」）において特に精緻な議論が展開されてきた概念である。より広くは、出産・育児休暇などのように、就労者の個々のニーズに対応して「便宜」^{accommodation}を図り、より多くの人々の社会参画を促す政

策指針・理論の核を構成するキー・ワードである。日本においても、近年、労働法・社会保障法・憲法・国際人権法を含む法領域横断的な障害関連法研究として「障害法学」¹⁾が開拓され、また「障害学」²⁾は、これに十数年先んじて、哲学、社会・政治・経済理論、芸術・文化論などの多種多様な人文諸科学の知識を動員して障害を論じてきた。障害学者・障害法学者はまた、障害関連法制の立案にも積極的に関与し、様々な成果を生み出してきた(二〇一一年「改正障害者基本法」、二〇一三年「障害者差別解消法」、二〇一三年「改正障害者雇用促進法」など)。本論攷は、障害をめぐるこうした知的努力に、批判法学制度派の立場から参与し、何らかの寄与をなしたいと望むものである。本稿が、外様のな立場から―しかも時宜を逸して遅蒔き―合理的配慮論への寄与を目指すのは、主に次の二つの理由による。

第一は、合理的配慮という言葉は少しずつ人口に膾炙しつつあるように見えるものの、実際には私たちは、その規範的・機能的本質について正確な理解を得るにいたっていない―社会を・自分たちを十分に説得するにいたっていない―と考えることによる。合理的配慮規定を中核とする障害者差別禁止法がアメリカにおいて制定され(the Americans with Disabilities Act[ADA]一九九〇年に制定・二〇〇八年に改正)、条約や他国法制にとつての重要なモデルとして注目されて以来、日本においても多くの理論蓄積がなされ³⁾、また、障害者差別解消法その他の立法的整備も施されてきた。連邦裁判所の「反動」⁴⁾もあってアメリカの裁判例は克服の対象と観念されてはいるものの、今後日本においても参考となる諸外国の裁判実務の分析も蓄積されてきている⁵⁾。

しかしながら、accommodationの一般的訳語として「配慮」が選択され、これが「他者への優しさ・心遣い」といった個人の道徳・倫理あるいは感傷に訴えるような響きを持つこと、加えて、配慮を提供する側に「追加的な」物質的・

心理的負担が課される予感が働くことなどのために、合理的配慮は、「正当な要求」としてイメージされるにはいたっていないのではないだろうか。正当な一権利性を強く徴表する一要求とは、いわばそれ以上の特別の正当化を必要としないという意味で「当然の」要求であり、逆にこれを拒否する側に周到な正当化が求められる基本的利益の請求である。しかし、むしろ、合理的配慮とは、配慮する側の迷惑や利益に適ってはじめて受け取ることが許される特別の恩恵である、と考えられてはいないだろうか。⁽⁶⁾ 他者に「優しく矜持ある」人間を多く育てることが社会の理想であるとして、⁽⁷⁾ 優しさの主導権が非対称的に配分されたままの社会では、これを善い社会と呼ぶことはできない。

第二の理由は、合理的配慮は果たして正統な／正当な権利なのだろうかという右の素朴な違和感・疑念を、アメリカ法学において理論的装飾を伴って主張してきたのは、他でもなく、筆者が関心を寄せてきた批判法学（脱構築派）だということにある。例えば、Mark Kelman や Janet Haley といった批判法学の牽引者たちにとって、権利論としての合理的配慮論は強い懐疑の対象であり、現代法意識に対する根源的批判を遂行するための媒介または標的に他ならない（権利批判としての批判法学）。⁽⁸⁾ それゆえ、批判法学に共鳴する本論者が目指すのは、合理的配慮をめぐる議論に参与することを通して批判法学の主流派的傾向（脱構築派・不確定性急進派）と対峙すること、そうした対峙（批判法学批判）⁽⁹⁾ を行ってきた「批判法学制度派」⁽¹⁰⁾ の精神と視角が差別問題や社会構造の変革を課題とする知的運動と協働できるものであることを示すこと、そしてより実践的に重要にも、合理的配慮擁護論を積極的に論究することである。

本稿は、Kelmanらの行き方は、批判法学がリアリズム法学から受け継いだ知的遺産の精髓を損なうものではないかという危惧を基底にして、より生産的な議論の方向性を模索する。批判法学主流派が洗練させてきた（法理の

不確定性論〕ではなく、〔制度の不確定性論〕こそが、リアリズム法学が切り開いた最も大切な進歩主義法学のテーマであるという理解に基づいて、制度法経済学の祖としてのリアリズム法学¹¹⁾への回帰を説く(第二章)。第一章(本号)では、合理的配慮の本質を理解するために、既に縷々論じられてきた反差別法／配慮法の論争を、Roberto Ungerの理論枠組を下敷きにしつつ、適宜デフォルメを施して先鋭化し、要約的に再提示する。

第一章 反差別法と配慮法

I 配慮法 (accommodation law) をめぐる一般的な問題構成

合理的配慮は、障害法が反差別法レジームにもたらした論争的な概念である。配慮法の革新性を強調する議論は次のように主張する。「ADAの革新は非常に大きい。合理的配慮義務の広範囲に及ぶ影響力は、通常理解されている差別概念からの離脱がもたらしたものである。すべての雇用者が平等な雇用機会を享受することを可能にするための〔合理的配慮〕のオープンエンドな(制約のない)責任は、現行の差別禁止法制及び行政による優遇政策よりも、過去の差別の持続的な効果を終わらせるためにより多くのことをなすだろう。¹²⁾」

こうした主張ゆえに、合理的配慮論の基本的論点ないしは懸念は、以下のように構成されてきたといつてよい。「利潤追求の自由や経済合理的選択を制約して私企業にコスト負担を『強いる』ことはどのようなようにして正当化されるのか。」「合理的配慮は障害者に対する『優遇』であり『逆差別』ではないのか。」

つまり、公的機関のみならず私人も含む事業主・事業者に提供義務を課すことになる配慮法をめぐる議論の中心的

努力の一つは、私人へのコストないしは責任「転嫁」を正当化するための理論を考案することに注がれてきた。⁽¹³⁾「本来的には」利潤最大化を追求する「自由」を与えられているはずの私人に対して「追加的な」負担を課すこと―「自由」の領域である経済社会（市場）に対して「制約」を課すこと―を正当化できる合理的配慮の規範・道徳的命法とはどのようなものかという問題構成である。John Donohue III のことばを引けば、「市場は、しばしば、保護対象労働者にとつての『真の平等』『差別の痕跡を取り除いた完全競争市場が到達し得る平等』」を探索する試みの：同盟者であるが、市場は『構成された平等』『同様の生産性をもつ労働者を同様に遇すること以上の平等』に到達することはできない。実のところ、市場はこれに断固として反対するのだ」という⁽¹⁴⁾。「」は筆者による。市場が、この力に、障害者の「優遇」（「構成された平等」）を断固として拒否する強い力・論理を持っているとするならば、この力に対抗し制約を課す配慮法の論理もこれ以上に精巧・重厚なものではないと考えられてきたのである。だが、本小論の示唆は、この問いの樹て方そのものが配慮法の本質的意義から私たちの目を逸らさしてしまう蹉跎なのではないか、ということにある。

II 配慮 (accommodation) の定義

配慮の本質を考察するにあたっては、これを扱った最も有名な論攷を参照することから始めるのが便宜であろう。例えば、Christine Jolls⁽¹⁵⁾の分析的・記述的な概念規定によれば、配慮義務とは「（識別可能な）障害のある人びとなどのように、雇用者のうちの特に識別可能な一定層の集団の特別なニーズに比べて、特別のコスト（既存の市場構造との対比で評価された場合の）を負うことを使用者に対して要請する法的ルールである」⁽¹⁶⁾。この要請は、当該使用者が

障害者を障害者であることに基づいて異なる取扱をする意図を有しているわけではない場合に——つまり、障害者に「対する差別意図」をもっているわけではない場合に——課されるものである。つまり、障害者を雇うことを拒否した理由が（費用が増大する）といった純粹に経済合理的な理由にあり、障害者への「嫌悪感」や「偏見」、障害者ゆえに異なつて取り扱ふという「意図」に基づくものではないような場合であつても、障害者を雇用するにあつて必要となるコスト負担を使用者に対して要請するという考えである。

右で触れた一般的な問題構成と同様、使用者への「特別のコスト」という契機を中心とする定義である一方、いわゆる「差別的意図」が伴わない場合においてもコストを課すことが、というよりも、純粹に経済的合理的な理由から障害者の雇用を拒否すること——合理的差別——に対して制約を課すことこそが、合理的配慮の本質であるという概念規定がなされている。また、重要にも、「識別可能な「集団」という言及があるように、配慮法の保護対象者は、ある社会集団——しばしば歴史的に精神的・物質的に不利な立場におかれてきた特定の社会集団——の一員であることを理由に拒否・排斥されてきた人びとである。

Jollsの配慮論の戦略は、配慮の概念規定を、伝統的な反差別法の概念規定（差別意図に基づく別異取扱の禁止）から一旦は截然と区別した上で、再びその発展形態である差別的効果責任論へと接続し直して配慮法の正統性——規範的正当性の問題としてではなく、事実として裁判所が承認してきたという意味での正統性——を論証しようとするものである。つまり、アメリカの反差別法制は、差別意図・動機にかかわらず、一定のコストを使用者にこれまでも課してきたし、そうした効果を持つ立法を制定することが連邦政府の権限内であるということは多くの裁判例で認められてきたことであるという事実的証拠を積み上げることで、配慮法がアメリカ法の地勢図において異端の地位を占めて

は、¹⁶ 異なることを論証しようとするものである。実際、ADAや障害者の人権に関する条約（二〇〇六年に国連総会で採決）は、合理的配慮の提供や合理的な変更を拒否すること―つまり、一定のコスト負担を拒否すること―そのものが差別を構成するという考え方に（も）基づいて、差別や合理的配慮といった基礎概念を定義してきた。その意味で、Tollsの定義は、実定化によって配慮概念が備えることが期待されている事実上の「力」ないしは「機能」―配慮法の道徳的基礎・正当化原理そのものではなく―についての正鵠を得た概念規定であるということができよう。¹⁷

一方、アメリカ障害法学をリードしてきたSamuel Bagenstosは、合理的配慮の道徳的基礎を明らかにしようとする論攷のなかで次のように述べる。「『^{accommodation mandate} 配慮要請』とは、障害をもつアメリカ人法の第一条の要請のように、使用者に対して、表面的には中立的なルールや構造、及び業務について個別的な変更をなし、保護対象の社会階層の一員が便宜を必要としない同僚と同じだけの生産活動を遂行できるようにすることを要請するものである。特に、『合理的配慮』の要請は：無制限ではないが、実際のコストを課すものである。¹⁸」

この規定においても、第一に、障害者ら保護対象の社会集団に属する人びとの個々のニーズ¹⁹に対応するために、実際のコストが使用者その他の責任主体に課せられることが、配慮規定の中核をなすと考えられている。第二に、表面的には中立的なルールの効果が問題とされているように、配慮法は、合理的差別という経済的には合目的な区別方針に対する対抗原理であると観念されている。障害を理由とした別異取扱という許されざる行い²⁰をしているから、咎める（損害を補填させる＝コスト負担をさせる）という伝統的な反差別法の発想²¹ないしは矯正的正義の歴史・因果関係論的な推論をたどるのではなく、（コストを負担しないという）経済合理的な決定を行うことそのものが道徳的²²非難に値するのだという発想を示唆しているところに、配慮法の規範理論が隠されているはずだ、という議論である。

それゆえ、配憲法の道徳的基礎の解明は、こうした合理的差別がなぜ道徳的非難に値するののかという問いを解明することに等しいだろう。つまり、配憲法の正当化は、同じく合理的差別を禁じた反差別法理論の責任論の解明を通じて行われるはずである。そして、こうした正統な反差別法—Bagenstos においては disparate impact の法理—と配憲法とが実質的に重なり合っている—目的（と手段）を同じくする—ことの論証が行われれば、配憲法は正統化されることになる。だが Bagenstos の行論に明らかであるが、配憲法の目的論・原理論はそもそも反差別法の目的論の発展に触発されてこれを取り込んだものであると思われる。（ゆえに次の第三節は、反差別法の変遷・発展を中心に論じることとなる。）仮に配憲という考え方に独自の発展があったとすれば、それはむしろ、この共通の目的の実現のあり方—手段・方法—ではないだろうか。

つまり、（ルールや構造、及び業務についての個別的な変更や調整（さらには補助・代替手段の提供）、及びこれにかかるコストの使用へのシフト）という方法を通して、反差別法の目的実現を目指すところに配憲法の本質があるのではないか。そして、こうした救済方法の権利性（正当性・自然性の主張）を宣言することは、（変更とシフトが達成された状態）を差別なき状態—つまり中立的・自然なベース・ライン—と見て、これを基準にして現実の有り様を評価せよという規範論の提案として再構成できるはずである（第二章）。直截に言えば、障害をめぐるコスト負担（社会的障壁を取り除くコスト）を使用者にシフトする（という社会選択が行われたのだ）という発想を真正面に押し出すところに、配憲法の核心があるのではないか。²¹

法は、常に既に、特定の人びとから特定の人びとへと—前者が過去・現在の不正な行為によって後者に害悪を与えてきたと確かに言えるかどうかに関わりなく—財を分配してきた。言い方をかえれば、法は、未来志向的に、差別構

造のこれ以上の固着化を許さないために、富と権力の分配を通して、差別を結果として作り出すことに関与するかもしれない人びと―政府・私人―からあらかじめ自由を奪ってきた。それゆえ、正しい問題構成は、なぜ自由を制約することが許されるのか、ではない。国家の勃興の初発から存在してきた〈制約のかたち〉をどのようにして／どのようなものへとデザインし直すか、である。法は、悪しき意図を挫くのみではなく、「無辜」の市民のうち誰を犠牲にするのが得策かという考慮をもって、全体としての秩序が悪しきものにならないことを目指してきたのではなかったか。²²⁾ここでは、こうした〈法は富と権力の分配の体系である〉という命題が、第二章でのリアリズム再説の論究課題となることだけを示唆しておこう。

III 反差別法の地勢図―反差別法理論の理念的物語―

以下では、既に縷々論じられてきた²³⁾、反差別法理／配慮法理の異同をめぐる理論的攻防を念頭において、反差別法論（≠配慮法制論）の展開の真の教訓について考察してゆきたい。

反差別と配慮とを区別する立論―〈反差別／配慮―区別論〉―は、合理的配慮の擁護陣営・批判陣営の双方からなされてきた。配慮法を擁護する論者は、配慮法の革新性を強調するために、伝統的な反差別法との相違を強調する一方、これを批判する論者は、配慮法が当該法文化・法意識において正統と認められるにいたった反差別法からの逸脱であることを強調するために、配慮法と反差別法との相違を強調する。同様に、反差別と配慮との重なり合い・類似性を指摘する立論―〈反差別／配慮―統合論〉―もまた、配慮法の擁護論者・反対論者の双方から展開されてきた。そうした立論の基底にある政治思想は比較的透けて見えやすい。いわゆる古典的自由主義論者の目論見は、反差別

法・配憲法を（公権力による経済社会・市民社会への不当な介入）と大きく括弧することで、その大部分を正統・正当な法秩序（すべての人々の自由を実現する公正な秩序と目されるもの）から抛擲しようとする。これに対して、平等主義的正議論を基底に措く立場にとつて、反差別法理と配憲法理とは、自由を真正なものに近づけてゆくための「機会の平等」の実質化（及びその更なる実質化を目指した「条件の平等」の実現）という当該法秩序を遍く貫く根本原理のいわば姿を変えた二つの表象であり、反差別法と配憲法とは共生・共鳴し合いながら、社会を望ましい方向へと導いてゆく最も大切な法理であると観念されることとなる。

以下では、こうした反差別法諸理論の戦略を、これまでの筆者の研究関心に沿って、Roberto Unger の理論枠組（形式主義批判・客観主義批判）を下敷きにした法意識のプロト・ナラティブ（理念型的物語²⁴）への「肉付け」というかたちで再描写する。この作業の目的は、反差別法・配憲法という具体的文脈において批判法学の理論的課題（法意識の根本批判）に取り組むこと、そしてそのことを通して、配憲法論をめぐる論争が法学に与える真の教訓―制度の学としての法学の明晰化、法制度の不確定性―を明らかにすることにある。右で略述した「政治的意図」の類似性・相違を下敷きとした論争の読解は、「法社会理論」の相違・類似性として描き出すことを通して―すなわち、知と政治の闘争を伴い射程に入れることを通して―、さらに根本的かつ生産的な批判へと開かれることとなる。

A 理論枠組 法意識Ⅱ形式主義の位相（精神）＋客観主義の位相（肉体）²⁵

Unger の視角によれば、法的思考様式（法意識）は、(a)法理・法論理に関わる要素と(b)法社会理論（法と社会構造の関係についての思惟）に関わる要素によって構成される複合体である。分かり易さのために図式的に言えば、

(a)は、法(学)の方法論的要素であり、(b)は、法(学)の内容・実体的要素である。(a)がしばしば明示的に論じられるのに対して、(b)は通常は、明晰な分析的理解・批判のメスが入れられることなく暗黙裏に前提されるのみである。Ungerは、法理・論理の位相の自然化・理想化の支配的傾向を「形式主義」、法社会学理論の位相の自然化・理想化の支配的傾向を「客観主義」と呼び、批判法学の課題は、こうした二つの傾向を双方ともに批判し再構築することであると述べてきた⁽²⁶⁾。以下では、このUngerの理論枠組に負いながら、反差別法の原理・法理の位相に関する提案を「形式主義Ⅰ〜Ⅱ」と呼び、この形式主義の背後もしくは基底に暗黙裏に前提されている経済社会・政治社会の有り様についての思惟を「客観主義Ⅰ〜Ⅱ」と呼んで、この二つの側面を両方ともに射程に入れることを目指しながら、反差別法意識の振る舞いを描写してゆきたい。

B 「反差別法意識の戦略

Unger 流の説明によれば、平等保護^{Equal Protection}法理の仕事には大きく二つのものがある。(a)は一般性を要請^{require}する仕事と(b)は一般性を矯正^{correct}する仕事⁽²⁷⁾である。前者(a)は、一貫性・不偏不党性を欠いたかたちでの公権力の援用・動員を禁ずることを通して、すべての人に対して、最も大切であると考えられる利益(根本的利益・基本的権利)の保護を与えようとするものである。いわば最も形式的な意味における平等概念^{Equal like cases alike}―等しいものを等しく―を前提とした差別禁止の要請であるといえよう。法はこのとき、一般的・形式的な法概念・法範疇(法人格)以外には、盲目になる。しかしながら、平等な保護は、根本的な利益がすべての人に一般的に与えられることの承認及び該利益の(公権力による)不可侵の保障とは異なる⁽²⁸⁾。後者(承認・不可侵の約束)が、すべての人の権利主体性の宣言(権利の付

与)で事足りるように思われるのに対して、前者(「保護」)は権利実現のための何らかの積極的な施策・制度条件の設定を必要とする。そして、社会を一瞥すれば、歴史的事実として、一定の範疇(人種・性別・信条・年齢・障害…)に属する人々が公権力の事実・立法行為によって不利益を被ってきたし、現在も被っていることがわかる。そのため、平等保護は、劣位に措かれてきた集団の権利を「保護」するために、そうした集団をむしろ特別に抽出し、これら集団の利益を損なう諸政策・公的／私的行為に対して警戒の目を向けるというより積極的で困難な仕事、つまり、(b)「一般性を矯正する仕事」を引き受けなければならない。つまり、ここにおいて平等保護法は、権力による法定立・諸政策が集団的な不利益を創出してしまふこと、またはこれを強固なものにしてしまふことに対して矯正のメスをいれてゆくこととなる。²⁹⁾

こうした矯正的介入を正当化する判例法理の解釈として、アメリカ法学は、周知の通り、二つの原理を提案してきた。一般に「反区分」と「反従属」と呼ばれる二つの原理である。以下では、この二つのうちより形式的原理であると考え得る―その意味では、Ungerの言う「一般性要請型の平等保護に近い表現とみることもできる」―反区分原理への訴えを、形式主義Ⅰとまずは位置付けて、反従属(形式主義Ⅱ)の「明示的な」析出へといたる法意識の振る舞いを理念的に素描していく。³¹⁾この語りは、論理関係的なものであって、歴史的事実的・因果関係的なものではない。その意味で、具体的な歴史的・社会的文脈から意識的に距離をとり、姿形を変えて繰り返し登場するかもしれない法意識の構成要素を抽出する試みではあるが、例によって、具体的文脈―殊にアメリカ法理論の文脈に―に(かなり)引きずられながら／これを念頭に置きながら再提示される。

C Move I 反区分原理への訴え

I 形式主義 I 反区分原理

反区分原理論とは、〈公権力は、個人の人格的価値とは関わりがないと考えられる諸特性（人種・性別・出生…）による区別に基づいて市民を遇してはならない〉という要請こそが、平等保護法・反差別法の本質を形成している、とする法理論である。⁽³²⁾ 公権力は、市民を、人種・民族・宗教といった集団の一員としてではなく、個人⁽³³⁾として遇さねばならないのであり、反差別法理の本質は、〃区別すること〃そのものを禁じることにあると該理論は主張する。個人主義を背景とした平等概念を説き、個人のアイデンティや抑圧の経験から切り離すことができなはずの―その意味で、批判者からすれば解釈において当然に参照すべき―〃集団〃という概念にはあえて盲目を貫く平等原則である。

2 形式主義 I 批判 不確定性批判

しかしながら、反区分原理それ自体では、反差別法が適用される具体的紛争に対して有意な解を与えることはできない。⁽³⁴⁾ まず当然のことながら、反区分原理が〃規範的命題〃として機能するためには、〈区別してはならない〉という命法が発せられるのみでは不十分であり、不正な区別と不正ではない区別―「合理的な」区別（？）―とをまさに区別するための基準が構成されねばならない―〈歴史的に不利な立場におかれてきた集団に対する不公正な別異取扱と、そうした集団に対する便益の供与は、両者ともに許されない区別なのか〉―。不正な区別（差別）が不正であるそもその理由は何なのか―〈人を傷つけようとする〃敵意〃やある属性を区別のための指標として使うという

「意図」・「動機」といった「意識」の働きが道徳的非難に値するのか、意図や動機はどうあれ、ある属性を持つ人びとを結果として不利な条件・状態に恒常的においてしまうような行為が道徳的非難に値するのか」。あるいはまた、例えば「障害に基づく区別をしてはならない」と言われる場合、行為者のどのような判断が障害に「基づく」ことになるのかについても詳細な整理が必要となろう。「障害」のみに「依拠した区別であるのか、障害」にも「依拠した区別であるのか、等々」――。

このように、リアリズム以来の法の不確定性批判が教えてきた法理論上のいわば常識は、具体的事案に対して法を適用する際に必要となる一連の「媒介ルール」を「外から」補わなければ、（反区別）原理が実際にはどのような結論へと結びつくことになるのか決してわかり得ないということ、つまり、法概念から「一直線に」具体的解を導くことは不可能だということにある。³⁶「個人の人格的価値と関わりがない諸特性」あるいは「自らの意思・努力では克服・変更することができない社会的地位」といった、自由主義思想の根幹を形成すると目される差別禁止に関わる概念規定もまた、いかなる属性がこうした範疇に符合するのか――例えば、極度の貧困や同性愛などは、可変的／不変的の截然たる区別を許さない性質をもつ――について非確定性に開かれており、少なくとも社会学論・人間存在論などの「外からの」助けを必要とする。このように、反区別原理という抽象的原理と具体的結論との間隙を埋めるならんらかの媒介装置（媒介となる下位原理や判断枠組）が必要となるのであり、「つまり、反区分原理の実施・実行は、法形式の問題のみに掛かっているとすることはできないのである」³⁷。

3 客観主義Ⅰ 自然化された社会像

逆に言うならば、(反区分原理論を用いれば差別問題に有意義・有効な法的解答を与えることができる)という信念を支えているのは、法形式以上の何かであろう。それはひとこと言えば、政治・市場・市民社会についての特定の像によって構成される、最も広い意味での社会理論である(Ungerはこれを「基底的信念・見解(underlying view)」と呼ぶ⁽³⁸⁾)。

例えば、差別が赤裸々な敵愾心や好悪感情の表明として公然と、すなわちしばしば「法」として表現される社会においては、こうした法(公権力)による隔離政策を反区分法理によって禁止することで、公共空間を均等な機会を保障する場へと変えることが、平等保護・反差別法に真つ先に期待される職責であろう。しかしながら、(区分の禁止が平等を実現する)という理論が意味をなすためには(単なる樂觀以上のものであるためには、当然ながら、区分が取り払われた後の(区別が行われる前の)社会が種々の相違や対立を「自然に」解消してゆくメカニズムを持っているという「社会理論」(もしくは、公権力による区別さえなければ、十分に寛容かつ合理的である諸個人は本来的に他者に対して友好的に振る舞う存在であるという「心理学」ないしは人間本性論⁽³⁹⁾)が明確にないしは暗黙裏に想定されているのでなければならない)。

政治社会は、政権の奪取・誘導をめぐる闘争(狭義の政治)において、特定の集団が有利な地位・影響力を恒常的に保持することを防ぐことのできる、意見対立の適正な調整・集約を行う公正・中立な手続(選挙など)、及びこの手続への参与を可能とする種々の基本財を保障する仕組(基本的権利のカタログおよびこれを保障する機構)をすでに備えていなければならない。市民社会・経済社会も同様に、人びとが交渉し関係を取り結ぶ際に、特定の集団に富

や権限が集中することを防ぐことのできる、相互的・調和的な取引や共生の基本的仕組（所有・契約、結社・結婚など）をすでに備えていなければならない。こうした、差別構造・支配構造を不断に解消することを可能とする仕組——それは、いうまでもなく「法」によって形作られる——を備えた民主過程や市場のあるべき像が基底に前提されていてはじめて、反区分法理は、単なる樂觀ないしは説得力に乏しい「形式主義」であることを超えて、相応の内実をもつ「法秩序理論」となる。そして、法の「外」——政治・市場・市民社会——に、そうした〈自律的・自動的調整のメカニズム・自己治癒能力を持った法制度構造〉が実際に存在するときにはじめて、反区別原理は確かな機能的意義をもつ——首尾良く職責を果たす——ことができる。そしてまたこうした法秩序像は、一般に、反差別原理の薄い概念構成ないしは謙抑的な働きを望ましいと考える、「通常の完全に合理的な営業行為のあり方」に対して、法は介入すべきではないという観念に「翻訳」されることにもなるろう（公私二分論）。

Unger が批判する客観主義とは、右のような、法理論（本稿で言うところの形式主義の位相）の基底にあつてこれに意味を通す社会理論の一つの傾向である。この社会理論は、特定の法概念（ここでは平等保護）が例えば反区分原理などの概念装置へと構成される、そうした法律的構成のあり方を有意味なもの・諒解可能なものとするという意味で、法意識の必須の構成要素である。しかしながら客観主義の誤謬は、こうした経済社会や政治社会が「本質（*ontology* in structure）」を持っていると考えるところにある。本質なるものが、永遠不変の姿に在る、より動的に言えば、永遠不変の姿を保ち続けることに在るとすれば、社会の本質とはまさに、市場・民主過程などの主領域に「本来的に」備わったかたちを保ち続けることができる仕組に、すなわち、〈自律的・自動的調整のメカニズム・自己治癒能力を持つ法制度構造〉に存するということができるだろう。そして、支配的な法理論は、こうした市場の本質的構造（自

己治癒能力を持つ法制度構造）を、ある特定の私法制度―契約法（古典的契約）と所有権法（私的所有）の組み合わせ―と同一視してきたのである。（アメリカの古典的法思想は、コモン・ローの交渉・取引のメカニズムこそが、経済社会の本質的構造（自然的・客観的秩序）そのものであると信じたのであった。）このように、社会理論の客観主義的傾向ないしは自然化された社会像が、「反区別」という法形式のみで物事を正すのに十分である」という信念を支える暗黙の思惟である。

この思想が、〈対立や相違を調和へと自動的に導く法の基本構造・メカニズムを内蔵した自然的秩序〉と〈立法的介入（Ⅱ区分）によって創出された（歪な）人為的秩序〉という「自然（前―政治）／作為（政治）の二分論」に基づいた法観念（ロックナー主義¹¹）を導くことも見易い道理である。現代法学におけるより洗練されたヴァージョン（反―反差別法理論）は、古典的契約と私的所有によって形成される私法秩序の自然性を前―政治的なそれとして弁証するのではなく、より機能的ないしは帰結主義的に正統化するが、それが依って樹つのもまた、〈私的所有と契約自由によって構成される最も単純な法的組成こそが、最も効果的に機能する利益調整のメカニズムである〉という〈自動調整メカニズムとしての市場〉という観念そのものである。

4 客観主義Ⅰ批判 自然化された社会像批判

こうした客観主義的思惟に対していち早く批判の矛先を向けたのが、アメリカにおいてはリアリズム法学（とその生みの親である「法の科学」の自己破壊的な仕事）であった（詳しくは後述、第二章を参照）。リアリズム法学の真諦は、端的に、自然／作為の二分論を脱構築したことにある。「法の科学」の最も洗練された仕事である Wesley

Hohfeldの法の基礎概念分析は、所有概念 (property) を徹底して一般化・形式化することを通して、法概念ないしは法関係の非確定性を明らかにし、他方、Robert Haleの契約法の「権力分析」とでも呼ぶべき仕事は、通常は自由な関係であると捉えられる契約関係は「私の要求を呑まなければこの関係から撤退するぞ／あなたが必要としているものを提供しないぞ」と脅し合う「相互強制」の関係に他ならず、法（公権力）はこうした強制関係における当事者の交渉力の―したがって富と力の―配分のあり方に不断に政策的介入を施しつつ「市場なるもの」を構築していることを明らかにした。また、後に関係的契約理論というかたちで明確に定式化される実証的契約論は、契約自由原理が〈共同性／関係性〉に関わる原理との対抗関係のなかに常におかれていることを明らかにし、市場の法多元論に重要な影響を与えてきた。

こうした経済社会の法構造を形成する諸要素（権利の束の諸要素・富と力の配分のあり方・契約自由への対抗原理による制約等々）のうち、どれを選び出し・どのように組み合わせるかを構築するかは、まさに法解釈者・政策決定者の「作為」によるものであり、経済社会の本質的・自然的構造と考えられていた制度的仕組は人為的秩序の以外ではない。端的に、「市場は、契約を結ぶ能力・所有権限の配分といった基底的な法的ルールなしには存在しない」⁴³のであり、市場か／法的介入か―本稿の文脈で言えば、差別を自然に解消してゆく社会的メカニズムに委ねるか／反差別法による矯正的な介入によって差別を是正してゆくか―という二分法は意味をなさないのである。

加えて、経済主体（企業）は、財と権力を蓄積して「私的権力」へと変貌すること、従って、公権力による規制・チェックが不可欠であることをいち早く説いたのもリアリストたちであった。⁴⁴公権力が権力を独占して、社会秩序を〈国家／個人〉の二極構造に転換する、従って法は、いわば自己制約の契機として、この公権力自身が立法・行政行為

のかたちで創り出す差別的区別にのみ警戒を払っておけばよい、という古典的自由主義の理論構成は、社会の現実の有り様に照らして説得性を欠いたものとなる。差別の生起する場とそこかたちは、雇用・昇進、教育、娯楽施設といった空間における日常的・恒常的な排除や不利な取扱であり、今日の社会においては、差別の私的形態を効果的に規制できるような立法や法理が必要とされてきたことは言うまでもない。その限りで、公私二分論は現実的基盤を欠きつつあるとも言えるが、政治社会・経済社会が飽くまで相違や対立を調整する「自然な」秩序と観念されている場合には、「自然に生じた分離」―人種を異にする人びとの「自然な」棲み分け、性的嗜好（内的自然）を異にする人びとの「文化闘争」⁽⁴⁵⁾、あるいは「生来の」能力上の差に由来する労働市場での劣後―に対して、法（人為）は介入するべきでない、あくまで政治（文化闘争）・市場に委ねるべきだとする議論が依然として説得力を誇示するかもしれない。少なくとも、自然／作為二分論は、「自由の領域である市場に対する反差別法による制約はどのような場合に正当化できるか、自由と介入のバランスに鑑みて反差別法（配慮法）による制約が許されるのはどのような場合に限られるのか」という問題構成の基底に暗黙に存在し続けることになる。

さらに加えて、今日の差別現象において典型的に問題となるのは、〈より狡猾に隠された差別〉であり、かつての敵愾心や嫌悪感情を明示した立法政策や行為が問題となるのではなく、表面的には中立でありながら、そのシステムティックな実施が累積的に蓄積されることで差別的効果・差別的構造を生むような諸政策である。⁽⁴⁶⁾さらには、職場を典型として日常空間において議論の俎上にのせられるようになったのは、無意識unintentionalの差別・暗黙implicitの偏見prejudiceという差別の態様であり、行為者自身に差別をしている自覚がないにもかかわらず、脳のなかに―文化的にあるいは生得的に―埋め込まれた偏見・ステレオタイプによってある一定の差別的実践のパターンがうみだされ、差別構造ないしは構造の

差別が創出・温存されてゆくという現象である。いずれしても、反区別法理に変わって／加えて、新しい概念装置が創発されなければならないことになる。

D Move II 反従属原理へ

1 形式主義Ⅱ 反従属原理の析出

反区分原理に対する形式主義批判（法理の不確定性批判）・客観主義批判（社会の法制度構造の不確定性批判）は、反区分原理が本質的・客観的な法内容を有したのではないこと、ゆえにこの抽象的な原理は決して operative な法範疇ではなく、この抽象概念と具体的な適用場面とを媒介する下位の法概念・ルール群が必要とされることを教える。

〈形式主義Ⅱ-a〉 Disparate treatment/intentional discrimination⁽⁵¹⁾ より狡猾な差別立法に対して反差別法理はいかに対処すべきか。よく挙げられる例で言えば、警察官の採用に筆記試験を課するという制度が、白人に比べて圧倒的に高い黒人の不合格率を帰結する場合⁽⁵⁰⁾、反区分原理ではそのようにして生じた人種的不均衡を是正することができない。筆記試験制度は表面的には中立である——人種に基づいた区別ではない——からである。

そこで、差別的帰結を生む諸政策の「背後に」差別意図^{Discriminatory Intent}・動機^{Motivation}を窺て——いわば帰責事由を窺て——、差別的帰結は差別動機の表出であるとする（推認する）という概念装置・構成によって、反区分原理と直感により訴える法的結論との間にあるギャップを埋めることが考えられるだろう。「差別的動機」の法理である。しかしながら、問題は、いうまでもなく、この反区分法理それ自体からはこうした差別的動機が確かに存在することを証明するための基準やルールをどのように設定するべきかについての答え、ましてや差別的動機なるものの発掘を厳格審査が発動されるための

重要な判断要素にすべきだとの論理を導出することができないということにある。例えば、差別禁止立法（99市民権法第七編）の解釈としての〈差別的効果〉の証明方法と同様のしかたで、立法の差別的（目的）を基礎付ける（証拠付ける）平等保護法理（反従属原理の差別効果理論とも呼ぶべきそれ）の運用方法があつてはならないわけでは決してない。⁵²そして、昨今の経験的研究が盛んに告発するように、差別が社会に根をはり続けるメカニズムが、偏見・ステレオタイプの潜在性・無意識性、それゆえの差別の不可視化・構造化にあるならば、つまり、差別意識とは本人にも知られることのない無意識なのだとすれば、「差別的動機」を同定するという責任認定のあり方そのものが差別現象のリアティとの適切な接続を欠いたそれとならざるを得ない。

〈形式主義Ⅱ〉(b) Disparate Impact) こうして、反差別法学は、差別の実情に応答するために、意図や動機といった心理学化・個人化した概念から差別現象を解放し、直截に社会構造―社会（無）意識・社会制度―そのものをターゲットとする媒介装置を開発するという方向を採ることもできるだろう。差別現象のルーツを、ある集団に対する個人の敵愾心や差別意図にみるのではなく、個人の主観を超えた文化・社会意識（人種主義・健常者中心主義・種々のフォビア）といった客観的な実在のなかに見て、また、敵愾心を表出する個別の行為ではなく、特定の集団が被ってきた劣等的地位への貶めが、政策的・制度的な背景を伴って、社会の基本構造（恒常的な階層・従属構造）そのものを形成するにいたっていること、このことにこそ差別問題の本質を見出し、こうした〈社会集団の劣位・従属〉の創出・常態化もしくは悪化に公権力／私的権力が関わることを禁ずるといふ方向性である。⁵³

反従属原理と呼ばれるこの考え方は、このようにして、具体的事例（紛争・闘争）に投げ込まれることで形式主義

の位相における法の不確定性の問題に直面した法意識（反区分原理）が、「論理的必然」の感覚・「閉合（closure）」の知覚を獲得・回復するために、社会像・社会理論、すなわち客観主義の位相―法理の「外」―に接続し、この客観主義の位相における誤謬（自然化された社会像）に反省を促すよりリアリスティックな知見を得ることを通して析出した媒介装置である。反従属原理は、公権力・私的権力双方による特定集団の従属化・二級市民化を問題にする。差別構造こそが社会の常態であるということ、すなわち、法的介入が必要となる問題は深く遍く社会に存在しているという社会像を前提にするのである。ところが、こうした洞察は、憲法が予定している統治構造への脅威でもある。反従属原理は、制度能力・民主的正統性ともに乏しいはずの司法権が、社会構造の大変革―政治―を担わなければならないことこそを示唆するからである。

2 反差別法と配慮法の重なり合い

反差別法理と配慮法理とは邂逅する。というよりも、後者は前者の発展に後押しされつつ、その目的論を取り込むことによって自身の道徳的基礎を強化しようとしてきたと言った方が精確であろう。反従属原理の差別的効果理論―という、実務ではさしあたり姿を見せない理論上の仮構―は、差別的実践とその累積的蓄積が創出する差別構造を問題にし、これを直接的な攻撃の対象とする。（経済）合理的な選択の蓄積的効果が生み出す差別構造／構造的差別の是正・解消を、この是正・解消に関わるコスト負担を公的・私的権力にシフトするとかたちで実現しようとする配慮法は、まさに反従属原理の差別効果理論の別様の表現の一つとして、反差別法の伝統のなかで正統の地位を与えられるのである。³⁴⁾

結論として、Bagenios は、配慮法と反差別法を貫く共通の原理を次のように定式化する。

「少なくとも雇用者が合理的なコストでそうしないようにすることができるとする限り、従属のシステムに負担することそのものが反道徳的である。というのも、雇用者は従属のシステムに参加することを避けよという道徳的命法よりも、自分自身の利益を優先しているからである。そしてまた、従属のシステムに対して効果的な行動をとることができる唯一の存在であるからである。」³⁵⁾

コスト負担の拒否という「合理的な」つまり、システムティックにパターン化される可能性のある一実践が、累積的効果として差別構造を創出ないしは強化するにも拘わらず、そしてまた、使用者は拒否しなければそうした差別構造を弱めることができる地位にあるにも拘わらず、これをなさずに自身の利益を優先させたつまり、差別構造の創出・永続化に自らの決定によって荷担したところ、配慮法は使用者に対する道徳的非難可能性を見出すのである。

3 形式主義Ⅱ批判その一 反従属原理批判

しかしながら、〈特定の集団の従属関係を許さない〉とする命題は、端的に、過少包摂・過大包摂の両方の問題を抱える。積極的差別是正措置で問題となるように、反従属原理は、「黒人という歴史的に劣位におかれてきた集団を救済するために」という名分のもと、裕福な黒人に有名大学への入学機会を与える一方で、貧困のなかで勉学に励ん

できた白人を排除する可能性を持つ。すなわち、経済的地位ゆえに劣位・従属関係におかれている人々の地位をさらに貶める可能性がある(過少包摂)とともに、すでに高い社会的地位を持っている富裕層の地位をさらに高める(過大包摂)可能性がある。この意味で、反従属原理は、貧困・階層という社会の従属構造の最たるものに直接的に対処できず、人種や性別といった範疇を通して迂回的に介入を試みるのみである。その意味で、反従属原理は特定の特徴をもった集団の保護を超えて、「反階級」原理へと発展してゆくべきであるとも言え、あるいはまた、集団の特性に関係なく当該個人の社会的境遇としての最下層化を許さないとする個人主義的平等論へと発展(ないしは解消)して行つてはならない制約原理を特に持つていないというべきではないか。

逆に言えば、反従属原理がある特定の集団の従属的地位のみに焦点をあてることを可能にする／焦点をあてるよう命ずる、そしてそのことを通して、正統性も能力もないはずの司法権の触手が籠を外され、およそすべての社会領域を審判／侵犯しはじめてしまうという、既存の統治構造が予定していない事態の出来を防ぐのは、反従属原理以外の論理である。反従属原理が批判の対象とした反区別原理の形式主義的命法―(人格的価値と関連のない(個人の意思と努力で変えることができない)と考えられる特性によって区別してはならない)―が、これである。(その意味においては、逆説的にも、平等保護の本質は、目的それ自体ではなく、この目的の外延を限界付ける「形式」もしくは実現可能性を枠付ける「手段」にあるということにもなるか。)この意味において、反従属原理と反区分原理とは不可分に互いを制約もしくは補充しあう関係にあるということができ、ゆえに、反従属原理は反区分原理とは全く異なる法意識であるということとはできないのではないか。

もうすこし素朴に言えば、「ある集団をターゲットとしてこれに属する人々を、これに属さない人々の『犠牲』の

うえに―ステイグマは与えないにしても、その後の知的・物的利益を得る機会を奪う大きな蓋然性があるにも拘わらず―救済することが許されるのはなぜなのか」（積極的差別是正措置の是非）という問いに対して、反従属原理のみでは説得的な説明を与えることはできず、そのため、司法は反区分原理に「遡及」することによって、そうした犠牲は許されない（積極的是正措置は違憲である）という決断にしばしばいたってしまうということである。加えて、ステイグマ論は転倒させて使用することも可能であろう。優遇されたその個人は、この優遇がなければ本来は能力・資格において十分な水準に達していないというレッテル・傷痕を負わされたという感覚に傷つくかも知れない。個人としての能力を疑われるというそのステイグマは、歴史的に刻印されてきた集団としてのステイグマよりも深く・重大なものとなっている。³⁷⁾ その集団に属する人びとは、いまや法の助けなくして自分の力のみでチャレンジすることが許されるべきであるのだ、等々言われるだろう。

4 客観主義Ⅱ（ⅡI）批判 自然化された社会像批判

右の行論のポイントは、司法はなぜ反区別原理と反従属原理の間を往復するのか、そのような振る舞いの背後にはどのような考慮があるのか、端的に、法意識は何を守ろうとしているのか、と問うことにある。そして端的に、司法の「領分」を守ろうとしているということ、そのことを通して民主制体ないしは自由主義社会の基本構造へのコミットメントを表明しているということ、このことがその解として諒解されねばならない。すなわち、反従属原理へのコミットメントそれ自体には、より積極的な司法的介入に歯止めをかける契機は内在していない。それゆえ、ある社会が差別構造を頑として保持しているという事実を前にして、仮にそうした構造の解消こそが法の目的・使命であると考えら

るのであれば、裁判所が及び腰になる内在的理由は存在しないはずである。だが、そうしたかたちで社会へと介入してゆくことは、裁判所が「許されざる」区別と考える自らの価値判断（正邪の判断）ないしは人間存在についての思想（自由意思ある存在としての人間）に基づいて、社会構造それ自体を変革するという公共政策・政治改革に着手することを意味する。しかしながら、そうした「jurisocracy」⁽⁸⁾は、社会の基本構造の決定は市民の民主的政治参画・討論に委ねられているとする民主主義の基本原則とこれに基づく統治構造それ自体を否定する司法権の越権行為となる。「保守的な」法意識は、差別構造の温存や白人優越主義・健康者中心主義の擁護を狙っているわけでは（おそらく）ない。あくまでも国の基本構造―それは市民すべての基本的利益に適用ものと想定されている、なぜならば、司法的専制を許す社会において失われるのはまさに民主主義社会における市民の根本的自由（社会創造の権利）であるからだ―を保護することにこそ主眼があるのだと諒解してはじめて、この法意識は批判的吟味に値する内実を持った法理論となる、ということである。

だが、そのように考えた場合には、反区分原理こそ（司法権の制約）という課題を最も純粋に追究した法理だったことが思い出されねばならない。つまり、反区分原理とは、立法府や社会構成員に対して「区分を許さない」と命ずる原理であったと同時に、そうした区分が良い区分であるのか・悪い区分であるのか―積極的差別是正政策が良い政策であるのか否か、確かに差別を解消する効果をもつか、誰にもステイグマを与えないという意味において道徳的にも善いのか―についての価値判断をなす権限を裁判所から奪うものでもあったからである。司法という最たる権力作用の発動のされ方は、裁判官個人のあるいは共有された現状認識・価値構造の有り様に依存しているため、司法的決定は飽くまで括弧付きの「正解」以上には到達し得ない。歴史の賢慮は、むしろ、司法権力のバイアスは社会の有

力な勢力の要請に即応しこれを強固なものとする場合が多いことを教えてきた。とすれば、反従属原理による社会変革が結局は中途半端なものに終わらざるを得ない以上は、反区分原理の方が〈司法権の自己制約・拘束〉という法解釈方法論の本来の機能・意義に照らしてより優れたものであるということもできてしまえるのである。少なくともそのように理解してはじめて、反従属理論の躊躇―飽くまでも反区別理論の枠内で、該理論が用意した区別・範疇に依拠しながら〈集団〉概念を構成しようとする―を諒解することができる。

こうして、反差別法適用をめぐる司法の「及び腰／保守的な」姿勢は、法意識の暗黙の前提としての〈自然化された社会構造〉という客観主義的思惟を再び露わにする。解釈・適用という不断の法実践を通して暗に明に正当化し護守するものがあるとすれば、それは、司法権の「正統な」役割論・制度能力論―自己治癒能力を持っているはずの経済社会や市民社会が治癒しきれなかった例外的に深刻な損害に対する対処療法的な介入―とこれを前提とした統治機構の基本的制度構造（民主政体の基本構造）―制度的能力のそれぞれの「分をわきまえた」協働の体制―²⁹⁾であり、そして、こうした司法の「消極的美徳」を正当化することのできる社会像―積極的な差別是正措置はもはや必要のないほどに十分に社会は治癒に向かっていて、これ以上の司法的介入はかえって被差別集団の劣等意識に拍車をかけるといった社会認識―であるろう。

他方、あくまで「集団主義」に基づく反従属原理を純化していけば、（アイデンティティの）政治が全面に押し出されよう。〈階級〉には敢えて盲目となり、特定の属性（人種・性別・…）のみを指標として法律的構成を行う理由は反差別法理に内在していない以上、この区分は、社会でのプレゼンスが高まった―つまり、社会を〈代表〉³⁰⁾するように見える―社会運動が〈表象〉³¹⁾する「共同体の精神」（女性の声、黒人の声、障害者の声…）に説得性の基礎を見

出すことになるだろうからである。平等保護法・反差別法が、反従属原理を特定の区分に沿って発展させて来たことに普遍的・原理的理由はない。あくまで、司法の切実な希求、つまり、社会の声に応答することで、⁶⁰「合法性」に加えて、⁶¹「民主的正統性」をも手に入れたいとする希求をうまく満足させることができた主張のみが―感傷的に言えば、集団的ステイグマは大変深いものであることを説得的に表現した演舞／演武のみが―法による「承認」を勝ち得る。社会運動―承認をめぐる闘争―の熱気が冷めるや否や、反区分／反従属原理の背後に、社会のリアリティを表象／代表する痛みや憤り、そして正統な声を聴くことは難しくなるのである。⁶⁰

5 形式主義Ⅱ批判その二 批判法学脱構築派（法の不確定性急進派）による合理的配慮批判

だが、右の反従属原理（としての合理的配慮法理）とアイデンティの政治の結び付きは、司法政治（裁判闘争）においては対抗的主張を喚起するのみである。実際、MoveⅡ形式主義Ⅱ(a)の〈意図的な差別的取扱〉という差別理論、及びその基底にある〈非難に値する行為によって被った損害の回復〉という正統な矯正的正義の論理に比べて、⁶¹ MoveⅡ形式主義Ⅱ(b)は私人にコストを付加することについて説得性を自ら減じる理論に依拠してしまっていることで、むしろ容易に対抗的主張の台頭を許すように見える。MoveⅡ形式主義Ⅱ(b)の差別理論は、差別概念を個人の意識から切り離し、その発生と維持のメカニズムを社会意識・構造そのものに見るといふより本質的な差別論へと発展した。しかし、だからこそ、こうしたいわば〈原因を社会にみる〉構造論的差別理論が、個人にコスト負担を求める配慮法理を果たして／どのように正当化することが可能なのか、と改めて問わざるを得ないように思われるのである。

一般論として、比較的安価な負担で効果的な行動をとることができる（唯一の？）立場にある企業が配慮にかかるコスト（差別構造の漸進的除去ないしは悪化防止にかかるコスト）を負担すべきだという社会的コミットメントが正しいものであるとして（実際、類似の考え方は、不法行為法という広い法領域において一般に認められるところだろう）、この一般論（及びその産物としての立法）から個々の企業のコスト負担の具体的義務を「一直線」に導き出すことはできないし、「なぜ『この特定の』企業だけが『特別の』負担を負わなければならないのか」という疑問が解消されることもない。司法政治においては、個々の企業のそれぞれの事情・文脈もしくは一般的な通念に照らして、負担は酷である（過重負担である／非合理である）という反論が当然に――または法の文言に基づいて――なされ、この反論は究極的には（企業は利潤の最大化を追求する基本的自由を持っている）という（一般的に正統性を与えられる）ままにしている。対抗的権利論によって支えられることとなるだろう。そして、裁判所や支配的な法意識の琴線に触れるのは、むしろ、こうした対抗的権利論かもしれない（実際、アメリカ最高裁の「反動」は、そうした〈再分配的介入〉に対する〈市場の自由〉の勝利の表れであるように見える）。また、右の一般論・原理論自体、経済社会一般が同様の負担を負っている／負担がシェアされているという経験（制度基盤）が不在である場合には、説得力を欠いた議論、つまり実際の証拠（現実）を欠いた単なるお題目（理念）と聞こえてしまうのではないか（制度条件の原理に對する優先性）。

こうして、批判法学（不確定性急進派）の代表的論客の一人であるMark Kelmanは（配慮法／反差別法―區別論の立場から配慮論者の樂觀主義と権利信仰を執拗に批判する。Move IIが導出した反從属原理論（としての合理的配慮法理論）なるものは、「本来的には社会全体が負うべき負担を誰が負わされるのが社会的に望ましいのか」あるい

は「どのようなかたちで（合理的配慮にかかる）社会的リソースを配分し使用することが社会的に望ましいのか」という問いをめぐる議論、すなわちいわゆる政策的・議論に他ならない。合理的配慮の要求は他の競合する配分要求との利益衡量のなかに常に措かれているのである。

実際、合理的配慮規定が、生産性（X）を持つが合理的配慮（Y）を必要とする（A）と、同じく生産性（X）を持つが合理的配慮を必要としない（B）の二人の志願者のうち、常に（A）を採用しなければならぬと命ずるものであるならば、合理的配慮は、資源（Y）を雇用者から（A）へと強制的に移転する公権力による介入（taking）である——「非正統な法」である——という観念がむしろ前景に押し出されてしまうだろう。障害者の配慮要求が、雇用者や第三者（より有能・生産性のある同僚や採用志願者）ひいては社会全体の利益に、常に優越するなどということは決してあり得ない。Accommodation の原義が、関係当事者の個別の利益や特別の事情を勘案・秤量して調整・配慮するということにあるとすれば、障害者のみではなく他者の利益・事情が重要な判断材料となることはある意味で当然であるとも言えてしまうだろう。

このように、本来は矯正的正義の問題である差別禁止法の領域に、「権利」の名のもとに再配分政策という「政治」を無理矢理持ち込むのが合理的配慮の本質であり、合理的配慮擁護論者はこのことにも無自覚である、と批判法学脱構築派は論じる。合理的配慮論がもたらすのは、限られた資源をめぐる（非生産的な）闘争・その奪い合いである。合理的配慮に関わる資源の配分をめぐる、権利論者が想定しているような「一義的な答えの導出」という事態が起こるはずもない（法の根源的不確定性）。にもかかわらず、合理的配慮論が「障害者に財を再分配せよ」と頑なに主張するとすれば、それはむしろ、稀少な資源の有効活用という根本的な課題——多様な用途に開かれている

大切な資源を最も生産的に活用するという課題、すなわち、障害者も含めたより一般的な利益に適う政策を新しく立案し、これに配分して活かすという課題—から社会の目を背けさせ、結局は希少な資源の浪費につながってしまうのではないか。不確定性急進派は、このように権利論への樂觀と盲従に釘をさすのである。

実際、日本の障害法学による合理的配慮正当化論は、「合理的配慮の提供義務：が、企業や学校に新たな追加コストの支払を義務として発生させることは確かであり」、「合理的配慮の提供義務は、企業の『合理的』な選択を制約する。つまり、それは企業の経済活動の『自由』に制約を課すことになる。∴合理的配慮の法制化は∴社会全体の効率性を失わせるのではないか、という懸念も生じさせるかも知れない」と（いう右の批判法学脱構築派の警鐘に沿った問題構成を）した上で、「こうした追加コストの支払を義務として企業や学校に『強制』するのははたして妥当なのか」という問いの樹て方をしてきた。

こうした問題構成は、解答の方向性をあらかじめ次のように方向づけることになる。第一にコストについて。(a) 合理的配慮は比較的安価である。⁽⁶⁶⁾ (b) 障害のある人をインクルージョンすれば有形無形の「利益」がある。⁽⁶⁷⁾ (c) 障害者の自立を促し、社会保障費の削減につながるかも知れない（ADA制定の際のアメリカ共和党の論理）⁽⁶⁸⁾ 等々。つまり、「配慮の負担はあまり心配する必要はなく、むしろ『あなたたち』にとって利益になる可能性もあります」とどこか阿りながら合理的配慮を論じざるを得なくなる。

第二に道徳的正当化について。(a) 合理的配慮は飽くまで条件平準化 (level-the-playing-field) としての機会平等の要求である。障害者は歴史的・日常的に不利益を被ってきたのであるから「社会の構成員は、そうした障害者の特別な犠牲の上に成立している機会の不平等を是正する道徳的責任を負う。」⁽⁶⁹⁾ (b) 社会が障害者のニーズを無視する

ことよって生み出してきた機会不平等・社会的障壁を解消する義務は、社会自身が負う（障害の社会モデル）。（c）民間企業は「集合的な責任を分有している」等々。ここでも、市場（≡自由）／反差別法（≡強制）という問いの樹て方そのものが、私たちの解答の方向性を「誰かの犠牲の上に『自由』を享受してきた者に対し、利益の一部を犠牲者に返すよう『強制』することは正当である」という大きな正義論から抜け出ることを難しくしてきたのではないか。

こうした、重要だが未完成の合理的配慮論の成果に、より「robust」な議論を付け加えることはできないか。法学の強みは、具体的な法制度の妙が、法廷の内外で、権力と財の分配／再分配を常に成し遂げてきたことを知っているという制度知にある。そうした（富と権力の再分配の（もちろん不完全ではあるにしても）工夫を伴ったデザイン）というごく当たり前の視点をもって眺めれば、日本の障害法制は、例えばコスト負担については、雇用納付金制度というかたちで「企業共同体」におけるコスト・シェアリング制度を既に一部構築してきたとみることもできる。そしてこの視点は、わが国の障害法学・障害法制の成果そのものである。⁷¹つまり、コストが問題であるとすれば、このコストをいかにして社会化・希釈化するか―障害が社会構造の問題であるならば、コストを社会がシェアすることができるとどのような仕組を考案するか、そして、そうした視点から既存の制度を再解釈し新しい制度の萌芽をどのように描くか―を考える方が生産的な議論となるのではないかということである。

先を急ぎ過ぎた。次章では再び遠回りをして、リアリズム法学の精髓を再説することにした。制度法経済学の祖としてのリアリズムの真髓―制度設計学の萌芽―を忘却してしまったところに、先の Keenan の問題はあり、これを目指し出すことで私たちは配慮法を粹付けてきた問題設定そのものを変えたいという視点を得ることができるだろう。（以上の議論を視角化すれば、後図のようになるだろう。拙論「Roberto Unger の批判法学批判」（二〇一五年）にお

いて論じたプロト・ナラティブを图示したものと併せて掲載しておく。）

（*本研究は平成二九三一年度文部科学省科学研究費補助金基盤研究（C）（17K03318）による研究成果の一部である。）

注

- （1）菊池馨実、中川純、川島聡編著『障害法』（二〇一五年）。二〇一六年に障害法学会が発足。
- （2）石川准、長瀬修編著『障害学への招待』（一九九九年）、石川准、倉本智明編著『障害学の主張』（二〇〇二年）、杉野昭博『障害学—理論形成と射程』（二〇〇七年）、星加良司『障害とは何か—デイスアビリティの社会学論に向けて』（二〇〇七年）など。二〇〇三年に障害学会が発足。
- （3）例えば、長瀬修他編『障害者の権利条約と日本：概要と展望』（二〇一二年）。また、長谷川珠子教授の『障害をもつアメリカ人法における『合理的便宜（reasonable accommodation）』：障害をもつ者の雇用と平等概念』東北大学法学六七巻一号（二〇〇三）：「日本における『合理的配慮』の位置づけ」日本労働研究雑誌五六巻四号（二〇一四）他の一連の仕事を参照。
- （4）アメリカ司法の「反動（backlash）」については LINDA HAMILTON KRIEGER ED., BACKLASH AGAINST THE ADA: REINTERPRETING DISABILITY RIGHTS (2003) を参照。
- （5）例えば、中川純『障害者に対する雇用上の『便宜的措置義務』とその制約法理』アメリカ・カナダの比較研究（一）～（五）『北海学園大学法学研究三九巻二号、四〇巻二号、四一卷二号、四三巻一号、四三巻二号（二〇〇三～二〇〇七年）を参照。
- （6）Cf. 「法制化された合理的配慮とは、個人の気持ちの次第の『思いやり』ではなく、共生社会にとって不可欠の前提たる機会平等、障害者の意向、両当事者の対話を重視するものであり、また集団（一般）向けのものではなく個人向けのものなのである。」川島聡他著『合理的配慮—対話を開く、対話が拓く—』（二〇一六年）六頁。
- （7）“What more could we ask of society than a better chance to be both great and sweet?” ROBERTO MANGABEIRA UNGER, FALSE NECESSITY: ANTI-NECESSITARIAN SOCIAL THEORY IN THE SERVICE OF RADICAL DEMOCRACY (2004) at 595.
- （8）WENDY BROWN & JANET HALLEY EDS., LEFT LEGALISM/LEFT CRITIQUE (2002).
- （9）拙稿「Roberto Unger の批判法学批判—批判法学運動における形式主義批判・客観主義批判についての覚書—」岡山大学

- 法学会雑誌第六五巻第二号(二〇一五年)。
- (10) 批判法学制度派を代表する人物が Roberto Mangabeira Unger やる。ROBERTO MANGABEIRA UNGER, THE CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT: ANOTHER TIME, A GREATER TASK (2015) at 29-32. 参照: 拙稿「批判法学制度派の研究プロジェクト — Roberto Unger は法をこのようになものと見て視るのか」『法社会学』第八三号(二〇一七年)八五九-八頁。
- (11) やこゆたり、Samuel Warren, *Economy as a System of Power and Its Legal Bases: Legal Economics of Robert Lee Hale*, 7 U. MAMI L. REV. 261 (1973); BARBARA H. FRIED, THE PROGRESSIVE ASSAULT ON LAISSEZ FAIRE: ROBERT HALE AND THE FIRST LAW AND ECONOMIC MOVEMENT (1998); Herbert J. Hovenkamp, *The First Great Law & Economics Movement*, 42 STAN. L. REV. 993 (1990); Herbert Hovenkamp, *Coarse, Institutionalism, and the Origin of Law and Economics*, 86 IND. L. J. 499, 521-529 (2011) やるや参照。
- (12) Pamela S. Karlan & George Rutherglen, *Disabilities, Discrimination, and Reasonable Accommodation*, 46 DUKE L.J. 1, 41 (1996), その他、ADAの本質を、積極的な、機会均等原理としての合理的配慮に見る Patricia Illingworth & Wendy E. Parmet, *Positively Disabled: The Relationship Between the Definition of Disability and Rights Under the ADA*, in AMERICANS WITH DISABILITIES: EXPLORING IMPLICATIONS OF THE LAW FOR INDIVIDUALS AND INSTITUTIONS 3 (Leslie Pickering Francis & Anita Silvers eds., 2000): 同様に、〈同様の事例とみなすことがあつたに異なる取扱をせよ〉と命じる場合があることに ADAの重要性があるを述べる Linda Hamilton Krieger, *Introduction*, in BACKLASH AGAINST THE ADA, *supra* note, 4 at 1.
- (13) 「…反差別法という方法を使用することを正当化するためには、なぜ個々の使用者が従属関係を除去する負担「種々の関係をとり結ぶ自由や財政に対する負担」を負わなければならないのか」ということについての何らかの理由を提示しなければならぬ。」 Samuel R. Bagenstos, *Rational Discrimination, Accommodation, and the Politics of (Disability) Civil Rights*, 89 VA. L. REV. 825, 845 (2003).
- (14) John J. Donohue III, *Employment Discrimination Law in Perspective: Three Concepts of Equality*, 92 MICH. L. REV. 2583, 2586 (1994).
- (15) Christine Jolls, *Antidiscrimination and Accommodation*, 115 HARV. L. REV. 642 (2001). 邦語による簡潔明瞭な紹介として、長谷川珠子「伝統的な『反差別法』(antidiscrimination law)と新しい『便宜法』(accommodation law)の類似性」日本労働研究雑誌五三九号(二〇〇五年)九三九-四頁。
- (16) Jolls, *supra* note, at 648-649.
- (17) 障害をもつアメリカ人法第一〇二条(b)(五)「その他の点では適格である応募者又は労働者の既知の身体的、精神的機能

障害に対して、合理的配慮を提供しないことは、障害を理由とする差別に当たるとする。ただし、合理的配慮が、使用者の事業の運営に過度の負担 (undue burden) を課すことを使用者が証明できる場合にはこの限りではない。」邦訳は、ダニエル・H・フット著、水町勇一郎訳『能力障害をもつアメリカ人に関する法律 (ADA) とアメリカ法における差別の概念』(日本労働研究雑誌三八五号(一九九二年)、及び長谷川珠子『アメリカの障害者差別禁止法制』(available at http://www.ccao.go.jp/shougai/sushin/kaihaku/s_kaiji/b_3/pdf/sl.pdf) など)を参照した。)

障害者の権利に関する条約(障害者権利条約)第二条：「障害に基づく差別」とは、障害に基づくあらゆる区別、排除又は制限であつて…「」あらゆる形態の差別合理的配慮の拒否を含む。合理的配慮とは、障害者が他の者との平等を基礎として全ての人権及び基本的自由を享有し、又は行使することを確保するための必要かつ適当な変更及び調整であつて、特定の場合において必要とされるものであり、かつ、均衡を失した又は過度の負担を課さないものをいう。」邦訳は、川島聡他著『合理的配慮―対話を開く、対話が拓く』(二〇一六年)二九頁の紹介(日本政府公定訳に同じ)に負つた。)

(18) Bagenstos, *supra* note 13, at 836.

(19) 個々のニーズに「わは on demand な」しは tailored した対応の要請であることを強調するものとして、川島他、前掲書『合理的配慮』(二頁他)「雇用促進法と差別解消法のもとで提供しなければならない合理的配慮とは、基本的に、①個々の場面における障害者個人のニーズに応じて、②過重負担を伴わない範囲で、③社会的障壁を除去すること、という内容をもつ措置を意味している。さらに、この概念には、障害者の意向を尊重することや、機会平等の実現を目的としていることなどの要素が含まれている。」

(20) Cf. William W. Fisher & Talha Syed, *Global Justice in Healthcare: Developing Drugs for the Developing World*, 40 U.C. DAVIS L. REV. 582, 620-621 (2007). See generally ERNEST J. WENGER, *THE IDEA OF PRIVATE LAW* (2012) at 56-83.

(21) 配慮法的な発想の背後にある「障害の社会モデル」の意義について、立岩真也教授は、「問題は因果関係ではない」といい、その革新性が、社会(あるいは他者)の側に障害問題を解決するための責任と負担をシフトさせたことにあることを示唆する。立岩真也「なにに」(こ)したことはない、か・1」石川、倉本編著、前掲書『障害学の主張』第二章、六九七一頁。

(22) Cf. 「公共の政策 (public policy) によつて、個人は一般の福祉 (the general good) のために犠牲にされるのである。」(O.W. HOLMES JR. *THE COMMON LAW* at 48) 厳粛に過ぎざる法のリアリズムであるかも知れないが、法のルールは常に、無辜の個人を「目的のための手段として」犠牲にしてきた。

(23) See generally Bagenstos, *supra* note 13; Jolls, *supra* note 15; Michael Ashley Stein, *Same Struggle, Different Difference*. ADA

- Accommodation as Antidiscrimination*, 153 U. Pa. L. Rev. 579 (2004)
- (24) 前掲拙論文「Roberto Ungerの批判法学批判」二二二—二二四頁、二四二—二五九頁。
- (25) 前掲拙論文「Roberto Ungerの批判法学批判」二二七—二四〇頁。
- (26) ROBERTO MANGABIERA UNGER, *THE CRITICAL LEGAL STUDIES MOVEMENT* (1986) [CLISM]
- (27) UNGER, CLSM at 44.
- (28) Cf. 木村草太「平等なき平等条項論——equal protection 条項と憲法二四条一項」(二〇〇八年)七五頁。
- (29) UNGER, CLSM at 44.
- (30) 反区分法理の援用は必ずしも「消極的」なものとはならない。Plessy 判決での Hylan 裁判官の反対意見が示唆しているように、むしろ、color-blind の要請すなわち反区分原理は、黒人と白人を、区別して取扱う政策を廃棄に追い込み、統合を強制するという意味において積極的な司法的介入ないしは“color-conscious”の論理となる。反差別法が深く race-conscious であることに、David Strauss, *The Myth of Colorblindness*, 1986 SUP. CT. REV. 99, 100, 一方、平等原則の内容が空疎なものであることに、Peter Western, *The Empty Idea of Equality*, 95 HARV. L. REV. 537 (1982).
- (31) 史実に必ずしも沿わなものの思考実験の下敷きとなる。Jack M. Balkin and Reva B. Siegel, *The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?* 58 U. MIAMI L. REV. 13 (2003–2004) 449。
- (32) Owen M. Fiss, *Groups and The Equal Protection Clause*, 5 PHIL. & PUB. AFF. 107 (1976).
- (33) Missouri v. Jenkins, 515 U.S. 70, 120–21 (1995) 46 Thomas 裁判官の意見。引用は Reva B. Siegel, *From Colorblindness to Anticlassification: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases*, 120 YALE L. J. 1278, 1287–1288 (2011).
- (34) Balkin & Siegel, *supra* note 31, at 15.
- (35) Balkin & Siegel, *supra* note 31, at 20.
- (36) Dennis Davis & Karl Klare, *Transformative Constitution and the Common and Customary Law*, 26 S. Afr. J. on Hum. Rts. 403, 439–440 (2010) 「所有 (property) ・同意 (consent) ・合理性 (reasonableness) ・因果関係 (causation) ……などの法の構成要素である諸概念は、自己規定的ではなく (not self-defining) ……法概念に特定の事例で適用されるための実質的な意味 (operational significance) を与えるためには、それゆえ、それぞれの状況において、競合する価値のうちどれを選ぶべきかについて判断することが要求される。この判断は、法概念それ自体の外にある考慮や直感に基づかなければならない。」また、リアリズム再考論の近年の最も明晰な邦語文献は、船越資晶「リアリズム法学の再検討のために——公私二分論批判——」法学論叢一八〇巻三号

一三三頁(二〇一六年)である。

- (37) Balkin & Siegel, *supra* note 31, at 21.
- (38) Cf. UNGER, CLSM at 45-49.
- (39) Cf. RICHARD EPSTEIN, *FORBIDDEN GROUND: THE CASE AGAINST EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAWS* (1992) at 15-27.
- (40) Balkin & Siegel, *supra* note 31, at 25.
- (41) *See generally* Cass Sunstein, *Lockner's Legacy*, 87 COLUM. L. REV. 878 (1987); ROBERTO MANGABEIRA UNGER, *WHAT SHOULD LEGAL ANALYSIS BECOME?* (1996) [WSLAB] at 45-46.
- (42) EPSTEIN, *supra* note 39, at 26.
- (43) Davis & Klare, *supra* note 36, at 444.
- (44) *See generally* ROBERT LEE HALE, *FREEDOM THROUGH LAW: PUBLIC CONTROL OF PRIVATE GOVERNING POWER* (1952); Warren, *supra* note 11.
- (45) Romer v. Evans (116 S. Ct. 1620 (1996)) 判決において、同性愛者に憲法上の保護を与えないうことを明記したコロラド州憲法は、同性愛者に対する敵愾心の表現ではなく、伝統的価値を保存しようとする「文化闘争」を表現したものであると述べる Scalia 裁判官の反対意見に「ジャック Balkin, *The Constitution of Status*, 106 YALE L. J. 2316, 2316-2320 (1997).
- (46) *See generally* Bagenstos, *supra* note 13.
- (47) *See generally* Charles Lawrence III, *The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism*, 39 STAN. L. REV. 317 (1987); Charles Lawrence III, *Unconscious Racism Revisited: Reflections on the Impact and Origins of The Id, the Ego, and Equal Protection*, 40 CONN. L. REV. 931 (2008).
- (48) Implicit bias については unconscious prejudice というの研究蓄積は近年とくに目を見張るものがある。導入として便利であるので Christine Jolls & Cass Sunstein, *The Laws of Implicit Bias*, 94 CAL. L. REV. 969 (2006) である。枚挙に及ぶまいが、主要なものとして例として Jerry Kang, *Trojan Horses of Race*, 118 HARV. L. REV. 1489 (2005); Anthony G. Greenwald and Linda Hamilton Krieger, *Implicit Bias: Scientific Foundations*, 94 CAL. L. REV. 945 (2006); Linda Hamilton Krieger and Susan T. Fiske, *Behavioral Realism in Employment Discrimination Law: Implicit Bias and Disparate Treatment*, 94 CAL. L. REV. 997 (2006); 飯田高「暗黙の差別と法—経済学的アプローチと心理学的アプローチ」法律時報七九卷二号(二〇〇七); 飯田高「心理学からのアプローチ」森戸英幸・水町勇一郎編著『差別禁止法の新展開』所収(第三章)などを参照。

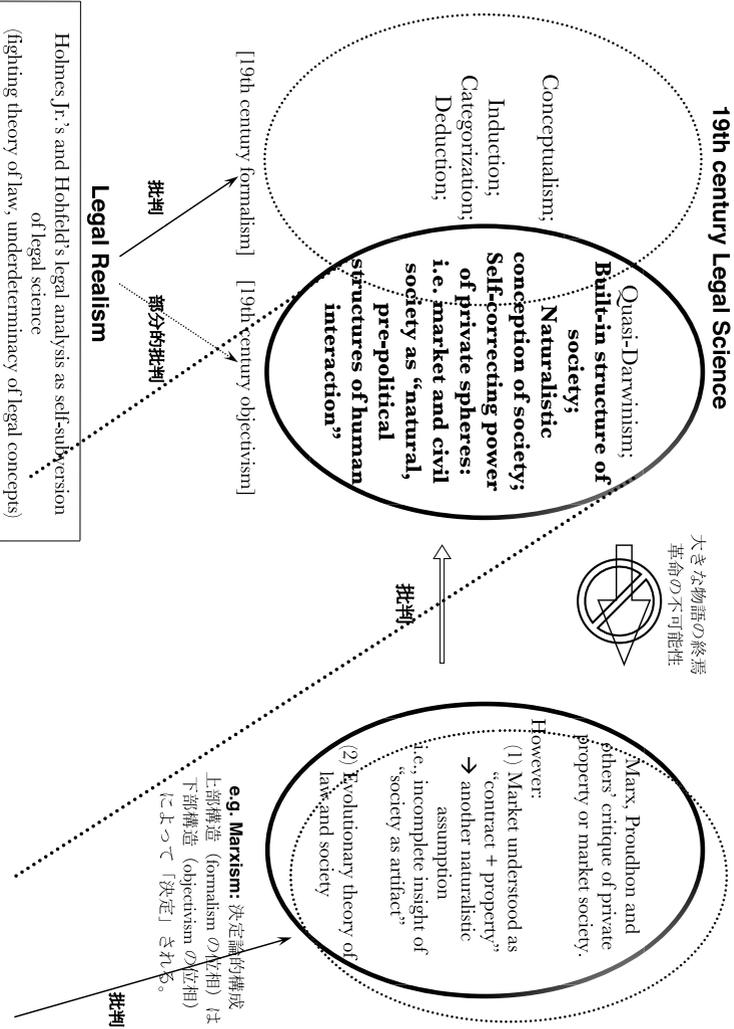
- (49) Susan Sturm, *Second Generation of Employment Discrimination: A Structural Approach*, 101 *COLUM. L. REV.* 458(2001); Henry Lopez, *Institutional Racism: Judicial Conduct and a New Theory of Racial Discrimination*, 109 *YALE L.J.* 1717(2000); Tristin K. Green, *Discrimination in Workplace Dynamics: Toward A Structural Account of Disparate Treatment Theory*, 38 *HARV. CR.-CL. REV.* 91(2003); Samuel Bagenstos, *The Structural Turn and the Limits of Antidiscrimination Law*, 94 *CAL. L. REV.* 1(2006).
- (50) Balkin & Siegel *supra* note 31, at 21; 木村・前掲書、一四九頁。Cf. *Washington vs. Davis*, 426 U.S. 229(1976)。
- (51) 参照、長谷川珠子「アメリカは何をしてきたか」森戸英幸・水町勇一郎編著『差別禁止法理の新展開―ダイヴァーシティの実現を目指して』(二〇〇八年)所収第二章(四五―六八頁)。また、差別的取扱概念を含む差別諸概念の詳細な分析として、「差別概念」(富永晃一執筆箇所)永野仁美他編『詳説・障害者雇用促進法―新たな平等社会の実現に向けて』(二〇一六年)所収第四章三節(一七〇―二〇六頁)。
- (52) Balkin & Siegel *supra* note 31, at 21.
- (53) 「禁じられた差別は、個人的道徳の侵害であるからという理由で間違っているのではなく、ある社会的に際立った特徴をもつグループをシステムティックに従属状態におくという有害な効果をもつがゆえに間違っているのである。」(Bagenstos, *supra* note 13 at 839):「厳格な司法審査は以下のような公的行為に備えられるであろう。すなわち、その歴史、文脈、起源そして効果に鑑みて、従属的な地位を永続化するだけでなく、歴史的に従属的な地位におかれてきた集団に対する敵意の伝統やそうした集団の利益に対する無知や無関心の態様を反映するように見える公的行為に対してである。」(LAURENCE H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* at 1520(2d ed.1988)):「反従属原理は、歴史的に不利な条件におかれてきた集団の構成員を不正な社会階層化がもたらす種々の損害から保護することに関わる。」(Siegel, *supra* note 33, at 1288):「法や慣行が際立って不利な条件におかれてきた集団の従属的な地位を悪化もしくは永続化させることが平等保護条項が禁ずる『イヤ』である。」(Owen Fiss, *supra* note 32, at 157); *See also* J. M. Balkin, *The Constitution of Status*, 106 *YALE L.J.* 2347(1977); C. Sunstein, *Anticaste Principle*, 92 *MICH. L. REV.* 2410(1993).
- (54) わが国の障害法学の代表者の一人が、丁寧なアメリカ平等保護法理分析とわが国の判例読解を通して導き出した障害者反差別法理もまた、反区分原理と反従属原理双方との重なり合いを意識して、次のように定式化される。「障害のある人であっても、社会活動の『本質的機能』を遂行することが可能な場合に、①『障害』を理由とした不利益取扱いは、他者の生命・安全に対する『直接の危険』を回避するなどの必要不可欠な目的によるものでない限りは、『差別』であるとみなされること(『異なる取扱型差別』あるいは『直接差別』の禁止)、②障害のある人に対して不利益な効果をもたらすような規範・基準・方針を採用することも、『差

- 別」となりうること(「異なる効果型差別」あるいは「間接差別」の禁止)、③それが当該社会活動に対する「不当な負担」あるいは「本質的な変更」となる場合を除いては、障害のある人の完全で平等な参加を保障するための「合理的配慮」あるいは「合理的変更」を提供しないことは「差別」であるとみなされること(「合理的配慮」の提供義務)。(植木 淳著「障害のある人の権利と法」(二〇一一年)一七三頁。)
- (55) Bagenstos, *supra* note 13, at 849, 858, 867; Strauss, *supra* note 30, at 120-126. また、「私人にコストを負担させる正当化事由を、そうした私人がシステマティックな差別―蓄積的・悪循環的な効果を持つ実践としての差別―を除去する力 (capacity) を有している、あるいは最も有利な地点に立つとしよう」に見る論攻として、Owen Fiss, *A Theory of Fair Employment Laws*, 38 U. CHI. L. REV. 235, 259-263 (1971).
- (56) UNGER WSLAB at 87-88.
- (57) Cf. 木村、前掲書、一五七頁。
- (58) Cf. RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM (2004).
- (59) Cf. HENRY M. HART, JR. & ALBERT M. SACKS, THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW (1994).
- (60) Cf. Balkin & Siegel, *supra* note 31, at 27.
- (61) Mark Kelman は、「市場経済の一般的なメカニズムとの関係において定義される被保護者の経済的機能」および「労働生産性」とは無関係である (irrelevant to his economic function) 特性を理由とする取扱を「直截な差別 (simple discrimination)」と呼び、こうした直截な差別からの自由は、権利、であるとす。また、Mark Kelman, *Defining the Antidiscrimination Norm to Defend It*, 43 SAN DIEGO L. REV. 735 (2006) も参照。
- (62) ADA における「合理的配慮」および「過度の負担」の概念解釈に関して、この二つは配慮概念に対する独立した制約であり、「合理的な配慮とは一般的な見地から「通常」とみなされること」という制約を意味し、「過度の負担とは個々の企業の実情に照らして、経営が成り立ちゆかなくなるなどの大きな負担を意味する」としようとしている。U.S. Airways v. Barnett, 533 (U.S.391, 400 (2000)). 説明は Bagenstos, *supra* note 13, at 874.
- (63) DUNCAN KENNEDY, A CRITIQUE OF ADJUDICATION [*in de siècle*] (1997); WENDY BROWN & JANET HALLEY EDS., LEFT LEGALISM/LEFT CRITIQUE (2002).
- (64) MARK KELMAN, STRATEGY OR PRINCIPLE?: THE CHOICE BETWEEN REGULATION AND TAXATION (1999); MARK KELMAN & GILLIAN

- LESTER, JUMPING THE QUEUE: AN INQUIRY INTO THE LEGAL TREATMENT OF LEARNING DISABILITIES (1997); Mark Kelman, *Market Discrimination and Groups*, 53 STAN. L. REV. 833, 834 (2001).
- (65) 川島他、前掲書『合理的配慮』一〇七—一一頁。
- (66) 「アメリカでは：数万から五万円出程度に収まることが多く、金銭的負担をまったく伴わない配慮もたくさんあることが知られている」(同書一〇九頁)。
- (67) 「多様性の拡大が組織のパフォーマンスを上昇させる」(同書一一〇頁)。「多様な働き方に対する企業の柔軟な受け入れ姿勢を示す」ことがあえる(同書一一二頁)。
- (68) SAMUEL BAGENSTOS, LAW AND THE CONTRADICTIONS OF THE DISABILITY RIGHTS MOVEMENT (2009) at 28-29.
- (69) 「障害者に特別な恩恵を与えるものでもなければ、障害者を非障害者より有利に扱おうとするものでもない」(同書一一三頁)。
- (70) 同書一一四頁。
- (71) 「雇用納付金制度」の仕組みは、雇用促進法という法的な枠組に裏づけられているという意味では公的な性格をもっているが、基本的には企業間の互助的な調整メカニズムである。お金は企業間で回っているだけだから、企業社会全体としては負担が軽減されているわけではない。しかし、個々の企業から見れば、こうした負担調整の仕組みによって、『非過重』な範囲で提供できる配慮の選択肢が広がっているわけである」(同書一一三頁)。

批判法学制度派の課題：制度法経済学の祖としてのリアリズム法学への回帰

図 1 Dynamics of Legal Consciousness or “Proto-Narrative” (その1)



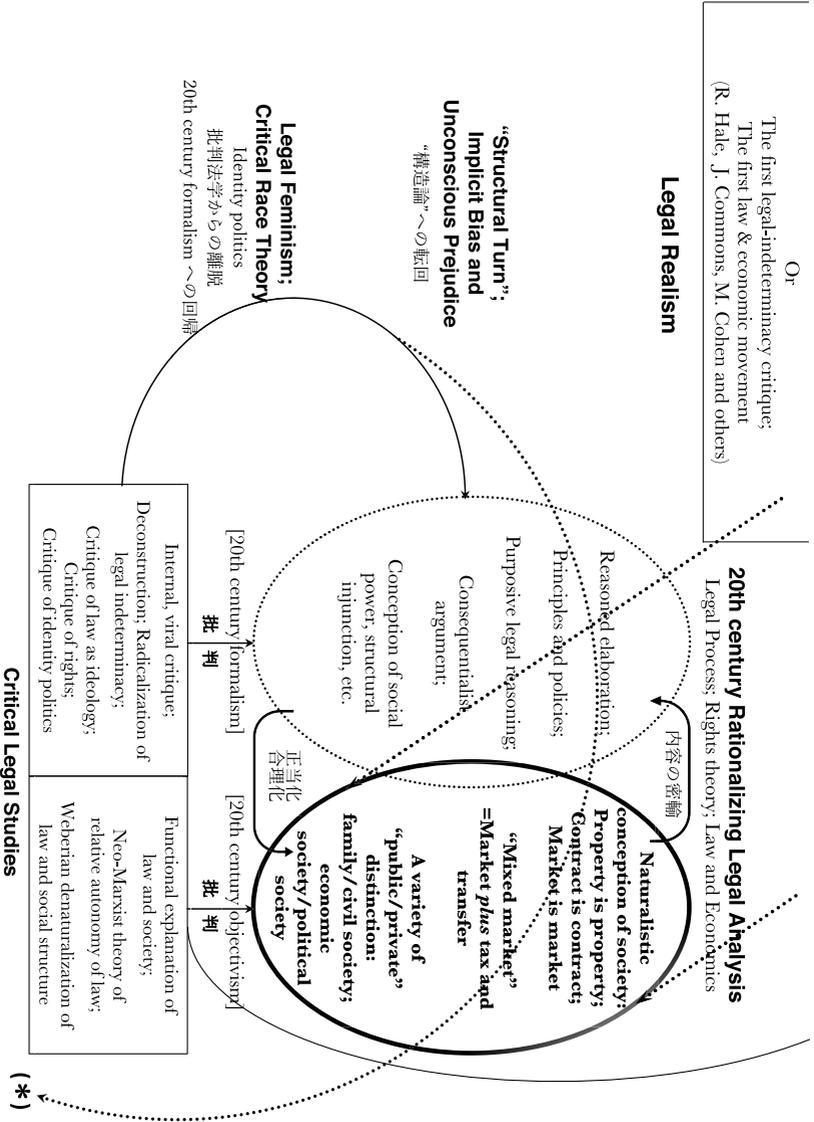
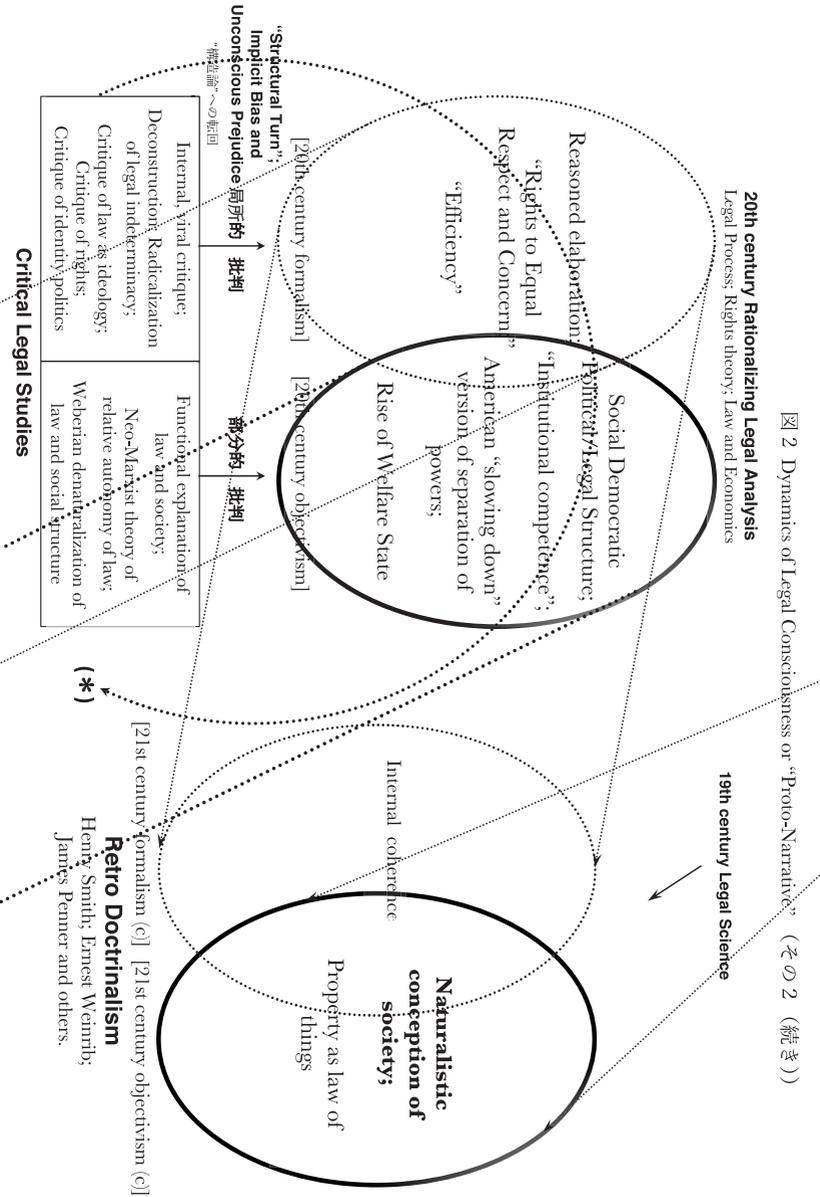
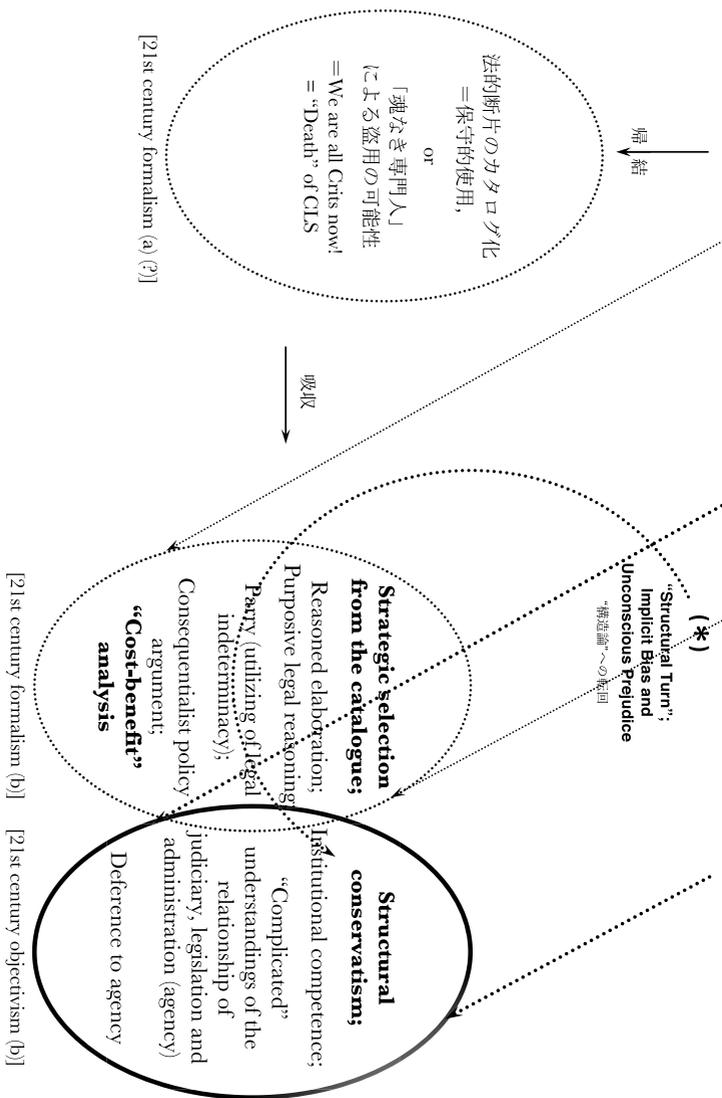
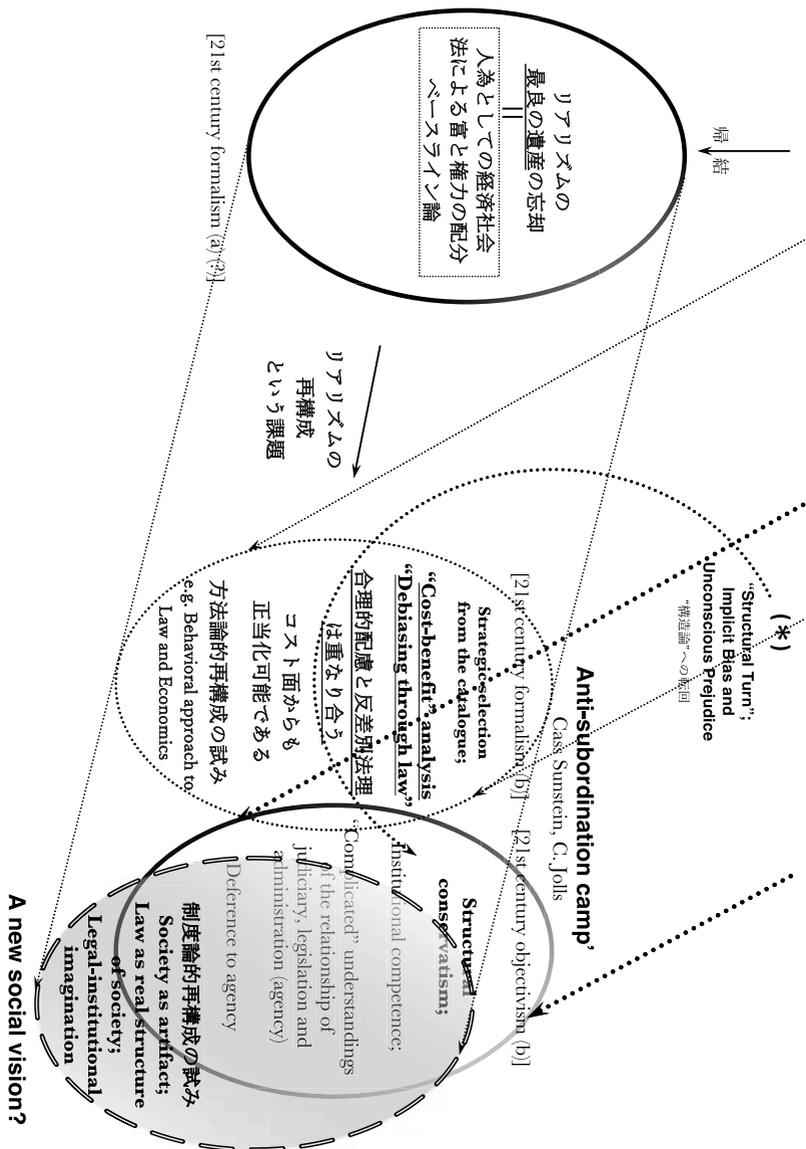


図2 Dynamics of Legal Consciousness or “Proto-Narrative” (その2 (続き))







批判法学制度派の課題：制度法経済学の祖としてのリアリズム法学への回帰

