

## 法的差別と社会的差別

キャンベル, トム  
オーストラリア国立大学法学部教授

酒匂, 一郎  
九州大学法学部助教授

関, 源太郎  
九州大学経済学部

Campbell, Tom  
Professor, Faculty of Law, The Australian National University

<https://doi.org/10.15017/1915>

---

出版情報：法政研究. 57 (1), pp.99-118, 1990-12-25. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：

# 法的差別と社会的差別

トム・キャンベル

本訳稿は、一九九〇年四月二八日に、九州大学法学部国際交流基金と法哲学懇話会の共催で行なわれたキャンベル教授の講演 'Discrimination in Law and Society' の翻訳である。

トム・キャンベル教授 (Professor Tom Campbell) は、一九三八年に生まれ、グラスゴウ大学、オックスフォード大学で論理学、道徳哲学、神学を学び、一九六九年にグラスゴウ大学において Ph.D. を取得、グラスゴウ大学政治学、道徳哲学講師、および、スターリング大学哲学教授を経て、一九七九年にグラスゴウ大学法理学教授に就任し、現在に至る。主要著書は次のとおり。

*Adam Smith's Science of Morals*, Allen and Unwin, 1971.

*Seven Theories of Human Society*, Oxford University Press, 1981.

*The left and Rights: A Conceptual Analysis of the Ideas of Socialist Right*, Routledge and Kegan Paul, 1983.

*Human Rights; From Rhetoric to Reality*, Blackwell, 1986. (co-editor)

*Justice*, Macmillan, 1988.

キャンベル教授の主要な研究関心は、大きく言って、四つある。

第一に、社会哲学や政治哲学との緊張関係のもとに遂行される分析的法理論の研究であり、これは上記の著書 *The Left and Rights* にも窺われるところである。第二は、権利論や正義論を法的諸問題や社会問題に適用することであり、この成果として著書 *Justice* を挙げる事ができる。第三は、思想史の分野であって、これは *Seven Theories of Human Society* に見られるような通史的な仕事と並んで、特にスコットランド啓蒙思想の研究が注目される。最後に現代社会の法的諸問題に関する学際的な接近である。この研究領域で教授は、医学の倫理問題に関するいくつかの論文を発表しており、その一端は共編著 *Human*

*Rights* に見えることができる。

本講演では原稿が準備されていたが、時間的制約のため、約1/3がカットされた。本訳稿でも、紙幅の関係上、その部分はカットせざるをえなかった。論旨は概ね尽くされているが、何箇所か文脈の不明瞭なところが残った。そこで、原意を大きく歪めない限度で、補注(本文中の「」で括った部分)を加え、その部分については訳注で説明をしておいた。キャンベル教授ならびに読者諸氏のご寛恕を乞う次第である。翻訳については、講演会で通訳の労をとって頂いた九州大学経済学部関源太郎助教に原稿作成をお願いし、酒匂が法学的な点について検討、補注および訳注を加えた。本文中の( )は原注、「」は訳注である。講演会での通訳としては、五十川助教にもお世話になった。この場を借りてお礼申し上げておきたい。

反差別法 *anti-discrimination Law*<sup>[1]</sup> に関する文献が膨大にあるにもかかわらず、その基本概念の定義と解釈に関しては多数の重大な未解決の論点があります。こうした不一致には、国家の役割と社会現象としての差別の意義について和訳し難い道德的および政治的諸見解の対立が映し出されています。反差別法の道德的目的を明確かつ一貫したものと捉えることは、反差別法を有効に定式化し施行するための必要条件です。

本講演で私は、反差別法が根絶しようとしている社会現象は社会的偏見から生じてくる不利益処遇である、と考えたいと思います。<sup>[1]</sup> 「社会的偏見」という意味は、合理的な根拠もなしに、一定の社会集団あるいは人的類型を低く評価する、共有されている規範的な社会的態度のことです。これらの態度は、一定の社会集団や人的類型についてのステレオ・タイプ化されたイメージを内包する教条的な信念、および、こうしたステレオ・タイプ「化された集団や人的類型」に対する否定的な感情的反応に関連しておりまして、その範囲は明確な敵対の表出から習慣化された無関心にまでわたります。結果として生じる差別は、当然視されている制度化された行動様式を含んでいまして、この行動様式は、意識的な反感によって動機づけられた個々人の行動と並んで、社会的偏見から生れ、またこれらによって保持されています。軽蔑を込めた意味での「差別」は、反差別法の制定を正当化するのですが、そうした差別は、直接・間接に、右のような偏見からする不利益処遇に基づいています。

反差別法の諸目的を正当化する理由が何であれ、明らかに、それらの目的が最もよく満たされるのは、そのような不利益処遇をするについての差別的な動機とか偏見に基づいた起因とかを証明したり仮定したりする必要のないような仕方、不当な差別を法的に定義することによってです。しかしながら、残念なことに、差別に対する動機中立的な法的分析は、差別の基礎にある偏見を問題にしませんので、この分析は、様々な種類の反差別法の間の一貫性に問題を残す憾みがあります。こうして、いかなる動機からであれ、人種や性などの禁じられた分類〔ないし類別〕を使用することを一般的に禁止すれば、それは、反差別法が取り除こうとしている人種的偏見や性的ショーヴィニズムそのものと闘うために採用された積極的な施策と対立することになります。日常的に差別されている集団に属する個人を優先的に雇用するとか、あるいは、先住民の土地特権 *Aboriginal Land Rights*<sup>[2]</sup> のように、傷つけられやすい共同体を保護する目的で人種を根拠にして特権を与えるといった措置は、標準的で一般的な反差別原理と明らかに対立します。この原理によれば、人種や性などを根拠にして便益や負担を配分することは禁じられるからです<sup>[2]</sup>。

この反差別法の内的一貫性の問題を解決するためには、不当な差別の動機中立的な法的定義と、そのような法律によって保護されるべき集団や人的範疇の正確な法的特定化とを結びつけることが必要です。私の考えでは、反差別法はまず第一に社会的偏見のもたらす有害な諸帰結を取り扱わねばなりませんので、白人よりも黒人を、男性よりも女性を、多数者よりも少数者を保護する法律を制定することは有意義だということになります<sup>[3]</sup>。言い換えますと、反差別法は本来、社会的平等一般の追求によりも、むしろ社会的偏見の結果生じる〔特殊な〕不平等と闘うことに向けられているのです。

もちろん、そのように言ったとしても問題はあります。特に、保護されるべき集団あるいは人的範疇をどのように決定するかという問題があります。しかしながら、この本質的に道徳的な問題は、いずれにしても、不当な差別の適切な範囲を決定する際には必ず起こります。反差別法は、イギリスにおけるように、人種、性、未・既婚のみをカ

ヴァーすべきか<sup>3</sup>。それとも、ニュー・サウス・ウェールズ州におけるように、身体的および精神的障害や同性愛もまた含むべきか。それとも、差別的分類の範囲は、「人権に関するヨーロッパ協定」the European Convention on Human Rights 第一四条におけるように、拡張され漠然としたものにされるべきか。つまり、この協定は、「性、人種、肌の色、言葉、宗教、政治的などの意見、国籍や社会的出自、少数民族への帰属、財産、その他の境遇のような、いかなる理由に基づいてであれ」人権を制限してはならないと規定しています。この「その他の境遇」というのには、年齢、美しさ、あるいは、左利きなども含めようとすれば、含められるでしょう。

そのような問題に原理的にアプローチするための基礎として私が提案したいのは、偏見による不利益処遇という差別の概念を用いること、そして、そのような差別は、それが系統だった由々しい社会的不平等をもたらす場合にはきわめて重大であって、立法的な介入を正当化するのに十分だということを認識することであり、この見方では、不当な差別的分類というのは、それを用いると、社会的偏見から生じる重大な不平等を引き起こすような分類です。この二股の基準（偏見とその結果生じる損害とを考慮に入れる）は、反差別法の固有の射程を指し示しますし、これによって、私たちは、反差別法による保護が与えられるべき人的範疇を、立法のうえでないしは司法のうえで、確定することができるようになります。

こうした道徳的および政治的分析とは対照的に、不当な差別の法的定義は、標準的に言えば、不当な行動の動機ないしは心的起因という要素を除いて、代わりに、当該の反差別法によって保護されたり利益を受けたりすることになるはずの集団や人的類型の諸特徴を規定すべきです。反差別法の目的が社会的偏見から生じる問題を処理することであるとしますと、反差別法の効果や一貫性を最大にするのに適した法的技術は、由々しい偏見に基づく不利益処遇にさらされている特定の人種、性、その他の集団をはっきりと確認するとともに、不当な差別の動機中立的な定義を用いることです。とりわけ、このアプローチはアファーマティブ・アクション・プログラム affirmative action

programmes<sup>[4]</sup>の合法性を保証することになります。というのは、このアプローチをとれば、偏見に基づく不利益処遇を被っている集団に対して、例えば、人種を根拠にして便益を配分することが可能になります。たとえ、そうすることで、その社会で不利な社会的偏見の標的になっていない他の人種集団のメンバーの立場を悪くするとしても、そうなのです。

—

直接的差別（差別的分類〔ないし類別〕を公然と使用すること）、あるいは間接的差別（保護される集団を不当にかつ不正に不利益処遇する効果をもつ〔それ自体としては〕非―差別的な基準を使用すること）、こうした直接・間接の差別を確証するためには偏見の立証は必要でないということが事実だとしても、反差別法の目的は偏見による不利益処遇と闘うことであるという命題が、無意味なものになってしまいうわけではありません。集団間における結果の平等を、差別がないことの〔認定の〕法的な吟味手段として利用する場合でさえ、次のようになるわけではありません。つまり、反差別法の目的は、一般的な社会的平等の達成であって、偏見から生じる特定の不平等の除去ではない、という意味に理解しなければならぬというわけではありません。そのように解することは、法律の技術と目的とを混同することになります。

しかし、さらに、差別的分類の適切な範囲に関する論争をもっと詳細に検討しますと、反差別法を理解するうえで偏見がもつ基底的な意義がもっとよく分かってくると思います。

〔まず、次のように問うことができます。〕<sup>[5]</sup>すなわち、差別とは、単に不正義を表わす別の言葉なのか、と。〔もしそうだとすると〕正義とはレリヴァントな〔道徳的ないし法的に有意な〕基準にしたがって人々を処遇するように求

めるものであり、差別とはイレリヴァントな基準にしたがって人々を処遇することである、ということになります。そうしますと、差別と不正義とは同義語だということになります。その場合、差別を分析しようとすると、どのような基準が、便益や負担を配分する場合に、レリヴァントなのかをきちんとする必要があります。それができれば、差別とは、それ以外の基準——それはどんな基準でもよいのですが——、その基準にしたがって処遇することだ、と確認できるわけです。この場合の確認は、形式的に、実定法で規定されているような基準をレリヴァントな基準とするか、それとも、実質的に、道徳的にレリヴァントな基準に頼るか、このどちらかがあります。どちらの方法をとっても、差別とは正義の反対だ、ということになります。こうしたアプローチによれば、反差別法の領域は法〔一般〕の領域と結局のところ重なることになります。そうしますと、差別という言葉は、次のどちらかの原理を表わすものだということができます。つまり、一つは、個々人はレリヴァントな法的ルールに一致するように処遇されるべきだという原理であり、もう一つは、法的ルールは個々人の間の許容可能な区別だけを具体化すべきだという原理です。

これとは反対の、私がこの講演で擁護する見解は、差別とは、それ自体特別の注意を要する固有の特徴をもったある特定形態の不正義だと考える見解です。誰かを、その人の人種や性別に基づいて不利益に処遇する場合、そこには、「差別とは」レリヴァントな基準に一致するようにその人を処遇しないことだと言うのでは適切に捉えられない意味が生じてきます。そうしますと、私たちは、どんなタイプの不平等な処遇が差別だと考えられるのかという問題に逆戻りすることになります。

「この点について」一つの示唆があります。それは「決してレリヴァントでない」という吟味手段です。私たちは、配分の問題に関する決定にとって、一定の基準が道徳的にイレリヴァントであることをあらかじめ「いわば直観的に」知ることができますが、この吟味手段によりますと、差別とはこうした一定の範囲の基準を用いることだ、ということになります。「この場合」私たちは、教育や雇用などの配分の問題にとって、人種や性別や宗教がレリヴァント

でないということを知っていればよくて、そのような問題にとって何がレリヴァントであるかということを知る必要はないわけです。そうしますと、法律は、こうしたカテゴリーに関しては沈黙して無記であるべきだし、他に対してもそうであるように要求するということになるわけです。

「この吟味手段の修正形態として、「ほとんどレリヴァントでない」という吟味手段が考えられますが、<sup>7</sup>」もし差別が、「ほとんどレリヴァントでない」基準を適用する結果生じる不利益処遇であるとしみますと、その場合には、技術的な観点からみて便宜な法律の基礎が据えられます。つまり、裁判官たちは、複雑な社会学的論点についての価値判断や決定を行わなくても、予測可能かつ明確なやり方で機械的にそれを適用することができることになります。法律と配分の仕方とは、肌の色にとらわれず、性別に中立的で、非宗教的でなければならぬ、というわけです。

しかしながら、こうした実務上の利点にもかかわらず、「ほとんどレリヴァントでない」という吟味手段は、道徳的に納得できないものとして退けられねばなりません。人種差別が悪いのは、人種「という基準」がレリヴァントでないという事実によるものではありません。経験的な諸発見——例えば、ある一定の色の皮膚にはそれ特有の医療法が必要である、といった——そうした発見があったとしても、差別的特徴づけのリストから人種をはずすことは正当化されないでしょうし、いずれにせよ、他の事情の下では人種が許容できない基準であるということに変わりはないでしょう。明らかに、人種差別が悪であるということは、人種「という基準」が公正な配分の問題にとってほとんどレリヴァントでないという事実によっては擱まれません。また、一定の基準がレリヴァントなものになる頻度——例えば、人種はほとんどの場合レリヴァントではない、宗教はそれよりはわずかに高い頻度でレリヴァントである、性別は時折そうである、身長はもっとしばしばそうである、とか——こうした頻度に合わせて、差別の害悪を測る尺度を作るのも適切だとは思われません。

さらに、レリヴァントである頻度の高いある基準が、レリヴァントなものとはならないような状況の下で用いられ

るために、差別が生じるという場合も考えられるでしょう。性別は子供を生む権利に関してはレリヴァントなものですが、身体障害はヘルス・ケアに関してはレリヴァントなものですが、だからといって、それとは異なる状況において性別や身体障害を「区別基準として」用いることの差別的性質がなくなるわけではありません。

実際、特に人権問題に関する場合、禁じられた基準がたとえ経済効率や一般的福祉のような問題にとってレリヴァントであるとしても、その基準を考慮に入れるべきではない、と主張することができません。言い換えますと、一定の基準は、少なくとも幾つかの領域においては排除されるべきなのです。たとえば、それらの基準を含めることにレリヴァントな理由があったとしても、排除されるべきなのです。こうして、外国籍の人物を拷問にかければ、たとえそれによって国家安全保障上の重要な情報が得られるとしても、差別になるのです。ですから、「ほとんどレリヴァントでない」という吟味手段を用いて差別的基準を判定することは、たとえば、標準的な差別的基準を判定することを可能にし、また正当化可能なルールを形成するうえで有効な手段になるとしても、道徳的に反対されますし、この反対には抵抗し難いでしょう。

差別的分類を選別するための吟味手段として示唆されている第二のものは、「変更できない」というものです。時として次のように論じられています。つまり、人種および性別は私たちが変更できない要因であるからこそ、人種や性別を就職とか福祉を受ける権利とかの資格の条件にすべきでない、と主張されています。他方、私たちの力でどうにかなる範囲にある諸特徴、例えば、試験の成績とか、髪の毛の長さとか、筋肉の発達とかは、同様には嫌疑をかけられないわけです。

この「変更できない」という吟味手段を用いるアプローチは、公平な競争が要求される状況においては極めてもつともらしいものとなります。他の事情が同等であれば、競争の結果が競争者たちがどうすることもできない要因によって決まるようにするのは、不公平であるように思われます。

しかしながら、刑罰を割り当てることと、利益を配分することあるいは刑罰でない負担を配分すること、この二つの間には簡明な同等性は全然ないのです。この後者、つまり利益あるいは刑罰でない負担を配分する領域においては、変更できない特徴を要件とすることに、必ずしも、はっきりした反対があるわけではありません。ある特定の背の高さ、例外的な強さ、あるいは、稀な知性というものは、ほとんどの人にとっては得難いわけですが、しかし、少なくとも雇用については、これらを要求することが理に適しているというものはあるでしょう。同様に、ヘルス・ケアの配分において、回復できない脳の損傷を考慮に入れても、全然不正義ということにはなりません。

「レリヴァントでない」ということや、「変更できない」ということを吟味手段にすることによっては差別の明白な不当性を捉えられないということは、差別が本質的に関わっているのは個人であるよりもむしろ集団であるという事実に関係があると考えてもよいでしょう。例えば、私たちがあつた特定の個人を差別するある特定の行為を確認した場合でさえ、この行為が差別的であるのは、その行為がその個人を個人として扱っているからではなくて、むしろある集団のメンバーとして扱っているからなのです。ですから、差別的分類は集団的分类だということができるわけです。「集団」を吟味手段とすることが仮に何らかの有効性をもつとすれば、「集団」には、ある特定化された意味、つまり単に可能であるにすぎないような分類（自動車の所有者であれ、雇用であれ、右利きであれ、貧困でさえあれ、ともかくも、同じ特徴を共有する多くの人々というような分類）よりも狭い意味が付与されるに違いありません。

おそらく、その場合、私たちが考えているのは、人が帰属感、つまり心理的なアイデンティティをもつたその構成員であるような集合体や共同体や集団、そして外部からそのようなものとして認識される集合体や共同体や集団であるでしょう。そうしますと、イギリスの一九七六年の人種関係法 Race Relation Act における「人種集団」の意味について、それを「独特で意識的なコミュニティ」とした判例の定義から、導きの糸が得られるかもしれません<sup>5)</sup>。あるいは、アメリカ合衆国憲法第一四條修正条項の解釈として定式化された「他から分離された島のような少数者」とい

うもつとよく知られている吟味手段を指摘してもよいでしょう。

〔しかしこれとは別に〕単なる集団の存在以上の要件が明らかに必要です。それについての一つの示唆があります。それは、収奪されたり抑圧されたりしている集団に注意を限定することです。この場合、相対的に収奪されている集団を相対的に豊かな人々よりも不利益に処遇し、こうして不平等を一層増大させること、こうしたことが、差別という概念を構成する要件だということになります。

この問題に関連してよく言われるのは、当該の収奪されている少数者は、通常の政治的な措置を自分たちに有利になるように利用できる立場にないということです。

「収奪されている集団」ということを吟味手段とするアプローチには、一定の魅力があります。もっとも、この魅力は、このアプローチにおいて想定されている反差別法の目的は議論の余地がないほどに適切だ、という点だけに存するのですが。〔なるほど〕収奪が累積すれば、それを補償する措置が必要です。通常の政治的活動が効果をあげない場合には、特にそうです。しかし、なぜ私たちは、これらの目的を達成するのに、「このようにいくつかの要件に基づいて事後的に補償するという」迂回的な方法を採用しなければならないのでしょうか。もし平等を追求するのなら、どうして、特別のルールを作って、貧乏人からのレリヴァントでない収奪を阻止し、また、場合によっては、収奪されている人々に対して補償的な特典を与えてはいけないのでしょうか。もし機会の一般的な平等を追求するのなら、どうして、収奪されている人々を競争から排除することを禁じてはいけないのでしょうか。あるいは、どうして、彼らに有利になるように競争上の尺度を調整してはいけないのでしょうか。なぜ、貧困や弱者であることよりも人種や宗教や性別が基準として禁じられることになるのでしょうか。

「収奪された集団」という基準によって差別を判定するアプローチを退けるのにはもう一つの理由があります。差別というものは単に相対的な貧困あるいは物質的な不平等ということにのみ関係するわけではありません。差別はそ

れよりもっと特定化された邪悪なのです。イギリス人種平等委員会 Commission for Racial Equality の言葉を借りますと、目的は、「人種差別から生じる特別な形態の不利益を取り除くこと」<sup>(7)</sup>なのです。

差別的諸範疇を特徴づけているものは何なのかを考えると、結局、差別を道徳的に分析する場合に中心をなす主要な論点に立ち返ることになります。すなわち、理に適っていない敵対的な社会的態度、つまり、偏見のことです。差別されている集団というのは、不合理な嫌悪の結果として損害を被っている集団、誤ったステレオタイプのために、累積的な不利益を被っている集団です。人種差別は、人種的偏見の結果生まれる相対的に不利益な処遇のことです。つまり、ある人種集団を別の人種集団が道理もわきまえずに憎悪したり、恐れたり、嫌悪したり、反感を抱いたり、みくびったりすることによるものです。こうした偏見が、一定の集団や一定の類型の人々に系統だった由々しい不利益を生み出す場合には、立法上の介入を行なう十分に特別な理由が生じます。キャロリン・プロダクツ・カンパニー事件で用いられた吟味手段は、より十全には、「他から分離された島のような少数者に対する偏見」というものですが、私たちはこれをここでの導きの糸にしてもよいでしょう。<sup>(8)</sup>

以上の分析によればこうなります。すなわち、どんな集団、どんな個人の集合でも、彼らがその人生上のチャンスや享受に由々しい影響を及ぼす強力な社会的偏見の対象である場合、彼らは不当な差別の犠牲者とみなされることとなります。この基準には、人種、国籍、性別および宗教が当然含まれるでしょうが、さらにこの基準は、頑固な迷信がもたらす諸結果に煩わされる他の人たちにも容易に拡張されます。すなわち、同性愛者、精神的な病をもつ人々、政治的な「極端論者」と思われている人々、そして、おそらくは老人たちや、若者たち、そして「ブス」などもそうだと思います。そのような拡張ができるかどうかは、社会的偏見の広がりとその結果生れる損害の程度によります。いうまでもなく、差別の標的は社会や時代によって変わってきます。もっとも差別という現象はたぶん普遍的でしょうが。

もちろん、こういう異論もあるでしょう。つまり、「偏見」という吟味手段をとると、差別的範疇に入ってくるのは、性別ではなく女性であることだけ、人種ではなくて軽蔑されている人種だけ、宗教ではなく合理的根拠もなしに見下されている宗教だけだ、という異論です。しかし、反差別法の本来の目的が、敵対的な社会的偏見から生じる容認できない効果を取り扱うことだとすれば、この異論は批判とはならないでしょう。疑いもなく、いかなるものであれイレリヴァントな基準を配分問題に関して用いるのは遺憾なことです。そして、もしこの基準が集団的な反感を集中的に表現するものとして用いられるとすれば、ますます遺憾なことです。しかし、道徳的に断然優先されねばならないのは、系統だった社会的偏見によってもたらされる不利益な帰結を被っている人々を保護することです。さらに、後で触れますように、「偏見」を差別的分類の吟味手段とすれば、反差別法とアフーマティヴ・アクション・プログラムとの両立性だけでなく、それらに共通の目的をも説明することができる、という利点も生れてきます。

## 二

講演の前半で私はこう論じました。すなわち、差別とは一定の類型の人々や集団を不利益に処遇する一つの形態であって、しかも、この処遇の過程に伴う決定や取り決めや行ないなどが表わしているもの、それらが生れてくる源泉であるもの、あるいはまたそれらが好意的に応じようとしているところのもの、それは偏見、つまり一定の類型の人々を不当に見下したり、中傷したりすることである、ということでした。差別は、頑固な迷信の結果、不当な不平等を犯すことです。私はさらに進んでこう示唆しました。すなわち、反差別法は、主として、系統だった社会的偏見のもたらす結果に日常的にさらされていると確認できる集団や類型の人々に重大で組織的な影響を及ぼす差別を償い、これと闘うことに限定されるべきだ、ということでした。ここでは、私が定義したような差別の道徳的・政治的意義に

ついてもっと突っ込んだ点を考察し、そうした点が反差別法にとってもつ含意というものを探ってみます。

私たちが反差別法を制定するとして、正確にどのような種類の反差別法を制定すべきかは、差別によってなされる侵害を私たちがどう評価するか、および、どうしたら法律はこの問題に最もよく対処できるかについて私たちがどのように考えるか、によります。もっとも、その際に、社会・経済関係に法的に介入することにもなる自由の喪失やその他の副作用を考慮しなければならぬことはいうまでもありませんが。私たちが到達した差別の道徳的・政治的な定義は、それ自体では、差別のどこが悪いのか、あるいは法的対応はどうかあるべきかを、正確に指示してはいません。しかし、この定義はそのような問題に答えるための基礎を与えてくれます。

子細にみますと、この定義は私たちに二つの点を指示しています。第一に、差別的な行為には攻撃性があるということ、第二に、そのような行為は、社会の中で差別されている人にとっても、また他の人々にとっても不幸な結果をもたらすということです。

差別が、根本的な人間の平等を否定するような仕方では、差別される人を侮辱するものである場合には、差別の結果がどうであろうとも、常にその差別は道徳的に不当だということができません。そのような対人的態度は明らかに「道徳的に」容認できないものでしょうし、おそらく、邪悪だということになるでしょう。しかし、偏見に基づく軽蔑の無礼な面がもつこうした攻撃性は、最も由々しい場合でさえも、法的介入を行なうにあたるかどうかは明白ではありません。

偏見に基づく差別という社会現象から生じる第二の道徳的にレリヴァントな要素は、社会的偏見が、第一に個々の犠牲者と犠牲にされた集団に及ぼす影響、第二に社会全体に及ぼす影響です。

個々の犠牲者については、すでに分析された軽蔑という要素の他に、差別的行為の結果として生じる特定の損失、つまり物質的、社会的、教育上の損失を加えねばなりません。ここでは、犠牲者が万一差別が起こらなかったとした

ら置かれたであろうと思われる状況と、差別の結果生じたものとしての彼または彼女の現実の状況とを比較しなければなりません。そうしますと、こうした不当な損失は、差別と闘うために法的に介入することを正当化する主要な道徳的基礎をなすこととなります。

それから、差別は、その直接的な犠牲の他に、さらに道徳的に重大な帰結をもたらします。第一に、犠牲者の属する類型あるいは集団の他のメンバーにとっての帰結です。というのは、彼らは、軽蔑されたという意味では直接的に共にするところがありますし、また、差別が広がっていくことがその集団のメンバーの人生上のチャンスに影響することを通じて、間接的に影響を受けるからです。「例えば」こうした人生上のチャンスへの影響は、差別の日常化によってある社会集団の中に生じる期待の低下から生じるのです。こうした偏見に基づく絶え間ない差別が不利益に処遇される集団に及ぼす影響の総体は、反差別法を根本的に正当化する基礎を与えますし、そうした法律が向けられるべきなのはそのような集団の利害であると示唆いたします。

もちろん、差別は、「第二に」これらのことを越えて、社会の一般的な福利や秩序にも影響いたします。差別がなされれば、競争を弱めることによって、また、差別の犠牲者の才能が利用できなくなることによって、経済的効率が低下するかもしれませんし、他方では逆に、採用手続が合理化されることによって、あるいは、人々が就くように定められる一定の種類の仕事を彼らに仕込むことが容易になることによって、経済的効率が增加するかもしれません。<sup>9</sup>

同様に、社会の調和についても、差別が存在すれば、「良い」コミュニティ関係が増加したり、減少したりすることがあります。というのは、コミュニティ関係は、様々な集団が差別について抱いている信念、差別の不正さが生み出すルサンチマンの程度、犠牲者たちが不満を爆発させる度合いなどに左右されるからです。<sup>10</sup>

反差別法による救済の対象は社会的偏見の結果生じる継続的で苛酷な収奪を被っている集団や類型であるべきだという提案には、これを真剣に受け止めるべき正当な理由があるという主張を私は擁護するわけですが、そのために援

用できる理由は以上示唆したとおりです。

そうしますと次に、どんなタイプの反差別法が先に概観したような目的に最もよく適合するか、という問題がでてきます。反差別法を支持するにたる合理的根拠というものを念頭に置きますと、そのような法律の主たる目的は偏見に関連して生じる不平等の除去であるべきだということは、おそらく誰しも認めざるをえないでしょう。そのためには、明らかに、社会的偏見によって不利益に処遇されている集団に代わって積極的に介入する必要があります。しかしながら、だからといって、差別的な個々の行為に対する「消極的な」民事的補償のモデルを捨てるべきだというわけではありません。提訴して首尾よくいく人の数はわずかかもしれませんが、損害が現に救済されるということは、それによる補償が非常に限られたものであっても、それ以上に、それがもつ抑止的效果、教育的効果といった点で重要です。差別の犠牲者が損害賠償の対象として認められる場合、特に、賠償額のうちのかなりの部分が当該の苦難に対する補償として認められる場合、こうした損害の救済が現になされるということは、実際的にも象徴的にも相当の意味をもった正義の形態を表わすことになります。そうしますと、間接的な差別に関する、および、不当な差別の動機中立的な定義に関する現行法の諸展開は、強化され、洗練されるべきです。このことは、すでに提示した分析からしますと、法律のねらいを不平等一般と取り組めるように拡散させるという仕方でも、むしろ偏見に基づく差別にそのねらいを定めるという仕方でもなされるべきです。「差別的な」加害者という「民事補償の」モデルは、差別者が犠牲者に償いをすることを追求しますので、次のような利点をもっています。すなわち、このモデルは、差別以外の原因によって生じ、また差別の場合とは別様の解決を必要とする様々な不平等をも取り込むように反差別法の射程を広げるよりも、むしろ、単刀直入かつ手っ取り早い仕方、不正義の特定の原因としての差別と取り組むことに「反差別法の」目的を絞る、ということ、です。反差別法は、一般的な再配分的な正義にとっては不適切な手段だということになります。包括的な結果の平等というのは、反差別法の目的ではありません。なぜなら、不平等は差別だけから

の帰結ではないからです。

すべての集団の間の結果の平等といったものを追求することは避けながら、既存の民事的な救済手段を保持するとしましても、偏見に基づく差別が及ぼす影響と闘う手段として、アファーマティヴ・アクション・プログラムを拒否することになるわけではありません。偏見に基づく継続的な不利益処遇がもたらす現在のインパクトに対抗するためには、特別な「特権」、つまり、雇用や教育のような分野で人種や性別に基づく特典を、差別されている集団に与える方が当然必要になります。アファーマティヴ・アクションは直接的差別についての従来の考え方に反することになる〔つまり、差別的分類を公然と使用することになる〕という理由で、アファーマティヴ・アクションを退けるのは、この講演で私が明るみに出そうとした概念的・道徳的混同を犯すことになります。

また、もしアファーマティヴ・アクションが補償という〔消極的な〕考え方を強調する議論に依存しているとしますと、それは十分な根拠をもたないことになってしまいます。アファーマティヴ・アクション・プログラムが過去の差別に最も苦しめられてきた個人々人を正確に利することは稀なことです。むしろ、アファーマティヴ・アクション・プログラムがなしうるのは、社会的偏見がもたらす継続的な影響に対してカウンター・バランスをとることなのです。

以上述べてきましたことは、差別を刑事上の犯罪として取り扱うことを正当化する可能性を排除するわけではありません。刑事上の差別〔犯〕における「犯罪事実」*actus reus*は、差別的な行為によってなされた侵害に焦点を合わせることとなりますが、他方、その「犯意」*Mens rea*には、民事上相当とされる以上の強い意味における差別意図が含まれます。もっと正確にいいますと、この場合、例えば、人種的偏見という動機があったことの立証が直接求められるわけではないとしても、加害者が、人種という基準を用いて、社会的偏見にさらされると確認される集団に損害を加えようと意図したこと、あるいは、人種を理由にして不利益に処遇しようとの意図を秘めて、間接的〔に差別的〕な基準を用いようと意図したこと、これが必要になります。そのような〔要件を定める〕罰則は、実質的に人

種の偏見をもった行為、あるいは、他人の偏見を支持することを意図した行為を告発するのに役立つでしょう。いずれの場合も、加害者は偏見に関連した根拠で故意に不利益な処遇をしているのでなければなりません。

しかしもし、被疑者がそのような意図をもっていたということの証明が必要でないとされるのであれば、差別を犯罪として取り扱うことは容認されません。というのは、そのような意図をもっているという事実は、こうした形態の明白な差別は処罰に値するほど道徳的に邪悪であるとする私たちの道徳的判断の必須条件だからです。ですから、差別犯罪には、アファーマティヴ・アクション・プログラムの場合のように、適用すると影響を受ける人々を利する目的で「禁じられた」基準を使用することは含まれないわけです。刑事上の差別「犯」は犯意を要件としますから、それを立証するのは難しいし、したがってまた有罪判決もほとんどありません<sup>(9)</sup>。しかしながら、このことは重要ではないかもしれませんが、もし、そのような罰則の主たる意義が、意図的な差別を効果的に抑止したり公正に処罰したりすることよりも、むしろそうした差別に対してははっきりと社会的に非難するという象徴的なものであるとするならば、いずれにしましても、差別を受けた個々の犠牲者をより効果的に救済する方法は、やはり、常に民法「的モデル」の中に見いだされるでしょう。というのは、民法「的モデル」においては、特定の明白な差別意図を立証することは必ずやらないからです。

こうして私たちはこの講演の中心的な命題に戻ることになります。つまり、不当な差別の動機中立的な定義は、偏見に基づく不利益処遇と闘う反差別法の役割に、手段としてうまく適合するものとして解釈されるし、また擁護されるということです。もっとも、「右の定義が指示すべき」差別的諸分類は、系統だった由々しい偏見に基づく不利益処遇の受け手である集団を確認するためのものだけに限定されるという条件が、常につけられなければならないのです<sup>(10)</sup>。

原注

Tom Mullen' Chris McCrudden' Peter Bailey は、本講演の基になっっているものと長い論文を仕上げるについて、有益な助言と助力を与えてくれた。彼らに感謝する次第である。また、他の同僚や友人たちにも感謝の意を表しておきたい。特に、Bhikhu Parekh の促したよって私はイギリス人種平等委員会 Commission for Racial Equality に関心をもち、つとめた。深く感謝している。

(1) 私はこのテーゼを、性的差別に関する拙論 'Tom Campbell, Mistaking the Relevance of Gender, in S. Mclean and N. Burrows, eds., The Legal Relevance of Gender, (London : Macmillan, 1988), pp. 16-39 をおいてなすことについて展開するつもりであった。

(2) 例え、Gerhardy v. Brown (1985) 59 A. L. J. R., p. 311 を参照。この判決に対する批判として、W. Sadurski, Gerhardy v. Brown v. The Concept of Discrimination : Reflections on the Landmark Case that Wasn't, Sydney Law Review 11 (1986), pp. 5-43 を参照。

(3) このプロローグの例として、一九七九年の女性差別撤廃のための国際協定 the 1979 International Convention on the Elimination of Discrimination Against Women の第一条を参照。そのでは女性差別が禁じられるが、男性については何を禁じられるべきか。

(4) Tom Campbell, Justice (London : Macmillan, 1988), pp. 23-31 を参照。

(5) Mandla v. Dowell - Lee (1983) 2 A. C., P. 548.

(6) U. S. v. Carolene Products Co., 304 U. S., p. 144, 153 n. 4 (1983).

(7) Commission for Racial Equality, Review of the Race Relation Act 1976 : Proposals for Change, (London : Commission for Racial Equality, 1985), p. xi.

(8) 注 (6) 参照。

(9) 例え、南オーストラリアの一九六六年の差別禁止法 the South Australia Prohibition of Discrimination Act 1966 において、一九七六年法において、差別意図の立証基準を引き下げ修正がなされたにもかかわらず、この法の起訴件数はいくつかわずかであり、有罪判決件数はむしろ減少した。D. Prideaux, the South Australia Prohibition of Discrimination Act and Racism, Australian Journal of Social Issues 10 (1975), p. 315 を参照。また、J. Waldron,

Indirect Discrimination, in S. Guest and A. Milne, eds., *Equality and Discrimination: Essays in Freedom and Justice* (Stuttgart: Franz Steiner, 1985), p. 95 を参照。

訳注

- [1] ここで「反差別法」というのは特定の法律を指すのではなく、以下で述べられるような反差別的な諸法律の総称として用いられている。
- [2] Aboriginal Land Rights Act 1976 (N. T. of Australia).
- [3] これらに関するイギリスの反差別法には次のようなものがある。Race Relation Act 1976, Sex Discrimination Act 1975 前者は、一九六五年および一九六八年の法律を改正したものである。後者では、女性差別に関して規定されているだけでなく、男性に対する差別、さらに既婚者に対する差別（特に雇用に関して）についても規定されているようである。これについては、*Annual Survey of Commonwealth Law 1976*, ed. by H. W. R. Wade, Oxford (Clarendon Press), 1978, p. 73-74; *Words and Phrases Legally Defined, Supplement 1985*, ed. by J. B. Saunders, London (Butterworths), 1985, p. 95 参照。
- [4] アフーマティヴ・アクションは、英米で、特に雇用問題に関して少数者を積極的に保護する具体的な措置ないし政策を指す。例えば、一定区域内での少数者の人口比に応じて雇用枠を配分するなど。「積極的差別」 positive discrimination あるいは「逆差別」 reverse discrimination と呼ばれることもある。これについては、*Black's Law Dictionary* (5th ed.), St. Paul Minn (West Publishing Co.), 1979; *Civil Liberties, Cases and Materials*, ed. by S. H. Bailey and others, London (Butterworths), 1985, p. 434 を参照。キャンベル教授は、ここでは、雇用問題に限らず、すべて「逆差別」という意味を込めて用いられているようである。
- [5] 講演原稿のこれより前の部分では、反差別法の固有の目的は全ての集団の結果の平等一般の追求ではないという趣旨で、次のように述べられている。「もし我々が社会的平等一般を追求するのだとすれば、人種」という分類のどこが特殊だから、我々は、雇用とか教育とか居住とかに関して、「とりわけ」人種に基づく割り当てのバランスをとろうとするのだろうか。なぜ「一般的に」、諸々の社会階級間の、年代間の、あるいは人的類型間のバランスをとることを求めたいのだろうか。この問題は次のように言い換えることができる。「この後に補注の後の本文が続く。」
- [6] ここでの「示唆」は、アメリカ合衆国憲法第一四條修正条項についての連邦最高裁判所の解釈の変遷史から得られるも

のの一つ、とされている。

[7]「決してレリヴァントでない」という吟味手段が「ほとんどレリヴァントでない」という吟味手段に修正されざるをえない理由としては、前者は厳格すぎて、例えば、宗教や性別や人種といった基準が何らかの配分問題に関してレリヴァントでありうるような（ごく少数ではあれ）状況を考慮に入れることができない、という点が指摘されている。

[8]「独特で意識的なコミュニティ」や「他から分離された島のような少数者」というような集団規定が不十分であることの理由としては、そうした規定は強すぎて、例えば、「女性」というような類型をカバーできない、といった点が指摘されている。

[9]ここで問題にされているのは、こうした経済効率上の影響が、反差別法の制定を支持するあるいはそれに反対する論拠を与えるかどうかということである。そしてこの点については、反差別法の制定によって被差別者の雇用の機会を拡大することがもつ効果の如何が考慮されねばならない、とされる。ただし、差別がもたらす経済効率上の影響が、被差別集団の被る影響と同じ意味で「道徳的に重大な影響」といえるかどうか、は別問題であろう。

[10]この後、講演原稿では次のように述べられている。「確かに、社会の平安は社会的正義の追求によって最も容易に達成される、と想定することはできない。反差別法は誤った期待を掻き立て、かえって「被差別集団内の」フラストレーションやルサンチマンを昂じさせるかもしれない。あるいは、他方では、収奪されている集団への割り当てが増大することによって、そこから閉め出された人々の敵意が増大し、これが彼らに向けられるようになるかもしれないのである。」「ここでも、問題は、差別のもたらす影響が、反差別法の制定を支持する論拠となるかどうか、ということであり、この点の決定については、反差別法が制定された場合の効果をも考慮せねばならない、ということであろう。

(訳・関源太郎・酒匂一郎)